

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

**BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE OLARAK
SERMAYE PİYASASI KURULU**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Göksel YÜZÜGÜLLÜ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Ankara - 2011

ONAY

Göksel YÜZÜGÜLLÜ tarafından hazırlanan “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu” başlıklı bu çalışma, 15/04/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı/Ticaret Hukuk Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Üye Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA

Üye Yrd. Doç. Dr. Mustafa Sencer KARA

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER VE SERMAYE PİYASASI KURULU

I. GENEL OLARAK BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER.....	3
A. Bağımsız İdari Otorite Kavramı.....	3
B. Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve İşlevi	8
C. Bağımsız İdari Otoritelerin Özellikleri	13
1. İdari Bağımsızlık	15
a. Organik Bağımsızlık	16
b. İşlevsel Bağımsızlık	19
2. Regülasyon	21

D. Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Konumu ve Türk İdari Teşkilatındaki Yeri	23
E. İdarenin Bütünlüğü İlkesi Açısından Bağımsız İdari Otoriteler...	33
F. Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi	35
G. Bağımsız İdari Otoritelerin Olumlu ve Olumsuz Yönleri.....	39
II. SERMAYE PİYASASI KURULU	43
A. Kurum-Kurul Ayrımı.....	43
B. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Atanma Usulü ve Atanma Koşulları	44
C. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Görev Süreleri ve Görevden Alınmaları	48
D. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerine Getirilen Yasaklar.....	49
E. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Bağımsız İdari Otorite Niteliği.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN GÖREV VE YETKİLERİ

I. GENEL OLARAK	53
II. DÜZENLEME YAPMA YETKİSİ	55
A. Genel Olarak.....	55

B. Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Düzenleme	
Yapma Yetkisi	58
C. Sermaye Piyasası Kurumlarına İlişkin Düzenlemeler Yapma	
Yetkisi.....	65
D. Sermaye Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Düzenleme	
Yapma Yetkisi	71
E. Düzenleme Yetkisine Sahip Olduğu Diğer Hususlar.....	74
1. Borsalara İlişkin Düzenleme Yapma Yetkisi	74
2. Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Düzenlemeler	77
III. GÖZETLEME VE DENETLEME YAPMA YETKİSİ	80
A. Genel Olarak İdarenin Gözetleme ve Denetleme Yetkisi	80
B. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Gözetleme ve Denetlemeye	
İlişkin Görev ve Yetkileri	82
IV. YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ	86
A. İdari Yaptırım Kavramı ve Genel Olarak İdarenin Yaptırım	
Uygulama Yetkisi	86
B. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yaptırım Uygulamaya İlişkin	
Görev ve Yetkileri	89
1. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Hukuka Aykırılığın	
Giderilmesini İsteme Yetkisi	90

2. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Doğrudan Doğruya Uygulamaya Yetkili Olduğu Yaptırımlar	93
a. Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Para Cezası Verme Yetkisi	94
b. Sermaye Piyasası Kurulu'nun İşlem Yasağı Uygulama Yetkisi.....	97
c. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Doğrudan Uyguladığı Diğer İdari Yaptırımlar	102
3. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yargı Organları Aracılığıyla Yaptırım Uygulama Yetkisi	108
a. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yargı Organları Aracılığıyla Özel Hukuka İlişkin Yaptırım Uygulama Yetkisi	109
b. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yargı Organları Aracılığıyla Uygulayabileceği Kamu Hukukuna İlişkin Yetkileri	119
V.SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN DİĞER GÖREV VE YETKİLERİ	122

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI KURULU VE ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU	125
A. İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu	128

1. İdari Eylemlerden Dolayı Sorumluluk.....	137
a. Hizmetin Kötü İşlemesi.....	139
b. Hizmetin Geç İşlemesi.....	140
c. Hizmetin Hiç İşlememesi.....	141
2. İdari İşlemden Kaynaklanan Sorumluluk.....	142
B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu	143
1. İdarenin Tehlike (Risk) İlkesine Göre Sorumluluğu	144
2. İdarenin Fedakârlığın Denkleştirilmesi (Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik) İlkesine Göre Sorumluluğu	146
C. Sorumluluğun Koşulları ve Sorumluluğun Kalkması veya Azalması.....	147
1. İdarenin Sorumluluğunun Koşulları.....	147
a. İdari Davranış	147
b. Zarar.....	148
c. İlliyet Bağı.....	149
2. Sorumluluğun Kalkması veya Azalması	150
a. Mücbir Sebep	150
b. Beklenmeyen Durum	151

c. Zarara Uğrayan Kişinin Kusuru	152
d. Üçüncü Kişinin Kusuru	152
II. SERMAYE PİYASASI KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ	153
A. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Hukuki Sorumluluğu	153
B. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Görevli Yargı Yeri	162
C. Davanın Tarafları	165
D. Dava Açma Süresi	166
E. Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Yargısal Denetiminin Sınırı	169
III. SERMAYE PİYASASI KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU	171
A. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu ...	171
B. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Cezai Sorumluluğu	174
SONUÇ	178
KAYNAKÇA	188
ÖZET	195
ABSTRACT (İngilizce Özet)	197

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e	: Adı geçen eser
a.g.m	: Adı geçen makale
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
An	: Anayasa
Aracılık Tebliğ	: Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ
A.Ş.	: Anonim Şirket
BanK	: Bankacılık Kanunu
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
bs.	: Baskı

Bknz.	: Bakınız
BİO	: Bağımsız İdari Otorite
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: Çeviren
D.	: Daire
DİBS	: Devlet İç Borçlanma Senedi
91 sayılı KHK	: Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
E.	: Esas Numarası
ed.	: Editör
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme ve Denetleme Kurumu
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
HD.	: Hukuk Dairesi
HMUK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar Numarası
KİK	: Kamu İhale Kurumu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Kurul	: Sermaye Piyasası Kurulu
Ltd. Şti.	: Limited Şirket
Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği	: Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
md.	: Madde
No	: Numara
Portföy Tebliği	: Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliği
RG	: Resmi Gazete

RK	: Rekabet Kurumu
RTÜK	: Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPK Yönetmeliği	: Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği
ŞK	: Şeker Kurumu
T.	: Tarih
Tasarı	: Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TK	: Telekomünikasyon Kurumu

TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TODAİE	: Türkiye ve Orta – Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TSPAKB	: Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
VOB	: İzmir Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası
VOB Yönetmeliği	: Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik
Y.K	: Yayınlanmamış Karar

GİRİŞ

Günümüz iktisadi anlayışına bağlı olarak, devlet ekonomiden çekilmeye başlamıştır. Devlet, çekildiği bu alanlarda bir denetim zaafiyeti olmaması amacıyla, bu alanları düzenleyecek ve bu düzenlemelere uyulup uyulmadığının denetimini yapacak kamu tüzel kişileri oluşturmuştur. Regülasyon olarak da ifade edilen, belli bir faaliyet alanına ilişkin olarak, kuralların belirlenerek, bu kurallara riayetin sağlanması, neo liberal iktisadi akımın ekonomi ve bununla birlikte hukuk sistemine bir yansımasıdır. Bu nedenle, regülasyon kavramı, devlet işlevindeki bir dönüşümü ifade etmektedir. Devletin idare aracılığıyla gerçekleştirdiği, topluma kamu hizmetleri sunma biçimindeki faaliyeti, yaygın özelleştirmelerle birlikte yerini özelleştirilen alanlarda piyasa mekanizmasının kurallarının tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamaya yönelik bir tür hakemliğe dönüşmüştür. Devlet hakemlik görevini yerine getirmek amacıyla BİO'lar olarak ifade edilen kurumları oluşturmuştur.

Bu kurumlardan biri de SPK'dır. Bu tezin konusunu, BİO olarak SPK'nın anayasal konumu, idari teşkilattaki yeri, görev ve yetkileri ile sorumluluğu oluşturmaktadır.

Bu tez üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, BİO kavramı, özellikleri, ortaya çıkış ve gelişimleri, anayasal konumları, merkezi idareyle ilişkileri, idarenin bütünlüğü ilkesinin bu kurumlar açısından uygulanıp uygulanmadığı gibi konulara ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Ayrıca SPK'nın, BİO'ların özelliklerini taşıyıp taşımadığı, bu anlamda Kurul'a üye seçimi, üyelerin görevden alınmaları gibi konulara da yer verilmiştir.

İkinci bölümde, Kurul'un sahip olduğu düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi hakkında açıklamalar yapılmıştır. Kurul'un idari bir organ olması nedeniyle, genel olarak idarenin sahip olduğu düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. İdareye ilişkin bu yetkiler bilinmeden Kurul'un yetkilerinin anlaşılması mümkün değildir. Ayrıca Kurul tarafından yetkilerinin kullanılması sonucunda ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararlarına da değinilmiştir. Zira Kurul'un yargı mercileri tarafından nasıl tanımlandığı hususu büyük önem taşımaktadır.

Üçüncü ve son bölümde ise, Kurul'un ve üyelerinin sorumluluğu konusu incelenmiştir. İdare Hukuku'nda benimsenen idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler, Kurul'un sorumluluğu açısından da aynen geçerlidir. Kurul'un sorumluluğu açıklanırken, idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak da açıklama yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Kurul başkan ve üyeleri kamu görevlisi statüsündedir. Dolayısıyla bu kişilerin gerek hukuki sorumluluğu gerekse ceza sorumluluğu hakkında kamu görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin temel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle çalışmada kamu görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin konulara da yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER VE SERMAYE PİYASASI KURULU

I. GENEL OLARAK BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTELER

A. Bağımsız İdari Otorite Kavramı

Yakın zamanlarda klasik örgütlenme modeli dışına çıkan ve doktrinde daha çok bağımsız idari otorite (BİO) ismiyle tanınan idari yapılanmalar görülmektedir. Terminolojik açıdan BİO kavramının ülkemizde tam olarak yerleştiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim bu kurumlara “düzenleyici kurullar”, “bağımsız kurullar”, “özerk kurullar”, “regülatörler”, “bağımsız üst kurullar”, “süper kurullar” gibi isimler de verilmektedir.

BİO kavramı analiz edildiğinde, üç sözcüğün de özelliğini yansıttığı görülmektedir. “Bağımsız” sözcüğü, organik ve işlevsel anlamda yürütme organı ve diğer baskı grupları karşısında bağımsızlığını; “idari” sözcüğü, ayrı tüzel kişiliği olsun veya olmasın idari organ niteliğinde olduklarını; “otorite” sözcüğü de, bunların danışma organı değil, düzenleyici veya birel icrai kararlar alıp uygulayan kuruluşlar olduklarını göstermektedir¹. Ancak bu tür kurumları nitelendirirken kullanılan sıfatlar da ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Bazı ülkelerde (örneğin Fransa, İtalya, Yunanistan)

¹ Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 4, Ocak, 2000, s. 5.

“bağımsızlık” kavramı kullanılırken, kimi ülkelerde ise (örneğin İspanya) “tarafsızlık, yansızlık” kavramı kullanılmaktadır².

Bu kurumların en önemli özelliğini bağımsızlıkları oluşturmaktadır. Bu anlamda BİO’ların bağımsızlığı, hem organları hem de işlevleri üzerinde siyasi iktidarın ve/veya diğer idari mercilerin tipik idari denetim yetkilerinin söz konusu olmaması, başka organların onlara emir ve talimat verememesi anlamına gelmektedir³. Karar organlarını oluşturan üyelerinin görev süresi dolmadan görevden alınabilme imkanı bulunan kurumlar ile işlemlerinin hukuki geçerliliği başka merciler tarafından uygun görülmesine bağlı olan kurumları BİO olarak kabul edebilmek mümkün değildir. Aynı şekilde merkezi idareye hiyerarşi ile bağlı kurumların da BİO olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı’na bağlı Devlet Denetleme Kurulu ile Başbakanlığa bağlı Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun bağımsızlığından söz edilemeyeceğinden ve icrai karar alma yetkileri bulunmadığından BİO olarak değerlendirilememektedir. Bir başka deyişle bu iki kurum da BİO kavramının esas unsurları olan, “bağımsızlık” ve “otorite” niteliğine haiz olmadıklarından BİO olarak kabul edilememektedir.

Söz konusu üç özelliği taşımayan kurumların BİO olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Öte yandan ülkemiz açısından hangi kurumların, bu özellikleri taşıyıp taşımadıkları hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle hangi kurumların BİO olduğu tam olarak tespit edilememektedir. Bu belirsizlik nedeniyle doktrinde Diyanet İşleri Başkanlığı’nın da BİO olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁴.

BİO’lar, doktrinde devlet yönetimini elinde bulunduran siyasi organlardan bağımsız olan, temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda kendine ait etkili ve önemli yetkiler kullanarak düzenleme, denetim ve

² Tan, **a.g.m.**, s. 5.

³ Ali Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 15.

⁴ Lütfi Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **AİD**, S. 30/1, Mart, 1997, s. 7.

gözetim görevi gören yapılar olarak tanımlanmaktadır⁵. Ayrıca BİO'lar, devletin belirli bir alanda ve özellikle de ekonomide genel regülasyon misyonunun gerçek anlamda yerine getirilmesine imkan tanıyan, iyice düşündükten sonra kararlar alarak uygulamaya aktaran organlar olarak da tanımlanabilir⁶.

BİO kavramının, hukuk dilimize yerleşmekte olması, bunların klasik kamu kurumlarından farklılığının kabul edildiğinin bir göstergesi sayılabilir. Bu anlamda bu kurumların, belli ölçüde siyasal ve yargısal denetime tabi olmuş olsalar bile “devlet içinde devlet” olma niteliği, bu kurumları diğer idari örgütlerden ayırmaktadır⁷. Ancak ülkemizde BİO'lardan söz etmenin, idari sistemimizin belirgin verileri ve genel ilkeleri karşısında fantezist bir girişim olarak görüleceğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁸. Öte yandan bir kurumun “bağımsızlık” karakteri ile “idari”lik karakterinin aynı anda bünyesinde bulundurmasının bir çelişki olduğu da açıktır⁹. Zira bir kurum idari nitelik taşıyorsa, kural olarak siyasi iktidara bağlıdır.

BİO kavramı bu kurumların yer aldığı ülkelere göre değişmekte, ayrı bir içerik ve anlamı ifade etmektedir. Bu anlamda BİO kavramı her ülkede farklı bir şekilde karşımıza çıkmakta ve homojen bir örgütlenmeden söz edebilmek mümkün gözükmemektedir¹⁰. Bu nedenle her ülke, kendi koşullarına uygun olarak farklı yapıda BİO'lar oluşturmaktadır. Hatta aynı ülkede bulunan BİO'lar arasında örgütlenme, üye seçimi, üyelerin görev süresi, görev süresi biten üyelerin tekrar seçilip seçilemeyeceği gibi konular açısından da farklılıklar bulunabilmektedir. Nitekim ülkemizde de bu nitelikteki kurumların kendi kuruluş kanunları dışında ortak niteliklerini belirleyen temel

⁵ Müslüm Akıncı, **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s.23.

⁶ Ender Ethem Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1-2, 2006, s. 270.

⁷ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 9. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2004, s. 501.

⁸ Duran, **a.g.m.**, s. 3.

⁹ Celal Erkut, “Bağımsız İdari Otoriler”, **Rekabet Kurumu Yayınları No: 0080**, 5 Kasım, 2001, Panel, s. 82.

¹⁰ Ender Ethem Atay, “Fransız İdare Hukuku’nda Bağımsız İdari Otoriteler”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 6, Mart, 2000, s. 68.

bir kanun bulunmaması nedeniyle her birinin farklı özellikler taşıdığı söylenebilir. Örneğin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) üyelerinin görev sürelerinin sona ermesi durumunda yeniden seçilebilmeleri mümkün iken, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) üyelerinin yeniden seçilmeleri kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır.

Ülkemizde BİO'ların oluşumunda da, İdare Hukukumuzun oluşumunda olduğu gibi Fransız Hukuku büyük ilham kaynağı olmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, BİO'lar küreselleşme sürecinde, ileri teknolojinin ekonominin hizmetinde en üst düzeyde kullanılmasının sonucu olarak, ekonomik değişim araçları ile Anglo-Amerikan sisteminde ilk olarak ortaya çıkmışlardır¹¹. Fransa, bu kurumları kendi hukukunda oluştururken hukuk sistemindeki farklılıklardan dolayı büyük revizyona tabi tutmuştur. Bu kurumların Fransız Hukuku'ndan ülkemize getirilmesi aşamasında da kurumların niteliği gibi önemli konularda farklılıklar yaratılmıştır. Bu anlamda Fransa'daki BİO'ların merkezi idarenin içinde kurulması ve ayrı bir kamu tüzel kişiliklerinin bulunmamasına karşın, ülkemizde görülen BİO'ların özel kanunlarında ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıkça belirtilmiştir.

Ülkemizde BİO'ların teşkilatlanması, üyelerin seçilmesi, görev süresi, süresi biten üyenin tekrar seçilip seçilemeyeceği gibi konuları düzenleyen temel bir kanun bulunmamaktadır. Bu nedenle BİO olduğu ileri sürülen kurumların bağımsızlık dereceleri de birbirinden farklılık arz etmektedir. Bir başka deyişle bu kurumlardan bazılarında üye seçiminde siyasi iktidarın mutlak takdir yetkisi varken bazı kurumlarda üye seçiminde ise sektörde faaliyet gösteren mesleki örgütlerinin gösterdiği adaylar arasından seçim yapma yetkisi bulunmaktadır. Örneğin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) üyeleri, Bakanlar Kurulu tarafından, kanunda belirtilen şartları taşıyanlar arasından herhangi bir makamın teklifi olmadan doğrudan

¹¹ Meltem Kutlu Gürsel, “ Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, **Danıştay 137. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 72, Ankara, 11 Mayıs 2005, s. 79.

atanabilmekte iken; SPK üyeleri ise çeşitli örgütler tarafından aday gösterildikten sonra Bakanlar Kurulu'nca atanmaktadır.

Ülkemizdeki BİO'ların kuruluş, görev ve esaslarını düzenlemek, ortak ilke ve kurallar belirlemek amacıyla, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı (Tasarı) hazırlanmış ve Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 12.07.2004 gün ve 3350 sayılı yazısıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) sunulmuştur. Ancak söz konusu Tasarı'da BİO terimi yerine bu kurumları ifade etmek üzere "Düzenleyici ve Denetleyici Kurum" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca Tasarı'nın 3. maddesinde kurum ifadesinin, "kanunla kurulan, kuruluş kanunları ile belirlenen çerçevede ekonomik ve sosyal alanlarda düzenleme, denetleme, arabuluculuk ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, idari ve mali özerkliğe haiz, kamu tüzel kişiliğine sahip düzenleyici ve denetleyici kurumları" ifade ettiği belirtilmiştir. Öte yandan Tasarı'nın, "Kapsam" başlıklı 2. maddesinde, Tasarı'nın hangi kurumlarda uygulanacağı vurgulanmıştır. Buna göre söz konusu Tasarı; BDDK, EPDK, Kamu İhale Kurumu (KİK), Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), Rekabet Kurumu (RK), SPK, Telekomünikasyon Kurumu(TK), Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu ile Tasarı'nın 23. maddesi dışında diğer hükümleri Tasarruf ve Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) hakkında uygulanacaktır. Bu nedenle Tasarı'nın kabul edilmesi halinde hangi kurumların BİO olduğu konusunda doktrindeki görüş farklılıkları giderilmiş olacaktır.

Doktrinde bu kurumların organik ve işlevsel anlamda bağımsız oldukları belirtilmesine rağmen Tasarı'da ise "idari ve mali özerklikten" bahsedilmekte ve özel kanunlarında belirtilen kurumların yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız kullanacağına ilişkin hükme benzer bir düzenleme Tasarı'da yer almamaktadır. Bu anlamda Tasarı ile bu kurumların bağımsızlıklarının ellerinden alınmaya mı çalışıldığı hususu tartışmaya

açılabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, özel kanunlarda sadece bağımsızlıktan söz edilmesi, bu kurumların gerçek anlamda bağımsızlıklarının sağlandığı anlamına gelmemektedir. Burada önemli olan husus bağımsızlıklarının belirtilmiş olması ile birlikte kanunlarda ayrıca bağımsızlıklarını ortadan kaldırmaya yönelik hükümlere yer verilmemesidir. Aksi takdirde bu kurumların bağımsızlıklarının bir temenniden öteye gidemeyeceği açıktır.

B. Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve İşlevi

Hızla gelişen teknolojik değişimler nedeniyle belli bazı alanların klasik idari ve yargısal yöntemler ile etkin bir şekilde organize edilip denetlenmesinin zorlaşması, yargı makamlarının idarenin işleyişine doğrudan müdahale edememesi ve verdikleri kararların idari makamlarca uygulanmasını sağlayacak etkili bir denetim sisteminin kurulamaması gibi nedenlere bağlı olarak klasik idari örgütlenmelerin yetersizliğinin anlaşılması üzerine idari yapılanmada revizyona gidilmesi fikri gündeme gelmiştir. Öte yandan kamusal faaliyetlerden doğan hak ihlallerini engellemek, daha katılımcı bir yönetim sürecini etkin kılmak gibi amaçlarla XX. yüzyılın başlarından itibaren siyasi iktidarın nüfusunu en alt düzeye indirgeyen yeni örgütlerin sahneye çıkması söz konusu olmuştur. Gerçekten de siyasi iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoriteler, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini sağlayabilmektedir¹². Bu nedenle sosyal hayatın hassas sektörlerinin düzenini sağlamakla yükümlü kamusal otoriteler olan BİO'lar, kamusal müdahalenin yeni bir şeklini oluşturmaktadır¹³.

Gerek kamusal yaşamın hassas sektörleri denilen alanların düzenlenmesi ve denetlenmesi konusunda siyaset kurumunun işlevinin daraltılması istemi gerekse rekabete açılan hizmet sektörlerinde, “işletme”

¹² Lütfi Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ed. İbrahim Kaboğlu, Alkım Yayınevi, 1998, s. 24.

¹³ Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 320.

(kamusal veya özel) ve “düzenleme” işlevlerinin ayrılması sonucu düzenleme işlevini yerine getirecek bağımsız otoriteye duyulan gereksinim klasik idari kuruluşlardan farklı yeni bir idari yapılanma modeli olarak BİO’ları ortaya çıkarmıştır. Bu kurumları iki ana grupta toplamak mümkündür. RTÜK, SPK, RK ilk grubun tipik örnekleri olarak gösterilirken; ikinci grubun örneklerinin en önemlilerini ise EPDK, TK oluşturmaktadır¹⁴. BİO’ların ortaya çıkıp gelişimi ile geniş anlamında özelleştirme uygulamalarının başlaması ve ekonomide “devletçi” politikaların yerini “düzenlenmiş piyasa ekonomisi”nin alması arasında paralellik gözlenmektedir. Bu nedenle geniş anlamda “özelleştirme” olarak algılanan “devlet düzenlemelerinin azalması” hareketinin boş bıraktığı alanların BİO’lar tarafından doldurulduğu kabul edilmektedir¹⁵.

BİO’ların ortaya çıkışında devletlerin benimsediği iktisadi görüşlere göre devlet idaresini şekillendirme düşüncesi de önem taşımaktadır. Bu anlamda, BİO’ların ortaya çıkışında neo liberalizmin, “her şeyi bizzat üstlenen ve yapan” değil, “her şeyi rasyonel ölçülerde denetleyen ve bazı istisnai şeyleri bizzat üstlenen ve yapan” devlet anlayışının etkisi olduğu açıktır¹⁶. Ayrıca BİO’ların ortaya çıkışında devletin, piyasa ekonomisinde hem aktör olarak rol alıp hem de hakem rolünü üstlenmesi durumunda alacağı karar ve uygulamaların haklılığı, yerindeliği ve objektifliği noktalarındaki kuşkuvarın önüne geçme isteği de etkili olmuştur¹⁷. Nitekim elektrik ve telekomünikasyon gibi, özelleştirilen sektörlerde özel girişim yanında kamunun da “işletici” olarak faaliyetini sürdürmesi karşısında, devlet hem yargıç hem de taraf olamayacağı gerekçesiyle, “işletici” ve “düzenleyici” ayrımı yapılması gereği ortaya çıkmıştır¹⁸.

¹⁴ Tan, **a.g.m.**, s. 5.

¹⁵ Tan, **a.g.m.**, s. 7.

¹⁶ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 7.

¹⁷ Atay, **İdare Hukuku**, s. 250.

¹⁸ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, I. C., 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2001, s. 337.

Klasik idari örgütlenmelerin dışında kalan ve BİO olarak ifade edilen kurumların ilk örnekleri Anglo-Amerikan ülkelerinde ortaya çıkmış ve 1970'li yıllardan itibaren Kıta Avrupası ülkeleri tarafından da bu nitelikteki kuruluşların bir takım değişikliklere tabi tutularak oluşturulduğu görülmüştür¹⁹. Bu anlamda BİO kavramı, ilk olarak federal bir yapıya sahip ve başkanlık rejimi çerçevesinde ortaya çıkmış olup; bu anlamdaki kurumsal örneği 1889 yılında ABD'de kurulmuş olan Devletlerarası Ticaret Komisyonu oluşturmaktadır²⁰. Ancak daha sonraları BİO'lar büyük bir zorlukla karşılaşmaksızın İngiltere'de ve diğer ülkelerde benimsenmiş özellikle Fransa ve Japonya gibi parlamenter rejimin uygulandığı ülkelerde de yerleşmiştir.

ABD'de bu kurumların ortaya çıkmalarındaki temel faktör, başkan ile kongre arasındaki güç ve yetki çekişmesi nedeniyle parlamentonun, başkanın görev ve yetkilerini, özellikle ekonomik alandakileri, özerk kurumlar yaratarak budamak ve sınırlamak istemidir²¹. Bir başka ifadeyle Independent Regulatory Agencies isimli bu kurumların ABD'de ortaya çıkmasının nedeni yasamanın (kongrenin) yürütmeye (başkana) olan güvensizliğidir²². BİO'ları oluşturarak kongre, başkanın ve bakanlıkların etkisini ekonomiden uzak tutmaya çalışmıştır. Bu nedenle belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapan, denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerine sahip kılınan; bir anlamda belli bir hizmet alanı ile sınırlı olarak kural koyma, koyduğu kuralları uygulama ve kurallara uyulmasını sağlama yetkileri ile donatılan bu kurumların üyelerinin ilgili sektörlerce seçilmesi ve yasama organı tarafından atanması öngörülmüştür²³. Ancak bu organların nitelikleri ve tarihi gelişimleri durumun bu kadar basit olmadığını, gerçeğin bu anlamda belirsiz olduğunu ortaya koymaktadır.

¹⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 504.

²⁰ Ali Ülkü Azrak, "Dünya'da ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar", **Rekabet Kurumu Yayınları No: 0080**, 5 Kasım, 2001, 1. oturum, s. 19.

²¹ Ali İhsan Karacan, "Özerk Kurumların Özerkliği", **Rekabet Dergisi**, S. 8, 2001, s. 4.

²² Ulusoy, **a.g.e.**, s. 5.

²³ Günday, **a.g.e.**, s. 501.

BİO'lar, Amerikan federal sisteminde yer yönünden federalizmi temsil eden federe devletler yanında, hizmet yönünden federalizmi temsil etmektedir. Bu anlamda BİO'lar bir hizmet alanıyla sınırlı olarak düzenleme ve organizasyon yapma, denetleme ve yaptırım uygulama işlerini tek başına yapan, siyasal ve yargısal bazı denetime maruz olsalar da, “devlet içinde devletçikler” niteliğinde kurumlardır²⁴. Federal bir sistemde normal karşılanabilecek bu bağımsızlık mantığı doğal olarak üniter sistemlerde geçerlik kazanamayacaktır²⁵. Bu nedenle BİO'ların, Fransa tarafından benimsenirken, idari rejim sistemine adapte edilmeleri gerekmiş ve Amerikan federal sisteminde bu kurumlar mevcut üç erkten bağımsız olarak düşünülürken, Fransız üniter sisteminde bunlar bir idari otorite yani yürütme erkine dahil birimler olarak benimsenmiştir²⁶. Çünkü üniter sistemlerin en büyük özelliğini, kamu hizmetlerinin merkezi idare tarafından planlanması ve bütün ülkede aynı şekilde uygulanması oluşturmaktadır. Bu anlamda merkezi idare dışındaki kamu tüzel kişilerine geniş yetkiler verilmesi üniter devlet sisteminin mantığına aykırılık teşkil etmektedir.

Ülkemiz gibi gelişmekte olan ülkelerde BİO'ların ortaya çıkmalarında önemli bir etken de, özellikle yabancı sermayeyi ve uluslararası yatırımları çekebilmek amacıyla özerk ve tarafsız bir yapıda çalıştıkları düşünüldüğü için yabancı sermaye sahiplerine daha çok güven veren bağımsız kurumların oluşturulmasının düşünülməsi ve hatta bazı etkin uluslararası kurumlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak BİO'ların önerilmesidir²⁷. Ancak öneride bulunan uluslararası kurumların, ekonomik kriz dönemlerinde gelişmekte olan devletlere önemli miktarlarda kredi sağlanmasının ön şartı olarak belli sektörlerde BİO'lar oluşturulması telkini karşısında yüksek miktarlarda kredi talep eden devletler için bu önerinin kabul edilmemesinin düşünülemeyeceği açıktır. Aslında burada uluslararası kuruluşların, BİO'ların

²⁴ Atay, “Fransız İdare Hukuku’nda Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 55.

²⁵ Ali Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 29, S. 100, 1999, s. 3.

²⁶ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 7.

²⁷ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 7.

oluşturulmasını istemesi, kredi talebinde bulunan devletleri yöneten siyasi iktidara güvensizliğinin ve sağladığı kredinin geri dönüşümünü garanti altına alma isteminin bir sonucu olarak düşünülebilir. Ülkemizde TK'nın kurulmasında bu etkenin son derece önemli olduğu bilinmektedir²⁸. Ayrıca KARACAN, KİK'in kurulmasını, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası bürokratlarının, politikacıya karşı bir zaferi olarak olarak değerlendirmekte ve bu kurumun, özerk kurumlar kurulmasındaki gerekçelerin hiçbirini karşılamadığını ileri sürmektedir²⁹.

BİO'ların düzenleme, denetleme ve kolektif yararı koruma işlevlerini siyasi iktidar, idari bürokrasi ve özel gruplar tarafından bir etkilenme olmaksızın yerine getirebilmesine imkan vermek, bir anlamda yargıya benzer bir dokunulmazlıkla korumak düşüncesiyle bu kuruluşlara ayrıcalıklı bir statü verilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, BİO üyelerinin bağımsız olarak faaliyette bulunmaları onların kamu görevlisi olduğunu değiştirmemektedir. Bu anlamda BİO'lar tarafından hizmetin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle herhangi bir zarar meydana gelmişse bu kurumlar görevini yapmada kusuru bulunan üyelerine rücu edilebilecektir.

Öte yandan, yasal veya fiili tekel söz konusu olan alanların sağlıklı bir ortamda rekabete hazırlanması ve rekabete açılış evresinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların önlenmesinin ve ayrıca, doğal tekel teşkil alanlarda, düzgün ve rasyonel bir denetim, düzenleme ve yönlendirmenin sağlanabilmesinin klasik idari yapılanma ile değil ancak özerk, tarafsız ve uzmanlaşmış kurumlar tarafından gereği gibi yapılabileceği kabul edilmektedir³⁰. Bu tip kurumların gündeme gelmesi aslında klasik idari yapılanmanın başarısızlığının bir göstergesi, sosyal devlet ve kamu hizmetini

²⁸ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 7.

²⁹ Karacan, **a.g.m.**, s. 9.

³⁰ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 8.

ön planda tutan klasik devlet yönetim sisteminin krize girmesinin bir sonucudur³¹.

BİO'ların ilgili oldukları alanlar, bu kurumlara verilecek rolü de belirleyecektir. BİO'ların günümüzde faaliyet gösterdiği alanlar sıklıkla kamu özgürlükleri, daha sonra ekonomik ve mali sektör, son olarak da politik yaşamın ahlakileştirilmesi, dürüstleştirilmesi alanlarıdır. Bu alanlar tamamen devletin öncelik verdiği ve toplumun gelişimi ile bağlantılı konular olup zamana göre değişebilmektedir.

BİO'ların ortaya çıkış nedenleri bu kurumların gördükleri işlevleri de etkilemekte ve bu kurumların ortaya çıkış nedenleri ile işlevleri arasında neden-sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Bu anlamda BİO'ların genel olarak işlevi, toplum yaşamının duyarlı olduğu alanlardaki kamusal ve özel etkinlikleri düzenlemek, izlemek, denetlemek, aykırı davranış ve durumları önlemek ve gerekirse yaptırım uygulamak suretiyle kimi temel hak ve özgürlükler ile ekonomik düzeni korumak ve güvence altında bulundurmaktır³². Ancak kurumların işlevinin tespitinde BİO'ların ortaya çıkmasında esas faktör olan siyaset kurumunun faaliyet alanının daraltılması ve bu sektörlerin BİO'lar tarafından yönetilmesinde kamu yararının daha yüksek olduğu düşüncesi gözden uzak tutulmamalıdır.

C. Bağımsız İdari Otoritelerin Özellikleri

BİO'ların oluşturulmasının temel sebebi, siyaset kurumuna olan güvenin kaybolmasının bir sonucu olarak bu kurumun temel hak ve hürriyetlere müdahalesini önlemek ve serbest piyasa ekonomisinin düzenli işlemlerini sağlamak konusunda klasik idari yapılanmaların başarısızlığı olarak ifade edilebilir. Bu kurumlardan beklenen faydanın sağlanabilmesi için BİO'ların siyasi iktidar karşısında çeşitli güvenceler ile donatılması

³¹ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 8.

³² Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", s. 25.

gerekmektedir. Bu nedenle BİO'ların en başta gelen özelliğini yürütme organı ve piyasa aktörleri karşısında bağımsız olmaları oluşturmaktadır. Hatta doktrinde BİO'ların yasama organı karşısında da bağımsız olması gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır³³.

Anayasa'nın 123. maddesinde ifade bulan, kamu tüzel kişilerinin ancak kanunla veya kanunun verdiği açık yetki kapsamında kurulabileceğine ilişkin hüküm karşısında BİO'ların yasama organı karşısında bağımsızlıklarından söz edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu anlamda BİO'ların her birinin temelini, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar oluşturmaktadır. Pozitif hukukumuz açısından yasama organı tarafından kabul edilecek bir kanunla, BİO olarak ifade edilen kurumların varlığına son verilebilecek veya bu kurumlara BİO olma vasfını kazandıran özellikleri ellerinden alınabilecektir. Bu nedenlerle BİO'ların yasama organı karşısında bağımsızlığından söz edilmesi mümkün gözükmemektedir.

BİO'ların yasama organı karşısında bağımsızlığının sağlanabilmesi ancak Anayasa'da bu kurumlara ismen yer verilmesi ve BİO'lara ilişkin temel özelliklerin Anayasa'da yer alması suretiyle mümkün olabilecektir. Ancak BİO'lara Anayasa'da yer verilmemesi durumunda yasama organınca varlıklarına son verilebilecektir. BİO'lara Anayasa'da ismen yer verilmesi ise, Anayasa tekniği açısından uygun bir yaklaşım değildir.

BİO'ların önemli bir diğer özelliği ise faaliyet gösterdikleri sektörlerde geniş bir düzenleme yetkisi ile birlikte denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini bünyelerinde bulundurması; bir başka deyişle regülasyon işlevi görmeleridir.

³³ Günday, **a.g.e.**, s. 502.

1. İdari Bağımsızlık

İdari anlamda bağımsızlık, BİO'ların hem organları hem de yerine getirdiği görevlere ilişkin olarak yaptıkları işlemler üzerinde yürütme organının ve öteki idari mercilerin herhangi bir yetki ve denetime sahip olmamalarıdır³⁴. Bağımsızlık, bu kurumların hem organlarının bağımsızlığını; hem de işlemlerinin hukuki geçerliliğini etkileyebilecek hukuki tasarrufla bulunulamaması bir başka deyişle işlevsel bağımsızlığını ifade etmektedir. Ancak bazı yazarlar tarafından, ülkemizdeki BİO'ların bağımsızlığının diğer ülkelere nazaran sağlanamadığı ileri sürülmekte ve bu anlamda BİO'ların bağımsızlık sorunundan söz edilmektedir³⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bu tür kuruluşları nitelendirirken kullanılan sıfatlar da değişebilmektedir. Bazı ülkelerde (örneğin Fransa, İtalya, Yunanistan) “bağımsızlık” kavramı kullanılırken, kimi ülkelerde de (örneğin İspanya) “tarafsızlık, yansızlık” kavramı kullanılmaktadır³⁶. Öte yandan bazı yazarlar, bu kurumları bağımsız olarak değil özerk olarak nitelendirmektedir³⁷.

Bağımsızlık özelliği BİO'lar açısından üzerinde en fazla tartışmanın yapıldığı kavram olup, Fransız Hukuku'nda da bu kavramın iyi bir seçim olmadığı yönünde eleştiriler söz konusudur³⁸. Çünkü idarenin kanunilik ilkesi uyarınca, BİO'ların hukuki statüsü yasama tarafından belirlenmekte ve tamamıyla idare bünyesi içinde yer almalarına rağmen bağımsızlıklarından söz edilmektedir³⁹. Aslında bağımsızlık, BİO'ların kamu kurumlarından farklı olduğunun belirtilmesi açısından önem taşımaktadır.

Bağımsızlığı, organik bağımsızlık ve işlevsel bağımsızlık olarak iki grupta incelemek mümkündür.

³⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 502.

³⁵ Azrak, **a.g.m.**, s. 25.

³⁶ Tan, **a.g.m.**, s. 5.

³⁷ Karacan, **a.g.m.**, s. 9.

³⁸ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, s. 267.

³⁹ Atay, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, s. 267.

a. Organik Bağımsızlık

Organik anlamda bağımsızlık, bu kurumlarda özellikle karar mercilerinde yer alan kişilerin bazı statü güvenceleri ile donatılmaları anlamına gelmektedir⁴⁰. Bu nedenle bu kurumların karar organlarında yer alan kamu görevlileri, kamu kurumlarında görev yapan kamu görevlilerine nazaran daha çok güvence ile donatılmışlardır. Bu kurumların bağımsızlığının sağlanması için çeşitli yöntemlere başvurulmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kurumların bağımsızlığını garanti altına alabilecek sihirli bir formül bulunmuş değildir.

Genel olarak BİO'larda görev yapan kamu görevlileri ile siyasi iktidar arasındaki ilk ilişki bu kurumlara üye atanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde genel olarak BİO'lara üye atama yetkisi, Bakanlar Kurulu'na aittir. BİO'lara ilişkin özel kanunlarla Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki Tasarı'da da aynen korunmaktadır(Tasarı md. 5).

Bu anlamda Bakanlar Kurulu'ndan beklenen siyasi saikler gözetmeksizin ehil ve tarafsız kişileri üye olarak atamasıdır. Dolayısıyla bu kurumların gerçek anlamda uzman niteliğinde kurumlar olabilmesi hususunda Bakanlar Kurulu'na büyük görev ve sorumluluk düşmektedir. Ancak uygulamada siyasi saik güdülerek gerekli liyakata sahip olmayan kişilerin üye olarak atandığı ve bu nedenle uzmanlık kurumları olması gereken BİO'ların staj kurumları haline geldiği ileri sürülmektedir⁴¹. Söz konusu durumun, BİO'ların faaliyet gösterdiği alanlarda esas yetkili kurumlar olması nedeniyle büyük sakıncaları da birlikte getireceği açıktır.

BİO'lara üye atanması aşamasında faaliyet gösterdiği sektörde bulunan piyasa aktörlerine veya yargı organlarına aday gösterme yetkisi

⁴⁰ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 15.

⁴¹ Uğur Emek, "Değişen Dünya'da ve Türkiye'de Devlet, Bağımsız Düzenleyici Kurullar: Nereye", **İktisat, İşletme ve Finans**, S. 206, Mayıs, 2006, s. 37.

tanınarak seçilecek üyelerinin bağımsızlığı sağlanmak istemiştir. Örneğin on kişiden oluşan KİK'e; Danıştay, Sayıştay, Türkiye ve Odalar Borsalar Birliği (TOBB) ile Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu tarafından önerilen birer kişi olmak üzere toplam dört kişi siyasi iktidar dışında önerilmekte ve Bakanlar Kurulu tarafından ataması yapılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, kalan altı üyenin önerilmesi ve atanması tamamen siyasi iktidar yetkisinde olduğundan kurum karar organının oluşumunda siyasi iktidar asli söz sahibi olmaktadır. Aynı şekilde karar organı yedi kişiden oluşan RK'nın oluşumunda iki üyenin RK, birer üyenin ise Yargıtay, Danıştay ve TOBB'un boş üyelikler için göstereceği ikişer aday arasından Bakanlar Kurulu'nca seçileceği ve atanacağı öngörülmüştür. Diğer üyelerin atanmasında ise Bakanlıklar aday göstermektedir. Bu anlamda RK'da görev alan yedi üyenin beşinin bağımsız organlar tarafından aday gösterilmesi nedeniyle RK'nın oluşumunda bağımsızlığın nispeten sağlandığı söylenebilir.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından ise, bu kurumların bağımsızlığının, sadece merkezi idareye karşı değil, düzenleme yaptıkları sektörün aktörlerine karşı da sağlanması gerektiği ileri sürülmekte ve bu kurumlara üye seçiminde piyasa aktörlerinin aday göstermeleri usulünün kaldırılması gerektiği belirtilmektedir⁴². Piyasa aktörlerinin BİO'lara üye seçimi konusunda aday gösterme usulü yerinde bir uygulamadır. Böylece piyasa aktörleri tarafından gösterilen adaylar arasından Bakanlar Kurulu'nca üye ataması yapılması, siyasi iktidara karşı bağımsızlığın sağlanması açısından büyük öneme sahiptir. Bu kurumların piyasa aktörlerine karşı bağımsızlıkları ise, kurul üyelerinin, kendilerini aday gösteren piyasa aktörlerini veya kamu niteliğindeki meslek kuruluşlarını yakından ilgilendiren görüşmelere katılması yasaklanmak suretiyle sağlanabilir.

⁴² Aydın Gülan, Kemal Berkarda, "İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler", **Danıştay 134. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 10-11 Mayıs 2002, s. 134.

Özel mevzuatlarda bu kurumların bağımsızlıklarının sağlanması için öngörülen düzenleme ve denetleme konusu sektörde faaliyette bulunanların oluşturduğu mesleki kuruluşların veya yargı organlarının aday gösterme usulünün Tasarı'da korunmadığı görülmektedir(Tasarı md. 5). Bu nedenle Bakanlar Kurulu şartları taşıyan kişiler arasından istediğini, hiçbir organın teklifi olmaksızın atayabilecektir. Bu durum kurumların bağımsızları açısından geri adım olarak nitelendirilebilir.

Türkiye'de oluşturulan ve halen işlevlerine devam etmekte olan BİO'ların tamamının, meşruiyet temeline oturduğunu söylemek mümkün değildir⁴³. Bu nedenle bu kurumların, üyeliklerine atamaların siyasi iktidar tarafından atama yapılması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Buna göre; üyelerin siyasi iktidar atanması belli bir ölçüde de olsa meşruiyeti sağlayıcı bir şeydir. Bu kurumlar üzerinde klasik idari denetim yollarının öngörülmemesi ve BİO'ların karar organı üyelerinin görev süresi dolmadan görevden alınamamaları nedeniyle hükümetin bu kurumların işlemleri üzerinde siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu kurumların üyelerinin hükümetçe atanması suretiyle hükümetin bu kurumların faaliyetlerinden dolayı siyasi sorumluluğunu gerçekleştirebilecek ve bu anlamda halk, seçtiği siyasiler aracılığıyla BİO'ların karar organlarının oluşumunda kısmen de olsa söz sahibi olabilecektir.

BİO'ların organik açıdan bağımsızlıklarının sağlanmasında diğer bir yöntem ise, üyelerin görev sürelerinin siyasi iktidarın görev süresinden uzun tutulması ve üyelerin görev süresi bitene kadar görevden alınmasının yasaklanmasıdır⁴⁴. Bu durumda siyasi iktidarlar daha önce seçilen ve mevzuat gereği görevine son verilemeyen üyeler ile çalışmak zorunda kalmakta ve karar organlarının aynı siyasi iktidar tarafından oluşturulmasının önüne geçilmektedir. Ülkemizde bulunan BİO'ların karar organlarını oluşturan

⁴³ Gökhan Günaydın, "Temsili Demokrasiye Elveda: Türkiye'de Üst Kurullar Gerçeği", 2023, S. 16, Ağustos, 2002, s. 24.

⁴⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 345.

üyelerin görev süreleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Örneğin KİK ve TK üyelerinin görev süresi 5 yıl; RK, BDDK, EPDK, RTÜK üyelerinin görev süresi ise 6 yıl olarak belirlenmiştir. Tasarı'da kurul üyelerinin görev süresi 6 yıl olarak belirlenmiş ve kurumlar arasında görülen farklılığın giderilmesi amaçlanmıştır(Tasarı md. 5).

Üyelerin görev süresinin dolmadan görevden alınmalarının yasaklanması, bağımsızlıklarının sağlanması açısından en önemli unsur oluşturmaktadır. Bu kurumların kamu kurumlarından ayırt edici en önemli özelliği, görev süresi dolmayan üyelerin görevden alınamama güvencesi oluşturmaktadır⁴⁵. Siyasi iktidara bu üyelerin görev süresi dolmadan görevden alınabilmelerinde yetki verilmesi durumunda BİO'ların bağımsızlıklarından söz edilemeyeceği açıktır.

BİO üyelerinin belirlenen görev süresi bitiminde yeniden seçilememesi ilkesinin benimsenerek tarafsızlıkları sağlanmak istenmiştir. Görev süresinin bitiminde bu sürenin yenilenmemesi, kendilerine sağlanan güvencelerin bir karşılığı veya bedeli ve tekrar seçilme beklentisinin tarafsızlıklarını siyasi iktidar lehinde bozmamasına karşı bir önlem olarak düşünülmektedir⁴⁶. Ancak ülkemizdeki tüm BİO'larda bu ilkenin kabul edildiği söylenemez. Örneğin görev süresi biten SPK, RK, TK üyeleri tekrar seçilebilmekte iken BDDK, KİK üyelerinin görev sürelerinin bitiminde tekrar seçilmeleri yasaklanmıştır. Tasarı'da görev süresi biten üyelerin tekrar seçilmesi yasaklanarak, üyelerin tekrar seçilme amacıyla tarafsızlıktan ayrılımları ihtimalinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır(Tasarı md. 6).

b. İşlevsel Bağımsızlık

BİO'ların işlevsel bağımsızlığı, bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde yürütme organına dahil birimlerin bu eylem ve işlemlerin geçersizliği

⁴⁵ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 16.

⁴⁶ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 16.

sonucunu doğuran, işlemi onaya tabi tutma, işlemin yürürlüğünü engelleme veya geciktirme gibi hiçbir doğrudan yetkiye sahip olmaması, hiçbir kurum, kuruluş, makam ve merciin bu işlemlerin değiştirilmesi ve yürürlüğe sokulmaması yönünde emir ve talimat verememesi anlamına gelmektedir⁴⁷. İşlevsel bağımsızlık, BİO'ların işlem ve eylemlerinin yürütme organının hiyerarşi ya da vesayet denetimi biçimindeki bir denetime tabi tutulmamış olması ile sağlanmaktadır⁴⁸. Ancak BİO'ların, idari vesayet denetimine tabi olmadıklarının söylenmesinin, vesayet yetkisinin tam olarak anlaşılamamasından kaynaklandığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁹. Bu görüşe göre, BİO'lar doğrudan devlet tarafından kurulduğuna göre, devletin vesayet denetimine kanunla tabi tutulabilirler; ancak devlet şimdiye kadar, kendine bu kurumlar üzerinde vesayet yetkisi tanımamıştır⁵⁰. Bu nedenle devlet ile BİO'lar arasında bir vesayet durumu vardır; ancak bu içi boş bir durumdur; içi yetkilerle donatılmamıştır; ama bir gün donatılabilir de⁵¹.

Özel kanunlarında bu kurumların, bir bakanlık ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Kanunlardaki bu ilişkilendirmenin, bakanlıklara hangi yetkileri sağladığına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu nedenle BİO'lar ile ilgili bakanlık arasındaki hukuki ilişkinin, İdare Hukukunda bilinen bağıllık ve ilgili kavramlarından farklı bir münasebeti içerip içermediği anlaşılamamaktadır⁵².

Bu kurumlar üzerinde herhangi bir kişi ya da kuruluşun vesayet ve hiyerarşi yetkisi bulunmadığına göre bunların bakanlıkla ilişkisinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda ilişkili bakanlığın, sadece hukuka aykırı gördüğü işlemlerin iptali için idari yargıda dava açabileceği ve bu

⁴⁷ Ulusoy, “Bağımsız İdari Kurumlar”, s. 5.

⁴⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 503.

⁴⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, I. C., Bursa, Ekin Kitabevi, 2003, s. 492.

⁵⁰ Gözler, **a.g.e.**, s. 493.

⁵¹ Gözler, **a.g.e.**, s. 493.

⁵² Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 6.

durumda özel bir menfaat şartının aranmayacağını ileri sürülmektedir⁵³. Ayrıca söz konusu ilişki, bakanlıklara BİO'ların mali denetimi için Sayıştay ve Devlet Denetleme Kurulu'nu harekete geçirmek gibi bazı yetkiler de sağlamaktadır.

