

SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN 49. MADDESİNDE YER ALAN “YAZILI BAŞVURU ŞARTI”NIN HUKUKİ MAHİYETİNE VE SONUÇLARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

A STUDY OVER THE LEGAL NATURE AND EFFECTS OF THE
PROVISION OF THE PROVISION OF WRITTEN APPLICATION
STATED IN ARTICLE 49 OF THE LAW ON CAPITAL MARKET

Sinan BAYINDIR*

Özet: Çalışmamızda Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m. 49’da yer alan yazılı başvuru şartının hukuki mahiyetinin tespiti, bu bağlamda ceza muhakemesi şartlarının hukukumuzda düzenlenişi ve söz konusu yazılı başvuru şartının diğer muhakeme şartlarıyla benzerlik ve farklılıkları ele alınmıştır. Ayrıca bu şartın zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı yerel mahkeme kararı da referans alınmak suretiyle incelenmiştir. Son olarak yazılı başvuru sürecinin uygulamada uzun olmasının yargılamaya olan yansımaları ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Sermaye piyasası, yazılı başvuru, suç.

Abstract: In this study the determination of legal nature of the requirement of written application prescribed by Art 49 of the Capital Markets Act, the codification of criminal procedural conditions in that context and the similarities and differences of the requirement of written application in question with other procedural conditions are dealt with. Moreover it is analyzed based on a district court decision whether this requirement has a legal effect to suspend the statue of limitations. Finally, it is explained the effects of the length of the written application procedure onto proceedings and the resolutions.

Keyword: Capital market, written application, crime.

* Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı öğretim görevlisi.

I. Genel Olarak

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 5728 sayılı Kanun'un 374. maddesi ile değişik 49/1. maddesinde "47. madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma¹ yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır..." denilmiştir.²

SerPK m. 49'da yer alan "yazılı başvuru" ibaresinin hukuki mahiyeti doktrinde tartışılmış ve müelliflerce farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Erman, bu başvurunun hukuki mahiyetinin *talep şartı* olarak değerlendirilmektedir.³

Özgen, şikâyetle bireysel bir yararın gözetilmesine karşın burada kamusal bir yarar değerlendirmesi sonucu, yazılı başvuru yapıp yapılmamasına karar verildiğinden bahisle bu başvurunun CMK'da yer verilen muhakeme şartlarından bağımsız bir muhakeme şartı olduğunu kabul etmektedir.⁴

Kunter / Yenisey / Nuhuğlu, bu başvurunun kendine özgü bir muhakeme şartı olduğunu belirtmektedir.⁵

¹ Maddenin değişiklikten önceki halinde "kovuşturma" ibaresine yer verilmişken değişiklikle "soruşturma" ibaresine yer verilmiştir. Kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda şikâyet şartı gerçekleşmedikçe kamu davası açılmaz. Ancak savcının, şikâyeti gerektirmediği düşüncesiyle dava açmış ve daha sonra mahkeme suçun kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğuna karar vermişse muhakeme faaliyetinin devamı ancak kamu davasının açılmasından sonra gerçekleşecek bir şikâyet bildirimini ile olacaktır. Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kit., 4. Bası, Ankara 2009, s. 580.

² 3794 sayılı Kanun'la (29/04/1992 - 3794/36 m.) SerPK'da yapılan değişiklikten önce Kurul 47. maddedeki suçlar için Maliye Bakanlığı'na teklifte bulunmakta bakanlık da bu teklif üzerine Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulunmakta idi. Değişiklikle Maliye Bakanlığı aradan çıkartılmıştır. Bkz. Kütükçü, Doğan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 1. Cilt, Beta Yay., Ağustos 2004, s. 86.

³ Erman, Sahir, *Şirketler Ceza Hukuku*, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul 1983, s. 148.

⁴ Özgen, Eralp, *Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılarının Bu Konudaki Takdir Yetkisi*, SPK Yay., Ankara 1998, s. 196.

⁵ Kunter / Yenisey / Nuhuğlu, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap Beta Yay., 17. Bası, İstanbul, 2009, s. 96.

Öztürk, SerPK'da düzenlenen suçların takibinin şikayete bağlı olduğu yönünde kanunda bir ibare bulunmadığı ve suçun mağdurunun da Kurul olmadığından, Kurul'un yazılı başvurusunun şikayet değil, talep şartı olduğunu belirtmektedir.⁶

Evik, buradaki yazılı başvuru şartının *müracaata* benzer nitelikte olduğunu ifade etmektedir.⁷

Yargıtay, konuya ilişkin verdiği bir kararında bu başvurunun mahiyetinin *talep şartı* olduğunu belirtilmektedir.⁸

Yukarıda belirttiğimiz tüm görüşlerin ortak noktası bu yazılı başvuru şartının bir muhakeme şartı olmasıdır. Bu nedenle burada kısaca muhakeme şartının hukukumuzdaki düzenlenişi ve özelliklerine değinmek gerekir.

II. Muhakeme Şartının Özellikleri

Kural olarak suç haberinin alınması ile Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma işlemleri re'sen başlatılır (CMK m. 0160). Bazı suçlarda bütün unsurları ile tamamlanmış olan bir suç hakkında dava açılabilmesi veya açılmış davaya devam edilebilmesi bazı usuli şartların gerçekleşmesine bağlı tutulmuş olabilir.⁹ Bunlara muhakeme şartları adı verilir. Başlıca muhakeme şartları *şikayet, talep, izin ve müracaattır*.¹⁰

Muhakeme şartları doktrinde *ceza muhakemesi şartı, kovuşturma şartı, muhakeme engeli, takip şartı, dava şartı* gibi isimlerle anılmaktadır.¹¹

⁶ Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma / Saygılar / Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 53.

⁷ Evik, Ali Hakan, *Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Seçkin Yay., Ankara 2004, s. 212.

⁸ Yarg. 7. CD. 18.09.1995 Tarih 1995/5815 E., 1995/6925 K. bkz. www.kazancı.com.tr (21.06.2010).

⁹ Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Genişletilmiş Yeni Bası, Ankara 1967, s. 7.

¹⁰ Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 3. Bası, s. 214.

