

"...

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 7.2.2000 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“A) GENEL İPTAL SEBEPLERİ

15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun, 18.12.1999 günlü ve 23910 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Kanun, genel olarak Anayasa'nın “Başlangıç” bölümünün 6 ve 8'inci paragrafı ile 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 33, 35, 37, 38, 48, 49, 87, 115, 124, 125, 135, 138 ve 153'üncü maddelerine aykırıdır. Şöyle ki;

1981 yılında çıkartılan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda, 1992 yılında 3754 sayılı Kanunla, 1995 yılında ise 4113 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir dizi değişiklikler yapılmıştır.

Yüksek Mahkemenizin 13.11.1995 gün, 1995/45 esas ve 1995/58 sayılı kararıyla, 4113 sayılı Yetki Kanunu ile 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin iptal etmesiyle ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak gerekçesiyle hazırlanan ve iptal edilmiş bulunan KHK ile hemen hemen benzer hükümleri ihtiva eden ve Anayasa'mıza aykırılığı nedeniyle iptali istenilen bu Kanuna bir bütün olarak bakıldığında, tamamıyla bir tepki niteliği taşıdığı, herhangi bir reform özelliğinin bulunmadığı, sermaye piyasasının gelişimine katkı sağlayacak herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Sermaye piyasasında hızlı değişim olduğu ve buna bağlı olarak da değişiklik yapma gereği doğduğu ifade edilmektedir. Yapılan düzenlemeler, genelde aracı kurumlarla ilgili olup, tedricî tasfiye ile yatırımcıları koruma fonu ve vadeli işlem piyasası düzenlenmektedir.

Anayasa'da yer alan temel ilkelere ayrılıklar taşıması yanında, bu Kanunla yapılan en büyük yanlış, KOBİ'lerin halka açılma ve menkul kıymet ihraçlarının basitleştirilmesi yönünde önemli ve reform niteliğinde ciddi bir hüküm içermemesidir. Halbuki Kanunun genel gerekçesinde bahsedilen gelişmeler halka açık şirketlerin faaliyetleri sayesinde gerçekleşmiştir.

Kanunun hem genel gerekçesinde, hem de maddelerin gerekçelerinde sıkça ABD ve Batı Avrupa Ülkelerinin uygulamalarına atıfta bulunmaktadır. Halbuki bu ülkelerin hepsi, KOBİ'lerin sermaye piyasasından yararlanmaları için, kendi içlerinde sermaye piyasasına girişlerini kolaylaştırıcı tedbirler almışlardır.

Bu Kanun hükümleriyle, halka açık ortalıkların yükümlülüklerini artırmakta, KOBİ'lerin sermaye piyasasına girişleri daha da imkansız hale getirilmektedir. Halka açık ortalıklar yönünden getirilen düzenlemeler, basitleştirici ve kolaylaştırıcı olmak bir yana, Sermaye Piyasası Kurulu'nun şimdiye kadar mevcut Kanuna aykırı olarak ve yasal dayanaktan yoksun bir şekilde keyfi ve haksız uygulamalarının, Anayasa'mıza aykırı bir şekilde oluşturulan metinlerle yasal düzenlemeye kavuşturulması, yanlış eylemlerine hukuki-formal kılıf hazırlanması gayretinden başka bir şey değildir.

Ülkemiz, sermaye yetersizliği nedeniyle en çok yerli ve/veya yabancı sermayeye ihtiyaç duyulan bir ülkedir. İşsizlik ve gelir dağılımında adaletsizlik sorunu ancak yerli ve yabancı sermayenin yatırıma/üretime yönlendirilmesi ve KOBİ'ler olarak nitelenen küçük ve orta boy çok ortaklı şirketlerin teşviki ile sağlanabilir.

Anayasa'nın 87 ve 91'inci maddelerinde gösterilen kurallar çerçevesinde, Bakanlar Kurulu'na belli konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilirken dahi; bu yetkinin belirlenmiş ve yetki yasasında belirtilen amaç, kapsam ve ilkelere uygun olması gerekmektedir. Yasanın öngörmediği bir konuda düzenleme yapan KHK'nin Anayasa'ya aykırı olacağı hususunda Yüksek Mahkemenizin yerleşik

içtihatları bulunmasına ve Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen “Yasama yetkisinin devredilemezliği” ilkesine rağmen, Kanunla düzenlenmesi gereken pek çok konu, iptalini istemiş olduğumuz 4487 sayılı Kanun hükümleriyle Sermaye Piyasası Kurulu'na devredilmektedir.

Bu Kanunun ileride maddeler halinde değineceğimiz ilgili hükümlerinin tetkikinden de görüleceği üzere, Sermaye Piyasası Kuruluna “usul ve esasları tespit etmek” şeklinde belirsiz görevler izafe edilmesi ya da “her türlü tedbiri alır” şeklinde hudutsuz yetkiler verilmesi, Anayasa'nın 87. maddesinde yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak...” hükmüne ve temel insan haklarının ancak kanunlarla ve Anayasa ilkeleri dahilinde sınırlandırılabilmesi kurallarına aykırıdır.

Bir taraftan yabancı sermayenin teşvikine imkan sağlamak gerekçesiyle Anayasa'da değişiklik yapılarak Tahkim Kanunu çıkartılırken, diğer taraftan bu Kanun hükümleriyle Anayasa'nın belirtilen maddelerine aykırı bir şekilde yapılan düzenlemelerle yerli sermayenin önüne adeta aşılabilir engeller getirilmesi, iktisadi düşünce sistemi bakımından da büyük bir çelişki teşkil etmektedir.

Hukuk Devleti anlayışı içerisinde aslanan, Anayasa'mızın 2, 6, 7 ve 8'inci maddelerinde yer alan ilkeler doğrultusunda kanun kurallarının yasama organı marifetiyle düzenlenmesidir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun yetkilerini belirsiz ve sınırsız bir şekilde artıran ve tümüyle iptalini talep ettiğimiz 4487 sayılı Kanun, Anayasa'nın “Başlangıç” bölümünde yer alan 6 ve 8'inci paragrafı ile, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 33, 35, 37, 38, 48, 49, 87, 125, 135, 138 ve 153. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

B) MADDELERİ İPTAL SEBEPLERİ

...

1) 4487 sayılı Kanun'un 1. maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

Söz konusu 1. madde aynen şöyledir: “ ... ”

...

Sermaye Piyasası Kanununa ilave edilen bu ek madde Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır. Çünkü anılan maddenin 1. fıkrasında;

“...Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir”

denilmekte, 2. fıkrasında ise,

“... Sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurulca bir tebliğ ile belirlenir.”

hükmü yer almaktadır.

İşte bu hükümler;

“Bütün kanunlar uygulama için çıkarılır, kanunun nasıl uygulanması gerektiğini belirleyici ancak TBMM'dir. Onun dışında başka bir merciin tarifine gerek yoktur.”

şeklindeki genel kabul görmüş hukuk kuralına aykırı bir düzenlemedir. Maddenin (1.) fıkrası ile Bakanlar Kurulu'na, (2.) fıkrası ile de SPK'na verilen görev ve yetkilerin sınırları açıkça belirtilmemiş “Kanunun uygulanmasına ait usul ve esaslar” şeklinde genel bir ifade ile Bakanlar Kuruluna ve Kurul'a TBMM'nin Anayasa'nın 87. maddesinden kaynaklanan “Kanun Yapma Yetkisi” devredilmiştir.

Bakanlar Kurulu ile Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın kanunda belirlenmeyen hususları, özellikle de temel sosyal ve ekonomik hakları, çıkaracağı yönetmelik ve tebliğlerle düzenleme yoluna gitmesine imkan sağlanmıştır.

Oysa Anayasanın hangi alanlarda Tüzük çıkarılabilir' Konusunu düzenleyen 115 ve yine hangi alanlarda Yönetmelik çıkarılır' Konusunu düzenleyen 124'üncü maddelerine bakıldığında sırf kanun muhtevasının şekli bakımından uygulanmasına dair olan konularda anılan hukuk metinlerinin çıkarılacağı vurgulanmakta, temel hak ve özgürlükler ile temel sosyo-ekonomik konular bunlar içerisine girmemektedir. Onlar ancak Any. m. 87 gereği Yasama organınca düzenlenmekte ve bu haklar ancak yargı kararı ile kısıtlanabilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi değişik zamanlarda verdiği kararlarında “... temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan... Anayasanın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasaca sınırlandırılması durumunda Anayasanın m. 13 üncü (1961 Anayasası mad. 11) maddesinin uygulanma yeri olamaz...” denilmek suretiyle temel haklardaki sınırlamada en aşağı metin Kanundur. Ondan daha aşağısı düşünülemez. Ama burada durum hiç de öyle olmamıştır. İşin sınırlandırılması hükümet kararına ya da bir kamu kurumunun çıkaracağı tebliğe, iç düzenlemeye bırakılmıştır. (Bak. AMK, E. 1969/31, K. 1971/3; AMKD sayı 9, S. 148; E.Özbudun; s.83-86, 1989)

Örneğin Kanun m. 1. ve 2'de başvuru süreleri açıkça belirtilmemiş iken Bakanlar Kurulu ya da Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) yayımlayacağı yönetmelik ve tebliğlerle “süre” belirleme ya da başvuruları süresiz bekletme imkanı verilmektedir. Bu ve benzeri nedenlerle, Kanun m. 1 (SP Kanunu) ek m. 10/A- (fıkra 1 ve 2) hükümleri Anayasa m. 87'ye aykırıdır.

Aynı zamanda bu hüküm VERGİ USUL KANUNU mükerrer madde 241 (ek: 28.08.1991-3762/2. m.) hükmü ile de çelişmektedir. Anılan madde hükmü şöyledir:

“Mükelleflerin sattıkları emtia veya yaptıkları işler nedeniyle ortaya çıkan alacak ve borçları için bono veya poliçe düzenlemeleri halinde, bu poliçe veya bonoların Türk Ticaret Kanunu uyarınca bulunması gereken bilgilerin yanı sıra aşağıdaki hususları da ihtiva etmesi zorunludur.

1. Müteselsil seri ve sıra numarası

2. Alacaklı ve borçlunun adı, adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası.

Bono, poliçe, çek, senet, tahvil, hisse senedi, finansman bonosu, kar ortaklığı belgesi ve benzeri kıymetli evrakın vergi belge düzenini sağlamak açısından ihtiva edeceği bilgileri belirlemeye Maliye ve Gümrük Bakanlığı yetkilidir.”

Şimdi burada mükellefler; bir konuda iki ayrı hüküm ve iki ayrı kurum ve uygulamayla karşı karşıyadırlar. İşte bu durum “hukuk normları toplumda güven ve istikrarı sağlamak için vardır” genel ilkesine de ters düşmektedir. Nitekim;

a) Madde hükmüne göre, kaydi sistemin ana kuruluşu “Merkezi Kayıt Kuruluşu-MKK-”dur. Sermaye piyasası araçları üzerindeki mülkiyet, intifa, rehin gibi haklar bu kuruluş tarafından yapılacak kayıtlarla ihdas edilecek ve ihtiyati tedbir ve haciz gibi yargı kararları ile birlikte üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. MKK; kayıtları adeta sermaye piyasası araçlarının tapu sicili kaydı niteliğinde olacaktır.

