

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNUNDA
DÜZENLENEN ZİMMET SUÇLARI

AHMET MÜCAHİT SELÇUK

2501151397

TEZ DANIŞMANI

DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN

İSTANBUL - 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : AHMET MÜCAHİT SELÇUK Numarası : 2501151397

Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN

Tez Savunma Tarihi : 27.08.20019 Saati : 14 30

Tez Başlığı : 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNUNDA DÜZENLENEN ZİMMET SUÇLARI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRI ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER		KABUL
2- DOÇ. DR. MEHMET EMİN ALŞAHİN		Kabul
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
4- DR. ÖĞR. ÜYESİ FATİH AYDOĞAN		KABUL
5- DR. ÖĞR. ÜYESİ MEHMET MADEN		KABUL

YEDEK JÜRI ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR. ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ KERİM ÇAKIR		

ÖZ

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNUNDA DÜZENLENEN ZİMMET SUÇLARI

AHMET MÜCAHİT SELÇUK

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenen bankacılık zimmeti suçu aslında iki farklı suçtan oluşmaktadır. Bunlardan biri doktrinde bankacılık zimmeti suçu olarak geçen suçtur. Bankalara ve banka çalışanlarına karşı duyulan güveni korumayı amaç edinmiş olan bu suçun zimmetin açığa çıkmamasını sağlamak üzere hileli davranışlarla işlenmesi halinde bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali oluşur. Bu maddede düzenlenmiş diğer suç ise doktrinde varsayımsal zimmet, zimmet benzeri suç veya hakim ortak zimmeti ismi verilen suçtur. Zimmete geçirme doktrinde ve yargı kararlarında bir mal üzerinde malik gibi tasarruf etme veya mal edinme şeklinde tanımlanmıştır. Bankacılık Kanunu'nda bankaların mallarını veya bankada bulunan malları haksız şekilde mal edinen kişiler hakkında bankacılık zimmeti suçu hükümleri uygulanır.

Üç bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünde bankacılık zimmeti suçlarının daha iyi anlaşılabilmesi için bankacılık hukuku hakkında genel nitelikli bir takım kavramlar ve bankacılık zimmeti suçunun tarihsel gelişimi incelenmiştir. İkinci bölümde bankacılık zimmeti suçunun basit ve nitelikli halinin unsurları ve kredi sözleşmeleri çerçevesinde bu suçun işlenmesi üzerinde durulmuştur. Son bölümde ise 160. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç ile etkin pişmanlık ile muhakemeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Zimmet, Bankacılık Zimmeti, Varsayımsal Zimmet, Hakim Ortak zimmeti, Bankalara Duyulan Güven, Banka Personeline Duyulan Güven, Etkin Pişmanlık.

ABSTRACT

THE EMBEZZLEMENT CRIMES REGULATED BY THE

BANKING LAW NO. 5411

AHMET MÜCAHİT SELÇUK

The banking embezzlement crime regulated in Article 160 of the Banking Law No. 5411 is in fact composed of two different offences. The doctrine defines the first as the banking embezzlement crime. With the aim of protecting the trust held towards banks, fraudulent actions intended to cloak the act of embezzlement forms the qualified state of the crime of banking embezzlement. The second offence regulated is defined by the law as hypothetical embezzlement, or embezzlement-like crime, or dominant-shareholder embezzlement. Embezzlement is defined by doctrinal and case law as the act of the use of goods as if the user was the beneficial owner, or the acquiring of goods. The Banking Law applies the banking embezzlement crime provisions to persons who unlawfully gain possession of the goods owned or held by the bank.

In order to better understand the banking embezzlement crimes, the first of the three chapters of this study examines some general concepts about banking law and the historical development of the crime. The second chapter will look at the elements of the crime in its qualified and non-qualified form, as well as the offence's application in the field of credit agreements. The final chapter focuses on the crime defined in section three of article 160, as well as the relevant provisions concerned with the reasoning to be applied to effective remorse.

Keywords: Banking Embezzlement, Hypothetical Embezzlement, Majority Shareholder Embezzlement, The Trust in Banks, The Trust in Bank's Personals Effective Remorse.

ÖNSÖZ

Günümüzde bankaların çok fazla alanda faaliyet göstermesi ve ekonomi içerisinde etkin rol almaları bu tüzel kişileri koruma gereksinimine yol açmıştır. Bilindiği üzere bankalar eskiden beri halktan para toplama ve toplanan bu paraların kredi olarak kullandırılması faaliyetlerini ana faaliyet olarak yürüttükleri için banka çalışanları bankada bulunan maddi kaynaklara çok daha rahat ulaşmaktadırlar. Bankaların itibarları ve duyulan güven bankalardaki mevduatların ve banka mallarının haksız olarak başkasının mülkiyetine geçmemesi olgusuna dayandığı için bu maddi değerlerin korunmasına yönelik tedbirler bankacılık kanunlarında alınmıştır. Bu tedbirlerden en önemlisi ve uygulamada en çok rastlanana Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçudur.

Bankacılık zimmeti suçu ilk olarak 1999 yılında kabul edilen 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu suç zaman içinde çok fazla değişikliğe uğramadan TCK'da düzenlenen zimmet suçuna bağlı kalınarak 2005 yılında kabul edilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da korunmuştur. Çalışmamız kapsamında incelediğimiz bankacılık zimmeti suçu aslında iki farklı suçtan oluşmaktadır. Bunlardan ilki bankacılık zimmeti olarak adlandırılmaktadır. Diğer suç ise 2003 tarihinde ilk kez düzenlenerek zimmet sayılan suçtur.

Bu suçların işlenmesi halinde toplumda suç işlenen bankaya karşı duyulan güvenin azalması ve bankanın bu şekilde itibarını kaybetmesi ilk başta o bankanın daha sonra tüm bankacılık sisteminin ve sonuç olarak da ekonominin emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürebilir. Sonuçta sadece belli bir banka zarara uğrayıp iflas etmez. Deyim yerindeyse tüm ekonomik sistem iflas edebilir. Bunun örneklerini ülkemizde yaşanan 2001 krizinde görmekteyiz. O yüzden özellikle zimmet suçlarının işlenmemesi için gerekli tedbirleri almak önem arz etmektedir. BDDK tarafından veya banka içi yapılan denetimlerde ortaya çıkan zimmet suçlarının üzerine gidilmesi ve bu suçların cezasız kalmaması, suçların işlenmesi ile azalan güvenin tekrar artırılmasını mümkün kılmaktadır.

Kabul etmek gerekir ki bankacılık zimmeti suçları önem arz eden suçlardır. Kanun koyucunun bu suçlara önem verdiğini, zimmet suçlarını işleyen kişilere büyük

yaptırımların öngörülmesi ile anlamaktayız. Yaptırımlardan yola çıkarsak kanun koyucu banka menfaatleri ile bankalara karşı duyulan güveni devlet menfaatleri ve devlete duyulan güvenden daha üstün kabul etmektedir. Bu sonuca bankacılık ve TCK’da düzenlenen zimmet suçları yaptırımlarının kıyaslanması ile ulaşmaktayız. Kanun koyucu bakımından bu denli önem verilen bankacılık zimmeti suçlarının detaylıca incelenmesi gerekmektedir. Bu gereklilikten dolayı “5411 Sayılı Bankacılık Kanunu’nda Düzenlenen Zimmet Suçu” isimli tezi hazırlama lüzumu doğmuştur.

Tarafımca yapılan araştırmalarda bankacılık zimmeti suçu çerçevesinde öğretide güncel tarihli eser azdır. Konu hakkındaki eserlerden birçoğu TCK’da düzenlenmiş zimmet suçunu incelenirken Bankacılık Kanunu’ndan da bahsedilmesi şeklindedir. Özellikle Bankacılık Kanunu m. 160/3 deki suç hakkında doktrindeki eserlerin daha da az olması ve bahsi geçen suçla alakalı Yargıtay kararlarının kısıtlı olması suçun incelenmesini daha da zorlaştırmıştır. Konu hakkında yazılmış nitelikli eserlerin sayı bakımından az olması tarafımı belli konularda zorlamış olsa da söz konusu eseri ortaya koyabilmenin tarifsiz mutluluğu içerisindeyim. İncelediğiniz bu eserde doktrindeki tartışmalara olabildiğince çok yer verilmiş ve birçok konuda kanaatimiz açıklanmıştır. Hazırladığımız bu çalışmanın bankacılık zimmeti suçu ile ilgili çalışma yapmak isteyen kişilere faydalı olacağını ümit ederim.

Bu noktada yoğun iş temposuna rağmen tezimizin içeriğinin oluşturulması konusunda bilgisinden faydalandığım, kaynaklara ulaşmam konusunda tarafıma yardım eden değerli hocam ve tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun hocama teşekkürü borç bilirim. Yüksek lisans ders aşamasında kendisinden aldığım ekonomik suçlar dersi ile tarafımı bu konuda çalışmalar yapmaya teşvik ederek bu tezin ortaya çıkmasına katkıda bulunan değerli hocam Prof. Dr. Adem Sözüer’e de ayrıca teşekkür ederim. Bu tezin ortaya çıkmasına olan katkılarını ne kadar teşekkür etsem de ödeyemeyeceğim, çalışmamı hazırlamamda her gün bana destek olan kendisinden güç aldığım anneme ve işlerinin yoğunluğu sırasında bu tezin son halini almasında emekleri olan kardeşime teşekkürü bir borç bilirim.

İstanbul 2019

Ahmet Mücahit Selçuk

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKACILIK HUKUKU VE BANKACILIK SUÇLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. BANKA KAVRAMI	5
A. Bankanın Tanımı ve Hukuki Niteliği	5
B. Bir Güven Kurumu Olarak Bankaların Tarihsel Gelişimi	12
C. Bankaların Sınıflandırılması	19
1. Genel Olarak	19
2. Kuruluş Kanunlarına Göre Bankalar	20
3. Kuruldukları Yere Göre Bankalar	21
4. Kamusal Yetkiye ve Göreve Sahip Olup Olmamalarına Göre Bankalar	22
5. Ülke İçinde Faaliyet Gösterdikleri Yere Göre Bankalar	23
6. Yürüttükleri Bankacılık Faaliyetleri Açısından Bankalar	24
II. BANKALARIN KURULUŞU VE SONA ERMESİ	27
A. Genel Olarak	27
B. Kuruluş İzni	27
C. Faaliyet İzni	30
D. Bankaların Sona Ermesi	32
III. BANKACILIK FAALİYETLERİ	33
A. Genel Olarak	33

B. Bankacılık Faaliyetlerinin Sınıflandırılması.....	37
1. Bilançoya Göre Bankacılık Faaliyetleri	37
2. Konularına Göre Bankacılık Faaliyetleri	38
3. Niteliğine Göre Bankacılık Faaliyetleri	38
IV. BANKALARIN YAPISI.....	40
A. Genel Olarak.....	40
B. Yönetim Kurulu	42
1. Tüzel Kişilerin Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olup, Olamaması.....	45
2. Genel Müdür ve Yardımcıları	48
3. Murahhas Üyelik	50
C. Denetim Komitesi.....	51
V. EKONOMİK SUÇLAR VE BANKACILIK SUÇLARI.....	52
A. Genel Olarak.....	52
B. Ekonomik Suçlar	54
1. Ekonomik Suç Kavramı ve Tanımı	54
2. Ekonomik Suçların Özellikleri.....	60
C. Bankacılık Suçları.....	64
1. Bankacılık Suçları Kavramı ve Tanımı	64
2. Bankacılık Suçlarının Sınıflandırılması	66
VI. BANKACILIK ZİMMETİ SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ	71
A. Genel Olarak.....	71
B. 4389 Sayılı Kanun'dan Önceki Dönem	73
C. 4389 Sayılı Kanun Dönemi	74
D. 5411 Sayılı Kanun Dönemi	76

İKİNCİ BÖLÜM

BANKACILIK ZİMMETİ SUÇU

I. SUÇUN KANUNİ TANIMI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER	79
A. Suçun Kanuni Tanımı	79
B. Korunan Hukuki Değer.....	81
II. SUÇUN UNSURLARI	88
A. Maddi Unsurlar.....	88
1. Fail.....	88
a. Genel Olarak.....	88
b. Failin Görevi Dolayısıyla Suçu İşlemesi	93
c. Suçun Failini İlgilendiren Düzenlemenin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu.....	97
2. Mağdur	99
3. Suçun Konusu	103
a. Genel Olarak.....	103
b. Zilyetliği Kendisine Devredilmiş Olmak	110
(1) Zilyetlik Kavramı	110
(2) Zilyetliğin Çeşitleri.....	113
i. Asli Zilyetlik – Fer'i Zilyetlik.....	113
ii. Dolaylı Zilyetlik - Doğrudan Zilyetlik.....	115
iii. Tek Başına Zilyetlik – Birlikte Zilyetlik.....	116
iv. Kendisi İçin Zilyet - Başkası İçin Zilyet – Zilyet Yardımcısı (Hizmet Zilyetliği)	117
(3) Zilyetliğin Kazanılması	120
(4) Banka Mensubuna Suç Konusunun Zilyetliğinin Devri.....	123
c. Koruma ve Gözetimiyle Yükümlü Olmak.....	129
d. Kiralık Kasa Sözleşmelerinin Durumu.....	132
(1) Genel Olarak.....	132
(2) Bankacılık Zimmeti Suçu Çerçevesinde Kiralık Kasa Sözleşmeleri.....	134
4. Fiil	137
5. Netice	142

B. Manevi Unsur	147
C. Hukuka Aykırılık Unsuru	151
1. Genel Olarak	151
2. Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Bankacılık Zimmeti Suçunda Görünüş Şekilleri	152
III. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ.....	155
A. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali	155
B. Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Halleri.....	165
1. Malın Değerinin Azlığı	165
2. Kullanma Zimmeti	169
IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	173
A. Teşebbüs	173
B. İştirak	178
C. İçtima	180
V. YAPTIRIM.....	183
VI. KREDİ SÖZLEŞMELERİ ÇERÇEVESİNDE BANKACILIK ZİMMETİ SUÇUNUN İŞLENMESİ	186
A. Kredinin Tanımı ve Unsurları.....	186
B. Banka kredilerinin Sınıflandırılması.....	192
1. Banka Kredilerinin Niteliklerine Göre Sınıflandırılması	192
2. Banka Kredilerinin Teminatlarına Göre Sınıflandırılması	194
3. Banka Kredilerinin Krediden Faydalananlara Göre Sınıflandırılması	195
C. Kredi Açma Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği	196
D. Bankacılık Zimmeti Suçunun Kredi Kullandırılması Yoluyla İşlenmesi.....	201

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KONTROL EDEN ORTAK ZİMMETİ İLE ETKİN PİŞMANLIK VE
MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER

I. KONTROL EDEN (HAKİM) ORTAK ZİMMETİ.....	208
A. Kanuni Tanım ve Korunan Hukuki Değer.....	208
B. Suçun Maddi Unsurları.....	213
1. Fail.....	213
2. Mağdur	218
3. Suçun Konusu	220
4. Fiil	222
a. Genel Olarak.....	222
b. Banka Kaynaklarının Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kendisinin veya Başkasının Menfaatine Kullandırılması.....	223
(1) Karşılıklı (Back to Back) Kredi İşlemleri	225
(2) İnançlı (Fiduciary) İşlemler.....	227
(3) Kıyı (Off Shore) Bankacılığı İşlemleri.....	229
c. Kullandırmanın Bankanın Emin Şekilde Çalışmasının Tehlikeye Düşürebilecek Şekilde Olması	231
5. Netice	232
C. Manevi Unsur	234
D. Hukuka Aykırılık Unsuru	234
E. Objektif Cezalandırılabilme Şartı	235
1. Genel Olarak	235
2. Kredi Kuruluşunun Faaliyet İzninin Kaldırılması veya Fona Devredilmesi	238
3. Kredi Kuruluşunun Faaliyet İzninin Kaldırılması veya Fona Devredilmesi Şartının Niteliği ve Sonuçları.....	241
F. Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali.....	244
G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	245
1. Teşebbüs.....	245
2. İştirak.....	246

3. İçtima.....	247
H. Yaptırım.....	248
II. ETKİN PİŞMANLIK.....	249
A. Genel Olarak.....	249
B. Soruşturmanın Başlamasından Önceki Etkin Pişmanlık	257
C. Kovuşturmanın Başlamasından Önceki Etkin Pişmanlık	258
D. Hükümden Önceki Etkin Pişmanlık	259
III. MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER VE İNFAZ HÜKÜMLERİ....	261
A. Soruşturmaya İlişkin Hükümler.....	262
B. Kovuşturmaya İlişkin Hükümler	266
C. Kontrol Eden Ortak Zimmetine Özgü Soruşturma ve Kovuşturma Hükümleri	269
D. İnfaza İlişkin Özel Hüküm.....	271
SONUÇ.....	273
KAYNAKÇA	280

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
Anayasa	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BankK.	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Denetleme ve Düzeleme Kurumu
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
Fon	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
Fon Kurulu	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
K.	: Karar numarası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Kurum	: Bankacılık Denetleme ve Düzeleme Kurumu
Kurul	: Bankacılık Denetleme ve Düzeleme Kurulu
m.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Bankalar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	:Yıl

GİRİŞ

Bankalar ortaya çıktıkları antik çağlardan beri ekonomik yaşamın önde gelen kurumları arasında yerlerini almıştır. Bu kurumların iyi yönetilememesi sonucu sistemde ortaya çıkan aksaklıklar ekonomik düzeni de etkilemektedir. Yani sağlıklı bir ekonomik sistemin kurulması sağlıklı bir bankacılık sisteminin var olmasına bağlıdır. Bankacılık sistemi konun koyucu tarafından düzenlenmiş hükümlerle kurulur ve devamlılığı sağlanır. Bankaların ilk olarak ortaya çıktıkları milattan önceki dönemlerde de bölgeden bölgeye farklılık göstermekle birlikte bankacılık sistemi ilk başta yazılı olmayan kurallarla düzenlenmişken yazının icadı ve bankacılık işlemlerinin daha çetrefilli hale dönüşmesi üzerine yazılı kaynaklar oluşturulmuş ve bu kurallara uyulması sağlanmıştır.¹

Bankacılık düzeninin temelinde bankacılık faaliyeti ile uğraşanlara duyulan güven gelmektedir. Bu güvenin tesis edilmesi bankacılık sisteminin etkin şekilde varlığını sürdürmesi bakımından önemlidir. Çünkü bankacılık sistemine güven bir anlamda ekonomiye olan güvendir. Toplumu oluşturan insanların ekonomiye güveni sağlarsa ekonomik hayat gelişir ve toplumsal refah sağlanır. Bu bakımdan devletlerin bankalara duyulan güvenin korunması üzerinde eğilmesi gerekir. Bu güven daha devletler ortaya çıkmadan önce bankacılıkla uğraşan kişilerce sağlanmaya çalışılmıştır. Bankacılık faaliyetlerinin en ilkel hallerinin görüldüğü topluluklarda o zamanki para yerine geçen çeşitli madenler ve lüks eşyalar dini mabetlerde din adamları tarafından saklanmışlardır.² Bu kişiler duyulan güven din adamı olmalarından dolayıdır. Daha sonraki dönemlerde ticaretin gelişmesi bankacılık faaliyetlerini etkilese de bankacılıkla uğraşanların sahip olması gereken güven aynı kalmıştır. Sadece güven artık bankacılıkla uğraşan kişilerin dini kimliklerinden dolayı değil, devletlerin ortaya koyduğu kurallardan veya bankacılıkla uğraşan kişilerin itibarlarından kaynaklanmaktadır.

¹ Bankacılık hukuku hakkında ilk düzenlemeler milattan önce 2000 yıllarında rastlamaktayız. Örneğin Eshunanca Krallığı ilk bankacılık yasalarını düzenlemiş, faiz oranını %20 olarak hükme bağlamıştır. Hammurabi Kanunları'nda da faiz ve borçlar ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Filiz Yetiz, "Bankacılığın Doğuşu ve Türk Bankacılık Sistemi", **Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 9(2), 2016, s.109.

² Yetiz, **a.g.e.**, s.107-108.

Ülkemizde bankalara duyulan güven Cumhuriyetin ilk yıllarında yürürlüğe giren Mevduatı Koruma Kanunu'ndan beri sağlanmaya çalışılmaktadır. Cumhuriyet tarihinde bankacılık ile ilgili ilk düzenleme 1933 yılında yayımlanan Mevduatı Koruma Kanunu'dur. Daha sonra yürürlüğe girmiş 2199, 7129, 3182, 4389 ve 5411 sayılı Kanunlarda da bankalara güvenin sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapılmış ve bu güveni ihlal eden hakkında ceza hükümleri düzenlenmiştir. Yukarıda sayılan kanunlardan başka bankacılık hakkında birçok kanun hükmünde kararname de kabul edilmiştir. Bankacılık düzeninin normal kanun yapma aşamalarından geçmemiş olması ve KHK'larla düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir. Kanaatimizce de bu denli önem arz eden bir konuda düzenleme yapılırken etraflıca düşünülmeli ve metin uzman kişiler tarafından ele alınmalıdır. Bu şekilde yanlış anlaşılımları önüne geçilmesi mümkündür.

Bankalara güven duyulması hukuk düzeni tarafından amaçlanmıştır. Buna bankacılık kanunlarının amacını belirten maddelere bakarak ulaşmaktayız. Örnek vermek gerekirse 4389 sayılı Bankalar Kanununun amacı olarak *“tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak, mali piyasalarda güven ve istikrarı ve ekonomik kalkınmanın gereklerini de dikkate alarak kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere bankaların kuruluş, yönetim, çalışma, devir, birleşme, tasfiye ve denetlenmelerine ilişkin esasları düzenlemek.”* kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin bir benzerini yürürlükte bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da görmekteyiz. Söz konusu düzenlemeye göre kanunun amacı *“finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemek”* şeklinde düzenlenmiştir. Kanunlarda amaçlanan bu güveni ihlal eden davranışlar bankacılık düzenini ihlal sayılmış ve cezalandırılmıştır. Yürürlükteki 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda 150 ile 160. maddeleri arasında bazı suçlara yer verilmiştir. Bu suçlar arasında çalışmamızın kapsamını oluşturan ve 160. maddede düzenlenen zimmet suçları da yer almaktadır.

160. maddede düzenlenmiş suçlar esas itibariyle ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde birbiri ile bağımsız iki suçun aynı maddede düzenlenmesi eleştirilmektedir. Bu suçlardan ilki TCK'daki zimmet suçundan türeyen ve

çalışmamız kapsamında bankacılık zimmeti olarak tanımladığımız suçtur. Uygulamada bankacılık faaliyetleri gerçekleştirilirken çokça işlenen bu suçun asıl amacı bankalara karşı duyulan güveni sağlamaktır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olan ve çalışmamız kapsamında hakim ortak zimmeti veya kontrol eden ortak zimmeti olarak betimleyeceğimiz doktrinde varsayımsal zimmet olarak da anılan bu suç aslında ülkemizde 2001 krizinden gündeme gelen bankaların içinin boşaltılması eylemlerine karşı çıkartılmış bir tepki düzenlemesidir. Suçun kanuni düzenlemesine bakıldığında, aslında bankanın kötü yönetimi ya da banka kaynaklarının istismarı olarak düzenlenmesi daha doğru olacak olan bu suç, düzenlemede “zimmet sayılır” denilerek zimmet suçları içerisine dahil edilmiştir. Kontrol eden ortak zimmeti suçunda, aslında suç teşkil etmeyecek eylemlerin bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi durumunda suç sayılmaktadır. Bankanın Fona devredilmesinin ekonomide oluşturduğu olumsuz etkileri nedeniyle, buna neden olan failler cezalandırılarak bir nebze de olsa yapılan hukuksuzluğun bu eylemleri yapanın yanına kâr kalmaması için bu suç ihdas edilmiştir.

Bankacılık zimmeti suçları çalışmamız kapsamında 3 bölümde incelenmiştir. Çalışmamızın ilk bölümünde bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçu bakımından önem arz eden ve bu suçların incelenmesinde yardımcı olacak kavramların açıklamaları yapılacaktır. Yine birinci bölümde bankacılık zimmeti suçunun fail unsuru bakımından önemli olan banka yönetim organlarının neler olduğu kimler tarafından oluşturulduğu, yetki ve sorumlukları açıklanmaya çalışılacaktır. Bankacılık zimmeti suçunun tarihi gelişimi ve zaman içinde uygulama alanında olan değişiklikler yine bu bölümde incelenecektir. Bankacılık zimmeti suçunun birçok bankacılık kanununda düzenlenmiş olması ve kamu kuruluşu niteliğindeki bankaların da bulunması, faile hangi maddenin uygulanacağı konusunda uygulamada bazı hataların yapılmasına sebep olabilmektedir. Bu durum birinci bölümün son kısmında detaylıca incelenip açıklanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde bankacılık zimmeti suçu ile korunan hukuki değere ilişkin tartışmalara yer verilerek suçun unsurları olan maddi unsur manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru teker teker ele alınıp doktrindeki tartışmalar ve

konu ile ilgili Yargıtay kararlarından bahsedilecektir. Bankacılık zimmeti suçunun maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hali ve son fıkrasında düzenlenen daha hafif cezayı gerektiren hal hakkında açıklamalar yapıp TCK’da düzenlenen zimmet suçundan farklılıklar ortaya koyulacaktır. Bundan başka suçun özel görünüş biçimlerinden olan teşebbüs iştirak ve içtimaya ilişkin özellik arz eden durumlar yine ikinci bölümde incelenecektir. Son olarak bankacılık zimmeti suçunun ekseriyetle kredi kullandırma yoluyla işlenmesi kredi açma sözleşmeleri hakkında genel bilgi vererek bankacılık zimmeti suçunun kredi açılmak suretiyle nasıl işlendiğinin ortaya konulması zarureti doğurmuştur.

Çalışmanın üçüncü bölümü kendi içinde üç kısma ayrılmıştır. Birinci kısımda kontrol eden ortak zimmetine dair unsurlar ikinci bölümde olduğu gibi açıklanacaktır. Bu suç bakımından önem arz eden ve kanun tarafından aranan bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartının hukuki niteliği açıklanmaya çalışılacaktır. Bu şekilde failin kusurundan bağımsız, belirli mercilerin kararlarına bağlı olan bu şartın hukuki bir anlama kavuşması, suçun tamamlanma anı, şartın gerçekleşmemesi halinde verilecek hüküm, zamanaşımının hesaplanması ve benzeri sorunların çözümü bakımından önemli olacaktır. Üçüncü bölümün ikinci kısmında Bankacılık Kanunu’nda her iki suç bakımından da geçerliliği olan etkin pişmanlıkla ilgili açıklamalara yer verilerek doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları incelenecektir. Üçüncü kısımda ise tüm bankacılık suçları bakımından önem arz eden muhakemeye ilişkin hükümlerden bahsedilecek ve zimmet suçları için özel olarak düzenlenmiş maddeler detaylandırılacaktır. Bu bölümün sonunda ise kontrol eden ortak zimmeti için uygulanan infaz hükmünün düzenlenme amacından ve uygulanması için yapılması gerekenler işlenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKACILIK HUKUKU VE BANKACILIK SUÇLARI

HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. BANKA KAVRAMI

A. Bankanın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Bankacılık suçlarının anonim şirket şeklinde kurulan bankalar ile ilişkili olması ve banka kurumunun faaliyetleri çerçevesinde cereyan etmesi bu kurumun anlamlandırılmasını önemli kılmaktadır. Kişiler arası ticaretin ortaya çıkmasıyla günümüzdeki bankanın, en basit ve antik şekilleri ortaya çıkmıştır. Günümüze kadar da banka şeklindeki yapılar değişik isimler altında, değişik faaliyetler yürütmüşlerdir. Bu faaliyetler ilk başlarda sadece halktan para toplama şeklinde olmuşsa da daha sonraları kredi vermeye, para havalesine yabancı para alıp satmaya benzer faaliyetler de yürütülmüştür. Bankaların yüzyıllardır süre gelen değişimi bankaların tanımının yapılmasını da zorlaştırmaktadır. Günümüzde de yapılacak bir tanım aslında yarının banka faaliyetleri ve değişen mevzuatı da düşünüldüğünde tam anlamıyla banka kavramını açıklayamayacaktır.³ Ancak yine de bankanın tanımının yapılması, çalışmamız çerçevesinde ele aldığımız suçların hangi kuruluşlarda, kimler tarafından, hangi faaliyetler çerçevesinde işlenebileceğinin belirlenmesi açısından gerekmektedir.

Bankanın tanımının yapılması sürecinde kanun metinleri, doktrindeki görüşler ve mukayeseli hukuktaki açıklamalar hep birlikte değerlendirilirse tanım bakımından doğru sonuca ulaşılabilir.

Banka terimi İtalyanca *banco* teriminden gelmektedir. Bankacılık faaliyetlerinin ilk örnekleri İtalya’da ve banco adı verilen bir masa etrafında görüldüğü için bu terim yıllar boyunca hep modern anlamda bankayı da tanımlamak

³ Banka hakkında yapılan tanımlarda bankanın bir veya birkaç özelliği ön plana çıkarılarak tanım yapılmaktadır. Bankaların tüm özelliğini kapsayan bir tanım yapılması zordur. Selman Dursun, **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.117.

için kullanılmıştır.⁴ Modern bir tanıma göre banka “Faizle para alıp veren, kredi, iskonto, kambiyo işlemleri yapan, kasalarında para, değerli belge, eşya saklayan ve ticaret, sanayi, ekonomi alanlarında çeşitli etkinliklerde bulunan kuruluş.”⁵ olarak tanımlanmıştır. Bu genel tanım bankacılık faaliyetlerine dayanılarak yapılmış bir tanımdır. Ancak bankacılık faaliyetleri bu kadar az sayıda olmadığı için ve aşağıda anlatılacağı üzere katılım ile yatırım ve kalkınma bankaları türünü içine almadığı için eksik bir tanım olarak görülmektedir.

Bankanın tanımı Türk Ticaret Kanunun m.815’de “bankanın tanımı” başlığı altında yapılmış ve “Bu kısımda geçen “banka”dan amaç, Bankacılık Kanununa tabi olan kuruluşlardır.” şeklinde belirtilmiştir. Bu bir tanım sayılmaz.⁶ TTK hükmü yeterli değildir. Adı banka ancak Bankacılık Kanunu’na tabi olmayan kuruluşlar da vardır. Örnek vermek gerekirse Merkez Bankası bir banka olmakla birlikte kendi kanununa tabidir. Yine Bankacılık Kanunu’na tabi olup da bankacılık kanununa göre banka sayılmayan faktöring şirketleri, finansal kiralama şirketleri de vardır. TTK’daki bu hüküm “Bankacılık Kanunu’na göre banka kabul edilen kuruluşlar bankadır.” şeklinde anlaşılması gerekir. Sonuç olarak TTK da, bankanın tanımı konusunda, Bankacılık Kanunu’na gönderme yapmıştır diyebiliriz.

Bankacılık mevzuatı tarihinde banka tanımına, 4389 sayılı Bankalar Kanunu’ndan önce yer verilmemişti.⁷ Bu kanundan sonra yapılan tanımların da içinin doldurulması gerekmektedir. Kanun koyucunun bankayı tanımlama konusunda isteksiz davranması tanımlama konusunda güçlüğü farkında oluşu ya da kasten tanımlama yapmayıp⁸ bu çabayı doktrine bırakmış olabileceği sonucunu akla getirmektedir. Özellikle ceza hukukuna dair hükümlerde genellikle lafzi yorum yapıldığı için bankanın tanımı verilip kavram sınırlandırılmak istenmemiştir. Diğer

⁴ Uğur Yiğit, **Bankacılık Suçları**, 1.Baskı, İstanbul, Has Matbaa,2006,s.115; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.117.

