

**# SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA DÜZENLENEN
GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU
(SPK.m.110/1, 3)**

*(THE CRIME OF MISAPPROPRIATION ORGANIZED IN CAPITAL MARKET LAW
CML, ARTICLE 110/1, 3)*

Prof. Dr. Ahmet Caner YENİDÜNYA*
Araş. Gör./Res. Asst. Can CANPOLAT**

ÖZET

Ceza mevzuatımızda kendilerine görevleri sebebiyle emanetçi sıfatıyla veya idare etmek üzere bir mal teslim edilen kişilerin, bu mal üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının, yapılan faaliyetin niteliğine ve bu kişilerin hukuki statülerine göre özel düzenlemelerle yaptırma bağlandığı görülmektedir. Örneğin, bahsi geçen tarzda bir fiili ika eden kişi, kamu görevlisi olduğunda, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar içerisinde düzenlenen zimmet suçu (TCK.m.247-249), yahut bir banka çalışanı olduğunda, bankacılık zimmeti suçu (Bankacılık Kanunu m. 160) işlenmiş olmaktadır. Bu hükümler göstermektedir ki, güveni kötüye kullanma başlığı altında, TCK.'nın 155 inci maddesinde yaptırma bağlanan fiiller, kanun koyucunun suç politikası ilkeleri çerçevesinde korumayı hedeflediği hukuksal değerler de gözetilerek, TCK.'da ve özel ceza kanunlarında bağımsız olarak kullanılmıştır. 2499 sayılı eski SPK.'dan farklı olarak, 6362 sayılı SPK.'da, söz konusu fiiller, ayrı suç tipleri olarak düzenlenmek yerine, TCK.'nın 155 inci maddesinde yaptırma bağlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri olarak öngörülmüştür. 155 inci maddenin ikinci fıkrasında; “suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi” nitelikli unsur sayılmakta, 6362 sayılı SPK.'nın 110'uncu maddesi de, bu hükümle örtüşür mahiyette, failin sahip olduğu hukuki statü ve sermaye piyasası mevzuatından kaynaklanan ilişkiler çerçevesinde işlediği fiillerin cezalandırılması gereğinden hareket etmektedir. Sermaye piyasası

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

hukuku yönünden güveni kötüye kullanma, bu piyasanın, istikrar, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması ilkelerini hayata geçirmeyi hedeflemektedir. Çalışmamızda bu alana hakim temel ilkeler de gözetilerek, sermaye piyasasında güveni kötüye kullanma suçunu inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Sermaye Piyasası Suçları, Güveni Kötüye Kullanma, Örtülü Kazanç Aktarımı.

ABSTRACT

Criminal legislation, when we tasks themselves because of the trustee or, in the capacity of the administration to deliver the goods to any person, this property is contrary to the law on the conservation of the nature of the activities and the legal status of these persons according to special regulations, sanctions are connected. For example, the aforementioned type an actual like person who is a public official because of the public administration reliability and functioning of crimes against organized in embezzlement crime (TCL.Article.247-249), or to a bank employee when the banking embezzlement crime (Banking Act Article 160) is being processed. These provisions demonstrate that the abuse of trust under the title, TCL 'Of Article 155 is required by acts, the legislator crime policy under the principles aimed at protecting the legal values as well, considering the penal code.' And the special criminal law independently in was used. The CMB no. 2499 old different from, the CMB no 6362 in these actions, separate types of offenses regulated, rather than penal code of Article 155 in the sanctions connected to the crime of misappropriation of qualified cases, as has been envisaged. In the second paragraph of article 155 of; "crime, vocational and art, trade or service relationship, or for any reason born, regardless of their goods to the managing authority as a result of deposit of the instrument and the goods have been delivered about processing" qualified element to be considered, The CMB no. 6362 article of 110 of this provision corresponds to the nature of the perpetrator, that the legal status and the capital markets legislation, within the framework of relations arising out of the acts of punishment is necessary. Capital market law in terms of the crime of misappropriation, in this market, stability, openness and stability in the study, the rights of depositors and protection of the benefits of the principles, aims to implement. In our study the basic principles dominated the field, taking the abuse of trust in the capital markets will examine crime.

Keywords: Capital Market Crimes, The crime of misappropriation, Transfer of hidden profits

§ 1- GİRİŞ

Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPK.), bilgi suiistimali (içeriden öğrenenlerin ticareti, m.106), piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon, m.107), usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti (m.109), güveni kötüye kullanma ve sahtecilik (m.110), bilgi ve belge vermeme, denetimin engellenmesi (m.111), yasal defterlerde, muhasebe kayıtlarında ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük (m.112), sır saklama yükümlülüğünün ihlali (m.113) suç tipleri düzenlenmiştir. Bu suç tiplerinden bilgi suiistimali (içeriden öğrenenlerin ticareti), piyasa dolandırıcılığı (bilgi yahut işleme dayalı manipülasyon) ile usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunma¹, bizatihi sermaye piyasasının spesifik yapısından ve mekanizmalarından kaynaklanan hükümlerdir². Buna karşılık güveni kötüye kullanma, örtülü kazanç aktarımı, yasal defterlerde, muhasebe kayıtlarında ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük, sır saklama yükümlülüğünün ihlali gibi suç tipleri, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen daha genel nitelikteki suçların, sermaye piyasası sistemi çerçevesinde özelleştirilmiş halleri olarak değerlendirilebilir³.

SPK.'da düzenlenen suç tiplerinde manevi unsur olarak kasta yer verilmiştir. Bu açıdan tedbirsizlik, dikkatsizlik, yani taksirli davranışlarla bu suçların işlenmesi mümkün değildir. Bizatihi sermaye piyasasının spesifik özelliklerinden kaynaklanan piyasa dolandırıcılığı suçunda, failin kastı dışında, belirli bir amaçla hareket etmesi de aranmıştır. Buna göre, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığında “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla*”, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığında ise, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla*” hareket edilmesi aranmıştır. Bu düzenleme tarzı, piyasada etkili olabilecek tarzda işlem yapan gerçek yatırımcı ile, yapay işlem yapmak hedefini gözeten fail arasındaki farkı ortaya koymak bakımından önemlidir⁴.

¹ Bu suç tipi yönünden 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8 inci maddesindeki erişimin engellenmesi koruma tedbiri uygulanabilir (Sermaye Piyasası Kanunu m.115/5).

² **İsfen, Osman**, “Sermaye Piyasalarının Suiistimale Karşı Korunmasında Avrupa Hukuku Standartları”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s.499.

³ **İsfen**, s.499.

⁴ **Yenidünya, A. Caner**, “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler”, in: İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012), Konferans Bildiri Kitabı, (Editörler: A. Caner Yenidünya, Mustafa Erkan, Rayhan Asat) Nisan 2013, s.89.

Yasa'nın 108 inci maddesinde bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayacak haller düzenlenmiş, böylece bu davranışların tipik olmalarına rağmen, hukuka uygun oldukları ifade edilmiştir⁵. Örneğin, Merkez Bankası'nın para politikalarının uygulanması yahut resmi diğer kuruluşların fiyat istikrarının sağlanması adına yaptığı işlemler, bu suçlar kapsamında değerlendirilmez (m.108/1 a). Düzenlemeyi, ilgili suç tipleri yönünden, kanun hükmünü icra (TCK.m.24/1) yahut hakkın icrası (TCK.m.26/1) hukuka uygunluk sebepleri kapsamındaki temel örnekler olarak kabul etmek gerekir. İfade edelim ki, bunlar dışında da hukuka uygunluk arz eden haller pekala olabilir⁶.

Kanunumuzda sermaye piyasası alanında işlenebilecek suç tipleri yönünden yaptırım olarak fiilin ağırlığı da gözetilerek, sadece hapis cezasına (örneğin, m.111) yahut hapis cezası ile birlikte adli para cezasına (örneğin, m.107, 109) veyahut adli para cezasıyla seçimlik olarak hapis cezasına⁷ (örneğin m. 106) yer verilen bir sistem benimsenmiştir. Kanunda özellikle para cezasının tayini yönünden, çıkar amaçlı fiillerin niteliği dikkate alınarak elde edilen menfaat ile uyumlu bir sistem belirlenmeye çalışılmıştır. Nitekim örneğin, fail ya da failer, eylemleri sonucunda bir menfaat elde etmiş iseler, bilgi suiistimali suçunda verilecek adli para cezası elde edilen menfaatin iki katından az olamaz, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığında da elde edilen bu menfaatten az olamaz.

SPK.'da, eski 2499 sayılı Kanundan farklı olarak piyasa dolandırıcılığı (işleme dayalı manipülasyon yönünden) ve güveni kötüye kullanma (örtülü kazanç aktarımı yönünden) suç tiplerinde etkin pişmanlık hükmüne de yer verilmiştir. Buna göre örneğin, piyasa dolandırıcılığında, suçu işleyen kişi pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı soruşturmaya başlamadan önce öderse, hakkında cezaya hükmolunmaz. Soruşturma evresinde öderse ceza yarı oranda indirilir. Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar öderse, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir (m.107/3). Bu düzenlemeyi isabetli bulmakla birlikte, iki hususun suç ve ceza politikası yönünden hatalı olduğu kanaatindeyiz. Birincisi, etkin pişmanlık konu-

⁵ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.89.

⁶ Bkz. **Colussi, Marc**, Kapitalmarktstrafrecht-Insiderhandel und Marktmanipulation, Berlin 2010, s.97.

⁷ Suç tipinde; “iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezası” tarzında düzenleme yapılmış olup, adli para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmemiştir. Bu durumda, ceza tayin edilirken TCK.'nın 61 inci maddesinin 9 uncu fıkrasında yer alan; “Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz” hükmünün dikkate alınması gerekir.

sunda, yaptığı işlemler neticesinde, fail zarar etmişse, nasıl hareket edilecektir? Bu yönüyle sadece işlenen suçtan menfaat elde edilmesi düşüncesine dayalı düzenleme hatalıdır⁸. Zira tatbikatta sıklıkla, işleme dayalı manipülasyon fiilini gerçekleştirenlerin (belki de hadisenin arka planında alım satım yapan, stok eriten yatırımcılar tespit edilemediğinden), alım satım maliyetleri dikkate alındığında (komisyon ve BSMV), zarar ettikleri görülmektedir⁹. İkincisi etkin pişmanlık hükmünün, kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmaksızın, henüz soruşturma safhasında “beş yüz bin liradan az olmamak” ya da “elde edilen menfaatin katları” gibi ceza mahiyetinde hükümlerle ele alınması isabetli değildir. Gerçekten etkin pişmanlık hükümlerinin temel mantığı, failin davranışı ile ortaya koyduğu zararı kendi iradesiyle ortadan kaldırmasıdır. Gecikmiş de olsa kişinin suç yolundan dönmeye matuf bu davranışı ödüllendirilmektedir. Halbuki SPK.’nın etkin pişmanlığa ilişkin hükümleri, faili ortaya koyduğu zarardan çok daha fazlasını karşılama konusunda mecbur bırakmaktadır ki, bu durum, etkin pişmanlıktan ziyade, cezalandırma amacını daha çok yansıtmaktadır¹⁰. İleride inceleme konusu suç tipi yönünden etkin pişmanlığa ilişkin değerlendirmelerimizde, bu problemlere değineceğiz.

SPK.’da düzenlenen suç tipleri açısından, Türk Ceza Kanunu’nun hapis cezasının infazının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ilk defa suç işleyen kişiler yönünden geçerli seçenek kurumları diğer şartları da gerçekleşmişse tatbik olunabilir¹¹. Bahsi geçen seçenek kurumlar yönünden “mağdurun zararının karşılanmasına ilişkin koşulun” piyasa dolandırıcılığı suçunda aranıp aranmayacağı tartışma konusu olmuştur. Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 06.02.2012 tarih ve 6468/3206 sayılı kararında, “bu fiilin işlenmesi neticesinde mağduru

⁸ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.90.

⁹ Bu çalışmamızın konusunu oluşturmamakla birlikte, manipülasyon teşkil eden alım ve satımların fiyata etkisi çok kolay olmayabilir. İşlemler her ne kadar diğer yatırımcılar nezdinde, hisse senedinin piyasasındaki hareketliliği ortaya koyarsa da, fiyata etki ve esasen failin kazanç elde edebilmesi, diğer yatırımcıların belirlenen fiyat adımlarından alım ya da satım yapmaları ile yakından irtibatlıdır. Dolayısıyla yapılan işlemlerle orantılı olarak fiyat adımları da bizatihi fail üzerine kaldığında, zarar kaçınılmazdır. Bu durum suçun varlığını kural olarak etkilememekle birlikte, belki davranışın elverişliliği konusunda bir değerlendirme yapılabilir. Ayrıca bkz. **Fischel, Daniel R.-Ross, David J.**, Should the Law Prohibit “Manipulation” in Financial Markets?, Harvard Law Review, Vol.105, no:2, 1991, s.503 vd.

¹⁰ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.91.

¹¹ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.91.

belirlenmiş bir zarar veya kamusal anlamda somut bir zarar söz konusu olmadığından, ilgili şartın aranmayacağı” ifade edilmiştir.

Bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarının bir tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanır (SPK.m.114, TCK.m.60).

§ 2- KORUNAN HUKUKİ DEĞER: SERMAYE PİYASASINA GÜVENİN TESİSİ VE EKONOMİK DÜZENİN MUHAFAZASI

SPK. m. 110'un ihdası ile korunan hukuki değer, özellikle birinci fıkranın (a) bendi bakımından, hak sahiplerinin sermaye piyasası araçlarından kaynaklanan mülkiyet haklarının muhafazasıdır. Ancak suç tipi bütünü itibariyle mülkiyet hakkının yanı sıra, kişiler arasındaki güven ilişkisinin ve bunun da ötesinde, sermaye piyasalarına duyulan itimat ile bu piyasaların istikrarının korunmasını hedeflemektedir¹². Düzenleme sermaye piyasasının dinamikleri ve özellikleri itibariyle ekonomi hukuku ve ekonomik suç kavramıyla bağlantı içerisindedir.

Ekonomi hukuku, bir ekonomik düzenin bütün halinde idaresini kurallara bağlayan hukuksal alan olarak kabul edilebilir¹³. Kamu düzeninin bir parçası olarak ülkedeki ekonomik düzenin işleyişinin korunması şeklindeki genel hukuksal yararı dikkate alan kanun koyucunun, ceza hukukunun yardımına başvurması ve birtakım suçlara yer vermesi doğaldır. Devletin bu tarz hukuksal değerleri korumak adına yaptırımı bağladığı fiiller, ekonomik suçlar adı altında bir kategori ortaya çıkarmıştır¹⁴.

İşlenmelerindeki yoğunluğun ülkenin ekonomik düzeni yönünden ortaya çıkması muhtemel olumsuz tesirleri dikkate alındığında, bireysel malvarlığına karşı suçlar da, geniş anlamıyla ekonomik suç kavramı içerisinde değerlendirilmektedir¹⁵. Bu anlamda, TCK.'da yer alan, güveni

¹² Anayasamızın 167 nci maddesiyle devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen suç tipleri de, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi kapsamında, devletin söz konusu alana müdahale etmesi şeklinde yorumlanabilir.

¹³ **Cin Şensoy, Şehnaz**, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları:32, İstanbul 2004, s. 829.

¹⁴ **Dursun, Selman**, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2006, s. 37, 38.

¹⁵ **Mahmutoğlu, Fatih Selami**, “Bankacılık Suçları Bağlamında Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri”, Türkiye’de Organize Suçlarla Mücadelenin Avrupa Birliği’ne Uyum Süreci Çerçevesinde Değerlendirilmesi Paneli, 05 Ekim 2001, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araş-

kötüye kullanma (m.155), hırsızlık (m.141), dolandırıcılık (m.157-158), bedelsiz senedi kullanma (m.156) gibi suç tipleri, ekonomik çıkar amaçlı suçlar kapsamında mütalaa edilebilir.

Sermaye piyasalarının, günümüzde, ulusal ekonominin istikrarı, düzenli işleyişi ve sağlıklı bir büyümenin tesisinde önemi yadsınamaz. Nitekim, sermaye piyasaları, bir ülkenin ekonomik durumu ve düzeni hakkında önemli parametrelerden biridir¹⁶. Sermaye piyasalarının ulusal ekonomi ya da devletin ekonomik düzeni üzerindeki bu etkinliği nazara alındığında, onun, bahsi geçen işlevini yerine getirebilmesi bakımından en önemli argüman, yatırımcıların bu piyasaya ve bu piyasadaki şeffaflığa¹⁷, güven ve istikrar ortamına inanmalarındır¹⁸. Ülkeler, sermaye piyasalarında şeffaflık, güven ve istikrar gibi ilkeleri sağlayamadıklarında, yatırımcılar arasında fırsat eşitliğini gerçekleştiremediklerinde, halkın sermaye piyasası araçlarına ilgisi azalacak, bu da reel piyasanın ve dolaşısıyla ekonominin bozulmasına sebebiyet verecektir¹⁹.

SPK.'nın 1 inci maddesinde, “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*” tarzında ifade edilen hüküm, bu kanunda düzenlenen suç tiplerinde korunan menfaati ve bu menfaatin genel ekonomik düzen üzerindeki etkisini ortaya koymaktadır. Sermaye piyasalarında istikrarı, şeffaflığı, dürüstlüğü ve en önemlisi halkın bu piyasalara güvenini korumak temel amaç olup, bunların hepsi, sağlıklı bir ekonomik düzen için şart ve gereklidir²⁰.

Şu halde, söz konusu düzenleme ile birden çok hukuksal değer korunduğu, özellikle toplumun sermaye piyasalarına duyduğu güvenin muhafaza altına alınmaya çalışıldığı, bu yolla ekonomik istikrar ve sağlıklı ekonomik düzene ulaşılmak istendiği açıktır. Ülkemizin özellikle Bankacılık alanında yaşadığı tecrübeler, bu türden fiillerin ulusal ekonomik düzen yönünden ne kadar ciddi etkiler yaratacağı konusunda bir fikir verebilir.

tırma ve Uygulama Merkezi, 2002, s. 36; **Özgenç, İzzet**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s.13.

