

"...

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

".

II. GEREKÇELER

1) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nın 110 uncu Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendindeki "gibi" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6362 sayılı Kanunun "Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik" başlıklı 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde "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 halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" fiilinin güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturacağı hükme bağlanmıştır.

Yapılan bu düzenlemede suç teşkil eden fiilin tanımı yapılırken belirtilen örtülü işlemler "gibi" işlemlerde bulunmak da suç kapsamına alınmıştır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun ve bu Kanunun yürürlükten kaldırdığı 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun suç saydığı "örtülü kazanç dağıtımı" bir vergi hukuku kavramıdır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu bu kavramı Kurumlar Vergisi Kanunundan almıştır. Bu kavramın yer aldığı yürürlükteki 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13üncü maddesinde "örtülü kazanç dağıtımı", "gibi" ibaresi yer verilmeksizin açık bir şekilde tanımlanmıştır. Bu maddedeki tanıma göre "Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla dağıtılmış sayılır". Görüldüğü üzere bu tanımda "gibi" ibaresi kullanılmamıştır. Ancak 2499 sayılı Kanun "örtülü kazanç dağıtımı" kavramını 5520 sayılı Kanundan değil, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 03.06.1949 tarihli ve 5422 sayılı eski Kurumlar Vergisi Kanunu'ndan almıştır. 5422 sayılı Kanunda da "örtülü kazanç dağıtımı", "gibi" ibaresi kullanılmaksızın açık bir şekilde tanımlanmıştır. 5422 sayılı Kanunun "Örtülü Kazanç" başlıklı 13üncü maddesinde "şirket kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı, vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa kazanç örtülü olarak dağıtılmış sayılır" hükmü yer almaktadır. Bu hükümde de "örtülü kazanç dağıtımı"nın tanımı, "gibi" ibaresi kullanılmaksızın yapılmıştır. Mehz Kanun olarak isimlendirebileceğimiz Kanunda bile yer almayan iptali istenilen ibarenin, ceza hükmü olarak bir başka kanunda kullanılması "kanun yapma tekniği"ne aykırılığın zorunlu bir sonucu olarak "hukuk devleti ilkesi" ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 38 inci maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçların kanuniliği", üçüncü

fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezaların kanuniliği" ilkesi öngörülmüştür. Anayasanın 38 inci maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.

İptali istenilen "gibi" ibaresi ile bireylerin hangi örtülü işlemin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağını öngörmesinin mümkün olmadığı kuşkusuzdur.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin hukuk güvenliği ilkesini tanımladığı 07.02.2008 günlü ve E.2005/38 K.2008/53 sayılı kararında, "Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar." denilmiştir.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

Bu nedenle de iptali istenilen "ibare", Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Kanunun 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "gibi" ibaresi Anayasanın 2 nci, 38 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

2)06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 123 üncü Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasındaki "... ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 123 üncü maddesi "Kurul Karar Organının Çalışma Esasları" başlığını taşımakta ve Kurul Karar Organının Çalışma Esaslarını 6 fıkra hâlinde tadat etmektedir.

(7) numaralı fıkra ise, Kurul üyeleri dâhil personelin uyacakları mesleki ve etik ilkeleri düzenlemek üzere yönetmelik çıkarılacağını öngörmektedir. Ancak bunun yanı sıra Kurul üyeleri, Kanunun aynı maddesinde çalışma usul ve esasları sayılmasına rağmen, kendi çalışma usul ve esaslarına ilişkin, "diğer hususlar" adı altında Kanunda açıkça sayılmamış olan bazı

hususları da, kendi kararı ile çıkarılacak yönetmelik kapsamında belirleyeceğine dair bir tür "yetki" almaktadır.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralı yer almaktadır. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Bununla birlikte, yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık, özel ihtisas ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Ancak iptali istenilen kuralla verilen yetki, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, objektif bir düzenleme yetkisi olmayıp, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Dolayısıyla 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 123 üncü maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki "... ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar ..." ibaresinin Anayasanın 7 nci maddesine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir.

3) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 126 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 126 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin ilk cümlesindeki kesin ifadenin, yeni yasal düzenlemenin gerektirdiği ihtiyaçlardan çok, mevcut durumu kapsadığı görülmektedir. Zira Sermaye Piyasası Kurulu hâlihazırda on iki daire başkanlığı ile faaliyetini sürdürmektedir. Sermaye Piyasası Kurulunun, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kendisine verilmiş görevlerini yerine getirmek üzere, daire başkanlığı sayısı dışında, yapacağı teşkilatlanmanın esaslarının belirlenmediği, mevcut daire sayısının yarısı olan 6 daire başkanlığının daha ihdas edilebileceği, ancak ihtiyacın ne zaman ortaya çıkacağını belli olmadığı, mevcut daire başkanlıklarının yanısıra, kurulacak olanlarının da faaliyet alanları ile görev ve yetkilerinin neye göre belirleneceğinin açıkça ifade edilmediği de görülmektedir.

Özel kanunlarla kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında teşkilatlanmaya ilişkin esaslar, hizmet özelliklerine göre (danışma, denetim ve yardımcı) kurulacak birimler, görev, yetki ve sorumlulukların kuruluş kanununda açık ve kesin biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu konuda muhtelif tarihlerde verdiği çok sayıda kararları bulunmaktadır. Bunlardan 18.01.1996 günlü ve E: 1995/25, K: 1996/2 sayılı kararda, "... yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakmaması gerekir" denilmiş; 24.01.2007 günlü ve E: 2005/95, K: 2007/5 sayılı bir başka kararında da,

"Anayasanın 124 üncü maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabilirler.

Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasanın 7 nci maddesine aykırı düşer"

denilmiştir.

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 126 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Kurul Karar Organının teklifi ve ilgili Bakanın onayı ile bu sayının yarısını geçmemek kaydıyla yeni daire başkanlıkları oluşturulabilir, sayısı on ikinin altına düşmemek kaydıyla mevcut daire başkanlıkları kapatılabilir, birleştirilebilir veya görev ve yetkilerinin bir kısmı yeni kurulacak daire başkanlıklarına verilebilir. Hizmet birimleri, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilere uygun olarak Kurul Karar Organının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir" şeklindeki ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 129 uncu Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki ".raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar." İbaresini ile ".ilgili bakana." İbaresinin ve 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki ".her yılın haziran ayı sonuna kadar." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanunun "Stratejik planlama ve performans esaslı bütçeleme" başlıklı 9 uncu maddesi ile "Faaliyet raporları" başlıklı 41 inci maddesi hükümlerine tâbi olmadıklarından, uzun süreli stratejik plan, yıllık performans programı ve idarelerinin yıllık faaliyet sonuçlarını gösteren faaliyet raporu hazırlamaları zorunlu tutulmamış; dolayısıyla Sayıştay'ın düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet raporlarını denetlemesi öngörülmemiştir.

Ancak, 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun "Şeffaflık ve hesap verebilirlik" başlıklı 129 uncu maddesinde,

"(1) Yıllık faaliyet raporu, raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar Kurulun internet sitesinde yayınlanır ve ilgili Bakana gönderilir. Kurul, faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verir.

(2) Kurul, ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hâllerde Bakanlar Kuruluna bilgi verir.

(3) Kurul tarafından yapılan düzenlemeler, değişiklikleri de içerecek şekilde sürekli olarak güncellenmek suretiyle Kurulun internet sayfasında yayınlanır.

(4) Kurulca hazırlanacak süreli raporların biçim ve içerikleri ile usul ve esasları Kurulca belirlenir."

denilirken;

"Kurulun bütçesi, harcama ve işlemlerinin denetimi başlıklı 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrası,

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

şeklinde kurallaştırılmıştır.

Yukarıdaki hükümlere göre, Sermaye Piyasası Kurumunun faaliyetlerine ilişkin olarak Haziran ayının sonuna kadar, önceki yıla ait aldığı kararlar ile yaptığı ikincil düzenlemelerin ve bunların ekonomik ve sosyal etkilerinin analiz edildiği ve Kurulun performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılarak değerlendirildiği faaliyet raporu hazırlayarak Kurulun internet sitesinde yayınlaması ve ilgili Bakana göndermesi öngörülmektedir. Kurul ayrıca, faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna ve ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hâllerde ise Bakanlar Kuruluna bilgi verecektir.