⁵ <http://www.sozluk.gov.tr/> (15.02.2019).

⁶ Ömrü Yılmaz, Hakan Öncel, Ümit Şahin, **Banka Zimmeti**, Ankara, Adalet Yayınları, 2018, s.3.

⁷ 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nda yapılan tanımda “Banka; Türkiye’de kurulan bankalar ile yabancı bankaların Türkiye’de açılan şubelerini ifade etmektedir.” şeklinde bilinmeyen bir kavram yine bilinmeyen aynı kavramla açıklanmaya çalışıldığı için tarafımızca tanım olarak sayılmamıştır.

⁸ Evren Koç, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Bankacılık İşlemlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,2003,s.5-6.

Ülkelerin kanunlarında da benzer şekilde tam bir tanım gayreti içerisinde olmak yerine kabul edilen bankacılık faaliyetleri sayılmış ve bu faaliyetleri yürütenler banka olarak tanımlanmışlardır.⁹

4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda¹⁰ banka: “*Bu Kanuna göre banka adı altında Türkiye’de kurulan kuruluşlar ile yurtdışında kurulu bankaların Türkiye’deki şubelerini, ifade etmektedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre banka terimi bir muta olarak kanunda yer almıştır diyebiliriz.¹¹ çünkü herhangi bir tanım verilmemiş sadece Bankalar Kanunu’na göre kurulmuş ve adında banka olan kuruluşlar banka sayılmıştır. Bu tanımdan sonra kanunun geçerli olduğu dönemde kanunun lafzında banka geçen yerde, örneğin dar anlamda bankacılık suçlarında, kanuna göre kurulup da adında banka geçen tüm kuruluşlar anlaşılmaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda da önceki kanuna benzer nitelikte ancak daha ayrıntılı bir tanım yapılmıştır. şöyle ki: “*banka mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade etmektedir.*”¹² şeklinde yapılmaya çalışılan tanım aslında bir belirtme görevi görmektedir. Banka deyiminden neler anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Banka kavramı bu nedenle bir çatı olarak addedilmiş; mevduat, katılım, kalkınma ve yatırım bankaları bu çatı altında yer almıştır.¹³ Bankacılık Kanunu mevduat, katılım, kalkınma ve yatırım bankalarının tanımına da yer vermiştir.

“Mevduat bankası: “*Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,*”

Katılım bankası: “*Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,*”

⁹ Reşat D. Tesal, **Banka Hukuku**, İstanbul, Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 1980, s.10-11.

¹⁰ 4389 sayılı Kanun m.2.

¹¹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.120. Bu hüküm bankanın tarifini yapmaktan ziyade neyin banka sayılıp banka statüsüne tabi olacağını ifade eder. Bkz. Koç, **a.g.e.**, s.3.

¹² 5411 sayılı Kanun m.3.

¹³ Burak Başel, **Bankacılık Sırrının Açıklanması Suçu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.13.

Kalkınma ve yatırım bankası: *“Bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini, ifade etmektedir.”¹⁴*

Üç tanımdan da anlaşılacağı üzere bankaların asli faaliyetleri yıllar boyunca hep var olan, fon veya mevduat adında para toplama ve kredi kullandırma olmuştur. Yine her tanımda faaliyet gösteren terimi kullanılmıştır. Yani kanunun tanımlar kısmına göre bir kuruluşun banka olarak adlandırılması için faaliyet izni almış olması gerekmektedir diyebiliriz.¹⁵ Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 10. maddesinde *“bu kanunun 6. maddesi çerçevesinde kuruluş veya Türkiye’de şube açma izni alan **bankanın** kuruldandan ayrıca faaliyet izni alması şarttır.”* hükmü yer almaktadır. Yani henüz faaliyete geçmemiş ancak kuruluş iznini almış olan kuruluş banka olarak sayılmıştır.¹⁶ Bu bakımdan iki hüküm çatışmakta ve uygulayıcıları farklı anlam çıkarmaya itebilmektedir. Esasen izinsiz faaliyette bulunma suçu bakımından bu ayırım bankanın ne zaman ortaya çıktığı yani suçun oluşup oluşmaması bakımından önemlidir. Kanaatimizce kuruluş izni alındıktan sonra tasfiye edilip sona erdirilinceye kadar devam eden kuruluş bankadır.

Bu açıklamalardan sonra banka kavramı geçen yerlerde, mevduat bankası, katılım bankası ve yatırım ve kalkınma bankasının kastedildiği yönünde şüphe yoktur. Ancak hala bir tanım yapıldığını söyleyememekteyiz. Yukarıda geçtiği üzere bazı faaliyetlerin yapılması yoluyla bankalar tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu faaliyetlerin yapılması, o kurumu tek başına banka olarak nitelemeye yetmeyecektir. Bu kurumlar ayrıca BankK. m.6’daki şartları sağlayarak kurulmuş olması gerekir.

Mevzuatta banka kavramı yeterince açık tanımlanamadığı için, doktrinde bazı yazarlarca banka kavramının tanımı yapılmaya çalışılmış ve yapılan bu tanımlar yazarların inceledikleri bilimin kapsamında kalmıştır. Banka kavramı, çalışmamızda olduğu gibi hukuk öğretisi ve ekonominin vazgeçilmez ögesi olması hasebiyle iktisat

¹⁴ 5411 sayılı Kanun m.3.

¹⁵ Asuman Aytekin İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda Yer Alan Suçlar**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, s.45.

¹⁶ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.120-121.

öğretisi bağlamında tanımlanmaya çalışılmıştır.¹⁷ İktisat öğretisi bağlamında, bankalar, kredi verme işlemi ön plana çıkartılarak “kredi işlemi yapan kuruluşlar” olarak tanımlanmaktadırlar.¹⁸ Bir diğer iktisadi öğretiye uygun tanım: “kişi ve kuruluşlardaki fon fazlalarını gereksinme duyan kişi ve kuruluşlara aktararak kaynaklara akıcılık sağlayan, kısa süreli küçük fonları uzun süreli fonlar haline getirerek yatırımların finansmanına olanak sağlayan, para politikasının etkinliğini arttıran ve kaydi para yaratan kuruluşlardır.”¹⁹ şeklindedir.

Hukuk öğretisi temel alınarak banka kavramının tanımlanması çabaları her yazar bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Tanımlar yapılırken kanunda bankacılık faaliyeti bağlamında sayılan işlemlerin belirtilmesi yolu tercih edilebilmektedir. Bunu yaparken de banka kavramının, mevzuatta belirtildiği üzere 4 farklı banka tipini içinde barındırmasından dolayı hepsinin yaptığı ortak işlemler sayılmak yoluyla tanım oluşturulmasına dikkat edilmelidir.²⁰

Tesal’a göre “bankalar başlıca çalışma araçları para ve para ölçüsü sayılan veya onun yerine geçen kıymetler olup bunların emisyonu sürümü biriktirilmesi değiştirilmesi ve kredi olarak tahsisi gibi fonksiyonlar gören ve çağımızın hızlı gelişimi içinde bu klasik görev sınırlarını aşarak yeni ve çok yaygın sosyo-ekonomik, mali, teknik, idari, hatta politik alanlara da yönelmeye başlayan kuruluşlardır.”²¹

Yüksel’e göre “halkın ve işletmelerin tasarruflarını mevduat olarak toplayan, böylece oluşturdıkları büyük sermayeleri başkalarına ödünç vererek kredi ve benzeri işlemleri ve başkaca finansal hizmetleri ticari bir iş ve sanat olarak yapmaya yasa ile yetkili kılınmış kuruluşlar”²²

¹⁷ Mahmut T. Birsal, “Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması”, **Batider**, C.2, S.4 1964,s.627.

¹⁸ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.118.

¹⁹ Yaşar Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt I ve II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.51.

²⁰ Tesal, **Banka Hukuku**, s.11.

²¹ Tesal, **Banka Hukuku**, s.12.

²² Ali Sait Yüksel, **Bankacılık Hukuku ve İşletmesi**, 6. bs., İstanbul, Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 1989, s. 1-2.

Alıcı'ya göre “ hukuki açıdan mevduat kabulü ve diğer bankacılık işlemleri ile iştigal eden, kuruluşu, yönetimi, denetimi ve faaliyetleri kanunla belirlenen bir ticari işletmedir.”²³

Koç'a göre “banka bir anonim şirket olarak ve kendi tabi olduğu özel kanunu gereğince gerekli özellikleri haiz ve bankacılık yapmak üzere kurulmuş ortaklıktır.”²⁴

Kaplan'a göre “müşterilerinin tasarruf mevduatı olarak biriktirdikleri paraları toplayan (pasif bankacılık işlemleri), bunları faiz karşılığında diğer müşterilerine kredi ve ödünç olarak veren (aktif bankacılık işlemleri) Bankacılık Kanunu'na tabi ticari ve mali kuruluşlardır.”²⁵

Mahmutoğlu'na göre “hukuksal olarak bir işletmenin banka olarak kabulü için Bankalar Kanununa veya diğer bir özel kanuna göre kurulmuş ve mevduat toplama, bankacılık işlemleri yapma müsaadesini almış olması veya kendisine bu yetkinin kanunla verilmiş olması gerekmektedir.”²⁶

Tekinalp'e göre “çatı kavram olarak banka sahibi, faaliyet konuları kuruluşu faaliyete geçmesi yönetimi, iç denetim sistemi, finansal raporlaması öz kaynakları, sermaye yeterlik oranları ve denetimi özel kanununda öngörülmüş bulundan kamu hukuku nitelikli düzen kurallarıyla düzenlenmiş işletmenin kanuni adıdır.”²⁷

Gürses'e göre “Banka, ekonomik piyasalardan çeşitli yasal yollarla para toplayıp sermaye birikimine yardımcı olan ve aynı zamanda bu parayı farklı finansal yollarla ekonomik hayata dâhil eden, böylece sermaye hareketliliğine aracılık ederek atıl kalma riski bulunan sermayenin ülke ekonomisinde yer almasını sağlayan, temel olarak bu para hareketlerinin toplanması ve dağıtımı arasında oluşan farktan kar elde etme amacı güden, kuruluş ve faaliyetleri devletçe belirli şartlara ve sıkı mali

²³ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.51.

²⁴ Koç, **a.g.e.**, s.22.

²⁵ İbrahim Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, C.I, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996, s.3.

²⁶ Fatih Selami Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2003, s.72.

²⁷ Ünal Tekinalp, **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, 2.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.9.

*denetime tabi kılınmış ve ülkemizde sadece anonim şirket statüsünde kurulabilen, tüzel kişiliği haiz ticari kuruluştur.”*²⁸

Banka kavramının tanımında bir de karşılaştırmalı hukuk bağlamında bakmak gerekmektedir. Diğer ülke kanunlarında bazen tam bir tanıma yer verilirken bazen de tam bir tanıma rastlamamaktayız. Bunun nedeni yukarıda açıklandığı üzere bizim kanunlarımızda da tanımın yapılmama sebebiyle benzerlik arz edebilir. 1961 tarihli Alman Kredi Kurumları Kanunu’nda banka tanımına açık şekilde yer verilerek, *“bankaları iş hacmi ticari biçimde düzenlenmiş bir işletmeyi gerekli kılacak kapsamda banka işlemleri yapan işletmeler olarak tanımlanmaktadır.”*²⁹ Fransa’da 13/VI/1941 tarihli 2532 sayılı Bankacılık Mesleğinin Tanzim ve Teşkilatlandırılmasına Dair Kanunda banka: *“halktan mevduat veya başka suretlerle topladığı paraları kendi nam ve hesabına kredi, iskonto veya sair mali muamelelerde kullanmayı mutad meslek ittihaz etmiş bulunan bir ticari işletmedir.”*³⁰ Bunlara karşılık İsviçre Bankacılık Kanunu’nda da bankanın tanımına yer verilmemiştir.³¹

Yukarıda zikredilen tüm tanımlar bir yerde banka kavramının ne olduğunu insan zihninde canlandırma bakımından faydalıdır. Yapılan tanımlarda banka kavramı özellikleri ve faaliyetleri sayılarak ne kadar somutlaştırılırsa, gelişen bankacılık sistemini yakalamaktan o derece de uzaklaşmaktadırlar. Çünkü bugün bankacılık faaliyeti olarak görünen bir işlem yarın Bankacılık Kanunu değiştiğinde zikredilmeyecek ya da yeni işlemler eklenecektir. Keza 5411 sayılı Kanun’un 4. maddesinin “v” bendi³² buna örnek teşkil etmektedir. Yapılmış veya yapılacak tüm tanımlar yapıldığı güne göre doğrudur. Ancak her zaman kapsayıcı olmayacaktır.

Yukarıda sayılan ilkelere uygun olarak bir tanım yapma çabasına girersek çalışma konumuz açısından bankayı şu şekilde tanımlayabiliriz: “Bankalar, kuruluş idare ve tasfiyesini Bankacılık Kanunu’ndaki hükümlerden alan, kanunda sayılı ve

²⁸ Davut Gürses, **Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018,s.4.

²⁹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s. 71.

³⁰ Birsal, **Banka Kavramı**, s.627.

³¹ Ancak diğer hükümlerden hareketle öğretide bir tanım oluşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s. 71.

³² BankK. m.4: Bankalar, diğer kanunlarda öngörülen hükümler saklı kalmak kaydıyla aşağıda belirtilen faaliyetleri gerçekleştirebilirler:....
....v) Kurulca belirlenecek diğer faaliyetler.

Kurumca belirlenen faaliyet izinleri çerçevesinde işlemlerini yürüten başlıca çalışma alanı para ve parasal değerli eşyalar olan, mevduat, katılım ile yatırım ve kalkınma gibi türleri olan anonim şirket şeklindeki işletmelerdir.”

Yapılan tanımlardan çıkarılan sonuç; bankaların özel ve kamu hukuku yönleri olduğudur.³³ Bankaların kuruluşu, idaresi, tasfiyesi ve Bankacılık Kanunu’ndaki cezai hükümler açısından banka hukukunun kamu yönü ağır basmaktadır. Bankacılık faaliyetleri işlemlerini yürütme ve bankaların anonim şirket olarak kurulması bağlamında ise banka hukukunun özel hukuk yönü ağır basmaktadır. Bu yüzden bankanın hukuki niteliğini ortaya koyarken başta BankK. olmak üzere TTK, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ile banka ve bankacılık terimleri içeren kanunların hepsini ele almak gerekmektedir. Bankanın, bilindiği üzere, kanun gereği anonim şirket olarak kurulması zorunludur. Bu durum anonim şirketlerin özelliklerinin düzenlendiği TTK’nın 329 ila 563 maddelerini işaret etmektedir. Bu maddeler ile BankK. maddeleri çatıştığında özel kanun niteliğindeki BankK maddeleri uygulanır. Banka tüzel kişisi işletmeyi işleten bir kişi olup tacir sıfatını haizdir.³⁴ Dolayısıyla TTK’nın 18. maddesi banka tüzel kişiliği için de uygulanır.

B. Bir Güven Kurumu Olarak Bankaların Tarihsel Gelişimi

Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçları, dar anlamda bankacılık suçlarının sınıflandırılması sonucu güven ve mülkiyete karşı suçlar çatısı altında kendine yer bulmuştur. Bu sınıflandırma korunan hukuki değer esas alınarak yapılmaktadır. Bu sonuca ulaşmada bankaların bir güven kurumu olmasının etkileri büyüktür. Güven “*korku, çekinme ve kuşku duymadan inanma ve bağlanma duygusu, itimat*” olarak tanımlanmaktadır³⁵. Güven duygusu belli bir zaman süresi içinde muhatabın davranışları analiz edilerek insanın bünyesinde duyduğu ve insandan insana da farklılık gösterebilecek bir histir. Kanunlarımız hukuki ilişkilerde, bazı konularda kişide oluşan ya da oluşması istenen güven duygusunu korumaktadır. Bu güven duygusunun, güven ilkesinin Medeni Kanun’da düzenlenen dürüstlük kuralına

³³ Ömer Gören, **Mali Suçlar Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.147; Tesal, **Banka Hukuku**, s.13.

³⁴ Koç, **a.g.e.**, s.22.

³⁵ <http://www.sozluk.gov.tr/> (15.02.2019).

dayandığından dolayı korumaktadır.³⁶ Güven ilkesi soyut bir kavramdır. Tarafların birbirleriyle olan ilişkileri çerçevesinde somutlaştırılmaya muhtaçtır. Bu bakımdan kişi üzerinde oluşan güven duygusu öznelidir.

İnsanın cismani varlığından sonra önem verdiği şeylerin başında maddi varlıkları gelmektedir. Anayasa'nın 35, 48 ve 167 maddeleri kişilerin maddi malvarlıklarını korumayı amaç edinmiştir. Özellikle Anayasa'nın 167. maddesi³⁷ Bankacılık Kanunu'nun oluşturulmasına gerekçe niteliğindedir. Madde metninde geçen sağlıklı çalışması için önlemlerin alınması gerekliliği bankaların bir güven kurumu olarak anılmasının ilk göstergesi olmuştur³⁸. Bu maddeye uygun olarak çıkartılan bankacılık ile ilgili kanunlar, bankalara duyulan güvenin sağlanmasını amaç edinmişlerdir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.1 amaç olarak: *“finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemeyi”* kabul etmiştir.³⁹ Çatı amaç, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasıdır. Diğer amaçlar çatı amacın sağlanması için buna uygun yapılacak düzenlemeler ile sağlanabilir. Güvenin sağlanamadığı durumda ne tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatleri ne de kredi sisteminin etkin çalışabilmesi sağlanabilir.

Mülga kanunlarda da benzer amaçlar yer almaktadır.⁴⁰ Maddede ifade edildiği üzere kanunun öncelikli amacı güveni sağlamaktır. İstikrar, güvenin bir tezahürü olarak sonradan ortaya çıkar. Buradaki güven, finansal piyasaların etkin,

³⁶ Yargıtay Medeni Kanun m.2 deki dürüstlük kuralını doğrudan doğruya güven ilkesi olarak tanımlamaktadır. Doktrinde bazı aksi görüşler bulunmaktadır. Ahmet Battal, **Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s.13-14.

³⁷ **Madde 167** – Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

³⁸ Gören, **a.g.e.**, s.144.

³⁹ Buna göre amaçlar 1- finansal piyasada güven ve istikrarın sağlanması 2- tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması 3- kredi sisteminin etkin şekilde çalışmasının sağlanmasıdır. Diğer amaçlar bakımından ayrıntılı bilgi için Bkz. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.36-37.

⁴⁰ Aslen Bankalar Kanunu'nun amacına ilk olarak mülga 70 sayılı KHK'nın gerekçesinde rastlamaktayız. Yine bundan önceki kanun olan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda da güven, kanunun amacı olarak sayılmıştır. Seza Reisoğlu, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2015,s.223; Ahmet Battal, **Bankalar Kanunu Şerhi Sorularla Banka Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2004, s.1; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.35.

güvenli ve dürüst şekilde çalıştığına duyulan inançtır.⁴¹ Finansal piyasaların baş aktörü olarak bankaların yer aldığı düşünüldüğünde, bankaların güven duyulan kurumlar olarak kabul edilmesi için gerekli tedbirlerin alınacağı çıkarımını yapabiliriz. Bankalara güveni sağlamak için alınması gereken önlemlerden bazıları; banka ortağı veya yönetim kurulu üyesi olan kişiler etkin denetim altına tutulmalı ve böylelikle banka kaynaklarını şahsi amaçlarla kullanıp banka ekonomisini riske sokması engellenmelidir. Sonuç olarak caydırıcı ve zamanında uygulanan yaptırımlar bu denetimlerin etkin olmasını sağlar.⁴² Böylece bankalara duyulan güven artarak finansal piyasalardaki istikrar sağlanır.

Kanunun amaç maddesi doktrin ve uygulayıcılar bakımından önem arz edecektir. Çünkü yoruma muhtaç bir hüküm, kanunun amacı olan güven ilkesine göre yorumlanacaktır. Yargıtay bir kararında⁴³ bankaların işlemlerini yürütürken dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiğini, bunu kendisine duyulan güvenin tezahürü olarak kabul etmiştir. Kanun koyucu tarafından Bankacılık Kanunu'na yerleştirilmiş diğer birçok madde de hep bu amacı sağlamak için koyulmuştur. Özellikle kredi denetim ve cezaya ilişkin maddelerde bankalara olan güvenin sağlanması amaç edinilmiştir.

İlk çağlardan beri halkın para ve benzeri eşyalarını toplayıp ödünç verdikleri, bu verilen para ve eşyaların da ihtiyacı olan kişilere kullandırıldığı kurumlar olmuştur. Banka benzeri bu kurumlara zamanında insanların para ve mallarını emanet etmesi bu kurumlara duyulan güvenin bir tezahürüdür. Bu kurumların güvenilecek kurumlar olarak kabul edilmesindeki etmenlerden en eskisi dini kişiliklere ve kurumlara güvenilmesinden gelmektedir. Bankaların ilk örneği Babil tapınaklarıdır. Babil'de insanlar kullanma harici tuttıkları o dönemde para yerine geçen kıymetli eşyalarını, güvendikleri din adamlarının görev aldığı tapınaklara emanet ettikleri bilinmektedir.⁴⁴

Bankacılık sektörü bakımından din adamlarına güvenin diğer bir tezahürü de milattan önce 4.yy da Antik Yunan'da görülmüştür. Sümer şehir devletlerindeki

⁴¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.225.

⁴² Battal, **Bankalar Kanunu**, s.5-6.

⁴³ Yargıtay 19. H.D. 26.03.1996 tarih ve 6-2926 sayılı kararı.

⁴⁴ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.33; Yetiz, **a.g.e.**, s.108.

tapınaklarda rahip- bankacılar bankacılık işlemlerini muhasebeleştirerek yürütmekte ve aldıkları değerler karşılığında çek benzeri senetler vermekteydiler.⁴⁵ Bu dönemde tapınak bankacılığı çok yaygındı. Öyle ki tapınaklar kuruluş nedeni olan ibadet amacından daha fazla bankacılık işlemleriyle ilgilenir olmuşlardı.⁴⁶ Tapınaklar zaman zaman merkez bankaları gibi para basım işleriyle de uğraşmışlardır.⁴⁷ Daha sonraki dönemlerde de bankacılık çeşitli insan ve ailelere duyulan güven nedeniyle bankacı kişi ve aileler çerçevesinde gelişmiştir. Orta çağ Avrupa'sında ticaret gelişmekte ancak şehirlerin dışındaki alanlarda hırsızlık yağma gibi olaylar artmaktaydı. Tacirler bu olaylardan sakınmak için güven duydukları bankacılarla anlaşıp yanlarında para bulundurmamak için, yolculuğa çıkmadan önce Campsor adı verilen bankacıya parasını teslim edip karşılığında Cambiale adı verilen bono benzeri kağıt veriyordu. Tacir de diğer şehre gittiğinde Campsor ile anlaşmalı kişiden parasını alabiliyordu. Böylece tacir tehlikelerden korunuyor, Campsor ise maddi gelir elde ediyordu.⁴⁸ Bu işlemde çok taraflı güven ilişkisi göze çarpmaktadır.

Avrupa'da aydınlanma çağı sonrası bankacılığın gelişmesi ile modern anlamda ilk banka olan Amsterdam bankası 1609 tarihinde kurulmuştur. Bu banka kıtalararası ticaret sonucu elde edilen paraların değerlerinin saptanması ve para karmaşasına son verilmesi gerekliliği sonucu ortaya çıkmıştır.⁴⁹

Dönemin siyasi erkleri olan krallar, ekonomik sıkıntıya girdiklerinde bankalara veya banka gibi hizmet süren kuruluşların malvarlıklarına hukuksuz şekilde el koymuştur. Devlet başkanı ve buna bağlı olarak da bankalar bu dönemlerde güvenlerini yitirmişlerdir. Bu durum para dolaşımını olumsuz etkilemiş ve ekonomi bu güvensizlik halinden çok zarar görmüştür. Bu duruma örnek olarak İngiltere kralının 1640 yılında tacirlerin Londra kulesindeki birikimlerine el koyması örnek gösterilebilir. Bu olaydan sonra devlete ve devletin sağladığı banka benzeri

⁴⁵ Selim Tarlan, **Tarihte Bankacılık**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1986, s.7.

⁴⁶ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.33-34.

⁴⁷ Tarlan, **a.g.e.**, s.8.

⁴⁸ Battal, **Güven Kurumu**, s.21.

⁴⁹ Ferudun Kaya, **Bankacılık Giriş ve İlkeler**, İstanbul, Beta, 2017, s.44; Tarlan, **a.g.e.**, s.21; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.36.

kuruluşlara güven azalmıştır. Goldsmith adı verilen ve tacirlerin birikimlerini sağlayan tüccarlar bu kuruluşların yerini almışlardır.⁵⁰

Avrupa’da süren uzun savaşlar sonrası devletlerin ekonomik sıkıntı içine düşmesi devlet bankalarının kurulması ve bu bankalar aracılığı ile paranın dolaşmasını düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Bu durum da 1694 tarihinde merkez bankası niteliğinde ilk kuruluş olan İngiltere bankasının kurulmasına yol açmıştır.⁵¹

Osmanlı döneminde bankacılığın gelişmesi diğer Avrupa ülkelerine göre daha geriden seyretmektedir. Bunun en önemli sebebi⁵² İslam dininin faizi ve tefeciliği yasaklamasıdır. Diğer bir nedeni ise Türklerin askerlik ve devlet yönetimi ile ilgilendikleri sarraflık ve ticaret gibi alanları daha çok yabancılara bırakmalarındır.⁵³ Bankacılık faaliyetleri bu yüzden uzun bir süre azınlıklar tarafından yürütülmüştür. Bankacılık faaliyetlerinden olan mevduat toplama ve kredi sağlama işlemleri o dönemde galata bankerleri adı verilen bankerler tarafından yürütülmekteydi⁵⁴.

Tanzimat dönemiyle beraber ilk Osmanlı bankası olan İstanbul Bankası 1847 yılında kurulmuştur. Bu banka sadece dört sene devam edebilmiş ve sınırlı bir alanda faaliyet göstermiştir.⁵⁵

1856 yılında İngiliz sermayesi ile İngiltere’de kurulan Osmanlı bankası daha sonraları değişime uğramış başka ülke sermayelerini de kabul etmiş ve yeniden örgütlenerek devlet bankası niteliğini kazanmıştır.⁵⁶ Devletin hazinedarlığını yapmak gibi birçok önemli görev de edinen Osmanlı bankası bakıldığında yabancı sermayeli bir banka olmasına karşın kamu bankası rolünü de üstlenerek bir bakıma devletin sırlarına vakıf oluyordu.

⁵⁰ Sevim Binici, **XIX. Yüzyıldan XX. Yüzyıla İzmir’de Bankacılık Faaliyetleri**, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.3.

⁵¹ Kaya, **a.g.e.**, s.45; Tarlan, **a.g.e.**, s.26; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.36; Binici, **a.g.e.**, s.2-3.

⁵² Osmanlının bankacılık sektöründe ilerleyememelerinin diğer sebepleri; toplumda tasarruftan ziyade tüketim anlayışının hakim olması, yoksul olan halk tabakası, kadercî anlayışın kötü etkileri dolayısıyla girişimciliğin gelişmemiş olması, savaşlarda yaşanan başarısızlıklar ve yeni ganimetlerin ele geçirilememesi olarak sayılabilir Bkz. Tarlan, **a.g.e.**, s.79.

⁵³ Kaya, **a.g.e.**, s.45.

⁵⁴ Başel, **a.g.e.** s.7.

⁵⁵ Yetiz, **a.g.e.**, s.110; Tarlan, **a.g.e.**, s.62; Kaya, **a.g.e.**, s.46.

⁵⁶ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.39-40; Tarlan, **a.g.e.**, s.63; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.85; Kaya, **a.g.e.**, s.46. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Binici, **a.g.e.**, s.63-66.

1863 yılında adı banka olmayana ancak bankacılık faaliyetlerinden kredi kullandırma işlemini yürüten, çiftçilere uygun krediler veren, memleket sandıkları ortaya çıkmıştır. Bu sandıklar ilk olarak il bazında ortaya çıkmış ve zamanında amacına hizmet etmede çok başarılı olmuştur. Daha sonra bu sandıklar birleştirilerek tekleştirilmiştir. Daha sonra memleket sandıklarındaki değerlerin iyi yönetilmesi bakımından şüpheler oluşması ve devletin de tarım kredilerini denetimine almak istemesi sonucu bu sandıklar günümüzde hala hizmet veren Ziraat Bankası üzerinde birleştirilmiştir.⁵⁷ Görüldüğü üzere Osmanlı döneminde ve devamında Cumhuriyetin ilk yıllarında milli bankaların kurulması tümevarım yoluyla cereyan etmiştir. Yani tasarruf amacıyla ilk başta bölgesel sandıklar ve fonlar kurulmuş, daha sonra bunlar birleşerek bankayı oluşturmuştur.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde kuşkusuz sayılandan çok daha fazla sayıda banka faaliyet göstermiştir. Bu bankalardan kimisi bir süre faaliyet gösterip kapanmış; kimisi ise günümüzde de hala faaliyetlerini yürütmektedir. Çalışmamız bakımından güven ilkesi bağlamında tarihte önem arz eden bankalar yüzeysel incelenmekle yetinilmiştir.

İlk dönemlerde bankacılık alanında düzenleyici işlemlere pek rastlanmadığı için bankacılık faaliyetleriyle uğraşanlar hakimiyeti altında olduğu devlet ile imtiyazlı bir ilişki içinde olmuşlardır. İnsanlar bankalara, bankaların devletle olan imtiyaz ilişkileri vasıtasıyla böylece güven sağlanmıştır. 19. y.y.'dan sonraki dönemde ise bu güven ilkesi düzenleyici işlemlere girmeye başlamıştır. Yine güvenin kötüye kullanılmaması için cezalar ihdas edilmiştir.⁵⁸ Bu dönemde çıkartılan kanun olan 1852 tarihli Murabaha Nizamnamesi Türk Bankacılığı bakımından ilk önemli kanun metni olarak tarihe geçmiştir.⁵⁹ Bu metinde faiz oranlar düzenlenmiş ve faiz fırsatçılığının önüne geçmeyi amaçlamıştır. Böylelikle faiz yönünden bankalara güven sağlanmıştır.

⁵⁷ Erol Ortabağ, **Osmanlı İmparatorluğunda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon**, İstanbul, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2018, s.42-43 (çevrimiçi) https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7553/OSMANLI_IMPATORLUGUNDA_BANKACILIK.pdf (16.02.2019); Yetiz, **a.g.e.**, s.110; Başel, **a.g.e.** s.9; Tarlan, **a.g.e.**, s.71-74; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.85; Kaya, **a.g.e.**, s.47.

⁵⁸ Battal, **Güven Kurumu**, s.22,31.

⁵⁹ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.39; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.85.