¹¹ Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 579; Erman, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku*, s. 50; Kunter / Yenisey / Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 71; Dönmezer, Erman, s. 321, Hakeri / Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yay., Ankara 2007, s. 32, Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Beta Yay., İstanbul 2005, s. 452, Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 7., Erem, Faruk, *Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yay., 6. Bası (tarhihsiz) s. 206.

Muhakeme şartlarının nelerden ibaret olduğu ve isimlendirme konusunda gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda bir birlik mevcut değildir. Kanaatimizce muhakeme şartlarını dava şartı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Dava şartları sadece davanın açılmasına engel olan şartlar iken; muhakeme şartları gerçekleşmediklerinin dava aşamasında anlaşılması halinde de davaya devam edilmesini engelleyen şartlardır. Yine bu şartları yargılama şartı veya kovuşturma şartı veya takip şartı olarak adlandırmak da doğru olmayacaktır. Zira "muhakeme" yargılamayı da içerisine alan daha geniş bir kavramdır. Muhakeme şartlarının muhakeme engeli olarak adlandırılması şartın sadece olumsuz etkisini (gerçekleşmeme) nazara alan bir adlandırma olduğundan yetersiz kalmaktadır.¹²

5271 sayılı CMK'da muhakeme şartı ibaresine yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Sadece CMK'nın "*Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm*" başlıklı 223. maddesinin 8. bendinde "*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir...*" denilmektedir.

Muhakeme şartları esasen bir ceza muhakemesi kurumudur. Muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi dolayısıyla faile ceza verilmemesi bu kurumu bir suç hukuku kurumu haline getirmez. Keza muhakeme şartının gerçekleşmemesi fiilin suç vasfını ortadan kaldırmayıp sadece muhakeme faaliyetine engel olur.

Somut olayda muhakeme şartlarının gerçekleşmemesi halinde muhakeme faaliyeti yapılamayacağından sanık cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun bir suç için muhakeme şartını öngörmesi, bu şart gerçekleşmedikçe işlenmiş bir suçtan sanığın cezalandırılmaması yönündeki iradesinin ortaya konulması olarak ifade edilebilir.¹³

¹² Bu konudaki görüşler için bkz. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008, s. 82.

¹³ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008, s. 81.

Muhakeme şartlarını evvela objektif cezalandırılabilme şartlarından ayırmak gerekir. Objektif cezalandırılabilme şartları soruşturmayı değil, failin cezalandırılmasını engelleyen şartlardır.

Öyle ki objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmedikçe kişi eyleminden sorumlu tutulamayacaktır. Yine yargılama sırasında muhakeme şartının gerçekleşmediği ve gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa düşme kararı verilecek, buna karşın cezalandırılabilme şartının yokluğu halinde beraat kararı verilecektir (CMK m. 223/8). Ayrıca muhakeme şartının gerçekleşmemesinden dolayı verilen düşme kararı aynı konuda yeniden dava açılmasına engel olmazken, cezalandırılabilme şartının yokluğu halinde fail hakkında tekrar aynı konuda dava açılmayacaktır.¹⁴ Doktrinde, eğer bir şart bizzat fail tarafından yaratılıyor veya buna sebebiyet veriliyorsa cezalandırılabilme şartı, buna karşın aynı şart failin dışındaki bir organ veya kişi tarafından gerçekleştiriyorsa muhakeme şartının varlığından söz edileceği belirtilmektedir.¹⁵ Son olarak da kanun koyucunun cezalandırılabilme şartını belli suçlarda suçun ağırlığını göstermek için ihdas etmesine karşın cezalandırılabilme şartının suçun ağırlığı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.¹⁶

Diğer yandan muhakeme şartları, kamu davasının mecburiliği ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Bu ilke uyarınca suç haberinin alınması ile birlikte soruşturma re'sen başlatılır. Soruşturma sonucu suçun işlendiği yönünde yeterli delil elde edilmesi halinde kamu davası açılarak kovuşturma re'sen yürütülür.¹⁷ Hukukumuzda ceza muhakemesinde kamu davasının mecburiliği ilkesi esas alınmış ancak çeşitli istisnalara yer verilmiştir.¹⁸ Bunlardan biri muhakeme şartlarının varlığıdır. Kısaca mecburilik ilkesi olarak ifade edebileceğimiz bu ilkenin sakıncalarının giderilmesi için maslahata uygunluk ilkesi yanında

¹⁴ Dönmezer/ Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt 1. Beta Yay. 12. Bası, s. 322.

¹⁵ Dönmezer/ Erman, s. 323.

¹⁶ Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008, s. 84, 8. No.lu dipnot.

¹⁷ Centel/ Zafer, s. 452.

¹⁸ Mukayeseli Hukukta da katı olarak mecburilik ilkesi yerine bu ilkeden özel ayrılma biçimlerine ve istisnalara yer verilmektedir. Bkz. Jehle, Jörg Martin, "Savcılık Örgütünün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma" adlı tebliğ, (Çev. Gülşah Kurt Yücekul), *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, Türkiye Barolar Birliği Yay. Ankara (7-9 Temmuz) 2006, s. 87.

Adalet Bakanı'nın izin ve talebinde olduğu gibi istisnai olarak, meseleyi savcıdan daha iyi takdir edebilecek makamlara yetki verilmesi şeklinde istisnalar getirilebilmektedir.¹⁹

III. Mevzuatımızdaki Muhakeme Şartı Düzenlemeleri

Muhakeme şartlarına birçok özel kanunda yer verilmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 162'de *"Bu kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir..."* denilmektedir.

Kanun koyucunun burada yazılı başvuru şartı öngörmesindeki amacı ülkenin ekonomik hayatında önemli bir yer tutan ve bir güven kurumu olan bankaların itibarının korunmasıdır.²⁰

Yine 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 42'de de benzer bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümde; *"Bu Kanununun 38 inci, 39 uncu ve 41 inci maddelerinde belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, başvuruda bulunması halinde Kurum, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır."* denilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 367'de *"Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir..."* denilmiştir.

Aynı şekilde 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.36/1'de *"Bu Kanunda yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Müsteşarlık tarafından*

¹⁹ Öztürk, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi No: 17, Ankara 1991, s. 47.

²⁰ Dursun, Selman, Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, CHD Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 263.

Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Müsteşarlık aynı zamanda katılan sıfatını kazanır...” denilmektedir.

