

SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN DENETİMİ*

*Doç. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL***

GİRİŞ

Günümüzde özellikle Kara Avrupası Hukuk Sistemini benimseyen ülkelerde klasik idari yapılarından farklı olan bazı kurulların/kurumların varlığı dikkat çekmektedir. İdare Hukuku'ndan esinlendiğimiz bir ülke olan Fransa'da da 1980'li yıllarda tartışma konusu olan "bağımsız idari otorite kavramı", hukuk sistemimizde de yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bağımsız idari otorite veya kurum veya kurul hangi deyim tercih edersek edelim günümüzde tartışılan sorunun terminolojik bir sorun olmadığını belirtmeliyiz. Bazıları SPK¹ örneğinde olduğu gibi yasa koyucu tarafından Kurul olarak adlandırılırken bazıları Rekabet Kurumu örneğinde olduğu gibi, Kurum olarak adlandırılmaktadır. Bu bildiride terim birliğinin sağlanması amacıyla sözkonusu idareler için ortak ad olarak, "bağımsız idari otorite" ifadesi kullanılmaktadır.

Kamu tüzel kişiliğine sahip olan bu idareler, klasik anlamdaki kamu kurumlarından farklı yapısal özellikler göstermektedir. Kurum kavramını kullanarak bu tür idareleri Anayasa m.123 bağlamında meşru hale getirmeye çalışmaktayız. Oysa bu tür idareler günümüzde devletin ekonomi gibi bazı alanlarda üstlendiği rolün sonucunda bir gereksinime yanıt vermek üzere Anayasa m.167 uyarınca devlete verilen yetkiye dayanılarak yasama organı tarafından kurulmaktadır. Örneğin ekonomik alanda üstlendiği role göre SPK'yı kuran devlet, her zaman bu idarenin görevine son verme yetkisine de sahiptir. Ancak bu durumda devletin benimsediği ekonomik sistem tercihi ve ekonomideki rolü de değişecektir.

Kamu tüzel kişiliğine sahip olması dışında, kamu kurumu olarak nitelenmek için tüm özellikleri taşımayan bu idarelerin varoluş amaçlarının

* Hakem incelemesinden geçmiştir.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

anlaşılmasında ve gerçekten bağımsızlıklarını güçlendirecek işleyişlerinin sağlanması için hukuki denetim araçlarının geliştirilmesinde geciktiğimizi düşünmekteyiz.

Günümüzde teknolojinin en üst düzeyde ekonominin hizmetinde kullanılması ile birlikte, özellikle sermaye piyasasında hızına yetişmekte güçlük çekilen bir değişim görülmektedir. Üstelik bu yabancı sermaye dolaşımı, gelişmekte olan ulusal ekonomiler için görünürde çok cazip bir olanaktır; ancak aşırı duyarlı alan olan ekonomiyi, her an etkileyebilme riskini de özünde barındırmaktadır. Küreselleşmenin en hızlı, etkin ve etkili aracı özellikle yabancı sermaye dolaşımı olmaktadır. Sermayenin, dolaşım serbestisi bağlamında hızla bütünleşmesi ilginç bir rota izlemektedir. 1980'li yıllarda gelişmekte olan ülkelere sermaye yönelimi çok az iken, 1990'lı yıllardan itibaren gelişmekte olan ülkelere tam tersine yoğun bir sermaye akışı gözlenmektedir. Bunda en önemli araç da teknolojik gelişme sayesinde hızla gerçekleşen para ve sermaye piyasası ile ilgili işlemler, en başta da borsa işlemleri gelmektedir.

Ekonomiye kamu hukuku yaklaşımını içeren inceleme, ekonomik büyümeyi, uluslararası ekonomik ilişkilerin çoğalmasını, hukukun tüm kollarını etkileyen ekonomik gelişimin aşamalarını açıklamak olanağı vermesi bakımından son derece yararlı ve gereklidir. Hemen belirtelim ki, ekonomik düzene ilişkin konuların hukuki inceleme konusu yapılması hukuk alanının genişlemesinin göstergesi olmaktadır. Hatta bu durum hukuk devleti ilkesinin uygulama alanının genişlemesi olarak da değerlendirilebilir.

Ayrıca ekonomiye hukuki yaklaşım, bizi özel hukuk - kamu hukuku ayrımı konusunda da düşünmeye sevk etmektedir. Kamu hukuku - özel hukuk ayrımı net ve somut bir ayrım mıdır? Biri, diğerinin karşıtı mıdır? Bu sorulara yanıtımızın olumsuz olduğunu hemen belirtebiliriz. Çünkü özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı ortadan net bir şekilde ikiye ayrılabilen bir ayrım niteliğinde değildir. Öte yandan özel hukuk, kamu hukukunun veya kamu hukuku, özel hukukun karşıtı olan bir kavram değildir. Nitekim ekonomik faaliyet temelinde; kamu hukuku ve özel hukuk kuralları bir arada değerlendirilme olanağı bulmaktadır. Bu nedenle de ekonomik hukukun, kamu

¹ SPK, Sermaye Piyasası Kurulu'nun kısaltması olarak kullanılmaktadır.
SPKn Sermaye Piyasası Kanunu'nun kısaltması olarak kullanılmaktadır.

hukuku ve özel hukuk dışında üçüncü bir ayırım oluşturmadığını genel olarak belirtebiliriz².

Bu bağlamda da, ekonominin **mikro** ekonomik yönü, özel hukuk kapsamında yer almaktadır. Çünkü bu alandaki hukuki ilişkiler gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişileri arasındadır. Özel hukuk kişilerinin bu alandaki faaliyetleri, birbirleri ile ilişkileri sözleşmeye dayanan bir hukuki ilişki niteliğindedir. Kamu hukuku ise, **makro** ekonomi açısından hukuki yaklaşımı hedeflemektedir. “Devlet ekonomiye nasıl müdahale eder?” sorusu ve bunun yanıtı, kamu hukuku açısından konuya yaklaşımda önem taşımaktadır. Keza fiyat, dış ticaret, rekabet, istihdam, sermaye piyasasının güvenliği, istikrarı gibi makro ekonomik dengeleri devletin nasıl sağladığı konusu da kamu hukuku yaklaşımı içerisinde değerlendirilmektedir. Yapısal (organik) anlamda hangi idare ile ve işlevsel bakımdan hangi araçlarla bu denge sağlanacaktır? İşte kurumsal, mevzuat, planlama, işleyiş vb. açılardan konunun detaylı bir şekilde ele alınması, ekonomiye, kamu hukuku yaklaşımı içerisinde değerlendirilebilir.

Ekonomik kamu hukuku, Türk hukuk sisteminde, Fransız hukukunda olduğu gibi daha çok, idare hukuku alanında açılım göstermektedir. Nitekim **ekonomik kamu hukuku, ekonomi alanında kamu gücünün etkisini inceleyen hukuk bilimidir**³. İşte bu nedenle de yoğunluk idare hukukunda olmak üzere, kamu hukukunun tüm branşlarıyla ilişkili olarak ekonomik kamu hukuku yaklaşımı sergilenebilmektedir. Kamu hukukunun gelişim düzeyi; geçmişte kamusal alandaki genişleme ile karşılaştırılırken, bugün kamusal alanın daralması ile karşılaştırılır hale gelmiştir. Bu da idare hukuku alanında önemli sonuçlar doğurmaktadır. Hatta ekonomik kamu hukukunun, idare hukukundaki açılımı geniş olduğundan, ekonomik kamu hukuku yerine ekonomik idare hukuku deyimini de kullanabiliriz.

Bu çalışmada da amacımız; sermaye piyasası alanında gözetim denetim ve düzenleme yetkilerini kullanan SPK'nın kuruluş amacı ve idari yapı içerisindeki yeri konusunda genel saptamalar yaptıktan sonra, bir bağımsız idari otorite (BİO) olarak SPK'nın denetimi, denetim türleri ve bu denetimin

² Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Kutlu Gürsel**, M., İstanbul Menkul Kıymetler Borsası-İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme, Ankara 2003, Birinci Bölüm.

³ **Colson**, J.P., Droit public économique, Paris 1997, s. 9; **Linotte**, D./**Romi**, R., Services publics et droit public économique, Paris 2001, s. 12.

nasıl yapılacağı özellikle SPK'nın yargısal denetimi konusunda ayrıntılı bir değerlendirme yapmaktır.

I. TÜRKİYE'DE SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN KURULUŞ AMACI

Hukuk sistemimizin ekonomideki ve devlet anlayışındaki modernleşmeye paralel olarak daha hızlı bir şekilde güçlendirilmesi zorunludur. Bu nedenle BİO'lar her ne kadar modern devlet anlayışının bir ihtiyacı olarak ortaya çıkmışsa da, hukuki alt yapının güçlü olmaması, ekonomi ve hukuk arasındaki bağın sağlıklı kurulmaması halinde ciddi sorunları da beraberinde getirebilir. Yapısal ve işlevsel özellikleri itibarıyla kamu hukuku ve özel hukuk ayrımını benimseyen Kara Avrupası Hukuk Sistemine yabancı olan BİO'lar, Avrupa ülkelerinde değişik şekillerde kendilerine güçlük bir yer bulmuşlardır⁴. Bu idareler, küreselleşme sürecinde, ileri teknolojinin ekonominin hizmetinde en üst düzeyde kullanılmasının doğal sonucu olarak, ekonomik değişim araçları ile Anglo-Amerikan Hukuk sisteminin öncelikle Kara Avrupası Hukuk Sistemine dahil ülkelere ihraç ettiği idarelerdir.

Bağımsız idari otorite kavramına Amerika'daki bağımsız düzenleyici kurumlar (independent regulatory agencies), İngiltere'deki özerk hükümet dışı kurumlar (quasi autonomous non governmental organisations) örnek olarak gösterilse de, bu konuda tek bir modelden de söz edilmemektedir. Çünkü bu tür idarelerin ülkeden ülkeye kuruluş amaçları ve ilgili sektörler değişik özellikler göstermektedir. Elbette en önemlisi de ülkenin siyasi, ekonomik, sosyal sisteminin bu idarelerin oluşumunda belirleyici olmasıdır. Bağımsız idari otoriteler konusunda tek bir modelin olmaması, bu konuda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle de değişik sistemlerde, değişik yapılarda bağımsız idari otoriteler ortaya çıkmaktadır⁵. Ancak belli bir ülke içerisinde bu tür idarelerin faaliyet alanlarının özelliğine göre farklılıkları olsa da, hukuki anlamda yapısal olarak asgari ortak özellikler göstermesi gerekmektedir⁶. Ancak günümüzde idare hukuku öğretisinde

⁴ **Chevallier**, J., "Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes", JCP, 1986 I, s. 3254.

⁵ **Pauliat** H., "Les autorités administratives indépendantes en droit comparé", in Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-Fransız Ortak Kollokyumu Metinleri, İstanbul 1998, s. 4-5.

⁶ **Tan** T., "Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu", Prof.Türk'e Armağan, SPK Yayını, 1996, s. 15.

varlığı tartışılan bu idareler konusunda henüz bir görüş birliğine varıldığını belirtmek de güçtür.

BİO olarak belirtilen bu kurumlar aslında Kara Avrupası ülkelerinde özellikle üniter devlet yapısını benimseyen Fransa'da ilkin endişe ile karşılanarak tartışma konusu olmuşlardır⁷. Ancak hemen belirtelim ki, Türk Hukuku'nda Anayasa'ya uygunluk bakımından özellikle SPK, RK, BDDK gibi kurullar için bir tartışmanın gereksiz olduğunu düşünmekteyiz. Anayasa'da yer alan ve devlete bazı konularda görev yükleyen kurullar örneğin Anayasa m.167'de olduğu gibi Devlete o konularda önlem ve karar alma yetkisi vermektedir. Devlet, yasama organı aracılığıyla bu kapsamda yetkisini kullanarak gerekli yapılanmayı oluşturmak suretiyle önlemler alabilme yetkisine sahiptir⁹. İşte Devlet de bu yöndeki yetkisini bazı alanlarda uzmanlaşmış BİO'lar kurmak suretiyle kullanmaktadır. Sermaye Piyasası alanında da SPK, kaynağını Anayasa m.167'de bulan uzman bir kurumdur.

Günümüzde idarenin ekonomik işlevinin klasik idare hukukunun temel yapısını etkilemesi sonucunda "ekonomik idare hukuku" veya ekonomiye idare hukuku açısından yaklaşım veya idare hukukuna ekonomik açıdan yaklaşım konularının tartışılması gerekmektedir. Bu gelişmeler, idare hukukunda da önemli sonuçlar doğurmakta ve yeni gelişmelere neden olmaktadır¹⁰. Fransa örneğine baktığımızda da idari yargılamada ekonomik

⁷ Fransa'da devletin geleneksel yapısındaki değişimleri inceleyen bir çalışmada, bu değişimin nedenleri, ekonomik ve teknolojik olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Bugün ekonomik sınırlar her geçen gün daha da görünmez hale gelmektedir. Gelişmiş ve zengin ülkelerin dinamizmi, ekonomik alanda uluslararası ticari kuruluşların devlete eşit hatta onu aşan müdahale yeteneği, kamusal tekelin yıkılması gibi nedenler bunda rol oynamaktadır. Duyarlı alanlarda düzenlemeyi sağlamak amacıyla bağımsız idari otoriteler vageçilmez formül olarak görülebilir. Ancak bu formülün devlet otoritesi ve bütünlüğü için genelleştirilmesi ağır ve ciddi riskler içermektedir. Bkz. De **Forges J.M.L./Chevallier J./Ferstenbert J./Soucraiaien F.M./Mescheriakoff A.S./Pochard M./De Foucauld J.B.**, Reformer les administration, La Documentation Française, Paris 1998, s. 137-138.

⁸ **Chevallier, J.**, "Réflexions sur les autorités administratives indépendantes:JCP 1986, I, s. 3254; **Teitgen Colly C.**, "Les instances de régulation et la constitution", RDP, 1990, s. 153, **Gentot M.**, Les autorités administratives indépendantes, 1994; **Guédon J.**, Les autorités administratives indépendantes, 1991.

⁹ **Duran, L.**, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", in Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-Fransız Ortak Kollokyumu Metinleri, İstanbul 1998, s. 29-30.

¹⁰ **Servoin, F.**, Droit administratif de l'économie, Grenoble 1996, s. 7; **Vlachos, G.**, Droit public économique français et communautaire, Paris 1996, s. 16-18.

müdahaleden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan güçlükler sonucunda idari faaliyetin yargısal denetimi ile ilgili yeni kurallar yürürlüğe konmuştur¹¹ veya geleneksel hiyerarşik yapı içerisinde yeni idari etiğe (une nouvelle éthique administrative) uygun bir şekilde tarafsızlığın objektifliğinin sağlanması amacıyla özellikle ekonomi alanında bağımsız idari otoriteler kurulmuştur¹². Örneğin bu tür idareler Fransız hukuk geleneği içinde yer almadıklarından, varolan idari sistem içine dahil edilmeleri sonucunda kendine özgü özelliklere sahip olmuşlardır. Fransa’da, tüzel kişiliği olmayan bu tür idareler, merkezi idare içerisinde hiyerarşi denetimine de tabi olmayıp, başbakana veya bir bakanlığa bağlı, üyeleri bağımsız olan, fakat yargıç statüsünde olmayan, bağımsızlıkları her yönden gelebilecek baskılara direnme gücüne sahip olmaları anlamına gelen çok ileri düzeyde yönetim özerkliğine sahip olan yapıdadır¹³. Bu özellikleri de kurulların faaliyet alanlarına göre ayrı ayrı özellikler taşımaktadır¹⁴. Öte yandan bu kurumların Fransız örneğinde bütçeleri özerk olmayıp, genel yönetimin bütçesi içerisinde yer aldığı gibi, faaliyetlerinden dolayı verdikleri zararlardan sorumluluk da devlet tüzel kişiliğine aittir¹⁵. Fransa’da klasik yapıya tamamen yabancı bu idareler için 1993 yılında Anayasa değişikliği yapılması girişiminde bulunulmuşsa da, var olan anayasal sistem içerisinde kendilerine yer bulmuşlardır¹⁶. Fransa’da sadece sermaye piyasası alanında çok yeni bir gelişme mali piyasalar arasında bütünleşme gerçekleştirilerek kurulan AMF’ye¹⁷ kamu tüzel kişiliği verilmesidir.

Türk İdare Hukuku’ndaki değişikliklerden bazıları da ilkin anayasal kurallar düzeyinde gerçekleşmiştir. Örneğin 1999 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa’nın 47, 125, 155 maddelerinde idari sözleşme teorisini köklü bir

¹¹ **Bockel**, A., “Actualité et perspectives du contrôle de l’interventionnisme économique”, AJDA, 1983, s. 8.

¹² **Chevallier**, J., “Réflexions sur les autorités administratives indépendantes: JCP 1986, I, s. 3254; **Teitgen Colly C.**, “Les instances de régulation et la constitution”, RDP, 1990, s. 153, **Gentot M.**, Les autorités administratives indépendantes, 1991; **Guédon J.**, Les autorités administratives indépendantes, 1991.

¹³ **Guédon**, J., Les autorités administratives indépendantes, Paris 1991, s. 43.

¹⁴ **Morange J.**, “Les autorités administratives indépendantes en France”, in Bağımsız İdari Otoriteler, Türk-Fransız Ortak Kollokyumu Metinleri, İstanbul 1998, s. 11-12.

¹⁵ **Ulusoy**, A., Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003, s. 88.

¹⁶ **Gentot**, M., Les autorités indépendantes, Paris 1994, s. 52.

¹⁷ Bkz. s. 502.

şekilde etkileyecek değişiklikler yapılmış ve idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar konusunda "tahkim" yolu açılmıştır. Bağımsız idari otorite veya düzenleyici ve denetleyici kurumlar konusundaki gelişmeler idare hukukunun özellikle ekonomik alana açılımını zorunlu kılmıştır. Bu tür idarelerin T.C İdari yapısı içerisindeki yeri özellikle Anayasa m.123 bağlamında tartışılması gerekmektedir.

Anayasa m.123 T.C'nde "İdarenin Esasları" na ait temel ilkeleri belirtmektedir. Anayasa m.123/2 "**İdarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır**" ifadesi yer almaktadır. Bu kurala göre, T.C.'nin idari yapısı içerisinde SPK'nın da merkezden yönetim veya yerinden yönetim içerisinde yer alıp almadığının belirlenmesi zorunludur. SPK tüzel kişiliği haiz bir idare olduğuna göre, merkezden yönetim ilkesinin uygulandığı merkezi idare içerisinde değerlendirilmesi olanaksızdır. Kamu tüzel kişiliği dolayısıyla yerinden yönetim ilkesi bağlamında faaliyette bulunan bir idare olarak nitelendirilmesi halinde ise merkezi idareye bağlı veya ilgili kuruluş olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Yani bu bağın anlamı merkezi idare ile kamu tüzel kişisi arasında organik ve işlevsel açıdan bütünlüğü sağlamaktır. Oysa SPK'nın klasik olarak bir bağlı kuruluş veya ilgili kuruluş olarak nitelendirilmesi SPK'nın kuruluş amacına aykırıdır. Üstelik SPK; Anayasa m.167 bağlamında, İMKB gibi tüzel kişiliği olan kamu kurumu üzerinde gözetim ve denetim yetkisine de sahiptir. Benzer ilişkiyi bir başka örnek üzerinde de değerlendirebiliriz. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olan TRT ile RTÜK arasındaki ilişki bağlamında her ikisini de hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirmek olanaksızdır. Çünkü bir hizmet yönünden yerinden yönetim biriminin diğer bir hizmet yönünden yerinden yönetim birimi üzerinde idari denetim yetkisi, yani ne vesayet ne de hiyerarşik açıdan olamaz. Bu nedenle RTÜK'ü hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu olarak nitelendirmenin çelişki yaratacağı kanaatindeyiz. İlgili ve bağlı kuruluşlar ise kuruluş yasalarına göre merkezi idarenin denetimine tabidir. Oysa SPK, yetkilerini yargı organının hukuka uygunluk denetimine tabi olarak, kendi sorumluluğu altında **bağımsız olarak** kullanmak zorundadır.

SPK gibi kuruluşları anayasal açıdan meşrulaştırmak amacıyla BİO'lar ile idare arasındaki ilişkiyi kurmak ve bağımsızlıklarını sağlamak amacıyla; ilgili veya bağlı kuruluşlardan farkını da belirtmek için "**ilişkili kuruluş**"

deyimi kullanılmaktadır. Hatta Tasarı'da¹⁸ "ilişkili bakanlık" ifadesine yer verilmektedir. Bu durumda bu ilişkinin ne olduğunun da yasa ile belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü SPK'nın merkezi idare ile ilişkisi ilgili veya bağlı kuruluşlarda olduğu gibi vesayet denetimi-idari denetim bağlamında bir ilişki olarak değerlendirilemez. Sermaye piyasasının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlama, ve geliştirme için, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasının özendirilmesi gerekmektedir. Sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek için ayrı bir tüzel kişilik verilerek kurulan SPK'nın, bu görevleri yerine getirirken her türlü siyasi etkiden uzak kalması ve bağımsız karar vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde SPK uzmanlık gerektiren görevini yerine getirirken alacağı kararlarda bağımsızlık güvencesini yitirecektir. Oysa SPK'nın görevlerini yerine getirirken bağımsızlığı ne kadar güçlendirilirse, o ölçüde kuruluş amacı doğrultusunda faaliyetlerini yürütecektir.

II. SERMAYE PİYASASI KURULUNUN TÜRKİYE'DE İDARE İÇERİSİNDEKİ YERİ

SPK sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek için kurulmuştur. Sermaye piyasası alanında faaliyette bulunan ekonomik bir idare olup, kuruluş Yasası'nda da belirtildiği gibi sermaye piyasası ile ilgili düzenleme, denetleme işlemleri yapma yetkisi bulunmaktadır. SPK, düzenleyici işlem yapma, yaptırım uygulama gibi ekonomik düzenin sağlanması, sağlıklı işlemesi için meşruluğunu kamu yararından alan kamu gücüne dayanan ekonomik idare hukuku yetkileri olarak adlandıracağımız kamusal yetkiler kullanmaktadır. Bu yetkilerini idare hukukunda idari işlem teorisinde ayrıntılı olarak açıklanan idari işlemler aracılığıyla kullanmaktadır. Sermaye piyasası ile ilgili kural koyma işlemi, yasa koyucu tarafından kapsamı çok geniş tutulan ancak yine de türevsel nitelikte bir idari düzenleyici işlem ile gerçekleştirilmektedir. Buna karşılık sermaye piyasasında düzenin korunması amacıyla SPK'nın, ekonomik kolluk yetkisi çerçevesinde, hukuka aykırı tutum ve davranış sergileyen ekonomik birimlere, işletmelere

¹⁸ "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı", metin içerisinde kısaca "Tasarı" olarak belirtilecektir. [http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/basbakanlik/kanuntasarilari/kyyy/duzenleyici de....](http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/basbakanlik/kanuntasarilari/kyyy/duzenleyici_de....) (07.04.2005)

yaptırım uygulama veya yaptırım içermeyen kolluk işlemi olarak yetki belgesi verme, itiraz üzerine verdiği kararları, birel işlem niteliğindedir. Düzenleme yetkisinin türevsel nitelikte olduğunu belirtme nedenimiz, SPKn ile sayılan hususlarda SPK'nın kural koyma yetkisinin bulunması açısından. Yasa koyucu, türevsel nitelikteki bu düzenleme yetkisini kullanırken, sermaye piyasasının özelliği gereği SPK'ya, başta SPKn'na ve hukukun genel ilkelerine uygun olmak koşuluyla, geniş bir düzenleme alanı bırakmaktadır.

