Banka ve Müşteri Sırlarının Ceza Hukuku Tarafından Korunması

The Protection of Bank and Customer Secrets by Criminal Law

Prof. Dr. Çetin Arslan (Hacettepe University, Turkey)
Ph.D. Candidate Didar Özdemir (Hacettepe University, Turkey)

Abstract

The Turkish Penal Code (TPC) no.5237 embodies “the reveal of bank and customer secrets” as a crime. However, neither article 6 of the TPC titled “definitions” nor the legal justification of the article contains the definition of the bank or customer secret. On the other hand, the bank or customer secrets are under guarantee of four different codes. These dispositions can be counted as the article 239 of the TPC, the articles 35 and 68/II/a of the Turkish Republic Central Bank Code dated 14.01.1970 and numbered 1211, the articles 73 and 159 of the Banking Code dated 19.10.2005 and numbered 5411 and also the articles 8, 23 and 31 of the Bank Cards and Credit Cards Code dated 23.02.2006 and numbered 5464. Though, these two special codes do not make a connection to the article 239 of the TPC which constitutes the general norm nor the TPC makes a reference to those dispositions. In this study, we will try to explain first the notions of bank and customer secrets, then the penal norms protecting the bank and customer secrets and last, the elements of the crime disposed in the article 239 of the TPC.

1 Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)’nın 239. maddesinde banka ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar arasında düzenlenmiştir. Fakat TCK’nın “tanımlar” başlığını taşıyan 6. maddesinde ya da TCK md. 239’un madde gerekçesinde banka veya müşteri sırrının tanımı yer almamaktadır. Banka ve müşteri sırrı niteliği taşıyan sırlar dört ayrı kanunda koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemeleri TCK’nın 239. maddesi, 14.01.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu’nun (1211 s. Kanun) 35 ve 68/II/a maddeleri, 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun (5411 s. Kanun) 73 ve 159. maddeleri ile 23.02.2006 tarih ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun (5464 s. Kanun) 8, 23 ve 31. maddeleri olarak göstermek mümkündür. Fakat bu özel kanunların genel norm niteliğindeki TCK md. 239 ile bağlantısı kurulmadığı gibi, TCK’da da bu kanunlara atıf yapılmamıştır. Çalışmamızda, öncelikle banka ve müşteri sırrı kavramları tanımlanacak, ardından banka ve müşteri sırlarını koruyan ceza hukuku düzenlemeleri ortaya konacak ve nihayet TCK’nın 239. maddesinde düzenlenen suçun unsurları irdelenecektir.

2 Banka ve Müşteri Sırrı Kavramları

Sır kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için 8. Uluslararası Avrasya Ekonomileri Konferansı’nda sunduğumuz “Ticari Sırların Ceza Hukuku Tarafından Korunması” başlıklı tebliğimize atıf yapmakla yetiniyoruz. Çalışmamızın bu bölümünde banka ve müşteri sırrı kavramlarını tanımlamaya çalışacağız.

Banka veya müşteri sırrı kavramlarına TCK’nın “tanımlar” başlıklı 2. maddesinde yer verilmediği gibi, suçun vazedildiği 239. maddesinde veya maddenin gerekçesinden de bu kavramların içeriklerine dair bilgi bulunmamaktadır.

Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde “*banka sırrı*”; “*Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeler*”; “*müşteri sırrı*” ise “*Ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler*” olarak tanımlanmaktadır.