Mevzuatımızda yazılı başvuru şartına yer verilen hükümlerin tümünün aynı anlamda kullanılmış olduğundan hareketle biz bu çalışmamızda yazılı başvuru şartını tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde ele alacağız.

IV. Yazılı Başvuru Şartının Diğer Muhakeme Şartları ile Karşılaştırılması

A. Şikayet Şartı ile Karşılaştırma

Şikayet, kısaca suçtan zarar görenin soruşturma ve kovuşturma yapılmasını istemesi olarak tarif edilebilir.²¹ Suçtan zarar gören işlenen suçla hakları ihlal edilen kişidir.²² Buradaki zarar “doğrudan doğruya zarar”ı ifade etmekte olup, suçun neticelerinin etkisi sonucu zarar gören kişilerin şikayet hakkı bulunmamaktadır.²³ Şikayette suç failinin gösterilmesi şart değildir.

Doktrinde kanun koyucunun bazı suçların soruşturulmasını şikayete bağlamasının nedenleri olarak **a-** suçun önemsiz olması **b-** faille suçtan zarar gören arasındaki yakınlık dolayısıyla tarafların uzlaşabileceği düşüncesi **c-** suçtan zarar görenin özel yaşamın gizliliğinin ceza muhakemesi dolayısıyla da olsa ihlalinin önlenmesi **d-** daha çok şahsı ilgilendiren bir nitelik taşıması **e-** ailenin sükununu bozma ihtimalinin olması sayılmaktadır.²⁴ Şikayet kurumu Ceza Kanunumuzun 73. maddesinde düzenlenmiştir.²⁵ Buna göre şikayet hakkı sahibinin fiili ve failin kim olduğunu öğrenmesinden itibaren altı ay içerisinde şikayette

²¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 579.

²² Koca / Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 341.

²³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 581.

²⁴ Centel / Zafer / Çakmut, s. 216, Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1973, s. 701. Bu konuda ayrıca bkz. Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:1, 7. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966. s. 154.

²⁵ Madde 73 - (1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

bulunması gerekmektedir. Buradaki altı aylık süre hak düşürücü süre olduğundan durması ve kesilmesi söz konusu değildir. Kanun koyucu şikâyet için belli bir süre belirleyerek, failin sürekli soruşturma ve kovuşturma tehdidi altında bulunmasını, soruşturma ve kovuşturma organlarının tereddütte kalmasını önleyerek hukuki güvenlik ilkesini temin etmeyi amaçlamıştır.²⁶ Şikâyet hakkı suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişilere aittir. Tüzel kişiler şikâyet hakkını yetkili organları vasıtasıyla yerine getirir. Şikâyet ilgili makamlara yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.²⁷

Şikâyet konusundaki bu açıklamalar ışığında SerPK m. 49'da yer verilen *yazılı başvuru şartının* hukuki mahiyetinin şikâyet olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Belirtelim ki şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısının dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine şikâyet edenin bu şikâyetini daha sonra geri alması her zaman mümkündür. Buna karşın SerPK'da yer verilen yazılı başvuru şartında Kurulun yazılı başvurusu üzerine savcının dava açma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

(7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsî haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

²⁶ Koca / Üzülmez, s. 343.

²⁷ 5271 sayılı CMK m. 158'de şikâyetin yapılabilceği makamlar gösterilmiştir. 158. maddeye göre: "(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. (6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur."

47. maddede yazılı suçların mağdurunun Kurul olmaması da bu muhakeme şartının mahiyetinin şikayet olmadığını göstermektedir.²⁸

B. İzin Şartı İle Karşılaştırma

İzin, devletin iddia makamı olan savcının, belirli suçların işlendiğini haber alması üzerine kamu davası açmak için devletin diğer bir makamından müsaade istemesi üzerine söz konusu makamın yaptığı değerlendirme sonucu savcıya müsaade etmesidir.²⁹ Hukukumuzda bir takım suçların muhakemesi izne bağlanmıştır. Örneğin Cumhurbaşkanına hakaret (TCK m. 299/3), temel milli yararlar karşılığında faaliyetlerde bulunmak için yarar sağlama (TCK m. 305/3), yabancı devlet aleyhine asker toplama (TCK m. 306/5) gibi suçlardan dolayı kovuşturma yapılabilmesi Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır.

Ceza kanunumuzda yer verilen suçlarla ilgili olarak iznin geri alınabileceğine yönelik herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.³⁰ İlgili makamın savcılık makamına izin vermesi üzerine savcılığın dava açma konusundaki takdir hakkı ortadan kalkar. Kural olarak iznin verilmesi bir süreye tabi değildir.³¹

Bu değerlendirmeler ışığında Kurulun yazılı başvurusu üzerine savcılık makamının dava açma zorunluluğunun olmaması ve kovuşturmaya yer olmadığı yönünde karar verebilmesi dolayısıyla SerPK' da yer alan yazılı başvuru şartının izin şartı olmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir.³² Keza izinde savcı dava açmaya yeterli delillere ulaşmış olup ilgili makamdan bu konuda istemde bulunurken; yazılı başvuru şartında henüz savcılık soruşturma işlemlerine dahi başlamamış olabilir. Yine

²⁸ Öztürk / Erdem / Tezcan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 55.

²⁹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 587.

³⁰ Aksi görüş için bkz. Centel / Zafer / Çakmut, s. 225.

³¹ Ancak bazı kanunlar iznin verilmesini belli bir süreye bağlı tutmuştur. Örneğin Basın Kanunu m. 26'da dava açma süresinde izin ve karar alınması için toplam iki ay beklenir. Yine 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun 180. maddesinde dava açma süresinde üç ay bekleneceği belirtilmiştir.