2. Regülasyon

Terim olarak Türkçe'de tam bir karşılığı bulunmayan regülasyon işlevi, belli bir faaliyete ilişkin olarak "oyunun kurallarının belirlenmesi" (düzenleme), bu kurallara riayetin sağlanması (denetim) ve sektörü veya bir alanı düzgün bir rekabet ortamına ve plüralist bir yapıya sevk etme (yönlendirme) olarak tanımlanabilir⁵⁴. BİO'lar bu işlevin yerine getirilmesinde hukuksal normlara başvurabileceği gibi, deontolojik kuralların hatırlatılması ve ekonomik yaptırımların ve kamuoyunda teşhir ve benzeri önlemlerin gündeme getirilmesi gibi hukuksal normlar dışındaki ikna yöntemleri de kullanabilmektedir⁵⁵.

Görüldüğü üzere BİO'ların regülasyon işlevi, esas itibariyle BİO'lara 3 temel fonksiyon yüklemektedir. Bu üç fonksiyondan en önemlisini düzenleme fonksiyonu oluşturmaktadır. Bu kurumların faaliyet gösterdikleri alanlarda temel esaslar kanunlar tarafından düzenlenmekte diğer hususlar da ise BİO'lara düzenleme yetkisi tanınmaktadır. Bu nedenle BİO'lar, faaliyet gösterdikleri alanlarda asıl düzenleyici kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

BİO'lara tanınan düzenleme yetkisinin, hem münhasır düzenleme, hem de ikincil derecede düzenleme yetkisi olduğu ileri sürülmektedir⁵⁶. Bu anlamda, kanun koyucunun düzenlemediği bir alanda da BİO'ların ilk elden

⁵³ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 97.

⁵⁴ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 21.

⁵⁵ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 21.

⁵⁶ Erkut, **a.g.m.**, s. 84.

düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmekte ve bunlara adeta genel ve asli bir düzenleme yetkisinin tanındığı belirtilmektedir⁵⁷.

BİO'ların genel ve asli düzenleme yetkisine sahip olduğuna ilişkin bu görüşe katılmak mümkün değildir. Pozitif hukukumuz açısından idarelerin düzenleme yetkisi, tali nitelikte bir yetki olup; kanun tarafından ilk elden düzenleme yapılmayan alanların düzenleyici idari işlemlerle doldurulması mümkün değildir. Bir başka deyişle, idareler kanunların uygulamasını göstermek amacıyla kanunlar çerçevesinde tüzük, yönetmelik ve diğer nitelikteki düzenleyici işlemleri tesis edebilmektedir. Bu nedenle, kanunun düzenlemediği bir alanın idari işlemler ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 123. maddesi'nde belirtilen kanuni idare ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca BİO'ların kanunlara aykırı olarak düzenleme yapamayacakları da açıktır. Bu anlamda BİO'lar, kamu kurumlarından herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

BİO'ların regülasyon işlevinin diğer önemli fonksiyonları ise denetleme ve yaptırım uygulama yetkisidir. Bu anlamda BİO'ların denetim yetkisini kullanabilmeleri için şikayet başvurusuna gerek bulunmamaktadır. BİO'ların denetleme yetkisi açısından, denetleme yetkisinin kullanılmasına ilişkin genel ifadelerin yeterli olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bu kurumların temel amacı, piyasa aktörlerinin piyasa kurallarına uygun olarak davranılmasının sağlanması olduğuna göre denetleme yetkisi işin niteliği gereği bu kurumlara tanınmaktadır.

Ayrıca BİO'ların, denetim yetkilerini kullanmaları aşamasında tespit ettiği hukuka aykırı fiiller nedeniyle idari yaptırım uygulama yetkileri de bulunmaktadır. Bu anlamda BİO'lar kişilerin hukuki durumunu etkileyen işlemler tesis edebilmektedir. Ancak BİO'ların uyguladığı idari yaptırımların, kanunlarda açıkça gösterilmesi, hem kanuni idare kavramının hem de suç ve cezaların kanunilik ilkesinin sonucunu oluşturmaktadır. Bir başka deyişle bu

⁵⁷ Erkut, **a.g.m.**, s. 85.

kurumların, piyasa ekonomisinin düzgün bir şekilde işlemesi amacıyla genel olarak idari yaptırım uygulama yetkisi ile donatıldığından bahisle kanunlarda gösterilmeyen herhangi bir idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmamaktadır.

BİO'ların uyguladıkları idari yaptırımlara örnek olarak, SPK tarafından kesilen para cezaları ile sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin geçici veya sürekli durdurulması gösterilebilir

D. Bağımsız İdari Otoritelerin Anayasal Konumu ve Türk İdari Teşkilatındaki Yeri

BİO'ların anayasal dayanağının bulunup bulunmadığı son derece tartışmalı konulardan biri olması nedeniyle doktrinde bu konuda fikir birliği bulunmamaktadır. Öte yandan herhangi bir kurumun anayasal dayanağının olup olmaması, o kurumun hukuki meşruluğunun sağlanması açısından büyük öneme sahiptir.

1982 Anayasası'nda kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş ve bu kuvvetlerin; yasama, yürütme ve yargı olduğu belirtilmiştir. Ancak, BİO'ların statüleri ve gördükleri işlevler nedeniyle bu üç erkin tamamen dışında 4. erk oldukları ileri sürülmektedir⁵⁸. Oysa, 1982 Anayasası'nda erkler açıkça sayılmış olup; bu üç erk dışında bir 4. erkin yaratılması mümkün değildir⁵⁹. Bu nedenle BİO'ların 4. erk olduğuna ilişkin görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.

1982 Anayasası'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin hangi organ tarafından kullanılacağı belirtilmiştir. Buna göre; yasama yetkisi Türk Milleti adına TBMM tarafından kullanılır. Ancak yasama yetkisinin tanımına gerek Anayasa'da, gerekse diğer mevzuatlarda yer verilmemiş ve yasama

⁵⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2006, s. 116.

⁵⁹ Ali Ulusoy, "Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumu'nun Yeri", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 2, Kasım, 1999, s. 6.

yetkisinin tanımı, doktrine bırakılmıştır. Buna göre maddi bakımdan yasama fonksiyonu; genel, sürekli, objektif ve kişisel olmayan işlemler yapmak, yani kural koymak anlamına gelmektedir⁶⁰. Faaliyette bulunduğu alanlarda çok geniş bir düzenleme yetkisine sahip olan BİO'ların yasama nitelikli yetkilere sahip olduğu ileri sürülmektedir⁶¹. Ancak bir kurumun yaptığı işlemlerin niteliğine bakarak o kurumun hukuki niteliğini ortaya koymaya çalışmak her zaman doğru sonuç vermemektedir. Bu kurumların geniş bir düzenleme yetkisine sahip olması, bu organların yasama organı niteliği taşıdığını göstermez. Çünkü BİO'lar tarafından yapılan düzenleyici işlemler, idari işlem niteliğinde olup; yargısal denetimi de idari yargının görev alanına girmektedir. Bu anlamda BİO'lar, kamu kurumlarından farklı bir özellik göstermemektedir. BİO'ların geniş düzenleme yetkilerine sahip olmaları nedeniyle yasama nitelikli yetkilere sahip iseler de, BİO'ların yasama organı olmadığı açıktır.

BİO'lar, gerek kuruldukları alanla ilgili olarak uyuşmazlıkları çözme yetkilerinin bulunması gerekse soruşturma usullerinin, yargılama usulündeki hükümlerle büyük paralellik göstermesi nedeniyle yargı organlarına benzetilmektedir. Bu nedenle BİO'ların yargısal veya yarı yargısal organ olup olmadıkları tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır.

Yargılama hukuku bakımından geçerli olan temel ilkelerin Rekabet Hukuku kurallarını uygulayacak olan makamlar (bizde: RK) bakımından da, prensip itibarıyla geçerli olduğunu belirterek; RK'nın geniş anlamda yargı organı olduğu belirtilmektedir⁶².

Organik açıdan bir kurumun yarı yargısal veya yarı idari olabilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır. Bu kurumların yargısal usuller uygulamasının temel sebebi, bu kurumların kolluk denetimine tabi özel

⁶⁰ Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. bs., Konya, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2002, s. 177.

⁶¹ Gülan, Berkarda, **a.g.m.**, s. 117.

⁶² Ejder Yılmaz, "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 2, Kasım, 1999, s. 95.

şahıslara yaptırım uyguladıklarından, bunların savunma haklarının yargısal usullerle daha somut bir şekilde güvence altına alınabilmesidir⁶³.

BİO'ların vermiş olduğu kararlar, idari işlem niteliğindedir. BİO'lar, uyuşmazlık çözümlerken de yargısal değil idari faaliyet yürütmektedir. BİO'ların verdiği kararların yargısal olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca BİO'ların kararları sonucunda, menfaati ihlal edilen kişilerin yargı organlarına başvurma hakları bulunmaktadır. Bu anlamda BİO'ların kararları kesin hüküm niteliği taşımamaktadır⁶⁴. Bu nedenle SPK'nın görevlerini yerini getirirken bağımsız olması veya karar verirken yargılama usulü benzeri kurallarla bağlı olması "mahkeme" olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir⁶⁵. Kaldı ki Türk Hukuku açısından BİO'lar, yürütme erkine dâhil kamu tüzel kişileridir. Zaten bu kurumların kuruluş kanunlarında kamu tüzel kişisi oldukları açıkça belirtilmiştir. BİO'ların yürütme erkine dâhil olduğu belirlendikten sonra çözümlenmesi gereken bir diğer sorun ise; bu kurumların Anayasa'nın belirlediği idari organizasyon içerisinde nasıl konumlandırılacağıdır.

Türkiye'nin yönetim yapısına ilişkin temel kurallar Anayasa'da yer almaktadır. Buna göre; idarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanmaktadır. Türkiye'de idari yapının oluşumunda, tarihi gelişim ve deneyler sonucu merkezden yönetim ve yerinden yönetim birbirini tamamlayan ilkeler olarak oluşmuş ve sürekli uygulama alanı bulmuştur.

Merkezden yönetim ilkesinde, kamu hizmetlerine ilişkin kararların merkezden emir ve komuta zinciri içinde yer alan bölge ve il kuruluşları tarafından yürütülmesi bu yönetim ilkesinin en önemli özelliğidir. Bu sistemde yürütülen faaliyetler hakkında takdir ve değerlendirme merkezi idare

⁶³ Ulusoy, "Bağımsız İdari Kurumlar", s. 7.

⁶⁴ Gözler, **a.g.e.**, s. 489.

⁶⁵ Gürsel, **a.g.m.**, s. 79.

tarafından yapılır. Ancak devlet merkezinde bulunan ve sayıları belirli ve sınırlı olan bu yetkililerin tüm ülke düzeyinde idari hizmetleri yürütmeleri düşünülemeyeceğinden, merkezdeki yetkililerin yanı sıra tüm ülkeye yayılmış bir idari teşkilata da gereksinim vardır⁶⁶.

Merkezi yönetimin merkez teşkilatı; Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, bakanlıklar ve merkezi idarenin yardımcı kuruluşları olan; Danıştay, Sayıştay, Devlet Planlama Teşkilatı ve Milli Güvenlik Kurulu'ndan oluşmaktadır⁶⁷.

Yerinden yönetim ilkesi, ya belli bir yöre ya da belli bir hizmet itibarıyla, iki biçimde uygulanmaktadır. Yerel yönetim ilkesinin yer itibarıyla uygulanması sonucunda karşımıza mahalli idareler çıkmaktadır. Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları, kanunla belirtilen ve karar organları, yine kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri (An md. 127). Görüldüğü üzere Anayasa'da mahalli idareler, il (il özel idaresi), belediye ve köy olarak sınırlı sayıda belirtilmiş olduğundan BİO'ların mahalli idare olmadığı hususunda şüphe bulunmamaktadır.

Yerinden yönetim ilkesinin hizmet itibarıyla uygulanması sonucunda merkezi idare teşkilatı dışında oluşturulan kamu tüzel kişileri teknik bilgi ve uzmanlığı gerektiren hizmetleri görmeye başlamıştır. Bu şekilde oluşturulan kamu tüzel kişileri, devletten ayrı bir iradeye, mal varlığına ve bütçeye sahip olup görevlileri merkezi idarenin hiyerarşisine dâhil değildir⁶⁸. Bu tür kuruluşlar kamu kurumu olarak adlandırılmaktadır. Kamu kurumları, kamusal ihtiyaçlardan belirli bir veya bir kaçının giderilmesine yönelik hizmet ve

⁶⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 502.

⁶⁷ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 166.

⁶⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 64.

faaliyetlerin ifası hususunda görevli ve yetkili sayılarak bunların yürüttükleri faaliyetlerde uzmanlaşmaları amaçlanmıştır⁶⁹.

1982 Anayasası, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanun ile düzenleneceğini ve kamu tüzel kişiliğinin de kanun ile veya kanunun açıkça verdiği yetki ile kurulacağını öngörerek, kamu tüzel kişi kurma yetkisini kanun koyucuda toplamak suretiyle idari bütünlüğün gerçekleştirilmesini amaçlamıştır⁷⁰.

BİO'ların idari yapıdaki yerinin belirlenebilmesi için bu kurumların merkezi idare ile arasındaki hukuki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, hiyerarşi ve idari vesayet olarak adlandırılan iki hukuki araçla sağlanabilmektedir.

Merkezi idarenin başkent ve taşra teşkilatı arasındaki bütünlüğü, hiyerarşi yetkisi ile sağlanmakta ve bu yetkiden ortaya çıkan güce hiyerarşi gücü adı verilmektedir⁷¹. Hiyerarşi gücü, üstün emri altındakilerin gerek işlem ve eylemleri, gerek memuriyet durumları üzerinde bir takım tasarruflar yapmasına imkân verir⁷². Bu nedenle hiyerarşide üst ve ast aynı kamu tüzel kişiliğinde yer almakta ve astın üstün emirlerine uyma zorunluluğu karşısında makamın bağımsızlığından söz edilememektedir.

Buna karşın idari vesayet, merkezi idare ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlüğü sağlayan hukuki araçtır. Anayasanın 127. maddesinin 5. fıkrası, vesayet yetkisinin amacını şu şekilde belirtmektedir: "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi

⁶⁹ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 191.

⁷⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 166.

⁷¹ Günday, **a.g.e.**, s. 71.

⁷² Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, s. 56.

karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.”. Buna göre Anayasa’da hizmet yerinden yönetim kuruluşları üzerinde merkezi idarenin sahip olduğu vesayet yetkisi açıkça belirtilmemekle beraber, bu kuruluşlara oranla daha özerk olan yerel yönetimler için kabul edilen bu yetkinin hizmet yerinden yönetim kuruluşları için öncelikle var olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷³.

Anayasanın 123. maddesi karşısında, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esasları dışında üçüncü bir idari yapılanma esası getirmenin anayasallığını savunmak güç görünmekte ve bu nedenle BİO’ları yerinden yönetim kuruluşları kategorisine dâhil etmek gerekmektedir⁷⁴.

Yerel yönetim kuruluşları içerisinde yer aldığını belirtilen bu kuruluşların, yerel yönetimler kategorisine dâhil edilemeyeceğine göre, bu noktada tartışılması gereken bir başka hususu ise, BİO’ların kamu kurumu olarak mı kabul edilecekleri yoksa yerinden yönetim kuruluşları içinde, yerel yönetimler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında üçüncü bir kategori mi oldukları tartışması oluşturmaktadır⁷⁵.

Bu soruya cevap verebilmek için bu kurumların kamu kurumları ile karşılaştırılması gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, konu uygulama açısından büyük ölçüde çözümlenmiştir. Konuya ilişkin olarak verilen Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına bakıldığı zaman BİO olarak nitelendirilen kurumların, kamu kurumu oldukları ifade edilmektedir.

BİO’lar ile kamu kurumları arasında işlev, nitelik ve özerklik derecesi açısından önemli farklar bulunmaktadır. BİO’lar belli bir alanın organizasyonu ve denetimi için her türlü yetkiye sahip olmayı içeren regülasyon işlevi yerine

⁷³ Günday, **a.g.e.**, s. 72.

⁷⁴ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 90.

⁷⁵ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 90.

getirmekte; bu nedenle işlevleri hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına göre daha geniş olmaktadır⁷⁶.

BİO'ların kararlarının merkezi idarenin doğrudan müdahalesine tabi olmaması da, kararları üzerinde idarenin geniş yetkileri bulunan hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına göre farklılık arz etmektedir. Ayrıca BİO'ların organlarının bağımsızlık derecesi kamu kurumlarına göre çok daha fazladır. Zira BİO'ların karar organları belli bir süre için seçilmekte ve kural olarak, bu görev süreleri boyunca görevlerine siyasi iktidar tarafından son verilemezken, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının karar organlarının görevden alınmasında, siyasi iktidarın oldukça geniş sayılabilecek bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁷⁷.

Ayrıca BİO'lar otorite olma özelliği gereğince, kamu kurum ve kuruluşları gibi bir edimin yani bir mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesini yüklenmemekte ve bu özelliği dolayısıyla diğer piyasa aktörleri gibi mal ve/veya hizmet üretimi yapan kamu kurumlarından farklılık arz etmektedir⁷⁸. Ancak bu durum BİO'ların yerine getirdiği hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira BİO'ların gördüğü hizmetler de, kamu hizmeti sayılmakta ve bu anlamda BİO'lar bu hizmetin yürütülmesi kapsamında kamusal yetkileri kullanmaktadır.

Belirtilen nedenlerle BİO'ların, yerinden yönetim kuruluşları mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları dışında üçüncü bir kategori olduğu ve bu durumun anayasal bir sorun da yaratmayacağı kabul edilmektedir⁷⁹.

⁷⁶ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 91.

⁷⁷ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s.91.

⁷⁸ Atay, **İdare Hukuku**, s. 250.

⁷⁹ Günay, **a.g.e.**, s. 508.

Ancak doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bunların bir kısmı BİO'ları, düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları olarak isimlendirerek kamu kurumları başlığı altında incelemektedir⁸⁰.

BİO'ların anayasal konumuyla ilgili olarak doktrinde belirtilen bazı görüşlere yer verilmesi yararlı olacaktır.

YILDIRIM, kamu kurumu kavramının BİO olarak nitelendirilen idareleri de kapsadığını, BİO kavramının doktrin tarafından kullanılan bir kavram olduğunu ve kamu kurumu ile BİO ayrımının hukuki bir sonucunun bulunmadığını belirtmektedir⁸¹.

ERKUT ise; 1982 Anayasasının yürütme ile ilgili hükümlerini birlikte değerlendirerek; 123. maddede belirtilen idarenin bütünlüğü ilkesi ve 6. maddeye göre, hiçbir organ ve makama kaynağı Anayasa'da bulunmayan devlet yetkisi tanınamayacağını belirterek BİO tipi yapılanmalar teşkil edilmesinin mümkün olmadığını düşünmekte⁸² ve bu kurumların anayasal temelini bulunmadığını ifade etmektedir⁸³.

AZRAK da, bu nitelikteki kurumların Anayasa'da açıkça düzenlenmelerinin zorunlu olmadığını belirtmekte, aksinin savunulmasının BİO'ların kurulmasını imkânsız kılacak bir yaklaşım olduğunu ve esas olarak BİO'ların kamu tüzel kişilerinden kamu kurumu kategorisinde yer aldığını savunmaktadır⁸⁴.

⁸⁰ Gözler, **a.g.e.**, s. 486.

⁸¹ Turan Yıldırım, "Bağımsız İdari Otorilerin Yargısal Denetimi", **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yayınları: 59, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, s. 206.

⁸² Celal Erkut, "Sermaye Piyasası Kurulu", **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ed. İbrahim Kaboğlu, Alkım Yayınevi, 1998, s. 130.

⁸³ Erkut, "Bağımsız İdari Otoriler", s. 83.

⁸⁴ Azrak, **a.g.m.**, s. 24.

GÜRSEL, Türk Hukuku'nda Anayasa'ya uygunluk bakımından özellikle SPK, RK, BDDK gibi kurumlar için bir tartışmanın gereksiz olduğunu ve Anayasa'da yer alan kuralların, devlete o konularda önlem ve karar alma yetkisi verdiğini belirtmektedir. Yazara göre, devlet bu anlamda sahip olduğu teşkilatlanma yetkisi uyarınca, BİO'lar kurmak suretiyle söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışmakta ve kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamaktadır⁸⁵.

ÇOLAK, 1982 Anayasasına göre Türk İdare Sisteminin, merkezden ve yerinden yönetim esaslarına göre şekillenmiş olduğunu, bu yapılandırmanın dışında herhangi bir yapılandırmanın İdare Hukuku açısından tartışmanın anlamsız gözüktüğünü belirterek, ülkemiz açısından BİO olarak tanımlanacak kamu kurumlarının varlığından söz etmenin olanaksız olduğunu kabul etmektedir⁸⁶.

ATAY ise, BİO'ların idari örgütlenmenin klasik yapısındaki ilkelerle açıklanmasının, Anayasa'da bu anlamda öngörülen ilkelerle bağdaştırılmasının ve BİO'ların anayasal dayanağının bulunduğunu söylemenin güç olduğunu belirtmektedir⁸⁷. Yazara göre, BİO'ların anayasal dayanağa kavuşturulması için Anayasa'nın 123. maddesine, "Temel hak ve hürriyetlerin idare karşısında güvencelerinin artırılması, piyasa ekonomisini düzenlenmesi, enerji, haberleşme ve iletişim alanlarında merkezi yönetimin hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olmayan bağımsız, idari ve mali bakımdan özerk kuruluşların oluşturulması kanunla düzenlenir. Kanunda kuruluşun teşekkülünde, görev ve yetkilerinin ifasında bağımsızlığını ve özerkliğini sağlayıcı hükümler gösterilir. Bu tür kuruluşlara görev ve yetkileriyle orantılı gelir sağlanır." şeklinde bir fıkra eklenmesi gerekmektedir. Yazar tarafından belirtilen değişiklik, merkezi yönetimin BİO'lar üzerinde

⁸⁵ Gürsel, **a.g.m.**, s. 43.

⁸⁶ Nusret İlker Çolak, **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 94.

⁸⁷ Atay, **İdare Hukuku**, s. 321.

hiyerarşi ve vesayet denetimine tabi olmadığına açığa kavuşturulması ve BİO'ların anayasal dayanağının bulunup bulunmadığına ilişkin doktrindeki tartışmalara son verecek nitelikte olması nedeniyle büyük fayda sağlayacaktır.

Bize göre, BİO'lar 1982 Anayasası'nın öngördüğü idari sistemde, yerinden yönetim kuruluşları içerisinde yer almaktadır. Ancak BİO'ları, kamu kurumu olarak kabul etmek yukarıda belirtilen gerekçelerle mümkün değildir. Yasama organı sahip olduğu yetki uyarınca, yerinden yönetim kuruluşları içerisinde kendine özgü kurumlar olan BİO'ları oluşturmuştur. Zira yerinden yönetim ilkesi kapsamında, mahalli idareler ve kamu kurumları dışında başka bir idari teşkilatlanmanın oluşturulmasını engelleyen herhangi bir hüküm Anayasa'da yer almamaktadır. Bu anlamda BİO'ların, yerinden yönetim kuruluşları içinde üçüncü bir kategori olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁸.

Son olarak, 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin kenar başlığı 21.06.2005 günlü 5370 sayılı kanunla: "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Radyo ve Televizyon Kuruluşları ve Kamuyla İlişkili Haber Ajansları" olarak değiştirilmiş ve birinci fıkradan sonra gelmek üzere "Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir." fıkrası eklenmiştir. Madde metnine eklenen bu fıkayla; RTÜK, Anayasa'da düzenlenen ilk BİO olma özelliğini kazanmıştır.

⁸⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 508.

E. İdarenin Bütünlüğü İlkesi Açısından Bağımsız İdari Otoriteler

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle merkezi idare ile kamu kurumları arasındaki hukuki ilişkide idarenin bütünlüğü ilkesini sağlayıcı hükümlere yer verilmiştir. BİO'lar ile merkezi idare arasında hukuki ilişki kamu kurumlarına nazaran çok daha gevşektir.

BİO'lar üzerinde merkezi idarenin hiyerarşi ve vesayet yetkisinin bulunmaması idarenin bütünlüğü ilkesi açısından bazı hukuki sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle BİO'ların, kuruluş kanunlarında bir bakanlıkla ilişkilendirildiği görülmektedir. Örneğin; RK, Sanayi ve Ticaret Bakanlığıyla; KİK, Maliye Bakanlığıyla; BDDK ise Başbakan veya görevlendireceği devlet bakanıyla ilişkilendirilmiştir. SPK'nın ilgili olduğu bakanlık, Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SerPK) açıkça belirtilmemiş ve ilgili bakanlığın belirlenmesi konusunda Başbakana yetki verilmiştir. Buna göre; SPK'nın ilgili olduğu bakanlık, Başbakan tarafından görevlendirilecek devlet bakanlığıdır. Ayrıca SerPK'da ilgili bakanlığın, SPK'nın üzerinde ne gibi yetkilere sahip olduğu belirtilmemiştir. SPK ile ilgili bakanlık arasındaki hukuki ilişkinin, İdare Hukukunda bilinen bağıllık ve ilgili kavramlarından farklı bir münasebeti içerip içermediği anlaşılamamaktadır⁸⁹.

27.09.1984 tarih ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanunun 10. ve 11. maddelerinde bağlı ve ilgili kuruluşların tanımı yapılmıştır. Buna göre; bakanlığın hizmet ve görev alanına giren ana hizmetleri yürütmek üzere, bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli, katma bütçeli veya özel bütçeli kuruluşlar “bağlı kuruluş” olarak tanımlanmaktadır. Özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari

⁸⁹ Duran, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 6.

statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları ise “ilgili kuruluş” olarak ifade edilmektedir.

BİO’lar ile bakanlıklar arasındaki ilişkinin, bağlı kuruluş ilişkisi olmadığı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Çünkü bağlı kuruluşlar, bakanlıkların ana hizmet ve görev alanına giren konularda faaliyette bulunmaktayken; BİO’lar faaliyet gösterdikleri alanlarda asıl hizmet ve sorumluluk sahibi kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca BİO’lar, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanmakta olduğundan, bu kurumların herhangi bir bakanlığa bağlılığından söz etmek mümkün değildir.

BİO’lar ile bakanlıklar arasındaki ilişkinin, ilgili kuruluş ilişkisi olup olmadığı hususunda uygulamada ve doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Uygulamada Danıştay’ın istişare görüşüne göre, “ilişkili kurum” ibaresiyle “ilgili kuruluş” ibaresi aynı anlamı ifade etmektedir⁹⁰. Ancak doktrinde bu iki kavramın farklı anlamlar taşıdığı kabul edilmektedir. Buna göre; bu kurumları bakanlığa bağlı ya da ilgili kuruluş olarak nitelendirmek; bir başka deyişle bu kurumları bakanlığın denetimine tabi ve onlara karşı bağımlı olduğunu söylemek hukuken mümkün değildir.

BİO’ların özel kanunlarında, ilişkili veya ilgili olacakları merkezi idare birimlerinin öngörülmüş olması, bu kurumlar açısından idarenin bütünlüğü ilkesini sağlama çabası olarak değerlendirilebilir⁹¹. Bu anlamda; ilgili bakanlığın, ilgili bulunduğu kurum işlemlerinin iptali için; ayrıca özel bir menfaat koşulu aranmadan idari yargıya başvurabileceği ve böylece idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleşmiş olacağı ileri sürülmektedir⁹². ULUSOY tarafından ileri sürülen bu görüş, kanun koyucu tarafından da benimsenmiştir. Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu(BanK); ilişkili bakanlığın, BDDK’nın

⁹⁰ Danıştay 1. D. 24. 10. 2002. E: 2002/156, K: 2002/167 (Y.K.)

⁹¹ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 5.

⁹² Ulusoy, “Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”, s. 11.

düzenleyici nitelikteki kararlarına karşı iptal davası açabileceğini belirtmiştir(BanK md. 105/2).

BİO'lar ile bakanlıklar arasındaki ilişkinin bakanlığa sağladığı bir başka yetki ise; Kurul üyelerinin suç işlemleri halinde ortaya çıkmakta ve üyeler hakkında soruşturma açılabilmesi için ilgili bakanın izni gerekmektedir⁹³. Ancak bazı BİO üyeleri hakkında ilgili bakanın izni olmaksızın doğrudan hazırlık soruşturulması yürütülmesi mümkündür.

BİO'lara üye seçiminde, ilişkili bakanlığa seçilecek adaylardan bir kısmı için aday gösterme yetkisi tanınmakta ve atamaya yetkili organ, ancak ilişkili bakanlık tarafından gösterilen adayları üye olarak atayabilmektedir. Böylece BİO'ların karar organlarının oluşumunda ilişkili bakanlık etkin hale gelmektedir. Örneğin, SPK'ya ilgili bakanlıkça önerilecek dört aday arasından ikisinin Bakanlar Kurulu tarafından üye olarak atanacağı belirtilmiştir(SerPK md. 17). Ancak her ne kadar ilişkili bakanlığa Kurul üyelerinin ataması hususunda yetki verilmiş ise de, ilgili bakanlığın SPK üyelerinin görevden alınmasında herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

F. Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi

BİO'ların kararlarının yargı denetimine tabi olup olmayacağı hususu, Fransa'da uzun tartışmalara sebep olmuş ve sonuç olarak yargı denetimine açık olmaları fikri kabul edilmiştir⁹⁴. Bu anlamda bu organlar açısından denetimin mevcudiyeti yani denetimin varlığının kurumun varoluş nedenlerine aykırılık teşkil edip etmeyeceği konusunda doktrinde bir takım tereddütler oluşmuştur⁹⁵.

⁹³ Seriya Sezen, **Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş**, Ankara, Todaie Yayınları No: 316, 2003, s. 165.

⁹⁴ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 47.

⁹⁵ Jean François Thery, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", Çev. Mahmut Göçer, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ed. İbrahim Kaboğlu, Alkım Yayınevi, 1998, s. 163.

Ülkemiz açısından BİO'ların, konularıyla ilgili etkinlik ve kişiler hakkında çeşitli işlemler ve eylemler yapması nedeniyle hukuka bağlı idare ilkesi uyarınca, her halde ve en azından kanunilik yönünden yargısal denetime bağlı olması gerektiği vurgulanmakta ve BİO'ların yargısal denetim dışında bırakılmasını gerektiren ciddi bir neden ve gerekçenin bulunmadığı savunulmaktadır⁹⁶. BİO'ların kararlarının yargısal denetime tabi olup olmayacağı hususunda bu kurumların hukuki niteliği önem taşımaktadır. Yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, BİO'lar, idari organ olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın 125. maddesi uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan BİO'ların işlem ve eylemlerine karşı da yargı yoluna başvurulabileceği açıktır. Hatta bu kurumların işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılmasına ilişkin kanuni düzenleme yapılması durumunda, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olacağında şüphe bulunmamaktadır.

BİO'ların kamu hizmetinin yönelik olarak tek taraflı ve ayrıcalıklı yetkiler kullanarak tesis ettiği işlemler idari işlem niteliğinde olup; bu işlemlerin yargısal denetiminin idare mahkemelerince yapılması gerekmektedir. Ancak BİO'ların işlemlerine karşı açılacak davalarda, hangi mahkemenin görevli olduğu hususunda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, RTÜK aleyhine açılacak idari davalarda Ankara İdare Mahkemeleri yetkili iken; RK kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılmaktadır.

BİO'ların yargısal denetiminin incelenmesi aşamasında esas tartışmalı konuyu, bu kurumların işlem üzerinde yapılacak yargısal denetimin yoğunluğu oluşturmaktadır. BİO'ların işlemlerine karşı açılan davalarda, esasa ilişkin olarak yapılan yargısal denetimin daha ziyade sınırlı bir biçimde yürütülmesi ve sadece bariz bir değerlendirme ya da takdir hatası olması durumunda işlem ve kararlarının iptaline karar verilmesi gerektiği

⁹⁶ Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", s. 7.

savunulmaktadır⁹⁷. Bu anlamda Rekabet Hukukuyla ilgili olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, hakim durumun tespiti ve kötüye kullanılması konusunda tek otoritenin RK olduğunu kabul ederek minimum bir denetim yapılması gerektiği sonucuna varmıştır⁹⁸.

BİO'lara verilen görevlerin bilgi ve uzmanlık gerektirmesi ve idari yargı yerlerinin de bu alanlarda yeterli bilgi ve uzmanlığa sahip olmamaları nedeniyle, bu kuruluşların yapmış oldukları işlemler üzerinde yoğun bir yargısal denetim yapılmasının güçlüğü açıktır⁹⁹. Ancak BİO'lar üzerinde merkezi idarenin hiyerarşi ve vesayet yetkisinin bulunmaması nedeniyle bu kurumların işlemleri üzerindeki tek denetimi yargısal denetim oluşturmaktadır. Bu anlamda yargısal denetimin sadece usule ve bariz değerlendirme hataları durumuna ilişkin olarak kabul edilmesi, bu kurumların ortaya çıkış amaçlarına aykırılık teşkil edecektir. Şöyle ki, bu kurumların ortaya çıkışında ana faktör, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin bağımsız ve tarafsız olarak faaliyet gösterdiği kabul edilen bu kurumlar tarafından daha iyi korunacağı düşüncesidir. Ancak bu kurumların işlemlerinin tam olarak yargı mercilerince incelenememesi durumunda, bireyin temel hak ve hürriyetleri bizzat bu kurumlar tarafından ihlal edilmiş olacaktır. Kişilerin bu kurumların işlemlerine karşı açılacak davalarda, yargısal denetimin sadece yetki ve şekil açısından yapılabileceğinin kabul edilmesi, davacıların adil yargılanma hakkına ve hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir.

BİO'ların işlem ve kararları üzerindeki yargısal denetimde çözüm, bu işlem ve karar üzerindeki yargısal denetimin sınırlı bir biçimde yapılması olmayıp, idari yargı yerlerinin ve bu yargı yerlerinde görevli yargıçların bu işlem ve kararları denetleyebilecek yeterli bilgi ve uzmanlık ile donatılmalarıdır¹⁰⁰. BİO'ların eylem ve işlemlerinin hukuki denetimi

⁹⁷ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 50.

⁹⁸ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 50.

⁹⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 511.

¹⁰⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 511.

aşamasında, hakimın bilmediği teknik konulara ilişkin olarak bilirkişi müessesine başvurulması ve bu şekilde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Öte yandan BİO'ların uygulamalarına karşı açılacak davalarda idare mahkemelerinin görevli olması nedeniyle bu davalara ilişkin olarak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) uygulanacaktır. Bu anlamda BİO'ların işlemlerinin iptali istemiyle açılacak davalarda, söz konusu işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları açısından hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir (İYUK md. 2). Bu nedenle idari yargı mercilerince yapılacak denetimin idari işlemin sadece yetki ve şekil unsuruna ilişkin olduğuna ilişkin görüşün savunulması hukuken mümkün değildir.

Bu anlamda idari yargı mercilerince yapılan yargısal denetimin sınırlarının ne olması gerektiği uygulamada da tartışılmış ve bu konu Türkiye'nin önemli özelleştirmelerinden birisi olan Petkim Petrokimya Holding A.Ş.'nin özelleştirilmesine karşı açılan davada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca, "... Özelleştirme uygulamaları idari işlemler yoluyla gerçekleştirildiğinden, bu işlemlere karşı açılan iptal davalarının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden yargısal denetime tabi tutulmaları gerekmektedir. Özelleştirme işlemlerinin iptali istemiyle açılan davalarda yargısal denetimin hukuka uygunluk denetimi olduğu, yerindelik denetimini içermediği hususunun gözardı edilmesi hukuken mümkün değilse de özelleştirmeye ilişkin işlemlerin teknik özellikler taşıdığı, siyasi iktidarların tercihlerini yansıttığı, dolayısıyla yargısal denetiminin daha ziyade işlemin yetki ve şekil unsurları üzerinde yapılabileceği de hukuken kabul edilemez. Bu çerçevede konu değerlendirildiğinde özelleştirme işlemlerinin yetki, şekil, sebep ve konu unsurlarının yanı sıra maksat yönünden de hukuka uygunluk denetiminin yapılması zorunludur. Bütün idari işlemlerin kamu yararı

maksadını taşıması gerektiği tartışmasızdır. İdare işlem tesis ederken kişisel, siyasal, üçüncü kişilere yarar sağlama amacı gütmemeli, mali çıkar sağlama amacıyla yetki saptırması içinde bulunmamalı, ayrıca birden fazla kamu yararının çatışması durumunda "üstün kamu yararını" dikkate almalıdır. Dolayısıyla idari işlemin maksat yönünden yargısal denetimi de işlem ile sağlanan her türlü yarar ve işlemin ortaya çıkardığı tüm sakıncalar göz önüne alınarak yapılmalıdır. Ayrıca, Yasada özel bir amaç belirlenmiş ise işlemin bu amaca uygun olması gerektiği de kuşkusuzdur..." ifadelerine yer verilmek suretiyle, büyük ölçüde çözüme kavuşturulmuştur¹⁰¹.

Bu nedenle idari işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, işin uzmanlık gerektirmesi ve teknik nitelikte olduğundan bahisle yargısal denetimin iptali istenilen işlemin sadece yetki ve şekil unsuru açısından yapılmasına ilişkin görüşlerin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından kabul edilmediğini söylemek mümkündür.

Ayrıca Danıştay kararlarında, BİO'ların kararları denetlenirken, bu kurumların diğer idari organlara göre farklı bir özelliği olan kurumlar oldukları yönünde, ne kararların lafzından, ne de içeriğinden bir çıkarımda bulunmak zordur. Danıştay, yargısal denetimi yaparken bu kurumları sıradan bir idari merci olarak görmekte; inceleme yöntemi ve yargısal denetimin yoğunluk derecesinde bu kurumlara herhangi bir ayrıcalık tanımamaktadır¹⁰².

G. Bağımsız İdari Otoritelerin Olumlu ve Olumsuz Yönleri

BİO'ların ortaya çıkmasında temel hareket noktası, siyaset ve ekonominin ayrıştırılması; başka bir deyişle bu kurumların faaliyet alanının siyasetin etki alanı dışına çıkarılması ve bunun doğal sonucu olarak siyaset

¹⁰¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 27.12.2007. E: 2007/939 (www.danistay.gov.tr., 14.09.2010)

¹⁰² Aydın Akgül, **Sermaye Piyasa Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Beta Basım A.Ş., 2008, s. 210.

kurumunun işlevinin daraltılmak istenilmesidir¹⁰³. BİO'ların günümüzde birçok alanda “kurtarıcı” gibi görülmesi ve gündeme sokulmasının nedeni de aslında toplumun her kesiminde siyasetçilere duyulan derin güvensizliktir¹⁰⁴. Bu nedenle BİO'ların en önemli olumlu yönünü; ekonomik kararların siyasi kaygılardan arınmış kurumlarca alınması oluşturmaktadır.

BİO'lar, faaliyet alanlarında temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından siyaset kurumuna nazaran daha fazla güvence sağlamaktadır. Toplumsal yaşam için son derece önemli sektörlerde karar alma ve uygulama mekanizmalarında politikacıların yerine bağımsız ve objektif teknisyenlerin bulunması daha tercih edilebilir bir şey olarak görülmektedir¹⁰⁵. Ayrıca bu kurumlar faaliyet alanlarındaki uzmanlıkları ve teknik kapasiteleri sayesinde daha çabuk ve daha etkin bir şekilde müdahalede bulunabilmektedirler. Öyle ki, duyarlı sektörlerde etkin bir düzenleme ve denetim yapabilecek kadar uzmanlaşmış personeli çatıları altında toplayabilmelerinin yanında, bu kurumların olumlu yönlerinden biri de, geleneksel devlet yapılanmasında birbirinden bağımsız olan çeşitli fonksiyonların tek bir elde toplanmasıdır¹⁰⁶. Böylece bütünsel bir müdahale gücüne ulaşılmakta; bağımsız birimler arasındaki güç mücadelesi, bağlantısızlık ve bilgi alışverişlerindeki sorunlar ortadan kaldırılarak sonuçta idarenin etkinliği artırılmış olmaktadır¹⁰⁷.

BİO'ların yukarıda belirtilen olumlu yönlerinin yanında bir takım olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Bu kurumlara ilişkin en önemli sakıncayı, idare cihazının içinde siyasi iktidar tarafından denetlenemeyen bir kategorinin varlığından kaynaklanan meşruiyet sorunu oluşturmaktadır¹⁰⁸. Ülkemizdeki

¹⁰³ Ali Kaya, **Bağımsız ve Düzenleyici Üst Kurullar**, Konya, Eğitim Kitabevi, 2004. s. 64.

¹⁰⁴ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 31.

¹⁰⁵ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 31.

¹⁰⁶ Akgül, **a.g.e.**, s.204.

¹⁰⁷ Sezen, **a.g.e.**, s.82.

¹⁰⁸ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 32.

BİO'ların tümünün, meşruiyet temeline oturduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰⁹.

Yukarıda da belirtildiği üzere BİO'ların eylem ve işlemleri üzerinde merkezi idarenin hiçbir hukuki yaptırımı bulunmamaktadır. Diğer yandan bu kurumların üyeleri Bakanlar Kurulu tarafından atanmakta; ancak atanan üyelerin görevlerine siyasi iktidar tarafından son verilememektedir. Bu nedenle idari teşkilat içinde bulunan BİO'lar, seçimle gelen hükümetlerin denetimi dışında kalmaktadır. Böyle olunca, hükümetin bir kısım idari faaliyetlere ilişkin olarak yasama organı önünde siyasi sorumluluğu bulunmamakta ve böylece halk egemenliğine dayalı çağdaş demokratik sistem açısından önemli bir sorunla karşı karşıya kalınmaktadır¹¹⁰. Bu kurumların üyeliklerine atamaların siyasi iktidar tarafından yapılması durumunda meşruiyet sorununun çözülebileceği savunulmaktadır¹¹¹. Buna göre; üyelerin siyasi iktidar atanması belli bir ölçüde de olsa meşruiyeti sağlayıcı bir şeydir.

Ülkemizde BİO açısından diğer bir sorunu, bu kurumların bağımsızlıklarının tam anlamıyla sağlanamaması ve siyasi iktidarlarca gerekli liyakata sahip olmayan kişilerin üyeliklere atanması oluşturmaktadır. BİO'ların meşruiyet sorunu ile bağımsızlık sorununun çözümü çelişki teşkil etmektedir. Şöyle ki, bu kurumlara siyasi iktidar tarafından üye atanması kabul edildiğinde meşruiyet sağlanabilmekte iken; siyasi iktidar tarafından üyeliklere atama yapılması durumunda bu kurumların bağımsızlıkları zayıflamaktadır. Bu nedenle BİO'lara üye atamasında, hem meşruiyet sorununun çözülmesi hem de bu kurumların bağımsızlıklarının sağlanması yönünde formüller geliştirilmelidir. Bu anlamda üyeliklere siyasi iktidar tarafından atama yapılması yerinde olmakla birlikte; kurul üyelerinin

¹⁰⁹ Günaydın, **a.g.m.**, s. 24.

¹¹⁰ Şahin Ardiyok, **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2002, s. 85.

¹¹¹ Günaydın, **a.g.m.**, s. 35.

görevden alınması konusunda siyasi iktidara yetki verilmemesi gerekmektedir. Öte yandan üyelerin görev süresinin uzun tutulması ve görev süresi biten üyelerin tekrar atanmalarının yasaklanması yerinde olacaktır. Çünkü görev süresi bitecek olan üyeler tekrar atanma saikiyle hareket edebilecek ve böylelikle siyasi iktidar lehine bağımsızlıklarından ödün verebileceklerdir.

BİO'lar ile ilgili bir başka sorunu ise, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edilen idarenin bütünlüğü ilkesinin BİO'lar açısından nasıl hayata geçirileceği oluşturmaktadır¹¹². Merkezi idarenin BİO'lar üzerinde hiyerarşi ve idari vesayet yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle merkezi idarenin denetimi dışında bulunan kamu tüzel kişilerinin bulunması nedeniyle idarenin bütünlüğü ilkesinin zedelendiği ileri sürülebilir. Ancak Anayasa'da idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanması hususunda bir sınırlama getirilmemiş olması nedeniyle merkezi idareyle yerinden yönetim kuruluşları arasında herhangi bir bağın bir başka deyişle minimum bir idari denetim mekanizmasının kurulması yeterli olacaktır¹¹³. Ayrıca yürütme organının BİO'ların organlarını belirleme bakımından yetkileri bulunduğu gibi bu kurumlar için mali denetim mekanizmaları öngörülmüştür. Bu anlamda BİO'ların Sayıştay tarafından mali yönden denetlenmesi, idarenin bütünlüğü ilkesini sağlamaya yönelik bir tercihi oluşturmaktadır. Ayrıca bu kurumların Cumhurbaşkanlığına bağlı Devlet Denetleme Kurulu'nun denetimine tabi olmaları, idarenin bütünlüğü ilkesini hayata geçirmek için yeterli bir hukuki araçtır¹¹⁴.

Öte yandan BİO'ların üyelerine merkezi idare tarafından atama yapılmaktadır. Bu anlamda merkezi idarenin bu kurumların karar organlarının oluşturulmasında söz sahibi olduğu açıktır. Merkezi idareye BİO'lara üye

¹¹² Günday, **a.g.e.**, 508.

¹¹³ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 32.

¹¹⁴ Günday, **a.g.e.**, 508.

ataması konusunda kanunlarda yetki verilmesi nedeniyle idarenin bütünlüğü ilkesi sağlanmış olmaktadır¹¹⁵.

BİO'lara karşı son zamanlarda getirilen diğer bir önemli eleştiri de bu kurumların idarenin normalde istisnai ve sınırlı kullandığı ceza verme işlevini genelleştirmeleri sonucunda Ceza Hukuku ve yargılama ilkelerine tam anlamıyla riayet etmeyerek adil yargılanma hakkı yönünde sorun yaratabilecek olmaları endişesidir¹¹⁶.

BİO'ların eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan yargı organlarınca bu işlem ve eylemler üzerinde gerekli yoğunlukta yargılama yapılması durumunda bu kurumlar tarafından adil yargılanma hakkının ihlali sorunlarının önüne geçilmiş olacaktır. Bu anlamda yargı organları, BİO'ların işlemlerini hem iç hukuk açısından hem de Anayasa'nın 90. maddesinin son bendi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası mevzuat açısından incelemeye tabi tutacaktır¹¹⁷.

II. SERMAYE PİYASASI KURULU

A. Kurum – Kurul Ayrımı

Ülkemizdeki BİO'lar yapılanmaları açısından birbirinden farklılık arz etmektedir. BİO'ların bir kısmı, “kurul” olarak diğer bir kısmı ise; “kurum” olarak örgütlenmiştir¹¹⁸. Bu iki örgütlenme arasında gerek yetkileri bakımından gerekse örgütlenme açısından bir farklılık olup olmadığı, bir başka deyişle bu ifadelerin kanun koyucu tarafından bilinçli olarak kullanılıp kullanılmadığı tartışma konusudur.

¹¹⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 492.

¹¹⁶ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 39.

¹¹⁷ Gürsel, **a.g.m.**, s. 83.

¹¹⁸ Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu-Kurulu; Rekabet kurumu –Kurulu; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu-Kurulu; Telekomünikasyon Kurumu-Kurulu gibi. Buna karşılık Radyo Televizyon Üst Kurulu ve Sermaye Piyasası Kurulu, kurul olarak örgütlenmiştir.

Kurul, daha çok kurum, kuruluş, tüzel kişilik, organizasyon gibi oluşumların içinde yer alan bir organı ifade etmektedir. Denetim kurulu, disiplin kurulu, danışma kurulu, yönetim kurulu gibi. Bu nedenle kurul, aslında kurumun karar organı niteliğindedir. Dolayısıyla bir kurum olduğunda şüphe bulunmayan SPK için, “Kurul” ifadesinin kullanılması doğru değildir¹¹⁹.

B. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Atanma Usulü ve Atanma Koşulları

BİO’lar açısından, karar organı olan kurulları oluşturan üyelerin statüsünün özel bir önem taşıdığı yukarıda belirtilmişti. Zira bu tür kuruluşların bağımsız çalışmalarının temel güvencesi, karar organlarını oluşturan üyelerin siyasal etkiler ve çeşitli özel çıkar grupları karşısında bağımsızlık sağlayacak bir statüye sahip olmalarıdır.

Ülkemizdeki diğer BİO üyeliklerinde olduğu gibi SPK üyeleriyle de siyasi iktidar arasındaki ilk ilişki üye seçiminde görülmektedir. SPK başkan ve üyelerinin seçilme ve atanması, SerPK’nın 18. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu madde 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunun 7. maddesiyle değiştirilmiştir. Bu nedenle SPK üyelerinin seçim ve atanması usüllerinin, 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklikten önce ve sonra olarak incelenmesi yerinde olacaktır.

SerPK’nın 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki halinde, Kurul’un, Maliye Bakanlığınca gösterilecek altı aday arasından üç; Adalet Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, T.C Merkez Bankası (TCMB) ve Türkiye Bankalar Birliğince gösterilecek ikişer adaydan birer kişi olmak üzere Bakanlar Kurulu tarafından atanmak suretiyle yedi kişiden oluşacağı; ayrıca Bakanlar Kurulu’nun, Maliye Bakanlığı’nın göstermiş olduğu

¹¹⁹ Melikşah Yasin, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 59.

adaylar arasından seçilenlerden birisini başkan, birisini de başkan vekili olarak görevlendireceği düzenlenmişti.