¹⁶ **Schönwälder, Yannick**, Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Regulierung der Marktmanipulation, Berlin, 2010, s. 65.

¹⁷ **Çekin, Mesut**, “Avrupa Birliği Sermaye Piyasası Hukukunda Şeffaflık İlkesi ve Kamunun Aydınlatılması”, Legal Hukuk Dergisi, Y.9, S.105, İstanbul 2011, s.3455 vd.

¹⁸ *Yarg. 11.CD., 12.03.2010, 14618/2705*; **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipier, s.85.

¹⁹ **Schönwälder**, s. 68.

²⁰ **Çetin, Nusret**, “Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:XV, Y.:2011, S.1, s. 4, 5; **Schönwälder**, s. 68.

§ 3- SUÇUN UNSURLARI**I- TİPİKLİK****1- Genel Bilgiler**

SPK.'nin "güveni kötüye kullanma ve sahtecilik" başlıklı 110 uncu maddesinde; "(1) Aşağıdaki füller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda Türk Ceza Kanununun 155'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz:

a) Yatırım kuruluşuna, 58'inci madde kapsamındaki fon kuruluna ve 59'uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularına; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr eylemek.

b) Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...) ²¹ örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya malvarlığını azaltmak.

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticarî hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticarî uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek.

(2) Yatırım kuruluşu, 58'inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59'uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtları bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak 5237 sayılı Kanunun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan kanunî sonuçlar, bu suçtan mahkûm olanlar hakkında da uygulanır.

(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişinin, etkin pişmanlık göstererek 21'inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye;

²¹ Bu bentte yer alan "gibi" ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.2013 tarih ve 2013/24 E., 2013/133 K. sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasına kadar yürürlüğü durdurulmuştur.

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir” denilmek suretiyle, inceleme konusu suç tipi düzenlenmiştir²².

Böylece maddenin birinci fıkrasında TCK.’nun “malvarlığına karşı suçlara” ilişkin bölümünde 155 inci maddede düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri, ikinci fıkrasında ise, “kayıtları bozmak, yok etmek, değiştirmek veya erişilmez kılmak” şeklinde ifade edilen sahtecilik eylemleri yaptırma bağlanmıştır. 2499 Sayılı SPK.’nın 47/1(A-6)’da 15’inci maddeye atfla düzenlenen örtülü kazanç aktarımı suçunu oluşturan eylem de güveni kötüye kullanma tanımına dahil edilmiştir. Bu çerçevede maddede iki ayrı suç tipinin yer aldığını, 110/1’de “güveni kötüye kullanma”, 110/2’de ise “sahtecilik” fiillerinin düzenlendiğini ifade etmek gerekir. Biz çalışmamızda 110/1’de yer alan “güveni kötüye kullanma” fiilini inceleyeceğiz.

Bu düzenlemenin 2499 sayılı SPK.’daki karşılığı, Kanununun 47/1 (A-5) maddesinde yer almaktaydı. Maddede; “Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanununun 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorumlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehmeden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve tağyir eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri (...) bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ikibin günden beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar” denilmektedir.

Kanun koyucunun, kendilerine görevleri sebebiyle emanetçi sıfatıyla veya idare etmek üzere bir mal teslim edilen kişilerin, bu mal üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarını, yapılan faaliyetin niteliğine ve bu

²² Hükümet Tasarısının bu düzenlemeye ilişkin 109’uncu maddesinin gerekçesinde; “Yatırım kuruluşları, fon kurulları ve teminat sorumluları, güven ve itibar müesseseleri olmaları ve yatırımcılara ait sermaye piyasası araçlarının bu kuruluşlar tarafından suistimalinin yoğun olarak gündeme gelmesi nedeniyle; Türk Ceza Kanununda güveni kötüye kullanma suçu olarak müeyyide altına alınan fiiller, sermaye piyasasının özelliklerine uygun ve daha geniş kapsamlı bir biçimde tanımlanarak ceza müeyyideye bağlanmıştır” ifadesine yer verilmiştir (Tasarı Esas no: 1/638, Plan ve Bütçe Komisyon Raporu Sıra No: 337).

kişilerin hukuki statülerine göre özel düzenlemelerle yaptırımı bağladığı görülmektedir. Örneğin, zimmet (TCK.m.247-249) yahut bankacılık zimmeti (Bankacılık Kanunu m. 160) böyledir. Bu hükümler göstermektedir ki, TCK.'nın 155 inci maddesinde yaptırımı bağlanan fiiller, kanun koyucunun suç politikası ilkeleri çerçevesinde korumayı hedeflediği hukuksal değerler de gözetilerek, TCK.'da ve özel ceza kanunlarında kullanılmıştır²³.

2499 sayılı SPK.'dan farklı olarak, 6362 sayılı SPK.'da, söz konusu fiillerin (m.110/1) ayrı suç tipleri olarak düzenlenmek yerine, TCK.'nın 155 inci maddesinde yaptırımı bağlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halleri olarak öngörülmesi son derece isabetlidir. Zira 155 inci maddenin ikinci fıkrasında; “*suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin²⁴ ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi*” nitelikli unsur olup 6362 sayılı SPK.'nın 110/1 inci maddesi de, bu hükümlerle örtüşür mahiyette, failin sahip olduğu hukuki statü ve sermaye piyasası mevzuatından kaynaklanan ilişkiler çerçevesinde işlediği fiillerin cezalandırılması gereğinden hareket etmektedir. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, tipiklik unsuru yönünden, suçun temel şeklinde 155 inci maddenin 1 inci fıkrası yol göstericidir.

²³ **Yeni Dünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.88, 89.

²⁴ “Hizmet nedeni ile güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hizmet yapanla yaptırın arasında Borçlar Kanunu anlamında bir hizmet ilişkisi olmalı ve suça konu eşya sanığa sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak koşuluyla teslim edilmelidir. Somut olayda her ne kadar sanık ile katılan kurum arasında hizmet ilişkisi var ise de, gerek sanığın gerekse şirket yetkililerinin beyanlarından sanığın söz konusu çeklerin iadesini istemek ve iade işlemleri için evrak düzenlemek yetkisinin bulunmadığının anlaşılması karşısında eyleminin TCK.'nın 155/1 maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun vasfında hataya düşerek hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması” (Yarg. 15. CD., 08.11.2012, 24530/43952); “Katılan N.T.'ye ait... plakalı aracın 6 ay süre ile aylık 350 TL'den sanık tarafından sözleşme ile kiralandığı, sanığın 4 aylık kira bedeli olan 1.400 TL'yi ödemediği ancak bir süre sonra kalan kira bedelini ödemediği kira sözleşmesi sonunda arabayı da teslim etmediği şeklinde gerçekleşen olayda; eylemin sanık ile katılan arasındaki BK'nın 313'üncü maddesi anlamında hizmet ilişkisi niteliğinde olmadığı, dolayısıyla TCK'nın 155/2 maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığı...” (Yarg. 15. CD., 23.01.2013, 15943/1099).

2- Suç Tipinin Benzer Suç Tiplerinden Farkı

a- Hırsızlık

Hırsızlık, TCK.'nın 141 inci maddesinde; “Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye (...) hapis cezası verilir” şeklinde düzenlenmiştir²⁵.

Hırsızlık ile güveni kötüye kullanma arasında ilk olarak korunan hukuki değer yönünden farklılık bulunmaktadır. Güveni kötüye kullanmada, hem mülkiyet hakkı, hem de bireyler arasındaki güven ve itimat duygusu korunmaktadır. Hırsızlık suçunda ise, kişilerin malları üzerindeki

²⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçları arasındaki temel farklılıklara işaret eden kararı yol gösterici mahiyettedir; “... Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, belirli biçimde kullanılmak için hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edilmektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı ve bu hukuki ilişkinin gereği olarak taraflar arasında oluşan güvenin korunması gerekmektedir. Bu amaçla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar ve devir olgusunu inkâr yasa koyucu tarafından cezai yaptırım altına alınmıştır. Eğer mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında hukuk geçerli bir sözleşme ilişkisi yoksa usulüne uygun bir teslim olmayacağı için güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Zira, hukuksal anlamda geçerli bir sözleşmeden söz edilebilmesi için tarafların iradelerinin aldatılmamış olması gerekmektedir.... Hırsızlık ile güveni kötüye kullanma suçlarının bazı ortak noktaları bulunmakla birlikte bu iki suçun birbirinden ayrıldığı noktaları aşağıdaki şekilde belirlemek olanaklıdır:

- 1) Hırsızlık suçunun konusu sadece taşınır bir mal iken, güveni kötüye kullanma suçunun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz mallar oluşturabilir.
- 2) Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, muhafaza edilmek veya belirli biçimde kullanılmak üzere hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak yapılmaktadır. Hırsızlık suçunda ise taşınır mal zilyedinin rızası olmadan alınmaktadır.
- 3) Hırsızlık suçunda, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır malın bulunduğu yerden alınmasıyla suç oluşmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, suçun olduğu an, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulduğu veya bu devir olgusunun inkâr edildiği andır. Bunun sonucu olarak bu aşamaya kadar gerçekleşen eylemler suç oluşturmayacaktır.
- 4) Hırsızlık suçunda failde başlangıçtan itibaren suç işleme kast bulunmakta iken, güveni kötüye kullanma suçunda sonradan oluşan bir kast söz konusudur. Malın fer'i zilyede belli amaçlar için tevdi edilmesinden sonra kast oluşmakta ve güveni kötüye kullanma suçu işlenmektedir. Ancak, failin kastının hangi aşamada olduğu hususunun her zaman belirlenmesi kolay olmayıp bu konuda önceden somut ölçütler getirilemeyeceğinden, olaysal olarak değerlendirme yapılmalı, fail veya failerin durumu, mağdurla olan ilişkisi, olayın özellikleri ayrı ayrı göz önüne alınarak sonuca varılmalıdır....” (Yarg. CGK., 12.06.2012, 15-540/229).

mülkiyet hakkı²⁶, malikin ve malik olmamakla beraber mal üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kişilerin zilyetlikten kaynaklanan hakları muhafaza altına alınmaktadır²⁷.

Güveni kötüye kullanma suçunda malın yer değiştirmesi şart değildir. Buna karşılık hırsızlık suçunda, malın zilyedinin rızası dışında bulunduğu yerden alınması gerekir²⁸.

Hırsızlık ile SPK. m.110/1-(a) hükmünde tanımlanan fiillerin birbirinden ayrılması bakımından belirleyici kriter “**tevdi ve teslimdir**”. Hırsızlık başkasına ait taşınır malın meşru olmayan bir şekilde elde edilmesinden ibaret olduğundan, zilyetliğin failde bulunmamasını gerektirdiği halde²⁹, güveni kötüye kullanma hak sahibine ait yetkilerin keyfi olarak benimsenmesi suretiyle meydana geldiği için, münhasıran malın zilyetliğini elinde bulunduran kimse tarafından işlenebilir³⁰. Gü-

²⁶ **Wessels, Johannes-Hillenkamp, Thomas**, Strafrecht Besonderer Teil 2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 35. neu bearbeitete Auflage, Heilderberg 2012, §2, kn.70.

²⁷ **Lackner, Karl-Kühl, Kristian**, Strafgesetzbuch Kommentar, (Bearbeitet von Dr.Dr. Kristian Kühl), 27.neu bearbeitete Auflage, München 2011, §242, kn.1; **Özbek, Veli Özer- Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2013, s.549; **Yenidünya, Ahmet Caner**, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Ankara 2013, s.7; **Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s.519.

²⁸ **Yenidünya**, Hırsızlık, s.220.

²⁹ “Annesine bakmak ve ev işlerini yapmak üzere şikayetçinin evinde yatılı olarak çalışan sanık F.’nin, diğer sanığın teşvikiyle kendisine özel surette teslim ve tevdi edilmeyen katılana ait 90.000 Euro ile mücevherlerini yatak odasındaki çekmecedan almaktan ibaret eylemin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden...” (Yarg. 11.CD., 01.07.2009, 6754/8493, **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.III, Ankara 2010, s.4180).

³⁰ **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, İstanbul 2011, s.418; **Eker, Hüseyin**, Açıklamalı-İçtihatlı Hırsızlık Suçları, Ankara 2013, s.412; **Wessels, Johannes-Hillenkamp, Thomas**, Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları in:Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk (Proje Yöneticisi:Kayıhan İçel, Editör: Yener Ünver), Çev.:Yener Ünver, Ankara 2009, s.24 vd. Yargıtay 15. Ceza Dairesi’nin bir kararında; “...Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden almak, hırsızlık suçunun temel şeklidir. Taşınır malın alınmasının suç oluşturabilmesi için, zilyedinin rızasının bulunmaması gerekir. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere ziyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, ziyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, cezalandırılmaktadır. Zilyetlik rızayla faile devredilmelidir. Olayın gelişimine göre; müştekinin suça sürüklenen çocuğun istemesi üzerine suça konu cep telefonunu görüşme yapması için suça sürüklenen çocuğa rızaen verdiğinin anlaşılması karşısında; cep telefonunun ziyedliğinin, belirli

veni kötüye kullanma suçunda hak sahibi olan kişi, suç konusu eşyayı faile bizzat kendisi tevdi ve teslim ederek ona eşyanın zilyetliğini kazandırır³¹. Yargıtay da, güveni kötüye kullanmadan bahsedebilmek için zilyetliğin faile rıza dahilinde devredilmiş olması gerektiğine işaret etmektedir; “Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için; failin bir malın zilyedi olması, malın iade edilmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere faile rızayla tevdi ve teslim edilmesi, failin kendisine verilen malı, veriliş gayesinin dışında, zilyedi olduğu malda malikmiş gibi satması, rehnemesi tüketmesi, değiştirmesi veya bozması ve benzeri şekillerde tasarrufta bulunması ya da devir olgusunu inkar etmesi şeklinde, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekir. Müştekiye ait otoparkta işçi olarak çalışan sanığın, katılan tarafından otoparka bırakılan ve kendisine teslim edilmeyen katılana ait otomobili terminale kolisini götürmek amacı ile otoparktan çıkarıp otopark sahibinin ve katılanın rızası olmadan alıp kullanmak suretiyle hırsızlık suçunu işlediği (...)”³², “Sanığın işçi olarak çalıştığı iş yerinde patronu olan müşterinin bankaya yatırması için verdiği 1000 TL.yi alarak bankaya yatırmak yerine harcadığının anlaşılması ve kabul karşısında; 5237 sayılı TCK nın 155 nci maddesi yerine 141/1 maddesi ile hüküm kurulması (...)”³³, “Garsonluk yapan sanığın aynı iş yerinde çalışan mağdurun cep telefonuna tanıdığı bir telefon bayiiinde ücretsiz program yükleteceğini söyleyerek yanından ayrılarak ortadan kaybolması şeklinde gelişen olayda, mahkemenin güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğuna ilişkin kabulünde isabetsizlik görülmemiştir³⁴”.

Buradan hareketle, sermaye piyasası araçlarının tevdi ve teslim edildiği aracı kurum çalışanlarının devir olgusuyla bağdaşmayacak tarzda tasarrufta bulunmaları halinde güveni kötüye kullanma gerçekleşir. Aracı kurumda çalışmakla birlikte, piyasa işlemi yapmaya yetkili olmayan yahut bizzat bu yönde kendilerine sermaye piyasası aracı teslim edilmeyen kişilerin, sermaye piyasası araçlarını haksız yere elde etmeleri hırsızlık suçuna vücut verir³⁵. Örneğin, aracı kurumda yönetici sekreter-

bir süre için müşteki tarafından suçta sürüklenen çocuğa devredilmiş olması nedeniyle eylemin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin hırsızlık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır” denilmektedir. Bkz. Yarg. 15.CD., 03.04.2012, 2011/11975, 2012/33541.

³¹ Dönmezer, s.511; Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.548; Tezcan-Erdem-Önok, s.592; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s.434.

³² Yarg. 15. CD., 08.02.2012, 23971/7309.

³³ Yarg. 13.CD., 15.10.2012, 2011/17807 - 2012/21577 (Eker, s. 423).

³⁴ Yarg. 11.CD., 03.02.2010, 6806/7406.

³⁵ Hırsızlık suçunun gerçekleşmesinden sonra, ilgili sermaye piyasası araçları üzerinde tasarrufta bulunulması, kural olarak yeni bir suçta vücut vermeyip, cezalandırılmayan

liği yapan A'nın öğrendiği şifreyi kullanarak herhangi bir yatırımcıya ait hisse senetlerini, kendi hesabına yahut bir yakınının hesabına virman yapması halinde durum böyledir. Çünkü sermaye piyasası araçlarının bu kimseye tevdi ve teslim edildiğinden söz edilemeyeceği gibi, onun sermaye piyasası araçları üzerinde denetim ve gözetim sorumluluğu da bulunmamaktadır. Söz konusu örnekte sekreter A, bilişim sistemini kullanarak fiili gerçekleştirdiğinden, hırsızlık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden sorumlu tutulur (TCK. m.142/2-e). Bu durumda her ne kadar bilişim sistemi kullanılarak haksız bir yarar elde edilmişse de, sistemdeki verilere zarar verilmesi yahut sistemin engellenmesi veya bozulması söz konusu olmadığından, TCK. m.244/4 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Nitekim konuyla ilgili bir kararında Yargıtay da, “*sanığın internet bankacılığı hizmetinden yararlanan yakınının şifresini elde ederek G... Bankası G... Şubesinde bulunan hesap bilgilerine ulaştıktan sonra, bir miktar parayı oluşturduğu sahte kimlikteki isme havale çıkarttığı olayda sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirmenin söz konusu olmadığını*” dikkate alarak eylemin TCK. m.244 değil, m.142/2-(e) bakımından tipik olduğu kabulüyle hüküm kurmuştur³⁶.

