

## **TİCARİ SIR, BANKA SIRRI İLE MÜŞTERİ SIRRININ AÇIKLANMASI SUÇLARINA GENEL BİR BAKIŞ**

**Hasan DURSUN**

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Kamu Hukuku (İdare Hukuku)  
Doktora Öğrencisi.

### **ÖZET**

Türk pozitif hukukunda ticari sır, banka ve müşteri sırrını ihlal eden davranışlara ağır cezai yaptırım öngörülmüştür. Bu durum önemli sakıncalar doğurabilecektir. Daha açık bir deyişle, bahsedilen sırları cezai yaptırıma tabi tutmak anayasal (kanunilik ilkesi gibi) sakıncalar taşıdığı gibi belirli suçlarla (yolsuzluk, organize suç, kara para aklama vb) etkin savaşımdan da sakıncalar taşımaktadır. Ayrıca, bu durum, ceza hukuku ile ceza usulü hukuku ve idare hukukunun doğası ve politikasına özgü başka olumsuzluklar da taşımaktadır. Söz konusu sırların korunmasını bozucu davranışları cezai yaptırıma tabi tutmak ifade özgürlüğüne de aykırı olduğu için sırların yalnızca özel hukuk yaptırımları çerçevesinde korunması uygun olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kanunilik ilkesi, sır, ticari sır, banka sırrı, müşteri sırrı.

### **ABSTRACT**

There are heavy criminal penalty clauses to protect trade secrecy, banking secrecy and customer secrecy in Turkish positive law. This situation may arise important inconveniences. More concretely, the prescription of criminal sanctions to protect the aforementioned secrecies cause constitutional drawbacks (i.e. legality principle) as well as to fight effectively some crimes (i.e. corruption, organized crime, money laundering). In addition to that, this situation is against the nature and policy of criminal law, criminal procedure law and administrative law. The prescription of criminal sanctions to protect

trade, banking and customer secrecy is also against the freedom of expression. So, only civil sanctions are enough to protect above-mentioned secrecies.

**Key Words:** Legality principle, secrecy, trade secrecy, banking secrecy and customer secrecy.

## **GİRİŞ**

Türk pozitif hukukunda genel anlamda sır tanımlanamadığı gibi ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı kavramları da tanımlanamamış, söz konusu sırlar daha çok öğreti tarafından<sup>1</sup> tanımlanmaya çalışılmıştır.<sup>2</sup> Erem, Altınok ve Tandoğan, sırrın; gizli, bir başka deyişle, aleni olmayan, belirli kişiler tarafından bilinen ve saklı tutulması gereken bir husus olduğunu ifade etmiş,<sup>3</sup> Kaplan, sırdan, kişinin özel yaşamına dahil, gizli, bir diğer deyişle, aleni olmayan sadece belirli yakın kişiler tarafından bilinen ve saklı tutulması gereken, maddi ve manevi değerleriyle ilgili olay, davranış ve işlemlerin anlaşılacağını belirtmiş<sup>4</sup> Taşdelen, oldukça geniş bir yaklaşımla, sahibinin bilinmesini istemediği her türlü bilginin sır olduğunu belirtmiştir.<sup>5</sup> Donay ise, konuyu unsurları bağlamında inceleyerek; sır kavramının iki unsurunun bulunduğunu, bunlardan öznel (sübjektif) unsurundan, sırrın saklanması konusunda sahibinin iradesinin bulunması gerektiği, nesnel (objektif) unsurundan ise bu bilgilerin daha önce başkaları tarafından bilinmiyor olmasının anlaşılacağını ifade etmiştir.<sup>6</sup>

Ticari sırrın kapsamına nelerin girdiği konusunda da öğretilerde düşünce ayrılıkları bulunmaktadır. Arkan, ticari sırrın, yalnızca hiç bilinmeyen değil, ancak uzun ve masraflı bir çalışma sonucunda elde edilebilen bilgileri de kapsayacağını, ticari sırrın, mutlaka yeni (orijinal) nitelikte olmasına da gerek bulunmadığını, isim ve adres yanında, başka bazı bilgileri de içeren müşteri listesi bu anlamda sır sayılabileceğini, ticari sırrın kapsamına, işletmenin üretim, dağıtım,

<sup>1</sup> O da farklı olarak.

<sup>2</sup> Çalışılmıştır diyoruz çünkü içeriğinin tam olarak saptanması olanaksız olduğundan söz konusu sırların tam ve olgun bir tanımını vermek olanaksızdır. Zaten, az sonra görüleceği üzere öğreti, söz konusu sırları tanımlamaktan ziyade, kapsamına nelerin girdiği sorusuyla uğraşmıştır.

<sup>3</sup> Erem, Altınok, Tandoğan, Bankalar Kanunu Şerhi, s. 328.

<sup>4</sup> Kaplan, Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu, s. 3.

<sup>5</sup> Taşdelen, Bankalar Kanunu Şerhi, s. 651.

<sup>6</sup> Donay, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, s. 5-6.

organizasyon ve yönetim alanında oluşturduğu teknik-ticari bilgi ve tecrübelerin (know-how) öğrenilmesi halinin de gireceğini belirtmiş,<sup>7</sup> Karayalçın ise, bir ticarethanenin teşkilatı, çalışma tarzı, mal temin etme yolları ve kaynaklarının da o işletme için bir sır olabileceğini ifade etmiştir.<sup>8</sup>

Meslek sırrının<sup>9</sup> bir türü sayılan banka sırrının içeriğini nelerin oluşturacağı konusunda da yazarlar farklı görüş ileri sürmektedir. Erman, banka sırrının kapsamına, banka ile bankacılık işlemleri dolayısıyla ilişki kurmuş olanların dışında kalan kişilerin, bir anonim ortaklık olmak sıfatıyla veya Merkez Bankası, diğer bankalar, Bakanlıklar ve diğer resmi mercilerle olan ilişkileri itibarıyla banka tüzelkişiliğine ait olan sırların gireceğini savunmakta,<sup>10</sup> ayrıca, ilginç bir örnek vererek, banka müşterisinden amacın, bir bankacılık işlemi dolayısıyla banka ile ilişki hâlinde bulunan kişi olduğunu, bu çerçevede, bankaya iş hanını kiralayan veya bankaya ait bir binanın kiracısı olan kişinin banka müşterisi olmadığını, bununla birlikte, müşteri sıfatını kazanmayan bu şahsın, banka ile olan ilişkileri çerçevesindeki sırlarının bankaya ait sır sayılacağını belirtmekte,<sup>11</sup> buna karşın, Reisoğlu ve Yiğit, banka sırrının içeriğini; bankacılık faaliyetleriyle ilgili işlemler ve bankanın mali, kredi, nakit durumları, Merkez Bankasına karşı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, bankanın veya şubenin bulunduğu piyasadaki payı, mudi ve kredi müşterisi sayısı, yönetim esasları, banka politikaları dahil alınan her türlü kararlar, işlemlerinde uyguladığı teknik usuller, bağışlar, toplam mevduatı, toplam mevduatı, döviz pozisyonunda bulunan döviz miktarı gibi hususların oluşturacağını belirtmektedir.<sup>12</sup> Buna karşın, Kaplan, geniş anlamda banka gizliliğinin kapsamına, banka mensupları açısından hem müşteri sırrının saklanması, hem de banka sırrının açıklanmaması borçlarının girdiğini, dar anlamda banka sırrını, müşteri ilişkileri dışında bankanın mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu hakkında banka mensuplarının edindikleri bilgilerin tümünün girdiğini belirtmektedir.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Bkz. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 312-313.

<sup>8</sup> Karayalçın, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, s. 464.

<sup>9</sup> Meslek sırrı, mesleki çalışmalar sonucunda elde edilen, öğrenilen ve açıklanmaması gereken sırlardır. Bkz. Kaplan, a.g.m., s. 3. Sermaye Piyasası Kurulunca çalışanlar, avukatlar ve doktorların da mesleki sır tutma yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak bu çalışmada, çalışmanın konusuna uygun davranmak ve onun oylumunu (hacmini) artırmamak için meslek sırlarından yalnızca banka sırrı üzerinde durulacaktır.

<sup>10</sup> Erman, Bankacılık Suçları Ticari Ceza Hukuku - V, s. 313.

<sup>11</sup> Erman, Bankacılık Suçları Ticari Ceza Hukuku - V, s. 314.

<sup>12</sup> Bkz. Yiğit, Bankacılık Suçları, s. 105, Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi Cilt II, s. 995.

<sup>13</sup> Fazla bilgi için bkz. Kaplan, a.g.m., s. 4.

Son olarak müşteri sırrının kapsamının da yazarlar tarafından farklı bir şekilde ifade edildiğini belirtmek gerekir. Yiğit, müşteri sırrının kapsamına; banka, finansal kuruluş ve diğer ticari işletmelerin müşteri ile ilişkisi nedeniyle sözleşme öncesi ve sonrası elde ettiği tüm bilgilerin, müşterinin nakit ve mal varlığı durumunun, şubelerce düzenlenen teminat mektupları, kefaletler, kontrgarantiler, verilen avaller, kâr-zarar hesapları, müşterilere gönderilen hesap ekstraları, alınan ipotekler, bankaya havale talimatı, yatırım faaliyetleri, kredi itibarı, bankalara tahsile veya teminata verilen senetler, müşteri hakkındaki yasal takipler ve davalara ilişkin ve benzeri diğer bilgilerin girdiği yönündeki görüşleri benimsemekte,<sup>14</sup> Reisoğlu ise müşteri sırrının kapsamına; müşterinin beklediği ödemelerin yapılmamasının kısacası olumsuz olguların ve sadece maddi olayların değil, bir bankanın müşterisinin mesleki yetenek ve ödeme gücü hakkında varmış olduğu genel değer yargısı gibi manevi değerlerin veya bankaların rakip müesseselerce bilinmesini istemedikleri teknik usul ve bilgilerin ve hatta müşteri ve “yakınları” hakkında bankaca iradi veya gayri iradi edinilen her türlü bilginin girdiği yönünde öğretide savunulan görüşe katılmakta,<sup>15</sup> ayrıca, kişilerin banka ile tek bir hukuki ilişkiye girmelerinin müşteri sayılmaları ve sırların korunması için yeterli olduğunu, örneğin bir havale alıcısının, havaleyi kabulden sonra banka ile havale alıcısı arasında müşteri sırrının oluşacağını, bundan başka banka hisse senedini satın alan kişilerin, diğer bir deyişle, bankanın ortaklarının müşteri kavramı dışında kalsa bile bunların banka ile ilişkileri hakkındaki bilginin müşteri sırrı sayılacağını ifade etmektedir.<sup>16</sup>

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere sır ve türlerinin içeriğini tam olarak saptayabilmek kolay değildir. Bununla birlikte “sır” kavramı ne kadar belirsiz olursa olsun “kapalılık” kavramıyla aynı şey demek değildir. Gerçekten de, uygulamada kimi zaman sır ile kapalılık kavramları hatalı olarak birbirine karıştırılmaktadır. Halbuki sır ile kapalılık iki bakımından birbirinden farklıdır. Her şeyden önce, yukarıda da belirtildiği üzere bir husus sır olunca, kişiye yakın şahıslar o hususu bilebilir, kısacası, sır; “belirli sayıda kişilere yönelik açıklık” olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda, mutlak anlamda sır ne olanaklı ne de anlamlıdır. Halbuki kapalılık, mutlak bir nitelik gösterir. Diğer yandan, kapalılık, bir şeyin dışarıdan görünmemesi demektir. Bu bağlamda, örneğin, bankanın kapalılığından, bankanın etkinliklerinin ve dosyalarının banka dışından görünmemesi anlaşılır.

<sup>14</sup> Bkz. Yiğit, Bankacılık Suçları, s. 104 özellikle dip not 13.

<sup>15</sup> Bkz. Reisoğlu, a.g.e., s. 994 özellikle dip not 9-10.

<sup>16</sup> Reisoğlu, a.g.e., s. 994.

