

Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Piyasa Dolandırıcılığı Suçu

Market Manipulation According to the Capital Market Law

Asst. Prof. Dr. Soner Hamza Çetin (Girne American University, Turkey)

Abstract

The behavior (manipulation) for prompting selling or buying a capital market instrument or increasing or decreasing the value of capital market instrument artificially by deceiving the investors in the capital market sprincipally deteriorate the trust and stability of the capital market and damages the rights of the investors. Besides, such behavior upsets the transparency of the market and causes that the trust that should be in the market is breached. Such behavior called as manipulation in the capital markets are arranged under the name “market manipulation” in the article 107 of the Capital Market Law (SPKn) no: 6362. Because of the negative impacts on the market, having an arrangement as a crime separate from the fraud provisions included in the criminal code is principally a statement of a necessity. Market manipulation is subjected to a dual distinction as committed based on insider information and committed based on transaction. Article 107/1 regulates the market manipulation based on trade and Article 107/2 of SPKn the market manipulation based on information. Even though the same imprisonment is anticipated in the law for both market manipulation, for the market manipulation based on trade, a special remorse circumstance is included in the Article 107/3 and a special compliance with the laws reasons in the Article 108.

1 Giriş

Sermaye piyasalarında fiyat ve diğer piyasa şartları esasen serbestçe oluşan arz ve talebe göre belirlenir. Bu nedenle, serbestçe oluşması gereken bu fiyat ve şartlara müdahale edilmemesi, bu husustaki şeffaflığın ve piyasalara olan güvenin korunması gerekir. Çünkü, finansman kaynaklarının ekonomiye kazandırılması ancak sağlıklı işleyen bir piyasa mekanizması içinde mümkün olabilir. (Tanör, 1999; Tekinalp, 1982). Yatırımcı ancak şeffaf bir ortamda ve özgür iradesi ile yatırıma karar verebilir (Memiş ve Turan, 2019). Piyasalarında bulunması gereken şeffaflık ve piyasaya duyulan güven ortamına bir kısım katılımcıların doğru olmayan davranışlarla müdahale etmesi ve bu yolla kazanç elde etmesi mümkündür. Piyasanın kötüye kullanılmasına yönelik bu tür davranışlarla yatırımcıların aldatılması, gerçek olmayan bir kısım piyasa şartlarının oluşturulması, yapay fiyatlar yaratılması söz konusu olabilir. Bu tür davranışların ortak noktası, piyasada arz ve talep sonucu oluşan fiyatlara müdahale edilmesi ve böylece piyasanın doğal işleyişinin bozulmasıdır (Hazen, 2017; Soderquist ve Gabaldon, 2019; Manea, 2015; Memiş ve Turan, 2019). Yabancı hukuklarda daha çok manipülasyon (manipulation) olarak isimlendirilen bu tür davranışlar (Hazen, 2017; Soderquist ve Gabaldon, 2019; Klepitskij, 2016; Manea, 2015), doğal olmayan yollarla piyasa fiyatlarının yükseltilmesi, fiyatların düşürülmesi veya fiyatların belirli bir seviyede tutulmasına yönelik faaliyetlerdir (Şensoy, 2013; Memiş ve Turan, 2019; Hazen, 2017).

Sermaye piyasanın adil ve şeffaf işleyişinin kasıtlı olarak bozulması anlamına gelmekte olan manipülasyon türü bu tür eylemler hemen hemen tüm ülkeler tarafından suç olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır (Hazen, 2017; Wilson, 2015; Klepitskij, 2016; Manea, 2015). Söz konusu bu eylemler, Türk ceza hukuku bakımından ise eylemin dolandırıcılık vasfını öne çıkartmak bakımından piyasa dolandırıcılığı olarak isimlendirilmiş ve ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir (Adıgüzel, 2018; Dursun, 2019).

“Finansal Araçların İşlem Yaptığı Piyasalara İlişkin Avrupa Birliği Direktifi” (The Directive on Markets in Financial Instruments – The MiFID) dikkate alınarak hazırlanan 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn), Önceki 2499 sayılı SPKn'nın yerine, 06.12.2012 tarihinde kabul edilmiş, 30.12.2012 günü 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur. Kanun 107'nci maddesinde doktrinde ve yabancı literatürde genellikle manipülasyon olarak isimlendirilen “piyasa dolandırıcılığı suçunu” düzenlenmiştir. Söz konusu bu maddenin birinci fıkrasında işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı, ikinci fıkrasında ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçları düzenlenmektedir. Bu suçlar esas itibariyle aynı nitelikteki suçlardır ve her ikisi birden piyasa dolandırıcılığı suçu olarak anılmaktadır (Adıgüzel, 2018; Memiş ve Turan, 2019; Dursun, 2019).

2 Suçun Kanuni Tanımı

Esas itibariyle Anglo/Sakson hukuku (Common Law) kaynaklı olan ve manipülasyon (manipulation) olarak anılan (Hazen, 2017; Wilson, 2015; Soderquist ve Gabaldon, 2019) piyasa dolandırıcılığı suçunun ortak bir tek tanımı bulunmamaktadır. Çünkü, piyasa dolandırıcılığı veya manipülasyon en genel anlamı ile kişilerin piyasalarda karar alma sürecine ilişkin dışarıdan bir etkinin yaratılması ve böylece piyasanın doğal oluşum sürecinin etkilenmesi sağlanarak piyasalarda fiyatın yapay bir biçimde belirlenmesine yönelik faaliyetlerdir (Şensoy 2013; Aktaş, 2017).

Piyasa dolandırıcılığı suçu esas itibariyle modern bir dolandırıcılık suçudur. (Ketizmen ve Balan, 2020). Bu nedenle 6362 sayılı yeni SPKn suçun bu yüz kızartıcı olma özelliğinin de öne çıkartmak bakımından suç için

