

TİCARİ SIR, BANKACILIK SIRRI VEYA MÜŞTERİ SIRRI NİTELİĞİNDEKİ BİLGİ VEYA BELGELERİN AÇIKLANMASI SUÇLARI - BU TÜR SIRLARLA İLGİLİ BİLGİ İSTENMESİNİN SINIRLARI

Kayıhan İÇEL*

ÖZET

Makalemizde, ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrının ceza hukuku normları ile korunması konusu incelenmiştir. Önce mevzuatımızda yer alan hükümler analiz edilmiş, bazı hükümler eleştirilmiş ve daha sonra bu konuyu düzenleyen yasa tasarısı incelenerek, bu tasarının olumlu ve olumsuz yönleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonuç kısmında ise bu konuda çeşitli mercilere verilen bilgi isteme yetkileri özellikle hukuk devleti açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Ticari Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı, Fail, Suçun Maddi Konusu, Kusurluluk, Hukuka Aykırılık, Sırlarla İlgili Bilgi İsteme Yetkisi, Hukuk Devleti

OFFENCES OF DISCLOSURING TRADE SECRET, BANKING SECRETS OR INFORMATION/DOCUMENTS IN THE NATURE OF CUSTOMER SECRET - LIMITATIONS ON REQUESTING INFORMATION ABOUT THESE SECRETS

Kayıhan İÇEL

In this study, the protection of trade secret, banking secret or customer secret by criminal law is tackled. Before, the provisions in the current legislation are analysed, some of them are criticized, and then the draft regulation concerning the issue is tried to be introduced with its both advantages and disadvantages. At result part, the power of various authorities to request information is evaluated in respect of rule of law.

Key words: Trade Secret, Banking Secret, Customer Secret, Offender, Corpus Delicti, Fault, Justification, Power of Request Information about Secrets, Rule of Law

* Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Bireysel sırların korunmasının anayasal kaynağı olan Anayasanın 20. maddesinin 1.fıkrası gereğince, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”. Anayasanın bu hükmü doğrultusunda, 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun.132-140. maddelerinde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” düzenlendiği gibi, gerçek ve tüzel kişilerin ekonomi, sanayi ve ticari alandaki yaşamlarının gizliliğini de güvence altına almak amacıyla yasanın 239. maddesinde “herkes” açısından “ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrarı ihlalleri” suç olarak öngörülmüştür. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da 159/1.maddesinde aynı tür düzenlemeyi esas itibarıyla banka görevlilerini dikkate alarak yapmışsa da, aynı fıkranın son cümlesinde üçüncü kişileri de kapsamına almıştır.

Bu iki hükümden başka, 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu’nun 35. maddesi banka mensuplarının “*Banka ile münasebeti olan kişi ve kurumlara ait olmak üzere bildikleri sırların gizliliğine riayet etmek*” yükümlülüğünü koymuş ve 68. maddesinde bu yükümlülüğe aykırı davranan Merkez Bankası mensuplarının bu tür eylemlerini suç sayarak cezasını göstermiştir.

Türk Ceza Kanunu, Bankacılık Kanunu ve Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu’nun öngördüğü söz konusu suçlar yönünden çözümlenmesi gereken iki önemli sorunla karşılaşılır. Bu sorunlardan biri, “Ticari Sır”, “Banka Sırrı” ve “Müşteri Sırrı” kavramlarının tanımlanarak açıklığa kavuşturulması, diğeri ise, birinci sorunla da bağlantılı olarak, hukuka uygun sayılacak “sır açıklamaları”nın belirlenmesidir.

Aşağıda, yukarıda değindiğimiz iki önemli hukuksal sorunla ilgili çıkış yollarına ağırlık verilerek söz konusu suçların yapısal unsurları açıklanacaktır.

Ş1. SUÇUN YAPISAL UNSURLARI VE NİTELİKLİ ŞEKLİ

I.YASA HÜKÜMLERİ

TCK.’nun “ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” suçunu düzenleyen 239. maddesinin 1.fıkrası şöyledir : “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, şikayet 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 debu fıkraya göre cezaya hükmolunur.”.