Hukuken bu derece önemli olan kayıtlar için dayanak olarak yeterli belge yerine sadece bir “bildirim”den söz edilmesi, bu “bildirim”in kimler tarafından ve ne şekilde yapılacağına belirtilmemesi ve bütün bu belirsizlikler üzerine yapılacak olan mülkiyet, rehin, intifa, ihtiyati tedbir ve haciz kayıtlarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi çok önemli hukuki sorunlar doğuracaktır.

b) MKK'na kaydedilen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde kuruluşa yapılan bildirim tarihinin esas alınacağına dair hüküm de, bildirimin kimin tarafından ne şekilde yapılacağına Kanun'da belirtilmemiş olması nedeniyle, kimin hangi şekilde yapacağı bildirim tarihinin esas alınacağı kabul edildiğinde uygulamada sorunlar çıkmasına yol açacağı muhakkaktır.

c) Hukuk güvenliği açısından sermaye piyasası araçları üzerinde kurulacak olan mülkiyet, intifa, rehin hakları ile konulacak olan ihtiyati tedbir ve hacizlerin ihdas, tadil ve kaldırılma ve ileri sürülebilme esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekirken, yukarıdaki hususların Bankalar Kurulu'nca çıkarılacak yönetmelik ile SPK'nun tebliğlerine bırakılması çok yönlü sakıncalar içermektedir. Ayrıca hukukumuzda, tapu sicili, ticaret sicili, gemi sicili gibi resmi siciller etrafı bir kanuni altyapıya dayalı olarak tüzükle düzenlenmiştir. Kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esasların kanun veya tüzük yerine Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğleri ile düzenlenmesi; hukuk Devleti ve Hukuk Devleti'nin temel özelliği ile hukukun her nevi güvenliği sağlaması temel ilkeleri açısından sakıncalıdır.

d) Ayrıca, sermaye piyasası araçları üzerinde kurulan, maddi hukuka ilişkin hakların ihdası, tadili, sona ermesi gibi hususların Bakanlar Kurulu'nca çıkarılması öngörülen yönetmeliğe ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğlerine bırakılması sık sık bu yönetmelik ve tebliğlerde yer alacak hükümlerin Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve

İcra ve İflas Kanunu gibi ana kanunların taşınır mallar ve haklarla ilgili hükümlerine aykırılıkları nedeniyle geçersizliklerinin ileri sürülmesine yol açacaktır. Bu da hukuk güvenliğini ve hukukun toplumda istikrarı sağlayacağı genel ilkelerini ihlal edici, zihinlerde kuşklar, acabalı sorular uyandırıcı, genel ilkeleri zedeleyici bir durumdur.

e) Madde 10/A-2. fıkrasındaki “Kayıt edilen hakların SPK m. 7 uyarınca senede bağlanma zorunluluğu yoktur” hükmü, maddede benimsenen kaydi sistemle bağdaşmamaktadır. Bu hükümle, kaydi sistem yanında, senet düzenlemesine ve tedavülüne imkan verilmek suretiyle sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların hem merkezi kayıt kuruluşu kayıtlarıyla ve hem de kıymetli evrak niteliğindeki senetlerle ileri sürülebilmesi gibi çelişkili ve hukuk güvenliğini ortadan kaldıran bir ikileme yol açılmış olacaktır. Kaldı ki, anılan hüküm Kanun'un geçici m. 6 hükmü karşısında gereksizdir.

f) Merkezi Kayıt Kurulu (MKK) ile ihraççıların ve aracı kuruluşların tuttukları kayıtların “yanlış tutulmasından” dolayı hak sahiplerine karşı kusurları oranında sorumlu tutulacaklarına dair olan hüküm de eksik ve hukuken yanlıştır. Çünkü;

Bir kere, MKK'nun tuttuğu kayıtlar esas olduğuna (veya olması gerektiğine) ve sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde bu kayıtlar esas alındığına göre, sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların ileri sürülebilmesi bakımından esas alınmayan aracı kuruluş kayıtlarının sorumluluğa esas alınmasını anlamak mümkün değildir.

İkinci olarak, kaydi sisteme ve merkezi kayıt kuruluşuna (düzenleme olanağı, kuruluşu oluşturma ve denetim bakımlarından) egemen bulunan SPK'nun kayıtları yanlış tutulmuş olması nedeniyle doğacak zararlardan dolayı neden Sermaye Piyasası Kurulu'nun sorumlu tutulmadığını anlamak da mümkün değildir.

Üçüncü olarak, kayıtların yanlış tutulmuş olmasından doğan sorumluluğun; MKK, ihraççılar ve aracı kuruluşlar arasında “kusurları oranında” taksimi, uygulamada, “kayıtların yanlış tutulmuş olmasından” dolayı zarar gören hak sahiplerinin haklarını elde edebilmelerini fevkalade zora sokacaktır.

Dördüncü olarak, sorumluluk nedeninin sadece “kayıtlarının yanlış tutulmuş olmasına” inhisar ettirilmesi de hatalı olacaktır. Kayıtlar yanlış değil de, eksik tutulmuşsa, sorumluluk söz konusu olmayacak mıdır'

Nihayet, kayıtların yanlış (ve eksik) tutulmuş olmasından doğan sorumluluğun kusura bağlanması da vahim bir hukuki hatadır. Bu gibi durumlarda adil olan kusursuz sorumluluktur. Örneğin, devlet, tapu sicillerinin tutulmasından doğan tüm zararlardan kendisi (memurunun herhangi bir kusuru olsa da olmasa da) sorumludur. Eğer memurun kusuru varsa ödediği tazminat için ona rücu edebilmektedir. (MK. m. 917), işte burada da öyle bir objektif kusur sorumluluğu getirilmeli idi. Kayıtların iyi tutulmamasından veya yanlış tutulmasından Merkezi Kayıt Kurulu ile Sermaye Piyasası Kurulu müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalı ve kusurları varsa ihraççılara, aracı kuruluşlara ve diğer ilgililere rücu edebilmelidir.

g) Daha önce de belirtildiği üzere, kaydi sisteme geçirilmesi çok yararlı olmakla beraber Kanunun bu ek m. 10/A hükmü sakıncalar içermektedir. Bu maddenin gerekçesinde de belirtildiğine göre, İngiltere 1989 yılından beri bu sistemi kurmaya çalışmaktadır. Kanaatımızca

kaydi sisteme geçilmesi aceleye getirilmiş ve bu alanın uzmanlarının görüşleri alınmadan ek m. 10/A kanunlaştırılmıştır.

h) Nihayet, SP Kanununa eklenen md 10/A hükmü, yukarıda belirtilen tüm yetersizliklerine rağmen olduğu gibi bırakıldığından bu kez geçici m. 6. gereğince, 31.12.2000 tarihinden itibaren artık hisse senedi çıkarılması söz konusu olamayacağına ve bu tarihten önce çıkarılmış olan hisse senetlerinin de 31.12.2003 tarihine kadar ihraççı kuruluşlara, bunların yetkili kıldığı aracı kuruluşlara veya merkezi kayıt kuruluşuna teslim edilmesi zorunlu bulunduğu göre, SP Kanunu m. 7/4 fıkrasının sermaye artırımının Ticaret Siciline tescilinden önce hisse senedi çıkararak, halka verilmesini öngören ve bu haliyle Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) sistemine aykırı ve çok sakıncalı olan hükmünün yürürlükten kaldırılması gerekirdi.

Sonuç olarak maddedeki düzenleme Anayasa md 48. de düzenlenen “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı hükümlerine de aykırılıklar içerdiği gibi özel teşebbüs kurma özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Özellikle hamiline yazılı hisse senetlerinin teslim ile, nama yazılı hisse senetlerinin de ciro ile el değiştirmesini önleyen bu düzenleme Sözleşme Özgürlüğünü kısıtlamakta ve serbest piyasa ekonomisi koşul ve kurallarına aykırı düşmektedir.

Anılan yasal düzenlemeyle, MKK'nda meydana gelebilecek bir hatanın ve yolsuzluğun pay sahiplerinin haklarını tamamen yok edebileceği gözetilmemiştir. Bu düzenleme Anayasa “Mülkiyet hakkı” kenar başlığını taşıyan madde 35 de ifadesini bulan “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. / Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” hükmüne aykırıdır. Bu hakkı kısıtlayıcı hükümler içermektedir. Ülkemizdeki tüm şirketlere ait ortaklık paylarının tek merkezde toplanmak istenmesi şirketleri, yatırımcıları ve hak sahiplerini bürokrasinin insafına ve idarenin keyfiliğine terk eden bir düzenleme olmakla özünde Anayasanın ruhuna ve temel insan haklarını düzenleyen uluslararası metinlere aykırılıklar da vardır. Yine bu hak sınırlamaları m. 35 de ifade edildiği gibi ancak kamu yararı nedeniyle ve yine çıkarılacak kanunla olmaktadır. Daha aşağı bir metinle bunu düzenlemek mümkün görülmemiştir.

Bu nedenle, “kaydileştirme” öncelikle kamu menkul kıymetleri için yapılanlı, banka ve aracı kurumların fiktif repo yapmalarının önüne geçilmelidir. Kaldı ki, yatırımcı bazında “saklama” işlemlerine mevcut yasa hükümleriyle geçilmiştir. Yani yasal yetkisizlik söz konusu olmadığı halde, piyasanın %90'ının kaydi sistem dışında tutulması ve %10 gibi bir azınlık için yasal düzenlemeye gidilmesinin maksadı anlaşılamamaktadır. Böyle bir düzenleme, Anayasanın imkan ve fırsat eşitliği ilkesini hükme bağlayan m. 10 hükümlerine aykırılıklar içermektedir.

Diğer taraftan, MKK'nun kayda aldığı sermaye piyasası araçları (hisse senetleri vb.) üzerinde haklar oluşturmaları, bu hakları kaldırması veya sınırlamalar getirmesi gibi konuların kanunda açıkça belirlenmesi gerekirdi. Bu yetkilerin, çıkarılacak yönetmelikle Bakanlar Kurulu'na ve tebliğle SPK'na bırakılması hukukun temel ilkelerine ve Anayasa “Yasama yetkisi” yan başlığını taşıyan m. deki “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.” hükmüne aykırıdır.

MKK tarafından kayda alınacak hakların senede bağlanması mükellefiyeti ortadan kaldırılırken, hisse senedi ve pay devirlerinin nasıl yapılacağına ilişkin olarak kanunda yer verilmeyen yasal düzenleme yetkisi, çıkarılacak tebliğle SPK'ya bırakılmaktadır.

Ayrıca, üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesi için MKK na yapılacak bildirimin kimler tarafından ve nasıl yapılacağı hususunda da hiçbir açıklık bulunmadığı gibi, bu kayıtların “tapu kayıtları gibi” aleni olduğu yönünde bir hüküm bulunmaması, uygulamada pek çok hukuki ihtilaflara yol açabilecektir.