“piyasa dolandırıcılığı” terimini kullanmıştır (Kadioğlu, 2015). SPKn 107’nci maddesinin birinci fıkrasında doktrinde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı olarak tanımlanan bu eylemler için cezai müeyyide getirmekte ve suçu “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, fiyat değişimlerini, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapılması, emir verilmesi, emrin iptal edilmesi, emrin değiştirilmesi veya hesap hareketlerinin gerçekleştirilmesi” biçiminde tanımlamaktadır (Gündoğdu 2017). Bu durumda işlem yapanlar, asıl niyetlerini gizlemek suretiyle genellikle yapmış oldukları alım ve satım işlemleriyle menkul kıymet fiyatlarını etkilemeye ve böylece yapay piyasa oluşturmaya çalışmaktadırlar (Şensoy, 2013; Erdem, 2020; Adıgüzel, 2018; Hazen, 2017). Burada asıl olan bir kısım işlemlerin piyasada gerçekleştirilmesidir (Kadioğlu, 2015). Bu nedenle özellikle teknolojik gelişmelerin de etkisiyle işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun çok çeşitli yöntemlerle işlenmesi mümkündür (Hazen, 2017). Onun için kullanılan yöntemlerin her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği söylenmelidir (Şensoy, 2013). Doktrinde bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı olarak ifade edilen suç ise Kanun’un 107/2’de tanımlanmaktadır. Buna göre; “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber verilmesi, yorum yapılması veya rapor hazırlanması ya da bunları yayılması ve bu suretle menfaat sağlanması” suçtur. Dikkat edilecek olursa burada bazı eylemlerin yapılması (icra edilmesi) suretiyle menfaat temin edilmesi söz konusu olmaktadır (Kadioğlu, 2015; Şensoy, 2013; Erdem, 2020). Her iki suç bakımından da getirilen tanımlamanın yeterince açık ve önceki kanun bakımından ortaya çıkan tereddütleri giderici nitelikte olduğunu söylemek gerekir. Çünkü Mülga, 2499 sayılı SPKn’da bu suçların, m. 47’de diğer suçlarla birlikte düzenlediği ve kanun koyucu tarafından açıkça isimlendirilmediği görülmektedir. (Erdem, 2020; Tekinalp, 1982).

3 Suç ile Korunan Hukuki Değer

Eylemin suç olarak kabul edilmesi ile korunmak istenen hukuki değer, kanun ile korunan ve suçun ihlal ettiği hak veya menfaattir (Ünver, 2003; Erem, 1971; Erem, 1968; Toroslu, 1970; Centel, vd, 2017; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019; Demirbaş, 2019).

Bu suçların kabul edilmesi ile korunmak istenen hukuki değer ne olduğunun belirlenmesinde, SPKn amacını gösteren 1’nci maddesi yol gösterici niteliktedir. Çünkü buna göre, Kanunun amacı sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir. O halde, korunan hukuki değer öncelikli olarak sermaye piyasası ilişkilerinde hakim olması gereken güven olduğu söylenmelidir (Geçer, 2017; Aşkın, 2018). Buna göre korunan hukuki değer sermaye piyasasının hukuka uygun olarak işlerliği ve güvenilirliğidir (Erdem, 2020). Piyasa dolandırıcılığı suçu ile serbest piyasa ekonomisi ve yatırımcının hak ve menfaatlerinin koruma altına alındığı dolayısıyla bu suç tipi ile birden çok hukuki değer korunmakta olduğu söylenmelidir (Ketizmen ve Balan, 2020).

4 Suçun Maddi Unsurları

4.1 Fail

Genel anlamda suçun faili, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişidir (Hafizoğulları ve Özen, 2010; Garofalo, 1957; Özgenç, 2019; Artuk, vd, 2019; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019; Hakeri, 2019; Değirmenci, 2008). Failin bir fiili işlemiş sayılması için, o fiili, bizzat yapmış olması gerekmez. Bir aracı kullanan kişi de, suçun faili sayılır (Zafer, 2010; Gramatica, 2005).

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından SPKn 107/1’e göre suçun faili “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştiren” gerçek kişi ile bu eylemleri gerçekleştiren tüzel kişinin yetkili organını oluşturan kimselerdir. Aynı şekilde 107/2’ye göre ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığının faili, “Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayan” gerçek kişiler ile bunu gerçekleştiren tüzel kişilerin yetkili organını oluşturan gerçek kişilerdir. Görüldüğü üzere bu suçlar bakımından esas itibarıyla suçun faili herkes olabilir (Erdem, 2020; Aşkın, 2018; Akın, 2020). Bununla birlikte, suçun işlenebilmesi bakımından failin genellikle ve hiç olmazsa bazı eylemler bakımından sermaye piyasası içinde bulunan kimselerden olması gerektiği söylenmelidir. Çünkü bu durum bazı eylemler bakımından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır (Ketizmen ve Balan, 2020). Örneğin, 107/1 hükmünde yer alan sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapılması, emir verilmesi, emrin iptal edilmesi, emrin değiştirilmesi veya hesap hareketlerinin gerçekleştirilmesi kuşkusuz sıradan kimseler tarafından yerine getirilemez. Bu kimselerin işin doğası gereği sermaye piyasasında faaliyet gösteren kimselerden olması gerektiği göz ardı edilmemelidir. (Sermaye piyasasında taraflar konusunda ayrıntılı bilgi için: Tanör, 1999; Gündoğdu 2018; Adıgüzel, 2018).

4.2 Mağdur

Suçun mağduru, kendisine karşı suç işlenen kimsedir (Koca ve Üzülmöz, 2019; Özbek, vd, 2019; Özgenç, 2019; Hakeri, 2019; Demirbaş, 2019). Başka bir deyişle, suç teşkil eden fiil ile ihlal edilen menfaatin sahibi, suçun mağduru (Toroslu, 2011). Mağdur, ceza yargılamasında “suç ile ihlal olunan varlık veya menfaatin sahibi” olarak tanımlanmış ve yargısal kararlarda (örneğin, YCGK., 13.12.2016 gün 2014/507 E., 2016/1237 K.; YCGK., 2017/21 E., 2018/311 K olduğu gibi) “suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişiler” olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, suç sayılan fiilden zarar gören herkes değil, sadece bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatin sahibini anlamak gerekir (Katoğlu, 2012; Özgenç, 2019). Piyasa dolandırıcılığı suçlarında kişilerin zarara uğramaları, suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, piyasa dolandırıcılığı suçlarında suçun mağdurunun belirli bir kimse olmadığı ifade edilmelidir. Bu anlamda mağdur toplumu oluşturan herkestdir (Geçer, 2017). Suçun daha dar anlamdaki mağduru ise yatırımcılar (Ketizmen ve Balan, 2020) ve diğer piyasa aktörleridir denilebilir (Erdem, 2020).

4.3 Maddi Konu

Üzerinde suçun meydana geldiği, “insan veya şey” suçun maddi konusu olarak ifade edilmektedir (Erem, 1971; Önder, 1992; Centel, vd, 2017; Artuk, vd, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özbek, vd, 2019; Özgenç, 2019; Hakeri, 2019; Demirbaş, 2019). Piyasa dolandırıcılığı suçlarının konusunu “sermaye piyasası araçları” oluşturmaktadır (Erdem, 2020; Aşkın, 2018; Aşkın, 2018). Sermaye piyasası araçları (Adıgüzel, 2018) ise Kanunun 3’ncü maddesinde, menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere SPK’na bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları olarak tanımlanmaktadır. Aksi görüş savunulmakla birlikte (Erdem, 2020) bu anlamı ile SPK tarafından sermaye piyasası araçlarının belirlenebilmesi esas itibariyle suç ve cezanın kanuniliği ilkesini zedeler niteliktedir (Geçer, 2017).