Buna karşın, “sır”da önemli olan husus, sır konusunu oluşturan bilginin ya da içeriğinin başkalarınca bilinmemesidir. Daha açık bir deyişle, sırrın temel işlevi gizleme, bir başka deyişle, saklı tutmaktır.<sup>17</sup>

Bu çalışmada, ticari sır, banka ve müşteri sırrı konusunda Türk Ticaret Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Bankacılık Kanunu, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda öngörülen cezai yaptırımlar incelenecek ve onların bir değerlendirmesi yapılarak çeşitli önerilerde bulunulacaktır.<sup>18</sup>

## **I. TİCARİ SIR, BANKACILIK SIRRI İLE MÜŞTERİ SIRRINI KORUMAK İÇİN ALINAN VEYA TASARLANAN CEZAI NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLER**

Bu kısımda, ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrını koruyabilmek için Türk pozitif hukukunda alınan veya tasarı halinde bulunan yasal önlemlere temas edilecektir. Söz konusu önlemler incelenirken konu öncelikle ikiye ayrılarak ticari sır ile banka ve müşteri sırrını korumak için alınan veya tasarlanan önlemler ayrı ayrı incelenecektir. Banka ve müşteri sırrını korumak için alınan veya tasarı halinde bulunan önlemlerin birlikte incelenmesinin nedeni, genellikle tasarı veya yasalarda bu iki sırrın birlikte düzenlenmiş olmasıdır.

### **1.TİCARİ SIRRI KORUMAK İÇİN ALINAN VEYA TASARLANAN CEZAI NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLER**

#### **a. Türk Ceza Kanununda Alınan Önlemler**

Ticari sır, banka ve müşteri sırrının korunması konusunda 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yalnızca bir madde yer almaktadır.<sup>19</sup> Daha somut bir deyişle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239’uncu maddesinde; sıfat veya görevi, meslek veya

<sup>17</sup> Krş. Akıllıoğlu, Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı, s. 807.

<sup>18</sup> Ayrı bir incelemenin konusunu oluşturması ve çalışmanın oylumunu büyütmemek için ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrının ihlaline bağlanan idari ve özel hukuk yaptırımlarının değerlendirilmesinden kaçınılacaktır.

<sup>19</sup> 5237 sayılı Kanunla kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ticari sır, banka ve müşteri sırrının korunması konusunda üç madde yer almaktaydı. Bunlar uğraş nedeniyle gizlilik hakkındaki 198’inci madde, görev gizliliği konusunda 229’uncu madde ve fenni ve ticari sırlar konusunda 364’üncü maddedir. Bu konularla ilgili geniş bilgi için bkz. Akıllıoğlu, a.g.m., s. 808-811.

sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişinin şikayet üzerine bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı, bu bilgi veya belgelerin hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde de bu cezanın uygulanacağı, bu hükmün fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanacağı, bu sırların, Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde faile verilecek cezanın üçte biri oranında artırılacağı, bu halde şikayet koşulunun aranmayacağı, cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişinin üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

#### **b. Türk Ticaret Kanununda Alınan Önlemler**

Bu kısımda ticari sırrın korunması konusunda 29.6.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda öngörülen cezai yaptırımlara değinilecektir. Mevcut durumda,<sup>20</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda bulunan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının konuya ilişkin hükümlerinden ise ileride Türk Ticaret Kanununun sır konusundaki cezai hükümlerinin değerlendirilmesi esnasında temas edilecektir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda sırrın korunması konusunda iki cezai yaptırım öngörülmüştür. Bunlardan ilki haksız rekabet alanındadır. 6762 sayılı Kanunun 56’ncı maddesinde haksız rekabet; aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı diğer şekillerle iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılması olarak tanımlanmış, 57’nci maddesinde ise iyi niyet kurallarına aykırı hareketler on bent halinde sayılmıştır. Bu maddenin 8’inci bendine göre sırlardan faydalanma veya yayma iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil eden hallerden birisidir. Daha somut bir deyişle, bu bent hükmüne göre, iyi niyet kurallarına aykırı olarak ele geçirdiği veya öğrendiği imalat ve ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak iyi niyet kurallarına aykırı bir hal, dolayısıyla haksız rekabet oluşturan bir durumdur. Kanunun 64’üncü maddesinde ise 57’nci maddenin 8’inci bendindeki haksız rekabet fiilin kasten işleyenler ile ticari bir işletmenin hizmetlileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını

---

<sup>20</sup> 1.5.2009 tarihi itibarıyla.

açıklamaları veya ele geçirmelerini sağlamak için kandıranların (iğfal edenlerin) 58'inci madde hükmü gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birisinin şikayeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun "ticari sırrın" cezai korunması bakımından kabul ettiği ikinci hüküm, anonim ortaklıklar bakımından öngörülen 363'üncü maddenin 2'nci fıkraya hükmüdür. Bu fıkra; anonim şirketin ticari defterleri ve haberleşme ile ilgili hususların tetkikinin, yalnızca genel kurulun açık bir müsaadesi veya yönetim kurulunun izni ile olanaklı olduğu, incelenmesine müsaade edilen defter ve vesikalardan öğrenilecek sırlar hariç olmak üzere, hiçbir ortağın anonim ortaklığın iş sırlarını öğrenmeye yetkili olmadığı, her ortağın ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu anonim şirkete ait iş sırlarını, sonradan ortaklık haklarını kaybetmiş olsa dahi daima gizli tutmak zorunda olduğu, bu zorunluluğa uymayan ortağın meydana gelen zararlardan anonim şirkete karşı sorumlu olduğu gibi şirketin şikayeti üzerine herhangi bir zarar umulmasa dahi bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılacağı ifade edilmiştir. 6762 sayılı Kanunun 556'ncı maddesinde anonim şirketin cezai sorumluluğu konusundaki hükümler limited şirketler bakımından da geçerli olduğundan 363'üncü maddenin 2'nci fıkrası hükmü, limited ortaklıklar için de uygulanacaktır.

6762 sayılı Kanunun 363'üncü maddesinin 2'nci fıkraya hükmünün bir benzerine 24.4.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 25'inci maddesinde; kooperatif ortaklık bakımından da rastlanmaktadır.<sup>21</sup>

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu şirketlerde ticari sırrın korunması bakımından yalnızca anonim ve limited ortaklıklar hakkında hüküm koymuş, düzenlemiş olduğu kollektif ve komandit şirketlerde ticari sırrın korunması bakımından herhangi bir cezai yaptırım öngörmemiştir. Kanımızca, kollektif ve komandit şirketlerde ticari sırrın korunmasını sağlama yönünde cezai bir hükmün bulunmaması, söz konusu şirketlerde ticari sırrın korunmadığı

---

<sup>21</sup> Çalışmanın oylumunu büyütmemek için 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 25'inci maddesinden bahsedilmeyecektir. Bununla birlikte, ileride, 6762 sayılı Kanunun 363'üncü maddesinin 2'nci fıkrası bakımından yapılacak değerlendirme, 1163 sayılı Kanunun 25'inci maddesi bakımından da geçerli olduğu unutulmamalıdır.

anlamını taşımaz, bunun anlamı, kollektif ve komandit şirketlerde ticari sırrın korunmasının genel hükme<sup>22</sup> bırakıldığına işaret eder.

### **c. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısında Alınması Öngörülen Önlemler**

Mevcut durumda<sup>23</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda bulunan Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısında<sup>24</sup> da ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı konusunda hükümlere yer verilmektedir. Bu kısımda, Tasarının, ticari sırrın tanımı konusundaki hükmü ile her üç sır türünün korunması bakımından geçerli ortak cezai hükümlere yer verilmiştir.

Tasarının 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde ticari sır; bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; işletmenin iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeler şeklinde tanımlanmıştır.

Taslağın 5'inci maddesinde; bu kanun kapsamında bulunan sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulunduranların Türkiye Büyük Millet Meclisine, mahkemelere ve Cumhuriyet başsavcılıklarına sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü oldukları ifade edilmekte, mali veya idari konularda yürütülen denetim faaliyetlerinde ise sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulunduranların, yapılan görevle doğrudan bağlantılı ve talebin amacıyla sınırlı olmak ve yürütülen faaliyet açısından zorunluluk bulunmak kaydıyla sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

<sup>22</sup> Daha açık bir deyişle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesine.

<sup>23</sup> 1.5.2009 tarihi itibarıyla.

<sup>24</sup> Tasarı metni için bkz. <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/ticari.doc>, Erişim Tarihi, 1.4.2009).



Taslağın 6'ncı maddesinde; 5'inci madde uyarınca verilen sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlileri ve diğer kişilerin, bu sırları kanunen yetkili mercilerden başkasına açıklayamayacağı, veremeyeceği ve kendisi veya başkasına menfaat sağlamak veya zarar vermek amacıyla kullanamayacağı, bu yükümlülüğün, bilgi ve belgelerin sır niteliği devam ettiği sürece görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam edeceği ifade edilmiştir.

Koruma yükümlülüğü başlıklı Taslağın 7'nci maddesinde ise Kanun kapsamında verilen sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlilerinin, öğrendikleri veya talep ettikleri sırlarla ilgili bilgi ve belgelerin korunmasını sağlamak amacıyla her türlü tedbiri almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Taslağın ceza hükümleri başlıklı 8'inci maddesinde ise fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde; 5'inci maddede belirtilen sırların verilmesi yükümlülüğüne aykırı davrananların bir yıldan iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası, 7'nci maddede belirtilen koruma yükümlülüğüne aykırı hareket edenlerin ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiş, 6'ncı maddede belirtilen sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrananların ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesine göre cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

## **2. BANKA VE MÜŞTERİ SIRRINI KORUMAK İÇİN ALINAN VEYA TASARLANAN CEZAI NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLER**

Yukarıda belirtildiği üzere banka ve müşteri sırrını korumak için alınan veya tasarı halinde bulunan cezai önlemlerin birlikte incelenmesinin nedeni, genellikle tasarı veya yasalarda bu iki sırrın birlikte düzenlenmiş olmasıdır. Bu önlemleri sırasıyla incelemek uygun olacaktır.

### **a. Türk Ceza Kanununda Alınan Önlemler**

Banka ve müşteri sırrı da 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne, yukarıda ticari sır konusunda Türk Ceza Kanununda alınan önlemler kısmında yer verildiğinden tekrardan kaçınmak ereğiyle burada ayrıca yer verilmeyecektir.

## **b. Bankacılık Kanununda Alınan Önlemler**

19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununda banka ve müşteri sırrının korunması konusundaki cezai yaptırımlar parçalı bir şekilde düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle, 5411 sayılı Kanunun “sırların saklanması” başlıklı 73’üncü maddesinde banka ve müşteri sırrının içeriği düzenlenmeye çalışılmış!<sup>25</sup> 159’uncu maddesinde ise, 73’üncü maddede belirtilen sırların saklanması yükümlülüğüne uymayanlar, bir başka deyişle, banka ve müşteri sırrını açıklayanlar için cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 73’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurul başkan ve üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu personelinin, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personelinin görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamayacağı ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamayacakları, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanlarının da bu hükme tabi olduğu ve bu yükümlülüğün görevden ayrıldıktan sonra da devam edeceği belirtilmiştir.

Bu maddenin 2’nci fıkrasında; 5411 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun, yurt dışındaki denge denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabıtları çerçevesinde vereceği bilgi ve belgelerin sır kapsamında olmadığı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun düzenleyeceği mutabakat zabıtları veya zabıtlar dışında elde edeceği sırların korunmasını sağlamakla görevli olduğu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin kuruluş ve faaliyet izni verilmesinde, faaliyetlerin denetiminde, düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul kararlarına karşı açılacak idari davaların görülmesinde kullanılabilmesi, Kurumun bu çerçevede elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin hiçbir kişi, kurum ve kuruluşa verilemeyeceği, mahkeme kararına bağlanmış sır kapsamına giren bilgilerin verilmesinden Kurumun sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir.

Maddenin 3’üncü fıkrasında; bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile

<sup>25</sup> Çalışılmış diyoruz, ileride anlatılacağı üzere bu maddede, gerçekte, banka ve müşteri sırrının içeriği açık ve somut bir şekilde düzenlenememiştir.

görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırları, bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacakları, bankaların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hükmün uygulanacağı, söz konusu yükümlülüğün görevden ayrıldıktan sonra da devam edeceği, ancak, işçi, gemi adamı ve gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikte her çeşit istihkak ödemelerinin özel olarak açılan banka hesabına yapılması hâlinde, bu hesaplara ilişkin bilgi ve belgelerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı ile bunlara bağlı kurum ve kuruluşlara verilmesinin sırrın ifşası sayılmayacağı bu bilgi ve belgelerin verilmesine ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığından sorumlu Devlet Bakanlığı ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca belirleneceği ifade edilmiştir.