1211 sayılı ve 26.01.1970 yayım tarihli Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu'nun 35. maddesi Merkez Bankası mensupları bakımından sır saklama yükümlülüğünü koymuştur : “*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 gayrısına herhangi bir surette açıklamamakla yükümlüdürler.- Bu yükümlülük bankadan ayrılmaları halinde dahi devam eder.*”. Yasanın son olarak 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı kanunla değişik 68. maddesinin II-a bendi gereğince, *sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden T.C.Merkez Bankası 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 ise üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden on bin güne kadar adli para cezası hükmolunur.*

5411 sayılı ve 01.11.2005 yayım tarihli Bankacılık Kanununun 73. maddesi de kapsamına giren Kurul, Kurum ve Bankalarla ilgili olarak sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiştir. Bu maddenin 1. fıkrası gereğince, “*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 tabidir. Bu yükümlülükler görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.*”Maddenin 3. fıkrası ise, *sır saklama yükümlülüğünün kapsamına bankaların ortaklarını, yönetim kurulu üyelerini, mensuplarını, bunların adına hareket eden kişiler ile görevlileri de almıştır. Bu yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezası hükmolunur. Bu kişiler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olurlarsa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır (159.m.).*

II. SUÇUN MADDİ KONUSU

1.Genel Olarak “Sır” Kavramı

Her üç yasa maddesinde“sır” kavramına ilişkin bir tanım bulunmamakla birlikte, öğretilerde genel anlamında sır “herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması ilgisinin kişilik haklarına ve yararlarına zarar verebilecek bilgi-

ler”veya “aleni olmayan, belirli şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması gereken husus” şeklinde tanımlanmaktadır.¹

2.”Ticari Sır”, ”Banka Sırrı” ve “Müşteri Sırrı” Kavramları

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanıp TBMM.’ne sunulan ve halen TBMM. Adalet Komisyonunda bulunan “**Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı**”nın² 2. maddesinde “Ticari Sır”, ”Banka Sırrı” ve “Müşteri Sırrı” hakkında verilen tanımlar şöyledir :

“ a) **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 olan ve üçüncü kişilere ve kamu oyuna açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan ; 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 ağırları, izne tabi veya tabi olmayan bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri”,

b)**Banka Sırrı** : Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, 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 belgeleri,

c) **Müşteri Sırrı** : Ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşterileriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri,

ifade eder.”

Kanımızca, henüz yasalaşmamış olmasına karşın, “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” nda yer alan bu tanımlar konuyla

¹Erem, Faruk - Altınok, Akın - Tandoğan,Haluk : Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1989, s.358;Taşdelen,Servet : Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2002, s.651; Alıcı,Yaşar : Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007,s.790-791.

² www.tbmm.gov.tr

ilgili suçların yapısal unsurlarının analizinde de göz önünde tutulabilecek niteliktedir.

III. FAİL

TCK. 239. maddesinde düzenlenmiş bulunan suçta “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” bu suçun faili olduğu gibi, “bu bilgi veya belgeleri, hukuka aykırı yolla elde edip yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişiler de “ suçun faili olarak kabul edilmiştir. Böylece, bu suç bakımından “herkes” suç faili olabilir.

Bankacılık Kanunu’nun sırların saklanması yükümlülüğünü öngören 73. maddesi, üst yönetici konumunda bulunan banka yetkililerinden başka “diğer görevliler” i de bu yükümlülüğe tabi tutmuştur. Öğretide maddenin öngördüğü bu görevlilerin sadece “bankanın görevlileri” olmadığı, diğer görevli kişilerin de sır saklama yükümlülüğünde oldukları kabul edilmektedir. Esasen, yasanın gerekçesinde de, Merkez Bankası yetkililerinin, banka ile ilişki kuran Devlet memurlarının, noterlerin, icra memurlarının, müfettişlerin, yeminli denetçilerin, bağımsız denetçilerin, hesap uzmanlarının, kanunen açıkça yetkili kılınıp da bu sırları öğrenen diğer mercilerin sır saklama yükümlülüğü altında oldukları vurgulanmıştır³. Bankacılık Kanunu’nun suçun cezasını öngören 159/1. Maddesi ise, “banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır” hükmü ile bu suçun failinin üçüncü kişiler de olabileceğini göstermiştir.