Nitekim Danıştay da SPK'nın kamu hukukundan kaynaklanan yetki kullanabileceğini, bu durumun sermaye piyasasının düzenlenmesi, açıklık ve güven içinde piyasanın sürdürülmesi şeklindeki kamu hizmetinin gereği olduğunu, bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemlerin idari nitelikte olduğunu belirtmektedir¹⁹. Uyuşmazlık Mahkemesi de SPK'nın kamu hizmeti gördüğünü belirtmekte ve kamu kurumu olarak nitelendirmektedir²⁰. O halde SPK bir kamu tüzel kişisi olarak Türk İdare Hukuku içerisinde nerede yer almaktadır? Öncelikle ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğu için genel yönetim dışında yer almaktadır. Yani SPK, devlet tüzel kişiliği içerisinde yer almamaktadır. **SPK'nın kuruluş amacı itibarıyla tüzel kişilik tanınmasa dahi, tüm yönetim birimleri karşısında bağımsız olması kaçınılmazdır. Bu kurumların özel kolluk yetkileri ile de donatılmış olarak, klasik kamu kurumlarından ayrı bir statüde bulunduğu kanaatindeyiz.** Nitekim Fransa örneğinde 1967 yılında kurulmuş olan COB, merkezi idare içerisinde ayrı bir tüzel kişiliği olmayan ve fakat merkezi yönetimin hiyerarşisi dışında tutulan bağımsız idari otorite olarak nitelendirilmektedir²¹. Hukuki kişiliğinin olmaması sonucunda işlemlerinden sorumluluk devlete ait olmaktadır; açılacak davalar da devlete karşı açılmaktadır²². Ulusal ekonomiyi ilgilendiren ve hükümetin ekonomi politikası ile de ilişkisi olan bu idarenin, liberal ekonomi yaklaşımında siyasi etkilerden uzak tutulması, bağımsız idari otorite kimliğinin tanınması ve üstelik merkezi idare içinde örgütlenmesinin üniter yapının sonucu olduğunu düşünmekteyiz. Bu model, Fransa'nın ekonomi ve

¹⁹ D.İDDGK, 26.6.1998, E.1998/355, K.1998/277, DD., 1998, S. 98, s. 67-69

²⁰ UYM, 27.1.1989, E.1989/24, K.1989/30, R.G., 24.12.1989, S. 20382.

²¹ **Sabourin**, P., "Les autorités administratives indépendantes, une catégorie nouvelle", AJDA, 1983, S. 5, s. 275; **Guyon**, Y., La commission des opérations de bourse, in Les autorités administratives indépendantes, Paris 1988, s. 178; De **Vauplane**, H./**Bornet**, J.P., Droit des marchés financiers, Paris 1998, s. 104; **Ripert**, G./**Roblot**, R./**Delebecque**, P./**Germain**, M., Traité de droit commercial, CII, Paris 2000, s. 56.

²² **Germain**, s. 13, 25; **Vauplane/Bornet**, s. 106.

hukuki sisteminin ortak tercihidir. Öte yandan BİO'lar konusunda yeni bir gelişme olarak, Fransa'da 2 Ağustos 2003'de yürürlüğe giren 2003-706 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde, konumuzla ilgili COB ve CMF'yi bünyesinde birleştiren ve bağımsız olduğu belirtilen AMF'ye tüzel kişilik tanınmaktadır.

SPK gibi kurumların oluşumunun temel amacı, siyasetin ekonominin işleyişindeki olumsuz etkisini olabildiğince en aza indirmektir. Her ülkenin kendi ekonomik, idari ve hukuki yapısına uygun düşen bir çözüm arayışında olması da doğaldır.

Bir yandan dünyada hızla gelişen sermaye piyasalarına uyum sağlamak, istikrarlı bir şekilde kalkınmayı sağlamak için gerekli örgütün kurulması isteği, diğer yandan bu amaçla oluşturulacak idareyi, klasik idari yapı içerisinde görmek için Anayasa m.123/2 ile sınırlı değerlendirme yapmak bizi zorlayıcı çözümler üretmeye yöneltebilir. Devletin benimsediği serbest piyasa ekonomisine ağırlık veren karma ekonomi anlayışı doğrultusunda SPK'nın serbest piyasa ekonomisinin vazgeçilmez bir unsuru olduğu kabul edilen bir olgudur. O halde Türk İdare Hukuku açısından, SPKn'nun, SPK'nın kuruluşunu ve yapısal özelliklerini düzenleyen maddeleri Anayasa'ya aykırı mıdır? Anayasa m.123 bağlamında yapacağımız değerlendirmede hiç tereddütsüz SPK, ne bir merkezi idare kuruluşudur, ne de bir yerinden yönetim kuruluşudur. Her ne kadar kamu tüzel kişiliği olduğu için SPK kamu kurumu²³ olarak, belli bir faaliyeti yürütmekle görevli idare olarak nitelendirilse de, karar, icra ve denetim organı gibi klasik bir kamu kurumunda bulunması gereken organlar SPK'da tek bir Kurulda birleşmektedir ve kamu kurumları üzerindeki merkezi idarenin denetimi SPK üzerinde bulunmamaktadır. Çünkü SPKn m.17'e göre, SPK'nın görevlerini yerine getirirken yaptığı işlemleri üzerinde ne hiyerarşik denetim ne de vesayet denetimi gerçekleştirilemez²⁴. SPK görevlerini yerine getirirken yetkilerini bağımsız olarak kullanmak zorundadır. SPK'nın işlemleri üzerindeki denetim yargı organı tarafından gerçekleştirilen **hukukilik denetiminden ibarettir**. O halde SPK'nın varlığını bugün Anayasal anlamda meşrulaştıran temel kural Anayasa m.167'dir²⁵. Devletin, sermaye piyasası alanındaki düzenleme ve denetim

²³ Kamu kurumu hakkında bkz. **Duran**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 188, 195; **Giritli**, İ., Türkiye'nin İdari Yapısı, İstanbul 1998, s. 83 vd.; **Günday**, İdare Hukuku, Ankara 2003, s. 466-467; **Gözler**, İdare Hukuku, Bursa 2002, s. 188.

²⁴ **Gözübüyük, Ş./Tan, T.**, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I, Ankara 2004, s. 368.

²⁵ **Gözübüyük, Ş./Tan, T.**, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.I, s. 394.

görevini siyasi iktidardan yürütme organından bağımsız SPK aracılığıyla yürütmesi sonucunda, SPK'yı artık merkezi idare içerisinde değerlendirmemiz ne kadar olanaksız ise, merkezi idareye yardımcı olmadığını belirtmemiz de o kadar olanaksızdır. SPK'nın Anayasa m.167 uyarınca devlet tarafından merkezi idareye sermaye piyasası alanında yardımcı olmak üzere kurulmuş, siyasi iktidardan bağımsızlığını sağlayabilmesi için de tüzel kişilik verilmiş, icra organı ve karar organı tek bir kuruldan ibaret **kurulsallık ilkesi** bağlamında faaliyetlerini yerine getiren, klasik kamu kurumundan gerek bağımsız idari yapısı bakımından gerekse yapısal özelliği ve görev ve yetkileri bakımından farklı bir **Kurul** olduğu kanaatine varmaktayız.

Tasarı m.4'de Kurumun teşkilatı başlığı altında Başkanlık ve Kurul şeklindeki örgütlenme ve Tasarı m.11'de "Başkanlık" başlığı altında kurul kararlarını uygulamak ve diğer konularda kurula yardımcı olmakla görevli kılınma ile ilgili düzenlemenin SPK gibi idarelerin "kurulsallık ilkesi" bağlamında çalışmalarını ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Kurul başkanının diğer kurul üyelerinden hiçbir farkı olmadığı gibi, sorumluluğu da diğer kurul üyeleri gibi olması gerekmektedir. İster Kurul ister Kurum olarak nitelendirilsin bu idarelerin görevlerini yerine getirirken ne dışarıdan ne de içeriden herhangi bir etkinin olmaması gerekmektedir. O nedenle Başkan sadece Kurulun sözcüsü olması gerekmektedir. Kurul başkanının gerek oy hakkı, gerekse sorumluluğu diğerlerinden farklı olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Tasarıda BİO'ların iç teşkilat yapısı merkezi idare içerisinde bakanlıkların teşkilat yapısına benzer bir şekilde düzenlenmektedir. Oysa uzmanlık kuruluşlarının yapılanmasında bu şekilde bir örgütlenmeye gerek olmadığı gibi Kurul başkanının tüm teşkilatın amiri olması da "kurulsallık ilkesi" ile bağdaşmayacaktır. Kurul'un idari yapısı ile ilgili hizmetlerin yönetiminde, Kurulun bizzat kendi kararı ile Kurul üyeleri dışından bir yönetici/genel sekreter belirlemesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu kişi iç işleyişten yine Kurula karşı sorumlu olmalıdır. Kurulun idari yapısı ile ilgili çalışma esaslarının da yine Kurul kararıyla belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. BİO'ların yapılanmasında başkan, başkan yardımcısı gibi ünvanların Kurulsallık İlkesi ile bağdaşmadığı ve BİO'ların kuruluş amacına aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü böyle bir idari yapı bakanlık teşkilatından farksızdır. O halde neden BİO'lar kurulmaktadır? Kurul'un uzman bir ekip olarak kabul edilmesi ve bu üyelerden hiçbirine diğerlerinden daha üstün bir yetki verilmemesi gerekmektedir. Sadece Kurulun temsili başkan'a ait olmalıdır. Öte yandan Kurul personelinin çalışma esaslarının da her bir BİO'nun

uzmanlık alanının özelliğine göre Kurul kararı ile belirlenmesi gerekse de, personelin meslek sırrı konusundaki yükümlülüklerinin yasada açıkça belirlenmesi ve bu yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak cezai yaptırımın ne olacağının yasada açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İdarenin yasallığı ilkesine göre; SPKn'da SPK'nın görev ve yetkileri, oluşumu ayrıntılı olarak yasada düzenlenmektedir. Bunun dışında SPKn'da yer almayan bir konuda, SPK başkan ve üyelerinin görev ve yetkilerine ilişkin Yönetmelikte kurallara yer verilmesi Anayasa m.123 bağlamında idarenin yasallığı ilkesine açıkça aykırıdır²⁶. Yasa koyucunun "**kurulsallık ilkesi**" çerçevesinde görev ve yetkilerle donattığı SPK'nda, başkanı adeta icra organı olarak nitelendirmeye yönelik kurallara Yönetmelikte yer verilmesi bu Kurulun kuruluş amacı ile bağdaşmamaktadır. Üstelik SPKn'da, SPK başkanının icra organı olduğuna ilişkin herhangi bir ifade yer almadığı gibi, tam tersine SPKn m.17 tüm karar alma ve uygulama yetkilerini SPK'ya verdiğini açıkça ifade etmektedir: "**Kurul, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanır.**" SPK Yönetmeliği'nde "**kurulsallık ilkesi**"ne aykırı olarak yapılan düzenlemelerin açıkça SPKn'a aykırı olduğu kanaatindeyiz. Danıştay'ın bir kararında²⁷ geçen "**Sermaye Piyasası Kurulunun, Kanunun kendisine verdiği görev ve yetkiler çerçevesinde idari işlemler tesis etmeye yetkili bir kamu tüzel kişisi olduğu**" şeklindeki ifade bu görüşümüzü desteklemektedir.

Anayasa m.167 uyarınca yasama organının iradesi ile SPK'nın kurulması, belli bir ekonomik sistem tercihinin sonucudur. SPK görevlerini yerine

²⁶ Ayrıca Başkanın diğer üyelerden bir farkı bulunmamaktadır. Sadece Kurul ile ilişkilerin sağlanmasına aracılık etmektedir. SPKn m.17 vd, m.23,24 incelendiğinde açıkça Kurulun hem karar hem de icra organı olduğu anlaşılmakta ise de SPK başkanının, **Yönetmelik kuralından** hareket ederek SPK'nın en üst amiri olarak nitelendirildiğine dair idare hukuku açısından değerlendirmenin de bulunduğunu belirtmeliyiz.Bkz.Yasin, M., Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara 2002, s. 70. Ancak bu nitelendirmenin idarenin yasallığı ilkesi bağlamında SPKn m.17 vd., m.23, m.24'e ve SPK'nın kuruluş amacına aykırı olduğu kanaatindeyiz. SPK'yı klasik kamu kurumlarından farklı olarak nitelendirmemizin en temel gerekçelerinden biri de zaten bu Kurul'a kamu tüzel kişiliği tanınmasıdır. Ayrıca Yönetmelik ile Yasa'yı zorlayarak, SPK'ya bir icra organı bir de karar organı yaratmak, idarenin yasallığı ilkesine aykırıdır. Çünkü SPKn'a göre karar ve icra organı sıfatı SPK'da birleşmektedir. Aslında Merkezi idareye yardımcı ve fakat tüzel kişiliği olan bir Kurul ile karşı karşıya bulunduğumuzu açıklamak yanıltıcı olmasa gerektir.

²⁷ D.10.DD., 1.11.1987, E.1986/1763, K.1987/1746, D.D., 1988, S. 70/71 s. 562

getirirken hiyerarşik denetim veya vesayet denetimine tabi değildir. Fakat bu durum mali hesaplarının denetim dışı olduğu anlamına gelmemektedir. Sonuçta SPK'nın Anayasa m.123 bağlamında idarenin bütünlüğü ilkesi gereği hesaplarının Sayıştay tarafından denetlenmesi, klasik idari yapıdan farklı bu idareler konusundaki tereddütleri de azaltacaktır. Zaten 5018 sayılı Yasa'da da bu yönde kural bulunmaktadır. SPK gibi idarelerin hesaplarının kamuoyu ile paylaşılması da kamuoyu denetiminin gerçekleştirilmesi ve bu idarelere halkın güvenin sağlanması bakımından da önemli bir adım olacaktır²⁸. Ayrıca Anayasa m.108 uyarınca SPK'nın, Devlet Denetleme Kurulu'nun görev alanına girdiği kanaatindeyiz. Çünkü Anayasa'ya göre DDK'nın görev alanı dışında Silahlı Kuvvetler ve yargı organları yer almaktadır. SPK ve benzeri kurum ve kurullar DDK'nın denetim alanındadır.

III. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN İDARİ DENETİMİ

2499 sayılı Yasa m.17/1'e göre SPKn ile verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Sermaye Piyasası Kurulu kurulmuştur. "Kurul, yetkilerini kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak kullanır." SPK'nın, SPKn'daki görevleri bağlamında alacağı kararlarda bağımsız olduğu, yasa koyucu tarafından açıkça belirtilmektedir.

SPKn m. 17/3-4'de "İlgili Bakan, Kurulun yıllık hesapları ile harcamalarına ilişkin işlemlerini denetletir, denetleme sonuçlarıyla ilgili gerekli tedbirleri alır.

Denetim sonuçları ile bunlara ilişkin işlemleri ve alınan tedbirleri gösterir bir rapor, Kurulun yıllık faaliyet raporu ile birlikte ilgili Bakan tarafından Bakanlar Kuruluna sunulur." kuralı yer almaktadır.

Bu kural SPK'nın mali denetime ilişkin olup, zaten 30/1/2002 tarih ve 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun²⁹ m.7 uyarınca uygulama yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu konu idari denetim ile ilgili olmadığından mali denetim başlığı altında incelenecektir.

²⁸ Gözübüyük/Tan, İdare Hukuku, C.I, s. 378.

²⁹ RG, 31.1.2002, 24657-Mükerrer

Öte yandan SPKn m.29'a göre "SPK'nın yetkilerinin kullanılışı, yönetim ve çalışma esasları, Özel Hesap gelirlerinin tahsili, giderlerin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar, aylık ücretlerde yapılacak değişikliklerin esasları, personelinin atanma ve görevden alınma şekilleri, disiplin esasları, görevle bağdaşmayan haller ve diğer hak ve yükümlülükleri ile sair hususlar Bakanlar Kurulunca hazırlanacak yönetmelik ile düzenlenir." Oysa Anayasa m.124 uyarınca Bakanlar Kurulu'nun Yönetmelik çıkarma yetkisi bulunmamaktadır. SPKn m.29'da bu konuda açık bir kural içermekte olup, Bakanlar Kurulunun SPK üzerindeki yetkisinin sınırları hakkında bize bilgi vermektedir. Ancak bu yetkinin kullanımında Bakanlar Kurulu yasadaki kaynaklanmayan veya yasadaki belirtilmeyen bir hususa ilişkin kural koyamayacaktır. Ayrıca SPK'nın işlemleri üzerinde idari denetimi öngöreceği şekilde bir kural Yönetmelik ile de getirilemez. DDKHK Tasarısı'na göre yürürlükten kaldırılması öngörülen maddelerden biri de SPKn.m.29'dur. Gerçekten SPKn 29. maddede aslında yasa ile düzenlemesi gereken konularda, Bakanlar Kurulu'na Yönetmelik ile düzenleme yetkisi verilmesi nedeniyle "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesine de aykırıdır. DDKHK Tasarısı m.26/a uyarınca yürürlükten kaldırılması öngörülen maddeler arasında SPKn m.29'un da yer alması ile bu hukuki sorun giderilmiş bulunmaktadır.

DDKHK Tasarısı m.24, BİO'lar üzerinde hukuka uygunluk denetimi, mali denetim ve performans denetimi öngörmektedir. Yani idari denetim Tasarıda belirtilmemiştir. Ancak son fıkrada 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası hükümlerinin BİO'ların denetimi konusunda uygulanacağı belirtilmektedir. Öte yandan BİO'ların yıllık faaliyet raporu, mali tabloları ve bütçe kesin hesabı Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacağı da ayrıca düzenlenmektedir..

Tasarı m.24'e göre "Kurumlarda hukuka uygunluk denetimi, mali denetim ve performans denetimi yapılır. Kurumların iç denetimi başkan; dış denetimi ise Sayıştay tarafından yapılır.

Kurum, faaliyetlerine ilişkin olarak her yılın Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait kararları, yaptığı ikincil düzenlemeler ile bunların ekonomik ve sosyal etkilerini analiz eden bir faaliyet raporu hazırlar. Faaliyet raporu, ayrıca, kurumun performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini de içerir.

Kurumun yıllık faaliyet raporu, malî tabloları ve bütçe kesin hesabı Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.

Yıllık faaliyet raporu, Sayıştayın malî denetim raporu ile 9 uncu maddenin dokuzuncu fıkrasının son cümlesinde belirtilenler dışındaki kurul kararları ve ikincil düzenlemeler, işlemler, araştırma ve soruşturmalar her yılın Mayıs ayı sonunda kurumun internet sayfasında ve resmî bültenleriyle kamuoyunun bilgisine sunulur.

Kurumların denetimi konusunda 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri saklıdır.”

Herhangi bir devlet bakanı, maliye bakanı veya ekonomi ile ilgili bir bakanlık, başbakan veya diğer bir kurum sermaye piyasası konusunda hiçbir şekilde SPK'ya emir ve talimat veremez. Kararlarını onaylayamaz veya iptal edemez. Aksi düşünce, SPK'nın kuruluş amacına aykırıdır. Ancak SPK'nın bağımsızlığı da yasalarla sınırlıdır. Kaynağını yasa da bulmayan veya örneğin özel girişim özgürlüğü ile ilgili SPKn'da yer alan kuraldan daha sınırlandırıcı bir kural getirme yetkisi de bulunmamaktadır. Buna en güzel örnek olarak SPK'nın bankaların İMKB'de aracılık faaliyetlerini sınırlandırmaya yönelik kararının SPKn'a aykırı olduğu gerekçesiyle idari yargı organı tarafından iptal edilmesi verilebilir³⁰. Kısaca SPK'nın görevlerini yerine getirirken koyduğu kurallar, aldığı kararlar, uyguladığı yaptırımlar tümüyle ancak yargısal denetime konu olabilir.

SPK gibi idarelerin klasik idari yapıya uymamaları sonucunda yasa koyucu idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanması amacıyla SPK'yı merkezi idare ile uyumu sağlaması açısından bir bakanlık ile ilişkilendirmiştir³¹. Hemen belirtelim ki, bakanlık ile ilişkilendirme vesayet ilişkisi olarak değerlendirilmemelidir. Çünkü SPK'nın görevleri ile ilgili konuda Bakanlığın denetim yetkisi olamaması gerekir. SPK'nın görevleri ile ilgili bir konuda

³⁰ D. 10.DD., 3.11.1998, E.1996/9498, K.1998/5507, D.D., 1999, S. 99, s. 463

³¹ “İlgili bakan”, aslında hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca merkezi idarenin vesayet denetimini yürütecek makam için kullanılan bir ifadedir. Günday, İdare Hukuku, s. 350. Ancak SPK üzerinde vesayet denetimi SPKn m.17'e göre olamayacağına göre, ilgili bakanın denetimi sadece bu maddede öngörülen husus ile sınırlıdır. SPKnda ilgili bakan ifadesi yer alsa da, bu hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları üzerinde vesayet ilişkisi kurulan “ilgili bakanlık” ile karıştırılmamalıdır. 1999 yılındaki değişiklik öncesinde SPKn m.17'deki kuralın SPK'nın kuruluş amacına aykırı olduğunu da hemen belirtmemiz gerekmektedir. Bkz. Günday, İdare Hukuku, s. 495.

yetkilerini kullanırken aldığı kararlar üzerinde idari denetimin kabulü SPK'nın kuruluş amacına aykırıdır. İlişkili Bakanlığın, SPK üzerindeki denetimi sadece ve sadece hukukilik denetimi ile sınırlı olması gerekmektedir. Yani sadece SPK aleyhine idari yargıda dava açabilir. DDHK Tasarısı m.3/c'de bu ilişkinin ne olduğu belirtilmektedir. Tasarıya göre "ilişkili bakanlık; düzenleyici ve denetleyici kurumların Bakanlar Kurulu ile ilişkilerine aracılık etmek ve bu Kanun çerçevesinde belirlenen yetkileri kullanmak üzere kurumun kuruluş kanununda öngörülen bakanlığı" ifade etmektedir.