Bu maddenin son fıkrasında ilginç bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların destek hizmeti kuruluşları ile aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde bu kuruluşların müşterilerinin risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi nedeniyle yapılacak bilgi ve belge alışverişi ile hizmet temini ve ayrıca kredi kuruluşları ve finansal kuruluşların kendi aralarında doğrudan doğruya veya en az beş banka tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişinin sırrın açıklanması yasağının dışında olduğu ifade edilmiştir.

5411 sayılı Kanununun 159'uncu maddesinde ise sır saklama yükümlülüğüne uymayanlar için cezai yaptırım öngörülmüştür. Bu maddede, 73'üncü maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezası hükmolunacağı, banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezaların uygulanacağı, sırların kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklanmış olması durumunda verilecek cezaların altıda bir oranında artırılacağı, ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların Kanunun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmalarının iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanacağı ifade edilmiştir.

### **c. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununda Alınan Önlemler**

14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununda da banka ve müşteri sırrının korunması konusundaki

cezai yaptırımlar parçalı bir şekilde düzenlenmiştir. 1211 sayılı Kanunun 35'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında; Merkez Bankası mensuplarının, sıfat ve görevleri dolayısıyla Bankaya veya Banka ile ilişkisi olan kişi ve kurumlara ait olmak üzere bildikleri sırların gizliliğine uymak ve bu sırları kanunen yetkili kılınan mercilerin dışına herhangi bir şekilde açıklamamakla yükümlü oldukları, bu yükümlülüğün Bankadan ayrılınması durumunda bile devam edeceği ifade edilmiştir.

1211 sayılı Kanunun "(c)eza hükümleri" başlıklı 68'inci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde ise, bu kanunun 35'inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı hareket eden Banka mensupları için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunacağı, sırları kendileri veya başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklayan Banka mensupları hakkında, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası uygulanacağı ifade edilmiştir.

#### **d. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda Alınan Önlemler**

23.2.2006 tarih ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda daha çok müşteri sırrının korunması bağlamında cezai hükümlere yer verilmiş ancak cezai hükümlere bu kanunda da parçalı bir şekilde düzenlenmiştir. 5464 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde; üye işyerlerinin, kartın kullanımı sonucunda kart ve kart hamili ile ilgili edindikleri bilgileri, kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar hariç olmak üzere kart hamilinin yazılı rızasını almadan başkalarına açıklayamayacağı, saklayamayacağı ve kopyalayamayacağı, üye işyerlerinin, kart bilgilerini üye işyeri anlaşması yaptığı kuruluş dışındaki şahıs veya kuruluşlarla paylaşamayacağı, satamayacağı, satın alamayacağı ve takas edemeyeceği, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların, bu fıkranın uygulanmasını gözetmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Kart çıkaran kuruluşların, edindikleri kişisel bilgileri gizli tutmak, kendi hizmetlerinin pazarlanması dışında başka amaçlarla kullanmamak ve kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar dışında kalanların bu bilgilere ulaşmasını engellemek amacıyla gereken önlemleri almakla yükümlü oldukları, ayrıca, bu maddede belirtilmiştir.

5464 sayılı Kanunun 31'inci maddesinde; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurul üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme

Kurum personelinin, görevleri sırasında öğrendikleri bu kanun kapsamındaki kuruluşlara, kart hamillerine ve kefillere ait sırları kanunen açıkça yetkili olanlardan başkasına açıklayamayacağı ve kendi yararlarına kullanamayacakları, kartlı sistemi kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların, kar hamillerinin risk durumunun izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılacak bilgi ve belge alışverişi veya kartların kullanılmasından doğan borç ve alacakların takas ve mahsup işlemleri kart çıkaran kuruluşların aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde kendi aralarında veya en az beş kart çıkaran kuruluş tarafından kurulacak şirketler ile üye işyerleri, bunların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacakları, kart çıkaran kuruluşların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hükmün uygulanacağı ifade edilmiştir.

5464 sayılı Kanununun 39'uncu maddesinde; bu kanunun 23'üncü maddesi hükümlerine kasten aykırı hareket eden kuruluşlar, üye işyerleri ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların işlerini fiilen yöneten görevlileri ve işlemi yapan kişilerin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı, banka veya kredi kartlarının kullanılması için zorunlu olup gizli kalması gereken kod numarası, kart numarası, şifre ya da kimlik belirleyici başka bir yöntemin dikkatsizlik veya tedbirsizlik veya meslekte yetersizlik veya emir ve kurallara aykırılık nedeniyle açığa çıkmasına neden olan banka kartı veya kredi kartı çıkaran kuruluşların, üye işyerleri ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların işlerini fiilen yöneten görevli ve ilgili mensuplarının bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı ve bu kanunun 31'inci maddesine aykırı davranışları hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezasının uygulanacağı ifade edilmiştir.

#### **e. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısında Alınması Öngörülen Önlemler**

Yukarıda belirtildiği üzere bu tasarıda ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı tanımlanmış ve söz konusu sırların korunması bakımından geçerli ortak cezai yaptırımlara yer verilmiştir. Bu sırların korunması bakımından ortak cezai yaptırımlar üzerinde yukarıda durulduğu için burada yalnızca Tasarının banka ve müşteri sırrı tanımı üzerinde durulacaktır.

Tasarının 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinde, banka sırrı; bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili belgelerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri olarak ifade edilmiştir.

Bu maddenin söz konusu fıkrasının (c) bendinde ise müşteri sırrı; ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler şeklinde tanımlanmıştır.

## **II. TİCARİ SIR, BANKACILIK SIRRI İLE MÜŞTERİ SIRRINI KORUMAK İÇİN ALINAN veya TASARLANAN CEZAI NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Bu kısımda, ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrını koruyabilmek için Türk pozitif hukukunda alınan veya tasarı halinde bulunan yasal önlemlerin bir değerlendirmesi yapılacaktır. Söz konusu değerlendirme yapılırken ilk kısımda olduğu gibi konu öncelikle ikiye ayrılarak ticari sır ile banka ve müşteri sırrını korumak için alınan veya tasarlanan önlemlerin değerlendirmesi ayrı ayrı yapılacaktır. Bununla birlikte ticari sırrı korumak için alınan cezai önlemlerin değerlendirilmesinde yapılan yorumların çoğunun banka ve müşteri sırrını korumak için öngörülen cezai yaptırımlar bakımından da geçerli olduğu unutulmamalıdır. Bunun tersinin de geçerli olduğunu (vice versa) anımsatmak gerekir.

### **1. TİCARİ SIRRI KORUMAK İÇİN ALINAN VEYA TASARLANAN CEZAI NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **a. Türk Ceza Kanununun 239'uncu Maddesinin Değerlendirilmesi**

Çeşitli defalar belirtildiği üzere, ticari sırrın<sup>26</sup> korunması konusunda 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yalnızca bir maddede,

---

<sup>26</sup> Ve banka ile müşteri sırrının.

daha somut bir deyişle, 239'uncu maddede hüküm bulunmaktadır. Bununla birlikte, gerek maddede, gerekse maddenin gerekçesinde ticari sırrın bir tanımı yapılamamış veya neleri kapsadığı somutlaştırılmamıştır. Bu savın haklılığını göstermek için maddenin gerekçesinin incelenmesi uygun olacaktır.

Gerçekten de 239'uncu maddenin gerekçesinde<sup>27</sup> şu hususlara yer verilmiştir: “Maddenin birinci fıkrasında ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi, suç olarak tanımlanmıştır. Bir bilgi veya belgenin bu nitelikte olup olmadığı, ilgili kanunda belirlenen bu hususa ilişkin ölçütler göz önünde bulundurulur hâkim tarafından belirlenir.

Maddenin ikinci fıkrasında, fenni keşif ve buluşlar ile sınai uygulamaya ilişkin bilgiler koruma altına alınmıştır. Genel anlamda fenni veya sınai sır, sanayicinin işletmesinin yararı gereği gizli tutmak istediği hususlardır.

Üçüncü fıkrada, sırrın Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya memurlarına açıklanması hâlinde daha ağır ceza öngörülmüştür.

Maddenin dördüncü fıkrasında, bir kimsenin cebir veya tehditle bu madde kapsamına giren bir sırrı açıklamaya mecbur edilmesi, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır”.<sup>28</sup> Görüldüğü üzere madde gerekçesinde ticari sırrı tanımlayacak veya unsurlarını somutlaştıracak bir ibareye gerekçede yer verilmemiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesi gerek geneli itibarıyla gerekse fıkraları bakımından hukuka aykırı veya isabetsizdir. Gerçekten de, her şeyden önce maddede, ticari sırrın tanımının yapılamaması veya onun kapsamına nelerin girdiğinin somutlaştırılmaması Anayasanın 38'inci maddesinde düzenlenen “kanunilik” ilkesine aykırılık oluşturur. Gerçekten de, Anayasanın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan

<sup>27</sup> Bu vesileyle şu hususu belirtmek gerekir ki, bir kanunun gerekçesinin (ratio legis) düzgün bir şekilde kaleme alınması norm yapma tekniğine uyum sağlayabilmek açısından yaşamsal bir önem taşır. Bu çerçevede, gerek kanunun genel gerekçesinin gerekse madde gerekçesinin gerçekten “gerekçe” niteliğini taşıyacak tarzda kaleme alınması gerekir. Bir kanunun madde gerekçesi düzenlenirken o madde ile getirilmek istenen ereğin ne olduğu ve maddenin yorumuna ışık tutacak hükümlere yer verilmesi gerekir. 5237 sayılı Kanunun 239'uncu maddesinin gerekçesine bu hususa uyulmamış, adeta madde metnin tekrarıyla yetinilmiştir. Bu durumun gerçekte bir gerekçe oluşturmadığı ortadadır.

<sup>28</sup> Bkz. Çolak, Türk Ceza Kanunu, s. 605.

cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiş, kısacası kanunilik ilkesinin genel bir çerçevesi çizilmiştir. Bir cezai normun oluşturulması sırasında kanunilik ilkesine uyulması yaşamsal bir önem taşıdığından söz konusu ilke hakkında genel bir bilgi vermek uygun olacaktır.

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi, işlendiği zamanının kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiil ile cezalandırma ve kanun tarafından açıkça saptanmayan bir fiil ile cezalandırma yasağını, bir başka deyişle, kanunsuz suç ve ceza olmaz<sup>29</sup> ilkesini ifade eder.<sup>30</sup> Suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması ve kanunun geriye yürümezliği ilkeleridir. Kanunun tekelciliği alt ilkesinden kastedilen husus; sadece “kanunla” suç ve cezanın konulabileceği esasıdır. Kanunun açık ve kesin olması alt ilkesi ise konun koyucunun suç ve ceza normu yaratırken cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için kanuni tipi açık ve kuşkuyla yer vermeyecek ölçüde belirgin bir biçimde saptamasını ifade eder. Son alt ilke olan, kanunun geriye yürümezliği alt ilkesinden anlaşılması gereken husus; suç ve ceza yaratan normların sadece yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanmasını, bir başka deyişle, daha önce işlenen fiillere uygulanmamasını ifade eder.<sup>31</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 239’uncu maddesinde ticari sırrın açık ve kesin bir tanımının yapılamaması veya unsurlarının gösterilememesi, kanımızca, kanunilik ilkesinin “kanunun açık ve kesin olması” alt ilkesine bütünüyle aykırıdır. Gerçekten de, söz konusu alt ilkeye uyum sağlanabilmesi için yalnızca “ticari sır” şeklinde bir ibareye yer verilmekle yetinilmeyip, ticari sırrın anlamının ve içeriğinin, bir başka deyişle, ticari sırdan ne anlaşılacağıının somut bir şekilde gösterilmesi gerekirdi.

Öte yandan, ticari sırrın anlamı ve içeriğinin somut bir şekilde gösterilmemesi, Türk Ceza Kanununun kendi içerisinde bir çelişki taşıdığıının da somut bir kanıtıdır. Gerçekten de, Türk Ceza Kanununun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında; kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı, kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamayacağı ifade edilmesine karşın, ticari sırrın ne olduğunun düzenlenmemesinin çelişkili bir durum oluşturduğu ortadadır.