Bu bağlamda, SPK'nın şeffaflık ve hesap verebilirliğinin sağlanabilmesi için performans programı ve faaliyet raporları hazırlaması öngörülmesine rağmen, hesap verme yükümlülüğü TBMM'ye değil, yürütme organına karşı imiş gibi söz konusu faaliyet raporunu yasama organı yerine ilgili Bakanlığa sunması öngörülmüş ve faaliyet raporunun internet sitesinde yayınlanması öngörülmekle birlikte, Kurulun faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna vereceği bilgiler kapsamında, Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden denetlenmesinin önüne geçilmesi için faaliyet raporunun, diğer kurumlarda olduğu üzere Nisan yerine, Haziran ayı sonunda düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 87 nci maddesinde TBMM'ye Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek görevi verilirken; 160 ıncı maddesinde ise Sayıştaya, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak görevleri verilmiştir.

5018 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, 5018 sayılı Kanunun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali yönetim ve kontrolünü kapsayacağı; 12 nci maddesinin ikinci fıkrasında, merkezî yönetim bütçesinin 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşacağı; beşinci fıkrasında ise, düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesinin, özel kanunlarla kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesi olduğu kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, Sermaye Piyasası Kurulu, merkezi yönetim bütçesi kapsamındadır ve Anayasanın 160 ıncı maddesine ve 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine göre, Sayıştay denetimine tabidir.

Sermaye Piyasası Kurulunun hesap verme yükümlülüğünün gereği olarak performans programı ile "Faaliyet Raporu" düzenlemesi öngörüldüğü ise, faaliyet raporunun ilgili Bakanlığa sunulmak üzere değil, TBMM'ye karşı olan hesap verme yükümlülüğünün gereği olarak Sayıştaya sunulmak üzere Nisan ayının sonuna kadar düzenlenmesi ve Kurulun faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna vereceği bilgiler kapsamındaki "bütçe hakkı" kapsamındaki denetiminin, "denetimin bütünlüğü ilkesi" bağlamında Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden gerçekleştirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Kanununun 129 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki ".raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar ." ibaresi ile ". ilgili Bakana ." ibaresinin ve 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki, ". her yılın haziran ayı sonuna kadar ." ibaresinin Anayasanın 87 nci ile 160 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmeleri gerekir.

5) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 130 uncu Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Bu Kanunun amacı, kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere, kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolü düzenlemektir" şeklinde ifade edilen amaca ilişkin 1 inci maddesinden de anlaşılabileceği gibi, 5018 sayılı Kanun kamu mali yönetiminin işleyişi ve kontrolünü düzenlemektedir.

Bu Kanunun kapsamına ilişkin 2 nci maddesi,

"Bu Kanun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali yönetim ve kontrolünü kapsar. ...

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, bu Kanunun sadece 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68, 76 ve 78 inci maddelerine tabidir"

hükmünü içermekte ve Kanunun sayılan maddeleri bakımından düzenleyici ve denetleyici kurumları kapsadığı görülmektedir.

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu" ile kurulan Sermaye Piyasası Kurulu'nun 5018 sayılı yasaya tabi olup olmadığı hususu açık ve belli edilmiş değildir. 5018 sayılı Kanuna sadece Kurul bütçesinin hazırlanması ile kabulüne ilişkin olarak 130 uncu maddenin birinci fıkrası ile aynı maddenin altıncı fıkrasında atıf yapılmaktadır.