Belirtelim ki, hırsızlık suçunun gerçekleşmesinden sonra, sermaye piyasası araçları üzerinde tasarrufta bulunulması, kural olarak yeni bir suça vücut vermeyip, cezalandırılmayan sonraki hareketler kapsamındadır³⁷.

b- Dolandırıcılık

Dolandırıcılık, TCK.'nun 157 nci maddesinde; “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak*” şeklinde tanımlanmıştır.

Dolandırıcılık da, güveni kötüye kullanma ve hırsızlık gibi malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiştir. Ancak söz konusu suç tipi ile mülkiyet hakkının yanı sıra kişilerin irade hürriyetleri³⁸ ve kişiler

sonraki hareketler kapsamındadır (Soyaslan, s.436; Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s.353).

³⁶ Yarg. 6.CD., 02.06.2008, 555/12249.

³⁷ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 25.09.2012 tarih ve 23222/ 16191 sayılı içtihadında; “..Oluş ve dosya içeriğine göre; suça konu aracı sanık kendi hakimiyetine geçirmekle hukuken korunmasa dahi aracın üzerinde istediği şekilde tasarruf olanağı kazandığı bu nedenle aracı hiç bulunmayacak şekilde kullanması ile araca zarar vermesi arasında herhangi bir fark bulunmadığı gibi aracın tanınmaması için kasasını değiştiren sanığın zarar vermek kastıyla hareket etmediğinin anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin bir bütün olarak 5237 sayılı Yasanın 142/2-(d) maddesinde yazılı hırsızlık suçunu oluşturduğu halde sanık hakkında iki ayrı suçtan mahkumiyet kararı verilmesi.. yasaya aykırıdır” denilmektedir.

³⁸ Tezcan-Erdem-Önok, s.599.

arasındaki güven ilişkisi de korunmaktadır³⁹. Nitekim madde gerekçesinde, “... söz konusu suç tanımı ile kişilerin sahip bulunduğu malvarlığı hakkının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu suçun işlenişi sırasında hileli davranışlar ile kişiler aldatılmaktadır. Aldatıcı nitelik taşıyan hareketlerle kişiler arasındaki ilişkilerde var olması gereken iyi niyet ve güven ihlal edilmektedir. Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlal edilmektedir...” denilmiştir.

Bu suç yönünden muhatabını hataya düşürmeye, aldatmaya, onun algılama ve irade yeteneğini etkilemeye elverişli, gerçeği gizlemeye, başkalaştırmaya, olduğundan farklı göstermeye hizmet eden maddi yahut gayri maddi her türlü davranış hile kapsamındadır⁴⁰.

Gayri maddi davranışlar kapsamında basit bir yalan hile kabul edilmezken⁴¹, failin birtakım olgularla güçlendirdiği, belli ağırlık ve yoğunluktaki yalan hile olarak nitelendirilebilir⁴².

³⁹ **Tümerkan, Somay**, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul 1987, s.16, 17; **Önder, Ayhan**, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.364, 365; **Yenidünya**, Hırsızlık, s.226; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.653; **Yavuz, Hakan A.**, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Basit Dolandırıcılık Suçu, CHD, S.1, Y.1, Ekim 2006, s. 346 vd.; “Dolandırıcılık salt mal varlığına karşı işlenen bir suç değildir. Mal varlığı yanı sıra irade ve karar verme özgürlüğünü korumaya yönelik bir suçtur. Dolandırıcılık suçunda mağdur yanıltılmaktadır. Yani dolandırıcılık suçu tipik bir hile suçudur. İrade hileyle fesada uğratılmaktadır” (Yarg. 6.CD. 01.12.2011, 15875/47627).

⁴⁰ **Yenidünya**, Hırsızlık, s.228.

⁴¹ “...Fail söylediği yalanın kontrolünü engel olacak veya yalanın tespitini zorlayacak bir hareket yapmadıkça mücerret yalan hile olarak kabul edilmemektedir. Şayet beyanda bulunan gerçeği söyleme bakımından hükümlülük altında ise yalan güvenin kötüye kullanılmasında bir araçtır. Yalan kişi üzerinde etki yapması için söylenmiş ise hile olarak ele alınabilir. Yalan mağdurun denetleme imkanını ortadan kaldıran güven ortamı içinde ortaya konmalı fail mağduru istediği yöne çekmiş olmalıdır. Mücerret yalan dolandırıcılığın karakteristik unsuru olan hileyi meydana getirmez. Hilenin kandırarak nitelikte olup olmadığı olaysal değerlendirilmelidir. Olayın özelliği, mağdurun durumu, fail olan ilişkisi kullanılan hilenin şekli yalanın denetim olanağı bulunup bulunmadığına da bakılarak belirlenmelidir...” (Yarg. 6.CD., 02.10.2012, 25000/16448).

⁴² “Somut olayda, sanığın suç tarihinde şikayetçinin çalıştığı Babaeski ilçesi Alpullu beldesinde bulunan benzin istasyonuna gelip, yapmış olduğu plan dahilinde şikayetçinin iş arkadaşı tanık T’yi tanıdığını söyleyerek şikayetçi ile samimiyet kurduğu, kendisinin Uzunköprü ve Hayrabolu ilçelerinde motosiklet bayiliği yaptığını söyleyerek güven tesis ettiği, ayrılmak üzereyken şikayetçinin motosikletine baktığı, inceledikten sonra bazı eksiklikleri olduğunu söyleyip motosiklete ayara yaptığı, akabinde deneme sürüşü yapmak için motosikleti alarak olay yerinden ayrılıp bir daha dönmemesi şeklinde gerçekleşen olaylarda mahkemenin dolandırıcılık suçunun oluştuğuna yönelik kabulünde isabetsizlik görülmemiştir...” (Yarg. 15.CD., 03.05.2012, 12835/36261).

Hile, somut olayda mağdurun iradesini fesada uğratarak, onun veya başkasının zararına, failin veya başkasının yararına olan haksız tasarrufa rıza göstermesini sağlamaya elverişli olmalıdır. Böylece mağdur, malın devrinin kendisi yönünden bir zarar oluşturmayacağı inancı içinde olmalıdır. Hileli davranışın mağduru kandırarak nitelikte olup olmadığı somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir⁴³.

Güveni kötüye kullanma ile dolandırıcılık suçlarının birbirinden ayrılması bakımından en önemli kriter zilyetliğin devridir. Güveni kötüye kullanma suçunda mağdur, eşyayı iradesiyle, geçerli bir sözleşme ilişkisi dahilinde failin zilyetliğine terk ederken, dolandırıcılık suçunda zilyetliğin devri mağdurun iradesi yanılmak suretiyle sağlanmakta⁴⁴, kandırılan mağdur kendisi veya bir başkasının zararına, failin veya bir başkasının yararına böyle bir tasarrufta bulunmaktadır⁴⁵.

Yargıtay kararlarında hileli davranışlarla elde edilen yarar arasında illiyet bağı bulunması gerektiği, akdin kurulmasından sonra edimlerin ifası sırasında gerçekleştirilen hilenin dolandırıcılık bakımından tipik olmadığı belirtilmektedir⁴⁶; "... yerleşmiş yargısal kararlarda da kabul edildiği üzere, önceden doğmuş bir borçtan dolayı sanığın, mağdura karşı hile ve desiseler kullanarak edimini yerine getirmemesi, menfaat daha önceden elde edilmiş olduğundan dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır. Somut olayda sanığın, önceden alım-satım nedeniyle mağdur Veli'ye borçlanmış olması halinde, aralarındaki borç-alacak ilişkisi hile

⁴³ "...Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır..." (Yarg. 15.CD., 13.06.2012, 6696/39085).

⁴⁴ "Sanık, ATM cihazında önceden hazırladığı tertibatla bankamatik kartının makinesinde sıkışmasını sağlayıp, banka görevlisi ile telefonla görüştüğü izlenimini de uyandırarak yaptığı hile ile şikâyetçiden bankamatik kartını ve şifresini ele geçirmiş ve para çekmiştir. Sanığın şikâyetçiye ait bankamatik kartını ve şifresini hile ve desise yaparak öğrenmesi, telefon ve bankayı vasita kılarak şikâyetçinin zararına kendi yararına haksız menfaat sağlaması şeklindeki eylemin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." (Yarg. 11. CD., 02.10.2002, 6592/7633, YKD., C.:30, S.:4, Nisan 2004, s.643, 644); **Selçuk, Sami**, Dolandırıcılık Cürmünün Kimi Suçlardan Ayrımı ve Çeklerle İlgili Suçlar, Ankara 1986, s. 19.

⁴⁵ **Yenidünya**, Hırsızlık, s.231.

⁴⁶ Yarg. CGK., 27.09.2005, 6-59/107.

ve desise nedeniyle fesada uğratılmamış iradeyle meydana geleceğinden, daha sonra bu borcun hileli hareketler ile kapatılması durumunda, dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşması olanaksızdır. Bu nedenle katılan Veli'nin ve vekilinin, aşamalarda kesinlik kazanmayan bir şekilde, alım-satımdan kaynaklanan önceki borca karşılık taşınmazın tapusunun sanik tarafından devredildiğine ilişkin anlatımları karşısında, ceza yargılamasının amacına uygun biçimde, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından katılan Veli dinlenerek, vekili aracılığıyla Gaziantep 5. Asliye Hukuk Mahkemesine sunduğu 19.11.2001 tarihli dilekçede ileri sürüldüğü gibi, diğer katılan Sabiha Kuzu ile tapu iptali ve tescil davasının açılmasından önce taşınmazın devri hususunda görüşüp görüşmediği, görüştüklerinin kabulü halinde sanığın tapuyu devir işlemleri öncesinde bu mağdurun rızasının olup olmadığının ve devir işleminin yalnızca önceki alacak-verecek ilişkisinden kaynaklanan borç karşılığında mı, yoksa borcu aşan bir miktar belirlenerek üste para da verilmek suretiyle mi gerçekleştirildiği hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirlenmeli, hasıl olacak kanıt durumuna göre sanığın hukuki durumu değerlendirilmelidir. Bu itibarla Yerel Mahkemece noksan soruşturma ile dosya kapsamına ve kanıtlara uymayan gerekçelerle verilen direnme kararı yasa aykırı olup, hükmün bozulmasına karar verilmelidir...”

Bununla birlikte, sözleşme akdedildikten sonra gerçekleştirilen fakat edimin ifasına, diğer bir deyişle sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ilişkin olmayan durumlarda, hileli davranışlara başvurulması halinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceğini kabul etmek gerekir. Bu bakımdan yatırımcı ile aracı kurum arasında usulüne uygun akdedilen bir aracılık sözleşmesi bulunmasına rağmen, rehin verilmesine müsaade edilmeyen ve tevdi edilmemiş bir sermaye piyasası aracının, belge ve kayıtlar üzerinde değişiklik yaparak yahut yatırımcıya yanlış bilgiler verilmek suretiyle tevdiinin sağlanması, bu suretle de rehin işlemine konu edilerek failin kendisine veya başkasına yarar sağlaması durumunda dolandırıcılık suçunun gündeme geleceği söylenebilir. Çünkü burada mağdurun iradesinin hileli davranışlarla yanıltılması söz konusudur.

Dolandırıcılık suçunun var olması için, mağdurun iradesinin hileli davranışlarla suça konu eşyanın tevdi edilmesi sırasında sakatlanması gerekmektedir. Güveni kötüye kullanma bakımından failde suç kastı, eşya kendisine tevdi ve teslim edildikten sonra meydana gelmekte iken, dolandırıcılık suçunda malın elde edilmesi sırasında mevcuttur⁴⁷.

⁴⁷ “...Zilyetliğin hile ve desise kullanılarak elde edilmesi, bu suçta malın teslimi öncesi kast bulunduğunu ortaya koymaktadır. Güveni kötüye kullanma suçunda ise, sonradan oluşan bir kast söz konusudur. Mal, fer’i zilyede belli amaçlar için tevdi edildikten sonra, iade edilmesi aşamasında malın tesliminden sonra kast oluşmaktadır. Kast ögesi olaysal olarak değerlendirilmeli, fail veya failerin durumu, mağdurla olan

Bu suç tiplerinde, başlangıçta kast yahut sonradan eklenen kast ayırımı yönündeki ölçünün her zaman sağlıklı sonuçlar vermediği, özellikle güveni kötüye kullanma suçunda, kastın teslimden sonra oluşacağı kuralının her zaman geçerli olmadığı ileri sürülmüştür. Bu kapsamda güveni kötüye kullanma suçunun işlenmesi bakımından failde, zilyetliğin kurulmasından önce de suç kastının var olabileceği, ancak bunun için söz konusu zilyetliğin hileli davranışlarla elde edilmemiş olmasının gerektiği vurgulanmıştır⁴⁸. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Zira burada failin kastının ne zaman oluştuğundan ziyade, iki suçun birbirinden ayrılması bakımından dikkat edilmesi gereken husus, zilyetliğin devrine ve gerçekleştirilen işleme, mağdurun hileli davranışlar kullanılarak razı edilip edilmediğidir.

c- Rüşvet

Rüşvet TCK.'nın 252 ila 254'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. 252'nci maddeye göre⁴⁹ rüşvet, rüşvet veren bakımından; *“görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlama”*, rüşvet alan kamu görevlisi bakımından ise *“görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlama”* şeklinde tanımlanmıştır.

Rüşvet sözlükte, *“bir işin yasa dışı olarak daha kolay ve çabuk yapılması için o işte görevli kişiye sağlanan aynî veya parasal çıkar”* olarak tanımlanmıştır⁵⁰.

Söz konusu maddenin 6352 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmak için kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması rüşvet olarak kabul edilmekteydi. Kamu görevlisinin görevi gereği yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken bir işi yapmaması, diğer bir ifade ile görevinin gereklerine uygun davranması için menfaat temin etmesi, irtikap boyutuna ulaşmadığı takdirde görevi kötüye kullanma suçu kapsamında (TCK. m. 257/3) düzenlenmişti⁵¹. Bu durum, bir anlaşma çerçevesinde

ilişki, olayın özellikleri ayrı ayrı nazara alınıp sonuca varılmalıdır...” (Yarg.CGK., 12.12.2000, 6-239/244).

⁴⁸ Selçuk, s.23.

⁴⁹ 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanunun 87 nci maddesi ile değişik.

⁵⁰ Bkz. www.tdk.gov.tr.

⁵¹ “Oluşu mahkemece kabul edilen, sanığın görevi gereği yapması gereken ipotek tesisi işlemini yapma karşılığında müstekiden 250 YTL isteyip alma şeklindeki eylemi, 765 sayılı Yasa'nın 212/1. maddesine göre suç tarihi itibarıyla rüşvet almak suçunu oluşturduğu, 5237 sayılı TCK.nun 252. maddesinde rüşvet suçunun 765 sayılı Yasa-

gerçekleştirilen bu tip fiiller bakımından kamu görevlisine menfaat sağlayan kişinin cezalandırma alanı dışında bırakılması⁵² ve suçla mücadelede zafiyet yarattığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁵³. Yapılan değişikliklerle, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak fertten menfaat temini rüşvet sayılmış, ferdin de rüşvet veren olarak sorumluluğuna gidilmiştir⁵⁴.

Rüşvet çok failli suç olarak⁵⁵ kabul edilmiş olup⁵⁶, rüşvet anlaşmasının bir tarafının daima kamu görevlisi olması gerekmektedir⁵⁷. Dola-

dan farklı olarak yalnızca, Kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşmayla yarar sağlaması olarak düzenlediği ve bu durumda, 765 sayılı Yasanın 212/1. maddesinde düzenlenen yapılması gereken iş için menfaat sağlamanın 5237 sayılı Yasada rüşvet suçu olarak kabul edilmediği ve 257. maddedeki görevi kötüye kullanma suçu vasfında bulunduğu...” (Yarg. 5.CD., 3.5.2007, 84/3195); “İrtikap, rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçları arasındaki ilişki ve bu suçlarla ilgili ayırıcı kıstaslar Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 30.03.2004 gün ve 37-75 sayılı kararında açıkça ortaya konulmuştur. Ancak ne var ki; 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY’nin rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddesi 765 sayılı TCY’nin 212/1. maddesinden farklı olarak “yapmak zorunda olunan bir işin yapılması için elde edilen menfaatin rüşvet suçunu oluşturmayacağını” hükme bağlamış, anılan maddenin gerekçesinde de bu husus “haklı bir işin gördürülmesi amacıyla kamu görevlilerine menfaat temininin rüşvet suçunu oluşturmayacağı, koşulları gerçekleştiğinde irtikaptan söz edilebileceği” biçiminde değerlendirilmiştir. 5237 sayılı TCY’nin anılan normu, gerekçesiyle birlikte gözetildiğinde, yapması gereken işi yapmak için menfaat temin eden kamu görevlisinin, irtikap düzeyine ulaşmayan eyleminin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceği düşünülmelidir” (Yarg. CGK., 30.10.2007, 5-174/213).

⁵² Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013, s.1022.

⁵³ Tezcan-Erdem-Önok, s.878; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.1022, 1023; Nuhoğlu, Ayşe, “Yeni Ceza Kanunu İle Kamu İdaresi Aleyhinde Cürümlerde Getirilen Değişiklikler”, Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, s.990.

⁵⁴ Tasarının 68’inci maddesinde konuyla ilgili olarak; “252’nci maddeye beşinci fıkraya eklenen yeni hükümlerle önce rüşvet kavramı tanımlanmıştır. Buna göre rüşvet, bir kamu görevlisinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması için, kişiyle anlaşarak kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamasıdır. Yapılan bu değişikliğe göre, rüşvet suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin kamu görevlisinin “görevinin gereklerine aykırı” bir işin yapılması amacıyla özgü olması şartı aranmamaktadır. Rüşvet suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması bağlamında kişiyle anlaşarak bir menfaat temin etmesi gerekmektedir” denilmiştir.

⁵⁵ Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s. 978; Tezcan-Erdem-Önok, s.882; Soyaslan, s.669; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.1026.