<sup>29</sup> Latince “nullum crimen nulla poena sine lege” ilkesi.

<sup>30</sup> Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku, s. 16.

<sup>31</sup> Fazla bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku, ss. 15-38.



Yukarıda belirtildiği üzere 239'uncu madde fıkraları bakımından da hukuka aykırı veya isabetsizdir. Bu çerçevede, söz konusu maddenin fıkralarını teker teker değerlendirmek uygun olacaktır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere maddenin ilk fıkrasında "ticari sır" ibaresine yer verilmesi buna karşın söz konusu sırrın anlam ve içeriğinin belirtilmemesi kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesine aykırılık oluşturur. Konu hakkında yukarıda ayrıntılı açıklama yapıldığı için burada tekrardan kaçınılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında; ticari sırrın açıklanması suçunun fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Kanımızca, bu hükmün uygulanma yetisi yoktur. Gerçekten de, fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler tescil ettirilerek patent veya faydalı model belgesi alınır ve bunlar patent hakkındaki hükümlere göre korunurlar. Nitekim, 24.6.1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede sınai hakkın tesisine uygun buluşlara patent veya faydalı model belgesi verilerek bunların korunması ile ilgili esas, kural ve koşullar düzenlenmiştir. Patent konusu olmayan veya tescil edilmemiş fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler ise haksız rekabet hükümlerine göre korunurlar.<sup>32</sup> Dolayısıyla ya 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine ya da haksız rekabet hükümlerine göre korunacak olan fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında hüküm konulmasının ne kadar gereksiz olduğu ortadadır. Ayrıca, bu fıkra kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Gerçekten de, fıkroda, fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler tanımlanmamış, fıkra gerekçesinde ise yukarıda gösterildiği üzere yalnızca fenni veya sınai sır hakkında bir tanım! verilmeye çalışılarak söz konusu sırrın; sanayicinin işletmesinin yararı gereği gizli tutmak istediği hususlar olarak saptanmıştır. Fıkroda ifade edilen "yarar" ve sanayicinin "gizli tutmak istediği hususlar" gibi ibarelerin ne kadar muğlak veya keyfi yoruma tabi tutulabilecek bir husus olduğu, dolayısıyla kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Maddenin 3'üncü fıkrasındaki düzenleme de hatalı ve isabetsizdir. Bu fıkroda, sırrın Türkiye'de oturmayan bir yabancıya

<sup>32</sup> Krş. Karayalçın, Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, s. 464. Bundan başka, 24.6.1995 tarih ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyle tescilli endüstriyel tasarımların korunma ile ilgili içerik saptanmıştır. Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının bu KHK ile de bağlantısının kurulamaması başka bir temel hatayı oluşturmaktadır.

veya memurlarına açıklanması hâlinde öngörülen ceza artırılmaktadır. Her şeyden önce, günümüzde, her alanda olduğu gibi finansal piyasalarda da bir küreselleşme eğilimi bulunmaktadır. Yabancıya veya memurlarına sırrın açıklanması durumunda cezanın artırılması söz konusu eğilime ters düşmektedir. İkinci olarak, günümüzde “eşit işlem yapılması” ilkesi neredeyse evrensel bir hukuk kuralı haline gelmiştir. Bu çerçevede, sırrın vatandaş veya yabancıya açıklanması hâlinde tayin edilecek cezalarda bir farkın bulunmaması gerekir. Aksi takdirde, eşit işlem yapılması ilkesine aykırı davranılmış olunur. Üçüncü olarak, bu fıkranın da uygulanma yetisi yoktur. Çünkü, nelerin sır olduğu maddede somutlaştırılmadığından yabancı veya memurlarına verilen bir bilginin ne zaman bu fıkranın kapsamına girdiğini saptayabilmek kolay değildir. Fıkroda, bu fıkranın kapsamına giren suç olaylarında şikayet koşulunun aranmayacağı, bir başka deyişle, suçun re’sen takip edileceğinin belirtilmesi de fıkranın uygulanma yetisini sağlayabilecek bir nitelikte değildir. Çünkü, hangi olay veya fiilin suçu oluşturacağı belli değildir ki, suç re’sen takip edilebilsin.<sup>33</sup>

Maddenin dördüncü (son) fıkrası da isabetsizdir. Bu fıkroda, cebir veya tehditle sırrın açıklanmaya mecbur edilmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Her şeyden önce bu fıkroda kanunilik ilkesine aykırıdır ve uygulanma yetisi yoktur. Fıkranın uygulama yetisi yoktur, çünkü, maddede nelerin sır oluşturduğu açık bir şekilde tanımlanmamıştır ki, cebir veya tehdit kullanarak söz konusu sırların açıklanmaya mecbur bırakılması durumuyla karşılaşılabilsin. Fıkra kanunilik ilkesine de aykırıdır, zira, sırrın açık bir tanımının yapılmaması yüzünden sırrın içeriği zaman yönünden olduğu kadar, bu konuda karar verecek yargıcın anlayışına göre de değişecektir.<sup>34</sup> Sırrın içeriğinin belirsiz olmasının ise kanunilik ilkesinin “kanunların açık ve kesin olması” alt ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır. İkinci olarak, bu fıkra yüzünden, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yedinci bölümündeki “hürriyete karşı suçlar”dan 106’ncı maddedeki “tehdit” ve 108’nci maddedeki “cebir” suçunun uygulanmasında da çeşitli duraksamalar doğabilecektir. Çünkü, sır, açık ve kesin bir şekilde tanımlanamadığı için yargıç, cebir veya tehdit kullanılarak sırrın açıklanmaya zorlanması savıyla karşılaştığı bir durumda 239’uncu maddenin 4’üncü

<sup>33</sup> Sonuç kısmında açıklanacağı üzere suçun re’sen takip edilmesi isabetli olmasına rağmen suçun takibinin şikayete bağlanması vahim bir hatadır. Nitekim, Türk Ceza Kanununun 239’uncu maddesinin ilk iki fıkrasında öngörülen suçların takibinin şikayete bağlanması başka bir vahim hatayı oluşturmaktadır. Sırrın korunması sağlama yönünde öngörülen cezai normların neredeyse tümü suçun takibini şikayete bağladığı için bu durumun genel eleştirisi sonuç kısmında yapılacağı için burada 239’uncu maddenin ilk iki fıkrasının eleştirilmesi yapılmayacaktır.

<sup>34</sup> Krş. Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 78.

fıkrasını mı, 106 veya 108'inci maddeyi mi uygulayacağı konusunda büyük güçlük ve duraksamalarla karşılaşacaktır ki, bu durumun yargıç için ne kadar ağır bir vicdani muhasebe külfeti doğuracağı ortadadır.<sup>35</sup>

### **b. Türk Ticaret Kanununun İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi**

Bu kısımda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun ticari sırrın korunması için öngördüğü cezai yaptırımların bir değerlendirmesi yapılacaktır. İlgili hükümler değerlendirilirken şu anda T.B.M.M. Genel Kurul gündeminden bulunan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının ilgili hükümlerine de değinilecektir.<sup>36</sup>

#### **aa) 6762 sayılı Kanunun 64'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi**

Yukarıda belirtildiği üzere 6762 sayılı Kanunun 64'üncü maddesi ticari sırrın korunması bağlamında iki tür cezai sorumluluk öngörmüştür. Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da bu durum aynen sürdürülmüştür. Bu çerçevede, Tasarının ticari sırrın korunması bağlamında öngördüğü cezai sorumluluk hallerinin yakın bir şekilde incelenmesi uygun olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının "haksız rekabet" başlıklı Dördüncü Kısımının "(d)dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar" başlıklı 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) alt bendinde; üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren kişinin dürüstlüğe aykırı davranmış olacağı, kısacası, bu davranışın, dürüstlük kurallarına aykırı haksız bir rekabet hâli olduğu ifade edilmiştir. Tasarının 56 ve devamı maddelerinde, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari

<sup>35</sup> Vicdani muhasebe külfeti diyoruz çünkü belirsiz bir kavram olan sırrın cebir veya tehdit kullanılarak açıklanması savıyla karşılaşan bir yargıç, büyük bir olasılıkla kanunilik ilkesine aykırı olduğu için 239'uncu maddenin 4'üncü fıkrasını uygulayamayacak, 106 veya 108'inci maddeyi uygulayacaktır. Bununla birlikte, yargıç, 106 veya 108'inci maddeyi uygularken büyük bir olasılıkla vicdanen huzursuz olabilecektir. Halbuki 239'uncu maddenin 4'üncü fıkrası olmasa idi yargıç huzurlu ve duraksamasız bir şekilde duruma göre 106 veya 108'inci maddeyi uygulayabilecekti.

<sup>36</sup> Dolayısıyla, Tasarının ilgili hükümleri de irdelenecektir.

faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimsenin açabileceği hukuk davaları düzenlenmiştir.

Tasarının 62'nci maddesinde ise haksız rekabet fiillerinden cezai sorumluluğu gerektiren fiiller düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, sır konusunda ilgililerin cezai sorumluluğu iki türlü doğabilir. Bunlardan ilki, yukarıda belirtilen 55'inci maddenin 1'inci fıkrasının (d) alt bendinin kasten işlenmesi, daha açık bir deyişle, kasıtlı ticari sır konusundaki dürüstlüğe aykırı davranışın işlenmesidir. İkincisi ise, çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatma fiilidir. Bu iki durumda, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine failin bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı maddede ayrıca belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Tasarının ticari sırrın korunması konusundaki cezai hükümleri ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri büyük ölçüde benzer bir şekilde düzenlenmiştir.

Gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 64'üncü maddesi, gerekse Tasarının 62'nci maddesi hukuka aykırı olduğu gibi uygulanma yetisi de bulunmamaktadır. Bu maddelerin uygulanma yetisi yoktur, çünkü, yukarıda Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesinin değerlendirilmesi kısmında belirtildiği üzere, ticari sırrın korunmasını etkin bir şekilde sağlayabilmek için onun patent konusundaki hükümlerle bir bağıntısının kurulması gerekir. Ticari sırrın patent konusundaki hükümlerle bağlantısı kurulmadan onun cezai, hatta özel hukuk sorumluluğunu düzenleyen hükümlerinin uygulanması olanaksız değilse bile oldukça güçtür.

İkinci olarak, gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 64'üncü, gerekse Tasarının 62'nci maddesi, hukuka, daha açık bir deyişle, "kanunilik" ilkesine aykırıdır. Ancel'in belirttiği üzere, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin gereklerine uygun davranabilmek açısından, suç haline getirilen her bir fiil için bütün ana unsurlarının saptanması gerekir. Yazar, bu esasa rağmen, bir çok hallerde, kanun koyucunun, yeni bir suç normu oluştururken söz konusu ilkeyi ihlal ederek, herhangi bir kimsenin özel bir kanunun filanca maddesinin ihlali halinde şu cezanın verileceğini belirtmekle yetindiğini, uygulamada bu durumla çok sık karşılaşıldığını, öyle ki, çağcıl kanun koyucunun ilkel toplumlar zihniyetine üzülerek karşılanacak bir geriye dönüş ile her gün biraz daha salt özel hukuk kurallarını ceza ile

yaptırıma tabi tutmaya ve cezaya dar anlamda uygulanmasının gerektirdiği ayrıksı durumlarda başvurulması gerektiği yönündeki karakterini kaybettirmeye eğilimli olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu yöntemin, yalnızca cezai yaptırım kavramını zafiyete düşürmekle kalmayıp, kanunilik ilkesini de<sup>37</sup> ihlal edeceğini belirtmektedir.<sup>38</sup>

Ancel'in işaret ettiği sakınca gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 64'üncü, gerekse Tasarının 62'nci maddesinde ana unsurları saptanmayan üretim ve iş sırları, kısacası "ticari sır" kavramıyla bütünüyle ortaya çıkmıştır. Ana unsurları saptanmayarak söz konusu maddelerde "üretim ve iş sırları"ndan bahsedilmesi sonucu kanunilik ilkesi ihlal edilmiş ve hürriyeti bağlayıcı cezalara ancak ayrıksı durumlarda başvurulması gerektiği<sup>39</sup> yolundaki temel ceza politikasına da aykırı davranılmıştır.