2) 4487 sayılı Kanun'un 2. maddesi Anayasa'ya aykırıdır:

Anılan (2.) madde aynen şöyledir; “ ...”

4487 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen Sermaye Piyasası Kanunu'nun 11. maddesinin 1., 2., 3., 4., 5. ve 9. fıkraları Anayasa'nın;

-“Yasama yetkisi” başlığını taşıyan 7'nci maddesine,

-“Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti”ni düzenleyen 48 inci maddesine,

-“Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesindeki “Demokratik Devlet” ilkelerine aykırıdır.

Söz konusu fıkralar, aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17 ve 23. maddelerine de aykırıdır.

Bilindiği gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17. ve 23. maddeleri şöyledir:

Madde 17 de yer alan; “1) Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır. 2) Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz” hükmü ile,

Madde 23- “1) Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.”

4487 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 11. maddenin belirtilen fıkraları ile halka açık olmayan ve SPK nun koyduğu niteliklerde bulunmayan 5 kişilik bir aile şirketinin hisse senetlerinin bir şekilde el değiştirmesi (ikinci el piyasa oluşması) halinde dahi, hiç ilgisi olmadığı halde böyle bir yolla halka açık anonim şirket sayılması sağlanmaktadır. Burada özellikle üzerinde durulması gerekli olan husus, halka açık şirketin hisse senetlerinin hangi oranda alındığı takdirde bir aile şirketinin halka açık sayılacağına Kanunda belirtilmeyip, SPK'nun takdir ve yetkisine bırakılmasıdır. Bu 5 kişilik aile şirketinin hisse senetlerinin bir şekilde 3. kişilere devri suretiyle el değiştirmesi dolayısıyla birdenbire halka açık şirket sayılması çok önemli bir olaydır.

Yasada; m. 11/3. Fıkra “Kurulca yapılan incelemelerde, bu Kanuna tabi ortaklıkların menkul kıymetlerinin ikinci el piyasasının oluştuğu anlaşıldığı taktirde, Kurul bu ortaklıkların (...) menkul kıymetlerine borsada işlem görme şartı getirebilir.” Hükmüne de yer verilmiş olup, ikinci el piyasanın oluşmasından neyin anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmemiş ve kişilik hakları ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanmıştır.

Vergi Kanunları veya diğer maddi yükümlülöklere ait konularda çıkartılmış kanunlarda vergi nispet ve miktarının alt ve üst sınırları açıklanmakta ve bu taban ve tavan arasında takdir hakkı Bakanlar Kurulu'na verilmektedir. Burada ise kişilik haklarına dokunan böyle bir olayda, hisse almak suretiyle kurulacak ortaklık oranının alt ve üst sınırları bile belirtilmeden oran

tespitinin ve “ikinci el piyasasının oluştuğu” olgusu tespitinin doğrudan doğruya SPK'na bırakılması Anayasaya aykırıdır.

Maddedeki ortaklık hisse oranının kanunla tayin edilmeyip bu yetkinin SPK'na devredilmesi ve ikinci el piyasasından neyin anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmemiş olması ve bir aile şirketinin birkaç hissesinin şu veya bu şekilde el değiştirmesi gibi sıradan bir işlemde dahi bu aile şirketinin menkul kıymetlerine borsada işlem görme şartı getirilmesi, Anayasa m. 7 hükmüne aykırılık oluşturur.

Bu maddenin 9 uncu fıkrasında “halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na başvurulmadan önce Kurul'un uygun görüşünün alınması zorunludur.”

hükmü yer almaktadır.

Halbuki bu konuda ana sözleşme değişikliğinin yapılacağı Genel Kurul'dan evvel Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan TTK hükümlerine göre ön izin alınmaktadır. SPK'yı hiç ilgilendirmeyen ve Genel Kurulun takdiri ile yapılan değişikliklerin idare organlarının takdirine ve onayına bırakılması bu suretle de şirketlerin, Genel Kurullarını yapamaz hale düşürüp organsız kalmaları, Anayasa m. 48 de yer alan “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” ile Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen m. 2 deki “Demokratik Devlet” ilkelerine aykırılıklar taşımaktadır.

Yapılan değişiklikle, ortak sayısı 250'den fazla olan anonim ortaklıklar “halka açık anonim ortaklık” olarak kabul edilmiştir. Fakat, 250'den fazla ortağı olduğunu tespit eden ortaklıklara “Kurul kaydına alınmak için başvuru” mecburiyeti getirilmekle beraber, ortaklığın bu müracaatından sonra SPK'nın bu başvuruyu ne kadar bir sürede değerlendirip nasıl bir işlem yapması gerektiği, Kurul kaydına ne kadar sürede alınacağı hususlarında bir belirleme yapılmamıştır. Yasanın değişiklik maddelerinde belirtildiği üzere ortaklıkların yerine getirmeleri gereken pek çok mükellefiyetleri varsa kurulun da sorumluluğunun belirlenmesi gerekirdi. Bir tarafa onca külfetler getirilirken karşı tarafa aynı doğrultuda, işlere ivme kazandıracak kurallar getirilmemiştir. Belli bir zaman geçtikten sonra başvurunun kabul edildiği, sükutun ikrardan geldiği, ikrar sayıldığı prensibi artık yasalarımıza yerleştirilmelidir. Halen ülkemizde yürürlükte olan kurallarda, “Başvuru ... süre içerisinde cevaplanmadığında reddedilmiş kabul edilir.” mantığı bu yasa da geçerliliğini sürdürmektedir.

Aslında yapılacak kısa bir incelemeyle tesbiti mümkün olan işler mevcut uygulamada Kurulun, yapılan müracaatları bir yıldan fazla bir zaman geçmesine rağmen değerlendirme yapmadan beklettiği basit bir soruşturma ile görülecektir. Bu bekletmenin hesabını vermesi Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın en tabii bir görevi ve sorumluluğu iken bu durumu kimse sormamakta ve istememektedir.

Kurul kaydına almanın belli bir süre içerisinde sonuçlandırılması mecburiyetinin konulması, ortaklığın biran evvel Kurul denetimine girmesi bakımından yararlı olacağı gibi, kayıt işleminin çabuklaştırılması halinde, şirket yatırımcılarının ve piyasanın zarar görmesi önlenmiş olacaktır.

Menkul kıymetlerin borsada işlem görmesi, ilgili şirketlerin temel politikalarıyla ilgili bir karar olup, bu karara idare organlarının müdahalesi serbest piyasa ekonomisi kurallarına,

İMKB Kotasyon Yönetmeliği ile TTK'nun genel hükümlerine ve nihayet Anayasa'nın demokratiklik ve teşebbüs özgürlüğü ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Belirtmek gerekir ki böyle bir düzenleme, şirketlerin zaman kaybına yol açacak ve SPK tarafından kolaylıkla kötüye kullanılabilecektir. Durum TTK ilkelerine ve akid serbestisine aykırıdır, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın yetkisini anlamsızlaştıracak çağ dışı bir değişikliktir.

Yasal yetkisi yokken, olmayan yetkiyi varmış gibi kullanan Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nun böyle bir düzenleme ile rekabet eşitliğini bozan veya siyasi nedenlerle bir şirketi kayına veya zora sokan işlemler yapması kuvvetle muhtemeldir.

Kanun ile düzenlenmesi gereken konuları, SPK'nun tebliğlerine bırakan bu madde tümüyle, Anayasa'nın

- “Yasama yetkisi” başlığını taşıyan 7 nci,

- “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlığını taşıyan 48 inci maddesi hükümlerine aykırıdır.

3) 4487 sayılı Kanun'un 3. maddesi Anayasa'ya aykırıdır. (Bu madde ile) Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12 nci maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilen altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir. “ ...”

Bu yeni düzenleme Anayasa'nın kişilik haklarını ve çalışma hürriyetini düzenleyen 48 ve 49 uncu maddelerine, Anayasa'nın, hak arama özgürlüğü ile ilgili 36/1 inci maddesine aykırıdır.

Şöyle ki, Yasanın m. 12/6. fıkrasında yapılan düzenleme ile mevcut hükümdeki “...4'üncü maddede belirtilen hususlara aykırı kararlar...” ibaresi kaldırılarak yerine “... bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar...” gibi çok genel bir anlamda düzenleme yapılmak suretiyle mala dayalı olanlar dahil her türlü vadeli işlem borsalarının, halka açık anonim ortaklıkların sermaye piyasası kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulları baskı altına alınmaktadır. Düzenleme tamamiyle bir keyfilik ve antidemokratik uygulama içermektedir. Bu düzenlemeyi Anayasanın kişilik haklarını ve çalışma hürriyetini düzenleyen hükümleriyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Bu fıkra 6'nın son cümlesinde yer alan “...Şirket, davanın açıldığını öğrendiği tarihi izleyen üç işgünü sonuna kadar durumu Kurula bildirmekle yükümlüdür.” ifadesindeki süre çok kısa olup tüm önemli işleri bir yana bırakarak bu yükümlülüğü yerine getirmek bile en az on günlük bir zamanı alır. Adli, idari veya cezai, hangi alanda olursa olsun davanın taraflarına bu kadar bir kısa sürede cevap hakkı tanınması, işlemi yerine getirme zorunluluğu söz konusu değildir. Basit bir günsüz ihzar işleminde dahi ihzar kesilen kişi, acil işleri var ise onları ayarlasın düşüncesi ile kendisine 48 saatlik bir süre tanınmaktadır. Buradaki iş o işlemten daha mı önemsiz ya da daha mı basit' Asla. O nedenle usul hukukundaki “makul bir süre” ilkesine ve özgür-makul ortamda savunma hakkı kullanımına ters düşmektedir.

Yürürlükten kaldırılan hükümde, yönetim kurulu aleyhine dava açıldığının öğrenildiği tarihten itibaren 10 gün içinde durumu Kurul'a bildirmekle yükümlü iken bu süre 3 işgünü olarak düzenlenmiştir. Sürenin kısaltılması haklı bir gerekçeye de dayanmamaktadır.

Maddedeki değişiklik Anayasa'nın hak arama özgürlüğü (m. 36/1) ve kişilik haklarını, çalışma hak ve hürriyetini düzenleyen (m. 48) hükümlerine tamamen aykırıdır.

4) 4487 sayılı Kanun'un 4. maddesi de Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan madde ile, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13/A maddesinin son fıkrası yeniden düzenlenmiştir.

Söz konusu (4.) madde şöyledir; “ ...”

Kanun'un bu hükmü Anayasa'nın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35/2 ve 3. fıkralarına, Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48/2. Fıkrası hükümlerine aykırıdır.

Şöyle ki; Burada getirilen kısıtlama sonucu özel girişimciliğe ve mülkiyet hakkına önemli bir müdahale söz konusudur. Zira zamanda meydana gelecek değer artışları nedeniyle bile olsa rehin gösterilen bir mal durağan bir borcun dışında bir başka mal için teminat gösterilememesi müteşebbisleri önemli ölçüde sıkıştırıcı olacaktır, hareket ve yatırım özgürlüğünü kısıtlayacaktır. O nedenle bu hüküm de Anayasa md 35/2 ve 3, m. 48/2 hükümleri ile MK da yer alan özel hukuk ilkelerine aykırılık içermektedir.