4.4 Fiil

Suçun oluşturan fiiller, SPKn m.107/1 ve 2 de birden fazla olacak şekilde gösterilmektedir. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satımını yapmak, emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek veya hesap hareketleri gerçekleştirmek fiilleri gösterilmektedir. “Aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak” ifadesi yerine, Kanun tarafından çok haklı bir biçimde, bunu da içine alacak şekilde ve daha geniş bir kapsama sahip olması bakımından “arz, talep veya fiyatına ilişkin olarak diğer yatırımcılar üzerinde yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma” ifadesi kullanılmıştır. Bunda Avrupa Birliği’nin 2003/6/EC sayılı Market Abuse (Piyasanın Kötüye Kullanımı) Direktifi’nin (Klepitskij, 2016) etken olduğu söylenmelidir (Memiş ve Turan, 2019; Dursun, 2019). Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda ise sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak veya rapor hazırlamak ya da bunları yaymak fiilleri sayılmaktadır. 2499 sayılı SPK’da bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından gösterilen “açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamama” şeklindeki ihmali hareket 6362 sayılı SPK’na alınmamıştır (Memiş ve Turan, 2019). Bu yüzden bilgiye dayalı piyasaya dolandırıcılığı suçu yalnızca icrai hareketlerle işlenebilir. Bu suçun da ihmali davranışla işlenmesi mümkün değildir.

Hem işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu hem de bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından birden fazla fiil birbirinden bağımsız olarak gösterilmektedir. Bu yüzden her iki suç da seçimlik hareketli suçlardır (Geçer, 2017; Şensoy, 2013; Akın, 2020; Erdem, 2020). Bu suçların aynı zamanda bağlı hareketli suçlar olduğunu da söylemek gerekir (Ketizmen ve Balan, 2020; Akın, 2020; Aşkın, 2018). O halde seçimlik hareketlerden birinin yapılması ile suç işlenmiş sayılacaktır (Aktaş, 2017). Hareketin niteliğine bağlı olarak suçun ani veya mütemadi eder şekilde işlenmesi de mümkündür (Akın, 2020).

4.5 Netice

Genel anlamda suçun neticesi, “kanunî tarifte yer alan dış âlemdaki değişiklik” olarak tanımlanabilir (Dönmezer ve Erman, 1997; Alacakaptan, 1970; Artuk, vd, 2019; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019; Hakeri, 2019; Demirbaş, 2019).

6362 sayılı SPKn’da, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir (Akın, 2020; Erdem, 2020). Kanunda öngörülen hareketlerin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir ve hareketten ayrı bir neticenin var olup olmadığının tespitine gerek yoktur (Geçer, 2017). Suç bu hali ile soyut bir tehlike suçudur. Bu nedenle suçun oluşması için zarar veya zarar tehlikesinin doğup doğmadığının araştırılmasına gerek yoktur (Ketizmen ve Balan, 2020). Bununla birlikte işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından Yargıtay aksi kanaatte olduğunu gösteren kararlar vermektedir. Örneğin: Yargıtay 19.CD’nin 16.11.2015 gün ve 2015/5259 esas 2015/7209 sayılı kararı ile “...hisse senedinin değerinin % 63 oranında artışı, işlem miktarının da buna bağlı olarak arttığı inceleme dönemine ilişkin olarak hisse değerinin buna bağlı olarak hareketlilik gösterdiği, hisse senedi üzerinde yapay piyasa oluşumuna neden olduğu, kendinden kendine işlemler yapıldığı, bu şekilde işlem maliyetinin düşürüldüğü...” ifade edilmekle suçun adeta bir zarar suçuymuş gibi değerlendirildiği görülmektedir (Ketizmen ve Balan, 2020). Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından ise failin kanunda gösterilen fiilleri sonucunda menfaat elde etmesi gerekmektedir. O halde bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun neticeli

bir suç olduğunu söylemek gerekir (Geçer, 2017; Erdem, 2020; Adıgüzel, 2018). Bununla birlikte bilgi suistimali suçundan (SPKn m.104) farklı olarak kanun koyucu bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından, failin kendisi veya bir başkasına menfaat temin etmesini açıkça belirtmemiş, menfaat sağlanmasını sadece fail ile sınırlamıştır (Erdem, 2020). Hüküm bu yönü ile eksiktir. Düzeltmesi gerekir.

4.6 Nedensellik Bağı

Fiil ile netice arasında nedensellik bağı yok ise diğer bir ifade ile netice fiil sonucu meydana gelmemiş ise neticenin faile yüklenmesi mümkün değildir (Artuk, vd, 2019; Geçer, 2017). Buna göre, nedensellik bağı neticeli suçlarda önem arz etmektedir. Bununla birlikte, sırf hareket suçlarında, suçun oluşması için fiilin gerçekleştirilmesi yeterli olduğundan nedensellik bağı problemi ortaya çıkmamaktadır (Koca ve Üzülmöz, 2019; Geçer, 2017). İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu sırf hareket suçudur. Bu tür suçlarda fiilden ayrı bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmadığından nedensellik bağının araştırılmasına da gerek yoktur (Geçer, 2017; Ketizmen ve Balan, 2020). Bununla birlikte Yargıtay verdiği bazı kararları ile bu görüşte olmadığını, bu suç bakımından da nedensellik bağının araştırılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Örneğin: Yargıtay 7.CD, 03.07.2014 gün ve 2014/3492 esas, 2014/14129 sayılı kararı ile "...inceleme döneminde meydana gelen fiyat hareketleri ile sanıkların eylemleri arasında nedensellik bağlantısının bulunduğu, hisse senedinde meydana gelen fiyat ve miktar hareketlerinin normal sınırlar içerisinde olmadığı, hisse senedinde meydana gelen fiyat hareketleri ile sanıkların eylemleri arasında nedensellik bağının bulunduğu...işlemler sonucunda menfaat temin edildiği..." denilmek suretiyle, nedensellik bağının araştırılması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır (Ketizmen ve Balan, 2020). Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ise neticeli bir suçtur. Failin işlediği fiilinden ötürü bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Bu nedenle fiil ile elde edilen menfaat yani netice arasında bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir (Geçer, 2017). Kanunda gösterilen fiiller gerçekleştirildiği halde menfaat elde edilmemiş yani sonuç meydana gelmemiş ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığını söylemek gerekir.