Aslında, gerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 64'üncü, gerekse Tasarının 62'nci maddesinin ceza hukukunun temel ilkesi olan kanunilik prensibinin gereklerine uygun bir şekilde kaleme alınması doğası gereği olanaksız değilse bile oldukça güçtür. Çünkü, söz konusu normlar, özel hukuk hükümleridir.<sup>40</sup> Bir özel hukuk normu, özel hukukun gereksinimleri dikkate alınarak kaleme alınır ve yaptırımı da daha çok tazmin yükümlülüğüdür. Kanunilik ilkesi, özel hukuk alanında geçerli bir ilke olmadığından söz konusu ilkeye uyulmaması özel hukuk bakımından bir sorun doğurmaz, ancak, özel hukuk normu cezai bir norm koyar ise baş edilmesi oldukça güç zorluklarla karşılaşılır. Bu zorluk, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 64 ve Tasarının 62'nci maddesi bakımından da bütünüyle geçerlidir.

#### **bb) 6762 sayılı Kanunun 363'üncü Maddesinin Değerlendirilmesi**

Yukarıda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 64'üncü maddesi<sup>41</sup> bakımından ileri sürülen sakıncaların tümü, Kanunun 363'üncü maddesi bakımından da geçerlidir.<sup>42</sup> Bununla birlikte, Türk Ticaret

<sup>37</sup> Daha açık bir deyişle, kanunilik ilkesinin suçların açık ve kesin olması alt ilkesini.

<sup>38</sup> Ancel, Muasır Mevzuatta "Kanunsuz ceza olmaz" Kaidesi, s. 1339-1340.

<sup>39</sup> Çünkü, hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanması kişiler açısından olduğu kadar devlet açısından da büyük bir külfet (obligenheit) doğurur.

<sup>40</sup> Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu birlikte özel hukukun temel direklerini oluşturur.

<sup>41</sup> Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 62'inci maddesi.

<sup>42</sup> Ayrıca, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 363 ve neredeyse 363'üncü maddeyle aynı hükümleri içeren 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 25'inci maddesi bakımından ileri sürülen haklı eleştiriler için bkz. Erman, Şirketler Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku VII, s. 67-72.

Kanunu Tasarısıyla, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 363'üncü maddesinde öngörülen cezai yaptırım kaldırılmış olduğundan Tasarının sermaye şirketleri<sup>43</sup> bakımından öngördüğü sırla ilgili hükümlerinin üzerinde durulması uygun olacaktır.

Mevcut durumda,<sup>44</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda bulunan Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da şirketlerin ticari sırları üzerinde durulmuştur. Gerçekten de, Tasarının 404'üncü maddesinde; denetçi, işlem denetçisi ve özel denetçi ile bunların yardımcılarının ve bağımsız denetleme kuruluşunun denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcilerinin sır saklamakla yükümlü olduğu, faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz kullanamayacakları, kasten veya ihmal ile yükümlülüklerini ihlal edenlerin şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumlu oldukları, zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluğun müteselsil olduğu, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde ihmali bulunan kişiler hakkında verdikleri zarar sebebiyle her bir denetim için yüzbin Türk Lirasına, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ise üçyüzbin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebileceği, ihmalleriyle zarara sebebiyet veren kişilere ilişkin bu sınırlamanın denetime birden çok kişinin katılmış veya birden çok sorumluluk doğurucu eylemin gerçekleştirilmiş olması halinde uygulanacağı gibi, katılanlardan bazılarının kasıtlı hareket etmiş olmaları durumunda da geçerli olduğu, denetçinin bir bağımsız denetleme kuruluşu olması halinde sır saklama yükümlününün bu kurumun yönetim kurulunu, üyelerini ve çalışanlarını da kapsayacağı, bu hükümlerden doğan tazmin yükümlününün sözleşme ile kaldırılıp daraltılmayacağı ve denetçinin bu maddeden doğan sorumluluğa ilişkin istemlerin rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir.

Tasarısının 437'nci maddesinde ise anonim şirketin pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı düzenlenmiştir. Maddede söz konusu pay sahibinin kural olarak bilgi alma ve inceleme hakkının bulunduğu belirtilmiş, ancak 3'üncü fıkrasında; bilgi verilmesinin, sadece istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesiyle reddedilebileceği ifade edilmiştir. Buna karşın, maddenin 5'inci fıkrasında, bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız

<sup>43</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu Tasarısında da kolektif ve âdi komandit şirketler bakımından ticari sırrın ihlali genel cezai norma, daha açık bir deyişle, Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesine tabi kılınmıştır.

<sup>44</sup> 1.5.2009 tarihi itibarıyla.

birakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibinin, reddi izleyen on gün içinde, diğer hallerde de akla yatkın bir süre sonra!<sup>45</sup> mahkemeye başvurabileceği, başvurunun basit muhakeme usulüne göre inceleneceği, mahkeme kararının, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebileceği, mahkeme kararının kesin olduğu ifade edilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 404 ve 437'inci maddeleri anonim şirketler bakımından öngörülmüş olmasına karşın, sermayesi paylara bölünmüş komandit ve limited şirketler bakımından da geçerlidir. Gerçekten de, Tasarının 570'inci maddesinde, anonim şirketlerin yönetim kurulunun görevleriyle sorumluluklarına ilişkin hükümlerinin, komandite ortaklar hakkında da geçerli olduğu ifade edilmiş, 644'üncü maddesinde ise limited şirketin kurucularının şirketin yönetimi, denetimi, işlemlerin denetimi ve tasfiyesi ile görevli kişilerin sorumluluğu hakkında ilgili anonim şirket hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Tasarının bu hükümlerinden, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında da 404 ve 437'inci maddelerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 404 ve 437'inci maddeleriyle denetçi ve ortakların sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlarına herhangi bir hürriyeti bağlayıcı cezanın öngörülmemesi kanımızca son derece isabetli olmuştur. Çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere hürriyeti bağlayıcı bir cezanın uygulanması devlet açısından olduğu kadar cezanın üzerinde uygulandığı kişi<sup>46</sup> bakımından da büyük bir külfet doğurur. Sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışa hürriyeti bağlayıcı ceza öngörmek gereksiz yere söz konusu külfetin ortaya çıkması anlamını taşır.

Bundan başka, Tasarının 404'üncü maddesiyle denetçilerin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlarına yalnızca tazminat niteliğinde para cezasının öngörülmesi de bütünüyle isabetli olmuştur. Çünkü, sırrın içeriğinin açık ve kesin bir şekilde saptanması olanaksız olduğundan ve özel hukukta da kanunilik ilkesi geçerli olmadığından özel hukuk bağlamında sırrın niteliğini ve onun ihlalden bir zararın doğup doğmadığını saptamak açısından yargıca yetki tanınması yerindedir.

<sup>45</sup> "Akla yatkın bir süre sonra" hükmü belirsiz, bir başka deyişle, kişilerin anlayışına ve yorum tarzına göre farklı olacağından pay sahibinin hukuki güvenliğinin ne kadar büyük bir tehlike altında olduğu ortadadır.

<sup>46</sup> Hatta cezanın uygulandığı kişinin ailesi ve yakın çevresine.

Buna karşın, Tasarıyla denetçi ve ortakların şirketten bilgi alma ve onu kontrol etme hakkına aykırı davranışa herhangi bir cezai yaptırımın öngörülmemesi isabetsiz olmuştur. Örneğin, İtalyan Medeni Kanununun 2623'üncü maddesinde; şirket faaliyetinin denetçiler kurulu ve kanunun öngördüğü hallerde ortaklar tarafından kontrol edilmesine engel olan yöneticilerin hapis ve para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiş, Fransız Şirketler Kanununun 443 ila 446'ıncı maddeleri arasında ise kanunun ortakların bilgisine sunulmasını zorunlu saydığı belgeleri ortaklara vermeyen, talep olunan bazı bilgileri ortaklara ulaştırmayan, genel kurulun toplantısından 15 gün önce bir takım belgeleri ortakların incelemesine hazır tutmayan yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürlerin para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir.<sup>47</sup>

Günümüzde, denetçi ve ortaklara şirket hakkında bilgi alma ve şirketi kontrol etme hakkının etkin bir şekilde sağlanması yaşamsal derecede önem taşımaktadır. Bu yüzden denetçi ve ortakların şirket işleri hakkında bilgi alma ve denetleme talebinin gereğini yerine getirmeyen yöneticilere İtalya ve Fransa'da olduğu gibi benzer bir yaptırım düzeneğinin Türk Ticaret Kanunu Tasarısında öngörülmesi yerinde olacaktır.<sup>48</sup>

### **c. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısının İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi**

Yukarıda belirtildiği üzere, Tasarının 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde ticari sır tanımlanmıştır!<sup>49</sup> Yapılmış olan bu tanımda oldukça muğlak ve esnek hükümlere verilmektedir ki<sup>50</sup> bu durum kanunilik ilkesinin "kanunların açık ve kesin olması" alt ilkesini ihlal etmektedir. Bu alt ilkeye uygun hareket edebilmek için suç haline getirilen fiilin unsurlarının belirtilmesi, bir diğer deyişle, o fiilin

<sup>47</sup> Erman, Şirketler Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku VII, s. 68.

<sup>48</sup> Ancak şirket yöneticilerine, İtalya'da olduğu gibi herhangi bir hürriyeti bağlayıcı cezanın öngörülmemesi, yalnızca adli para cezasının öngörülmesi gerekir. Çünkü, çeşitli defalar belirtildiği üzere hürriyeti bağlayıcı ceza devlet açısından bir külfet doğurduğu gibi fail açısından da bir külfet doğurur. Bu yüzden, ancak, ayırksı durumlarda söz konusu cezaya başvurulması gerekir.

<sup>49</sup> Daha doğrusu tanımlanmaya çalışılmıştır. Çünkü, bir şeyin tanımlanabilmesi için eski bir deyişle, tanımın, "efradını cami, ağyarını mani etmesi" gerekir. Tasarının yapmış olduğu ticari sır tanımı bu deyişe uymamaktadır. Ayrıca, bu durum, az sonra anlatılacağı üzere kanunilik ilkesine de uymamaktadır.

<sup>50</sup> Örneğin, yapılan tanımda "bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen", "müşteri potansiyeli", "bu gibi" ucu açık ve ne olduğu tam olarak saptanamayan ibareler kullanılmaktadır ki bu durumun aynı zamanda "hukuki güvenlik" ilkesine de büyük bir tehdit oluşturduğu ortadadır.



tanımlanması gerekir, aksi takdirde “kanunilik” ilkesine aykırı hareket edilmiş olunur.<sup>51</sup> Tasarıda, her ne kadar ticari sırrın bir tanımı yapılmaya çalışılmışsa da, ticari sırrın unsurları açık ve kesin bir biçimde saptanamamış,<sup>52</sup> dolayısıyla, kanunilik ilkesine aykırı hareket edilmiştir.

Taslağın 5’inci maddesinde belirtilen “sırların verilmesi yükümlülüğü”, 6’ncı maddesinde ifade edilen “sır saklama yükümlülüğü” ve 7’nci maddesinde düzenlenen “koruma yükümlülüğü” de isabetsiz bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Bir kere sırrın<sup>53</sup> içeriği, bir diğer deyişle, unsurları tam olarak saptanamamıştır ki, onun verilmesi, saklanması ve koruma yükümlülüğünden bahsedilsin.