5) 4487 sayılı Kanun'un 5. maddesi Anayasa'nın 48, 49 ve 87. maddelerine aykırıdır.

Anılan madde şöyledir; “ ...”

4487 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15. maddesinin 1., 4., 5. ve 7. fıkraları Anayasa'nın,

-Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48.,

-Çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen 49.,

-Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini genel olarak düzenleyen 87. maddelerine aykırıdır.

Söz konusu (5.) madde, aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17 ve 23/1. maddelerine de aykırıdır.

Çünkü işbu (5.) madde ile kayıtlı olmayan A.Ş.ler ile kayıtlı olanlar arasında eşitsizlik meydana getirilmiştir. Bu eşitsizlik kayıtlı olmayan A.Ş.lerin lehine bir görünüm arz etmektedir. Bu durum rekabet şartını engelleyicidir. Zira Borsa şirketleri kâr dağıtamamakta, halka açık anonim ortaklık şeklinde bir yapı kazandırılmakta, ancak hisse senetleri borsada işlem görmeyen şirketlere göre daha fazla kaynak kullanma zorunda bırakılmaktadırlar. Dağıtılmayan kâr payları da hisse senedi fiyatlarına yansıtılmaktadır.

Halka açık anonim ortaklıkların hisse senetleri, borsada hisse senetleri işlem görmeyen şirketlere nispetle, hem Mayıs ayı sonuna kadar kâr dağıtmak, hem de dağıtılan kârları üzerinden gelir vergisini bir defada ödemek zorunda bırakılmışlardır. Böylece hem kâr dağıtımını hem de vergi ödemesi işlemleri halka açık şirketlerin kaynaklarını azaltmaktadır. Böyle bir durum da şirketleri kredi arayışına girmek ve kredi bulabilenleri de yüksek faiz ödemek zorunda

bırakacaktır. Bu durum da yeniden sermaye artırımına gitmelerine ve hisse senedi fiyatlarının düşmesine neden olacaktır.

Borsa şirketlerinden bazılarının kâr dağıtımı mecburiyeti getirilmesinde SPK'nın yetkili olması, benzer şirketler arasında farklılığa, rekabet eşitliğini bozucu etkilere yol açacaktır. Bir tarafta Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nca kayırılan, diğer tarafta Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nca zorlanan ve cezalandırılan şirketler grubu ortaya çıkacaktır. Bunun uygulamada pek çok örneği vardır (Mesela; Tire, Kutsan ve Kartonsan bunlara örnektir.)

Maddenin 1. fıkrasında getirilen değişiklikle Kanun'la düzenlenmesi gereken konularda Kurul'a serbest piyasa ve rekabet kurallarını ihlal edebilecek nitelikte keyfi kararlar alma ve tebliğler çıkartma yetkisini tanımaktadır. Bu da bir bakıma yasama yetkisinin bir başka kuruma devri ya da yetki gasbı demektir. Adı ne olursa olsun evrensel insan haklarına, girişim özgürlüğüne önemli bir müdahaledir ve Anayasa'nın yukarıda değinilen maddelerine aykırıdır.

1982 Anayasasında yasama yetkisi TBMM'ne bırakılmıştır. Kanunla düzenleme alanının konu itibariyle sınırlandırılmamış olması Anayasaya aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Anayasa sınırları içerisinde devletin hukuk düzeninin yaratıcısı yasama organı (TBMM)'dir. Bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyet alanı içine almaya veya devletin faaliyet alanı içindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir. İşte şimdi böyle bir önemli yetki ve düzenleme işi bu kanunun değişik maddeleriyle Bakanlar Kurulu'na ve de Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na bırakılmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış “mahfuz” bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da ifade eder... Yasama yetkisinin genelliği aynı zamanda, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelir. Hal böyle olunca SP Kanununda önemli değişiklikler ve eklemeler içeren bu 4487 sayılı Kanunda bu türlü mahfuz düzenleme yetkisi nasıl olur da yürütmeye ya da bir kuruma bırakılabilir' (E.Özbudun, s.162,163, 1989)

Maddenin 4. Fıkrasında; “Halka açık anonim ortaklıklar, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırladıkları mali tablolarında yer alan kârlarından temettü avansı dağıtabilirler.” denilmektedir.

TTK'nun bilânço ve gelir tablosunun kabulüne ve kârın dağıtılmasına ilişkin olup, bu madde hükmüne aykırı olan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilirken, kanunun bu maddesi ile gerekçesi arasında açık çelişkiler bulunmaktadır. Temettü avansı dağıtımı piyasalarda beklentilere dolayısıyla da spekülasyona yol açabilecektir. Bu nedenle yetkilerin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na bırakıldığı bir tebliğle düzenlenmesi yerine, kârın dağıtım tarihleri, dağıtım oranı, kapsamındaki şirketlerin tanımı gibi kavramların çok net bir şekilde Kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Temettü avansı dağıtımı piyasada beklentilere ve dolayısıyla spekülasyonlara yol açabilecek bir düzenlemedir. Fiyat hareketlerinde şiddetli dalgalanmalara yol açabilecek bir beklenti olduğundan yararı yanında zararlarının da değerlendirilmesi gerekirdi. Dağıtım tarihleri, dağıtım oranı, kapsamdaki şirketlerin kimler olacağı çok net olarak ortaya konulmamıştır. Fıkra, Anayasa'nın m. 48, 49 hükümleri ile TTK'nun bu konuda ilke ve kurallarına aykırılık içermektedir. O nedenle de bu müphem hükmün iptali gerekmektedir.

Madde 15/5. Fıkrası son cümlelerinden birisinde “Kurul, yasalardan kaynaklanan yükümlülüklerin doğruluk incelemesi dahil bilânço ve gelir tablolarını denetleme ve düzeltmeye yetkilidir” denilmektedir.

İşte bu hüküm ile SPK'na Vergi Usul Kanunu'na aykırı olarak şirketlerin anılan işlemlerin inceleme/düzeltilme yetkisi verilmesi, TTK (m.360-362) uyarınca Şirketin Genel Kuruluna tanınmıştır. Bilânço düzenleme/değiştirme görev ve yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na kullanılması yönüne gidilmesi, ülkemizdeki kanun sistematığı ve ekonomide serbestleşme/globalleşme hedeflerinden uzaklaşılarak Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın tek başına “iktisadi iktidar” yetkileri ile donatılmakta olması Anayasanın 87. maddesine ve genel kabul görmüş hukuk kurallarına aykırıdır.

M.15/7. Fıkrasında; “Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz.” denilmektedir.

Maddede esas alınan ölçü “... emsallerine göre...”dır. Emsal kavramı ise herkese göre değişen subjektif bir ölçüdür. Hukukta kurallar genelde objektifliği sağlayıcı niteliktedir. Liberal-demokratik toplumlarda her hukuk kuralı istikrarı, güveni sağlama amacıyla konulur ve bu niteliği taşımalıdır. Ama bu arada yoruma oldukça müsait bir durum vardır. O nedenle keyfi uygulamaya müsait olan bu ifadenin, eşit şartlarda yarışmak isteyen girişimcileri ürkütücü olduğundan fıkradan çıkarılması (iptali) gerekir.

6) 4487 sayılı Kanun'un 10. maddesi Anayasa'ya aykırıdır; iptal edilmelidir.

Söz konusu (10.) madde şöyledir; “...”

4487 sayılı Kanun'un çerçeve 10. maddesiyle, Sermaye Piyasası Kanunu'nun yeniden düzenlenen 22. maddesinin (1-c), (i), (j), (r), (v) ve yeni eklenen son fıkraları, Anayasa'nın;

-“Hukuk Devleti” ilkesini düzenleyen 2.,

- Devletin temel amaçları ile ilgili 5.,

-“Egemenlik” kavramını tanımlayan 6.,

-“Yasama Yetkisi” ilkesini düzenleyen 7.,

-“Mülkiyet” hakkını düzenleyen 35.,

-“Çalışma ve sözleşme hürriyeti” ile ilgili 48.,

maddelerine aykırıdır.

Şöyle ki;

Yasanın 10'uncu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin anılan fıkralar hükümleri, özellikle son fıkrasında yer alan hüküm Anayasa m. 2 de yer alan “Hukuk Devleti” ilkesine, Devletin temel amaçları ile ilgili m.5'e, m.6'daki “Egemenlik” kavramına ve m.7'deki “Yasama Yetkisi” ile bu yetkinin devredilemezliği ilkelerine, m.35'deki “Mülkiyet Hakkı” hükümlerine, m. 48'deki “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” ile ilgili hükümlerine aykırıdır.

Azınlık hakları: Tasarıyla halka açık şirketler için azınlık payı tanımı %5 olarak kabul edilmektedir. Azınlık payı sahipleri sadece TTK'nun tanıdığı hakları kullanabilecekleri için ilave bir hak tanımı veya bir yenilik getirilmemiştir. Mevcut azınlık haklarına ilişkin hükümler etkin kullanılmadığı gibi azınlığın şirket faaliyetlerini engelleyici ve kötü niyetli kullanımlara da yol açması söz konusudur. Bu olumsuzluk nedeniyle hassas bir konu olan azınlık payları konusunda çoğunluk paylarının da rıza gösterebileceği ve küçük yatırımcıların yönetimde temsilinin sağlanabileceği birikimli oy kullanımı kanuna eklenmesi gerekirdi. Bu tür bir düzenleme piyasanın etkinliğine katkı sağlayacak ve borsayı da dinamik bir sürece sokacaktı. Uygulama ve piyasa koşulları yönünden olumsuzluklara neden olacak Anayasa'ya aykırı bir şekilde düzenlenmiş bu maddeye maalesef mevcut sakıncaları giderici böyle bir hüküm de konulmamıştır.

7) 4487 sayılı Kanun'un 15. maddesi, Anayasa, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır:

Anılan (15.) madde şöyledir; "..."

Bu düzenleme,

a) Anayasa'nın;

- "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" ile ilgili 48.,

- "Mülkiyet Hakkı" ile ilgili 35.,

- "Dernek Kurma Hürriyeti"ni düzenleyen 33.,

b) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'nin aynı doğrultuda hükümler içeren 20/1 - 2 ve 23/1.,

c) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (A.İ.H.S.)'nin Dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11/1.,

maddelerine aykırıdır.

Şöyle ki;Bu madde tümüyle ve özellikle 6. fıkrada yer alan "Sermaye Piyasası kurumlarının pay devirlerinde Kuruldan izin alınması zorunludur. Bu fıkra göre izin alınmadan yapılan devirler pay defterine kaydolunamaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür."