Geniş anlamda banka sırrı kavramı hem bankanın kendisine ait sırları hem de müşteri sırrını içermektedir (Donay, 1978). Doktrinde Erman (1984) banka sırrını, banka ile bankacılık işlemleri dolayısıyla ilişki kurmuş olanların dışında kalan kişilerin, bir anonim şirket olmak sıfatıyla veya Merkez Bankası, diğer bankalar, Bakanlıklar ve diğer resmi mercilerle olan ilişkileri itibarıyla banka tüzel kişiliğine ait olan sırlar olarak tanımlamaktadır. Reisoğlu (2007) ise, banka sırrını, bankacılık iş ve işlemleriyle ilgili işlemler ve bankanın mali, kredi ve nakit durumu, Merkez Bankası’na karşı yükümlülüklerini yerine getirip getirmeme durumu, bankanın bulunduğu piyasadaki payı, mudi ve kredi müşterisi sayısı, yönetim kural ve esasları, banka politikaları dâhil olmak üzere tüm yönetim kurulu kararları, teknik usulleri, bağışları, toplam mevduatı ve döviz miktarı gibi hususları banka sırrı kapsamında değerlendirmektedir. Kaplan (1990) ise banka sırrını ikili ayrıma tabi tutarak

incelemekte; geniş anlamda banka sırrı kapsamında hem banka sırrının korunmasını hem de müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünü değerlendirmekte, dar anlamda ise müşteri ilişkileri dışında bankanın ekonomik, mali, kredi, nakit ve döviz durumu bilgilerini banka sırrı kabul etmektedir.

Müşteri sırrı ise doktrinde, bir bankanın müşterisi ile ilgili elde ettiği sözleşme öncesi ve sonrası tüm bilgiler, müşterinin malvarlığı durumu, müşterinin ödeme gücü hakkındaki değerlendirmeler olarak açıklanmakta ve müşteri sırrı kabul edilmesi için kişinin banka ile tek bir hukuki ilişkiye girmesinin yeterli olduğu ve bu ilişki sırasında elde edilen bilgilerin müşteri sırrı sayılması gerektiği ifade edilmektedir (Reisoğlu, 2007).

3 Banka ve Müşteri Sırlarını Koruyan Cezai Düzenlemeler

Türk Hukukunda sırların korunmasının anayasal temelini “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” (md. 17/1) ile “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” (md. 20/1) hükümleri oluşturmaktadır (Alıcı, 2007; Öztürk, 2009).

TCK’nın 239. maddesinde ticari sır, banka sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suç olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.”

1211 s. Kanun’un “sır saklama ve sorumluluk” başlıklı 35. maddesi “Banka mensupları, sıfat ve görevleri dolayısıyla Bankaya veya Banka ile münasebeti olan kişi ve kurumlara ait olmak üzere bildikleri sırların gizliliğine riayet eylemek ve bu sırları kanunen yetkili kılınan mercilerden gayrisine herhangi bir surette açıklamamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, Bankadan ayrılmalari halinde dahi devam eder. Banka mensupları, görevleri ile ilgili olarak Bankaya verdikleri zararlardan ötürü, Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümlerine tabidirler.” düzenlemesi ile banka mensupları bakımından sır saklama yükümlülüğü getirmektedir. Kanun “ceza hükümleri” başlıklı 68. maddesinin II/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 hükmolunur. 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 cezasına hükmolunur.” şeklinde sır saklama yükümlülüğünün ihlaline cezai yaptırım getirmektedir.

5411 s. Kanun ise “Sırların saklanması” başlıklı 73. maddesinin ilk fıkrasında “Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli 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 açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tâbidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.” ifadesiyle sır saklama yükümlülüğü düzenlenmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında “Bu Kanun hükümleri uyarınca Kurumun, yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabıtları çerçevesinde vereceği bilgi ve belgeler birinci fıkradaki sır kapsamında değildir. Kurul düzenleyeceği mutabakat zabıtları veya zabıtlar dışında elde edeceği sırların korunmasını sağlamakla görevlidir. Kurumun elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, kuruluş ve faaliyet izni verilmesinde, faaliyetlerin denetiminde, düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul kararlarına karşı açılacak idarî davaların görülmesinde kullanılabilir. Kurumun bu fıkra kapsamında elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında savcılıklar ile ceza mahkemeleri, görevden ayrılmış olsalar dahi, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar ile bağlantılı olarak talepte bulunacak Kurul Başkanı ve üyeleri ile Kurum personeli dışında hiçbir kişi, kurum ve kuruluşa verilemez. Mahkeme kararına bağlanmış sır kapsamına giren bilgilerin verilmesinden Kurum sorumlu tutulamaz.” düzenlemesi yer almaktadır.

