

BANKA VE FİNANS HUKUKU

2009



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Caddesi, Orhan Adli Apaydın Sokak, Baro Han Beyoğlu-İst.

Tel: (0212) 251 63 25 • Faks: (0212) 293 89 60

e-mail: info@istanbulbarosu.org.tr

Genel Yayın Sıra No: 140

2009/06

ISBN: 978-9944-234-75-7

Yayına Hazırlayan

Av. Celal Ülgen & Av. Coşkun Ongun

Kapak

C. Eren Külahlı

Düzenleme, Baskı ve Cilt

Can Matbaacılık

Davutpaşa Cad. İpek İş Merkezi Kat: 3 No: 7 Topkapı-İstanbul

Tel: 0212 613 10 77 - 613 15 47

1. Basım: Mart 2009

İÇİNDEKİLER

YAYIN KURULUNDAN	15
SUNUM	17

1. PANEL

FİNANS MEVZUATINDA SON GELİŞMELER VE KARŞILAŞILAN SORUNLAR

• Av. ECE ILDIR	21
• Av. KAZIM KOLCUOĞLU	21
• Av. İSMAİL ALTAY	23
• Prof. Dr. ATILLA ALTOP Leasing Hukuku'nun Sorunları.....	25
• Av. AKIN EKİCİ Bankacılıkta Güncel Konular ve Son Gelişmeler.....	35
• SORU - YANIT	46
• Av. İSMAİL ALTAY Varlık Yönetim Şirketleri	51
• Av. ASLI ÖZKAN Sermaye Piyasası Kanun Tasarısı Taslağının Getirdiği Yenilikler.....	67

2. PANEL

HUKUKUMUZDA YENİ FİNANSAL ENSTRÜMAN

I. OTURUM

• Av. ASLI ÖZKAN	83
• Av. İSMAİL ALTAY	84
• Av. SEDAT ENES Uygulamada Konut Finansmanı ve Genel Olarak Konut Finansmanı Hukuku	85
• BAHADIR TEKER Konut Finansmanında Menkul Kıymetleştirme	93
• ÇETİN ÖNDER Konut Finansmanında Emlak Değerleme	100

II. OTURUM

• Prof. Dr. OĞUZ ATALAY İcra İflas Hukuku'nda Mortgage Sisteminin Yansıması	111
• SORU - YANIT	119

• **Prof. Dr. SAMİM ÜNAN**

Sigorta Hukuku Bakımından Konut Finansmanı.....120

• **Av. SUAT MERMER**

Tüketici Hukuku Bakımından Konut Finansmanı123

• **SORU - YANIT**130

3. PANEL

BANKACILIK SUÇLARI

I. OTURUM

• **Av. HANDE YILDIZ**137

• **Av. İSMAİL ALTAY**137

• **Doç. Dr. FATİH S. MAHMUTOĞLU**

Bankacılık Suçlarının Genel Tasnifi ve Kredi Dolandırıcılığı139

• **Av. AYNUR TUNCEL YAZGAN**

Bankacılıkta Zimmet Suçu147

• **Av. VOLKAN DÜLGER**

Bankacılık Sırları ve Sırların İfşası Suçu169

• **Doç. Dr. ADEM SÖZÜER**

Hukuk Devleti İlkesi Açısından

Bankacılık Suçlarına İlişkin Düzenleme ve Uygulamalar205

• **SORU - YANIT**243

II. OTURUM

• **Arş. Gör. SELMAN DURSUN**

Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar.....264

• **Av. MEHMET AKİF YALIN**

Bankacılık Ortamında İşlenen Diğer Suçlar277

• **Av. ECE ILDIR**

Bankacılıkta Bilişim Suçları.....290

• **SORU - YANIT**294

4. PANEL
SERMAYE PİYASASI SUÇLARI
I. OTURUM

• Av. ECE ILDIR	317
• Av. İSMAİL ALTAY	317
• Av. BEDİİ ENSARİ	
Genel Olarak sermaye Piyasası Suçları ve Sorunları	320
• MEHMET AKİF ŞENER	
İzinsiz Halka Arz Suçu	327
• Av. SANLI BAS	
Sermaye Piyasasında İçeriden Öğrenenlerin Ticareti Suçu	336
• SORU - YANIT	342

II. OTURUM

• NIHAT AKARKARASU	
Örtülü Kazanç ve Sermaye Aktarımı.....	355
• Av. ASLI ÖZKAN	
Sermaye Piyasasında İdari Yaptırımlar, İdari Yaptırımlara Karşı Yargısal Korunma ve Kabahatler Kanunu	363

III. OTURUM

• Doç. Dr. ÜMİT KOCASAKAL	
Yeni TCK ve MK'nın Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Suçlara Etkisi	373

5. PANEL
FAKTORİNG HUKUKU VE SORUNLARI

• Av. İSMAİL ALTAY	387
• ADİL YAZICIOĞLU	
Factoring Şirketlerinin İşleyişi ve Ekonomideki Yeri	387
• Prof. Dr. CUMHUR ÖZAKMAN	
Factoring İşlemlerinin Hukuki Niteliği ve Fonksiyonları	400
• Av. FETHİ ÖRÜM	
İkrazatçılık İle Factoringin Farkı	407
• SORU - YANIT	411

II. OTURUM

• Prof. Dr. TURAN YILDIRIM

Factoring Şirketlerinin BDDK Tarafından Denetimi ve
BDDK'nin İşleyişi437

• Prof. Dr. HAYRİ DOMANIÇ

Halen Uygulanmakta Olan Faktoring Sözleşmelerinin
Emredici Hükümlerine Aykırı Olup Olmadığı446

• Av. GÖKHAN ÖZDEMİR

Factoring Şirketlerinin Alacaklarını Tahsil Ederken
Karşılaştıkları Sorunlar ve Özellikle Menfi Tespit Davası464

• SORU - YANIT469

6. PANEL

BANKA HUKUKU VE SORUNLARI

• Prof. Dr. TİĞİNÇE OKTAR481

• Av. İSMAİL ALTAY482

• Dr. S. ANLAM ALTAY

Bankalarda Kurumsal Yönetim483

• Av. NESRİN ÇEVİK ŞENPOLAT

Kredi Kart Ücretleri ve Karşılaşılan Hukuki Sorunlar495

• Av. BERİL KILIÇ

Sermaye Piyasasında Bankaların Rolü ve Bankaların
Gerçekleştirebilecekleri Sermaye Piyasası İşlemleri.....504

• SORU - YANIT512

II. OTURUM

• Prof. Dr. GÖKHAN ANTALYA513

• Doç. Dr. EROL ULUSOY

Banka Mevduatının Zamanaşımı ve Anayasaya Aykırılık Sorunu524

• Prof. Dr. SELÇUK ÖZTEK

Banka Mevduatının Haczi.....532

• Av. AYDIN MUSABALLI

Kurumsal Kredi Sözleşmelerinin Genel İşlem Şartları
Açısından Değerlendirilmesi.....550