Buna karşılık, T.C. Merkez Bankası Kanunu’nun öngördüğü sırrın açıklanması suçunun faili ancak Merkez Bankasının Mensubu olabileceği için, bu suç “özgü suç” niteliğindedir.

IV. TİPE UYGUN EYLEM UNSURU

TCK. 239. maddesindeki suçun hareket alt unsuru ticari sır, banka sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere “verme” veya “ifşa etme” dir. Burada belgeler bakımından “verme”, bilgiler bakımından ise “ifşa etme” nin söz konusu olabileceği düşünülebilir de, belge verilmeden içeriğinin ifşası veya bilgilerin belge niteliğinde olmayan bir araçla iletilmesi olanağını da vardır. Bu yönden, suçun “seçimlik hareketli” bir suç olduğu söylenebilir. Seçimlik hareketli suçlarda tüm seçimlik hareketlerin birlikte yapılması olasılığında suç sayısında değişiklik olmayacağı için, burada da verme ve ifşa etme hareketleri birlikte yapılırsa dahi birden fazla suç-

³ **Ahıcı**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s.794.

tan söz edilemez. Diğer yandan, maddede yetkisiz kişilere verme veya ifşa etme şeklindeki hareketin aranması suçun “bağlı hareketli” suç olduğunu gösterir. Bu nedenle, yasanın gösterdiği niteliği taşımayan bir hareketle suç oluşmaz⁴.

1211 ve 5411 sayılı kanunların 35 ve 73. maddelerinde sözü geçen sırların yetkisiz kişilere “açıklanması” yasaklandığı içindir ki, bu yasalardaki ilgili suçların hareket alt unsurları yetkisiz kişilere sırrın “açıklanması”dır. 5411 sayılı kanunun 73. maddesinde ayrıca sırların kendilerinin veya başkalarının yararına “kullanılması” suçun hareket alt unsuru olarak öngörülmüştür. Bu yönden, burada da seçimlik hareketli suç söz konusudur. Sırrın açıklanmasının doğrudan veya bir araç kullanılarak yapılması arasında fark yoktur.

Her üç yasadaki sırrın açıklanması suçlarında, sırrın “verilmesi”, “ifşa edilmesi”, “açıklanması” veya “kullanılması” hareketlerinin yapılması yeterli olup, ayrıca bu hareketlerden fiilen bir zararın oluşması gerekli değildir. Bu nedenle bu suçların “sonucu harekete bitişik suç” niteliğinde olduklarını ve dolayısıyla teşebbüse elverişli bulunmadıklarını söyleyebiliriz. Buna karşılık, örneğin gönderilen mektupla sırrın ifşası gibi durumlarda mektubun önceden ele geçirilmesi nedeniyle ifşa gerçekleştirilememişse suç teşebbüs halinde kalmış sayılacaktır⁵.

V. KUSURLULUK UNSURU

TCK.239., 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 159. ve 1211 sayılı T.C. Merkez Bankası Kanununun 68. maddesindeki her üç suçun subjektif unsuru “kast”dır. Suçun basit şeklinin işlenmesi için genel kast yeterli olup ayrıca özel kast aranmaz. Ancak, 159. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan “nitelikli hal” bakımından “failin sırları kendisine ya da başkasına yarar sağlamak amacıyla açıklaması” gerektiği için, burada özel kast aranır. Aynı şekilde, 1211 sayılı yasanın 68/II. maddesinde öngörülen nitelikli halde de “yarar sağlamak amacı” özel kastının arandığı görülmektedir.