Sonuç olarak, idarenin bütünlüğünü sağlamak üzere SPK üzerinde öngörülecek idari vesayet denetimi bu idarenin kuruluş amacı ile bağdaşmaz. Bağımsız olmayan SPK'nın zaten varlığına da gerek yoktur. Günümüzde siyasi yönetim ve ekonomi yönetiminin iç içe geçmesinin doğurduğu sorunları çözümlenmek ve uluslararası gelişmelere açık bir şekilde serbest piyasa ekonomisinin gereklerini yerine getirmek için devlet, tercihini SPK'ya oluşturma yönünde kullanmıştır. Artık, SPK'nın kuruluş amacının aksine düzenlemeler örneğin vesayet denetimine tabi tutulması, vs. görüşler bu tür idareleri yıpratacağı ve işlevsizleştirmeye iteceği gibi, siyasi yönetim ile bu idareler arasındaki oluşacak herhangi bir gerginlik ve yetki çatışması, ekonomik istikrarsızlığa ve kamuoyunda güvensizliğe yol açabilir. Ancak önemle belirtelim ki, SPK kararlarında ülkenin ekonomik yararını gözetmek zorundadır. İşte Anayasamıza göre devlet, bu tür idarelerin kuruluş amaçlarının özelliği gereği, bunların görevlerini yerine getirirken aldığı kararlar üzerindeki idari denetim yetkisini yürütme veya yasama organı aracılığıyla değil, ancak yargı organı aracılığıyla gerçekleştirmek zorundadır. Öte yandan Anayasa m.108 uyarınca SPK ve diğer BİO'lar üzerinde Devlet Denetleme Kurulu'nun denetim yetkisi bulunduğu kanaatindeyiz. Çünkü bu denetim sonucunda gerekirse yargısal süreç başlayacaktır. Zaten SPK'nın görevleri ile ilgili kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Ancak çok duyarlı bir alan olarak nitelendirilen ekonomi alanında SPK gibi uzmanlaşmış idarelerin kararları üzerinde yargısal denetim dahi bazı güçlükler içermektedir³². Bu konu aşağıda ele alınacaktır.

Tasarı'nın 24. maddesi ile "performans denetimi" öngörülmektedir. Aslında bunu denetim olarak nitelendirmek, bizi, "acaba bu denetimin niteliği nedir?" sorusunu sormaya yöneltmektedir. Oysa performans denetimi ne bir idari denetim, ne de siyasi denetimdir. Sadece SPK gibi idarelerin faaliyetleri

³² Gözübüyük, Ş./Tan, T., İdare Hukuku, C.1, s. 378.

hakkında halkı bilgilendirmeye yönelik Kurulun kendi faaliyetleri ile ilgili öz değerlendirmeleridir. Aslında SPK, bir tür kamuoyu denetimini gerçekleştirmeye yönelik verileri halkın bilgisine sunarak, bir yandan sermaye piyasası faaliyetlerinde saydamlık sağlamaktadır. Diğer yandan faaliyetleri ile hedefleri arasında karşılaştırma yapması, elde ettiği sonuçları açıklaması halkın SPK'ya güvenini sağlayarak, ona sahip çıkmalarını benimsemelerini de kolaylaştırabilir. SPK'nın "kurulsallık ilkesi"nden uzaklaşmaksızın faaliyetlerini tarafsızlıkla yerine getirmesi çok önemlidir. SPK gibi idarelerin kamuoyu tarafından benimsenmesi, onların tarafsızlıklarını koruma becerilerine sıkı sıkıya bağlı bulunmaktadır³³. Dolayısıyla aslında performans denetimi SPK'nın kurumsal olarak halk ile bütünleşmesini sağlamada bir araçtır. Zaten BİO'ların varlıklarını sürdürmesi, halkın bu idarelere sahip çıkmasına bağlıdır.

IV. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN MALİ DENETİMİ

SPKn m.17'de yer alan kural ve daha sonra da 4743 sayılı Yasa ile öngörülen düzenlemenin değerlendirilmesi sonucunda SPKn uyarınca "Mali özerkliği haiz" bir tüzel kişidir.

SPKn. m.17 de yer alan kural, 30/1/2002 tarih ve 4743 sayılı Mali Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun m.7'ye aykırı olduğundan 4743 sayılı Yasa m.7'ye göre, SPK'nın yıllık hesapları **Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon** tarafından denetlenmesi gerekmektedir. "Özel kanunlarla kurulmuş kamu tüzel kişiliğini ve idari ve malî özerkliği haiz kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların yıllık hesapları **Başbakanlık tarafından belirlenen Başbakanlık müfettişi, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetçisi ve Maliye müfettişinden oluşan bir komisyon** tarafından denetlenir.

Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık rapor, her yılın Mayıs ayı sonuna kadar Bakanlar Kuruluna sunulur. Bu kurul ve kuruluşlar faaliyetlerine ilişkin olarak yılda bir defa ***Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunu bilgilendirir.***

³³ Delaunay, B., "L'Amelioration des rapports entre l'administration et les administrés, Paris 1993, s. 233.

Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumlar 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanununa tâbi değildir. Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların kanunlarındaki ve diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümler uygulanmaz” kuralına yer verilmiştir.

SPKn. m17’de yasa koyucunun öngördüğü bu denetim, sadece yıllık hesaplar ve harcamalara ilişkin işlemlerle sınırlı tutulmuştur. Bu denetimin amacı, sadece Bakanlar Kurulu’na bilgilendirmektir. Ancak 4743 sayılı Yasa m.7’deki kuralın yürürlüğe girmesi üzerine “kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık rapor”, hem Bakanlar Kurulu’na bilgi için sunulmaktadır, hem de SPK, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu’nu faaliyetleri konusunda yılda bir defa bilgilendirmektedir. “Kurumların faaliyetleri hakkındaki yıllık raporu” *Kurulun yıllık hesapları ile harcamalarına ilişkin işlemleri kapsamında değerlendirmemiz gerektiği kanaatindeyiz. Sonuç olarak gerek Bakanlar Kurulu’na gerekse TBMM’ye gönderilen raporlar bilgilendirme amacıyla sınırlı bulunmaktadır. Çünkü SPK’nın yetkilerini kullanırken alacağı kararlarda bağımsız olduğu SPKn m.17’de açıkça ifade edilmektedir.*

SPKn m.29 uyarınca “Kurulun yetkilerinin kullanılışı, yönetim ve çalışma esasları, Özel Hesap gelirlerinin tahsili, giderlerin yapılması ve bu işlemlerin denetlenmesinde uygulanacak usul ve esaslar, aylık ücretlerde yapılacak değişikliklerin esasları, personelinin atanma ve görevden alınma şekilleri, disiplin esasları, görevle bağdaşmayan haller ve diğer hak ve yükümlülükleri ile sair hususlar Bakanlar Kurulunca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.” Bu maddede belirtilen mali konular Bakanlar Kurulu tarafından Sermaye Piyasası Kurulu Fon, Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği³⁴ ile düzenlenmiş bulunmaktadır. “Özel Hesap” kavramı daha önceden “Fon” olarak adlandırılmaktaydı. Ancak 4629 sayılı Yasa ile bugün fon kavramı yerine artık özel hesap kavramı kullanılmaktadır. Öte yandan Yönetmelik’de örneğin 68. maddesinde düzenlenen alım satım ve ihale usulleri gibi konuların yasada açıkça düzenlenmesi gerekirken Yönetmelik ile Bakanlar Kurulu tarafından düzenlenmesi açıkça anayasa aykırıdır³⁵. Ancak bu durum,

³⁴ R.G., 24.6.1982, S. 17734

³⁵ Anayasa Mahkemesi 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu m.18 konusunda, Yasada sadece ihale yöntemlerinin belirlenmesinin yeterli olmadığına durum ve konuma göre hangilerinin uygulanacağını açıkça saptanmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. AYM, 9.4.1997, E.1997/35, K.1997/45, R.G., 8.8.1997, S. 23074. Yani ihalede hangi durumda hangi yönteminin uygulanacağını Yasada açıkça gösterilmemesi anayasaya

SPK'nın, KİK m.2/c'de "özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar ile bağımsız bütçeli kuruluşlar" kapsamında değerlendirilmesi sonucunda kendiliğinden giderilmiş bulunmaktadır.

Tasarıda mali denetim ile ilgili kuralları değerlendirdiğimizde ise, SPKn.17/2-3-4'ün ve m.29'un yürürlükten kaldırılan maddeler arasında yer aldığını hemen belirtmemiz gerekmektedir. **Zaten SPKn'un, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu³⁶ m.2/son'da belirtilen maddeleri ile uyumlu hale getirilmesi zorunludur. Çünkü artık SPK da diğer BİO'lar gibi, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası'nın m.2/son'da belirtilen kurallarına tabidir.** Örneğin 5018 sayılı Yasaya göre SPK dış denetim bakımından Sayıştay'ın denetimine tabidir. Oysa halen yürürlükte bulunan SPKn. m.28/c'de ve 4743 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde SPK'nın Sayıştay'ın denetimine tabi olmadığı belirtilmektedir. Sonuçta günümüzde SPKn m.17 ve m.29'daki kurallar yürürlükte olmasına rağmen 4743 sayılı Yasa gibi daha sonra yürürlüğe giren kurallar ile mali denetim konusu yeniden düzenlenmiştir. Bu Yasa'daki kuralların birlikte yorumlanması zorunluluk arz etmektedir. En önemlisi de her ne kadar 4743 sayılı Yasa m.7/son'da "...*Bu madde kapsamındaki kurul, üst kurul ve bunlara bağlı kurumların kanunlarındaki ve diğer kanunlardaki bu maddeye aykırı hükümler uygulanmaz.*" cümlesine yer verilse de daha sonraki tarihte yürürlüğe giren 5018 sayılı Yasa'da, 4743 sayılı Yasa'nın 7. maddesine aykırı kurallar bulunmaktadır. Örneğin 5018 sayılı Yasa m.68'e göre Sayıştay SPK'nun dış denetiminde yetkilidir. 5018 sayılı Yasa m.81/c bendine göre "Bu Kanun kapsamındaki kamu idarelerine ilişkin olarak , 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Kanunun 98-106 ncı maddeleri hariç olmak üzere, diğer kanunlarla 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanununa tabi olunmadığına dair istisna ve muafiyet getiren hükümleri... yürürlükten kaldırılmıştır." Ancak 5277 sayılı 2005 Mali Yılı Bütçe Kanunu³⁷ m.37/j-1 bendinde, 5018 sayılı Yasa m.81/c 2005 yılında uygulanmayacak kurallar arasında yer almaktadır. 5018 sayılı Yasa m.81/f bendine göre de "...Diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır" kuralı çerçevesinde yürürlükten kalkması gereken hükümlerden

aykırılık nedeni iken, bu konuların SPKn m.29 ile Yönetmelik ile düzenlenmesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olduğunu belirtebiliriz..

³⁶ R.G., 24.12.2003, S. 25326.

³⁷ R.G., 31.12.2004, S. 25687-1.Mük.

m.37/j-1'in uygulanabilmesi için yürürlüğünün devamı zorunlu olanlar hakkında da (1) numaralı bent hükümleri uygulanacağı 5277 sayılı Yasa m.37/j-2'de belirtilmektedir.

Tasarı m.24'e göre SPK'da hukuka uygunluk denetimi, mali denetim ve performans denetimi olmak üzere üç tür denetim öngörülmektedir. İç denetimin başkan tarafından dış denetimin ise Sayıştay tarafından yapılması öngörülmektedir. Yıllık faaliyet raporu, mali tablolar ve bütçe kesin hesabının TBMM 'ne sunulması m.24/3'de kurala bağlanmıştır. Ayrıca Tasarı'da yıllık faaliyet raporunun ve Sayıştay'ın mali denetim raporunun kurul kararlarının, ikincil düzenlemelerin³⁸, araştırma, soruşturma ve işlemlerinin internet sayfasında kamuoyunun bilgisine sunulması öngörülmektedir.

Öte yandan Tasarıda 24. maddesinde Kurumların denetimi dolayısıyla SPK'nın denetimi konusunda 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Yasası hükümleri saklı tutulmaktadır. Ancak 5018 sayılı Yasa'da, İdare Hukukunun Anayasa'dan kaynaklanan temel ilke ve kavramları konusunda önemli bir hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Öncelikle 5018 sayılı Yasa m.3 ve m.12'yi incelediğimizde "genel yönetim", "merkezi yönetim", "hizmet yönünden yerinden yönetim", "düzenleyici ve denetleyici kurum", "mahalli idare", "sosyal güvenlik kurumu" gibi kavramların kullanımında Anayasa'nın en başta "İdare" başlığı altındaki m.123 m.126 ve m.127'de yer alan ilke ve kavramlara özen gösterilmediğine ilişkin tesbitimizi belirtmek isteriz. Şöyle ki, 5018 sayılı Yasa m.3'de Genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri "uluslar arası sınıflandırmalara göre belirlenmiş olan, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler"dir. Merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri 5018 Sayılı Yasaya ekli (I), (II), (III) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerini ifade etmektedir. İşte Düzenleyici ve denetleyici kurumlar yani BİO'lar da, 5018 sayılı Yasa'da

³⁸ Tasarıda m.3/d m.9/8, m.20/3 ve m.24/2- 4'de "ikincil düzenleme" ifadesi yer almaktadır. İdare hukuku öğretisinde idarenin düzenleme yetkisi açıklanırken, türevsel nitelikte olduğundan bahsedilir. Çünkü kuvvetler ayrılığı ilkesine göre Anayasa'da ilk-el (asli) düzenleme yetkisi Yasama organına aittir. Bu bağlamda idarenin yaptığı düzenlemeler de başta tüzük ve yönetmelikler olmak üzere İdare Hukuku'nda idarenin düzenleyici işlemleri olarak adlandırılır. Türk Hukuk Sisteminde BİO'lar, İdare içersinde kendilerine bir şekilde yer bulduklarına göre görev alanlarına giren konularda kural koymaya yani düzenlemeye yönelik işlemlerini düzenleyici işlem olarak nitelendirmenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle Tasarıda yer alan "ikincil düzenleme" yerine idare hukuku öğretisi ve uygulamasında yerleşmiş bir kavram olan "düzenleyici işlem" kavramının kullanılması da teknik açıdan daha uygun olabilir.

Merkezi İdare kapsamındaki kamu idaresi olarak nitelendirilmektedir. 5018 sayılı Yasa'nın 3 ve 12. maddelerindeki kurallara göre diğer BİO'lar gibi SPK, bir merkezi idare kuruluşudur. Oysa bu durum Anayasa'nın T.C.'nin İdari Teşkilatı'nda merkezden yönetim ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, SPK'nın kuruluş amacı ve SPKn ile de bağdaşmamaktadır.

Yine aynı Yasa m.12'de "Genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri" ifadesi kullanılmış ve kapsamına da merkezi yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahalli idareler bütçeleri dahil edilerek, başka bir ad altında kamu idarelerinin bütçe oluşturamayacağı belirtilmiştir. Buna göre Yasa koyucu merkezi yönetim bütçesi, kapsamına giren idarelerin neler olduğunu belirlemiştir: BİO'ların bütçesi de tıpkı, devlet tüzel kişiliğine dahil olan kamu idareleri ve bağlı ve ilgili kuruluş olarak adlandırılan idarelerin bütçesi gibi merkezi idare bütçesi içerisinde yer almaktadır. Anayasa m.123 ve m.126 bağlamında merkezi idare tanımı içerisinde yer almayan idarelerin "merkezi idare bütçesi" içerisinde değerlendirilmesinin anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü tüzel kişiliği olan bağlı kuruluşlar ve ilgili kuruluşlar ve tüzel kişiliği olan BİO'lar aslında merkezi idare dışında yer almaktadır.

Tasarı'nın 23. maddesi de 5018 sayılı yasa ile uyumludur. Ancak Tasarı 24/son'da Kurumların denetimi konusunda 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerinin saklı tutulmakta olduğunu da belirtmeliyiz. Buna göre SPK tıpkı, diğer merkezi idareye dahil idareler gibi, dış denetime tabidir. Ancak 5018 sayılı Yasa'nın Geçici 10. maddesine göre "İlk kez bu Kanunla Sayıştay denetimine tabi tutulan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile özel bütçeli idarelerin 31.12.2005 tarihine kadar olan işlemlerinin dış denetimi ilgili kanunlarındaki hükümlere göre yapılmaya devam edilir."

Tasarı m.26'da SPKn'da SPK'nın Sayıştay'ın denetimine tabi olmayacağına ilişkin kural kaldırılmaktadır. Kurul üyeleri ve personelinin mali hakları ile ilgili olarak SPKn.28/a'da yer alan kural da Tasarı m.26 ile yürürlükten kaldırılan hükümler arasındadır. Tasarı m.18'de bu konuda tüm BİO'ları kapsayan ortak bir kural öngörülmektedir.

Fransa'da Ağustos 2003'de oluşturulan AMF de, 2001 yılında BİO'lar ile ilgili olarak Fransız Danıştay'ı tarafından hazırlanan Rapor³⁹ doğrultu-

³⁹ "Les autorités admnistartives indépendantes", Rapport Public 2001, N.52, EDCE-2001, s. 367. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/014000275/0000.pdf> (4.5.2005)

sunda 21 Kasım 2003 tarihli ve 1109 sayılı Kararname⁴⁰ m.34 uyarınca Sayıştay'ın denetimine tabi tutulmaktadır.

V. SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN YARGISAL DENETİMİ

1. Ekonomi Alanındaki Gelişmelerin Yargısal İçtihatlara Etkisi Konusunda Genel Bir Değerlendirme

Ekonomik gelişmeler, bu gelişmelerden doğan yeni uyuşmazlıklar ve bunların hukuk alanına etkisi de kaçınılmazdır. Örneğin Fransa'da 60'lı yılların sonundaki politik gelişmeler nedeniyle hızlı büyümenin zararları dile getirilmekte ve bu dönemin düş kırıklıkları içtihatlara da yansımaktadır⁴¹. Ekonomi alanındaki bu yeni süreç, 1971'de ekonomik krizden ileri gelen, ekonomik büyümenin yavaşlaması ile daha da belirginleşmektedir. Bu dönemde kamu gücünün ekonomik müdahalesi sıkı bir yargısal denetim altına alınmış olup, idare karşısında bireylerin güvenliğine önem verilmiştir. En önemlisi de idari işlemin neden unsurunun araştırılması konusunda daha önceleri yargıcın karar vermesi için gerekli belgelerin idareden istenmesi yönünde uygulama yapılırken⁴² bunun yerine dava konusu idari işlemin hukuki ve fiili nedenlerinin sorulması uygulamasına⁴³ geçilmiştir. Örneğin Fransız Danıştay 1970'de Yönergeler sayesinde ekonomik kararların neden unsurunu sıkı bir denetime tabi tutmaya başlamıştır⁴⁴. 11 Temmuz 1979 tarihli Yasa⁴⁵ ile de idari işlemin neden unsurunun denetimine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Sonuç olarak 1950-1970 arasındaki coşkulu ekonomik müdahalecilik anlayışı, 1970-1980 döneminde sıkı bir yargısal denetime tabi tutulmuş olmaktadır⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi özellikle ekonominin işleyişiyle ilgili 1961 Anayasası döneminde örneğin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin

⁴⁰ Décret n. 2003-1109 du 21 novembre 2003 relatif à l'Autorité des marchés financiers, JO, 23 novembre 2003.

⁴¹ Linotte/Romi, s. 130.

⁴² C.E. Ass., 28.5.1954, Barel, GAJA, 1993, S. 89, s. 515.

⁴³ C.E. Sec., 26.1.1968, Société «Maison Genestal», GAJA, 1993, S. 104, s. 633.

⁴⁴ C.E. Sect., 11.12.1970, GAJA, 1993, S. 105, s. 637.

⁴⁵ JO, 12.7.1979, s. 1711 (Loi n. 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration entre l'administration et le public)

⁴⁶ Servoin, s. 151.

sınırlamaların ancak yasayla yapılacağı, yasal dayanak olmaksızın idare tarafından getirilen sınırlamaların anayasaya aykırı olacağına karar vermiştir⁴⁷. Danıştay ise o dönemde, devletin ekonomik yönden gerekli kararları almasında idareye geniş bir takdir yetkisi tanıma eğiliminde olmuştur⁴⁸. Aslında o dönemde ekonomik idari işlemlerin yargısal denetiminde önemli sorunlarla karşılaşmıştır. Özellikle yasaların soyut ve genel bir şekilde idareye düzenleme yetkisi vermesi sonucunda idarenin takdir yetkisinin denetiminde güçlükler yaratmıştır⁴⁹. Planlama işlemlerinin hukuki niteliği konusundaki belirsizlik nedeniyle, ekonomik idari kararların yargısal denetimi güçleşmiştir⁵⁰. Öte yandan idari yargının yapısal sorunları ve görevli yargı kolunun saptanmasındaki zorlukları da bunlara eklememiz gerekir⁵¹.

1980 sonrasında ise idari yargılamanın yeniden yapılanması ve ekonomik kamu hukukunun gelişimi hemen dikkatimizi çekmektedir. Yargı, özellikle ekonomik ve yapısal politikalar ve mevzuatta sık sık yapılan değişikliklere uyum sağlamak zorunda kalmıştır. Özelleştirme uygulamaları, rekabet hukuku gibi gelişimler yargıyı da etkilemiştir. Fransa'da da iç hukukun Avrupalılaşması yargıyı önemli ölçüde etkilemiştir, örneğin ekonomik idare hukuku alanında bazı uyumsuzlukların adli yargıda çözümlenmesi eğilimine rağmen bazı konular idari yargının görev alanında bırakılmıştır. Örneğin hukuk sistemimizde Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi için

⁴⁷ AYM, 23, 24, 25.10.1969, E.1967/41, K.1969/57, R.G.12.3.1971, S. 13776.

⁴⁸ D.7.D.D., 31.10.1974, E.1973/1790, K.1974/2021, DD., 1972, S. 18-19, s. 474.

⁴⁹ Örneğin Türk Parasının kıymetinin yeniden saptanması ile ilgili olarak alınan önlemlerin yargısal denetiminde yargı organı "memleket gerçekleri" kavramına dayanarak davanın reddine karar vermiştir. Bkz. D.D.K., 14.5.1971, E.1970/1218, K.1971/527, AİD, 1971, S. 3, s. 194. Nitekim Danıştay'ın bu tür kararları ile hukukilik denetiminden çok adeta yerindelik denetimi gerçekleştirdiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Tan**, T., "Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi", AİD, 1975, S. 2, s. 41. Öte yandan o dönemde teşvik tedbirleri ile ilgili olarak öğretide Danıştay'ın, Fransız Danıştay'ı gibi ekonomik idari işlemlerin yargısal denetiminde yerindelik denetimi yapması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. **Akgüner**, T., Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri, İstanbul 1979, s. 260.

⁵⁰ Danıştay, kalkınma planı ve yıllık programları idari işlem niteliğinde kabul etmeyerek, bunların iptal davasına konu olmayacaklarını belirtmiştir. Bkz. D.D.K., 7.12.1973, E.1972/194, K.1973/316, D.D., Y.14, S. 14-15, s. 233. Doktrinde bu kararın adeta hükümet tasarrufunu anımsattığı ileri sürülmüştür. Bkz. **Duran**, L., "Türkiye'de Planlamanın Hukuki Rejimi", s. 26.

⁵¹ **Tan**, "Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi", AİD, 1975, C.8, S. 2, 39-40.