³² Bayındır, Sinan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, MÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 166.

izin muhakeme şartında savcının izin talep etmemesi durumunda izin verecek makam re'sen harekete geçememekte iken; yazılı başvuru muhakeme şartında Kurul yaptığı inceleme ve denetleme sonucunda suç işlendiği kanaatine ulaşırsa re'sen savcılığa yazılı başvuruda bulunmaktadır.³³

C. Müracaat Şartı ile Karşılaştırma

Müracaat,³⁴ yabancı devletlerin kendilerini ilgilendiren suçlarda yaptıkları şikayete denilir.³⁵ Esasen müracaata tabi suçlar da şikayete bağlı suçlardır. Ancak buradaki şikayet, yabancı devlet tarafından yapılmaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçları düzenleyen 340/2. maddesinde "*Fiil soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikayetine bağlıdır.*" denilmiştir. Aynı şekilde yabancı devlet bayrağına karşı hakaret suçunun düzenlendiği 341/2 de "*bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, ilgili devletin şikayetine bağlıdır.*". Yine "*Vatandaş Tarafından İşlenen Suç*" başlığı altında düzenlenen 11. maddede suç, *aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye'ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.*" hükmünü içermektedir. Teknik anlamdaki şikâyet kurumundan farklı olarak müracaat, herhangi bir süreye tabi olmayıp, geri alınabilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla SerPK'daki yazılı başvuru şartı müracaat şartı ile birebir örtüşmektedir.

Kanaatimizce SerPK m. 49'da yer verilen yazılı başvuru şartı kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir muhakeme şartıdır. Dolayısıyla kendine özgü bir muhakeme şartı olarak kabul ettiğimiz yazılı başvuru şartının özelliklerini aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağız.

³³ Özgen, Eralp, s. 195.

³⁴ Doktrinde 5237 sayılı TCK'da müracaat şartına yer verilmediği belirtilmektedir. Bkz. Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, s. 96. Buna karşın bir kısım müellifler 5237 sayılı TCK m. 340 ve 341. maddelerindeki *şikayet* ibaresinden hareketle müracaat şartını yabancı devletin şikayeti başlığı altında ele almaktadır. Bkz. Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 585.

³⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 585.

D. Soruşturma İzni ile Karşılaştırma

Son olarak yazılı başvuru şartının 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun'da yer verilen "soruşturma izni" müessesesi ile karşılaştırılması ve iki kurumun benzer ve farklı özelliklerinin ortaya konulması gerekir. 4483 sayılı Yasa'da soruşturma izni yetkisi başta valilik ve kaymakamlık olmak üzere birden fazla makama verilmişken; yazılı başvuru yetkisi SerPK m. 49'da münhasıran Kurula tanınmıştır. Soruşturma izninde ön inceleme yapan kişi veya kişiler tanık dinleyebilecek ve incelemeyi CMK çerçevesinde yapacaktır. Bu yetkili merci soruşturma izni konusundaki kararını en geç 30 gün içerisinde sonuçlandırmak zorundadır. Yine soruşturma izni, soruşturma konusu olayın yanında ileride ortaya çıkacak olayları da kapsar. Buna karşın yazılı

başvuru şartında Kurulun savcılık makamına başvurusu için herhangi bir süre öngörülmüş olmadığı gibi başvurunun sadece değildir. Yine 4483 sayılı Yasa'da soruşturma izni verilmemesi halinde bu karara karşı Cumhuriyet savcısına on gün içerisinde itiraz hakkı tanınmışken yazılı başvuru şartında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Belirtelim ki dava açılmasına engel olan her sebep muhakeme şartı değildir. Bu nedenle muhakemenin içinde ve onun ilerlemesi konusunda verilen kararlar, Örneğin, soruşturma izni, muhakeme şartı değildir.

V. Yazılı Başvuru Şartının Özellikleri

Kanun koyucu SerPK'ya aykırı hareket edenlerin cezai kovuşturmasına hız kazandırmak amacıyla suç duyurusunda bulunma (yazılı başvuru) yetkisini Kurula tanımıştır.³⁶ Esasen sermaye piyasasının hassas bir piyasa olması ve dışarıdan gelen yapay etkilere çok hızlı tepki vermesi, yatırımcıların piyasaya olan güveninin piyasasının etkinliği ve devamı açısından olmazsa olmaz bir şart oluşu sermaye piyasası suçlarını kanun koyucunun yazılı başvuru şartına bağlamasını gerektirmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile sermaye piyasasının açıklık ve güven içinde çalışmasını sağlamayı amaç edinen Kurulun ön incelemesini şart koşmuştur. Ayrıca suçun tespitinin bir uzmanlık

³⁶ Yanlı, Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2004, Cilt: XXII, Sayı : 4, s. 39.

gerektirmesi ve ancak bu alanda uzman olan Kurulun yazılı başvuru-suyla sürecin başlayabilmesinin önemini arttırmaktadır.

Belirtelim ki yazılı başvuru hangi suçtan dolayı yapılmışsa o suçun soruşturma sürecini başlatacaktır.³⁷ Uygulamada hatalı olarak SerPK kapsamında olmayıp TCK kapsamındaki bir suç isnadı söz konusu olsa dahi eğer eylem sermaye piyasası araçları ile işlenmişse Kurulun yazılı başvurusunun arandığı görülmektedir.³⁸

Eğer Kurul tarafından yatırımcının SerPK'da yer verilen suçlardan birden fazlasını işlediği anlaşılırsa bu ihtimalde her bir suçtan dolayı ayrıca yazılı başvuruda bulunulması gerekir. Keza aynı suç birden fazla yatırımcı tarafından bağımsız olarak işlenmişse her bir yatırımcı hakkında Cumhuriyet savcılığına ayrı ayrı yazılı başvuruda bulunulması veya en azından faillerin ve suçların ayrı ayrı açık bir şekilde belirtilmesi gerekir.

Kurulun yazılı başvurusu üzerine savcılık dava açmak zorunda olmayıp, yapılan inceleme sonucu kovuşturmayaya yer olmadığı yönünde karar verebilir.³⁹

VI. Yazılı Başvuru Şartının Sonuçları

Muhakeme şartları yargılamanın her aşamasında re'sen göz önünde bulundurulur.⁴⁰

Bir muhakeme şartı olan yazılı başvuru şartının gerçekleşmemesinin sonuçları muhakemenin geldiği aşama bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir.

³⁷ Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Genişletilmiş 3. Baskı Malkoç Kitabevi, Ankara 2008, s. 579.

³⁸ Kunter / Yenisey / Nuhoglu, s. 96, 83. no'lu dipnot.

³⁹ Dursun, Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, Oniki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 149.