• Av. Dr. TOLGA AYOĞLU

Bankacılık Kanunu'nda Öngörülen Kredi Sınırlamaları.....555

• SORU - YANIT563

7. PANEL GÜNIŞİĞİNDA TMSF

Birinci Gün

I. OTURUM

- **Av. İSMAİL ALTAY**583
- **Av. KAZIM KOLCUOĞLU**584
- **Av. İSMAİL ALTAY**
Türkiye’de Tasarruf Mevduatı Sigortası’nın Tarihçesi ve
Neden TMSF’ye İhtiyaç Duyuldu.....586
- **Dr. RIDVAN ÇABUKEL**
Dünyada Mevduat Sigortacılığının Rolü ve TMSF Uygulaması597
- **Prof. Dr. ERDEN KUNTALP**
Bankaların Denetim ve Gözetiminde TMSF’ye Yüklenen Görev609
- **Av. Dr. YAŞAR ALICI**
TMSF’nin Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalara ve
Fon Bankalarına İlişkin Görev ve Yetkileri616
- **SORU - YANIT**632

II. OTURUM

- **Av. FUAT VOLKAN BİLGEHAN**
Fon Bankalarının Alacaklarının TMSF Tarafından
Devir ve Temlikinde Yaşanan Sorunlar641
- **Prof. Dr. İL HAN ÖZAY**
Efsunlu Yasa647
- **Prof. Dr. İL HAN ÖZAY**
Bilimsel İnceleme654
- **Prof. Dr. HAYRİ DOMANIÇ**
BDDK ve TMSF Tüzel Kişilikleri İle Temsilcilerinin Görevleri
Nedeniyle Sorumluluğu ve Bankalara Zarar Vermekten Sanık
Yönetici ve Ortakların Kusursur “Eş ve Çocuklarını”
Sorumlu Tutan Bankacılık Kanunu’nun, Anayasa,
Milletlerarası Anlaşmalar, Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu ve
Medeni Kanun’un Yüzden Fazla Emredici Hükme Aykırılığı664
- **SORU - YANIT**672

III. OTURUM

• **Av. SAİM DİKİCİ**

Fona İntikal Eden Bankanın İştirak Şirketlerinin Tespiti,
TMSF Tarafından Yönetici Atanması ve Bu Konularla
İlgili Uygulamada Yaşanan Hukuki Sorunlar687

• **Prof. Dr. HAMDİ YASAMAN**

TMSF'ye Devredilen Bankaların ve İştiraklerinin
Hakim Ortak Dışındaki Pay Sahiplerinin Hakları695

• **Av. SERHAT GÜLER**

Teoride ve Uygulamada Fon Bankalarının
Tasviyesi ve Karşılaşılan Sorunlar703

• **SORU - YANIT**711

İkinci Gün

• **ESER SEVİNÇ**723

• **Prof. Dr. SELÇUK ÖZTEK**

Fon Alacaklarının Dava ve İcra Yoluyla Takip ve
Tahsilinde İcra ve İflas Kanunu Hükümlerine
Getirilen İstisnalar732

• **Prof. Dr. MEHMET KAMİL YILDIRIM**

Tasarrufun İptali Davaları Bakımından İİK'in ve
Bankacılık Kanunu M. 137'nin İspat Sorununa
Yönelik Hükümleri Hakkında Düşünceler.....744

IV. OTURUM

• **Prof. Dr. EJDER YILMAZ**

Faaliyet İzni Kaldırılan Bankaların İflas Tasfiyesine
İlişkin Yönetmelik.....751

• **Prof. Dr. OĞUZ ATALAY**

Bankaların ve Yöneticilerinin İflası769

• **SORU - YANIT**777

V. OTURUM

• Prof. Dr. SÜHEYL DONAY

Bankacılık Yasasında Düzenlenen Suçlara Genel Bakış789

• Doç. Dr. MAHMUT KOCA

Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu801

• Dr. ASUMAN AYTEKİN İNCEOĞLU

Bilgi ve Belge Vermeme, Denetim Görevlilerini Engelleme Suçu811

• Doç. Dr. ÜMİT KOCASAKAL

Bankaların ve Bankacılık Faaliyetlerinin
Karapara Aklama ile İlişkisi816

• SORU - YANIT824

8. PANEL

TÜREV ARAÇLAR VE ORGANİZE PİYASALAR

I. OTURUM

• Av. İSMAİL ALTAY829

• Prof. Dr. VEDAT AKGİRAY

Türev Piyasaların Finansal Sistem İçindeki Yeri ve
İktisadi Açından Önemi831

• Dr. GÖKHAN BÜYÜKŞENGÜR

Vadeli İşlemlerin Türkiye’de ve Dünyada Tarihsel Gelişimi839

• METİN AYTEKİN

Türev Piyasalarda Aracılar ve Yatırımcılar859

• SORU - YANIT867

II. OTURUM

• Av. TAYFUN DEMİRÇARK875

• Dr. EMİN ÇATANA

Türev Araçlarda Takas Sistemi ve Pozisyon Riski876

• Dr. ÇETİN ALİ DÖNMEZ

Organize Türev Piyasaların İşleyişi, Aracılar Arası
İlişkiler ve Opsiyonlar890

• Av. ECE ILDIR

Türev Ürünlere İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Değerlendirmesi ve
Uygulamada Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar900

• SORU - YANIT907

9. PANEL

BANKA KREDİLERİ VE TÜKETİCİLER

- **Av. ŞÜKRAN EROĞLU**923
- **Av. İSMAİL ALTAY**925

I. OTURUM

- **Av. MEHMET NURİ KARAHAN**927
- **Yrd. Doç. Dr. EBRU CEYLAN**
Banka Kredi Kartları930
- **Av. CEM GÜRKAN ALPAY**
Kredi Kartları ve Bankacılık Uygulamaları939
- **SORU - YANIT**960

II. OTURUM

- **Yrd. Doç. Dr. M. MURAT İNCEOĞLU**
Mortgage ve Tüketici Kredileri961
- **Av. METE SÜTUNÇ**
Tüketici Kredileri ve Bankacılık Uygulamaları975
- **SORU - YANIT**982

10. PANEL

FİNANSAL KİRALAMA (LEASİNG) HUSUSU ve SORUNLARI

I. OTURUM

- **Av. İSMAİL ALTAY**1013
- **Av. SUAT MERMER**1014
- **BÜLENT TAŞAR**
Finans Dünyasında Leasing'in Yeri1015
- **ERCAN ÇALIŞKAN**
Leasing Şirketleri ve BDDK Tarafından Gözetimi ve Denetimi1024
- **Av. SEFA POLAT**
Leasing'in Hukuki Niteliği1030
- **SORU - YANIT**1039

II. OTURUM

• Prof. Dr. ATILLA TOP

Sözleşmenin Kuruluşu ve Tarafların Yükümlülükleri1053

• Prof. Dr. CUMHUR ÖZAKMAN

Gayrimenkul Leasingi1067

• Av. İSMAİL ALTAY

Leasing Sözleşmesinin Sona Ermesi, Akdin Feshi ve
3226 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinin Anayasaya Aykırılığı1071

• SORU - YANIT.....1053

11. PANEL

FİNANSAL KURUMLARIN ALACAKLARININ
CEBRİ İCRA YOLU İLE TAHSİLİ VE HUKUKİ SORUNLARI

I. OTURUM

• Av. MEHMET DURAKOĞLU1103

• Av. İSMAİL ALTAY1105

• Av. TANER YALÇIN

Ticari İktisadi Bütünlük Kavramı1106

• Av. AYHAN ULUŞAHİN

Leasing Şirketlerinin Alacak Tahsilinde Karşılaştıkları Sorunları.....1117

• Av. TULAY ARİFOĞLU

Faktoring Şirketlerinin Alacak Tahsilinde Karşılaştıkları Sorunları..1127

• Av. M. FARUK AYTEKİN

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 13. Maddesi ve
Temas Ettiği Bazı Hukuki Konularda Kısa Bir Gezinti1134