Üçüncü ve dördüncü fıkralar ise 13/02/2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun’un 146. maddesi ile değiştirilmiş ve “Sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder. 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu, 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalıştırılan işçi, gemi adamı ve gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikte her çeşit istihkak ödemelerinin özel olarak açılan banka hesabına yapılması halinde, bu hesaplara ilişkin bilgi ve belgelerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı ile bunlara bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşlara verilmesi ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 8 inci ve 100 üncü maddelerinin uygulanması ile

genel sağlık sigortalılığında gelir testinin yapılmasına ilişkin bilgi ve belgelerin Sosyal Güvenlik Kurumuna (Ek ibare: 13/06/2012-6327 s.K./39.md.) ve il veya ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca yapılan sosyal yardım hak sahiplerinin tespiti ile gelir testi işlemlerinin yürütülmesi amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne verilmesi sırrın ifşası sayılmaz. Bu bilgi ve belgelerin verilmesine ilişkin usûl ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık ile Kurulca belirlenir.

Kurumun gözetim ve denetimine tabi kuruluşların, bunların ortaklarına, bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıklarının faaliyetlerine veya müşterilerine ilişkin yabancı ülke kanunlarına göre denetime yetkili ve Kurum muadili mercilerin taleplerinin Kurumca karşılanması, gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece belirtilen amaçlar ile sınırlı kılınması koşuluyla bankaların ve finansal kuruluşların, kendi aralarında doğrudan doğruya ya da risk merkezi veya en az beş banka ya da finansal kuruluş tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişinin yanı sıra doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayelerinin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden paylarının satışı amacıyla muhtemel alıcıların yapacakları değerlendirme çalışmalarında ya da sermayelerinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan yurt içinde veya yurt dışında yerleşik kredi kuruluşu ile finansal kuruluşlar da dâhil ana ortaklıkların konsolide finansal tablo hazırlama çalışmalarında, risk yönetimi ve iç denetim uygulamalarında veya kredileri de dâhil varlıklarının ya da bunlara dayalı menkul kıymetlerin satışı amacıyla yapılacak değerlendirme çalışmalarında ya da değerlendirme, derecelendirme veya destek hizmeti alınması ile bağımsız denetim faaliyetlerinde ve gerekli tedbirlerin alınması kaydıyla hizmet alımlarına yönelik işlemlerde kullanılmak üzere bilgi ve belge taleplerinin karşılanması sırasında banka ya da müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin öğrenilmesi sır saklama yükümlülüğü dışındadır.” halini almıştır.

Kanun “sırların açıklanması” başlıklı 159. maddesinde ise “Bu Kanunun 73 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezası hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır. Yukarıdaki fıkra da belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır.” ifadesiyle sır saklama yükümlülüğünün ihlaline ceza yaptırım öngörmektedir.

5464 s. Kanun 8. maddesinin beşinci fıkrasında “Kart çıkaran kuruluşlar, kartların kullanılması bir kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu tür bilgilerin gizli kalması amacıyla gerekli önlemleri almak ve harcama ve alacak belgesinin müşteri nüshası üzerinde ve yazışmalarda kart numarasının açıkça yer almasını engellemekle yükümlüdür.” düzenlemesi getirilmektedir. 5464 s. Kanun’un “bilgilerin saklanması” başlıklı 23. maddesi ise, “Üye işyerleri, 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 başkasına açıklayamaz, saklayamaz ve kopyalayamaz. Üye işyerleri, kart bilgilerini üye işyeri anlaşması yaptığı kuruluş dışındaki şahıs veya kuruluşlarla paylaşamaz, satamaz, satın alamaz ve takas edemez. Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, bu fıkranın uygulanmasını gözetmekle yükümlüdür.

Kart çıkaran kuruluşlar, 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 yükümlüdür.” hükmünü içermektedir.