Taslağın 8’inci maddesinde belirtilen “ceza hükümleri” ise bütünüyle isabetsizdir. Bir kere, bu maddede, unsurları açık bir şekilde saptanmayan sırla ilgili yükümlülükleri ihlal edenlere! hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası öngörüldüğünden “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırı hareket edilmiştir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere bu ilkeye uygun davranabilmek açısından suç haline getirilen fiilin unsurlarının açık ve kesin bir şekilde tanımlanması gerekir. Bu çerçevede, Tasarıda “sır” açık ve kesin olarak tanımlanamamıştır. İkinci olarak, Tasarının 8’inci maddesinde yapılan bu düzenleme yasama tekniğine de aykırılık taşımaktadır. Gerçekten de yapılan bu düzenleme sonucunda suçu tanımlayan metinlerle yaptırım tehdidini içeren metinler parçalanmış, çok sakıncalı bir yollama düzeneği oluşturulmuştur. Daha açık bir deyişle, Tasarının 8’inci maddesinde yer alan “ceza hükümleri” başlığını taşıyan bölümünde yer alan çeşitli yaptırım hükümleri, aynı kanunun cezai nitelikte olmayan maddelerine yollama yapmaktadır. Böylelikle suçu tanımlamaya çalışan hükümlerle cezayı içeren müeyyide kısmı ikiye bölünmüş ve ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Bu durum, Erman’ın haklı olarak belirttiği üzere hızlı bir şekilde kanun koymaya yararsa da, iyi kanun yapmaya olanak vermez. Çünkü, yaptırım içeren madde, düzenleyici hükme yollama yaparken bir takım unutmalarla karşılaşılabılır.<sup>54</sup> Üçüncü olarak, Taslağın 8’inci maddesi; cezai hükümler taşımayan 5, 6 ve 7’nci maddeye yollama yaparak, kanun koyucuya “açık bir çek” vermektedir. İleride, 5, 6 ve 7’nci madde değiştiği zaman bu değişikliklerle getirilen hükümlere aykırılık 8’inci madde yüzünden kendiliğinden cezai yaptırıma tabi tutulacaktır ki, bunun ne kadar büyük bir sakınca

<sup>51</sup> Fazla bilgi için bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 37.

<sup>52</sup> Daha doğrusu, ticari sırrın unsurları geniş ve muğlak ifadelerle saptanmıştır ki, bu durum ticari sırrın unsurlarının saptandığını göstermez.

<sup>53</sup> Ticari sır, banka ve müşteri sırrının.

<sup>54</sup> Konu hakkında fazla bilgi ve örnek için bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s.42 vd.

doğuracağı ortadadır.<sup>55</sup> Dördüncü olarak, Taslağın 8'inci maddesinin cezai nitelikte olmayan maddelere yollama yapması, suçun tanımı açısından da sorun doğurur.<sup>56</sup> Gerçekten de, Erman'ın belirttiği gibi bu tip yollama, suçun tanımı açısından çeşitli kuşkulara yol açar, çünkü, kendisine yollama yapılan ve cezai nitelikte olmayan, dolayısıyla, extra-poenam nitelik taşıyan metinler, suç ve cezada kanunilik sistemine bağlı bir dizgenin gerektirdiği kesinlikle kaleme alınmış olmaz ve durum uygulama ve yorum açısından çeşitli güçlükler doğurur.<sup>57</sup> Son olarak, Tasarının 8'inci maddesi sistematik bir şekilde de kaleme alınamamıştır. Söz konusu maddeyle cezai yaptırımlar ardı arkasına sıralanmıştır. Erman'ın haklı olarak belirttiği üzere ceza hükümlerinin, hiç bir ölçüt gözetilmeksizin birbiri ardınca sıralanması ve bu hükümlerin korunan hukuki menfaat, yani suçun hukuki konusu açısından bir sisteme bağlanmaması yorum bakımından da önemli güçlükler doğurur.<sup>58</sup> Söz konusu güçlük, Tasarının 8'inci maddesi bakımından öncelikle geçerlidir.

## **2. BANKA VE MÜŞTERİ SIRRINI KORUMAK İÇİN ALINAN VEYA TASARLANAN CEZAI NİTELİKTEKİ YASAL ÖNLEMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **a. Türk Ceza Kanununun 239'uncu Maddesinin Değerlendirilmesi**

Yukarıda belirtildiği üzere Türk Ceza Kanununun 239'uncu maddesinde ticari sır, banka ve müşteri sırrı birlikte düzenlenmiştir. Maddenin ticari sır konusunda öngördüğü hükümlerin eleştirisi yukarıda yapıldığı ve o eleştiriler banka ve müşteri sırrı bakımından da geçerli olduğu için burada ayrıntıya girmekten kaçınılacaktır.

### **b. Bankacılık Kanununda Alınan Önlemlerin Değerlendirilmesi**

Banka ve müşteri sırrını korumak için 5411 sayılı Bankacılık Kanununda öngörülen cezai yaptırımlar da bütünüyle isabetsizdir. Bu

<sup>55</sup> Daha da tehlikeli bir durum örneğin, Tasarının 6'ncı maddesinin değiştirilerek "sır saklama yükümlülüğünü" belirlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili kılınmasıdır. Böyle bir durum, Erman'ın haklı olarak belirttiği üzere vahim sakıncalar taşı. Çünkü, böyle bir yollama, yetki devri sonucunu doğurmakta ve çok kere kanun, ileride çıkacak, bir başka deyişle, yollama zamanında mevcut olmayan bir düzenleyici tasarrufa aykırılığı cezalandırmak suretiyle yürütme organına dilediği fiili suç haline getirmek yetkisini veren "beyaz hükümler"i içerecektir. Bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 42.

<sup>56</sup> Daha açık bir deyişle, zaten tanımlanamamış olan sırrın içeriğine nelerin dahil olduğu konusundaki kuşku daha da arttırır.

<sup>57</sup> Bkz. Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 42.

<sup>58</sup> Erman, Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım, s. 43.

isabetsizliği daha açık bir şekilde değerlendirebilmek için konuya bütüncül ve maddeler temelinde ayrı ayrı yaklaşmak uygun olacaktır.

Banka ve müşteri sırrını korumak için 5411 sayılı Bankacılık Kanununda yer alan cezai yaptırımlara bütüncül temelde yaklaşmak gerekirse; her şeyden önce, bu hükümler, gittikçe sınır aşan niteliğe sahip olan kara para aklama suçuyla etkin savaşım verebilmek amacıyla banka ve diğer mali kurumların saydam olmasını isteyen çağcıl akıma ters düştüğü gibi hukuksal açıdan da bir takım hatalar taşımaktadır. Bir kere, sır kapsamına nelerin girdiği somut bir şekilde gösterilmemesi vahim bir hatadır. Sır kapsamına nelerin girdiği somut bir şekilde gösterilmeden belirsiz bir şekilde banka veya müşterilerine ait sırlardan bahsedilmesi, çeşitli defalar belirtildiği üzere, ceza hukukunda geçerli olan kanuni tipiklik ilkesinin kanunların açık ve kesin olması alt ilkesini ihlâl eder. Gerçekten de, bu alt ilke, kanun koyucunun norm yaratırken cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için kanuni tipi açık ve belirgin bir biçimde tespit etmesini ifade eder.<sup>59</sup> Kısacası, bu alt ilke gereği, suçun tipiklik, bir başka deyişle, yasal unsurunun yoruma meydan vermeyecek ölçüde açık ve kesin bir şekilde belirtilmesi gerekir. Sır kavramı somutlaştırılmadığından dolayı bu alt ilkeye aykırı davranıldığı açıktır.

İkinci olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun banka ve müşteri sırrını korumak için öngördüğü cezai normlar, Türkiye'nin de üye olduğu, merkezi Paris'te bulunan ve hükümetler arası bir organ olan Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) kara para aklamayla savaşım için yayımladığı 40 tavsiyeye de uyarlık taşımamaktadır. Gerçekten de, daha açık bir deyişle, bu tavsiyenin 14 ve 15'inci numaralı maddelerinde, mali kurumların kuşkulu işlemlere karşı gösterecekleri en üst seviyedeki dikkat üzerinde durulmuştur. Daha somut bir deyişle, bu maddelerde, mali kurumların; karmaşık, büyük çaplı, olağan dışı ve görünürde hukuki ve ekonomik bir amacı bulunmayan işlemlere karşı özel bir dikkat göstermeleri gerektiği ifade edilmiş ve böyle durumlarda işlemlerin amacı ve temelinin araştırılarak bulguların yazıya dökülmesi ve durumun üstlere, denetleyicilere ve güvenlik görevlilerine bildirilmesi istenmiştir. Mali kurumun, fonun suç faaliyetinden elde edildiği yönünde şüphe duyduğu hallerde durumu, vakit geçirmeden şüphesiyle birlikte yetkili makamlara iletmesi de istenmiştir. Tavsiyenin 16'ncı maddede ise çok ilginç bir konuya temas edilmiştir. Bu tavsiyeye göre, mali kurum veya çalışanlarının yetkili makamlara iyi niyetli olarak yaptıkları kuşkulu işlem bildiriminde suç

<sup>59</sup> Bkz. Toroslu, Ceza Hukuku, s. 28.

faaliyetinin ne olduğu tam olarak bilinmese bile veya suçun gerçekte olup olmadığı önem taşımaksızın mali kurum veya çalışanlarının, sözleşmeden kanundan veya düzenleyici hükümlerden doğan ve sır saklama yükümlülüğünü ihlaline bağlanan cezai ve hukuki yaptırımlara karşı koruyucu yasal düzenlemelere sahip olacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere tavsiyenin bu maddelerinde kuşkulu işlemlere karşı en üst seviyede dikkat gösterilmesi ve bu bildirim iyi niyetle yapanların sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğinin kabul edilmemesi esası getirilmiş iken, 5541 sayılı Kanunda böyle bir hükme yer verilmemesi önemli bir hata oluşturmuştur.<sup>60</sup>

5411 sayılı Bankacılık Kanununun banka ve müşteri sırrını korumak için öngördüğü cezai normlar bütüncül açıdan isabetsiz olduğu gibi maddeler açısından da isabetsizdir. Konuyu maddeler temelinde incelersek, Kanunun 73'üncü maddesinde sır konusunda maddi hükümlere yer verildiği bu maddenin ihlaline bağlanan cezai yaptırımların ise 159'uncu maddede düzenlendiği görülür. Bu şekilde düzenleme kısmı ile yaptırım kısmı ayrı hükümlere konu olmuş, kısacası, ceza normu parçalanmıştır. Yukarıda, Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısının İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi kısmında da ayrıntılı bir şekilde ifade edildiği üzere söz konusu parçalanma vahim bir hata olmuştur.<sup>61</sup>

İkinci olarak, 5411 sayılı Kanunun 73'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) personeli, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fon (TMSF) Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personelinin yalnızca "görevleri sırasında öğrendikleri" banka ve müşteri sırrlarını açıklamaktan yasaklı kılınmışlar, buna karşın, maddenin 3'üncü fıkrasında, bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlilerinin "sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri" banka veya müşteri sırrını ifşa etmeleri engellenmiştir. Görüldüğü üzere, BDDK, Kurul ve personeli ile TMSF, Kurul ve personeli oldukça dar bir şekilde yalnızca görevleri sırasında öğrendikleri banka ve müşteri sırrını açıklamaktan sorumlu tutulurken, banka; hem görevi hem de sıfatı gereği öğrenmiş olduğu banka ve müşteri sırrını ifşadan, kısacası oldukça geniş bir şekilde mesul olacaktır. Kurumsal banka ve müşteri sırrının açıklanması olgusunun kapsamının dar tutulmasına karşın

<sup>60</sup> Krş. Dursun, Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanına Karşı Öngörülen Yaptırımlara Genel Bir Bakış, s. 129.

<sup>61</sup> Ayrıca, söz konusu tasarı hakkında dile getirilen eleştirilerin tümü 5411 sayılı Bankacılık Kanununun banka ve müşteri hakkında öngördüğü cezai yaptırımların tümü hakkında da geçerlidir.

banka bakımından kapsamın oldukça geniş tutulmasının haklı bir nedeni olamaz. Bu durumu olsa olsa BDDK, Kurul ve personeli ile TMSF, Kurul ve personeline sağlanan ayrıcalıkçı bir düzenleme olarak nitelendirmek gerekir.<sup>62</sup>

Diğer yandan, 5411 sayılı Kanununun 73'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında; BDDK'nun yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabıtları çerçevesinde vereceği bilgi ve belgelerin sır kapsamında olmadığı ifade edilmektedir. Bu hüküm olumlu olmakla birlikte eksiktir. Her şeyden önce, BDDK'nun "yurt dışındaki dengi denetim kurumu" nasıl saptanacaktır. Bundan da öte, yabancı bir ülkede, bankaları denetlemekle görevli bir kurum olmayabilir ve örneğin, BDDK, o ülkenin Adalet Bakanlığı ile mutabakat metni imzalayabilir. Maddedeki hükmün yorumundan, Adalet Bakanlığı ile imzalanan mutabakat metni çerçevesinde verilen bilgi ve belge sır kapsamına girecektir ki bunun nasıl bir garip duruma yol açtığı ortadadır.<sup>63</sup>

5411 sayılı Kanununun cezaları gösteren 159'uncu maddesine gelince, bu maddede bütünüyle isabetsiz bir şekilde düzenlenmiştir. Her şeyden önce, maddenin 1'inci fıkrası isabetsizdir, çünkü, çeşitli defalar belirtildiği üzere sırların açıklanmasına cezai bir yaptırım öngörmek "kanunilik" ilkesine açık bir aykırılık teşkil eder.