⁵⁶ Madde gerekçesinde de; “Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle çok failli bir suçtur. Bir tarafta rüşvet veren; diğer tarafta ise rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu

yısıyla rüşvet, rüşvet alan bakımından özgü suç niteliğindedir⁵⁸. Bununla birlikte m.252/8'de, rüşvet suçuna ilişkin hükümlerin; "... **Halka açık anonim şirketler, adına hareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi**" halinde de uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Böylece rüşvet alanın, failde aranan özel faillik sıfatı (kamu görevlisi) kendisinde mevcut bulunmasa da halka açık anonim ortaklıklar adına hareket etmesi halinde, rüşvetten sorumlu tutulacağı hükme bağlanmıştır. Bu husus, inceleme konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira ayrıntılarına çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değinileceği üzere SPK.'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun örtülü kazanç aktarımı yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, suçun faili genellikle halka açık anonim ortaklığın yetkilileri olarak karşımıza çıkmaktadır. SPK.'nın 110/1-c hükmüne göre; "**Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide**

itibarla veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur" denilerek bu hususa vurgu yapılmıştır.

⁵⁷ "Rüşvet suçu, öğretide de açıkça vurgulandığı üzere iki taraflı bir suçtur. Bir karşılaşma suçu olduğu için, zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemekte, fakat farklı yönlerden hareket etmektedirler. Bu suç ile yasaklanan eylemler, rüşvet alan kamu görevlisi bakımından rüşvet alma, rüşveti veren fail bakımından ise, rüşvet vermedir. Bu nedenle de yararı sağlayan veya bu yolda anlaşmaya varan (vaadde bulunan) kişi ile kamu görevlisi arasında, serbest iradeye dayalı bir "rüşvet anlaşması" bulunmaktadır... Bu bağlamda, uyuşmazlık konusunun çözümündeki önemi de nazara alındığında, rüşvet anlaşması konusunun incelenmesinde yarar vardır. Gerek Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairenin yerleşmiş kararlarında, gerekse öğretide ağırlıklı bir görüş olarak kabul gördüğü üzere, kamu görevlisinin, görev alanına giren, yapmaması gereken bir işin yapılması veya yapılması gereken bir işin yapılmaması karşılığında, fertele arasında, haksız yararın sağlanması hususunda rızalarının tam olarak uyuşması ile rüşvet anlaşması gerçekleşmiş olur. Teklif veya önerinin fert veya kamu görevlisinden gelmesinin önemi bulunmamasıyla birlikte, rüşvet veren ve alanın aynı amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak, kamu görevlisi tarafından ferde veya fert tarafından kamu görevlisine doğrudan veya örtülü bir istek veya önerinin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Böyle bir anlaşmanın varlığının kabulü için, anlaşmaya ilişkin rızalar özgür irade ürünü olmalı, başka deyişle, cebir, tehdit, hile ve sair nedenlerle fesada uğratılmamış bulunmalıdır" (Yarg. CGK., 26.01.2010, 5-150/1).

⁵⁸ "TCK.nun 40/2. maddesine göre özgü suç niteliğinde olan ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen rüşvet alma suçuna iştirak eden diğer sanık Ö.'in eylemden azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğinin gözetilmemesi..." (Yarg. 5. CD., 19.2.2007, 8410/1204).

*buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde*⁵⁹ bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek” güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur.

Görüldüğü gibi halka açık anonim ortaklık adına hareket eden bir kimsenin, görevinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması yahut yapılmaması amacıyla yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu bir gerçek veya tüzel kişiyle emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek suretiyle ortaklığın kârını veya malvarlığını azaltması veya kârının veya malvarlığının artmasını engellemesi halinde, hem güveni kötüye kullanma hem de rüşvet suçlarının gündeme gelmesi söz konusu olur. Örneğin, halka açık anonim ortaklık yöneticisi olan (A)’nın eşinin ortağı olduğu yahut yönetim kurulu üyelerinden birine ait işletmeden, menfaat elde etmeye matuf emsallere aykırı ve fahiş fiyatla yüklü miktarda mal alması (örtülü kazanç aktarımı/görevin gereklerine aykırı davranış ile haksız kazanç temini), rüşvet ve güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Şayet halka açık ortaklık ile anlaşmanın diğer tarafı olan gerçek kişi ya da tüzel kişi arasında örnekte olduğu gibi doğrudan yahut dolaylı bir bağlantı yok ise, güveni kötüye kullanma (örtülü kazanç aktarımı) varlığından söz etmek mümkün değilse de, rüşvet suçunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Rüşvet anlaşmasının konusunu oluşturan görevin gereklerine aykırı davranışın, bir suça ilişkin olması halinde, gerçek içtima kuralları gereğince, kişiye, her iki suçtan da ceza verilmesi gerekir⁶⁰. Bu nedenle rüşvetle birlikte örtülü kazanç aktarımı yoluyla güveni kötüye kullanma suçunu işleyen bir kimsenin de, bu suçlardan ayrı ayrı sorumluluğu söz konusu olur, somut olayın özelliğine göre 44 üncü madde tatbik edilebilir.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi fıkranın (b) bendinde yine örtülü kazanç aktarımı tanımında geçen “gibi” kelimesini, Anayasa’ya aykırı bularak 14.11.2013 tarihli kararıyla iptal etmiştir. Kanımızca ileride benzeri bir iptal kararı bu fıkra yönünden de ortaya çıkabilir.

⁶⁰ **Artuk-Gökcen-Yenidünya**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.1058; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s. 1002; **Eker Kazancı, Behiye**, “Yolsuzluk Kavramı ve TCK’da Yolsuzlukla Mücadele Etmeyi Amaçlayan Hükümler”, CHD., Y.:3, S.:6, Nisan 2008, s.85.

II- MADDİ UNSURLAR

1- Fiiil

Bu suç tipinde yaptırıma bağlanan fiilleri iki gruba ayırarak inceleyeceğiz. İlk olarak maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen; satmak, kullanmak, rehnemek, gizlemek ve inkâr etmek fiillerini, ardından (b) ve (c) bentlerinde yer alan örtülü kazanç aktarımını oluşturan eylemleri değerlendireceğiz.

a- 110 uncu maddenin 1 inci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen fiiller

Bu bentte yaptırıma bağlanan fiiller, failin belirli bir davranışta bulunması gereğine işaret ettiğinden, icrai niteliktedir. İcrai hareketli suçların, ihmali davranışla işlenmesi hususunda TCK.'da genel bir hüküm yer almamakla birlikte, 83 üncü ve 88 inci maddelerde, kasten öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin var olan özel düzenlemelerin, diğer icrai suçların ihmal suretiyle işlenmesi bakımından da yol gösterici olduğu kabul edilmektedir⁶¹. Bu itibarla güveni kötüye kullanma suçu da, kanundan, sözleşmeden yahut öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanan bir yükümlülük ihlalinin varlığı halinde, ihmali davranışla işlenebilir. Örneğin, müşteri emir formlarında ve seans talep formunda, müşterinin vermiş olduğu satım emirlerini gerçekleştirilmeyen ve kayıtlara yansıtmayan aracı kurum müşteri temsilcisi, müşterinin iradesi hilafına hesabı kullanmadan ötürü, ihmal suretiyle bu suçu işlemiştir. Keza aracı kuruluştaki yönetici Y, denetimi ve sorumluluğu altında çalışan B'nin sermaye piyasası araçları üzerinde hak sahibinin rızası dışında gerçekleştirdiği satmak, rehnemek şeklindeki fiillerini bilmesine rağmen, bunu engelleme yönündeki hukuksal yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle, ihmali davranışı ile fiile iştirak etmiş olur.

aa- Satmak

Suç tipinde yaptırıma bağlanan fiillerden “**satmak**”, karşılıklı borç doğuran bir sözleşme çerçevesinde satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlenmesidir (BK.m.207). Fail ile alıcı durumundaki kişi arasında satım sözleşmesinin kurulmasından sonra malın tesliminin gerçekleştirilememesi suça teşebbüs çerçevesinde değerlendirilir⁶². Bu itibarla suçun tamamlanma anı olarak, aradaki anlaşma uyarınca failin zilyetliğinde

⁶¹ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2013, s.238.

⁶² Yarg. 9. CD., 04.06.1992, 7184/5885.

bulunan malı devrettiği anın dikkate alınması gerekir⁶³. Karşı tarafın, malı aldıktan sonra edimini yerine getirip getirmemesi, suçun oluşumuna etkili değildir⁶⁴. Diğer taraftan satım sözleşmesi kurulduktan sonra, ancak henüz mal teslim edilmeden evvel, failin özgür iradesi ile suç yolundan dönmesi ve mal üzerinde zilyetliğin devri amacına uygun tasarruflarda bulunması halinde, gönüllü vazgeçmeden istifade edeceği belirtilmelidir⁶⁵.

Bu kapsamda Sermaye Piyasasında suçun oluşmasına sebep olabilecek bu türden fiillere; “aracı kurum nezdinde bulunan hisse senetlerini müşterinin talimatı olmaksızın⁶⁶ satmak⁶⁷, yatırımcının, bedelli rüçhan hakkını kullanmak istememesi ve hisse senetlerinin iadesini talep etmesine rağmen, aracı kurum tarafından senetlerin talimatsız olarak satılması, hisse senetlerinin virman edilerek saklanmak üzere emanete aldırılmasına rağmen aracı kurum tarafından talimat dışı satılması, portföyde bulunan hisse senetlerinin bir kısmını satarak kredi bakiyesinin

⁶³ **Dönmezer**, s.511; “Telefon alım satımı ve tamir işleriyle uğraşması nedeniyle şikayetçi (...) tarafından bırakılan cep telefonunu iade etmeyerek telefon satın almak isteyip bu durumu bilmeyen... Hasan Akça’ya satması...” (Yarg. 11. CD., 08.07.2009, 8354/8797); “Sanığın şikayetçi tarafından sütünden istifade etmesi karşılığında bakıp gözetmek üzere kendisine teslim edilen inekleri satması...” (Yarg. 11. CD., 30.06.2008, 5337/7116, **Yaşar, Osman, Gökcan, Hasan Tahsin, Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.IV, Ankara 2010, s.4551); “Sanığın, yakınına ait bisikleti bir saatliğine kullanıp iade etmek için aldıktan sonra, iade etmeyecek Mehmet Taş’a satması...” (Yarg. 6.CD., 21.11.2007, 16879/12434, **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 4.Cilt (Madde 132-234), Ankara 2009, s.3512).

⁶⁴ **Dönmezer**, s. 511; **Oğuzman, M.Kemal**, “Emniyeti Suiistimal Suçu”, İBD., C.:XXV S.:10, Ekim 1951, s.567; **Canpolat, Can**, 5237 Sayılı TCK’da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.48.

⁶⁵ **Canpolat**, s.48.

⁶⁶ İMKB. Yönetim Kurulu’nun, yatırımcıya ait 99.000 D.H. hisse senedinin satımı işleminin, SPK.’nın 25.09.1997 tarih ve 27/1545 sayılı ilke kararı ve karara paralel genel mevzuat hükümleri uyarınca yatırımcının emri ile gerçekleştirildiğine dair bir bulguya rastlanmadığından hisselerin komisyon, masraflar ve temettüleriyle hesaba iadesine ilişkin 22.12.1998 tarih ve 646 sayılı kararı, Sermaye Piyasası Kurulu’nca, yatırımcıya ait banka hesabındaki meblağlar ile satım işlemine ait bedellerin birbirini tutması sebebiyle yatırımcının hesabını sürekli izlediğine ilişkin somut veriler bulunması gerekçesiyle bozulmuştur (Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayını, İstanbul, Haziran 2011, s.390 vd.).

⁶⁷ “Olay tarihinde aracı kurumun sahip ve yönetim kurulu başkanı olan sanığın, müşteri tarafından kendilerine muhafaza için verilen 3.000.000 TL değerindeki M. Bank hisse senetlerini, M. Bank’ın battığını söyleyerek müşteriye iade etmediğinden bahisle dava açılmış ise de, hisse senetlerinin, sanığın yanında çalışan ve imzaya yetkili bulunan E. tarafından satıldığı anlaşılmakla” (Beyoğlu 5. Asliye Ceza Mahkemesi, 20.12.1995, 1994/1644 E., 1995/1307 K.) Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, İMKB Yayını, İstanbul, Temmuz 1997, s.616.

azalmasına ve potansiyel zararın oluşmasına sebep olmak, müşteriye yanlış ve yanıltıcı bilgiler verip talimat dışı satımlar yapmak ve bu suretle zarar oluşmasına sebep olmak, talimat dışı satımlar ile fazladan komisyon ödenmesine yol açmak” örnek olarak gösterilebilir.

bb- Kullanmak

Suçtu oluşturan fiillerden bir diğeri de **kullanmaktır**. Yukarıda, kullanmanın bazı örneklerine temas etmiştik. Söz konusu ifadenin son derece geniş ve soyut bir nitelik arz ettiği dikkate alındığında, kullanmak fiiline verilecek anlam, maddede sayılan diğere davranış biçimleri dışında kalan ve zilyetliğin devri amacı dışında mal üzerinde her türlü tasarrufta bulunmaktır. Örneğin, müşterilere ait paraları, talimat olmaksızın hisse alım satımında kullanmak⁶⁸, müşterinin bilgisi ve onayı olmadan açığa hisse senedi işlemleri yapıp, kullandırılan kredilerin yüksek faizleri hesaptan ödenmek suretiyle portföy değerinin eritilmesine sebep olmak, aracı kuruluşun uhdesinde bulunan müşterilere ait menkul kıymetleri rehin vermemekle birlikte bir hukuki ilişkinin teminatı olarak göstermek, hesaba intikal ettirilmek üzere teslim edilen hisse senetlerini üçüncü şahsın hesabına geçirmek⁶⁹, yatırımcının aracı kuruma belirli bir hisse senedi alımı için teslim ettiği parayı talimat dışında başka bir hisse senedi alımında kullanmak⁷⁰, yatırımcının satış talimatı üzerine satılan hisse senetlerine ait bedelleri, talimat dışı ve manipülasyon oluşturan alım işlemlerinde kullanmak, satış talimatının düşük fiyattan yerine getirilmesi, bu kapsamda mütalaa edilebilir.

cc- Rehnetmek

Rehnetmek de maddede öngörülen seçimlik hareketlerden bir tanesidir. Rehnetmek, bir borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklarının teminatı olmak üzere ve paraya çevirme hakkı ile birlikte alacaklı lehine verilen taşınır ya da taşınmaz mal güvencesini ifade eder⁷¹. Sermaye piyasası araçları üzerinde, fail tarafından zilyetliğin üçüncü kişiye rehin vermek amacıyla devredilmesi yahut bu meyanda söz konusu maddi varlıklar üzerinde rehin işleminin tesis edildiğine dair hukuki işlemlerin tamamlanması ile suçun oluşacağını kabul etmek gerekir. Failin, rehin işlemini, kendi lehine veya üçüncü kişi lehine yapması arasında fark bulunmamaktadır. Yargıtay da, “*aracı kurumun yöneticisi konumundaki faillerin, banka ve bir başka kurumdan aldığı nakit ve krediler için müşterilere ait hisse senetlerini rızalarını almadan rehnet-*

⁶⁸ Yarg. 11. CD., 18.03.2008, 7048/1614 (Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 4559).

⁶⁹ Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, 1997, s.294.

⁷⁰ Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, 1997, s.306.

⁷¹ <http://www.uyp.gov.tr/destek/hs/index.htm>.

mesinin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağına(...) sanık, kurum yönetim kurulu üyesinin, hissesini devrettiği tarihten önce rehin işlemi yapıp yapılmadığının araştırılması ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekeceğine” hükmetmiştir⁷².

Malı rehinli alacaklı sıfatıyla elinde bulunduran kişinin⁷³, zilyetliğin devri amacı dışında bu mal üzerindeki tasarruflarının inceleme konusu suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir. Bu konuda karşımıza üç ihtimal çıkabilir:

Birinci ihtimal; rehinli alacaklının malı bir başkasına rehnemesidir. Alacaklı sıfatıyla bir malı rehinli olarak elinde bulunduran kişi, ancak rehin verenin rızası dahilinde rehin konusu taşınırı rehnedebilir (MK. m.942). Ayrıca alacaklı, malikin rızası olmadıkça taşınırı başkasına da devredemez (MK. m.945/2). Kendiliğinden bu tasarruflarda bulunduğu takdirde, ortaya çıkan zarardan sorumlu olur. Bu hukuki sorumluluk yanında alacaklı, malikin rızası hilafına bu davranışlarda bulunması dolayısıyla güveni kötüye kullanma suçundan da mesul tutulur.

İkinci ihtimal; rehinli alacağın ödenmesi halinde, rehinli alacaklının malı iade etmemesi durumudur. Menkul eşya üzerinde söz konusu olan ve sınırlı bir ayni hak olan rehin hakkı, bağlı olduğu alacak ödendiğinde ortadan kalkar. Bu durumda alacaklı, rehinli taşınırı hak sahibine geri vermekle yükümlüdür (MK. m.944). Rehlinli alacaklı, taşınırı sahibine iade etmezse ve zilyetliği inkar ederse, bu suçun oluşacağını belirtmek gerekir.

Üçüncü ihtimalde ise, rehin sahibi alacaklı, aksi kararlaştırılmadıkça taşınırdan yararlanmaktan imtina etmek ve elde ettiği semereleri de malike vermek durumundadır (MK m.947/2)⁷⁴. Bu semerelerin rıza hilafına mal edinilmesi veya taşınırdan yararlanılması halinde, güveni kötüye kullanma suçu gerçekleşir.

dd- Gizlemek

Maddede yaptırıma bağlanan fiillerden biri de **gizlemektir**. Örneğin, zilyetliğinde nakit veya basılı hisse senedi bulunduran aracı kurum çalışanının, bunları gizlemesi bu kapsamdadır. Aslında bir başka bakış açısıyla gizleme, zilyetliği inkâr etmenin bir görünümüdür. Zira emanetindeki suça konu malvarlığı değerinin iadesinin talebi halinde, bu talebe

⁷² Yarg. 11.CD., 19.02.1999, 9237/1704.