130 uncu maddenin "Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esasları, 5018 sayılı Kanunun Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir" şeklinde düzenlenen altıncı fıkrasının kurgusu son derece ilginçtir. "Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esasları"nın düzenleneceği

ve Kurulca çıkarılacak olan yönetmelikte "5018 sayılı Kanununun Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere" kaydından da anlaşılabilirliği gibi, 5018 sayılı Kanunun Kurulun tabi olduğu hükümlerinin dikkate alınacağı izlenimi yaratılmıştır. Ancak bu fıkra söz edilen "demirbaş ve varlık satışı" hususunun 5018 sayılı Kanunun 46, "bütçe uygulaması" hükümlerinin 20-29, "giderlerin yapılması"nın 31-35 ve iç denetim ile ilgili hususların da 55-67 nci maddelerinde düzenlendiği, bu maddelerden sadece kamu yatırım projelerine ilişkin 25 inci madde hariç, hiçbirine düzenleyici ve denetleyici kurumların, dolayısıyla Sermaye Piyasası Kurulunun da tabi olmadığı görülmektedir. Bu durumda 5018 sayılı Kanunun bu fıkra kapsamındaki herhangi bir düzenleme için geçerli olmadığı; aslında 130 uncu maddenin birinci fıkrası da göz önüne alınarak yapılacak bir değerlendirmede Sermaye Piyasası Kurulunun 5018 sayılı Kanunun sadece Kurul bütçesinin hazırlanması ile kabulüne ile ilgili 12nci, 15 inci, 17 nci ve 19 uncu maddelerine tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda (3) numaralı başlık altında da belirtildiği üzere; Anayasa Mahkemesinin 24.01.2007 günlü ve E: 2005/95, K: 2007/5 sayılı kararında,

"Anayasanın 124 üncü maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabilirler.

Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasanın 7 nci maddesine aykırı düşer"

denilmiştir.

Bu nedenle temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren 130 uncu maddenin (6) numaralı fıkrası, Anayasanın 7 nci maddesine ve Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesine aykırı bir düzenleme olduğu için de Anayasanın 153 üncü maddesine aykırı olup iptali gerekir.

6) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nın 137 nci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasındaki "grev ve" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun iptali istenilen 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "Bu kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz" hükmü ile borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yasağı getirilmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda borsalar ve sermaye piyasaları için grev yasağı yer almazken, Sermaye Piyasası için çıkarılan özel bir kanunda böyle bir yasağa yer verilmesinin; işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlemeleri, bu çözüme ulaşmak için de işçilerin gerektiğinde greve başvurma hakkının ellerinden alınması anlamını taşıdığı çok açıktır.

Uluslararası sözleşmelerde de işçilerin en etkin mücadele aracı olan grev ve lokavt hakkı Anayasanın 54 üncü maddesinde düzenlenmiş ve işçilerin "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması hâlinde grev hakkına sahip" olduğu kabul edilmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında, "grev ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz" denilerek kullanma yasakları tüketici biçimde sayılmış, dördüncü fıkrasında ise, "Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Grev uygulaması iş sözleşmesinden doğan bir edimin işçiler tarafından toplu olarak belirli bir süre için yerine getirilmemesidir. Bu eylem Anayasanın 54 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığı sürece, Anayasal güvenceden yararlanmaktadır.

6362 sayılı Kanunun 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrası ile bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller gösterilmeden söz konusu kuruluşlar, yerler ve faaliyetler için grev yasağı getirilesi özgürlüklere yönelik bir sınırlama olduğundan iptali istenilen "grev ve" ibaresi Anayasanın 54 üncü maddesine açıkça aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal devlet, bireyin huzur ve gönencini gerçekleştiren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma yaşamının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına egemen olan görüşe göre de, sosyal devletin görevi, kişinin onurlu bir yaşam sürdürmesi ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmesi için gerekli koşulları oluşturmak, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti, sosyal gönenci, sosyal güvenliği ve toplumsal dengeyi sağlamaktır.

Anayasanın 49 uncu maddesinde öngörülen "çalışma hakkı", bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde "Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir." denilmiştir.

Bu kurallar, çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini koruma mücadelelerinin temel bir anayasal değer olarak kabul edildiğini göstermektedir. Bu mücadelenin temel araçlarından biri olan grev hakkı sınırlanırken yukarıdaki Anayasal

kurallar gözetilmemiştir. Bu nedenle iptali istenilen "grev ve" ibaresi Anayasanın 2 nci ve 49 uncu maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri iptali istenen ibare bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında ".sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın "demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını" aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi olan 13 üncü madde içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde gözönünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer.