Cumhuriyet döneminde çıkarılan ilk önemli kanun 1933 tarihli 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu'dur. Bankacılık düzeninin sağlanması ve bankalara olan güvenin sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Mevduatı Koruma Kanunu'nda Bankaların kuruluşu, sermayelerinin nasıl kullanabilecekleri, ihtiyat akçeleri, denetimleri ve faaliyetlerine ilişkin hükümler konulmuştur. Ayrıca Kanun hükümlerine aykırı davrananlar için ceza hükümleri de kanun metninde yer almaktadır. Yine kanun gerekçesi incelendiğinde, kanunun tasarrufları emin kılmak her türlü tehlikelerden ayrı tutmayı amaç edindiği görülecektir. Tasarruf sahiplerinin menfaatlerini koruyan hükümler mevduat sahiplerinin bankalara karşı güvenliğini sağlamayı amaç edinmiştir. Daha sonra düzenlenmiş olan 1936 tarih ve 2999 sayılı Bankalar Kanunu'nda, Mevduatı Koruma Kanunu'ndaki ilkeler aynen alınarak bankacılık sektörü daha detaylı şekilde düzenlenmiştir. 1958 yılında kabul edilen 7129 sayılı Kanun yabancı ülke kanunları da göz önüne alınarak hazırlanmış ve çağdaş birtakım hükümler getirmiştir.⁶⁰

70 sayılı KHK 1985 yılında kanunlaşmış ve 3182 sayılı Bankalar Kanunu olarak yürürlüğe girmiştir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kendine bu Kanunda yer bulmuştur. Mevduat sahiplerinin, birikimlerinin bir kısmı böylece Fon bünyesi altında sigortalanmıştır. Bu durum bankalara duyulan güvenin artmasına sebep olmuştur. Bankalar Kanunu'nda bundan sonra yapılan değişikliklerin birçoğu kanun hükmünde kararname ile yürütme organı tarafından çıkarılmış ve bunların da birçoğu Anayasa Mahkemesi'nce gerek yetki kanununa aykırı düzenleme yapılmış olması, gerekse Anayasa'ya aykırılıkların mevcut olması nedeniyle iptal edilmiştir. Bu dönemde yürütme organının, süreklilik arz eden bankalar kanununda değişiklik yapma isteği göze çarpmaktadır. Aslen bankacılık düzenine ilişkin böylesine önemli değişikliklerin, meclis tarafından kanunlaştırma aşamalarından geçerek bir uzlaşma içinde yapılması gerekir.

Anayasa mahkemesinin Bankacılık Kanunu'nda değişiklik öngören birçok KHK'yı iptal etmesi ve KHK ile bankacılık alanının düzenlenemeyeceğinin anlaşılması ile yeni bir Bankalar Kanunu tasarısı hazırlanarak meclise sunulmuştur. Bu kanun tasarısında dikkat çeken nokta, kanun metninde bir değişme olmamasına

⁶⁰ Reisoğlu, a.g.e., s.87.

rağmen maddelerin sayısı olarak azlığıdır. Öyle ki Kanun toplam 27 maddeden oluşmaktadır. Bunun sebebi kanun tasarısının kanunlaştırma süresini kısaltmaktır. Sonuç olarak modern kanun şekline uymayan 4389 sayılı Bankalar Kanunu 1999 yılında kabul edilmiştir.⁶¹

Halen yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, kanun ismi olarak diğer kanunlardan farklılık gösterir. Bankacılık sistemini düzenlediği için bu kanuna Bankacılık Kanunu adı verilmesi isabetli olmuştur. Bağımsız denetim, değerlendirme ve destek hizmet kuruluşları da bu Kanuna tabi tutulmuşlardır. Faktöring finansal kiralama ve finansman şirketleri esasen kendi kanunlarına tabi olmakla beraber, 5411 sayılı Kanun’la bu şirketlerin kuruluşu faaliyetleri ve denetlenmeleri konularında BDDK yetkili kılınmıştır.⁶²

Teknolojideki gelişim sonucu günümüzde bankaların bir günde yaptığı işlem sayısı düşünüldüğünde, bu işlemlerin denetlenebilirliğini arttırıcı yeni düzenlemelerin yapılması bankalara olan güvenin ve bankacılık sektörünün istikrarının sağlanması bakımından önemlidir.⁶³ Burada bilgi teknoloji destekli denetim sistemlerine büyük görev düşmektedir.⁶⁴ İleriki yıllardaki rekabet ortamında müşterilerin bir bankayı tercih etmelerinde, bankaya duyulan güven ilkesinin önemi artacak, gerek kullandığı teknoloji; gerekse BDDK tarafından mevzuata uygun olarak yapılan denetlemelerde güvensiz addedilen bankalar sistemde barınamayacaktır.

C. Bankaların Sınıflandırılması

1. Genel Olarak

Bankaların tanımı yapıldıktan sonra bankaların hangi ölçütlere göre birbirlerine benzedikleri ya da birbirlerinden ayrıldıkları noktaların anlaşılabilmesi için doktrinde bankaların belli özelliklerine göre tasnif edilmesi yolu benimsenmiştir.

⁶¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.94.

⁶² Reisoğlu, **a.g.e.**, s.94.

⁶³ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.38.

⁶⁴ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. İsmail Kaban, Mhriban Coşkun Arslan, “Bilgi Teknolojileri Destekli Denetim Uygulamaları Kapsamında Zimmet Hilelerinin Ortaya Çıkarılması; Bankacılık Sektöründe Bir Uygulama”, **Ege Akademik Bakış Dergisi**, Cilt 16, Sayı 3, 2016, s.416-424.

Zamanla tasnif kriterlerinde değişmeler olmuştur. Örneğin günümüzde kullanılmayan milli banka ve milli olmayan banka ayrımı aslında 7149 sayılı Bankalar Kanunu'na dayanmaktaydı.⁶⁵ Daha sonra kanunlarda milli- milli olmayan banka tanımı kalkıp da hepsi Türk Bankası olarak sayılınca bu şekilde bir ayrımın bir önemi kalmamıştır. Yine yerel banka, mahalli banka, ulusal banka ayrımının⁶⁶, artık bankaların tümünün ulusal çapta hizmet verdiği düşünöldüğünde bir önemi kalmamıştır. Belli ekonomik alanda faaliyet gösteren bankalar⁶⁷ Cumhuriyetin ilk yıllarında önem arz etmesine karşın, günümüzde bankaların belli bir konu gözetmeden faaliyette bulundukları gözetildiğinde bu ayrım da bir anlam ifade etmemektedir.

Bankaların sınıflandırılması konusunda da doktrinde birçok güçlölkle karşılaşılmaktadır. Bu zorluğun nedenleri; sınıflandırma kriterlerinin çokluğu ve karmaşıklığı ile bazı bankaların günümüzde birçok sınıflandırma kriteri özelliğini aynı anda taşımasıdır.⁶⁸ Çalışmamızda, günümüzde hala etkisi olan sınıflandırma kriterleri üzerinde durulmasının daha faydalı ve amaca hizmet eder olduğu düşünölmektedir.

Sınıflandırma ölçütlerinden en çok kullanılanlardan birkaçı; kuruluş kanunlarına göre bankalar, kuruldukları yere göre bankalar, kamusal yetkiye ve göreve sahip olup olmamalarına göre bankalar, ülke içinde faaliyet gösterdikleri yere göre bankalar, yürüttükleri bankacılık faaliyetleri açısından bankalar olarak incelenebilir.

2. Kuruluş Kanunlarına Göre Bankalar

Türkiye'de bankalar genel olarak Bankacılık Kanunu'na göre kurulmuş olsa da devletin sermayesi ile kurulmuş bazı köklü bankaların kuruluşu özel bir kanuna dayanabilir.⁶⁹ Örneğin Ziraat Bankası, Halk Bankası, Vakıflar Bankası, Kalkınma

⁶⁵ Birscl, **Banka Kavramı**, s.635.

⁶⁶ Kaplan, **a.g.e.**, s.9.

⁶⁷ Kaya, **a.g.e.**, s.77-79.

⁶⁸ Tesal, **Banka Hukuku**, s.13; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.121-122.

⁶⁹ “Kanunla kurulmuş veya kurulmasına izin verilmiş bankaların büyük çoğunluğu iktisadi devlet teşekkülü niteliğindedir. İktisadi devlet teşekkülleri, sermayesinin yarısından fazlası tek başına

Bankası, İller Bankası ve Merkez Bankası özel kanunla kurulmuş bankalardır.⁷⁰ Bankacılık Kanunu'na tabi bankalar sermaye şirketi olan anonim şirket şeklinde kurulmaktadır.⁷¹ Bu durum bankalarının sermaye yapılarının güçlü, denetime açık ve halk ile olan ilişkilerinde güven ilkesini sağlaması bakımından önemlidir.

Özel kanunla kurulmuş bankalar bakımından Bankacılık Kanunu genel nitelikli bir kanun olduğundan kendi kanunlarında düzenlenmeyen bir hüküm olduğunda Bankacılık Kanunu uygulanabilmektedir. Bu durum 3182 sayılı Kanun döneminde kanununun 2. maddesinde belirtilmiştir. Konumuz ile alakalı olması hasebiyle Bankacılık Kanunu'nda yer alan cezai hükümler mevduat ile yatırım ve kalkınma bankası niteliğinde olan ancak özel kanun ile kurulmuş bankalar bakımından da uygulanacaktır.

3. Kuruldukları Yere Göre Bankalar

Bankacılık Kanunu'nda eskiden yer alan ayırım olan sermayelerine göre bankalar ayırımı yerine, modern bankacılık kanunlarının kabul ettiği ilk kez kuruldukları yere göre yapılan ayırım uluslararası bankaları ilgilendirmektedir. Eski ayırımın temelleri Osmanlı devleti zamanında yerli sermayenin desteklenmesi için kurulan milli bankaların desteklenmesi gerektiği düşüncesine dayanıyordu. Milli, milli olmayan banka ayırımı, bankacılık sektörünün ülkede gelişmesini engellediği için bırakılmıştır.⁷²

Kuruldukları yere göre bankalar; Türkiye'de kurulan bankalar ve yurt dışında kurulan bankaların Türkiye'deki şubeleri olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Bankalar Kanunu iki şekilde kurulmaya da cevaz vermektedir. Özellikle kuruluş aşamasından ve organların oluşturulması açısından aşağıda bahsedileceği üzere farklılıklar oluşmaktadır. İki banka çeşidi de kurulduktan sonra cezai hükümlerin kendilerine uygulanması açısından önemli bir farklılık göstermezler. Konumuz

veya birlikte devlete (genel ve katma bütçeli idarelere) ve iktisadi devlet teşekküllerine ait olup, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan teşebbüslerdir.” Birsel, Banka Kavramı, s.638.

⁷⁰ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.115.

⁷¹ Birsel, **Banka Kavramı**, s.637; Kaya, **a.g.e.**, s.72.

⁷² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.132.

açısından, banka yönetiminde bulunan kişilerin sıfatlarının, bankaların kuruldukları yere göre değişmesi söz konusu olsa da bu durum esaslı bir farklılık arz etmez.

4. Kamusal Yetkiye ve Göreve Sahip Olup Olmamalarına Göre Bankalar

Kamusal yetkiye sahip bankalar, merkez bankaları olarak anılmaktadır. Bu bankalara emisyon bankaları da denilmektedir. Ülkemizde merkez bankası özel kanunla kurulmuştur. Ülkedeki parasal yapının düzenleyicisi konumdadır.⁷³ Merkez bankasının tedavüle para sürme işlevi yanında ülkenin ekonomik hayatına etki eden alanlarda düzenleme yapma işlevi de vardır. Merkez bankaları işlevlerini gerçekleştirirken bağımsız olmalıdır.

Her ülkede kamusal yetki ve görev yüklenmiş bankalar faaliyet göstermektedir. İsimleri, yapıları ve işlevleri ülkeden ülkeye farklılık gösterebilir. Örneğin İtalya’da (Banca D’Italia) merkez bankası anonim şirket olarak kurulmuş ve hisseleri tamamı ile kamuya ait değildir. Başlıca hissedarları tasarruf bankaları olmak üzere, kamu kredi kuruluşları, ulusal menfaat bankaları, sosyal güvenlik ve sigorta kurumları, merkez bankasının sahibi konumundadır.⁷⁴ Bağımsız yapısına 1993 yılında Avrupa Birliğine uyum süreci bağlamında ulaşan Fransa Merkez Bankası (Banque de France), kamunun aşırı borçlanması önlemek için hükümete sınırlar koyma işlevi ile hükümetin bankacısı konumundadır.⁷⁵ 2. Dünya savaşı sonrası Almanya’daki federal düzenin etkisiyle federe devletin merkez bankaları federal devletin merkez bankalarını oluşturuyordu. Yani iki katlı merkez bankası düzeni vardı. Daha sonra federal merkez bankası (Deutsche Bundesbank) Almanya’daki tek merkez bankası haline gelmiş ve federe devletlerdeki merkez bankaları federal merkez bankasının ofisleri olarak hizmet vermektedir.⁷⁶

Merkez bankası harici bankalar olan mevduat, katılım, yatırım ve kalkınma bankaları kamusal yetki ve göreve sahip olmayan bankalar olarak kabul edilir.

⁷³ Kaya, **a.g.e.**, s.85.

⁷⁴ Kasım Eren, **Avrupa Birliği ve Türkiye’de Bankacılık**, İstanbul, Beta Basım ve Yayımları, 1996, s.1.

⁷⁵ Eren, **Avrupa Birliği**, s.8.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Avrupa Birliği**, s.13.

5. Ülke İçinde Faaliyet Gösterdikleri Yere Göre Bankalar

Ülke sınırları içerisinde faaliyet gösteren bankalar serbest bölge içinde veya dışında faaliyet gösterebilir. Serbest bölge kanunlar ile oluşturulmuş ekonomik faaliyetlerin yürütüldüğü bölgelerdir. Serbest bölgeler ihracata yönelik yatırım ve üretimi teşvik etmek, doğrudan yabancı yatırımları ve teknoloji girişini hızlandırmak, işletmeleri ihracata yönlendirmek ve uluslararası ticareti geliştirmek amacıyla kurulurlar⁷⁷. Bölgeler ülke gümrükleri dışında bulunduğu için belli konulardaki muafiyetlerden yararlanır.

Bir serbest bölge hangi faaliyete yönelmişse o serbest bölgedeki bankacılık faaliyetleri ona göre oluşmaktadır. Bu şekilde hizmet veren bankalara, off shore bankaları dışında, Bankacılık Kanunu hükümleri uygulanır.⁷⁸ Dolayısıyla Bankacılık Kanunu 160. maddesinde düzenlenen zimmet suçu serbest bölgede faaliyet gösteren bankalar bakımından da geçerlidir.

Bilinen adıyla off shore (kıyı bankacılığı) bankaları faaliyetlerini yürütürken ülke dışından topladığı mevduatları yine ülke dışında kullanır. Dıştan dışa bankacılık faaliyetleri yürütürler. Bu bankaların ülkede yaşayan insanlardan mevduat toplamaları yasaktır. İşlemler yabancı para üzerinden yürütülür. Birçok ülkede kurulmuş olan off shore bankalar ülkeye dövizin daha çok çekilmesi için vergi ve denetim gibi konularda bazı muafiyetlerden yararlandırılırlar.

Bu bankalar serbest şekilde döviz kontrolü olmaksızın faaliyet yürütmek ister ve bunu sağladığı ölçüde karlı ve başarılı olur.⁷⁹ Bu özellikler serbest bölgelerde olduğu için off shore bankalar da serbest bölge çevrelerinde bulunurlar. Fakat serbest bölgede faaliyet gösteren bankaların aksine off shore bankaları ulusal bankacılık sistemi dışında tutulurlar.⁸⁰ BankK. m.6 hükmüne göre “*kıyı bankacılığı faaliyetinde bulunmak üzere banka kurulması veya yurt dışında kurulu bankalarca bu amaçla şube açılması, bunların faaliyet alanları ile finansal raporlama ve denetim usulleri*

⁷⁷ 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu m.1.

⁷⁸ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.134.

⁷⁹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.134-135.

⁸⁰ Başel, **a.g.e.** s.29.

ve faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması hususları Kurul kararıyla belirlenir.” Bu hüküm haricinde off shore bankalar bakımından BankK. uygulanmaz.

Off shore bankaları Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçları bağlamında suçun işlenmesinde araç olarak kullanılabilmeleri bakımından önemlidir. Konuyla ilgili detaylı açıklama ilgili bölümde yapılacaktır.

6. Yürüttükleri Bankacılık Faaliyetleri Açısından Bankalar

Bankacılık Kanunu bankaları tanımlarken, bankaları mevduat bankası, katılım bankası, yatırım ve kalkınma bankası şeklinde aslında bankaları faaliyetlerine göre ayırma tabi tutmuştur. Yani bankacılık Kanunu’nun benimsediği esas sınıflandırma faaliyet konuları bakımından yapılan sınıflandırmadır. Bu bankalar genelde esas sözleşmelerindeki hükümlere göre istisnai hallerde de kendi özel kanunlarına göre faaliyet yürütürler. Bankacılık faaliyeti açısından bankalar doktrinde mevduat/fon kabul eden /etmeyen, bankalar olarak da sınıflandırmaya tabi tutulabilir.⁸¹

Mevduat bankası: *“Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar”* olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere mevduat bankaları bankacılık Kanunu’nda yazılı olan faaliyetlerden esas olarak halktan mevduat toplamayı ve kişilere kredi kullandırmayı amaç edinirler. Mevduat toplama faaliyeti mevduat bankalarına hasredilmiş bir işlemdir. Diğer bankaların veya kuruluşların mevduat toplaması BankK. m.150 bağlamında suçtur.⁸² Mevduat toplama ve kredi kullandırma faaliyeti mevduat bankaları bakımından mutlaka yürütülmelidir. Aksi takdirde BankK. m 12 gereği faaliyet izninin iptali söz konusu olabilir.⁸³ Mevduat bankaları Kanunda yazılı diğer faaliyetlerden, fon toplamak ve finansal kiralama harici tüm alanlarda faaliyet gösterebilirler.⁸⁴ Mevduat bankaları kendi arasına ilgilendikleri sektöre göre ticaret, iş, ziraat, halk ve emlak bankaları olarak ayrılmaktadır.⁸⁵ Günümüzde mevduat

⁸¹ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.116; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.122-131.

⁸² Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.53.

⁸³ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.244.

⁸⁴ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.120.

⁸⁵ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.124.

bankaları çeşitli konularda faaliyet gösterdikleri için bu ayırım tam bir kesinlik arz etmemektedir.

Katılım bankaları: *“Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar”* şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere bu bankanın esas faaliyeti fon toplamaktır. Bu fonu toplarken cari ya da katılma hesaplarını kullanacaktır.

Özel cari hesap⁸⁶ katılım bankalarında açılan ve istenildiğinde fonların tam olarak çekilebildiği bir hesap türüdür. Bu bağlamda vadesi mevduat hesabına benzemektedir. Katılma hesabı⁸⁷ ise katılım bankalarına yatırılan fonların işletilerek elde edilen kar veya zararın katılma hesabındaki para oranında bölüştürülmesi düşüncesine dayanır. Burada önceden kararlaştırılmış bir getiri yoktur. Anaparanın aynen iade edileceğinin garantisi dahi yoktur. Bu nedenle riskli bir yatırım aracı olarak kabul edilir.⁸⁸ Ancak uygulamada tanımın işaret ettiği gibi bir kayıp söz konusu olmamaktadır.

Katılım bankaları mevduat toplama hariç diğer bankacılık faaliyetlerini yürütme serbestisi vardır. Esasen bu kurumlar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce katılım bankası yerine özel finans kurumları olarak anılmaktaydılar. Katılım bankaları 4389 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği dönemde Bankacılık Kanunu’na tabi bir kuruluş olarak işlem görmüyorlardı. 4491 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu değiştirilmiş ve özel finans kurumları, bazı hükümler dışında, Bankalar Kanunu’na tabi tutulmuştur⁸⁹ Katılım bankaları, mevduat bankalarının hizmet gösteremediği alan olan finansal kiralama konusunda

⁸⁶ Bkz. BankK. m.3 *“Özel cari hesap: Katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesapları”* ifade etmektedir.

⁸⁷ Bkz. BankK. m.3 *“Katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesapları”* ifade etmektedir.

⁸⁸ Anlam Altay, “Bankacılık Kanununun Temel Esasları ve Yeni Kurumları”, **Banka Hukuku Atölye Çalışmaları II**, İstanbul, Beta, 2008, s.13; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.120; Kaya, **a.g.e.**, s.84; Başel, **a.g.e.** s.24; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.128.

⁸⁹ Reisoglu, **a.g.e.**, s.245; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.125; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.57.

faaliyette de bulunabilmektedirler. Başka bir ayrıcalık olarak gayrimenkul edinimi katılım bankaları bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.⁹⁰

Kalkınma ve yatırım bankası: “*Bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar*” olarak tanımlanmışlardır. Bu bankalar aslında kendi içinde farklı bankalardır. Kanunda bir arada işlenmesi bu bankaların aynı olduklarını değil; aynı hükümlere tabi olduklarını anlamamız açısından önem arz etmektedir. Bu bankalar gelişmiş ülkelerde yatırım bankaları; gelişmekte olan ülkelerde kalkınma bankaları adı altında faaliyet göstermektedirler. Kalkınma ve yatırım bankaları kaynakları bakımından da birbirlerinden ve diğer bankalardan ayrılırlar. Kalkınma bankalarının kaynakları, öz kaynakları ya da orta veya uzun vadeli kredilere dayanmaktadır. Yatırım bankaları ise daha çok sermaye piyasasında hizmet göstererek kaynak sağlamaktadır.⁹¹

Mevduat veya fon toplama faaliyeti yatırım ve kalkınma bankaları bakımından yasaklanmış faaliyetlerdir. Yatırım ve kalkınma bankalarının mutlaka icra etmesi gereken ana faaliyet kredi verme faaliyetidir. Bu faaliyetinin finansmanın mevduat ve fon toplamadan sağlanması gerekmektedir. Diğer faaliyetler ihtiyari olarak yürütülebilir.⁹²

Kalkınma ve yatırım bankaları bazı hükümler bakımından Bankacılık Kanunu’na tabi değildirler. Hangi maddelere tabi olunmadığı BankK. m.77⁹³ de sayılmaktadır. Bu madde bağlamında önem arz eden durum, kalkınma ve yatırım bankalarının faaliyet izni kaldırıldığında genel hükümlere göre tasfiye edilmesidir. Yatırım ve kalkınma bankalarının Fona (TMSF) devredilmeyip⁹⁴ genel hükümlere göre tasfiye edilmesi, bu suç bakımından Bank K m160/3 bağlamında kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesi ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

⁹⁰ Altay, **a.g.e.**, s.10.

⁹¹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.125; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.55; Başel, **a.g.e.** s.25.

⁹² Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.121; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.246.

⁹³ **BankK. m. 77.**–“ *Kalkınma ve yatırım bankaları, bu Kanunun 54, 55, 56, 57, 61, 63, 64, 106 ilâ 129 uncu maddeleri, 130 uncu maddesinin (a) bendi, 131 ila 142 üncü maddeleri hariç olmak üzere diğer hükümlerine tâbidir.*”

⁹⁴ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.122.

II. BANKALARIN KURULUŞU VE SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Bankalar ulusal ve uluslararası ekonominin en göze çarpan üyeleridir. Devletten elde ettikleri imtiyazlarla işlemlerini yürütmektedirler. Örneğin devlet bünyesinde saklanan (ikamet bilgisi vb.) halka ait kişisel veriler bankalar ile belli durumlarda paylaşılmaktadır. Böylesine önemli bir kuruluşun alelade bir şirket olarak kurulması kabul edilemez. Ekonomik bağlamda önemli işlevlere haiz bankaların kurulması faaliyete geçmesi ve tasfiyesi Bankacılık Kanunu'nda bazı özel kurallara bağlanmıştır. Mülga bankalar kanunlarından beri uygulanan en önemli kural, bankaların, anonim şirket şeklinde teşekkül etmesi gerekliliğidir. Diğer ülke mevzuatlarına da bakıldığında bankaların anonim şirket ya da nitelikleri itibarıyla anonim şirkete benzer şekilde kurulmaları gerekmektedir. Anonim şirketler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. Dolayısıyla bankalar kurulurken Bankacılık Kanunu ve TTK beraberce ele alınmalı ve Bankacılık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde TTK uygulanarak sorun aşılmalıdır.

Bankacılık Kanunu'na göre bankaların kurulması ve işlemlere başlaması için kuruluş izni ve faaliyet izni alınması gerekir. Bankalar faaliyet iznini almadan herhangi bir işlem yapmasalar da kuruluş iznine sahip olanlar banka olarak nitelendirileceklerdir. Bu durumun ceza hukuku bakımından önemi vardır. Bankacılık Kanunu'ndaki ceza içeren hükümlerde, bankanın salt olarak var olması cezalandırma veya cezalandırmama için yeterliyse, o halde aranacak olan kuruluş iznidir. Konumuz açısından örnek vermek gerekirse, bankada çalışan kişi görevi gereği kendisine devredilen bankanın önemli bir malını, bankanın kuruluş izninden sonra fakat faaliyet izninden önce zimmetine geçirirse burada bankacılık zimmeti suçu oluşmuştur, diyebiliriz.

B. Kuruluş İzni

Türkiye'de bir bankanın tabela olarak kurulması için ilk olarak kuruluş izninin alınması gerekmektedir. 4389 sayılı Kanun ile kuruluş sisteminde yapılan köklü değişiklik 5411 sayılı Kanun ile de bazı değişikliklere uğramıştır. Türkiye'de

banka kurulmasını ya da yurt dışında kurulmuş bankaların Türkiye’de şube açmasını Bankacılık Kanunu 6, 7, 8, 9 ve 11. maddeleri düzenlemektedir.

Kuruluş için BDDK’nın en az 5 üyesinin bankanın kurulması yönünde olumlu oy vermesi gerekmektedir.⁹⁵ Görüldüğü gibi 4389 sayılı Kanun dönemindeki sistem olan bakanlar kurulunun izin vermesi sistemi⁹⁶ değişmiş ve kuruluş izni için BDDK tek başına yetkili hale gelmiştir. Bankacılık Kanunu kuruluş izni için belirli şartlar aramaktadır. Bu şartlar:

- a) Anonim şirket şeklinde kurulması,
- b) Hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması,
- c) Kurucularının bu Kanunda belirtilen şartları haiz olması,
- d) Yönetim kurulu üyelerinin bu Kanunun kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek meslekî tecrübeyi haiz olması,
- e) Öngörülen faaliyet konularının planlanan malî, yönetim ve organizasyon yapısı ile uyumlu olması,
- f) Nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayesinin en az otuz milyon Yeni Türk Lirası olması,
- g) Ana sözleşmesinin bu Kanun hükümlerine uygun olması,
- h) Kurumun etkin denetimini engellemeyecek şeffaf ve açık bir ortaklık yapısı ve organizasyon şemasına sahip olması,
- i) Konsolide denetimini engelleyici nitelikte herhangi bir hususun bulunmaması,
- j) Öngörülen faaliyet konularına ait iş planlarını, kuruluşun mali yapısı ile ilgili projeksiyonlarını sermaye yeterliliğini de içerecek şekilde, ilk üç yıl için bütçe planını ve yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi de dahil olmak üzere ibraz etmesi,

şeklinde sıralanabilir. Maddenin “d” bendinde görüldüğü üzere kuruluş izninin şartları bir başka şart olan kurucuların belirli şartlara sahip olmasına bağlanmıştır. Kurucular bakımından BankK. m.8 bağlamında aranan şartlar incelendiğinde bir kısım şartların⁹⁷ soyut ve yoruma açık oluşu bankaların kurulmasında keyfiyetin doğmasına neden olabilir. Yine tüzel kişilerin kurucu ortak olabileceği düşünüldüğünde işin gerektirdiği dürüstlüğü gerçek olmayan kişiler bakımından

⁹⁵ Bkz. 5411 sayılı Kanun m.6.

⁹⁶ Süheyl Donay, “Bankalar İçin Yeni Yasa ve Yeni Uygulama”, Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1999,s.231.

⁹⁷ BankK. m.8: e) Gerekli malî güç ve itibara sahip bulunması, f) İşin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması.

nasıl tespit edileceği belirsizdir. Kanaatimizce yapılması gereken bu maddelerin kanun metninden çıkarılmasıdır. Çünkü zaten diğer bentlerde kurucular için aranan özelliklerden olan iflas etmemiş olma, Fona devredilen bankanın yönetimini elinde bulundurmamış olma ve belli suçlardan hüküm giymeme şartı, “e ve f” bentlerinde aranan itibar dürüstlük ve mali gücünün olup olmadığını belirlemektedir. Böyle öznel şartların kanunda yer almasına gerek yoktur.⁹⁸

Merkezi yurt dışında bulunan bankaların Türkiye’de şube açması şartları 9. maddede⁹⁹ düzenlenmiştir. Bu maddenin “a” bendinde, Bankacılık Kanunu yabancı ülke kanunlarına göndermeler yaparak o ülkedeki kuruluş, faaliyet ve tasfiyeye ilişkin kanunlarını kabul etmektedir. Maddenin “b” bendinde ise yabancı ülkenin idari otoritesinin görüşü dikkate alınarak ona göre işlem yapılmıştır. Mülga Bankalar Kanunu düzenlemesinin aksine, yabancı bankaların Türkiye’de şube açmasında karşı işlem uygulamasına 5411 sayılı Kanun’da yer verilmemiştir.¹⁰⁰

Kurula yapılan kuruluş izin başvurusunun iptali halleri BankK. m.11’de bazı kurallara bağlanmıştır. Kuruluş izni verildiği şekilde kurulun beş üyesinin aynı yöndeki kararıyla iptal edilir. İznin iptali için de karar alınması aleniyet ve bir idari işlem nasıl tesis edildiyse o şekilde geri alınması şekline uymaktadır. Kuruluş izni iptali halinde, o kurum artık banka sıfatına sahip olmadığı için bankaya uygulanan mevzuat hükümlerinden yararlanamaz.

⁹⁸ Donay, **Bankalar İçin Yeni Yasa**, s.232-233; Donay ayrıca kurul kurucular bakımından menfi ya da müspet bir karar verirken her bir kurucu için olayın tüm özellikleri teker teker incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Örneğin iflas eden eski şirketin pay sahibinin iflasa neden olan kararlarda hangi yönde oy kullandığı, bankanın kuruluşunda kurul tarafından incelenmelidir. Kurul kişi hakkında detaylı bir inceleme yapmalı ve buna göre karar verilmelidir.

⁹⁹ **BankK. m.9:** *Kurulca belirlenen usûl ve esaslar çerçevesinde gerekli izni alarak Türkiye’de şube açmak suretiyle faaliyet gösterecek yurt dışında kurulu bir bankanın;*

a) Merkezinin bulunduğu ülkede esas faaliyetlerinde yasaklamanın bulunmamış olması,
b) Merkezinin bulunduğu ülkenin yetkili denetim merciinin Türkiye’de faaliyet göstermesine ilişkin olumsuz görüşünün bulunmaması,
c) Ödenmiş sermayesinin Türkiye’ye tahsis edilen kısmının 7 nci maddede belirtilen miktardan az olmaması,
d) Müdürler Kurulu üyelerinin, kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen şartları ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek meslekî tecrübeyi haiz olmaları,
e) İzin kapsamındaki faaliyet konularına ait iş planlarını, ilk üç yıl için bütçe planını ve yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını ibraz etmesi,
f) Dahil olduğu grubun ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması, şarttır.

Merkezinin bulunduğu ülkedeki yerel düzenlemelere aykırılıkları nedeniyle faaliyeti yasaklanan konularda faaliyet izni verilmez.

¹⁰⁰ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.141.