5 Suçun Manevi Unsuru

Bu suçlar ancak kasten işlenebilir. Taksirle işlenemez. Çünkü suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu suçların olası kast ile işlenmesi de mümkün değildir. Çünkü, olası kastta, fail gerçekleştirdiği fiilin muhtemel bazı neticelerinin meydana gelebileceğini düşünmekte, bu neticelerin gerçekleşmesinin mümkün ve muhtemel olduğunu tasavvur etmektedir (Özgenç, 2019; Artuk, vd, 2019; Özbek, vd, 2019; Demirbaş, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Hakeri, 2019). Bir başka söylem ile olası kast durumunda fail, fiili işlerken, bu neticelerin muhtemelen gerçekleşebileceğini öngörmekte ve bunları kabul etmektedir (İçel, vd, 2004; Karakehya, 2006; Özbek, vd, 2019). Bu suçların olası kast ile işlenmesi mümkün değildir (Aşkın, 2018). Çünkü piyasa dolandırıcılığı suçunda, failin kastı dışında, belirli bir saikle (amaçla) hareket etmesi aranmıştır (Ketizmen ve Balan, 2020; Geçer, 2017; Adıgüzel, 2018). İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığında failin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak saiki (amacı) ile, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığında ise (ki önceki kanunda buna yer verilmemiştir. Memiş ve Turan, 2019) failin sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek saikiyle (amacıyla) hareket etmesi gerekir. (Yenidünya, 2020; Şensoy, 2013; Erdem, 2020). Bu nedenle bu her iki suç da ancak bilerek ve istenerek yani kasten işlenebilir. Olası kast ile işlenemez.

6 Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

En geniş anlamı ile hukuka aykırılık, hukukça korunmuş hak veya yarara saldırı, yani fiilin hukuk düzenine uygun olmamasıdır (Kunter, 1949). Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık ise, suç tipini ihlâl eden hareketin sadece ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasıdır (Demirbaş, 2019; Hakeri, 2019; Katoğlu, 2003; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019). Bir başka anlatımla hukuka aykırılık, suç tipini ihlâl eden hareketin, hukuk düzeni tarafından tasvip edilmesini, uygun görülmesini gerektiren ve hukuka uygunluk nedeni olarak isimlendirilen bir durumun bulunmamasıdır (Demirbaş, 2019; Hakeri, 2019; Artuk, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019). Piyasa dolandırıcılığı suçunun mahiyeti icabı ilgilinin rızası ve meşru savunma çerçevesinde işlenmesi mümkün değildir. Ancak bu suç bakımından hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m.24/1) veya hakkın kullanılması (TCK m.25/1) gündeme gelebilir (Yenidünya, 2020). Bunun yanı sıra piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından SPKn'nın 108'nci maddesinde özel bir hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiş bulunmaktadır. Bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan hâller kenar başlığını taşıyan bu hükme göre; TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması, SPK düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi, SPK'nun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi piyasa

dolandırıcılığı suçu sayılmamaktadır. Kanun koyucu, bu halleri özellikle hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlemektedir. (Yenidünya, 2020; Aşkın, 2018). Bu düzenlemeyi yapmakla bu hususta ortaya çıkması muhtemel tartışmaların da önüne geçilmek istenmiştir (Geçer, 2017). Bununla birlikte söz konusu bu hukuka uygunluk nedeninin sadece işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu (m.107/1) bakımından geçerli olduğu, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu (m.107/2) bakımından uygulanma alanı bulmayacağı göz ardı edilmemelidir (Erdem, 2020).

7 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

7.1 Teşebbüs

Bu suça teşebbüs mümkündür. Çünkü suça teşebbüs, işlenmek istenen bir suçun icrasına elverişli araçlarla başlanılmasına rağmen, elde olmayan nedenlerden dolayı icra hareketlerinin tamamlanamaması veya icra hareketleri tamamlandığı halde failin istemi dışındaki nedenlerden dolayı neticenin meydana gelmemesidir (İçel, ve Evik, 2007; Demirbaş, 2019; Zafer, 2010; Centel, vd, 2017; Hakeri, 2019; Hafizoğulları ve Özen, 2010; Dönmezer ve Erman, 1997; Artuk, vd, 2019; Beccaria, 1961; Jescheck, 2007; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019). Bu nedenle söz konusu bu suçu oluşturan ve yukarıda ele alınan fiilleri meydana getiren her bir icrai hareketin parçalara ayrılmasının mümkün olduğu her bir durum bakımından suça teşebbüsün de söz konusu olabileceği söylenmelidir. Mülga 2499 sayılı SPKn'da işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin olarak sadece alım ve satım yapmak fiili öngörülmüş, bu nedenle alım ve satım için emir vermek ya da verilen emri iptal etmek gibi fiillerin bu suça teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği dile getirilmiştir (Dursun, 2019; Geçer, 2017). 6362 sayılı SPKn'da ise alım veya satım yapmak dışında emir vermek, emir iptal etmek, emir değiştirmek ve hesap hareketleri gerçekleştirmek fiillerini de açıkça suç olarak düzenlenmiştir (Memiş ve Turan, 2019; Dursun, 2019). Bu nedenle artık söz konusu bu fiillerin teşebbüs değil tamamlanmış suç olarak değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, sırf hareket suçu olarak öngörülmüştür. Bu yüzden icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği hallerde suça teşebbüs söz konusu olabilir (Geçer, 2017; Erdem, 2020). Örneğin, failin alım veya satım emrinin aracı kuruma iletilmesi sırasında meydana gelen teknik bir aksaklık nedeniyle beyanının aracı kuruma ulaşmaması ya da hesap hareketleri kapsamında kendi hesapları arasında işlem yaparken meydana gelen bir problem nedeniyle işlemin gerçekleştirilememesi durumunda, icra hareketlerinin tamamlanmadığı ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra emrin verilmesinden önceki aşamalarda suçu işlemeye yönelik faaliyetlerin, failin iradesi dışında kesilmesi durumunda eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Ancak bunun ispat edilmesindeki güçlük göz ardı edilmemelidir (Erdem, 2020). Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ise neticeli suçtur. Failin menfaat elde etmesi suçun neticesidir. Bu nedenle fail menfaat elde edememişse bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenmelidir (Geçer, 2017; Aşkın, 2018). Failin piyasa dolandırıcılığı amacıyla verdiği emri, daha sonra pişman olarak iptal etmesi halinde gönüllü vazgeçmenin (TCK. m. 36) söz konusu olup olmayacağı tartışılabilirse de bu durumda gönüllü vazgeçmenin var olduğu kabul edilemez. Çünkü icra hareketleri ilk emrin verilmesiyle tamamlanmıştır. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu neticesiz bir suç olduğu için verilen emrin iptal edilmesi bu nedenle gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilemez (Erdem, 2020).