VI. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK. 24,25,26. maddelerinde düzenlenmiş bulunan hukuka uygunluk nedenlerinden birinin kapsamında eylem gerçekleştirildiği takdirde, eylemin hukuka aykırı olduğu söylenemez ve dolayısıyla suç oluşmaz. İnceleme konumuz olan ticari sır, banka sırrı veya müşteri sırlarının açıklanması suçları bakı-

⁴ “Seçimlik Hareketli” ve “Bağlı Hareketli” suçlar için bkz.: İÇEL, Kayhan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, İstanbul 2007, s. 59-60.

⁵ İÇEL, Ceza Hukuku, s. 251.

mından özellikle “*kanun hükmünü yerine getirme*” ve “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırılık unsuru yönünden önem gösterir.

Öncelikle, suçun mağduru olan kişinin sırrın açıklanması konusunda rızası varsa, sırrın açıklanmasının hukuka uygun sayılacağı ve dolayısıyla suçun hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle suçun oluşmayacağı kuşkusuzdur. Zira burada kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı söz konusu olduğundan rızası geçerli sayılmalıdır (TCK. 26/2.m.). Bu konuda muvafakatin gerçek kişiler bakımından bizzat kendisi tarafından, tüzel kişiler bakımından ise yetkili yönetim kurulunca verilmesi gerekir.

TCK.’nun 24./1. maddesi gereğince, “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*”. Belirtelim ki, bu hükümdeki “kanun” şekli (dar) anlamda kanunun yanı sıra maddi anlamda kanunları (idarenin düzenleyici tasarruflarını) da ifade eder. Böylece, yasa hükümleri uyarıncabilgi ve belgelerin verilmesi söz konusu olduğu durumlarda her üç yasa da yer alan suçların gerçekleştiği söylenemez. Örneğin, 5941 sayılı Çek Kanunu’nun Bankaların Bildirim Yükümlülüğünü düzenleyen 4. maddesi gereğince, “*Hamiline çek hesabı sahiplerinin açık kimlikleri, adresleri, vergi kimlik numaraları, bu hesaplardan ödeme yapılan kişilere ait bilgiler ile bu kişilere yapılan ödemelerin tutarları ve üzerinde vergi kimlik numarası bulunmayan çeklere ilişkin bilgiler, ilgili bankalar tarafından, dönemler itibarıyla, Gelir İdaresi Başkanlığına elektronik ortamda bildirilir.*”. Bankacılık Kanununda ve Sermaye Piyasası Kanununda da bildirim yükümlülükleri bulunmaktadır. Yasalardaki bu hükümlere uyularak bilgi ve belge verilmesi durumunda sözü geçen sırrın açıklanması suçlarının gerçekleşmeyeceği açıktır⁶

İlgilinin rızasının veya yasa hükmünün sınırları kasten aşılarak daha çok bilgi veya belge açıklanmışsa hukuka aykırılık devam edeceğinden suç gerçekleşmiş sayılır. Buna karşılık, sırrın taksirle aşılması durumunda incelediğimiz suçların taksirle işlenmeleri olanağı bulunmadığı için suç oluşmaz (TCK.27.m.)

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 332. maddesi uyarınca, suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında C. Savcısı, Hakim veya Mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere cevap verilmesi zorunluluğuna uyulması da kural olarak bilgi verenin bu eylemini hukuka uygun hale getirir. Esasen, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrını başkalarına açıklama suçlarını öngören her üç yasa hükmünde de bilgi ve belgeleri “yetkisiz kişilere verme” eylemleri cezalandırıldığı için, yetkili olarak yani yasaya dayanarak istekte bulunanlara bilgi ve belgelerin verilmesi hukuka aykırı

⁶ Bu konuda diğer örnekler için bkz.: **ALICI**, s.796 ve son.

sayılmayacak ve dolayısıyla suç oluşturmayacaktır. Durum görünüşte böyle olmakla birlikte, Adalet Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kuruluna intikal ettirilen ve Bakanlar Kurulunca kabul edilerek Başbakanlığın 01.02.2008 tarihli ve 513 sayılı yazısı ile TBMM Başkanlığına sunulan “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” gerekçesi ile birlikte incelendiğinde bu konuda uygulamada bazı önemli duraksamaların bulunduğu görülmektedir. Bu nedenle, sözü geçen yasa tasarısı gerekçesi ile birlikte aşağıda ayrıca incelenecektir.