• SORU - YANIT1140

II. OTURUM

• Prof. Dr. SELÇUK ÖZTEK1151

• Av. SİNAN EKİM ÇINAR

İflasın Dava ve Takiplere Etkisi1152

• Av. MEHMET ÇAKICI

Haciz ve İflasta Sıra Cetveli1163

• Av. CEMİL AYGÜN

İflasın Ertelenmesi1172

• SORU - YANIT.....1179

**İSTANBUL BAROSU
BANKACILIK VE FİNANSAL KURUMLAR KOMİSYONU
YÜRÜTME KURULU**

2007- 2008

Av. Berrin ADIYAMAN

Koordinatör

Doç. Dr. Fatih S. MAHMUTOĞLU

Koordinatör

Av. İsmail ALTAY

Başkan

Av. Tayfun DEMİRÇARK

Başkan Yardımcısı

Av. Ece ILDIR

Sekreter

Av. Aslı ÖZKAN

Üye

Av. Sedat ENES

Üye

Av. Gökhan ÖZDEMİR

Üye

Av. Soner Nabi KILIÇ

Üye

Av. Suat MERMER

Üye

Av. Defne Ahu TEKER

Üye

Av. Ayça ÖGEL

Üye

Av. Nuran GÜNEŞ

Üye

Av. Sanlı BAŞ

Üye

Av. Işıl GÜVEN

Üye

BANKACILIK DÜZENİNE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

SELMAN DURSUN⁸⁵

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Değerli misafirler, ben size aynı zamanda yüksek lisans çalışmamı da oluşturan ve kitap haline getirdiğim "Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar" hakkında genel bazı bilgiler vermeye çalışacağım.

Öncelikle bankacılık düzeninin, buna bağlı olarak da bankacılık suçlarının Anayasal kaynağına bir göz atmakta fayda var. Anayasamızın ekonomik hükümlerine ilişkin bölümünde yer alan 167. maddede, devletin para, kredi ve sermaye piyasaları ile mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli biçimde işleyebilmesi için birtakım tedbirler alması gerektiği belirtilmekte ve devlete bu konuda düzenleme yapma görevi yüklenmektedir. Bu bağlamda para ve kredi piyasaları açısından Bankacılık Kanunu, sermaye piyasaları bakımından da Sermaye Piyasası Kanunu ortaya çıkmıştır. Devlet Anayasadaki bu yükümlülük çerçevesinde, söz konusu kanunlarla para ve sermaye piyasalarını düzen altına almış, bunların sağlıklı işleyişini ve gelişmesini temin için bir düzen öngörmüştür. Yine bu amaçla, izlediği ekonomik politikalar uyarınca birtakım sınırlamalar getirmiş ve bu konuda son çare olarak ceza hukuku yaptırımlarından yararlanmak amacıyla bankacılık suçlarını öngörmüştür. Gerçekten de Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesi, Kanunun, dolayısıyla bankacılık alanına getirdiği düzenin amacını, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması olarak belirtmektedir.

Buradan hareketle bankacılık suçları konusuna geçtiğimizde, öncelikle ceza hükmü içeren kanunlardaki suç düzenlemesi tekniği hakkında birkaç hususa işaret etmek gerekir. Bu tip kanunlarda başta özel hukuk ve duruma göre idare hukuku düzenlemelerine yer verilmekte, bunu takiben de oldukça ekonomik davranılarak, -genellikle kanunun sonunda- bir kaç hükümle suç düzenlemeleri yapılmaktadır. Ayrıca bu hükümlerde, çoğunlukla baştaki özel hukuk mantığıyla içeriği oluşturulmuş bulunan maddelere atıf yapmak suretiyle suçlar düzenlenmektedir. Bu yasa- tekniği, özellikle uygulamada, ilgili suçun içeriğinin belirlenmesi noktasında birçok probleme davetiye çıkarmaktadır. Zira atıf yapılan hükümler, tamamen özel hukuk anlayışıyla, ayrıntılı birtakım yükümlülükler ve

buna uygun yasaklamalar içermekte, ceza hukukunun suçta kanunilik ve belirlilik ilkelerinin gerektirdiği kaygı ve özeni taşımamaktadır. Dolayısıyla bunlara yollama yaparak oluşturulan suç düzenlemeleri, kanunilik ve belirlilik ilkeleri başta olmak üzere birçok noktada sorun çıkarmaktadır.

Bankacılık suçlarına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, bu alana ilişkin önceki kanunlarda, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na kadar, bahsettiğimiz atıf usulü kullanılmıştır. 4389 Sayılı Kanun'la birlikte önemli ölçüde bu atıf sistemi terk edilmiş ve suçun unsurlarına, doğrudan suça ilişkin hükümde yer verilmesi eğilimi artmıştır. Fakat 4389 Sayılı Kanun, suçları tek bir maddede, fıkralar halinde toplamış, birbiriyle ilgisiz suçlar aynı fıkroda ve hatta aynı cümlede düzenlenmişti. Bu noktada tabi, konuyla ilgili doktrinsel çalışmaların eksikliği de önemlidir. 5411 sayılı yeni Bankacılık Kanunu'nun, bu alandaki doktrinsel çalışmaları ve uygulamadaki gelişmeleri dikkate alarak, daha kapsamlı, daha geniş, nispeten daha sistematik bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Ancak yine de eleştirilecek bazı noktalar bulunmaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun, 150 ila 160. maddeleri arasındaki on hükümde birtakım suçlar düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerde, korunan hukuksal değer ve özellikle suçun maddi konusu dikkate alındığında, on beş farklı suç saptamak mümkündür. Her ne kadar bazı suçlar aynı hüküm içerisinde düzenlenmişse de suçun konusunun farklılığı bakımından bunları ayrı incelemek gerekmektedir.

Korudukları hukuksal değere göre Bankacılık Kanunu'nda yer alan suçları genel olarak üçe ayırabiliriz. "Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar" dediğimizde, Bankacılık Kanunu'nda bu isimle bir suç grubu göremeyiz. Zira Kanunda, Türk Ceza Kanunu'ndaki (TCK'daki) gibi kişilere karşı suçlar, malvarlığına karşı suçlar, devletin güvenliğine karşı suçlar vs. gibi sistematik bir düzenleme öngörülmemiştir. Dediğim gibi ceza hükmü içeren bu tip kanunlarda, suç düzenlemeleri noktasında oldukça tasarruflu davranılmaktadır. Bu nedenle böyle bir tasnifin Kanunda aranması, en azından şu anki birikimimiz itibarıyla söz konusu değildir. Fakat yine de bu arka arkaya, belli bir sistematik olmaksızın sıralanan düzenlemeleri, korunan hukuksal değere göre tasnif edebiliriz. Buna göre Kanundaki suçları üç gruba ayırmak mümkündür. Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar birinci grubu oluşturmakta, ikinci grupta güven ve mülkiyet değerlerinin ön plana çıktığı suçlar yer almaktadır. Üçüncü grupta ise, banka tüzel kişiliğine ve diğer kişilere karşı işlenen suçlar bulunmaktadır.

Esasen Bankacılık Kanunu'ndaki tüm suçları, geniş anlamda düşündüğümüzde, bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar olarak değerlendirmek mümkündür. Bu şekildeki bir değerlendirme de yanlış olmayacaktır.