7.2 İştirak

Kanunlardaki düzenleme gereğince, tek bir fail ile işlenebilen bir suçun birden çok fail tarafından, aralarındaki anlaşma ve işbirliği gereğince gerçekleştirilmesi durumunda, failer arasında suç ortaklığı söz konusu olmakta ve bu şekilde işlenen suçlara da iştirak halinde işlenen suçlar denilmektedir (Demirbaş, 2019; Hakeri, 2019; İçel ve Evik, 2007; Centel, vd, 2017; Hafizoğulları ve Özen, 2010; Beccaria, 1961; Jescheck, 2007; Artuk, vd, 2019; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Özgenç, 2019). Gerek işleme dayalı ve gerek ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı bakımından, iştirak hükümlerinin uygulanması bir özellik göstermemektedir. Bu nedenle, suça dolaylı faillik mümkündür. Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de, fail olarak sorumlu olacaktır. Kişinin, bu suçu, kusur yeteneği olmayan bir kimseyi, araç olarak kullanmak suretiyle işlemiş olması durumunda, failin cezası, TCK m.37/2 hükmü gereğince üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Bu suça azmettirme veya yardım etme hâli mümkündür. Suçun, birlikte işlenmesi de mümkün görünmektedir. SPKn, m. 102 hükmüne göre, aracı kurum yetkilisinin, bilgi suistimali ya da piyasa dolandırıcılığı suçlarına ilişkin bir şüphenin varlığı halinde bunu SPK'na bildirmesi gerekmektedir. Bu anlamda işlem emri alan aracı kurum yetkilisinin ihmal yoluyla, piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenişine katkıda bulunmaları, fiil üzerinde hakimiyet ve ortak suç işleme kararının varlığına bağlı olarak müşterek fail ya da yardım eden olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir (Erdem, 2020).

7.3 İçtima

Kural olarak, ceza kanununun birden fazla normunun, ihlâl edilmesi durumunda, ihlâl edilen norm sayısınca suç işlemiş sayılır (Zafer, 2010; Artuk, vd, 2019; Özbek, vd, 2019; Demirbaş, 2019; Akbulut, 2019; Özgenç, 2019). Buna karşın, TCK m. 44 hükmüne göre; "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır" (Hafizoğulları ve Özen, 2010; Centel, vd, 2017;

Alacakaptan, 1970; Jescheck, 2007; Demirbaş, 2019; Hakeri, 2019; Artuk, vd, 2019; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Özgenç, 2019). Öncelikle, piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin SPKn 107'nci maddesi özel hüküm niteliğindedir. Özel hükmün genel hükme önceliği kuralı gereğince bunun uygulanması gerekir. Bu nedenle bu suç işleyenler hakkında ayrıca dolandırıcılık, görevi kötüye kullanmak, hırsızlık veya mala zarar vermek suçlarının oluşmadığı söylenmelidir. (Hakeri, 2019; Demirbaş, 2019; Erdem, 2020; Aktaş, 2017; Erdem, 2020). Bununla birlikte bu suçlar ile menfaat elde edilmesi ve elde edilen menfaatin TCK m. 282 hükmünde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuna konu edilmesi durumunda faile verilecek cezanın gerçek içtima kurallarına göre belirlenmesi gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. (Erdem, 2020).

Piyasa dolandırıcılığı suçunun zincirleme olarak işlenmesi mümkündür. Zincirleme suç, bir suç işleme kararıyla kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlâl edilmesi olup, bu durumda kanun, bazı yönlerden her bir ihlâli bağımsız bir suç saymamakta ve ihlâllerin tümünü tek suç olarak değerlendirmektedir (TCK m.43). Bu nedenle, suçun zincirleme (teselsül) halinden söz edebilmek için öncelikle, failde aynı suç işleme kararının varlığı, farklı zamanlarda işlenmiş birden fazla suç olması gerekir (Sancar Yalçın, 1995; Centel, vd, 2017; Alacakaptan, 1970; Artuk, vd, 2019; Demirbaş, 2019; Zafer, 2010; Dönmezer ve Erman, 1997; Hafizoğulları ve Özen, 2010; Özbek, vd, 2019; Akbulut, 2019; Koca ve Üzülmüş, 2019; Özgenç, 2019; Hakeri, 2019; Tezcan, vd, 2019; YCGK, 14.01.2014 gün ve 2014/384 E., 2014/2 K., YCGK, 03.12.2013 gün ve 2013/1475 E., 2013/577 K., YCGK 2013/173 E., 2013/145 K., YCGK 08.07.2013 gün ve 2003/189 E., 2003/207 K). Suçun mağdurunun aynı olması gerektiği hususundaki gerekliliğin (YCGK., 22.04.2014 gün ve 2013/11-397 E., 2014/202 K., Yarg.15.CD., 2016/1526 E., 2016/5207 K), bu suç bakımından bir sorun olmayacağı açıktır. Çünkü, söz konusu bu suçun mağduru geniş anlamda toplumun tamamı daha dar anlamda ise yatırımcılardır. Kuşkusuz zincirleme suç hükmünün bu suç bakımından uygulanabilmesi için de yine birden fazla gerçekleştirilen eylemlerin farklı tarihlerde işlenmiş olması gerekir. (YCGK, 2017/1090 E., 2018/628 K., Yurtcan, 2019; Aynı doğrultuda: Yarg.11.CD., 05.03.2015 gün ve 2014/13695 E., 2015/23133 K., Yarg.11.CD., 04.04.2013 gün ve 2011/10809 E., 2013/5616 K., Gökçen, 2018). Kanaatimizce, zincirleme suç hükmünün uygulanması bakımından işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı (m.107/1) suçu ile bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçları (m.107/2) aynı hükmün ihlali kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca, TCK'nın 212'nci maddesine göre "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmedilmesine" ilişkin kural, bu suç bakımından da geçerlidir. (Yarg.5.CD., 2007/637 E., 2007/3568 K., YKD, Sy. 2009/2; Yarg.5.CD., 29.05.2008 gün ve 2008/810 E., 2008/5474 K., Yarg.5.CD., 15.05.2007 gün ve 2007/637 E., 2007/3568 K., Yarg.5.CD., 18.10.2010 gün ve 2006/10942 E., 2010/7566 K). Çünkü Yargıtay'ında kararında belirttiği gibi sahtecilik suçları esas itibarıyla amaç değil, birer araç suçtur. Yani fail esas itibarıyla amaç suçu işleyebilmek için araç suç konumunda bulunan sahtecilik suçunu işlemektedir (YCGK, 2014/181 E., 2015/ 131 K.). Onun için böylesi bir durumda araç suç konumunda olan sahtecilik suçundan da ayrıca failin cezalandırılması gerekir.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun gerek işleme dayalı olarak gerek ise bilgiye dayalı olarak işlenmesine ilişkin hareketler seçimlik hareketler olarak gösterildiği için bu seçimlik hareketlerin birden fazlasının gerçekleştirilmesi durumunda esas itibarıyla tek suçun varlığının kabul edilmesi ve TCK m.61 hükmüne göre temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşılması gerekir. Failin hem SPKn 107/1 maddesinde gösterilen işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı ve hem de 107/2'de gösterdiği bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı fiillerinin birlikte işlenmesi durumunda ise birden fazla suçun varlığının kabulü ile gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir (Erdem, 2020).