C. Faaliyet İzni

Bankaların kuruluş izni almış olması bankacılık işlemlerini yürütebilmesi bakımından yeterli değildir. Kuruluş veya Türkiye’de şube açma izni alan bankaların ayrıca Bankalar Kanunu’nun 10. maddesine göre kuruldan faaliyet izni almaları da gereklidir. Bankalar Kanunu’nun, bankacılık işlemlerine başlama açısından iki aşamalı izin sistemini kabul ettiği söylenebilir. Bu sistemin bir takım faydaları doktrinde tespit edilmiştir. Bankanın faaliyet izninin belli konularda kaldırılması bankayı uyarma ve durumu düzeltmesi için zaman sağlama niteliğinde bir idari işlemdir. Banka aynı yanlış tutumunda devam ederse faaliyet izni tamamen kaldırılıp TMSF’ye devredilmesinin önü açılacaktır. Diğer bir fayda ise belli konularda faaliyet izni verilmeyerek bankanın durumu itibarıyla riskli ve faydasız işlemlere girmesini önlemek ve bankayı bir nevi korumaktır. Son fayda ise bankanın türüne esas sözleşmesine büyüklüğüne ve diğer özelliklerine göre faaliyet izni vererek banka türleri arasındaki farkı korumak ve belirliliği sağlamaktır.¹⁰¹ Eğer kuruluş izni ile birlikte faaliyet izni de verilmiş olsaydı aradaki süreç değerlendirilemeyecek ve gerekli faydalar sağlanamayarak bankacılık sistemine olan güven bu durumdan olumsuz etkilenebilecektir.

Bankacılık Kanunu’na göre:

- a) *Sermayesinin nakit olarak ödenmiş ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek düzeyde olması,*
- b) *Kurucuları tarafından 7 nci maddede belirtilen asgari sermayenin yüzde onu tutarındaki sisteme giriş payının en az dörtte birinin Fon hesabına yatırıldığına dair belgenin ibraz edilmesi,*
- c) *Faaliyetlerinin kurumsal yönetim hükümlerine uygunluğunu sağlaması ve yeterli personel ve teknik donanımına sahip olması,*
- d) *Yöneticilerinin, kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri haiz olması,*
- e) *Kurulca, faaliyet konularını yürütebilecek yeterliliğe sahip bulunduğu kanaatine varılması*

şartları bir arada sağlandığı takdirde bankalara, faaliyet göstermek istediği konularda, faaliyet izni verilir.

¹⁰¹ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.141.

Faaliyet izni için aranan şartlar bakımından açıklamaya değer olan terim kurumsal yönetim ilkeleridir. Anonim şirketlerde ve onun bir yansıması olarak bankacılıkta kurumsal yönetim, mülkiyet-kontrol ayrımının ortaya çıkardığı sorunları asgariye indirmeyi amaçlayan, esasen hakkaniyet, şeffaflık, iç sorumluluk ve dış sorumluluk ilkeleri üzerine oturan, ortaklığın yönetim ve denetim esaslarını temel kurallara bağlayan, anonim ortaklığı kuruluşundan tasfiyesine kadar bir bütün olarak ele alan, ülkeden ülkeye değişmekle beraber uluslararası geçerliliği olan bazı kuralları bünyesinde barındıran özel bir yönetim sistemini ifade eder.¹⁰² Bir başka ifadeyle, kısaca kuruluşların iş ve faaliyetlerinin üst düzey yönetimlerince idare edildikleri bir yapıyı ifade etmektedir.¹⁰³ Kurumsal yönetimde OECD ilkeleri genel kabul görmekle beraber bankacılık alanında Basel Komitesinin kararları da önem arz etmektedir. Kurumsal yönetim ilkeleri BankK. m.22’de geçtiği üzere bu ilkeler Sermaye Piyasası Kurulu ile kuruluş birliklerinin de görüşü alınarak Kurul tarafından belirlenir.

Faaliyet izninin, iptali, sınırlandırılması ve kaldırılması birbirinden farklı sebeplere ve sonuçlara bağlanmaktadır. Bu konular bankalar bakımından önem arz etmektedir.

Faaliyet izninin iptali şartları Bank K m.12’de düzenlenmiştir. Faaliyet izninin iptali kararı Kurul tarafından verilir. Kanuna göre faaliyet izni gerçeğe aykırı beyanlarla alınmışsa faaliyet izni iptal edilir. Bankalar, belli bir faaliyet izninin alınması sırasında, aslında sahip olmadığı yeterliliğe sahipmiş gibi yalan beyan veya sahte belgelerle ispatlamışlarsa ve bu durum sonradan ortaya çıkarsa Kurul tarafından o bankanın faaliyet izni iptal edilir. Diğer şart faaliyet izninin alınmasından sonra altı ay içinde faaliyete geçilmemesi halidir. Kurul bu süreyi haklı bir sebebe dayalı olarak uzatabilmesi gerekliliği doktrinde kabul edilmiştir.¹⁰⁴ Bankanın faaliyet iznini aldıktan sonra, bir yıl içinde kesintisiz altı ay süre ile faaliyette bulunulmamış olması halinde de faaliyet izni iptal edilir.

¹⁰² Ali Paslı, **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2005, s.36-38. Ayrıca mülkiyet-kontrol kavramı için bkz. Paslı **a.g.e.**, s.30-35.

¹⁰³ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.124.

¹⁰⁴ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.144-145.

BankK. yabancı bankaların Türkiye'deki şubelerini ilgilendiren faaliyet izninin iptali şartına da yer vermiştir. Türkiye'de şubesi bulunan yurt dışında kurulu bankaların, kurulu bulundukları ülkede herhangi bir nedenle faaliyet izninin kaldırılması, faaliyetlerinin durdurulması, iflâs veya tasfiyelerine karar verilmesi veya konkordato ilân etmeleri halinde, bunların Türkiye'deki şubelerinin faaliyet izinleri iptal edilir. Görüldüğü üzere Kanun kuruluş iznine benzer şekilde yabancı makamın verdiği idari kararları ve yabancı mahkeme kararlarını faaliyet iznini iptal ederken gerekçe olarak kabul etmiş ve yabancı ülke kararlarını tanımıştır. Faaliyet izni iptal edilen banka genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Faaliyet izninin alındığı tarihten itibaren bir ay içerisinde ilgili kuruluş birliğine üye olunmaması veya sisteme giriş payının kalan taksitlerinin Fon hesabına yatırılmamış olması ve bu yükümlülüklerin Kurum tarafından yapılan uyarıya rağmen yerine getirilmemesi durumunda, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri dışında kalan faaliyet konuları Kurulca tek tek sınırlanabilir.¹⁰⁵

Faaliyet izninin kaldırılması ise bambaşka bir kavramdır. Bankacılık Kanunu m.106 ve devamında düzenlenmiştir. Burada kastedilen faaliyet izninin bütünüyle kaldırılmasıdır. Bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde yönetim ve denetimi Fona intikal eder. Faaliyet izninin kaldırılması çalışmamızın konusunu oluşturan kontrol eden ortak zimmeti suçunun bir şartı olduğu ve detaylı açıklama tezimizin üçüncü bölümünde yapılacağı için burada sadece diğer kavramlardan farkının belirtilmesiyle yetinilecektir.

D. Bankaların Sona Ermesi

Bu başlıkta BankK. m.20 bağlamında bankaların iradi tasfiyesi işlenecektir. Madde hükmüne göre bankaların faaliyetlerine son vermeleri ve tasfiyeleri Kurulun iznine ve Kurumun denetimine tabidir. Kuruluş ve faaliyet izinlerinde olduğu gibi bankanın genel kurul kararıyla iradi olarak tasfiyesi istenildiğinde bu tek başına yeterli olmayacak ve BDDK'nın kararıyla ve onun denetiminde sona erme işlemi

¹⁰⁵ BankK. m.12.

gerçekleşecektir. Bu izinlerin ve denetimlerin hepsi bankaların bir güven kurumu olduğunun kararlarının izlendiğinin ve denetlendiğinin göstergesidir.

Kanun tasfiye halinde mevduat sahiplerinin, fon sahiplerinin ve banka alacaklılarının menfaatlerini korumak için bankaya ilan ve paraları BDDK'ya tevdi etme yükümlülüğü yüklemiştir.¹⁰⁶

Kanunun son maddesi tasfiye hakkında 01.11.2006 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Bankaların İradi Tasfiyeleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine gönderme yapmaktadır.

III.BANKACILIK FAALİYETLERİ

A. Genel Olarak

5411 sayılı Kanun'dan önceki dönemde "bankacılık faaliyeti" kavramı yerine "bankacılık işlemi" kavramı tercih edilmiştir. Esasen faaliyet işleme göre daha geniş kapsamlıdır. Kanunda, bankacılık faaliyetinin tanımı -bankaların tanımında olduğu gibi- yapılmamış sadece faaliyet konuları sayılmıştır. Doktrinde de genelde bankacılık faaliyetleri hakkında tanım verilmemiş ya örnek vererek ya da bankacılık faaliyetleri sınıflandırılarak kavram anlamlandırılmaya çalışılmıştır.¹⁰⁷

Bankacılık faaliyetleri ilk olarak 5411 sayılı Kanun'da saymak suretiyle yazılmıştır. Kanunda saymanın birtakım faydaları olmuştur. Bu faydalardan ilki, bankacılık faaliyetlerinin ne olduğu konusunda belirlilik sağlanmasıdır. Bu belirlilik bankaların güven kurumu olması sebebiyle faaliyet konularının açıklığa kavuşturulması bakımından önemlidir.¹⁰⁸ Diğer bir fayda modernleşme çabası

¹⁰⁶ **BankK. m.20** "Türkiye'de faaliyette bulunan bankalar faaliyetlerine son vermek ve bunları tasfiye etmek istedikleri takdirde, durumu Türkiye çapında basımı ve dağıtımı yapılan en az iki gazete ile ilan ve mevduat sahipleri veya katılım fonu sahipleri ile alacaklılarına veya bu durumda sayılabilecek kişi ve kurumlara tebliğ ederek ellerinde bulunan aynı ve nakdi her türlü mevduat veya katılım fonu ile emanet ve cari hesap bakiyelerini ve sair borçlarını, vadeli olsalar bile vadelerini beklemeksizin iki ay içinde iadeye ve bu süre içerisinde sahibi başvurmayan aynı ve nakdi her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacakları Kuruma tevdi etmeye mecburdurlar. Kurum, bu suretle verilen değerleri, takip eden yıl başından başlamak üzere on yıl süre ile her yıl başında usulüne göre ilan etmek suretiyle saklar. Son ilan tarihinden itibaren altı ay içinde aranmayan bu değerler Fona gelir kaydolunur."

¹⁰⁷ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.138.

¹⁰⁸ Altay, **a.g.e.**, s.28.

sayılabilir. Keza 1961 yürürlük tarihli Alman Kredi İşleri Kanunu'nda bankacılık faaliyetleri sayılmıştır.¹⁰⁹ Faaliyet konularının sayılması, faaliyet izni konusunu da belirginleştirmiştir.

Eski kanunda bankacılık faaliyetleri açıkça sayılmadığı için sadece BDDK'nın belirlediği faaliyetler hakkında izin verilebiliyordu. 5411 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce de sayılı faaliyetleri yürüten bankalar bu yeni kanuna uyumlu hale gelmeleri için BankK. geçici 3. maddesindeki hükme göre; Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren, iki ay içinde faaliyet gösterdikleri alanları bildiren beyannameyi Kuruma vermeleri gerekmektedir. Kurum tarafından beyanname vermiş bankalara daha önce faaliyet gösterdikleri ve beyannamede yazılı faaliyet konularında izin verilmiş sayılır. Ancak bankalar, 5411 sayılı Kanun'da yazılı faaliyet konularında ilk defa faaliyet göstereceklerse normal prosedür uygulanacak ve izin almaları gerekecektir.

Bankacılık faaliyetleri BankK. m.4'te düzenlenmiştir. Buna göre bankalar,

- a) Mevduat kabulü,*
- b) Katılım fonu kabulü,*
- c) Nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri,*
- d) Nakdî ve kaydî ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dahil her türlü ödeme ve tahsilat işlemleri,*
- e) Çek ve diğer kambiyo senetlerinin iştirası işlemleri,*
- f) Saklama hizmetleri,*
- g) Kredi kartları, banka kartları ve seyahat çekleri gibi ödeme vasıtalarının ihracı ve bunlarla ilgili faaliyetlerin yürütülmesi işlemleri,*
- h) Efektif dahil kambiyo işlemleri; para piyasası araçlarının alım ve satımı; kıymetli maden ve taşların alımı, satımı veya bunların emanete alınması işlemleri,*
- i) Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizde dayalı; vadeli işlem sözleşmelerinin, opsiyon sözleşmelerinin, birden fazla türev aracı içeren basit veya karmaşık yapıdaki finansal araçların alımı, satımı ve aracılık işlemleri,*
- j) Sermaye piyasası araçlarının alım ve satımı ile geri alım veya tekrar satım taahhüdü işlemleri,*
- k) Sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık işlemleri,*

¹⁰⁹ Koç, a.g.e., s.26-27.

- l) Daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının aracılık maksadıyla alım satımının yürütülmesi işlemleri,*
- m) Başkaları lehine teminat, garanti ve sair yükümlülüklerin üstlenilmesi işlemleri gibi garanti işleri,*
- n) Yatırım danışmanlığı işlemleri,*
- o) Portföy işletmeciliği ve yönetimi,*
- p) Hazine Müsteşarlığı ve/veya Merkez Bankası ve kuruluş birlikleri nezdinde oluşturulan bir sözleşme kapsamında üstlenilen yükümlülükler çerçevesinde alım satım işlemlerine ilişkin piyasa yapıcılığı,*
- r) Faktöring ve forfaiting işlemleri,*
- s) Bankalararası piyasada para alım satımı işlemlerine aracılık,*
- t) Finansal kiralama işlemleri,*
- u) Sigorta acenteliği ve bireysel emeklilik aracılık hizmetleri,*
- v) Kurulca belirlenecek diğer faaliyetleri”*

yürütebilmektedirler. Görüldüğü gibi Kanun birçok faaliyeti saymış ancak “Kurulca belirlenecek diğer faaliyetler” diyerek bu faaliyetleri arttırma yetkisini Kurula bırakmıştır. Yani bu faaliyetler *numerus clausus* değildir.¹¹⁰ Yukarıda da geçtiği üzere Kanun faaliyetleri tek tek saymak şeklindeki tutumuyla bir yandan belirlilik yaratmak istemiş ise de gelişen bankacılık düzenine ve buna bağlı olarak artan bankacılık faaliyetlerine bu belirliliğin zararı olabileceğini düşünerek “v” bendini ihdas etmiştir. Ancak bu bent doktrindeki kimi yazarlarca, idari işlem ile izinsiz faaliyette bulunma suçu çerçevesinde, suç yaratılmış olacağından suçların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden eleştirilmektedir.¹¹¹

Kurul Kanunda geçen “bankacılık faaliyeti belirlemek” yetkisini kullanarak yeni faaliyet konuları oluşturmuştur. Örnek vermek gerekirse Kurul destek danışmanlık hizmetini, Moneygram ve Western Union gibi bazı şirketler aracılığı ile yapılan hızlı para transferi işlemine aracılık faaliyetini, bankacılık faaliyeti kabul etmiştir¹¹²

Bu maddenin son bendinde, Kanunda banka sayılan kuruluşların (mevduat bankası, katılım bankası, yatırım ve kalkınma bankası) kendi özellikleri gereği

¹¹⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.287.

¹¹¹ İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.46.

¹¹² Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.113-114.

yapamayacakları işlemler belirtilmiştir.¹¹³ Bu durum da gösteriyor ki; faaliyet konularının Kanunda tek tek sayılması banka türlerinin birbirinden ayrıştırılması bakımından önemlidir.¹¹⁴

Bankaların esas sözleşmelerinde kanun tarafından veya kurulca belirlenmemiş bir bankacılık faaliyetinin yürütüleceğine ilişkin bir madde varsa; kurul bu maddenin değiştirilmesini isteyecektir. Kurulun esas sözleşmeyi bu şekilde kabul etmesi Kanuna aykırıdır. Bunun tek istisnasını özel kanunla kurulan bankalar oluşturur. Kuruluş kanununda, Bankacılık Kanunu'nda düzenlenmeyen hüküm varsa bile, özel kanun –genel kanun kuralı gereği, banka o konuda faaliyet gösterebilir.¹¹⁵ Ayrıca BankK m. 4'ün ilk fıkrasında, bankacılık faaliyetlerine ilişkin diğer kanunlarda öngörülen hallerin saklı tutulduğu da belirtilmiştir. Örneğin Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'da münhasıran bankaların yapabileceği bazı işlemlere yer verilmiştir.¹¹⁶ Örneğin Kararın 18. maddesinde döviz kredisi açılması yetkisi sadece bankalara verilmiştir.

Bankacılık faaliyetlerinin niteliğinden bahsetmek gerekirse; bankacılık işi TTK m.4'e göre ticari iş sayılmaktadır. Banka tüzel kişisi de kendi nam ve hesabına ticarethane işlettiği için tacir sıfatına sahiptir. Durum bu olunca bankacılık faaliyetlerinden doğan hukuk davaları da yerine göre ticari davalar olarak ticaret mahkemelerinde¹¹⁷ ya da tüketici davaları olarak tüketici mahkemelerinde görülür.

Çalışmamızın konusunu oluşturan zimmet suçları açısından bankacılık faaliyetleri önem taşımaktadır. Çünkü zimmet suçları genellikle, bankacılık faaliyetlerinden sayılan mevduat kabulü, katılım fonu kabulü, kredi verme işlemleri veya saklama hizmetleri yürütülürken işlenmektedir. Bankacılık faaliyetlerinin hangileri olduğunun bilinmesi bu suçun hangi işlemler sırasında işlenebileceğinin belirlenmesi bakımından önemlidir.

¹¹³ **BankK. m.4/son-** Mevduat bankaları birinci fıkranın (b) ve (t), katılım bankaları (a), kalkınma ve yatırım bankaları (a) ve (b) bentlerinde belirtilen faaliyetleri gerçekleştiremezler.

¹¹⁴ Altay, **a.g.e.**, s.28.

¹¹⁵ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.288.

¹¹⁶ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.13.

¹¹⁷ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.142.

B. Bankacılık Faaliyetlerinin Sınıflandırılması

Bankacılık faaliyeti, özelliği gereği, dünyada bankacılığın gelişmesinden dolayı her zaman gelişmeye açıktır. Buna rağmen bankacılık faaliyetleri temelde bankacılık işlemleri ve bankacılık hizmetleri olarak ikiye ayrılabilir. Örnek vermek gerekirse mevduat ve fon kabulü kredi işlemleri gibi faaliyetler bankacılık işlemi sayılırken kiralık kasa sözleşmesi gibi saklamaya dair faaliyetler bankacılık hizmeti sayılmaktadır.

Bankacılık faaliyetlerinin sınıflandırılması bakımından doktrinde dikkat çekilen kriterler; bilançonun bankacılık faaliyetinden nasıl etkilendiği, bankacılık faaliyetinin konusu ve bankacılık faaliyetinin nitelikleridir.¹¹⁸ Bu ana sınıflandırmalardan başka da doktrindeki yazarlarca, bankacılık faaliyetleri sınıflandırılmıştır. Örneğin doktrinde, müşteriye güvene dayalı bankacılık işlemleri, bankaya güvene dayalı bankacılık işlemleri, karşılıklı güvene dayalı bankacılık işlemleri şeklinde de sınıflandırma yapılmıştır.¹¹⁹

1. Bilançoya Göre Bankacılık Faaliyetleri

Tarihte bankacılık faaliyetleri bakımından yapılmış en eski ayırmadır. Bu ayırım bankacılık faaliyetinin bankanın bilançosunun aktifinde ya da pasifinde bulunmasına göre yapılmaktadır. Bilançonun aktifinde yer alan faaliyetlerinde, banka, bu faaliyetten dolayı alacaklı konumundadır. Buna en iyi örnek kredi verme işlemidir. Bilançonun pasifinde yer alan faaliyetler bankayı borçlu kılan faaliyetlerdir. Mevduat ve fon kabulü ile bankanın tahvil arzı bilançonun pasifinde yer alan bankacılık faaliyetleridir. Emanet edilen servetin yönetimi saklama hizmetleri gibi kimi hizmetler ise bankaya gelir getirmekte olsa bile bilançoya bağlı olmayan faaliyetlerdendir. Bu sınıflandırma türünde sadece bilançonun hesaba katılması ve ilgisiz işlemlerin bir araya toplanması bakımından sınıflandırmanın amacına etkili şekilde hizmet etmediği için eleştirilmiştir.¹²⁰

¹¹⁸ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.143-146; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.130-131.

¹¹⁹ Koç, **a.g.e.**, s.28.

¹²⁰ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.143-144.

2. Konularına Göre Bankacılık Faaliyetleri

Konularına göre bankacılık faaliyeti sınıflandırmasında bankaların ortaya çıktıkları ilk çağlardan beri yürütülen faaliyetlerden olan mevduat ve katılım fonu toplama faaliyetleri ile kredi kullandırma faaliyetleri ölçüt alınır. Daha sonra bankacılığın gelişmesi ile birlikte konularına göre faaliyet ayırımında özel faaliyetler, banka hizmetleri ayrımları da önem kazanmıştır.¹²¹

Bankaların kredi faaliyetleri oldukça geniş bir alana yayılmıştır. Kredi işlemleri bankalara kaynak sağlama veya bankaları borçlandırma gibi amaçlarla yapılabilir. Buna bağlı olarak da aktif ve pasif kredi işlemleri olarak ayrılmaktadır. Pasif kredi faaliyeti mevduat ve katılım fonu toplama işlemleri, tahvil çıkartma ile merkez bankası kredisi gibi bankayı borçlandıran faaliyetlerdir. Aktif kredi faaliyetlerinde ise banka alacaklı durumdadır. Örneğin teminat karşılığı kredi verme nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri, aktif kredi faaliyetleri sınıfına girmektedir.¹²²

Sermaye piyasası faaliyetleri, faktöring ve forfaiting işlemleri, finansal kiralama işlemleri gibi geleneksel bankacılık faaliyetlerinden farklı olan özel nitelikli faaliyetler doktrinde özel faaliyetler olarak anılmaktadır.¹²³

Bankacılık hizmetleri sınıflandırması altında ise, ödeme işlemleri, yatırım işlemleri, danışmanlık işlemleri, kıymetli maden ve taşların alım satımı faaliyeti, sigorta acenteliği ve bireysel emeklilik aracılık hizmetleri gibi faaliyetler yer almaktadır.¹²⁴

3. Niteliğine Göre Bankacılık Faaliyetleri

Bu sınıflandırma türünde esas alınan ölçüt, faaliyetin sadece bankalarca yapılmaya yetkili kılınmış olup olmamasıdır. Bankaların faaliyetlerinin neler olduğunu düzenleyen BankK. m.4 e bakıldığında sayılan faaliyetlerin bir kısmının bankalar harici kuruluşlar tarafından da yapıldığı anlaşılmaktadır. Niteliğine göre

¹²¹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.144; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.130.

¹²² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.144.

¹²³ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.130.

¹²⁴ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.131.

bankacılık faaliyetleri sadece bankalara özgülenmiş faaliyetler ve bankalarca da yürütülen faaliyetler olarak ikiye ayrılır.

Eğer bir faaliyetin sadece bankalar tarafından yapılmasına salık verilmiş ise bu faaliyetlere dar anlamda bankacılık faaliyeti denilmektedir. Dar anlamda bankacılık faaliyetleri sayısı azdır ancak bu faaliyetlerin bankacılık düzeninde bir ağırlığı vardır. Mevduat ve katılım fonu kabulü bankalara özgü bir işlem sayılmaktadır.¹²⁵

Kredi verme işlemi de bankalara özgülenmiştir.¹²⁶ Kanunda, mevduat ve fon kabulünü bankalara özgüleyen hüküm gibi bir kanunun maddesi kredi verme işlemi bakımından düzenlenmediği için doktrindeki bazı yazarlar tarafından kredi verme işlemi, sadece bankalar tarafından yapılabilecek faaliyetlerden sayılmamaktadır.¹²⁷ Kanımızca bugün banka denildiğinde belki mevduat toplama faaliyetinden önce kredi verme işlemi akla geldiği de gözetildiğinde özel kanunlarda izin verilenler dışında, kredi verme işlemi sadece bankalar tarafından yürütülen işlemler olarak sınıflandırmasına girer.¹²⁸

Mevduat ve katılım fonu toplama ve kredi verme faaliyetleri dışında bazı kanunlarda sadece bankalar tarafından yürütülecek faaliyetlerin sayıldığı hükümler vardır. Örnek vermek gerekirse Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki 32 sayılı Karar'da düzenlenen faaliyetlerin birçoğu sadece kredi kuruluşu niteliğindeki bankalarca yerine getirilir.¹²⁹

¹²⁵ Bankacılık Kanunu m.60/1 hükmüne göre: “Kredi kuruluşları ile özel kanunlarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişi, aslen veya fer'an meslek edinerek mevduat veya katılım fonu kabul edemez, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilân ve reklamlarında bu izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz.” Görüldüğü gibi mevduat ve katılım fonu toplama faaliyeti kredi kuruluşu sayılan bankaların (mevduat ve katılım bankaları) tekeli altındadır. Kanun hükmünde belirtildiği üzere mevduat ve katılım fonu kabulünün bankalara özgülenmiş bir işlem olması kuralının istisnaları vardır. Örneğin 1581 sayılı Kanuna göre tarım kredi kooperatifleri ve bölge birlikleri mevduat toplayabilir. Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.145.

¹²⁶ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.131; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.145; Başel, **a.g.e.** s.35.

¹²⁷ İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.49-50.

¹²⁸ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.145.

¹²⁹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.146; Başel, **a.g.e.** s.35.

Bankalarla birlikte diğerk gerçek veya tüzel kişilerce de yürütülebilen faaliyetlere, geniş anlamda bankacılık faaliyeti denilmektedir.¹³⁰ Geniş anlamda bankacılık faaliyeti sınıfına, Bankacılık Kanunu'nda sayılan faaliyetlerin büyük bir oğunluğ  girmektedir. Örneğın sermaye piyasası faaliyetleri bankaların yanı sıra yatırım firmalarınca da icra edilmektedir. Yine sigortalama faaliyeti bankalar ve sigorta acenteleri tarafından yürütülmekte olduğ  için geniş anlamda bankacılık faaliyeti sayılır.

IV. BANKALARIN YAPISI

A. Genel Olarak

Bankalar anonim şirket olarak kurulması zorunlu olan kuruluşlardır. (BankK. m.7) Hal böyle olunca bankaların anonim şirket olması, yapısı ve yönetimi hakkında bir karara varılırken Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirket ile ilgili hükümleri, Bankacılık Kanunu süzgecinden geçirilerek, Bankacılık Kanunu'nda konu ile alakalı bir düzenleme yapılmadığı ölçüde uygulanacaktır. Eğer bir konuda Bankacılık Kanunu'nda da bir düzenleme var ise, Bankacılık Kanunu'ndaki hüküm ön plana çıkacaktır. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen ana hüküm uygulanırken, kanunda düzenlenmeyen ya da eksik düzenlemelerin olduğ  hallerde ise yine genel kanun niteliğindeki TTK'nın uygulanması gündeme gelecektir.

Bankacılık Kanunu'nda, bankaların yapısına ilişkin düzenlemeler kurumsal yönetim başlığı altında toplanmıştır. Kurumsal yönetim kavramı da ilk olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer almıştır. Anonim ortaklık şeklinde kurulmuş işletmelerin, kurumsal yönetim ilkeleri ile idaresi diğerk şirket türlerine göre daha elverişli olduğ  söylenebilir.¹³¹ Bankalar günümüzde büyük öz sermaye gerektiren, büyük risklerin alındığı, ekonomik düzenin korunması bakımından önemli olan ve bunun yansıması olarak da yönetiminin ciddi olması gereken şirketlerdir. Anonim şirket olarak kurulan bankaların hatalar, suiistimaller ile buna bağı olarak ortaya çıkan iflaslardan korunabilmesi için kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak

¹³⁰  nceoğ lu, **Bankacılık Kanununda**, s.49; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.131; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.146.

¹³¹ Paşlı, **a.g.e.**, s.41.

yönetilmesi bir gerekliliktir.¹³² Kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak faaliyet gösteren bankalarda şeffaflık hesap verilebilirlik ve dış dış denetim imkanları olacağı için suç işlenmesi haliyle daha az vuku bulacaktır. Suç işlendiği takdirde ise suçun ortaya çıkarılması nispeten daha kolay olacaktır.

Kurumsal yönetim ilkelerine uygun banka yönetimi Bankalar Kanunu tarafından aranmaktadır. Bankacılık Kanunu'nda kurumsal yönetimin somut yansımalarını hissetmekteyiz. En önemli örneği daha önce de belirtildiği üzere bankanın yapısını düzenleyen maddeler 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda "Bankaların Teşkilat ve Organları" başlığı altında düzenlenirken¹³³ 5411 sayılı Kanun'da "kurumsal yönetim" başlığı altında düzenlenmiştir.¹³⁴ Esasen m.22'deki bu düzenleme kurumsal yönetim ile ilgili kuruluş birliklerinin ve sermaye piyasası kurulunun görüşlerinin yasal dayanağa kavuşmuş olması açısından önem arz etmektedir.¹³⁵ Kanun koyucu bu şekilde kural yerine ilke koyarak hem değişen kurumsal yönetim ilkelerini daha çabuk yakalamayı sağlamakta hem de tüm ilkeleri kanuna doldurmayarak, kanununun fazlaca uzun olmamasını sağlamıştır. Kurumsal yönetim ilkelerinin diğer somut yansımaları ise bankaların kuruluş aşamalarında (m.7, 9, 10, 13, 14) koruyucu düzenlemelerde (m.43), yerinde denetim ve gözetimde (m.95) iç sistemler, yetkili kuruluşlar ve finansal raporlama süreçlerinde (m.28-42) ortaya çıkmaktadır.

Kurul, Bankacılık Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanarak "Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik" çıkartmıştır.¹³⁶ Bu yönetmelikte kurumsal yönetim, "*Banka üst yönetiminin bankayı, belirlenmiş hedefler, Kanun, Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemeler ile ilgili diğer mevzuat, ana sözleşme ve banka içi düzenlemeler ile bankacılık etik kuralları doğrultusunda, tüm menfaat ve pay sahipleri ile tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruyacak biçimde yönetimi*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan çıkarılacak sonuç banka yönetim

¹³² Paslı, a.g.e., s.43.

¹³³ Bkz.4389 sayılı Kanun m.9.

¹³⁴ Bkz. 5411 sayılı Kanun m.22: "*Kurumsal yönetime ilişkin yapı ve süreçler ve bunlara ilişkin ilkeler Sermaye Piyasası Kurulu ile kuruluş birliklerinin de görüşü alınarak Kurul tarafından belirlenir.*"

¹³⁵ Altay, a.g.e., s.31.

¹³⁶ Bkz. RG. 01.11.2006, 26333.

kurulu ve diğer üst düzey yönetim kurullarının kurumsal yönetimi sağlamak konusunda sorumluluk sahibi olduğudur. Bu da bankanın üst düzey organlarının kim olduğunun bilinmesinin önemini ortaya koymaktadır.

Kurul yönetmelik ekinde kurumsal yönetim ile ilgili yedi ana ilke belirlemiştir. Bu ilkelerden konu başlığımız olan bankanın organları ile ilişkili olan 3. ve 4. ilke¹³⁷ incelendiğinde banka organlarının neler olduğunun belirtilmesi ve bu organ ve üst düzey kişiler hakkında bilgi verilmesi zarureti doğmaktadır. Bu ilkelerin benzerleri Basel Komitesinin etkin kurumsal yönetimin sağlanmasına ilişkin ilkeleriyle benzerlik göstermektedir.¹³⁸

Çalışmamızın konusunu oluşturan, Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmeti suçlarında bankaların yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer üst düzey yöneticilerin suçun faili olma ihtimallerinin olması bu organ ve kişilerin kısaca ne olduğu, hangi özellikleri taşıdıkları, yetkilerinin ve sorumluluklarının ne olduğunun belirtilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Genel kurul da şüphesiz bankanın organlarından. Ancak çalışma konumuz açısından fazla önem arz etmediği için daha ziyade yönetim kurulu ve denetim kurulu ana başlıklarında bankanın yapısı kavramı açıklanacaktır.