⁷³ Madde metninde failin, konuyu her ne sıfatla olursa olsun elinde bulunduran kişi olabileceği belirtildiği için burada failin suçun konusunu rehinli alacaklı sıfatıyla da elinde bulundurması söz konusu olabilir.

⁷⁴ **Zevkliler, Aydın**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2008, s.394; **Esener, Turhan-Güven, Kudret**, Eşya Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2008, s.489; **Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer-Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, 11. Bası, 2006, s.798.

sessiz kalan⁷⁵ veya yalanlar söyleyerek zilyetliği inkâr eden kişi de bir çeşit gizleme halî içerisinde. Hak sahibinin iade talebine rağmen, herhangi bir haklı sebep olmaksızın malın iade edilmemesi fiili de bu kapsamda değerlendirilir.

ee- İnkâr Etmek

Kanun koyucu, maddede belirtilen sermaye piyasası araçları ile nakit yahut sair kıymetin tevdi ve tesliminin **inkârını** da seçimlik hareketler arasında düzenlemiştir. Kural olarak, inkar etmek, failin, suç konu malvarlığı değerlerini elinde bulundurmasına dayanak teşkil eden hukuki ilişkiyi reddetmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte bir hukuki ilişkinin hiç var olmadığını söylemek ile var olmakla birlikte mahiyetini yahut konusunu farklılaştırmak ya da daha önce belirttiğimiz gibi bir hukuki ilişkinin varlığından bahisle malın iadesi talep edildiğinde, bu talebe cevap vermemek, inkar etmenin tezahür şekilleridir. Bu kapsamda yatırımcı tarafından aracı kuruma hisse senedi alım satımı yapması için verilen paranın talimata rağmen herhangi bir alım satımda kullanılmaması ve iadesi talep edildiğinde bu talebe hiçbir şekilde cevap verilmemesinin⁷⁶, paranın başkaca bir alanda kullanıldığının hesap hareketleriyle tespit edilmesi halinde kullanmak, aksi takdirde inkar etmek kapsamında bu suçu oluşturduğu kabul edilmelidir. Keza virman talimatına konu hisse senetlerinin bir kısmının talimata uygun işleme tabi tutulmasına rağmen, kalanının akıbeti sorulduğunda aracı kurum tarafından kendilerinde başkaca hisse senedi bulunmadığının söylenmesi⁷⁷ de inkar olarak nitelendirilmelidir.

Aracı kurum temsilcisinin, hisse senetlerinin kendilerine emanet sıfatıyla teslim edildiğini inkar etmesinden evvel, söz konusu senetlerin talimatsız olarak satılmış olduğunun tespiti halinde, suçun inkar etmek

⁷⁵ “Taraflar arasındaki kira sözleşmesinin bitim tarihinden önce feshine ilişkin bir beyanda bulunulmaması üzerine, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca sözleşmenin süresiz uzamış sayılacağı ve 09.04.2003 tarihinde noterden gönderilen, “sözleşmenin feshi ile kiralanan traktörün iadesine” ilişkin ihtarnamede verilen sürenin bitimine rağmen iade edilmemesi üzerine güveni kötüye kullanmak suçunun oluşacağı...” (Yarg. 11.CD., 21.11.2007, 11258/8294, **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, 4.Cilt, s.3525); “Katulan sigorta şirketi ile sanık arasında yapılan 19.04.2001 tarihli tali acentelik sözleşmesi gereğince 06.03.2002 tarihinde sanığa teslim edilen 25 adet poliçeden, kullanmadığı 9 adet poliçe ile 7 adet zeyilnameyi sözleşmede öngörülen sürede kendisine yapılan ihbara rağmen iade etmediği gibi kullandığı poliçeler nedeniyle tahsil ettiği primleri süresinde katulan şirkete ödemediği dosya kapsamı ve savunma içeriği ile anlaşılın sanığın üzerine atılı suçun sübut bulunduğu gözetilmeden...” (Yarg. 11.CD., 12.03.2007, 8471/1610, **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, 4.Cilt, s.3528).

⁷⁶ Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, 1997, s.243.

⁷⁷ Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, 1997, s.296.

ile değil, seçimlik hareketlerden satmak suretiyle gerçekleştirildiğini kabul etmek gerekir.

Burada, suça konu malvarlığı değerinin faile teslimi bir hukuki ilişkiye dayandığından, bu hukuki ilişkinin şartları, koşulları ve sonuçları itibarıyla iadenin fiili yahut hukuki engeller dolayısıyla gerçekleşmemesi, suçun oluşmasına engeldir. Bir aracı kurum çalışanı, uhdesinde bulundurduğu nakit üzerinde herhangi bir hukuki ilişki çerçevesinde hak sahibi olmadığından, her zaman iade talebine müspet cevap vermek durumundadır. Aksi takdirde müspet suçun unsurları yönünden bir değerlendirme yapılması gerekir. Aracı kurumun faaliyetlerinin Sermaye Piyasası Kurulunca durdurulması nedeniyle ortaya çıkan hukuki sorundan kaynaklanarak hisse senetlerinin iadesinde “gecikme yaşanması” halinde, başka suretle zilyetliğin inkarı söz konusu değilse, suçun oluşmadığı kabul edilmelidir.

b- Örtülü Kazanç Aktarımı

Yukarıda belirttiğimiz üzere 2499 sayılı SPK.’nın 47/1(A-6) hükmünde, 15 inci maddeye atıfla bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenen örtülü kazanç aktarımını oluşturan fiiller, 6362 sayılı SPK.’nın 110’uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde, TCK.’nın 155 inci maddesinde yaptırıma bağlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Buna göre; “*Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...)*”⁷⁸ örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak,

Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek” güveni kötüye kullanma olarak kabul edilecektir.

2499 sayılı SPK.’nın anılan 15 inci maddesine göre örtülü kazanç aktarımı, “*halka açık anonim ortaklıkların; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret*

⁷⁸ Bu bentte yer alan “gibi” ibaresi, Anayasa Mahkemesi’nin 14.11.2013 tarih ve 2013/24 E., 2013/133 K. sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasına kadar yürürlüğü durdurulmuştur.

ret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltması” olarak kabul edilmişti.

Buna karşılık 6362 sayılı SPK.’nın örtülü kazanç aktarımı yasağı başlıklı 21 inci maddesinde örtülü kazanç aktarımı; “(1) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır (...)” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi 6362 sayılı SPK. m. 110/1(c)’de yer alan hükümle, aynı kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında yer verilen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık yaptırma bağlanmıştır. Bununla birlikte kanun koyucu, 6362 sayılı SPK. m. 110/1(b) hükmünde, “yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...) örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak” şeklinde bir ifadeye yer vererek, 2499 sayılı SPK.’nın 15 inci maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımını da muhafaza etmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme tarzı gereksizdir. Zira 6362 sayılı SPK.’nın 21 inci maddesinde düzenlendiği şekliyle örtülü kazanç aktarımı, 2499 sayılı Kanunun 15 inci maddesini bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu hükme, 6362 sayılı SPK.’da yer verilmesine ihtiyaç olmadığı söylenebilir.

Aşağıda bu fiilin özelliklerini ana hatları ile inceleyeceğiz.

aa- Karı veya malvarlığı azalacak veya artması engellenecek olan tarafın, “halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları”⁷⁹ ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları” olması gerekir⁸⁰: Bu kap-

⁷⁹ 6362 sayılı SPK.’nın “Kısaltmalar ve Tanımlar” başlıklı 3’üncü maddesinin, fıkra 1, bend “m” hükmüne göre kolektif yatırım kuruluşundan anlaşılması gereken, “yatırım fonları ve yatırım ortaklıklarıdır”. Bu kapsamda kanunun 52’nci maddesine göre yatırım fonu; “Bu Kanun hükümleri uyarınca tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para ya da diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre Kurulca belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri işletmek amacıyla portföy yönetim şirketleri tarafından fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan malvarlığını”; yatırım ortaklığı ise 48 inci maddeye göre; “... Sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklarını” ifade eder.

⁸⁰ 2499 sayılı SPK. uygulamasında, anonim ortaklık deyiminden, bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının da anlaşılması gerektiği ifade edilmişti (Akbulak, Yavuz-

samda olmayan, örneğin halka kapalı anonim ortaklıklar veya halka açık anonim ortaklıkların iştiraki ya da bağlı ortaklığı niteliğinde bulunmayan tüzel kişiler, örtülü işlemin tarafı olamaz. Kanununun 16 ncı maddesine göre; halka açık ortaklık, “payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan⁸¹ ve bu haliyle kanunen halka açık sayılan anonim ortaklıklardır.”

bb- Örtülü işlemin diğer tarafı, halka açık ortaklıklar ve yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları aleyhine kazanç elde eden gerçek ya da tüzel kişiler olmalıdır: Görüldüğü gibi bunlar bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmayıp, örtülü işlem dolayısıyla halka açık ortaklıklar ve yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları aleyhine kazanç elde etmiş olmaları yeterlidir. Örneğin halka açık anonim ortaklığın malvarlığına dahil olan bir gayrimenkulün, emsallerine göre çok düşük fiyata uzun süre kiralanmasında, kiralayanın herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür. Burada önemli olan halka açık ortaklığın örtülü işlem dolayısıyla malvarlığının artmasının engellenmiş olması, örtülü işlemin diğer tarafı olan gerçek/tüzel kişinin ise, örtülü işlemin doğal sonucu olarak halka açık ortaklığın kaybına karşılık gelen bir menfaat elde etmiş bulunmasıdır.

cc- Örtülü işlemin tarafları arasında, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan yahut dolaylı bir bağlantı bulunması: Söz konusu bağlantı, arada bir veya daha fazla kişi olmadan mevcutsa doğrudan, aksi durumda ise dolaylıdır. Bir önceki örnek üzerinden devam edecek olursak, halka açık ortaklığın aktifleri arasında bulunan gayrimenkulün kiralayanı, ortaklığın yönetim kurulu üyelerinden bir tanesinin sermaye bakımından ilişkili olduğu bir tüzel kişi ise bağlantının varlığı kabul edilir. Halka açık ortaklığın hakim hissedarı ve yönetim kurulu başkanı olan B'nin, şirketin iştiğal alanıyla ilgili bir hammadde-nin ortağı bulunduğu yurt dışında kurulu bir başka şirketten fahiş fiyatla

Tahtakılıç, Ahmet Koray, Örtülü Kazanç Aktarımının Halka Açık Anonim Ortaklıklar Bakımından Değerlendirilmesi, Vergi Dünyası Dergisi, 2003, S. 257, s. 135). Bu görüşe uygun olarak 6362 sayılı SPK.'da, halka açık anonim ortaklıkların iştirak ve bağlı ortaklıkları da kapsama dahil edilmiştir.

⁸¹ 2499 sayılı Kanunda, pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılacağı ve böylece halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olacağı kabul edilmekteydi. Bu meyanda 6362 sayılı SPK ile pay sahibi sayısının 500'e çıkartılmış olması, daha düşük sayıda pay sahibi bulunan ve payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıkların denetim dışı kalmasına, bunların bünyesinde gerçekleştirilen örtülü işlemlerin TCK hükümleri uyarınca cezalandırılarak söz konusu işlemleri gerçekleştirenler hakkında daha az ceza uygulanmasına sebebiyet vermesi bakımından eleştirilebilir.

alınmasını sağlaması örneğinde de, bu türden bir ilişkinin varlığından bahsetmek gerekir.

Şirketlerde kontrol gücü, genellikle hakim ortaklar veya şirket yöneticileri elinde bulunur. Hakim ortak, bir şirketi doğrudan veya dolaylı olarak kontrol eden, yöneten veya yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirleme yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişilerdir. 6102 sayılı TTK'ya göre anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur (m. 365). Halka açık bir şirketin yönetim kurulunu oluşturanların, yahut TTK'nın 367'nci maddesine göre belirlenen yöneticilerin, görevlerini *"tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek"* ve *"şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmek"* şeklinde yükümlülükleri bulunmaktadır (m. 369). TTK, *"hakimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması"* başlıklı 202 inci maddesiyle, Türk hukukunda ilk defa hakim şirket - bağlı şirket ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlemiş, hakimiyetin bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanılmasını yasaklamıştır. Maddede, hukuka aykırı olarak kullanma halleri sınırlı olarak sayılmamakla beraber, *"bağlı şirketin, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltilmeyeceği"* hüküm altına alınmıştır. Keza 6102 sayılı Kanun'un 6335 sayılı yasa ile değişik 358 inci maddesi, belli şartlar gerçekleşmeksizin pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarını, 395 inci maddesinin ikinci fıkrası ise, şirkette pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi yakınlarının şirkete nakit borçlanmalarını yasaklamıştır. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun, Sermaye Piyasası Kanunu dışında da, örtülü işlemler yaparak şirketin zarara uğratılmasının önüne geçmeyi amaçladığı söylenebilir.

dd- Maddede belirtilen örtülü işlemlerden birinin yahut benzerinin gerçekleşmesi⁸²: SPK m.110'da; *"emsallerine göre bariz şe-*

⁸² Örtülü kazanç aktarımının tanımlanmaması ve yalnızca bu tip işlemlere örnek vermek suretiyle düzenleme yapılması, tasarıya ait Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu karşı oy yazısında, *"... böylesi önemli bir yaptırım alanında kapsam dahilinde sayılan işlemler 'gibi işlemler' ifadesiyle belirsiz bir şekilde genişletilmektedir. Bu çerçevede, işlemlerin ne olduğunun açıkça metinde sayılması gerekmekte olup, 'gibi işlemler' ibaresi muğlak ve genişletici yorumlara sebep olabilecek, mağduriyetler ve sıkıntılar yaratabilecektir..."* denilmek suretiyle; muhalefet şerhinde de aynı yönde, *"... gibi örtülü işlemlerde bulunarak..." ibaresi çok muğlak ve buradaki 'gibi' tabirinin ucu*

kilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (m.110/1-b)”, “emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticarî hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticarî uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek (m.110/1-c)” ibareleri örtülü işleme örnek olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla örtülü kazancın mevcut olup olmadığı, her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Anayasa Mahkemesi 110/1-b’de yer alan ve bu yoruma yol açan “gibi” ibaresini, 14.11.2013 tarih ve 2013/24 E., 2013/133 K. sayılı kararı ile iptal etmiş ve iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasına kadar yürürlüğünü durdurmuştur. Kanımızca fıkranın (b) bendi yönünden ifade edilen anayasaya aykırılık (belirlilik ilkesi açısından) (c) bendi için de geçerlidir. Bu itibarla (c) bendinin de bu iptal kararı çerçevesinde yeniden ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Yargıtay “gibi” ifadesinin suç tipi yönünden ortaya çıkardığı sonuçlara bir kararında işaret etmiştir. Kararda; “(...) örtülü işlem kanunda açıkça tanımlanmamış ancak, (...) ‘emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemler’ ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Bu şekilde örnekleme yoluyla sayma yöntemi, örtülü işlemlerin yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat tespit edilmesi halinde suç olarak kabul edilebileceği algısını ortadan kaldırdığı gibi, böyle bir ilişki hiç olmasaydı hiç yapılmayacak veya farklı bir şekilde yapılacak olan muvazaalı işlemlerin de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Başka bir anlatımla, ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalden bariz şekilde farklı fiyat uygulaması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini gerektirecektir. Sermaye Piyasası Kanunu’nun örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin hükmü dikkate alındığında, ilişkili şirketlerle yapılan ve halka açık anonim ortaklığın karını ve/veya malvarlığını azaltan her türlü örtülü/muvazaalı işlemin bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. “Emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...)” tabirinin yasada yazılı ancak sınırlayıcı olmayan örtülü işlem örneklerinden biri olduğu, bu sebeple örtülü işlemin, fiyat farklılığından başka bir şekilde gerçekleşmesi durumunda, ‘emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyatın suçun unsuru olduğu kabul edilerek, suçun oluşmayacağı sonucuna ulaşmak mümkün değildir’⁸³ denilmektedir. Kanımızca iptal kararından önce “gibi” ifadesi sebebiyle, örtülü kazanç

açık olup kanun metninde yer almamalıdır. Hangi örtülü işlemlerin kapsama alınması amaçlanıyorsa açıkça belirtilmeli ve örtülü işlem kavramı açık tanımlanmalıdır...” şeklinde eleştirilmiştir (Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Sıra No: 337, sırasıyla s. 141, 144).

⁸³ Yarg. 7. CD., 17.04.2012, 12736/8459.

aktarımı olarak nitelendirilen fiiller, suç olmaktan çıkmıştır. Fıkranın (c) bendinin de, bu haliyle “suçta ve cezada kanunilik, belirlilik ilkesi” yönünden Anayasa’ya aykırı olduğu değerlendirilerek, yeniden düzenlenmesi isabetli olur.

İfade edelim ki, halka açık bir anonim ortaklıkta, o şirketin hisse senedine yatırım yapan bireylerin, yaptıkları yatırımdan istifadesini engelleyen, hakim ortakların, yöneticilerin bu meyanda şirketin karını (aktifini) azaltıcı, zararını (pasifini) artırıcı, diğer yatırımcıların aleyhine, kendi şahsi menfaatlerine yönelik ticari hayatın olağan işleyişine aykırı davranışları “örtülü kazanç aktarımı” olarak nitelendirilmese de, güveni kötüye kullanma suç tipi kapsamındadır. Zira bir şirket halka açılmış ise, artık hakim ortak, yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yatırımcıların parasını, malını onlar adına belirli bir surette yönetmek, kullanmak için zilyet konumuna gelirler.

Bununla birlikte alım satım işlemlerinde emsallere uygunluk ilkesine aykırı bedel veya fiyat uygulanması halinde örtülü kazanç aktarımının söz konusu olacağına şüphe yoktur. Söz gelimi Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13’üncü maddesi kapsamında, kurumlar, ilişkili kişilerle **emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak** tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır.