Piyasa dolandırıcılığı suçlarının maddi unsurunu oluşturan fiiller, aynı zamanda Kanun'un 104. maddesinde düzenlenen piyasa bozucu eylemler kapsamındadır. Çünkü bu madde uyarınca SPK tarafından yürürlüğe konulan VI-104.1 No.lu Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde (sermaye piyasasını düzenleyen ve gelişmelere bağlı olarak çok sık değiştirilen bu tebliğler konularına göre oniki seride toplanmaktadır. Tanör, 1999) aynı fiiller ayrıca birer kabahat olarak zikredilmektedir. Non bis in idem ilkesi gereğince, bu fiiller suç oluşturduğunda m.107 hükmünde yazılı cezaî yaptırım ile failin, piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturmaması durumunda ise; bu defa bir kabahat olarak idarî nitelikteki para cezası ile cezalandırılması gerekir (Ketizmen ve Balan, 2020; Adıgüzel, 2018).

8 Suçun Nitelikli Hali

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı (SPKn m.107/1) suçu için cezaî yaptırımlardan biri olarak öngörülen adli para cezası temelinde, nitelikli bir unsurun düzenlendiği (Akin, 2020); 107/2 hükmünde ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için herhangi bir nitelikli bir unsurun düzenlenmediği ifade edilmiştir (Akin, 2020), Kanaatimizde piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından getirilen bir nitelikli hal bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu suçlar bakımında da bir nitelikli halin ayrıca düzenlenmesinin uygun olacağını söylemek gerekir. Çünkü bir kısım silahlı terör örgütlerine yarar sağlanması amacıyla ve hatta özellikle yabancı sermayenin ülkeye girişinin önlenmesi ve böylece tüm ülkeye zarar verilmesi hedef alınarak, maddede gösterilen eylemlerin terör amacıyla işlenmesi ya da bu eylemlerin bir kısım terör örgütlerine yardımcı bulunulması amacıyla işlenmesi mümkündür. Örneğin, 2017 yılında Borussia Dortmund futbol takımının otobüsüne bombalı saldırı düzenlenerek bu takıma ait hisse senetlerinin düşmesine, böylece fiyatların manipüle edilmesine sebebiyet verildiği görülmüştür (Erdem,

2020). Bu nedenle bu suç bakımından suçun terör amacıyla işlenmesi durumunda hüküm altına alınacak olan cezanın artırılmasına ilişkin bir düzenlemenin getirilmesinin yararlı olacağı söylenmelidir. Örneğin, TCK'nın 204'üncü maddesinde düzenlenen resmi evrakta sahtecilik suçu, Terörle Mücadele Kanunu'nun 4'üncü maddesinde "terör amacıyla işlenen suçlar" arasında sayılmıştır (Çetin, 2017). Benzer biçimde, SPKn 107'nci maddede gösterilen piyasa dolandırıcılığı suçunun (ve gerekir ise Kanunda gösterilen diğer suçların da) terör amacıyla işlenmesi durumunda, verilecek cezanın yarı oranında artırılmasına öngören, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 4'üncü maddesinde gösterilen terör amacıyla işlenen suçlar arasında bu suç veya suçların da sayılması ve böylece TMK'nın 5'inci maddesi gereğince verilecek cezanın (yarı oranında) artırılmasına imkan tanınması gerektiği söylenmelidir.

9 Suçun Muhakemesi

9.1 Görevli ve Yetkili Mahkeme

SPKn'nun 116'ncı maddesine göre; Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Bu suçta da diğer suçlarda olduğu gibi genel yetki kuralları (CMK m. 12) geçerli olup; suçun işlendiği yerin belli olmaması durumunda, özel yetki kuralları (CMK m. 13) işlerlik kazanacaktır.

9.2 Muhakeme Şartı: SPK'nın Başvurusu

SPKn m. 115/1 hükmüne göre bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, SPK tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. (Şensoy, 2013). Başvuru olmaksızın soruşturma açılması mümkün değildir. Yargılamanın her aşamasında bu başvurunun bulunup bulunmadığı re'sen araştırılmalıdır. Yapılacak soruşturmada Cumhuriyet savcısı, SPK'nın meslek personelinin yararlanabilir. Şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında SPK meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir (m.115/3). Yapılan soruşturmada kovuşturmayla yer olmadığı kararının (KYOK) verilmesi hâlinde, SPK bu karara karşı itiraz kanun yoluna başvurabilir (115/4). Kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, iddianamenin bir örneği SPK'na tebliğ edilir ve Kurul katılan sıfatını kazanır (m.115/2).

9.3 Geçici Koruma Tedbirleri

Bu suçlar bakımından zikredilen özel bir geçici koruma tedbiri bulunmamaktadır. Bu nedenle şartlarının bulunması durumunda, CMK yer alan her bir geçici koruma tedbirinin bu suçlar bakımından da uygulanması mümkündür.

10 Suçun Yaptırımı

10.1 Ceza

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığını düzenleyen SPKn'nın107/1 hükmüne göre bu suçu işleyenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu düzenleyen Kanunun m.107/2 hükmüne göre ise fail üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Kanunda özellikle para cezasının tayini yönünden, çıkar amaçlı fiillerin niteliği dikkate alınarak elde edilen menfaat ile uyumlu bir sistem belirlenmeye çalışılmıştır (Yenidünya, 2020). 20.02.2020 gün ve 7222 sayılı Kanunun 38'inci maddesiyle, her iki suçun cezasının asgari sınırı olan iki yıl üç yıla çıkartılmıştır. Ancak gerek suç ile korunmakta olan hukuki değer ve gerek ise cezanın özel ve genel önleme fonksiyonları dikkate alınarak maddede yazılı hapis ve adli para cezası miktarlarının artırılması gerektiği söylenmelidir. Suç için hükmedilen sonuç hapis cezasının iki yıldan az hale gelmesi durumunda cezanın ertelenmesi (TCK m.52) veya diğer şartlarında bulunması durumunda HAGB kararı verilmesi mümkündür. Ancak hükümde gösterilen hapis cezasının asgari miktarının üç yıl olduğu dikkate alınacak olursa bu hükümlerin ceza miktarı bakımından uygulama alanı bulması Kanunun 107/1 maddesinde yer alan işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için etkin pişmanlık halinin (SPKn m. 107/3) uygulanması dışında mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 06.02.2012 tarih ve 6468/3206 sayılı kararında belirttiği üzere "bu fiilin işlenmesi neticesinde mağduru belirlenmiş bir zarar veya kamusal anlamda somut bir zarar söz konusu olmadığından, HAGB bakımından zararın giderilmesi şartının aranmayacağı" ifade edilmelidir (Yenidünya, 2020).