Diğer taraftan kısıtlama ile yürütülen hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması gerekmektedir. Böyle bir bağ kurulmadan getirilen grev yasağının, temel hakkın özüne dokunulamayacağını öngören Anayasanın 13 üncü maddesine de uyarlık göstermeyeceği de açıktır.

Bakanlar Kurulu'nun 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı kararnamesi ile yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde bu Sözleşme'ye taraf Devletlerin "Her ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılmak kaydıyla, grev hakkı"nı güvence altına almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere grev hakkı, tüm çalışanları kapsayan bir hak olarak Türkiye'nin de onayladığı uluslararası bu sözleşme ile güvence altına alınmış, sadece bu hakkın kullanılmasının her ülkenin yasalarına uygun olması ve dolayısıyla "anayasanın üstünlüğü ilkesi" uyarınca devletin hukuk kuralları içinde en yüksek kural olan Anayasaya uygun olarak kullanılması öngörülmüştür. Anayasanın 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasında ise "Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz" denilerek grev hakkının kullanılma yasakları tüketici biçimde sayılmıştır.

Hal böyle iken iptali istenilen ibare ile,borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grev tümüyle yasaklanmıştır. Bu nedenle İptali istenen ibare, grev hakkını güvenceye alan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile bağdaştırılması mümkün bulunmayan bir düzenleme olduğundan Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

Uluslararası hukuk açısından durum açık ve tartışmasızdır: Sermaye Piyasalarında ve finans sektöründe grev yasaklanamaz. Kesin ve toptan yasak, sendika özgürlüğünün uluslararası ilke ve kurallarıyla bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "grev ve" ibaresi Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 49 uncu, 54 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) a) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 138 inci Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının İlk Paragrafı ile (a), (b) ve (c) Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir.

138 inci maddesinin (6) numaralı fıkrası ile (a), (b) ve (c) bentlerinin tamamına ilişkin düzenlemenin, milli gelirin kullanılması ve dağılımında adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini karşılamadığı, "sosyal hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğundan ve Hazineye ait kaynakların satış, bedel vb. bir karşılığa bağlamaksızın özel hukuk tüzel kişilerine "bedelsiz" olarak aktarılmasında herhangi bir kamu yararının da bulunmaması nedenleriyle Anayasanın 2 ncive 5 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

b) 138 inci Maddesinin (11) Numaralı Fıkrasının "Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı yüzde ellinin altına düşüncüye kadar kendisinin ve iştiraklerinin her türlü hesap ve işlemlerinin denetimi yalnızca, Kurulun listesindeki bağımsız denetim kuruluşları arasından Hazine Müsteşarlığı tarafından seçilecek bir bağımsız denetim kuruluşuna yapılır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eş zamanlı olarak Kurula ve Hazine Müsteşarlığına sunulur" Şeklindeki Birinci ve İkinci Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "Bu Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre kurulan İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve bu Kanunla mülga 2499 sayılı Kanunun 40/A maddesi uyarınca kurulan İstanbul Altın Borsasının tüzel kişilikleri Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescili ile son bulur" hükmü yanında, beşinci ve altıncı fıkralarında da;

"(5) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve İstanbul Altın Borsasının her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, bu maddede yer alan istisnalar dışında, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul Anonim Şirketine devrolunmuş sayılır. Şu kadar ki, mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (2) sayılı listede belirtilen taşınmaz mal ve üzerindeki muhdesatı Kurula devredilmiştir. Mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (3) sayılı listede belirtilen taşınmazlar bedelsiz olarak tapuda resen Hazine adına tescil edilir ve Milli Eğitim Bakanlığına tahsis edilmiş sayılır. Ekli (3) sayılı listedeki taşınmazların kullanım amacı hususunda Maliye Bakanlığının uygun görüşü aranır. Mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (4) sayılı listede belirtilen taşınmazlar bedelsiz olarak tapuda resen Hazine adına tescil edilir. Ekli (4) sayılı listedeki taşınmazlar, üzerindeki yapılar ile birlikte, ilk on beş yılı bedelsiz olmak üzere yirmi dokuz yılına

doğrudan Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kullanımına bırakılır. Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kullanımına bırakılan taşınmazların kullanım amacı, kullanım bedeli, yapım, inşaat ve tadilat esasları ile diğer hususlara ilişkin olarak Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile protokol yapmaya Hazine Müsteşarlığı yetkilidir. Bu fıkranın birinci cümlesi uyarınca yapılacak devir sonrasında, Hazine ve Kurula devredilen gayrimenkuller dışındaki varlıklar ile yükümlülükler arasındaki müspet fark, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluş sermayesini oluşturur. Bu fıkra kapsamında yapılacak işlemler veraset ve intikal vergisinden, harçtan ve düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır.