Söz konusu Kanun “sırların saklanması” başlıklı 31. maddesinde “Kurul üyeleri ile Kurum personeli, görevleri sırasında öğrendikleri bu Kanun kapsamındaki kuruluşlara, kart hamillerine ve kefillere ait sırları kanunen açıkça yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendi yararlarına kullanamazlar.

Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, 29 uncu maddede yer alan kuruluşlar 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 açıklayamazlar. Kart çıkaran kuruluşların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hüküm uygulanır.” düzenlemesini getirmekte; “bilgi güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranılması” başlıklı 39. maddesinde ise “Bu Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrası ve 23 üncü maddesi hükümlerine kasten aykırı hareket eden kuruluşlar, üye işyerleri ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların işlerini fiilen yöneten görevlileri ve işlemi yapan kişiler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

Kartların kullanılması için zorunlu olup gizli kalması gereken kod numarası, kart numarası, şifre ya da kimliği belirleyici başka bir yöntemin dikkatsizlik veya tedbirsizlik veya meslekte yetersizlik veya emir ve kurallara aykırılık nedeniyle açığa çıkmasına neden olan kart çıkaran kuruluşlar, üye işyerleri ve üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların işlerini fiilen yöneten görevli ve ilgili mensupları bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

Bu Kanunun 31 inci maddesine aykırı davranışları hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası uygulanır.” şeklinde cezai yaptırım öngörmektedir.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 19 Haziran 2014 Tarih ve 5903 sayılı Kararı ile değiştirilen ve Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu'nun 20 Ağustos 2014 tarihli Kararı ile kabul edilen Bankacılık Etik İlkeleri'nin "Müşteri sırrı" başlıklı 10. maddesi "*Bilgi ve belge istemeye kanunen açıkça yetkili kişi ve merciler dışında, müşterilere ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri gizli tutmak ve özenle saklamak zorundadırlar.*" hükmünü içermektedir.

Tasarı'nın "sır saklama yükümlülüğü" başlıklı 6. maddesinde "*Bu Kanunun 5 inci maddesi uyarınca verilen sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlileri ve diğer kişiler; bu sırları kanunen yetkili mercilerden başkasına açıklayamaz, veremez ve kendisi veya başkalarına menfaat sağlamak veya zarar vermek amacıyla kullanamazlar. Bu yükümlülük, bilgi ve belgelerin sır niteliği devam ettiği sürece görevlerinden ayrılmalardan sonra da devam eder.*" düzenlemesi yer almaktadır. 8. maddesinde ise bu maddeye atıfla ceza hükümleri öngörülmekte ve "*6 ncı maddede belirtilen sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 239 uncu maddesine göre cezalandırılır.*" şeklindeki ikinci fıkrasıyla TCK'nın 239. maddesine atıf yapılmaktadır.

4 Banka veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu

4.1 Suçla Korunan Hukuki Değer

Banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçuyla, dar anlamda banka veya müşteri sırlarının gizliliğinin, geniş anlamda ise bankacılık sisteminin güven ve istikrarının, dolayısıyla ülkenin ekonomik yapısının ve kamu düzeninin korunduğu, bu sebeple çok hukuki konulu bir suç tipi olduğu söylenebilir (Tepe, 2010; Kangal, 2014; Akın, 2015; Tekşen, 2012).

4.2 Suçun Unsurları

4.2.1 Kanuni Unsur

TCK md. 239'a göre, "*(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.*

(2) Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faille verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu halde şikâyet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

4.2.2 Maddi Unsurlar

i. Konu

Banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun konusunu bir kimsenin sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu banka veya müşteri sırrı oluşturmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde banka ve müşteri sırrı kavramlarına detaylı bir biçimde yer verdiğimizden dolayı, burada tekrara düşmemek adına konuya işaret etmekle yetineceğiz.