11 Etkin Pişmanlık Hali

Etkin pişmanlık, failin, suç, netice dahil olmak üzere bütün unsurları ile tamamlanmasından sonra, pişmanlık duyarak, verdiği zararı, aynen veya nakden gidermesi veya pişmanlık duyduğunu gösteren bir hareket yapması olarak ifade edilebilir (Zafer, 2010; Centel, vd, 2017; Dönmezer ve Erman, 1997; Hafizoğulları ve Özen, 2010; İçel ve Evik, 2007; Artuk, vd, 2019; Demirbaş, 2019; Koca ve Üzülmöz, 2019; Hakeri, 2019). SPKn, 2499 sayılı SPK'dan farklı olarak, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı bakımından özel bir etkin pişmanlık haline 107/3

maddesinde yer vermektedir. (Yenidünya, 2020; Erdem, 2020). Buna göre, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyen kimse pişmanlık göstererek, beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere, elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı miktarı kadar parayı, hazineye; henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz. Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, ise verilecek ceza üçte biri oranında indirilecektir (m.107/3). Bu suç bakımından etkin pişmanlık hükmünün getirilmesi doğru ve yerindedir. Bununla birlikte etkin pişmanlık aşamasında henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadan failin elde ettiği veya elde edeceği menfaatten çok daha fazla miktarda ödemedede bulunmasının kabul edilmesi etkin pişmanlık kurumunun amacı ile bağdaşmadığı (Yenidünya, 2020); etkin pişmanlıkta mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin etme söz konusu iken burada paranın Hazine'ye ödenmekte olması, mağdurun ise Hazine veya SPK değil, yatırımcılar olduğu gerekçe gösterilerek burada tam olarak bir etkin pişmanlıktan söz edilemeyeceği (Şensoy, 2013); ya da bunun kamusal bir mağduriyetin giderilmesinin ötesinde, dolaylı olarak ekonomik nitelikte bir yaptırım izlemine verdiği (Dursun, 2019) dile getirilmiştir. Ancak kanaatimizce burada suçun özelliğinden kaynaklanan özel bir etkin pişmanlık halinin var olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra aksi görüş (Erdem, 2020) ileri sürülmekle birlikte, suçtan herhangi bir menfaat elde etmeyen veya işlediği suça rağmen zarar eden failin, etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için hükümde belirtilen alt sınırdan (beş yüz bin TL) ödemedede bulunması durumunda, etkin pişmanlıktan faydalandırılması gerektiği göz ardı edilmemelidir (Yıldırım, 2014).

12 Dava Zamanaşımı

Kanunun 107'nci maddesinin gerek birinci ve gerek ise ikinci fıkrasında düzenlenen suç için faile verilecek cezanın üç yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası olduğu göz önünde bulundurulacak olursa; TCK m. 66/1 (d) gereğince (cezanın üst haddi beş yıl olduğu için) her iki suç bakımından da dava zamanaşımı süresinin sekiz yıl, olağanüstü dava zamanaşımı süresinin ise TCK m.67/4 hükmü gereğince on iki yıl olduğu anlaşılmaktadır.

13 Sonuç

Sermaye piyasanın adil ve şeffaf işleyişinin kasıtlı olarak bozulması anlamına gelmekte olan manipülasyon türü eylemler hemen hemen tüm ülkeler tarafından suç olarak kabul edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Söz konusu bu eylemler Türk ceza hukuku bakımından ise eylemin dolandırıcılık vasfını öne çıkartmak bakımından piyasa dolandırıcılığı adı altında 6362 SPKn, 107'nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu bu maddenin birinci fıkrasında işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı; ikinci fıkrasında ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçları düzenlenmektedir. Bu suçlar esas itibariyle aynı nitelikteki suçlardır ve her ikisi birden piyasa dolandırıcılığı suçu olarak anılmaktadır. Suç için getirilen tanımlamaların yeterince açık ve önceki kanun bakımından ortaya çıkan bir kısım tereddütleri giderici nitelikte olduğu söylenmelidir. Çünkü Mülga, 2499 sayılı SPKn'da bu suçlar, m. 47 hükmünde diğer suçlarla birlikte düzenlenmiş ve açık bir isimlendirme yapılmamıştır.

Piyasa dolandırıcılığı suçlarında kişilerin zarara uğramaları, suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla suçun mağduru belirli bir kimse değildir. Mağdur toplumu oluşturan herkeştir. Suç ile korunan hukuki değer ise piyasaların güvenilirliği ve şeffaflığıdır. Suçun konusunu sermaye piyasası araçları oluşturur. Bu araçlar Kanun'un 3'ncü maddesine göre menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dahil olmak üzere SPK'nun bu kapsamda olduğu belirlediği diğer sermaye piyasası araçlarıdır. Aksi görüş savunulmakla birlikte bu anlamı ile SPK sermaye piyasası araçlarını belirleyebilmesi esas itibariyle suç ve cezanın kanuniliği ilkesini zedeler niteliktedir.

Suçun oluşturan fiiller, Kanunda birden fazla olacak şekilde gösterildiği için her iki suç da seçimlik hareketli suçlardır. Bu suçların aynı zamanda bağlı hareketli suçlar olduğunu da söylemek gerekir. Suçu oluşturan fiillerin niteliğine bağlı olarak suçların ani veya mütemadi eder şekilde işlenmesi de mümkündür. Kanunda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Suç bu hali ile soyut bir tehlike suçudur. Bu nedenle suçun oluşması için Yargıtay tarafından aksi yönde kararlar verilmesine rağmen zarar veya zarar tehlikesinin doğup doğmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda ise failin menfaat elde etmesi gerekmektedir. Bu nedenle bu suç neticeli bir suçtur. Kanun menfaat sağlanmasını sadece failin kendisi için kabul etmiş failin bir başkasına menfaat temin etmesini göstermemiştir. Hüküm bu yönü ile eksiktir ve düzeltilmesi gerekir.

SPKn 107'nci maddesindeki düzenleme özel bir düzenlemedir. Bu nedenle bu suçu işleyenler hakkında ayrıca TCK'nın dolandırıcılık, görevi kötüye kullanmak, hırsızlık veya mala zarar vermek suçlarına ilişkin hükümleri uygulanamaz. Bununla birlikte bu suçlar ile menfaat elde edilmesi ve elde edilen menfaatin TCK m. 282 hükmünde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuna konu olması durumunda faile verilecek cezanın gerçek içtima kurallarına göre belirlenmesi gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır. Ayrıca TCK'nın 212'nci maddesine göre "Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmedilmesine" ilişkin kural, kanaatimizce bu suç bakımından da geçerlidir.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için nitelikli halin bulunduğu, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için ise herhangi bir nitelikli halin düzenlenmediği ifade edilmekte ise de kanaatimizde piyasa dolandırıcılığı suçları bakımından nitelikli hal düzenlenmemiştir. Bununla birlikte bu suçlar bakımında da nitelikli halin ayrıca düzenlenmesinin uygun olacağını söylemek gerekir. Çünkü kanaatimizce bu suçların da terör amacıyla işlenmesi ya da bu eylemlerin bir kısım terör örgütlerine yardımda bulunulması amacıyla işlenmesi mümkündür. Bu nedenle bu suç bakımından suçun terör amacıyla işlenmesi durumunda hüküm altına alınacak olan cezanın artırılmasına ilişkin bir düzenlemenin getirilmesinin yararlı olacağı söylenmelidir.

Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya HSK'nın ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir. Ancak sermaye piyasası hukuku alanında hem ceza hem de hukuk ihtisas mahkemelerinin bir Kanun ile kurulması ve böylece ceza mahkemesi nezdinde ihtisas savcılıklarının da oluşturulması gerekir.

SPKn, önceki 2499 sayılı SPK'dan farklı olarak işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı bakımından özel bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu doğru ve yerinde bir tercihtir. Etkin pişmanlık aşamasında henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmadan failin elde ettiği veya elde edeceği menfaatten çok daha fazla miktarda ödemede bulunmasının etkin pişmanlık kurumunun amacı ile bağdaşmadığı ya da bunun kamusal bir mağduriyetin giderilmesinin ötesinde, dolaylı olarak ekonomik nitelikte bir yaptırım olduğu dile getirilmiş ise de kanaatimizce burada suçun niteliğinden kaynaklanan özel bir etkin pişmanlık halinin var olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Aksi görüş ileri sürülmekle birlikte, suçtan herhangi bir menfaat elde etmeyen veya işlediği suça rağmen zarar eden failin etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için hükümdede belirtilen beş yüz bin TL alt sınırdan ödemede bulunması durumunda etkin pişmanlıktan faydalandırılması gerekir.

Kanunda özellikle para cezasının tayini yönünden, çıkar amaçlı fiillerin niteliği dikkate alınarak elde edilen menfaat ile uyumlu bir sistem belirlenmeye çalışılmış, 7222 sayılı Kanun ile her iki suçun cezasının asgari sınırı olan iki yıl üç yıla çıkartılmış ise de gerek suç ile korunmakta olan hukuki değer ve gerek ise cezanın özel ve genel önleme fonksiyonları dikkate alınarak maddede yazılı hapis ve adli para cezası miktarlarının artırılması gerektiği söylenmelidir.

Kaynakça

- Adıgüzel, 2018. **Sermaye Piyasası Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Akbulut, 2019. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Akın, 2020. “Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi”, *Maliye Çalışanları Dergisi*, **65**, p.19-55.
- Aktaş, 2017. “Sermaye Piyasası Kanunu Bakımından Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Düzenlemesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, **10**, p.1-41.
- Alacakaptan, 1975. **Suçun Unsurları**. Sevinç Matbaası, Ankara.
- Aşkın, 2018. “Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, **Cilt 24**, Sayı 2, p.682-710.
- Artuk, vd, 2019. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Beccaria, 1961. **Suçlar ve Cezalar (Beşeriyetin Mecellesi)**, Çev.: Dr. Muhiddin Göklü, Güven Basım ve Yayınevi, İstanbul.
- Centel, vd, 2017. **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- Çetin, 2017. **Terörizmin Finansmanı Suçu**, Bilge Yayınevi, Ankara.
- Değirmenci, 2008. “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *TBB Dergisi*, **77**, p.33-86.
- Demirbaş, 2019. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Dönmezer ve Erman, 1997. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt I, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul.
- Dursun, 2019. “6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Suç ve Kabahat Düzenlemelerindeki Yenilikler”, in Sermaye Piyasası Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi, p.325-345.
- Erdem, 2020. “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları”, *Adalet Dergisi*, **65**, p.335-363.
- Erem, 1971. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, Cilt I Genel Hükümler, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Erem, 1968. “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *AÜHFD*, **25**.
- Garofalo, 1957. **Criminologia (Suç, Suçlu ve Ceza)**, Nurkök Matbaası, İstanbul.

- Geçer, 2017. “Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, **21**, p. 241-270.
- Gündoğdu, 2017. “Türk Sermaye Piyasasında Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Düzenlemelerinin İrdelenmesi”, *Maliye Finans Yazıları*, **108**, p.9-26,
- Gündoğdu, 2018. **Sermaye Piyasası Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Gökçen, 2018. **Belgede Sahtecilik Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Gramatica, 2005. **Toplumsal Savunma İlkeleri**, İmge Kitabevi, Ankara.
- Hafizoğulları, ve Özen, 2010. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri, 2019. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Hazen, 2017. **The Law Securities Regulation**, West Academic Publishing
- İçel ve Evik, 2007. **Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul.
- İçel, vd, 2004. **Suç Teorisi Suç Kavramına İlişkin Genel Bilgiler**, Beta Yayınevi, İstanbul.
- İsfen, 2004. “Sermaye Piyasalarının Suistimale Karşı Korunmasında Avrupa Hukuku Standartları”, in Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul
- Jescheck, 2007. **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul.
- Kadioğlu, 2015. “Sermaye Piyasası Kanunu: Manipülasyondan Piyasa Dolandırıcılığına”, *Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar*, p.73-81.
- Karakehya, 2006. "Olası Kast", *Ceza Hukuku Dergisi*, **1**, p.19-46.
- Katoğlu, 2012. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *AÜHFD*, **61/2**, p.657-693.
- Katoğlu, 2003. **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ketizmen ve Balan, 2020. “Dolandırıcılık Suçu İle İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Arasındaki Farklar Üzerine Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler”, in 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler, C:1-2, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Klepitskij, 2016. “Market Manipulation in Russia and in Europe: The Criminal Law Dimension”, *Russian Law Journal*, **4**, p.120-135.
- Koca ve Üzülmöz, 2019. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kunter, 1949. **Suçun Kanuni Unsurları**, İÜHF Yayınları, İstanbul.
- Manea, 2015. “The Legislative Changes on Criminal Liability on The Capital Market”, *Bulletin of The Transilvania University of Braşov*, **8(57)**, p.173-180.
- Memiş ve Turan, 2019. **Sermaye Piyasası Hukuku**, Seçkin yayınları, Ankara.
- Sancar Yalçın, 1995. **Müteselsil Suç**, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Soderquist ve Gabaldon, 2019. **Securities Law**, Foundation Press, USA.
- Şensoy, 2013. “Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, **3**, s. 370-399.
- Önder, 1992. **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Özbek, vd, 2019. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Özgenç, 2019. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Tanör, 1999. **Türk Sermaye Piyasası 1. Cilt**, Beta Yayınları, İstanbul.
- Tekinalp, 1982. **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar AŞ, İstanbul.
- Tezcan, vd, 2019. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Toroslu, 2011. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara.
- Toroslu, 1970. **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Ünver 2003. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Yenidünya, 2020. “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler”, *Maliye Çalışmaları Dergisi*, **63**, p.85-97.
- Yurtcan, 2019. **Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Wilson, 2015. “The New Market Abuse Regulation and Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: European Capital Markets Laws and New Global Trends in Financial Crime Enforcement”, *ERA Forum*, **16**, p.427-446.
- Zafer, 2010. **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)**, Beta Yayıncılık, İstanbul.