RKHK m.55/1'e göre Danıştay görevlidir⁵². Fransız Hukuku'nda ise Rekabet Kurulu'nun kararlarına başvuruda Paris İstinaf Mahkemesi görevlendirilmiştir⁵³. 6 Haziran 1989 tarihinde, Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu hukuku sözleşmeleri ve kamu hizmetine ilişkin kararların idari yargının görev alanına girdiğine, kamu kuruluşları tarafından yürütülen ticari ve endüstriyel faaliyetlere ilişkin uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir⁵⁴. İdari sözleşmeler alanında da içtihatlar önemli bir gelişme saptanmaktadır. Buna göre idari sözleşmelerin düzenleyici koşulları artık iptal davası konusu yapılabilecektir⁵⁵. Fransa'da idari yargı, iç hukukun uluslararası ve Avrupa hukuku ile bütünleşmesini sağlamış ve bir kez daha hükümetten bağımsızlığını sergilemiştir. Çünkü 1990 yılından beri Fransa'da uluslararası anlaşma ve işlemlerin yorumlanması artık idari yargının görev alanında kabul edilmektedir⁵⁶. Böylece Fransız idari yargı organı, AB Yönergesi ile uyumlu olmayan iç hukuk kuralı yerine Yönerge doğrultusunda karar vermektedir⁵⁷. Yargı organlarının içtihatları ile, AİHS m.6'da yer alan adil yargılanma hakkı, özellikle bağımsız idari otoritelerin uyguladığı idari yaptırım süreci bakımından da uygulama alanı kazanmıştır⁵⁸. Böylece bağımsız idari otoritelerin uzmanlık alanlarında yargı benzeri faaliyet yürütmeleri sonucunda "mahkeme" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleri tartışmasına da gerek kalmamış, bağımsız idari otoriteler idari yapı içerisinde kendilerine yer bulmuşlardır.

⁵² Hatta D.10. Dairesi, incelemekte olduğu bir davada RKHK m.55/1'deki kuralın Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemini red etmiştir. Çünkü Anayasa m.155'e göre Danıştay'ın ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yapacağı davaların "kanunla" gösterilmesi zorunluluğu sadece Danıştay Kuruluş Yasası ile sınırlı değildir. Anayasa mahkemesi Danıştay Kuruluş Yasası dışında bir başka Yasa ile de Danıştay'ın görevlendirilebileceği sonucuna varmıştır. Bkz. AYM, 22.12.1998, E.1998/48, K.1998/85, R.G., 31.3.2000, S. 24006.

⁵³ **Servoin**, s. 160.

⁵⁴ **Chapus**, R., "Activité des personnes publiques, droit de la concurrence et compétence juridictionnelle", RFDA, 1989, s. 80.

⁵⁵ C.E. Ass., 10 .7. 1996, **Cayzele**, AJDA, 1996, S. 10, s. 732 vd.

⁵⁶ **Servoin**, s. 82; **Linotte/Romi**, s. 133. Ayrıca bkz. **Mescheriakoff**, s. 74, 97.

⁵⁷ CE, ass. 3.2.1989, Cie Alitalia, Rec.44, RFDA, 1989, s. 392, concl.Chahid-Nourai, GAJA, 1993, n.115; CE, 28.2.1992, SA Rothmans international France et SA Philip Morris France, AJDA, 1992, s. 210, Concl.Laroque.

⁵⁸ **Lafortune**, M.A., "L'application de la convention européenne des droits de l'homme aux procédures de sanctions administratives", Rev. Droit de Bancaire, 1999, S. 6, s. 217.

Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre adli yargının amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesidir. İdari yargı denetiminin temel amacı ise, idarenin, idare hukuku alanı ve yasa çerçevesinde kalmasını sağlamaktır⁵⁹. Nitekim idare hukuku rejimini benimseyen bir anayasal sistemde de, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği kural olarak benimsenmektedir⁶⁰.

Sonuç olarak ekonomik kamu hukukunun önemli unsurlarından biri de idari yargı olmaktadır. Özellikle Fransız Danıştay, hukuki ölçütleri oluştururken ekonomiye özgü kavramları kullanmada önemli bir rol oynamıştır⁶¹. Aynı durum Türk Danıştay'ı için de geçerlidir. Örneğin Danıştay, SPK'nın İMKB üzerinde denetim yetkisi bağlamında verdiği kararı, idari bir işlem olarak nitelendirerek idari yargının görev alanına girdiğine karar vermiştir: "Sermaye piyasasının güven, açıklık, kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için gözetim ve denetim organı olan SPK'nın bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemler idari niteliktedir..."⁶². Ancak hemen belirtelim ki, Fransız Hukuku'nda ekonomik alandaki düzenleyici kurulların bazı işlemleri adli yargının denetimine tabi, özellikle Paris İstinaf Mahkemesinin denetim alanına tabi tutularak, kendine özgü bir ekonomik hukuk yaratma eğilimi de dikkati çekmektedir. İdari işlemlerin yargısal denetimi, idari yargıya ait olmakla birlikte bu tür uyuşmazlıkların çözümünde Paris İstinaf Mahkemesi yetkili kılınca adli yargı organı adeta idare mahkemesi gibi karar vermekte, hatta yürütmenin durdurulması kararı dahi verebilmektedir⁶³. Ekonomik idare hukuku alanındaki uyuşmazlıkların çözümü de zorunlu olarak özel hukuk ve

⁵⁹ AYM, 25.5.1976, E.1976/1, K.1976/28, 16.8.1976, S. 15679.

⁶⁰ Aynı konu için bkz. **Günday**, M., "İdari Yargının Görev Alanının Dayanakları", Anayasa Yargısı, Ankara 1997, s. 356.

⁶¹ Fransız Hukukunda imtiyaz ve ihale sözleşmesi ayrımı olduğundan, Danıştay bu ayrımın yapılması konusunda bir rol üstlenmiştir. Danıştay'ın geliştirdiği ölçüte göre imtiyaz sahibi tarafından işletme riski üstlenilmesi belirleyici koşul olarak kabul edilmektedir. Artık bedelin ödenme şekli belirleyici bir unsur olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. C.E., 15.4.1996, Préfet des Bouches- du-Rhône contre Commune de Lambesc, AJDA, 1996, s. 806.

⁶² D.İDDGK., 26.6.1998, E.1998/355, K.1998/277, DD., S. 98, s. 67-69.

⁶³ Bkz. **Delvolvé** P., "La Cour d'Appel de Paris, juridiction administrative", Mélanges à J.M.Auby, 1992, s. 47; **Hubrecht**, s. 301-302, 318.

kamu hukuku ayrımı konusunda yeni bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır⁶⁴. Ancak şunu da hemen belirtmeliyiz ki; **örneğin bir idareyi yargılamak, nasıl ki, onu idare etmek değilse, ekonomik faaliyetleri yargılamak da ekonomi yapmak anlamına gelmemelidir. O halde ekonomik faaliyetleri yargılayacak yargıçların elbette ekonomist gibi davranmamaları zorunludur.** Bu nedenle yargıçlar ve bu alanda denetim yapan kurumlar arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi gerekmektedir⁶⁵. Fransa'da bağımsız idari otorite olarak adlandırılan idareler klasik yapıyı bozmaksızın, özel hukuk ve kamu hukuku alanındaki bu genel etkileşimi en azından ekonomi alanında, adli yargı ile idari yargı arasında yetkileri paylaşarak suretiyle değiştirmişlerdir⁶⁶. Fransız hukukunda başlangıçta COB'un düzenleyici işlemlerine karşı, idari yargı görevli olmakla birlikte, kararlarının hukuka aykırılığından dolayı tazminat davaları adli yargıda Paris İstinaf Mahkemesi'nin denetimine tabi olup, kendine özgü bir ekonomik hukuk yaratma eğilimi görülmüştür. COB'un yetkilerinin AMF içinde toplanması ile AMF'nin sermaye piyasasında mesleki faaliyette bulunanların mesleki yükümlülükleri ile ilgili olarak izin veya yaptırımlarla ilgili birel işlemlerine karşı açılacak davalar idari yargının görev alanına girmektedir. Bu davalarda görevli mahkeme Fransız Danıştay'dır. AMF'nin diğer birel işlemlerine karşı açılacak davalar ise Paris İstinaf Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. İdari işlemlerin denetimi idari yargıya ait olmakla birlikte, AMF'nin diğer işlemlerinin çözümünde Paris istinaf mahkemesi yetkili kılınca adli yargı organı yürütmeyi durdurma kararı dahi alabilmekte ve idare mahkemesi gibi karar vermektedir⁶⁷.

SPK'nın birel işlemleri daha çok uygulama işlemleri niteliğinde "izin" veya SPK'nın yürüttüğü denetim sonucunda uyguladığı bir idari yaptırım

⁶⁴ **Champaud**, C., "L'idée d'un magistrature économique", *Justices*, 1995, S. 1, s. 63; **Martin**, D./**Amiel-Morabia**, "L'extension de contrôle juridictionnel des marchés", *RTDC*, 1996, S. 1, s. 31; **Martens**, P., "Les magistratures économiques-Rapport introductif", *RIDE*, 1997, S. 2, s. 109.

⁶⁵ **Richer**, L., "Le juge économiste?", *AJDA*, 2000, S. 9, s. 704-705.

⁶⁶ **Servoin**, s. 167-168; **Vlachos**, s. 354-355; **Hubrecht**, s. 66

⁶⁷ **Delvolvé**, P., "La nature des recours contre les actes de la COB devant la Cour d'appel de Paris", *Bulletin Joly*, 1990, S. 6, s. 499-510; **Delvolvé** P., "La cour d'appel de Paris, juridiction administrative", *Mélanges à J.M.Auby*, 1992, s. 47; **Vauplane/Bornet**, s. 150; **Delvolvé**, *Droit public de l'économie*, s. 470; **Hubrecht**, s. 301-302, 318. Ayrıca bkz. **Autin** J.L., "le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat est-il pertinent?", *RDP*, 1991, S. 6, s. 1543; **Bréchon-Moulènes**, C., "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", *AJDA*, 2000, S. 9, s. 679.

diğer bir deyişle sermaye piyasası alanında idari (ekonomik) kolluk işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak SPK bu yetkilerini Yasa'da yer alan kurallar çerçevesinde kullanmak zorundadır. Örneğin SPK, SPKn m.46/(a) uygulaması bağlamında bir A.Ş.'in kurucu ortağının banka hesaplarının bloke edilmesine karar verme yetkisine sahip değildir. SPK'nın yetkisi sermaye piyasası mevzuatına aykırı hareket edenlere idari yaptırım uygulamaktır. SPK'nın bu tür faaliyetlerde bulunan A.Ş.'lerin ortaklarının kişisel sorumluluğunu doğuracak karar alma yetkisi bulunmamaktadır⁶⁸.

SPK'nın etkili birel işlemlerine ve düzenleyici işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Ancak İYUK'ndaki kurallar günümüzde SPK kararlarının denetimini gerçekleştirmede özellikle yargılama sürecinin uzun sürmesi bakımından yetersizdir. Ayrıca ekonomik konuların uzmanlık istemesi, ekonomik konularda yargılama yöntemlerinin, teknolojik gelişmelerden en çok etkilenen sermaye piyasası faaliyetlerinin hızına erişebilir düzeye kavuşturulması da zorunludur. Özellikle uzman kuruluş olan SPK'nın görevini yerine getirirken aldığı kararlarda bağımsız olduğu dikkate alınacak olursa bu kararların hukuka uygunluk denetiminde de bazı özelliklerin olması gerekmektedir. İdari işlemin unsurları bakımından yapılacak denetimde yetki ve şekil unsuru bakımından herhangi bir sorun olmamakla birlikte, yargı organı işlemin neden , konu, amaç öğelerinin denetiminde bazı güçlükler çekebilir. Çünkü yargı organı bir uzmanlık kurumu olan SPK'nın görev alanında uzman değildir. Fakat unutulmamalıdır ki, bu sorun her uzmanlık alanı için geçerlidir. Örneğin yargıç, sağlıkla ilgili bir uyuşmazlığın çözümünde tıp uzmanı değildir veya inşaatın teknik koşullara uygunluğunun denetiminde inşaat mühendisi değildir. Aynı şekilde yargıcin ekonomik uyuşmazlığı çözümlerken ekonomist olması da gerekmez. İdari yargı organı ekonomik alandaki işlemlerin denetiminde hukukun genel ilkelerinin ekonomik alana uygulanması diğer bir deyişle ekonomik idare hukuku ilkeleri ve ekonomi alanındaki hak ve özgürlükler ile ilgili ilke ve kuralları⁶⁹ uygulamak suretiyle hukukilik denetimini gerçekleştirmek zorundadır. Hukuk devleti ilkesi bağlamında hukuki güvenlik ilkesi, geriye yürümezlik ilkesi, eşitlik ilkesi, girişim özgürlüğü, mülkiyet hakkı, kamu yararı, ekonomik yarar, planlama gibi ekonomik yaklaşımdan kaynaklanan kavram ve ilkelerin birarada değerlendirilmesi gerekmektedir. Kısaca ekonomi alanındaki uyuşmazlıkların idari yargı denetiminde uygula-

⁶⁸ D.10.DD., 1.12.1999, E., 1998/2486, K.1999/6384, D.D., 2001, S. 103, s. 842-843.

⁶⁹ Kutlu Gürsel, s. 18 vd.

nacak kurallar hukukun genel ilke ve kurallarından farklı değildir. Sadece bizler yukarıda açıkladığımız gibi ekonomi alanındaki uyumsuzluklara ilişkin yargı kararlarını tarihsel süreç içerisinde incelediğimizde devletin ekonomi alanındaki tercihinin yargısal içtihatlarla da yansıdığını görebilmekteyiz. Sonuçta devletin ekonomik sistem tercihi ekonomik faaliyetlerin yargısal denetiminin sınırında etkili olmaktadır. Çünkü devletin ekonomik sistem tercihinin göre ekonomi alanından kaynaklanan özgürlüklerin sınırlandırılmasında kamu yararı, ekonomik yarar kavramları da değişmektedir. Bu da idari yargı organının kaçınılmaz olarak içtihatlarına yansımaktadır. Bugün eşitlik, hukuk devleti ilkesi gibi hukukun genel ilkeleri bağlamında SPK'nın idari işlemlerinin esas yönünden denetlenmesi idari yargının görev alanındadır. Ancak mülkiyet hakkı, özel girişim özgürlüğü, özellikle Anayasa'da 1999 yılında Anayasa'nın bazı maddelerinde yapılan değişikliklerle oldukça güçlendirilmiş durumdadır. İşte bu gibi ekonomik hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan kamu yararı, ekonomik yarar kavramlarının alanı daha da daralmış olmaktadır. Anayasa'daki bu değişiklikler elbette idari yargı organının ekonomik alandaki idari işlemlerin denetimini de etkilemektedir. Yani SPK'nın idari işlemlerinin amaç unsuru bakımından denetimi yine idari yargıya aittir. Fakat idari yargı organının, kamu hukukundan kaynaklanan ilkeler başta olmak üzere, ekonomi alanından kaynaklanan ve ekonomik idare hukukuna özgü ilkeler ile bir arada esas yönünden denetimi gerçekleştirmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Danıştay kararlarında da bu konuda farklılıklar gözlenmektedir. Örneğin bir aracı kurumun yetki belgesinin iptali ve faaliyetlerinin süresiz durdurulmasına ilişkin SPK kararı sonucunda, bu aracı kurumun yatırımlarına aracılık ettiği bir yatırımcının SPK kararı dolayısıyla zarara uğradığını ileri sürerek, hizmet kusuru iddiasıyla SPK aleyhine açtığı tam yargı davasında Danıştay temyiz incelemesi sonucunda, davayı reddeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Dava konusu olayda Aracı Kurum Haziran 1995'de bir denetim geçirmiştir. Daha sonra 31.8.1995 - 14.12.1995 dönemini kapsayan 14.12.1995 tarihinde bir denetim daha yapılmıştır. "Şirketin mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak durumda olduğu yolunda saptamada bulunulması üzerine kurul karar organının⁷⁰ 14.12.1995 tarihli toplantısında alınan kararla aracı kurumun faaliyetlerinin durdurulduğu, durumunu düzeltmesi için

⁷⁰ "Kurul karar organı" bu ifadenin yanıltıcı olduğunu düşünmekteyiz. Kurul zaten başlı başına karar ve icra organıdır.

süre verildiği, denetleme çalışmaları sonucunda hazırlanan 15.2.1996 tarihli raporda şirketin varlıklarının taahhütlerini karşılayamadığının ve açık miktarının 247.517.619.750 TL. bulunduğunun, müşterilere ait hisse senetlerinin rızaları bulunmaksızın kullanıldığının, şirketin 31.8.1995 tarihinden denetim tarihi olan 14.12.1995 tarihine kadar gerçekleşen işlemlerinin şirket yevmiye defterine hiç kaydedilmediğinin belirlenmesi üzerine kurul karar organının 15.12.1996 tarihli toplantısında şirketin faaliyetinin süresiz olarak durdurulmasına ve bu faaliyete ilişkin yetki belgesinin iptaline⁷¹ karar verilmiştir.

Danıştay temyiz incelemesinde SPKn amacının piyasanın güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararları korunarak, kaynakların ekonomik kalkınma için kullanılması olduğuna dikkati çekerek, sermaye piyasasının düzgün işleyişini sağlamaktan sorumlu organ olarak SPK'nın düzenleme, gözetleme ve denetim görev ve yetkilerinin bulunduğunu belirtmektedir. Danıştay, sermaye piyasasının düzgün işleyişi ile ilgili olarak gerekli düzenleme ve denetleme yetkileri ile donatılan bu Kurulun görevlerini yerine getirirken hizmetin geç, kötü veya hiç işlememesinden doğan tazminat sorumluluğu olduğunun altını çizmektedir. Çünkü SPK'nın denetim periyotları konusunda SPK'nın açık bir düzenlemesi olmasa da somut olayda yapılan ilk denetim ile son denetim arasındaki açık miktarı 247 milyar TL dolayında saptanmıştır. İşte söz konusu denetim daha önce gerçekleştirilseydi, aracı kurumun mali yapısındaki bozulma daha önce saptanarak gerekli önlemler alınabilecek iken, bu denetimi geç yapan SPK'nın, davacı yatırımcıya karşı sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir.

Aracı kurumun yetki belgesini iptal eden ve faaliyetlerini süresiz durduran SPK'nın, gerekli denetimleri zamanında gerçekleştirmediği ve bu nedenle zarara uğramasına yol açtığı iddiasıyla bir yatırımcının SPK'ya karşı açtığı bir başka davada ilk derece mahkemesi yine davanın reddine karar vermiştir. Ancak Danıştay bu kez ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi, "... idare hukukunun temel ilkelerine göre uğranıldığı iddia edilen zararın tazminine hükmedilebilmesi için kesin ve gerçekleşmiş bir zarar olması ve bu zararın idarenin eylem veya işleminden doğması gerektiği; dava dosyasının incelenmesinden, şirketin 14.1.1996 tarihli başvurusu üzerine 15.1.1996 tarihli kararla şirketin mali durumunun taahhütlerini karşılamayacak kadar zayıflamış olması nedeniyle 2499 sayılı

⁷¹ D.10.DD., 305.2002, E.200/4013, K. 2002/1801, Karar için bkz. **Atay E./Odabaşı H./Gökcan H.T.**, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 328-330.

Yasa uyarınca faaliyetlerinin süresiz olarak durdurulduğunun ve yetki belgesinin iptal edildiğinin, şirket yetkilileri hakkında Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurunda bulunulduğunun ve iflas davası açılmasına karar verildiğinin anlaşıldığı; bu durumda, aracı kurumun aleyhine icra iflas hükümleri uyarınca takip yapma hakkı bulunan davacının, davalı idarenin hukuka ve yasaya aykırı bir eylem ve işlemi sebebiyle meydana gelen bir zarardan bahsedilemeyeceği"ne karar vererek davayı reddetmiştir. Danıştay da temyiz nedenleri bulunmadığını belirterek kararı onamıştır⁷².

Benzer konuda bir başka kararında da Danıştay, "...İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre başlatılan ve halen süren işlemler nedeniyle, bu aşamada davacının gerçekleşmiş bir zararından söz etmeye olanak bulunmamaktadır. Alacaklı sıfatıyla icra takibine başlayan davacının bu yöntemde öngörülen biçimde sonuç alındıktan sonra tazmini gereken gerçekleşmiş zararının olup olmadığı ortaya çıkacağından, idarenin tazmin sorumluluğu bulunup bulunmadığının da belirtilen aşamada incelenmesi mümkündür. Tazminat davası açılabilmesi için gerekli ön koşul olan, gerçekleşmiş bir zararın henüz bulunmadığı aşamada, davalı idarenin hizmet kusuru olup olmadığının irdelenmesine gerek bulunmamaktadır..." gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır⁷³.

Danıştay'ın 2002 yılında verdiği yukarıda belirttiğimiz kararı, 2001 yılında verdiği kararlarından gerekçesi bakımından farklılaşmaktadır. Aslında her üç olayda da yatırımcı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre alacağını tahsil edebilme olanağına sahip bulunmaktadır. Ancak 2001 yılındaki temyiz başvurularından birini, İİK hükümleri uygulanabileceğinden, gerçekleşmiş bir zarar henüz bulunmadığı gerekçesiyle hizmet kusuru araştırmasına gerek bulunmadığını, diğerini ise doğrudan doğruya temyiz nedeni bulunmadığını belirterek reddetmiştir. Oysa Danıştay, 2002 yılında verdiği kararında açıkça İİK hükümlerine göre alacak tahsiline olanak bulursa da, SPK'nın denetim faaliyetinde kusurlu olup olmadığının araştırılmaksızın karar verilmesini hukuka aykırı bulmaktadır.

⁷² D.10.DD., 22.1.2001, E.1997/198, K.2001/143, Karar için bkz. *Atay/Odabaşı/Gökcan*, s. 332-333.

⁷³ D.10.DD., 17.1.2001, E.1997/1517, K.2001/79, Karar için bkz. *Atay/Odabaşı/Gökcan*, s. 331.

2. Sermaye Piyasası Kurulu Anayasa m.152 Bağlamında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme” midir? T.C. Anayasası Bağlamında Sermaye Piyasası Kurulu'nun Uyuşmazlık Çözme Yetkisi Sonucunda Verdiği Kararların Niteliği Nedir?

SPK'ya benzer nitelikteki idarelere nicelik itibarıyla İdari Yapımız içerisinde daha çok ekonomi alanında rastlanmaktadır. Özellikle hiyerarşik bağa dayalı idari yapının olağanüstü boyutta politize olması ve kural koyanlarla uygulayanlar arasında bir ayrışma olması gereksiniminin yoğun olarak hissedilmesi, dikey (hiyerarşik) yapıdan yatay yapıya geçişe yönelik süreçte etkili olmuştur. Sonuçta insan hakları ve ekonomi alanını olabildiğince siyasi etkinin dışında tutma eğilimi, SPK ve benzeri idarelerin kurulmasında önemli rol oynamıştır. İşte bu yaklaşımın amacı aslında, bağımsız idari otoritelerin düzenleme yani kural koyma faaliyeti ile siyaset arasındaki bağı kopararak tarafsız devlet anlayışını yerleştirmektir⁷⁴. BİO'lar, siyasi çekişme ortamından uzak, bağımsız düzenleme alanında bir yenilik olarak değerlendirilebilir. Hatta kuruldukları alanla ilgili olarak uyuşmazlıkları çözme yetkileri açısından yargı organına göre hızlı karar alma gücüne sahip oldukları için, adeta yargı organına alternatif olma gibi bir özellikleri de dikkat çekmektedir.⁷⁵

Anayasa m.152'de geçen “mahkeme” kavramının kapsamının günümüzde yeniden belirlenmesi gerektiği görüşü bağlamında yapılan bir çalışmada özellikle bu konuda önemli bir saptama yapılmaktadır⁷⁶: Latin dil ailesine mensup dillerde Latince “tribunus”tan türetilen Tribunal kavramı ve ayrıca bir de Cour kavramı bulunmaktadır. Her iki kavramın türkçeye çevirisi de mahkeme olarak yapılmaktadır. Çünkü türkçede bu iki Latince kavramın her birinin ayrı karşılığı bulunmamaktadır. Kara Avrupası Hukuk Sistemi ile ilgili olarak yapılan türkçe çevirilerde veya çalışmalarda da bu ayrımın üzerinde durulmadığı gözlemlenmektedir. Örneğin “Tribunal des Conflits”, fransızcadan türkçeye Uyuşmazlık Mahkemesi olarak çevrilmektedir. “Cour

⁷⁴ Hubrecht, H.G., Droit public économique, Paris 1997, s. 62.