15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklikle Kurul'un, ilgili bakanlıkça önerilecek dört aday arasından iki, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, BDDK, TOBB, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği (TSPAKB) tarafından önerilecek ikişer aday arasından birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu kararıyla atanacak yedi üyeden oluşacağı SerPK'nın 18. maddesinde belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere 4487 sayılı kanunla yapılan yeni değişiklikle, Adalet Bakanlığı ve Türkiye Bankalar Birliği'nin SPK üyeliğine aday gösterme yetkisi kaldırılmıştır. Bunun yerine TOBB, TSPAKB, BDDK tarafından gösterilecek iki aday arasından Bakanlar Kurulu'nun bir kişiyi ataması öngörülerek, sektörle daha yakından ilgili kuruluşların Kurul'un oluşumuna etki etmeleri amaçlanmıştır. Bu konu da Maliye Bakanlığı'nın durumu önem arz etmektedir. Zira 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce Kurul'un oluşumu üzerinde büyük bir etkiye sahip olan Bakanlığın, şu an sadece bir üyelik için iki kişi aday gösterebilme yetkisi bulunmaktadır.

Üyelerin atanmasıyla ilgili bir başka önemli konu ise, görevi sona eren üyelerin tekrar seçilip seçilemeyecekleri hususudur. Görev süreleri dolan SPK üyelerinin tekrar seçilebilecekleri kabul edilmiştir(SerPK md. 19). SPK üyelerinin tekrar seçilmelerinin yasaklanması, Kurul üyelerinin görevlerini ifa ederken bağımsız olmalarını sağlayabileceğinden yerinde olacaktır.

SerPK tarafından SPK'nın faaliyet gösterdiği alanda uzmanlığın sağlanması ve üyeliklere ehil kişilerin atanabilmesi için bazı koşullar aranmaktadır. Öncelikle üyeliklere atanacak kişilerde, belli bir fakülteden mezun olmaları şartı aranmaktadır. Buna göre Kurul üyesi olarak atanacak

kişilerin, hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletmecilik, kamu yönetimi, uluslararası ilişkiler, mühendislik ve dengi dallarda en az dört yıllık lisans düzeyinde öğrenim yapmış olmaları, mühendislik dalında lisans düzeyinde eğitim yapmış olanların ise; belirtilen alanlarda lisansüstü eğitim yapmış olmaları gerekmektedir(SerPK md. 19).

SPK'ya, başkan veya üye olarak atanacak kişilerde belli dallarda eğitim yapmış olmaları koşulu aranması doğru olmakla birlikte bu durum çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır¹²⁰. Bu eleştirilerden en önemlisi SerPK'da, belli branşlar için bir sınırlama getirilmemesi sebebiyle; Bakanlar Kurulu'na sunulan adayların hepsinin aynı dalda eğitim görmüş olmaları veya Bakanlar Kurulu'nun, önerilen adaylar arasından atayacağı kişilerin çoğunluğunun aynı eğitimi almış olmaları mümkündür¹²¹.

SPK üyelerinin, mali piyasalar, ekonomi, maliye, işletme, sermaye piyasaları, bankacılık ve finans alanında veya bu alanlarla ilgili hukuk dallarında en az on iki yıllık deneyim sahibi uzman, denetçi, yönetici veya öğretim üyesi olmaları, zorunludur(SerPK md. 19/6).

SPK üyeliğine atanacak kişilerin, devlet memuru olma zorunluluğu gerekmemektedir. Bu anlamda üyelik hem kamu sektörü hem de özel sektör çalışanlarına açıktır¹²².

Kurul üyeliğine atanan kişilerin göreve başlamadan önce, yemin etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre; Kurul başkan ve üyeleri, Yargıtay Birinci Başkanlık Divanı huzurunda görevlerinin devamı süresince Kurul'un işlerini tam bir dikkat ve dürüstlük ile yöneteceklerine, kanun hükümlerine aykırı hareket etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin

¹²⁰ Yasin, **a.g.e.**, s. 67.

¹²¹ Yasin, **a.g.e.**, s. 67.

¹²² Seriya Sezen, "Türkiye'de Düzenleyici Kurullar Kimler, Nasıl Yönetiyor?", **AİD**, S. 38/4, Aralık, 2005, s. 94.

ederler. Yemin için yapılan başvuru Yargıtay'ca acele işlerden sayılır. Kurul başkan ve üyeleri yemin etmedikçe göreve başlayamazlar(SerPK md. 21).

Bakanlar Kurulu'nun SPK üyelerini atama işlemi niteliği gereği idari işlemdir. Bu nedenle söz konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetleme yetkisi idari yargının görev alanına girmektedir. SPK üyeliğine atama işlemi Bakanlar Kurulu kararıyla yapıldığından, söz konusu işleme karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülecektir.

Bakanlar Kurulu tarafından SerPK'da belirtilen şartları taşımayan kişilerin üye olarak atanması mümkün değildir. Bu anlamda Bakanlar Kurulu, bağlı yetkisi içerisindedir. Örneğin, lise mezunu biri Bakanlar Kurulu tarafından üye olarak atanamayacaktır. Ancak buradaki asıl sorunu, Bakanlar Kurulu'nun gerekli şartları taşıyan kişiler arasındaki atama yetkisinin niteliği oluşturmaktadır. Örneğin; TOBB tarafından aday gösterilen iki adaydan birinin Bakanlar Kurulu tarafından atanması üzerine diğer aday tarafından dava açılması durumunda Danıştay tarafından adayların liyakatinin incelenmesi suretiyle yapılan atama iptal edilebilecek midir? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, şartları taşıyan adaylar arasından hangisinin atanacağı konusunda Bakanlar Kurulu'nun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle iki aday arasında idari yargı mercilerince liyakat incelemesi yapılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi, SerPK'yla Bakanlar Kurulu'na tanınan takdir yetkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Oysa idari yargı mercileri tarafından yerindelik denetimi yapılamayacağı ve idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırarak şekilde karar verilemeyeceği açıktır.

C. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Görev Süreleri ve Görevden Alınmaları

SPK başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir. Başkan dışındaki üyelerin üçte biri iki yılda bir yenilenir. Başkanlık ve üyelikler görev süreleri dolmadan herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde, boşalan yerlere yeni atanan üyeler yerine atandığı kişinin sürelerini tamamlar. Başka bir ifadeyle bunların görev süresi altı yıl değil, yerine atandığı kişinin kalan görev süresi kadardır.

SerPK’da görev süresi biten üyelerin en fazla kaç defa atanacağı yolunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Buna göre üyeler, üyelik şartlarını taşımak şartıyla tekrar tekrar aynı göreve atanabilecektir. Bu husus ise yukarıda da belirtildiği üzere eleştiriye açıktır.

BİO'ların en önemli özelliklerinden birisini de, üye olarak seçilen kişilerin görev süreleri dolmadan görevinden alınamamaları oluşturmaktadır. Hatta bu özellik BİO'lar için olmazsa olmaz koşullardandır. Bu konuda, SerPK’nın 15.12.1999 tarih ve 4487/8 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce Bakanlar Kurulu’na çok geniş bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Buna göre; görevlerin yerine getirilmesinde kusur ve ihmalleri sabit olan kurul Başkan ve üyelerinin görev süreleri dolmadan Bakanlar Kurulu’nca görevden alınabileceği düzenlenmişti. Bu durumun ne kadar sakıncalı olduğu, yasama organı tarafından anlaşılmış olacak ki; 15 Aralık 1999 tarih ve 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklikler kapsamında Bakanlar Kurulu’nun bu yetkisi kaldırılmıştır.

SerPK görevini yapmaya engel olacak sağlık sebepleri dolayısıyla SPK başkan ve üyelerinin geçici iş görememesi halinde bu görevlilerin üyeliklerinin düşeceğini belirtmiştir. Başkan ve üyelerin hastalık, kaza gibi nedenlerle geçici iş göremezliğe uğraması halinin altı aydan fazla sürmesi

durumunda bunların üyelikleri düşmekte ve yerlerine iki ay içerisinde atama yapılması gerekmektedir(SerPK md. 19/2). Burada belirtilen üyelikten düşme kendiliğinden olmakta yani herhangi bir makamın bu konuda karar vermesine gerek bulunmamaktadır.

SPK başkan ve üyelerinin görev sürelerin dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak atanmaları için gerekli şartları kaybettikleri veya durumlarının SerPK'nın 20. maddesine aykırı düştüğü tespit edilen (yasak işlerle uğraşanlar), görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen Kurul başkan ve üyelerinin, süreleri dolmadan Başbakanın onayı ile görevden alınmaları mümkündür(SerPK md. 20).

Buna göre SPK, başkan ve üyelerinin görevleri ile ilgili olarak işledikleri iddia edilen suçlar hakkında yargı organlarınca soruşturma başlatılması, dava açılması görevden alınması için yeterli olmayıp, haklarında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi halinde görevden alınabilmeleri söz konusu olabilmektedir¹²³. Bu nedenle görevi sebebiyle olmayan bir suçtan dolayı mahkûm olan ve bu mahkûmiyet kararı kesinleşen Kurul üyelerinin bu fıkra gerekçe gösterilerek görevden alınmaları mümkün değildir. Bu durumda Kurul üyesinin atama şartlarını kaybedip kaybetmediği hususu önem taşımaktadır.

D. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerine Getirilen Yasaklar

BİO'ların yetkilerini bağımsız olarak kullanması halinde ancak kendilerinden beklenen yararlar gerçekleşebilecektir. Bu bağımsızlık kuralı olarak merkezi yönetime karşı olmakla birlikte; diğer kişi ve kurumlara karşı da bağımsızlığın sağlanması gerekmektedir.

¹²³ Yasin, **a.g.e.**, s. 98.

Üyelerin tarafsızlığını sağlamanın yollarından biri de üyelikle bağdaşmayan işlerin ve yasakların kanunlarda açıkça düzenlenmesidir¹²⁴. SPK üyelerine de bu kapsamda SerPK tarafından yasaklar getirildiği görülmektedir. Buna göre; Kurul başkan ve üyelerinin, özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel herhangi bir görev almaları, ticaretle uğraşmaları, serbest meslek faaliyetinde bulunmaları, ücret karşılığı konferans ve ders vermeleri, sınav ve benzeri görev almaları, her türlü ticari amaçlı ortaklıklarda pay sahibi olmaları yasaktır(SerPK md. 20). Doktrinde ticaretle uğraşma yasağı geniş olarak yorumlanmakta ve Kurul üyelerin Ticaret Kanunu'na (TTK) göre tacir olamayacakları gibi esnaf da olamayacakları belirtilmektedir¹²⁵.

Kurul başkan ve üyelerine getirilen yasaklardan birisi de her türlü ticari amaçlı ortaklıklarda pay sahibi olmalarıdır. Kurul başkan ve üyeleri, göreve başlamadan önce maliki oldukları payları ve portföyünde hisse senedi bulunan yatırım fonlarının katılma belgelerinin, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhrî hisisimleri dışındakilere satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır. Otuz gün içinde bu hükme uygun hareket etmeyen üyeler, üyelikten çekilmiş sayılır(SerPK md. 20).

Kurul başkan ve üyeleri, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamazlar(SerPK md. 20). SerPK sadece yöneticilik yapmayı yasaklamakta; üyelerin yöneticilik dışında bu kuruluşların faaliyetlerine katılmalarında hukuki bir engel bulunmamaktadır.

SPK üyelerine getirilmiş bir başka yasağı da sır saklama yükümlülükleri oluşturmaktadır(SerPK md. 25). Buna göre; Kurul başkan ve üyeleriyle Kurul personeli ve SerPK'ya göre görevlendirilen denetim elemanlarının çalışmaları ve denetlemeleri sırasında ilgililere ve üçüncü

¹²⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 345.

¹²⁵ Yasin, **a.g.e.**, s. 78.

kişilere ait öğrendikleri sırları açıklamaları ve kendi yararlarına kullanmaları yasaktır(SerPK md. 25). Kurul başkan ve üyelerinin sır saklama yükümlüğü görevden ayrılmalardan sonra da devam etmektedir. Ayrıca Kurul üyelerine getirilen bu yükümlülük belirli bir süreyle de sınırlandırılmamıştır.

E. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Bağımsız İdari Otorite Niteliği

SPK’nın regülasyon yetkisine sahip olup olmadığı ve idari bağımsızlığının bulunup bulunmadığı hususları BİO olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği açısından büyük önem taşımaktadır. Bu iki özelliğe sahip olması durumunda SPK’nın, BİO olarak nitelendirilmesi mümkündür.

SPK’nın kendi görev alanına ilişkin geniş düzenleme yetkisi bulunmaktadır. Hatta sermaye piyasası mevzuatı esas olarak SPK tarafından yürürlüğe konulan tebliğlerden oluşmaktadır. Öte yandan SerPK, sermaye piyasasına ilişkin tüm konularda SPK’nın düzenleme yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Ayrıca SPK’nın çok geniş idari yaptırım uygulama yetkisi de bulunmaktadır. Hatta SerPK’nın birçok maddesinde söz konusu yetkinin tam olarak ne olduğu belirtilmemiş; SPK’nın “her türlü tedbiri” almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle SPK’nın regülasyon yetkisine sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

SPK’nın idari bağımsızlığının, 15.12.1999 tarih ve 4487/8 sayılı kanundan önce ve sonra olmak üzere iki ayrı aşamada incelenmesi yerinde olacaktır. Zira söz konusu kanunla SPK’nın idari bağımsızlığı hususunda büyük değişiklikler yapılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce Bakanlar Kurulu’nun, SPK üyelerini görev süreleri dolmadan görevden alma yetkisi bulunmaktaydı. Üyeleri görev süresi dolmadan görevden alınabilen kurumların organik bağımsızlığından söz

edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle SPK, 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önceki dönem açısından organik bağımsızlığı sağlamamaktadır.

Söz konusu değişiklikten önceki dönemde Maliye Bakanlığı'nın, SPK'nın her türlü işlemlerini denetleme ve gerekli gördüğü tedbiri alma yetkisi bulunmaktaydı. Bu nedenle Maliye Bakanlığı'nın SPK'nın işlemlerini iptal etme, yürürlüğünü erteleme gibi yetkileri de bulunmaktaydı. Bu anlamda SPK'nın söz konusu dönemde işlevsel bağımsızlığından da söz edilmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla SPK'nın, kurulduğu 1981 yılından 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı kanuna kadar, BİO'ların en önemli vasfı olan bağımsızlık şartını tam olarak sağlamadığından BİO olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹²⁶.

Söz konusu değişiklikle Bakanlar Kurulu'nun, SPK üyelerinin görev süresi dolmadan görev alınmalarına ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. SPK başkan ve üyelerinin görev sürelerinin dolmadan görevlerine son verilmesi mümkün değildir(SerPK md. 20). Ayrıca Maliye Bakanlığı'nın, SPK'nın işlemlerini denetleme, bu işlemlere ilişkin gerekli tedbirleri alma yetkisi de kaldırılmıştır. Şu an için merkezi idarenin, SPK'nın işlemlerinin hukuki geçerliliğini sona erdirmeye veya erteleme yetkisi bulunmamaktadır. Zira SPK, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanmaktadır(SerPK md. 17). Bu anlamda söz konusu değişiklikten sonraki dönem açısından SPK'nın gerek organik gerekse işlevsel bağımsızlığı sağlanmıştır. Bu nedenle SPK'nın, BİO'ların iki özelliğini de taşıdığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bir başka anlatımla artık SPK'yı, BİO olarak nitelendirmek mümkündür¹²⁷.

¹²⁶ Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 62.

¹²⁷ Akgül, **a.g.e.**, s. 66.

İKİNCİ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI KURULU' NUN GÖREV VE YETKİLERİ

I. GENEL OLARAK

Türkiye’de modern anlamda sermaye piyasasının kurulması, hukuki düzenlemesinin yapılması ilk defa 1. Beş Yıllık Planda öngörülmüş ve 1962’de Sermaye Piyasası Etüdü ile çalışmalara başlanılmıştır¹²⁸. Bu çalışmalar sonucunda oluşturulan tasarı, 1970 yılında TBMM’ye sunulmuş ve bu arada komisyonlarda pek çok değişikliğe uğramıştır¹²⁹. SerPK, 1981 yılında Milli Güvenlik Konseyince kabul edilmiş ve 30.07.1981 gün ve 17416 sayılı Resmi Gazete’de (RG) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

SerPK’nın, çıkarıldığı dönemde bankerler olayı yaşanmaktadır. Bankerler olayı, bankaların kötü işleyişini rekabet yoluyla düzeltme isteminin bir sonucu olarak, bankaların, karşısına rakip olarak banker adı altında, tefecilerin çıkarılması ve birden sayıları artan bankerlerin, yüksek faiz taahhüt etmesi sonucu, binlerce kişinin birikimini alıp kaçması olarak ifade edilebilir¹³⁰. Bankerlik deneyiminde, en çok kaybeden taraf, hukuk devleti kurallarının geçerli olduğu varsayımıyla tasarruflarını “bu” piyasaya süren yatırımcı olmuştur¹³¹.

¹²⁸ Oğuz Kürşat Ünal, **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2005, s. 13.

¹²⁹ Ayşe Sümer, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 3. bs., İstanbul, Alfa Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2002, s. 3.

¹³⁰ Kenan Bulutoğlu, **Dünya Kazan Ben Kepçe, Zamana ve Mekana Yolculuklar**, İstanbul, Türkeli Yayıncılık, 2000, s. 21.

¹³¹ Reha Tanör, **Türk Sermaye Piyasası Taraflar**, I. C., 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 35.

Bankerler olayının getirdiği tek olumlu sonuç 10 yıldan beri engellenen 2499 sayılı SerPK'nın çıkarılması olmuştur¹³². 2499 sayılı SerPK'yla, idari ve mali özerkliğe sahip SPK kurulmuştur. 30.07.1981 tarihli ve 17416 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2499 sayılı SerPK'da, 29.04.1992 gün ve 3794 sayılı kanun ve 24.06.1995 gün ve 558 sayılı kanun hükmünde kararnameyle (KHK) değişiklik yapılmış; ancak söz konusu KHK'nın dayanağı olan yetki kanununun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi sonucunda, KHK'lar da Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.1995 gün ve E: 1995/45, K: 1995/58 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. 24.06.1995 gün ve 558 sayılı KHK'nın iptali üzerine, aynı konular 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunla yeniden düzenlenmiştir. Daha sonra SerPK'da 21.02.2007 gün ve 5582 sayılı kanun ve son olarak 23.01.2008 gün ve 5728 sayılı kanunla değişiklikler yapılmıştır.

SPK'nın görev ve yetkileri, SerPK'nın, "Görev ve Yetkiler" başlıklı 22. maddesinde, hiç bir ayrıma tabi tutulmaksızın yirmi iki bent halinde düzenlenmiştir. SerPK'nın bu maddesinde, Kurul'un görev ve yetkileri; düzenlemek, denetlemek, kayda almak, belirlemek, ilan etmek, durdurmak, izlemek, yasaklamak, incelemek, değerlendirmek, gerekli tedbirleri almak, önerilerde bulunmak, işbirliği yapmak gibi ifadelerle belirtilmiştir. SerPK'nın "Tedbirler" başlıklı 46. maddesinde de, SPK'nın sermaye piyasasının güven ve kararlılık içinde çalışması sağlamak amacıyla uygulayacağı idari yaptırımlar gösterilmiştir. Ayrıca idari para cezaları, SerPK'nın 47/A maddesinde düzenlenmiştir. Öte yandan SerPK'nın her maddesinde, SPK'nın değişik bir görevinden ve yetkisinden bahsedilmektedir. Bu anlamda SPK'nın görev ve yetkileri SerPK içerisinde çok dağınık bir şekilde yer almaktadır.

¹³² Erdinç Tokgöz, **Türkiye'nin İktisadi Gelişme Tarihi**, 7. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2004, s. 206.

II. DÜZENLEME YAPMA YETKİSİ

A. Genel Olarak

İdareler kendilerine verilen görevleri yerine getirirken ve yetkileri kullanırken çeşitli işlemler tesis etmektedir. İdarenin görevlerini yerine getirirken tesis ettiği işlemler esas itibarıyla idari işlemlerdir. İdari işlemler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve resen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır¹³³. İdari işlemler, tek yanlılık özelliği göstermekte ve icrai nitelik taşımaktadır¹³⁴. İdari işlemler, muhatap olduğu kişilerin hukuki durumlarını olumlu veya olumsuz şekilde etkilemektedir.

İdari işlemler, bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel idari işlemler, kişisel ve özel durumlara ilişkin olan idari işlemlerdir¹³⁵. Düzenleyici işlem, idarenin yapmış olduğu genel ve kişilik dışı işlemlerdir. İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisine kısaca “düzenleme yetkisi” denilmektedir¹³⁶.

İdarenin düzenleme yetkisinin kaynağı doktrinde tartışmalıdır. Genel olarak düzenleme yetkisinin, doğrudan doğruya takdir yetkisinden doğduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle idarenin düzenleme yetkisinin kaynağı Anayasa ve kanunlar olabileceği gibi Anayasa ve kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde, idarenin düzenleme yetkisi eşyanın tabiatından da kaynaklanabilir¹³⁷. Bu durumda ise idareler, Anayasa’da öngörülen

¹³³ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 366.

¹³⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 112.

¹³⁵ Gözler, **a.g.e.**, s. 559.

¹³⁶ Gözler, **a.g.e.**, s. 1019.

¹³⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 1022.

düzenleyici işlemler dışında da kararname, karar, tebliğ, genelge, sirküler, tamim gibi adlarla düzenleyici işlemler de yapabilir¹³⁸.

Düzenleme yetkisinin takdir yetkisinden ve/veya eşyanın tabiatından kaynaklanması söz konusu alanın ilk elden düzenleyici işlemle tesis edilmesi anlamına gelmemektedir. İdarenin düzenleme yetkisi, türevsel (ikincil) niteliktedir. Kanunla düzenlenmemiş bir alan idare tarafından düzenleme konusu yapılamaz. Bu nedenle kanunla yapılan bir düzenleme üzerine teknik ve ayrıntılı hususlar düzenleyici işlemle düzenlenebilir. Bu konuda kanunda açık bir hükme yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca düzenleyici işlemlerinin hem kanuna aykırı olmaması hem de kanuna dayanması gerekmektedir¹³⁹.

İdarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza belirleme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez... Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." hükmü uyarınca, idarenin suçun unsurlarını ve kanunlarda bulunmayan cezaları belirlemesi mümkün değildir. Ayrıca kanunlarda suç ve cezaların idarenin düzenleme yetkisine bırakılmasını doğuracak şekilde düzenleme yapılması da Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Bu konuda SerPK'nın idari para cezalarını düzenleyen 47/A maddesinde yer alan, SPK tarafından alınan genel ve özel nitelikli kararlara aykırı hareket ettiği belirlenen kişilere para cezası uygulanacağına ilişkin hükmün, idari para cezasına konu fiillerin belirlenmesi hususunda tamamen SPK'ya yetki vermesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

¹³⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 208.

¹³⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 1028.

SerPK, SPK'nın yetkilerini kullanırken düzenleyici işlem niteliğinde yönetmelik ve tebliğ çıkarabileceğini ve düzenleyici işlemlerinin RG'de yayımlanarak yürürlüğe gireceğini belirtmiştir(SerPK md. 22). Sermaye piyasası ile ilgili düzenlemeler genellikle tebliğ şeklinde yapılmaktadır¹⁴⁰. Ayrıca Kurul kendi görev alanını ilgilendiren konularda özel nitelikli kararlar da alabilmektedir. Özel nitelikli kararlar, düzenleyici işlem niteliğinde olmadığından RG'de yayımlanmalarına gerek bulunmamaktadır. Ancak bunlardan kamuoyunu ilgilendirenler, Kurul'un haftalık bülteni ile ilgili kişi ve kuruluşlara duyurulmaktadır(SerPK md. 22/son).

SerPK, SPK'ya geniş bir düzenleme yetkisi tanımıştır. Zira ilgili bölümde de açıklandığı üzere BİO olarak nitelendirilen kurumlar regülasyon yetkisine; bir başka deyişle düzenleme ve denetleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle sermaye piyasası alanındaki mevzuat esas itibarıyla SPK'nın yapmış olduğu tebliğlerden oluşmaktadır. Ancak idarelere bu kadar geniş düzenleme yetkisi verilmesi ve kamu hukuk kurallarından oluşan bir kanuna dayanarak gerçek veya tüzel kişilerin özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi ve hatta kanunla düzenlenmesi gereken birçok konunun da Kurul düzenlemelerine bırakılması hukuk metodolojisine ve kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir¹⁴¹. Sermaye piyasasının hızla gelişen ve değişen bir yapıya sahip olması nedeniyle, SerPK yetersiz kalmakta ve bu yetersizlik SPK tarafından tebliğlerle doldurulmaktadır. Ancak SPK'ya sınırı belli olmayan geniş bir düzenleme yetkisi verilmesi ve gelişen sermaye piyasası alanının yasal güvenceden yoksun bırakılması hukuken kabul edilemez.

Düzenleyici işlemlerin kanunlara aykırı olmaması ilkesi SPK'nın çıkarmış olduğu tebliğler açısından da aynen geçerlidir. Ancak uygulamada SPK tarafından kanunlara aykırı olarak tebliğler çıkarıldığı görülmekte ve bu

¹⁴⁰ İsmail Kayar, **Sermaye Piyasası ve Etik Kurallar**, İstanbul, İfa Yayınları, 2002, s. 11.

¹⁴¹ Mehmet Bahtiyar, "Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1996/1, 1996, s. 43.

işlemlere karşı açılan davalarda söz konusu düzenlemeler Danıştay tarafından iptal edilmektedir¹⁴².

B. Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Düzenleme Yapma Yetkisi

Sermaye piyasasında fon arz edenlerin yatırım yapabilecekleri çeşitli yatırım araçları bulunmaktadır. Sermaye piyasasının gelişmesi piyasada kullanılan sermaye piyasası araçlarının tutarı ve çeşidine bağlıdır. Sermaye piyasası aracının tanımı, Sermaye Piyasası Hukukunun temelini oluşturmaktadır¹⁴³. Bu nedenle bir finansal araca bu statü atfedildiği zaman Sermaye Piyasası Hukukunun bütün ağırlığı -hem kayıt ve izahname zorunluluğu hem de hile hükümleri- onun pazarlanması ve satışını sağlayan

¹⁴² Örneğin, Danıştay 10. Daire, sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan bankaların, faaliyetlerini mevcut aracı kurumlardan birini satın almak veya yetki belgelerini bir aracı kurum kurarak bu aracı kuruma devretmek suretiyle yürütmelerine ilişkin Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada, "... 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3/i maddesinde, aracı kuruluşların, aracı kurumlar ile bankaları ifade ettiği belirtilip, aynı Yasa'nın 34. maddesinde de aracı kurum ve bankaların Kurula başvurarak, Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde izin almak koşuluyla sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabileceği hükme bağlanmıştır. Nitekim, Yasanın bu hükmün yer aldığı V. bölümündeki gerekçede; "... diğer yandan gerek yaygın şube şebekesine sahip olmaları, genel büyük itibar müesseleri olmaları dolayısıyla aracı kurumlar dışında bankaların da aracılık faaliyetlerinde bulunmaları sağlanmıştır. Esasen Bankalar Kanunumuz bankaların menkul kıymetler üzerine işlemlerini teşvik etmektedir." denildikten sonra 34. maddede 3794 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe ilişkin gerekçede de, "... Öte yandan bankalar, sermaye piyasası faaliyetleri bakımından Kanunun 50. maddesinde, aracı kurumlarla aynı rejime tabi bulunduklarından, faaliyete geçme şartları da 34 ncü maddede her iki kuruluş için ortak düzenlenmiştir." ifadesine yer verilmek suretiyle Bankaların doğrudan aracılık faaliyetlerinde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Öte yandan aynı Yasa'nın 22 nci maddesinde, Kurulun düzenleme, denetim ve önlem alma konusundaki görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan yasal düzenlemeye göre, aracı kurumlar yanında bankalara da Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde izin almak koşuluyla sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunma hakkı tanınmıştır. Yasada faaliyet koşulları belirlenirken, bankaların bu faaliyetlerini aracı kurum kurma veya satınalma suretiyle yürütebilecekleri konusunda bir zorunluluk getirilmediği gibi Kurula da bu konuda düzenleme yapma yetkisi verilmemiştir. Dava konusu ... tarihli Kurul Kararı ile bankaların sermaye piyasası faaliyetlerini ... tarihinden itibaren satın aldıkları ve kurdukları bir aracı kurumla yürütmeleri, anılan kararın uygulama esaslarını belirleyen işlemle de karara koşut olarak aracı kurum kuran ya da devralan bankaya repo-ters repo yetki belgesi ile borsa dışında olmak kaydıyla alım satım aracılığı yetki belgesi verileceği, bankaların sahip oldukları diğer yetki belgeleri ile Borsa Üyelik Belgelerinin ... tarihi itibarıyla iptal edileceği belirtilmiştir. Belirtilen bu duruma göre bankaların sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabilmeleri için Yasada öngörülen esas ve koşullar dışında yeni zorunluluklar getiren, bu zorunluluğa uymayan bankaların söz konusu faaliyetlerde bulunmalarını engelleyen işlem 2499 sayılı Yasaya aykırı bulunmaktadır." gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay 10. D. 03.11.1998. E: 1996/9498, K: 1998/5507 (Y.K.)

¹⁴³ Doğan Kütükçü, **Sermaye Piyasası Hukuku**, I. C., İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 383.

işlemlere uygulanır¹⁴⁴. Zira SerPK'nın 2. maddesi uyarınca, sermaye piyasası araçları SerPK'nın kapsamındadır.

Sermaye piyasası araçları, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçlarıdır(SerPK md. 3). Sermaye piyasası aracı, menkul kıymetleri de içine alan; ancak ondan daha geniş anlama sahip bir kavram niteliği taşımaktadır.

SerPK'nın 3. maddesinde menkul kıymetler, “Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurul’ca belirlenen kıymetli evrak” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca SerPK’da “Diğer Sermaye Piyasası Araçları: Menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen evraktır. Şu kadar ki, nuku ile çek, poliçe, bono ile mevduat sertifikaları bundan müstesnadır.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

SerPK'nın 3. maddesinde yer alan menkul kıymete ilişkin tanımda, “şartları Kurulca belirlenen” ibaresinden de açıkça anlaşılacağı üzere SPK, menkul kıymetlerin şartlarını belirleme hususunda düzenleme yetkisine sahiptir. Öte yandan menkul kıymetler dışındaki diğer sermaye piyasası araçlarının şartlarının belirlenmesinde de inisiyatif tamamen Kurul’a bırakılmıştır. Sermaye piyasası aracını tanımlama işinin SPK’ya bırakılması yatırımcının korunması açısından bir gerilemedir¹⁴⁵. Öte yandan düzenleme bu haliyle yasama yetkisinin devri niteliğindedir¹⁴⁶. Kanun koyucu, kanunu yanlış bir amaçla, yani sermaye piyasası yaratmak amacıyla çıkarmakla en başta yanılmıştır¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Kütükçü, I. C., s. 383.

¹⁴⁵ Kütükçü, I. C., s. 384.

¹⁴⁶ Kütükçü, I. C., s. 384.

¹⁴⁷ Kütükçü, I. C., s. 385.

SerPK'da diğer sermaye piyasası araçlarına ilişkin hükmün, yasama yetkisinin devri niteliğinde olup olmadığının tartışılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, "... Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinde de, sermaye piyasası araçlarının "menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları" olduğu açıklanmış, menkul kıymetlerin nitelikleri gösterilmiş ve diğer sermaye piyasası araçlarının neler olamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, yasama organı genel kuralları koymuş, idareye ancak bu şartlara uygun evrakın isimlerini belirleme ve derecelendirme yetkisini bırakmıştır. Bu durumda, belirtilen fıkralarla yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmemiş, yani yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapılmamıştır." gerekçesine yer vermek suretiyle SerPK'nın 10/A maddesinde yer alan, "Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir." hükmünün yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığına karar vermiştir¹⁴⁸. Anayasa Mahkemesi, gerekçeden de anlaşılacağı üzere menkul kıymetler ve sermaye piyasası araçlarını düzenleme hususunda yasama organınca SPK'ya sınırsız yetki verilmediği görüşündedir. Oysa "Diğer Sermaye Piyasası Araçları" açısından bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bu hükümle nakit, poliçe, bono, çek ile mevduat sertifikalarının sermaye piyasası aracı olamayacağı belirtilmiştir. Bunun dışında hangi evrakın sermaye piyasası aracı olacağını belirleme yetkisi tamamen Kurul'a bırakılmıştır. Kurul'a tanınan bu düzenleme ve belirleme yetkisi, diğer kamu kurumlarına tanınan düzenleme yetkisine göre çok daha kapsamlıdır. SerPK'da diğer sermaye piyasası araçlarının genel bir tanımı veya özelliklerinin belirlenmesi gibi bir hükmün bulunmaması nedeniyle söz konusu düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

Menkul kıymetlerin, kıymetli evrak olduğu kanuni tarifte belirtilmiştir. Buna göre menkul kıymetlerin kıymetli evrak sınıfına girmesi onlarda hakkın

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, 26.12.2003. E:2000/8, K: 2003/104, RG., T. 19.12.2007, S. 26735.

senede bağılı olduğu, senetten ayrı olarak herhangi bir hak iddia edilemeyeceği ve hakkın senetten ayrı olarak devredilemeyeceği anlamını taşımaktadır¹⁴⁹. Türk Hukuku'nda menkul kıymet olarak; hisse senetleri, tahviller, katılma intifa senetleri, banka bonoları ve banka garantili bonolar, finansal bonolar, varlığa dayalı menkul kıymet ve gayrimenkul sertifikaları düzenlenmiş bulunmakta olup; menkul kıymet kavramı sınırlı sayıda sayılmamıştır¹⁵⁰.

Menkul kıymetlerin en önemlisini hisse senedi oluşturmaktadır. Hisse senedi, sermayesi paylara bölünmüş ve karşılığında kıymetli evrak niteliğinde pay senedi çıkarılabilen sermaye şirketlerinin (sadece anonim ortaklıklar ile sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıklar) kanuni şekillere uygun olarak düzenledikleri belgeler olup sermayesinin belirli bir oranını temsil ve sahiplerine o oranda ortaklık hakkı sağlayan senetlerdir¹⁵¹. Kural olarak esas sözleşmede aksi öngörülmemişse payın senede bağlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Pay, senede bağlanmadan da kazanılabilir, devredilebilir ve rehnedilebilir. Payın senede bağlanması aslında devir kabiliyeti bulunan payın, devir şeklini değiştirmekte ve bağlandığı senedin çeşidine göre devir hızını artırmaktadır.

Hisse senetleri, hamiline veya nama yazılı olabilir(TTK md. 409). TTK'da nama yazılı hisse senetleri devirlerinin, ciro edilerek senedin devralana teslimi suretiyle gerçekleşeceği belirtildiği için aslında bunlar kanunen emre yazılı kıymetli evraktır¹⁵². Şirketin esas sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça hisse senetlerinin nama yazılı olarak çıkarılması gerekmektedir(TTK md. 409).

¹⁴⁹ Gürel Konuralp, **Sermaye Piyasası Analizler, Kuramlar ve Portföy Yönetimi**, 2. bs., İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2005, s. 29.

¹⁵⁰ Asuman Turanboy, **Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, 2002, s. 33.

¹⁵¹ Selahattin Tuncer, **Türkiye'de Sermaye Piyasası (Teori-Uygulama)**, İstanbul, Okan Yayıncılık Dağıtım, 1985, s. 204.

¹⁵² Ünal Tekinalp, Reha Poroy, Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2003, s. 625.

Hisse senetleri, sahibine bir taraftan mali, idari ve sosyal haklar sağlarken diğer taraftan da temerrüt faizi, bağlılık, senet bedelini ödeme gibi mükellefiyetler yüklemektedir. Hisse senedinin sahibine sağladığı haklardan en önemlisi oy hakkıdır. Her hisse senedi en az bir rey hakkı verir(TTK md. 373). Bu nedenle oydan yoksun pay kural olarak mümkün değildir. Ancak SerPK bu konuda anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde hüküm bulunması şartıyla, kâr payı imtiyazı sağlayarak, oy hakkından yoksun paylar ihraç edebileceğini ve bunları temsil eden hisse senetlerinin halka arz edilebileceğini belirterek, oydan yoksun pay çıkarılmasını kabul etmiştir(SerPK md. 14/A). SerPK, oydan yoksun payların ihracı ve bunların sermaye içindeki oranı, bu payları temsil eden hisse senetlerine kâr payı dağıtımında tanınacak imtiyazın mahiyeti ve oranı, senetlerin şekil, kapsam ve türü, kâr payı imtiyazı dışındaki pay sahipliği haklarında tanınabilecek diğer imtiyazlar ve bunların kullanım esasları ile bu senetlerin halka arz, satış, şart ve usullerinin Kurul tarafından belirleneceğini düzenlemiştir. Kurul, SerPK'nın 14/A maddesinin verdiği yetki uyarınca, Oydan Yoksun Paylara İlişkin Tebliği çıkarmıştır¹⁵³.

SerPK'nın 4. maddesi uyarınca, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydettirilmesi zorunludur. Kayıt başvurusuna Kurul'ca belirlenecek bilgi ve belgelerin eklenmesi gerekmektedir(SerPK md. 5). Bu nedenle sermaye piyasası araçlarını kayda alınması ve satışına ilişkin esasları belirleme konusunda SPK'ya düzenleme yetkisi verilmiştir. SerPK'nın 4. ve 5. maddelerinin verdiği yetki uyarınca SPK tarafından, Payların Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği çıkarılmıştır¹⁵⁴. Öte yandan SPK tarafından, Hisse Senetlerinin Şekil Şartlarına İlişkin Tebliği yürürlüğe konulmuştur¹⁵⁵.

¹⁵³ RG., T. 21.01.2009, S. 27117.

¹⁵⁴ RG., T. 03.04.2010, S. 27541.

¹⁵⁵ RG., T. 23.06.1989, S. 20204.

Görüldüğü üzere SerPK tarafından Kurul, hisse senetlerin şekil şartlarının belirlenmesi, kayda alınması, satışı, oydan yoksun pay senetlerinin ihracı, sermaye içindeki oranı, bu payları temsil eden hisse senetlerine kâr payı dağıtımında tanınacak imtiyazın mahiyeti ve oranı gibi çok geniş düzenleme yetkisi tanınmıştır.

Tahvil, uygulamada çok sık karşılaşılan bir başka menkul kıymet çeşididir. Tahvil, anonim şirketlerin sermaye bulmak için uzun vade ile dışarıdan finansman sağlamak amacıyla çıkardıkları kıymetli evrak niteliğinde borç senedir¹⁵⁶. Nitekim TTK md. 420’de tahvilin tanımına yer verilmiş ve tahvillerin, anonim şirketlerin ödünç para bulmak için itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senedi olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, ortaklığın münferit şahıs ve kuruluşlara verdiği borç senetleri tahvil değildir¹⁵⁷. Kanun’da yapılan tanımda her ne kadar tahvilin anonim şirketler tarafından çıkarılacağı belirtilmiş ise de; paylı komandit şirketler de tahvil ihraç edebilirler(TTK md. 476/2).

Tahvil, sahibine kural olarak tahvil çıkaran anonim ortaklığa karşı alacak hakkı sağlamaktadır. Bu nedenle tahvil sahibi şirkete karşı alacaklı; şirket ise tahvil sahibine karşı borçlu konumdadır. Ancak SerPK’nın 14. maddesinde, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvillerin şekil, çıkarılma ve değiştirilme şart ve usullerinin Kurul tarafından tespit ve ilan olunacağı belirtilmiştir. SPK, bu konuda Borçlanma Araçlarının Kurul Kaydına Alınması ve Satışına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği çıkarmıştır¹⁵⁸.

Kurul’un sermaye piyasası araçlarına ilişkin düzenleme yetkisi sadece hisse senetleri ve tahvillerle sınırlı değildir. Zira gerek SerPK’nın 3. maddesi gerekse 22. maddesinin (a) bendiyle, Kurul’a sermaye piyasası araçlarını düzenleme yetkisi verilmiştir. Buna göre Kurul, SerPK’nın

¹⁵⁶ Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 4. bs., Adana, Karahan Kitabevi, 2003, s. 831.

¹⁵⁷ Ünal, **a.g.e.**, s. 104.

¹⁵⁸ RG., T. 21.01.2009, S. 27117.

uygulanması açısından sermaye piyasası araçlarının, ihracını, halka arz ve satışının şartlarını düzenlemek ve denetlemek yetkisine sahiptir(SerPK md. 22/a). Görüldüğü üzere Kurul’a, kanunda ismen dahi belirtilmeyen yeni sermaye piyasası araçları oluşturma yetkisi verilmiştir. Bu nedenle Kurul, sermaye piyasası araçlarının neler olduğu, özellikleri ve şartlarının belirlenmesinde büyük ölçüde söz sahibidir. Örneğin SPK, Kanun’un 22/a, 3/b, 4. madde hükümlerine dayanarak çıkardığı bir tebliğ ile menkul kıymetler piyasasına “Banka Bonoları” ve “Banka Garantili Bonolar” adı altında iki yeni menkul kıymet kazandırmıştır¹⁵⁹.

Yukarıda belirtilenler dışında SPK’ya verilen başlıca görev ve yetkiler şu şekilde sayılabilir¹⁶⁰.

- Sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınması amacıyla yapılacak başvurulara eklenecek bilgi ve belgeleri belirlemek ve yapılan başvuruları incelemek.
- Sermaye piyasası araçlarının halka arzında izahnamede bulunması gereken bilgileri belirlemek(SerPK md. 6).
- Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışını yapan ihraççılar veya aracı kuruluşların satış süresinin bitiminden itibaren altı iş günü içerisinde satışların sonucu hakkında Kurul’a verilecek bilgilerin şekil ve esaslarını belirlemek(SerPK md. 9).
- Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçların niteliklerini, alım ve satım esaslarını, bu araçların işlem göreceği borsalar ve

¹⁵⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 187.

¹⁶⁰ Yasin, **a.g.e.**, s. 133.

piyasalarda çalışacakların denetim, faaliyet ilke ve esasları ile yükümlülüklerini, teminatlar, takas ve saklama sistemi konularındaki esas ve usulleri düzenlemek(SerPK md. 22/j).

- Sermaye piyasası araçlarının geri alma veya satma taahhüdü ile alım ve satımını, ilgili sözleşmeleri ve bu sözleşmelere ilişkin piyasa işlem kurallarını düzenlemek ve bu işlemlerle ilgili faaliyet ilke ve esaslarını belirlemek(SerPK md. 22/k).
- Sermaye piyasası araçlarının ödünç alma ve verme işlemleri ile açığa satış işlemlerine ilişkin ilke ve esasları belirlemek ve Hazine Müsteşarlığı ile TCMB'nin görüşü alınmak suretiyle kredili sermaye piyasası aracı işlemleri ile ilgili düzenlemeler yapmak(SerPK md. 22/l).
- Dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye'de sermaye piyasası araçlarının ihraç ve halka arzı konusunda ilgili mevzuat çerçevesinde gereken düzenlemeleri yapmak(SerPK md. 22/m).
- Sermaye piyasası araçlarının takası, saklanması ile sermaye piyasası kurumlarının ve sermaye piyasası araçlarının derecelendirilmesini düzenlemek ve denetlemek(SerPK md. 22/k).

C. Sermaye Piyasası Kurumlarına İlişkin Düzenlemeler Yapma Yetkisi

SPK'nın sermaye piyasası kurumlarına ilişkin olarak çok geniş düzenleme yetkisi bulunmaktadır. SerPK'da bazı sermaye piyasası kurumlarına ilişkin temel özellikler belirtilmiş geri kalan konularda Kurul'a düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bazı sermaye piyasası kurumları ise

SerPK'da ismen dahi belirtilmeyerek, yeni kurumlar oluşturma ve bunların faaliyet şartlarını belirleme konusunda Kurul'a yetki verilmiştir. SPK'ya bu kadar geniş yetki verilmesi, idarenin kanuniliği ilkesi açısından doğru değildir. Zira SPK, kanun tarafından kendisine verilen düzenleme yetkisini tebliğler çıkarma suretiyle kullanmaktadır. Mahiyet itibariyle "tebliğler", kanunun açıklanması ve uygulanmasını göstermek için çıkarılmaktadır. Oysa Kurul tebliğlerle düzenlemeler yapmakta, hukuki ve cezai müeyyideler koymakta ve böylece kanun koyucu gibi hareket etmektedir¹⁶¹.

Sermaye piyasası kurumlarının neler olduğu SerPK'nın 32. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre sermaye piyasası kurumları; aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları ve sermaye piyasasında faaliyet gösterilmesine izin verilen diğer kurumlardır.

- Aracı Kurumlar.

Aracı kuruluş kavramı, aracı kurumu da içine alan ancak ondan daha geniş anlama sahiptir. Aracı kuruluşlar; aracı kurumlar ve bankaları ifade etmektedir(SerPK md. 3/j). Aracı kurum, sermaye piyasası araçlarını aracılık amacıyla, kendi nam ve hesabına veya başkası nam ve hesabına yahut kendi namına başkası hesabına alım satımını yapan anonim ortaklıklardır¹⁶². Aracı kurumlar, SerPK hükümlerine tabidir. Bankalar ise kural olarak SerPK hükümlerine tabi değildir. Kendi menkul kıymetlerini halka arz eden bankalar ile sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan bankalar sadece bunlarla sınırlı olmak üzere SerPK hükümlerine tabidir(SerPK md. 50).

Kural olarak sermaye piyasası araçlarının halka arz veya ihracında aracı kurumdan yararlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak SPK, pay sahiplerinin ve yatırımcılarının haklarını korumak amacıyla, sermaye piyasası

¹⁶¹ Ünal, **a.g.e.**, s. 37.

¹⁶² Ünal, **a.g.e.**, s. 461.

araçlarının halka arz veya satışının gerektiğinde satın alma taahhüdü ile birlikte aracı kuruluşlar aracılığıyla yapılmasını isteyebilir(SerPK md. 7).

SPK'ya aracı kurumlarla ilgili olarak ilk düzenleme yetkisi SerPK'nın 33/d maddesi uyarınca, aracı kurumun sermaye miktarını belirleme konusunda verilmiştir. Kurul kendisine verilen bu yetki uyarınca Aracı Kurumların Sermayelerine ve Sermaye Yeterliliğine İlişkin Esaslar Tebliğini çıkarmıştır¹⁶³.

Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık ve daha önce ihraç edilmiş sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satımı münhasıran aracı kurumlar tarafından yapılır(SerPK md. 31). Aracı kurumlar, Kurul'dan izin almak şartıyla diğer sermaye piyasası faaliyetlerinde de bulunabilirler(SerPK md. 31). Örneğin aracı kurumlar, Kurul'dan izin almak şartıyla, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, sermaye piyasası araçlarının geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımı gibi faaliyetlerde bulunabilirler. Aracı kurumların aracılık faaliyetlerine ilişkin esaslar Kurul tarafından düzenlenir(SerPK md. 34). Aracı kurumların faaliyet ve merkez dışı örgütleri ile ilgili ilkeler Kurul'ca belirlenir. SPK sahip olduğu düzenleme yetkisi uyarınca, Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği (Aracılık Tebliği) yürürlüğe koymuştur¹⁶⁴.

Kurul'a, sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle aracı kuruluşların yatıracakları teminatların türü, miktarı, kullanım alanı ve şeklini belirleme konusunda da yetki verilmiştir(SerPK md. 34). Kurul kendisine verilen bu yetki uyarınca Aracı Kurumlar Tarafından Yatırılan Teminatların Kullanım Esasları Tebliğini çıkarmıştır¹⁶⁵.

¹⁶³ RG., T. 26.06.1998, S. 23384.

¹⁶⁴ RG., T. 07.09.2000, S. 24163.

¹⁶⁵ RG., T. 14.04.2009, S. 27200.

Görüldüğü üzere SerPK, aracı kurumlara ilişkin bir kaç temel hüküm getirmiş; aracı kurumların faaliyet şartları, yükümlülükleri, müşterileriyle arasındaki hukuki ilişkilerde sahip olduğu hak ve yetkileri, yapamayacakları işler, merkez dışı örgütlerle ilişkileri, yatıracakları teminatın cinsi, miktarı gibi konularda SPK'ya çok geniş düzenleme yetkisi vermiştir. Bu nedenle aracı kurumlara ilişkin mevzuat esas itibariyle Kurul tarafından çıkarılan tebliğlerden oluşturmaktadır.

- Yatırım Ortaklıkları.

Yatırım ortaklıkları, sermaye piyasası araçları ile ulusal ve uluslararası borsalarda ve teşkilatlanmış piyasalarda işlem gören, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek için anonim ortaklık şeklinde kurulan sermaye piyasası kurumlarıdır¹⁶⁶. Yatırım ortaklıklarının portföyü, esas sözleşmelerinde hüküm bulunmak kaydıyla, tanımda belirtilen işletilecek varlıklardan sadece bir tanesinden oluşturulabileceği gibi çeşitli varlıklardan karma yapılarak da oluşturulabilir. Yatırım ortaklıklarının amacı, bireysel tasarrufları bir araya toplayarak verimli bir şekilde işletmektir.