⁴⁰ Hakeri / Ünver, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yay., 1. Bası, Ankara 2007, s. 32.

A. Kamu Davası Açılmamışsa

Soruşturma aşamasında yazılı başvuru şartının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde SerPK m. 49/2 de yer alan süreç harekete geçirilecektir. SerPK m. 49/2'de; *"Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcılar, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler"* denilmektedir. Buna göre eğer Kurul yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucu yazılı başvuruya gerek görmemesi halinde savcılık kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir. Savcılık makamı tarafından Kurul'un değerlendirme süreci beklenirken neleri yapıp yapamayacağı belirsizdir. Kanaatimizce savcılık makamının suç işlendiği yönünde oluşan bu şüphesini giderecek ölçüde bir araştırma yapabilmesi en azından bu süreçte delilleri koruma altına alabilmesi gerekir.

B. İddianamenin Kabulü Aşamasında

Ara muhakeme olarak adlandırılan iddianamenin kabulü aşamasında yazılı başvuru şartının gerçekleşmemiş olduğunun anlaşılması halinde mahkemece iddianamenin iadesine karar verilecektir. Cumhuriyet savcısı iddianamenin iadesi üzerine Kurulu haberdar ederek Kurul tarafından başvuru yapılması üzerine yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı tekrar mahkemeye gönderecektir.

C. Kovuşturma Aşamasında

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre kovuşturma, iddianamenin kabulü ile başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder (CMK m. 2).

Eğer kovuşturma aşamasında bu şartın gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde mahkemece yazılı başvuru şartının gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilecektir.

Kurulun yazılı başvuruda bulunmaması kararına karşı bir itiraz yoluna yasa da yer verilmemiştir. Şüphesiz Kurul 47. maddede öngörülen suçlardan herhangi birinin mevcudiyetini öğrendiği zaman yazılı başvuruda bulunup bulunmamayı kararlaştıracaktır. Ancak Kurul bu incelemesini genel hukuk düzeni içinde keyfilik arz etmeyecek şe-

kilde yapacak ve yazılı başvurunun yapılmasında kamu yararı varsa bu başvuruyu gerçekleştirecektir.⁴¹ Bu ihtimalde kurul yetkililerinin TCK m. 257'deki görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulmaları gündeme gelebilecektir.⁴²

Kurul tarafından yapılan başvurunun geri alınıp alınmayacağı konusunda da yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında bu başvurunun geri alınmayacağı belirtilmektedir.⁴³

⁴¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas No: 2006/15657, Karar No: 2008/1376, Tebliğname No: K.Y.B.7M/2006-271302, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırılıktan sanıklar Mehmet Naci Sığın ve 9 arkadaşı hakkında yapılan hazırlık soruşturması sonucunda Sarıyer Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 28.04.2006 tarihli ve 2006/1254-2064 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazın reddine dair, İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 16.06.2006 tarihli ve 2006/400 müteferrik sayılı kararı aleyhine Yüksek Adalet Bakanlığı'ndan verilen 31.10.2006 gün ve 50070 sayılı Kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası Cumhuriyet başsavcılığının 16.11.2006 gün ve K.Y.B. 2006-271302 sayılı ihbarnamesi ile daireye verilmekle okundu.

Mezkür ihbarnamede;

Yapı ve Kredi Bankası A.Ş. yönetim kurulu başkanı ve üyeleri olan sanıkların, kamuoyuna açıkladığı 31/12/2000 ve 30/06/2001 tarihli mali tablolarının sermaye piyasası araçlarının değerlerini etkileyebilecek nitelikte yalan, yanlış ve yanıltıcı bilgiler içerdiği, bu işlemlerin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A-3 maddesine uyan suçu oluşturacağı'nın belirtildiği uzman Arzum A. Başaran'ın 20/09/2005 tarihli ve XVI-4/43-4 sayılı raporu ile soruşturma aşamasında yeminli bilirkişi olarak seçilerek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara dayanak yapılan uzman Atalay Birinci'nin 24/04/2006 tarihli raporu arasında açık çelişkilerin bulunduğu, şüpheliler hakkında kamu davası açılıp raporlar arasındaki çelişkiler giderilerek diğer delillerle birlikte takdir ve değerlendirilmesinin davayı görece mahkemeye ait olduğu gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kamu yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk milleti adına gereği görülmüş olup düşünüldü;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.6.2006 gün ve 2006/400 müt. sayılı kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca bozulmasına, dava zamanaşımı hususu gözetilerek müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına 20.2.2008 günü oybirliğiyle karar verildi. bkz. www.kazanci.com, (21.07.2010).

⁴² Malkoç, İsmail, s. 580.

⁴³ Özgen, Eralp, s.197.

SerPK m. 49'da yer verilen yazılı başvuru şartının Anayasa'ya aykırılığı da tartışılabilecektir. Öyle ki Anayasa'nın 138. maddesinde "Hiçbir organ makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz" hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda devletin yargılama hakkının bir parçası olan soruşturma hakkının bir Kurulun iznine tabi olmasının Anayasa'ya aykırılığı düşünülebilecektir.

Nitekim konu VUK açısından Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Dava konusu olayda ilk derece mahkemesi VUK m. 367'nin Anayasa'nın 10, 11, ve 138. maddelerine aykırı bulmuştur. Yerel mahkeme vergi yasasının ihlalden dolayı dava açılmasını Defterdarlığın kararına bağlamanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını, zira iktidarın etkisi ile idari makam olan defterdarlığın kimin için izin verip vermeyeceği konusunda siyasal iktidarın etkisi altında kalabileceği vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nce söz konusu anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülemeyeceğinden bahisle işin esasına girmemiştir.⁴⁴

Doktrinde Erman, özellikle ekonomik suçlarda muhakeme şartlarının büyük önem taşıdığını bu suçların çoğu kez teknik bilgiyi gerektirdiği, bu suçlarda ceza kovuşturmasının yapılmasının uygun olup olmadığının yetkili organlarca değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.⁴⁵

SerPK m. 49/1'de "...Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır" hükmüne yer verilmiştir.⁴⁶ Bu düzenleme CMK'daki katılma kurumundan farklı bir düzenlemedir. CMK m. 237'de katılmanın usul ve esaslarına yer verilmiş olup buna göre katılma ancak kovuşturma aşamasında söz konusu olabilir. Buna göre CMK uyarınca

⁴⁴ AYM'nin 1992/21 E., 1992/19 K., 17.05.1992 tarihli kararı. Karar özeti için bkz. Donay, Süheyl, Ceza Muhakemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yay., 1. Bası, İstanbul, 2008, s. 70-71.