VII. SUÇUN NİTELİKLİ ŞEKLİ

5411 sayılı yasanın 159. maddesinin 2. fıkrası suçun nitelikli şeklini düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince, “ Yukarıdaki fıkroda 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.”.

1211 sayılı yasanın 68/II, a-2. maddesinde de aynı nitelikte bir hüküm bulunmaktadır : “Sırları kendileri veya başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklayan Banka mensupları hakkında, üç yıldan beş yıla kadar ve bin günden on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

Suçun bu nitelikli şeklinin gerçekleşmesi için failin yarar sağlamak amacıyla hareket etmesi yeterli olup, yararın fiilen gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Sağlanmak istenen yarar maddi olabileceği gibi manevi nitelik de gösterebilir.Hatta,mağdura hiçbir zarar vermeden yarar sağlama amacı güdülebilir.Her iki yasa yönünden de tüm bu durumlarda faile suçun nitelikli şeklinin cezası verilecektir.

Ş2.“TİCARİ SIR, BANKA SIRRI VE MÜŞTERİ SIRRI HAKKINDA KANUN TASARISI” NİN ANA HATLARI – SIRLARLA İLGİLİ BİLGİ İSTENMESİNİN SINIRLARI

I. GENEL GEREKÇE

Adalet Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kuruluna intikal ettirilen ve Bakanlar Kurulunca kabul edilerek Başbakanlığın 01.02.2008 tarihli ve 513 sayılı yazısı ile TBMM Başkanlığına sunulan “Ticari Sır,Banka Sırrı ve Müşteri

Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” halen TBMM Adalet Komisyonunda bulunmaktadır⁷.

Tasarının Genel Gerekçesi şöyledir :

“Ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrının gizliliğinin sağlanması ve üçüncü kişiler tarafından bilinmemesi, ilgili ticari işletmeler, şirketler, bankalar ve bunların müşterileri açısından büyük ve hayati önem arz etmekle birlikte ; iktisadî, ticarî ve malî sektörlerde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketleri, sermaye ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların şeffaflığının sağlanmasına, kayıt dışı ekonominin, haksız mal edinmenin ve kara para aklanmasının önlenmesine, çıkar amaçlı suç örgütleri ve bunların mensuplarının takibine ilişkin tedbirlerle doğrudan ve dolayısıyla bağlantılı olduğu bilinen bir gerçektir.

Ticari sır, banka sırrı, müşteri sırrı ile kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle öğrendikleri bu kapsamdaki sırlar ve bunların verilebileceği ve açıklanabileceği haller, mevzuatımızdaki çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Ancak, bu hükümler yeterli olmamakta, uygulamada çoğu zaman karışıklığa ve tereddütlere neden olmaktadır. Ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrının gizliliği ilkesi, bu gizliliğin ortadan kalkmasını gerektiren hallerin tespitinin uygulamada sık sık sorunlar yarattığı, genel olarak kabul edilmektedir. Ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı olduğu öne sürülerek bilgi ve belge taleplerine yeterli veya hiç cevap verilmemesi ya da sırrın gereği gibi korunmaması nedeniyle, yolsuzluk iddiaları açıklığa kavuşturulamamaktadır.

Tasarı ile, sırların tanımının yapılması, talep edilmesi, verilmesi, kullanılması ve korunmasının tabi olduğu ilkelerin tespitine; sırların gizliliği veya verilmesi yasağını ortadan kaldıran hallerin neler olduğuna; sırların talep edilmesinin tabi olacağı usul ve esasların belirlenmesine; sırları öğrenen kişilerin yükümlülüklerine; bunlara aykırı davranılması hallerinde, bu fiilleri işleyenlerin cezai sorumluluklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.”