Yatırım ortaklıklarının kuruluş izni alabilmeleri için SerPK'nın 30. maddesinde belirtilen portföy işletmeciliği faaliyetinde bulunmak üzere Kurul'a başvurmaları gerekmektedir(SerPK md. 35). Bu nedenle yatırım ortaklıklarının esas faaliyet konusunu portföy işletmeciliği oluşturmaktadır. Ancak Kurul, yatırım ortaklıklarının portföy işletmeciliği dışında yapabilecekleri sermaye piyasası faaliyetlerini belirleme yetkisine sahiptir.

SerPK, Kurul'a yatırım ortaklıklarının, portföylerinde bulunduracakları kıymetler itibariyle türleri, değerlendirme esasları, portföy sınırlamaları, yönetim ilkeleri, kar dağıtım esasları, saklama usul ve esasları, tabi olacakları

¹⁶⁶ Ali Ceylan, Turhan Korkmaz, **Sermaye Piyasası ve Menkul Değer Analizi**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2000, s. 78.

yükümlülükler ve tasfiye ile sona ermelerine ilişkin esasların belirlenmesinde düzenleme yetkisi vermiştir(SerPK md. 36). SPK, Kanun'un verdiği yetki uyarınca, Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliğini çıkarmıştır¹⁶⁷.

Ayrıca Kurul tarafından, gayrimenkul yatırım ortaklıkları¹⁶⁸, alt yapı gayrimenkul yatırım ortaklıkları¹⁶⁹, girişim sermayesi yatırım ortaklığı¹⁷⁰ gibi çeşitli yatırım ortaklıklarına ilişkin usul ve esaslar, SerPK'nın 22/o maddesiyle verilen yetki uyarınca düzenlenmiştir.

- Yatırım Fonları.

Yatırım fonu, sermaye piyasası hükümleri uyarınca halktan katılma belgeleri karşılığında toplanan paralarla, belge sahipleri hesabına, riskin dağıtılması ilkesi ve inançlı mülkiyet esaslarına göre sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföyü işletmek amacıyla kurulan malvarlığıdır(SerPK md. 37). Yatırım fonlarında, yatırımcıların tasarruflarıyla bir mal varlığı oluşturulmakta ve buna karşı tasarruf sahiplerine yatırım fonu katılım belgesi verilmektedir.

SerPK, fonun kuruluşu, fonun asgari tutarı, fon türleri itibariyle portföylerde bulundurulabilecek kıymetleri ve portföy sınırlamaları, değerlendirme esasları, fon kârının tespiti ve dağıtımı ile fonun faaliyet ve yönetim ilkelerini, birleşmesi, sona ermesi ve tasfiyesi ile fon iç tüzüğü'nün, yönetim ve saklama sözleşmelerinin düzenlenmesini, kapsamını, değiştirilmesini, tescil ve ilanını, katılma belgelerinin değerine, ihraç ve geri satın alma fiyatlarının hesaplanmasına ve ilanına, alım satım ilkelerine ilişkin esaslarını belirleme yetkisini SPK'ya bırakmıştır(SerPK md. 38). SPK, kendisine verilen bu yetki üzerine Yatırım Fonlarına İlişkin Tebliği yürürlüğe koymuştur¹⁷¹. Ayrıca Kurul

¹⁶⁷ RG., T. 31.07.1992, S. 21301.

¹⁶⁸ RG., T. 08.11.1998, S. 23517.

¹⁶⁹ RG., T. 29.01.2009, S. 27125.

¹⁷⁰ RG., T. 20.03.2003, S. 25054.

¹⁷¹ RG., T. 19.12.1996, S. 22852.

tarafından Yabancı Yatırım Fonu Paylarının Kurul Kaydına Alınması ve Satışına İlişkin Tebliğ¹⁷² ile Borsa Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği¹⁷³ kabul edilmiştir.

- Diğer Sermaye Piyasası Kurumları.

Diğer sermaye piyasası kurumları; kuruluş ve faaliyet esasları Kurul'ca belirlenen, sermaye piyasası araçlarının takas ve saklanması, derecelendirilmesi, ihraççıların ve sermaye piyasası kurumlarının denetlenmesi ile uğraşan kuruluşlar, yatırım danışmanlığı, portföy yönetimi gibi sermaye piyasası faaliyetlerini yerine getiren şirketler, varlık yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı fonları, varlık finansmanı fonları, risk sermayesi yatırım fonları, risk sermayesi yatırım ortaklıkları, vadeli işlemler aracılık şirketleri, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak gayrimenkul değerlendirme kurumları ve portföy saklama şirketleridir(SerPK md. 39). Takas ve saklama kurumları, derecelendirme kuruluşları, bağımsız denetim kuruluşları bu kurumlara örnek gösterilebilir.

Diğer sermaye piyasası kurumları bunlardan ibaret değildir. Zira sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlar da sermaye piyasası kurumlarıdır. Ayrıca sermaye piyasasının gelişmesini sağlamak amacıyla yeni sermaye piyasası kurumları oluşturma ve bunlara ilişkin faaliyet, tasfiye ve sona erme esaslarını belirleme hususunda SPK'ya yetki verilmiştir(SerPK md. 22/o). Görüldüğü üzere SerPK'da ismen dahi belirtilmeyen sermaye piyasası kurumlarının oluşturulması ve bunlara ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi konusunda SPK'ya çok geniş düzenleme yetkisi verilmiştir.

¹⁷² RG., T. 06.11.1998, S. 23515.

¹⁷³ RG., T. 13.04.2004, S. 25432.

D. Sermaye Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Düzenleme Yapma Yetkisi

SerPK'nın 30. maddesinde, sermaye piyasası faaliyetlerinin neler olduğu belirtilmiştir. Buna göre sermaye piyasası faaliyetleri şunlardır:

- Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık.

İhraç ya da halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydedilmesi gerekmektedir(SerPK md. 4). Bu emredici kuralın istisnası, genel ve katma bütçeli idareler ile TCMB'ce ihraç olunacak sermaye piyasası araçları için getirilmiştir. Bu ihraçlar açısından ise Kurul'a bilgi verilmesi gerekmektedir(SerPK md. 4). Sermaye piyasası araçlarının kaydı, yatırımcılara, ihraççı şirket ve satmayı amaçladığı sermaye piyasası araçları hakkında önemli bilgilerle ilgili yeterli ve doğru aydınlatma sağlamayı amaçlamaktadır¹⁷⁴.

Aracılık kavramının ne olduğu SerPK'da tanımlanmıştır. Aracılık, sermaye piyasası araçlarının faaliyet izni verilen yetki kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına alım satımıdır(SerPK md. 30). Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık hakkında ayrıntılı düzenleme Aracılık Tebliği'le yürürlüğe konulmuştur(Aracılık Tebliği md. 3).

Belirtilen sermaye piyasası faaliyetlerinin yerine getirilmesinde münhasıran aracı kurumlar yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına diğer sermaye piyasası kurumlarının aracılık etmesi mümkün değildir.

¹⁷⁴ Kütükçü, I. C., s. 453.

- Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık amacıyla alım satımı.

Bu faaliyete ilişkin ayrıntılı hususlar da, Aracılık Tebliğ'le düzenlenmiştir. Buna göre, alım-satıma aracılık; ilgili mevzuata uygun olarak daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık sıfatıyla ve ticari amaçla alım satımını ifade etmektedir. Bu faaliyet de münhasıran aracı kurumlar tarafından yerine getirilmektedir.

- Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere, dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil, her türlü türev araçların alım satımının yapılmasına aracılık.

Türev araçların alım-satımına aracılık faaliyetiyle ilgili ayrıntılı hükümler Aracılık Tebliğ'le düzenlenmiştir. Buna göre; türev araçların alım-satımına aracılık faaliyeti, ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçların aracı sıfatıyla ve ticari amaçla alım satımını ifade etmektedir(SerPK md. 30).

- Sermaye piyasası araçlarının geri alım veya satım taahhüdü ile alım satımı.

Menkul kıymetlerin, geri alma taahhüdü ile satımına repo; geri satma taahhüdü ile alımına ise ters repo denilmektedir. SPK, sermaye piyasası araçlarının geri alma veya satma taahhüdü ile alım ve satımını, ilgili sözleşmeleri ve bu sözleşmelere ilişkin piyasa işlem kurallarını düzenlemeye ve bu işlemlerle ilgili faaliyet ilke ve esaslarını belirlemeye yetkilidir(SerPK md. 22/k). Kurul kendisine verilen yetki uyarınca, Menkul Kıymetleri Geri

Alma ve Satma Taahhüdü ile Alım Satımı Hakkında Tebliği çıkarmıştır¹⁷⁵. Söz konusu Tebliğde, repo ve ters repo işlemlerine konu olacak menkul kıymetlerin neler olduğu, repo ve ters repo işlemlerinin hangi sermaye piyasası kurumları tarafından yürütülebileceği, repo ve ters repo işlemlerinin esasları, vade ve faiz oranları gibi konular düzenlenmiştir.

- Yatırım danışmanlığı.

Yatırım danışmanlığı; karşılığında herhangi bir maddi menfaat temin etmek suretiyle, müşterilere sermaye piyasası araçları ile bunları ihraç eden ortaklık ve kuruluşlar hakkında ve sermaye piyasası ile ilgili diğer konularda yönlendirici nitelikte yazılı veya sözlü yorum ve yatırım tavsiyelerinde bulunulması faaliyetidir. Yatırım danışmanlığı ile ayrıntılı düzenleme Kurul tarafından kabul edilen, Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğle yapılmıştır¹⁷⁶.

- Portföy işletmeciliği ve yöneticiliği.

Portföy yöneticiliğine ilişkin ayrıntılı hükümler Kurul tarafından, Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Tebliğiyle (Portföy Tebliğ) belirlenmiştir¹⁷⁷. Kurul tarafından portföy yöneticiliği; finansal varlıklardan oluşan portföylerin, her bir müşteri adına, müşterilerle yapılacak portföy yönetim sözleşmesi çerçevesinde maddi bir menfaat sağlamak üzere vekil sıfatıyla yönetilmesi şeklinde tanımlanmıştır (Portföy Tebliğ md. 4).

¹⁷⁵ RG., T. 31.07.1992, S. 21301.

¹⁷⁶ RG., T. 22.04.2002, S. 24734.

¹⁷⁷ RG., T. 21.01.2003, S. 25000.

- Diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetleri.

SerPK'nın 30. maddesinde, diğer sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin de sermaye piyasası faaliyeti olduğu belirtilmiştir. SPK'ya sermaye piyasasının gelişmesini sağlamak amacıyla yeni sermaye piyasası kurumlarının oluşturulması yetkisi de verildiği dikkate alındığında, SPK oluşturacağı sermaye piyasası kurumları aracılığıyla diğer sermaye piyasası faaliyetlerini de düzenlemeye yetkilidir.

Görüldüğü üzere sermaye piyasası kurumlarında olduğu gibi sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin olarak da temel düzenlemeler SerPK'da yer almış ve sermaye piyasası faaliyetlerinin taraflara yüklediği yükümlülükler, sağladığı haklar, bu faaliyetlerin hangi kurumlar tarafından yapılabileceği gibi önemli konularda SPK'ya düzenleme yetkisi verilmiştir.

E. Düzenleme Yetkisine Sahip Olduğu Diğer Hususlar

1. Borsalara İlişkin Düzenleme Yapma Yetkisi

Türkiye'de mevcut menkul kıymet borsaları hakkındaki temel düzenlemeyi, 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (91 sayılı KHK) oluşturmaktadır¹⁷⁸. Bu KHK'ya dayanılarak, Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik (Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği) çıkarılmıştır¹⁷⁹. Ayrıca SerPK'nın 40. maddesinde de, borsalar ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Buna göre sermaye piyasası araçlarının işlem göreceği borsalar, özel kanunlarında yazılı esaslar çerçevesinde teşkilatlanarak, menkul kıymetlerin ve diğer sermaye piyasası araçlarının güven ve istikrar içinde, serbest rekabet şartları altında kolayca alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmekle yetkili olarak kurulan kamu tüzel

¹⁷⁸ RG., T. 06.10.1983, S. 18183.

¹⁷⁹ RG., T. 06.10.1984, S. 18537.

kişiliğine haiz kurumlardır(SerPK md. 40). SPK'nın, küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin sermaye piyasalarından fon sağlamalarına imkan sağlayacak piyasalar ile sermaye piyasası araçlarının alım ve satımının yapıldığı diğer teşkilatlanmış piyasalarının kuruluşuna ve bunların güven, açıklık ve kararlılık içerisinde faaliyet göstermesinin sağlanmasına ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi bulunmaktadır(SerPK md. 40). SPK'nın, bu madde kapsamındaki borsalar ve diğer teşkilatlanmış piyasalar üzerinde izleme ve denetleme yetkisi de bulunmaktadır.

91 sayılı KHK, menkul kıymetler borsalarına ilişkin olarak Kurul'a geniş bir düzenleme yetkisi vermiştir. Menkul kıymet borsalarındaki alım-satım işlemlerine ilişkin kuralları belirleme konusunda borsa yönetim kurulları yetkilidir. Ancak borsa yönetim kurulu tarafından bu konuda kabul edilecek yönetmelik SPK'nın onayından sonra yürürlüğe girecektir. SPK, borsa yönetim kurulu tarafından kabul edilen yönetmeliği onaylamadan önce gerekli gördüğü değişikliklerin yapılması borsa yönetim kurulundan talep edebilir. 91 sayılı KHK'da SPK tarafından, yapılması istenilen değişiklik taleplerinin borsa yönetim kurulunu bağlayıp bağlamayacağı konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak menkul kıymet borsalarının, SPK'nın gözetim ve denetimi altında olması ve kabul edilen yönetmeliğin yürürlüğe girebilmesi için SPK'nın onayının gerekli olması nedeniyle SPK'nın talep ettiği yönetmelik değişikliğinin borsa yönetim kurulunca yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

91 sayılı KHK, menkul kıymetlerin, borsada alım-satımının geçici olarak durdurulması, borsa kotundan çıkarılması, kotasyon ücretleri ile kurtaj tarifesinin tesbiti ve borsadaki alım-satım işlemlerinin etkin bir biçimde yürütülmesini sağlayacak sair esasların belirlenmesinde SPK'ya düzenleme yapma yetkisi vermiştir. Ayrıca borsa üyelerinin, borsa işlemleri sırasında ilgililere verebilecekleri zararları karşılık olmak üzere teminat göstermeleri zorunludur. Söz konusu teminatların, nakden veya Devlet Tahvili ya da

teminat mektubu şeklinde gösterilmesi gerekmektedir. Borsa üyeleri tarafından yatırılması zorunlu teminat miktarı ile teminatlardan ödeme yapılmasının esaslarını belirleme konusunda SPK düzenleme yetkisine sahiptir(91 sayılı KHK md. 12).

Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği'nde de SPK'ya geniş bir düzenleme yetkisi verilmiştir. Buna göre SPK, yönetmeliğin hükümlerini yorumlamaya, yönetmelikte yer almayan ya da açıklık bulunmayan konularda genel hükümleri dikkate alarak, karar vermeye, uygulamayı düzenlemeye ve yönlendirmeye yetkilidir(Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği md. 2/2).

Ülkemiz sermaye piyasasında hizmet gören kurumlar arasında yer alan kuruluşlardan biri de 04.07.2002 tarihinde kurulan, 04.02.2005 tarihinde faaliyete başlayan ve ilk özel borsa niteliğindeki İzmir Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsası'dır (VOB). Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik (VOB Yönetmeliği) 23.02.2001 tarih ve 24327 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. VOB Yönetmeliğinin, "Tanımlar ve Kısaltmalar" başlıklı 3. maddesi uyarınca borsa; vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile her türlü türev araçtan oluşan sermaye piyasası araçlarının güven ve istikrar içinde, serbest rekabet şartları altında kolayca alınıp satılabilmesi sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmekle yetkili olarak anonim ortaklık şeklinde kurulan vadeli işlem ve opsiyon borsalarını ifade etmektedir.

Belirli bir vadede, önceden belirlenen fiyat, miktar ve nitelikte ekonomik veya finansal göstergesi, sermaye piyasası aracını, malı, kıymetli madeni ve dövizli alma ve satma yükümlülüğü veren sözleşmelere vadeli işlem sözleşmesi; opsiyonu alan tarafa belirli bir vadede veya belirli bir vadeye kadar, önceden belirlenen fiyat, miktar ve nitelikte ekonomik veya finansal göstergesi sermaye piyasası aracını, malı, kıymetli madeni ve dövizli alma veya satma hakkını veren, satan tarafı ise yükümlü kılan sözleşmelere

ise opsiyon sözleşmesi denilmektedir (VOB Yönetmeliği md. 2). Gerek vadeli işlem sözleşmesi gerekse opsiyon sözleşmesi niteliği itibarıyla bir satım akdidir. Ancak taraflar bu sözleşmelerle, sözleşmenin konusunu oluşturan kıymetlerin fiyatlarında meydana gelebilecek değişiklikler sonucu oluşabilecek zararları kendileri açısından ortadan kaldırmak istemektedir. Vadeli işlem piyasalarının ülke ekonomileri açısından riskin transferi, sermaye oluşumunu ve fiyat oluşum sürecini kolaylaştırma ve karar vermek için bilgi kaynağı oluşturma gibi işlevleri bulunmaktadır¹⁸⁰.

Vadeli işlem piyasalarının risk yönetimi ve geleceğe ilişkin fiyat tahmini olmak üzere iki temel fonksiyonu bulunmaktadır. Vadeli işlem piyasalarında işlem yapanlar gerek gelecekte oluşacak fiyat değişimlerinden yararlanarak ya da arbitraj işlemi ile kazanç elde etmek düşüncesiyle gerekse riskten korunma amacıyla bu piyasayı kullanmaktadır¹⁸¹.

SPK'nın VOB üzerinde de gözetim ve denetleme yetkisi bulunmaktadır. Borsa ve takas merkezleri ile borsa üyelerinin yetkilileri defter, belge ve kayıtlarını yetkili ve görevli denetim elemanlarına ibraz etmek ve istenen bilgileri SPK'ya vermek zorundadır (VOB Yönetmeliği md. 49).

2. Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Düzenlemeler

Şirketlerin gerçek durumunun bilinmesi yatırımcılar açısından büyük önem taşımaktadır. Özellikle halka açık anonim ortaklığın (HAAO) mali durumunun bilinmesinde sadece pay sahiplerinin ve alacaklıların değil, aynı zamanda sermaye piyasasında yatırım yapacak olan tasarruf sahiplerinin de doğrudan veya dolaylı menfaatleri bulunmaktadır¹⁸². Bu kapsamda bilanço, rapor, izahname, sirküler gibi belgeler tam bilgi verecek usul ile yeterli

¹⁸⁰ Ahmet Aksoy, Cihan Tanrıöven, *Sermaye Piyasası Yatırım Araçları ve Analizi*, 3. bs., Ankara, Gazi Kitabevi, 2007, s. 226.

¹⁸¹ Aksoy, Tanrıöven, *a.g.e.*, s. 226.

¹⁸² Pulaşlı, *a.g.e.*, s. 214.

ayrıntıları gösterecek modellere göre düzenlenmeli ve açıklanmalıdır¹⁸³. Türk sisteminde bu ilke “kamuyu aydınlatma” olarak anılır¹⁸⁴. Kamuyu aydınlatma, anonim ortaklıkların yönetimi tarafından, işletmenin mali durumu ve ekonomik faaliyeti konusunda verilen bilgilerin, yapılan açıklamaların tümü olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁵.

SerPK’nın amacı olan sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması ancak kamunun aydınlatılması ilkesinin iyi şekilde uygulanması ile mümkündür. Yukarıda da belirtildiği üzere SerPK’nın amacı, kamunun aydınlatılması suretiyle yatırımcıların korunmasıdır.

SerPK’da kamunun aydınlatılmasına ilişkin temelde iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan biri, kamunun aydınlatılmasında özel durumları düzenleyen 16/A maddesi, diğeri ise SPK’nın görev ve yetkilerini düzenleyen 22. maddedir. Bu hükümler çok genel nitelikte kaleme alınmıştır. Bu hükümlerin genelliğine bakıldığında, “SPK her şeye yetkilidir” anlamına gelebilecek pek çok ifade ile neredeyse SerPK’nın tümünün geçirildiği görülmektedir¹⁸⁶. Kamunun aydınlatılmasına ilişkin SerPK’da yer alan ifadelerin, yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu bazı yazarlar tarafından ileri sürülmektedir¹⁸⁷.

SerPK’nın 16/A maddesinde, kamunun aydınlatılmasına ilişkin özel durumlarda SPK’nın düzenleme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. SPK’nın düzenleme yetkisine sahip olduğu kamunun aydınlatılması ilişkin özel durumlardan biri, HAAO’ların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak hisse senedi toplama girişimi ve

¹⁸³ Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 252.

¹⁸⁴ Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 252.

¹⁸⁵ Haluk Kabaalioglu, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İstanbul, İktisadi Yayınlar, 1985. s. 3.

¹⁸⁶ Kütükçü, **I. C.**, s. 34.

¹⁸⁷ Kütükçü, **I. C.**, s. 34.

genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenilmesi halidir. SPK bu konuya ilişkin olarak Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliğini çıkarmıştır¹⁸⁸. Söz konusu Tebliğle, HAAO'ların olağan ve olağanüstü genel kurullarında vekaleten oy kullanma esasları ile genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet toplama girişiminde bulunulması ve oy sözleşmesi yapılması için çağrı yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilke ve esaslar belirlenmiştir. SerPK md. 16/A'da düzenlenen durumlardan bir diğerini ise, HAAO'ların pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmeleri, sermaye artırımları, birleşme ve devirler oluşturmaktadır. Kamunun aydınlatılmasına ilişkin özel durumlardan sonuncusu ise menkul kıymetlerin değeri etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelere ilişkindir(SerPK md. 16/A). SPK, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla bu konuda da düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Kurul kendisine verilen bu yetki uyarınca, Özel Durumları Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliğini kabul etmiştir¹⁸⁹. Söz konusu Tebliğle çok detaylı aydınlatma yükümlülükleri getirilmiştir. SPK'nın tebliğiyle istediği bu derece detaylı bir aydınlatmanın altında yatan düşünce, yatırımcıların aydınlatılmasından ziyade bu bilgilerin içeriden öğrenenlerin ticaretine konu olmadan önce halka açıklanmalarını temin etmek gibi görünmektedir¹⁹⁰. Bu şekilde sermaye piyasasında işlem yapan kişiler arasında fırsat eşitliği sağlanmaya çalışılmıştır.

SPK'nın görev ve yetkilerini belirten SerPK'nın 22. maddesinde de, kamunun aydınlatılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre SPK, SerPK'ya tabi sermaye piyasası kurumlarının mali bünyeleri ve kaynaklarının kullanımı ile ilgili standart rasyoları genel olarak ya da faaliyet alanları veya kurumların türleri itibariyle belirlemek, bu rasyoların yayımlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemeye yetkilidir(SerPK md. 22/c). Aynı şekilde SPK,

¹⁸⁸ RG., T. 09.03.1994, S. 21872.

¹⁸⁹ RG., T. 06.02.2009, S. 27133.

¹⁹⁰ Kütükçü, I. C., s. 34.

kamunun zamanında yeterli ve doğru olarak aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, genel ve özel nitelikte kararlar almaya ve her türlü mali tablo ve raporlar ile bunların bağımsız denetimlerinin, sermaye piyasası araçlarının halka arzında yayımlanacak izahname, sirkülerin ve araçların değerini etkileyebilecek önemli bilgilerin kapsamını, standartlarını ve ilan esaslarını tespit etmeye ve bu konularda tebliğler yayımlamaya da yetkilidir(SerPK md. 22/e).

III. GÖZETLEME VE DENETLEME YAPMA YETKİSİ

A. Genel Olarak İdarenin Gözetleme ve Denetleme Yetkisi

Genel olarak denetim kavramı ya da denetleme eylemi; toplumsal açıdan, insanın gerçekleştirmiş olduğu her türlü eylemin, oluşturulan toplumsal ve bireysel kurallara uygun olup olmadığı anlamak için yapılan değerlendirme olarak tanımlanmaktadır¹⁹¹.

Bu tanımdan hareketle bazı sonuçlara varmak mümkündür. Öncelikle denetim faaliyetinde bulunacak kişilerin bağımsız olması gerekmektedir. Böylece denetim sonucunda düzenlenen raporun gerçek durumu yansıtması ve objektif nitelikte olması sağlanmış olacaktır. Zaten BİO kavramının ortaya çıkmasının temel sebebini, devletin ekonomik faaliyette bulunduğu piyasada tarafsız olamayacağı düşüncesi oluşturmaktadır. Tanımdan ortaya çıkan ikinci sonuç ise denetimin yapılacağı bir kuralın bulunmasıdır. Bu kural denetimin niteliğine göre kanun, tüzük, yönetmelik ya da başka bir düzenleyici kural olabilir.

İdari düzenin sağlanması amacıyla idarenin denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. İdarenin denetleme yetkisi kolluk faaliyetinin

¹⁹¹ Adil Ömer Atasoy, **Anonim Ortaklıkların Denetlenmesinde Hakim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1984, s. 15.

bir uzantısıdır. Kolluk, geniş kapsamlı bir kavram olup bir yandan, kamu düzenini sağlayan, koruyan ya da bozulduğunda eski durumuna getiren idari etkinlikler, diğer yandan da bu tür etkinlikleri yürüten görevliler anlamında kullanılmaktadır¹⁹². Kolluk faaliyetinin sağlamaya ve korumaya çalıştığı kamu düzeni; güvenlik, sağlık ve esenlik olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır¹⁹³.

İdare, kolluk faaliyetini yerine getirirken birbirinden farklı yetkiler kullanabilmektedir. Örneğin idare, kamu düzenini korumak ve sağlamak amacıyla, bireylerin ve toplulukların faaliyetlerini yasaklayabileceği gibi gözetim ve denetimlerini yapabilmek ve gerekli önlemleri alabilmek için bu faaliyetleri izin ve bildirim usullerine de tabi tutabilir¹⁹⁴. Aynı zamanda kolluk faaliyeti kapsamında alınan kararlara uymayanlar hakkında idare çeşitli yaptırımlar uygulayabilmektedir. Buna göre idare, para cezası, işyerinin kapatılması gibi yaptırımları kendisi uygulayabilmektedir. İdarenin böyle bir yetkiye sahip olması için kanunla bu konuda yetkilendirilmiş olması gerekmektedir¹⁹⁵.

1982 Anayasası Devlete; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma ve piyasalarda fiilli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme, ekonomik kamu düzenini sağlama görevi yüklemiştir. Sosyal hayatın hassas sektörlerinin düzenini sağlamakla yükümlü kamusal otoriteler olan BİO'lar, kamusal müdahalenin yeni şeklini oluşturmaktadır. Devletin piyasaya müdahale şeklinin bir yönünü oluşturan denetleme yetkisi, iktisadi kolluk aracılığıyla yürütülmektedir. Konumuz açısından BİO'lar da, iktisadi kolluk kavramını oluşturmaktadır¹⁹⁶. Bu nedenle BİO'ların amacı ekonomik kamu düzeni sağlamaktır. Genel kamu düzenini sağlamak ise BİO'ların görev alanı dışında kalmaktadır.

¹⁹² Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 595.

¹⁹³ Günday, **a.g.e.**, s. 259.

¹⁹⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 269.

¹⁹⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 269.

¹⁹⁶ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 349.

B. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Gözetlemeye ve Denetlemeye İlişkin Görev ve Yetkileri

SPK'nın denetim ve gözetim yetkisi, sermaye piyasalarında ekonomik kamu düzeninin korunması veya bozulması halinde yeniden sağlanması amacına yönelik faaliyetleridir¹⁹⁷. SPK'ya gözetleme ve denetleme yetkisi en başta SerPK'nın 1. maddesiyle verilmiştir. Buna göre; tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması, düzenlenmesi ve denetlenmesi SPK'nın asli sorumluluğu altındadır.

Kurul'un denetimle ilgili başlıca yetkileri şu şekilde belirtilebilir:

- SPK, sermaye piyasasına tabi ihraççıların, SerPK'nın 50. maddesinin (a) bendi hükümleri çerçevesinde bankaların, sermaye piyasası kurumlarının, borsaların ve teşkilatlanmış diğer piyasaların faaliyetlerini SerPK'ya, Kurul yönetmelik, tebliğ ve kararlarına ve sermaye piyasaları ile ilgili diğer mevzuata uygunluğunu gerekli her türlü bilgi ve belgeyi isteyerek bunları izlemeye ve denetlemeye yetkilidir(SPK md. 22/f).

Söz konusu hüküm SPK'nın denetleme yetkisinin mevzuat dayanağını oluşturmaktadır. SerPK'nın 2. maddesinde, SerPK'nın kapsamında olduğu belirtilen bütün konularda SPK'nın denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle SPK'nın denetleme yetkisine ilişkin SerPK'da başka hükümlere yer verilmesinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

¹⁹⁷ Yasin, **a.g.e.**, s. 144.

- SerPK'nın uygulanması açısından sermaye piyasası araçlarının ihraç, halka arz ve satışının şartlarını düzenlemek ve denetlemek(SerPK md. 22/a).
- SPK, sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklâmları izlemek ve bunlardan yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek(SerPK md. 22/g).

Söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda meydana gelen zararların Kurul'ca tazmini gerekmektedir. Bu hükme göre, Kurul halkta yanlış izlenim uyandıracak yayın, duyuru ve reklâmları yasaklamak ve gereğinin yapılması için ilgili kuruluşa haber verebilecektir. Bu fıkrafta belirtilen ilgili kuruluş, en başta RTÜK'tür. Bu başvuru üzerine RTÜK; uyarı, para cezası, yayın durdurma veya yayın lisansının iptali müeyyidelerinden uygun olanı uygulayacaktır.

- SPK, sermaye piyasası araçlarının takası, saklanması ile sermaye piyasası araçlarının derecelendirilmesini düzenleme ve denetleme yetkisine sahiptir(SerPK md. 22/n).
- SPK'nın, sermaye piyasasının gelişmesini teminen yeni sermaye piyasası kurumlarına ilişkin kuruluş, faaliyet ve sona erme esaslarını belirleme ve bunları denetleme hak ve yetkisi bulunmaktadır(SerPK md. 22/o).

SerPK ve diğer kanunların sermaye piyasası ile ilgili hükümlerin uygulanması ve her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin denetimini Kurul uzman ve uzman yardımcıları tarafından yapılmaktadır(SerPK md. 45). SPK, denetim işlevini resen yapabileceği gibi şikâyet üzerine de yapabilir. Bu konuda denetlemeyi yapacak uzman ve uzman yardımcılarının

görevlendirilmesinde Kurul yetkilidir(SerPK md. 45). Buna göre; Kurul'un hiçbir görevlisi, Kurul başkanından (daire başkanından) görev ya da izin almadıkça inceleme, araştırma, etüt ve soruşturma yapamaz, bu tür çalışmalar için Kurul'dan ya da ilgili kişi ve kuruluşlardan bilgi toplayamaz ve isteyemez(SPK Yönetmeliği md. 94). SerPK'nın ilk halinde bu denetimin, Maliye Bakanı tarafından görevlendirilecek maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve bankalar yeminli murakıplar marifetiyle yapılabileceği düzenlenmişti. Doktrinde bu düzenlemenin SPK'nın uzman denetçileri yetişinceye, gerekli örgüt kuruluncaya kadar geçecek olan süre zarfında, bir boşluk amacıyla öngörülmediği, genel bir ifade kullanılmış olduğu belirtilmekteydi¹⁹⁸. Ancak bu düzenleme, SPK'nın özerkliğini sağlamak amacıyla kaldırılmıştır.

SerPK'nın 45. maddesinde, 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce ilgili bakanın da gerektiğinde Kurul'a denetleme yaptırma yetkisinin bulunduğu belirtilmekteydi. İlgili bakanın denetleme konusunda yaptığı başvuru üzerine SPK, denetleme yapmak zorundaydı. Ancak bu hüküm kaldırılmakla birlikte ilgili bakanın halen Kurul'a denetleme yaptırma yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira SerPK'nın 22. maddesinin p) bendinde, ilgili bakanca istenecek incelemeleri yapma SPK'nın görevleri arasında sayılmıştır. İncelemenin hangi hususlara ilişkin olduğuna dair SerPK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili bakanın SPK'dan inceleme yapma yetkisinin bulunması, SPK'nın özerkliğini azaltan veya ortadan kaldıran bir durum değildir. Çünkü SPK, inceleme sonucunda bağımsız rapor düzenleme ve işlem tesis etme yetkisine sahiptir. Öte yandan ilgili bakana tanınan bu yetki, idarenin bütünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesine yöneliktir.

¹⁹⁸ Ünal Tekinalp, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar A.Ş., 1982, s. 155.

SPK'nın denetim yetkisini yerine getirirken ihtiyaç duyduğu defter kayıt ve belgelerin incelemeye sunulması gerekmektedir. Kurul uzmanları, ihraççılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden SerPK ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili görececekleri bilgileri istemeye, bunların tüm defter, kayıt ve belgelerini ve sair bilgi ihtiva eden vasıtalarını incelemeye yetkilidir. Aynı zamanda Kurul uzmanları bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, gerekli tutanakları düzenlemeye yetkili olup, ilgililer de istenilen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların örneklerini vermek, yazılı ve sözlü bilgi vermek ve tutanakları imzalamakla yükümlüdürler(SerPK md. 45/2). İlgililerin kendilerinden istenen bilgi ve belgeyi özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümlerini ileri sürerek vermekten kaçınmaları mümkün değildir(SerPK md. 45/3).

SPK tarafından görevlendirilen personelin inceleme ve denetleme görevini engelleme SerPK'da suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre SPK tarafından görevlendirilen denetim elemanlarının görevlerini yapmalarını engelleyenler, bir yıldan yıldıan üç yıla kadar hapis ve ikibin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır(SerPK md. 47). Aynı şekilde SPK'ca istenecek bilgileri vermeme, eksik veya gerçeğe aykırı verme, defter ve belgeleri saklama veya yok etme fiilleri de SerPK'da suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre; bu davranışlarda bulunanlar da bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikibin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır(SerPK md. 47). Gerçeğe aykırı defter tutma, hesap açma veya bunlarda muhasebe hilesi yapma ya da gerçeğe aykırı bağımsız denetleme raporu düzenleme fiillerini işleyenler hakkında ise TCK'nın sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Denetimle yetkili olanların istedikleri bilgi ve belgenin verilmemesi halinde denetim elemanlarının arama yetkisi de bulunmaktadır. Ancak arama yetkisinin kullanılabilmesi mahkeme kararıyla mümkündür. Buna göre;

denetimle görevlendirilen uzmanlar tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgelerin ibraz veya teslim edilmemesi halinde, ihraççılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları nezdinde arama yapılabilir. Arama SPK'nın gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hâkiminden talepte bulunması üzerine, sulh ceza hâkiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi halinde yapılabilir(SerPK md. 45/3). Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hallerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir. Arama sonucunda alınan defter ve belgeler üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde sonuçlandırılarak bir tutanakla sahibine geri verilir(SerPK md. 45/3).

IV. YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ

A. İdari Yaptırım Kavramı ve Genel Olarak İdarenin Yaptırım Uygulama Yetkisi

Kolluk yetkilerinin çeşitlenerek genişlemesine paralel olarak idarelere, kamu düzenini sağlamak amacıyla yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. İdari yaptırım yetkisinin varlık sebebi, idari ihlal nedeniyle bozulmuş olan idari düzenin yeniden sağlanmasıdır. Zira idari ihlalin ortaya çıkması durumunda idari düzenin işleyişi bozulmaktadır. Bozulan idari düzeni tekrar sağlamak idarenin en temel görevlerinden birini oluşturmaktadır. İdarenin kamu düzenini ihlal edici davranışı önlemek, düzene davet veya uyarı şeklinde uyguladığı işlemlere, idari yaptırım adı verilmektedir¹⁹⁹.

İdarenin görevleri arasında kamu düzeni, güvenliği, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunması anlamına da gelen idari düzeni korumak önemli bir yer tutmaktadır. İdare bu korumayı sahip olduğu yaptırım yetkisini kullanarak

¹⁹⁹ Zehrettin Aslan, **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2000, s. 36.

sağlayabilmektedir. Ayrıca kendisine idari yaptırım uygulanan kişi, yaptırım kararıyla birlikte idari düzenin kendisi tarafından ihlal edildiği öğrenmektedir. Böylece idari yaptırımların ilgilinin ıslahını sağlamak gibi bir yönü de bulunmaktadır. Bu nedenle idari yaptırımların esas amacı kamu düzenini sağlamak olmakla birlikte kamu düzenini ihlal eden kişinin cezalandırılması suretiyle ıslah edilmesi de idari yaptırımların amaçları arasındadır.

İdari yaptırımlar, bir idari makam veya organ tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan idari işlemlerdir²⁰⁰. Bu nedenle idari yaptırıma karar verme ve uygulama yetkisi idari organlara ait bulunmaktadır. İdari yaptırımların uygulanmasında idareler kendiliğinden veya şikayet üzerine harekete geçmekte ve araya hiçbir organ veya makam girmesine gerek olmaksızın işlem tesis etmektedir. İdari yaptırımların idarelerce uygulanması, yaptırımın konusu üzerindeki hukuki etkisinin mahkemeler tarafından uygulanan yaptırımlara göre daha az olmasından kaynaklanmaktadır. Öte yandan ilgililer tarafından işlenen fiiller, adli cezalandırmayı gerektirmeyen; ancak idari düzeni bozucu nitelikte fiillerdir. Bazı durumlarda kişi tarafından işlenen fiiller hem suç teşkil etmekte hem de idari yaptırımın konusu olabilmektedir. Bir idari yaptırım türü olan disiplin cezalarında bu gibi durumlara çok sık rastlanılmaktadır.

İdari yaptırımın belirleyici özelliklerinden biri de, yasa veya düzenleyici idari işlemlere uyulmamasının yaptırımı olarak bir ceza içermesidir²⁰¹. Bu nedenle mevzuata aykırı bir davranışın işlenmesi durumunda idari yaptırım kararı verilmektedir. İdari yaptırım kararı uygulanması için ihlal edilmesi gereken mevzuatın niteliği ile idari yaptırım öngören mevzuatın niteliği üzerinde kanunilik ilkesi kapsamında durulması gerekmektedir. Kanunilik, belirli normların yalnızca yasalarla düzenlenebileceği anlamına gelmektedir²⁰². Ceza Hukuku'nda bilindiği gibi

²⁰⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 618.

²⁰¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 618.

²⁰² Yücel Oğurlu, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, 2. bs., Ankara, Seçkin

suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi bulunmaktadır. Ancak idari yaptırımların, teknik anlamda bir ceza niteliğinde olduğu kabul etmek mümkün değildir. Kanunilik ilkesinin, idari yaptırımı gerektiren fiiller ve bu fiiller karşılığında öngörülen yaptırımlara ilişkin olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Kanunilik ilkesinin, yaptırımlara ilişkin olan yönünü idarelerin kanunda belirtilenler dışında herhangi bir idari yaptırım uygulayıp uygulamayacağı oluşturmaktadır. Hemen ifade etmek gerekir ki, idareler kanunla belirlenenler dışında herhangi idari yaptırım şekli öngöremezler. Bu açıdan kanunilik ilkesinin katı olarak uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle haksızlık teşkil eden fiillere ilişkin uygulanacak yaptırımların mutlak suretle kanunlarda ismen dahi olsa belirtilmesi zorunludur. Kanunilik ilkesinin, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren fiiller açısından uygulanmasında ise durum farklılık arz etmektedir. Kural olarak idari yaptırım öngörülen fiillerin kanunlarda belirtilmesi gereklidir. Bazı durumlarda ise cezalar kanunlarda belirtildikten sonra fiillerin kapsamını belirleme konusunda idarelere yetki verilmektedir. Genel olarak böyle bir kanun, kanun yapma açısından tasvip edilmemekte ve çoğu durumlarda yasama yetkisinin devri niteliğini taşımaktadır. Ancak karşılığında idari yaptırım öngörülen fiiller kanunda belirtilmemiş olsa bile kapsamının belli bir ölçüde kanun tarafından çizilmiş olması durumunda, idarelerin düzenleyici işlemlerle yaptırım gerektiren fiilleri belirlemesi kabul edilebilir. Ayrıca idareler tarafından belirlenen fiillere dayalı olarak idari yaptırım uygulanabilmesi için düzenleyici işlemin hukuka aykırı olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, idari yaptırımlarda yasallık ilkesi Ceza Hukukundaki kadar sert olmasa da, mutlaka uygulanması gereken bir ilkedir²⁰³.

İdari yaptırımlarla ilgili olarak tartışılması gereken bir başka konu ise, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile lehe-aleyhe kanun kıyaslamalarıdır. Belirtmek gerekir ki, idari yaptırımlar açısından, “geriye yürümezlik” ilkesi

Yayıncılık, 2001, s. 58.

²⁰³ Oğurlu, **a.g.e.**, s. 60.

geçerlidir²⁰⁴. Bu nedenle işlenen fiil tarihinde yürürlükte olmayan bir mevzuata dayanılarak idari yaptırım kararı verilemez. Ayrıca bu ilke uyarınca işlenen fiil tarihindeki ceza miktarının yaptırım olarak uygulanması gerekmektedir. Örneğin, para cezaları her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artırılmaktadır. Ancak kişilere idari yaptırım işleminin tesis edildiği tarihteki miktar üzerinden değil, fiilin işlendiği tarihteki miktar üzerinden para cezasının uygulanması gerekmektedir.

İdari yaptırımlar açısından “ölçülülük ilkesi” de uygulama alanı bulmaktadır. Ölçülülük ilkesi, kamu düzenini bozan veya bozmaya yönelmiş eylemlere uygulanacak yaptırımın, bu düzeni korumaya veya bozulmuş ise yeniden tesis etmeye yetecek kadar olmasını ifade etmektedir²⁰⁵. Bu nedenle işlenen fiillerle uygulanan yaptırımlar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması zorunludur. Ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığının her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

B. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Yaptırım Uygulamaya İlişkin Görev ve Yetkileri

SPK’nın başlıca amacını, sermaye piyasasına tasarruflarını aktaran yatırımcıların korunması oluşturmaktadır. Yatırımcıların korunması; ancak etkin yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmış bir idari organ tarafından yerine getirilebilir. Bu anlamda SPK’ya çok geniş yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır. Hatta SPK’nın, “gerekli her türlü tedbiri alma” yetkisine sahip olduğu SerPK’nın “Tedbirler” başlıklı 46. maddesinin muhtelif bentlerinde belirtilmiştir. Bu ve buna benzer ifadelerle SPK’ya sınırları belirli olmayan yaptırım uygulama yetkisi bırakıldığı düşünülebilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere kanunilik ilkesi, idari yaptırımlar açısından da mutlak suretle uygulanması gereken temel bir ilkedir. SerPK’ya hangi yetkileri tanıdığı tam

²⁰⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 625.

²⁰⁵ Yasin, **a.g.e.**, s. 214.

olarak bilinemeyen bu gibi ifadeler kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle “gerekli her türlü tedbiri alma” şeklindeki ifadelerin SerPK’den çıkarılması uygun olacaktır.

SPK’nın uygulamaya yetkili olduğu idari yaptırımlar genel olarak SerPK’nın, “Görev ve Yetkiler” başlıklı 22. maddesi ile “Tedbirler” başlıklı 46. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca SerPK’nın diğer maddelerinde de SPK’ya idari yaptırım uygulama yetkileri tanınmıştır. Örneğin SerPK’nın 38. maddesinde, yatırım fonu kurucusu veya yöneticisinin iflası durumunda SPK’nın gerekli tedbirleri almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bir idari yaptırım türü olan para cezaları, SerPK’nın 47/A maddesinde düzenlenmiştir.

SPK tarafından uygulanan idari yaptırımlar, hem işlemin sebep unsuru hem de doğurduğu hukuki sonuçlar itibarıyla birbirinden farklı niteliktedir. Bu nedenle, Kurul’un yaptırım uygulama yetkilerinin; doğrudan yaptırım uygulama ve yargı kurumlarına başvurarak yaptırım uygulamasını sağlama şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmesi yerinde olacaktır²⁰⁶. Öte yandan, yaptırımlar kapsamında üzerinde durulması gereken bir konu da, doğrudan yaptırım niteliğinde olmamakla birlikte SPK’nın hukuka aykırılığın giderilmesini isteme yetkisidir²⁰⁷.

1. Sermaye Piyasası Kurulu’nun Hukuka Aykırılığın Giderilmesini İsteme Yetkisi

SPK’nın, hukuka aykırılığın giderilmesi isteme yetkisi, emir verme yetkisi olarak da nitelendirilebilir²⁰⁸. SPK’nın hukuka aykırılığın giderilmesini talep etmesi üzerine ilgililer hukuken korunmayan bir zeminde bulundukları hakkında bilgi sahibi olmaktadır. SPK tarafından hukuka aykırılığın

²⁰⁶ Turgut Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, **Prof. Dr. İsmail Türk’e Armağan**, Sermaye Piyasası Yayınları Yayın No: 54, Aralık, 1996, s. 12.

²⁰⁷ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, s. 12.

²⁰⁸ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, s. 12.

giderilmesinin istenilmesi durumunda, kişilerin hukuki durumlarını etkileyen bir işlem den söz edilmesi mümkün değildir.

Hukuka aykırılığın giderilmesinin istenilmesi bazı durumlarda idari yaptırımın uygulanmasının ön koşulu olarak düzenlenmiştir. Bu gibi durumlarda hukuka aykırılığın giderilmesi istenilmeden idari yaptırım kararı uygulanması olanak bulunmamaktadır. Ancak SerPK açısından, hukuka aykırılığın giderilmesinin istenilmesi diğer idari yaptırımların uygulanması açısından genel itibariyle bir ön koşul olarak öngörülmemiştir. Bu nedenle SPK'nın, hukuka aykırılığın giderilmesini istemeden de SerPK'da belirtilen idari yaptırımları uygulama yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca SPK, ilgili kişilerden hukuka aykırılığın giderilmesini istemekle birlikte aynı zamanda ilgililer hakkında diğer yaptırımları da uygulama yetkisine de sahiptir.

Hukuka aykırılığın giderilmesinin istenilmesi, SPK'nın özel nitelikli kararlarına konu teşkil etmektedir. Bilindiği üzere SPK tarafından alınan özel nitelikli kararlara aykırı hareket etmek, SerPK'nın 47/A maddesinde para cezası gerektiren fiiller arasında sayılmıştır. Ancak ilgililerin bu nedenle para cezasıyla cezalandırılabilimleri için hukuka aykırılığın giderilmesine ilişkin işlemin muhataplarına usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi gerekmektedir. Öte yandan hukuka aykırılığın giderilmesinin istenilmesine ilişkin işlemler, kesin ve yürütülebilir nitelikte olmadıkları için idari davaya konu olamazlar. SPK tarafından bu işlemin gereklerinin yerine getirilmemesi üzerine verilen para cezalarına karşı ise ilgililerce dava açılabilir. Bu gibi durumlarda yargı mercilerince para cezasının sebebini oluşturan hukuka aykırılığın giderilmesi işleminin de hukuki denetimi yapılmalıdır. İlgililerin zaten hukuka uygun bir zeminde bulunmaları halinde, SPK'nın talebinin yerine getirilmemesinin para cezasına gerekçe oluşturamayacağı açıktır.

SPK'nın hukuka aykırılığının giderilmesi isteme yetkisine ilişkin durumlar SerPK'nın 46. maddesinde belirtilmiştir. Ancak bunun SerPK'da

düzenlenmesine gerek dahi bulunmamaktadır. Öncelikli amacı yatırımcıların korunması olan SPK'nın kanunda belirtilmese bile ilgililerden hukuka aykırılıkların giderilmesini isteme yetkisi her zaman bulunmaktadır. Zira hukuka aykırılığın giderilmesinin istenilmesi, SPK'nın temennisinden öteye herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır.

SPK'nın hukuka aykırılığın giderilmesini istemeye ilişkin olarak aşağıda belirtilen yetkileri örnek verilebilir:

- Kurul, SerPK'ya tabi anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerde TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir alınmasını ve öngörülen işlemlerin yapılmasını istemeye yetkilidir(SerPK md. 46/c).

Bu bent kapsamında SPK, hukuka aykırılığın tespiti ile birlikte işlemin iptali için dava açmaya da yetkilidir(SerPK md. 46/c). SerPK'da hukuka aykırılığın giderilmesinin istenilmesi yetkisi, hukuka aykırı işlemin iptali için dava açılmasının ön koşulu olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle Kurul, dava açtıktan sonra da ilgililerden hukuka aykırılığın giderilmesini isteyebileceği gibi, hukuka aykırılığın giderilmesini istemeden de dava açmaya yetkilidir.

- SPK, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve iç tüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmiş olması halinde, ilgililerden aykırılıkların giderilmesini ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye yetkilidir(SerPK md. 46/g).

Kurul'un bu talebinin, aykırılıkta sorumluluğu tespit edilen kurum görevlilerinin, haklarında kovuşturmayla geçildikten sonra da giderilmemesi veya giderilmeyecek aykırılıkların tespit edilmesi durumunda, SPK gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu kurumların faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmaya ve yetkilerini kaldırmaya da yetkilidir(SerPK md. 46/g).