⁴⁵ Erman, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, s. 50.

⁴⁶ Yarg. 7. CD'nin 2000/ 17066 E ve 2001/717 K., sayılı kararında özetle "Sermaye piyasası Kanununun 47. maddesinde yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlı olup, bu başvuru ile de müdahil sıfatı kazanılacağı cihetle, dilekçeye rağmen Sermaye piyasası Kurulunun duruşmadan haberdar edilmemesi, iddia hakkının kısıtlanması kanun aykırıdır. " www.sinerji.com (18.07.2010).

soruşturma aşamasında verilen bir katılma dilekçesi geçerli bir katılma talebi olarak kabul edilemeyeceği gibi bu talebin kabulü veya reddi yönünde bir karar verilemeyecektir.⁴⁷ Yine CMK'daki düzenleme gereğince salt katılma talebi yeterli olmayıp, mahkemenin bu konuda katılmanın kabulü veya reddi yönünde bir karar vermesi gerekir.

Yargıtay, benzer bir düzenlemeye ilişkin olarak verdiği bir kararında "Maliye Bakanlığının Cumhuriyet Başsavcılığına yazacağı müzekkere ile müdahil sıfatını iktisap edebileceğinden ve bu yazı yazılmış olduğundan mahkemece aksine bir karar verilmedikçe müdahale yasal olarak gerçekleşmiş bulunmaktadır." diyerek soruşturma aşamasındaki müdahale talebinin geçerli olacağı yönünde bir karar vermiştir.⁴⁸

Belirtelim ki Kurul'un katılan sıfatını alması sadece 47. maddede sayılan suçlarla sınırlıdır. SerPK'da yer verilen diğer suçlar ve TCK'daki güveni kötüye kullanma ve görevi kötüye kullanma suçlarında 49. madde uyarınca Kurulun katılan sıfatını alması söz konusu değildir.⁴⁹

SerPK m. 49/son'da "Cumhuriyet savcılarını kovuşturmaya yer olmadığına karar verirlerse Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre savcılık makamınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi halinde CMK m. 173 uyarınca Kurul, söz konusu kararın kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mah-

⁴⁷ Karş. Centel / Zafer / Çakmut, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 651. Doktrinde soruşturma evresindeki, müdahale talebini geçerli bir talep olarak işleme alınması ancak bu konuda soruşturma aşamasında bir karar verilemeyeceği yönündeki fikre katılmamaktayız. Zira soruşturma evresindeki katılma talebine nispi ve ileriye dönük bir geçerlilik tanımak yargılama hukuku açısından pratik bir fayda taşımamakla birlikte aynı zamanda usul ekonomisi ile de telifi kabil değildir.

⁴⁸ Yarg. 7. CD, 04.04.1978, 1930/2031 Sayılı Kararı için bkz. Reisoğlu, *Seza, Bankalar Kanunu Şerhi*, 3. Baskı Ankara 1998, s. 886.

⁴⁹ Yarg. 11. CD'nin 1997/5935, K. 1997/64409 sayılı Kararında özetle Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2499 sayılı kanununun 47. maddesi kapsamında bulunmayan hizmet nedeniyle emniyeti suistimal suçundan kurulan hükmü temyize yetkisi bulunmadığı ve usulsüz verildiğinden dolayı hukuken geçersiz olan müdahillik kararının temyiz hakkı vermeyeceğinden vekilin bu suçtan kurulan hükme yönelik temyiz isteminin reddine karar vermiştir. Bkz. Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 1. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 205, 46 no.lu dipnot.

kemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanlığına itiraz edebilecektir. İtirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi itirazı haklı bulursa kamu davasının açılmasına karar verecektir. İtirazın reddi halinde aynı konuda yeniden dava açılması yeni vakıa ve delil elde edilmesi, ağır ceza mahkemesinin kararı ve Kurulun yeniden yazılı başvuru yapmasına bağlıdır.

SerPK m. 49'da yer alan muhakeme usulü sadece 47. madde kapsamına giren suçlarla sınırlı olup, SerPK'da yer verilen diğer suçlar Kurul'un başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun uygulamasında kamu görevlisi sayılırlar.

SerPK m. 47'de yer verilen suçlar dışındaki bir suçun işlendiğini haber alan savcılık genel hükümlere göre soruşturmayı re'sen başlatacak ve Kurul'u da haberdar edecektir.

Kurul tarafından yazılı başvuruda bulunulmaması yönünde verilen karar idari bir işlemdir.⁵⁰ Nitekim Any. m. 125/1'de "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...*" denilmektedir Bu ihtimalde de aynen soruşturma izninde olduğu gibi Cumhuriyet savcısına idare mahkemesine başvurma yetkisi tanınması yönünde yasal bir düzenleme yapılması yerinde bir yaklaşım olacaktır.. SPK'nın etkili ve birel işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.⁵¹ Kurul, yasadan kaynaklanan yetkilerini yasada yer alan kurallar çerçevesinde kullanacaktır.

Burada ele alınması gereken diğer bir ihtimal de Kurul tarafından hakkında suç duyurusunda bulunulan yatırımcının söz konusu kararı idari yargıya taşıyıp taşıyamayacağı meselesidir. Danıştay verdiği bir kararında davacı hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda

⁵⁰ Benzer bir şekilde Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 26.06.1998 tarih ve 1998/355 E., 1998/277 K., sayılı kararında sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, kamu hizmeti yapan, menkul kıymetler borsaları için denetim ve gözetim organı olan SPK'nın bu hizmeti yürütmek için tesis ettiği işlemlerin idari nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bkz. Gürsel, Meltem Kutlu, Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, s. 517.