Tasarının genel gerekçesinden anlaşılacağı üzere, böyle bir yasaya gereksinim duyulmasındaki nedenler, “şirketlerin şeffaflığının sağlanması”, “kayıt dışı ekonominin, haksız mal edinmenin, kara para aklanmasının önlenmesi” olup, gerekçeye göre, “halen ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı olduğu öne sürülerek, bilgi ve belge taleplerine yeterli veya hiç cevap verilmemektedir.”. Özetle belirtecek olursak, kanun tasarısı, başta C. Savcıları, Hakimler ve Mahkemelere suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında tanınan yazı-

⁷ www.tbmm.gov.tr

lı olarak bilgi isteme yetkisini (CMK.332.m.) yeterli görmeyerek, özel terimi ile “sır kalkanı”nın etkinliğini bir miktar daha azaltmak istemektedir.

II. AMAÇ VE KAPSAM

Tasarısının 1. maddesinde, kanunun amacı “*kamu kurum ve kuruluşları ile iktisadi, ticari ve mali sektörde üretim, tüketim ve hizmet alanlarında faaliyet gösteren ticari işletme ve şirketler, bankalar, sigorta şirketleri ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumlarının ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırlarının talep edilmesi, verilmesi, kullanılması ve korunmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir*” şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin 3. fıkrası gereğince, özel kanunlarda düzenlenen ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırlarının verilmesini sınırlandıran veya yasaklayan hükümler hakkında da bu kanun hükümleri uygulanır. Böylece, tasarı yasalaştığı takdirde, yukarıda açıkladığımız 1211 ve 5411 sayılı kanunların sır saklama konusu ile hükümleri yerine bu kanun hükümleri uygulanacaktır.

III. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Tasarının 3. maddesi, sırların açıklanmasının yasaya aykırılık oluşturmayaacağı durumları öngörmüştür. Bunlar, “yayımlandığı veya kamuya açıklandığı ya da kanunlarda yer alan açıklık ilkesi uyarınca resmî sicillerde veya bilançolar ile faaliyet raporlarında yer aldığı veya kanunlardaki hükümler gereği kamunun aydınlatılması bakımından açıklamakla yükümlü olunan bilgilerin açıklandığı”, “Sır sahibinin yazılı muvafakatinin bulunduğu” ve “kanunî yükümlülüğün yerine getirildiği” durumlardır. Daha önce açıkladığımız üzere, bu üç durum, “kanun hükmünün yerine getirilmesi” ve “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedenleri olup, TCK.24, 26 ve 27. maddelerinin koşullarına göre değerlendirilecektir.

IV. SIRLARI TALEP EDEBİLECEK MERCİLER VE YETKİLERİNİN KAPSAMI

Tasarının 4. Maddesi gereğince, Mahkemeler ile C. Başsavcılıklarınca yürütülen kovuşturma ve soruşturmalardan başka, TBMM gizli olarak yapılan meclis araştırması ve meclis soruşturmalarında ve bunlara ilişkin komisyonlardaki müzakerelerde ve malî veya idarî konularda Devlet adına yapılan denetim faaliyetlerinde yazılı olarak talep edilebilir. Maddenin 1/ç bendinde ayrıca “diğer kanunlarda gösterilen hallerde” denilmek suretiyle, başka mercilere de sırları talep etme olanağı tanınmıştır.