⁷⁵ Autin, J.L., “Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes un autre mode de régulation”, RDP, 1988, S. 5, s. 1213; Autin J.L., “La réforme de la Commission des opérations de bourse: La consécration d'une instance régulatrice”, JCP E Cahier de droit entreprise, 1989, S. 3, s. 6; Stirn B., “Ordres de juridiction et nouveaux mode de régulation”, AJDA, 1990, s. 591.

⁷⁶ Başlar, K., Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma 2005.

de Cassation” Temyiz Mahkemesi olarak çevrilmektedir. Çünkü Tribunal ve Cour kavramlarının Türkçe karşılığı mahkeme sözcüğüdür. Özellikle günümüzde yargı benzeri faaliyetlerde bulunan çeşitli kurulların oluşmasıyla birlikte, Anayasa m.152’de yasaların anayasaya uygunluk denetiminde somut olayı çözümlenmekle görevli “mahkeme” kavramının içeriğinin belirlenmesinin ayrı bir önem arzettiğini belirterek⁷⁷, yazar Anayasa m.152 bağlamında BİO’ların iç hukukta “davaya bakan mahkeme” sayılmamasına rağmen, BİO’ların kararlarına karşı AİHM’e gidileceği endişesini ifade etmektedir. Aşağıda açıklayacağımız nedenlerle bu görüşe katılmanın mümkün olamayacağını belirtmek isteriz.

AİHS m.6’da geçen “mahkeme” sözcüğü; sözleşmenin uygulanmasına yönelik kararlar bağlamında şu şekilde tanımlanmaktadır: “Kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir”⁷⁸. Bu tanım kapsamındaki makam, olağan yargı organları içerisinde yer almayabilir veya yargısal görevinin yanısıra başka görevler de yerine getirebilir. Ancak yargısal faaliyet sonucunda verilen kararların devlet zoruyla yerine getirilebilir olması önem arz etmektedir. Kısaca AİHM, ulusal hukuktaki mahkeme kavramı ile bağlı olmadığına göre, yaptırım uygulayan BİO’ları da mahkeme olarak nitelendirip nitelendiremeyeceğimiz hususundan da öte, bu tür kararların verilme sürecinin AİHS m.6’ya uygun olması gerekmektedir. Çünkü BİO’ların uyguladığı idari yaptırımın otonom kavramlar doktrinine göre niteliğini belirleme AİHM yetkisindedir. Eğer AİHM tarafından benimsenen ölçütlere göre, BİO’ların uyguladığı idari yaptırımı konu eylemin suç niteliği belirgin ise, bu eyleme yaptırım uygulayan makamın ne olduğu önemli olmaksızın başvuru sonucunda yaptırım kararının AİHS m.6’ya uygunluk bakımından incelenmesi gerekmektedir. Hatta AİHM, BİO olarak dahi nitelendirilmeyen idari makamların uyguladığı bir yaptırımı, eğer AİHS m.6 bağlamında “ceza” niteliğinde kabul ederse, idarenin soruşturma sürecindeki yaptığı işlemler AİHS m.6’ya uygun olmak zorundadır⁷⁹. Bu konu aşağıda ele alınacaktır.

⁷⁷ Başlar, s. 62.

⁷⁸ Gölcüklü, F./Gözübüyük Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s. 279.

⁷⁹ AİHM, Engel et autres/Hollanda, 23.11.1976 89; Campbell et Fell/İngiltere, 28.6.1984, A 80 vd. in Gölcüklü, F./Gözübüyük Ş., s. 281.

Bu bağlamda Türk hukuk sisteminde bağımsız idari otoritelerin yargı benzeri görevleri bakımından bir yargı yeri gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorgulanabilir. Örneğin yargılama usullerini sadece mahkemelerin uygulamadığını, idarenin de aynı usulleri kararlarında uygulayabildiği gerekçesiyle BİO'ların geniş anlamda "mahkeme" olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir.⁸⁰ Acaba yargılama usullerini uygulamak, yargı organı olarak nitelendirilmek için yeterli midir? Kuvvetler ayrılığı ilkesine göre idarenin yasama-yürütme ve yargı erkleri içerisindeki yerini organik ve işlevsel (maddi) ölçütü kullanarak yaptığımız belirleme sonucunda idarenin yargı benzeri faaliyetleri de olduğunu, yargılama usullerine benzer yöntemler izleyerek karar verebileceğini belirtiriz⁸¹. Bu konuda en başta da örnek olarak, disiplin soruşturmaları sonucunda verilen kararlar, işlevsel açıdan yargısal faaliyet benzeri olarak nitelendirilmekte, organik açıdan idare tarafından verildiği için de idari işlem niteliğindedir sonucuna varılmaktadır. O halde yargılama usullerine benzer yöntemler uygulayarak karar vermek yargı organı olarak nitelendirilmek için yeterli değildir. Türk idare hukuku öğretisinde idare, yargı benzeri kararlar verme ile yetkili kılınsa da bu kararlar organik ölçüt bağlamında idari işlem olarak nitelendirilmektedir. Çünkü Anayasa m.9'a göre "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." Anayasa m.36'ya göre "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*" Anayasa m.138/son'a göre "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*"

Yargı erki ile ilgili olarak kurallar Anayasa m.138-160 arasında yer almaktadır. Organik olarak yargı örgütü içerisinde yer alan mahkemeler, Anayasaya göre belirlenmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 2004 yılında Avukatlık Kanunu m.167'de "*Avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir.*" kuralı en başta Anayasa m.9 ve m.36 uyarınca anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin

⁸⁰ Başlar, s. 66.

⁸¹ Günday, s. 11; Gözübüyük/Tan, C.1, s. 8, 934; Yılmaz, E., "Rekabet Kanunu Uygulamasında Usul ve İspat Sorunları", Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayını No. 40, Ankara Kasım 1999, s. 85, 87.

gerekçesi, uzmanlık gerektiren alanlarda faaliyet gösteren Kurulların kararları bakımından da önem arzettiği için özellikle gerekçedeki cümlelere aynen yer veriyoruz. “Anayasa’nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” Denilmiştir. Anayasa’nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. **Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kurulların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir.** Bu durumda yasakoyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. **Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.**”⁸²

Öte yandan Anayasa m.125’e göre “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...” Yani yasa koyucu dahi idarenin herhangi bir işlemine “kesin hüküm” niteliği Anayasa’daki kurallara göre veremez. Aksine bir tutum açıkça Anayasa’ya aykırı olacaktır. Anayasa m.125’de geçen yargı yolu kavramı ile yargı organı ifade edilmektedir. Yargı organı da organik ölçüde göre bağımsız mahkemelerdir. Kesin hüküm niteliğinde kararları da Türk Hukuk Sisteminde mahkemeler vermektedir. BİO’ların kararları kesin hüküm niteliğinde olmadığı için, yargısal faaliyetleri bağlamında mahkeme olarak nitelendirilmeleri olanaksızdır⁸³. SPK’nın görevlerini yerine getirirken bağımsız olması veya karar verirken yargılama

⁸² AYM, 3.3.2004, E.2003/98, K.2004/31, R.G., 10.7.2004, S. 25518.

⁸³ Ulusoy, s. 46; Gözler, s. 429.

usulü benzeri kurallarla bağlı olmasının “mahkeme” olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir.

Öte yandan BİO'ların kararlarına karşı iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunlu olduğuna göre yargısal denetime konu olmaksızın SPK'nın kararına karşı AİHM'ne başvurulması ön koşullar yönünden olanaksızdır. İşte bu nedendir ki, diğer BİO'lar gibi SPK'nın yargısal denetiminde de yargı organları, uygulanacak iç hukuk kurallarının AİHM kararları ışığında AİHS bakımından da değerlendirmesini yaparak uygulaması önem arz etmektedir. Özellikle idari yaptırımların yargısal denetiminde, SPK kararının AİHS m.6'nın sağladığı güvencelere uygun olarak verilip verilmediğinin denetiminin yapılması ulusal yargıcın yetkisi dahilindedir. Eğer SPK mevzuatında bu konuda AİHS m.6'ya aykırı hüküm varsa yargı organı Anayasa m.90/son'a göre doğrudan Sözleşme hükmünü uygulamak zorundadır. Bu konu aşağıda tekrar ele alınacaktır.

Sonuç olarak, T.C. Anayasası bağlamında SPK'nın organik ölçüde göre bir yargı organı olarak değerlendirilemeyeceğini hemen belirtmemiz gerekmektedir. Görevleri arasında Sermaye Piyasası alanında uyumsuzlukları çözümlenmek bulunmasına rağmen, SPK'nın verdiği kararlar bir “kesin hüküm” niteliğinde değildir. Çünkü bizim hukuk sistemimizde SPK'nın verdiği kararlara karşı yargı yolu açıktır.

3. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Karar Alma Sürecinde Uyguladığı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Herhangi Bir Kural Hakkında Somut Norm Denetimi Yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne Nasıl Başvurulabilir?

Bağımsız idari otoriteler, Amerikan orijinli idareler olması dolayısıyla Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil ülkelerde özellikle idare hukuku ilke ve kuralları ile açıklarken güçlük çekilmektedir. Çünkü bu kurumlar Kamu Hukuku Özel Hukuk ayrımının var olduğu Kara Avrupası Hukuk sistemine yabancı bazı özellikler taşımaktadır. Öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında, bu idarelerin geniş düzenleme yapma yetkileri, denetim yetkileri ve yaptırım uygulama, uyumsuzluk çözme yetkilerinin tek bir Kurul'a verilmesini açıklamak kolay olamamaktadır. Fakat bu Kurulların varlığı da günümüzde diğer Kara Avrupası ülkelerinde de, Türkiye'de de somut bir vakıdır. Çünkü bu tür Kurulların varlığı özellikle ekonomik ve temel hak ve özgürlükler alanlarında kaçınılmazdır. Her biri uzmanlık alanında ülke içindeki uygulamaları yaparken kendi uzmanlık alanındaki yabancı ülkelerdeki benzer

idarelerin uygulamalarındaki gelişmeleri de takip etmekle yükümlüdür. Çünkü düzenleme alanındaki faaliyetleri yürüten kişi ve kuruluşların ilişkileri uluslar arası boyuttadır. Örneğin sermaye piyasası hareketlerinde uluslar arası alandaki gelişmeleri SPK'nın çok yakından takip etmesi gerekmektedir. Ayrıca uzmanlık kuruluşu olarak sermaye piyasasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisi bağlamında aldığı kararların niteliğinin kesin hüküm olmadığını da yukarıda belirttik.

Öğretide BİO'ların kuruluş yasalarına dayanarak uyguladığı kuralların anayasaya aykırılığı iddiası, Anayasa Mahkemesi'ne götürülemezken, AİHM'ne götürülmesinin olası olduğunu ileri süren görüşe rastlanmaktadır⁸⁴. Bu görüşe göre, örneğin SPK'daki bir kuralın anayasaya aykırılık iddiasının, Anayasa m.152 bağlamında SPK, bir "mahkeme" sayılmadığı için Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi, iç hukuk sistemimize göre olanaksız iken, AİHS bağlamında AİHM'ne götürülmesi olanak dahilinde kabul edilmektedir. Oysa hemen belirtelim ki, AİHM'ne başvuru koşulları arasında iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu bulunmaktadır. SPK'nun kararlarına karşı da yargı yolu açık olduğuna göre, SPK'daki bir kuralın Anayasa'ya veya AİHS'ne aykırılık iddiasının denetimine ilişkin olarak iç hukukumuzda öncelikle yargı yoluna başvuru zorunludur. Bu nedenle SPK'nın işlemini denetleyen yargı organı, bu işlemin dayanağı olan SPK'daki kuralın anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesi'ne götürebilir. Sonuç olarak hukuk sistemimizde yasanın Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa'ya göre "somut norm denetimi yolu" (itiraz yolu) açık olduğuna göre, yargı organı (davaya bakmakta olan mahkeme) önündeki uyuşmazlığa uygulanacak yasa hükmünün, anayasaya aykırı olup olmadığı iddiası Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir.

Somut norm denetimine konu yasa hükmünü uyuşmazlığa uygulayacak "davaya bakmakta olan mahkeme" kavramının içeriğini Anayasa Mahkemesi içtihatları ışığında değerlendirdiğimizde SPK ve benzeri idareleri davaya bakmakta olan mahkeme olarak nitelendirmek mümkün değildir⁸⁵. Çünkü AYM'e göre "mahkeme", "*bir davaya bakmakta olan, hakim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümlleyen merci*"⁸⁶ veya "*adli, askeri ve idari davalara bakan ve bu*

⁸⁴ Başlar, s. 53.

⁸⁵ Bkz. s. 523 vd.

⁸⁶ AYM, 30.5.1967, E.1967/15, K.1967/15, R.G., 4.11.1967, S. 12742.

*davalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümlen her derece mahkeme*⁸⁷dir. Anayasa Mahkemesinin bu tanımlarından çıkarılabilecek en önemli sonuçlardan biri “nihai hüküm verme yetkisi”dir. Oysa SPK'nın kararları işlevsel anlamda yargısal faaliyetin sonucunda verilse de kesin hüküm niteliğinde değildir. Anayasa m.125 bağlamında SPK kararları aleyhine idari yargı yolu açıktır.

SPKn'daki bir kuralı uygulayarak karar veren SPK kararı aleyhine idari yargıda açılacak bir davada pekala idari yargı organı tarafından SPK'nın uyguladığı kuralın anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir. Ancak burada da bir başka sorun ortaya çıkmaktadır. SPKn'da anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen kural, Mahkeme tarafından davada uygulanan bir kural değil ise ne olacaktır? BİO'ların geniş anlamda mahkeme sayılması gerektiğini ileri süren Başlar, görüşünü desteklemek amacıyla, Anayasa Mahkemesi'nin, Rekabet Kurumu ile ilgili olarak oy çokluğu ile verdiği bir karara atıf yapmaktadır. Bu kararda⁸⁸ AYM, “*itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulama olanağı bulunmadığından başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.*” sonucuna ulaşmıştır. Karara konu Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen kural 4054 sayılı Yasa m.39/1-(b)'dir. Oysa uyuşmazlık 4054 sayılı Yasa'nın 16. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu'nun para cezasına ilişkin kararının iptali istemidir. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kural ise Kurumun gelirleri arasında 16 ve 17.madde uyarınca verilen cezaların %25'inin yer aldığına ilişkin cümledir. Gerçekten m.39/1-(b) bakılmakta olan davada uygulanacak bir kural değildir. Dava konusu uyuşmazlık 4054 sayılı Yasa m.39/1-(b) uygulaması ile ilgili olsa idi, Anayasa Mahkemesi elbette bu iddiayı esas yönünden incelemekle yetkilidir. Yani Rekabet Kurumu ile ilgili olarak verilen bu karar, bu gibi idarelerin doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisine sahip bir mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşü güçlendiren bir karar değildir. Tam tersine sözkonusu karar, somut norm denetiminde “davada uygulanacak kural” koşuluna örnek oluşturmaktadır. Bu nedenle idari yargı organının SPK'nın, SPKn hükmünü uygulayarak aldığı bir karardan doğan bir uyuşmazlıkta, davada uygulanacak kural bağlamında somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceği kanaatindeyiz.

⁸⁷ AYM, 12.1.1965, E.1964/51, K.1965/3, R.G., 16.10.1965, S. 12128.

⁸⁸ AYM, 17.4.2002, E.2002/69, K.2002/45, <www.anayasa.gov.tr/KARARAR/IPITALITIRAZ/K2002/K2002-45.htm>

4. İdari Yargı Organı Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kararını AİHS m.6'ya Uygunluk Bakımından Denetleyebilir mi?

Fransa'da ulusal yargı organı AİHS m.6 bağlamında BİO'ların yaptırım uygulamaya ilişkin idari işlemlerinin yargısal denetimini yaparken, yaptırım uygulama sürecinde uygulanan kuralların AİHS m.6'ya uygun olup olmadığını da denetlemektedir⁸⁹. Böylece Fransa, BİO'ları bir yargı organı olarak nitelendirmeye gerek kalmaksızın, AİHS m.6 uygulama alanını BİO'ların yaptırım uygulama kararlarını da kapsayacak şekilde genişleterek BİO'ların kararlarını AİHS m.6'ya uygunluk yönünden denetlemektedir. Aynı durum Türkiye'deki BİO'lar için de sözkonusu olabilir. İşte bu bağlamda Rekabet Kurumu'na karşı benzer iddia ile açılan bir davada Danıştay oylama usulünde 4054 sayılı Yasa'nın 51/2. maddesine uygun olarak karar verildiğini aynı zamanda m.28,43, ve 44. maddelerde de soruşturmayı yürüten Kurul üyesi veya üyelerinin Kurul'un karar toplantısında oy kullanmasını sınırlayıcı bir kural bulunmadığına, bu nedenle de soruşturma heyetinde yer alan Kurul üyesinin karar verilirken oy kullanmasının hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir⁹⁰. Yani Kurul kararını AİHS m.6 uyarınca adil yargılama hakkı bakımından değerlendirmemiş, iç hukukta yürürlükteki yasaya uygun uygulama yapıldığını tesbit ederek davayı reddetmiştir.

Oysa T.C Anayasası m.90/son uyarınca, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Cümlesi 5170 sayılı Yasa m.7 ile eklenmiştir. **Yani artık iç hukukta SPK ve benzeri idarelerin kararlarının yargısal denetiminde ulusal Mahkeme doğrudan doğruya AİHS uygulaması bakımından değerlendirme yapabilecektir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen Danıştay kararına konu olan uyuşmazlıkta yargı organı soruşturmayı yürüten kurul üyesinin, kararın verildiği toplantıda oy kullanmasını AİHS m.6 bağlamında ele alarak denetlemesi kanaatimizce gerekmektedir. Böylece BİO'ları birer "mahkeme" olarak nitelendirmeye gerek kalmaksızın AİHS m.6'nın uygulama alanını**

⁸⁹ Lafortune, M.A., "L'application de la convention européenne des droits de l'homme aux procédures de sanctions administratives", Rev.Droit de Bancaire, 1999, S. 6, s. 217; Brisson, J.F., "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6/1 de la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA, 1999, S. 11, s. 847

⁹⁰ D.10.DD, 9.12.2003, E.2001/1404, K.2003/4903, DD., 2004, Y.2, S. 5, s. 300-305.

genişleterek sorunu çözümlenmek olasıdır. Nitekim Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de de idari yargı organı, SPK'nın yargısal denetime konu kararlarını AİHS m.6 bağlamında da denetleyebileceği kanaatindeyiz.

5. Fransa'da Yargı Organının Bağımsız İdari Otoritelerin Kararlarını AİHS m.6 Bağlamında Denetlemesine İlişkin Örnekler ve Bu Konuda Sermaye Piyasası Mevzuatındaki Son Gelişme

Fransa'da Ağustos 2003 öncesinde SPK'ya benzer bir idare olan COB'un yaptırım içeren kararlarına karşı, yargı yoluna başvurulduğunda yargıç savunma hakkının usulüne uygun olarak kullanılarak kullanılmadığını ve yaptırım uygulama sürecinin AİHS m.6'da öngörülen adil yargılama ilkesine uygun olup olmadığını denetlemektedir⁹¹. Örneğin yargı yoluna başvuru sonucunda, dava konusu yaptırım kararını alan Kurulda görev yapan bir üyenin, yaptırım kararına yol açan soruşturma sürecinde raportör olarak görevli olduğu gerekçesiyle, COB'un kararının iptaline karar verilmiştir⁹². İşte bu kararın hemen ertesinde COB, kurul üyelerinden birinin soruşturma sürecinde raportörlük yapması halinde, o üyenin Kurul'un karar verme sürecine katılmayacağını karara bağlamıştır⁹³. Daha sonra ise 2000-721 sayılı

⁹¹ Ripert/Roblot-Delebecque/Germain, s. 61.

⁹² C.Ass.plén., 5 .2. 1999, Oury, JCP, 1999.2.10060; Aynı şekilde AİHM, Lüksemburg Danıştay'ında görev yapan bir üyenin inceleme aşamasında yer almasına rağmen, aynı olaya ilişkin yargı kararına da katılmasının yargının tarafsızlığını ihlal ettiği gerekçesiyle AİHS m.6'ya aykırı olduğuna karar vermiştir. AİHM, 25.9.1995, Procola-Lüksemburg, Seri A, S. 326.

⁹³ Bulletin COB, 1999/Şubat, S. 332, s. 31; Bkz. **Rontchevsky, N.**, "La COB à l'épreuve de l'exigence d'impartialité, Bulletin Joly Bourse et produits financiers", 1999, S. 2, 129. Ayrıca bkz. **Ducouloux-Favard, C.**, "La commission des opérations de bourse et les droits de l'Homme", LPA, 1999, S. 29, s. 14; **Ducouloux-Favard, C.**, "Les autorités administratives indépendantes et l'article 6 de la C.D.E.H.", Actualité jurisprudentielle, LPA, 1999, S. 206; COB gibi CMF'nin yaptırım kararlarında da AİHS m.6'nın uygulanması gerektiği konusunda bkz. **Bienvenu-Perrot, A.**, "Procès équitable et sanctions boursières: les équivoques ne sont pas toutes levées", Bulletin Joly Bourse et produits financiers, 1999, S. 6, s. 569. Nitekim Fransız Danıştay'ı CMF'nin disiplin yaptırımlarında AİHS m.6'nın uygulanmasına karar vermiştir. CMF iç hukuk bakımından bir yargı organı olmamasına rağmen, Danıştay CMF'nin disiplin soruşturması sürecini AİHS m.6 uygulama alanında değerlendirmiştir. CE, 9.4.1999, JCP E, 1999, S. 37, s. 1435; CE 19.11.1999 Didier, in «<http://www.conseil-etat.fr/ce-data/actus/sectio65.htm>» Ayrıca bkz. LPA, 14.12.1999, s. 4. Böylece Danıştay, BİO'ları bir yargı organı olarak nitelen-dirmeye gerek kalmaksızın AİHS m.6 uygulama alanını bu kararı ile genişletmiş

ve 1 Ağustos 2000 tarihli kararname ile COB'un yaptırım uygulama sürecine ilişkin 23 Mart 1990 tarihli kararname hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre daha önceden yaptırım uygulama emir verme, soruşturma açma COB'a ait iken, artık soruşturma açma yetkisi Kurula ait olmayıp, COB personeli genel müdüre ait bulunmaktadır⁹⁴. Ancak 1 Ağustos 2003 tarihli 2003-706 sayılı Yasa⁹⁵ ile mali piyasalar tüzel kişiliği haiz Mali Piyasalar Otoritesi (L'Autorité des marchés financiers) altında toplanmıştır. COB'un yetkileri de bu Yasa ile birlikte AMF'ye geçmiştir. Ancak AMF yapısal olarak Fransa'daki diğer benzerlerinden farklıdır. Şöyle ki, 2003-706 sayılı Yasa'nın 3. maddesine göre AMF 16 üyeli bir Kurul (collège) ile, 12 üyeli bir yaptırım komisyonu (commission des sanctions)ndan oluşmaktadır⁹⁶. Ayrıca uzmanlık ve danışma komisyonları da bünyesinde oluşturulabilir. Böylece AIHS m.6'ya aykırılık iddiaları, özellikle soruşturmayı yapma ve karar alma aşamalarındaki kurul üyelerinin farklı olması nedeniyle önlenmiş olmaktadır.