(6) Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzu, bu pay sahipliği ile ilgili her türlü işlem Hazine Müsteşarlığınca yürütülmek üzere Hazine, yüzde elli biri ise öncelikle aşağıda belirtilen amaçlarla değerlendirilmek üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi adına kaydolunur:

a) Esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip sermayenin yüzde dördü İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının mevcut üyelerine, binde üçü İstanbul Altın Borsasının mevcut üyelerine eşit ve bedelsiz olarak; yüzde birine tekabül eden kısmı ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine bedelsiz olarak devredilir.

b) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edildiği tarihten itibaren bir ay içinde Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinin mevcut ortaklarının talepleri hâlinde, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinde sahip oldukları paylar karşılığında, sahip oldukları pay oranının 0,05 ile çarpılması suretiyle bulunacak oranda Borsa İstanbul Anonim Şirketi payları verilir. Bu pay devrinde, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesi uygulanmaz.

c) Borsa İstanbul Anonim Şirketine ait payların bir kısmı gerektiğinde stratejik ortaklıklar kurulması karşılığında ilgili taraflara ve/veya teknoloji, teknik bilgi ve yetkinlik aktarılması karşılığında diğer borsalara ve piyasa veya sistem işleticilerine Kurulun onayı ile devredilebilir.

ç) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde Borsa İstanbul Anonim Şirketinin elinde pay kalması hâlinde, bu paylar bedelsiz olarak Hazineye intikal eder"

hususları düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluş sermayesinin kaynağı İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ile İstanbul Altın Borsasının varlıklarından oluşmaktadır.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının Sayıştayca düzenlenen 2010 yılı Raporunun 2. sayfasında "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 40 ıncı, 91 sayılı KHK'nin 3 üncü maddeleri çerçevesinde İMKB, kamu yararı sağlamak amacıyla, kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulmuş olup, kamu gücü ayrıcalıklarına ve tüzel kişilik özelliklerine sahip olup, 2499 sayılı Kanunun 22 nci maddesi ile 91 sayılı KHK'nin 3 üncü maddesine göre Menkul Kıymetler Borsaları SPK'nın gözetim ve denetimi altındadır" denilerek İMKB'nin kamu tüzel kişiliği ile kamu görevine işaret edilmiş; 4. sayfasında da;

"Başbakanlığın 10.05.2007 tarih ve 10671 sayılı yazısına ekli, TBMM Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonunca alınan 17.04.2007 tarihli ve 78 sayılı karar ile İMKB'nin denetlenmesi ve 1997 yılından başlamak üzere rapor düzenlenmesi kabul edilmiş, Yüksek Denetleme Kurulu denetimi de bu karar doğrultusunda başlamıştır. 19.12.2010 tarih ve 27790

sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6085 sayılı Sayıştay Kanununun geçici 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrası ile Yüksek Denetleme Kurulu Sayıştaya devredilmiş, 5 inci fıkrasında 6085 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından başlatılan denetimlerin 72 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre Sayıştay tarafından sonuçlandırılacağı belirtilmiş, 6 ncı fıkrasında 233 sayılı KHK, 3346 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna yapılmış olan atıfların Sayıştaya yapılmış sayıldığı hükmüne bağlanmıştır. Sonuç itibariyle Kurum, 3346 ve 6085 sayılı kanunlar uyarınca denetlenmektedir"