Maddede yer alan hükümler Anayasanın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48., "Mülkiyet Hakkı" yan başlığını taşıyan 35. ve "Dernek Kurma Hürriyeti"ni düzenleyen 33. maddelerine aykırı olduğu gibi İHEB de aynı doğrultuda hükümler içeren maddelere de aykırıdır. Zira maddede yer alan tüm faaliyetlerde Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın izni ve kararı aranmakta ya da faaliyet alanlarını o belirlemektedir ki, bu buyurgan ve yönlendirici durum anılan ilkelerle önemli ölçüde çelişki arz etmektedir.

8) 4487 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 40/B maddesinin 1. fıkrası da Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan fıkra şöyledir; “...”

İşbu fıkra hükmü;

a) Anayasa'nın,

- Dernek Kurma hürriyetini düzenleyen 33.,

- Mülkiyet hakkını düzenleyen 35.,

- Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48.,

b) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20.,

c) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü ile ilgili 11.,

maddesine aykırıdır.

Şöyle ki; Burada da ekonomik faaliyetlere önemli ölçüde bir müdahale ve girişimciliği engelleyici durumlar vardır. Şöyle ki; fıkradan da anlaşılacağı üzere burada Aracı Kuruluşlar Birliği tamamen SPK'nın vesayetinde olacaktır. SPK'nın her dediğine uyacak, onun kararları dışına çıkamayacak ve hiçbir kararında bağımsız ve özerk olamayacaktır. Böyle bir durumda bu tür bir Birliğin kurulmasına da gerek yoktur. SPK zaten her türlü yetkiye sahip olduğundan ikinci bir kurul ihdas etmenin bir anlamı da bulunmamaktadır. Binaenaleyh bu hüküm ve düzenleme Anayasanın teşebbüs özgürlüğüne (m.48/1 ve 2) ve mülkiyet hakkıyla ilgili m. 35 ile tüzel kişiliklerin kurulup çalışmasıyla ilgili m. 33'e aykırılıklar içermektedir. Bu yüzden söz konusu hükmün iptali gerekir.

9) 4487 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 40/C maddesinin 5. ve 6. fıkraları Anayasa'ya aykırıdır; iptal edilmelidirler. “...”

Bu ... fıkralar,

a) Anayasa'nın;

- Hak arama hürriyetini düzenleyen 36.,

- Temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40.,

b) İHEB hak aramayla ilgili 8.,

c) AİHS'nin, hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan 17.,

maddesine aykırıdır.

Zira burada beşinci fıkroda da yine kanunla düzenlenmesi gereken bir husus, yasama yetkisine sahip bulunmayan bir kurula bırakılmaktadır ki, bu da Anayasanın bu alandaki ilkelerine aykırıdır.

Fıkra 6 da, Kurul tarafından yapılan işlemler hakkında nihai olarak acaba kurulca verilen ve itiraz üzerine verilecek kesin kararlar aleyhine yargı yolu açık mıdır, değil mi' Açık ise bu yargı mercii neresidir, adli mi, idari mi' Bu da yine belli değildir. Böyle bir belirsizlik ise Anayasa'daki savunma hakkını -dolaylı da olsa- engelleyici nitelikte olup Anayasa'ya aykırıdır.

...

10) 4487 sayılı Kanun'un 21. maddesi de Anayasa'ya aykırıdır:

Anılan (21.) madde şöyledir: “...”

İşbu (21.) maddeyle yapılan düzenleme;

a) Anayasa'nın;

- Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48.,
- Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10/3.,
- Kişinin dokunulmazlığını, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17.,
- Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38/5. maddesi ile,

b) İHEB'in 7. ve 8.

c) A.İ.H.S.'nın 6. maddesinin 1. ve 2 (b) fıkrası hükümlerine aykırıdır.

Zira bu maddenin eski 1. fıkrası son cümlesindeki “Kanunun uygulanmasıyla sınırlı olarak incelemeye yetkilidirler” ibaresi metinden çıkarılmış ve Kurul hukuk devletinde hiçbir surette kabul edilemeyecek yetkilerle donatılmıştır. Kurula; teftiş ve denetlemede hukuk dışı yetkiler verilmekte, TTK'nun, Bankalar Kanunu'nun ve Vergi Kanunları ile özel yasalardaki gizlilik ilkelerine tamamen aykırı, keyfi denetim ve müdahale imkanları tanınmaktadır. Çeşitli yasalarımızda tutulması emredilen ticari defter ve belgelerin, 3 ay gibi çok uzun bir süre Kurul denetim elemanlarının elinde kalmasını sağlayacak düzenleme, şirketleri belli beyannameleri veremez, kayıtlarını yapamaz duruma düşürecektir.

Ayrıca yapılacak incelemenin, şirketlerle ilişkisi olan özel ve tüzel kişilere ve 3. şahıslar ile bağlı kuruluş ve iştiraklerine kadar götürülmesi ve incelemeye hiçbir yasal sınırlama konulmamış olması ve yazılı ifade zorunluluğu getirilmesi temel insan haklarına ve Anayasanın 48. maddesine açıkça aykırılıklar içermektedir.

Kanuna örnek gösterilen ülkelerde halka açık ortaklıkların mali tablolarının denetimi “bağımsız dış denetçiler” tarafından yapılmaktadır. Buna ilişkin benzer bir hüküm SP Kanunu m.22'de mevcuttur. Halka açık ortaklıkların dış denetimi bu madde uyarınca zaten SPK'nun uygun gördüğü bağımsız dış denetim kuruluşlarınca yapılmak zorundadır.

Bu durumda halka açık anonim ortaklıklar;

- Maliye Bakanlığı vergi denetim elemanlarınca “vergi memurlarınca”,

- Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarınca “Sermaye Piyasası Kanunu ve Vergi Kanunları” yönüyle denetlenirken

- Ayrıca, yine Sermaye Piyasası Kanunu gereğince dış denetim kuruluşları ve denetçileri tarafından denetlenecek,

- Aynı zamanda TTK hükümlerine tabi oldukları için de Ticaret Bakanlığı denetçileri,

- İş müfettişleri,

- Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kurulu,

- Dış işlemleri nedeniyle de kambiyo kontrolörleri,

- Ve diğer bakanlıkların denetim elemanlarınca da zaten denetlenmektedirler.

Böylece halka açık anonim ortaklıkların yoğun bir hesap verme ve denetimden geçme işlemlerinden vakit bulabilirse, zaman ayırabilirlerse asli iş ve iştilal konularıyla uğraşabileceklerdir.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarınca istenilen defter ve kayıtların adı geçen kuruluşlar tarafından ibraz edilmesi elbette ki gereklidir. Ancak yeni hükümlerle bu mecburiyet iştirakleri ve ilişkide bulundukları gerçek ve tüzel kişileri de kapsar hale getirilmiş ve istenilen bilgi ve belgelerin hangi sürede ne kadar zaman içinde verine getirilmemesi veya getirilememesi halinde sulh ceza mahkemesinden arama talebinde bulunacağı hususları açıklığa kavuşturulmamıştır.

İstenilen bilgilerin hazır hale getirilmesi için şirketlerin faaliyetlerini aksatmayacak bir süre ile mücbir sebeplerin oluşabileceği durumlar dikkate alınmamıştır.

Ayrıca yine burada, istenilecek bilgilerin kapsamı ve sınırları da belirlenmemiştir. O nedenledir ki, gelen denetim ve teftiş elemanlarınca denetlenen firmalardan her gün bir evrak, bir dosya istenilebilecek ve denetim uzayıp gidecektir.

Vergi Usul Kanununun 14'üncü maddesi, vergi muamelelerinde mükelleften bilgi istenirken 15 günden az süre verilemeyeceğini amirdir. Bu madde ile diğer kanunların benzer maddeleri arasında uyum bulunmamaktadır. On günden önce hazırlanması fiilen imkansız olan bilgilerin bir gün içinde veya hemen istenmesi, bir bakıma halka açık ortaklıkların cezalandırılması ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın sınırsız bir şekilde verilmiş yetkisini kötüye kullanmasına yol açıcı bir özellik taşımaktadır. Denetim asli değil, istisnai bir uygulamadır. Aslolan şirketlerin faaliyetlerinin aksatılmaması, denetimin de asli faaliyetlerin aksatılmamasını sağlayacak şekilde yapılması gerekirdi. Denetim işleri dolayısıyla şirketin harcayacağı zaman süreci dikkate alınarak, denetim ve inceleme alanlarının sınırlarının belirlenmesinde ülke ekonomisi açısından ihtiyaç vardır.

Bu maddeye göre “mahkemeden arama talebinde bulunma yetkisi” inceleme elemanının takdirine bırakılmış durumdadır. Böylesine önemli bir konuda, hangi hallerde bu yola başvurulacağının kanunda açık ve net bir şekilde belirlenmesi ve düzenlenmesi gerekirdi.

Ayrıca inceleme elemanının gereksiz ve hatalı arama talebinde bulunması halinde, şirketin uğrayacağı maddi ve manevi zararlardan dolayı inceleme elemanının tazminat ödeme sorumluluğunun ve bu sorumluluğun sınırlarının belirlenmiş olması gerekmektedir. Yetki ve sorumluluğun aynı yönde ve dengeli bir şekilde düzenlenmemiş olması yani külfet-nimet dengesinin kurulmaması, Anayasa'ya aykırılığı oluşturur.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), halka açık ortaklıklara ait bilgilerin yatırımcılara aktarılmasına aracılık eden bir kuruluştur. Bir ortaklık hakkında arama kararı alınması talebinde bulunulması ve bunun kamuoyuna bildirilmesi halinde, şirket ve daha çok da yatırımcı zarara uğrayacaktır. Bilgi vermeyen şirketlerin borsadaki işlemlerine ara verilmesi şeklinde, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından yapılan, bu arada elindeki menkul kıymetini satmak istediği halde satamaması nedeniyle yatırımcıya zarar veren bir uygulama ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Manüplasyon ve insider trading (iç bünyedeki bilgileri rakip firmalara sızdırma) işlemlerinin önlenmesi için arama yetkisi isteniyorsa, bunun yalnızca sermaye kurumları ile sınırlı tutulması gerekir. Denetim alanının genişletilmesi, halka açık anonim ortaklıklara ve yatırımcılara zarar vereceği gibi, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarının takdirine bırakılan hususlar nedeniyle yine keyfi uygulamalar da söz konusu olabilecektir.

Bu madde hükmünde yer alan arama ve el koyma keyfiyeti, temelde ve genelde CMUK hükümlerinden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. El konulan önemli evrak üç ay gibi uzun bir süre el altında tutulmaktadır ki, halka açık şirketler için çok sakıncalı bir süredir. Geçen zaman içerisinde şirket ne yapacaktır' Yeni defterler ve dosyalar mı oluşturacaktır' Basın malzemelerine bile el konulduğunda bunun hakim kararına bağlanması ve kısa sürede işlemin sona erdirilmesi emredilmektedir. Aksi halde doğacak sorumluluklar kime ait olacaktır'

Ülkemizde mahkemelerin nasıl çalıştığı, yoğun işleri arasında bunları onaylama veya iade etmede o kadar yoğun işi arasında nasıl zaman bulacağı düşünüldüğünde yasada yer alan üç aylık süre yetmeyecektir. Maddenin 4. fıkrasında "... üç ay içerisinde sonuçlandırılarak..." denilmektedir. Belge ve defterler üzerindeki inceleme bu sürede sonuçlandırılmaz veya sonuçlandırılmaz ise nasıl bir prosedür uygulanacaktır' İşte bu ve benzeri mahzurlar içeren madde ve fıkraları hukukun temel ilkelerine, mülkiyet hakkına, Anayasa'nın 17 ve 48. maddelerine, CMUK'un "Arama-elkoyma" ile ilgili 86. ve diğer hüküm ve ilkelerine aykırılıklar taşımaktadır.