B. Yönetim Kurulu

Banka tüzel kişiliği faaliyetlerini organları vasıtasıyla yürütmektedir. Bankaların karar alma ve uygulama açısından en önemli organı yönetim kuruludur. Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu düzenlemelerinin yönetim kurulu ile ilgili maddeleri incelendiğinde genel olarak bir paralellik görülmektedir.¹³⁹ Yönetim kuruluna ilişkin hususlar 23. maddede

¹³⁷ Bkz. 26333 sayılı Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik:

İlke 3- *Yönetim kurulu üyeleri, görevlerini etkin bir şekilde yerine getirecek nitelikleri haiz ve kurumsal yönetimde üstlenmiş oldukları rolün bilincinde olmalı ve banka faaliyetleri hakkında bağımsız değerlendirme yapabilmelidir.*

İlke 4- *Üst düzey yönetim görevlerini etkin bir şekilde yerine getirecek nitelikleri haiz ve kurumsal yönetimde üstlenmiş oldukları rolün bilincinde olmalıdır.*

¹³⁸ Melike Alparslan, “Bankacılık Sistemlerinde Düzenleyici Rejim ve Temel İlkeleri”, **Bankacılar Dergisi**, S.34,2000, s.62-63.

¹³⁹ Donay, **Bankalar için yeni Yasa**, s.234.

düzenlenmiştir. Kanuna göre yönetim kurulu üyesi olan genel müdür ve Murahhas üye bu başlık altında incelenecektir.

Bankacılık Kanunu'nda, TTK'dan farklı olarak yönetim kurulunun en az beş kişiden oluşması gerektiği düzenlenmiştir. Bankaların önem arz eden kurumlar olması ile işlemlerinin fazlalığı ve buna bağlı olarak artan iş yoğunluğu gereği TTK'daki sayıdan fazla sayıda yönetim kurulu üyesi zorunluluğu getirilmesi haklı görünmektedir. Yönetim kurulu üyeleri başlangıçta ana sözleşme ile seçilir. Daha sonraki dönemlerde ise tarafından yönetim kurulu üyeleri, genel kurul tarafından seçilmektedirler. Fona devredilmiş bankalarda genel kurul yönetim kurulu seçme yetkisini TMSF lehine kaybeder. Fona devredilmemiş ancak BDDK tarafından finansal durumu sebebiyle iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemlerin alındığı bankalarda da genel kurulun bu yetkisi sınırlandırılabilir.¹⁴⁰

BankK. m.23'de yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için, genel müdürde aranan şartların sağlanması gerekmektedir. Yani Banka yönetim kurulu üyelerinin yarıdan fazlası, hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde, mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az on yıllık meslekî deneyime sahip olmaları şarttır. Kanunun, banka yönetiminde yer alanların belirli alanlarda eğitim almış ve belirli bir süre sektörde çalışmış olmaları şartı, bankaların uzman kişilerce yönetilmesini araması bakımından önemlidir. Böylece bankayı yöneten kişiler hakları ve sorumluluklarını daha iyi bilecek ve bankacılık düzeni dışına çıkmayacaklardır. Hükümet gerekçesinde bu şartın amacının iyi yönetimin hakim kılınması olduğu belirtilmektedir.

Yönetim kurulu üyeliğine seçilebilmek için ayrıca BankK. m.8 (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılı kurucularda aranan şartların sağlanması gerekmektedir. Yönetim kurulu üyesince sağlanan şartlar, banka tarafından kurula, üyenin görevlendirilmesinden itibaren 7 gün içinde bildirilir. Bu şartlara sahip olmayan kişiler yönetim kurulu üyesi olarak seçilemeyeceği gibi seçilmiş olsalar bile

¹⁴⁰ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.174.

BDDK'ya yapılacak bildirim üzerine bu hususlar resen incelenecektir. Bu şartların daha sonra kaybedilmesinde ise yönetim kurulu üyeliği kendiliğinden, ayrıca bir karara gerek kalmadan sona erecektir.¹⁴¹

Merkezi yurt dışında bulunan bankaların Türkiye'de şube açmaları halinde ise yönetim kurulu hükmünde bir müdürler kurulu kurulması şart koşulmuştur. Yani Türkiye'de şube açmış yabancı bankaların yönetimi müdürler kurulu tarafından yapılacaktır. Bu kurulun en az üç kişiden meydana gelmesi gerekmektedir. Merkez şube müdürü bu kurulun üyesi olması zorunludur. Diğer şartlar bakımından yönetim kurulunda aranan şartlar geçerlidir. Yani müdürler kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası için genel müdür olma şartları aranacaktır. Yine müdürler kurulu üyeleri m.8 de sayılı şartlardan a, b, c ve d bentlerindeki şartları sağlaması gerekecektir. Konumuz bakımından önemli olan ise müdürler kurulu üyeleri aslında zimmeti düzenleyen suçta sayılmamasına rağmen yönetim kurulu hükmünde olduğu için suçun faili olabileceklerdir.

Yönetim kurulu üyelerinin görev süresi konusunda Bankacılık Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu yüzden TTK hükümleri söz konusu olmakta ve yönetim kurulu üyelerinin görev süresi en çok üç yıl süreyle seçilebilmektedirler. Görev süresi dolmadan boşalan üyelik için TTK m.363 uyarınca yönetim kurulu atama yapabilecektir. Bu yeni atanan kişilerin de Bankacılık Kanunu'ndaki şartları taşıması gerekir.

Bankacılık Kanunu m.27 ye göre yönetim kuruluna seçilenler veya atananlar ticaret mahkemesi önünde yemin etmeleri gerekmektedir.¹⁴² Bu kişilerin mal beyanında bulunmaları da zorunlu tutulmuştur.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları 4389 sayılı Kanun'da belirtilmemişken 5411 sayılı Kanun'un 23. ve 41. maddelerinde belirtilmeleri

¹⁴¹ Neşe Caymaz, **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s.17.

¹⁴² **Bank. K. m.27.-** “Bankaların yönetim kurulu üyeleri ile müdürler kurulu başkan ve üyeleri, seçilmeleri veya atanmalarından sonra yerel ticaret mahkemesi huzurunda yemin etmedikçe göreve başlayamazlar. Bu kişiler ile genel müdür ve yardımcılar ve imza yetkisine sahip mensuplarından, bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri 3628 sayılı *Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu* hükümlerine tabidirler. Yemin ve mal beyanına ilişkin usûl ve esaslar Kurulca belirlenir.”

kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk açısından önemlidir. 23. madde incelendiğinde görülecektir ki, iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin ilgili mevzuata uygun olarak tesis edilmesi, işlerliğinin, uygunluğunun ve yeterliliğinin sağlanması, finansal raporlama sistemlerinin güvence altına alınması, banka içindeki yetki ve sorumlulukların belirlenmesi, yönetim kurulunun sorumluluğundadır. BankK. m.41 uyarınca yönetim kurulu, faaliyetlerin muhasebeleştirilmesi, finansal tabloların hazırlanması, onaylanması, denetlenmesi, yetkili mercilere sunulması ve yayımlanması dâhil finansal raporlama sistemini, görev, yetki ve sorumlulukları belirlemek, bilgi sistemlerini yeterli hale getirmek ve uygulamayı gözetmekle yükümlüdür.

Konumuz bakımından önem arz eden kredi açma yetkisi esasen yönetim kuruluna devredilmiştir. Yönetim kurulu bu yetkisini, kurulun belirleyeceği esaslar çerçevesinde kredi komitesine veya genel müdürlüğe devredebilecektir. Genel Müdürlük kendisine devredilen kredi açma yetkisini bölge müdürlükleri veya şubeler aracılığıyla da kullanabilir. Eğer bu yetki devredilmişse bu yetki devrinden dolayı kredi açma bakımından yönetim kurulunun sorumluluğu doğmayacaktır.¹⁴³

Bankaların yönetim kurulunda yer alan genel müdür ile Murahhas üye sıfatlarını taşıyan kişiler önem arz ettiği için yönetim kurulu ana başlığı altından anlatılması konunun bütünlüğünü sarsmaması açısından önemlidir. Yine banka yönetim kurulu üyelerinin tüzel kişi olup olamayacağı tartışması doktrinde çokça yer almaktadır. Bu tartışmanın bankacılık zimmeti suçu açısından önem taşıması bu tartışmanın ayrı alt başlık şeklinde ele alınması gerekliliğini doğurmaktadır.

1. Tüzel Kişilerin Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olup, Olamaması

6102 sayılı TTK m.359/2 hükmü ile anonim şirketlerin yönetim kurullarında tüzel kişilerin yer alabilmesinin önü açılmıştır. Bankacılık Kanunu'nda bunu yasaklayan bir maddenin yer almaması ve BDDK'nın bu konuyla ilgili karar alarak¹⁴⁴ tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasını yasaklaması

¹⁴³ Donay, **Bankalar için yeni Yasa**, s.234; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.97.

¹⁴⁴ Bkz. BDDK'nın 20.09.2012 tarih ve 4945 sayılı Kararı.

doktrinde tartışma konusu olmuştur. Ayrıca Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 25. maddesine göre anonim şirketlerin yönetim kurullarındaki tüzel kişi temsilcilerinin 3 ay içine istifa etmesi zorunluluğunun da bulunması konuyu bankalar hususunda daha içinden çıkılmaz kılmaktadır. Bu halde bankanın yönetim kurulunda eskiden beridir olan şekliyle banka ortağı tüzel kişinin temsilcisi, Kanun hükmüne göre istifa etmek durumunda kalacaktır. BDDK da aldığı karar ile tüzel kişilerin yönetim kurulunda temsilini yasakladığı göz önünde tutulduğunda, bankanın yüksek oranda payına sahip olan tüzel kişilerin bankanın yönetiminde temsil edilememesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu durum banka ortağı tüzel kişileri inançlı işlem gibi yollara itebilmektedir. Bu durum da aslında inançlı işlemle yönetim kurulunda yer alan tüzel kişinin hukuki sorumluluğunun tespitini zorlaştırmaktadır.¹⁴⁵ Konuyu daha derinlemesine incelemek gerekmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu eski TTK döneminde ve ortak hükümler içermesi sebebiyle buna uygun hazırlanmış bir kanundur. Eski Kanun döneminde yönetim kurullarında tüzel kişiler ancak bir temsilci ile temsil edilebiliyorlardı. Bankalar bakımından da Bankalar Kanunu'nda aksine hüküm bulunmadığından böyle bir uygulama mümkündü. Buradan çıkarılan sonuç eski TTK tüzel kişilerin yönetim kurulunda temsil edilmesine temsilci vasıtasıyla da olsa izin vermiştir.¹⁴⁶

6102 sayılı Kanun ile tüzel kişilerin anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olabilmeleri imkanı tanınmıştır. Günümüzde hala bu hüküm çerçevesinde Bankacılık Kanunu'nda buna paralel veya aykırı herhangi bir hüküm yürürlüğe koyulmamıştır. İlk bakışta tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olmasını yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı için TTK'daki hükmün bankalara da tatbik edilmesi doktrinde değerlendirilmiştir.¹⁴⁷

BDDK'nın tüzel kişilerin banka yönetim kurulunda yer alıp alamayacağına ilişkin 25.09.2012 tarih, 19304 ve 19305 sayılı yazıları¹⁴⁸ incelendiğinde varılan esas

¹⁴⁵ Mehmet Çelebi Can, "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, 2016, s.58-59.

¹⁴⁶ Can, **a.g.e.**, s.29-30.

¹⁴⁷ Caymaz, **a.g.e.**, s.19.

¹⁴⁸ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun 25/09/2012 tarihli 19304 ve 19305 sayılı yazıları: " Bilindiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) 359 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundan farklı olarak tüzel kişilerin de

sonuç; bankacılık mevzuatının gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerini esas olarak düzenlenmesi dolayısıyla tüzel kişilerin banka yönetim kurullarında yer alma imkanının olmadığıdır. Verilen 4945 sayılı Karara ve buna uygun olarak bankalara yazılan yazılara rağmen bir tüzel kişinin banka yönetim kuruluna atanması BDDK'nın reddi ile karşılaşacaktır.

Tüzel kişilerin bankaların yönetim kurulu üyesi olabilmesini yasaklayan kurul kararı doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinde aranan şartlardan olan belli eğitimleri almış olma şartı yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlası bakımından aranacağı için tüzel kişilerin bu şartı sağlama zorunlu bir unsur değildir. Yönetim kurulu üyelerinin Bankacılık Kanunu m.8/a, b, c ve d bentlerindeki şartları sağlama hususunda da aranan şartlar tüzel kişiler bakımından da sağlanabileceği için uygulamada tüzel kişilerin banka yönetim kurulu üyesi olmasına engel teşkil etmeyecektir.¹⁴⁹ Bir diğer eleştiri de kurulun bu kararı alırken ki yetkisine getirilmektedir. Kurulun banka yönetim kurulunda tüzel kişilerin yer alıp alamayacağına dair düzenleme yapma yetkisi ne Bankacılık Kanunu'nda ne de diğer kanunlarda yer almaktadır. Bu yüzden kurul kararı yetki yönünden de sakat görülmektedir.¹⁵⁰

Tüzel kişilerin bankalarda yönetim kurulu üyesi olup olamayacağına dair çalışma konumuz olan zimmet suçu çerçevesinde bakıldığı zaman 160. maddedeki yönetim kurulu üyesi lafzından, tüzel kişi yönetim kurulu üyeleri tarafından belirlenerek tescil ve ilân ettirilecek olan gerçek kişileri anlamalıyız. Bu şekilde zimmet suçu bağlamında bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Yoksa tüzel kişilerin suç

yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan tanımaktadır. Kurumumuzca değerlendirilen konu Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 20.09.2012 tarihli toplantısında gündeme alınmış olup, TTK'nın 359 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası tüzel kişilerin de yönetim kurulu üyesi olmalarına imkan vermekle birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun ve ilgili mevzuatın gerçek kişileri esas olarak düzenlenmesi ve yönetim kurulu üyelerinin taşınması gerekli nitelikler ve yüklendikleri fonksiyonlar ile TTK'nın 210 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası dikkate alınarak, Kurumumuz gözetim ve denetimine tabi anonim şirketlerin yönetim kurulunun gerçek kişilerden oluşması yönündeki uygulamanın devamına karar verilmiştir. Bilgi edinilmesi ve bahse konu kararın tüm üye bankalara duyurularak sonucundan Kurumumuza bilgi verilmesi hususunda gereğini rica ederim”.

¹⁴⁹ Can, **a.g.e.**, s.48-49, 52-53.

¹⁵⁰ Can, **a.g.e.**, s.51-52.

faili olması düşünülemez.¹⁵¹ Gerek Anayasa'nın 38'inci gerekse Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 20'nci maddelerinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği banka yönetim kurulunda yer alan tüzel kişinin eli kolu niteliğindeki, tescil ve ilan edilmiş gerçek kişi, suçun faili olabilir. Sonuç olarak kanaatimizce zimmet suçu bağlamında banka yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması bakımından bir sorun yoktur.

2. Genel Müdür ve Yardımcıları

Genel müdürlük makamı bankalar için zorunlu tutulmuş bir organdır. Keza diğer anonim şirketlerde bu şekilde bir organ zorunlu tutulmamıştır. Bunun nedeni bankacılığın icrasının uzmanlık gerektirmesi, işlemlerinin ve personelinin çokluğudur.¹⁵² Bankanın böylesine çok ve karmaşık işlemleri için bu konuda uzman bir kişi istihdamı gerekmektedir.

Genel müdür ve yardımcıları Bankacılık Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre genel müdürün ekonomi hukuk ve yönetim konularında uzmanlaşmış olması aranmaktadır. Madde kapsamında sayılan hukuk iktisat maliye bankacılık işletme kamu yönetimi lisans programları içerisinde ekonomi hukuk ve yönetim disiplinine dair dersler barındırmaktadır. Bunun dışında olan mühendislik lisans programını okuyanlar ise ancak on yıl süre ile bankacılık ve işletmecilik alanında çalışması şartıyla genel müdürlük yapabileceklerdir.¹⁵³ Görüldüğü üzere Bankacılık Kanunu, genel müdürün önemli görevleri nedeniyle bu sığata sahip olacak kişinin belli konularda uzmanlaşmış olmasını aramaktadır.

Genel müdür yardımcılığı için Kanun en az yedi yıllık mesleki deneyime sahip olmayı aramaktadır. Yardımcılığa seçilecek kişilerin en az üçte ikisinin yukarıda belirtilen alanlarda lisans düzeyinde eğitim almış olması gerekmektedir. Kanun genel müdür yardımcılarının kim olduğunu belirlemede sığata bakmamıştır.

¹⁵¹ Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku; Bankacılık Suçları**, Cilt V, İstanbul, İ.U. Fen Fakültesi Basım Atölyesi, 1984, s.122.

¹⁵² Can Şerbetçi, **Bankacılık Hukukunda Yöneticilerin Cezai Sorumlulukları**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.14.

¹⁵³ Bu şartların sağlanması OECD'nin kurumsal yönetim ilkeleri ve Basel direktiflerine göre yönetim kalitesinin ve etkin gözetim – denetimin sağlanmasına uyum sağlanması bakımından önem arz etmektedir. Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.177.

Genel müdür yardımcılarının yürütebileceği işlemleri her ne sıfatla olursa olsun yürüten kişi genel müdür yardımcısı sayılmış ve böylece genel müdür yardımcılarının tabi olmak zorunda olduğu kurallara uyması aranmıştır.

Genel müdür yönetim kurulunun asıl üyesidir. Ancak genel müdür ayrıca yönetim kurulu başkanı olamamaktadır. Yönetim kurulu başkanı bankayı temsil ve idare ederken, genel müdür icranın başıdır. Bu bakımdan yönetim kuruluna karşı sorumludur. Zaten sorumlu olduğu kurulun başkanı olması abesle iştigal olacaktır. Kanunda açıkça yazmamakla beraber aynı nedenle, genel müdürün yönetim kurulu başkan yardımcısı da olamayacağı kabul edilmiştir.¹⁵⁴ Bu durum Kanunun kurumsal yönetim ve uluslararası kuruluşların ilkelerine uyumlu bir genel müdürlük makamı tesis ettiği şeklinde yorumlanabilir. Genel müdür, bulunmadığı hallerde vekili, yönetim kurulunun doğal üyesidir.

Bankacılık Kanunu 25. maddesinin 3. fıkrasına göre genel müdürün ve yardımcılarının atanmadan önce Kuruma bildirilmesi şart koşulmuştur. Kurum bunun üzerine yedi gün içinde söz konusu kişiler hakkında olumsuz görüş bildirmezse genel müdür veya yardımcıları atanabilir. Kurulun hiç görüş bildirmemesi bu kişilerin atamalarının yapılması ile sonuçlanır. Yine genel müdürlük ve yardımcılıklarında herhangi bir ayrılma gündeme geldiğinde Kuruma bu durumun yedi gün içerisinde bankaca bildirilmesi şarttır. Kurum bu durumda herhangi bir karar veremez çünkü bankaca yapılan duyuru bildirim niteliğindedir. Kurum, koyulan bu hükümlerle bankanın kimler tarafından yönetildiğini takip etme olanağına sahiptir.¹⁵⁵

BankK. 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şartları taşımayan kişiler, bankalarda; genel müdür, genel müdür yardımcısı olarak çalıştırılamazlar. Kurum yaptığı denetimler sonucunda Kanuna aykırı işlemler yapan ve bankanın emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düşüren ve haklarında kovuşturma talep edilen genel müdür ve yardımcılarının yetkilerini kaldırmak zorundadır. Bu kişiler kovuşturma devam ettiği sürece hiçbir bankada imza yetkili personel olarak çalıştırılamaz. Bu maddenin uygulanabilmesi için Kurumca halen devam etmekte olan kovuşturmaları da gösteren, adli sicile benzer bir sicil tutulması

¹⁵⁴ Caymaz, a.g.e., s.18.

¹⁵⁵ Donay, **Bankalar için yeni Yasa**, s. 234.

gerekmektedir.¹⁵⁶ Sicil tutma gerekliliği Kurum bakımından yapıldığı ölçüde bu hüküm bir anlam ifade edecektir.

Son olarak yurt dışında kurulmuş olan bankaların Türkiye'deki merkez şubesi müdürü, atanmalarına veya görevden ayrılmalarına ilişkin yükümlülükler bakımından, genel müdür gibi değerlendirileceklerdir. Ayrıca merkez şubesi müdürü, genel müdürün sahip olması gereken özelliklere sahip olmalıdır.

3. Murahhas Üyelik

Murahhas üyelik kavramı esasen Türk Ticaret Kanununda yer almakla birlikte 5411 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre bankalar bakımından da murahhas üyelik makamı geçerli olacaktır. TTK m.370'e göre yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Ancak bankalar bakımından böylesine önemli görevleri olan yönetim kurulunun yetkilerini murahhas üyeye devretmesi halinde, Bankacılık Kanunu murahhas üyenin genel müdürde aranan şartları taşımasını zorunlu kılmıştır.

Murahhas üyeye bırakılan yetkilerde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu artık söz konusu olmamaktadır. Bu sorumluluk cezai sorumluluk bakımından ele alındığında, murahhas üyeye devredilen yetkiler kullanılarak zimmet suçu işlenmesi halinde fail murahhas üye olacaktır. Denetim ve gözetim yükümlülüğü diğer kişiler tarafından kasten yerine getirilmemiş ise denetim ve gözetimden sorumlu diğer kişilerin sorumlulukları da gündeme gelebilmektedir.

Bazı yetkiler Bankacılık Kanunu m.23'te sadece yönetim kurulunun kullanımına terkedilmiştir. Bu yetkiler murahhas üyelere devredilemezler. Örnek vermek gerekirse: İç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin ilgili mevzuata uygun olarak tesis edilmesi, işlerliğinin, uygunluğunun ve yeterliliğinin sağlanması, finansal raporlama sistemlerinin güvence altına alınması, banka içindeki yetki ve sorumlulukların belirlenmesi, sadece yönetim kurulunun sorumluluğundadır.

¹⁵⁶ Donay, **Bankalar için yeni Yasa**, s.235.

Yönetim kurulunca Murahhas üyelerle devredilen yetkiler hakkında yönetim kurulunun aldığı kararlar da geçerlidir.¹⁵⁷

C. Denetim Komitesi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun getirdiği yeniliklerden biri de yönetim kurulunun denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesinde rol oynayan denetim komitesinin kurulması olmuştur. TTK hükümlerine göre denetim ve gözetimle ilgili organların kurulması tamamen ihtiyaridir. Ancak bankalar bakımından denetim komitesinin kurulması zorunlu hale getirilmiştir.

BankK. m.24 gereğince Türkiye'de kurulu bankalarda icrai faaliyet yürütmeyen yönetim kurulu üyelerinden en az ikisi denetim kurulu üyesi olarak atanacaktır. Kişi sayısı yurt dışında kurulmuş ancak Türkiye'de şube açma izni almış bankalar bakımından, müdürler kurulu üyelerinden biri ile sınırlandırılmıştır. Genel kurul kararı ile yeni yönetim kurulu üyesi seçilmiş ise denetim komitesindeki üyelerin de görevi sona ermiş olacaktır. Yine yönetim kurulunun aldığı bir karar ile denetim komitesi üyeleri atandıkları gibi görevden de alınabilir. BankK. m.67 hükmüne göre şartlar gerçekleşirse BDDK'nın uygulayacağı önlemler ile de denetim komitesi üyeleri görevden alınabilir.¹⁵⁸

Denetim komitesine atanacak yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken özellikler kurulun düzenleyici işlemlerine bırakılmıştır.¹⁵⁹ Bu şartları sağlayan kişiler atamasının yapılmasından sonra yedi gün içinde Kuruma bildirilir. Bu bildirim izin alma niteliğinde değildir. Bu bildirim BDDK'nın, bankanın denetiminde kimlerin yer aldığının bilmesi bakımından önemlidir. Özellikle kontrol eden ortak zimmeti suçunda, bankayı kontrol edenlerin bilinmesi denetim komisyonunda ve yönetim kurulunda kimlerin yer aldığının bilinmesine bağlıdır.

Kanunda denetim komitesinin görevleri ve sorumlulukları sayılmıştır. Buna göre denetim komitesi; yönetim kurulu adına bankanın iç kontrol, risk yönetimi ve iç

¹⁵⁷ Şerbetçi, **a.g.e.**, s.17.

¹⁵⁸ Altay, **a.g.e.**, s.35.

¹⁵⁹ Denetim komitesinin sağlaması gereken nitelikler iç sistemler yönetmeliğinde (m.6) sayılmıştır. Buna göre denetim komitesi üyelerinin sahip olması gereken bir eğitim ve deneyim şartı vardır. Diğer şartlarda öne çıkan özellik üyelerin tarafsız olmalarıyla ilişkilidir. Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.179.

denetim sistemlerinin etkinliğini ve yeterliliğini, bu sistemler ile muhasebe ve raporlama sistemlerinin Bankacılık Kanunu ve ilgili düzenlemeler çerçevesinde işleyişini ve üretilen bilgilerin bütünlüğünü gözetmek, bağımsız denetim kuruluşlarının yönetim kurulu tarafından seçilmesinde gerekli ön değerlendirmeleri yapmak, yönetim kurulu tarafından seçilen bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyetlerini düzenli olarak izlemek, bu Kanun kapsamında ana ortaklık niteliğindeki kuruluşlarda, konsolide denetime tabi kuruluşların iç denetim işlevlerinin konsolide olarak sürdürülmesini ve eşgüdümünü sağlamakla görevli ve sorumludur. Komite görevini yaparken bankanın tüm birimleri ile anlaşmalı destek hizmet birimlerinden ve bağımsız denetim kuruluşlarından bilgi, belge almaya ve bazı konularda danışmanlık hizmeti almaya yetkilidir.¹⁶⁰ Görüldüğü üzere denetim komitesi yönetim kurulu tarafından yapılan bazı işlemlerin denetlenmesini de üstlenmektedir. Bu yüzden denetim komitesi üyelerini yönetim kurulu içinden yönetim kurulunca seçilmesi, etkili bir denetimin sağlanamayacağı korkusuyla eleştirilmektedir.¹⁶¹

Denetim komitesinin esas amacı bankanın faaliyetlerinin bankacılık düzenine, kanunlara, Basel ve OECD kurallarına uygun şekilde yürütülüp yürütülmediğini denetlemek; böylelikle bankanın sürekliliğini ve bankalara olan güveni sağlamaktır. Bu açıdan zimmet suçlarının ortaya çıkarılmasında bankanın önemli bir organıdır.

V. EKONOMİK SUÇLAR VE BANKACILIK SUÇLARI

A. Genel Olarak

İnsan yaratılışından beri belli düşüncülerle ve belli amaçlarla hukuk düzeninin cevaz vermediği hareketlerde bulunmuş ve suç işleme eğiliminde olmuştur. Bu hareketlerle ceza hukuku ve buna bağlı olarak da ceza hukukçuları ilgilenmiştir. Ceza hukukçuları suçları sürekli kategorize etmeye ve bu şekilde suçları anlamlandırmaya çalışmıştır. İnsanlığın yıllara yayılan gelişimi de işlenen suçların nitelik ve nicelik olarak büyümesine yol açmıştır. Suçları kategorize etme ve anlamlandırmaya çalışma çabası sonucu birtakım ana başlıklar ortaya çıkarmış ve

¹⁶⁰ Caymaz, **a.g.e.**, s.7.

¹⁶¹ Battal, **Bankalar Kanunu**, s.150-154; Altay, **a.g.e.**, s.36; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.103.

doktrin bu ana başlıkların nasıl olması gerektiği ve hangi suçların hangi ana başlık altında sayılacağını belirleme gayreti göstermiştir. Bunun bir sonucunu Türk Ceza Kanunu'nda görmekteyiz.

Kanun koyucu da suçları sistematik bir şekilde yazıya geçirmek amacıyla daha özel nitelikli çeşitli alt başlıklar altında suçları düzenlemiştir. Örnek vermek gerekirse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kısmında kişiler karşı suçlar, topluma karşı suçlar ve millete ve devlete karşı suçlar başlıkları düzenlenmiş ve bu başlıklar daha spesifik alt başlıklara ayrılıp suçlar sistematik bir biçimde sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Konumuz açısından önem arz eden ekonomik suçlar TCK'da "ekonomi sanayii ve ticarete ilişkin suçlar" başlığında, topluma karşı suçlar başlığı altında sayılmışlardır. Görülecektir ki TCK'daki sınıflandırma konumuz bağlamında açıklayacak olduğumuz ekonomik suçlar kavramını tam olarak karşılayamamaktadır. Ekonomik suçlar anlatılacağı üzere daha geniş bir alanı ifade etmektedir.

Ekonomik suçların ortaya çıkışından bahsetmek gerekirse; ekonomik suçlar için özellikle 20. yüzyılın ilk yarısında vuku bulan ekonomik bunalım sonrası ortaya çıkmış ve tartışılmaya başlanmıştır diyebiliriz.¹⁶² Ekonomik suçlar bu yüzyıldan önce de işleniyordu ancak doktrinin bu konuyu ele alması 20. Yüzyılda olmuştur.

Bankacılık suçları da banka sektörünün gelişmesi ile birlikte oluşmuş ve ekonomik suçlar üst kategorisi altında incelenmiştir.

Konumuz kapsamındaki Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçlarının özelliklerinin daha iyi anlaşılabilmesi için derinlemesine tartışmalara girmeden ekonomik suçların neler olduğu, özellikleri ve bankacılık suçları hakkında genel bilgiler vermek gerekliliği hâsıl olmuştur.

¹⁶² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.27; Şehnaz Cin Şensoy, "Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçluların Kriminolojik Özellikleri", **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.829.

B. Ekonomik Suçlar

1. Ekonomik Suç Kavramı ve Tanımı

Ekonomik suç kavramı, gelişen iktisadi düzen ve ilişkilerin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ekonomik düzen devletlerin devamı ve toplumsal huzur bakımından önem arz ettiği için bu düzeni ihlal edenlerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Çalışmamız kapsamındaki Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçlarının daha iyi anlaşılabilmesi için ekonomik suç kavramından da kısaca bahsedilmesi gerekmektedir. Ekonomik suçlar kavramının açıklanabilmesi için ekonomik suç kavramının ortaya çıkmasında etkili olan beyaz yaka suçluluğunun (white collar criminality) incelenmesi önem arz eder.

Beyaz yaka suçu kavramı kriminolog Edwin H. Sutherland tarafından makalesinde kullandığı bir terim olarak ortaya çıkmıştır. Beyaz yaka suçları yaptığı işler dolayısıyla belli bir saygınlığa ve sosyal statüye sahip kişilerin işlerini yürütürken işledikleri suçlar olarak tanımlanabilir. Böylece bir suçun beyaz yaka suçu olması için fail ve yapılan meslek bakımından belli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Failin toplumda saygın bir kişilik olması ve belli bir statüde olması tek başına yeterli değildir. Buradaki saygınlık kavramı, “işinden dolayı güvenilen kişi” şeklinde anlaşılması gerekir. Bundan başka suçun, failin mesleğini icrası çerçevesinde işlemesi gerekmektedir.¹⁶³ Yani suçun, failin mesleki bilgi kullanımı ile işlenmesi aranan unsurdur.¹⁶⁴ Konumuz çerçevesinde örnek vermek gerekirse esasen güveni kötüye kullanma suçu olan ve ondan türetilmiş bankacılık zimmeti suçu, beyaz yaka suçu sayılır. Çünkü bankada çalışan kişi işi dolayısıyla kendine güvenilen kişidir. Ayrıca bankacılık faaliyeti çerçevesinde yani mesleki faaliyet yürütülürken bu suç işlenmiştir. Ancak kullanılması için verilen bir malı kendine mal edinen kişi güveni kötüye kullanma suçu işlemesi halinde bu suç beyaz yaka suçu sayılmayacaktır.