Bu maddenin 2'nci fıkrasında sırların kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklanmış olması durumunda verilecek cezaların altıda bir oranında artırılacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm de isabetsizdir. Çünkü, banka ve müşteri sırrının tanımı yapılamamıştır ki, söz konusu sırların kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklanmış olması durumuyla karşı karşıya kalınsın. Dolayısıyla bu hükmün uygulanma yetisi bulunmamaktadır. Öte yandan, fıkrada, fiilin önemine göre sorumluların Kanunun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmalarının iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanacağını ifade eden hüküm de hatalı olup ceza politikası açısından uygun değildir. Kişiye, sırların<sup>64</sup> kendisi ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklanmış olmasından dolayı ceza verilip! infazı yapıldıktan, böylece kişinin topluma olan borcunu ödemesinden sonra bankalarda geçici veya sürekli olarak

<sup>62</sup> Krş. Yiğit, a.g.e., s. 420 vd. Aslında böyle bir hükme yer verilmekle "ayrıcalıkçı bir ceza hukuku" anlayışı esas alınmıştır. Ayrıcalıkçı ceza hukuku anlayışı ve tehlikeleri konusunda bilgi için bkz. Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 2-3.

<sup>63</sup> Sonuç kısmında ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere aslında biz sırrın ifşası ve kullanılmasından dolayı herhangi bir cezai yaptırımın öngörülmemesi taraftarıyız.

<sup>64</sup> Ya da bilgilerin.

çalışmanın yasaklanması şeklinde o kimseye ek külfetler yüklenmesi mahkumun topluma kazandırılması anlayışıyla bağdaşmaz. Kuşkusuz, cezanın suçlunun şahsına uydurulması prensibi gereği kişiye ceza dışında bir takım ek külfetler yüklenebilir ancak söz konusu külfetlerin, alt ve üst sınırları yasa tarafından gösterilmesi, bir başka deyişle, sadece geçici olarak bankalardan çalışmaktan yasaklanma cezasının öngörülmesi ve bu cezanın uygulanmasının da yargıcın takdirine bırakılması gerekir.<sup>65</sup>

### **c. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununda Alınan Önlemlerin Değerlendirilmesi**

Yukarıda belirtildiği üzere 14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununda da sırrın açıklanması suçu “parçalı” bir şekilde düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle, Kanunun 35’inci maddesinde “sır saklamanın içeriği” düzenlenmeye çalışılmış, 68’inci maddesinin 2’nci fıkrasının (a) bendinde ise “cezai sorumluluk” hükmüne yer verilmiştir. Bu durum 5411 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin değerlendirilmesi kısmında da belirtildiği üzere açık bir sakınca oluşturmaktadır. Ayrıca, 1211 sayılı Kanunda yer alan müşteri ve banka sırrını ihlal eden kişiler için öngörülen ceza da “kanunilik” ilkesiyle uyarlık taşımamaktadır. Bu konu hakkında yukarıda çeşitli defalar açıklama yapıldığı için burada üzerinde durulmayacaktır.

Bu kısımda yapılan açıklamaları kapatmadan önce önemli bir hususa temas etmek gerekir. 1211 sayılı Kanunun 35’inci maddesinin son fıkrasında; banka mensuplarının, görevleri ile ilgili olarak Bankaya verdikleri zararlardan ötürü, Borçlar Kanununun haksız fiil hükümlerine tabi oldukları ifade edilmektedir. Bu hüküm, ilke olarak yerindedir. Çünkü, sırrın açıklanması veya kullanılmasına yalnızca özel hukuk yaptırımlarının öngörülmesi yerinde bir davranıştır. 1211 sayılı Kanun bağlamında itiraz edilmesi gereken nokta, böyle bir özel hukuk sorumluluğunu gösteren madde varken sırrın açıklanması veya kullanılmasına ayrıca cezai sorumluluğun öngörülmesi olmasıdır.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Daha doğru bir deyişle, sırrın açıklanması suçu! dışında başka bir suçtan örneğin zimmet suçundan bankacıya ceza verilirse, o kişinin bir daha sürekli olarak bankada çalışmaması cezası yerine yargıcın mahkuma geçici olarak bankada çalışmama ek cezası verebilmesi daha uygun olur.

<sup>66</sup> Bununla birlikte, banka ve müşteri sırrının ihlalinin yalnızca Borçlar Kanununun haksız fiil hükümlerine tabi tutulması yerinde değildir. Çünkü, sırrın ihlaline bağlanan özel hukuk sorumluluğu Borçlar Kanunundan (Bundan da öte, Borçlar Kanununun haksız fiil hükümleri dışında diğer hükümlerinden) doğabileceği Medeni Kanundan da doğabilir. Konu hakkında ayrıntılı ve güzel bir çalışma için bkz. Kaplan, Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu, s. 10-17.

**d. Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda Alınan Önlemlerin Değerlendirilmesi**

Yukarıda gösterildiği üzere 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununda da sırların korunması ile ilgili cezai normlar da parça parça bir şekilde düzenlenmiştir. Gerçekten de, Kanunun 23'üncü maddesinde "bilgilerin saklanması" konusu düzenlenmiş, 31'inci maddesinde BDDK personeli ile Kurul üyeleri ve kartla ilgili kuruluş ve kişilerin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş, 39'uncu maddede ise bilgi güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranışın cezai yaptırımı öngörülmüştür. Bu durum yukarıda müteaddit defalar belirtildiği üzere açık bir sakınca oluşturmakta ve adeta ceza hukukunun temel ilkelerini tahrir etmektedir. Bundan başka, 5411 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin eleştirisi bağlamında açıklanan düşüncelerin tümü de burada geçerlidir.<sup>67</sup>

Bu kısmı da kapatmadan önce bir hususa temas etmek yerinde olacaktır. 5464 sayılı Kanunun 29'uncu maddesinin 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında; kat hamillerinin risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılacak bilgi ve belge alışverişi veya kartların kullanımından doğan borç ve alacakların takas ve mahsup işlemlerinin kart çıkaran kuruluşların aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde kendi aralarında veya en az beş kart çıkaran kuruluş tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla gerçekleştirileceği, bu hüküm gereğince yapılacak bilgi ve belge alışverişinin sır saklama yükümlülüğüne dahil olmadığı ifade edilmiştir. Bu hükmün bir benzerine yukarıda belirtildiği üzere 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında rastlanılmaktadır. Bu durum, kanunlar hazırlanırken nasıl özensiz olarak hareket edildiğinin somut bir kanıtıdır. Ayrıca, bu durum, kanunların uygulanması sorununu da açığa çıkaracağı kuşkusuzdur.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Bu çerçevede, örneğin, 5464 sayılı Kanununun öngördüğü cezai normlar da "kanunilik" ilkesine aykırıdır. Yine, Kanunun 31'inci maddesinde BDDK ile Kurul mensuplarının sır saklama yükümlülüğü yalnızca "görevi sırasında öğrendikleri" sırlarla sınırlandırılırken, kartla ilgili kuruluş ve kişilerin sır saklama yükümlülüğü "görev ve sıfatı" olarak oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Bu durumun birinciler lehine açık bir ayrıcalık oluşturduğu ortadadır.

<sup>68</sup> Çünkü, 5411 sayılı Kanunun 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında "hizmet temini" de sır saklama yükümlülüğü dışında bırakılmakta, 5464 sayılı Kanunda böyle bir hükme yer verilmemektedir. 5464 sayılı Kanuna tabi kuruluş veya şirketlerin "hizmet temini" bakımından yaptıkları bilgi paylaşımı konusunda nasıl bir uygulama yapılacağı belirsizdir. Çünkü, "hizmet temini" kavramı muğlak bir kavram olduğu gibi bilgi veya belge paylaşımının içerisine de girdiği savunulabilir.

**e. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısında Alınması Öngörülen Önlemlerin Değerlendirilmesi**

Yukarıda ticari sırla ilgili cezai normların değerlendirilmesi kısmında ticari sır konusunda “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısının İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi” başlığı altında ifade edilen hususların tümü banka ve müşteri sırrı bakımından da geçerli olduğundan burada konuya tekrar girilmeyecektir.

**SONUÇ**

Buraya kadar yapılan incelemeden anlaşılacağı üzere ticari sır, banka ve müşteri sırrını cezai yaptırıma tabi tutmak vahim denilebilecek şekilde hatalı bir nitelik taşımaktadır. Söz konusu durum, başka sakıncalar da taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, bahsedilen sırları cezai yaptırıma tabi tutmak anayasal sakıncalar taşıdığı gibi belirli suçlarla etkin savaşım açısından da sakıncalar taşımaktadır. Ayrıca, bu durum, ceza hukuku ile ceza usulü hukuku ve idare hukukunun doğası ve politikasına özgü başka olumsuzluklar da taşımaktadır.

Sırla ilgili ihlalleri cezai yaptırıma tabi tutmak her şeyden önce Anayasanın 38’inci maddesinde belirtilen “kanunilik” ilkesine aykırılık taşımaktadır. Gerçekten de Anayasanın 38’inci maddesinin 1’inci fıkrasında; kanunilik ilkesinin “kanunun açık ve kesin olması” alt ilkesi düzenlenerek; kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir.<sup>69</sup> Bu bağlamda, ne kadar çaba gösterilirse gösterilsin Anayasanın anladığı anlamda ticari sır, banka ve müşteri sırrı tanımlanamayacağından söz konusu sırların ihlalini cezai yaptırıma tabi tutmak, Anayasanın 38’inci maddesinin 1’inci fıkrasına aykırı olacaktır.

Ticari sır, banka ve müşteri sırrının ihlalini cezai yaptırıma tabi tutmak Anayasanın 38’inci maddesinin 8’inci fıkrasına da aykırıdır. Anayasanın 38’inci maddesinin 8’inci fıkrasında; hiç kimsenin, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu

<sup>69</sup> Bu alt ilke, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasında; kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez şeklinde ifade edilmiştir.



sırlar, daha çok meslek sırrı niteliğine sahiptir meslek sırrını saklama yükümlüğünün temelini de kanımızca sözleşme oluşturur.<sup>70</sup> Gerçekten de, söz konusu yükümlülük, banka ile müşterisi arasında bir bankacılık işlemi için yapılan sözleşmeden örtülü (zımni) bir şekilde doğmakta ve genellikle sözleşmeden iyi niyet kuralları uyarınca çıkan tali (fer'i) bir borç biçiminde kendisini göstermektedir. Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca herkes borçlarını yerine getirirken iyi niyet kurallarına uygun davranmakla yükümlüdür. Bundan da öte, kimi zaman sır saklama yükümlülüğü sözleşmede açıkça öngörülebilir. Böyle bir durumda, artık bu yükümlülüğü iyi niyet kurallarından çıkarmaya gerek kalmaksızın, sır saklama yükümlülüğünün yerine getirilmemesi Borçlar Kanununun 96'ncı maddesine göre sözleşmeye dayalı sorumluluğu gerektirir.<sup>71</sup> Bu çerçevede, örneğin, bir banka görevlisi, müşteri sırrını açıklıyorsa sözleşmeye aykırı davranmış sayılır. Banka görevlisinin bu davranışı için "hürriyeti bağlayıcı ceza" öngörmek, Anayasanın 38'inci maddesinin 8'inci fıkrasına açıkça aykırıdır.