Burada yapılan düzenlemeyle getirilen arama önlemleri CMUK'da istisnai olarak sıcak takipte kullanılan, başvuru bir arama ve el koyma yöntemidir. Normal koşullarda ve özellikle de ev ve işlerinde aramaların hakim kararına bağlandığı, bu aramanın gündüzleri yapılabileceği, ivedi durumlarda bu yetkiyi savcının da kullanabileceği ifade edilmektedir. Oysa burada, yasada hiç anılmayan, yargı teşkilatında yeri olmayan mülki amire dahi bu önemli konuda arama emri verme yetkisi tanınmıştır ki, bu durum Anayasa'ca tanınan özel hayatın gizliliği ile CMUK da (m.95 vd.) ayrıntılı olarak belirlenen arama-elkoyma ilkelerine ters düşmektedir. İstisnai bir durum kural haline getirilmektedir. (Ayrıca bak; B.Öztürk ve arkadaşları, s.702 vd., 1999; A. Şafak-V. Bıçak, s. 142 vd. 1999)

Maddeden de anlaşılacağı üzere Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın denetim yetkileri düzenlenmektedir. Maddenin bu halinden ve hükmünden de anlaşılacağı üzere Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanları ilgililerden ifade alabilecekleri ve ilgililerin de bilgi vermek ve tutanakları imzalamak zorunda oldukları hükmü de vardır. Anayasa m.38/5. fıkrasında

ifadesini bulan; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Evrensel ilkesine aykırıdır. Bu nedenle madde Anayasaya ve İHEB hükümlerine aykırıdır.

Maddenin son fıkrasında yer alan hükme bakıldığında uzmanların mahkeme kararı ile arama yapabilecekleri vurgulanmaktadır. Ülkemizde genellikle hemen hemen tüm hakimler tabandan gelen talep yazıları doğrultusunda olumlu karar verir, işin neden ve niçinlerini sormaz ve aslında sormaya da vakti yoktur. Arama ve el koyma sonunda bir şey çıkmayabilir ama bir kere “Şirket merkezi aranmıştır ve de evrakına el konulmuştur.” şeklinde SPK Bültenlerinde yer alan haberin sermaye piyasası ve rekabet ortamında vereceği zararın boyutları telafi edilemez büyüklükte olacak ve bu işlem şirketin iflasına dahi yol açabilecektir.

11) 4487 sayılı Kanun'un 22. maddesi Anayasa'nın birçok maddesine aykırıdır, mutlaka iptal edilmelidir:

Anılan (22.) madde aynen şöyledir: “ ...”

4487 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle, yeniden düzenlenen (SPK) m. 46'nın 1. fıkrası; a, c, f, g, h, i ve j bentleri ile 3, 4 ve 5 inci fıkraları hükümleri;

a) Anayasa'nın;

- Başlangıç kısmı altıncı paragrafı hükmüne,
- M. 2'de yer alan “... demokratik hukuk devleti” ilkesine,
- Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5.,
- Egemenlik konusunun düzenlendiği 6/3.,
- Yargı yetkisini düzenleyen 9.,
- Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” hükmünün yer aldığı 11/2.,
- Kişi hürriyeti ve güvenliğine yer verilen 19/1.,
- Mülkiyet hakkının düzenlendiği 35.,
- Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığını taşıyan 48.,
- Mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddeleri ile,

b) İHEB'nin 8. ve 10.,

c) A.İ.H.S'nin 5. ve 6. maddelerine;

aykırıdır.

Zira; oldukça uzun bir biçimde düzenlenen bu maddenin bazı bentleri daha önce Yüksek Mahkemenizce Anayasa aykırı bulunarak iptal edilmesine rağmen bu son kanunlaştırmada (taknin içinde) de aynı hükümlerde yeniden ısrar edilmiştir. Şöyle ki;

Kanun m. 22, SPK m. 46/1-(c)'de görüldüğü üzere şirketlerin ve sermaye piyasası kurumlarının, "... kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için ..." Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na dava açma yetkisi verilmektedir. Mahkemenizce iptal edilen metinde "... sermayenin azaltılması..." ibaresi yerine "... işletme sermayesi ve kaynaklarının azaltılması..." ibaresi bulunmaktaydı. Binaenaleyh hüküm değiştirilmemiş aksine genişletilerek Kurula daha geniş yetkiler verilmiştir. Böyle bir düzenleme ise Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır; iptal edilmelidir.

M. 46/1-(g) bendinin önceki biçimi de iptal edilmişti. Yeni metin de yine sermaye piyasası kurumlarının mevzuat ve esas sözleşmeye aykırılıkları halinde yöneticilerinin imza yetkilerinin kaldırılması, faaliyetlerinin geçici veya sürekli durdurulmasını düzenlemektedir. İptal edilen metinde halka açık anonim ortaklıklar sözü var iken yeni metinde bu kurumlar çıkarılmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na bu hüküm ile her türlü tedbiri alma salâhiyeti tanınmıştır. Adeta bir bağımsız mahkeme gibi, kişilerin ehliyetlerini kısıtlayabilmektedir. Elbette kişilerin sorumsuzca hareketleri, vatandaşları zarara sokabilir. İşte buna bir son vermek gerekmektedir. Ne var ki, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na kullanılacak bu yetkilerin somut ve objektif ölçülere bağlanması ve bu yetkilerin yargı yolu ile kullanılması daha yerinde olacaktır. Şöyle ki, metni yukarıya alınan m. 46/1-(g) bendi hükmüne göre, sermaye piyasası kurumlarının yetkilerini kaldırmaya Kurul yetkili kılınmıştır. Ayrıca Kurula altı ay içinde dava açmak ve takip yapmak sureti ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz isteme yetkisi verilmiş ve halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarına gözlemci gönderme hakkı tanınmıştır.

O nedenlerledir ki, m. 46/1-(g) hükmü Anayasanın m. 9, 12, 13 ve 48 hükümlerine aykırılıklar içermektedir.

Aynı tespitler ve aykırılıklar m. 46/1-(h) bendi için de söylenebilir. Burada da yine yasa ile tanınan yetkilerin SPK'ca kullanılmasında yargı mercilerine başvurma zorunluluğu getirilmiştir. İflas veya tasfiye kararı alımında alınacak tedbirler konusunda yargı kararının aranmasında yarar bulunmaktadır.

Yine Anayasada yer alan kurallar, temel insan hakları ile ilgili evrensel ilkelere aykırı düşen m. 46/1-(i) bendinde de mevcuttur. Bu bentte insider trading (bir şirketle ilgili bilgileri, elemanlardan birisinin rakip şirkete ulaştırması), manüplasyon, izinsiz aracılık, emniyeti suiistimal, örtülü kazanç dağıtımı ve karşılıksız repo suçlularına işlem yapma yasağı getirilmektedir. Kişilere özgürce işlem yapabilme hakkını sınırlayıcı kuralların getirilmesi işlemi, herkesin yasaların imkan tanıdığı konularda ticaret ve iş yapabileceği evrensel hukuk kurallarına ve Anayasa m.48'e aykırıdır.

Maddenin (i) bendi bazı fiilleri işleyenlere borsalarda işlem yasağı getirmektedir. Evrensel hukuk kurallarına aykırı olan bu maddenin çıkarılması gerekmektedir. Herhangi bir suçu olan kişiye yasalarda yazılı cezalar verilir ama aynı kişiye işlem ve ticaret yasağı getirme bir bakıma kişiye bir daha nefes aldırma, hayat hakkı tanımamadır. Oysa cezadan amaç fiilin yol açtığı zararı imkan ölçüsünde gidermek ve suçluyu topluma kazandırmaktır. Burada şunu

da belirtmek gerekir; hem bu bent hem m. 47/C bendi hükümlerine bakıldığında kişi çifte cezaya çarptırılmaktadır. Bu durum Penoloji siyasetine aykırıdır.

Bu madde 22 (SPK m. 46)/1. fıkranın (j) bendi tümüyle iptal edilmelidir. Zira Kanunun 22 (SPK m. 46/1-(a) bendi ile “Kurula kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleri ile izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya, kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya ve takip yapmaya...” denilerek Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na yetki verilmektedir.

Bu değişikliklerle halka açık anonim şirketlerin eli kolu bağlanmaktadır. Yukarıda bahsedilen ve Kurula verilmek istenen ihtiyati haciz isteme yetkisi İİK ile düzenlenmiştir. Bir kişi veya kurum hakkında ihtiyati haciz istenebilmesi için, taraflar arasında her şeyden önce borç alacak ilişkisi bulunması, karşı tarafın borcunu eda etmemesi, borçlu tarafın borcunu ödemeyeceğinin ispat edilmiş olması veya borçlunun mallarını kaçırma ihtimalinin bulunması gerekir.

Bu maddenin yukarıda belirtilen 3.fıkrasında yer alan önleyici tedbirler, kapatma ve geçici olarak faaliyetten men etme... gibi işlerin icrasını yargı mercii yerine mülki amire bırakmak da yine idarenin keyfi davranmasına neden olabilir. Anılan işler tamamiyle hukuki sorunlar olup bunları çözmeye de o yerde varsa asliye ticaret mahkemesi, yoksa o yer asliye hukuk mahkemesi yetkili olmalıdır. O nedenlerledir ki, maddenin bu fıkrası yargılama birliği ilkesine ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin bu arada ekonomik faaliyetlerinin kısıtlanmasının ancak yargı kararı ile olabileceğine dair genel hukuk ilkelerine aykırıdır. Ayrıca mülki amirin bu tür müdahaleci işlemlerine karşı hangi yargı mercii önüne gidilecektir' İşte bu da belli değildir. Neticeten bu fıkra pek çok yönden Anayasaya aykırıdır.

Maddenin 4 üncü fıkrasında yer alan;

“Bu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri uyarınca yetkileri kaldırılan görevliler, haklarındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar Kurulun izni olmadıkça hiçbir sermaye piyasası kurumunda imzaya yetkili personel olarak çalıştırılmazlar.”

Hükmünde altı çizili kısımda yer alan yaptırım kadar ağır bir yaptırım yoktur. Zira Türkiye'de yargılama sürecinin nasıl işlediği, davaların, özellikle de hukuk davalarının ne kadar, kaç yılda sonuçlandığı herkesin malumudur. Belli bir zamanla sınırlı olmayan bu tür bir sınırlı ehliyetli durum hem kişisel özgürlüklere, insan haysiyetine aykırı hem de MK'da yer alan şahsın hakları ve kişinin tasarruf ehliyetinin sınırlandırılması ilke ve koşullarına aykırı bir durumdur. Bu ağır ve belli bir zamanla sınırlandırılmayan yaptırımın iptali gerekmektedir.