Fakat biraz sonra özel olarak ele alacağımız suç tipleri, bankacılık düzeninin daha ön planda olduğu suç tipleridir. Salt bankacılık düzenine aykırılıktan doğan suçlardır. Oysa diğer suçlarda, örneğin zimmet suçunda, güven ve mülkiyet değeri öne çıkmaktadır. Keza itibarın zedelenmesi suçunda banka tüzel kişiliği ön plandadır. Bu çerçevede suç tiplerinde başkın olan değerleri esas alındığımızda söz konusu üçlü ayrımı ortaya koyabiliriz.

Hangi suçlar, hangi grupta yer alıyor? Birazdan değineceğimiz bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar grubu içerisinde, izinsiz bankacılık faaliyeti suçu, denetim sonucu alınması istenen tedbirleri almama suçu, bilgi ve belge vermeme suçu, denetim görevlilerine engel olma suçu, belge ve yazışmaları saklamama suçu, işlemleri kayıt dışı bırakma suçu ve hesap uygunluğu sağlamadan bilânço kapatma suçu bulunmaktadır.

Güven ve mülkiyet değerinin korunduğu ya da öne çıktığı suçlar bakımından, zimmet suçunu öncelikle belirtmemiz gerekiyor. Mevduatın veya katılım fonunun geri alınmasını engelleme suçu da bu gruptadır. Bu iki suçta mülkiyet değeri daha ön plandadır. Buna karşılık, gerçeğe aykırı belge düzenleme suçu, gerçeğe aykırı muhasebeleştirme suçu ve gerçeğe aykırı belgeyi onaylama suçu güven değerinin ihlal edildiği suçlar olarak ifade edilebilir. Banka tüzel kişiliğine karşı işlenen suçlar kapsamında itibarın zedelenmesi suçu ile bankacılık sırrını açıklama suçunu belirtebiliriz.

Bu genel açıklamalardan sonra bankacılık düzenine karşı işlenen suçlara baktığımızda, dediğimiz gibi bu suçlar, salt düzene ilişkin kurallara aykırılıktan doğan suçlardır ve bu özellikleri nedeniyle söz konusu suçları bankacılık alanına özgü suçlar olarak da ifade edebiliriz. Zira diğer suçlar, yani güven ve mülkiyete karşı işlenen suçlar ile banka tüzel kişilerine karşı işlenen suçlar, esasen TCK'da yer alan klasik suçların özel düzenleniş biçimleridir. Örneğin zimmet suçu, esasen TCK'daki yer alan zimmet ve güveni kötüye kullanma suçlarının, bankacılık alanındaki özel bir görünümüdür. Keza gerçeğe aykırı belge düzenleme, gerçeğe aykırı muhasebeleştirme, belgede sahtecilik suçlarının özel bir düzenlenmesidir. Bunun gibi itibarın zedelenmesi suçu da genel hakaret suçunun özel bir şeklidir. Dolayısıyla bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar, esasen doğrudan bankacılık alanından, buna ilişkin düzenden kaynaklanan suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu suçlarda salt düzene aykırılık söz konusu olduğundan, bunlar çoğunlukla soyut tehlike suçlardır. Herhangi bir somut bir tehlikenin veya bir zararın ortaya çıkması aranmamaktadır. Öte yandan bu suçlarda genellikle ilgili kurala aykırı bir hareketin yapılması, suçun oluşması bakımından yeterli görülmekte, ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmamaktadır. Ayrıca bu suçların çoğu, birtakım yükümlülöklere aykırılık-

tan doğmakta, farklı bir ifadeyle yükümlülüklerin yerine getirilmemesi suç olarak öngörülmekte, dolayısıyla ihmali suç özelliğini taşımaktadır.

Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlara geçmeden önce, bankacılık düzeninin kendi içindeki sınıflandırmasına değinmek, bu grupta yer alan her bir suçun öngörülme amacının ortaya konması bakımından yararlı olacaktır. Bankacılık düzeni bir bütün olarak ele alındığında, kendi içinde birtakım alt ayrımlara tabi tutulabilir. Birinci olarak, bankaların kuruluş ve faaliyete geçmesine ilişkin hükümler, kuruluş ve faaliyete geçme düzeni şeklinde ifade edilebilir. Kanunda bu alt düzene ilişkin suçlar yer almaktadır. İkinci olarak faaliyet düzeni karşımıza çıkmakta ve mevduatın toplanması, kredilerin verilmesi, kredi yasakları ve sınırları gibi hususlar bu kapsamda bulunmaktadır. Üçüncü olarak, faaliyet düzeniyle ilişkili, fakat özel bir alan teşkil eden hesap ve kayıt düzeninden söz edilebilir. Dördüncü olarak gözetim ve denetim düzeni, beşinci olarak devir, birleşme, tasfiye düzeni ve son olarak diğer düzenler, örneğin bankacılık mesleğine ilişkin mesleki düzen belirtilebilir.

Bu alt düzenleri de belirttikten sonra suçların incelenmesine geçebiliriz. Ancak vaktimizin sınırlı olması nedeniyle burada suçların tek tek unsurlarını ele almayacağım. Sadece bunlarla ilgili öne çıkan, dikkat çekilmesi gereken veya kanundaki düzenlemesi itibarıyla problem olarak karşımıza çıkabilecek bazı noktalara işaret edeceğim. Öncelikle Bankacılık Kanunu'ndaki tüm suçlar için geçerli olmak üzere şunu belirtebiliriz ki, söz konusu suçlar, sadece kasten işlenebilen suçlardır. Taksirle işlenmeleri öngörülmemiştir. Oysa başka ülkelerde örneğin, izinsiz bankacılık faaliyeti suçu bakımından, fiilin taksirle işlenen şekilleri de suç olarak düzenlenmiştir. Bizde bütün suçlar bakımından kast esastır.

İzinsiz bankacılık faaliyeti suçuyla başlayacak olursak, öncelikle belirtmek gerekir ki, bu suç aracılığıyla, kuruluş ve faaliyete geçme düzeni koruma altına alınmakta, bankaların kuruluş ve faaliyete geçme aşamasıyla ilgili düzenin ihlali cezalandırılmaktadır. Kuruluş ve faaliyete geçme, bankacılık faaliyeti açısından adeta bir ön denetim aşaması olup, söz konusu suç da bir anlamda, bu ön denetimde ceza yaptırımından yararlanılması durumudur.

İzinsiz bankacılık faaliyeti suçu, Bankacılık Kanunu'nun 150. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, önceki kanunlardan farklı olarak, izinsiz bankacılık faaliyeti suçu ikiye ayrılmıştır. Maddenin 1. fıkrasında, izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma, yani faaliyete ilişkin fiiller bağunsız bir suç olarak öngörülmüş, 2. fıkrada ise izinsiz olarak banka adını veya bankacılık faaliyeti yapıldığı izlenimini uyandıran söz ve deyimleri kullanma şeklinde, esasen birinci suçun icra hareketlerinin bir kısmını da oluşturabilecek fiiller, daha düşük bir cezayı gereken bir suç olarak ayrıca düzenlenmiştir. Bunun gerekçesi olarak, ikinci grup fiillerin daha

az haksızlık içerdiği, dolayısıyla ayrı cezalara tabi tutulması gereği gösterilmiştir.