düzenlemelerine yer verilmiştir. Aynı şekilde Sayıştay'ın düzenlediği İstanbul Altın Borsası 2010 yılı Raporunun 7. sayfasında "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 40 ıncı maddesi çerçevesinde İstanbul Altın Borsası, kamu yararı sağlamak amacıyla, kanunun verdiği yetkiye dayanarak kurulmuş, kamu gücü ayrıcalıklarına ve tüzel kişilik özelliklerine sahip olup, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık tarafından yürürlüğe konulmuş bulunan Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmeliğin 31 inci maddesi uyarınca Borsalar ve üyelerinin her türlü işlem, hesap, kayıt ve defterleri ile gözetim ve denetimi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmiştir" denilmiş ve yukarıda İMKB için açıklanan denetim sürecinin İstanbul Altın Borsası bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Gerek sermaye yapısı, gerekse iki borsanın birleştirilerek aynı fonksiyonların tek kuruluş altında birleştirilmesi suretiyle tek elden hizmet verilmesi dışında mevcut durumda bir değişiklik olmamasına rağmen, parasal kaynağını Hazinesinin sağladığı bir kamu kuruluşunun TBMM denetimi dışına çıkarılarak, bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirilmesinde bir kamu yararı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle sermayesinin tamamını kamunun sağladığı bir şirketin TBMM denetimi dışına taşınması sonucunu doğuran (11) numaralı fıkranın söz konusu cümlelerinin Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

c)138 inci Maddesinin (12) Numaralı Fıkrasının "Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştirakleri, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayelerinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir" Şeklindeki Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 165 inci maddesi sermayesinin yarısından fazlasını devletin sağladığı kamu kuruluşlarının TBMM tarafından denetlenmesini, sermaye ilişkisinin doğrudan ya da dolaylı surette doğmuş olduğuna bakmaksızın düzenlediğinden, (12) numaralı fıkranın birinci cümlesi Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olup iptali gerekir.

d)138 inci Maddesinin (13) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasında;

"(13) 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 657 sayılı Kanun, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu

Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kanun, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile Borsa İstanbul Anonim Şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tabi hâle gelen bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında uygulanmaz. Bu fıkranın birinci cümlesi, bu Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve bu Kanunla mülga 2499 sayılı Kanunun 40/A maddesi uyarınca kurulmuş olan borsalar ile bunların bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında da, hükmi şahsiyetleri teşekkül ettiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere, hüküm ifade eder; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için bu fıkranın birinci cümlesinde adı geçen kanunlara ve kararnamelere tabiiyet gerekçesi veya iddiasıyla işlem tesis edilemez, edilmiş olanlar kendiliğinden işlemden kalkar."

hükmüne yer verilmiştir.

Başlangıç sermayesinin tamamı Hazinece konulan ve belirli bir zaman içerisinde belirli şartların tahakkuk etmesi ile bu sermayenin yarısından fazlasının, herhangi bir karşılık ödenmeksizin, özel hukuk tüzel kişilerine devredilen ve 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte kamu tüzel kişisi niteliği taşıyan bir şirketin dolaylı ya da doğrudan, kamu veya TBMM denetiminin öngörüldüğü bütün yasal düzenlemelerin dışına çıkarılması Anayasanın 165 inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan bu fıkranın ikinci cümlesi, fıkra kapsamında sözü edilen kuruluşlarla ilgili olarak, Anayasanın 165 inci maddesi uyarınca TBMM KİT Komisyonu kararı ile başlatılan ve 1997 yılından bu yana sürdürülen faaliyetlerin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu ve sonradan Sayıştay tarafından düzenlenen raporlar üzerinden genel görüşme konusu yapıldığı bütün KİT Komisyonu toplantı ve görüşmeleri ile düzenlenen raporlarda istenen, yapılmış ve yapılmakta olan bütün soruşturmaları ve bunlarla ilgili olarak idare lehine verilmiş olan yargı kararlarını (Beyoğlu İş Mahkemesi 07.04.2006 tarih ve K: 2006/186-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.06.2006 tarih ve K: 2006/18123 sayılı Karar gibi, sürmekte olan diğer davaları da) geriye doğru yürümek suretiyle ortadan kaldıran, yok sayan bir hüküm ihtiva etmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin

sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürütmesi söz konusu değildir.