Emsallere uygunluk ilkesi ile anlaşılması gereken, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasıdır. Diğer bir ifade ile emsallere uygun fiyat veya bedel, aralarında, “ilişkili kişi” tanımına uygun herhangi bir ilişki olmayan kişilerin tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu piyasa ya da pazar fiyatı olarak da adlandırılan tutardır. Bu fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen en uygun tutar olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin, bu tutar olması gerekmektedir⁸⁴. Keza, ilgili başkaca mevzuatta belirtilen ölçü veya örnekler, ilişkisiz kişilerle yapılan aynı veya benzer işlemler (iç emsal) yahut ilişkisiz kişilerin kendi aralarında yaptıkları karşılaştırılabilir nitelikteki işlemler (dış emsal)⁸⁵ de emsal teşkil edebilir. Emsale aykırılık kapsamında ifade edilmesi gereken bir diğer husus da, yapılan işlemin, emsale göre arz ettiği farklılığın önemli olması gerektiğidir. Diğer bir ifade ile emsali ile ör-

⁸⁴ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Gelir İdaresi Başkanlığı, Yayın No: 114, Kasım 2010, s.4.

⁸⁵ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, s.5.

tüşme de, makul kabul edilebilecek farklılıkların örtülü kazanç aktarımı sayılması mümkün değildir⁸⁶.

ee- Örtülü işlem sonucunda, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının karlarının veya malvarlıklarının azalması veya artmasının engellenmiş olması: 2499 sayılı SPK.'da, ihmali davranışların örtülü kazanç aktarımı oluşturup oluşturmayacağı hususunda açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Doktrinde bir görüşe göre⁸⁷, Kanunun 15 inci maddesinin lafzına uygun olarak sadece feragat gibi "işlem" mahiyetinde davranışların tipik olduğu, bunun dışında sadece pasif kalmanın yeterli olmadığı ifade edilmiştir. Buna karşılık diğer bir görüşe göre⁸⁸, halka açık anonim ortaklığın yaptığı ya da yapmadığı herhangi bir işlemin örtülü kazanç kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. 6362 sayılı Kanunda, kazanç aktarımının ihmali davranışla da işlenebileceği açıkça hükme bağlanmış, örtülü kazanç aktarımının, ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği yönündeki tartışmalara son verilmiştir. 6362 sayılı SPK. m. 21/2'ye göre; "*Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.*" Bu kapsamda örneğin, emsallerine ve usulüne uygun olarak kiraya verilen halka açık anonim ortaklığa ait bir taşınmazın, kira süresi bittikten sonra teslim alınmaması, kira bedelini ödemeyen kiracının tahliyesine ilişkin herhangi bir hukuki yola başvurulmaması, kiracı ile kiralayan sıfatına sahip anonim ortaklık yöneticileri arasında SPK m.110 anlamında bir ilişkinin bulunması halinde, ihmali davranışla örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilebilir.

2- Netice

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen fiillerin icrası sonucu ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Bu sebeple sırf hareket suçudur. Maddede belirtilen hareketlerin gerçekleşmesi ile suç tamamlanır.

⁸⁶ **Erman, Sahir**, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku, C.: VII, 1993, s.62.

⁸⁷ **Dursun, Selman**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul, Nisan 2010, s.352.

⁸⁸ **Yasaman, Hamdi**, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku, İstanbul 2006, s. 253.

Birinci fıkranın (b) bendi bakımından, örtülü işlemlerle halka açık ortaklıkların malvarlıklarının ya da karlarının azaltılması, (c) bendi yönünden ise, halka açık ortaklıklar ve bunların iştirak ya da bağlı ortaklıklarının malvarlıklarının veya karlarının azalması yahut bunların artmasına engel olunması arandığından, örtülü kazanç aktarımında bu neticelerin varlığı aranır. İlgili işlemler yapılmasına rağmen, değişik sebeplerle söz konusu neticeler ortaya çıkmamışsa, teşebbüsten bahsedilir.

3- Konu

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde suçun konusu, “*sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymet*” olarak belirlenmiştir. Aynı fıkranın (b) bendi bakımından halka açık ortaklıkların, (c) bendi bakımından ise, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının “*karları ve malvarlıkları*” suçun konusunu oluşturmaktadır.

Bu başlık altında öncelikle sermaye piyasası açısından özellik arz etmesi dolayısıyla maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan sermaye piyasası araçlarını inceleyeceğiz.

a- Sermaye Piyasası Araçları

Sermaye piyasası araçları, 6362 sayılı SPK.'nın 3'üncü maddesi uyarınca, menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları olarak ikiye ayrılmaktadır⁸⁹. Menkul kıymetler aynı maddeye göre; “*Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;*

1) *Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları,*

2) *Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları*” şeklinde tanımlanmıştır⁹⁰. Hisse senetleri ve tahviller, menkul kıymetlere verilebilecek en bilindik örneklerdir. İşte bunlar bakımından maddede sayılan davranışların zilyetliğin devri amacı dışında gerçekleştirilmesi, (örneğin, hisse senedinin talimatsız rehin verilmesi) güveni kötüye kullanma suçunu oluşturur. Diğer sermaye piyasası araçları; “*nakit, bono, poliçe, çek ve mevduat sertifikaları hariç, menkul kıymetler dışında kalan ve şartları Kurulca belirlenen evrak*”tır. Görül-

⁸⁹ Sermaye Piyasası Araçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. **Günel, Vural**, Hukuki Açısından Sermaye Piyasası Faaliyetleri (Araçlar - Kurumlar), İstanbul 1997, s. 9 vd.

⁹⁰ 2499 sayılı SPK.'nın 3 üncü maddesine göre 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 Kurulca belirlenen kıymetli evrak*” olarak belirlenmişti.

düğü gibi hem hukuken hem de finans disiplini açısından sermaye piyasası araçlarının sınırları dar tutulmamıştır⁹¹.

b- Sermaye Piyasası Araçlarının Tevdi-Teslimi ve Kayıt Sistemi

Maddede, yukarıda belirtilen ve suçun konusunu oluşturan değerlerin kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Sermaye piyasası araçlarında kaydileştirme; sermaye piyasası araçları ve bu araçlara ilişkin hakların Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulduğu⁹² sistem olarak tanımlanabilir. Bu anlamda kaydilik, menkul kıymetlerin bir türü değil, fiziki varlığa sahip menkul kıymetlerin bilgisayar kaydı olarak takip edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır⁹³. Fiziki olarak menkul kıymet basılması uygulamasından vazgeçilmesi, bu uygulamanın getirdiği maliyetlerden ve risklerden kurtulmak dışında, bir bütün olarak hak sahipliği bilgilerinin doğru ve güncel olarak tutulması ve takas/saklama sisteminin etkin ve güvenilir çalışmasını sağlamaya yöneliktir. 28 Kasım 2005 tarihinde Takasbank'ta "müşteri ismine saklama sisteminde"⁹⁴ fiziken saklanmakta olan tüm hisse senetleri iptal edilerek, bu hesap kayıtları MKK tarafından devralınmış ve hisse senetleri, artık sadece MKK.'da kayden hak sahibi bazında izlenmek suretiyle kaydi sisteme geçilmiştir. Bu tarihten sonra Borsa'da (BİST) alım-satımı yapılacak hisselerin takasına sadece kaydi hisse senetleri kabul edilmektedir⁹⁵.

Günümüzde kaydi sistemin, sermaye piyasasında esas sistem olarak kabul edilmesi ve yatırımcıların sermaye piyasası araçları üzerindeki alım-satım, virman gibi tasarruflarını, MKK üyelerinden tercih ettiklerine

⁹¹ **Sancak, Ethem**, Türev Finansal Araçlar Sözlüğü, 1. Baskı, Nisan 2011, s.331.

⁹² Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik (21 Haziran 2001 tarih ve 24439 sayılı Resmi Gazete), m. 7/1-a.

⁹³ **Sancak**, s.214.

⁹⁴ 6362 sayılı SPK.'nın 3'üncü maddesine göre saklama hizmeti; "*Sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, sermaye piyasası faaliyetleriyle ilişkili olarak kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin hizmetleri*" ifade eder. Saklama sistemi, Takasbank sisteminde müşteri kodlarıyla takip edilen alt hesapların, Takasbank'ın yapacağı düzenleme ile isme çevrilmesini, her bir yatırımcı için verilecek sicil numarası ile takip edilerek yatırımcının kimlik bilgilerinin tespitinin mümkün hale getirilmesini ve müşterilerin menkul kıymetlerini bloke edebilmesini amaçlar. (http://www.imkb.gov.tr/glossary/g-m/isedictionary_m.aspx.)

⁹⁵ Kaydi sistem ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçığı 9, çevrimiçi: <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=74&fn=74.pdf>, erişim tarihi: 20.09.2013.

talimat vermek suretiyle yapabilmeleri karşısında, bu suçun kaydı teslim edilen sermaye piyasası araçları üzerinden işlenmesine sıklıkla rastlamak mümkündür. Buna karşılık elbette fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları hakkında da maddede belirtilen fiillerin işlenmesi suretiyle bu suçun gerçekleştirilmesi olanaklıdır. Maddede geçen “tevdi veya teslim” kavramını, mülkiyetin devri amacı dışında zilyetliğin devredilmesi biçiminde algılamak gerekmektedir⁹⁶. Bu devir, zilyetliğin devri türlerinden herhangi biri şeklinde gerçekleşebilir⁹⁷. Ancak devrin geçici bir süre için yapılması, mülkiyeti aktaracak bir hukuki ilişkiye dayalı bulunmaması zorunludur. Zira mülkiyet hakkının sözleşmenin diğer tarafına aktarılmasını sağlayan sözleşmelerin varlığı ve zilyetliğin bu suretle intikali halinde, kendisine devir yapılan kişinin mal üzerindeki tasarruflarının suç sayılabilesine imkan bulunmamaktadır.

“Tevdi etmek”, vermek, bırakmak; “teslim etmek” ise terk etmek, emanet etmek anlamlarına gelmekte olduğundan⁹⁸, esasen bu ikisi arasında kelime manası itibarıyla bir farklılığın söz konusu olmadığı açıktır. İnceleme konusu suç, genel nitelikli güveni kötüye kullanma suçunun özel kanunda düzenlenmiş şeklinden ibaret bulunduğundan, bu kapsamda kanun koyucunun 765 sayılı TCK.’da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu bakımından benimsediği tevdi veya teslim ifadesi yerine, TCK.’nun 155 inci maddesindeki “zilyetliğin devredilmesi” kavramını tercih etmesi daha doğru olurdu.

c- Tevdi ve Teslimin Muhatabı Olarak Yatırım Kuruluşu, Teminat Sorumluları ve Fon Kurulu

İnceleme konusu fiillerin düzenlendiği 6362 sayılı SPK. m.110/1 (a) hükmü bakımından, suç konusunun, yatırım kuruluşuna, 58 inci maddedeki fon kuruluna ve 59 uncu maddedeki teminat sorumlularına tevdi veya teslim edilmesi aranmıştır. 6362 sayılı SPK.’nın 3’üncü maddesine göre yatırım kuruluşu, “*aracı kurumlar ile yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını ve bankaları*” ifade etmektedir.

Sermaye piyasası kurumları, sermaye piyasası araçlarının alım-satımı ile iştigal eden ve Sermaye Piyasası Kurulu’nun denetimine tabi olan kuruluşlardır. Bunlar temelde yatırımcılardan ihraççılara yönelik olan ve sermaye piyasası araçlarıyla sağlanan fon akışının gerçekleşmesine yardımcı olurlar. Bu yardım, fon arz ve talebine aracılık, danışmanlık veya fonların idaresi suretiyle doğrudan fon aktarımıyla alakalı ola-

⁹⁶ Canpolat, s. 135.

⁹⁷ Güveni kötüye kullanma suçunda zilyetliğin devri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Canpolat, s. 98 vd.

⁹⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

rak söz konusu olabileceği gibi, sermaye piyasası araçlarının saklanması, derecelendirilmesi, ihraççıların denetlenmesi, sermaye piyasası kapsamında gayrimenkullerin değerlendirilmesi gibi dolaylı olarak da söz konusu olabilir⁹⁹. Sermaye piyasası kurumları; *yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, varlık kiralama şirketleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları, veri depolama kuruluşları, kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarıdır* (SPK.m.35)¹⁰⁰. Sermaye piyasası kurumlarından başlıcaları, Sermaye Piyasası Kurulu, Takas ve Saklama Bankası A.Ş., Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş., Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Borsa İstanbul A.Ş.(BİST) olarak sayılabilir¹⁰¹.

6362 sayılı SPK.'nın 59'uncu maddesinde ifade edilen teminat sorumlularının kim olabilecekleri hususuna da kısaca değinelim. Kanunun 59'uncu maddesi, ipotek ve varlık teminatlolu menkul kıymetleri düzenlemektedir. Türkiye'de de, Amerika'daki ifadesiyle "mortgage" yasası olarak anılan 5582 sayılı Konut Finansmanı Sisteminde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 06.03.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, orta sınıfın kira düzeyinde taksitlerle konut edinmesini sağlamak amacıyla bir sistem kurmuş, bu çerçevede de 2499 sayılı SPK.'da bir takım değişiklikler öngörmüştür. Söz konusu sisteme ilişkin düzenlemelere 6362 sayılı SPK.'da da yer verilmiştir.

6362 sayılı SPK.'nın 57'nci maddesi uyarınca konut finansmanı; *"konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullandırılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullandırılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullandırılması"*dır. Hükümden de anlaşılacağı üzere bu sistemde, doğrudan satın alma, peşin ödeme yolu ile konut edinme gücü olmayan kişilere, ipoteğe dayalı uzun vadeli kredi sağlamak ve kira bedeli düzeyindeki taksitlerle konut bedelini ödetmek suretiyle konut edindirmeyi sağlamak amaçlanır¹⁰².

Bu kapsamda, konut finansmanı dolayısıyla ortaya çıkan alacaklar menkul kıymetleştirilerek ayrı bir fon oluşturulmaktadır. Nitekim 6362

⁹⁹ **Dursun**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s. 23.

¹⁰⁰ Sermaye piyasası kurumları, 2499 sayılı SPK.'nın 32 nci maddesinde; *"aracı kurumlar, yatırım ortaklıkları, yatırım fonları, sermaye piyasasında faaliyet göstermesine izin verilen diğer kurumlar"* şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰¹ Ayrıca bkz. Cevaplarla Borsa ve Sermaye Piyasası, İMKB Bilgilendirme Kitapçığı, s. 3.

¹⁰² **Demir, Hülya-Kurt Palabıyık, Vildan**, "Konut Ediniminde Uzun Vadeli Konut Kredisi Sistemi", HKM Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, Y.: 2005, S.: 92, s.7.

sayılı SPK.'nın 58 inci maddesine göre konut finansmanı fonu; “konut finansmanı fonu, ipoteye dayalı menkul kıymetler karşılığında toplanan paralarla, ipoteye dayalı menkul kıymet sahipleri hesabına inançlı mülikiyet esaslarına göre fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği olmayan malvarlığı”dır. Bu fondaki para, konut sahibi olmak isteyen orta sınıfa kredi adı altında dağıtılarak sistemin rotasyonu sağlanmakta ve bu yolla tüketicinin ödeyeceği kredi faizlerinin, konut kredisi faizlerinden daha düşük olması hedeflenmektedir. Bu kapsamda ipotekli konut finansmanı sisteminde iki tip piyasa söz konusudur:

Birincil piyasa, finans kuruluşlarının kişilere verdiği kredilerden oluşmakta olup, burada, çoğunlukla tüketicinin ödeme gücü ve almak istediği konut dikkate alınmaktadır.

İkincil piyasa ise, kredi veren kurumun, alacağını nakde çevirebilmek için ipotek senetleri karşılığında menkul kıymet ihraç ederek fon fazlasını yatırımcılara sattığı, bu şekilde yeni kredilerin finansmanında kullanacağı fonlar yarattığı piyasadır. Böylelikle kredi veren kuruluş, verdiği krediyi hemen nakde çevirebilmekte ve sistem, kendi kendisini finanse ederek, daha uzun vadeli ve ucuz finansman kaynağına ulaşabilmektedir¹⁰³.

2499 sayılı Kanunda olduğu gibi 6362 sayılı SPK.'da da bu amaçla; “ipotek teminatlı menkul kıymet” ve “ipoteye dayalı menkul kıymet” adıyla iki menkul kıymet tipi öngörülmüştür.

6362 sayılı SPK.'nın 59'uncu maddesinde **ipotek ve varlık teminatlı menkul kıymetler**; “ihraççıların genel yükümlülüğü niteliğinde olan ve teminatlar karşılık gösterilerek ihraç edilen sermaye piyasası araçlarıdır” şeklinde tanımlanmıştır. Kanununun 58 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre **ipotek ve varlığa dayalı menkul kıymetler** ise; “ilgili fonların veya ipotek finansmanı kuruluşlarının portföyündeki varlıklar karşılık gösterilerek ihraç edilen sermaye piyasası araçları” olarak belirlenmiştir.

4- Fail

SPK.'nın 110 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi bakımından fail, sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymetin tevdi veya teslim edildiği kişidir. Diğer bir ifade ile söz konusu nitelikli hal bakımından fail olabilmek için, ya suça konu malvarlığı değerinin doğrudan doğruya kişiye tevdi, teslim edilmiş olması, yahut da maddede sayılan davranışların gerçekleştirilmesini önlemek bakımından söz konusu kişinin bir yükümlülüğünün bulunması gereklidir. Örneğin, Kanununun 59 uncu maddesinde belirtilen teminat sorumluları, 58 inci maddesinde ifadesini bulan fon kurulunun üyeleri veya bu çerçevede her ne nam altında olursa olsun kendisine nakit yahut kayden veya fiziken sermaye piyasası aracı tevdi ve teslim edilmiş kişiler bu niteliği haizdir. Bu

¹⁰³ Demir-Kurt Palabıyık, s. 6.

haliyle güveni kötüye kullanma teşkil eden fiiller bakımından suçun, failin konuyla ilişkisi yönünden özgülü suç niteliğine sahip olduğu söylenebilir.