ii. Fail

TCK md.239/1'in ilk cümlesine göre, bir kimsenin bu suçun faili olabilmesi için banka veya müşteri sırrına sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olması ve bu sırrı yetkisiz kişilere vermesi veya ifşa etmesi gerekmektedir. Bu sebeple, ilk cümle bakımından fail yalnızca bu özelliği taşıyan kişiler olabilir ve düzenleme özgü suç olarak nitelendirilebilir (Tekşen, 2012). İlk fıkranın ikinci cümlesinde ise "*bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi*" cezalandırılmakta olup, bu cümledeki suçun faili herkes olabilir; zira burada ilk cümleden farklı olarak sırra sıfat veya görev, meslek ya da sanat gereği vakıf olmak aranmamaktadır. Benzer şekilde, maddenin dördüncü fıkrasında "*cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi*" cezalandırılmaktadır ve bu fıkra düzenlenen suç bakımından da failin herhangi bir kişi olması mümkündür.

Failin banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bu bilgilere hukuka uygun şekilde vakıf olması gerekmektedir. Ayrıca, banka veya müşteri sırrı ile bu sırrı bilen kişinin sıfatı, görevi, mesleği veya sanatı arasında bağ bulunması zorunludur. Bununla birlikte, failin söz konusu bağ nedeniyle bu sırrı koruma yükümlülüğü altında olması gerekir (Tepe, 2010).

5411 s. Kanun'un 73. maddesinde sır saklama yükümlülüğü "*Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli*" bakımından öngörülmüştür. Fakat yükümlülüğün ihlalini cezalandıran

159. maddede “*Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır.*” ibaresi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca, Bankacılık Kanunu’nda yer alan sır saklama yükümlülüğünün ihlali suçunun faili herhangi bir kimse olabilecektir (İçel, 2010; Akın, 2015).

5464 s. Kanun’un 31. maddesi Kurul üyeleri ve Kurum personeli (f.1) ile kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, 29. maddede yer alan kuruluşlar ile üye işyerleri, bunların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişileri (f.2) sorumlu tuttuğundan bu düzenleme özgü suç niteliğindedir.

1211 s. Kanun’da sır saklama yükümlülüğü sadece Merkez Bankası mensupları bakımından düzenlendiği ve yaptırım altına alındığı için bu düzenleme “özgü suç” niteliğini haizdir (İçel, 2010).

iii. Mağdur

Ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar “Topluma karşı suçlar” arasında düzenlendiğinden bu suçların geniş anlamda mağduru toplumu oluşturan herkeştir. Dar anlamda ise, banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerinin açıklanması suretiyle zarar gören gerçek kişiler mağdur, tüzel kişiler ise suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir (Tepe, 2010; Kangal, 2014).

iv. Hareket, Netice ve Nedensellik Bağı

TCK md. 239’daki suçun meydana gelmesi için gerçekleştirilmesi gereken hareketler “yetkisiz kişilere verme” veya “ifşa etme”dir. Bu hareketler maddede açıkça belirlendiğinden bağıli hareketli bir suç tipi söz konusudur ve ayrıca “veya” bağlacı ile bağlandıkları için seçimlik hareketler şeklinde düzenlenmiştir (İçel, 2010; Tepe, 2010; Tekşen, 2012). Seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli olup, birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi halinde de tek bir suç oluşacaktır.

“Verme” failin vakıf olduğu veya elinde bulundurduğu bilgi veya belgeyi, alma yetkisi olmayan bir kimseye iletmesi/eriştirmesidir. “İfşa etmek” ise açıklamak olarak anlaşılmalı; mutlaka bilginin anonim hale getirilmesi, kamuyla paylaşılmış olması aranmamalıdır (Tepe, 2010; Kangal, 2014).

Banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu neticesiz bir suç tipidir. Zira tipiklikte hareketin yapılmasıyla bir zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkması unsur olarak öngörülmemiştir. Dolayısıyla nedensellik bağlantısının da ayrıca incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

1211, 5411 ve 5464 s. Kanunlarda yalnızca “açıklama” hareketi düzenlenmektedir. Bu maddelerde “ifşa etme” hareketi ayrıca yer almamaktadır (İçel, 2010). 5411 s. Kanun’un 73/1. maddesinde sırrın açıklanması ve kendilerinin veya başkalarının yararına olarak kullanılması düzenlenmektedir. Bu haliyle suç, birden fazla hareketli suç niteliği taşımaktadır. 5464 s. Kanun ise hareketi “açıklama ve kendi yararına kullanma” şeklinde düzenlenmektedir. Bu düzenleme de birden fazla hareketli suç özelliği gösterir.

v. Nitelikli Haller

TCK md. 239’un 3. fıkrasında banka veya müşteri sırlarının Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklanması nitelikli hal olarak öngörülmüş ve cezanın üçte bir oranında artırılması öngörülmüştür. 4. fıkrasında ise, cebir veya tehdit kullanarak bir kimsenin bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılınması nitelikli hal olarak gösterilmiş ve karşılığında üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

5411 s. Kanun’un 159/2. maddesinde “*Yukarıdaki fıkra da belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, failin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır.*” düzenlemesi ile sırrın yarar sağlama amacıyla açıklanması nitelikli hal olarak öngörülmüştür (İçel, 2010; Akın, 2015).

1211 s. Kanun’un 68/II-a-2 maddesinde de benzer bir düzenleme “*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 cezasına hükmolunur.*” ibaresi ile yer almaktadır (İçel, 2010).

4.2.3 Manevi Unsur

Banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Kanımızca suçun olası kasta işlenmesi de mümkün olup, taksirli hali cezalandırılmamaktadır.

5411 s. Kanun’un 159. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen suçun oluşması bakımından genel kast yeterli iken, 2. fıkrasındaki nitelikli hal bakımından “failin sırları kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla açıklaması” gerektiğinden özel kast aranmaktadır. 1211 s. Kanun’da düzenlenen suç da “yarar sağlamak amacıyla” hareket edilmesi arandığından, özel kastla işlenen bir suç tipidir (İçel, 2010). 5464 s. Kanun’da ise failin özel bir amaçla hareket etmesi aranmadığından suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Failin yarar sağlama amacıyla hareket etmiş olması gerekli ve yeterli olup, failin somut olarak bir yarar sağlamış olması zorunlu değildir (Akın, 2015). Diğer bir ifadeyle, fail bu amaçla hareket etmiş ancak yarar sağlayamamış olsa dahi cezalandırılacaktır.

4.2.4 Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk ceza hukukunda kabul edilen genel hukuka uygunluk nedenleri niteliği uygun düştüğü ölçüde banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

İlgilinin rızasının bulunması bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir (İçel, 2010; Kangal, 2014). Kanun hükmünün yerine getirilmesi bilgilerin yalnızca yetkili kurum veya kişilere verilmesi bakımından fiili hukuka uygun hale getirir. Bilgi veya belge verilmesini, bildirimde bulunulmasını öngören düzenlemeler kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında açıklama fiilini suç olmaktan çıkarır. Bilgi veya belgelerin yetkisiz kişilere verilmesi durumunda bu koruyuculuktan faydalanılamaz (Kangal, 2014). Ayrıca, müşterilerin yargı mercilerine veya idari makamlara açıkladıkları banka bilgileri, bu kişilerin ihbar veya şikâyet haklarını kullandıkları düşünüldüğünde, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni gereğince suç teşkil etmeyecektir (Kangal, 2014).

4.3 Suçun Özel Görünüş Şekilleri

4.3.1 Teşebbüs

Banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu, neticesiz suç olması sebebiyle kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Fakat belgenin posta ya da kargoyla gönderilmesi örneklerinde olduğu gibi icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilmesi ve bu kısımlar arasında kesinti meydana gelebilmesi mümkünse, bu durumda suç teşebbüs aşamasında kalabilecektir (İçel, 2010; Tepe, 2010; Akın, 2015).