- Kurul, sermaye piyasası kurumlarının, mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunu tespiti halinde verilecek uygun süre içerisinde mali durumlarının güçlendirilmesini istemeye yetkilidir(SerPK md. 46/h).

2. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Doğrudan Doğruya Uygulamaya Yetkili Olduğu Yaptırımlar

SPK'nın uyguladığı yaptırımlardan en önemlilerini, doğrudan doğruya uygulamaya yetkili olduğu idari yaptırımlar oluşturmaktadır. Bu yaptırım türlerinde inisiyatif tamamen Kurul'dadır. Yaptırım uygulanması için herhangi bir yargı kararına gerek bulunmamaktadır. SPK'nın niteliği itibarıyla idari bir makam olması nedeniyle, idarenin yaptırım uygulama yetkisine ilişkin olarak yukarıda belirtilen hususlar SPK'nın uyguladığı yaptırımlar açısından da aynen geçerlidir.

SPK'nın karar organını Kurul oluşturmaktadır. Bu nedenle Kurul'daki yönetim ve çalışma düzeninin incelenmesi yerinde olacaktır. Kurul, başkan dahil en az beş üyenin hazır bulunmasıyla toplanır ve salt çoğunlukla karar verir(SerPK md. 23). Toplantı yeter sayısı bulunmadan Kurul'un toplanması ve karar alması hukuken mümkün değildir. Toplantı yeter sayısı bulunmaksızın Kurul tarafından karar alınması durumunda söz konusu karar yok hükmündedir. Nitekim Danıştay 13. Dairesi, Kurul'un üç üye ile toplanarak mevcudun oybirliğiyle karar almasının, toplantı yeter sayısının

bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğuna karar vererek davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararını bozmuştur²⁰⁹.

a. Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Para Cezası Verme Yetkisi

SPK'nın doğrudan uyguladığı yaptırımların başında idari para cezaları gelmektedir. İdari para cezaları, kanunda açıkça öngörülen idari ihlaller nedeniyle, bir yargı kararına gerek olmadan, yasanın doğrudan doğruya idari mercilerce karar verilebileceğine izin verdiği ve bir miktar paranın alınması sonucunu doğuran idari yaptırım türüdür²¹⁰. İdari para cezaları, muhataplarının malvarlığı üzerinde etki göstermektedir. İdari para cezalarının süresi içerisinde ödenmemesi durumunda idarelerin resen tahsil yetkisi bulunmaktadır.

SPK tarafından idari para cezası verilebilmesi için ilgililerin, “Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikli kararlara aykırı” hareket etmesi gerekmektedir(SerPK md. 47/A). Söz konusu hükümle suç tanımının, SPK'ca yapılacak düzenlemelere bırakıldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, “... Dava konusu kurallarda, idari para cezalarının konusu, sebebi, sınırları, maksadı ve uyulmaması halinde Kurul'ca uygulanacak yaptırımın aşağı ve yukarı sınırları, idari para cezası uygulanmasındaki süre ve usul, paranın ödeneceği yer ve öngörülen süre içinde ödenmemesi halinde takip ve tahsilinde izlenecek yol açık olarak gösterilmiş, bu idari kararlara karşı yargı yoluna başvurulmasını engelleyen bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca birinci fıkrada belirtilen Kurul'ca alınan genel ve özel nitelikteki kararların alınması, Sermaye Piyasası Kanunu

²⁰⁹ Danıştay 13. D. 26.02.2006. E: 2005/7012, K:2006/1167 (Y.K.)

²¹⁰ Oğurlu, **a.g.e.**, s. 91.

ve diğer kanunlara dayanarak alınmış olacağından, yasallık ilkesine aykırılıktan sözedilemez.” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir²¹¹.

SPK tarafından verilen para cezasının gerekçesini oluşturan, “düzenleme”, “standart ve formlar” ve “genel ve özel nitelikli” kararların hukuka uygun ve uygulanmasının hukuken ve fiilen mümkün olması gerekmektedir. Bu nedenle hukuka aykırı bir düzenleyici işleme dayanılarak SPK tarafından idari para cezası işlemi tesis edilemeyecektir. Bunun için ilgililerin düzenleyici işlemin veya genel ve özel nitelikli kararın iptalini istemelerine de gerek bulunmamaktadır. Çünkü düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel teşkil etmemektedir(İYUK md. 7).

SerPK’da idari para cezalarına ilişkin alt ve üst limit belirlenmiştir. Buna göre SPK tarafından verilecek para cezası onbeş bin Türk Lirasından yüzbin Türk Lirası arasında değişmektedir(SerPK md. 47/A). Uygulanacak para cezasının miktarı alt ve üst limit dikkate alınarak SPK’ca takdir edilecektir. SPK’nın takdir ettiği para cezası miktarı yargı denetimine tabidir. Bu nedenle para cezasına ilişkin işlemde alt limitten uzaklaşılarak üst limitten para cezası verilmesi gerekçesinin belirtilmesi zorunludur. İdari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulması gerekmektedir(Kabahatler Kanunu md. 17).

SerPK’da belirlenen para cezasının alt ve üst limiti her takvim yılı başından geçerli olmak üzere yeniden değerlendirme oranında artırılmaktadır(Kabahatler Kanunu md. 17). Ancak söz konusu artışın, artıştan önce işlenen fiiller açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

²¹¹ Anayasa Mahkemesi, 26.12.2003. E:2000/8, K: 2003/104, RG., T. 19.12.2007, S. 26735.

SerPK'da idari para cezasına ilişkin olarak bazı şekil kuralları öngörülmüştür. Bunlardan en önemlisi işlemde gerekçenin belirtilmesi zorunluluğudur. Buna göre idari para cezasına muhatap olan kişiler hangi fiillerinden dolayı cezalandırıldıklarını öğrenmekte ve yargı mercilerine başvurmaları durumunda kendilerini daha rahat savunabilmektedir. SerPK'da ifade bulan usul kurallarından birini de, idari para cezası tesis edilmeden önce ilgilinin savunmasının alınması oluşturmaktaydı. Buna göre SPK tarafından, ilgiliye savunma yapması için en az otuz günlük süre tanınmaktaydı. Ancak ilgilinin savunmasının alınmasına ilişkin hüküm, 23.01.2008 gün ve 5728 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle SPK tarafından kesilecek para cezalarında artık ilgililerin savunmasının alınması gerekmemektedir.

SerPK'da idari para cezası verilmesini gerektiren fiillerin tekerrürü halinde uygulanacak para cezasının artırılması öngörülmüştür. Buna göre; idari para cezalarının verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde, verilen para cezası iki katı, ikinci ve müteakip tekrarlarında üç katı artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idari para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınamayacaktır(SerPK md. 47/A).

SPK tarafından uygulanan idari para cezaları, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmektedir. Para cezasının tahsil edilen kısmının yüzde ellisi Yatırımcıları Koruma Fonu'na gelir olarak aktarılmaktadır(SPK md. 46/A). Geriye kalan kısım ise genel bütçeye gelir olarak kaydedilmektedir(Kabahatler Kanunu md. 17).

b. Sermaye Piyasası Kurulu'nun İşlem Yasağı Uygulama Yetkisi

SPK, SerPK'nın 47. maddesinin (A) bendinde sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya yetkilidir(SerPK md. 46/1-i). İşlem yasağı, cezai bir yaptırım niteliğinde olmayıp, SerPK'nın 47. maddesinin (A) bendinde sayılan suç niteliğinde fiilleri gerçekleştiren ya da bu fiillere katılanların işlem yapmaya devam ederek piyasayı ve diğer yatırımcıları tekrar zarara uğratmasını engellemek amacıyla, ilgililerin borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem yapmasını önlemeye yönelik idari tedbir niteliğindedir²¹².

SPK'ya işlem yasağı uygulama yetkisi, 15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı kanunla verilmiştir. 4487 sayılı kanundan önce bu konuda SerPK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak SPK tarafından herhangi bir dayanak bulunmamasına rağmen ilk olarak 05.12.1996 tarihli toplantıda alınan ilke kararı ile borsada işlem yasağı uygulanması gündeme gelmiştir²¹³. Bu ilke kararı uyarınca tesis edilen işlemlere karşı açılan davaların SPK aleyhine sonuçlanmaları üzerine 4487 sayılı kanunla işlem yasağı uygulaması kanuni dayanağa kavuşturulmuştur²¹⁴. Bu nedenle 4487 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen fiiller için SPK tarafından işlem yasağı uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 10. Daire, "... davalı idarenin borsada işlem yapan gerçek ve tüzel kişilere geçici veya sürekli olarak borsada işlem yapma yasağı getirmesine hukuken olanak bulunmadığı..." gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen

²¹² Ökkeş Şahan, "İşlem Yapma Yasağına İlişkin Olarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun Son İlke Kararı İle Getirilen Yenilikler", **Sermaye Piyasası Meslek Personeli Derneği**, S. 1, Ocak-Mart, 2010, s. 19.

²¹³ Gültekin Bayar, "Sermaye Piyasasında İşlem Yasağı Uygulaması", **Vergi Dünyası**, S. 259, Mart, 2003, s. 167.

²¹⁴ Bayar, **a.g.m.**, s. 167.

mahkeme kararını onamıştır²¹⁵. Bu karara bir üye, “Sermaye Piyasası Kurulunun, sermaye piyasasının açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması düzenlemek ve denetlemek, sermaye piyasalarındaki sağlıksız gelişme eğilimlerini önlemek, tasarruf sahiplerini ve sermaye piyasalarıyla ilgili kuruluşları yurt ekonomisinin yararına yönlendirmek suretiyle halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını gerçekleştirmek amacıyla her türlü tedbiri alabileceği mevzuat gereğidir.” gerekçesiyle muhalif kalmıştır. Azlık görüşüne göre SPK, sermaye piyasasının güven ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak amacıyla her türlü tedbiri alma yetkisine sahip bulunmaktadır.

SerPK’den doğan uyuşmazlıkların çözümü mevzuatta yapılan değişiklikle Danıştay 13. Daire’nin görevine verilmiştir. Danıştay 13. Daire, işlem yasağı konusunda Danıştay 10. Daire’den tamamen farklı içtihat geliştirmiştir. Danıştay 13. Daire, “... Davacının eylem tarihinde sözü edilen Kanunun 46/1-(i) maddesinin yürürlükte bulunmadığı yolundaki iddiası da, anılan hükmün yürürlük tarihinden önce de Kurulun sermaye piyasasının güven ve açıklık içerisinde çalışmasını sağlamak, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarını korumak ve gerekli tedbirleri almak yetkisi olduğundan hukuki dayanaktan yoksun bulunmaktadır.” gerekçesine de yer verilmek suretiyle davanın reddine ilişkin mahkeme kararını onamıştır²¹⁶. İdari yaptırımların kanuniliği ilkesi uyarınca, SerPK’da ismen dahi belirtilmeksizin sadece ilke kararına dayanılarak kişilere işlem yasağı getirilmesinin hukuka uygun olmadığı düşünülmektedir.

SerPK’da ifade bulan, “borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya” ibaresiyle SPK’ya bu konuda düzenleme yetkisi tanınmıştır. SPK, işlem yasağına ilişkin olarak 28.09.2007 gün ve 35/1022 sayılı ilke kararı

²¹⁵ Danıştay 10. D. 28.03.2001. E: 1998/7161, K: 2001/1182 (Y.K.)

²¹⁶ Danıştay 13. D. 07.10.2005. E: 2005/6618, K: 2005/4905 (Y.K.)

çıkarmıştır²¹⁷. Bu ilke kararına uyarınca işlem yasağının geçicilik-süreklilik niteliğinin belirlenmesinde ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı esas alınmaktaydı. Buna göre, denetleme raporunun Kurul'ca karara bağlanması üzerine ilgililer hakkında geçici işlem yasağı işlemi tesis edilmekte ve mahkûmiyet kararı üzerine geçici işlem yasağı sürekli işlem yasağına çevrilmekteydi. Ancak geçici işlem yasağının sürekli işlem yasağına çevrilmesi Kurul kararı alınmadan SPK'nın ilgili daire başkanlığı tarafından yapılmaktaydı. SPK'nın 08.01.2008 gün ve 8 sayılı kararında, haklarında Kurul'ca işlem yasağı getirilen kişiler hakkında, devam eden davalar sonucunda ilk derece mahkemelerince mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, geçici işlem yasağının sürekli işlem yasağına çevrilmesi konusunda Denetleme Daire Başkanlığı'na yetki verilmişti. Belirtmek gerekir ki, SPK'da karar alma yetkisi Kurul'a ait bulunmaktadır. SPK'nın görevine giren konulara ilişkin olarak, başkan veya başka bir makamın karar alması hukuken mümkün değildir. Bu nedenle Kurul tarafından verilen geçici işlem yasağının ilgili daire başkanlığınca sürekli işlem yasağına çevrilmesini düzenleyen ilke kararı hukuka aykırıdır. Kurul tarafından geçici işlem yasağı tesis edildikten sonra ilgililerin mahkûmiyet almaları durumunda geçici işlem yasağının, sürekli işlem yasağına çevrilmesine yine Kurul tarafından karar verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda SPK başkanının konumunun da değerlendirilmesi yerinde olacaktır. SPK başkanının, yetki ve sorumluluk açısından diğer üyelerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır²¹⁸. Başkanın, sadece Kurul'un sözcülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir²¹⁹. Bu nedenle başkanın piyasa ve piyasa aktörlerine ilişkin tek başına karar alması hukuken mümkün değildir.

Belirtilen ilke kararı, uygulanmada oluşan tereddütlerin giderilmesi amacıyla 12.08.2009 gün ve 25/706 sayılı ilke kararıyla büyük oranda

²¹⁷ Şahan, **a.g.m.**, s. 18.

²¹⁸ Gürsel, **a.g.m.**, s. 49.

²¹⁹ Gürsel, **a.g.m.**, s. 49.

değiştirilmiştir²²⁰. Söz konusu ilke kararında, geçici işlem yasağı ve sürekli işlem yasağına ilişkin sürelerde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Buna göre geçici işlem yasağına ilişkin süre tedbirin alındığı tarihten itibaren 2 yıl, sürekli işlem yasağına ilişkin süre ise tedbir kararının alındığı tarihten itibaren 5 yıl olarak belirlenmiştir. Söz konusu ilke kararına göre SPK tarafından esas olarak geçici işlem yasağının uygulanması gerekmektedir. İlgililer hakkında sürekli işlem yasağı uygulanabilmesi için ilke kararında bazı şartlar aranmaktadır. Ancak belirlenen şartlardan birinin gerçekleşmesi ilgililere sürekli işlem yasağı tedbirinin uygulanması için yeterlidir. SPK tarafından sürekli işlem yasağına karar verilmesinde; a) İlgili hakkında daha önce SPK'ca işlem yasağı tesis edilmesi, b) İşlem yasağına konu olan fiilin 3. şahıslara ait hesaplar kullanılarak gerçekleştirilmesi, c) İşlem yasağına ilişkin fiilin organize şekilde gerçekleştirilmesi, hususları gözönünde bulundurulacaktır. Görüldüğü üzere geçici-sürekli işlem yasağının şartları 28.09.2007 gün ve 35/1022 sayılı ilke kararından tamamen farklı bir şekilde düzenlenmiştir.

İlgililer hakkında daha önce işlem yasağı uygulanması durumunda ikinci ve diğer işlem yasağı işlemleri sürekli işlem yasağı niteliğinde olacaktır. İlk olarak uygulanan işlem yasağının niteliğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle kişiye ilk olarak geçici işlem yasağı uygulansa bile ikinci ve bunu takibeden ihlallerde sürekli işlem yasağı uygulanması gerekmektedir. Ayrıca ilgili tarafından ilk işlem yasağı işlemine karşı dava açılması durumunda eğer idare mahkemesince yürütmenin durdurulması veya işlemin iptaline karar verilmemiş ise uygulanacak işlem yasağı sürekli işlem yasağı olacaktır. Ancak sürekli işlem yasağının uygulanmasından sonra ilk işlem yasağının iptali durumunda sürekli işlem yasağı hukuka aykırı hale gelecektir. Böyle bir durumda sürekli işlem yasağına karşı dava açılmamış olsa bile SPK tarafından, uygulanan sürekli işlem yasağının geçici işlem yasağına çevrilmesi zorunludur.

²²⁰ Şahan, a.g.m., s. 18.

Tarafına işlem yasağı yaptırımı uygulanan kişilerin vekil sıfatıyla ya da vekil aracılığıyla işlem yapmaları mümkün değildir. Bu nedenle işlem yasağına konu fiilin üçüncü şahıslara ait hesaplar kullanılarak gerçekleştirilmesi durumunda kişi hakkında sürekli işlem yasağı uygulanması gerekmektedir. Bu durumda ilgili kişi hakkında daha önce işlem yasağı yaptırımı uygulanmasına da gerek bulunmamaktadır.

İşlem yasağına konu fiilin organize bir şekilde gerçekleştirilmesi durumunda da ilgililer hakkında sürekli işlem yasağı uygulanacaktır. Fiilin organize olarak işlenmesi durumundan neyin kastedildiği ilke kararında belirtilmemektedir. Ancak fiilin birden fazla kişi tarafından anlaşma yapılarak işlenmesi durumunda fiilin organize olarak işlendiğinin kabulü gerekmektedir.

Borsada işlem yapma yasağının sebebi, kişilerin SerPK'nın 47/A maddesinde sayılan fiillere doğrudan veya dolaylı olarak iştirak etmesi oluşturmaktadır. Bu bentte sayılan fiiller SerPK tarafından suç olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle işlem yasağı uygulanması üzerine ilgililer hakkında Cumhuriyet savcılığına başvuruda bulunulması gerekmektedir. Bu durumda, savcılık tarafından takipsizlik kararı verilmesi halinde, söz konusu karara ilişkin itirazın ağır ceza mahkemesince reddedilmesini takiben, savcılık tarafından dava açılması durumunda ise mahkeme tarafından beraat kararı verilmesini takiben, ilgili hakkındaki işlem yapma yasağının kaldırılması gerekmektedir.

İşlem yasağı işleminin gerekçesini oluşturan SerPK'nın 47/A maddesinde, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek (içeriden öğrenlerin ticareti); yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimi uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, artırmak veya azaltmak amacıyla alım ve

satımı(manipülasyon); sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi verme, haber yayma, yorum yapma ya da açıklamakla yükümlü olunan bilgileri açıklamama gibi fiiller düzenlenmiştir.

c. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Doğrudan Uyguladığı Diğer İdari Yaptırımlar

SPK'nın idari para cezası ve işlem yasağı dışında uygulamaya yetkili olduğu başka idari yaptırımlar da bulunmaktadır. Söz konusu yaptırımların amacı, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasıdır. Bu idari yaptırımların bir çoğunda uygulanacak yaptırımın ne olduğu tam olarak gösterilmeksizin SPK'nın, “her türlü tedbiri” alma yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. SerPK'nın ilk halinde bulunmayan bu yetki, 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu Kurul'a tanınmıştır. SerPK'da, SPK'ca alınacak tedbirlerin tek tek sayılmaması, her somut olaya göre yatırımcıya tam bir koruma sağlayacak düzenleme yapılmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. SerPK'da kullanılan “her türlü tedbiri” almak ifadesinin, bir anlamda SPK'ya “sınırı belli olmayan” bir yaptırım belirleme ve uygulama yetkisi tanıdığı ileri sürülmektedir²²¹. Ancak SPK tarafından, SerPK'da yer alan “her türlü tedbiri” alma ifadesine dayanılarak işlem tesis edilirken, ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir. Bu nedenle yasaklanmış davranış ile uygulanacak yaptırım arasında hakkaniyete uygun adil bir oran bulunması zorunludur.

SPK'nın, idari para cezası ile işlem yasağı dışında doğrudan uygulamaya yetkili olduğu idari yaptırımlar genel olarak şunlardır:

- SPK'ya kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri

²²¹ Yasin, a.g.e., s. 112.

almak(SerPK md. 46/1-a).

Bilindiği üzere, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının SPK'ya kaydettirilmesi zorunludur(SerPK md. 4). SPK, yatırımcının, ihraççı şirket ve satmayı amaçladığı sermaye piyasası araçları hakkında önemli bilgilerle ilgili yeterli ve doğru aydınlatma sağlamak amacıyla öngörülen kayıt yükümlüğünün yerine getirilmemesi durumunda her türlü tedbiri alma yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak bu yetki, sadece kayda alınmayan ihraç, halka arz ve satış işleminin durdurulmasına ilişkindir. Söz konusu yetkinin bu amaç dışında kullanılması mümkün değildir. Nitekim Danıştay 10. Daire, anonim ortaklığın kurucu ortağı olan kişinin banka hesaplarının SPK tarafından bloke edilmesi işlemine karşı açılan davada, “... Sermaye Piyasası Kanununun 46/a maddesinin, kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri alma konusunda Sermaye Piyasası Kuruluna yetki verdiği, idari tedbir niteliğindeki bu yetkinin ancak sözü edilen faaliyetlerin durdurulmasına yönelik olduğu, yasada sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunan anonim şirket ortaklarının kişisel sorumluluklarına gidilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi sözü edilen yükümlülüğe uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir isteminde bulunulabileceği, şirket hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hükmün şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı... ” gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin ilk derece mahkeme kararını onamıştır²²².

- Sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan, yayın, duyuru ve reklâmları izlemek ve bunlardan yanıltıcı

²²² Danıştay 10. D. 02.12.1999. E: 1998/2486, K: 1999/6384 (www.danistay.gov.tr., 23.03.2010)

olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek(SerPK md. 22/g).

Bu hüküm esas itibariyle SPK'nın denetleme yetkisine ilişkindir. Buna göre sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü ilan ve reklamları izlemek SPK'nın görev ve yetkisinde bulunmaktadır. SPK tarafından bu görevin yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkan zararın hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmini zorunludur.

- Kayıtlı sermaye sistemini seçmiş anonim ortaklıkların, bu sisteme alınmada aranan nitelikleri yitirmeleri halinde, sistemden çıkarmak(SerPK md. 12/son).

Kural olarak anonim ortaklıklarda, esas sermaye muayyendir(TTK md. 269). Bu nedenle sermaye artırmı, ortaklık esas sözleşmesinin genel kurulca değiştirilmesi suretiyle yapılabilmektedir. Kayıtlı sermaye sistemi, TTK'ya tabi anonim ortaklıkların, sermaye artırımına gitmek istediklerinde karşılaştıkları güçlükleri, dinamik ve rekabetçi bir piyasada seri biçimde hareket etmesi gereken ortaklıkların hareket yeteneğini azaltmasını önlemek için SerPK ile getirilmiştir.

SerPK'nın 12. maddesinde, hisse senetlerini halka arz etmek üzere kurulan anonim ortaklıklar ile kurulmuş olup da sermaye artırmak suretiyle hisse senetlerini halka arz edecek anonim ortaklıkların, SPK'dan izin almak şartıyla kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilecekleri belirtilmiştir. SPK tarafından kayıtlı sermaye sistemine geçiş izninin verilmesi durumunda ortaklığın esas sermayesi çıkarılmış sermaye olmaktadır. Kayıtlı sermaye sisteminde şirket yönetim kurulu, TTK'nın esas sermayenin artırılmasına ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmede tespit edilen sermaye miktarına kadar yeni hisse senetleri çıkarma suretiyle sermaye artırımına gidebilmektedir. Kayıtlı sermaye sisteminde muayyen sermaye artırım

sisteminde genel kurulda olan sermaye artırım yetkisi yönetim kuruluna verilmektedir²²³.

Kayıtlı sermayeli ortaklıkların başlangıç sermayesinin SPK'ca belirlenecek miktardan az olmaması ve unvanlarının kullanıldığı belgelerde çıkarılmış sermaye miktarının gösterilmesi gerekmektedir. Ortaklık yönetim kuruluna, pay sahiplerinin yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisi, esas sözleşmeyle verilebilir. Ancak yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisi, pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılamaz.

Anonim ortaklıkların, kayıtlı sermaye sistemine girmesi isteğe bağlıdır. Bu nedenle anonim ortaklıklar SPK'dan izin almak suretiyle kayıtlı sermaye sisteminden çıkabilir. Ayrıca bu sisteme alınmada aranılan nitelikleri yitirenler SPK tarafından kayıtlı sermaye sisteminden çıkarılabilir. Kayıtlı sermaye sisteminden çıkarılma sebepleri Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği'nde düzenlenmiştir²²⁴. Kayıtlı sermaye sistemini amacı dışında; ortakların ve diğer tasarruf sahiplerinin istismarına yol açacak şekilde kullandığı anlaşılan, ortaklık yapısı nedeniyle bu sisteme ihtiyaç duymaksızın kolayca sermaye artırımını yapabilecek durumda olan ve bu sisteme geçişte aranan diğer nitelikleri yitiren ortaklıklar, Kurul tarafından sistemden çıkartılabilir. Kayıtlı sermaye sisteminden çıkan veya sistemden çıkartılan ortaklıklar, çıkış tarihinden itibaren en az 2 yıl geçmeden yeniden sisteme kabul edilemezler. Ancak, ortaklık yönetiminin değişmesi veya kayıtlı sermaye sisteminden çıkma veya çıkartılma sebeplerinin ortadan kalktığına tespiti durumunda, ortaklıkların başvurusu üzerine 2 yıllık sürenin dolması beklenmeksizin ortaklıkların yeniden kayıtlı sermaye sistemine geçmelerine Kurul'ca izin verilebilir(Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliğ md. 8).

²²³ Ünal, **a.g.e.**, s. 331.

²²⁴ RG., T. 23.01.2008, S. 26765.

- TSPAKB'ye üye olmayan aracı kuruluşların faaliyetlerini durdurmak.

TSPAKB, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Türkiye sermaye piyasalarında aracılık faaliyetinde SPK'ca yetkili kılınan kuruluşlar, aracı kuruluş niteliğini kazandığı tarihten itibaren 3 ay içinde TSPAKB'ye üye olmak için başvuru yapmak zorundadır(SerPK md. 40/B). Bu yükümlülüğe uymayan aracı kuruluşların faaliyetlerinin durdurulması konusunda SPK'ya yetki verilmiştir. SPK tarafından uygulanan faaliyetin durdurulması yaptırımı, aracı kuruluşların bir an önce TSPAKB'ye üye olmasını sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle faaliyeti durdurulan aracı kuruluşun, TSPAKB'ye üye olması durumunda SPK tarafından faaliyet durdurma yaptırımının kaldırılması zorunludur.

- Sermaye piyasası araçlarının, ihraç ya da halka arzını kamu yararının gerektirdiği hallerde geçici olarak durdurmak(SerPK md. 22/b).

İhraç ya da halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının SPK'ya kaydettirilmesi zorunludur. İhraççıların sermaye piyasası araçlarının kaydedilmesi amacıyla yaptıkları başvurular üzerine kamu yararı bulunması durumunda halka arz veya ihraç geçici olarak ertelenebilir. Ancak SPK'ya tanınan bu yetki geçiciniteliktedir. Bu nedenle SPK tarafından halka arzın veya ihracın ne kadar süreyle ertelendiğinin işlemde belirtilmesi zorunludur. Aksi halde ihraç ya da halka arzın sürekli olarak durdurulması sonucu ortaya çıkabilecektir.

- Mevzuat uyarınca açıklanması gerekirken açıklanmamış bilgileri ve mevzuata aykırılıkları, masrafı ilgili anonim ortaklık, kişi, kuruluş veya sermaye piyasası kurumlarından tahsil edilmek üzere kamuoyuna duyurmak(SerPK md. 46/1-e).

Yukarıda belirtildiği üzere yatırımcıların korunması ancak kamunun aydınlatılması suretiyle sağlanabilmektedir. Söz konusu hüküm kamunun aydınlatılması ilkesine, ilgililer tarafından uyulmaması durumunda SPK'ca gerekli bilgi ve belgelerin ilan edilerek kamunun aydınlatılmasını sağlamaya yöneliktir. SPK tarafından ilanı zorunlu bilgilerin kamuya duyurulması, ilgililer hakkında diğer idari yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Bu nedenle SPK'ca ilanın yapılmasına rağmen mevzuata aykırı davranan kişiler hakkında idari para cezası uygulanabilecektir.

- SPK, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinde sorumluluğu bulunan kurum görevlilerinin, haklarında kovuşturmaya geçildikten sonra yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkileri sınırlandırmaya veya kaldırmaya yetkilidir.

SPK, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi halinde, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanması istemeye de yetkilidir. SPK'nın ilgililerin imza yetkisini sınırlandırması veya kaldırabilmesi için sermaye piyasası kurumlarından hukuka aykırılığın giderilmesini istemesi ve/veya bu konuda sermaye piyasası kurumlarına süre verilmesi zorunlu değildir. Ancak sermaye piyasası kurumları görevlilerinin imza yetkisinin kaldırılabilmesi için bu kişiler hakkında sürmekte olan bir ceza soruşturması veya kovuşturması bulunması zorunludur. Bu hususta madde metninde her ne kadar “kovuşturma” ifadesi kullanılmış ise de, bu ifadenin hazırlık soruşturması aşamasını da kapsadığının kabulü gerekmektedir. Aksi takdirde, SPK'nın imza yetkisini sınırlandırma veya kaldırma yetkisinin uygulama alanı çok daraltılmış olacaktır. İlgililere hukuka aykırılıkların giderilmesi için süre verilmesi halinde veya hukuka aykırılıkların giderilemeyecek nitelikte olması durumunda SPK,

her türlü tedbiri almaya ve sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmaya da yetkilidir(SerPK md. 46/1-g).

- Sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerini geçici veya sürekli durdurmak, yetkilerini kaldırmak, tedrici tasfiyelerine karar vermek(SerPK md. 46/1-h).

Sermaye piyasası kurumlarının, mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti halinde verilecek uygun süre içerisinde mali durumlarının güçlendirilmesi isteme konusunda SPK'nın yetkili olduğu yukarıda belirtilmişti. Kurul bu yetkiyle birlikte aynı zamanda sermaye piyasası görevlilerinin imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya da yetkili olup; bunun için ilgili sermaye piyasası kurumuna belirli bir süre verme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ayrıca SPK, herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurabileceği gibi sürekli olarak da durdurabilir ve sermaye piyasası kurumlarının yetkilerini kaldırabilir. SPK, bu tedbirlerden netice alınmadığı takdirde sermaye piyasası kurumlarının, tedrici tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye yetkilidir(SerPK md. 46/h).

- Yatırım fonu kurucusu veya yöneticisinin iflası veya tasfiyesi halinde gerekli tedbirleri almak(SerPK md. 38/son).

3. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yargı Organları Aracılığıyla Yaptırım Uygulama Yetkisi

SPK'nın idari yaptırım uygulama yetkisi dışında yargı organlarına başvurma yetkisi de bulunmaktadır. Kurul'un bu yetkisi sadece yargı organlarını harekete geçirmeye ilişkindir. Yargı organları SPK'nın talebi

doğrultusunda karar vermek zorunda değildir. SPK'nın bu yetkisi genel olarak özel hukuka ilişkin işlemlerin iptali için dava açılmasına ilişkindir.

Kural olarak davacının dava açmakta hukuki menfaatinin bulunması gerekmektedir. Davada hukuki yararın bulunup bulunmadığı mahkemece resen dikkate alınır ve dava şartıdır²²⁵. Menfaati olmayan davacı tarafından açılan dava, hukuki yararın bulunmaması nedeniyle esası incelenmeksizin hukuki yarar yokluğundan reddedilir. Davacının hukuki yararının bulunup bulunmadığının her olayın özelliğine göre mahkemece takdir edilmesi gerekmektedir. İşte SerPK tarafından SPK'nın dava açmaya yetkili olduğu belirtilen konularda Kurul'un hukuki yararının bulunduğu kanun tarafından kabul edilmiştir. Bu nedenle mahkemeler tarafından ayrıca menfaat araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

SPK, SerPK'nın 46. maddesi kapsamında açılacak dava ve takiplerde, her türlü teminat ve harçtan muaftır(SerPK md. 46/son). SPK'nın harçtan muafiyeti sadece kendisi tarafından açılan davalarda söz konusudur. Bu nedenle aleyhine açılan davaların kaybedilmesi durumunda davada haklı çıkan tarafın yatırdığı harcın, SPK tarafından ilgisine ödenmesi zorunludur.

SPK'nın yargı organları aracılığıyla yaptırım uygulama yetkisi özel hukuka ve ceza hukukuna ilişkin olmak üzere ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır.

a. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yargı Organları Aracılığıyla Özel Hukuka İlişkin Yaptırım Uygulama Yetkisi

SPK'nın yargı organlarına başvurma yetkisi olarak da ifade edilebilen yargı organları aracılığıyla özel hukuka ilişkin yaptırım uygulama yetkileri genel olarak şunlardır:

²²⁵ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 315.

- Kurula kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya ve takip yapmaya ve ayrıca her türlü hukuki ve cezai sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali için tespit tarihlerinden itibaren üç ay, vukuu tarihinden itibaren bir yıl içinde dava açmaya SPK yetkilidir(SerPK md. 46/1-a).

SPK'nın ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz isteyebilmesi için sermaye piyasası araçlarının SPK'ya kaydettirilmeksizin ihraç veya halka arz edilmesi gerekmektedir. SPK tarafından istenecek ihtiyati tedbirin konusunu, kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın satışı yapılacak senetler oluşturmaktadır. Bu durumda senetler hala şirketin elinde bulunmaktadır. Ayrıca senetlerin 3. kişilere satışı henüz gerçekleşmemiştir.

SPK tarafından dava açılmadan önce veya sonra ihtiyati tedbir istenebilir. Dava açılmadan ihtiyati tedbir istenilmesi durumunda SPK tarafından tedbir tarihinden itibaren altı ay içerisinde dava açılması zorunludur. Bu süre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 109. maddesinde belirtilen süreden daha uzundur. Zira kural olarak dava açılmaksızın ihtiyati tedbire karar verilmesi durumunda on gün içerisinde dava açılması gerekmektedir(HUMK md. 109). Aksi durumda ihtiyati tedbir kararının uygulanıp uygulanmadığına bakılmaksızın tedbir kararı kendiliğinden yürürlükten kalkmaktadır. SPK tarafından tedbir tarihinden itibaren altı aylık süre içerisinde dava açılmaması durumunda ne olacağına ilişkin SerPK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel kuralın burada da uygulanması ve ihtiyati tedbirin kendiliğinden yürürlükten kalkacağına kabul edilmesi gerekmektedir.

İhtiyati tedbirde görevli mahkeme genel kurallara göre belirlenecektir. Bu nedenle davanın esası bakımından hangi mahkeme görevli ise ihtiyati tedbirde de aynı mahkeme görevlidir. Yetkili mahkeme ise dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir sadece davaya bakan mahkemeden istenilebilir. Dava açılmadan önce ise ihtiyati tedbir, bu tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer mahkemesinden istenilebilir(HUMK md. 104).

SPK, ihtiyati tedbir uygulamasında her türlü harçtan ve teminattan muaftır. Söz konusu muafiyetin SPK'nın hukuki sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle SPK, haksız olarak ihtiyati tedbire sebebiyet vermiş ise karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür(HUMK md.110).

SPK'nın, kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın ihraç veya satışı yapılmış senetlerin karşılığı tutarında ihtiyati haciz isteme yetkisi bulunmaktadır. SPK'nın ihtiyati haciz isteminde bulunabilmesi için senetlerin 3. kişilere satılması ve zilyetliğinin devredilmesi gerekmektedir. Ancak senetlerin vadesinin gelip gelmediğinin önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle SPK'nın sahip olduğu bu yetki açısından İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 257. maddesindeki koşulların aranmasına gerek görülmemiştir. Öte yandan senet sahiplerinin SPK'ya başvuruda bulunup bulunmadıklarının da önemi yoktur. Ancak Kurul kaydına alınmaksızın satışı yapılan senetlerin şirket tarafından yükümlülüğü yerine getirilmek suretiyle geri alınması durumunda artık SPK'nın ihtiyati haciz isteme yetkisi bulunmamaktadır.

İhtiyati hacize mahkemece karar verilmesi gerekmektedir. SPK'nın dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz kararı aldırması durumunda haciz tarihinden itibaren altı ay içerisinde takip yapması zorunludur. Aksi halde ihtiyati haciz kendiliğinden kalkacaktır. SPK tarafından istenilecek ihtiyati haciz hakkında İİK hükümleri uygulanacaktır.

SPK'nın izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali için dava açma yetkisi de bulunmaktadır. SPK iptali için dava açtığı hukuki işlemlerin bir tarafı değildir. Özel kişiler arasında yapılan ve irade serbestisine dayanan sözleşmelerin iptali için SPK'ya dava açma yetkisinin verilmesi, tedbir adı altında idarenin, özel borç ilişkisine müdahale yetkisi vermesi nedeniyle eleştirilmektedir²²⁶. SPK'nın dava açma yetkisinin bulunduğu durumlarda kişiler arasında sözleşme yapılmış ve hatta sözleşmenin gerekleri yerine getirilerek sözleşme sona ermiştir. Bu nedenle SPK'nın dava açma yetkisi tedbir olarak değerlendirilemez²²⁷. SPK'nın dava açma yetkisinin tespit tarihinden itibaren üç ay, vukuu tarihlerinden itibaren bir yıl içerisinde kullanılması zorunludur. Bu süre hak düşürücü nitelikte olduğundan mahkemece resen dikkate alınması gerekmektedir.

- SPK, SerPK'ya tabi anonim ortaklıkların ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya yetkilidir(SerPK md. 46/1-c).

Söz konusu hüküm, SerPK'da 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikten önce SerPK'da, Kurul'un "Kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemler ile sermayenin azalması ve kaybı halinde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla anonim ortaklıklardan, tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye" yetkili olduğu belirtilmekteydi. SPK'nın sahip olduğu bu yetkinin sermaye piyasası kurumları üzerinde herhangi bir zorlayıcı etkisi bulunmamaktaydı.

²²⁶ Doğan Kütükçü, **Sermaye Piyasası Hukuku**, II. C., İstanbul, Beta Yayınları, 2005, s. 474.

²²⁷ Kütükçü, **II. C.**, s. 474.

Söz konusu değişiklik sonucunda SerPK'ya tabi anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı durum ve işlemlerinin tespiti ve iptali için SPK'nın dava açmakta menfaatinin bulunduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

SPK'nın dava açma yetkisi sadece SerPK'ya tabi anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumlarına ilişkindir. Bu nedenle örneğin, HAAO'nun ve aracı kurumların her türlü hukuki işlemine karşı SPK tarafından dava açılabilir. Ancak sermaye piyasası kurumu veya HAAO niteliğinde bulunmayan anonim ortaklıkların durum ve işlemlerine karşı SPK tarafından dava açılması mümkün değildir.

SPK tarafından dava açılabilmesi için HAAO'ların ve sermaye piyasası kurumlarının işlemlerinin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Bu durum SerPK'da "kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen... sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya" şeklinde ifade edilmiştir. Bu ibarenin geniş bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere SerPK, çerçeve kanun niteliği taşımaktadır. SerPK'da temel hükümler yer almakta ve ayrıntılı hususları düzenleme konusunda SPK'ya yetki verilmektedir. SPK kendisine tanınan bu yetki uyarınca, düzenleyici işlem niteliğinde tebliğler çıkarmaktadır. Bu nedenle SerPK'da belirtilen, "kanuna" ifadesinin kapsamına SPK tebliğleri de girmektedir²²⁸. SPK'nın, sermaye piyasasıyla ilgili olmayan kanuna aykırılıkların tespit ve/veya iptali için dava açma yetkisi bulunmamaktadır. Zira SPK'nın kuruluş amacını, sermaye piyasasının güven ve açıklık içinde

²²⁸ Yargıtay 11. HD., "... davacının SPK'nun 46/1-c maddesi uyarınca dava açma hak ve yetkisi vardır. Bu maddede Kurula bu Kanun'a tabi anonim ortaklıkların kanuna aykırı işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açma yetkisi verilmiştir. Bu maddedeki "Kanun" ibaresi, son bilirkişi heyeti raporunda açıklandığı üzere SPK'nca yapılan düzenlemelere ve tebliğlere aykırılığı da kapsar. 2499 sayılı Kanun, Kurul'a düzenleme yapma yetkisi de vermiş olup, Kurul bu yetkisini özellikle tebliğlerle kullanmaktadır." şeklindeki gerekçeye yer vermek suretiyle, "kanuna aykırılık" ibaresinin, SPK tebliğlerine aykırılığı da kapsadığına karar vermiştir. Yargıtay 11. HD. 18.07.2008. E: 2007/1192, K: 2008/9482 (Y.K)

alışması suretiyle yatırımcının korunması oluşturmaktadır. Böyle bir durumda SPK'nın durumu ilgili mercilere intikal ettirmesi gerekmektedir.

SPK'nın hukuka aykırılığın tespiti ve/veya iptali için dava açma yetkisi, HAAO veya sermaye piyasası kurumları organları açısından herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Bu nedenle SPK, anonim ortaklıkların genel kurul veya yönetim kurulu kararlarının iptali için dava açma yetkisine sahip bulunmaktadır. Anonim ortaklıklarda kural olarak pay sahipleri, yönetim kurulu yeleri, kararın icrası yönetim kurulu üyeleriyle denetçilerin şahsi sorumluluğunu gerektirmesi durumunda bunlardan her biri genel kurul kararlarının iptali için kararın alındığı tarihten itibaren 3 ay içerisinde dava açma yetkisine sahiptir. Bu süre hak düşürücü nitelikte olduğu için mahkemece resen dikkate alınması gerekmektedir. TTK'da belirtilenler dışında SerPK'nın yukarıda anılan hükmüyle SPK'nın, SerPK'ya tabi anonim ortaklıkların genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. SPK tarafından açılacak davalarda sadece hukuki işlemlerin hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesi yeterlidir. Ayrıca hukuki işlemin sermayenin azalmasına veya kaybına yol açıp amamasının bir önemi bulunmamaktadır. Öte yandan Kurul tarafından hukuki işlemlerin, sermayenin azalmasına veya kaybına yol açtığı iddiasıyla da dava açılabilir. Ancak bu durumda da işlemin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Aksi durumda Kurul'un dava açma yetkisinin bulunduğu kabul edilerek işin esasına girilecek ve dava esastan reddedilecektir. SPK tarafından genel kurul kararlarının iptali istemiyle açılacak davalara ilişkin SerPK'da özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle TTK hükümleri uygulama bulacaktır. Bu nedenle SPK tarafından kural olarak 3 ay içinde dava açılması gerekmektedir. Genel kurul kararının yok hükmünde veya butlanla sakat olması halinde herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın dava açılabilmesi mümkündür. Ayrıca yetkili mahkeme, ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. SPK açılan davada, kararın icrasının geriye bırakılması da isteyebilir.

Dava açma yetkisi kapsamında SPK'nın, SerPK'ya tabi anonim ortaklıkların yönetim kurulu kararlarına karşı dava açma yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunun incelenmesi yerinde olacaktır. Yönetim kurulu kararları hukuki niteliği itibarıyla hukuki işlemdir. Bu nedenle işlemin yok hükmünde olması veya butlanla sakat olması durumunda her pay sahibi tarafından herhangi bir süreye tabi olmaksızın tespit davası açılabilir. Bu açıdan yönetim kurulu kararlarının diğer hukuki işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Sakatlık derecesi iptal edilebilirlik olan yönetim kurulu kararlarına karşı dava açılması konusunda TTK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır²²⁹. Konu TTK hükümleri açısından tartışmalı niteliktedir. Bir görüşe göre, yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi mümkün olmamakla birlikte bunun yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmek suretiyle giderilebileceği belirtilmektedir²³⁰. Bir başka görüş ise, TTK'daki mevcut düzenlemelerin yetersizliğinden söz ederek özellikle SerPK uygulamalarında genel kurula ait bir çok yetkinin yönetim kuruluna verilmesi nedeniyle yönetim kurulunun genel kurul işlevini üstlenerek aldığı kararlar aleyhine dava açılabilirliği belirtilmektedir²³¹. SerPK'nın 46/1-c maddesiyle, SerPK'ya tabi anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları açısından sorun çözülmüştür. Zira SPK'nın tespit veya iptal davası açması bakımından, hukuka aykırı işlemi tesis eden organın herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan işlemin hukuki sonuç doğurması ve hukuka aykırı olmasıdır. Bu nedenle SerPK'ya tabi anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları yönetim kurullarının hukuka aykırı ve/veya sermayenin azalmasına ya da kaybına ilişkin her türlü işleminin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için SPK tarafından dava açılabilir. Öte yandan yatırımcıları korumak amacıyla faaliyette bulunan SPK'ya dava açma yetkisinin tanınmış olması nedeniyle doğrudan menfaati ihlal edilen yatırımcıların da yönetim kurulu kararlarına karşı evleviyetle dava açma yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

²²⁹ Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 302.

²³⁰ Pulaşlı, **a.g.e.**, s. 449.

²³¹ Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, **a.g.e.**, s. 303.

- Kayıtlı sermaye sistemine ilişkin hükümlerin yer aldığı SerPK'nın 12. maddesinde belirtilen esaslara aykırı olarak alınan yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların ilan tarihinden otuz gün içinde ortaklığın merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açmak ve bu kararların icrasının geri bırakılmasını istemek(SerPK md. 46/1-b).

Örneğin yönetim kurulu tarafından, ortakların yeni pay alma hakkının aralarında eşitsizliğe yol açacak şekilde kısıtlanması durumunda SPK'nın, yönetim kurulu kararının iptalini isteme yetkisi bulunmaktadır. SerPK'nın 46/1-c maddesi uyarınca SPK'nın, yönetim kurulu kararlarına karşı dava açma yetkisi zaten bulunmaktadır. Öte yandan bu hükme dayanılarak SPK tarafından dava açılabilmesi için sermaye piyasası kurumlarının kayıtlı sermaye sistemini kabul etmesi de zorunlu değildir. Bu nedenle SPK'nın, kayıtlı sermaye sistemini seçmiş anonim ortaklıklar açısından yönetim kurulu kararlarının iptali istemiyle dava açma yetkisinin bulunduğu ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

- Sermaye piyasası kurumlarının, mali durumlarının taahhütlerini karşılayamayacak veya mali yapılarının ciddi surette zayıflamış olduğunun tespiti halinde alınan tedbirlerden sonuç alınamadığı takdirde tedrici tasfiyelerine karar vermek ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemek(SerPK md. 46/1-h).

Hukukumuzda iflasın sebebi, borcun ödenmemesidir²³². Borçlunun iflasa tabi kişilerden olması durumunda alacaklı isterse iflas yoluyla takipte bulunabilir. Alacaklının takip talebinde iflas yoluyla takip yaptığını ve tanınan yedi gün içerisinde borcun ödenmemesi durumunda mahkemeye başvurarak

²³² Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku**, 16. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 501.

borçlunun iflasını isteyeceğini takip talebinde açıkça belirtmiş olması gerekmektedir(İİK md. 155). Bunun üzerine icra dairesince ödeme emri düzenlenerek borçluya tebliğ edilir. Borçlu yedi günlük süre içerisinde ödeme emrine itiraz etmez ve borcunu ödemezse ödeme emri kesinleşir ve bunun üzerine alacaklı ticaret mahkemesine başvurarak borçlunun iflasını isteyebilir. Borçlu yedi günlük süre içerisinde ödeme emrine itiraz ederse alacaklının, itirazın kaldırılması ve borçlunun iflasına karar verilmesi istemiyle ticaret mahkemesine başvurması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere borçlunun iflasına karar verilebilmesi için iflas takip talebinde bulunulması ve yedi günlük süre içerisinde borcun yatırılmaması durumunda mahkemeye başvurulması gerekmektedir. SPK'yla sermaye piyasası kurumları arasında herhangi bir borç ilişkisi yoktur. Bu nedenle SPK'nın sermaye piyasası kurumları aleyhine icra dairesine borcun ödenmesi için başvuruda bulunma yetkisi de bulunmamaktadır. Zira SPK'nın bu kurumlardan alacaklı olan kişileri temsil ederek alacaklarını icra yoluyla takip edebilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle SPK tarafından, doğrudan ticaret mahkemesine iflas talebiyle başvuruda bulunulması gerekmektedir. SPK tarafından iflas istenilebilmesi için, bu kurumların mali durumlarının taahhütlerini karşılayamayacağını veya mali yapılarının ciddi surette zayıflamış olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. SPK tarafından, sermaye piyasası kurumlarının iflasının istenilmesinde İİK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

- Sermaye piyasası kurumlarının, Kanunun 46/1-h bendi uyarınca, tedrici tasfiyeye girmesi veya iflası durumlarında, Kurul'ca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla, bu kurumların %10'undan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, imzaya yetkili yöneticileri ile yatırım fonu yöneticilerinin şahsen iflaslarını istemek(SerPK md. 46/1-k).