Kuruluş ve faaliyete geçme düzeninde, kuruluş izni ve faaliyet izni şeklinde iki ayrı izin söz konusudur. Yani bir bankanın kuruluşunda, salt kuruluş izni almak yeterli olmayıp, faaliyete geçmesi için ayrıca bir izin almak gerekmektedir. Dolayısıyla bu iki izinden herhangi birinin alınmaması suretiyle bankacılık faaliyetinde bulunulması, bu suçu oluşturacaktır. Örneğin kuruluş izni alan bir bankada, henüz faaliyet izni almadan bankacılık faaliyetlerine başlanırsa, kuruluş izni olmasına rağmen bu suç işlenmiş olacaktır. Keza kuruluş ya da faaliyet izninin geri alınması, iptali veya sınırlandırılması durumlarında da izinsiz bankacılık faaliyeti suçu söz konusu olabilecektir.

Bankacılık Kanunu'nda, önceki kanunlardaki düzenleme biçimi devam ettirilerek, izinsiz banka gibi faaliyet göstermeden söz edildikten sonra, izinsiz mevduat kabul etme ya da katılım bankaları bakımından katılım fonu toplama fiilleri ayrıca belirtilmiştir. Bu ayrım, Bankacılık Kanunu'nun, bankaların faaliyet konularını tek tek gösteren, dolayısıyla bankacılık faaliyetinin içeriğini belirli kılan 4. maddesi karşısında gereksizdir. Bankacılığa ilişkin önceki kanunlarda bu şekilde bir belirleme yapılmamıştı. Dolayısıyla bu ayrımın pratik bir anlamı vardı. Yeri gelmişken belirtmeliyiz ki, önceki Kanunlarda hangi faaliyetlerin bankacılık faaliyeti olduğu açık olmadığından, izinsiz bankacılık faaliyeti suçu bakımından, suçta kanunilik ve belirlilik ilkeleri yönünden sorun bulunmaktaydı.

İzinsiz bankacılık faaliyeti suçunun hukuka aykırılık unsuru bakımından da bir noktaya işaret etmekte yarar vardır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun (BDDK'nın) veya bunun karar organı olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (Kurul'un) konuyla ilgili izni, bir hukuka uygunluk nedeni değil, suçun maddi unsuru bağlamında, tipiklikle ilgili bir husustur. Zira burada izinsiz olarak yapılan faaliyet veya izinsiz olarak ilgili söz ve deyimlerin kullanılması suç tipi olarak düzenlenmiştir. Baştan itibaren izinli bir şekilde gerçekleştirilen fiillerin suç düzenlemesiyle bir ilgisi yoktur. Bu vurguyu, konuyla ilgili aksi görüşler olduğu için yapıyoruz. Buna karşılık bu suç açısından, hakkın kullanılması şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olabilir. Çünkü Kanunda bankacılık faaliyeti olarak belirtilen işlemlerden bazıları, başka kuruluşlarca da yapılabilir. Tabii ki bunların, ilgili mevzuatın verdiği izin çerçevesinde gerçekleştirilmeleri hukuka uygun olacaktır.

Suçların içtimalı (birleşmesi) bakımından da bazı hususlara dikkat çekmekte yarar vardır. Özellikle yeni Bankacılık Kanunu'nun konuyla ilgili düzenlemesi bu konuda problem teşkil edebilir. Çünkü daha önce de

belirttiğimiz gibi Kanunda izinsiz faaliyette bulunma fiili ile izinsiz banka adının ya da bu izlenimi uyandıran sözcüklerin kullanılması ayrı suçlar olarak öngörülmüş durumdadır. Bu düzenleme, hem banka adının kullanıldığı hem de faaliyetin gerçekleştirildiği, örneğin mevduatın toplandığı ya da kredinin verildiği bir olayda tereddüt doğurabilir. Acaba bu durumda, fail ya da failer, hem izinsiz faaliyette bulundukları için hem de banka adını kullandıkları için, iki ayrı suç işlediklerinden bahisle gerçek içtima kuralına göre mi cezalandırılacaklardır? Görüşümüze göre, bu iki suç arasında asal (asli) norm, yardımcı (tamamlayıcı) norm ilişkisinin bulunduğu kabul edilerek, izinsiz faaliyette bulunmaya ilişkin hüküm asal norm olarak değerlendirilmeli, diğer norm tamamlayıcı, tali nitelikte norm olarak düşünülmelidir. Böylece verdiğimiz örnekte sadece asal normda yer alan izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçundan dolayı cezalandırma yapılacaktır. Diğer suç ancak faaliyette bulunulmadan, sadece banka adının veya bu izlenimi yaratan sözcüklerin kullanıldığı durumlarda söz konusu olacaktır. Bunun gibi, yalnızca biraz önce bahsettiğimiz sözcüklerin kullanıldığı bir olayda, örneğin henüz kuruluş izni alınmadan banka adının yer aldığı bir reklâmın yapılması (dolayısıyla 150. maddenin 2. fıkrasındaki suçun oluşması) halinde, bu fiil aynı zamanda izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçuna (150. maddenin 1. fıkrasındaki suç) teşebbüs niteliğini taşısa da teşebbüsü oluşturan hareketler bağımsız olarak 2. fıkarda düzenlenmiş bulunduğundan, bu noktada yardımcı norm niteliğindeki genel teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır.

Suçta uygulanacak yaptırım konusunda da bir husus üzerinde durmamız gerekiyor. Genel olarak Bankacılık Kanunu'ndaki suçlar bakımından, denetim görevlilerine engel olma suçu hariç, hapis ve adli para cezası birlikte öngörülmüştür. Yeni TCK'nın sisteminde ilke olarak adli para cezası, hapis cezasına alternatif olarak düzenlenmiş, özellikle ekonomik çıkar güden suçlarda her ikisinin de birlikte uygulanması kabul edilmiştir. İzinsiz bankacılık faaliyeti suçu bakımından hapis ve adli para cezasından başka, ilave iki düzenleme daha karşımıza çıkmaktadır. Bunların hukuki niteliği niteliğinin ne olduğu hususunda Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Buna göre gerek izinsiz bankacılık faaliyetinden bulunma gerekse izinsiz banka adını veya banka gibi faaliyet gösterildiği izlenimini uyandıran sözcükleri kullanma fiili bakımından, hapis ve adli para cezasından ayrı olarak, bu suçlar eğer bir işyerinde işlenmişse, ilgili işyerinin kapatılmasına karar verilebileceği de öngörülmüştür. Kanaatimizce bunu, suç karşılığı uygulanan bir yaptırım niteliğinde, bir güvenlik tedbiri olarak değerlendirmek gerekir.

Bundan başka ilgili maddede, işyerinin faaliyetlerini ve reklâmları geçici olarak durdurma, ilanları toplatma şeklinde bir düzenlemeye de yer

verilmiştir. Önceki Kanunda, bu tedbire valilik karar veriyordu. Yeni Kanunda hâkim kararı aranmaktadır. Bu düzenlemeyi, ceza muhakemesi bağlamında bir koruma tedbiri olarak değerlendirmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar kapsamında değinmemiz gereken ikinci suç tipi, denetim sonucu alınması istenen tedbirleri alma suçudur. Bu suç, bankacılık düzenine ilişkin olarak biraz önce yaptığımız alt ayrımlar içinde, gözetim ve denetim düzenini ilgilendiriyor. Bunun, bankacılık alanında yapılan denetimin etkinliğini sağlamak amacıyla öngörülen bir suç olarak da değerlendirmek mümkündür.