Ayrıca, birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan *“Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur.”* düzenlemesinde, bir görüşe göre bilgi hukuka aykırı yoldan elde edildikten sonra kişinin bu bilgiyi açıklayamadan yakalanması durumunda suç, teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır (Kangal, 2014). Fakat kanımızca bu cümlede gerçekleştirilmesi gereken icra hareketleri vermek veya ifşa etmek olup, örnek olayda icra hareketlerine başlanmamış olduğundan teşebbüs söz konusu değildir. Söz konusu bilgilerin hukuka aykırı yoldan elde edilmesi koşulları mevcutsa başka bir suç kapsamında cezalandırılabilir. Bunun yanında, kişi hukuka aykırı olarak elde ettiği bilgileri vermek veya ifşa etmek için icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

4.3.2 İştirak

İştirake ilişkin genel hükümler bu suç bakımından uygulama alanı bulur.

4.3.3 İçtima

Açıklanan bilgi veya belgenin vergi mahremiyetiyle ilgili olması durumunda vergi mahremiyetinin ihlali suçu (VUK md. 362), özel hayata ilişkin olması ihtimalinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK md. 134) ya da göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu (TCK md. 258) ile farklı neviden fıkri içtima ilişkisi söz konusu olabilir (Arslan, 2013; Kangal, 2014).

Aynı kişiye ait sırların tek bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda farklı kişilere verilmesi durumunda zincirleme suç; birden fazla kişiye ait sırların tek bir hareketle açıklanması durumunda aynı neviden fıkri içtima hükümleri uygulanacaktır (Kangal, 2014).

TCK md. 239 banka ve müşteri sırlarının korunması bakımından genel norm niteliği taşımaktadır. 5411, 5464 ve 1211 s. Kanunlardaki düzenlemeler yalnızca sık saklama yükümlülüğü öngördükleri kişiler bakımından suç teşkil ettiğinden özel norm niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle, bu düzenlemeler arasında görünüşte içtima ilişkisi mevcuttur. 5411 s. Kanun TCK md. 239’a göre özel norm teşkil ederken; 1211 ve 5464 s. Kanunlar hem 5411 s. Kanun hem de TCK md. 239’a göre özel norm oluşturur (Kangal, 2014).

4.4 Yaptırım

4.4.1 Cezai Yaptırım

TCK md. 139’da belirlenen yaptırım bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Hapis cezası ve adli para cezasına aynı anda hükmedilmektedir. TCK md. 239’da adli para cezasının alt sınırı gösterilmediğinden, yaptırım TCK md. 52/1’in ışığında okunulduğunda beş günden beş bin güne kadar adli para cezası olarak anlaşılmalıdır.

5411 s. Kanun’da düzenlenen sırrın açıklanması suçunun yaptırımı, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasıdır (md. 159).

1211 s. Kanun’da ise sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden Banka mensupları için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezası öngörülmüştür. Ayrıca, 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 cezasına hükmolunacaktır (md. 68/II-a).

4.4.2 Tüzel Kişilere Özgü Güvenlik Tedbirleri

TCK md. 242 hükmü, “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” bölümünde bulunan tüm suçlar bakımından uygulanmaktadır. Bu hüküm uyarınca, tüzel kişi faaliyeti esnasında, tüzel kişi yararına olarak tüzel kişinin organının üyeleri ya da temsilcilerinin banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri olan iznin iptali ve müsadere hükümleri uygulanacaktır (Kangal, 2014).

1211 ve 5411 s. Kanunlarda tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi yönünde bir düzenleme mevcut olmadığından, tüzel kişiler ancak TCK md. 239 ve 242 uyarınca sorumlu tutulabilecektir.

4.5 Soruşturma ve Kovuşturma

TCK md. 239/1 uyarınca, bu suç soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı bir suç tipi teşkil eder. Fakat maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen, sırrın Türkiye’de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklanması suçu bakımından şikâyet koşulu aranmamakta; bu fıkradaki hali re’sen soruşturulup kovuşturulmaktadır.