AMF Fransız Hukuk sisteminde idari yapı içerisinde yer almaktadır. 21 Kasım 2003 tarihli ve 2003-1109 sayılı Kararname'nin 26-28'inci maddelerinde yargısal başvuru yolları düzenlenmektedir. AMF'nin sermaye piyasasında mesleki faaliyette bulunanların mesleki yükümlülükleri ile ilgili olarak izin veya yaptırımlarla ilgili birel işlemlerine karşı açılacak davalar idari yargının görev alanına girmektedir. Bu davalarda görevli mahkeme

olmak-tadır. Çünkü disiplin yaptırımlarında da AIHS m.6'nın uygulanacağına karar vermiştir. Bkz. **Frisson-Roche** M.A., "Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne de droit de l'homme", LPA, 10.2.1999, s. 17. Ancak Danıştay, Temyiz Mahkemesinden farklı olarak CMF üyesinin soruşturma sürecinde raportör olmasının Kurulun tarafsızlığını ihlal etmediğine karar vermiştir. **Brisson** J.F., "Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6/1 de la Convention européenne des droits de l'homme", AJDA, 1999, S. 9, s. 847. İki yüksek mahkemenin bu farklı kararları, AIHM kararları doğrultusunda zamanla netleşecektir. **Ducouloux-Favard**, C., "Qu'en est-on avec le contradictoire et l'impartialité dans les procès boursiers?", LPA, 3.1.2000, S. 1, s. 12.

⁹⁴ **Dufour**, O., "La COB modifie l'Exercice de son pouvoir de sanction", LPA, 2000, S. 165, s. 4.

⁹⁵ JO, 2 Ağustos 2003, N.177.

⁹⁶ Ekonomi, Maliye ve Sanayi Bakanı oy hakkı olmayan bir hükümet komiseri AMF bünyesinde bulundurmaktadır. AMF başkanı sadece beş yıl için Cumhurbaşkanı kararnamesi ile atanmaktadır. Başkan ikinci kez atanamaz. AMF bünyesinde genel sekreter ve hizmetleri yürütmek üzere de 320 personel istihdam edilmektedir. Personeli, özel hukuk rejimine tabi ücretli, kamu hukuku rejimine tabi sözleşmeli personel ve kamu görevlisi olmak üzere çeşitli hukuki statüdedir.

Kararname m.27/1'e göre Fransız Danıştayı'dır. AMF'nin diğer birel işlemlerine karşı açılacak davalar ise Paris İstinaf Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. AMF'nin yaptırım içermeyen birel işlemlerine karşı dava açma süresi 10 gün iken yaptırım içeren birel işlemlere karşı dava açma süresi iki aydır. Dava açma süresinin, hakkında birel işlem tesis edilen ilgiliye tebligatı izleyen günden itibaren başlayacağı Kararname m.26'da öngörülmektedir. Yine aynı maddede birel işlemde etkilenen diğer ilgililerin dava açma süresi ise kararın ilan tarihinden itibaren dir. AMF'nin birel işlemleri de Bülten de ilan edilmektedir. Üçüncü kişiler yönünden dava açma süresi bu Bülten'de ilan tarihinden itibaren dir. Öte yandan AMF'nin Paris İstinaf Mahkemesi'nin görev alanına giren uyuşmazlıklarda Kararnamenin 28. maddesine göre yargıyı yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Diğer ilginç bir düzenleme de Kararname m.27/2'de yer almaktadır. AMF'nin idari yaptırım niteliğindeki kararlarının tam yargı davasına konu olacağı belirtilmektedir. Hukuk sistemimizde idari yaptırımlar iptal davasına konu oluşturmakta olup, bu konuda tam yargı davasına rastlanmamaktadır. Ancak idarenin sorumluluğu bağlamında SPK'nın görevini gereği gibi yapmamasından doğan zararların idarenin sorumluluğu bağlamında tam yargı davası yoluyla çözümlenmesine ilişkin içtihatlar bulunmaktadır⁹⁷.

6. Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Para Cezası Uygulama Yetkisi ve Bu Yaptırımların Niteliğinin AİHS Bağlamında Değerlendirilmesi

SPK tarafından uygulanan idari para cezası vermeye yönelik işlem; SPK'nın, birel nitelikteki sermaye piyasası alanında ekonomik idari kolluk işlemidir. İdari yaptırımlar organik olarak idarenin işlemi olduğuna göre, idari yargının denetimine tabi olması kural olarak kaçınılmazdır⁹⁸. Ancak özellikle bazı ceza hukukçuları tarafından idari yaptırımların veya idari cezaların da aslında "ceza" olduğu belirtilmektedir⁹⁹. Oysa bu tür idari cezalar; amaç,

⁹⁷ **Kutlu Gürsel**, M., İdare Hukuku Bağlamında Bağımsız İdari Otoritelerin Sorumluluğu-SPK ve BDDK Örneği, Panel İzmir Barosu 26 Mart 2004, İz. Bar.Der., 2004, S. 2, s. 17 vd.

⁹⁸ **Özay**, İ., İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985, s. 35 vd.

⁹⁹ **Kunter**, N., Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, İstanbul 1989, s. 429. Örneğin, 1608 sayılı Yasa ile değişik 486 sayılı Yasa'nın 5. maddesine göre, belediye cezalarına karşı itirazın Sulh Ceza Mahkemesi'ne (bulunmayan yerlerde Sulh hakimliğine) yapılacağı öngörülmesi, bu yaptırımların bir ceza olduğunu göstermemektedir.

ağırlık, uygulayan makam, infaz, erteleme, tekerrür gibi konularda adli cezalardan farklılaşmaktadır¹⁰⁰. Gerçekten SPKn'daki idari para cezaları örneğinde organik ölçütün dışında, bu cezalar sermaye piyasası düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik olup, kişileri cezalandırma amacının ötesinde, yatırımcıların korunması ve piyasadaki olumsuzlukları önlemek için konulan kurallara aykırılıkları en aza indirmeyi hedefleyerek, caydırıcılık özelliği taşımaktadır. Bunlar, SPK'nın kuruluş amacına yönelik olarak yaptığı uygulamaları etkinleştirmek amacıyla, SPK'nın faaliyet alanının dinamikliği karşısında, ekonomik kamu düzenini sağlamaya yönelik ivedi bir şekilde uygulanabilecek idari yaptırımlardır¹⁰¹. Bunlar idari yaptırımların unsurlarından, kamu

Aksine idare hukuku açısından belediye encümeninin bu kararları birer idari yaptırımdır. Bu cezalara itirazın Sulh Ceza Mahkemesi'nde yapılmasına ilişkin kural ise, bugün açıkça Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü tipik bir idari uyumsuzluk konusu olan bu tür cezalara itirazın Sulh Ceza Mahkemesinde yapılması, o tarihlerde idare mahkemelerinin olmamasından kaynaklanmaktadır. 1980'li yılların başında idare mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte aslında eski yasalarda yer alan bu gibi kuralların da anayasaya uygunluğu tartışılabilir hale gelmektedir. Bu konuda bkz. **Günday**, "İdari Yargının Görev Alanının Dayanakları", s. 355. Nitekim İmar Kanunu m.42/5'de yer alan ve adli yargıyı görevli kılan kural Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu karar da idari para cezalarının iptal davası yoluyla idari yargı organının denetiminde olduğu konusundaki görüşümüze desteklemektedir. Bkz. AYM, 15.5.1997, E.1996/72, K.1997/51, R.G., 1.2.2001, S. 24305. Öte yandan idari yaptırım niteliği taşıyan cezalara karşı adli yargı denetiminin güvence sağlamadığı da ileri sürülmektedir. Bkz. **Duran**, İdare Hukuku, s. 271.

¹⁰⁰ **Soyaslan**, s. 143 vd. Buna karşılık teorik açıdan ve suç politikası açısından; adli cezaların, idari cezalardan farkı konusunda kesin bir sonuca varmanın zor olduğu da doktrinde belirtilmektedir. Bkz. **Mahmutoglu**, F.S., Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, İstanbul 1995, s. 53 vd.

¹⁰¹ İdarenin, hatta kamu gücü kullanan özel hukuk kişininin yaptırım uygulamasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olmadığına yönelik Fransız Anayasa Konseyi'nin kararları bulunmaktadır. Bkz. **Genevois B.**, "Le Conseil Constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse", (à propos de la décision n. 89-260 DC du 28 juillet 1989) RFDA, 1989, s. 671; **Denoix de Saint Marc**, "Les fédérations sportives devant le juge administratif", RFDA, 1985, S. 1, s. 66; Anayasa Mahkemesinin örnek kararlarından birinde "gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır..." açıklamasıyla bu tür yaptırımları düzeni sağlamaya yönelik bir araç olarak tanıdığını göstermektedir. Bkz. AYM, 23.10.1997, E.1997/19, K.1997/66, R.G., 16.1.1999, S. 23585. Diğer bir kararında da Anayasa Mahkemesi, idari para cezalarının, "...yasanın açıkça izin verdiği durumlarda, idarenin yargı organına başvurmadan uyguladığı mali yaptırımlar..." olduğunu belirtmektedir. AYM, 23.6.1998, E.1996/13, K.1998/40, R.G., 24.5.2000, S. 24508.

gücü kullanılarak bir idare tarafından yapılan tek yanlı işlem olma ve yasa veya düzenleyici idari işleme uyulmamasının yaptırımını olarak bir ceza içerme unsurlarını¹⁰² içermektedir. Hatta SPK gibi, bağımsız idari otorite olarak nitelendirilen idarelerin idari yaptırım yetkilerinin genişliği bugün idari yaptırımlar konusunu daha da önemli bir hale getirmektedir¹⁰³. Çünkü SPKn m.47/A-1'e göre SPK'nın m.22/son'da da "özel karar" olarak adlandırılmakta olan, örneğin "aracı kurum yetki belgesinin iptali" gibi aslında bir tür birel işlem niteliğindeki kararın, kamuyu da ilgilendirdiği için Kurulun Haftalık Bülteninde duyurulması gerekmektedir. İşte bu tür SPK kararlarına aykırılık halinde SPK'nın idari para cezası uygulaması söz konusu olacaktır.

Nitekim 2499 sayılı Yasa'da değişiklik yapan 4487 sayılı Yasa'nın 23. madde gerekçesinde; idari para cezalarının öngörülme nedeni olarak, bazı hafif ihmalleri suç olmaktan çıkarmak, mahkemelerin yüklerini hafifletmek, yaptırımın hemen uygulanmasını sağlamak ve böylece yaptırımın etkinliğini arttırmak amacı açıkça belirtilmektedir. Ayrıca hem idari yaptırımların (idari para cezası dahil) hem de cezai yaptırımların, hukuk düzeninin güvencesi olduğu vurgulanarak; idari yaptırımların cezai yaptırımlardan amaç yönünden farklılığı şu şekilde belirtilmektedir. "...bir yönü ile kişiyi cezalandırmayı amaçlayan cezai müeyyidelerden farklı olarak idari müeyyideler, kamu idaresi, kamu maliyesi, toplum sükunu ve genel sağlık ve kamu maliyesini korumaya yönelik kabahat türünden fiillerdir. Bu bakımdan, küçük tasarruf sahibini ve yatırımcıları korumaya yönelik olarak, sermaye piyasasının güven ve istikrar içinde çalışmasını teminen, Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart formlara ve Kurulca alınan genel ve özel kararlara aykırı hareket edilmesi halinde idari para cezası öngörülmüştür."¹⁰⁴

O halde tıpkı bireylere yükümlülük getiren ve hak ve özgürlüklerini sınırlandıran diğer idari yaptırımlar gibi, SPK tarafından idari para cezası uygulanmasında da Anayasa m.38'de kurala bağlanan ceza hukukunun temel

¹⁰² Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions, Les études du Conseil d'Etat, La Documentation Française, Paris 1995, s. 35 vd.

¹⁰³ **Gözübüyük/Tan**, C.I, s. 709; Örneğin Fransız hukukunda bir ceza davasının süresi 5 ile 8 yıl sürebilmektedir. COB uygulamasında ise bu süre 12 ayı geçmemektedir. Üstelik bu idari para cezalarına karşı Cour D'Appel Paris (Paris İstinaf Mahkemesi) ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu başvuru da 6 ay içinde karara bağlanmaktadır. Vauplane/Bornet, s. 903.

¹⁰⁴ TBMM, Dönem 21, S. Sayısı:191 in «<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss191m.htm>»

ilkelerinden “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin geçerli olduğunu belirtebiliriz. Kaldı ki bu sonuca anayasa ve idare hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde de varmak zorundayız. Şöyle ki, Anayasa m.123 uyarınca idarenin işlem ve eylemlerinde “idarenin yasallığı ilkesi” geçerlidir. İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi yasama organının asli kural koyma yetkisinden farklı olup, türevsel kural koyma yetkisi niteliğindedir. Kaldı ki, Anayasa m.13’e göre temel hak ve ödevler ancak kanunla sınırlanabilir. **Örneğin sermaye piyasasında faaliyette bulunanların özel girişim özgürlüğünü sınırlayacak bir uygulamanın yasa ile getirilmesi zorunludur.** Bu alanda uygulanacak idari yaptırımlar, sermaye piyasasında faaliyette bulunanlara yükümlülük getirdiğine göre, bu yaptırımları gerektiren eylemler ve bunlara uygulanacak yaptırımın ne olduğunun açıkça yasada düzenlenmesi gerekmektedir¹⁰⁵. Bu açıklamalar elbette idari para cezaları için de geçerlidir.

SPK’nın bu tür işlemlerine karşı Anayasa m.125 uyarınca idari yargı yolu açıktır¹⁰⁶. Yani idari yargı organı, bu tür yaptırım uygulamaya yönelik

¹⁰⁵ SPK ile ilgili olarak, Danıştay da bir kararında SPKn m.46/(a) ‘da öngörülen yaptırım uygulama yetkisinin SPKn’da öngörülen kurallar çerçevesinde kullanılabileceğini belirtmektedir: “... şirket hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hüküm (HUMK m.103) şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamaz.” D.10.DD., 2.12.1999, E.1998/2486, K.1999/6384, D.D., 2001, S. 103, s. 842 vd.

¹⁰⁶ Bu çalışmanın hazırlandığı dönemde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun yürürlüğü (bkz. R.G., 31.3.2005, S. 25772 mük.), aynı tarih ve sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5328 sayılı Yasa Geçici madde 1/(k) ile 1 Haziran 2005 tarihine ertelenmiştir. Bu nedenle yürürlükteki mevzuata göre SPK’nın idari para cezası içeren yaptırım kararlarına karşı da idari yargının görevli olduğunu bu çalışmada belirtmekteyiz. Ancak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesine göre SPK’nın idari para cezası içeren yaptırımları da artık bu Yasa kapsamına dahil edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda 5326 sayılı Yasa’nın 3.maddesine göre idari para cezası içeren idari yaptırımlara karşı yargısal başvurularda idari yargı görevli olmayıp, adli yargı içerisinde Sulh Ceza Mahkemesi görevlidir. Söz konusu yasal düzenleme adli ve idari yargı kolu arasında yürürlükte bulunan mevzuat bağlamında karmaşa yaratacak niteliktedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi’nin adli yargı idari yargı görev alanına ilişkin olarak daha önce verdiği kararlar ile bu düzenleme bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, idari para cezalarına karşı yargısal başvurularda görevli yargı kolu konusunda örneğin 3194 sayılı İmar Yasası m.42/5’de adli yargıyı görevli kılan hükmün iptaline karar vermiştir. AYM, E.1996/72, K.1997/51, R.G., 1.2.2001, S. 24305. Yasa koyucunun adli yargı idari yargı ayrımı konusunda kural koyma konusunda mutlak bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa m.125 uyarınca idarenin kamu hukuku alanındaki işlemlerinin denetiminde idari yargı, idarenin özel hukuk alanındaki işlemlerinin denetiminde ise adli yargı görevlidir. İdari yargının görev alanına girmesi gereken bir uyumsuzluğun adli yargının görev

işlemler üzerinde hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Hatta Anayasa m.125/son çerçevesinde SPK'nın kolluk işlemlerine karşı tam yargı davası da açılabilir. İdari işlem olarak SPK'nın verdiği idari para cezası yetki, şekil, neden, konu ve amaç unsurları bakımından denetlenmektedir. Bu denetim, idari dava türlerinden iptal davası ile gerçekleştirilmektedir. Ancak burada idari yaptırımlarla ilgili bir konuya daha açıklık getirmemiz gerekmektedir. O da bu yaptırımların AİHS'nin getirdiği hukuki güvence bağlamında tartışılmasıdır. Çünkü kural olarak bu tür idari yaptırımların iç hukukta idari yaptırım olarak değerlendirilmesi, AİHS m.6 uygulamasında, AİHM'ni "**otonom kavramlar doktrini**" uyarınca bağlamamaktadır. Buna göre 6. maddedeki "medeni hak" ve "suçlama" deyimleri maddi ölçüt dikkate alınarak geniş yorumlanmaktadır¹⁰⁷. Eğer AİHM, benimsediği ölçütlere göre yaptığı değerlendirmede bir yaptırımın cezai niteliğinin ağır basması halinde, Sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen adil yargılama kurallarına uygunluk bakımından incelenebileceğine karar vermektedir¹⁰⁸. İdari yaptırımların, bugüne kadar

alanına bırakılması Anayasa Mahkemesinin sözkonusu kararına göre "haklı neden ve kamu yararının bulunması" halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Oysa Kabahatler Kanunu m.19'a göre SPK'nın idari para cezası içermeyen diğer idari yaptırımları idari yargının görev alanında bırakılırken, idari para cezası içeren yaptırımlar adli yargının görev alanına alınmaktadır. Öte yandan İdari Usul Yasa Tasarısı hazırlığı da dikkate alınacak olursa 5326 sayılı Yasa'daki düzenleme önümüzdeki günlerde daha yoğun bir tartışma konusu oluşturacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁷ **Gölcüklü, F./Gözübüyük, Ş.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s. 266-267. AİHS'nin 6. maddenin uygulama alanının belirlenmesinde suçlamanın şekli, zamanı, suçlayan makamın sıfatına göre olmayıp, "isnadın konusu içeriği"ne göre olmaktadır. Ayrıca ulusal mevzuatın iç hukukta suç saydığı fiilin suç olduğunda tereddüt kural olarak yoktur. Ancak iç hukukta suç olarak nitelenmeyen bir eylem pekala Sözleşme uyarınca suç teşkil edebilecek nitelikte olabilir. İşte bu durumda Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bir eylemin 6. madde kapsamında suç oluşturup oluşturmadığı konusunda AİHM şu hususlara dikkat etmektedir: Bu eylemin "a) ulusal hukuktaki nitelenmesini b) niteliğini ve özelliğini (örneğin disiplin kabahatlerinde olduğu gibi, sınırlı bir meslek grubunu yahut toplumun tümünü ilgilendirmesi); ve nihayet, c) söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliğini ve ağırlık derecesini, (örneğin hapis cezasının süresi gibi) gözönünde tutarak bir sonuca varmaktadırlar" Bkz. Aynı eser, s. 275,-276; ayrıca bkz. **Tezcan, D./Erdem M.R./Sancakdar, O.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 234-236.

¹⁰⁸ Bu konuda bkz. **Tezcan, D.**, "Haksız Rekabeti (veya Rekabete aykırı Davranışları) Önlemede İdari Cezalar", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001, C.2, S. 1, s. 27; **Gözübüyük/Tan, C.I.**, s. 620; AİHM'nin Rekabet Kurulu'nun uyguladığı bir yaptırımın AİHS m.6 çerçevesinde değerlendirilmesi gibi COB'un da yap-

ciddi bir şekilde ceza hukuku ilke ve kavramları ile adeta birlikte değerlendirilmesinin meydana getirdiği karmaşanın sonucunda, bu tür yaptırımların belli bir hukuki rejime tabi tutulması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak idari yargı organı BİO'ların uyguladığı idari yaptırımların ve idari para cezalarının yargısal denetiminde AİHS m.6 bağlamında da denetim yapmak zorundadır.

7. Sermaye Piyasası Kanunu m.47/A'nın “non (ne) bis in idem” İlkesi Bakımından Değerlendirilmesinin Yapılması Gerekir mi?

SPKn m.47/A'da öngörülen idari para cezası uygulamasını gerektiren eylem hakkında, ayrıca ceza mahkemesi tarafından da ceza verilmesinin, “non (ne) bis in idem” (kesin hükmün önleyici etkisi) ilkesinin ihlaline yol açıp açmadığı konusunun tartışılması gerekmektedir. Aşlında idari ve cezai yaptırımların aynı amaç için öngörüldüğü hallerde bu ilkeye aykırı olarak çifte cezalandırma meydana gelmektedir. Bu durumun adil olmadığı ileri sürülse de¹⁰⁹, bugün idari cezalarda söz konusu ilkenin uygulanmayacağı yönünde bazı yasalarımızda açık kural bulunmaktadır¹¹⁰. SPKn'da bu doğrultuda açık bir ifade bulunmamaktadır. Ancak SPKn'da idari para cezalarının öngörülme amacı, sermaye piyasasına ilişkin hukuki düzenlemelere ve SPK kararlarına aykırılıkların önlenmesi ve ihlali halinde yaptırıma tabi tutularak SPK'nın etkinleştirilmesidir. Toplumsal düzeni ihlal eden sermaye piyasası suçları ise ceza hukuku açısından yaptırıma tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla non (ne) bis in idem ilkesinin SPKn'da öngörülen idari para cezalarını kapsamadığını ileri sürebiliriz. Fransız hukuk sisteminde disiplin (veya idari) yaptırımlar ile cezai yaptırımların bir arada uygulanabileceği yakın zamana kadar kabul edilmekteydi¹¹¹. Bununla birlikte Fransız Anayasa Konseyi'nin kararlarına göre¹¹², oranlılık (ölçülülük) ilkesi uyarınca aynı olay için aynı kişiye COB tarafından verilen idari para cezası ile ceza hukuku bağlamındaki para cezası yaptırımının uygulanmasında, her iki cezanın toplamının, yaptırımlardan herhangi birinin

tırımlarının bu şekilde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin Paris İstinaf Mahkemesi'nin kararı bulunmaktadır. **Vauplane/Bornet**, s. 151.