¹⁶³ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.28.

¹⁶⁴ Cin Şensoy, **a.g.e.**, s.833.

Beyaz yaka suçları dar anlamda ekonomik suçlar sayılmaktadır.¹⁶⁵ Beyaz yaka suçları ile ekonomik suçlar anlatılacağı üzere suçun etkileri, soruşturulma ve kovuşturulma aşamasındaki sorunlar bakımından benzerlik göstermektedir.

Ekonomik suçlar, bakış açısına göre içinde birçok bağımsız suç tipini içinde barındırabilir. Uluslararası doktrinde ekonomik suçların hangi suç tiplerini içine aldığı, hangilerini kapsamı dışında bıraktığı konusunda bir görüş birliği yoktur. Ekonomik suçların genel kapsamlı bir üst kavram olduğu ve doktrindeki kabul edilen görüşlere göre içinin doldurulduğunu söyleyebiliriz.

Ekonomik suçların tanımın yapılabilmesi ve bu suçların neler olduğunun bu suretle belirtilmesi mümkün görülmemektedir.¹⁶⁶ Ekonomik suçlar kavramında yıllardan beri süregelen terminolojik bir sorun da göze çarpmaktadır. Şöyle ki çoğu zaman ekonomik suçlar yerine, ticari kuralları ihlal eden suçlara “ticari suçlar” ; özel sektör maliyesi kurallarına aykırı hareketi içeren suçlara “mali suçlar” şeklinde niteleme yapılmaktadır.¹⁶⁷ Görüldüğü üzere bu dağılma ekonomik suçun aslında ne olduğunu belirlemeyi zorlaştırmaktadır. Ekonomik suçlar hakkında bugün için yapılmaya çalışılacak tanımın yarın, değişen ekonomik düzen çerçevesinde bir anlamı kalmayacaktır. Ancak çeşitli kriterler belirlenip, bu kriterleri sağlayan suçlar bakımından çıkarımlarda bulunmak daha doğru olacaktır.

Ekonomik suç kavramını tanımlamak için doktrinde kriminolojik (fail kriteri), hukuki (hukuki değer kriteri), ve ceza muhakemesi açılarından açıklamalarda bulunulmuş ve ekonomik suç açıklanmaya çalışılmıştır.¹⁶⁸

Kriminolojik açıdan ekonomik suçlar ile ilgili ifade edilen görüşler faili esas alır; failin özellikleri ekonomik suçların belirlenmesinde adeta bir göstergedir. Ekonomik suçlar bu doğrultuda iki doktrin tarafından farklı şekilde açıklanmaya çalışılmıştır. Alman ve Anglo-Sakson doktrinine göre bir mesleğin yürütülmesi

¹⁶⁵ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.34.

¹⁶⁶ Cin Şensoy, a.g.e., s.831; Bu konuda bir kavram birliğine varılamamış olması da doktrinde farklı tanımların ortaya çıkmasının etkenlerinden biridir. Mali suçlar, ticari suçlar, ekonomik suçlar, hatta iş hayatına ilişkin suçlar (business crime) ve piyasa suçları (marketplace crime) kimi zaman aynı anlamlarda, kimi zaman ise farklı suçları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.6.

¹⁶⁷ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.40.

¹⁶⁸ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.33.

esnasında işlenen suçlar ekonomik suçları oluşturur.¹⁶⁹ İşlenen suçun meslek ile ilgisi aranır. Her mesleğin kendine has kuralları vardır. Bazı meslek erbapları mesleklerini icra ederken müspet yoldan ayrılp hukuk düzeninin yasakladığı yollara girmeye tevessül edebilirler. Aslında bu kişiler meslek harici saygın ve dürüst kişilerdir. Ancak mesleklerini yürütürken fazla kazanç uğruna kendilerine meslekleri dolayısıyla duyulan güveni istismar ederek suç işlerler.¹⁷⁰ Suçu işleyen kişiler çoğu zaman çalışan durumundadır. Ekonomik suçlar, meslek icrası çerçevesinde işlendiğinden ve bu suçu işleyen kişiler de bu mesleği yürüten kişiler olduğu için özgü suç niteliğindedir.¹⁷¹ Alman doktrini görüşüne göre bankacılık zimmeti suçu ekonomik suç kapsamına girmektedir.

Bu konuda görüş bildiren diğer doktrin olan Fransız Doktrinine göre ticaretin yapılması sürecinde işlenen, kazanç amacı içeren bütün suçları ekonomik suçlar kapsamına sokarlar. Suçun, bir mesleğin icrası kapsamında işlenip işlenmediği önemsizdir. Bu bakış açısı Alman doktrinine göre daha geniş bir kapsamı ihtiva ettiğinden geniş anlamda ekonomik suçlar olarak da adlandırılır. Bu görüş ticari ilişkilerin temeline güveni oturtur ve ticari ilişkiler cereyan ederken bu güvenin sarsılmasını sağlayan fiilleri ekonomik suç olarak nitelendirmektedir.¹⁷² Fransız doktrininin kabul ettiği bu görüş ekonomik suçlar kategorisinin alanını fazlaca genişlettiğinden eleştirilmektedir.¹⁷³ Yine doktrindeki bazı yazarlar bakımından sadece faile bakarak bir suçun ekonomik suç olup olmadığına karar vermek eleştirilmektedir.¹⁷⁴

Hukuki değer kriteri açısından da ekonomik suçlar anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Bilindiği üzere her suç kanun koyucu tarafından oluşturulurken hukuki

¹⁶⁹ Alman doktrininin bakış açısı ile ekonomik suçlar beyaz yaka suçları ile aynı anlama gelmektedir.

¹⁷⁰ Sahir Erman, **Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku**, Cilt I, Yeniden yazılmış ve güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul, İ.U. Basım ve Film Merkezi, 1992, s.3.

¹⁷¹ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.4.

¹⁷² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.34; Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.3.

¹⁷³ Alman doktrini görüşüne göre ekonomik suç kabul edilemeyen hırsızlık, yağma, dolandırıcılık suçları Fransız doktrinine göre ekonomik suç sayılacaktır. Böylece ekonomik suçlar sınıflandırmasının bir anlamı kalmayacak ve amaca hizmet etmeyecek şekilde birçok suç ticari ilişki ile ilişkili olduğu için ekonomik suç sayılacaktır. Bkz. Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.4.

¹⁷⁴ İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.7; Cin Şensoy tarafından zamanla failden yola çıkarak yapılan tanımların belirsizliği görülmüş ve kesin bir suçlar kataloğu yaratmanın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bkz. Cin Şensoy, **a.g.e**, s.833.

düzende belli hukuki değerler korunmaktadır. Bu hukuki değerleri ihlal edenler de o hukuki değere verilen öneme göre birtakım yaptırımlarla karşı karşıya kalırlar. Eğer bir suçta korunan hukuki değer ekonomik düzenine ilişkinse o halde söz konusu suç ekonomik suçlar kategorisine girmektedir. Burada önemli olan korunan hukuki değerın ekonomik düzen ile ilgili olması¹⁷⁵ veya ekonomik düzene ilişkin kuralların ihlal edilmesi¹⁷⁶ hallerinde işlenen suçlar ekonomik suçlardır. Yapılması gereken genel ceza kanununda ya da belli konularda cezalar içeren özel ceza kanunlarında karşılaşılan suçların ekonomik suç sayılıp sayılmayacağını anlaşılmak için o hükmün koyuluş amacı, buna bağli olarak da o hükümle korunmak istenen hukuki değere bakılmalıdır.

Hukuki değer kriteri açısından da dar ve geniş anlamda ekonomik suçlar ayrılabilir. Şöyle ki eğer fail tarafından gerçekleştirilen eylemler ekonomik düzene ilişkin kuralları ihlal ederek korunması gereken hukuki değer olan ekonomik düzeni bozuyorsa bu suç dar anlamda ekonomik suç sayılır. Bu kategoriye Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçları da girmektedir. Aşağıda da anlatılacağı üzere bu suçlarda fail hareketiyle korunan hukuki değerlerden bankalara duyulan güvene ve bunun bir yansıması olarak da ekonomik düzene olan güvene aykırı hareket etmektedir.

Geniş anlamda ekonomik suçların kapsama alanı dar anlamda ekonomik suçların yanında, işlendiklerin ekonomik düzene ilişkin kuralları aslen ihlal etmemekle birlikte; ekonomik düzeni bozma tehlikesini içeren suçlardır. Başka bir ifadeyle kişilerin ekonomik düzenini bozan suçlar genelde sadece bireysel boyutta kalır toplumun ve buna bağli olarak da ekonomik düzeni etkileme güçleri zayıftır. Malvarlığına karşı suçlar bu şekildedir. Hırsızlık dolandırıcılık gibi bireysel malvarlığına yönelik suçlar aslen korunan ekonomik düzeni ağır biçimde ihlal

¹⁷⁵ Söz konusu kritere uygun bir tanım: “ticari –sınai bir işletmenin ticari işlemlerinin hukuka uygun tarzda cereyan etmesi ve bu menfaatlerin korunması amacıyla cezalandırılan ve sadece bu işletme mensuplarınca gerçekleştirilen eylemler ekonomik suçları oluşturur.” Bkz. Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.35.

¹⁷⁶ Söz konusu kritere uygun bir tanım: “maddi servetleri elde etmeye yönelik faaliyetlerin toplum yararına planlı bir düzene bağlanmış bulunan ekonomik nizamı bozacak ve bu nizamı sağlayacak kurallara aykırılık teşkil edecek şekilde yapılması ile oluşan suçlar ekonomik suçlardır.” Bkz. Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.35.

etmezler. Bu suçlar ekonomik düzeni ihlal etmedeki tehlikeliliklerinden ötürü geniş anlamda ekonomik suçlar kapsamına girmektedirler.¹⁷⁷

Ekonomik suçlarda korunması gereken hukuki değerin ne olacağı üzerinde tam bir fikir birliğinin olmaması, hukuki değer kriterinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Korunan hukuki değer ekonomik düzen olarak söylenegelmiştir. Ancak ekonomik düzenin ne olduğunun açıklanması güçlük arz etmektedir.¹⁷⁸

Korunan hukuki değerin ne olduğu bazı suçlar bakımından üzerinde tam bir birlik olmadığı için bu kritere göre yapılan ekonomik suç tespiti zorlaşmaktadır. Bir suç ile korunan hukuki değer birden fazla olabileceği için doktrinde tartışılan hukuki değerlerden biri bile ekonomik düzenle ilişkili olsa kanaatimizce en azından geniş anlamda ekonomik suçlar kapsamına girebilmektedir.

Ceza muhakemesi kuralları açısından ekonomik suçlar tanımlanmaya çabalanırken önemli olan bu suçların soruşturma ve kovuşturma aşamalarında gereken uzmanlaşmadır.¹⁷⁹ Soruşturma ve kovuşturmaya atılan adli personel ekonomi ve ekonomik suçlar üzerinde birtakım bilgilere sahip olması gerekecektir. Bu personelin kullanıldığı yargılamalar da ekonomik suçlar sayılmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmet suçları açısından m.164 "özel görev" başlığı ile yargılama aşamasında uzmanlaşma aranmaktadır.¹⁸⁰ Dolayısıyla bu bakış açısına göre zimmet suçları ekonomik suçlardandır.

Ceza muhakemesi kuralları bakış açısı, yargılama, suçtan daha sonra ortaya çıktığı için eleştirilebilir. Düşünüldüğünde yeni ortaya çıkan suçun ekonomik suç olup olmadığının belirlenmesi suç olarak tanımlanan hareketin işlenmesinden sonra

¹⁷⁷ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.35.

¹⁷⁸ İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.8.

¹⁷⁹ Cin Şensoy, **a.g.e.**, s.833-834; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.36.

¹⁸⁰ **Madde 164** — 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 amacına 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.

belirlenebilecektir.¹⁸¹ Bundan daha önemlisi eğer bu bakış açısı kabul görürse, ekonomik suçların neler olduğunun tespitinde kanun koyucunun etkinliği artacaktır. Çünkü muhakeme kuralları kanun koyucunun iradesidir. Kanun koyucu lüzum gördüğü zaman bir suçun belli soruşturma ve kovuşturma aşamasında uzmanlarca ele alınmasını buyuracağı gibi lüzum gördüğü zaman da bu durumu kaldırabilir. Birinci durumda ekonomik suç sayılan bir suç, bu durum kaldırıldığında ekonomik suç kapsamından çıkacaktır. Bu yönüyle ceza muhakemesi kuralları bakış açısı eleştirilebilir.

Doktrinde ekonomik suçların ne olduğu tanımlanmaya çalışılmıştır. Her bakış açısı zamanına göre kendi içinde tutarlı ve başarılı olabilir. Ancak hangi bakış açısı ile ekonomik suçlar tanımlanmaya çalışılırsa çalışılсын diğer bakış açısına göre eksiklikleri mutlaka olacaktır. Kanaatimizce ekonomik ceza hukukunun çerçevesinin belirlenmesinde ve anlamlandırılmasında korunan hukuki değer kriteri ağır basmaktadır. Diğer bakış açıları yukarıda açıklandığı gibi faili temel alan görüş zaman içerisinde belirsizleşmekte ve ekonomik suçları tanımlamada yetersiz kalmaktadır. Yine ekonomik suçları tanımlamayı ceza muhakemesi kurallarına bırakan görüş çok muğlak olması sebebiyle eleştirilmiştir.¹⁸²

Ceza hükmü içeren kanun maddelerinin incelenmesinde ilk olarak korunan hukuki değer kriteri incelenmelidir. Bu kriter, suçun unsurlarının belirlenmesinde ve yorumlanmasında uygulayıcıya yardımcı olmaktadır. Ekonomik suçların açıklanmasında da korunan hukuki değerden yararlanılabilir. Üzerinde durulacak asıl nokta korunan hukuki değeri nasıl anlamamız gerektiğidir. Geniş anlamda bireylerin ekonomik menfaatlerini koruyan suçları da içine alacak şekilde bir tanımlama yapılacaksa o zaman ekonomik suçlar kategorisi genişleyecektir. Doktrinde dar anlamda ekonomik suçlar kavramının kabulü yönünde bir eğilim vardır. Yani ekonomik düzene duyulan güvene ve ekonomik düzenin istikrarına yönelen suçları ekonomik suçlar olarak kabul eden yazarlar vardır.¹⁸³ Bireysel mal varlığı değerlerini

¹⁸¹ Her ne kadar söz konusu uzmanlaşma ve özel yöntemler ekonomik suçlar için önemli olsa da sözü geçen görüşün uygulanabilirliği ve etkinliği için öncelikle ekonomik suç kavramının içeriği belirlenmiş olmalıdır. Bkz. Dursun, **Bankacılık Düzeni.**, s.37.

¹⁸² Cin Şensoy, **a.g.e.**, s. 834.

¹⁸³ “Kuşkusuz ekonomik suçlara ilişkin olarak benimsenecek olan tanıma göre, hangi suçların ekonomik suç sayılacağı da farklılık gösterecektir. Örneğin, ekonomik suçların, toplumun ve

koruyan suçlar da bazı durumlarda ekonomik düzeni o kadar etkilerler ki adeta dar anlamda ekonomik suç sayılan suçlardan daha fazla ekonomik düzeni ihlal ederler. Bu suçların ekonomik düzeni ihlal yoğunluğunun bir sonucu olarak geniş anlamda ekonomik suçların kabulü gerekmektedir.¹⁸⁴

2. Ekonomik Suçların Özellikleri

Ekonomik suçların neler olduğu belirlenirken kullanılan ölçütler hakkında bilgi verildikten sonra, ekonomik suçların özelliklerinin de belirtilmesi ekonomik suç kavramının anlamlandırılması bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan birçok özelliği olan ve yazarlarca yeni özellikleri keşfedilen ekonomik suçların konumuz bakımından önem arz eden önemli özelliklerine tezimiz çerçevesinde yer verilecektir.

Ekonomik suçlar diğer adli suçlara göre soruşturma ve kovuşturmaya daha az konu edilirler. Bu durum ilk bakışta ekonomik suçların daha az işlendiğini gösterebilir. Ancak bu tespit yanlıştır. Ekonomik suçların soruşturması ve kovuşturması teknik bilgi ve bu konuda uzmanlaşma gerektiğinden birçok soruşturma ya yapılamaz ya da atıl kalır.¹⁸⁵ Bu uzmanlaşma büyük şehirlerin adli yargı çevrelerinde günümüzde oluşturulmaktadır. Ancak nispeten küçük şehirlerde uzmanlaşma sağlanamamaktadır. Yayınlanan istatistiki bilgiler genelde mahkeme safhasını ele aldığı için ekonomik suçların az görülmesi normaldir.¹⁸⁶ Doğru önerme ekonomik suçların daha az oranda kovuşturulduğudur. Bankacılık Kanunu'nda yer alan suçlar, genelde banka defterleri ve kayıtları incelendiği anda anlaşılabileceği için suçun sıcağı sıcağına soruşturulması ve kovuşturulması yapılamaz. Bankacılık

bireylerin ekonomik menfaatlerini ihlal eden tüm suçlar olarak tanımlanması halinde, hırsızlık ya da dolandırıcılık da ekonomik suç kapsamına dahil olacaktır. Buna karşılık, katılmakta olduğumuz ekonomik suçlarda korunan hukuki yararın, bir bütün olarak ekonomik düzenin kendisi ya da diğer bir ifade ile ekonomik düzene duyulan güven ve istikrar olduğu yönündeki görüşün kabul edilmesi halinde ise, söz konusu suçların ekonomik suç olarak nitelendirilmeleri mümkün olmayacaktır.” İnceoğlu, Bankacılık Kanununda, s.10.

¹⁸⁴ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.38.

¹⁸⁵ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.4.

¹⁸⁶ “Günümüzde ekonomik suçlar klasik suçlardan on kez daha az kovuşturulmaktadır. Oysa bu suçların topluma maliyeti klasik suçlara nazaran altı kez fazladır. Ekonomik suçlar, genelde işlenen suçların %3-5 arasını oluşturmalarına rağmen, verdiği zarar diğer suçlardan kat kat fazladır.” Cin Şensoy, **a.g.e.**, s.840.

Kanunu'nda düzenlenmiş olan soruşturma şartları da zamanı uzatarak ekonomik suçların kovuşturmaya konu edilebilmesini etkilerler.

Ekonomik suçlarda ihlal edilen değer ekonomik olduğu için toplum nezdinde cinsel suçlar veya adam öldürme suçunda olduğu gibi failin cezalandırılmasını arzulayan bir etki bırakmazlar. Hatta çoğu zaman toplumdan olumlu tepki bile aldıkları olmuştur.¹⁸⁷ Kriminoloji bilim dalında da suçun önemi toplumun o suçtan dolayı duyduğu korkuya ve etkisinde kaldığı şiddete göre belirlenir.¹⁸⁸ Ekonomik suçlar söz konusu olduğunda toplum üyeleri diğer suçlarda olduğu gibi büyük bir korku ve şiddetin altında kalmazlar. Bu durumlar da adli makamların harekete geçme istek ve hızını etkilemektedir.

Ekonomik suçların faili daha önce de anlatıldığı gibi kendisine güven duyulan saygın bir kişidir. Kendisine duyulan bu güven suçun işlenmesini kolaylaştıran bir özellik arz eder. Bu kişiler genelde ekonomik olarak da varlıklı kişiler olduğu için suçun ortaya çıkarılmasını engelleme veya suç ile ilgili yapılan işlemlerden önceden haberdar olarak aksiyon alması daha kolaydır. Böylelikle suç kolayca ortaya çıkmamakta¹⁸⁹ veya ortaya çıksa ve yargılama başlamış olsa bile cezalandırma, fail kaçak durumda olduğu için, yapılamayacaktır. Ekonomik suçlar faili bakımından genelde özgü suç olarak sayılmaktadır. Ekonomik suçların diğer adli suçlardan ayıran özelliklerden işlenmesinde teknik bilgi gerektirmesi ve mesleki faaliyet çevresinde işlenmesi bu suçların özgü suç olarak görünmesini sağlamaktadır. Ekonomik suçları içeren kanunlarda çoğu zaman suçun kimler tarafından işlenebileceğini belirtmekte bazen de yorum yoluyla bu çıkarım yapılabilmektedir.¹⁹⁰

Ekonomik suçların mağdur ve suçtan zarar gören sayısı diğer suçlara göre daha çoktur.¹⁹¹ Bu suçlar çoğu zaman ekonomik düzene aykırı hareketleri içerdiğinden mağdur sayısı milyonları bulabilir; hatta tüm toplum mağdur ya da suçtan zarar gören durumunda kalabilir. Mağdur sayısı çok olmasına rağmen

¹⁸⁷ Bu gibi ticari suçları işleyenleri saygı ve hoşgörü ile karşılama alışkanlıklarından vazgeçmek gereklidir. Bkz. Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.20.

¹⁸⁸ Cin Şensoy, **a.g.e.**, s.842.

¹⁸⁹ Cin Şensoy, **a.g.e.**, s.841.

¹⁹⁰ İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.11-12.

¹⁹¹ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.5; İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.14.

mağdurlar kendilerini bilmezler veya mağduriyetlerinin hangi hareketten kaynaklandığını spesifik olarak tespit edemezler. Örnek vermek gerekirse yaralama suçunda mağdur, hareketle doğrudan karşılaşır ve böylelikle mağdurluğunun bilincindedir. Ancak konumuz ile alakalı olan kontrol eden ortak zimmetinde¹⁹² sadece ilgili banka değil o bankada mevduatları bulunan, alacakları olan ve zararların TMSF tarafından ödenmesiyle aslında tüm vatandaşlar mağdur ve suçtan zarar gören sayılırlar.

Mağdur sayısının fazla olması ile mağdurların, mağdur olduklarını bilmemeleri bu suçların açığa çıkmasını da zorlaştırabilmektedir. Mağdurlar bazen belli amaçlarla suçun ortaya çıkmaması için çabaladıkları görülmektedir. Örneğin bankanın mağdur veya suçtan zarar gören olduğu davalarda bankalar kendilerine duyulan güvenin sarsılmaması için kendi mensuplarının işlediği suçlarda bunu ortaya çıkarmak yerine saklamaya çalıştıkları gözlemlenmektedir.¹⁹³ Mağdurlar suç içeren eylemi haber aldıklarında ise kayıpları ekonomik nitelikli olduğu için özel hukukta dava açma eğilimi göstermektedirler. Mağdur için önemli ve öncelikli olan ekonomik kaybının yerine konmasıdır.

Ekonomik suçların işleniş şekilleri önem arz eder. Bir suç çok çeşitli şekillerde, genelde hukuk kuralları dolanılarak ve suçun ortaya çıkması zorlaştırılarak işlenir. Alınan ekonomik tedbirler ve kullanılan teknolojik sistemler de yeni suç tiplerinin oluşmasını sağlayabilmektedir.¹⁹⁴ Konumuz açısından önem arz eden bir örnek ile bu özelliği somutlaştırmak gerekirse; kontrol eden ortağın zimmeti suçunda aslında kanunda yasaklanmamış bankacılık işlemleri suçun işlenmesinde kullanılmaktadır. Bu işlemler esasen hukuka uygun oldukları için ilk bakışta ortada bir suç yokmuş gibi görülebilir ancak Bankacılık Kanunu bu hukuki işlemlerin kullanılmasının arkasındaki amacı yasaklamaktadır. Ekonomik suçların gün geçtikçe

¹⁹² Doktrinde varsayımsal zimmet veya hakim ortak zimmeti olarak da bilinmektedir. Çalışmamız kapsamında Bank K m.160/3 de düzenlenen suç kontrol eden ortak zimmeti olarak anılacaktır.

¹⁹³ Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu bağlamında bankaların kendilerine halk tarafından duyulan güvenin azalmaması ve böylelikle mevduat kayıplarının artmaması için zimmeti saklama yoluna girişirler ve ortaya çıkan zararı faaliyet zararı olarak yazmaktadırlar.

¹⁹⁴ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.5.

daha da iç içe girip karmaşılaşması, bu suçları işlerken organize olmayı ve konusunda uzman diğer kişilerden yararlanmayı da gerektirmektedir.¹⁹⁵

Ekonomik suç içinde sayılan suçlar genel ceza kanununun yanı sıra daha çok özel kanunlarda düzenlenmiştir. Örnek vermek gerekirse ekonomik ceza hukukunun ilgilendiği geniş anlamda ekonomik suçlara daha çok TCK'da; dar anlamda ekonomik suçlara ise Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, T.C. Merkez Bankası Kanunu ve Bankacılık Kanunu gibi ekonomik hayatı düzenleyen kuralları içeren özel kanunların adli suçlar bölümlerinde rastlamaktayız. Eğer suçun yer aldığı özel kanunda bir düzenleme yoksa bu suçlar için, genel hükümler bakımından TCK ve CMK hükümleri uygulanabilir.

Ekonomik suçların daha çok özel kanunların bir bölümünde yer alması halinde bu bölümlerin kanunun hazırlanması aşamasında da özenli hazırlanması gerekmektedir. Belli bir konuyu düzenleyen özel kanunlar hazırlanırken komisyon aşamasında çalışanlar ve görüş alınanlar genelde hangi kanun düzenleniyorsa o konu üzerinde uzmanlaşmış kişilerdir. Ancak kanunda ceza içeren hükümler de yer alıyorsa ceza hukuku eğitimi almış kişilerin de komisyon aşamasında yer alması gerekmektedir. Çünkü suç içeren hükümlerin, açık olması ceza genel hükümleriyle bağlantılı olarak özenli hazırlanması gerekmektedir. Bu kurallara uyulmadığında büyük sorunlar çıkabilir. Keza Bankacılık Kanunu'nda yer alan bazı suçlar bu bakımdan eleştirilmektedir.¹⁹⁶ Ceza hukukunda yorum yöntemleri ve kıyas yasağı önem arz etmektedir. Bu yüzden özel kanunların ceza içeren bölümleri düzenlenirken ceza hukukçularına da söz verilmelidir. Ekonomik suçların yargılanması aşamasında uzmanlık aramak tek başına yeterli değildir. Ekonomik suçlar oluşturulurken de uzmanlaşmanın aranması hukuk devleti ilkesine yardım edecektir.

¹⁹⁵ İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.20.

¹⁹⁶ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.48.

C. Bankacılık Suçları

1. Bankacılık Suçları Kavramı ve Tanımı

Bankalar günümüzde faaliyetleri göz önüne alındığında ekonominin adeta bel kemiğini oluşturmaktadır. Bankaların bu önemi özellikle kriz zamanlarında göz önüne çıkmaktadır. Devletlerin ve hükümetlerin en çok etkilendikleri değişimlerin başında da ekonomik ve mali değişimler gelmektedir. Bankaların ekonomi ile bu kadar içli dışlı olması ve ulusal ekonomiyi etkileme oranının yüksekliği ile büyük mal varlığının bankalar nezdinde bir noktada toplanması kötü niyetli kişilerin suç işleme ihtimaline yol açması¹⁹⁷ devletleri bankacılık konusunda düzenlemeler yapmaya zorlamaktadır. Bu düzenlemeler yapıldıkları anda bireysel düzenlemeler olarak anlaşılabilir. Ancak bireysel düzenlemelerin bir bütün halinde ekonomik düzen üzerinde etkisi vardır. Türk bankacılık tarihinde zaman zaman belli konularda düzenlemeler getirilip güvenilir bir bankacılık sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Yine bankacılık sektörünün zaman içinde bazı sıkıntılı dönemleri olmuştur. Devletin ekonomisinin etkilendiği bankacılık krizleri dönemlerinde bankacılık sektörü ile ilgili yeni düzenlemelerin getirilmesi yoğunlaşmış ve düzenlemelere aykırılık halinde failleri cezalandırma yoluna gidilmiştir.¹⁹⁸ Bankacılık suçları da bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Örnek vermek gerekirse 2001 yılında cereyan eden bankacılık krizinden sonra araştırmamız bakımından da önem arz eden zimmet suçu değişime uğramış ve yeni bir suç tipi ortaya çıkmıştır.

Devletin bankacılık sektörüne bakış açısının bazı özellikleri vardır. Bunlardan biri bankacılık sektörünü itibarlı olarak addetmek ve bunu toplumda yaşayan insanlara da kabul ettirmektir.¹⁹⁹ Bankalar toplumu oluşturan kişilerin güven ve inancına dayanan kurumlardır.²⁰⁰ Bankaların güvenli ve itibarlı sayılması sonucu insanlar birikimlerini tabiri caizse yastık altında tutmayacak, ekonomiye kazandıracaktır. Böylece ekonomik düzen sağlanacak ve gelişim de peşinden

¹⁹⁷ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.75-76.

¹⁹⁸ Dilek Cengiz, **Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlemesi**, İstanbul, Beta 2016, s.130-136.

¹⁹⁹ Battal, **Güven Kurumu**, s.23.

²⁰⁰ Tesal, **Banka Hukuku**, s.146-147.

gelecektir. Bunun için Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra ilk düzenlemeler oluşturulmuş ve Mevduatı Koruma Kanunu ile bankacılık düzeni oluşturulma çabasına girilmiştir. Devlet kanun yaparak ve bunu uygulayarak bir yandan bankalara itibar kazandırmış, bir yandan da özel ceza hükümleri koyarak, Bankacılık Kanunu kapsamındaki emredici hükümlere aykırı hareket edenleri cezalandırma amacı gütmüştür.

Bankacılık suçlarının bankacılık düzenine²⁰¹ ilişkin normların ihlalinin doğduğu söylenebilir. Yukarıda da bahsedildiği gibi bir devletin ekonomik düzenini büyük ölçüde bankalar etkilediği için bankacılık suçları ekonomik suçlar başlığı altında kendine yer bulur.²⁰² Tanımda geçen bankacılık düzeni hakkındaki düzenlemelere esasen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda rastlamaktayız. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçların koyuluş amacı genel olarak bankacılık düzeninin korunması ve buna bağlı olarak da ekonomik düzenin devam ettirilmesi ile bankalara duyulan güvenin devamıdır.

Bankacılık Kanunu harici özel kanunlarda yer alan bazı hükümler bankacılık düzeni ile ilgili olabilir. Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu, TC Merkez Bankası Kanunu ve Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, banka faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler yapmakta veya bankacılık sektörünü düzenlemektedir. Doktrinde bankacılık Kanunu'ndaki hükümlere aykırılık halinde oluşan suçlara dar anlamda bankacılık suçları²⁰³; diğer kanunlarda yer almakla beraber bankacılık düzeni ile ilgili olan hükümlere aykırı eylemler suç olarak sayılmışsa bu suçlara da geniş anlamda bankacılık suçları adı verilmektedir.²⁰⁴ Geniş anlamda bankacılık suçları doktrinde bazı yazarlarca diğer kanunlardaki hükümlerin bankacılık faaliyetleri ile ilgisi olmadığını ve buna bağlı olarak da bankacılık düzenini ihlal etmesinin güç

²⁰¹ Bankacılık düzeni kavramı üzerinde de bir fikir birliğinin bulunduğu söylemek mümkün değil ise de, bankaların kuruluşuna, faaliyetlerine, ilişkilerine ve devlet tarafından kontrollerine ilişkin hukuk kuralları tarafından oluşturulmuş olan düzen olarak ifade edilmesi mümkündür. Bkz. İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.51.