İflasa tabi olma tacir olmanın hüküm ve sonuçlarındandır(TTK md. 20). Kural olarak SPK tarafından ancak iflasa tabi kişilerin iflası istenilebilecektir. Ancak SerPK yukarıda belirtilen hükümle bu kurala istisna getirmiştir. Bu hüküm uyarınca ilgililerin iflasının istenilebilmesi için, sermaye piyasası kurumlarının tedrici tasfiyeye girmesi veya iflasına karar verilmesi gerekmektedir. Sermaye piyasası kurumlarının tedrici tasfiyesine karar verilmesi durumunda, ilgililer tarafından bu işlemin iptali istemiyle dava açılabilir. Ancak dava sonucu beklenilmeden SPK tarafından ilgililerin iflası için ticaret mahkemesine başvurulabilmektedir. Bu durumda ticaret mahkemesince, tedrici tasfiyeye karşı açılan davanın sonucu beklenilmeli ve buna göre karar verilmelidir. Zira tedrici tasfiye işleminin hukuka aykırı olması halinde ilgililerin iflasına karar verilmesi mümkün değildir. Ancak tedrici tasfiye kararı beklenilmeksizin ilgililerin iflasına karar verilmiş ve iflas uygulanmış ise bu durum SPK'nın sorumluluğunu gündeme getirecektir.

SPK tarafından, sermaye piyasası kurumlarının %10'undan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya halen görevde bulunan yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, imzaya yetkili yöneticileri ile yatırım fonu yöneticilerinin şahsen iflaslarının istenilebilmesi için bu kişilerin kurumların tedrici tasfiyesinde veya iflasında sorumluluklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle sermaye piyasası kurumunun iflasında veya tedrici tasfiyesinde sorumluluğu bulunmayan kişilerin şahsen iflasının istenilmesi mümkün değildir. Öte yandan SPK tarafından ilgililerin sorumluluğu bulunduğu belirtilmesi yeterli değildir. Zira mahkemece, SPK tarafından yapılacak başvuru üzeri bu kişilerin sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının ciddi surette zayıflamasında sorumluluğunun bulunup bulunmadığı araştırılacak ve elde edilen sonuca göre ilgililerin iflasına veya davanın reddine karar verilecektir. SPK tarafından sermaye piyasası kurumu ilgililerin iflasının istenilmesi durumunda İİK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

- Denetimle görevlendirilenler Kurul uzmanları tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve bilgi ihtiva eden diğer vasıtaların ibraz ve teslim edilmemesi halinde, mahkemeye başvurarak bunların ibraz veya tesliminin sağlanmasını talep etmek(SerPK md. 46/1-f)

b. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Yargı Organları Aracılığıyla Uygulayabileceği Kamu Hukukuna İlişkin Yetkileri

SPK'nın yargı organları aracılığıyla yaptırım uygulama yetkilerinden biri de, SerPK'nın 47. maddesinde belirtilen suçlardan dolayı soruşturma yapılması için Cumhuriyet savcılığına başvurma yetkisidir.

SerPK, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık halinde çalışmasını sağlamak amacıyla bazı fiilleri cezai yaptırıma bağlamıştır. Hangi fiillerin suç teşkil ettiği SerPK'nın 47. maddesinde düzenlenmiştir. SerPK'da düzenlenen suçlar yaptırımlarına göre üç gruba ayrılmıştır. Buna göre, birinci gruba giren fiillerin yaptırımı 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezasıyken, 2. grup fiillerin yaptırımı konusunda TCK'nın sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Üçüncü grup fiillerin yaptırımı ise sadece para cezasıdır.

Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar(CMK md. 160). Bu nedenle kural olarak hazırlık soruşturmasına başlanması için herhangi bir izne veya başvuruya gerek bulunmamaktadır. Ancak SerPK'nın 49. maddesinde, SerPK'nın 47. maddesindeki suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul'un Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunması şartına bağlanmıştır. SerPK'nın 49. maddesinde belirtilen bu başvuru, bir

yargılama koşuludur. Bu nedenle SPK tarafından böyle bir başvuruda bulunulmadıkça Cumhuriyet savcılığının, SerPK'nın 47. maddesinde belirtilen suçlar hakkında hazırlık soruşturması yapması, bu kapsamda delil toplaması ve nihayetinde ceza kovuşturulmasına başlanması mümkün değildir²³³. Ancak Sermaye Piyasası Hukukunun yatırımcıları koruma amacı göz önüne alındığında savcılığın inceleme ve dava açma konusundaki takdir yetkisinin kısıtlamasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır²³⁴. Bu nedenle SPK'nın başvurusu olmaksızın soruşturma yapılamayacağına ilişkin hükmün SerPK'dan çıkarılması yerinde olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu yargılama koşulu sadece SerPK'nın 47. maddesinde belirtilen suçlara münhasırdır.

SerPK'nın 49. maddesinde belirtilen yargılama koşulu,ukumuzdaki diğer yargılama koşullarına benzememekte ve kendine özgü bir nitelik taşımaktadır²³⁵. Gerçekten de, SPK'nın başvurusu bir şikayet olarak nitelendirilemez. Çünkü şikayet, belli suçlardan zarar görenlerin, bu suçlar için kamu davası açılmasını istemesidir(TCK md. 73). Oysa SPK, SerPK'nın 47. maddesinde belirtilen suçlardan zarar gören kimse değildir²³⁶. Bu nedenle SerPK'nın 47. maddesi kapsamında bir suçun işlendiğini öğrenen SPK, suçların dava zamanaşımına uğramaması halinde belli bir süreyle sınırlı olmaksızın her zaman Cumhuriyet savcılığına başvuruda bulunma hakkına sahiptir. SPK'nın başvurusu üzerine Cumhuriyet savcılığının dava açma

²³³ Nitekim Yargıtay 7. CD., "... 2499 Yasa'nın 49/1. maddesi uyarınca, aynı Yasanın 47. maddesinde yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunmasına bağlı olup, Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı başvurusu olmaksızın açılan kamu davasına devamla yazılı şekilde karar verilmesi ..." gerekçesiyle işin esasına girilerek verilen mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay 7. CD. 18.09.1995. E: 1995/5815, K: 1995/6925 (Y.K)

²³⁴ Kütükçü, II. C., s. 480.

²³⁵ Eralp Özgen, " Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na Tanınan Başvuru Yetkisinin, Talep ve Şikayet Kavramları Açısından Değerlendirilmesi ve Cumhuriyet Savcılarının Takdir Yetkisi", **15. Yıl Sempozyumu**, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1998, s. 196.

²³⁶ Kütükçü, II. C., s. 478.

zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle SPK'nın başvurusunun talep olarak kabul edilmesi de mümkün değildir²³⁷.

SerPK'nın 47. maddesi kapsamındaki suçlara ilişkin olarak Cumhuriyet savcılığına başvurulması üzerine SPK, kendiliğinden katılan sıfatı kazanmaktadır. SPK'nın katılan sıfatı, CMK'da belirtilen katılan müessesesinden bazı yönlerden farklılıklar göstermektedir. Öncelikle davaya katılma kural olarak kovuşturma aşamasında söz konusu olabilir(CMK md. 237). Oysa SPK'ya, hazırlık soruşturma aşamasında katılan sıfatı verilmektedir. SerPK 47. maddesi kapsamındaki suçlar niteliği itibarıyla özellik gösteren teknik konularla ilgilidir. Örneğin bir manipülasyon suçunun, SPK'nın teknik yardımı olmaksızın tespiti mümkün değildir. Cumhuriyet savcılarının hazırlık soruşturması kapsamındaki hukuki ve teknik eksikliklerinin giderilmesi ve kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi amacıyla SPK'ya hazırlık soruşturması aşamasında katılan sıfatı verilmektedir. SPK, katılanın sahip olduğu haklara sahiptir. Bu nedenle Cumhuriyet savcılığınca verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara itiraz edebileceği gibi mahkemece verilen kararlara karşı kanun yoluna da başvurulabilir.

SPK'nın 47. madde kapsamında bulunan suçlardan dolayı Cumhuriyet savcılığına başvurma yetkisi konusunda üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, SPK tarafından Cumhuriyet savcılığına başvurulmasına veya başvurulmasına gerek olmadığına ilişkin kararlara karşı herhangi bir itiraz yolunun bulunup bulunmadığıdır. SPK tarafından 47. madde kapsamında bulunan suçlardan dolayı Cumhuriyet savcılığına başvuruda bulunma kararı alınması durumunda, ilgililerin başvurabilecekleri herhangi bir yol bulunmamaktadır. Zira suç duyurusunda bulunulmasına ilişkin SPK işlemi, iptal davasına konu oluşturmamaktadır²³⁸. Ancak SPK'nın suç unsuruna rastlanılmadığına ilişkin kararlarına karşı, suçun mağdurları

²³⁷ Kütükçü, II. C., s. 478.

²³⁸ Danıştay 13. D. 17.03.2006. E: 2005/7503, K: 2006/1431 (www.danistay.gov.tr., 23.03.2010)

tarafından idare mahkemelerinde iptal davası açılması mümkündür. Zira böyle bir işlem üzerine Cumhuriyet savcılığınca, hazırlık soruşturması başlatılamamakta ve böylece ceza yargılama sürecinin işlemesi SPK tarafından engellenmektedir. Bu nedenle SPK işlemi, kesin ve yürütülebilir niteliktedir. Bu işleme karşı açılan iptal davasının sonucuna göre SPK'ca hareket edilmesi gerekmektedir.

V. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN DİĞER GÖREV VE YETKİLERİ

SPK'nın yukarıda belirtilenler dışında da görev ve yetkileri bulunmaktadır. SPK'nın bu yetki ve görevleri şu şekilde sıralanabilir:

- İlgili bakanca istenecek incelemeleri yapmak; çalışmalar hakkında ilgili bakana rapor vermek; sermaye piyasası ile ilgili mevzuat değişiklikleri hakkında önerilerde bulunmak(SerPK md. 22/p).
- Yabancı ülkelerin sermaye piyasalarında düzenleme ve denetime yetkili muadili kuruluşlar ile sermaye piyasalarıyla ilgili her türlü işbirliği yapmak ve bilgi alış verişinde bulunmak(SerPK md. 22/y).
- Borsa uyuşmazlıklarını çözmek.

Borsa uyuşmazlıklarının nasıl çözümleneceği 91 sayılı KHK'nın 13. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre borsa uyuşmazlıklarını, borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar ve borsa üyeleri ile borsa müşterileri arasındaki uyuşmazlıklar olmak üzere ikiye ayırmak suretiyle incelenmesi yerinde olacaktır.

Borsa üyeleri arasındaki borsa işlemlerinden doğan ihtilafların borsada çözümlenmesi zorunludur. Bu nedenle söz konusu uyuşmazlıkların

çözümlemesi için tarafların doğrudan mahkemeye başvurabilmesi mümkün değildir. Bu uyuşmazlıkları çözümü de yetkili makam borsa yönetim kurullarıdır. Tarafların borsa yönetim kurullarının kararlarına karşı SPK'ya itiraz etme hakları bulunmaktadır. SPK'nın bu ihtilaflar konusundaki kararları nihaidir(91 sayılı KHK md. 13). SPK'nın bu nihai işlemine karşı idare mahkemelerinde iptal davası açılması mümkündür. Uyuşmazlığın esasının özel hukuka ilişkin olması bu durumu değiştirmemektedir.

91 sayılı KHK'nın 13. maddesi kapsamında ele alınması gereken ikinci durum ise; borsa üyeleriyle müşteriler arasında çıkan ihtilafların çözümü usulüdür. Söz konusu uyuşmazlıkların çözümü hususunda idari başvuru yolu ve adli yargıya başvurma yolu olarak iki seçimlik yol öngörmüştür. Müşteri bu yollardan birini seçmekte serbesttir.

Eğer uyuşmazlığın idari yoldan çözümü isteniyorsa bir dilekçe ile borsa başkanlığına başvurulması gerekir. Bu dilekçe karşı tarafa tebliğ edilerek cevap vermesi için en çok beş gün beklenir. Cevap geldikten veya bu süre geçtikten sonra dosya incelemek üzere uyuşmazlık komitesine intikal ettirilir veya konunun yeterince açık olduğu kanaatine varılırsa başkanlıkça dosyanın yönetim kurulunda görüşülmesi ve karara bağlanması sağlanır(İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği md. 46). Yönetim kurulu kararından memnun olmayan taraf, bu kararın kendine tebliğini izleyen on iş günü içinde borsa kanalı ile karara karşı SPK'ya itiraz edebilir. SPK, itirazlara ait kararını en çok 7 iş günü içerisinde verir. SPK'nın kararı nihaidir(İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği md. 44). Bu karara karşı açılacak davaların görüm ve çözüm yeri idari yargıdır²³⁹.

Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır(91 sayılı KHK md. 13). Bu durumda ise, görevli yargı kolu adli yargı olmaktadır.

²³⁹ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, s. 14.

Görüldüğü üzere aynı uyuşmazlığın adli yargıda çözümülenmesi olanağı bulunduğu gibi borsa içinde çözümülenmesi de mümkün olabilmektedir²⁴⁰. Ancak, ikinci yol izlendiğinde uyuşmazlık konusunda son sözü söyleyen SPK'nın kararı, idari işlem olarak, idari yargıca denetlenecektir²⁴¹.

²⁴⁰ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, s. 14.

²⁴¹ Tan, “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, s. 14.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN VE ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

İdarenin yaptığı hizmetlerin gerek nitelik gerekse sayıca çoğalmasıyla birlikte, kişilerin bu faaliyetlerden zarar görme ihtimali de artmaktadır. Kısaca, “herkes neden olduğu zararları gidermek zorundadır” şeklinde belirtilen sorumluluk ilkesi, İdare Hukuku alanında Medeni Hukuka nazaran daha büyük bir önem taşımaktadır²⁴². Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin tutum ve davranışları ile bireylere veya topluluklarına verdiği zararların karşılanması gereği, bugün artık hiçbir uygar ülkede tartışma konusu değildir. Ancak idarenin sorumluluğu kavramı, bireysel sorumluluk kavramından çok daha sonralarda ortaya çıkmıştır²⁴³.

İdarenin hukuki sorumluluğunun tam olarak anlaşılabilmesi için genel olarak hukuki sorumluluk kavramının incelenmesi yerinde olacaktır. Hukuki anlamda sorumluluk, bir kişinin uğradığı bir zararın tazminin bir başka kişiye yüklenmesine ilişkin zorunluluktur²⁴⁴. Bir başka anlatımla hukuki sorumluluk, iki mal varlığı arasında bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını amaçlayan ve bunun yaptırımını içine alan hukuki kurumdur²⁴⁵. Bu anlamda sorumluluk hukukunun konusunu, zarar verenin, zarar görenin uğramış

²⁴² Serdar Özgüldür, **Tam Yargı Davaları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 25.

²⁴³ Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, Hasan Tahsin Gökcan, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 35.

²⁴⁴ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 31.

²⁴⁵ Kazım Yenice, Yüksel Esin, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, Arısan Matbaacılık ve Ambalaj Sanayii, 1983, s. 77.

olduğu zararı tazmin etmesi oluşturmaktadır. Tazmin borcu, ilgililerin hukukça korunan maddi ve manevi değerlerinde zarar verici olaydan sonra ortaya çıkan durumla önceki durum arasında görülen farka karşılık gelmektedir²⁴⁶. Bu nedenle zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da bulunmamaktadır.

İdarenin hukuki sorumluluğu doktrinde bazı yazarlar tarafından idarenin mali sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir²⁴⁷. Gerçekten de, idari sorumluluktan bahsedilen durumlarda idarenin sadece maddi ve manevi tazminat ödemesi söz konusu olmaktadır. Türk Hukukunda idarenin sorumluluğu hususunda zararın giderilmesi söz konusu olunca Danıştay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, zarar para ile tazmin edilmektedir²⁴⁸. Mevzuatımızda idarenin tazminatı sadece para olarak ödemesi gerektiğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı belirtilerek, mağdura seçme hakkı tanınması ve para dışındaki diğer telafi yollarına da başvurulması gerektiği yönünde çeşitli görüşler de bulunmaktadır²⁴⁹. Ancak bu görüşün yürürlükte bulunan İYUK hükümleri açısından uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.

İdarenin sorumluluğu, yürüttüğü faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejime göre değişmektedir. İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu, özel hukuk hükümlerine ve özellikle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin esaslara tabidir²⁵⁰. İdarenin kamu hukukuna tabi faaliyetlerinden kaynaklanan zararların tazmini ise İdare Hukuku kurallarınca düzenlenmektedir²⁵¹. Bu anlamda idarenin zarara sebep olan eylem ya da işleminin niteliği, gerek uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak ilkelerin tespitinde gerekse görevli yargı merciinin belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Zarara sebebiyet veren fiil, idari hizmete ilişkin bir eylemden kaynaklanıyorsa idarenin hukuki sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

²⁴⁶ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 2.

²⁴⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 329.

²⁴⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 35.

²⁴⁹ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 66.

²⁵⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 329

²⁵¹ Günday, **a.g.e.**, s. 329

Ancak idarenin ajanı dışında bir kişinin eylemi sonucunda, zarar meydana gelmiş ise, zarara sebep olan kişinin bireysel sorumluluğu gündeme gelecektir. Öte yandan idarenin sorumluluğuna karşı idari yargı mercilerinde dava açılabilmesi için idarenin üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olduğu bir hizmetin yürütülmesi esnasında zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir.

İdarenin sorumluluğunun, pozitif kaynağını 1982 Anayasası'nın 125. maddesinin son fıkrası oluşturmaktadır. Buna göre; idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür (An md. 127). Bu maddede idarenin sorumluluğundan bahsedilmiş; ancak bu sorumluluğun sebebinin hizmet kusuru mu olduğu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğuna dair bir açıklık getirilmemiştir²⁵². Bu nedenle idarenin sorumluluğunu sadece kusur sorumluluğu olarak sınırlamak mümkün değildir. Öte yandan idarenin kendi kusurundan kaynaklanan zararı tazmin etmesi, hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. Hukuk devleti ilkesi, idarenin kusura dayanan sorumluluğunu açıklayacak güçte görünmektedir. Ancak ilk başta idarenin sorumluluğunun dayanağı olarak kabul edilen kusur, idarenin üstlendiği yeni görevler nedeniyle yetersiz hale gelmiştir. Zamanla idarenin kusuru bulunmasa bile hizmetten kaynaklanan zararın tazmin edilmesi gerektiği görüşü geçerlik kazanmaya başlamıştır²⁵³. Bu gibi zararların idarece, başka bir deyişle toplumca karşılanması, sosyal devlet anlayışıyla açıklanabilir²⁵⁴.

Böylece bugün idarenin sorumluluğu, kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki sorumluluk nedeninden birine dayandırılmaktadır²⁵⁵.

²⁵² Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 52.

²⁵³ Günday, **a.g.e.**, s. 330.

²⁵⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 659.

²⁵⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 340.

A. İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu genel olarak, kusur koşulunun gerçekleşmesine bağlıdır²⁵⁶. İdarenin kusurlu sorumluluğu ülkemizde de, Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin öteden beri sürdürdüğü uygulamadan esinlenerek, gerek öğretide gerekse yargı içtihatlarında hizmet kusuru kavramıyla açıklanmaktadır²⁵⁷.

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir²⁵⁸. İdari hizmetin iyi kurulmamasından, idarenin örgütlenmesinin ve örgütün çalışmalarının iyi ve doğru düzenlenememesinden ya da hizmetin iyi ve gereği gibi yürütülmemesinden dolayı hizmetin eksik, yanlış ve kötü verilmesi hizmet kusurudur²⁵⁹. Danıştay da önüne gelen uyuşmazlıklarda hizmet kusurunu tanımlama yoluna gitmektedir. Örneğin Danıştay 10. Daire, hizmet kusurunu, "İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır." şeklinde nitelendirmiştir²⁶⁰. Hizmet kusurundaki "hizmet" deyimini, sadece idari faaliyetlerin belli bir türü olan kamu hizmetini değil ve fakat genel bir idari görevi veya faaliyeti belirtmektedir²⁶¹.

İdare bir kişi değil, bir örgütlenmedir. İdarenin sorumluluğundan bahsedilince, kusurun özel hukuktaki gibi bir bireyin kusuru şeklinde

²⁵⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 285.

²⁵⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 330.

²⁵⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 330.

²⁵⁹ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 66.

²⁶⁰ Danıştay 10. D. 26.04.2002. E: 2000/1184, K: 2002/1249 (Yakup Bal, Yahya Şahin, Mustafa Karabulut, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 303.)

²⁶¹ Günday, **a.g.e.**, s. 330.

değerlendirilmesi mümkün değildir²⁶². Buradaki kusur, anlam ve içeriği İdare Hukuku ilke ve esaslarına göre belirlenen kusur olup, özel hukuk anlamından oldukça farklıdır. Hizmet kusurundaki kusur, şahıslarda aranılan subjektif bir kusur olmayıp hizmetin kuruluş ve işleyişi gibi dış dünyaya ilişkin objektif ve bağımsız bir kusurdur²⁶³. Ayrıca özel hukuk alanındaki sorumluluk ilkesini idareye uygulama, başka bir deyişle, idarenin sorumluluğu, idarenin kullandığı kamu görevlilerinin kusurunda ya da idarenin kamu görevlilerinin seçiminde yaptığı kusurda aramak yerinde değildir²⁶⁴. Bu anlamda hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamen bağımsız olarak ifade edilmektedir²⁶⁵. Bu nedenle idarenin istihdam ettiği kamu görevlileri kusurlu olsa da olmasa da, eğer hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksaklık söz konusu ise, hizmet kusuru da var demektir²⁶⁶. Hizmetin gereği gibi yürütülmemesinde idarenin kusurunun bulunması zararın tazmini için yeterlidir. Bu nedenle hizmet kusuru nesnel ve anonim nitelikte bir kusur olarak değerlendirilmektedir²⁶⁷.

Hizmet kusuru, İdare Hukukuna ait bir kavramdır. Bu nedenle hizmet kusurunun kendine özgü bazı özellikleri bulunmaktadır. Öncelikle hizmet kusuru, bağımsız bir özellik göstermektedir. Hizmet kusurunun bağımsızlığı, bunun İdare Hukukuna özgü “nevi şahsına münhasır, muhtar ve orjinal” bir kavram oluşunu ifade etmektedir²⁶⁸. Ayrıca hizmet kusuru asli bir sorumluluk sebebi oluşturmaktadır. Hizmet kusurunda sorumluluk, idarenin kendi sorumluluğudur. Yani sorumluluğun önce personele yöneltilmesi, personelin ödeme kabiliyetinden yoksun bulunması halinde idareye başvurulması söz konusu değildir²⁶⁹. Hizmet kusuru sonucunda zarara uğrayanların doğrudan

²⁶² Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 56.

²⁶³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 69.

²⁶⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 679.

²⁶⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 331.

²⁶⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 331.

²⁶⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 331.

²⁶⁸ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 70.

²⁶⁹ Yüksel Esin, **Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları İkinci Kitap: Esas**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1976, s. 29.

idare aleyhine dava açma hakları bulunmaktadır. Öte yandan hizmet kusuru genel ve asli sorumluluk sebebidir. Bu nedenle idare mahkemeleri tarafından ilk olarak hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Eğer olayda hizmet kusuru tespit edilebiliyorsa, idareyi sorumlu tutmak için başka esas aramaya gerek bulunmamaktadır²⁷⁰. Ayrıca zarara uğrayan kişilerin adli yargıda özel hukuktan kaynaklanan tazminat davası açma haklarının bulunması, hizmet kusuru nedeniyle idare aleyhine dava açmalarına engel teşkil etmemektedir.

Hizmet kusurunun bir başka özelliğini, esneklik niteliği oluşturmaktadır. Bu nitelik de, hizmet kusurun varlığının her somut olayda, “her hal ve vaziyetin icaplarına ve hususiyetlerine göre tespit” edilmesi gerektiğini ifade etmektedir²⁷¹. Hizmet kusurunun esnekliğinin bir sonucu olarak, kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki her aksaklık, düzensizlik, bozukluk, mutlaka idarenin sorumluluğu gerektirmemektedir²⁷². Bu nedenle idari yargı mercileri her somut olayda kamu yararı, kamu hizmetinin gerekleri, işleyiş şartları ve diğer özellikleri, zaman ve yer şartları, zararın niteliği gibi unsurları göz önünde bulundurarak tespit olunacak kusurun tazmini gerektirip gerektirmeyeceğini değerlendirecektir²⁷³.

İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun bulunması genel olarak yeterli kabul edilmektedir. Ancak bazı hizmetlerin niteliğine göre idare, sadece ağır hizmet kusuru bulunması halinde tazminle sorumlu tutulmaktadır. İdarenin sorumlu tutulması için aranan kusurun belli bir ağırlıkta olması şartı, idarenin her an zarara sebep olma korkusu ve bunu tazmin tehdidi altında bulunarak hizmetleri gereği gibi yürütmekten kaçınmasına zemin hazırlayabileceği, her türlü kusurdan sorumlu olmanın mali bakımdan idareyi müşkül duruma sokacağı gibi düşüncelerle ve bunun

²⁷⁰ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 72.

²⁷¹ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 73.

²⁷² Özgüldür, **a.g.e.**, s. 73.

²⁷³ Esin, **a.g.e.**, s. 31.

yanısıra sorumsuzluk ilkesinden sorumluluğa geçilirken sorumluluğu belli ölçülerde kısıtlamak için başvuru bir yol olarak düşünülmüş ve kabul edilmiştir²⁷⁴. Günümüzde idarenin kusursuz dahi olsa sorumlu olabileceği kabul edildiğine göre, sorumluluk nedeni olarak hizmet kusurunun ağır olması koşulunu aramak doğru değildir²⁷⁵. Bu nedenle hizmet kusurunun bulunması idarenin tazminat sorumluluğunu doğurması açısından yeterli sayılmalıdır. Yürütülen hizmetteki kusurun ağır veya hafif olması hükmedilecek tazminatın miktarını etkileyecek bir unsur olarak kabul edilmelidir. İdarenin sorumluluğu için ağır hizmet kusurunun aranması gerektiğine ilişkin görüş gün geçtikçe geçerliliğini kaybetmektedir. Bu nedenle önceden ağır hizmet kusurunu arandığı bir çok alanda artık basit kusurun varlığı idarenin sorumluluğu için yeterlidir²⁷⁶.

Danıştay özellikle daha eski kararlarında ağır hizmet kusuru şartını aramıştır²⁷⁷. Ancak Danıştay hangi hallerde ağır hizmet kusurunun, hangi hallerde ise sadece hizmet kusurunun bulunduğu konusunda belli bir ölçüt de ortaya koyamamıştır²⁷⁸. Ancak hizmetin niteliği itibarıyla bünyesinde belli bir risk bulunmakta ise, bu hizmetten kaynaklanan zararın tazmini için idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması gerektiği Danıştay tarafından benimsenmektedir.

İdare tamamen tüzel kişilerden oluştuğundan idarenin kusuru aslında gerçek kişilerden oluşan organ ve ajanlarının kusurlarıdır²⁷⁹. İdarenin hizmet kusurunda, kamu görevlisinin kusurunun bulunup bulunmadığı bazı yönlerden önem taşımaktadır. 1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 5. fıkrasında, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek

²⁷⁴ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 80.

²⁷⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 335.

²⁷⁶ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 91.

²⁷⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 335.

²⁷⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 335.

²⁷⁹ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 68.

kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” hükmü yer almaktadır. Öte yandan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde, “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümler uyarınca, hukukumuzda teminat sistemi kabul edilmiştir. Teminat sistemiyle, idare edilenler için bir güvence getirilmek ve idare edilenlerin zararlarının tez elden ödenmesi sağlanmak istenmiştir²⁸⁰. İdari ajanların kusurlarından doğan zararların tazmini için idare aleyhine dava açılması ve idarenin bu zararı tazmin ettikten sonra ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi hususlarının üzerinde durulması gerekmektedir.

İdarenin ajanlarının, kusurlarından kaynaklanan zararların tazmini istemiyle idareye karşı dava açılabilmesine ilişkin genel kuralın değerlendirilmesinde, kişisel kusur kavramının incelenmesi yerinde olacaktır. Genelde kamu görevlisinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurunu teşkil etmesi ve idarenin sorumluluğuna yol açmaması gerekir²⁸¹. Bu nedenle kamu görevlisinin görevinden, resmi sıfatından ayrılabilen, kişiye özgü hata ve eylem niteliği taşıyan kusurlu davranışları, kişisel kusur sayılmaktadır²⁸².

Kişisel kusurun idarenin sorumluluğu üzerindeki etkisi konusunda doktrinde ve yargı kararlarında fikir birliği bulunmamaktadır. Bu anlamda kişisel kusurun, idarenin sorumluluğuna etkisi bakımından ikili bir ayırım yapılması zorunludur. Kamu görevlisinin, görevi dışında ve resmi sıfatıyla kesin bir biçimde ayrılmış bulunan kusurlu tutum ve davranışlarından idare sorumlu tutulamaz. Zira bu kusurlu davranışlar, görev dışında bulunduğundan, kamu görevlisinin kişisel kusuru ile yürütülmekte olan kamu

²⁸⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 338.

²⁸¹ Günday, **a.g.e.**, s. 336.

²⁸² Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 668.

hizmeti arasında hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu durumda haksızlık teşkil eden fiili işleyen kişinin kamu görevlisi olup olmadığının herhangi bir önemi yoktur. Burada kamu görevlisi vatandaş sıfatıyla hareket etmektedir. Bu tür sorumluluk için, “günlük hayatta her zaman görülmekte olan sorumluluk” denebilir²⁸³. Ayrıca fiilin suç olup olmadığının veya kamu görevlisinin bu fiili nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmadığının önemi bulunmamaktadır. Kamu görevlisine karşı bu fiilleri nedeniyle haksız fiil hükümleri uyarınca adli yargıda dava açılması gerekmektedir. Bu nedenle kişisel kusurun bu türünde idare tarafından herhangi bir tazminat ödenmesinden ve kamu görevlisine rücu edilmesinden söz edilmesine olanak bulunmamaktadır.

İdarenin sorumluluğunda kişisel kusura ilişkin ikinci durum ise, hizmet kusuru ile kişisel kusurun içiçe olması halidir. Bu durum karşımıza görev kusuru olarak çıkmaktadır. Kamu faaliyet ve hizmetlerinin ifası sırasında veya dolayısıyla personelin kişisel gibi görünen ancak aslında hizmet ve ödevlerinden ayrılamayan eylem ve kusurları, görevle ilgili olarak işlenen görev kusuru niteliğinde addedildiğinden; zarar gören kişiler personeli değil, onları çalıştıran kurumları dava etmek durumundadır²⁸⁴. Bu gibi durumlarda kamu görevlisinin kusurlu davranışları hizmetle ilgilidir. Kamu personelinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymama, kamu görevlilerinin kötü niyetli davranması ve ağır kusur hallerinde kişisel kusur ile hizmet kusurunun içiçe geçtiği kabul edilmektedir²⁸⁵. Bu hallerde kamu görevlisinin şahsi sorumluluğu da bulunmaktadır. Ancak kamu görevlilerin şahsi kusurlarının bulunması, idarenin hizmet kusurunu dolayısıyla sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır²⁸⁶. Ayrıca yukarıda anılan Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, kamu görevlileri aleyhine doğrudan dava açılması mümkün değildir. Belirtilen hüküm, “ancak idare

²⁸³ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 80.

²⁸⁴ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 115.

²⁸⁵ Günday, **a.g.e.**, s. 336.

²⁸⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 338.

aleyhine açılabilir.” şeklinde düzenlemeye yer vermiş olması nedeniyle emredici niteliktedir.

Hizmet kusuru ile kişisel kusurun içiçe olduğu durumlardan biri olan, yargı kararını uygulamama durumu bazı yönlerden özellik göstermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmaması düşünülemez. İdare yargı kararlarını uygulamak zorunda olup, bu konuda bağlı yetki içerisindedir. Öte yandan, yargı kararının hukuka uygun olmadığı gerekçesi, yargı kararının uygulanmamasına dayanak teşkil edemez. İdarenin yargı kararlarını uygulaması hususunda ayrıntılı hükümler, İYUK’un 28. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede, “Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez... Mahkeme kararlarının (otuz) gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.” hükmü yer almaktadır.

İdari yargı mercileri tarafından verilen kararların, kamu görevlileri tarafından yerine getirilmemesinde, kamu görevlisinin kusurunun, aynı zamanda hizmet kusuru teşkil edip etmediği hususu önem taşımaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, aleyhine yargı kararı uygulanmayan kamu görevlisine, idare aleyhine ya da yargı kararını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine dava açmak olmak üzere iki seçimlik hak tanınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yargı kararının uygulanmaması üzerine kamu görevlisine karşı açılan bir davada, “... Gerek öğretide, gerekse sapma göstermeyen yargısal içtihatlarda yargı kararlarını uygulamamanın, salt kişisel kusuru oluşturacağı benimsenmiştir.” şeklinde bir gerekçeye yer

vermiştir²⁸⁷. Söz konusu hükümde kamu görevlisinin yargı kararlarını kasten yerine getirmemesi olgusunun, başka hiçbir kritere başvurmayaya gerek duymadan salt kişisel kusur olarak düzenlendiği ifade edilmektedir²⁸⁸. Kamu görevlisinin yargı kararını kasten yerine getirmemesi salt kişisel kusurunu oluşturmakla birlikte kamu görevlisi yargı kararına aykırı işlem tesis etmek suretiyle yine kamu gücünü kullanmaktadır. Bu nedenle yargı kararının uygulanmaması durumunda kamu görevlisinin kişisel kusuru ile hizmet kusuru içiçe geçmiş bulunmaktadır²⁸⁹. Kamu görevlilerine karşı hizmet içindeki kişisel kusurlu davranışları sonucu verdikleri zararlardan dolayı dava açılmayacağına ilişkin kuralın tek istisnasını, yargı kararını kasten uygulamayan kamu görevlisi aleyhine doğrudan dava açılabilmesine ilişkin hüküm oluşturmaktadır²⁹⁰. Bu durum ise, yukarıda belirtilen Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir²⁹¹.

İdarenin sorumluluğunu gerektiren kusur ve fiilde kamu görevlisinin kişisel kusurunun da bulunması halinde, idare ödediği tazminattan dolayı kamu görevlisine rücu hakkına sahiptir²⁹². Zira Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasında, kamu görevlilerin yetkilileri kullanırken meydana gelen zararlardan dolayı idare aleyhine dava açılması “kendilerine rücu kaydı”na bağlanmıştır. Bu nedenle anayasal sistemimiz, kamu görevlisinin görevinden kaynaklanan zararın tazmini için idare aleyhine dava açılması ve idarenin tazmin ettiği zarar için kamu görevlisine rücu etmesi ilkesine dayanmaktadır. İdarenin kamu görevlisine rücu edip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Pozitif hukukumuz açısından kamu görevlisine rücu edilmesi, idare açısından hukuki bir zorunluluktur²⁹³. Ayrıca idarenin

²⁸⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2006. E: 2006/4-309, K: 2006/359 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası)

²⁸⁸ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 129

²⁸⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 339

²⁹⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 339.

²⁹¹ Günday, **a.g.e.**, s. 339.

²⁹² Özgüldür, **a.g.e.**, s. 131.

²⁹³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 132.

kendiliğinden rücu işlemlerini başlatmadığı durumlarda, vatandaşların idareyi harekete geçirme hak ve yetkileri bulunmaktadır.

İdarenin kamu görevlisine rücu etmesinde nasıl bir yol izleyeceği önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde, kurumun genel hükümler göre, ilgili personele rücu edebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle söz konusu maddede belirtilen “genel hükümler” ibaresinin yorumlanması gerekmektedir. Genel hükümlere göre rücu hakkının kullanılmasında adli yargının görevli olduğu ve bu mahkemelerin haksız fiil esaslarına göre sorunu çözecekleri görüşünün geniş bir kabul gördüğü söylenebilir²⁹⁴. Bu görüşe göre, idarenin tazmin ettiği zararın oluşumunda kusuru bulunan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda alacak dava açması gerekmektedir. Bu nedenle idarenin, kamu görevlisine idari işlem tesis etmek suretiyle doğrudan zararın tazmini için başvurma yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, herhangi bir yasal düzenlemede gönderme yapılan “genel hükümler” den mutlaka özel hukuk ve adli yargının anlaşılması gerekmemektedir²⁹⁵. Bu görüş sahiplerine göre, idare kendisini kişilere tazminat ödemek durumuna sokan personelin görev kusuru bulunup bulunmadığı en baştan İdare Hukuku esasları uyarınca belirleyeceğine göre, uyuşmazlık çıktığında, aynı soruna haksız fiil esaslarının uygulanacağını kabul etmek bir çelişki yaratmaktadır²⁹⁶. Bu yöntemin benimsenmesi durumunda idare, sorumlu personele rücu için bir idari işlem tesis edecektir²⁹⁷. Kamu görevlisi, zararın kendisine rücu edilemeyeceği veya rücu edilen miktarın fazla olduğu kanısında ise söz konusu işlemin iptali için idari yargı mercilerine başvurabilecektir.

İdarenin görevi genel olarak kamu hizmetlerini görmekten ibaret olup, İdare Hukukunun konusunu da bu gibi faaliyetler oluşturmaktadır. İdare

²⁹⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 671.

²⁹⁵ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 671.

²⁹⁶ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 133.

²⁹⁷ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 673.

üstlenmiş olduğu bu faaliyetleri yerine getirirken sayısız işlem ve eylemlerde bulunmaktadır. Bu nedenle idari faaliyetlerin sebebiyet verdiği zararlar, ya idari işlemlerden ya da idari eylemlerden kaynaklanmaktadır. Bu açıdan idarenin sorumluluğu, idari eylemler ve işlemler bakımından incelenebilir.

1. İdari Eylemlerden Dolayı Sorumluluk

İdare tarafından girişilen ya da gerçekleştirilen eylemler, çoğu kez alınan bir “karar”, yapılan bir “işlem”in uygulaması yönünde olmakla birlikte; bunlardan bağımsız olarak yaratılan bazı durumlarla ilgili “salt” veya “yalın” olarak nitelenen idari eylemler de söz konusu olabilmektedir²⁹⁸. İdarenin faaliyetleri sırasında, gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar ve gerekse bilerek ve isteyerek yapmış olduğu maddi fiiller ile hatta hareketsiz kalması sonucunda meydana gelen bir takım fiiller, idari eylemi oluşturmaktadır²⁹⁹. İdari eylemler sadece tazminat davasına konu olabilir. Bunlar hakkında iptal davası açılması mümkün değildir³⁰⁰.

İdarenin eylemleri, ya idari bir işlemin uygulanması, ya da hiç bir hukuksal işleme dayanmadan, doğrudan doğruya yapılan eylemler biçiminde kendini göstermektedir³⁰¹. İdarenin, idari eylem dolayısıyla sorumluluğu açısından idari eylem, idari işlemin uygulanması ile ilgili olmayan idari eylemi ifade etmektedir. Zira idari işlemin uygulanmasına yönelik idari eylemler, idari işlemle bir bütün oluşturmakta ve idarenin işleminden kaynaklanan sorumluluğuna yol açmaktadır.

İdari eylem ile idari işleminden kaynaklanan zararların tazmini için açılacak davalarda yargılama usulü açısından büyük farklılıklar bulunmaktadır. Her şeyden önce eğer zarar doğrudan bir idari eylemden

²⁹⁸ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 54.

²⁹⁹ Celal Erkut, **İptal Davasının Konusu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s. 11.

³⁰⁰ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 365.

³⁰¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 365.

kaynaklanıyorsa, ilgililerin eylemi öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içerisinde söz konusu zararın giderilmesi için idareye başvuruda bulunmaları gerekmektedir(İYUK md. 13). Böylece ilgililer, zararın tazmini konusunda idarenin görüşünü öğrenmektedir. Doktrinde bu husus ön karar olarak ifade edilmektedir³⁰². Ön karar müessesesi, idare ile zarara uğrayan kişinin uzlaşması ve böylece anlaşmazlığın dava açılmadan çözüme kavuşturulması amacıyla kabul edilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, ön karar müessesesi, uygulamada bu işlevini yerine getirmekten çok uzaktır. İdari işlemlerden kaynaklanan tazminat davalarında ise, ortada idareye ait bir düşünce açıklaması olan idari işlem bulunması nedeniyle ön karar alma zorunluluğu bulunmamaktadır.

İdari işlemde kaynaklanan zarar ile idari eylemden kaynaklanan zararın tazmini istemiyle açılacak davalarda süre aşımı yönünden de farklılıklar bulunmaktadır. Buna göre bir idari işlem nedeniyle zarara uğradığını düşünen ilgililer, Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilirler. Ayrıca ilgililer, ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki karara veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliğ veya bir işlemin icrası sebebiyle ortaya çıkan zararlardan dolayı icra tarihi itibarıyla, dava süresinde tam yargı davası açabilir(İYUK md. 12). İdari eylemlerden kaynaklanan zararlarda ise, ilgililer idareye ön karar için başvurduktan sonra bu isteklerinin reddi üzerine, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren altmış gün içerisinde tam yargı davası açabilir(İYUK md. 13). İdare tarafından başvuruya altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği günden itibaren altmış gün içerisinde tam yargı davası açılabilir.

³⁰² Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 15. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 267.

Belirtilen gerekçelerle, zararın doğrudan idari eylemden mi yoksa idari işlemde mi kaynaklandığının tespiti, ilgililerin ön karar alma zorunluluklarının bulunup bulunmadığı ve davanın süresinde açılıp açılmadığı hususlarında önem taşımaktadır. Ayrıca zararın, idari eylemden mi yoksa idari işlemde mi kaynaklandığının tespiti bazı durumlarda çok güç olmaktadır.

İdarenin idari eylemlere ilişkin hizmet kusuru, doktrin ve uygulamadan gelen klasik bir ayrımla hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi şeklinde ifade edilmektedir. Ancak bu ayrımın kesin olarak sınırlarını belirlemek mümkün değildir. Örneğin zehirlenen çocuğa zamanında ve gerekli serum verilmemesi durumunda hizmet geç mi işlemiştir yoksa hiç mi işlememiştir³⁰³? Hizmetin geç işlemesi, çoğu hallerde hizmetin kötü işlemesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle hizmet kusurunun bu üçlü ayrımı eski önemini kaybetmiştir³⁰⁴. Danıştay da önüne gelen uyuşmazlıklarda hizmet kusurunu tespit etmekle yetinmektedir. Hizmet kusurunun, hizmetin kötü işlemesinden mi yoksa geç işlemesinden mi veyahut da hiç işlememesinden mi kaynaklandığı ayrımına gitmemektedir.

a. Hizmetin Kötü İşlemesi

Hizmet kusurunun en eski ve en geniş uygulama alanı bulan şeklidir³⁰⁵. Hizmetin kötü işlemesi, onun gereği gibi yürütülmemesi anlamına gelmektedir³⁰⁶. Kamu hizmetlerinin çeşitliliği ve değişkenliği göz önüne alındığında, hizmetin kötü işlemesi halinin soyut olarak belirleyebilme mümkün gözükmemektedir. Bir hizmetin kötü ya da iyi işleyip işlemediği ancak; olayın ve hizmetin niteliği, idarenin sahip olduğu araç ve olanaklar, zarar görenin durumu, zaman ve yer koşulları ve yerine göre değişen diğer

³⁰³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 75.

³⁰⁴ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 75.

³⁰⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 72.

³⁰⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 331.

bazı koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle, her olay için somut olarak değerlendirilir³⁰⁷.

b. Hizmetin Geç İşlemesi

İdare yerine getirmek zorunda olduğu hizmetleri, hizmetin nitelikleri de göz önünde bulundurarak somut olaylarla uyum sağlayabilecek bir süratle yerine getirmelidir³⁰⁸. Kamu hizmetinin işlemesinde olağan sayılmayacak bir gecikme, yerine göre hizmet kusuru teşkil etmektedir³⁰⁹. Hizmetin geç işlemesi şeklinde ifade edilen hizmet kusurunu, idarenin hizmetin gereklerine göre kendisinden beklenen ölçüde sürat ve çabukluğu göstermeyerek, ağır ve yavaş hareketi suretiyle bir zarara sebebiyet vermesi olarak tarif etmek mümkündür³¹⁰.

Bir hizmetin geç işleyip işlemediği tespiti, çoğu zaman kolay değildir. Eğer mevzuatta hizmetin hangi süre içinde görüleceği gösterilmiş ise, idareye tanınan sürenin aşılmış olması hizmetin geç işlemesi olarak nitelendirilir³¹¹. Uygulamada genellikle hizmetin görüleceği sürenin yazılı kurallarla düzenlenmediği görülmektedir³¹². Böyle durumlarda hizmetin geç işleyip işlemediğinin tespit işi doğal olarak idari yargı yerinin takdirine bırakılmıştır³¹³. Yargı yerinin hizmetin niteliğini, idarenin sahip olduğu imkân ve araçları, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak idarenin gereken çabukluğu gösterip göstermediğini ortaya koyması gerekmektedir³¹⁴. Ayrıca idarenin o ana kadar mutat uygulamaları, iyi işleyen bir idarenin söz konusu etkinliği ne kadarlık bir süre içerisinde yerine getirdiği gibi objektif

³⁰⁷ Esin, **a.g.e.**, s. 32.

³⁰⁸ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 78.

³⁰⁹ Esin, **a.g.e.**, s. 44.

³¹⁰ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 76.

³¹¹ Günday, **a.g.e.**, s. 333.

³¹² Esin, **a.g.e.**, s. 45.

³¹³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 76.

³¹⁴ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 76.

kıstaslardan hareketle idareye normal ve makul bir süre tanınmalıdır³¹⁵. Eğer idare normal bir idari uyanıklık ölçüleri içinde kalmış ise, bunun bir hizmet kusuru olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır³¹⁶. Danıştay, mevzuatın yorumlanması ve uygulanmasına yönelik titizlik ve çabaların doğurduğu gecikmeleri hizmetin geç işlemesi olarak kabul etmemektedir³¹⁷.

Hizmetin geç işlemesi nedeniyle idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilebilmesi için, ortada idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir hizmetin bulunması gereklidir³¹⁸. Zira idarenin yapmakla yükümlü olmadığı bir hizmeti geç yürütmesinden söz etmek mümkün değildir.

c. Hizmetin Hiç İşlememesi

Hizmet kusuru, idarenin somut davranış ve tutumu sonucunda olabileceği gibi; yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmet için somut bir şey yapmaması, hareketsiz kalması hallerinde de ortaya çıkabilir³¹⁹. Bu durumda idare kanunen görevli olduğu hizmetin işleyişine ilişkin herhangi bir faaliyette bulunmamaktadır. İdarenin faaliyette bulunmaması sonucunda meydana gelen zararın idarece tazmini zorunludur.

Hizmetin hiç işlememesinden kaynaklanan zararın tazmini konusunda idarenin sahip olduğu hukuki yetkinin niteliği önem taşımaktadır. İdareye, hukuk kurallarınca bir takım hizmetlerin yerine getirilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmişse; bu durumda, idarenin “bağlı yetki” gereği, o hizmeti yerine getirmeme konusunda bir serbestisi bulunmamaktadır³²⁰. Bu durumda idarenin hareketsiz kalması hukuka aykırı bir eylem niteliği taşımaktadır. Buna karşılık, belli bir hizmetin yürütülüp yürütülmemesi

³¹⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 79.

³¹⁶ Esin, **a.g.e.**, s. 45.

³¹⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 333.

³¹⁸ Esin, **a.g.e.**, s. 45.

³¹⁹ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 75.

³²⁰ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 77.

konusunda idareye takdir yetkisi tanınmış ise, idarenin hareketsiz kalmasının onun sorumsuzluğuna yol açacağı her zaman söylenemez³²¹. Bu konuda kesin bir kural koyma imkanı bulunmamaktadır. Her somut olay için değişik etkenleri göz önünde tutarak idarenin harekete geçmemesinin bir “hizmet kusuru” teşkil edip etmeyeceğini ortaya koymak gerekmektedir³²². İdare takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması sonucunda hareketsiz kalmış ise, meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür. Aksi takdirde idarenin sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır. Ancak idare kendisine verilen takdir yetkisi uyarınca, hizmeti yürütmeye başlamış ise artık takdir yetkisi bulunduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Zira idare hizmeti üstlenmiş olması nedeniyle, hizmet esnasında meydana gelen zararları karşılamak zorundadır.

2. İdari İşlemden Kaynaklanan Sorumluluk

İdare sadece idari eylemden değil aynı zamanda idari işlemde kaynaklanan zararı da tazmin etmekle yükümlüdür. İdarenin, idari işlemde kaynaklanan zarardan sorumlu tutulabilmesi için idari işlemin hukuka aykırı olması gereklidir. Zira bir idari işlem hukuka aykırıysa aynı zamanda da kusurludur. Bu nedenle hukuka aykırılık ve kusur arasında bir eşitlik vardır. İdari işlemde zararın doğabilmesi için, kararın alınmış olması yalnız başına her zaman yeterli değildir; buna ek olarak kararın uygulanması da gerekmektedir³²³.

İdari işlemdeki her hukuka aykırılığın idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı belirtilmektedir³²⁴. Buna göre idari işlem, yetki, şekil ve idari usul yönünden hukuka aykırı ise, idarenin tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır.

³²¹ Günday, **a.g.e.**, s. 334.

³²² Özgüldür, **a.g.e.**, s. 77.

³²³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 42.

³²⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 680.

B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu için kusurun zorunlu bir unsur olarak görülmesi, zarara uğrayanın hiçbir kusurunun olmadığı durumlarda, zarara kendisinin katlanması sonucunu doğurmaktadır. Kusuru bulunmasa da, zarar idare tarafından yapılan bir faaliyet sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda zarara uğrayanın, zarara katlanması gerektiği düşüncesi, “adalet ve hakkaniyet” düşüncesine aykırılık teşkil etmektedir. O halde idarenin kusuru bulunmasa da bazı durumlarda meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmektedir. Bu nedenle kusur yoksa sorumluluğun olmadığı şeklindeki klasik kusur kuramı yıkılarak, kusur olmasa da sorumluluğun doğabileceği görüşü egemen olmaya başlamış ve kusursuz sorumluluk esasları ortaya atılmıştır³²⁵.