¹⁰⁹ **Akılhoğlu T.**, İnsan Hakları, s. 198; Tezcan, s. 29, dpn.29.

¹¹⁰ 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.25/son, Çevre Kanunu m.27.

¹¹¹ **Bergerès/Duprat**, s. 76-77; **Vauplane/Bornet**, s. 903-904.

¹¹² **Genevois B.**, “Le Conseil Constitutionnel et l’extension des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse”, (à propos de la décision n. 89-260 DC du 28 juillet 1989) RFDA, 1989, s. 671

en yüksek miktarını geçememesi gerekmektedir¹¹³. Bu karara göre aslında aynı eyleme iki cezanın uygulanması fiilen önlenmiş olmaktadır. Öte yandan AİHM, hakkında idari yaptırım uygulanan kişinin, aynı fiilden dolayı ceza davası sonucunda mahkum olmasını, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak non (ne) bis in idem ilkesine aykırı bulmaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla her ne kadar Fransız Anayasa Konseyi açıkça cezai nitelikteki idari cezalarla ve cezai yaptırımların birarada uygulanmamasını açıkça ifade etmemekte ısrar etse de, benimsediği çözüm, sonuç itibarıyla AİHM ile uyumlu olmaktadır¹¹⁵. Nihayet, Fransız Anayasa Konseyi COB ile ilgili olmayan 1996 yılında verdiği bir başka kararında ise, ceza niteliğindeki idari yaptırımlarla, cezai yaptırımların birarada uygulanmayacağını kabul etmiştir¹¹⁶.

8. Borsa Uyuşmazlıklarının Yargısal Denetimi Konusunda 91 Sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.13 İle İMKB Yönetmeliği'nde m.42-44'ün "Kuvvetler Ayrılığı İlkesi", "Normlar Hiyerarşisi Bakımından Değerlendirilmesi (- Bu Bağlamda Sermaye Piyasası Kurulu'nun Verdiği Kararların Yargısal Denetimi)

İMKB faaliyetlerini SPK gözetiminde yerine getirmektedir. Kamusal yetki kullanılmasını gerektiren, borsa kolluk işlemi olarak adlandırdığımız ve ekonomik alana ilişkin işlemler organik ve işlevsel açıdan idari niteliktedir¹¹⁷. Bu tür işlemlere karşı başvuru yollarının açıklanmasında bu konunun önem arzettiği açıktır. Çünkü bu işlemler organik açıdan idari, içeriği itibarıyla bir

¹¹³ Vlachos, s. 355.

¹¹⁴ AİHM, 29.5.2001, Fischer/Avusturya, in **Göçüklü/Gözübüyük**, s. 314. Öte yandan Türkiye, aynı eylemden dolayı iki kez yargılama yasağını öngören AİHS'ye Ek 7 No'lu Protokol'ü imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır.

¹¹⁵ Stasiak, F., "Les cumuls de sanctions en droit boursier", Bulletin Joly, 1997, S. 2, s. 191.

¹¹⁶ CC., 23.7.1996, n. 96-378 DC, JO, 27.7.1996, s. 11400. Ayrıca bkz. **Moderne**, F., "Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droits européens", RFDA, 1997, S. 1, s. 15.

¹¹⁷ Nitekim meslek kuruluşu olarak nitelenen CMF'nin, bireysel kararlarının tümü 2.7.1996 tarihli Yasa'nın 39. maddesine göre, adli yargının denetimine tabi tutulmaktadır. Düzenleyici işlemlere ve disiplin ve idari yaptırımlara karşı ise idari yargı görevlidir. Adli yargının görev alanı 39. maddede sayılan uyuşmazlıklarla sınırlıdır. CMF'nin sorumluluğu ile ilgili uyuşmazlıklarda da, uyuşmazlığın idari yaptırımlardan dolayı CMF'nin sorumluluğunu gerektirdiği durumlarda idari yargı, diğer durumlarda da adli yargı olduğu belirtilmektedir. **Vauplane/Bornet**, s. 190-191.

yandan ülkedeki sermaye piyasasını etkin ve güçlü kılarak istikrar içerisinde kalkınmayı sağlamaya ve makro ekonomik açıdan kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup, diğer yandan mikro ekonomik açıdan özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde etkili olmaktadır.

Borsa işlemlerinin bu özelliği gereği, görevli yargı kolu konusunda doğrudan doğruya adli yargı veya idari yargının görevli olduğunu belirtmek güçtür. Uyuşmazlığın niteliğini ortaya koymamız gerekmektedir. Örneğin müşteri ile borsa üyesi arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisidir. Ancak taraflar idari süreç içerisinde uyuşmazlığın çözülmesi isteminde bulunduğu takdirde karar nihai olarak SPK'nın kararı olacağından artık bu karara karşı yargı yoluna başvuruda idari yargı görevlidir. Bu sonuca nasıl varmaktayız? Başlangıçta özel hukuk uyuşmazlığı niteliğindeki bu uyuşmazlık; tarafların doğrudan doğruya adli yargı koluna gitmeyerek 91 sayılı KHK m.13 ve İMKB Yönetmeliği m.43-44'de öngörülen Borsa uyuşmazlıklarının çözümüne özgü idari usul sürecini seçmeleri sonucunda, İMKB yönetim kurulu kararı ve bu karara itiraz üzerine, sermaye piyasasında düzenleme, denetim ve gözetim görevini yerine getiren SPK tarafından süreç sonuçlandırıldığı takdirde, artık yargı organının denetimine konu olacak karar, SPK'nın idari ve icrai (etkili) kararı olmaktadır. İMKB ve SPK söz konusu uyuşmazlıkların çözüm sürecinde uzman kuruluşlardır ve bu alandaki uyuşmazlıkları çözümlenmesi konusunda da yetkilendirilmişlerdir. Ancak verdikleri karar organik açıdan birer yargı kararı olmayıp, idari karar olduğuna göre bu süreç sonunda verilen karara karşı Anayasa m.125 uyarınca yargı yolu açıktır. Çünkü SPK'nın kararı yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi kesin hüküm niteliğinde değildir¹¹⁸. SPK'nın kararı hukuka uygun verip vermediğinin denetimi idari yargının görev alanına girmektedir. Fakat burada dikkatimizi çeken SPK kararı üzerine; idari yargının, dolaylı olarak da olsa bir özel hukuk uyuşmazlığı konusunda denetim gerçekleştirmesidir. Üstelik 91 sayılı KHK m.13 uyarınca taraflar uyuşmazlığın çözülmesi için İMKB'ye başvurmayıp, doğrudan doğruya adli yargıya da başvurma hakkına sahip olduklarından, sonuçta benzer uyuşmazlıkların çözülmesinde farklı yargı kolu içerisinde yer alan mahkeme kararları görülebilmektedir¹¹⁹. Bir kez daha hatırlatalım ki, adli yargının kararı müşteri ile borsa üyesi arasındaki uyuşmazlığı doğrudan çözümlenmeye ilişkindir. İMKB kararı da işlevsel açıdan bu

¹¹⁸ Bkz. s. 22 vd.

¹¹⁹ Gözübüyük/Tan, C.II, s. 120.

nitelikte yani uyuşmazlık çözümlenmeye yönelik olsa da, organik açıdan idari bir karardır. İMKB kararını itiraz üzerine inceleyen SPK kararı da, İMKB kararının sermaye piyasasına özgü denetimine ilişkin olup, organik açıdan idari bir karardır. İdari yargı organı da SPK kararının hukukilik denetimini gerçekleştirmektedir. Ancak bu karmaşık durumun artık günümüzde çözümlenmesi zorunludur.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da belirtildiği gibi, adli yargının amacı taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümlenerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi iken, idari yargı denetiminin ana gereği ise idarenin, idare hukuku alanı ve yasa çerçevesinde kalmasını sağlamaktır¹²⁰. Nitekim idare hukuku rejimini benimseyen bir anayasal sistemde idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların idari yargının görev alanına girdiği kural olarak benimsenmektedir¹²¹. Ayrıca Anayasa'nın 142. maddesine göre mahkemelerin görevlerinin yasa ile belirlenmesi gerekmektedir. Eğer yasa koyucu idarenin bir işlem veya eylemi ile ilgili olarak adli yargıyı görevli kılmışsa artık bu kural uygulanacaktır. Ancak hemen belirtelim ki Yönetmelik ile böyle bir belirleme yapılamaz. İşte İMKB Yönetmeliği'nin 43 ve 44. maddelerinde görevli yargı kolunu belirten düzenlemeler açıkça Anayasa m.142'ye aykırı olmaktadır. Çünkü 91 sayılı KHK'de hangi yargı kolunun uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevli olduğu belirtilmemektedir¹²². Oysa İMKB Yönetmelik m.42 ve m.43'de yer alan kurallara göre:

“MADDE 42 - Borsa üyeleri arasında veya Borsa üyeleri ile müşterileri arasında Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, bu Yönetmelikte belirtilen usul ve esaslar içinde çözümlenir”

“MADDE 43 - Borsaya getirilen uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, Yönetim Kurulu yetkilidir; bu konuda, Yönetim Kuruluna Uyuşmazlık Komitesi yardımcı olur.

Yönetim Kurulunun kararlarına karşı SPK'ya itiraz edilebilir. SPK'nın uyuşmazlıkları çözümlenmeye dair kararları nihaidir. Bu kararlara karşı idari yargı mercilerine başvurulabilir.”

¹²⁰ AYM, 25.5.1976, E.1976/1, K.1976/28, R.G., 16.8.1976, S. 15679.

¹²¹ Aynı konuda bkz. **Günday**, M., “İdari Yargının Görev Alanının Dayanakları”, s. 356.

¹²² Aynı görüş için bkz. **Tan/Gözübüyük**, C.II, s. 120-121.

“MADDE 44 - Borsa üyeleri arasında çıkan uyuşmazlıkların Borsada Çözümü zorunludur.

Müşterilerin, Borsa üyeleri ile olan ihtilafları, başvuruları halinde, Borsada çözümlenir.

Tarafların yargı mercilerine başvuru hakkı saklıdır.

Taraflarca yargı yoluna başvurulduğunda, dava sonuçlanıncaya kadar dosya Borsada işlemde kaldırılır.

Adli yargı yoluna gidilmesi durumunda, Borsa üyesi durumu öğrendiği tarihten itibaren üç iş günü içinde Borsaya bildirmek, nihai kararı da aynı süre içinde ibraz etmekle yükümlüdür”.

Yönetmelik m.43/son cümle ve 44/son cümlelerin Anayasa m.142’ye aykırı olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Yasa koyucunun görev alanına giren bir konunun Yönetmelik ile düzenlenmesi “görev gasbı”na örnek oluşturmaktadır. Çünkü 91 sayılı KHK m.13’de “yargı mercilerine başvurma hakları saklı” tutulmaktadır. Hangi yargı kolunun görevli olduğuna ilişkin herhangi bir kural yer almamaktadır. 91 sayılı KHK m.13’deki kural: “*Borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden doğan ihtilafların hal mercii Borsa Yönetim Kurullarıdır. Borsa Yönetim Kurullarının kararlarına karşı Sermaye Piyasası Kurulu’na itirazda bulunulabilir. Sermaye Piyasası Kurulu’nun bu ihtilaflar konusundaki kararları nihaidir.*”

Borsa üyeleri ile müşterileri arasındaki ihtilaflar için de Borsa Yönetim Kurullarına başvurulabilir. Bu tür ihtilaflar için tarafların yargı mercilerine başvurma hakları saklıdır.”

KHK m.13/1-son cümlede SPK kararlarının kesin olduğu ifade edilmektedir. SPK sermaye piyasasında düzenleyici ve denetleyici bir görev yerine getirirken, bu piyasadaki uyuşmazlıklar konusunda da uzman bir idare olarak, bu alandaki uyuşmazlıkları kısa sürede sonuçlandırmakla yetkili kılınmıştır. Bu işlevi ile aynı zamanda sermaye piyasası alanında yargı organının iş yükünü de bir ölçüde azaltmaktadır. Ancak SPK anayasal anlamda yargı yetkisine sahip bir “mahkeme” olmadığına göre uyuşmazlık çözmeye ilişkin kararları da, tıpkı diğer kararları gibi yargı denetimine tabidir. Bu nedenle KHK m.13/1-son cümlede SPK kararlarının “nihai” olduğuna ilişkin ifade kesin hüküm anlamına gelmemektedir.

Öte yandan KHK m.13/1 ve 2 sermaye piyasasında hak arama özgürlüğü ile ilgili olarak bir kural öngördüğüne göre tüm bu kuralların Yasa ile

düzenlenmesi gerekmektedir. KHK ile öngörülen ve "hak arama özgürlüğü" konusundaki bu kuralın Anayasa m.91'de KHK ile düzenlenemeyecek konular arasında yer aldığı için anayasaya aykırılık iddiasına da konu oluşturabileceği kanaatindeyiz.

Danıştay da sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması için ve yatırımcıların korunması amacıyla düzenleme ve denetleme göreviyle donatılmış SPK'nın, İMKB'nin de denetim ve gözetim organı olması dolayısıyla yürüttüğü işlemlerin, idari nitelikte olduğunu kabul etmektedir. İMKB'nin üzerindeki gözetim ve denetim yetkisi bağlamında SPK'nın kararları, kamusal bir yetkinin kullanımından ibarettir. Danıştay İDDGK da bu yetki konusunda şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "kamu hukukundan kaynaklanan, sermaye piyasasının düzenlenmesi, açıklık ve güven içinde bu piyasanın sürdürülmesi şeklindeki kamu hizmetinin gereği olarak davalı kuruma tanınmıştır. Kuşkusuz davalı kurumun kamu hukukundan kaynaklanan ve denetim yetkisi kapsamında sonuç doğuran bu yetkisi, borsada işlem yapan yatırımcı ve aracı kurumlar arasındaki özel hukuk ilişkisinin adli yargıda çözümüne engel oluşturmamaktadır"¹²³. Ancak burada Danıştay kararı, sermaye piyasası mevzuatının uygulamasına yön verme bakımından eleştirilebilir. Karar, öncelikle SPK'yı klasik bir kamu kurumu olarak değerlendirmektedir. SPK klasik bir kamu kurumu değildir. İşlemleri yargı denetimine tabidir, ancak SPK'nın kuruluş amacı Anayasa m.167 bağlamında değerlendirilmelidir. SPK'nın görev alanında aldığı kararların yargısal denetiminde sermaye piyasası mevzuatına uygunluk denetimi yapılmalıdır. Bu denetimde ekonomik idare hukukuna özgü ilkeler gözönünde bulundurulmak zorundadır. SPK'nın kuruluş amacı dikkate alınarak ekonomi ile ilgili anayasal ilkelerimiz çerçevesinde hukukilik denetimi gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Danıştay'ın bu kararında SPK'nın kuruluş amacı ve işlevinin vurgulanmadığı kanaatindeyiz. Özellikle 91 sayılı KHK ve Yönetmeliklerdeki kurallardan kaynaklanan ve borsa üyeleri ile müşteriler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yargı kolları arasındaki görev konusundaki karmaşayı sona erdirmeyen bir çözüm benimsenmektedir.

İMKB, borsa kolluk yetkisi kullanarak uyuşmazlıkları yargı yoluna başvurmadan önce, ekonomik düzenin sağlıklı işlemesi amacıyla çözümleme yetkisine sahiptir. Kolluk makamı olarak bir uyuşmazlığa müdahale edildiği takdirde, bu kararlar doğrudan doğruya özel hukuk kişilerini ilgilendirmek-

¹²³ D.İDDGK., 26.6.1998, E.1998/355, K.1998/277, DD., S. 1998, s. 67-69.

tedir. Uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasında olduğu bir gerçektir, ancak bu uyuşmazlık sermaye piyasasında daha somut olarak Borsa'da düzeni bozmaya yönelik olduğu için kolluk yetkisi kullanmayı gerektirmektedir. İşte bu nedenle asıl uyuşmazlığın özel hukuk uyuşmazlığı olduğu gerekçe gösterilerek, kolluk işlemi niteliğindeki kararlara karşı, görevli yargı kolunun adli yargı kolu olduğu belirtilemez¹²⁴. Uyuşmazlık, niteliği gereği sadece taraflar arasında sonuç doğurmamakta, aynı zamanda Borsa'daki düzeni de bozmaktadır. Ekonomik kolluk veya somut olarak borsa kolluk işlemlerine karşı, daha önceki açıklamalarımız doğrultusunda yürürlükteki mevzuatımıza göre, görevli yargı kolu idari yargı olmaktadır. Öte yandan borsa üyesi ile müşterisi arasındaki bir uyuşmazlığın çözümü için taraflar İMKB'ye başvurduğu takdirde, taraflar verilen karar üzerine veya kararın verilmesini beklemeksizin de KHK m.13/2'ye göre uyuşmazlık için yargı yoluna başvurabilmektedirler. Bu durumda artık İMKB kamu gücü ayrıcalığı kullanmadığına göre görevli yargı kolunun, adli yargı olması gerektiği sonucuna varmaktayız.

Borsa uyuşmazlıklarında KHK m.13'deki kuralın daha net ve somut olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Özellikle m.13/son'da "yargı mercilerine" ifadesinin somut olarak hangi yargı kolu olduğunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Özellikle "hak arama özgürlüğü" ve yargı yetkisi ile ilgili olan bu kuralların KHK veya Yönetmelik ile düzenlenmeyip yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir. 91 sayılı KHK m.13'de yer alan borsa uyuşmazlıklarında hak arama özgürlüğü ile ilgili bu kuralın, Anayasa m.91/1'e göre KHK ile düzenlenecek konular arasında bulunmaması nedeniyle, kanunla düzenlenmesi gereken bir kuralın KHK ile düzenlenmesinin anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyiz.

¹²⁴ Doğrudan doğruya bu konuya ilişkin olmasa da Danıştay'ın bir kararının bu konudaki açıklamalarını destekleyebileceği düşüncesiyle karar metninden aynen şu ifadeleri belirtebiliriz: "...bir özel hukuk tüzel kişisi, anonim ortaklık şeklinde kurulan aracı kurumların 2499 sayılı Yasa kapsamındaki sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin işlemleri, kamu hukuku kuralları içinde, davalı idarenin müdahalesi ve denetimine tabi tutulmaktadır...Bu görev, 2499 sayılı Yasa'nın amacının, bu amacın gerçekleşmesi için de yasayla oluşturulan davalı idarenin işlevinin, tanınan yetkilerinin doğal sonucu olup, aracı kuruluşların özel hukuk kuralları içerisinde yatırımcılarla kurduğu ilişkinin, kamu hukuku kurallarıyla düzenlenen sahadaki etki ve sonuçlarının davalı idarece değerlendirilebileceği şüphesizdir." D.10.DD., 23.12.1998, E.1996/943, K.1998/6950, D.D., 1999, S. 100, s. 510.

9. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Kararlarına Karşı Dava Açma Süresi'nin Başlangıcı Nedir? Sermaye Piyasası Kurulu'nun Birel İşlemlerinin Tebliği İçin Tebligat Kanunu Uygulanabilir mi?

SPK'nın kararlarına karşı Anayasa m.125 bağlamında İYUK hükümlerine göre genel dava açma süresi içinde yargı yolu açıktır. Ancak uygulamada bu konuda, bazen sorunlarla karşılaşılsa da aslında bu gibi sorunları idari yargılama hukukunun genel ilke ve kuralları ile çözümlenmek mümkün olabilmektedir. Örneğin bir olayda dava açma süresinin başlangıcının hangi tarihten başlayacağı, SPKn'nun uygulanması bakımından sorun yaratmıştır. Şöyle ki, hisse senetlerinde belli bir dönemde olağandışı fiyat ve miktar hareketleri görülen ve bu hareketlere bağlı olarak (A) A.Ş. nezdinde yapılan ve nakit yükümlülüğü getirilmeyen işlemlerin incelenmesi sonucunda, denetleme raporuna göre davacı hakkında SPKn m.47/A ve 49. maddeleri ile TCK m.65 uyarınca suç duyurusunda bulunulmuş ve İMKB'de işlem yapmasının yasaklanmasına SPK tarafından karar verilmiştir. Hakkında borsada işlem yapma yasağı getirilen davacıya SPK'nın kararı yazılı olarak tebliğ edilmemiş ve fakat SPK Haftalık Bülteninde yayımlanmıştır. Ayrıca durum İMKB'ye de bildirilmiştir. Aradan uzun bir süre geçtikten sonra davacı, Borsada işlem yapmak istediğinde yaklaşık 9 ay önce duyurulan kararı, o anda öğrendiğini ve dava açma süresinin öğrenme tarihinden başlayacağını, kendisine yazılı tebligat yapılması gerektiğini, SPK Bültenindeki duyurunun kendisi bakımından dava açma süresinin başlangıcı olamayacağını belirterek, söz konusu işlem yasağının iptali için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı süre yönünden reddetmiştir. Çünkü Mahkeme, dava açma süresinin başlangıcı olarak Haftalık Bülten'de yayım tarihini dava açma sürecinin başlangıcı olarak kabul etmiştir. Ancak Danıştay, birel idari işlemlerde dava açma süresinin başlayabilmesi için ilgiliye yazılı tebligatın zorunlu olduğunu, kamuoyunu bilgilendirme amacı taşıyan haftalık Bülten dergisindeki duyurunun veya İMKB'ye yazılı bildirim, işlemin sübjektif nitelik taşıması dolayısıyla dava açma süresini işlemin ilgilisi bakımından başlatmayacağını, İYUK m.7 ve m.8 bağlamında dava açma süresinin ilgiliye yazılı tebligat yapılmadığı hususu dikkate alınarak dava açma süresinin hesaplanması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹²⁵.

Burada aslında sorun, SPKn'nun uygulanmasında Tebligat Kanunu'nun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda düğümlenmektedir. SPKn'da açık

¹²⁵ D.10.DD., 19.1.2000, E.1999/1800, K.2000/79, D.D., 2001, S. 104, s. 550-553.

hüküm bulunmadığından, olay tarihi itibarıyla Tebligat Kanunu'nun uygulanması olanaksızdır. Örneğin Rekabet Kurulu kararlarının Tebligat Kanunu'na uygun olarak duyurulacağı açıkça belirtilmektedir. SPKn'da böyle açık bir kural bulunmamaktadır. Sadece SPKn m.22/son 'da "Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulur. Özel nitelikli kararlardan kamuoyunu ilgilendirenler, Kurulun haftalık bülteni ile ilgili kişi ve kuruluşlara duyurulur." ifadesi yer almaktadır. Ayrıca m.45/son'da sadece o maddenin uygulanması ile ilgili duyurunun Tebligat Kanunu'na göre olacağı belirtilmektedir. Onun dışında SPKn'da, birel işlemlerin nasıl duyurulacağı konusunda açık bir genel kural bulunmamaktadır. Ancak birel işlemlerin yazılı olarak ilgililere tebliğ edilmesi hususundaki Danıştay'ın bu kararı, Sermaye Piyasası Kanunu'nun uygulanmasında da örnek oluşturmaktadır.