Yukarıda izah ettiğimiz üzere 6102 sayılı TTK.'da yer alan düzenlemeler, özellikle anonim şirketlerde hakim ortaklık yöneticilerinin, bağlı ortaklıklar üzerindeki yönetim hakimiyetlerini hukuka aykırı kullanmalarının önüne geçmeyi, dolayısıyla örtülü kazanç aktarımı teşkil edecek işlemleri bertaraf etmeyi amaçlamaktadır. 6362 sayılı SPK.'nın 110'uncu maddesi de halka açık anonim ortaklıklarda örtülü kazanç aktarımı teşkil eden davranışları yaptırımı bağlayarak bu anlayışa paralel bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten SPK. m.110'un birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri bakımından, yani örtülü kazanç aktarımı teşkil eden fiiller açısından suçun faili, esas olarak halka açık ortaklığın yetkilileri olarak ifade edilebilir. Ancak hükümde, eski kanundan farklı olarak failin tüzel kişinin yetkilisi olması gerektiği hususuna özellikle işaret edilmediğinden, halka açık ortaklığın yetkilisi ile birlikte fiil üzerinde hakimiyet kuran kişilerin suçun müşterek faili olabileceğini kabul etmek gerekir. Keza örtülü kazanç aktarımının karşı tarafında bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin yetkilileri de somut olayın özelliğine göre, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir.

5- Mağdur

Mağdur, suçun konusunu oluşturan sermaye piyasası araçlarının hak sahibi olan kişi yahut kişilerdir. Kanımızca sermaye piyasası kurulu, bu suç tipi yönünden ilgili değerlerin doğrudan hak sahibi olmadıkça, mağdur sıfatını haiz değildir. Ancak katılma konusunda SPK.'da yer verilen özel düzenleme sebebiyle, yargılamada müdahil sıfatı kazanabilir.

III- MANEVI UNSURLAR

İnceleme konusu suç tipleri yönünden kişinin bilerek ve isteyerek hareket etmesi şart ve yeterlidir. Suç tipinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, basiretsizlik, ticarete acemilik ile işlenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, suçun maddi unsurlarının somut olayda gerçekleşebileceğini öngören failin, öngördüğü bu neticeleri kabullenerek davranışına devam etmesi, olası kastı dolayısıyla sorumluluğunu gerektirir. Yasada suçun oluşumu yönünden "saik" aranmamıştır. Failin amacının suçun oluşumu yönünden önemi yoktur. Bununla birlikte eylemin, kendisinin veya başkasının yararına olması arandığından, bizzat malikin yararına hareket edilen hallerde, suç gerçekleşmez.

IV- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Güveni kötüye kullanma suçu yönünden, tipik eylemin icrası ile hukuka aykırılık da gerçekleşir, meğer ki, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi mevcut olsun. Bu kapsamda örneğin, Medeni Kanunu'nun 950 inci maddesinde düzenlenen hapis hakkı önem arz etmektedir. Gerçekten ilgili hükümde; *“Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır. Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınurlar üzerinde de zilyetliğin iyi niyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur”* denilmektedir. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi hapis hakkı alacaklıya, borçluya ait olan ve kendisinin zilyetliğinde bulunan taşınır mal üzerinde borç ödeninceye kadar mahfuz etme, iadeden imtina etme, hatta paraya çevirme hakkı tanır¹⁰⁴. Hapis hakkı sadece borçlunun rızası ile alacaklıya zilyetliğini devrettiği mallar üzerinde söz konusu olduğundan¹⁰⁵, güveni kötüye kullanma bakımından önem arz eder. Dolayısıyla yatırımcı hesabına gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle alacaklı olduğu komisyon ve giderlerin ödenmemesi nedeniyle aracı kurumun, zilyetliğinde bulundurduğu menkul kıymeti hapis hakkını kullanmak suretiyle iade etmemesi, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Uygulamada, aracı kurumlar ile yatırımcılar arasında düzenlenen hemen tüm müşteri işlem sözleşmelerinde (aracılık sözleşmesi), aracı kurumun, müşteri nam ve/veya hesabına satın aldığı, yatırımcı tarafından aracı kuruma satılmak yahut muhafaza edilmek üzere kayden veya fiziken teslim edilen sermaye piyasası araçları üzerinde, müşterinin bunların konu edildiği işlemlerden doğan borçları nedeniyle hapis hakkına sahip olduğuna ilişkin bir sözleşme hükmüne yer verilmektedir. Bu takdirde mesele aynı zamanda ilgilinin rızası kapsamında da değerlendirilebilir.

İlgilinin rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için öncelikle kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkının varlığı gerekir. Bu hakların neler olduğu, hukuk düzenine hakim olan genel ilkelerden hareketle belirlenmekle birlikte¹⁰⁶, malvarlığına ilişkin

¹⁰⁴ **Hatemi, Hüseyin-Serozan, Rona-Arpacı, Abdülkadir**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.359 vd.

¹⁰⁵ **Esener-Güven**, s.524.

¹⁰⁶ **İçel, Kayhan-Akıncı, Fusun-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih-Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi**, İstanbul 2000. s.185, 186; **Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray- Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2013, s.337.

hakların bu kapsamda olduğu söylenebilir¹⁰⁷. Dolayısıyla aracı kurum nezdinde bulunan sermaye piyasası araçları üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan yatırımcının, satma, rehin verme gibi talimatları çerçevesinde gerçekleştirilen işlemler hukuka uygun sayılır.

İlgilinin rızasının muteber kabul edilmesinin şartlarından bir diğeri de rızaya ehliyettir. Temyiz kudretine sahip olan herkes rıza beyanına ehildir. Nitekim Medeni Kanun'un 10'uncu maddesinde; "*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*" denilmekte ve 13' üncü maddede de; "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*" hükmüne yer verilmektedir. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kimselerin rıza beyanı geçerli değildir (MK. m.15). Bu itibarla, hak sahibi yatırımcı hakkında kısıtlılık kararı alınmış olması halinde, aracı kurum nezdindeki sermaye piyasası araçları üzerinde tasarruf edilmesine ilişkin talimatlarına artık itibar edilemez.

Rızaya ehliyet bahsinde temsilci vasıtasıyla gerçekleştirilen işlemlere de değinmek gerekir. Rızanın temsilen bir başka kişi tarafından açıklanması durumunda, temsil yetkisinin gerçekten var olup olmadığı, temsil yetkisinin mevcudiyeti halinde ise temsilcinin, bu yetkinin sınırları dahilinde hareket edip etmediği araştırılmalıdır. İnceleme konumuz bakımından temsil yetkisi bulunmadığını bildiği kişi tarafından verilen talimatla hareket ederek kanunda tanımlanan fiilleri işleyen aracı kurum yetkilisinin eylemi güveni kötüye kullanma kapsamındadır. Buna karşılık temsil yetkisi bulunmayan bir kimsenin, temsil yetkisinin mevcut olduğu noktasında aracı kurum çalışanını yanıltması halinde somut olayın özelliklerine göre dolaylı faillik hükümlerinin uygulanması yoluyla bir sonuca ulaşılmalıdır. Temsilcinin, aracı kurum çalışanını yanıltarak temsil yetkisinde sınırı aşması halinde de durum aynıdır.

Rıza, zımni veya açık olarak beyan edilebilir. Yatırımcı tarafından sözlü veya yazılı olarak verilen hisse senedi satış talimatları açık rıza beyanına örnek olarak gösterilebilir. Rızanın zımni olarak verilip verilmediği somut olayın özellikleri nazara alınarak belirlenmelidir. Yatırımcının, satış işlemi gerçekleştirildikten sonra herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin aynı seansta işlem yapmaya devam etmesi halinde, satış işlemine zımni olarak rıza gösterdiği kabul edilebilirse de, bu sonuca varabilmek için somut olayın iyi tahlil edilmesi gerekir. Zira yatı-

¹⁰⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 435. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği haklara verilen örnekler için ayrıca bkz. **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara Ekim 2012, s.313 vd.; **İçel, Kayıhan-Evik A.Hakan**, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Baskı, İstanbul, s.158 vd.

rımcı, söz konusu müteakip işlemlerini öncenki işlemlerden habersiz yapabileceği gibi, ortaya çıkması muhtemel zararlarını önlemek için de gerçekleştirmiş olabilir. Bu halde, zımnı rızadan bahsetmek mümkün değildir.

Sermaye piyasası araçlarının konu edildiği işlemlerin aracı kurum tarafından talimatsız gerçekleştirildiği şüpheden uzak bir biçimde belirlenmekle birlikte, yatırımcının bu işlemlere sonradan rıza gösterdiğini beyan etmesi durumunda, esasen rızadan değil, icazetten söz edilir. Çünkü rıza, fiil gerçekleştirilmeden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada bulunmalıdır. Belirtelim ki icazet, fiili hukuka uygun hale getirmez.

§ 4- ETKİN PİŞMANLIK

SPK.'nın 110 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında, cezada indirim yapılmasını gerektiren yahut cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlığa yer verilmiştir. Fıkra; *“Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişinin, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye;*

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir” denilmektedir. Bu düzenleme ile sadece örtülü kazanç aktarımı yönünden etkin pişmanlığa yer verilmiş, 110 uncu maddenin 1 inci fıkrasının (a) bendine ilişkin ne şekilde hareket edileceği gösterilmemiştir. Kanımızca TCK.'da düzenlenen güveni kötüye kullanmanın nitelikli hali sayılan bu fiiller yönünden, yine TCK.'nın 168 inci maddesindeki etkin pişmanlık hükmü uygulanmalıdır.

Kişilerin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi, 21 inci maddede belirtilen tutarın yanı sıra, bunun iki katı parayı da Hazineye ödemesine bağlıdır.

Etkin pişmanlığın gerçekleşme zamanına ilişkin olarak da üçlü bir ayırım yapılmıştır. Belirtilen tutarların, soruşturma başlamadan önce ödenmesi cezayı kaldıran; soruşturma evresi veya hüküm verilmeden önce kovuşturma evresinde ödenmesi ise, kademeli olarak cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep sayılmıştır.

21 inci maddenin dördüncü fıkrasına göre; *“Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın*

kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır". Görüldüğü üzere 110/3'te atıf yapılan 21 inci madde, örtülü kazanç aktarımının, kazancın aktarıldığı tarafça iade edileceğini, bu iadenin sağlanması bakımından da, ilişkinin tarafı olan halka açık ortaklığın talepte bulunması gerektiğini öngörmektedir.

Belirtmek gerekir ki, 110 uncu maddede yer verilen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması, halka açık ortaklık veya bunun iştirakinin uğradığı zararın fail tarafından nedamet gösterilerek tazmin edilmesine bağlı tutulduğuna göre, örtülü kazancı oluşturan tutarın 21 inci madde hükmüne göre faiziyle birlikte iade olunması halinde, artık etkin pişmanlık çerçevesinde tazmin edilecek bir zarardan bahsedilmesi de mümkün değildir. Ayrıca suçtan zarar görenin, malvarlığı aleyhine işlem yapılan halka açık ortaklık veya bunun iştiraki olduğu dikkate alındığında, örtülü kazançla konu tutarın iki katı bir meblağın, etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde neden Hazine'ye ödenmesinin arandığı hususu da anlaşılabilir.

Bu kapsamda değinilmesi gereken bir diğer problem, etkin pişmanlıktan yararlanabilmenin, örtülü kazançla konu tutarın aynen değil, misliyle ödenmesine bağlı tutulmuş olmasıdır. Mevzuatımızda yer alan ve benzer nitelikte etkin pişmanlık hükümlerini barındıran suçlarda, böyle bir düzenleme tarzı benimsenmemiştir (örneğin TCK m.168, 248, Bankacılık Kanunu m.160). Bu haliyle söz konusu hükmün, etkin pişmanlıktan çok *nispi nitelikte bir adli para cezası* mahiyeti taşıdığı söylenebilir.

§5- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I- TEŞEBBÜS

110'uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendi bakımından güveni kötüye kullanma, kanuni tanımda belirtilen hareketlerin icrası ile tamamlanmaktadır. İcra hareketlerinin kısımlara ayrılabilmediği hallerde, fail elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini tamamlayamazsa teşebbüsten bahsedilir. Örneğin, fail ile alıcı durumundaki kişi arasında satım sözleşmesinin kurulmasından sonra malın kaydı de olsa tesliminin gerçekleştirilememesi, suça teşebbüs olarak kabul edilmelidir.

Örtülü kazanç aktarımı oluşturan fiiller bakımından, birinci fıkranın (b) bendinde halka açık ortaklıkların malvarlıklarının ya da karlarının azaltılmasına matuf işlemlerin yarıda kalması, (c) bendinde ise, halka açık ortaklıklar ve bunların iştirak ya da bağlı ortaklıklarının malvarlıklarının veya karlarının azalması yahut bunların artmasına engel

olunması şeklinde belirtilen neticelerin gerçekleşmemesi veya örtülü işlemlerin tamamlanamaması halinde teşebbüs söz konusu olur.

Failin henüz suç tamamlanmadan evvel icra hareketlerinden ihtiyarıyla dönmesi, gönüllü vazgeçme kapsamındadır. Örneğin, alıcı ile satım sözleşmesi kuran fail, henüz devri gerçekleştirmeden satımdan vazgeçerse, gönüllü vazgeçmeden yararlanır.

II- İŞTİRAK

Yukarıda izah ettiğimiz gibi 110'uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki güveni kötüye kullanma, failin suçun konusuyla irtibatı kapsamında özgü suç mahiyeti taşıdığından, kendisine tevdi veya teslim yapılmayan veya suç konusu üzerinde denetim yükümlülüğü bulunmayanlar fail olamazlar. Bunların azmettiren veya yardım eden şerik olarak cezalandırılmaları mümkündür. Örneğin, aracı kurumda satış temsilcisi olarak çalışan arkadaşına, müşterinin ilettiği alım emirlerini uygulayarak hesaptan satış yapması ve kısa vadede ihtiyacı olan parayı sağlaması yönünde karar aldırın kişi, azmettiren olarak sorumlu tutulur. Aynı örnekte suç işleme kararı almış olan faile bir an önce satış işlemini gerçekleştirmesi yönünde telkinde bulunulması yahut satıştan elde edilen menfaatin elde edilmesi için hesabına havale yapılmasının kabul edilmesi halinde, yardım etme söz konusudur. Buna karşılık örneğin, yüklü miktarda satım yapabilmek için aynı müşteri aleyhine aynı anda satım işlemi yaparak birlikte hareket eden aracı kurum portföy yöneticileri kendilerine yönelik tevdi veya teslim söz konusu olduğundan, müşterek fail olarak sorumlu olur.

Örtülü kazanç aktarımı teşkil eden fiiller bakımından hükümde, eski kanundan farklı olarak failin tüzel kişinin yetkilisi olması gerektiği hususuna özellikle işaret edilmediğinden, halka açık ortaklığın yetkilisi ile birlikte fiil üzerinde hakimiyet kuran herhangi bir kimsenin suçun müşterek faili olabileceğini kabul etmek gerekir. Keza örtülü kazanç aktarımının karşı tarafında bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin yetkilileri de somut olayın özelliklerine göre müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir.

III- İÇTİMA

Bankaların sermaye piyasası işlemlerinde, aracılık faaliyeti yürüttüğü bilinmektedir. Bu kapsamda banka çalışanı temsilcinin, müşteri portföyü üzerinde talimat dışı işlemler yapmak suretiyle tasarrufta bulunması halinde, fiili gerçekleştiren failin banka çalışanı olması nedeniyle özgü suç olan bankacılık zimmeti (Bankacılık Kanunu, m.160) oluşur. Örneğin, Takas ve Saklama Merkezi'nden alınan 50.000 adet hisse senedinin bankada bulunan hesaba yatırılmak üzere, bankada grup müdürü olarak çalışan kişiye teslim edilmesi, daha sonra hisse senetleri-

nin satışı zımında bankaya talimat verildiğinde, hisse senetlerinin banka yedinde bulunmadığının beyan edilmesi durumunda¹⁰⁸, grup müdürünün diğer şartların da varlığı halinde bankacılık zimmetinden sorumluluğuna gitmek gerekir.

Güveni kötüye kullanma suçu, bir kimseye karşı, değişik zamanlarda müteaddit defalar aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmişse (zincirleme suç) yahut birden fazla kişiye karşı bir fiille aynı anda işlenmişse (aynı neviden fikri içtima) TCK.'nun 43 üncü maddesi çerçevesinde hareket edilir.

§ 6- SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

SPK.'da düzenlenen suçların takibi bakımından özel bir usul benimsenmiştir. Nitekim SPK.'nın 115 inci maddesinde; *“Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir”* denilmekle, söz konusu suçların takibi, soruşturma ve kovuşturma koşullarından biri olan müracaata tabi tutulmuştur. Düzenlemeyle, suç teşkil edip etmediği, yahut bu kanun kapsamında bir suça vücut verip vermediği hususunda basit bir şüphe dahi bulunmayan fiiller hakkında doğrudan soruşturma yapılmasına engel olunmak istenmiştir¹⁰⁹.

Başvuru, fiile ilişkindir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı yaptığı incelemede, failer ve hukuki nitelme konusunda, Sermaye Piyasası Kurulunun belirlemeleriyle bağlı değildir. Bu sebeple soruşturma sonucunda kurul tarafından yapılan müracatta gösterilen şüphelilerin sayısı artırılabilir yahut azaltılabilir¹¹⁰.

Yargıtay 2499 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararda¹¹¹, Kurulun yazılı başvurusunun olmamasını yargılamanın devamına engel kabul etmiştir. Kararda; *“Ceza yaptırımı, anılan kanunun, o tarihte yürürlükte bulunan 47/B-5. maddesinde açıklanan ve güveni kötüye kullanma suçunu oluşturabilecek nitelikteki eyleme yönelik, Başbakanlık Teftiş Kurulunun 19.3.1997 tarih, 24/97-16 sayılı, inceleme raporunda da yer alan suç duyurusu gereğinin yerine getirilmiş olmasının, Kanununun 49. maddesindeki, kovuşturma yapılmasını Kurul tarafından yazılı baş-*

¹⁰⁸ Borsa Uyuşmazlıkları, Uygulama, Örnek Kararlar ve Mevzuat, 1997, s.252.