Günümüzde çağcıl uluslar bazı suçlarla etkin bir şekilde savaşım verebilmek için ticari sır, banka ve müşteri sırrını<sup>72</sup> gevşeterek veya esnetme yoluna gitmektedirler. Aslında, ticari sır, banka ve müşteri sırrına cezai yaptırım öngörülerek yolsuzluk, kara para aklama, organize suç, yüksek görevlilerin yurt dışına hileyle mal kaçırmaları gibi suçlarla etkin bir savaşım verilmesi olanaksızdır. Bu suçlarla etkin bir savaşım verebilmek açısından da söz konusu sırların ihlaline cezai yaptırımın uygulamasından vazgeçilmesi gerekir.

Ticari sır, banka ve müşteri sırrını cezai yaptırım öngören pozitif hukuk kurallarında dikkati çeken bir nokta, sır saklama yükümlülüğünün ihlali durumunda bir zarar doğmuş olsun veya olmasın cezai yaptırımın uygulanacağına öngörülmesi, kısacası, söz konusu suçların "tehlike suçları" olarak düzenlenmiş olmasıdır. Bu suçların tehlike suçu olarak düzenlenmesi, kanımızca ceza hukukunun doğasına aykırıdır. Gerçekten de, Toroslu'nun belirttiği üzere suçun

<sup>70</sup> Meslek sırrını saklama yükümlüğünün temellerini sözleşme, mutlak kişilik hakkının korunması ve iktisadi idari hukukundan doğan mesleki ödev oluşturur. Bkz. Erem, Altınok, Tandoğan, a.g.e., s. 328-330. Meslek sırrını saklama yükümlüğünün oluşmasına mutlak kişilik hakkının korunması ve iktisadi idari hukukundan doğan mesleki ödevin etki edeceğini inkar etmesek de kanımızca meslek sırrının temelini, bir başka deyişle, karakteristik niteliğini yalnızca "sözleşme"nin oluşturduğu kanısındayız.

<sup>71</sup> Bkz. Erem, Altınok, Tandoğan, a.g.e., s. 328-329.

<sup>72</sup> Örneğin, İsviçre, katı bir şekilde uyguladığı banka ve müşteri sırrını son yıllarda gevşetmiş veya esnetmiş bulunmaktadır. Bu konuda Peter F. Muller'in Almanca yazmış olduğu "Wegleitung zum schweizerischen Bankgeheimnis: Grundlagen, Rechtshilfe, Ausblick", (Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1998, Zurich) adlı güzel bir esere bkz.

hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Bu hukuki varlık veya menfaatler bireylere, topluma veya devlete ait olabilir, bir diğer deyişle, bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir.<sup>73</sup> Diğer yandan her suçtan bir de zarar doğar. Bu zarar iki türdür. Her şeyden önce bir suçta her zaman bir sosyal zarar bulunur. Bu zarar türü, fiil ile devletin menfaatleri arasındaki çatışmada yer alır. Söz konusu zarar olgusu fiili suç haline getirmenin nedenini oluşturur. Daha açık bir deyişle, devlet, bazı fiilleri toplumun korunması veya gelişmesi yönünden engel olarak gördüğü için ceza tehdidi ile yasaklamaktadır. Suçtan doğan ikinci zarar, yine her suçta bulunan doğrudan zarar adı verilen bir zarar türüdür. Doğrudan zarar, hukukten korunan kamusal veya özel nitelikteki bir menfaatin ihlalden oluşur ki bu ihlal her suçta vardır. Çünkü, suçun özelliği gereği, daima başkasının refahı için zararlı bir şey olmasının yanında, devlet, bir fiili ceza tehdidi ile yasaklarken daima belirli bir varlık veya menfaati korumayı da amaçlar. Söz konusu ihlal, korunan varlık veya menfaatin tamamen veya kısmen zarara uğramasına veya sadece tehdit edilmesine, bir başka deyişle, gerçek veya gizilgüç (potential) bir zararın gerçekleşmesine göre zarar verme ve tehlikeye koyma olarak iki şekilde ortaya çıkar.<sup>74</sup>

Bu çerçevede, nesnel bir değerlendirme yapmak gerekirse ticari sır ile banka ve müşterilerine ait sırların açıklanmasıyla cezai yaptırımı davet edecek tarzda ne gerçek ne de gizilgüç bir zarar veya tehlike<sup>75</sup> doğabilir ne de suçun hukuki konusu oluşabilir. Esasen yukarıda da çeşitli defalar belirtildiği üzere cezai yaptırımın uygulanması; ilgili kişi açısından bir külfet (burden) oluşturduğu gibi devlet açısından da bir külfet oluşturur. Bu açıdan bir fiili cezai yaptırımı tabi tutarken oldukça dikkatli davranılmalı ve diğer yaptırımların işe yaramaz veya yaramayacağı düşünülüyorsa son çare olarak (the last resort) cezai yaptırımı başvurulmalıdır. Bu yüzden sır ihlaline bağlanan cezai yaptırımların kaldırılarak konunun özel hukuktaki tazminat sorumluluğu çerçevesinde çözümlenmesi uygun olacaktır.

Esasında, ticari sır ile banka ve müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün ihlaline cezai yaptırım öngörmek, kanımızca, ceza yargıcının yapmış olduğu görevin doğasına da aykırıdır. Çünkü, söz konusu sırlar özel hukuk kavramlardır. Daha açık bir deyişle, söz

<sup>73</sup> Bkz. Toroslu, a.g.e., s. 48.

<sup>74</sup> Bkz. Toroslu, a.g.e., s. 46-47.

<sup>75</sup> Çünkü, kanun koyucunun öngördüğü tehlike somut ve gerçek bir tehlike olmayıp “mefruz” (varsayılan) bir nitelik taşımaktadır. Mefruz bir tehlikenin bulunduğu hallere cezai yaptırım öngörülmesi işin doğasına aykırıdır.

konusu sırları saklama yükümlülüğünü ihlal eden davranışları cezalandıran Türk pozitif hukuk kuralları söz konusu özel hukuk kavramlarını ihlal eden fiilleri blok halinde cezalandırmaktadır. Böyle bir metin çerçevesinde ceza yargıcının rolü, yalnızca ceza normlarını uygulamak ile yükümlü bir yorumcu konumundan çıkmakta ve adalet ile hakkaniyet çerçevesinde karar veren adalet dağıtımına görevli bir kimse rolüne dönüşmektedir. Böylelikle, ceza yargıcı sır teşkil ettiği savlanan bazı olayları kendi kişisel kanısına göre cezalandırmak veya bunları cezası bırakmakta özgür hale gelmektedir. Bu tutumu, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı ile bağdaştırabilmek olanaksızdır.<sup>76</sup>

Ticari sır, banka ve müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün ihlali durumunda cezai soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için genellikle şikayet veya müdahale koşulu aranmaktadır.<sup>77</sup> Bu tutum ceza hukuku ile ceza usulü hukukunun doğasına ve politikasına bütünüyle terstir. Gerçekten de, Erem’in isabetli olarak belirttiği üzere, şikayet, müdahale, şahsi dava ve buna benzer özel yargılama usullerinin bugünkü çağdaş ceza hukuku ile bir ilgileri yoktur. Bunlar “şahsi intikam” duygularının kalıntılarıdır ve aynı zamanda ceza davasının kamulaştırıldığı günümüzde gereksiz duraksamayı ifade ederler, onları açıklama güçlüğüne nedeni de budur.<sup>78</sup>

Sırrın ihlaline ceza yaptırım öngören normlarda dikkati çeken bir nokta sır saklama yükümlülüğünün süresiz, bir diğer deyişle, sürgit bir zaman boyutunda öngörülmüş olmasıdır. Bu durum ise idare hukukunun doğası ve politikasına bütünüyle aykırıdır. Çünkü hiç bir şey sürgit bir şekilde sır olamayacağından<sup>79</sup> çağdaş bir idare hukukunun doğası ve politikası sırrın belirli bir süreyle (5 veya en üst 10 yıl gibi) sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede, sır saklama yükümlülüğü bulunan görevlilerin sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışları özel hukuk yaptırımlarıyla karşılanmalı o da belirli süreyle sınırlı olmalıdır.

Aslında, Türk yargıcı; ticari sır, banka ve müşteri sırrına cezai yaptırım öngören Türk pozitif hukukunu, düşünce özgürlüğünü aşırı derecede sınırladığı için uygulamamakla yükümlüdür. Gerçekten de, Anayasanın 90’inci maddesinin son fıkrasında 2004 yılında adeta devrim niteliğinde bir değişiklik yapılarak “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma-

<sup>76</sup> Krş. Ancel, Muasır Mevzuatta “Kanunsuz ceza olmaz” Kaidesi, s. 1341.

<sup>77</sup> Müdahale bakımından, örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 162’inci maddesine bkz.

<sup>78</sup> Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 556.

<sup>79</sup> Aksi durumda, yaşam hakkı dışındaki bütün temel hak ve hürriyetlerden daha kıymetli olan “ifade özgürlüğü” büyük yara alır.

larla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin temel andlaşma, ülkemizin de onaylamış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yalnızca lafız itibarıyla öncelik verilmeyecek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşme metnini nasıl yorumladıysa o yorum tarzı esas alınacaktır. AİHM’ne göre, devlet, sır veya gizlilik teşkil eden bilgi kategorilerini dar ve özgün tarzda yasalarla tanımlamak zorunda olduğu gibi bir bilginin gizlilik statüsü zaman açısından sınırlanmalı ve bu statünün muhafazasına gereksinim olup olmadığı periyodik olarak incelenmelidir.<sup>80</sup> Bundan da öte, AİHM, ifade özgürlüğünün; demokratik bir toplumun asli temellerinden olduğunu, bir toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birisini oluşturduğunu, eğer demokratik bir siyasi sürecin ve her bireyin gelişmesi isteniyorsa ifade özgürlüğünün korunmasının yaşamsal bir önem taşıdığını, ifade özgürlüğü ile başka hakların (örneğin, özel hayatın korunması hakkı) çeliştiği durumlarda ifade özgürlüğü lehine tutum takılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>81</sup> Bu açıklamalar ışığında Türk yargısının da ticari sır, banka ve müşteri sırrını korumaya yönelik cezai yaptırımları uygulamaması, bunun yerine AİHM’nin yorum tarzını esas alması uygun olur. Aksi takdirde, Anayasanın 90’ıncı maddesinde yapılan “sessiz devrim”in içerisi boşaltılmış olacaktır.

#### **YARARLANILAN KAYNAKLAR**

Akıllıoğlu, Tekin (1990). Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı in I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi İkinci Kitap Kamu Yönetimi, Ankara.

Ancel, Marc (1938). Muasır Mevzuatta “Kanunsuz ceza olmaz” Kaidesi, Adliye Ceridesi, Yıl:29.

Arkan, Sabih (2007). Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onuncu Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.

Dursun, Hasan (2008). Kara Para Aklama ve Terörizmin Finansmanına Karşı Öngörülen Yaptırımlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:3, Sayı:7, Ağustos.

<sup>80</sup> Bkz. Macovei, İfade Özgürlüğü., s. 51,

<sup>81</sup> Macovei, a.g.e., s. 51.

- Erem, Faruk (1968). Ceza Usulü Hukuku, Ajans-Türk Matbaacılık Sanayii, Ankara.
- Erem Faruk, Akın Altınok ve Haluk Tandoğan (1989). Bankalar Kanunu Şerhi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Erman, Sahir. Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım (1982), 3. Baskı, İstanbul.
- . Bankacılık Suçları Ticari Ceza Hukuku V (1984), İstanbul.
- . Şirketler Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku VII (1993), İstanbul.
- Kaplan, İbrahim (1990). Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu, BATIDER, C. XV, Sa. 4.
- Karayalçın, Yaşar (1968). Ticaret Hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, Üçüncü Baskı, Ankara.
- Macovei, Monica (2005). İfade Özgürlüğü, Council of Europe, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.
- Özgen, Eralp (2001). Bankalar Yasası'nda Yer Alan Adli Suç ve Cezalar, Bankacılar Dergisi, Sayı 39, 2001.
- Reisoğlu, Seza (2007). Bankacılık Kanunu Şerhi Cilt II, Yaklaşım Yayınları, Ankara.
- Taşdelen, Servet (2002). Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara.
- Toroslu, Nevzat (1991). Ceza Hukuku, İkinci Baskı, Savaş Yayınları, Ankara.
- (1987). Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara.
- Yiğit, Uğur (2006). Bankacılık Suçları, Has Matbaacılık Tic.ve Ltd. Şti. İstanbul.