Bu maddenin Anayasaya aykırılığı derecesini ve kişi hakları ile ülke ekonomisi bakımından vahametini ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na verilen yetkilerin keyfiliğini belirtmek için aşağıdaki hususları açıklamakta yarar vardır:

Yapılan değişiklik ile SP Kurumlarının yanı sıra halka açık anonim şirketler de bu madde kapsamına dahil edilmiştir. Şirketlerin mali durumlarının ciddi surette zayıflamakta olması halinden müstakil olarak genel ve belirsiz bir ifade ile her türlü mevzuat, ana sözleşme hükümlerine aykırılık halinde bu şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin ve genel kurullarınca seçilmiş organlarının imza yetkilerini kaldırmak ve yerlerine, süresini tayin, değiştirme,

azletme hakları sadece Kurula verilmektedir. Mahkemedeki duruşma sonuna kadar genel kurulca seçilmiş kişilerin yetkisine haiz üyeler tayin etmek suretiyle şirketleri sahiplerinin elinden almaya Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) sahip ve yetkili kılınmıştır.

Bir şirket, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğlerinde yer alan bildirim yükümlülüğünü bir gün geç yapsa bu eylem 2499 sayılı Yasa'nın 47. maddesine göre suçtur ve ağır para cezası yaptırımına tabidir. Böyle bir ihmali gecikme üzerine Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), hemen savcılığa suç duyurusunda bulunacak, kovuşturma başlatıldıktan sonra yargılamanın sonuçlanmasına kadar Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) derhal şirketin bütün yasal organlarını yönetim kurulu üyelerini azledecek yerlerine kendi adamlarını tayin ederek mülkiyet hakkını ihlal edecektir.

Açılan dava sonunda şirketin sahipleri olan yönetim kurulu üyeleri ya beraat edecek ya da bir miktar yüklü para cezasına mahkum olacaklar. Fakat ne yazık ki sonuçta şirketler elden gidecektir. Sonuçta Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), bütün yurt ekonomisine hakim bugün hiçbir devlet organında mevcut olmayan yetkilerle donatılmış bir diktatörlük olacaktır. Üstelik Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), bu yetkilerini bir şirket için çok uzun bir süre, 6 ay boyunca kullanacaktır.

Bu madde hükmü;

- Anayasanın Başlangıç kısmının “Her Türk vatandaşının medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu” yolundaki altıncı fıkrası hükmüne,

- Anayasa'nın m. 2'de yer alan “... demokratik bir hukuk devleti” ilkesine,

- Anayasa'nın m.5'de yer alan; “Devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaştırmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmaya görevli olduğuna” dair hükmüne,

- Anayasa'nın m.6/3 “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” hükmüne,

- Ceza davalarında suçluyu tespit ve tedbir kararını almak görevinin davanın suç duyurucusu ve müdahili, hukuk davalarında davacısı yani taraflardan biri olan Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na verilmesi karşısında Anayasanın “Yargı yetkisi Türk Milleti adına Bağımsız Mahkemelerce kullanılır” diyen 9. maddesi hükmüne,

- Anayasanın “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” hükmünü taşıyan m. 11/2. fıkrası hükmüne,

- Anayasa'nın m.19/1'deki “Herkes kişi hürriyet ve güvenliğine sahiptir” hükmüne,

- Mülkiyet hakkının düzenlendiği m. 35'e,

- Anayasanın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığı taşıyan ve “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” diyen 48. maddesine,

- Mahkemelerin bağımsızlığına tecavüz teşkil eden hükümleri dolayısıyla Anayasanın “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlığını taşıyan 138. maddesi hükmüne aykırıdır.

12) 4487 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile yeniden düzenlenen, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46/A maddesinin 1., 3. ve 7. fıkraları Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan fıkralar şöyledir: “...”

İşbu fıkralar, Anayasa'nın;

- TBMM'nin görev ve yetkileriyle ilgili 87.,

- Vergi ödevini düzenleyene 73/3-4.,

maddelerine aykırıdır.

Çünkü yukarıya alınan SPK m. 46/A-1 fıkra ile 7. fıkradaki hükümlere göre fona katılma mecburiyeti ve bu katılmadaki oranları belirlemenin “... ve risk durumları itibariyle ayrı ayrı belirleyeceği oranlar üzerinden ödeme yapılmasını ...” hükmü pratikte keyfiliğe neden olucu bir durum taşımaktadır. Fona katılma da bir tür vergi ödeme gibi bir zorunluluk ise bunun Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) bırakılması yerine tıpkı diğer fonlara katılım paylarının belirlenmesinde olduğu gibi yasa ile düzenlenmesi kaçınılmazdır. O nedenledir ki, gerek zorunluluk gerekse fon payı belirleme Anayasanın bu alandaki hükümlerine ve en azından m. 87 ve m. 73/3 hükümlerine aykırılıklar içermektedir.

13) 4487 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle, (Sermaye Piyasası Kanunu'nun) yeniden düzenlenen 46/B maddesinin 3. fıkrası Anayasa'ya aykırıdır:

“Tedricî tasfiye” başlığını taşıyan madde 46/B'nin 3. fıkrası şöyledir: “.....”

İşbu fıkra hükmü,

a) Anayasa'nın;

-Tüzel kişilikler ile ilgili 33.,

-Temel hak ve hürriyetlerin niteliği ile ilgili 12.,

-Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili 13. maddelerine,

b) İHEB'nin 6. ve 7. maddelerine,

c) A.İ.H.S'nin 5, 11/2 ve 15. maddelerine,

aykırıdır.

Zira burada da Anayasanın tüzel kişilikler ile ilgili m.33 hükümleri ile kişilerin ehliyetlerinin ancak yargı kararı ile kısıtlanacağına dair m. 12 ve 13 hükümlerine de aykırılıklar vardır.

14) 4487 sayılı Kanun'un 25. maddesi de Anayasa'ya aykırıdır:

Çerçeve 25. madde ile, Kanun tekniğinden uzak, Anayasa'ya aykırı ve karmakarışık bir düzenleme yapılmıştır.

Söz konusu (25.) madde aynen şöyledir: “...”

Bu düzenlemenin bilhassa;

B) 1. Bu Kanuna göre Kurul veya Kurul tarafından görevlendirilenlere istenecek bilgileri vermeyen veya eksik veya gerçeğe aykırı olarak verenlerle; defter ve belgeleri bu görevlilere ibraz etmeyen, saklayan, yok eden veya bunların görevlerini yapmalarını engelleyenler,”

Madde 25/son fıkra (SPK m. 47/2): “Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz” hükümleri,

a) Anayasa'nın;

- Hak arama hürriyetiyle ilgili 36.,

- Kanuni hakim güvencesiyle ilgili 37. maddelerine,

- Suç ve cezalara ilişkin 38. maddesinin 1., 2., 4. ve 6. fıkralarına,

- Yargı yolu ile ilgili kuralları düzenleyen 125/1. maddesine,

b) İHEB m. 7, 8 ve 10 hükümlerine,

c) A.İ.H.S. m.5 ve 6'ya

aykırı düşen hükümler içermektedir.

Cezalarla ilgili olarak 4487 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile SPK m.47'ye getirilen ve yukarıya aktarılan fıkra ve bentleri ile Anayasa'nın “Kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olmaz.” ilkesi ihlal edilmiştir. Ayrıca suç ve cezaların kanuniliği ilkesi TCK'nun ilk iki (1 ve 2) maddesinde düzenlenen hükümleri de ihlal edildiği görülür. Zira TCK m. 1/1. fıkroda “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”

Suç ve cezaların kanuniliğinin amacı, kişi özgürlük ve güvenliğini teminat altına almak, iktidarın keyfiliklerini önlemektir. İşte böyle bir durumda kişinin hareketi kuralın suç olarak düzenlediği soyut tanım içine giriyorsa cezalandırılacak, aksi halde cezalandırılmayacaktır.

Suç oluşturan bir fiilin kanun tarafından tanımlanması sonucu kişi hak ve özgürlüğünün, devlet iktidarını kullananlar ise yetkilerinin sınırlarını bilecek, özgürlük ve yetkilerinin sınırları aşıldığında da suç işlenmiş olacaktır. Kişi yararı da suç ve cezaların kanuniliğini gerektirmektedir. Nitekim uygulamada liberal devletler katı kanunilik ilkesini uygulayarak tercihlerini kişi özgürlüğünden yana yapmaktadırlar. Otoriter devletler “sosyalist düzene

yönelik tehlike”, “ceza normunun prensipleri, halkın saf ve salim duygusuna karşı hareket” gibi çok daha esnek bir kanunilik ilkesi benimseyerek toplumsal düzenin korunmasından yana bir yol izlemektedir.

Ayrıca bilindiği gibi bir ceza normunu bir fiile kıyas yolu ile uygulamak yasaktır. Hakim fiil hakkında hüküm bulamadığı zaman boşluğu benzer bir olaya uygulanan hüküm ile dolduramaz...” Anayasanın 115 ve 124 üncü maddelerinde Yasama organı ikincil alanların ve yasaların uygulanması durumunu tüzük ve yönetmeliklere bırakması demek yürütmenin suç ve ceza tespit edeceği anlamına gelmez. Yasama Organı, yürütme organına veya idareye cezasını kendisi bizzat koyarak yetki vermemiş ise, yürütme organı suç ihdas edemez veya suç normunu tamamlayan bir düzenleme yapamaz.

Ayrıca ceza kanunlarının uygulanmasını göstermek üzere Bakanlar Kurulu veya diğer kamu kurum ve kuruluşları kendiliklerinden tüzük veya yönetmelik gibi bir tasarrufla ceza kuralı koyamazlar. Hatta Türk pozitif hukukunda Hükümet, Kanun Hükmünde Kararname ile dahi bir suç ve ceza belirleyemez. Böyle bir düzenleme geçmişte Anayasaya aykırı bulunarak Anayasa Mahkememizce iptal edilmiştir. (Ayrıca bkz. D. Soyaslan, s. 198-204, 1998)

Bu maddede belirlenen suçlar somut bir şekilde tanımlanmamış, standart ve formlara aykırılık genel ve özel kararlara uymamak gibi, soyut tanımlara yer verilmiştir. SPK'nın genel ya da özel nitelikli kararlarına aykırılığın, yargı kararına dayanmaksızın suç oluşturması Anayasa “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” yan başlığını taşıyan Madde 38/1 ve 2. fıkralarında yer alan “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.”