Kusursuz sorumluluk kavramı 19. yüzyıl ortalarında İdare Hukuku alanına girmiştir³²⁶. Kusursuz sorumluluk, bir olayda kusuru olmasa dahi bazı kayıt ve şartlar altında idarenin verdiği zararları ve anarşi ve terör olaylarında da kendisinden kaynaklanan bir işlem ve eylem olmasa da sosyal devlet ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olması dolayısıyla oluşan zararları ödemekle yükümlü sayılmasıdır³²⁷. Kusursuz sorumluluk, bir kamu hizmetinin ifası sırasında idarenin hiçbir kusuru olmaksızın toplumun bazı bireylerinin uğramış olduğu özel ve istisna zararların, kamu hizmetinden yararlanan toplum tarafından paylaşılması esasına dayanmaktadır.

Kusursuz sorumlulukta da idarenin davranışı ile uğranılan zarar arasında nedensellik bağı kanıtlanmalıdır³²⁸. Ancak idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanmasına gerek bulunmamaktadır. Zira kusursuz

³²⁵ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 82.

³²⁶ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 93.

³²⁷ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 100.

³²⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 689.

sorumlulukta, idarenin kusurundan bahsedilemez. Şayet meydana gelen zarar, idarenin kusurundan meydana gelmiş ise, idarenin hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kusursuz sorumluluk, ikincil derecedeki bir sorumluluk halidir³²⁹. İdarenin asli sorumluluk sebebini hizmet kusuru ilkesi oluşturmaktadır. Bu iki ilkenin aynı olayda birlikte uygulanması mümkün değildir³³⁰.

Kusursuz sorumluluk, tehlike (risk) ilkesi ve fedakarlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesi olmak üzere iki temel ilkeye dayanmaktadır³³¹.

1. İdarenin Tehlike (Risk) İlkesine Göre Sorumluluğu

İdarenin bazı etkinliklerinin, sahip olduğu araç, gereç ve malzemenin ya da kuruluşlarının doğasında tehlike, risk unsuru bulunabilir³³². İdare, toplumun genel yararı için bu faaliyetleri icra etmek zorundadır. İdarenin bu faaliyetleri sonucunda, kişilerin zarar görme ihtimali çok yüksektir. İşte tehlike ilkesi, idarenin bazı faaliyetlerinin, bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermiş olması halinde; bu faaliyet sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın, zararın tazmin edilmesi düşüncesine dayanmaktadır³³³. İdare tehlikenin önlenmesi için her türlü önlemi göstermiş olsa dahi, sorumluluktan kurtulamaz³³⁴. Tehlikeli faaliyet ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı yeterli olup; ayrıca olayda idarenin kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur³³⁵.

İdarenin tehlike ilkesine göre sorumlu tutulabilmesi için; kamu yararını sağlamak için yürütülen kamusal faaliyetlerin veya bir kamu malının

³²⁹ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 102.

³³⁰ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 688.

³³¹ Günday, **a.g.e.**, s. 340.

³³² Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 136.

³³³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 86.

³³⁴ Günday, **a.g.e.**, s. 341.

³³⁵ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 137.

tehlikeli nitelik göstermesi nedeniyle ortaya çıkan zararın, mağdura nazaran diğerlerinden farklı, özel ve anormal bir özellik taşıması gerekmektedir³³⁶. Zararın anormal niteliği, toplumsal yaşamı oluşturan normun rahatsız edici tarzda aşılması anlamına gelmektedir³³⁷.

İdare Hukukunda tehlike ilkesi, idarenin tehlikeli faaliyet ve araç kullanmasından kaynaklanabilir³³⁸. İdarenin yürüttüğü tehlikeli faaliyetler ve kullandığı tehlikeli araçlardan kaynaklanan bir zarar meydana gelmiş ise idarenin bunu tazmin etmesi zorunludur. Ancak hangi faaliyet ve araçların tehlikeli olduğu konusunda kesin bir çözüme ulaşmak mümkün değildir. Her somut olaya göre idare tarafından yürütülen faaliyetin ve kullanılan aracın tehlikeli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tehlike ilkesi kapsamında yapılan diğer bir ayırım ise, mesleki risk ilkesidir. Bu ilke, esas olarak, kamu hizmetinde görevli idare ajanlarının görevleri sırasında ya da görev dolayısıyla uğradıkları zararlarda uygulama alanı bulmaktadır³³⁹. Mesleki risk ilkesinde gerek idarenin gerekse kamu görevlisinin kusuru bulunmamaktadır. Zarar, görevin doğal gereği ve kaçınılmaz bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır³⁴⁰. Mesleki risk ilkesinde, kamu görevlisi, idare tarafından kamu yararına yürütülen bir faaliyet sonucunda zarar görmektedir. Bu nedenle kamu görevlisinin uğradığı zararın, üzerinde bırakılması hakkaniyet ilkesine uygun düşmemektedir. Meydana gelen zararın, toplum üzerine dağıtılması gerekmektedir.

Tehlike ilkesi kapsamında değinilmesi gereken diğer bir konu ise sosyal risk ilkesidir. Modern yaşamın sosyal ve ekonomik koşullarının sonucu olarak ortaya çıkan ve özellikle kitle hareketlerinden doğan kargaşa ve saldırıların yol açtığı zararla, savaşlarda sivil halktan kişilerin uğradığı

³³⁶ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 87.

³³⁷ Atay, Odabaşı, Gökcan, **a.g.e.**, s. 146.

³³⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 341.

³³⁹ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 87.

³⁴⁰ Esin, **a.g.e.**, s. 148.

zararların, hiç bir kusuru bulunmayan kişiler üzerinde bırakılmasının hakça bir davranış olamayacağı düşüncesi, “sosyal risk” kuramının ortaya çıkmasına neden olmuştur³⁴¹. Sosyal risk ilkesi, kamu düzenini bozmaya ve hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının idarece tazmin edilmesi sağlamak amacıyla, bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak kabul edilmiştir³⁴².

Sosyal risk ilkesinde, zarar idarenin personelinin davranışı ya da tehlike taşıyan tesislerinin yapısındaki bir nedenden değil; idareye yabancı kişilerin, toplulukların eylemleri sonucu meydana gelmektedir³⁴³. Bu ilkede zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağı bulunmamaktadır³⁴⁴. Ayrıca sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için, zarara yol açan üçüncü kişilerin fiillerinin tüm toplum açısından bir risk ortaya çıkarması gerekmektedir.

2. İdarenin Fedakarlığın Denkleştirilmesi (Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik) İlkesine Göre Sorumluluğu

Öğretide ve yargı içtihatlarında idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklamak için başvurulmuş bir diğer ilke ise, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesidir. Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi, idarenin hiç bir kusuru, tehlikeli bir faaliyeti veya araç kullanması söz konusu olmaksızın, bazı şahısların diğerlerine nazaran özel ve olağandışı bir zarara uğramış olması halinde, bu zararın tazmin edilmesi esasını ifade etmektedir³⁴⁵.

İdare toplumsal yararı sağlayabilmek için çeşitli faaliyetler yürütmektedir. İdarenin bu hizmet ya da faaliyetinden tüm toplum yararlanmaktadır. Ancak tüm toplumun yararlanacağı bu hizmet veya faaliyet belli kişi ya da kişileri bir külfet altına sokmuş ve onları kamu yararı lehine

³⁴¹ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 90.

³⁴² Günday, **a.g.e.**, s. 342.

³⁴³ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 90.

³⁴⁴ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 694.

³⁴⁵ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 88.

özel bir fedakârlığa katlanmak zorunda bırakmıştır³⁴⁶. Kamu yararına büyük ve önemli işler başarılırken bireylerin tamamen feda edilmemesi ve bu kişiler aleyhine bozulan dengenin tekrar sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu faaliyetten yararlanan toplumun, bu faaliyet sonucu zarara uğrayan kişinin zararını karşılaması gerekmektedir. Meydana gelen zararın belli bir kişi veya kişiler üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun düşmemektedir. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca meydana gelen zararın tazmin edilebilmesi için, zararın özel nitelikte olması gerekmektedir. İdari faaliyet sonucunda tüm toplumun zarara uğraması durumunda, toplum tarafından bu zarara katlanılması gerekmektedir. Böyle bir durumda ilgililere bu ilke uyarınca, tazminat ödenmesi mümkün değildir.

C. Sorumluluğun Koşulları ve Sorumluluğun Kalkması veya Azalması

1. İdarenin Sorumluluğunun Koşulları

İdarenin sorumluğunun söz konusu olabilmesi için bazı şartlara ihtiyaç vardır. Bu şartlar idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğunda geçerli olduğu gibi, kusursuz sorumluluk hallerinde de geçerlidir.

a. İdari Davranış

İdarenin sorumlu olabilmesi için, her şeyden önce ortada bir idari davranış bulunmalıdır³⁴⁷. İdarenin tutum ve davranışı bir etkinlik biçiminde kendini gösterebileceği gibi, hareketsiz kalma biçiminde de kendini gösterebilir³⁴⁸. İdarenin mevzuat gereği yapmakla yükümlü olduğu bir hizmetin yerine getirilmemesi durumunda da ortada ihmali bir idari eylem bulunmaktadır. Ayrıca idari davranış, bir idari işlem olabileceği gibi bir idari

³⁴⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 343.

³⁴⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 345.

³⁴⁸ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 708.

işlemin icrasına ilişkin veya her hangi bir idari işlemle ilgili olmayan bir idari eylem de olabilir.

b. Zarar

İdarenin sorumluluğunun diğer bir şartını zarar unsuru oluşturmaktadır. İdarenin kusurlu bir davranışının varlığına rağmen ortada bir zarar yoksa idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edilemez. Zira zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk da yoktur.

İdari davranış sonucunda maddi veya manevi zarar meydana gelebilir. Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar denilmektedir³⁴⁹. Bu anlamda malvarlığının çoğalmasına engel olan mahrum kalınan kazanç da maddi zarardır³⁵⁰. Mahrum kalınan kazancın tazminine hükmedilebilmesi için, hayatın olağan akışına göre davacının bu kazancı elde edeceğinin kesin olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle muhtemel zararın tazmini mümkün değildir. Öte yandan zararın belli ve gerçek bir zarar olması gerekmektedir³⁵¹.

Maddi zararların tazmini istemiyle açılacak davalarda, faizin başlama tarihi önem taşımaktadır. Zarar doğurucu idari davranışın, idari işlem veya idari eylem olmasına göre faizin başlangıç tarihi farklılık arz etmektedir. İdari işlemlerde, zararın başlangıç tarihi kural olarak işlem tarihidir. İdari eylem sonucunda meydana gelen zararda ise faize, ön karar alma istemiyle idare yapılan başvuru tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekmektedir.

Manevi zarar ise, kişinin haysiyetine, vücut tamlığına veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel, ruhsal acı ve

³⁴⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, I. C., 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1998, s. 488.

³⁵⁰ Günday, **a.g.e.**, s. 345.

³⁵¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 713.

üzüntülerdir³⁵². Danıştay tarafından, manevi zararın tazmini istemiyle açılan davalarda, “Manevi tazminat, maddi patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, kişinin manevi varlığına yapılan saldırı halinde meydana gelen manevi zarar ve kayıpların giderilmesi için başvurulmuş bir tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmaması veya yetersiz kalması, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir.” ibaresi şablon olarak kullanılmaktadır³⁵³. Bu nedenle manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır³⁵⁴.

c. İlliyet Bağı

İdarenin sorumluluğu için aranan bir diğer unsur da illiyet bağıdır. Zararı karşılama sorumluluğunun doğabilmesi için, zarar ile idarenin eylem ve işlemi arasında bir “illiyet” bağının, başka bir ifadeyle, “neden-sonuç” ilişkisinin bulunması gerekmektedir³⁵⁵. Zarar idari bir davranışın sonucu olmayıp da, olayların normal akışı içinde beklenmeyen bir sonuç ise, illiyet bağından söz edilemez³⁵⁶. İlliyet bağından söz edebilmek için zarar ile eylem arasında doğrudan bir ilişki bulunmalıdır³⁵⁷. Dolaylı bir ilişkinin varlığı idarenin sorumluluğu için yeterli değildir.

Bazı durumlarda, zararın meydana gelmesinde idari faaliyetin yanı sıra başka etkenlerde söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda idari faaliyet ile zarar arasındaki illiyet bağı tamamen ortadan kalkmamaktadır. Bu nedenle idarenin tazminat sorumluluğu devam etmektedir. Ancak idarenin tazmin sorumluluğunda kusuruna göre bir hafifleme meydana gelmektedir. Örneğin, meydana gelen zararın oluşumunda idarenin kusuru, % 75 ise bu miktar

³⁵² Günday, **a.g.e.**, s. 345.

³⁵³ Danıştay 10. D. 13.02.2001. E: 1998/4231, K: 2001/484 (Bal, Şahin, Karabulut, **a.g.e.**, s. 20.)

³⁵⁴ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 108.

³⁵⁵ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 317.

³⁵⁶ Günday, **a.g.e.**, s. 346.

³⁵⁷ Esin, **a.g.e.**, s. 245.

zarara oranlanmak suretiyle idarenin tazmin edeceği miktarın hesaplanması gerekmektedir. Bazı durumlarda ise idari davranış ile zarar arasındaki illiyet bağı ortadan kalkmaktadır. Bu gibi durumlarda idarenin tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır. İlliyet bağının kesen sebeplerin belli bir yoğunlukta bulunması gerekir.

2. Sorumluluğun Kalkması veya Azalması

İdarenin sorumluluğuna dayanarak meydana gelen zararların tazminine karar verilebilmesi için idarenin sorumluluğun kalkması veya azalması sonucunu doğuran durumların olayda bulunmaması gerekmektedir. İdarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan sebepleri, zorlayıcı neden (mücbir sebep), beklenmeyen durum (kaza), zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru oluşturmaktadır³⁵⁸.

a. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, idarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve en büyük dikkat ve özenle dahi önlenmesi mümkün olmayan ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsızlaştıran olaylardır³⁵⁹. Bu olaylar idarenin elindeki araçlarla ya da herhangi bir güçle önlenemeyen ve karşı konulamayan türdedir³⁶⁰.

Mücbir sebebin, öngörülmezlik (sezilememek), önlenemezlik (karşı konulmazlık), dışsallık olmak üzere üç ayırt edici unsuru bulunmaktadır³⁶¹. Dışsallık, meydana gelen olayın, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olması gerektiğini ifade etmektedir³⁶². Bu anlamda idari faaliyetin içinde gelen olayların mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün

³⁵⁸ Günday, **a.g.e.**, s. 346.

³⁵⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 346.

³⁶⁰ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 102.

³⁶¹ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 142.

³⁶² Eren, **a.g.e.**, s. 541

değildir. Mücbir sebep sayılan olaylar genellikle doğadan gelmektedir³⁶³. Deprem, fırtına, çığ, sel gibi. Bunun yanında harp, ihtilal, ayaklanma gibi insan ve toplum olayları ile devletçe konulmuş hukuki yasaklarda idare yönünden mücbir sebep sayılmaktadır³⁶⁴.

Hangi olayın mücbir sebep olduğu, olayın özelliğine göre belirlenmesi gerekir. Örneğin; çoğu durumlarda deprem mücbir sebep olarak kabul edilebilirken, idarenin gerekli denetimi yapmaması üzerine deprem sonucunda yıkılan bir binada oturanların zararının idarece tazmin edilmesi gerekir. Mücbir sebebin varlığı durumunda idarenin gerek kusurlu gerekse kusursuz sorumluluğundan söz edilmesi mümkün değildir.

b. Beklenmeyen Durum

Beklenmeyen durum, idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldıran, ancak kusursuz sorumluluğunun devamına engel olmayan, ani, umulmayan veya o sırada bilinmeyen olaylardır³⁶⁵. Beklenmeyen durumun mücbir sebepten en önemli farkı, mücbir sebebin idari davranışın dışından gelmesine rağmen; beklenmeyen durumun idari davranışın içinde oluşmasıdır. Beklenmeyen durumu açıklayan en iyi örnek, kişinin kusuru olmadan meydana gelen teknik arızalardır³⁶⁶. Örneğin idareye ait bir taşıtın lastiğin patlaması ya da elektrik kontağı gibi³⁶⁷. Beklenmeyen durum idarenin kusurunu ortadan kaldırır. Bu nedenle beklenmeyen durum varsa idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak beklenmeyen durumun, kusursuz sorumluluğa herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

³⁶³ Esin, **a.g.e.**, s. 237.

³⁶⁴ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 102.

³⁶⁵ Özgüldür, **a.g.e.**, s. 141.

³⁶⁶ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 324.

³⁶⁷ Günday, **a.g.e.**, s. 346.

c. Zarara Uğrayan Kişinin Kusuru

Zararın doğuşunda, çoğalmasında veya önlenememesinde, idare yanında zarar görenin de kusuru varsa bu durum ödenecek tazminat miktarının azalmasına neden olmaktadır³⁶⁸. Ancak zarar, tamamen zarar görenin fiilinden kaynaklanmakta ise, idarenin tazmin yükümlülüğünden söz edilmesi mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarara uğrayanın fiili, idari davranış ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmektedir. Zarar gören şahsın kusurunun idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için zararın doğumunda esaslı bir rol oynaması gerekmektedir. Zarara uğrayan kişinin fiilinin, illiyet bağıını kesip kesmediği her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Zarar, zarar görenin kusuru ile meydana gelmiş ise, idarenin hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkar³⁶⁹.

d. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişi, idare ile hukuki bir ilişki içerisinde olmayan kimsedir³⁷⁰. Zararın doğmasında idarenin yanında üçüncü şahsın da kusuru varsa idarenin kusurunun, üçüncü şahsın kusuru oranında azaldığı kabul edilmektedir. Ancak zarar tamamen üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanmakta ise, idarenin tazmin yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir.

İdarenin gözetim ve denetimi altındaki bir kamu hizmetinin görülmesi durumunda, üçüncü kişinin fiilinin idarenin sorumluluğuna herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira idarenin denetim yetkisinin başlıca amacı, hizmetin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamaktır. Bu nedenle idarenin üçüncü kişilerin fiillerini tespit etmesi ve faillerin hizmeti olumsuz etkileyen faaliyetlerini yasaklaması gerekmektedir. Eğer idare bunu yapamamışsa kusurludur ve meydana gelen zararı tazmin etmelidir. Böyle bir durumda

³⁶⁸ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 99.

³⁶⁹ Günday, **a.g.e.**, s. 347.

³⁷⁰ Yenice, Esin, **a.g.e.**, s. 101.

idarenin, üçüncü kişinin eyleminin illiyet bağıını kestiğine ilişkin itirazı hukuken bir anlam ifade etmemektedir.

II. SERMAYE PİYASASI KURULU KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

A. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Hukuki Sorumluluğu

Yukarıda da belirtildiği üzere SPK'nın, faaliyet gösterdiği alanda; düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama gibi çok geniş yetkileri bulunmaktadır. SPK, sermaye piyasasında faaliyet gösteren asli denetleme ve icrai karar alma organıdır. SPK'ya, SerPK tarafından çok geniş yetkiler verilmesi şüphesiz SPK'nın sorumluluğunu da artırmaktadır.

SPK'nın hukuki sorumluluğu açısından, anayasal konumu ne olduğu önem taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere SPK, kamu hizmeti gören bir kamu tüzel kişisidir. Hukuki sorumluluk açısından da, idari bir makamdır. İdarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler, SPK'nın sorumluluğunda da aynen uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle SPK, yapmakla yükümlü olduğu hizmetleri, gereği gibi yapmamasından, geç yapmasından veya hiç yapmamasından dolayı meydana gelen zararları tazmin etmek zorundadır. Bu bakımdan SPK'nın kamu kurumlarından hiç bir farkı bulunmamaktadır. Nitekim SPK, yargı organları tarafından her hangi bir kamu kurumundan farklı algılanmamaktadır. SPK'nın sorumluluğuna yol açan sebep idari eylem olabileceği gibi idari işlem de olabilir. SPK'nın sahip olduğu yetkilerin kullanılması sonucunda meydana gelen zararlardan bizzat Kurul tüzelkişiliği sorumludur. Zira SPK'nın ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmaktadır.

SPK'nın işlem ve eylemleri sonucunda meydana gelen zararın tazmini hususunda ilgili bakanlığın sorumluluğunun bulunup bulunmadığı hususunun incelenmesi gerekmektedir. SPK, idari ve mali özerkliğe sahip

tüzel kişiliğe haiz bir kurumdur. Öte yandan SPK, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanmaktadır(SerPK md. 19). İlgili bakanlığın SPK'nın işlem ve eylemlerine müdahale etme ve bunların hukuki geçerlilikleri üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkisi bulunmamaktadır. SPK, görev ve yetkilerinin kullanılmasında tamamen özgür bir şekilde hareket etmektedir. Bu nedenle ilgili bakanlığın, SPK'nın eylem ve işlemlerinden dolayı her hangi bir tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır. SPK'nın eylem ve işlemlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında, hasmın ilgili bakanlık olarak gösterilmesi durumunda, idari yargı mercileri tarafından hasmın SPK tüzel kişiliğine yönlendirilmesi gerekmektedir.

SPK'nın sorumluluğuna ilişkin bazı yargı kararlarına değinilmesi yerinde olacaktır. Sermaye piyasasında aracı kurum olarak faaliyet gösteren ... AOG Menkul Kıymetler A.Ş'nin faaliyetinin SPK tarafından durdurulması üzerine, bu aracı kurum aracılığıyla menkul kıymet alım satımı yapan davacı tarafından, SPK'nın denetim ve gözetim yükümlülüğünü zamanında yerine getirmedikten bahisle meydana gelen zararının tazmini istemiyle açılan davada Danıştay 10. Daire, "... dava konusu olayda, davacının menkul kıymet alımı yaptığı, faaliyeti Sermaye Piyasası Kurulunca durdurulan aracı kurumun daha sonra Asliye 6. Ticaret Mahkemesince iflasına karar verildiği, iflas işlemlerinin İflas Müdürlüğünce yürütüldüğü, davacının da ... AOG Menkul Kıymetler İflas Masasına ... kayıt no ile dahil edilerek 541.000.000 liranın iflas dairesince kaydının yapıldığının anlaşıldığı, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre başlatılan ve halen süren işlemler sonucunda, bu aşamada davacının gerçekleşmiş bir zararından söz etmeye olanak bulunmadığı, iflas masasına alacaklı sıfatıyla katılan davacının bu yöntemde öngörülen biçimde sonuç alındıktan sonra tazmini gereken gerçekleşmiş zararının olup olmadığının ortaya çıkacağı, idarenin tazmin sorumluluğu bulunup bulunmadığının da belirtilen aşamada incelenebileceği, bu nedenle tazminat isteminin yerinde görülmediği ..." gerekçesiyle, davayı reddeden idare

mahkemesi kararını oyçokluğuyla onamıştır³⁷¹. Bu karara muhalif kalan üyeler ise, "... davacı uğradığını ileri sürdüğü zararın; mali yapısı ve yaptığı işlemlerin usulsüz olduğu çok önceden bilindiği halde aracı kurumun repo yapmasına izin verilmesi nedeniyle, davalı idarenin bu konudaki denetim ve gözetim görevini yerine getirmeyerek zararın oluşumunda hizmet kusuru bulunduğu iddiasına dayandırmaktadır. Bu itibarla, uyuşmazlıkta, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemekle görevli bulunan davalı idarenin, 2499 sayılı Yasayla kendisine verilen bu görevin yerine getirilmesinde hizmeti kusurlu işletip işletmediğinin saptanması gerekli olup; hizmetin kusurlu işletildiğinin saptanması halinde de davacının uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerekmektedir. Belirtilen nedenle, idarenin kusuru araştırılmaksızın İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yürütülen işlemler sonucunda davacının alacaklı sıfatıyla iflas masasına katılmış olması nedeniyle bu aşamada gerçekleşmiş bir zararın bulunmadığı gerekçesiyle eksik incelemeye dayalı olarak davanın reddi yolunda verilen kararın bozulması gerektiği" gerekçesiyle çoğunluk kararına katılmamışlardır.

Bu karara ilişkin tartışılmaya değer bazı hususlar bulunmaktadır. Öncelikle Danıştay 10. Daire, kararda SPK tarafından denetleme yetkisinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği hususunu araştırmamıştır. Oysa ki, hizmet kusuru nedeniyle açılan tam yargı davalarında, ilk olarak idarenin hizmetin yürütülmesinde kusuru bulunup bulunmadığı hususunun araştırılması gerekmektedir. Bu anlamda azlık görüşü hukuka daha uygundur. Öte yandan davacının alacağının tahsili amacıyla iflas masasına kayıt yaptırması, davacının zararının henüz gerçekleşmediği anlamına gelmemektedir. Zira hizmet kusuru, idarenin asli sorumluluk sebebini oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, zarara uğrayan kişinin, adli yargı yollarına başvurmak suretiyle alacağını tazmin etme imkanının bulunması, hizmet kusuru nedeniyle idare aleyhine tam yargı davası

³⁷¹ Danıştay 10. D. 23.02.1998. E: 1997/3440, K: 1998/758 (Bal, Şahin, Karabulut, a.g.e., s. 538.)

açmasına engel teşkil etmemektedir. Aynı durum iflas masasına kayıt yaptırmış kişiler açısından da geçerlidir. Bu nedenle davacı iflas masasına kayıt yaptırmakla birlikte, hizmet kusuru nedeniyle SPK aleyhine dava açma hakkına da sahiptir. Ancak davanın devamı esnasında, iflas masasından davacıya ödeme yapılmış ise, ödenen bu miktarın tazminine karar verilmesine olanak bulunmamaktadır. Aksi durumda, davacıya mükerrer ödeme yapılabilir. Ayrıca yargı kararı uyarınca davacının zararının tazminine karar verilmesinden sonra, iflas masası tarafından yapılacak bir ödemedan davacının yararlanabilmesi mümkün değildir. Bu durumda mahkeme kararı uyarınca zararı tazmin eden SPK'nın, davacının haklarına halef olacağının kabulü gerekmektedir.

SPK'nın denetim görevini yerine getirmediğinden bahisle sermaye piyasasında faaliyet gösteren aracı kurumun, faaliyetlerinin süresiz durdurulması ve yetki belgesinin iptal edilmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay 10. Dairesi, "... 2499 sayılı Yasanın Sermaye Piyasası Kuruluna, sermaye piyasasının düzgün işleyişinin sağlanması, tasarruf sahiplerinin korunması için, düzenleme, gözetleme ve denetleme görev ve yetkilerini verdiği; bu çerçevede, Yasada sermaye piyasası kurumlarının yürütecekleri faaliyetlerin izlenmesi, bu kurumların mali yapılarının, sermaye yeterliliklerinin denetlenmesi ve her türlü tedbirin alınmasının öngörüldüğü, olayda, ... A.Ş. nezdinde Haziran 1995'te denetim yapıldığı, daha sonra 14.12.1995 tarihinde 31.8.1995 – 14.12.1995 tarihleri arasını kapsayan bir denetim daha yapıldığı ve şirketin mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak durumda olduğu yolunda saptamada bulunulması üzerine davalı idarece 14.12.1995 tarihinde aracı kurumun faaliyetinin durdurulduğu, durumun düzeltilmesi için süre verildiği, denetleme çalışmaları sonucunda hazırlanan 15.2.1996 tarihli raporda şirketin varlıklarının taahhütlerini karşılayamadığı ve açık miktarının 242.517.619.750 TL'yi bulduğunun, müşterilerine ait hisse senetlerinin rızaları olmadan kullanıldığı, şirketin 31.8.1995 tarihinden denetim tarihi

olan 14.12.1995 tarihine kadar gerçekleşen işlemlerin, şirket yevmiye defterine hiç kaydedilmediğinin belirlenmesi üzerine 15.12.1996 tarihinde şirket faaliyetinin süresiz olarak durdurulduğunun ve yetki belgesinin iptal edildiğinin anlaşıldığı, bu durumda, aracı kurumdaki açık miktarı 247 milyar liraya ulaşmadan önceki dönemlerde yapılacak denetimlerde aracı kurumdaki mali yapının bozukluğunun tespit edilerek gerekli önlemlerinin alınmadığı, davalı idarenin yasayla verilen görevleri layıkıyla yerine getirmedeği sonucuna varıldığından, idarenin davacıların uğradığı zarardan dolayı sorumluluğunun bulunduğu ...” gerekçesiyle, SPK'nın hizmet kusuru bulunmadığı ve zararın iflas hükümleri uyarınca tahsil edilebilme olanağı bulunduğu sürece tazminata hükmedilemeyeceğine ilişkin ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur³⁷². İlk derece mahkemesinin, davanın reddine ilişkin kararda direnmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “... Uğranıldığı ileri sürülen zararın idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığının belirlenmesi gerekmektedir. Olayda, ...A.Ş'nin davalı idarece 2499 sayılı Yasada öngörülen yetkiler kullanılmak suretiyle denetlendiği, şirketin mali durumunun bozulması üzerine şirket faaliyetlerinin durdurulduğu ve yapılan incelemeler sonucunda tespit edilen hususlar dikkate alınarak aracı kurum yetki belgesinin iptal edildiği ve şirket yöneticileri hakkında savcılığa suç duyurusunda bulunduğu anlaşılmakta olup, davalı idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi ve hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen bir zararın bulunduğu kabulü hukuken mümkün değildir.” gerekçesiyle, idare mahkemesinin ısrar kararının onanmasına karar vermiştir³⁷³.

Söz konusu kararlarda geçen olayda SPK'nın hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulması gerekmektedir. Öncelikle olayda belirtilen aracı kurum nezdinde, Haziran 1995 tarihinde denetim yapılmış; ancak bu denetim üzerine SPK tarafından her hangi bir idari yaptırım uygulanmamıştır. İlk denetim tarihi itibarıyla, aracı kurumun, mali

³⁷² Danıştay 10. D. 30.05.2002. E: 2000/4013, K: 2002/1801 (Y.K.)

³⁷³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 22.12.2005. E: 2003/726, K: 2005/3250 (Y.K.)

yapısının ciddi surette zayıflayıp zayıflamadığının tespiti önem taşımaktadır. Aracı kurumun bu tarih itibariyle mali yapısı ciddi surette zayıflamış ise, SPK aracı kuruma uygun bir süre vererek mali durumunu güçlendirmesini istemeye, kurum görevlilerinin imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya yetkilidir(SerPK md. 46/1-h). Yapılan bu denetimde, aracı kurumun mali yapısının ciddi surette zayıflamış olmasına rağmen bu durumun tespit edilememesi halinde hizmetin kötü işlediğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda SPK, hizmetin kötü işlemesi nedeniyle ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır. İlk denetim tarihi itibariyle, aracı kurumun mali yapısı ciddi surette zayıflamamış ise, aracı kurumun mali yeterliliğine ilişkin SPK'nın her hangi bir hukuki yetkisi bulunmamaktadır. Ancak SPK tarafından yapılan ilk denetim ile ikinci denetim arasında mevzuatta öngörülen bir süre varsa bu süreye bakılarak, hizmetin kötü işleyip işlemediğinin tespiti gereklidir. Eğer ikinci denetim, yasal süresinde yapılmış ise SPK'nın sorumluluğundan bahsedilemez. Zira bu durumda, aracı kurumun mali durumunun, ilk denetim tarihinden sonra bozulduğu ve yapılan ilk denetimde mali yapının bozulduğunun tespit edildiği anlaşılmaktadır.

İmar Bankası A.Ş'den ikincil piyasa işlemi olarak devlet iç borçlanma senedi (DİBS) satın alan davacının uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Daire, “.... Sermaye Piyasası araçları 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3/b maddesinde tanımlanmış, gerek menkul kıymetler ve gerekse diğer sermaye piyasası araçları şartlarının Sermaye Piyasası Kurulu'nca belirleneceği ön görülmüştür. Aynı Kanun'un 22. maddesinin (g) bendinde, Sermaye Piyasası'nı ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklâmları izlemek ve bunların yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek SPK'nın görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Yasanın 30. maddesinin (b) fıkrası uyarınca Sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan aracı kuruluşların, aynı yasanın 31. maddesi uyarınca da bu faaliyetleri için Kurumdan izin almaları zorunludur. Ayrıca, Sermaye Piyasası Kurulu

Teşkilâtı, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinin, "Çalışma Birimlerinin Teşkilatı ve Görev Tanımları" başlıklı IV. Bölümünün 46. maddesinde; "sermaye piyasalarında aracılık faaliyetlerini ifa eden veya edebilecek kurum ve kuruluşların mevzuata uygun kuruluş ve faaliyetlerine izin vermek... bu çerçevede gereken gözetim sistemini kurmak ve izlemek" görevi, "Aracılık Faaliyetleri Dairesi Başkanlığı"na; 50. maddesi ile, "ikinci el piyasaların mevzuata uygun biçimde düzenli ve güvenli çalışmasını temin etmek için piyasaları izlemek ve gözetimini yapmak, yatırımcının kolaylıkla, en az maliyet ve güvenle piyasalarda işlem yapmasını sağlamak için gereken tedbirleri almak ve düzenlemeler yapmak" görevinin " Piyasa Gözetim ve Düzenleme Dairesi Başkanlığı"na verildiği görülmektedir. Yukarıda belirtilen mevzuat uyarınca, SPK'nın hazine tarafından ihraç edilen DİBS'nin ikincil piyasa işlemlerinde aracılık yapacaklara faaliyet izni vermek, ayrıca, sermaye piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklâmları izlemek ve bunların yanıltıcı olanlarını saptayarak yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirme görevinin bulunduğu kuşkusuzdur. Dosyadan, Kurul'ca bankanın aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisinin 21.11.1990 tarihli kararla iptal edildiği görülmektedir. Ancak, DİBS alım-satımında yetkili olmayan bankanın çeşitli gazete ve televizyonlarda ilân ve reklâmlar verdiği ve 1990 tarihinden itibaren yatırımcılara DİBS sattığı, SPK'nın ise; bu konuda herhangi bir işleminin bulunmadığı ve SPK'nın, kanunun kendisine verdiği gözetim ve denetim görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır.“ gerekçesiyle, SPK'nın denetim görevini yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararın SPK tarafından tazmin edilmesi gerektiğine oyçokluğuyla karar vermiştir³⁷⁴. Bu karara muhalif kalan üyelerden biri, "... 4389 sayılı Bankalar Kanunun 16. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre Banka hakkında iflâs davası açıldığı ve İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesince Bankanın iflâsına karar verildiği, bu davanın da, davacının Bankadan satın aldığı DİBS karşılığının ödenmemesi nedeniyle uğradığı zararın davalı idarelerin kusurundan doğduğu iddiasıyla tazmini istemiyle

³⁷⁴ Danıştay 13. D. 02.12.2005. E: 2005/2625, K: 2005/5753 (www.danistay.gov.tr., 27.09.2010)

açıldığı anlaşılmaktadır. Öğretide ve Danıştay içtihatlarında, idarenin tazminle sorumlu tutulabilmesi için, idarenin eylem veya işleminden gerçek bir zararın doğması ve idarenin eylem veya işlemiyle meydana gelen zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Olayda, Bankaca makbuz karşılığı kendisine DİBS satıldığını ileri süren davacının ikincil piyasa işlemiyle ilgili söz konusu alacağının tahsili için, 4389 sayılı Kanun uyarınca iflâs tasfiyesine katılmadan davalı idareler aleyhine doğmuş gerçek ve miktarı belli bir zararından söz edilemez. Bu nedenle, kararın davacının zararının idarenin hizmet kusurundan doğduğu gerekçesiyle tazminata hükmedilmesine ilişkin kısmına katılmıyorum.” gerekçesiyle, çoğunluk kararına katılmamıştır.

Danıştay 13. Daire tarafından verilen bu karar bazı yönlerden önem taşımaktadır. Banka hakkında iflas kararı verilmesinin, SPK'nın sorumluluğu açısından hukuki bir öneminin bulunmadığı Danıştay 13. Daire tarafından zımnen de olsa kabul edilmiştir. Bu konuda Danıştay 13. Daire, Danıştay 10. Daire'den farklı düşünmektedir. Hizmet kusurunun asli sorumluluk sebebi olması nedeniyle, Danıştay 13. Daire'nin görüşünün daha hukuki olduğu düşünülmektedir. Öte yandan SPK'nın savunma dilekçesinde belirttiği, idare ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin suç teşkil eden fiillerinden doğan zarar sebebiyle idareye tazmin sorumluluğu yüklenemeyeceği ilişkin itiraz kabul edilmemiştir. Bu görüş de oldukça yerindedir. Zira SPK'nın temel görevi, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemektir(SerPK md. 1). Bu nedenle SPK, sermaye piyasasındaki hileli davranışları önlemekle yükümlüdür. SPK'nın bu görevini yerine getirememesi üzerine ortaya çıkan zarar ile SPK tarafından yürütülmesi gereken denetleme faaliyeti arasında illiyet bağı bulunmaktadır. Bu anlamda sermaye piyasasında üçüncü kişilerin fiillerin suç teşkil etmesi, yürütülen hizmet ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağına kesmemektedir. Ayrıca bu durumun, SPK'nın sorumluluğunu azaltıcı bir etkisi de bulunmamaktadır.

Danıştay 13. Daire'nin belirtilen kararında muhalif üyelerden biri, "... İmar Bankasınca 21.10.2002 tarihinden sonra, "Yüksek Faizli TL Hazine Bonosunu Türkiye İmar Bankası'ndan satın alabilirsiniz" başlıklı çeşitli gazetelerde yayınlanan reklamların, "Star" yayın kuruluşunda 01.12.2002-08.12.2002-26.12.2002 ve 04.03.2003-26.03.2003 tarihlerinde yapılan, İmar Bankasının Hazine Bonosu reklamlarını içeren yayınların, hazine bonolarının sermaye piyasası araçlarından olması itibarıyla görevinde bulunmasına rağmen, Sermaye Piyasası Kurulu'nun kurulduğu tarihten bu yana bu konuda görevlendirilmiş bir hizmet biriminin olmaması nedeniyle izlenmediği anlaşılmaktadır. Kurumun, kanunla verilen yanıltıcı bu yayınları izleme ve önleme görevini yerine getirmemesi hizmet kusuru teşkil etmekte olup, bu görevini yapmış olsa idi, Borsa üyelik ve aracılık faaliyetlerinde bulunma yetkisi 1990 tarihinde kaldırılmış olan ve devlet iç borçlanma kesin alım-satım işlemleri gerçekleştirme yetkisi bulunmayan İmar Bankasının bu işlemlerinin, yasal olmadığını ilgili mercilere bildirmek suretiyle zararın oluşmasını engelleyeceği aşikardır." gerekçesine yer vermek suretiyle, SPK'nın kurulduğu tarihten bu yana hazine bonolarına ilişkin reklamları izlemek amacıyla oluşturulmuş bir hizmet biriminin bulunmamasının SPK'nın hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı yönünde görüş belirtmiştir. Bu görüş de oldukça yerindedir. İdareye kanunla bir hizmet verildikten sonra, idarenin bu hizmeti yerine getirecek şekilde teşkilatlanması zorunludur. İdarenin kanunun verdiği hizmeti tam olarak yerine getirecek şekilde teşkilatlanmaması, idare açısından bir kusurdur.

B. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Görevli Yargı Yeri

Görev, bir yargı yerinin dava konusu yönünden yetkili olması ifade etmektedir³⁷⁵. Görev hususu kamu düzenindendir. Bu nedenle davanın her aşama görevsizlik kararı verilmesi mümkündür.

SPK, kamu hizmetini ifa etmekle yetkili kılınan, kamu tüzel kişiliğine sahip bir kurumdur. SPK tarafından üstün ve ayrıcalıklı yetkiler kullanılmak suretiyle tesis edilen işlemlere karşı idari yargıda dava açılması gerekmektedir. Bu durumda SPK, idari işlemin muhatabı karşısında üstün yetkilere sahiptir. SPK'nın işlemi sonucunda muhatabının hukuki durumu etkilenmekte ve menfaati ihlal edilmektedir.

SPK yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanmaktadır (SPK md. 22). SPK'nın tesis ettiği işlemin düzenleyici işlem veya bireysel işlem olup olmadığı hususu görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından büyük öneme sahiptir.

SPK tarafından tesis edilen düzenleyici işlemler, tüm ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlem niteliğindedir. Danıştay Kanunu'nun 24/c maddesinde, "Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere" karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği belirtilmiştir. Bu nedenle SPK tarafından tesis edilen düzenleyici işlem niteliğindeki tebliğler ile diğer düzenleyici işlemlere karşı Danıştay'da dava açılması gerekmektedir. Örneğin Seri X, No: 22 sayılı Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ'in bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan dava

³⁷⁵ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 15. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 66.

Danıştay 13. Dairesi tarafından ilk derece mahkemesi olarak karara bağlanmıştır³⁷⁶.

SPK'nın bireysel işlemlerine karşı açılan davalarda ise idare mahkemeleri görevlidir. Oysa ülkemizdeki bazı BİO'ların işlemlerine karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği belirtilmiştir. Örneğin BDDK kararlarına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmektedir. Aynı şekilde RK'nın işlemlerine karşı açılacak davalarda Danıştay'ın görevindedir. SPK'nın bireysel işlemlerine karşı açılacak davalarında ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi yönünde mevzuatta değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Böylece ülkemizdeki BİO'lar arasında bulunan farklılıklar da giderilmiş olacaktır.

Bireysel işlem ile birlikte bu işlemin dayanağı olan düzenleyici işleme karşı da dava açılması mümkündür. Bu durumda hem bireysel hem de düzenleyici işleme karşı Danıştay'da dava açılması gerekmektedir. Örneğin SPK tarafından işlem yasağı getirilmesine ilişkin bireysel işlem ile bu işlemin dayanağı olan ilke kararına karşı açılan dava, Danıştay 13. Daire tarafından ilk derece mahkemesi olarak çözüme kavuşturulmuştur³⁷⁷.

SPK'nın idari para cezalarına karşı açılacak davaların hangi mahkemede görüleceği hususunun üzerinde ayrıca durulması yerinde olacaktır. Kural olarak para cezaları da idari işlemdir. Bu nedenle para cezalarına karşı açılacak davaların da idari yargıda görülmesi gerekmektedir. Ancak bazı kanunlarda bu kuralın aksine hükümlere yer verilmiştir. Bu açıdan hukukumuzda görev hususunu büyük ölçüde değiştiren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu önem taşımaktadır.

³⁷⁶ Danıştay 13. D. 22.02.2008. E: 2006/5920, K: 2008/2617 (Y.K.)

³⁷⁷ Danıştay 13. D. 17.03.2006. E: 2005/7503, K: 2006/1431 (Y.K.)

Kabahatler Kanunu ile idari yaptırımların görüm ve çözümünde idari yargı mercilerinin görevli olduğuna ilişkin genel kural büyük ölçüde değiştirilmiştir. Öncelikle Kabahatler Kanunu, karşılığında idari yaptırım uygulanması öngörülen haksızlıkları kabahat olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla karşılığında idari yaptırım uygulanan her haksız eylem kabahattir. Kabahatler Kanunu, idari yaptırım tanımına yer vermeksizin idari para cezası ve idari tedbirlerin idari yaptırım olduğu belirtmiştir. Kanun, idari tedbirleri ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak ikiye ayırmıştır. Ayrıca idari yaptırım kararlarına karşı özel kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde bu Kanun'un kanun yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir(Kabahatler Kanunu md. 3). Kanun'un 27. maddesinde ise, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararlarına karşı en geç on beş gün içerisinde sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle Kabahatler Kanunu uyarınca, idari yaptırımlara yapılacak itirazlarda özel kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça sulh ceza mahkemeleri görevlidir.

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişiyle ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmesi halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları idari yargının görev alanına giren diğer işlemle birlikte idare mahkemelerinde görülecektir. Ancak ilgilinin sadece para cezasına karşı dava açması durumunda görevli yargı yeri sulh ceza mahkemesi olacaktır.

SerPK'da para cezalarına karşı açılacak davaların idari yargıda görüleceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle idari para cezalarına karşı on beş gün içerisinde sulh ceza mahkemesinde dava açılması gerekmektedir. Ancak Danıştay 13. Daire, bu konuda farklı düşünmektedir.

Danıştay 13. Daire, SPK tarafından verilen para cezasına karşı davayı görevden reddeden idare mahkemesinin kararını, “” gerekçesiyle bozmuştur³⁷⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu karara katılmak mümkün değildir. Para cezalarına karşı açılacak davaların idare mahkemelerinde görüleceği yönünde SerPK’da değişiklik yapılmadığı sürece bu işlemlere karşı açılacak davalarda sulh ceza mahkemeleri görevlidir. Ancak para cezasıyla birlikte idari yargının görevine giren idari yaptırım uygulanması durumunda iki işleme karşı birlikte idari yargıda dava açılması gerekmektedir. Örneğin ilgili hakkında hem işlem yasağı hem de idari para cezası uygulanmış ise her iki işleme karşı idari yargıda dava açılacaktır.

SPK’nın idari eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılacak davalar da idari yargının görev alanıdır. Bu anlamda idari eylemlerden kaynaklanan davaların işlemde kaynaklanan davalardan herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

C. Davanın Tarafları

İdari yargıda dava açılmasının bazı ön koşulları bulunmaktadır. Ön koşullar bulunmadığı takdirde davanın esasının incelenmesi mümkün değildir. Konumuz açısından bu ön koşullar iptal ve tam yargı davaları açısından farklılık göstermektedir.

İptal davalarında, idari işlem ile kişi arasında kişisel, güncel ve meşru bir menfaat ilişkisi bulunması gerekmektedir(İYUK md. 2). İptal davalarında kişinin hakkının zarara uğramasına gerek bulunmamaktadır. Zira iptal davalarında amaç işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasıdır. Zararın tazmini hususu ise iptal davalarının konusunu oluşturmamaktadır. Bu

³⁷⁸ Danıştay 13. D. 09.03.2007. E: 2006/1511, K: 2007/1189 (Y.K.)

nedenle SPK'nın işlemlerin iptali istemiyle açılacak davalarda, davacı menfaati ihlal edilen gerçek ve/veya tüzel kişidir. Şayet davacı ile işlem arasında menfaat ilişkisi bulunmamakta ise davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekmektedir(İYUK md. 15).

Tam yargı davalarında ise durum biraz daha farklıdır. Tam yargı davası meydana gelen zararının tazmini istemiyle açılmaktadır. Bu nedenle tam yargı davasında iptal davasından farklı olarak hakkın zarara uğraması şartı aranmaktadır(İYUK md. 2). Bu durumda ise davacı hakkı ihlal edilen gerçek ve/veya tüzel kişidir.

SPK'nın eylem ve işlemleri nedeniyle açılacak davaların bu kurumun tüzel kişiliğine karşı açılması gerekmektedir. Ancak idare mahkemelerinde hasmın gösterilmemiş veya yanlış gösterilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü husumet konusu mahkemece resen incelenecek hususlar içerisinde yer almaktadır. Şayet dava yanlış hasma dava açılmış ise mahkemece hasmın düzeltilmesine karar verilecektir(İYUK md. 14-15). Bu anlamda davanın iptal davası ile tam yargı davası olması arasında fark bulunmamaktadır³⁷⁹.

D. Dava Açma Süresi

SPK'ya karşı açılacak davalarda, idari yargı mercilerinde görülen uyuşmazlıkların çözüm usullerini düzenleyen 2577 sayılı İYUK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle söz konusu davaların belli sürelerde açılması gerekmektedir. Şayet dava süresinde açılmamış ise davanın süreden reddi söz konusu olmaktadır(İYUK md. 15). Dava açma süresi, kamu düzenindendir. Bu nedenle davanın her aşamasında incelenmesi

³⁷⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 279.

mümkündür. Ayrıca mahkeme resen dikkate alınması gereken konular arasında yer almaktadır.

Dava açma süresi idari işlemler ve eylemler açısından farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle süre hususunun idari işlemler ve eylemler yönünden ikiye ayırarak incelenmesi yerinde olacaktır.

SPK'nın işlemlerine karşı altmış gün içerisinde iptal dava açılması gerekmektedir(İYUK md. 7). Dava açma süresi, idari işlemin tebliğ tarihini izleyen günden itibaren başlamaktadır(İYUK md.7). Ancak SPK'nın kamuoyunu ilgilendiren özel nitelikli kararları haftalık bültende de yayımlanmaktadır(SPK md. 22). Bu anlamda özel nitelikli kararların haftalık bültende yayımlanmasının dava açma süresi üzerinde etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, idari işlemlere karşı dava açma süresinin başlayabilmesi için işlemin usulüne uygun olarak muhataba tebliğ zorunludur. Bu nedenle SPK'nın özel nitelikli kararının haftalık bültende yayımlanmasının dava açma süresinin başlangıcına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 10. Daire'de, borsada işlem yapma yasağı işlemine karşı açılan davada, "... Dava konusu olayda işlemin davacıya bildirilmediği (tebliğ edilmediği) açık olup davalı idarece; işlemin, davacının hesabının bulunduğu aracı kurumlar ile İMKB'na bildirildiği ve Kurulun Haftalık Bülten dergisinde yayımlandığı ileri sürülse de dava konusu işlemin subjektif nitelik taşıması ve anılan derginin de kamuoyunu ve üçüncü kişileri aydınlatmaya yönelik olması karşısında bu iddiası hukuki değildir. Dolayısıyla İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin subjektif niteliği dikkate alınmak suretiyle davacıya tebliğ edilmediği hususu gözönünde bulundurularak davanın süresinde açılıp açılmadığı konusunda bir değerlendirme yapıldıktan sonra karar verilmesi gerekirken kamuoyunu bilgilendirme amacı taşıyan Haftalık Bülten Dergisindeki yayımlanma tarihinin tebliğ tarihi olarak kabul edilerek davanın

süre yönünden reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.” gerekçesiyle özel nitelikli kararların haftalık bültende yayımlanmasının dava açma süresini başlatmayacağına karar vermiştir³⁸⁰.