5411 s. Kanun’da düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması ise şikâyetle bağlı değildir; diğer bir ifadeyle, doğrudan soruşturulup kovuşturulabilir. Kanun’un 164. maddesinde “özel görev” hükmü getirilmiştir. Buna göre, *“Bu Kanunda tanımlanan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak, işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme ve zimmet suçları ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, bankacılık ve müşteri sırlarının açıklanması, bankacılık faaliyeti çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık, bu suçların işlenmesi amacıyla yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak veya bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar; fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilir veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilir.”*

5 Sonuç

Banka veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu TCK’nın “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin suçlar” bölümünde düzenlenen bir ekonomik suç normudur. Banka veya müşteri sırrının ifşası konusunda diğer kanunlarda da düzenleme bulunduğu ve bu düzenlemeler özel norm niteliği taşıdığından, TCK md. 239 bu konuda asli ve genel normdur.

Banka ve müşteri sırrı özel kanunlarda da koruma altına alınmış; 1211, 5411 ve 5464 sayılı Kanunlarda sayılan kişiler bakımından sır saklama yükümlülüğü getirilmiş ve bunun ihlali halinde cezai sorumluluk öngörülmüştür. Bu düzenlemeler özgü suç ve özel norm teşkil ederken, TCK genel hükümleri ile md. 239 da genel norm olarak uygulanacaktır.

Gerek özel kanunlarda gerekse TCK md. 239’da düzenlenen sırrın açıklanması suçları neticesiz suçlar olup ayrıca bir netice gerçekleşmese dahi cezalandırılmaktadır. Sırrı açıklayan kişinin bir yarar elde etmiş olması gerekmez. Fakat yarar sağlamak amacıyla sırrın açıklanması 5411 s. Kanun’un 159/2. maddesinde ve 1211 s. Kanun’un 68/II-a-2 maddesinde nitelikli hâl olarak düzenlenmiş olup, suçu bu amaçla işleyen failer bakımından daha ağır bir yaptırım öngörülmüştür.

Banka veya müşteri sırrının korunması konusundaki en büyük eksiklik, mevzuatta bu konuda bir tanımının yapılmamış olmasıdır. Bu eksiklik sebebiyle, hangi bilgilerin banka veya müşteri sırrı sayılacağı konusundaki uygulamalar değişebilmekte, bu da kanunilik ilkesine, eşitlik ilkesine ve öngörülebilirlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Özel kanunlardaki düzenlemeler yalnızca gerçek kişilerin sorumluluğunu düzenlemekte, suçun tüzel kişilerin temsilcileri tarafından işlendiği düşünüldüğünde tüzel kişiler bakımından yaptırım öngörülmemesi de büyük bir eksiklik teşkil etmektedir.

Kaynakça

- Akın, 2015. Bankacılığın Kırmızı Çizgileri- Bankacılık Suçları, Dersaadet, İstanbul.
- Alıcı, 2007. Bankacılık Kanunu Şerhi, Yetkin, İstanbul.
- Arslan, 2013. “Vergi Mahremiyetini İhlal Suçu (VUK md. 362)”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(2).
- Donay, 1978. Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Dursun, 2009. “Ticari Sır, Banka Sırrı ile Müşteri Sırrının Açıklanması Suçlarına Genel Bir Bakış”, Kamu-İş, 11(1).
- Erman, 1984. Bankacılık Suçları, Matematik Araştırma Enstitüsü Matbaası, İstanbul.

- İçel, 2010. “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçları- Bu Tür Sırlarla İlgili Bilgi İstenmesinin Sınırları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 9(18).
- Kangal, 2014. “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, 9(24).
- Kaplan, 1990. “Banka Gizliliğ-i- Bankanın Sır Saklama Borcu”, BATİDER, XV(4).
- Reisoğlu, 2007. Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt II, Yaklaşım, Ankara.
- Öztürk, 2009. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, DEÜ SBE yayımlanmamış yüksek lisans tezi, İzmir.
- Tekşen, 2012. Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu, Yetkin, Ankara.
- Tepe, 2010. “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m. 239/1-3)”, Ceza Hukuku Dergisi, 5(14).