Tasarı m.9/9 ve m.9/10'da bu konuda ortak kural getirilmekle birlikte m.9/10'daki kuralın yazılımasının karmaşaya yol açacağı kanaatindeyiz. Çünkü "Yaptırım öngören kararlar dahil tüm kurul kararları, tekemmül etmeleri ve ilgililere 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca tebliğ edilmeleri veya usulüne uygun olarak duyurulmaları ile birlikte uygulanabilir ve para cezaları tahsil edilebilir hale gelir." Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca ilgiliye yazılı tebliğ edilmesi gereken bir idari yaptırım, usulüne uygun olarak başka nasıl duyurulabilir? Bu maddede, SPK'nın birel işlemlerinin Tebligat Kanunu hükümlerine göre ilgililere tebliğ edileceğinin belirtilmesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Fransa'da AMF'nin yaptırım içermeyen birel işlemlerine karşı dava açma süresi 10 gün, yaptırım içeren birel işlemlere karşı dava açma süresi iki ay olarak farklı süreler öngörülmüştür. Dava açma süresinin, hakkında birel işlem tesis edilen ilgiliye tebligatı izleyen günden itibaren başlayacağı, Kararname m.26'da öngörülmektedir. Yine aynı maddede birel işlemle etkilenen diğer ilgililerin dava açma süresinin ise, kararın ilan tarihinden itibaren başlayacağı öngörülmektedir. AMF'nin birel işlemleri de Bülten'de ilan edilmektedir. Üçüncü kişiler yönünden dava açma süresi bu Bülten'de ilan tarihinden itibaren.

10. Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Görevli Mahkeme

İdari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda ise, idari yargı düzeni içerisinde görevli mahkemenin belirlenmesi sorunu ile karşılaşmaktadır.

Çünkü 4054 sayılı Yasada olduğu gibi¹²⁶, Sermaye Piyasası mevzuatında Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğunu belirten özel hüküm bulunmamaktadır. Danıştay Kanunu m.24'de de SPK kararlarına karşı, ilk derece Mahkemesi olarak Danıştay'da dava açılacağını düzenleyen bir kural bulunmamaktadır. Ancak Danıştay Kanunu m.24/1-(c)'de "kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere" karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarında Danıştay ilk derece mahkemesi olarak görevlidir. O halde sonuç olarak, SPK'nın bu tür düzenleyici işlemlerinin yargısal denetiminde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli olduğu sonucuna varmaktayız. SPK'nın idari yargının görev alanına giren özel karar veya birel işlem niteliğindeki kararlarına karşı açılacak davalarda, idari yargılama hukukunda "genel görevli mahkeme" olarak idare mahkemeleri görevlidir. İdare mahkemeleri arasındaki yetki sorunu da İYUK'daki yetki kuralları çerçevesinde genel yetki kuralına göre çözümlenmesi gerekmektedir. İYUK m.32 uyarınca dava konusu idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yani Ankara İdare Mahkemesi yetkilidir. Ancak bir uzmanlık kuruluşu olan SPK'nın kararlarının denetiminde artık idari yargı içerisinde ekonomik konularda faaliyetlerini yürüten bağımsız idari otoritelerin denetimi konusunda bir uzmanlık mahkemesinin oluşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle DDKK Tasarısı m.21'de bu idarelerin yargısal denetiminde ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın görevli kılınması bu yönde olumlu bir gelişmedir. Çünkü bağımsız idari otoritelerin belli asgari konularda ortak özellikleri olduğunu kabul ettiğimize göre bu alanda en azından temel ilkeler oluşturarak içtihatların gelişiminin sağlanmasının daha hızlı bir gelişim göstereceği kanaatindeyiz.

¹²⁶ Örneğin Rekabet Kurulu'nun kararlarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a başvurulacağını düzenleyen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesinde özel hüküm bulunmaktadır."Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğ tarihinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir." SPK'nda veya 91 sayılı KHK'de bu şekilde bir kural bulunmadığına göre genel kurallar çerçevesinde görev ve yetki konusu çözümlenmektedir. Öte yandan bu kuralın anayasaya aykırılığı iddiasıyla Danıştay 10. Dava Dairesi, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kuralın anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. AYM, 22.12.1998, E.1998/48, K.1998/85, R.G., 31.3.2000, S. 24006, s. 39.

SONUÇ

1. Ekonomik idare hukuku alanındaki uyuşmazlıkların çözümü de zorunlu olarak özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı konusunda yeni bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Örneğin bir idareyi yargılamak, nasıl ki, onu idare etmek değilse, ekonomik faaliyetleri yargılamak da ekonomi yapmak anlamına gelmemektedir. O halde ekonomik faaliyetleri yargılayacak yargıçların elbette ekonomist gibi davranmamaları zorunludur. Bu nedenle yargıçlar ve bu alanda denetim yapan kurumlar arasındaki işbirliğinin güçlendirilmesi gerekmektedir.

2. Ekonomik alanda yaşanan gelişmeler ve devletin ekonomik alandaki rolünün sorgulanması idare hukukunun ekonomi alanına doğru açılımını zorunlu kılmaktadır. Yeni dünya düzeni, küreselleşme gibi bugün ekonomik alanda kullanılan bu kavramların dünya ülkelerinin hukuk sistemlerini de etkilemesi kaçınılmaz bir olgudur. Siyasi anlamda demokratikleşme ve ekonomik anlamda liberalleşme bu düzenin temel felsefesi olmaktadır.

3. Sermayenin serbest dolaşımını sağlamaya yönelik bu yaklaşımda, ekonomisi güçlü ülkeler yatırım yapacakları elverişli pazar arayışında çıkarlarına en uygun ortamı bulma olanağını kullanırken, ekonomisi zayıf ve gelişmekte olan ülkeler de yabancı yatırımları kolaylaştırarak ekonomilerini geliştirme ve yaşam standartlarını artırma düşüncesini taşımaktadır. Görünüşte, karşılıklı olarak bir alış -veriş söz konusudur.

4. Sermayenin hızla ve hatta elektronik ortamda serbest dolaştığı bir düzende bulunan özellikle ekonomisi gelişmekte olan ülkelerin, bu tür piyasaların risklerine karşı hukuki alt yapılarını hem kurumsal hem de işleyiş bakımından çok güçlü kılmaları gerekmektedir. Bu ise ekonomi ile hukuk arasında sıkı bir ilişkinin kurulması gerektiğinin göstergesidir. Günümüzde bir devletin sınır güvenliğinin sağlanması ne kadar önemli ise, ekonomik güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilir olması da o kadar önemlidir. Ekonomik güvenliğin sağlanmasında ekonomiye özgü ilkeler kadar, hukukun üstünlüğü / hukuk devleti ilkesi daha da önem kazanmaktadır. Hukuk devleti ilkesi ekonomi alanına doğru genişlemektedir.

5. Özellikle serbest piyasa ekonomisinde, ekonomistler ekonomiye müdahaleyi kabul etmemektedir. Ancak yeryüzünde ekonomiye müdahale etmeyen hiçbir sistem de yoktur. Özellikle siyasi yönetim ile ekonomi yönetiminin tek elde toplanmasının yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek ve

siyasi yönetimin ekonomiye müdahalesini azaltmak amacıyla izlenen ekonomik politikada hukuki güvenliğin sağlanmasının önemi anlaşılmaktadır.

6. Çok duyarlı bir alan olarak ifade edilen ekonominin siyasi dalgalanmalardan etkilenmemesi, kendi kurallarına göre uzmanlar tarafından idare edilmesi, ilk başta ekonomi açısından yararlı bir anlam ifade etmekte ise de, siyasi yönetim ile ekonomi yönetiminin farklılığı aynı zamanda ülke yönetimi açısından bir tehlikeyi de içermektedir. Ülkenin siyasi yönetiminin, ekonomi yönetiminin etkisi altına girmesi riski nasıl önenebilecektir? Özellikle küreselleşme, ulus - devlet kavramını ve kurumlarını nasıl etkileyecektir? İşte siyasi yönetim ile, ekonomik yönetim arasındaki bu uyumu sağlayacak köprünün hukuk kuralları ile kurulması zorunlu bulunmaktadır.

7. Ekonomik alanda ülkelerin sıkı bir ekonomik ağ içerisine girmeleri ve teknolojik alandaki gelişim ve bilginin hızlı bir şekilde yayılması, artık ülke yönetiminin idari yapısını da etkilemektedir. Ekonomik değişimler ve teknolojik gelişim sayesinde bilgi alışverişi artık sınır tanımamaktadır. Ulusal hukuk kuralları ile bu ilişkileri sürdürmek de olanaksız hale gelmektedir. İşte dünyada önce teknolojik gelişim ve sonra teknolojinin ekonominin hizmetinde kullanılması sonucunda dünya ülkeleri arasındaki ekonomik eşitsizliğin hızla büyüdüğü görülmektedir.

8. Teknolojinin ekonominin hizmetinde kullanılması kaçınılmaz olarak, aynı zamanda teknolojik ve ekonomik gücü elinde bulunduran ve yeni pazar arayışına giren ülkelerin başında gelen Amerika'nın hukuk sistemi ve kurumlarının, yatırım yaptığı gelişmekte olan ülkelerin hukuk sistemi ve kurumlarını etkilemesi sonucunu doğurmaktadır. Tıpkı 1970'li yıllarda SPK gibi idarelerle Kara Avrupası ülkelerinin tanışması gibi.

9. Amerikan hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sistemi, en başta kamu hukuku ve özel hukuk ayırımının kabul edilmesi bakımından farklılık göstermelerine rağmen; Kara Avrupası ülkeleri Amerikan modeli idari kurumları özellikle ekonomi ve özgürlükler alanında olmak üzere, kendi idari yapılarına "bağımsız idari otorite" başlığı altında yerleştirmiş bulunmaktadır. Yabancı yatırımın karşı konulamaz sonuçlarına, Kara Avrupası ülkeleri kendi idari yapılarını bozmamaya çaba göstererek, kendilerine özgü bir çözüm bulmuşlardır. Örneğin Fransa, bağımsız idari otoriteleri merkezi idare içerisine yerleştirerek, üniter yapısının gücünü sergilemeye çalışmıştır. Ancak ne olursa olsun bu idareler ekonomik alanda yaşanan değişimin ve devletin ekonomik hayatta üstlendiği rolün değişiminin bir göstergesidir.

10. Türkiye’de de Devlet ekonomik alana müdahale yetkisini düzenleyici kurullar oluşturarak kullanma tercihinde bulunmaktadır. Bu idarelerin ortak özelliği “kurul” halinde karar almaları ve kurul olarak sorumlu olmalarıdır. O halde klasik idari yapı içerisinde bu idarelerin bulunmasının zamanla ekonomi yönetimi ile siyasi yönetim arasında bir çekişmeye yol açmaması için hukuki denetim mekanizmalarının güçlendirilmesi, hukukun da modernleştirilmesi gerekmektedir. Ekonomi siyasete, siyaset ekonomiye müdahale ederse güçler dengesinin bozulması kaçınılmazdır. Oysa bir ülkede demokrasinin var olması ve yaşatılması için güçler dengesinin sağlanması zorunludur.

11. Fransa’da bağımsız idari otorite olarak adlandırılan idareler klasik yapıyı bozmaksızın, özel hukuk ve kamu hukuku alanındaki bu genel etkileşimi en azından ekonomi alanında, adli yargı ile idari yargı arasında yetkileri paylaşarak suretiyle gerçekleştirmişlerdir. AMF’nin sermaye piyasasında mesleki faaliyette bulunanların mesleki yükümlülükleri ile ilgili olarak izin veya yaptırımlarla ilgili birel işlemlerine karşı açılacak davalar idari yargının görev alanına girmektedir. Bu davalarda görevli mahkeme Fransız Danıştayı’dır. Ancak idari yaptırımların tam yargı davasına konu olacağı da ayrıca düzenlenmektedir. AMF’nin diğer birel işlemlerine karşı açılacak davalar ise Paris İstinaf Mahkemesi’nin görev alanına girmektedir. İdari işlemlerin denetimi idari yargıya ait olmakla birlikte, AMF’nin diğer işlemlerinin çözümünde Paris istinaf mahkemesi yetkili kılınca adli yargı organı yürütmeyi durdurma kararı dahi alabilmekte ve idare mahkemesi gibi karar vermektedir.

12. Türkiye’de bağımsız idari otorite örneklerinden biri olan SPK da, sermaye piyasası alanında düzenleme yapan kuruldur. SPK görevini yerine getirirken kararlarını kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak almaktadır. Fransa’daki benzerinden başlangıçta bu bakımdan önemli farklılıklar göstermiştir. Borsa İşlemleri Komisyonu (COB)’un tüzel kişiliği olmadığı için kararlarından sorumluluk devlete ait olmakta iken COB’un yetkilerinin AMF’ye geçmesiyle AMF tüzel kişiliği haiz olduğu için kararlarından da sorumlu olmaktadır. SPK, “kurulsallık ilkesi” bağlamında kararlarından bizzat sorumludur. SPK’nın, Anayasa m.123/2 bağlamında gerek yapısal gerekse işleyiş bakımından klasik bir kamu kurumu olarak da nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Her ne kadar tüzel kişiliği olduğu belirtilmekte ise de, tüzel kişiliğin karar ve icra organı olarak tek bir Kurul söz konusudur. Yani bir kamu kurumunda bulunması gereken ayrı birer karar ve icra organı, SPK’da bulunmamaktadır. Öte yandan bu tür Kurulların özelliği gereği böyle karar ve

icra organının ayrılmasına da gerek yoktur. Kamu kurumunun idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca, vesayet makamı olarak bir kamu idaresine bağlı veya ilgili olması gerekir. Oysa SPKn m.17'de belirtilen ilgili Bakan'ın SPK üzerinde idari denetim yetkisi bulunmamaktadır. "İlişkili bakanlık" ifadesi de SPK kararlarının idari denetimi ile ilgili bir konu olmayıp, sadece merkezi idare ile iletişimi sağlama veya SPK kararlarına karşı yargı yoluna başvurma yetkisi bakımından bir anlam taşımaktadır. Kısaca SPK üzerinde görevlerini yerine getirirken herhangi bir idari denetim sözkonusu olamaz. SPK'nın mali denetimi ise özellikle idarenin bütünlüğü ilkesi bakımından Sayıştay'ın denetimine tabi olması gerekmektedir. Kaldı ki 5018 sayılı Yasa'ya göre SPK gibi idarelerin Sayıştay'ın denetimine tabi olduğu öngörülmektedir. Ayrıca Anayasa m.108 uyarınca Devlet Denetleme Kurulu'nun SPK'nın üzerinde denetim yetkisi olduğu da ileri sürülebilir.

13. Tasarıda BİO'ların iç teşkilat yapısı merkezi idare içerisinde bakanlıkların teşkilat yapısına benzer bir şekilde düzenlenmektedir. Oysa uzmanlık kuruluşlarının yapılanmasında bu şekilde bir örgütlenmeye gerek olmadığı gibi Kurul başkanının tüm teşkilatın amiri olması da "kurulsallık ilkesi" ile bağdaşmayacaktır. Kurul'un idari yapısı ile ilgili hizmetlerin yönetiminde, Kurulun bizzat kendi kararı ile Kurul üyeleri dışından ve Kurul'a karşı sorumlu bir yönetici/genel sekreter belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

14. Fransa'da yasa koyucu AMF'nin işlemlerine karşı yargısal denetimi adli ve idari yargı kolu arasında paylaştırmış bulunmaktadır. Bu durum da bir kez daha yukarıda yaptığımız saptamayı doğrulamaktadır. Yani ekonomik gereksinimler sonucu Amerikan hukukundan ithal edilen bu kurumlar, köklü idare hukuku geçmişi olan Fransa'da, adli yargı ile idari yargının görev alanı konusunda gelenekleri sarsacak, yasal düzenlemelere yol açmıştır.

15. Hukuk sistemimizde de SPK gibi ekonomi alanında faaliyette bulunan kurumların kararlarına karşı, yargı yoluna başvuru ile ilgili olarak, mahkemelerin görev alanının belirlenmesinin, ekonomi ile ilgili uyuşmazlıkların Danıştay'ın aynı dairesinin görev alanına alınmasının, yargılama usulü tekniklerinin geliştirilmesinin ve özellikle süreler konusunda kurallar getirilmesinin, ekonomi alanı ile ilgili idari işlemlerin hukukilik denetimini, daha da güçlendireceği kanaatinde olduğumuzu belirtmeliyiz.

16. Fransa örneğinde olduğu gibi, Türk idari yargı organının SPK kararlarının yargısal denetiminde SPK'nın idari yaptırımlara ilişkin karar alma

sürecinde uygulanan kuralların AİHS m.6 bakımından denetlenmesi zorunludur. Aksi takdirde iç hukuk yolları tüketilmekle birlikte idari yargı organı, SPK'nın SPKn'daki kurala uygun olarak verdiği idari yaptırım uygulamasında SPKn'daki hükmün AİHS m.6'ya aykırılığını gözardı ederse, ilgili pekala AİHM'e başvurabilir. Bu nedenle özellikle SPK gibi Kurulların idari yaptırım kararı vermesi sürecindeki iç hukuk kurallarımızın AİHS m.6 bağlamında değerlendirilerek uygulanması gerekmektedir. Böylece SPK'yı bir mahkeme olarak kabul etmek zorunda olmadığımızı, SPK'ya idare içerisinde yer vererek de AİHS'ne uygunluk denetimini ulusal hukukumuzda gerçekleştirebiliriz.

17. Bu durumda idari yargı organı, yürürlükteki SPKn'daki kuralın varsayalım ki AİHS'ne aykırı olduğunu saptarsa ne yapmalıdır? Anayasa m.90/son uyarınca bu konuda doğrudan doğruya adil yargılama hakkı ile ilgili AİHS m.6 uyarınca karar verilmelidir. Örneğin SPK üyesi, soruşturmayı yürütmekle görevlendirilmiş olup, bir de karar verme aşamasında SPK üyesi olarak oy hakkını kullanırsa, ve bu durumun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla karara karşı idari yargıda açılan davada eğer Mahkeme yürürlükteki kuralları uygularsa, işlem sadece bu bakımdan hukuka aykırı kabul edilemeyecektir. Çünkü soruşturmayı yapan üyenin kurula katılmasını yasaklayan bir kural yoktur. Oysa işlem iç hukuk bakımından yürürlükteki kurallara uygun olsa da, yürürlükteki kurallar AİHS m.6'ya aykırı olduğundan davacı AİHM'e başvurabilir. İşte bunu önlemek için idari yargı organının doğrudan doğruya yaptırımın AİHS m.6 bakımından denetimini yapması gerekmektedir.

18. Borsa uyuşmazlıklarında hak arama özgürlüğünün 91 Sayılı KHK m.13 ile düzenlenmesi Anayasa m.91/1'e açıkça aykırıdır. Ekonomik kamu hukukunda, sermaye piyasası alanında bir üst düzenleyici, denetleyici nitelikteki SPK, İMKB kararlarına karşı idari itirazların yöneltileceği makam olarak da değerlendirilmek zorundadır. Ancak burada dikkat edileceği üzere, sermaye piyasasına özgü bir idari denetim söz konusudur. Hatta sermaye piyasasında koordinasyonu, eşgüdümü sağlama bu denetim sayesinde gerçekleşmektedir. Sonuç olarak, idare hukukunun sermaye piyasasına açılan bölümünde, karşımıza sermaye piyasasının organik yapısı ve özgün işleyişi çıkmaktadır. Bu bağlamda da sermaye piyasasındaki etkili idari işlemlere karşı ekonomik idare hukuku gereklerine göre, genel idari başvuru kuralları bağdaştığı ölçüde uygulanabilecektir. Ancak burada sermaye piyasasının, özellikle İMKB alanındaki işlemlerin dinamizmi ve hızı dikkate alınacak olursa, özel hüküm niteliğinde idari usul kurallarının yasada ayrıntılı olarak

düzenlenmesini de gerekli görmekteyiz. Çünkü İMKB işlemlerine karşı Yönetmeliklerde SPK'ya başvuruya ilişkin ayrı ayrı kurallar öngörülse de, bunların ortak ilkeler çerçevesinde toplanarak bütünlüğünün sağlanması zorunludur. Örneğin bugün yürürlükte bulunan İMKB Yönetmeliği'nde borsa uyuşmazlıklarında görevli yargı yerini belirleyen kurallar m. 42-44 açıkça kuvvetler ayrılığı ilkesine, normlar hiyerarşisine, hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırıdır.

19. Diğer bir konu da Ceza hukuku bakımından suç oluşturan eylem hakkında SPK tarafından idari para cezası uygulanması da mümkündür. Ancak bu durumda, ceza hukukunda geçerli olan “non (ne) bis in idem ilkesi”nin bu yaptırımlar bakımından da uygulanması yönünde içtihatlar gelişmektedir. AİHM, “otonom kavramlar doktrinine” göre uygulanan idari yaptırımın iç hukuktaki idari yaptırım niteliği ile bağlı bulunmamaktadır. Hatta ceza niteliğindeki idari yaptırım ve cezanın aynı eylemden dolayı uygulanmasının, söz konusu ilkeye aykırı olduğu yolunda kararları bulunmaktadır. O halde SPK'nın bu tür kararlarına karşı iç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine AİHM'ne de başvuru yolu açılabilir.

20. Sermaye piyasasının motoru İMKB'nin uluslararası rekabete açık bir şekilde, hem kamusal işlevi hem de özel hukuk işlevi gözardı edilmeksizin yeniden yapılandırılması sürecinde hukuki alt yapının sağlıklı kurulması gerekmektedir. Özellikle piyasadaki kurumlar arasında görev ve yetki bakımından soruna yol açmayacak, açık ve net kuralların hızla hazırlanması gerekmektedir.

21. SPK iç hukukta yargı benzeri faaliyetleri bakımından bir “mahkeme” olarak nitelendirilmesi Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında mümkün değildir. Ancak AİHM de AİHS m.6 bağlamında “mahkeme” nitelendirmesini yaparken ulusal hukuktaki nitelendirme ile bağlı değildir. Nitekim AİHM, idari makamlar tarafından uygulanan yaptırımları dahi AİHS m.6 bakımından denetlemektedir. Bu nedenle BİO'ların iç hukukta “mahkeme” nitelendirilmesi gerektiği konusundaki görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zaten BİO'ların kararları hukuk sistemimize göre “kesin hüküm” niteliğinde değildir. Bu kararlara karşı yargı yolu da açıktır. İç hukuk yolları tüketilmeksizin BİO'ların kararlarına karşı AİHM'e de başvurulamaz.

22. SPK'daki kuralların anayasaya uygunluk denetimi ise, davaya bakan mahkeme tarafından davada uygulanacak kural hakkındaki anayasaya

aykırılık iddiasının ciddi bulunması halinde somut norm denetimi yoluyla olasıdır. BİO'ların yaptırım içeren kararlarının AİHS'ye aykırılık iddiası ile AİHM'e başvurabilmek için, iç hukuk yollarını tüketmek gerekmektedir. İşte bu süreçte uyumsuzluğa uygulanacak kuralın anayasaya aykırılık iddiası sözkonusu ise somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine gitmek de mümkündür.