İlke olarak, herhangi bir kanun veya düzenleyici kural, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da, yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilememeleri, yani, geçmişe etkili olmamalarıdır. Hakkın özünü ortadan kaldıran bir hükmün aleyhteki kanun hükmü olduğu açıktır.

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta vatandaş olmasa bile-ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır.

Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır. Nitekim Yüksek Mahkeme 'geriye yürümezlik' ilkesini incelerken 7.2.2008 tarihli ve E.2005/128, K.2008/54 sayılı kararında aynen şöyle demiştir:

"Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

"Hukuk güvenliği ilkesi", hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayırıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir"

denilmiştir.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların

izlenmesi de hoşgörülle karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

Açıklanan nedenlerle 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 2 nci ve 153 üncü maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 153 üncü ve 165 inci maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı için iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

138 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının; birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 165 inci maddelerine, ikinci cümlesinin de Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153üncü ve 165 inci maddelerine aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Kanunun 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "gibi" ibaresi, bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşmasını öngören ve bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayan bir düzenleme olduğundan uygulanması hâlinde sonradan giderilmesi güç durum ve zararların doğabileceği kuşkusuzdur.

Sermaye Piyasası Kurulunun yeni yasal duruma göre bir teşkilatlanmaya giderek mevcut daire başkanlıklarının sayısını artırması ve atama yapması ve bu atamaların bir iptal kararına bağlı olarak yargıya taşınması hem ilgili personel, hem de tazmin niteliğindeki ödemeler bakımından idare için giderilmesi güç durumlar ve zararlar doğabilecektir.

Sermaye Piyasası Kurulunun faaliyetlerini "denetimin bütünlüğü ilkesi" bağlamında Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden gerçekleştirilmesinin sağlanmasını engeller nitelikte olan 6362 sayılı Kanunun 129 uncu ve 130 uncu maddesinin iptali istenilen fıkraları ile yapılan düzenlemelerin uygulanması hâlinde, Devletin üstlendiği önemli görevlerden olan "sermaye piyasaları"na ilişkin faaliyetlerin organizasyonu ile bu konudaki denetimi de gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş bulunan Sermaye piyasası Kurulu'nun denetiminin tam ve sağlıklı olarak yapılamamasının sonradan giderilmesi güç durum ve zararlar doğuracağı çok açıktır.

Sermaye piyasaları ve borsalar için getirilen grev yasağının da buralarda çalışanlar için ileride giderilmesi mümkün olmayan ekonomik zararlara yol açacağı kuşkusuzdur.

Hazineye ait sermaye kaynakları, 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (6) numaralı fıkrasında öngörülen kısa süreler içerisinde el değiştirerek, özel hukuk tüzel kişilerinin tasarrufuna konu olacağından idare için giderilmesi güç durumlar ve zararlar doğabilecektir.

6362 sayılı Kanunun 138 inci maddesinin (139 numaralı fıkrası ile yapılan, Sermaye Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte kamu tüzel kişisi niteliği taşıyan bir şirketin dolaylı ya da doğrudan, kamu veya TBMM denetiminin öngörüldüğü bütün yasal

düzenlemelerin dışına çıkaran ve "Hukuk güvenliği ilkesi"ni zedeleyen bir düzenlemenin uygulanması hâlinde sonradan giderilmesi güç durumlar ve zararlar doğabileceği çok açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun;

1) 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "gibi" ibaresinin Anayasanın 2 nci, 38 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

2) 123 üncü maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki "... ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar ..." ibaresinin Anayasanın 7 nci maddesine aykırı olduğundan,

3) 126 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 129 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki ".raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar ." ibaresi ile ". ilgili Bakana ." ibaresinin ve 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki, ". her yılın haziran ayı sonuna kadar ." ibaresinin Anayasanın 87 nci ile 160 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

5) 130 uncu maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasanın 7 nci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

6) 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "grev ve" ibaresi Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 49 uncu, 54 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

7) 138 inci maddesinin;

a) (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b) (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olduğundan,

c) (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olduğundan,

d) (13) numaralı fıkrasının;

- Birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 165 inci maddelerine aykırı olduğundan,

- İkinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 165 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları hâlinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."