¹⁰⁹ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.92.

¹¹⁰ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.92.

¹¹¹ Yarg.7.CD., 27.11.2000, 8317/8195.

vuruda bulunulması koşuluna bağlayan hüküm karşısında(...)" denilmektedir¹¹².

SPK. m.115'te yer verilen düzenlemenin doğal bir sonucu olarak, SPK.'da düzenlenmeyen suçlar bakımından Kurulun başvuru hakkının bulunmadığı, bu nedenle yargılamada katılan sıfatını kazanamayacağını, buna paralel olarak, Cumhuriyet Savcılıklarınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına ilişkin de itiraz hakkının bulunmadığını belirtmek gerekir. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹¹³.

2499 sayılı SPK.'nın 49'uncu maddesinde 6362 sayılı SPK.'nın 115 inci maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmekle beraber, maddenin ikinci fıkrasına göre bu suçların işlendiği bilgisine ulaşan savcılığın, Sermaye Piyasası Kurulu'nu durumdan haberdar ederek inceleme yapılmasını isteyebileceği¹¹⁴ hüküm altına alınmıştır. Bu ifade, savcılığın, söz konusu suçların soruşturmasına re'sen de başlayabileceği şeklinde 1 inci fıkrayla çelişik bir biçimde anlaşılmamalıdır. Zira maddede göre takdire bağlı olan soruşturmaya re'sen veya kurulun yazılı başvurusu üzerine başlamak değil, savcılıkça konuyla ilgili kurulun inceleme yapmasını istemektir. Diğer bir ifade ile belirtilen suçların işlendiğini öğrenen savcılık, her halükarda soruşturmaya başlayabilmek için durumdan kurulu haberdar edip, kurulun yazılı başvurusunu almak durumundadır. 6362 sayılı SPK.'da savcılığın kurulun inceleme yapmasını isteyebileceğine dair açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, SPK.'da düzenlenen suçların işlendiğine dair bir şüphenin söz konusu olması halinde, savcılığın, kurula, bu hususta inceleme yapılabilmesi için bilgi vermesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bir suçun işlendiği hususunda şüpheler varsa, kurul için mahiyetine göre başvuruda bulunup bulunmama konusunda takdir yetkisine sahip midir? Bu soruya verilecek cevap hayırdır. Kurul, fiilin suç teşkil ettiği yönünde bir şüpheye sahipse, görevi başvuruda bulunmaktır. Bu

¹¹² Aynı yönde *Yarg. 7.CD., 18.09.1995, 5815/6925; Yarg. 4.CD., 27.11.2000, 8317/8195.*

¹¹³ "İddianamede sanıkların, şirket hissedarı olan kişilere yönelik hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçunu işledikleri tavsifiyle dava açılmış olması karşısında suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen şikayetçi Sermaye Piyasası Kurulu'nun müdahilliğine karar verilmesi hukuken geçersizdir" (*Yarg. 11.CD., 10.02.2010, 16996/705*); "... Şüphelilerin yönetim kurulu üyesi oldukları şirketin nakdini amacı dışında kullanmak suretiyle güveni kötüye kullanmak suçunu işledikleri ihbarı üzerine yürütülen soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karara ancak anılan şirket ve hissedarlarının itiraz hakkının olduğu, iddiaya konu hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu ihbar eden Sermaye Piyasası Kurulunun itiraz hakkının bulunmadığı gözetilmeden..." (*Yarg. 11.CD., 26.02.2010, 12095/1977*).

¹¹⁴ Hükümün lafzı dikkate alındığında, savcılığın, suçun işlenip işlenmediğine yönelik kurulun araştırmada bulunması yönünde bir talepte bulunma zorunluluğunun mevcut olmadığı söylenebilir.

itibarla kurulun başvurusuna ilişkin muhakeme şartı, kurula suç teşkil etmeyen fiillerin olur olmaz savcılık tarafından doğrudan soruşturulmasının önüne geçilmesi adına bir süzgeç görevi yüklemektedir. Yoksa suç teşkil eden fiillerin soruşturulmasını engellemeye matuf davranış, mahiyetine göre TCK.m.230, 279 kapsamında değerlendirilir¹¹⁵. Nitekim Yargıtay da; “*Sermaye Piyasası Kanunu’nun 49’uncu maddesinin, güveni kötüye kullanma oluşturabilecek nitelikte eylemlere ilişkin kovuşturma yapılmasını Kurulun yazılı başvurusuna bağlı tutması karşısında, Kurul başkanı ve üyeleri olan sanıklar yönünden görevi ihmal suçunun oluşup oluşmadığının, ilgili yargı merciince takdir edilmesi gerektiği*” ne hükmederek¹¹⁶ bu hususa işaret etmiştir.

Sermaye Piyasası Kurulu kendisine tebliğ edilecek kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurabilir (m. 115/4). Nitekim Yargıtay da 2499 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu bir kararında¹¹⁷; “*2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi gereğince, aynı yasanın 47. maddesinde öngörülen suçlar nedeniyle soruşturma yapılmasının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet Savcılığına yapılacak yazılı başvuru ile olanaklı olup yazılı başvuruya binaen başlatılan soruşturma sonucunda verilecek kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı Sermaye Piyasası Kurulunun, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 173. maddesi gereğince itiraza yetkili olduğu gözetilmeden itirazın esastan incelenmesi yerine Sermaye Piyasası Kurulunun itiraza konu kararda müşteki olarak gösterilmediğinden bahisle itirazın reddine karar verilmesinin hukuka aykırı olduğuna*” hükmetmiştir.

Kurul’un 115 inci maddedeki “yazılı başvurusu”nun zamanaşımını durduran bir etkisi olmakla birlikte, bunu sınırlı bir zaman içerisinde kabul etmek gerekir. Nitekim Yargıtay 5.CD’nin 26.09.2012 tarih ve 12185/42119 sayılı kararında; “*Dosya kapsamına göre, 23/11/1998-18/10/1999 tarihleri arasında işlenen atılı suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasının 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun ilgili hükümlerine göre Sermaye Piyasası Kurulu’ndan karar alınmasına bağlı olması ve gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 107.maddesinde yer alan “Hukuku amme davasının ikamesi mezuniyet veya karar alınmasına yahut diğer bir mercide halli lazım gelen bir meselenin neticesine bağlı bulunduğu takdirde mezuniyet ve kararın alınmasına yahut meselenin halline kadar mürruru zaman durur” şeklindeki düzenleme, gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 67/1.maddesinde yer alan “soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya*

¹¹⁵ **Yenidünya**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s.92.

¹¹⁶ Yarg. 4.CD., 27.11.2000, 8317/8195.

¹¹⁷ Yarg. 7.CD., 06.02.2008, 8269/760.

diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu kadar kaldırılınca kadar dava zamanasını durur" şeklindeki düzenlemeler karşısında, somut olayda K.. Elektrik T.A.Ş. nezdinde gerçekleştirilen denetim çalışmaları için anılan Kurul başkanlık makamının uzmanları görevlendirdiği 03/07/2000 tarihinden, Kurul karar organının ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulmasına ilişkin karar tarihi olan 24.08.2011 gününe kadar zamanasını süresinin durduğu gözetilmeden..." denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Yoksa suçun işlendiği tarihten, kurulun yazılı başvurusuna kadar geçen sürede, zamanasının durduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Kurulun başvurusu üzerine, kamu davası açılması halinde iddianamenin kabulüyle birlikte, bir örneğinin Kurul'a tebliğ edilmesi ve Kurul'un aynı zamanda katılan sıfatını kazanması Yasa'da öngörülmüştür (m.115/2). Ancak bu düzenlemeyi, CMK.'nın katılmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde yorumlamak ve Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında işlenen suçlar yönünden Kurul'un yasal bir katılma hakkı olduğunu kabul etmek, ancak usulün CMK.m.237 ve devamı hükümlerine göre gerçekleşeceğini ifade etmek gerekir. Şayet yapılan yazılı başvuru sonucunda Cumhuriyet Savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmişse, Kurul bu karara itiraza yetkilidir (m.115/4).

Son olarak söz konusu fiillerin işlenmesi halinde görevli mahkeme, 6362 sayılı SPK.'nın 116'ncı maddesi uyarınca, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleridir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Birinci Dairesinin 9.5.2013 tarih ve 864 sayılı kararı ile bir asliye ceza mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, iki asliye ceza mahkemesi olan yerlerde ikinci asliye ceza mahkemesi, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi olan yerlerde üçüncü asliye ceza mahkemesi Sermaye Piyasası Kanunundan kaynaklanan davalara bakmakla görevlidir.

§ 7- YAPTIRIM

SPK. m. 110'da düzenlenen fiillerin, TCK. m. 155'te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hallerini oluşturduğunu ifade etmiştik. Buna uygun olarak maddenin birinci fıkrasında, bu fiilleri işleyenler hakkında; "5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak cezanın üç yıldan az olamayacağı" öngörülmüştür. TCK. m.155/2 hükmü dikkate alındığında¹¹⁸, söz konusu fiiller

¹¹⁸ TCK m. 155/2; "Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği

nedeniyle soyut cezanın; üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası olduğunu ifade etmek gerekir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında yollama yapılırken adli para cezasından bahsedilmediğinden, 155/2'de yer alan "üç bin güne kadar adli para cezası" hükmünün inceleme konusu suçta tatbik edilip edilmeyeceği tereddüt oluşturmaktadır. 110/1'de "hükmolunacak ceza" ibaresinden sonra sadece "hapis cezasının" miktarından söz edildiğinden, kanımızca kanunilik prensibi uyarınca, adli para cezasına ilişkin hükmün tatbiki mümkün değildir.

SPK.'nın 114'üncü maddesinde, bu Kanunun 106 ncı ve 107'nci maddelerinde düzenlenen suç tipleri bakımından tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu durum da 110'uncu madde kapsamında düzenlenen fiiller bakımından, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunup hükmolunmayacağı konusunda tereddüt doğurmaktadır (TCK.m.60/4). Ancak kanımızca 110/1'de düzenlenen fiiller yönünden, Türk Ceza Kanunu'nun 169 uncu maddesi uygulanabilir. Çünkü bu fiiller, güveni kötüye kullanma suçunun (TCK.m.155/1, 2) nitelikli unsuru olarak tarif edilmiştir. TCK.'da güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin düzenlemelerin, 110/1 yönünden de geçerli olacağından şüphe yoktur. TCK.'nın 169 uncu maddesinde; "*hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*" denilmektedir.

Güvenlik tedbirleri bahsinde ayrıca, TCK.'nın 55 inci maddesine göre, örtülü kazanç aktarımı teşkil eden fiillerin işlenmesi sonucunda elde edilen kazancın müsaderesine karar verilip verilmeyeceği tartışılabilir. Elde edilen kazancın halka açık ortaklığa iadesi mümkün olduğu sürece müsadereye karar verilemez.

§ 8- SONUÇ

Kanun koyucu, ekonomik düzenin muhafazası ve sermaye piyasalarına güvenin tesisi amacına uygun olarak, 6362 sayılı SPK.'nın 110'uncu maddesinde, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik başlığı altında birtakım davranışları yaptırım altına almıştır. Bu hükümlerle, 2499 sayılı mülga SPK.'dan farklı olarak güveni kötüye kullanma teşkil eden fiiller, bağımsız bir suç olarak değil, TCK'nın 155 inci maddesinde yaptırıma bağlanan güveni kötüye kullanmanın nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda 2499 sayılı Kanun'da bağımsız olarak cezalandırılan ve örtülü kazanç aktarımı teşkil eden davranışlar da güveni kötüye kullanmanın nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Ayrıca madde-

olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur."

nin ikinci fıkrasında, yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtların bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi veya erişilmez kılınması da yaptırım altına alınmış, üçüncü fıkrada ise etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde örtülü kazanç aktarımı teşkil eden fiillerin belirlenmesi bakımından, Kanunun, örtülü kazanç aktarımı yasağı başlıklı 21 inci maddesi esas alınmakla birlikte, 2499 sayılı SPK.'nın 15 inci maddesinde yer alan örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenleme de, birinci fıkranın (b) bendine ithal edilerek korunmuştur. Kanaatimizce bu düzenleme tarzı gereksizdir. Zira 6362 sayılı SPK.'nın 21 inci maddesinde düzenlendiği şekliyle örtülü kazanç aktarımı, 2499 sayılı kanunun 15 inci maddesini bünyesinde barındırmaktadır. Maddenin 1 inci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yer verilen fiiller, örtülü işleme örnek olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi 110/1-b'de yer alan ve bu yoruma yol açan "gibi" ibaresini, 14.11.2013 tarih ve 2013/24 E., 2013/133 K. sayılı kararı ile iptal etmiş ve iptal kararının Resmi gazetede yayımlanmasına kadar yürürlüğünü durdurmuştur. Kanımızca fıkranın (b) bendi yönünden ifade edilen anayasaya aykırılık (belirlilik ilkesi açısından) (c) bendi için de geçerlidir. Bu itibarla (c) bendinin de bu iptal kararı çerçevesinde yeniden ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Bu anlamda belirtelim ki, halka açık bir anonim ortaklıkta, o şirketin hisse senedine yatırım yapan bireylerin, yaptıkları yatırımdan istifadesini engelleyen, hakim ortakların, yöneticilerin bu meyanda şirketin karını (aktifini) azaltıcı, zararını (pasifini) artırıcı, diğer yatırımcıların aleyhine, kendi şahsi menfaatlerine yönelik ticari hayatın olağan işleyişine aykırı davranışları "örtülü kazanç aktarımı" olarak nitelendirilmese de, güveni kötüye kullanma suç tipi kapsamındadır.

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, suç konusunun zilyetliğinin devrini ifade etmek için 765 sayılı TCK m.508'de düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun tanımında kullanılan "tevdî veya teslim" kavramlarının kullanılması tercih edilmiş, ayrıca suçu oluşturan fiiller de satmak, kullanmak, rehnemek, gizlemek ve inkar etmek şeklinde belirlenmiştir. Kanımızca eski kanunda kullanılan bu düzenleme tarzı yerine, suçun temel şekline ilişkin TCK. m. 155/1'de yer alan tanımın esas alınması daha doğru olurdu.

Güveni kötüye kullanma teşkil eden fiiller (a) bendi bakımından sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymetin tevdî ve teslim edildiği kişi tarafından işlenebileceğinden, suçun bu yönden özgü suç niteliğini taşıdığı söylenebilir. Örtülü kazanç aktarımı teşkil eden fiiller bakımından ise hükümde, eski kanundan farklı olarak failin tüzel kişinin yetkilisi olması gerektiği hususuna özellikle işaret edilmediğinden, halka açık ortaklığın yetkilisi ile birlikte fiil üzerinde hakimiyet

kuran herhangi bir kimsenin suçun müşterek faili olabileceğini kabul etmek gerekir. Keza örtülü kazanç aktarımının karşı tarafında bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin yetkilileri de somut olayın özelliklerine göre müşterek fail olarak sorumlu tutulabileceklerdir.

Maddenin üçüncü fıkrası itibarıyla yer verilen etkin pişmanlık hükümlerinin, yukarıda “etkin pişmanlık” başlığı altında yaptığımız açıklamalar çerçevesinde doğru bir tarzda kaleme alınmadığını ifade etmeliyiz. Zira 110’uncu maddede yer verilen etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması, halka açık ortaklık veya bunun iştirakinin uğradığı zararın fail tarafından nedamet gösterilerek tazmin edilmesine bağlı tutulduğundan, örtülü kazancı oluşturan tutarın 21’ inci madde hükmüne göre faiziyle birlikte iade olunması halinde, artık etkin pişmanlık çerçevesinde tazmin edilecek bir zarardan bahsedilmesi de mümkün değildir. Bununla birlikte suçtan zarar görenin, malvarlığı aleyhine işlem yapılan halka açık ortaklık veya bunun iştiraki olduğu dikkate alındığında, örtülü kazançla konu tutarın etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde neden Hazine’ye ödenmesinin arandığı hususu da anlaşılmalıdır.

Etkin pişmanlıktan yararlanabilmenin, örtülü kazançla konu tutarın aynen değil misliyle ödenmesine bağlı tutulmuş olması da eleştirilebilecek bir başka noktadır. Bu haliyle söz konusu düzenlemenin, etkin pişmanlıktan çok *nispi nitelikte adli para cezası* mahiyetinde olduğu söylenebilir. Ayrıca 21 inci maddeye göre örtülü kazanç tutarını iade yükümlülüğü altında olanın, lehine örtülü işlem yapılan taraf olduğu ifade edilmesine rağmen, 110/3’te, bu tutarın fail tarafından ödeneceğinin belirtilmesi iki hüküm arasında çelişki ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla hükmün adli para cezası mahiyetine bürünmesinin yanı sıra birden fazla tatbiki tehlikesi mevcuttur. Çünkü daha önce ifade ettiğimiz üzere kanundaki yeni düzenlemeye göre örtülü kazanç aktarımının karşı tarafında bulunan kişiler de bu suçta müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir. Bu özellikleri yönüyle hükmün, Anayasa’nın 2, 13, 38 inci maddelerine aykırı olduğu ifade edilmelidir.

Etkin pişmanlık bahsinde son olarak, hükmün uygulama alanının yalnızca örtülü kazanç aktarımı ile sınırlı tutulmasını doğru bulmadığımızı, ayrıca maddede düzenlenen fiillerin TCK. m.155’te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hallerini oluşturdukları açıkça belirtildiğinden, TCK m.168’de yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin bunlar bakımından da uygulanma kabiliyeti bulunduğunu, mevcut bu düzenleme varken, bu yola gidilmek yerine 6362 sayılı Kanunda böylesi sakıncalar yaratabilecek bir düzenlemeye yer verilmesinin de gereksiz olduğunu belirtmek gerekir.