İdari işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişinin tam yargı davası açma hakkı da bulunmaktadır. Davacı tarafından iptal davası açılmadan sadece tam yargı davası açılabilir. Ayrıca ilgilinin işlemin iptali ile birlikte tam yargı davasını birlikte açması da mümkündür. Her iki durumda da açılacak davaların işlemin tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde açılması gerekmektedir. Ancak ilgilinin önce iptal davası açması ve davanın sonuçlanması üzerine tam yargı davası açma hakkı da bulunmaktadır(İYUK md. 12). Bu takdirde ise iptal davasına ilişkin kararın veya bu karara karşı kanun yollarına başvurulmuş ise üst yargı kararının tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içerisinde dava açılması mümkündür.

Düzenleyici işlemler açısından dava açma süresi, bu işlemlerin RG’de yayımlandığı tarihten itibaren altmış gündür(İYUK md. 7). Ayrıca düzenleyici işlemin uygulanması üzerine de ilgililer tarafından bireysel işlem ile birlikte düzenleyici işleme karşı veya sadece düzenleyici işleme karşı dava açılması mümkündür(İYUK md. 7). Bu anlamda düzenleyici işlemlerin her uygulanması durumunda bu işlemlere karşı dava açma süresi yeniden başlamaktadır.

İdari eylemden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılacak davalarda ilgililerin zararın tazmini istemiyle idareye başvurmaları zorunludur(İYUK md. 13). İlgililerin idari eylemi ve zararı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurmaları gerekmektedir. Söz konusu başvurunun tamamen veya kısmen reddi durumunda söz konusu ret kararının tebliğ tarihinden itibaren altmış

³⁸⁰ Danıştay 10. D. 03.11.1998. E: 1996/9498, K: 1998/5507 (www.danistay.gov.tr., 23.03.2010)

gün içerisinde tam yargı davası açılması mümkündür. İdare başvuruya altmış gün içerisinde cevap vermemiş ise istemi zımnen reddetmiş sayılacaktır. Bu durumda zımnen reddin olduğu tarihten itibaren altmış gün içerisinde dava açılacaktır.

İlgili tarafından idareye başvurmadan dava açılmış ise idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçesinin görevli idari merciine tevdisine karar verilmesi gerekmektedir(İYUK md. 15). İdareye başvuru zorunluluğu sadece idari eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini isteminde söz konusudur. Bu anlamda zarar şayet idari işlemde kaynaklanmış ise idareye başvurma zorunluluğundan bahsedilmesine olanak bulunmamaktadır. Ayrıca idari eylemden kaynaklansa bile davacı görevli olmayan adli veya askeri yargıda dava açmış ve dava görev yönünden reddedilmiş ise ilgilinin zararın tazmini istemiyle idareye başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır(İYUK md. 13).

E. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kararlarının Yargısal Denetiminin Sınırı

İdari yargı yetkisi sadece hukuka uygunluk denetimiyle sınırlıdır. Yargı mercilerince hukuki denetimin dışına çıkan yerindelik denetimin yapılması mümkün değildir(İYUK md. 2). Buradaki sorun hukukilik denetimi ile yerindelik denetiminin sınırının tam olarak çizilememesinden kaynaklanmaktadır. Yerindeliğin soyut olarak tanımlanması mümkün değildir. Örneğin idarenin öğretmen alımı için ilana çıkması yerindeliğe ilişkindir. Bu nedenle idari yargı tarafından öğretmen sayısının yeterli olup olmadığı hususunun tartışılması mümkün değildir. Ancak idari yargı mercileri tarafından hukuki denetim yapıldığından bahisle esasen yerindelik denetiminin yapıldığı görülmektedir. Örneğin Petkim özelleştirilmesine ilişkin verilen yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu yerindelik hususuna girmiştir. Zira bir kurumun özelleştirilip özelleştirilmeyeceği idarenin takdirindedir. Burada idari yargı merciince

yapılacak denetim özelleştirmenin usule uygun olup olmadığı, rekabet koşullarının oluşup oluşmadığıdır.

SPK'nın işlemlerinin de yerindelik açısından incelenmesi mümkün değildir. SPK'nın işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden incelenecektir. İdari işlem bu unsurlardan biri açısından hukuka aykırı ise işlemin iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

SPK işleminin hukuki denetiminin yapılmasında sebep unsurunun özellikle üzerinde durulması gerekmektedir. Sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten etkenlerdir. Örneğin işlem yasağı yaptırımının uygulanması için ilgilinin yapay olarak sermaye piyasası aracının arzını etkilemesi gerekmektedir. İlgililerin bu tür eylemlerde bulunduğu SPK tarafından düzenlenen soruşturma raporlarıyla tespit edilmektedir. Ancak mahkeme sebep unsuru yönünden SPK'nın yapay piyasa oluştuğuna ilişkin tespitine uymak zorunda değildir. Bu anlamda söz konusu raporun incelenmesi sonucunda şayet mahkeme aksi kanaatte ise işlem yasağı yaptırımını iptal edecektir. Söz konusu raporun anlaşılması teknik bilgileri de gerektirmekte ise bu durumda mahkemece bilirkişi incelenmesi yaptırılması mümkündür.

SPK'nın kararlarının yargısal denetimin sınırı açısından kamu kurumlarından ayrı değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu anlamda BİO – kamu kurumu ayırımının sadece doktrin açısından öneme sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle SPK'nın işlemleri üzerindeki yargısal denetimin tek sınırını, yerindelik denetimi yapılamayacağına ilişkin kısıtlama oluşturmaktadır. İdari yargı merciince yerindelik denetimi yapılmamak kaydıyla hukukilik denetiminin bütün yoğunluğuyla SPK işlemleri üzerinde de yapılması gerekmektedir. Ayrıca idari yargı mercileri tarafından idari eylem veya işlem mahiyetinde karar da verilmesi mümkündür değildir (İYUK md. 2).

III. SERMAYE PİYASASI KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU

A. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu

Anayasa'nın 128. maddesi, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ilkeleri ortaya koymaktadır. Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür". hükmü yer almaktadır. Anayasanın bu maddesine göre, memur ve kamu görevlisi sayılabilmek için üç kriter aranmaktadır. İlk olarak kamu görevlileri, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu kurumlarında görev yapmaktadır. Öte yandan kamu görevlileri, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışmaktadır. Genel idare esasları, kamusal yönetim biçimini anlatmaktadır³⁸¹. Belli bir idari faaliyet ya da kamu hizmeti için kamu gücü kullanılarak tek yanlı işlemler tesis ediliyor ve idari kararlar alınıyor ise, o faaliyet ya da kamu hizmetine genel idare esaslarının uygulandığı söylenebilir³⁸². Ayrıca kamu görevlisinin yürüttüğü görevin asli ve sürekli nitelikte olması gerekmektedir. Sürekliliğin personelin değil, görevin niteliği olduğu kabul edilmekte, personelin geçici olarak çalıştırılmasının görevin süreklilik niteliğini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir³⁸³.

Kurul üyelerinin hukuksal statülerinin tespiti açısından bu kriterleri taşıyıp taşımadıklarının incelenmesi gerekmektedir. SPK, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişiliğidir(SerPK md.17). SPK tarafından yürütülen faaliyetler kamu hizmeti niteliğindedir. SPK, bu faaliyetlerin yürütülmesinde üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır. Kurul başkan ve üyeleri belli bir süre için seçilmekte ve geçici bir süreyle görev yapmaktadır(SerPK md. 19).

³⁸¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 745.

³⁸² Günday, **a.g.e.**, s. 518.

³⁸³ Yasin, **a.g.e.**, s. 61.

Ancak SPK tarafından yürütülen kamu hizmeti asli ve sürekli niteliktedir. Kurul başkan ve üyeleri, kamu görevlisi için aranan üç kriteri de taşımaktadır. Bu nedenle Kurul başkan ve üyeleri kamu görevlisidir. Öte yandan SPK, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi değildir(SerPK md. 28/c). Bu nedenle Kurul başkan ve üyelerinin devlet memuru olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Sonuç olarak, Kurul başkan ve üyeleri Anayasada ifade edilen “diğer kamu görevlileri” olarak kabul edilmektedir³⁸⁴.

Kurul başkan ve üyelerinin görevlerini yerine getirirken, gerekli özen ve dikkati göstermeleri gerekmektedir. Başkan ve üyelerin kusurlu davranışları sonucunda, gerek SPK tüzel kişiliği gerekse üçüncü kişiler zarara uğrayabilir. BİO olarak nitelendirilen bazı kurumların başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluklarına ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. Örneğin, BDDK başkan ve üyelerinin hukuki sorumlulukları, BanK'nın 104. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Kurul başkan ve üyelerinin hukuki sorumluluğu konusunda SerPK'da her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Kurul başkan ve üyeleri hakkında kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin temel hükümler uygulama alanı bulmaktadır.

Yukarıda anılan Anayasa'nın 129. maddesi, Kurul başkan ve üyeleri hakkında da uygulanması gereken temel bir ilkedir. Buna göre Kurul başkan ve üyelerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak SPK tüzel kişiliği aleyhine açılabilir(An. md. 129/5). SPK tarafından tazmin edilen zararların, kusuru bulunan üyelere rücu edilmek suretiyle tahsil edilmesi gerekmektedir. Kurul başkan ve üyelerine rücu edilebilmesi için, SPK hakkında verilen hükmün kesinleşmesi ve zararın SPK tarafından ilgiliye ödenmesi zorunludur. Bu anlamda idarenin kusura dayanan sorumluluğu kısmında belirtilen hususlar Kurul başkan ve üyelerinin sorumluluğu açısından da aynen geçerlidir.

³⁸⁴ Yasin, **a.g.e.**, s. 63.

Doktrinde YASİN tarafından, kamu görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin genel esaslar göz önünde bulundurularak, SPK başkan ve üyeleri için aşağıdaki hususlar çerçevesinde bir düzenleme yapılabileceği ileri sürülmektedir³⁸⁵.

- SPK başkan ve üyeleri ile diğer personelinin görev kusuru sebebiyle üçüncü kişilere verdikleri zararlar için, davalar doğrudan SPK aleyhine idari yargıda açılacaktır,
- Kişisel kusurlardan dolayı açılacak davalar ilgili aleyhine adli yargı yerinde açılacaktır,
- Görev kusuru sebebiyle verilen zararların görevlilere rücu zorunlu olmalı, belli bir süre içinde bu zorunluluğa uyulmaması ilgililerin cezai sorumluluğuna yol açmalıdır,
- Kamu görevlisinin sorumluluğu konusunda yargı kararı var ise öncelikle yargı kararı esas alınacak, aksi halde, idare tazmin ettiği zarar oranında ilgili görevliye rücu edecektir,
- Rücu hakkının kullanılması için, idarenin görevli aleyhine yargı yoluna başvurmaya gerek olmayıp, idare tek taraflı işlemi ile tazmin ettiği zararı görevliden isteyecektir. Görevli, talep edilen zararın hakkaniyete aykırı olduğu ve kusurlu olmadığı kanaatinde ise, idari yargı yerinde açacağı dava ile uyumsuzluğun idari yargıda çözülmesini isteyebilir.

YASİN tarafından ileri sürülen bu görüşlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle SPK başkan ve üyelerinin kişisel kusurları ile hizmet kusurunun içiçe bulunması halinde, zarara uğrayan kişiler tarafından

³⁸⁵ Yasin, **a.g.e.**, s. 97.

doğrudan SPK aleyhine dava açılmalıdır. Bu anlamda YASİN tarafından yukarıda belirtilen 2. görüşün, mutlak olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kurul başkan ve üyelerinin kişisel kusurları, görevlerinden mutlak bir suretle ayrılabilir nitelikte ise ancak bu durumda söz konusu kişilere karşı adli yargıda dava açılması mümkündür. Şayet Kurul başkan ve üyelerinin kişisel kusurları görevleriyle ilgili ise, zarara uğrayanlar tarafından SPK tüzel kişiliği aleyhine dava açılması zorunludur(An. md. 129/5).

Öte yandan YASİN tarafından ileri sürülen, kusuru bulunan başkan veya üyelere idari işlem tesis edilmek suretiyle rücu edilmesine ilişkin görüş uygulamada kabul görmemektedir. Zira Danıştay'ın, hizmet kusuru nedeniyle tazminata mahkum edilen kamu kurumun, kusuru bulunan personele adli yargıda dava açmak suretiyle rücu edebileceğine ilişkin içtihadı süreklilik kazanmıştır³⁸⁶.

B. Sermaye Piyasası Kurulu Üyelerinin Cezai Sorumluluğu

TCK'da, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi kamu görevlisi olarak tanımlanmıştır(TCK md. 6/c). TCK açısından, kamu görevlisi kavramı İdare Hukukuna göre daha geniş niteliktedir³⁸⁷. Bu anlamda İdare Hukuku açısından, kamu görevlisi olarak kabul edilemeyen bir kişi TCK açısından kamu görevlisi olabilir. Örneğin iş akdi uyarınca kamusal faaliyete katılan kişi TCK'ya göre kamu görevlisiyken, İdare Hukuku açısından kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir.

Kurul başkan ve üyelerinin, TCK açısından kamu görevlisi olup olmadığı hususunun üzerinde durulması gerekmektedir. SPK tarafından yürütülen faaliyet, kamusal niteliktedir. Kurul başkan ve üyeleri, atama suretiyle bu sıfatları kazanmakta ve geçici süreyle görev yapmaktadır. İdare

³⁸⁶ Danıştay 10. D. 27.04.2009. E: 2009/144, K: 2009/3183 (Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası)

³⁸⁷ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 829.

Hukuku açısından kamu görevlisi olarak nitelendirilen Kurul başkan ve üyelerinin, TCK açısından da kamu görevlisi olduğunda şüphe bulunmamaktadır. SerPK’da da, Kurul başkan ve üyelerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılacakları belirtilmiştir(SerPK md. 25). Ayrıca Kurul başkan ve üyelerine karşı işlenen suçlar, kamu görevlisine karşı işlenmiş sayılmaktadır(SerPK md. 25). Bu nedenle Kurul başkan ve üyelerine karşı işlenen suçlar açısından yargılama usulünde bazı farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, Kurul başkan ve üyelerine karşı işlenen hakaret suçlarında, soruşturma ve kovuşturulma yapılması için mağdurun şikayetine gerek bulunmamaktadır(TCK md. 131).

Ceza kanunlarında tanımlanan suçlar kural olarak, herkes tarafından işlenilebilen suçlardır. Kanuni tanımında faille bağlantılı olarak “ ... kişi ... ”, “ ... kimse ... ”, “bir kimse ... ” veya “her kim ... ” ifadelerinin kullanıldığı suçlar, bu nitelikte suçlardır³⁸⁸. Buna karşılık, bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli faillik vasfını taşıyan kişiler tarafından işlenebilir. Kanuni tarifte faille ilgili olarak, herhangi bir insan olmanın ötesinde, belli özel ve objektif vasıflardan söz edilen suçlara, özgü (mahsus) suçlar denmektedir³⁸⁹. Mesela TCK’nın “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı İşlenen Suçlar” başlıklı birinci bölümünde yer alan suçların çoğunda, ancak kamu görevlisi olan kişiler fail olabilir³⁹⁰.

Kurul başkan ve üyeleri, herkes tarafından işlenilebilen suçların faili olabileceği gibi sadece kamu görevlileri tarafından işlenen suçların faili de olabilir. Örneğin Kurul başkan ve üyeleri, zimmet (TCK md. 247), irtikap (TCK md. 250), rüşvet (TCK md. 252), yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama (TCK md. 255), görevi kötüye kullanma (TCK md. 257), göreve ilişkin sırrın açıklanması (TCK md. 258), kamu görevlisinin ticareti (TCK md.

³⁸⁸ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)**, 3. bs., Ankara, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 2006, s. 214.

³⁸⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 214.

³⁹⁰ Özgenç, **a.g.e.**, s. 214.

259) gibi sadece kamu görevlileri tarafından işlenilebilen suçları faili olabilirler.

Kurul başkan ve üyeleri hakkında görevleriyle bağlantılı işledikleri suçlardan dolayı 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmamaktadır(SerPK md. 25/b). Bu nedenle Cumhuriyet savcısı, Kurul başkan ve üyelerinin görevleriyle bağlantılı bir suç işlendiği izlenimini veren bir hal öğrenir öğrenmez kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır(CMK md. 160). Toplanan deliller, Kurul başkan ve üyeleri tarafından suç işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, iddianame düzenlenmek suretiyle dava açılacaktır(CMK md. 170). Kurul başkan ve üyeleri hakkında, gerek soruşturmaya başlanması gerekse kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için her hangi bir makamın iznine gerek bulunmamaktadır.

Ülkemizdeki bazı BİO'ların karar organlarını oluşturan üyeler hakkında ceza soruşturulmasına başlanılabilmesi için ilgili bakanın izni gerekmektedir. Örneğin, RTÜK üyelerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre yapılır ve bunlar hakkında soruşturma izni, Başbakan tarafından verilir(Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun md. 10). Aynı şekilde BDDK başkan ve üyelerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı ceza soruşturması yapılabilmesi için ilişkili bakanın izni gerekmektedir(BanK md. 104).

Kurul başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı haklarında ceza soruşturulmasına başlanılabilmesi için ilgili bakanın izninin aranması yönünde SerPK'da, düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Zira bu

şekilde Kurul başkan ve üyelerinin görevlerini yaparken belli bir güvenceye kavuşmaları sağlanacaktır.

SONUÇ

Son yıllarda klasik örgütlenme modeli dışına çıkan ve doktrinde BİO olarak adlandırılan idari yapılanmalar görülmektedir. Siyasi iktidarların, etkinlik alanının azaltılması düşüncesi BİO'ları kurtarıcı olarak gündeme getirmiştir. Siyasi iktidarlar, halkın seçimleriyle yönetime gelmekte ve yönetime geldikten sonra kendilerini seçen kişileri korumakta ve kollamaktadır. Bu nedenle siyasi iktidarların, ekonominin gereklerinden ziyade seçmen arzusuna göre hareket ettiği söylenebilir. Ayrıca temel hak ve hürriyetler, siyasi iktidarlara karşı da korunmalıdır. Bu durumda kamusal yaşamın hassas sektörlerinin bağımsız ve tarafsız idari yapılar tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesi gerekmektedir. Gerçekten de siyasi iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoriteler, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini sağlayabilmektedir.

Özelleştirme uygulamaları sonucunda, devlet işletmecisi olduğu alanlardan çekilmekte ve bu alanlarda özel müteşebbisler faaliyet göstermektedir. Özel sektöre devredilen piyasaların devlet tarafından düzenlenmesi ve denetlemesi kamu yararı açısından zorunludur. Devlet söz konusu piyasalardaki düzenleme ve denetleme görevini BİO'lar aracılığıyla yerine getirmektedir. Ülkemizde EPDK ve TK söz konusu piyasaların özel sektöre açılması sonucunda kurulmuştur. Ayrıca bu iki kurum devletin hem yargıç hem de taraf olamayacağı gerekçesiyle, “işletici” ve “düzenleyici” ayrımı yapılması gereği ortaya çıkmıştır³⁹¹. Devlet artık bu piyasalarda işletici değil sadece piyasanın kurallarını düzenleyici ve denetleyici konumdadır.

³⁹¹ Gözübüyük, Tan, **a.g.e.**, s. 337.

Ülkemizdeki BİO'ların oluşturulmasında, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası'nın da etkileri bulunmaktadır. Örneğin TK, bu iki örgütün telkini doğrultusunda kurulmuştur.

BİO'ların idari bağımsızlık ve regülasyon olmak üzere iki önemli özelliği bulunmaktadır. İdari bağımsızlık, organik ve işlevsel bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılabilir. BİO'ların organik bağımsızlığının bir sonucu olarak, bu kurumların karar organlarını oluşturan üyelere bazı özel güvenceler sağlanmıştır. Bu kapsamda, söz konusu kişiler tek fakat uzun bir süre için seçilmekte, görev süresi dolmadan görevden alınamamakta, görevlerini sona erdikten sonra eski görevlerine dönebilmektedir. İşlevsel bağımsızlık kapsamında ise, bu kurumların karar organlarını oluşturan üyeler, görevlerini bağımsız olarak yerine getirmektedir. Bu anlamda merkezi idarenin veya diğer kişi ve kuruluşların BİO'ların kararlarına ilişkin hukuki tasarrufta bulunma yetkileri yoktur.

BİO'ların regülasyon özelliği de bulunmaktadır. Regülasyon kavramı düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama olmak üzere üç yetkiyi içermektedir. BİO'ların faaliyet alanlarında çok geniş düzenleme yetkileri vardır. Bu alanlara ilişkin esas mevzuatı, BİO'lar tarafından çıkarılan düzenleyici işlemler oluşturmaktadır. BİO'lar, piyasa aktörlerinin oluşturulan kurallara uyup uymadıklarını da denetlemektedir. Denetlemede hukuka aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde ilgililer hakkında idari yaptırım kararı da verilmektedir.

Ülkemizde faaliyet gösteren BİO'lara ilişkin temel bir kanun bulunmamaktadır. Bu nedenle BİO olarak nitelendirilen kurumlar birbirinden farklı özellikler göstermektedir. BİO'ların kuruluş, görev ve esaslarını düzenlemek, ortak ilke ve kurallar belirlemek amacıyla hazırlanan Tasarı, 12.07.2004 tarihinde TBMM'ye sunulmuştur. Ancak söz konusu Tasarı, henüz TBMM'ce kabul edilmemiştir. Ülkemizdeki kurumlar arasında görülen

farklılıkların giderilmesi açısından söz konusu Tasarı'nın en kısa zamanda TBMM'ce kabul edilmesi yerinde olacaktır.

BİO'ların 1982 Anayasası'nın öngördüğü anayasal sistemin neresinde bulunduğu doktrinde tartışmalıdır. Hakim görüş, bunların yürütme erkine dahil olduğu yönündedir. BİO'lar, yürütme organı içerisinde yer almakla birlikte kamu kurumu niteliği taşımamaktadır. Bu anlamda BİO'lar ile kamu kurumları arasında işlev, nitelik ve özerklik derecesi açısından önemli farklar bulunmaktadır. BİO'ların kararları üzerinde merkezi idarenin hiçbir doğrudan müdahalesinin bulunmaması, kamu kurum ve kuruluşları gibi bir edimin yani bir mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesini yüklenmemeleri, kamu kurumlarından başlıca farklarını oluşturmaktadır. Bu nedenle BİO'ların, kamu kurumlarından farklı değerlendirilerek, yerinden yönetim kuruluşları içerisinde, mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları dışında üçüncü bir kategori olduğu kabul edilmektedir.

SerPK ile verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğine haiz, idari ve mali özerkliğe sahip SPK kurulmuştur(SerPK md. 17). Kurul, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanmaktadır. Ancak SPK, Başbakan tarafından görevlendirilen devlet bakanlığıyla ilişkilendirilmiştir. Kurul'un işlevsel bağımsızlığının bir sonucu olarak ilgili bakanlığın, SPK'nın işlemlerinin hukuki geçerliliğini ortadan kaldıracak bir yetkisi bulunmamaktadır. İlgili bakanlığın, sadece hukuka aykırı gördüğü düzenleyici işlemlerin iptali için idari yargıda dava açma yetkisi bulunmaktadır. Böylece idarenin bütünlüğü ilkesi de gerçekleşmiş olacaktır.

Kurul, biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere yedi üyeden oluşmaktadır. Kurul üyeliklerine atama yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Ancak Bakanlar Kurulu gerekli niteliğine sahip olan kişiler arasından doğrudan atama yapamamaktadır. İlk önce belli kurumlar ve bakanlıklar

tarafından Kurul üyeliği için aday gösterilmekte ve bu adaylar içerisinde atama yapılmaktadır. Buna göre Kurul; ilgili bakanlıkça önerilecek dört aday arasından iki, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, BDDK, TOBB ile TSPAKB tarafından önerilecek ikişer aday arasından birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu kararıyla atanacak yedi üyeden oluşmaktadır.

Kurul üyelerinin görev süresi altı yıldır. Süreleri bitenler yeniden seçilebilir. Kurul üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak atanmaları için gerekli şartları kaybeden veya yasak işlerle uğraştığı tespit edilen, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen Kurul başkan ve üyelerinin, süreleri dolmadan Başbakanın onayı ile görevden alınmaları mümkündür.

SPK üyelerinin atanması, görev süresi ve görevden alınmaları gibi hususların organik bağımsızlık açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. SPK'ya, Bakanlar Kurulu tarafından üye atanması, SPK'nın meşruiyet kazanması açısından yerinde bir uygulamadır. Ayrıca piyasa aktörleri ile ilgili kuruluşlar tarafından aday gösterilmesi sonucunda üyeliklere atama yapılması bağımsızlığı sağlama yöntemlerinden biridir. Bakanlar Kurulu tarafından, üyelerin görev süresi dolmadan görevden alınamamaları organik bağımsızlığın en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Ancak görev süresi biten üyelerin tekrar seçilebileceğine ilişkin mevcut düzenleme yerinde değildir. Üyelerin tekrar seçilmelerin yasaklanması yerinde olacaktır. Nitekim Tasarı'da görev süresi biten üyelerin tekrar seçilmesi yasaklanarak, üyelerin tekrar seçilme amacıyla tarafsızlıktan ayrılmaları ihtimalinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır(Tasarı md. 6).

SerPK, bankerler krizinin sonucunda kabul edilmiştir. Bankerler olayının arkasında, yüksek faiz taahhüt eden bankerlerin ödeme gücünden halkın yeterince bilgi sahibi edilememesi yatmaktadır. Bu krizin ana sebebinin, bankerlerin mali durumları konusunda gerekli bilginin halka açıklanmasını

sağlayacak tedbirlerinin kamu idareleri tarafından alınamaması oluşturmaktadır. Bankerler olayı, bu piyasayı denetleyici konumda olan maliye yönetiminin gerekli liyakate sahip olmadığını ortaya çıkarmıştır. Bu olay bankerlerin halkın tasarruflarını alıp kaçması ile sonuçlanmıştır. Sonuçta bu olayda en çok kaybeden taraf, tasarruflarını bu piyasada değerlendiren yatırımcı olmuştur.

SerPK'nın temel amacı, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemektir(SerPK md. 1). SPK'nın başlıca görevi, sermaye piyasasında olabilecek hilelerin önlenmesi ve bu suretle yatırımcının korunmasıdır. Bu kapsamda Kurul'un düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama gibi çok geniş yetkileri bulunmaktadır. Bir başka deyişle Kurul regülasyon yetkisine sahiptir.

SPK tarafından sermaye piyasasına ilişkin düzenlemeler genellikle tebliğ şeklinde yapılmaktadır. Bu tebliğler RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. SerPK'da sermaye piyasasına ilişkin çok temel hükümler yer almaktadır. Bu hükümler dışındaki düzenlemelerin, SPK tarafından yapılacağı belirtilmektedir. SPK'ya bu kadar geniş düzenleme yetkisi verilmesi ve kamu hukuk kurallarından oluşan bir kanuna dayanarak gerçek veya tüzel kişilerin özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmesi ve hatta kanunla düzenlenmesi gereken birçok konunun da Kurul düzenlemelerine bırakılması hukuk metodolojisine ve kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir³⁹². Bu nedenle SerPK'nın birçok hükmüyle, yasama yetkisi Kurul'a devredilmiştir. Örneğin SerPK'nın 3. maddesinde, diğer sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak yapılan tanım, yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığına karar vermiştir³⁹³. Yasama yetkisinin devri niteliğinde olan kanuni

³⁹² Bahtiyar, **a.g.m.**, s. 43.

³⁹³ Anayasa Mahkemesi, 26.12.2003. E:2000/8, K: 2003/104, RG., T. 19.12.2007, S. 26735.

düzenlemelerin SerPK'dan çıkarılması gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca tebliğler niteliği itibarıyla kanunun uygulanması göstermek için çıkarılmaktadır. Bu nedenle tebliğlerin kanuna aykırı olmaması gerekmektedir. Oysa Kurul tebliğlerle düzenlemeler yapmakta, hukuki ve cezai müeyyideler koymakta ve böylece kanun koyucu gibi hareket etmektedir³⁹⁴. Kurul'un bu yöndeki düzenlemelerine son vermesi zorunludur. Ancak bu suretle yatırımcının Kurul'a karşı da korunması mümkün olacaktır.

Kurul'un sermaye piyasalarını denetleme yetkisi de bulunmaktadır. Kurul'un bu yetkisi, kolluk faaliyetinin bir uzantısı olarak da ifade edilmektedir. Kurul, ekonomik kamu düzeninin korunması için denetleme faaliyeti yürütmektedir. Zira 1982 Anayasası'nın 167. maddesiyle, Devlete; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma; piyasalarda fiilli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevi yüklenmiştir. Bu anlamda SPK, kaynağını 1982 Anayasası'nın 167. maddesinde bulan uzman bir kurumdur.

SPK'nın, denetleme yetkisini kullanması sonucunda tespit edilen hukuka aykırı durumların düzeltilmesi isteme, bu fiilleri yapanları cezalandırmak gibi yaptırım uygulama yetkisi de bulunmaktadır. Kurul'un yaptırım uygulama yetkisi; doğrudan yaptırım uygulama ve yargı kurumlarına başvurarak yaptırım uygulamasını sağlamak olarak ikiye ayrılabilir.

Kurul'un doğrudan doğruya yaptırım uygulama yetkisine ilişkin en iyi örneği, Kurul tarafından kesilen idari para cezaları oluşturmaktadır. SerPK'da idari para cezasını gerektiren fiillerin neler olduğu belirtilmemiş ve SPK'nın düzenleyici ve birel işlemlerine aykırı hareket edilmesi halinde ilgililer hakkında para cezası uygulanacağı ifade edilmiştir. Oysa "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesi uyarınca, para cezalarını gerektiren fiillerin kanunda

³⁹⁴ Ünal, a.g.e., s. 37.

gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle idari para cezalarını düzenleyen SerPK'nın 47/A maddesinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁹⁵.

SPK'nın idari para cezası dışında da çok sayıda idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. SerPK'da bazı idari yaptırımlar ismen belirtilmiştir. Bu yaptırımların hangi durumlarda uygulanacağı da gösterilmiştir. Ancak SerPK'da Kurul'un, "gerekli her türlü tedbiri" alabileceğine ilişkin çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Bu hükümler incelendiğinde, "SPK her şeye yetkilidir" anlamına gelebilecek pek çok ifadeyle neredeyse SerPK'nın tümünün geçirildiği görülmektedir³⁹⁶. İdari yaptırımların, ismen dahi olsa kanunlarda belirtilmesi zorunludur. Bu sayede kamu düzenini ihlal eden kişinin kendisine hangi yaptırımın uygulanacağını önceden bilmesi sağlanmış olacaktır. Oysa SPK'nın "her türlü tedbiri" alabileceği yönündeki kanuni düzenlemenin sonucunda, hangi idari yaptırımları uygulayabileceğinin bilinmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durum ise öngörülebilirlik açısından çok büyük sakıncalar taşımaktadır. Aynı zamanda söz konusu düzenlemeler, "cezaların kanuniliği" ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle SerPK'da yer alan bu hükümlerin, Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülmektedir.

Kurul'un yargı organları aracılığıyla uyguladığı yetkiler; özel hukuka ilişkin yetkiler ve kamu hukukuna ilişkin yetkiler olmak üzere ikiye ayrılabilir. Kurul'un yargı organları aracılığıyla uyguladığı özel hukuka ilişkin yetkileri genellikle dava açma şeklinde ortaya çıkmaktadır. SPK, SerPK'ya tabi anonim ortaklıkların ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan

³⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, 26.12.2003. E:2000/8, K: 2003/104, RG., T. 19.12.2007, S. 26735.

³⁹⁶ Kütükçü, I. C., s. 34.

işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya yetkilidir(SerPK md. 46/1-c). SPK'ya söz konusu dava açma yetkisi, 15.12.1999 gün ve 4487 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu verilmiştir. SPK'nın dava açma yetkisi genel niteliktedir. Bu anlamda SPK'nın dava açma yetkisinin bulunduğuna ilişkin diğer hükümlere SerPK'da yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Kurul, dava açma yetkisine sahip olduğu durumlarda, her türlü teminat ve harçtan muaftır.

Kurul'un kamu hukukuna ilişkin yetkileri, sermaye piyasasına ilişkin suçların işlenmesi halinde ortaya çıkmaktadır. SerPK'nın 47. maddesinde, bazı fiiller suç olarak düzenlemiştir. SerPK'nın 47. maddesinde yazılı suçlardan dolayı soruşturma yapılması SPK tarafından Cumhuriyet savcılığına yapılacak yazılı başvuru şartına bağlanmıştır. Söz konusu başvuru, bir yargılama koşuludur. Bu nedenle SPK tarafından herhangi bir başvuru yapılmadıkça Cumhuriyet savcılığının, SerPK'nın 47. maddesinde belirtilen suçlar hakkında hazırlık soruşturması yapması, bu kapsamda delil toplaması ve nihayetinde ceza kovuşturulmasına başlanması mümkün değildir. Sermaye Piyasası Hukukunun yatırımcıları koruma amacı göz önüne alındığında savcılığın inceleme ve dava açma konusundaki takdir yetkisinin kısıtlamasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır³⁹⁷. Bu nedenle söz konusu hükmün SerPK'dan çıkarılması yerinde olacaktır.

SPK, eylem ve işlemleri sonucunda meydana gelen zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Türk Hukuku açısından idari bir makam olduğunda şüphe bulunmayan Kurul'un sorumluluğu konusunda, idarenin sorumluluğuna ilişkin temel kurallar uygulanmaktadır. Buna göre, SPK'nın yürüttüğü hizmetlerin, gereği gibi işlememesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi durumunda Kurul'un sorumluluğu gündeme gelmektedir. Kurul'un hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için, ortada kesin ve gerçekleşmiş bir zarar olmalıdır. Ayrıca söz konusu zarar ile SPK'nın davranışı arasında illiyet bağı

³⁹⁷ Kütükçü, II. C., s. 480.

bulunmalıdır. Bu anlamda zararlar, fiil arasında illiyet bağı yoksa Kurul'un hukuki sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

SPK başkan ve üyeleri kamu görevlisidir. Bu kişiler hakkında gerek hukuki gerekse cezai sorumluluk açısından kamu görevlilerine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Kurul başkan ve üyelerinin görevleriyle bağlantılı kusurlu fiilleri sonucunda meydana gelen zararların tazmini için ilgililerin doğrudan bu kişiler aleyhine adli yargıda dava açması mümkün değildir. İlgililerin SPK tüzel kişiliği aleyhine idari yargıda tam yargı davası açmaları gerekmektedir. Bu anlamda hukukumuzda teminat sistemi kabul edilmiştir. Teminat sistemiyle, idare edilenler için bir güvence getirilmek ve idare edilenlerin zararlarının tez elden ödenmesi sağlanmak istenmiştir³⁹⁸. SPK tarafından söz konusu zarar tazmin edildikten ve bu yöndeki mahkeme kararı kesinleştikten sonra SPK'nın kusuru bulunan başkan ve üyelere rücu edebilmesi mümkündür. Rücu için ilgili kamu görevlisi aleyhine adli yargıda alacak davası açılması gerekmektedir.

SPK başkan ve üyeleri TCK kapsamında da kamu görevlisidir. Bu nedenle söz konusu kişiler herkes tarafından işlenilebilen suçların failleri olabileceği gibi sadece kamu görevlileri tarafından işlenilebilen özgü suçların da faili olabilirler. Kurul başkan ve üyeleri hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmamaktadır (SerPK md. 25/b). Bu nedenle Kurul başkan ve üyeleri hakkında, gerek soruşturmaya başlanması gerekse kovuşturma aşamasına geçilebilmesi için her hangi bir makamın iznine gerek bulunmamaktadır. Oysa BDDK üyelerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlar hakkında soruşturma yapılabilmesi için ilişkili bakanın izni gerekmektedir. Aynı uygulama RTÜK açısından da geçerlidir. SPK da kamunun hassas sektöründe faaliyet gösteren bir üst kurul niteliğindedir. Bu anlamda BDDK ve

³⁹⁸ Günday, a.g.e., s. 338.

RTÜK üyelerinin, SPK üyelerinden cezai anlamda daha fazla korunmasını gerektirecek hiçbir haklı gerekçe bulunmamaktadır. Bu nedenle SPK başkan ve üyeleri açısından da 4483 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması yönünde SerPK'da düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

AKGÜL, Aydın; **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Ankara, Beta Yayınları, 2008.

AKINCI, Müslüm; **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.

AKSOY, Ahmet, TANRIÖVEN, Cihan; **Sermaye Piyasası Yatırım Araçları ve Analizi**, 3. bs., Ankara, Gazi Kitabevi, 2007.

ARDIYOK, Şahin; **Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2002.

ASLAN, Zehrettin, BERK, Kahraman; **Rekabet Kurumu'nun Oluşumu Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi**, İstanbul, Alfa Yayınları, 2000.

ATAR, Yavuz; **Türk Anayasa Hukuku**, 2. bs., Konya, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2002.

ATASOY, Adil Ömer; **Anonim Ortaklıkların Denetlenmesinde Hakim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 1984.

ATAY, Ender Ethem; "Fransız İdare Hukuku'nda Bağımsız İdari Otoriteler", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 6, Mart, 2000.

ATAY, Ender Ethem; “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1-2, 2006.

ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.

ATAY, Ender Ethem, ODABAŞI, Hasan, GÖKCAN, Hasan Tahsin; **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

AZRAK, A. Ülkü; “Dünya’da ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler ve İdarenin Yeniden Yapılanması Bağlamında Bunlara İlişkin Bazı Sorunlar”, **Rekabet Kurumu Yayınları No: 0080**, 5 Kasım, 2001, 1. oturum, s. 19- 27.

BAHTİYAR, Mehmet; “Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1996/1, 1996, s. 39-46.

BAYAR, Gültekin; “Sermaye Piyasasında İşlem Yasağı Uygulaması”, **Vergi Dünyası**, S. 259, Mart, 2003.

BULUTOĞLU, Kenan; **Dünya Kazan Ben Kepçe, Zamana ve Mekana Yolculuklar**, İstanbul, Türkeli Yayıncılık, 2000.

CEYLAN, Ali, KORKMAZ, Turhan; **Sermaye Piyasası ve Menkul Değer Analizi**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2000.

ÇOLAK, Nusret İlker; **Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve ABD Örneği**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

DURAN, Lütfi; “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **AİD**, S. 30/1, Mart, 1997, s. 3- 10.

DURAN, Lütfi; “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ed., İ. Kaboğlu, Alkım Yayınevi, 1998, s. 24- 30.

EMEK, Uğur; “Değişen Dünya’da ve Türkiye’de Devlet Bağımsız Düzenleyici Kurullar: Nereye”, **İktisat, İşletme ve Finans**, S. 206, Mayıs, 2006, s. 21- 44.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, I. C., 6. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1998.

ERKUT, Celal; **İptal Davasının Konusu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.

ERKUT, Celal; “Sermaye Piyasası Kurulu”, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ed., İ. Kaboğlu, Alkım Yayınevi, 1998, s. 129- 133.

ERKUT, Celal; “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Rekabet Kurumu Yayınları No: 0080**, 5 Kasım, 2001, Panel, s. 81- 88

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, I. C., Bursa, Ekin Kitabevi, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; **Yönetmelik Yargı**, 15. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN Turgut; **İdare Hukuku Genel Esaslar**, I. C., 2. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2001.

GÜNAYDIN, Gökhan; “Temsili Demokrasiye Elveda: Türkiye’de Üst Kurullar Gerçeği”, **2023**, S. 16, Ağustos, 2002, s. 22-25.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 9. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2004.

GÜLAN, Aydın, BERKARDA, Kemal; “İdare Hukukunda Gerçekleşen Köklü Değişiklikler”, **134. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları, Ankara, 10-11 Mayıs 2002, s. 113-134.

GÜRSEL, Meltem Kutlu; “Sermaye Piyasası Kurulu’nun Denetimi”, **137. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 72, Ankara, 11 Mayıs 2005, s. 39- 99.

KABAALİOĞLU, Haluk; **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İstanbul, İktisadi Yayınlar, 1985.

KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, Legal Yayınevi, 2006.

KARACAN, Ali İhsan; “Özerk Kurumların Özerkliği”, **Rekabet Dergisi**, S. 8, 2001, s. 8-29.

KAYA, Ali; **Bağımsız ve Düzenleyici Üst Kurullar**, Konya, Eğitim Kitabevi, 2004.

KAYAR, İsmail; **Sermaye Piyasası ve Etik Kurallar**, İstanbul, İfa Yayınları, 2002.

KONURALP, Gürel; **Sermaye Piyasaları Analizler, Kuramlar ve Portföy Yönetimi**, 2. bs., İstanbul, Alfa Yayınları, 2005.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, 14. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2002.

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder; **İcra ve İflas Hukuku**, 16. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

KÜTÜKÇÜ, Doğan; **Sermaye Piyasası Hukuku**, I. C., İstanbul, Beta Yayınları, 2004.

KÜTÜKÇÜ, Doğan; **Sermaye Piyasası Hukuku**, II. C., İstanbul, Beta Yayınları, 2005.

Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası.

OĞURLU, Yücel; **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001.

ÖZGEN, Eralp; “Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu’na Tanınan Başvuru Yetkisinin, Talep ve Şikayet Kavramları Açısından Değerlendirilmesi ve Cumhuriyet Savcılarının Takdir Yetkisi”, **15. Yıl Sempozyumu**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 1998, s. 189-203.

PULAŞLI, Hasan; **Şirketler Hukuku**, 4. bs., Adana, Karahan Kitabevi, 2003.

SEZEN, Serife; **Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş**, Ankara, Todaie Yayınları No: 316, 2003.

SEZEN, Serife, “Türkiye’de Düzenleyici Kurullar Kimler, Nasıl Yönetiyor?”, **AİD**, S. 38/4, Aralık, 2005, s. 85-115.

SÜMER, Ayşe; **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, 3. bs., İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım San. Ltd. Şti., 2002.

ŞAHAN, Ökkeş, “İşlem Yapma Yasağına İlişkin Olarak Sermaye Piyasası Kurulu’nun Son İlke Kararı İle Getirilen Yenilikler” **Sermaye Piyasası Meslek Personeli Dergisi**, S. 1, Ocak-Mart, 2010.

TAN, Turgut; “Bağımsız İdari Otoriteler”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 4, Ocak, 2000, s. 3-17.

TAN, Turgut; “Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu”, **Prof. Dr. İsmail Türk’e Armağan**, Sermaye Piyasası Yayınları Yayın No: 54, Aralık, 1996, s. 3- 15.

TANÖR, Reha: **Türk Sermaye Piyasası Taraflar**, I. C., 2. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 1999.

TEKİNALP, Ünal; **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar A.Ş., 1982.

TEKİNALP, Ünal, POROY, Reha, ÇAMOĞLU, Ersin; **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 9. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2003.

THERY, Jean François; “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, Çev., Mahmut Göçer, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ed., İbrahim Kaboğlu, Alkım Yayınevi, 1998, s. 163-173.

TOKGÖZ, Erdi; **Türkiye'nin İktisadi Gelişme Tarihi**, 7. bs., Ankara, İmaj Yayınevi, 2004.

TUNCER, Selahattin; **Türkiye’de Sermaye Piyasası (Teori-Uygulama)**, İstanbul, Okan Yayıncılık Dağıtım, 1985.

TURANBOY, Asuman; **Halka Açık Banka ve Hissedarının Korunması**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2002.

ULUSOY, Ali; **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

ULUSOY, Ali; “Bağımsız İdari Kurumlar”, **Danıştay Dergisi**, S. 100, 1999. s. 3- 22.

ULUSOY, Ali; “Türk İdare Sistemi İçerisinde Rekabet Kurumu’nun Yeri”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 2, Kasım, 1999, s. 3-13.

ÜNAL, Oğuz Kürşat; **Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2005.

YASİN, Melikşah; **Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

YILDIRIM, Turan; “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, **2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yayınları No: 59, Ankara, 11-12 Mayıs 2000, s. 202-215.

YILMAZ, Ejder; “Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, S. 2, Kasım, 1999, s. 79-113.

[http:// www. danistay.gov.tr](http://www.danistay.gov.tr)

ÖZET

[YÜZÜGÜLLÜ, Göksel]. [Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu], [Yüksek Lisans Tezi], Ankara, [2010].

Uzun vadeli fonların karşılaştığı piyasalara sermaye piyasaları adı verilmektedir. Sermaye piyasaları, ekonominin ihtiyaç duyulan kesiminde büyük bir finansman desteği sağlamaktadır. Sermaye piyasasından beklenen bu fonksiyonun yerine getirilebilmesi için, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması gerekmektedir. Bu nedenle 2499 sayılı SerPK kabul edilerek, yürürlüğe girmiştir.

SerPK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi SPK'nın kurulmasıdır. SPK'nın, anayasal temelini 1982 Anayasası'nın 167. maddesi oluşturmaktadır. SPK'nın kuruluş amacını; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, menkul kıymetler ve sermaye piyasasıyla ilgili kuruluşlar hakkında kamunun aydınlatılması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması oluşturmaktadır. Kurul, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanmaktadır. Kurul, idari ve mali özerkliğe sahiptir. Ancak SerPK'da Kurul'un, bir devlet bakanlığıyla ilişkilendirildiği görülmektedir. Bu ilişkilendirmenin temel sebebini, anayasal sistemimiz açısından tamamen bağımsız bir idari makam oluşturulmasının mümkün olmaması nedeniyle idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirme düşüncesi oluşturmaktadır. SPK, yerinden yönetim kuruluşlarının içinde mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları dışında üçüncü bir kategori içerisinde yer almaktadır.

SPK, ilgili bakanlıkça önerilecek dört aday arasından iki, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, BDDK, TOBB ile TSPAKB tarafından önerilecek ikişer aday arasından birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu Kararıyla atanacak yedi üyeden oluşmaktadır. Kurul başkan ve üyelerinin görev süresi altı yıldır. Süreleri bitenler yeniden seçilebilir. Başkan dışındaki üyelerin üçte biri iki yılda bir yenilenir. Kurul başkan ve üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemez.

SPK'nın faaliyet alanında düzenleme yetkisi, denetleme yetkisi ve idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır. Kurul'un sahip olduğu bu yetkilerin, hukuka uygun kullanılmaması sonucunda meydana gelen zararların, SPK'nın sorumluluğu kapsamında tazmini yoluna gidilebilir. Nitekim Kurul, yargı organları tarafından kamu kurumlarından farklı algılanmamaktadır.

Anahtar Sözcükler

1. Sermaye Piyasası
2. Sermaye Piyasası Kurulu
3. Bağımsız İdari Otorite
4. Regülasyon
5. Bağımsızlık

ABSTRACT

[YÜZÜGÜLLÜ, Göksel]. [Capital Markets Board as an Independent Administrative Authority], [Graduate Thesis], Ankara, [2010].

The market for long-term funds is named capital market. The capital market supplies major source of financing in required sector of economy. To satisfy this function of the capital market; the capital market has to work with confidence, clarity and grind away; also it is required to protect saver right and profit. Therefore capital markets law no. 2499 has been accepted and inured.

One of the most innovations of capital markets law is foundation of the capital markets board. Law no. 167 of 1982 fundamental law forms constitutional basis of the capital markets board. Foundation purpose of the capital markets board; to work capital market with confidence, clarity and grind away, to clarify the public about the companies that are associated with security and capital market, to form protection of saver right and benefit. The board uses its authorization own under liability independently. Also the board has administrative autonomy and financial autonomy. However it is seen that the board associated with a ministry of state in capital markets law. Basic reason of this association, implementation opinion of integrity principle is formed by reason of it is not possible to form an administrative authority that is exactly independent constitutionally. Capital Markets Board takes place within the local administrative organizations.

The capital markets board consists of seven members who are assigned with cabinet decision. These members are elected from two candidates among four nominative candidates offered by an associated ministry of state and one each candidate among two each nominative candidates offered by the Ministry of Finance, the Ministry of Industry and Commerce, the Banking Regulation and Supervision Agency, the Turkish Union of Chambers and Commodity Exchanges, Association of Capital Market Intermediary Institutions of Turkey. Term of office of board governor and members are six years. They can win a second time after six years. One-third of members except governor renew bi yearly. Board governor and members cannot dismiss from office until the expiration of the term of office.

Regulation power, supervisory power and administrative practice power are found scope of the capital market board activities. Consequential losses as a result of improper use of board powers can adhibit liability coverage of capital compensation. In fact, the board senses different from public bodies by judicial bodies.

Key Words

1. Capital Market
2. Capital Markets Board
3. Independent Administrative Authority
4. Regulation
5. Independency