⁵¹ Gürsel, Meltem Kutlu, s. 519.

bulunulmasına ilişkin kısmının idari davaya konu olabilecek nitelikte bulunmadığını belirtmiştir.⁵²

VII. Yazılı Başvuru Şartının Zamanaşımına Etkisi

Yukarıda yazılı başvuru şartının hukuki mahiyetine ilişkin açıklamalarımızdan sonra söz konusu muhakeme şartının zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığının tespiti gerekir.

Kural olarak suçun işlenmesi ile dava zamanaşımı süresi de işlemeye başlar. Ancak belli sebeplerin varlığı zamanaşımı süresinin durmasına neden olur. Zamanaşımını durduran sebepler ya zamanaşımı süresinin başlamasını engeller ya da işlemeye başlayan zamanaşımını durdurur.⁵³ Zamanaşımın durduran sebepler zamanaşımını kesen sebeplerle beraber TCK m. 67' de düzenlenmiştir.⁵⁴

Zamanaşımını durduran sebeplerden birinin varlığı halinde zamanaşımı süresi durur. Durma sebepleri mevcut oldukça zamanaşımı

⁵² Bu karar için Bkz. Danıştay 13. Dairesinin 17.03.2006 tarih ve 2005/7503 Esas, 2006/1431 Karar sayılı kararı. Kararda "Kurulun, Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına ilişkin işlemin idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem nitelik taşımadığından..." demek suretiyle davayı bu yönden reddetmiştir. www.kazancı.com.tr, (31.08.2010).

⁵³ Kunter, Nurullah, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1946, s. 77.

⁵⁴ Madde 67 - (1) Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hâllerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur.

(2) Bir suçla ilgili olarak;

a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,

b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,

c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,

d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi,

Halinde, dava zamanaşımı kesilir.

(3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.

(4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suçla ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar.

tekrar işlemeye başlamaz.⁵⁵ Durma sebebi ortadan kalkınca zamanaşımını kaldığı yerden işlemeye devam eder.⁵⁶ Durma sebeplerinin sınırlı sayıda olup olmadığı konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur. Ancak 1889 tarihli mehz İtalyan Ceza Kanunu'nda maddede sayılan sebeplerin dışında zamanaşımını durdurabilecek başka bir sebep kabul edilmemiştir.⁵⁷

SerPK'da herhangi bir başvuru süresine yer verilmediğinden bu yazılı başvuru Kurul tarafından asli zamanaşımını süresi içerisinde yapılabilecektir. Bu süre TCK m 66/1-e uyarınca sekiz yıldır. Yazılı başvuru şartının bir ceza muhakemesi şartı olması hususu nazara alındığında TCK m. 67'deki "*diğer mercide çözümlenmesi gereken bir mesele*" ibaresi kapsamında olduğu düşünülebilir. Hatta doktrinde bazen kanunun açıkça izin veya talep tabirini kullanmayıp aynı anlama gelen benzer tabirler de kullanabileceği belirtilmiş⁵⁸ ise de bu yaklaşım kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Yazılı başvuru şartının zamanaşımını durdurucu etkiyi haiz olup olmadığına değerlendirilmesinden önce yazılı başvuru sürecinin ele alınması gerekir. Bu süreç aşağıdaki parçalara ayrılabilir;

1. Aşama: İMKB Teftiş Kurulu Başkanlığı veya SPK Denetleme Dairesi⁵⁹ tarafından konunun değerlendirilmesi

2. Aşama: Konunun SPK'nın karar organı olan ve başkan ve üyelerden oluşan Kurulun önüne getirilmesi

3. Aşama: İMKB Teftiş Kurulu Başkanlığının dosyayı SPK Denetleme Dairesi'ne göndermesi

⁵⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 1001.

⁵⁶ Taşdemir, Kubilay, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, Adil Yay., 1. Bası, Ankara 2001, s. 12.

⁵⁷ Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, C. 1, Sevinç Matbaası, Ankara 1977, s. 527.

⁵⁸ Dönmezer, Erman, s. 324, 63 no.lu dipnot.

⁵⁹ Denetleme dairesi, sermaye piyasası kanununa tabi olan anonim ortaklıklar ile yardımcı kuruluşların ve diğer sermaye piyasası kurum ve kuruluşlarının işlem ve hesaplarının SPK mevzuatı uyarınca kurul adına incelenmesi ve denetlenmesi ile görevlidir. www.spk.gov.tr/indexpage.aspx?pageid=523 (30.08.2010).

4. Aşama: Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması/bulunulmaması yönünde karar verilmesi

Doktrinde yazılı başvuru şartının zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı konusunda yeterli bir açıklık bulunmamaktadır. Kimi müellifler yazılı başvuru şartının TCK m. 67/1'deki zamanaşımını durduran muhakeme şartlarından olmadığını, zira 67. maddede açıkça yazılı başvuru şartına yer verilmediğini, maddenin kıyas yoluyla genişletilemeyeceğini belirtmektedirler.⁶⁰

Konuya ilişkin olarak İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi'nce verilen bir kararda özetle "...sanıklara yüklenen suçun tabi olduğu beş yıllık asli ve yedi yıl altı aylık uzamış dava zamanaşımı sürelerinin suçun temadi ettiği en son gün olan 17.01.2000 tarihinden bu yana dolduğu anlaşılacakla haklarındaki kamu davasının 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2 maddeleri ve 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi gereğince ayrı ayrı düşürülmesine..." şeklinde karar verilmiş olup dosya temyiz aşamasında olup henüz kesinleşmemiştir.⁶¹

Ancak bir diğer açıdan konuya bakıldığında TCK m. 67'de sayılan sebepler sınırlı sayıda olup, yasada bunlara belli istisnalar tanınmış olmasının onların sınırlı sayıda olma özelliğini ortadan kaldırmayacağı bu nedenle kıyas yoluyla söz konusu 67. madde hükmünün genişletilerek yazılı başvuru şartına zamanaşımını durdurucu bir etki tanınmayacağı da söylenebilecektir.

Yukarıdaki açıklamalarımız sonucunda yazılı başvuru sürecinin zamanaşımını durdurucu bir etkiyi haiz olup olmadığı konusunda gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında kesin bir kanaat olmadığı belirmeliyiz.

Bu konuda izlenecek en iyi yöntem Yargıtay içtihatlarıyla konunun netliğe kavuşturularak yeknesak bir uygulamanın temin edilmesi olacaktır.