²⁰² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.60.

²⁰³ Mahmutoglu dar anlamda bankacılık suçları kavramını bankaların ve banka personellerinin işledikleri suçlar olarak tanımlamıştır. Bkz. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.79.

²⁰⁴ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.61.

olmasından dolayı kabul edilmemektedir.²⁰⁵ Kanaatimizce bu görüş doğru değildir. Bankacılık suçlarının kabul edilen tanımında bankacılık düzeni içine bankacılık faaliyeti ve ilişkileri de girmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu ile sermaye piyasası işlemleri de düzenlenmektedir. Bankacılık Kanunu m.4/k kapsamında “Sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık işlemleri” bankacılık faaliyeti sayılmaktadır. Yani konu Bankacılık Kanunu ile ilgilidir. Failin Sermaye Piyasası Kanunu’nda yapılan düzenlemeye aykırı hareketi bankacılık düzenine de aykırılık teşkil edecektir. Böylece bu suç geniş anlamda bankacılık suçu sayılacaktır.

Dar anlamda bankacılık suçlarının neler olduğunu belirtmek bakımından herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak geniş anlamda herhangi bir özel kanunda karşılaşılan suçun bankacılık suçu kapsamına girip girmediğini anlayabilmek için ekonomik suçları belirlemede kullanılan bakış açıları gibi bir takım kriterler kullanılabilir. Bu kriterlerden²⁰⁶ suçla korunan hukuksal değer kriteri (suçun bankacılık düzenini ihlal etmesi kriteri) kabul edilmelidir. Böylece ilk olarak bu suç ile korunmak istenen hukuki değerler ele alınmalıdır. Bu değerlerin bankacılık sistemine karşı güven ve istikrarı koruma ile ilgisi olduğu ölçüde bu suça bankacılık suçu diyebiliriz.

2. Bankacılık Suçlarının Sınıflandırılması

Sınıflandırma, bankacılık suçlarının daha iyi anlaşılıp, suçlar arasındaki bağlantının daha iyi kurulması ve bu suçların anlamlandırılması için yapılmaktadır. Doktrinde çeşitli kıstaslara göre sınıflandırma örnekleri görülmektedir. Failin kimliğine, mağdurun kimliğine nitelik ve özellik bakımından ya da değindiği mevzuata göre sınıflandırmalar yapılmaktadır.²⁰⁷ Sadece bu kıstaslar bakımından

²⁰⁵ “Örneğin sermaye piyasası faaliyetlerinin bir bankacılık faaliyeti olarak kabul edildiği Almanya gibi ülkelerde, sermaye piyasası suçlarının da bankacılık suçları ile birlikte ele alınması mümkündür. Buna karşılık ülkemizde bankaların, sermaye piyasası alanında oldukça sınırlı ölçüde faaliyette bulunabildikleri de göz önüne alındığında, Sermaye Piyasası Kanunu’nda yer alan suçların, bankacılık suçları olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.” İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.51-52.

²⁰⁶ İnceoğlu’nun belirttiği bu kriterler: suçun failinin banka olması, suçun mağdurunun banka olması, suçun banka ile ilişkili olması, suçun bankacılık düzenini ihlal etmesidir.” İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.52.

²⁰⁷ Tesal, **Banka Hukuku**, s.147.

değil, doktrinindeki çeşitli yazarlar kendi kıstaslarını da oluşturmuşlardır.²⁰⁸ Dar ve geniş anlamda bankacılık suçları sınıflandırmaları doktrinde ayrı ayrı yapılmıştır. Geniş anlamda bankacılık suçları hakkında yapılan sınıflandırma bankacılık suçlarının neler olduğunun ve hangi suçları içerdiğinin belirlenmesi bakımından önem arz eder.

Dursun, bankacılık suçlarını sınıflandırırken fail ve mağdur bakımından bir ayırım yapmıştır.²⁰⁹ Fail bakımından bankacılık suçları; bankaların işledikleri suçlar, banka mensuplarının işledikleri suçlar, üçüncü kişilerin işledikleri suçlar olmak üzere üçe ayrılırlar.

Banka tüzel kişiliğinin bir suçun faili olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Banka tüzel kişiliği hakkında cezai yaptırım uygulanması mümkün olmasa da en azından güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi mümkündür. Bankaların işledikleri suçlar, ceza içeren hükümlerde fail olarak banka tüzel kişiliğinin gösterildiği suçlar bakımından geçerlidir. Bu suçlar özelliği itibariyle ceza müeyyidesi yerine güvenlik tedbiri içerirler. Özellikle 2005 yılından önceki ceza içeren kanunlarda tüzel kişilerin cezai sorumluluğu kabul edilmekteydi.

Banka mensuplarının görevleri ile ilgili bir suç işlemeleri halinde cezalandırılmalarını hüküm altına alan suçlar banka mensuplarınca işlenen suçlar kategorisine girmektedir. Bankaların kendi mensuplarınca işlenen suçlar aynı zamanda içeriden işlenmiş banka suçu sayılır.²¹⁰ Bu suçlar genelde bankacılık faaliyetleri çerçevesinde cereyan eder. Fail olarak banka mensuplarını sayan birçok suç bulunmaktadır. 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan suçların

²⁰⁸ Mahmutoglu, kendi sınıflandırmasını oluşturarak bankacılık suçlarını: bankaya karşı işlenen suçlar ana başlığı altında, banka personeli tarafından işlenen suçlar, banka personeli haricindekilerin işledikleri suçlar, banka personeli ile banka haricindekilerin işledikleri suçlar, olarak; banka aracılığıyla diğer kişilere karşı işlenen suçlar ana başlığı altında ise, banka personeli tarafından diğer kişilere karşı işlenen suçlar, banka haricindeki kişilerle banka personelinin diğer kişilere karşı işledikleri suçlar, banka haricindeki kişilerin bankayı araç olarak kullanarak diğer kişilere ve kamuya karşı işledikleri suçlar ve dar anlamda bankacılık suçları şeklinde sınıflandırarak incelemiştir. Bkz. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.78-79.

²⁰⁹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.63.

²¹⁰ İçeriden işlenmiş bankacılık suçlarına örnek olarak; “kuruluş olarak bankaya yöneltilen suçlar, banka adına işlenen kanun dışı fiiller ve müşteriler tarafından bankaya yatırılmış bulunan para senet mal ve sair kıymetlere yöneltilen tecavüzler verilebilir”. Tesal, **Banka Hukuku**, s.147. Reşat Tesal'ın çalışmasında belirttiği 1958 yılında kabul edilen 7129 sayılı Bankalar Kanunu döneminde yapılan bu ayırım bankacılık suçlarının sınıflandırılmasının tarihi gelişimi bakımından önem taşımaktadır.

büyük kısmı bu sınıfa girmektedir. Yine konumuz özelinde belirtmek gerekirse bankacılık zimmeti suçunun birinci ve ikinci fıkrasındaki suçlar esas olarak banka mensupları ile ilgilidir. Bunun dışında kalan Bankacılık Kanunu'nda yer alan suçlar ile geniş anlamda bankacılık suçlarının büyük kısmı bu sınıflandırmaya girmektedir.

Üçüncü kişilerin işledikleri suçlar, aslında banka tüzel kişisi ve banka mensubunun fail olarak sayılmadığı suçlar aynı zamanda bankacılık düzenini ilgilendiriyorsa bu kategoride yer alırlar. Bu suçlar genel olarak özgü suç olarak anılmazken bazı hallerde özgü suç özelliği de gösterirler. Örneğin Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen itibarın zedelenmesi suçu ile geniş anlamda bankacılık suçu çerçevesine giren ve TCK da yer alan bankalara karşı işlenen suçlar, üçüncü kişilerin işledikleri suçlar kategorisine girmektedir. Sayılan suçlar özgü suç niteliği taşımazken Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen kontrol eden ortak zimmetinde suçun faili banka tüzel kişisi ve banka mensubu olmadığı halde özgü suç özelliği taşımaktadır.

Mağdur açısından bankacılık suçları kategorisi de üç alt kategoriye ayrılmıştır. Bunlar mağdurun banka olduğu suçlar, mağdurun üçüncü kişi olduğu suçlar ve mağdurun kamu olduğu suçlardır.²¹¹

Mağdurun banka tüzel kişisinin sayıldığı suçlarda suç bankaya karşı bankanın bir değerine, malına karşı işlenmiş olabilir. Tüzel kişilerin mağdur olup olamayacakları doktrinde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre tüzel kişiliği olan kuruluşlar suçtan zarar gören olabilmektedir. Bu tartışma ilgili bölümde ele alınacaktır. Örnek vermek gerekirse aslen bankacılık suçu sayılmayan ve çoğunlukla genel ceza kanunlarında düzenlenen suçlar bankacılık faaliyetleri çerçevesinde işleniyorsa bu suçların mağduru banka olabilmektedir. Dolandırıcılık suçu TCK'nın malvarlığına karşı suçların altında, 158. maddede düzenlenmiştir. Esasen bankacılık suçu sayılmaz. Ancak dolandırıcılığın bankadan kredi almak amacıyla işlenmesi halinde mağdur bankadır ve suç da bu kategoriye girmektedir.

Bankanın müşterisi veya müşteri olmamakla birlikte bankacılık suçunun mağduru bir üçüncü kişi olabilir. Banka görevlileri bir müşterinin bankacılık sırrını

²¹¹ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.64.

açıklamak suretiyle suç işleyebilir. Yine banka araç olarak kullanılarak üçüncü kişiler mağdur edilebilir.²¹²

Eğer suçun mağduru banka veya üçüncü kişi değilse suçun mağduru bankacılık düzeninin kendisidir.²¹³ Bu halde mağdur olarak kamu kabul edilir. Örneğin izinsiz faaliyette bulunma suçunda fail gerekli izinleri almadan banka gibi davranmaktadır. Esasen bankacılık düzenine aykırı hareket etmektedir. Failin bu hareketinin mağduru belli değildir. O halde mağdur kamu kabul edilir. Bundan başka belgelerin saklanması yükümlülüğüne aykırı davranma suçunun da mağduru ne banka tüzel kişiliği ne de bir üçüncü kişidir. Bu suç mağduru belli olmayan suçlardandır.²¹⁴ Belgelerin saklanması yükümlülüğüne aykırı davranma suçu ayrıca korunan hukuki değer olarak da bankacılık düzenine karşı işlenen suçlara girmektedir.²¹⁵ Sonuç olarak bu suçun da mağduru bu görüşe göre kamu sayılabilir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçları mağdur açısından bankacılık suçları bakımından incelendiğinde birden çok alt kategoriye girmektedir. Ayrıntıları aşağıda anlatılacağı üzere m. 160/1 çerçevesinde bankanın, suç oluşturacak derecedeki bir malını, banka mensubunun zimmetine geçirmesi halinde banka tüzel kişisi suçun mağduru olabilecektir. Eğer zimmete geçirilen mal banka tüzel kişiliğine ait değilse, banka mensubunun mal üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü varsa ve bu mal zimmete geçirilmişse suçun mağduru üçüncü kişiler olacaktır.²¹⁶ Bankacılık zimmeti suçu 160/3 çerçevesinde bankanın kaynakları kullanılarak banka emin bir şekilde çalışmayacak duruma gelmişse ve banka TMSF'ye devredilmişse; Fon mevduat sahiplerinin zararını ödemek zorunda kalacağı için bu suçun mağduru kamu kurumu yani dolayısıyla kamu olacaktır. Bu üç alt kategoriye de giren bankacılık zimmeti suçları bu yönüyle diğer bankacılık suçlarından da ayrılmaktadır.

²¹² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.65. Örnekler için bkz. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.78-79; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.65-66.

²¹³ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.66.

²¹⁴ İncooğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.251-269.

²¹⁵ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.17.

²¹⁶ İlgili bölümde anlatılacağı üzere kiralık kasa sözleşmeleri çerçevesinde bu suç işlenmişse mağdur malın sahibi olan banka müşterisidir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan suçların düzenleniş şekliyle bu kanunun hangi sınıflandırma tekniğini esas aldığı tam olarak anlaşılamamaktadır.²¹⁷ Yine de doktrinde sınıflandırma çalışmaları yapılmıştır. Dar anlamda yani Bankacılık Kanunu'nda sayılan suçların sınıflandırılması daha çok korunan hukuki değere göre yapılmaktadır.²¹⁸ Bu sınıflandırmaya göre suçlar: bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar, güven ve mülkiyete karşı işlenen suçlar ve banka tüzel kişiliğine karşı işlenen suçlar olmak üzere üçe ayrılmaktadır.²¹⁹ Bankacılık Kanunu m.150-160 maddeleri arasında düzenlen suçları bu kategoriler bağlamında incelemek gerekmektedir.

Bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar: izinsiz faaliyette bulunmak (m.150), düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak (m.152), yetkili merciler ile denetim görevlilerince istenen bilgi ve belgeleri vermemek ve görevlerini yapmalarını engellemek (m.153), belgelerin saklanması yükümlülüğüne aykırı davranmak (m.154), işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve hesap uygunluğu sağlanmadan bilanço kapatma suçu (m.156) olarak sıralanabilir.

Güven ve mülkiyete karşı işlenen suçlar: zimmet (m.160), mevduat ve katılım fonu sahiplerinin haklarını engellemek (m.151), gerçeğe aykırı beyanda bulunmak (m.155), gerçeğe aykırı muhasebeleştirme suçu (m.156), gerçeğe aykırı belgeyi onaylama suçu (m.156) şeklinde sayılabilir.

Banka tüzel kişiliğine karşı işlenen suçlar: itibarın zedelenmesi (m.158) ve sırların açıklanması (m.159) suçlarıdır.²²⁰

²¹⁷ Adem Sözüer, “Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.5, 2005, s.167.

²¹⁸ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.86; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.17.

²¹⁹ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.167-191; Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.86; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.17.

²²⁰ Sınıflandırma ölçütleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.86-93.

VI. BANKACILIK ZİMMETİ SUÇUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Bankacılık Kanunu'nda, bankacılık düzenini ve bankalara karşı güveni korumaya yönelik bir takım hükümler, kabul edilen ilk bankacılık kanunlarına kadar uzanmaktadır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler ise düzeni bozma derecelerine ya da ihlal ettikleri hukuken korunan değere atfedilen öneme göre birtakım cezai veya idari yaptırımlarla karşılaşmışlardır.²²¹ Bankacılık düzenini ilgilendiren suçlardan bazıları eski dönem kanunlarında yer almazken TCK'nın özel kısmı hükümleri uygulanarak fail cezalandırılma yoluna gidiyordu. Daha sonraki kanunlarda bankacılık düzenini ilgilendiren suçlar bankacılık kanunlarında toplanılmaya çalışılmış ve TCK'nın özel kısmı hükümleri bankacılık düzeninde daha az veya sınırlı olarak uygulanır olmuştur. TCK'nın genel hükümleri ise eskiden olduğu gibi günümüzde de Bankacılık Kanunu'nun düzenleme yapmadığı konularda uygulanmaktadır.

Bankacılık düzenini ilgilendiren suçların bankacılık kanunlarında toplanılmaya başlanmasının en belirgin örneği 4389 sayılı Bankalar Kanunu'dur. Bu Kanunda, adli suçlar Kanunun 22. maddesinde fıkralar halinde yer almıştır. 4389 sayılı Kanun, aynı maddede birbirinden alakasız konuları düzenlemesi bakımından doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır. Bu durum adli suçlar bakımından da yapılmaktadır. 4389 sayılı Kanun'da korudukları hukuki değerleri, maddi unsurları birbirinden farklı suçlar aynı maddede ve fıkroda birlikte düzenlenmişlerdir. Yapılan bu eleştiri kanaatimizce haklı bulunmakta ve ceza içeren hükümlerin kanunda yer alış şekline uymamaktadır. Fakat daha eski kanunlarda olduğu gibi cezaları belirtip suçlar için başka kanunlara atıf yapılması durumuna son verildiğinden 4389 sayılı Kanun olumlu olarak da eleştirilmektedir.²²² 4389 sayılı Kanun'da yapılan ve bütün adli suçların aynı maddede düzenlenmesi şeklinden 5411 sayılı Kanun'da vazgeçilmiş ve suçlar 150-160 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

²²¹ Battal, **Güven Kurumu**, s.31-32.

²²² Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.79.

Çalışmamız çerçevesinde inceleyeceğimiz bankacılık zimmeti suçu ilk olarak 18 Haziran 1999 tarihinde kabul edilen 4389 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Madde gerekçesi incelendiğinde : *“Kamudan fon toplamak ve bu fonları kendileri veya kamu adına kullanmak suretiyle faaliyette bulunan bankaların mensuplarının, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafaza, denetim ve sorumlulukları altında bulunan kuruluşa ait varlıkları istismar etmelerinin önlenmesini teminen, Türk Ceza Kanunu’nun 202. maddesinde yer alan zimmet suçu, bu kuruluşların faaliyetlerinin mahiyetleri dikkate alınarak ceza hadleri ağırlaştırılmak suretiyle tasarıya dahil edilmiştir.”* şeklinde gerekçelendirme ile karşı karşıya gelmekteyiz. Buradan çıkan sonuç bankacılık zimmeti suçu henüz Bankacılık Kanunu’nda yer almadan ve cezası ağırlaştırılmadan önce TCK’da düzenlenen suçlar banka çalışanlarına uygulanıyordu. Bu suçlar güveni kötüye kullanma ve TCK’da düzenlenen zimmet suçlarıdır. Bankacılık zimmeti suçunun uygulanması sırasında tereddütte kalındığında güveni kötüye kullanma suçu ve TCK’da düzenlenen zimmet suçundan faydalanılabilir.²²³

19.10.2005 kabul ve 01.11.2005 yürürlük tarihli 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda, zimmet suçları 160. maddede diğer suçlardan ayrı olarak düzenlenmiştir. 4389 sayılı Kanun’da yer alan bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçlarının cezaları ağırlaştırılarak 5411 sayılı Kanun’da da kabul edilmiştir. 5411 sayılı Kanun’da her ne kadar suçlar maddelere ayrılmış olsa da belirli bir sınıflandırma yapılmaksızın sıralanmak suretiyle yazılmıştır. Yine mülga kanunun alışkanlıklarından olan atıf yapma yeni kanunda da bazı suçlar bakımından devam etmiştir. Yeni kanunun bu özellikleri doktrinde eleştirilen durumlardandır.²²⁴

Bankacılık zimmeti suçları işlendiği zaman, kimlerin, hangi suçtan dolayı yargılanacağı, suçun işlendiği zamana göre farklılık arz etmektedir. Kanunların yürürlüğe giriş ve çıkış tarihleri bu durumun ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Hal böyle olunca bankacılık zimmeti suçlarının tarihsel gelişimi 4389 sayılı Kanun’dan önceki dönem, 4389 sayılı Kanun dönemi, 5411 sayılı Kanun dönemi olmak üzere üç ana dönemde incelenmesi gerekli görülmüştür.

²²³ Aynı görüşte Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.433.

²²⁴ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.79-80.

B. 4389 Sayılı Kanun'dan Önceki Dönem

Yukarıda da bahsedildiği üzere 4389 sayılı Kanun'dan önceki düzenlemeler olan 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu (1933), 2299 sayılı Kanun (1936), 7129 sayılı Kanun (1958) ve 3182 sayılı Kanun (1985) dönemlerinde bankacılık zimmeti suçlarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu durumda banka mensuplarının zimmet fiilleri söz konusu olduğunda 765 sayılı TCK'nın hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçu oluşmaktaydı.

Banka mensubunun zimmete geçirme eyleminde hangi suçun oluşacağı konusunda 05.02.1992 tarihinde yayınlanan 3371 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 399 sayılı KHK'nın 11. maddesinde yapılan değişiklik ile kamu iktisadi teşebbüsü sayılan kamu bankaları personelleri memur sayılmıştır.²²⁵ Kamu bankasında çalışan personel zimmet fiilini kamu bankasının parası, para hükmündeki diğer senetleri ve mevcutları üzerinde işledikleri zaman kamu personeli sayıldıklarından dolayı haklarında o zaman yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın zimmet suçuna ilişkin 202. maddesi uygulanmıştır.²²⁶

Özel banka personeli söz konusu 399 sayılı KHK hükümlerine göre memur sayılmadığı için, zimmete geçirme fiilini gerçekleştirdiklerinde özgü suç olan zimmet suçu yerine hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu oluşmaktaydı. Görüldüğü üzere 4389 sayılı Kanun'dan önceki dönemde 05.02.1992 tarihine kadar

²²⁵ Bkz. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname

"Teşebbüs Personelinin Yükümlülük ve Sorumlulukları

Madde 11 – Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleri ile her çeşit personeli;

a) Teşebbüs ve bağlı ortaklıklara verilen sermayeyi ve sağlanan diğer kaynakları verimlilik ve karlılık esaslarına göre kullanmak ve değerlendirmek hususunda gereken gayret ve basireti göstermekle sorumlu ve yükümlü olup, görevleri ile ilgili olarak mensup oldukları teşebbüs ve bağlı ortaklığa verdikleri zarardan dolayı özel hukuk hükümlerine tabidirler.

b) (İptal : Ana. Mah.nin 4/4/1991 tarih ve E. 1990/12, K.1991/7 sayılı Kararıyla; yeniden düzenleme: 5/2/1992 - 3771/3 md.)

Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2 nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümler uygulanır."

²²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.433 vd.; Yılmaz, Öncel, Şahin, **a.g.e.** s.12; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.23-24.

her iki banka personeli zimmet fiilleri sonucu aynı kanun maddesine göre cezalandırılmıştır. 399 sayılı KHK ile yapılan değişiklik ile aynı fiillere, bankanın kamu iktisadi teşebbüsü olup olmamasına göre birbirinden çok farklı suçlar ve cezalar uygulanmıştır.

Özel veya kamu bankası olması sebebiyle zimmet fiilinde uygulanan hükümlerin farklı olması Yargıtay kararlarında da kendini göstermektedir. Özel bankalarda işlenen zimmet suçu açısından Yargıtay 7. Ceza dairesinin verdiği kararlarda 4389 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki suçlarda zimmet suçu yerine emniyeti suiistimal suçu oluşacağı hüküm altına alınmıştır.²²⁷ Kamu iktisadi teşebbüsü sayılan bankalar açısından verilen Yargıtay kararında ise kamu bankası personeli haricindekiler bakımından zimmet suçunun söz konusu olabileceği sonucuna ulaşmaktayız.²²⁸ Bu şekilde bankanın özel veya kamu olmasına göre zimmet suçu bağlamında var olan uygulama özellikle verilecek cezalar bakımından büyük farklar içerdiğinden doktrinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu eleştirilmiştir.²²⁹

C. 4389 Sayılı Kanun Dönemi

Özel bankalarda işlenen zimmet fiilinin hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal sayılması buna göre kamu bankaları personeline göre daha az ceza almaları, kanun koyucuyu harekete geçirmiş ve banka varlıklarına karşı bu suçun işlenmesi halinde failin Bankalar Kanunu'na göre cezalandırılmasını sağlayan bankacılık zimmeti suçu oluşturulmuştur. Bu suç 23.06.1999 tarihinde yayımlanan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22/3 maddesinde TCK'daki zimmet suçuna paralel bir şekilde düzenlenmiştir.²³⁰ Ancak verilecek ceza 765 sayılı TCK'nın 202. maddesindeki

²²⁷ Bkz. Yargıtay 7.CD. 17.10.2012 tarih 2009/13254 E. ve 2012/26606 K. numaralı kararı.

²²⁸ Bkz. Yargıtay 7.CD. 29.11.2012 tarih 2010/4150 E. ve 2012/30911 K. numaralı kararı.

²²⁹ Yılmaz, Öncel, Şahin, **a.g.e.** s.13.

²³⁰ Bkz. 4389 sayılı Kanun 22/3 maddesi: “Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkum edilirler. Bu fıkra da gösterilen suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile oniki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re’sen ödettilmesine hükümlenir. Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte bir oranında indirilir.”

zimmet suçundan daha ağırdır. Bu durum bankanın malının ve bankaya olan güvenin, devletin malının korunmasından daha üstün görüldüğünün bir göstergesidir.

Bankalar Kanunu'nda zimmet suçuna yer verilmesi ceza adaletini sağlama bakımından olumlu karşılanabilir. Ancak hala kamu bankası ve özel banka personeli olan failler için uygulanacak hükümler farklı kanunlarda yer almaktadır. 399 sayılı KHK hala yürürlükte olduğu için, buna bağlı olarak da kamu bankası personeli zimmet fiilinde memur sayıldığı gözetildiğinde 765 sayılı TCK'nın zimmete ilişkin hükümleri uygulanmaktaydı.²³¹

Nihayet 25.11.2000 tarihinde yayınlanan 4603 sayılı Kanun ile dönemin kamu iktisadi teşebbüsleri olan Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Türkiye Emlak Bankası anonim şirket haline getirilmiş ve bankacılık işlemlerinde özel hukuk kişisi sayılmışlardır. Ayrıca 4603 sayılı Kanun'a uygun olarak çıkartılan 30.01.2002 tarihli 4743 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde söz konusu bankaların üyeleri cezai anlamda artık memur sayılmayacaktır.²³² Böylece sayılan kamu bankaları mensupları bakımından 233 ve 399 sayılı KHK'nın uygulanma olanağı kalmamıştır. Böylece kamu bankası ile özel banka personeli arasında, zimmet suçunu işlemeleri halinde var olan fark ortadan kalkmış, bütün banka personelleri Bankalar Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçuna tabi olmuşlardır.

Konumuz açısından bir diğer önemli gelişme, yürürlüğe giren 5020 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Kanun'un 22. maddesine eklenen bir fıkıyla öğretide birçok yerde varsayımsal zimmet olarak geçen, ancak çalışmamız çerçevesinde kontrol eden ortak zimmeti olarak işleyeceğimiz suç ihdas edilmesidir.²³³ Bu suç, özellikle

²³¹ Doktrinde yer alan farklı bir görüşe göre; 4389 sayılı Kanun'un 22/11 maddesinde düzenlenen; *"Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır."* Hükmü gereğince 765 sayılı Kanun'da düzenlenen zimmet suçunun cezası daha ağır olduğu için kamu bankaları personeli hakkında 765 sayılı TCK'nın 202. maddesi uygulanır. Bkz. Yılmaz, Öncel, Şahin, **a.g.e.** s.16.

²³² Bkz. 4743 sayılı Yasa'nın geçici 1.maddesinin 3. Fıkrası: *"Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu üyeleri ceza ve idare hukuku bakımından memur sayılmazlar."*

²³³ 4389 sayılı Kanun 22/4 maddesi: *"Fon alacaklarından; temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini"*

ülkemizde meydana gelen 2001 krizinden sonra, alınan tedbirler neticesinde ekonomik olarak böylesine kötü manzaralarla bir daha karşılaşmamak için koyulmuştur. Bu özelliği ile kontrol eden ortak zimmeti bir tepki maddesi olarak yürürlüğe girmiştir diyebiliriz.

Sonuç olarak kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindeki bankanın personeli 1992 tarihinden beri zimmet fiilinden sorumlu idiler. 4389 sayılı Kanun zamanında, yapılan düzenlemelerle zimmet açısından kamu bankaları personeli ile özel banka personeli arasındaki uyumsuzluğu ve eşitsizliği ortadan kaldırmıştır.²³⁴

D. 5411 Sayılı Kanun Dönemi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu 19.10.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve o günden günümüze uygulanmaktadır. Bankacılık düzeninin korunması için gerekli uluslararası Basel İlkelerine ve Avrupa Birliği Direktiflerine uygun olarak çıkartılmış bankacılık kanunu örneği olan 5411 sayılı Kanun bankacılık zimmeti suçuna 160. maddede yer vermektedir. Kanunun 160. maddesinde zimmet suçunun basit ve nitelikli hali yanında; kontrol eden ortak zimmeti, etkin pişmanlık hükümleri, kredi verme bakımından özel hüküm, zimmette değer azlığını düzenleyen fıkralara yer verilmiştir. Madde bir bütün halinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Zimmet

MADDE 160.

Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.

elinde bulunduran yönetici olsun veya olmasın gerçek kişi ortakların 15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmakla bankayı her ne suretle olursa olsun zarara uğratarak kendilerinin veya başkalarının malvarlığının artışına neden olmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar ağır hapis ve yirmimilyar liradan seksenmilyar liraya kadar ağır para cezasına hükümlenir. Ayrıca, meydana gelen zararın Hazine alacağı olarak müteselsilen ödenmesine karar verilir.”

²³⁴ Eralp Özgen, “Bankalar Yasası'nda Yer Alan Adli Suç ve Cezalar”, **Bankacılar Dergisi**, Y.12, S.39, 2001, s.44.

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir.

“Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.”

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir. Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

Görüldüğü üzere 4389 sayılı Kanun’a göre bankacılık zimmeti suçunun cezası adli para cezaları da koyularak arttırılmış ve bankacılık zimmeti ile kontrol eden ortak zimmeti suçları birleştirilerek aynı maddede yer almıştır.

Banka personeli tarafından işlenen zimmet suçuna günümüze gelene kadar birçok farklı hüküm uygulanmıştır. Bu hükümler hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal, TCK’da düzenlenen zimmet suçu, 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçu ve son olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda

düzenlenen zimmet suçudur. Bankacılık zimmeti suçlarının yargılamasının uzun sürdüğü de düşünüldüğünde, suçun işlendiği zaman ile hükmün verildiği zaman arasında uygulanacak hükümlerin değişmesi ya da başka bir maddenin kanunda yer alması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda geçmişe yürüme yasağı ile lehe kanun ilkeleri sentezlenip sonuca ulaşılmalıdır.²³⁵ Bu durumdan ayrı olarak bankacılık zimmeti suçunun bankacılık kanunları dönemlerine yaygın olarak birden fazla işlenmesi durumunda teselsül bakımından Yargıtay'ın verdiği kararlar önem arz etmektedir. Yargıtay, kararlarında, farklı kanun dönemlerinde işlenen zimmet suçlarının farklı hükümleri ihlal ettiğini göz önünde tutarak, teselsüle neden olamayacağına hükmetmiştir.²³⁶ Bu karar ileride açıklanacağı üzere zarar miktarı ve malın değerinin azlığı konuları açısından önemlidir.

²³⁵ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, seçkin, 2008, s.103 vd.

²³⁶ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 14.01.2013 tarih 2009/1423 E. ve 2013/234 K. numaralı kararı:**

“ ... 4389 sayılı bankalar kanununun yürürlüğünden önce kamu bankası dışındaki banka çalışanlarının banka parasını mal edinme fiillerinin zimmet suçunu oluşturmayacağı, bu fiillerin emniyeti suiistimal şüphe kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, bu tarihten önce işlenen mal edinme eylemlerinin de Bankalar kanununun yürürlüğünden sonra gerçekleşen eylemlerle birlikte değerlendirilmesi yasaya aykırıdır.... ”

Bkz. Yargıtay CGK 09.10.2007 tarih ve:2006/7-336 E, 2007/198 K numaralı kararı:

“...ancak 23.06.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4389 sayılı Bankalar Yasasıyla konu eylemlerin basit ya da nitelikli banka zimmeti suçunu oluşturabileceği, farklı hükümlerin ihlali niteliğinde olacaklarından önceki evrede gerçekleşip “hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal” ya da “nitelikli dolandırıcılık” sayılacak fiillerin 4389 sayılı Bankalar Yasası kapsamında zimmet ya da nitelikli zimmet olarak değerlendirilecek eylemlerin teselsül edegelen evveliyatı sayılmayacağı...”

İKİNCİ BÖLÜM

BANKACILIK ZİMMETİ SUÇU

I. SUÇUN KANUNİ TANIMI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

A. Suçun Kanuni Tanımı

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunun basit hali ve nitelikli hali 160 maddenin 1. ve 2. Fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre:

“Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur.”