Tasarı yetki yönünden TBMM ile Mahkemeleri ve C. Başsavcılıklarını diğer mercilerden ayırmıştır. Şöyle ki, malî ve idarî konularda yürütülen denetim faaliyetlerinde “*yapılan görevle doğrudan bağlantılı ve talebin amacıyla*

*sınırlı olmak ve yürütülen faaliyet açısından zorunlu bulunmak kaydıyla” söz konusu sırlar talep edilebileceği halde, TBMM. ile Mahkeme ve C. Başsavcılıkları için böyle bir yetki sınırlaması konulmamıştır. Yani görevleri ile bağlantılı olsun veya olmasın TBMM, Mahkemeler ve C. Başsavcılıklarına sırlarla ilgili bilgi ve belge taleplerinde mutlak yetki verilmiştir. **Hangi merci olursa olsun böyle sınırsız bir yetkiyi hukuksal açıdan doğru bulmadığımızı burada vurgulama zorunluluğunu duyuyoruz.***

V. SUÇLAR

1-Kanunun kapsamında bulunan sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulduranlar sözü geçen makam ve mercilerin talepleri doğrultusunda sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermedikleri takdirde bir yıldan iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (8/1.m.)

2- “Bu kanun kapsamında verilen sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlileri, öğrendikleri veya talep ettikleri sırlarla ilgili bilgi ve belgelerin korunmasını sağlamak amacıyla her türlü tedbiri almakla yükümlüdürler.” (7.m.). Bu yükümlülüğe aykırı hareket edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (8/1.m.)

3- “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.”(6.m.).Bu yükümlülüğe aykırı davranışlar 5237 sayılı TCK.’ nun 239. maddesine göre cezalandırılırlar.

SONUÇ

Bireysel sırlar ve bu bağlamda ticarî sırlar en önemli temel haklardan olup, diğer temel haklar gibi yasalar tarafından korunmaları gerekir. Bu amaçla, yasalarımızda yer alan ticarî sır, banka sırrı ve müşteri sırrı ile ilgili koruyucu ceza hükümlerinin en etkin şekilde işlerliğini sağlamakta zorunluluk vardır. Tüm temel haklar gibi bu haklar da zorunlu bazı sınırlamalara tâbi tutulabilir. Ancak korumanın sınırlarının gittikçe daraltılarak hukuksal koruma kalkmasının gittikçe daraltılması hukuk devleti ilkesinin dışına çıkılması olasılığını artırır.

Halen ceza mevzuatımızda bulunan ticarî sırların korunmasına dair hükümlerden en önemlilerini yukarıda açıklamaya çalıştık. Bu hükümlerdeki belirsizlik gösteren ve bu nedenle korunan temel hakkın aleyhine olan bazı ifadeleri burada vurgulamamız gerekir. Şöyle ki, yasa hükümlerinde yer alan “ka-

*nunen yetkili olan mercilerden başkasına sırların açıklanamayacağı” şeklindeki ifade yasa metninin belirliliğini sağlamaktan uzaktır. Zira bu ifade tarzı yetkilendirilen merciin yetkilerinin boyutunu gösteren bir kriter vermemektedir. Söz gelimi, 5271 sayılı CMK’nun sonuna sonradan Adalet Komisyonu’nda eklenen ve gerekçesi bulunmadığı için Kanun Koyucunun amacını saptamak olanağını bulamadığımız 332. maddesindeki “bilgi isteme” yetkisinin konumuzla ilgili boyutları açık değildir. Diğer bir ifade ile, 332. maddenin verdiği yetkinin yürütülen soruşturmanın ve kovuşturmanın konusu ile sınırlı bir yetki mi yoksa mutlak bir yetki mi olduğu anlaşılama-
maktadır.*

TBMM. Adalet Komisyonu’nda bulunan Kanun tasarısı halen mevzuatımızın bu konudaki belirsizliğini ve bu belirsizlikten doğan uygulamadaki duraksamaları saptayarak oldukça açık hükümler koymuştur. Ancak bunu yaparken konuyla ilgili yetkili mercilerin sayısını çoğaltmış ve yukarıda açıkladığımız üzere bazılarını yürüttükleri görevle ilgili sınırlı yetki verirken, Mahkemelere, C. Başsavcılıklarına ve TBMM’ne mutlak yetki tanımıştır. Burada vurgulamak durumundayız ki, kim ve hangi makam veya merci olursa olsun verilen mutlak ve sınırsız yetkiler Hukuk Devletinin niteliklerine ters düşer.