BDDK, bankalardaki denetim görevini gerçekleştirdikten sonra, saptadığı aksaklıkların giderilmesi amacıyla, birtakım tedbirlerin alınmasını istemektedir. Bu tedbirlerin alınmaması bahsettiğimiz suçu oluşturmaktadır. Kanunun 152. maddesinde yer alan bu suçun, daha önce söz ettiğimiz atıf tekniğiyle düzenlenmesi eleştirilebilir. Söz konusu düzenlemeye göre, Kanunun 68, 69 ve 70. maddeleri ile çok daha ilginç olarak mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesine aykırı davranılması, bu maddelere göre alınması istenen tedbirlerin alınmaması, suç teşkil etmektedir. Bu düzenleme biçimi, atıf tekniğinin daha önce değindiğimizi sakıncalarını bünyesinde taşımaktadır. Atıf yapılan hükümlere bakıldığında, bunların, denetim sonucunda alınacak, daha doğrusu alınması istenebilecek tedbirleri, kademeli olarak düzenlediği görülecektir. 68. madde düzeltici tedbirleri, 69. madde iyileştirici tedbirleri, 70. madde ise kısıtlayıcı tedbirleri içermektedir. Fakat belirttiğimiz gibi bu hükümler, sonuç itibarıyla idare hukuku mantığıyla öngörülmüş olup, amaç ekonomik idari düzenin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, örneğin alınması istenebilecek tedbirler, bahsettiğimiz maddelerde sayılanlarla sınırlı olmayıp, BDDK veya Kurul (bazı tedbirlerde Kurul kararı aranıyor), söz konusu amaçla başka tedbirlerin de alınmasını isteyebilmektedir. Daha açık ifade edecek olursak; 68, 69 ve 70. maddelerde önce birtakım tedbirler tek tek sayıldıktan sonra, uygun görülecek başka tedbirlerin de alınmasının istenebileceği belirtilmiştir. İşte bu noktada atıf usulüyle düzenlenen suç bakımından önemli bir problem ortaya çıkmaktadır. Zira suçun unsurları bakımından ilgili hükümlere atıf yapıldığına göre, bu hükümler gereği BDDK'nın veya Kurul'un, maddelerde açıkça belirtilmeyen, fakat uygun gördükleri başka tedbirlerin alınmaması da suç teşkil edecektir. Sonuç olarak suçun içeriğini, idari bir merci saptamış olmaktadır. Bu durum, suçta kanunilik ve bunun mantıksal sonucu olan belirlilik ilkeleri, yani suçun tüm unsurlarının, önceden kanunda, açık ve seçik bir şekilde yer alması, böylece bireylerin neyin suç oluşturduğu önceden bilmesi ve davranışlarını buna göre yönlendirmesi şeklindeki güvenceler açısından sorunludur.

Fakat burada Anayasamızda ve uygulamada suçta kanunilik ilkesine yüklenen anlama da kısaca değinmemiz gerekiyor. Anayasanın 38. maddesinde suçta ve cezada kanunilik ilkesi, bilinen içeriğiyle öngörülmüştür. Madde metni esas alınır, denetim sonucu alınması istenen tedbirleri almama suçunun bahsettiğimiz düzenleme biçiminin, kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddia edilebilir. Fakat gerek Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatlarında gerekse 38. maddenin gerekçesinde, suçta kanunilik ilkesine, katı olmayan, geniş bir anlam yüklenmektedir. Özellikle 38. maddenin gerekçesinde, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun örnek verilerek, açık suç hükümlerinin, yani suç fiilini öngörmeden, suç konusunun gösterilerek düzenleme yapılmasının, suçta kanunilik ilkesine aykırı olmadığı ifade edilmiştir. Örnek verilen Kanunda, Bakanlar Kurulu'nun konuyla ilgili olarak aldığı kararlara aykırı davranılması suç olarak düzenlenmiştir ve 38. madde gerekçesine göre bu düzenleme suçta kanunilik ilkesine aykırı değildir. Dolayısıyla Bankacılık Kanunu'ndaki bu hüküm açısından da aynı gerekçeler ileri sürülerek, kanunilik ilkesinin ihlal edilmediği söylenebilecektir. Çünkü söz konusu ilkeye verilen anlama göre, suçun konusunun belirtilmesi, daha doğrusu suçla ilgili genel bir çerçevenin çizilmesi yeterlidir. Elbette ki bu anlayış eleştiriye açıktır.

Bu suçla ilgili düzenlemenin asıl dikkat çekici yanı, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na da atıf yapılmasıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, esasen 4389 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmış olmasına rağmen, söz konusu Kanunun 14. maddesine (bu madde, yürürlükteki Kanunun 68, 69 ve 70. maddelerini karşılayan, onun muadili olan bir maddedir) atıf yaparak, madde çerçevesinde alınması istenmiş bulunan tedbirlerin alınmamasını da bu suç kapsamında kabul etmektedir. Bu şekildeki bir düzenleme, yasama tekniği bakımından eleştiriye açıktır. Yürürlükten kalkmış bir kanuna atıf yapılması eleştirilebilir. Fakat bunu bir geçiş hükmü olarak düşünmek gerekir. Nitekim 5411 Sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinde, 4389 Sayılı Kanun'un 14. maddesinin yürürlükte olduğu belirtilmiştir. Söz konusu madde gereği, yeni Kanundan önce el konulan bankaların tasfiyesine kadar 14. maddenin yürürlükte olduğu kabul edilince, buna aykırı davranılmasına ilişkin suçun da varlığını devam ettirebilmesi amacıyla ve yeni Kanunla af niteliğinde lehe bir duruma, bununla ilgili olası tepki ve tartışmalara yol açmamak bakımından, kanun yapma tekniğine aykırı da olsa böyle bir düzenlemeye gidilmek zorunda kalındığı söylenebilir.

Suçun maddi unsuruna ilişkin birkaç noktaya dikkat çekmek gerekir. Dediğimiz gibi bu suç, bir anlamda BDDK'nın talimatlarına uymama şeklinde ortaya çıkıyor. Suçun içeriğini, BDDK belirliyor. Suçun maddi unsuru bağlamında, alınmamasının cezalandırıldığı tedbirler (bazen Ka-

nunda yazılı olmayan, uygun görülen diğer tedbirler) idari bir işlemle sap-tanıyor. Bilindiği gibi TCK'nın, suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzen-leyen 2. maddesinin 2. fıkrasında, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı ifade edilmektedir. Ancak ilginçtir ki, burada genel, soyut, herkes için geçerli düzenleyici bir işlem yerine, birel işlemlerle su-çun içeriği tayin edilmektedir. Dolayısıyla bu husus, kanunilik ilkesi ba-kımından eleştiriye açıktır. Fakat bu noktada, kanunilik ilkesine ilişkin olarak biraz önce değindiğimiz farklı anlayış da dikkate alınmalıdır.

Kanunda, suçun işlenişinde güdülen amaç itibariyle nitelikli bir unsur da düzenlenmiştir. Denetim sonucu alınması istenen tedbirlerin, hâkim ortaklara veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla alınmaması halinde cezanın artırılması öngörülmüştür. Su-çun temel şekli bakımından genel kast yeterli iken, nitelikli şekli açısından dastı hazırlayan bir amaç olarak, belirttiğimiz amacın da bulunma-sı şarttır.