Ayrıca maddenin 47/A fıkrasında yedi bent içerisinde sayılı fiillere aykırılık halinde 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile 25 milyar liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Ekonomik suça bu kadar ağır hapis cezası verilmesinin hiçbir mantığı yoktur. Bu hüküm diğer özel ceza yasalarındaki benzer hükümlere göre çok daha yüksektir. Bu suçu düzenleyen TCK'nun m. 510 da hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçu için belirlenen “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası hükmüne göre oldukça yüksektir. Maddenin eski halinde tespit olunan ceza bir yıldan üç yıla kadar olup, hem makul seviyede idi ve hem de TCK ile uyumluydu. Bu nedenle maddenin eski haliyle kalması yerinde olacaktı. Ama aceleyle getirilen bu düzenleme eşit suça eşit ceza kuralının da ihlaline neden olmuştur.

Bu SPK m. 47/A-5'in düzenlenmesinde fiilin “takibi şikayete bağlı suç” tanımına uygun ve şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmesi ve şikayetin geri alınması halinde davanın düşeceği hükmünün eklenmesinde yarar bulunmakta idi. Zira girmeye çabaladığımız AB ülkelerinde, mali konularla ilgili bu tür suçların ve faillerinin kovuşturulması hep şikayete bağlanmıştır. Yatırımcıyı zarara uğratan ve takibi şikayete bağlı suçlar cümlesinden sayılmaktadır.

Değişiklik yapılan 47'nci maddenin tüm fıkralarında suçu işleyen gerçek kişilerle birlikte, “Tüzel kişilerin yetkilileri” de cezalandırmaktadır. Bu hüküm suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gibi, hak ve nesafet kurallarına da aykırıdır. Bir şirket görevlisinin işlediği bir suçtan, bütün şirket yetkililerinin sorumlu tutulması hukukla, uluslar arası

metinlerde (İHEB ve İHAS'da) yer alan kurallarla ve Anayasa hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Anayasanın m. 37 ve özellikle m. 38/1, 4, 6 hükümlerine aykırıdır, o nedenle de bu fıkra ve bentlerin iptali gerekmektedir.

Yine bu maddenin yukarıya alınan son fıkrasında bilinmeyen bir kısım cezalardan söz edilmektedir. Bir diğer ifadeyle idare sanki yapacağı iç düzenlemeyle hem idari türden bir suç belirlemekte hem de bunlara bir ceza koymaktadır. Bu cezanın neler olduğu da o anda belli değildir.

İşte bu cümleden olarak m. 47/2. fıkrasında yer alan; “Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz.” ifadesinde meçhul bir ceza konulmuş olmaktadır. Zira “... temin edilen menfaatin...” ne olduğunu şu anda kimse söyleyemeyeceği gibi suçun meydana geldiği anda da söylemek mümkün değildir. Şayet bu bir tazminat ise o zaman yasal düzenlemenin cezalarla ilgili kısmında neden yer verilmiştir’ Ceza koyma ve cezalandırma siyasetine tamamen aykırı bir hükümdür.

15) Kanun'un 26. maddesi de Anayasa'ya aykırıdır:

26. madde ile Sermaye Piyasası Kanunu'na, idari para cezalarını düzenleyen 47/A maddesi eklenmiştir.

Yapılan ekleme şöyledir: “...”

26. madde ile Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 47/A maddesinin bilhassa 1., 2. ve 5. fıkraları açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Yukarıda kaydedildiği gibi anılan fıkralar şöyledir:

“MADDE 47/A.- 1. fıkra: Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından 2 milyar liradan 10 milyar liraya kadar para cezası verilir.

2. fıkra: idari para cezalarının uygulanmasından önce ilgilinin savunması alınır. Savunma istendiğine ilişkin yazının tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde savunma verilmemesi halinde, ilgilinin savunma hakkından feragat ettiği kabul edilir.

5. fıkra: Bu cezalar ilgililere tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Yatırımcıları Koruma Fonu'na ödenmediği takdirde bu Fon tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil olunur ve Fona irat kaydolunur.”

Bu (1., 2. ve 5.) fıkralar,

a) Anayasa'nın;

- Kanuni hakim güvencesiyle ilgili 37. maddesine,

- Suç ve cezalara ilişkin 38. maddesinin 1., 3. ve 8. fıkralarına,

- Yargı yolu ile ilgili kuralları düzenleyen 125. maddesinin 1. fıkrasına,

b) İHEB; m. 7, 8 ve 10 hükümlerine

c) A.İ.H.S., m. 5, 6 ve 7'ye;

aykırıdır.

Çünkü bu m. 26 ile Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen ek m. 47/A ile Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) idari para cezası koyma ve bu cezaları uygulama yetkisi tanınmıştır. Bu durumda idare bir yandan işlemler hakkında hem ceza belirlemekte ve hem de bu cezaları uygulamaktadır. Oysa Anayasa'nın anılan maddelerinde ve uluslararası metinlerde ceza koyma işi ancak Kanunla olacağı hükmü yer almaktadır. Bunun uygulanması, kesilmesi işi ise idareye verilmektedir. Yasanın tümünde ve bu maddesinde yer yer geçen cezalara karşı itiraz yolu açık mı değil mi' Bu belirtilmemiştir. Dolayısı ile hak arama özgürlüğüne de bir açıklık kazandırılmamıştır.

Cezanın uygulanmasının şartı; SPK'ca yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara, Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket etmektir. Bu ek madde hükmü ile Kurula son derecede geniş yetkiler tanınmıştır. Belirlenen standart ve formlara aykırılığın ne olduğu belli değildir. Ayrıca Kanunda açıkça tanımlanmayan fiiller de cezalandırılmış olacaktır. Kurulun genel ve özel nitelikteki kararlarının ne olacağı önceden belli olmayıp tamamen Kurulun o andaki tespit ve takdirlerine bırakılmış bir durum arz etmektedir.

Daha önceki maddelerde de belirtildiği üzere hukuk metinleri karşısında maddenin anılan fıkralarının iptali cezalandırma siyasetinin, suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin bir gereğidir.

16) 4487 sayılı Kanun'un Çerçeve 30. maddesinin 3. fıkrası ile, yine aynı Kanun'un 28. maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen “Geçici madde 3” maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan Kanun'un Geçici 3. maddesi şöyledir: “...”

Çerçeve madde 30 ise yürürlük maddesidir.

30. maddenin iptali istenen 3. fıkrasına göre 4487 sayılı Kanun'un ücretle ilgili hükümleri 1.1.2005 yılında yürürlüğe girecektir. Böylece ücretle ilgili haksız uygulamalar 1.1.2005 tarihine kadar devam edecektir.

Halbuki bu düzenleme;

Anayasa'nın;

- “Kanun önünde eşitlik” ilkesini düzenleyen m.10/2 ve 3.

- “Çalışma hakkı ve ödevinin” düzenlendiği 49/1 ve 2.

- “Ücrette adaletin sağlanması” ile ilgili 55/1 ve 2. maddelerine,

İHEB'nin 1 ve 2. maddelerine aykırıdır.

Burada, yasama organınca farkedilen bir yanlışlık, SPK çalışanlarına, emsallerine nazaran ücret bakımından önemli bir ayrıcalık içeren; (2499 Sayılı SPK md. 28/a fıkrasındaki) hüküm bu kez 13. madde ile düzenlenmiştir. Eşit işe eşit ücret ve ücrette adalet ilkelerine uygun hale getirilmiştir.

13. madde ile yapılan bu düzenleme, geçici 3. madde ile getirilen hükümle çarpıtılarak “13. maddeye göre, yani en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dahil ücretlerini geçmemek üzere belirlenen ücretle, halen almakta oldukları ücretler arasında aleyhte bir fark doğarsa, bu farkın hiçbir vergi ve kesintiye gidilmeden fark kapanıncaya kadar tazminat olarak ödenmesi şeklinde, diğer kamu personelinden ayrıcalıklı, gayrı adil bir uygulamanın devamı sağlanmıştır.

13. maddeyle getirilen düzenleme geçici 3. maddeyle fasit kılınmıştır. Bu gayrı adil uygulamanın belli bir süre sonra, yani aradaki farkın kapanmasıyla sona ermesi söz konusu olduğundan, hem kanun yapma tekniğiyle, hem eşitlik ve adalet kavramlarıyla, hem de kamu vicdanıyla bağdaştırılamayan “yürürlük” başlıklı 30. maddenin 3. fıkrasıyla Kanun'un “13. madde ve geçici 3. maddesi 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girer” hükmü getirilmek suretiyle, eşitlik ve hukuk dışı uygulamanın 5 yıl daha devamı garanti altına alınmak istenmiştir.

İşte burada açıkça kanun koyucunun amacını aşma, yanlış kanun yapma söz konusudur. Zira hem bir yanlışlık düzeltiliyor hem de eski yanlış olan uygulamaya beş yıl gibi uzun bir süre daha hayat hakkı, uygulanma şansı tanınmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu'nda uygulanmakta olan ücret sistemi doğru ise, Kanun'un 13. maddesiyle bu uygulamaya niçin son verilmek istenmiştir'

Kanun'un 13. maddesiyle getirilen uygulama doğru ise, geçici 3. madde ile “halen almakta oldukları ücretlerle, 13. maddeye göre belirlenen ücretler arasındaki farkın tazminat olarak verilmesi” hükmü niçin getirilmiş, bu da yeterli görülmeyerek, TBMM Genel Kurulu'nda verilen bir önerge ile Kanun'un 30. maddesindeki yürürlük tarihi bu maddeler için 01.01.2005 tarihine niçin ertelenmiştir'

En yüksek Devlet memurunun her türlü ödemeleri dikkate alınarak tespit edilen ücret üzerinden belirlenecek ücret dahi yetersiz görülen SPK Başkan ve üyeleri, bu maddeler hükümleriyle Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesine aykırı bir şekilde, diğer kamu görevlilerine göre “mümtaz ve imtiyazlı bir sınıf” haline getirilmektedirler.

Bu Kanun hükümleriyle imtiyazlı sınıf haline getirilen SPK Başkan ve üyeleri ve diğer personeliyle, asgari geçim standardının altında belirlenen “asgari ücretle” çalışanlar ve ilk dönem için %15 olmak üzere yıllık %25 zamma layık görülen diğer kamu çalışanlarını kıyaslamayı bir tarafa bıraksak dahi, Kanun'un bu maddelerinin uygulaması SPK içindeki ücret adaletsizliğinin 5 yıl daha devamına ve pek çok haksızlıklara yol açacaktır.

II. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI SEBEPLERİ

1) 4487 Sayılı Kanun'un 1., 2., 10., 15., 20., 22. ve 26. maddelerini, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi Anayasa'nın birçok maddesine açıkça aykırıdır.

2) Bu (1, 2., 10., 15., 20., 22. ve 26.) maddelerin uygulanması halinde hem bütün Küçük ve orta Büyüklükteki işletmelerin hem de tüm Milli Ekonominin

Esas Sayısı : 2000/8

Karar Sayısı : 2003/104

telafisi imkansız zararlar göreceği hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak kadar açık ve kesindir.

3) Bu maddeler, Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki birçok kararına da aykırıdır.

4) Söz konusu maddeler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi halinde, hukukumuzda önemli bir boşluk meydana gelmeyecektir.

5) İşbu maddeler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilmeyip de bilahare iptal kararı vermek gerektiğinde, iptal kararı büyük ölçüde etkisiz kalacaktır.””