⁶⁰ Demir, H. Fehmi, Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvuru Yetkisinin, Türk Ceza Kanununun 67. maddesinde Düzenlenen Zamanaşımı Süresine Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi, *Güncel Hukuk Dergisi*, Mart 2009, s. 6.

⁶¹ İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesinin 27/09/2007 Tarih ve 2004/583 E., 2007/762 K. sayılı ilamı.

SONUÇ

Sermaye piyasası Kanunu'nun 49. maddesi, 47. maddede yer verilen suçlardan dolayı soruşturma yapılmasını Kurul'un Cumhuriyet savcılığına yazılı başvurusuna bağlamıştır. Maddede yer verilen yazılı başvuru şartı "*sui generis*" bir muhakeme şartıdır. Diğer muhakeme şartlarında olduğu gibi bu muhakeme şartı da yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önünde bulundurulacaktır.

Muhakeme şartları hukukumuzda sistematik ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş olduğundan doktrinde muhakeme şartlarının kapsamı ve içeriği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hukukumuzda sadece şikayet kurumu ayrıntılı olarak düzenlenmiş diğer muhakeme şartları konusunda düzenlemeye gidilmemiştir.

Muhakeme şartları doktrinde ceza muhakemesi şartı, kovuşturma şartı, muhakeme engeli, takip şartı, dava şartı gibi isimlerle anılmaktadır.

Tüm bu tartışmalara rağmen muhakeme şartlarını kamu davasının açılmasını ve yürütülmesini engelleyen hususlar olarak tarif edilebilir. Mevzuatımızda birçok kanunda yer alan yazılı başvuru şartının bir muhakeme şartı olması bu şartın ceza hukuku ve muhakeme hukuku açısından belli sonuçları beraberinde getirir.

Öncelikle şartın yokluğu halinde savcılık soruşturma işlemlerine başlayamayacak, kamu davası açamayacaktır. Yine bir şekilde davanın açılmış olması halinde durma kararı verilerek şartın gerçekleşmesi beklenecek, kovuşturma işlemlerine devam edilemeyecektir.

Uygulamada denetleme raporunun düzenlenmesinin veya yazılı başvuruda bulunulmasının olaydan aylar hatta yıllar sonra gerçekleştiği gözlenmektedir. Şüphesiz bu durum adil yargılama hakkını zedelemekle beraber zaman içerisinde delillerin kaybolmasına ve yatırımcıların ticari itibarının zarar görmesine, faillerin cezасız kalması dolayısıyla piyasaya olan güvenin sarsılmasına yol açabilmektedir.

Yine bu konuda uzmanlaşmış mahkemelerin olmayışı ekonomik bilgiyi ve teknik uzmanlığı gerektiren sermaye piyasası suçlarının etkin olarak kovuşturulmasını güçleştirmektedir. Öyle ki buradaki yazılı başvuru şartı zamanaşımı durduran sebeplerdendir. Ancak bu konuda

yapılması gereken Yargıtay kararı ile konunun yeknesak uygulamaya kavuşturularak farklı yerel mahkemelerce farklı kararlar verilmesinin önüne geçilmesi olacaktır.

Konunun önemine rağmen doktrinde konunun yeterince işlenmemiş olması ve Yargıtay kararlarının yok denecek seviyede olması bu konuda uygulamada büyük bir boşluğa hatta kimi zaman gerekçeden yoksun adeta keyfi ve denetlenebilirlikten uzak yargı kararlarına zemin hazırlamaktadır.

KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Genişletilmiş Yeni Bası, Ankara 1967.
- Artuk / Gökçen / Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 4. Bası Ankara 2009.
- Bayındır, Sinan, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, MÜSBE, Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Centel / Zafer / Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yay., 3. Bası, İstanbul 2005.
- Demir, H. Fehmi, Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvuru Yetkisinin, Türk Ceza Kanunu'nun 67. maddesinde Düzenlenen Zamanaşımı Süresine Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi, *Güncel Hukuk Dergisi*, Mart 2009.
- Donay, Süheyl, *Ceza Muhakemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yay., 1. Bası, İstanbul, 2008.
- Dursun, Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, Oniki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul 2010.
- Dursun, Selman, Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri, *CHD Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 4, Ağustos 2007.
- Erem, Faruk, *Diyaletik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Işın Yay., Ankara, Altıncı Bası, (Tarihsiz).

- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: 1, 7. Bası, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1966.
- Erman, Sahir, *Şirketler Ceza Hukuku*, (Ticari Ceza Hukuku VII), İstanbul 1983.
- Evik, Ali Hakan, *Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları*, Seçkin Yay., İstanbul 2004.
- Gürsel, Meltem Kutlu, *Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi*, Prof. D. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005.
- Jehle, Jörg Martin, *Savcılık Örgütünün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma* adlı tebliğ (Çev. Gülşah Kurt Yücekul), *Bir Adli Organ Olarak Savcılık*, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara 7-9 Temmuz 2006.
- Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yay., 2. Bası, Ankara 2009.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1946.
- Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yay., 16. Bası İstanbul, 2008.
- Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap Beta Yay., 17. Bası, İstanbul, 2009.
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, C: 1, Sevinç Matbaası, Ankara 1977.
- Malkoç, İsmail, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Genişletilmiş 3. Baskı Malkoç Kitabevi, Ankara 2008.
- Özgen, Eralp, *Sermaye Piyasası Kanununun 49. maddesi ile Sermaye Piyasası Kuruluna Tanınan Başvurma Yetkisinin Talep ve Şikâyet Kavramları Bakımından Değerlendirilmesi Cumhuriyet Savcılarının Bu Konudaki Taktir Yetkisi*, SPK Yay., Ankara 1998.
- Öztürk, Bahri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi No: 17, Ankara 1991.
- Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma / Saygılar / Alan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku*, Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1973.

Taşdemir, Kubilay, *Ceza Davalarında Zamanaşımı*, Adil Yay., 1. Bası, Ankara 2001.

Ünver, Yener / Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Temel Bilgiler, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara 2007.

Yanlı Veliye, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2004, Cilt: XXII, Sayı : 4.

Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, 1. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2002.

www.sinerji.com (18.10.2010)

www.spk.gov.tr (16.10.2010)