Bu suçla ilgili değinilmesi gereken önemli bir husus da BDDK'nın alınmasını istediği tedbirin hukuka aykırı olması ihtimalidir. Acaba BDDK'nın alınmasını istediği tedbir, bankayı ekonomik olarak daha kötü bir duruma sokacaksa ya da genel olarak hukuka aykırıysa, böyle bir tedbire uyulmamasının sonucu ne olacaktır? Bununla ilgili olarak dok-trinde bir görüş, kanunsuz emir, hukuka aykırı emir yoluyla bir çözüm önermektedir. Fakat kanımızca bu çözüm tarzı doğru değildir. Çünkü bu-rada verilen emirle bir suçun işlenmesi değil, salt emre (BDDK'nın tedbir alınması talimatına) uymama suç olarak öngörüldüğünden, bu durumda esasen suçun maddi unsuru gerçekleşmeyecektir. Zira bu suçun oluşa-bilmesi için, alınması istenilen tedbirin, ilgili hükümlerdeki koşullara uy-gun bir tedbir olması şarttır.

Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer suç, bilgi ve belge vermeme suçudur. Öncelikle bunun da gözetim ve denetim düzeniyle ilgili bir suç olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira burada yetkili mercilerin veya dene-tim görevlilerinin istedikleri bilgilerin verilmemesi suç olarak öngörülmüş olup, denetimin daha etkin sağlanabilmesi için ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerin, ceza yaptırımı korkusuyla temini amaçlanmaktadır. Yeni ka-nunda, yetkili merciler ve denetim görevlilerinden başka, ana ortaklığın, konsolide finansal rapor düzenlemek amacıyla, bağlı ortaklıklardan iste-diği bilgi ve belgelerin verilmemesi de suç olarak düzenlenmiştir. Özel hu-kuk tüzel kişilerine böyle bir yetkinin verilmesi veya bunların taleplerinin yerine getirilmemesinin suç olarak yaptırım altına alınması eleştiriye açıktır.

Suçun maddi unsuru bağlamında bilgi ve belgelerin hiç verilmemesi dışında, eksik bilgi verme veya gerçeğe aykırı bilgi verme durumuna da değinmek gerekir. Eksik bilgi verme bakımından, eksik verilen kısım iti-

bariyle bu suç oluşabilir. Fakat gerçeğe aykırı bilgi verme açısından ise gerçeğe aykırılıkla ilgili suçlar, örneğin Bankacılık Kanunu'nun 155. maddesindeki gerçeğe aykırı belge düzenleme suçu söz konusu olabilir.

Hukuka aykırılık unsuru bağlamında da bir iki hususu vurgulamamız gerekiyor. Öncelikle kişinin kendi aleyhinde delil vermeye zorlanamaması şeklindeki (Anayasanın 38. maddesindeki) hüküm bu noktada problem çıkarabilir. Buna göre, yetkili mercilerin veya denetim görevlilerinin bilgi ve belge istediği kişi, kendisinin veya yakınlarının suçlanacağı gerekçesiyle istenen bilgi ve belgeyi vermeyebilir ve bu fiili hukuka aykırı olmayacaktır. Çünkü burada Anayasada öngörülen bir hakkın kullanılması söz konusudur.

Kanunun, BDDK'nın ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (TMSF'nin) bilgi ve belge isteme yetkisinin düzenleyen hükümlerinde, ilgili kanunlara göre gizli dahi olsa istenen bilgi ve belgelerin verileceği belirtilmekle beraber, kişi ve kurumlar ile devlet açısından ağır sonuç doğuracak haller ile aile hayatının gizliliğine ilişkin bilgilerin saklı olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla buna ilişkin bilgi ve belgelerin verilmemesi suç teşkil etmeyecektir. Sır bakımından devlet sırrı ile meslek sırrının saklı olduğu belirtilmiştir. Fakat bankacılık sırrı bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira Bankacılık Kanunu'nun, bankacılık sırrının saklanmasıyla ilişkin 73. maddesinde, söz konusu sırların yetkili mercilere açıklanabileceği dolaylı bir şekilde belirtilmiştir.

İçtima bakımından da bir hususa işaret etmek gerekiyor. BDDK'nın talep ettiği bilgi ve belgeleri vermeme, Kanunda ayrıca kabahat (idari suç) olarak da düzenlenmiştir. Bu durumda BDDK'nın talep ettiği bilgi ve belgeyi vermeme halinde, hem bilgi ve belge vermeme suçu hem de ilgili kabahat gündeme gelecektir. Kabahatler Kanunu'nda bir fiilin aynı zamanda kabahat ve suç oluşturması halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağı, suç nedeniyle yaptırım uygulanamıyorsa kabahate ilişkin yaptırımın söz konusu olacağı belirtiliyor. Fakat burada bir içtima durumunun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü söz konusu kabahat açısından fail banka tüzel kişiliği (daha doğrusu Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlar) olarak gösterilmiştir. Yani burada tüzel kişilere uygulanan bir yaptırım söz konusudur. Oysa bilgi ve belge vermeme suçu açısından fail gerçek kişi olduğundan, ortada bu yönüyle farklı iki fiil bulunmaktadır. Dolayısıyla suçtan dolayı gerçek kişilerin ceza sorumluluğu, kabahat nedeniyle ise, bankalar başta olmak üzere, ilgili tüzel kişilerin idari para cezasından sorumluluğu doğacaktır.

Bilgi ve belge vermeme suçuyla aynı maddede düzenlenen diğer bir suç, denetim görevlilerine engel olma suçudur. Denetim görevlilerinin görevlerini yapmalarına yönelik her türlü engelleme bu suç kapsamında cezalandırılmaktadır. Söz konusu suç da gözetim ve denetim düzenini ko-

rumakta olup, bilgi ve belge vermeme suçuyla yakından ilişkilidir. Bu konuda bir hususa dikkat çekmek gerekir. Denetim görevlilerinin istediği bilgi ve belgelerin verilmemesi durumunda, bilgi ve belge vermeme suçu ile bu suç arasında içtima problemi ortaya çıkabilecektir. Zira bir denetim görevlisine bilgi ve belge vermeme fiili, hem bilgi ve belge vermeme suçunu, hem de bilgi ve belge vermeyerek bir engelleme yapılması nedeniyle, denetim görevlilerine engel olma suçunu oluşturacaktır. Bu noktada içtima problemi görünüşte olup, görünüşte içtima hallerinden, asal-yardımcı norm (veya asli-tali/tamamlayıcı norm) ilişkisi ve buna ilişkin yorum kuralı olan yardımcı normun sonralığı ilkesi söz konusudur. Gerçekte sadece asli norm olarak bilgi ve belge vermeme suçuna ilişkin hüküm uygulanacaktır. Denetim görevlilerine engel olma suçuna ilişkin norm, bilgi ve belge vermeme dışındaki engellemeleri cezalandıran, yardımcı, tamamlayıcı bir norm olarak düşünülmelidir. Ayrıca BDDK görevlileri, kamusal bir faaliyet yürütmeleri bağlamında kamu görevlisi olarak kabul edildiğinde, Kurumun meslek personelinin yaptığı bir denetimin, cebir ve şiddet veya tehdit yoluyla engellenmesi halinde, bu nitelikteki bir fiil, denetim görevlilerine engel olma suçunun yanı sıra, TCK'nın 265. maddesindeki görevi yaptırmamak için direnme suçuna da vücut verecektir. Bu iki suç arasındaki içtima problemi, Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesi çerçevesinde çözülmelidir.

Bu bağlamda 161. maddenin ifade ettiği anlama kısaca değinmekte yarar vardır. Söz konusu madde, Kanunda suç olarak düzenlenen fiillerin başka kanunlara göre de suç teşkil etmesi halinde, en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanacağını öngörmektedir. Böylece Bankacılık Kanunu'ndaki suç oluşturan fiillerin, daima en ağır cezayla karşılanması hedeflenmektedir. Bu hüküm, söz konusu içeriğiyle, diğer kanunlardaki daha ağır cezayı içeren normlar karşısında, Bankacılık Kanunu'ndaki normların özel norm olarak, öncelikle uygulanmasını da bertaraf etmiş olmaktadır. Farklı bir ifadeyle, Bankacılık Kanunu'ndaki suç hükümleri, aynı fiilleri daha ağır cezayla suç olarak düzenleyen başka kanun hükümlerinin karşısında, yardımcı, tamamlayıcı norm niteliğine bürünmekte ve yerini daha ağır cezayı içeren asli normlara bırakmaktadır. Dolayısıyla denetim görevlilerine engel olma suçuyla, TCK'daki ilgili suçun içtimasında, bu iki suçun cezaları karşılaştırılacak, hangisi en ağır cezayı gerektiriyorsa o suçtan hüküm kurulacaktır.

Bankacılık düzenine karşı işlenen bir başka suç, belge ve yazışmaların saklamama suçudur. Bu suç hesap ve kayıt düzenine ilişkin bir suç olup, özellikle kayıt düzenini koruma altında almaktadır. Burada, Bankacılık Kanunu'nun 42. maddesindeki, alınan yazılar ile faaliyetlere ilişkin belgelerin on yıl süreyle saklanmasına ilişkin yükümlülüğe uyulmaması suç olarak düzenlenmiştir. Suçun içeriğiyle ilgili olarak 42. maddeye atıf

yapılmıştır. Dolayısıyla atıf usulüne ilişkin başta değindiğimiz sakıncalar burada da söz konusudur. Suçun maddi unsuru, belge ve yazışmaların hiç saklanmamasının yanı sıra, 42. maddede belirtilen usule aykırı saklamayı da içermektedir. Ayrıca bu fiil, Kanunun 146. maddesinde, bankalar ve Bankacılık Kanunu kapsamındaki diğer kuruluşlara yönelik bir kabahat olarak da yaptırım altına alınmıştır. Bu iki düzenlemeye ilişkin içtima problemi konusunda, bilgi ve belge vermeme suçunun, ilgili kabahatle içtimasına ilişkin belirttiğimiz çözüm yöntemi burada da geçerlidir.

Bu konudaki bir başka suç, işlemleri kayıt dışı bırakma suçudur. Belge ve yazışmaları saklamama suçu gibi, bu suç da hesap ve kayıt düzeni bağlamında, özellikle kayıt düzenine ilişkindir. Fakat hesap ve kayıtların denetimle olan ilişkisi bakımından, söz konusu suçun, gözetim ve denetim düzenini ilgilendiren bir boyuta sahip olduğu da kuşkusuzdur.

İşlemleri kayıt dışı bırakma suçu, bankaların ve diğer kuruluşların, gerçekleştirdikleri işlemleri kayda geçirme yükümlülüğüne aykırı davranmalarını cezalandırmaktadır. Bu bağlamda suçun, mevcut düzenleniş biçimi bakımından, 4389 Sayılı Kanun'da da bulunan bir probleme işaret etmek istiyoruz. Söz konusu suç, Bankacılık Kanunu'nun 156. maddesinde, farklı konular üzerinde işlenen başka suçlarla birlikte, tek bir cümle halinde düzenlenmiş durumdadır. Aynı maddede işlemleri kayıt dışı bırakma suçunun yanı sıra, gerçeğe aykırı muhasebeleştirme, gerçeğe aykırı belgeyi onaylama ve hesap uygunluğu sağlanmadan bilanço kapatma suçu, uzun bir cümle içinde, ortak bir yaptırıma tabi tutulmuştur. Daha önemlisi tüm bu suçların failleri için, cümlelerin sonunda, "bunları ve bunların düzenlenmesine esas olan her türlü belgeleri imza edenler" biçiminde ortak bir ifade kullanılmıştır. Fakat işlemleri kayıt dışı bırakma suçunda, ortada kayda geçirilen bir işlem, dolayısıyla bir belge bulunmadığından, bunun imzalanması söz konusu olmayacaktır. Görüldüğü gibi maddeden tasarruf ederek, farklı suçları tek bir hükümde toplama (ve daha ileri olarak hepsini ortak bir ifadeyle düzenleme), bu tip problemlere sebep olmaktadır.

Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlardan sonuncusu, işlemleri kayıt dışı bırakma suçu ile aynı maddede ve aynı cümlede düzenlenen hesap uygunluğu sağlanmadan bilanço kapatma suçudur. Bu suç, hesap ve kayıt düzenini birlikte korumaktadır. Bankaların ve diğer kuruluşların, yılsonu bilançolarını, kanuni ve yardımcı defter ve kayıtlar ile şubeler, yurtiçi ve yurtdışı muhabirlerle hesap uygunluğunu sağlamadan kapatmaları, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Burada amaç, söz konusu uyum aracılığıyla, bilançonun gerçeği tam olarak yansıtmasını temin etmektir. İşlemleri kayıt dışı bırakma suçuyla aynı maddede yer aldığından, düzenleme biçimine ilişkin eleştiriler bu suç bakımından da geçerlidir.

Son olarak 156. maddedeki adli para cezasıyla ilgili bir hususa işaret edelim. Maddede, ilgili suçlar bakımından, "binbeşyüz günden az olmamak üzere adli para cezası"nın uygulanacağı öngörülmüştür. Buradaki adli para cezasının üst sınırı belli olmayıp, bu yönüyle nispi nitelikte bir para cezası söz konusudur. Bu düzenleme biçimi, yeni TCK'nın adli para cezası sistemi bakımından eleştiriye açıktır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Av. İSMAİL ALTAY

(Oturum Başkanı)

Teşekkür ederiz Selman Bey. Soruları tabii oturumun sonunda alacağız.

Başka bir başlığa geçiyoruz. "Bankacılık Ortamında İşlenen Diğer Suçlar" Toplantımızda üç akademisyen, iki serbest avukat sunum yaptı. Şimdi artık banka avukatı arkadaşlarımız sunum yapacak. Böyle de bir dağılım var. Bankacılık ortamında işlenen suçlar tabii burada iki tane örnek verebildik. Aslında banka ceza hukuku bankacılık suçları ciddi bir akademik programda yer alabilecek nitelikte bir ders olarak konabilecek bir nitelikte inşallah ona ilişkin çalışmalarımız da olacak. Mesela, sermaye piyasasında faaliyette de bulunur bankalar, ona ilişkin sermaye piyasası suçları da orada bu programa eklenebilir. Zaten sermaye piyasası suçları diye ayrı bir oturum yapacağımız için burada ele almadık. Mehmet Beyden çek hukukuna ilişkin, bankaların çek hukukundan kaynaklanan sorunlara ilişkin bir sunum dinleyeceğiz. Buyurun.