Görüldüğü üzere zimmet suçunun oluşması için Kanun belirli şartlar aramaktadır. Bu şartlardan bir kısmı failin kendisinde aranan şartlar diğer kısmı ise suçun konusu ile ilgili kanuni şartlardır. Kanun, zimmet suçunun oluşabilmesi için banka yönetim kurulu üyeleri veya banka mensupları tarafından ;

1. Görevi nedeniyle zilyetliği devredilmiş veya
2. Üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü olan
3. Para, para yerine geçen evrak veya senetler ile diğer banka malların
4. Failin kendisi ve ya başkasının zimmetine geçirmesi,

şartları aranmaktadır. Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli halinin oluşması için ise tüm bu şartlara ilaveten, zimmetin açığa çıkmasını önleyici birtakım davranışlarla işlenmesi gerekmektedir.

5411 sayılı Kanun'un 160. maddesindeki bu düzenleme genel hatlarıyla 4389 sayılı eski Bankalar Kanunu 22/3 maddesindeki¹ düzenleme ile büyük ölçüde benzerdir. Sadece paranın bankaya ait olup olmaması ve nitelikli hal bakımından "bankasını aldatması" ifadesinin sağlanıp sağlanmaması bakımından iki hükmün farklılıkları vardır.² Bu yüzden 4389 sayılı Kanun döneminde, bankacılık zimmeti suçu hakkında yapılan çalışmalar ve oluşturulan açıklamalardan çalışmamız bağlamında yararlanılacaktır. Yine eski kanun döneminde oluşturulan içtihatlar zaman içinde nasıl bir değişime uğradığı gözetilerek incelenecektir.

Bankacılık zimmeti suçu yukarıda da bahsedildiği gibi esas olarak, yeni TCK'nın tabiri ile güveni kötüye kullanma suçundan türetilmiş bir suçtur. Keza Bankalar Kanunu'nda zimmet suçu düzenlenmezden önceki dönemde banka mensubunun zimmet fiili, hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal hükümlerine göre cezalandırılıyordu. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 5411 sayılı Bankacılık Kanunu döneminde verdiği bir kararda³, bankacılık zimmeti suçunu, güveni kötüye kullanma suçunun özel hali olarak kabul etmiştir. Olaya bu açıdan bakıldığında güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin yapılan açıklamalardan, bankacılık zimmeti suçu hakkında açıklamalar yapılırken yararlanılması gerekmektedir.

¹ **4389 sayılı Kanun m. 22/3** "Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkum edilirler.

Bu fıkra gösterilen suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile oniki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur.

Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde cezaların yarısı, ödeme hükmünden önce gerçekleştirilmiş ise üçte bir oranında indirilir."

² Selami Turabi, **Zimmet Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.171-172.

³ **Bkz. Yargıtay C.G.K. 06.04.2010 tarih 2010/738 E. 2010/79 K. numaralı kararı:**

"Bir özel hukuk tüzel kişisi olan bankalara ait para ve sair malvarlıklarının banka görevlilerince zimmete geçirilmesi fiilleri aslında TCK'nda tanımlanan güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Ancak bu fiiller 5411 sayılı Bankacılık Kanununda özel bir zimmet suçu olarak tanımlandığı için, görevliler hakkında güveni kötüye kullanma suçundan değil, 5411 sayılı Kanundaki hükümler uygulanacaktır."

TCK'nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu⁴, lafzi olarak bankacılık zimmeti suçu ile aynıdır. Sadece suçun faili açısından bir farklılık söz konusudur. Zaten yukarıda açıklandığı üzere, 5411 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde kamu iktisadi teşebbüsü sayılan kamu bankalarının mensuplarına, zimmete geçirme fiili bağlamında TCK'daki zimmet suçu hükümleri uygulanmıştır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁵; banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunun aslında TCK'daki zimmet suçunu aynısı olduğunu; ancak bir güven kurumu niteliğinde olan bankaların mensuplarının zimmet fiillerinin kamu düzenine ve güvenliğine etkileri daha fazla olacağından, ceza siyasetinin bir gereği olarak daha fazla ceza öngörülerek Bankacılık Kanunu'nda düzenlendiğini belirtmiştir. Sonuç olarak, çalışmamız açısından, kendisinden yararlanılacak bir diğer suç eski ve yeni TCK'da düzenlenen zimmet suçudur.

Görüldüğü üzere madde metninde herhangi bir bankacılık faaliyetinden bahsedilmemiştir. Kanuna göre zimmet fiili hangi bankacılık faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin zimmet suçu gündeme gelebilecektir. Zimmet suçunun uygulamada daha çok kredi faaliyeti yürütülürken işlediği görülse de; bankaya ait değerler, bankaya emaneten bırakılmış para veya mevduat üzerinde de zimmet suçunun işlenebileceği aşikârdır.⁶

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan İtalya, Fransa, Almanya ve İsviçre gibi ülkelerin hukuk düzenlerinde zimmet suçu genel ceza kanunlarında düzenlenmiştir. Ülkemizde olduğu şeklinde Bankacılık Kanunu'nda zimmet suçunun düzenlenmiş olması diğer ülkeler bakımından geçerli değildir.⁷

B. Korunan Hukuki Değer

Her suçun aslında tesis ediliş amacı vardır. Suçlar belirli bir amaca hizmet ederler. En geniş tabir ile toplumsal düzenin korunmasının sağlanması tüm suçların amacıdır. Suçların belli bir menfaatin veya hukuki değer ihlali ile ortaya çıktığı

⁴ Bkz. TCK m.247 “Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi...”

⁵ Bkz. T.C. Anayasa Mahkemesinin 25.12.2014 tarih, 2014/103 E. 2014/199 K. numaralı kararı.

⁶ Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.229.

⁷ Muhammet Erişen, “Bankacılık Zimmeti”, **Sayıştay Dergisi**, S.83, 2011, s.101.

düşünüldüğünde,⁸ her suçun koruduğu en az bir hukuki değer vardır.⁹ Kısaca bahsetmek gerekirse korunan hukuki değer, toplumu oluşturan kişiler ve toplumun bütünü bakımından önem arz eden bundan dolayı ceza hukuku kapsamında korumaya alınan değerlerdir. Bu hukuki değerler toplumsal düzenin sağlanması bakımından farklı derecede önem arz etmektedirler. Bazen aynı hukuki düzende bile korunan bir hukuki değer zamanla önemini kaybettiği ya da daha çok önem atfedilen hukuki değerlerin ortaya çıktığı görülebilir.

Suç ile korunan hukuki değer, suçtan bağımsız ve suçtan önce de var olan değerdir. Çoğu zaman suçun kanuni tanımından tespit edilmesi kolay iken, bazen diğer suçlarla karşılaştırılarak veya suçun gerekçesi incelenerek tespit edilebilmektedir. Aşağıda görüleceği üzere Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda korunan hukuki değer diğer suçlara da bakarak tespit edilmektedir. Suç ile korunan hukuki değer çoğu zaman tek bir değerken bazen birden fazla hukuki değer de bir suçta korunmuş olabilir.¹⁰

Korunan hukuki değer uygulamada ve doktrinde dikkate alınmasının üç temel işlevi vardır. Birincisi hukuki değer sınırlandırıcı işlevidir. Bu işleve göre korunan hukuki değer tespiti, kanunilik ilkesi ile sağlanan teminatın sınırlarını genişletmektir. Kanunilik ilkesi çok keskin şekilde uygulanırsa bazı hallerde suç işleyen cezalandırılamaz ve mağdurun da bu ölçüde mağduriyeti artar. Bu işlev daha çok uygulayıcı bakımından önemlidir. Ayrıca suç içeren bazı kanun maddeleri de düzenleniş gereği geniş anlam ifade edebilir. Bu durum da kanun koyucuya istediği her davranışı suç sayma ayrıcalığı vermektedir. Korunan hukuki değer tam olarak anlaşılması kanun koyucunun bu iktidarını da kısıtladığı savunulabilir.¹¹ Hukuksal değer bir diğer işlevi de, (ilk işlev ile de bağlantılı olarak) bazı suçların anlamlandırılması için yorum yapılması gerektiğinde korunan hukuki değerden

⁸ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu- Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 3.Bası, İstanbul, Beta, 2004, s.87.

⁹ Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı Ankara USA Yayıncılık, 2015, s.199.

¹⁰ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.87.

¹¹ Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.201-202.

faydalanılmasıdır.¹² Amaçsal (gai) yorum metodunun kullanıldığı hallerde korunan hukuki değerin tespiti gerekecektir. Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçunda açıklama yapılması gereken bazı hallerde korunan hukuki değerden yararlanılır. Örneğin 4389 sayılı Kanun döneminde, başkasının zimmetine geçirme kanun metninde suç sayılmadığı için uygulamada sorun yaratma potansiyeli vardı. Ancak yorum yoluyla, gerek uygulamada gerek doktrinde, başkasının zimmetine geçiren banka mensuplarının da bankacılık zimmeti suçunu işleyeceği sonucuna varılarak bu sorun daha ortaya çıkmadan sonlandırılmıştır.

Hukuki değerin son işlevi doktrin bakımından önem arz etmektedir. Doktrinde suçlar incelenirken belirli kıstaslara göre sınıflandırılarak sistematik bir şekilde inceleme yapılması yoluna gidilir. Bankacılık suçları bakımından benimsenen sınıflandırma kriterlerinde korunan hukuki değer de göz önüne alınarak suçlar; “banka tüzel kişiliğine karşı suçlar”, “bankacılık düzenine karşı işlenen suçlar” ve “güven ve mülkiyete karşı işlenen suçlar” şeklinde gruplandırılmıştır.¹³

Bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer doktrinde tartışmalıdır. Kanun metninde korunan hukuki değer açıkça belli olmadığı için; her yazarın korunan hukuki değer konusunda farklı düşündüğünü görmekteyiz. Kısaca örnek vererek bahsetmek gerekirse;

Sözüer’e göre bankacılık mülkiyet hakkının gerçekleşmesi şekli olduğu için ve bankacılık zimmeti suçunun güveni kötüye kullanma suçundan türediği düşünüldüğünde, bankacılık zimmeti suçunun da koruduğu hukuki değer esas itibarıyla mülkiyet hakkıdır.¹⁴ Yazarın bu sonuca varmasında güveni kötüye

¹² Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 846 vd.

¹³ Dursun, bankacılık zimmeti suçunu “güven ve mülkiyete karşı işlenen suçlar” başlığı altında inceleyerek, bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değerin mülkiyet hakkı ve bankacılık düzenine duyulan güven olduğunu kabul etmiştir. Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.86.

¹⁴ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.174. Aynı görüşte “Bankacılık kanununun amacı Finansal piyasalara güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması olsa da bankacılık zimmeti suçunun hukuki konusu sayılmaz. Bu amaçlar cezai korumadan payına düşeni alır. Asıl korunan değer malvarlığı değeridir. Çünkü 160. maddenin 1. ve 3. Fıkrasında bankanın uğradığı zarar tazmin ettirilmeye çalışılmaktadır.” Güneş Okuyucu Ergün, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2008, s.151.

kullanma suçunda korunan hukuki değerin de mülkiyet hakkı olması yatmaktadır.¹⁵ Ancak yazar açıklamalarının devamında bir suçla korunan hukuki değerin birden çok olabileceğini kabul etmiş, güven ve mülkiyet hukuki değerlerinin bankacılık zimmeti suçu bağlamında korunduğunu belirtmiştir.¹⁶

Mahmutoğlu bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değeri tespit ederken; bankacılık suçlarının konulması amacına yoğunlaşmıştır. Kanun koyucu ihdas ettiği bankacılık suçları ile ülkedeki tüm ekonomik düzenin korunması hedefini ön planda tutmuştur. Yani bankacılık suçlarının genel olarak koruduğu hukuki değer ekonomik düzenin korunmasıdır.¹⁷ Bankacılık zimmeti suçunda ise genel hukuki değer olan ülke ekonomisinin korunmasının yanı sıra; özel hukuki değerler olan mal varlığı ve güven ilişkisi korunmaktadır.¹⁸

İnceoğlu'na göre bankacılık zimmeti suçuyla bankacılık sisteminin düzen ve istikrarının korunmasının yanı sıra, banka tüzel kişiliğinin mülkiyet hakkı korunmaktadır. Bunun bir yansıması olarak da banka ortakları ile bankada mevduatı olan mevduat sahiplerinin hak ve menfaatleri bu suç kapsamında korunmaktadır.¹⁹

Bankacılık Kanunu'nun amacını düzenleyen 1. maddesi göz önüne alınarak bankacılık zimmeti suçu ile korunan hukuki değer tespit edilmeye çalışılmıştır. Bankacılık Kanunu'nun asıl amacı finansal piyasalara olan güvenin ve istikrarın sağlanmasıdır. Buna göre yapılan düzenlemelerde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatleri korunmaktadır. Dolayısıyla bankacılık zimmeti suçunun altında yatan

¹⁵ Koca/Üzülmez'e göre de güveni kötüye kullanma suçunda korunan hukuki değer öncelikle mülkiyet hakkıdır. Ancak mülkiyet hakkıyla beraber taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dayanan güven de korunmaktadır. Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.671.

¹⁶ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.174-175.

¹⁷ Bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer olarak, sadece genel olarak korunan hukuki değer olan, ekonomik düzenin korunmasını esas alan yazarlarda vardır. Bkz. Turabi, **a.g.e.**, s.179.

¹⁸ Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.230. Aynı yönde bkz. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2040; M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s.927.

¹⁹ Asuman Aytekin İnceoğlu, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi", **Banka Hukuku Atölye Çalışmaları II**, İstanbul, Beta, 2008, s.142. Farklı yollardan aynı sonuca varan doktrindeki diğer görüş için bkz. Erdal Baytemir, **Açıklamalı - İctihatlı Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar İle Banka Zimmeti : Zimmet - Rüşvet – İrtikap**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.490.

hukuki değerlerin bankalara duyulan güvenin ve bankaların malvarlıklarının korunması olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.²⁰

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunun koruduğu hukuksal değer tespit edilirken bu suçun tarihi gelişiminde rol oynayan suçlardan da yararlanılması gerekir. Yargıtay'ın ve doktrinin de kabul ettiği üzere bankacılık zimmeti suçu TCK'da düzenlenen zimmet ve güveni kötüye kullanma suçlarından türetilmiştir.²¹

İlk olarak güveni kötüye kullanma suçunun ele alınması gerekir. TCK'da düzenlenen zimmet suçunun, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanmanın kamu personeli tarafından işlenen hali olarak konuya bakıldığında güveni kötüye kullanma suçunun kapsayıcılığı ortaya çıkmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçu malvarlığına karşı suçlar başlığı altında TCK'nın 155. maddesinde düzenlenmiştir. Bu durum bile tek başına korunan hukuki değeri göstermektedir. Çünkü TCK'daki bölüm başlıkları çoğu zaman korunan hukuki değer hakkında bilgi verir. Daha derinlemesine inceleme yapıldığında görülecektir ki bu suç bakımından korunan hukuki değer birden fazladır. Güveni kötüye kullanma suçu bakımından korunan hukuki değerler zilyetlik, mülkiyet hakkı ve taraflar arasındaki güvendir.²² Madde gerekçesi incelendiğinde korunan hukuki değer mülkiyet hakkı ve sözleşme ilişkisine olan güvenin korunması olduğu ortaya çıkmaktadır.²³

TCK'da düzenlenen zimmet suçu "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu suç bakımından da

²⁰ Ahmet Ceylani Tuğrul, **Öğreti ve Uygulamada Zimmet Banka Zimmeti İrtikap ve Rüşvet Suçları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013, s.543. Aynı yönde Bkz. Hasan Tahsin Gökcan, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.438; Ali Parlar, Mustafa Akın, Muzaffer Hatipoğlu, **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2010, s.205.

²¹ Devrim Güngör, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunda Zimmet Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Y.67, S.4, 2009, s.23.

²² Şölen Çakıroğlu, **Güveni Kötüye Kullanma Suçu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.34. Benzer şekilde Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s.671. Sadece mülkiyet hakkını ihlal eder diyen yazarlarda vardır. Bkz. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınları, 2018, s.167; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar**, 5. Baskı Ankara USA Yayıncılık, 2016, s.378.

²³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.778.

korunan hukuki değerin tespiti yapılırken bölüm başlığından madde metninden ve madde gerekçesinden yararlanılabilir. Buna göre TCK'da düzenlenen zimmet suçunun koruduğu hukuki değerler devletin malvarlığı menfaatleri yanında kamu görevlilerinin güvenilirliğine ilişkin menfaatlerdir.²⁴

Bankacılık zimmeti suçunun koruduğu hukuki değerleri tespit bakımından yargı erkinin yorumları da önem arz etmektedir. Anayasa mahkemesinin kararlarında bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değerlere ilişkin açıklamalar bulunmaktadır.²⁵ Söz konusu kararda:

(...)

“Finans piyasalarına ve finans kurumlarına güvenin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, bu düzenin ve güvenliğin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, kanun koyucu, bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işlenme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır yaptırıma tâbi tutmuştur.

Kanun koyucu, finans piyasalarına ve finans kurumlarına duyulan güvene verebileceği zararı göz önüne alarak, bir özel girişim olan bankacılık sektöründeki zimmet suçunu Bankacılık Kanunu'nda ayrıca düzenlemiştir. Dolayısıyla zimmet suçunu işleyen banka mensuplarının içinde bulundukları hukuksal durum ile diğer kamu görevlilerinin hukuksal durumları farklıdır.” (...)

²⁴ Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s.920; Cengiz Kütük, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.71; Toroslu, **Özel Kısım**, s.280. Bir diğer korunan hukuki değer kamu düzeninin düzgün biçimde işleyişidir şeklinde görüş belirten yazarlar da vardır. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1108. Bazı yazarlar zimmet suçunun sadece kamu görevlilerine duyulan güveni korumakta olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.903. “*Kanımızca zimmet suçu hem devletin mali menfaatlerini korumak hem de kamu görevlilerinin doğruluğunu, dürüstlüğü, devlete olan bağlılık ve onlara karşı duyulan güven duygusunu korumak amaçlı getirilmiştir*” Rezzan İtişgen, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, **İÜHFİM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s.640.

²⁵ Bkz. T.C. Anayasa Mahkemesinin 25.12.2014 tarih, 2014/103 E. 2014/199 K. numaralı kararı.

Şeklinde açıklamalar yapılmıştır. Anayasa mahkemesi konuyla ilgili bir diğer kararında:²⁶

... “Finansal piyasalara ve finansal kurumlara güvenin sağlanması, kamu düzeni güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, finansal piyasalara ve kurumlara güvenin sağlanması da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, yasa koyucun bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işlenme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır bir yaptırıma tâbi tutmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.”

Şeklinde yorumlarda bulunmuştur. Buradan çıkarılan sonuç bankacılık zimmeti suçunda finans kuruluşlarına duyulan güvene önem atfedilmiş ve suç ile korunan hukuki değerlerden biri sayılmıştır. Yargıtay’ın da buna benzer kararları vardır.

Bankacılık zimmeti suçunun sadece mülkiyet hakkını koruduğu tezi kanaatimizce eksiktir. TCK’da düzenlenen malvarlığına karşı suçlar ve korunan hukuki değer olarak sadece mülkiyet hakkını kapsamına alan suçlar incelendiğinde görülecektir ki sıralanan suçlara atfedilen yaptırımlar bankacılık zimmeti suçunun yaptırımı ile kıyaslandığında daha hafif kalmaktadır. Her zaman doğru sonucu vermemekle birlikte kanun koyucunun böylesine önem verdiği ve ağır yaptırım bağlanan bir suçun koruduğu hukuki değerler de hukuk düzeninde daha önemli bir yer işgal etmelidir.

Bankacılık zimmetinin koruduğu hukuksal değerlerin tespiti hakkında, doktrindeki görüşler, kanunun amacı, maddenin gerekçesi ve yargı kararları birlikte değerlendirildiğinde korunan hukuki değer birden çok olduğu sonucuna varmaktayız. Banka personeline yapılan zimmete geçirme fiili sadece bankanın mali yapısına zarar vermez. Bundan daha önemlisi bankaya karşı duyulan güvenin zedelenmesidir. Hatta bazı olaylarda bankanın güvensiz addedilmemesi için küçük

²⁶ **Blkz.** T.C. Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarih, 2010/116 E. 2011/118 K. numaralı kararı.

çaplı suçlar banka içinde kapatılmaya çalışılabilmektedir. Birer itibar müessesesi olan bankaların bu itibarları sarsılmasın diye Bankacılık Kanunu'nda da soruşturmayı zorlaştırıcı usule ilişkin maddeler yer almaktadır. Kanun koyucu bankaların itibarını ve bankalara karşı duyulan güveni kanunun her yerinde korumayı amaçlamıştır. Zimmet suçu bu yönüyle fonksiyon suçudur.²⁷ Genel olarak kabul gören ve bankacılık zimmeti suçuyla korunan hukuki değer bankalara duyulan güvendir. Diğer bir ifade ile bankaların ekonomik hayattaki güvenilirliğidir.²⁸ Bankacılık zimmeti suçuyla bankaların malvarlığı menfaatleri veya mülkiyet hakları da korunmaktadır. Dolayısıyla banka tüzel kişiliğinin kendi personeline duyduğu güven de bu suçun korunan hukuki değeri sayılabilir.

II. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

a. Genel Olarak

Suç içeren fiili işleyen kişiye ceza hukukunda fail adı verilmektedir. Failin tüzel kişi olup olamayacağı tartışılmakla beraber baskın görüş sadece gerçek kişilerin iradi eylemlerinden sorumlu tutulacağına ilişkindir.²⁹ Suç bir tüzel kişilik çerçevesinde işleniyor olsa bile ceza hukuku tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu gerçek kişileri ortaya çıkarmak zorundadır. Bankacılık zimmeti suçunun kimler tarafından işlenebileceği kanun tarafından belirlenmiş ve o kişilerin de tüzel kişi olma ihtimali BDDK kararı ile imkansız olduğu için tüzel kişilerin suçun faili olup olmayacağı tartışması konumuz bakımından gereksiz olacaktır. Yukarıda, banka

²⁷ İbrahim Murat Haznedar, “Bankacılık Zimmeti Suçu”, **Ziraat Bankası Teftiş Araştırma Dergisi**, S.3, 2009, (Çevrimiçi) <http://www.murathaznedar.com.tr/Bankacilik-Zimmeti-Sucu--Ziraat-Bankasi-Teftis-Arastirma-Dergisi--S-3-8> 20.01.2019.

²⁸ İzzet Özgenç, **Zimmet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.79. Aynı yönde Erişen, **a.g.e.**, s.83.

²⁹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.114; Erman, **Bankacılık Suçları**, s.122-123.

yönetim kurulu başlığı³⁰ altında da açıklandığı ve tartışıldığı üzere TTK ya göre yönetim kurulunda yer alabilme hakkına sahip olan tüzel kişiler, BDDK'nın düzenleyici işlem niteliğindeki kararı ile banka anonim şirketine yönetim kurulu üyesi olamamaktadır. Dolayısı ile bankacılık zimmeti suçu ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilmektedir.

Failin özelliklerine bakarak suçların tasnifinin yapılabilmesi mümkündür. Buna göre suçlar genel suçlar ve özgü suçlar olarak ikiye ayrılırlar. Kanuni tanımlarında geçen “kişi, kimse, her kim” ifadeleri suçun herkes tarafından işlenebileceğini göstermektedir.³¹ Failin herkes olabileceği suçlar genel suçları oluşturur. Bazı suçların tanımında ise bu suçların sadece belli özellikleri taşıyan kişi ya da kişilerce işlenmesi öngörülmüştür. Bu şekilde özel faillik vasfını taşıyanlarca işlenen suçlara da özgü suçlar adı verilmektedir.³²

Bankacılık Kanunu m.160'a göre “banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları” suçun failini oluşturmaktadır. Bu faillerin suç konusuyla görevi nedeni ile ilişki içinde olması da aranan özelliklerden birisidir. Aslında bakıldığında yönetim kurulu başkanı da yönetim kurulu üyesidir. Suçun 4389 sayılı Kanun'daki eski düzenlenişine bakıldığında kanun maddesinin, fail bakımından, aynı şekilde düzenlendiğini görmekteyiz. 4389 sayılı Kanun döneminde kamu iktisadi teşebbüsü niteliğindeki bankalar bakımından fail hem banka mensubu hem de kamu görevlisi olma şartlarını üzerinde taşıyordu.³³ 5411 sayılı Kanun döneminde kamu bankası personeli ceza hukuku bakımından kamu personeli sayılmamaktadır. Esasen bankacılık zimmeti suçunda failin banka mensubu olması, bu suçu TCK'da düzenlenen zimmet suçundan ve güveni kötüye kullanma suçundan ayırmaktadır.³⁴

Mensup kavramı “Bir yerle veya bir kimseyle bağlantısı olan, ilişkili,” olarak tanımlanabileceği için yönetim kurulu denetim kurulu genel müdür murahhas

³⁰ Bkz. Tüzel Kişilerin Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olup Olamaması alt başlığı.

³¹ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176.

³² M.Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.291; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.115.

³³ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.231.

³⁴ TCK'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunda fail, aradaki sözleşme ilişkine uygun davranmayarak mal üzerinde tasarruf yapan herkes olabilir. TCK'da düzenlenen zimmet suçunda ise fail sadece kamu görevlileri olabilir. Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s.671,920.

üye gibi makamları da içine almaktadır. Bu yüzden doktrinde bazı yazarlar mensup terimini yeterli bulmaktadır. Mensup kavramını banka personeli ya da banka görevlisi olarak da adlandırabilmemiz mümkündür.³⁵ Görüldüğü üzere bankacılık zimmeti suçu herkes tarafından değil kanuni tanıma göre sadece banka yönetim kurulu başkanı, üyeleri ve banka mensupları tarafından işlenebildiği için özgü (mahsus) suçtur.³⁶ Doktrinde var olan gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suç ayırımına³⁷ göre bankacılık zimmeti suçu sadece özel faillik vasfını taşıyanlar tarafından bizzat işlendiği için gerçek özgü suçlardan sayılır. Bankacılık zimmetinin özgü suç sayılması aşağıda iştirak başlığında bahsedileceği üzere önemlidir.

Bankanın yönetim kurulunda kimlerin hangi özellikleri taşıyarak yer aldığı yukarıda anlatılmıştı. Yönetim kurulu üyelerinin bankayla nasıl bir ilişkiye girdiklerinin belirtilmesi mensup ile yönetim kurulu başkan ve üyelerinin kanunda neden ayrı olarak düzenlendiğinin anlaşılması bakımından gereklidir.

Banka yönetim kurulu tüzel kişiliğin yürütme organı sayılmaktadır. Organı oluşturan üyeler ile banka tüzel kişiliği arasında hukuki bir sözleşme vardır. Bu sözleşmenin türünün ne olduğu konusunda doktrinde görüş farklılıkları olmakla beraber baskın görüş vekâlet ilişkisi olduğu yönündedir.³⁸ Vekalet sözleşmesinde amaç işin özenle gördürülmesidir.³⁹ Bu sözleşme türünün özelliği olarak hizmet

³⁵ Esasen Bankalar Kanunu'nda eskiden beri faillerin teker teker sayılması yolu tercih edilmişken Bankalar Kanunu'nu düzenleyen 70 sayılı KHK'da "işleri fiilen yöneten görevli", "ilgili mensuplar" gibi kavramlar kullanmıştır. Ancak daha sonra yürürlüğe giren kanunlarda bu sistem terkedilmiş ve yeniden sayma metoduna geçilmiştir. Bkz. Erman, **Bankacılık Suçları**, s.123.

"Bu kişiler Bankada bir görev yürüttüklerinden tümünün banka görevlisi olarak adlandırılması mümkündür." Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.175. Aynı yönde Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.231.

³⁶ Şerbetçi, **a.g.e.**, s.82; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.153; Parlar, Akın Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.205; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2046; Gökcan, **a.g.e.**, s.441; Güngör, **a.g.e.**, s.23; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.439; İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.132; "özgü suçlarda failin taşınması gereken nitelikler doğal ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğal nitelikler, failin doğal olarak haiz olduğu niteliklerdir. Örneğin, cinsiyet doğal bir niteliklerdir. Fail olabileceklerin cinsiyetinin belirtildiği bir suç tanımı, doğal nitelikten kaynaklanan özgü suçlara örnektir. Hukuki nedenler ise hukuk kurallarının oluşturduğu veya faillere yüklediği niteliklerdir. Örneğin, bir suçun sadece vatandaşlarca işlenebilmesi veya sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi durumlarında, özgü suç failin sahip olduğu hukuki nitelikten kaynaklanmaktadır." Gürses, **Zimmet Suçu**, s.32

³⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s.291-292; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.115.

³⁸ Koç, **a.g.e.**, s. 45.

³⁹ Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.192.

sözleşmesinde önemli olan sözleşmenin süresi ve bağımlılık vekalet sözleşmesi için geçerli değildir. Banka yönetim kurulu üyelerinin bankadan bağımsız olarak başka çalışmalar da yürütebiliyor olması vekalet sözleşmesi görüşünü desteklemektedir. Bankalarda yönetim kurulu üyelerinin tüm mesaisini bankada harcaması vekalet sözleşmesini bankalar kapsamında hizmet sözleşmesine yaklaştırmaktadır.⁴⁰ Ancak esas olan banka ile yönetim kurulu üyeliği ilişkisini kuran vekalet sözleşmesidir.⁴¹ Başka bir görüşe göre banka tüzel kişisi ile banka yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki tamamı ile bir sözleşme hükümlerini içermemekte; içinde kendine has bazı özellikler bulundurmaktadır. Ortaya çıkan sözleşme hiçbir sözleşmeye benzememektedir.⁴² Bundan dolayı aralarındaki sözleşmeyi sui generis sözleşme kabul edenler de vardır.⁴³

Diğer banka mensuplarının banka ile aralarındaki hukuki ilişki genel olarak İş Kanunu'ndaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre hizmet sözleşmesi tarafı olan banka mensubu diğer sözleşmelere kıyasen bankaya karşı daha çok korunmuştur. Örneğin sözleşme serbestisi banka mensubu yararına olacak şekilde yapılabilmektedir. Yine İş Hukuku kapsamındaki hizmet sözleşmesi bazı buyurucu nitelikteki kurallar ve genel işlem koşulları marifetiyle banka mensuplarını korumaktadır.⁴⁴

Banka yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile banka mensubunun suçun faili olarak düzenlenmesi yerine; bankacılık zimmet suçu bağlamında sadece banka mensubunun fail olarak kanun maddesinde geçmesi yeterlidir. Banka mensubu kavramının içine banka yönetim kurulu üyeleri de girmektedir.⁴⁵ Kanaatimizce bankacılık hukukunun özel hukuk yönü de olduğu için, madde düzenlenirken bu

⁴⁰ Bundan dolayı yönetim kurulu üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki sözleşmeyi vekalet ve hizmet sözleşmesinin uygun özelliklerini içinde barındıran birleşik sözleşme olarak niteleyenler de vardır. Bkz. Kaplan, **a.g.e.**, s.304. birleşik sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için **bkz.** Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.27 vd.

⁴¹ Koç, **a.g.e.**, s. 46.

⁴² Serozan bu tür sözleşmeleri “sıfırdan yaratılmış icat” olarak betimlemektedir. Bkz. Rona Serozan, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**,4.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.100.

⁴³ Koç, **a.g.e.**, s. 48.

⁴⁴ Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s.147.

⁴⁵ Erişen, **a.g.e.**, s.112-113; Tuğrul, **a.g.e.**, s.549; İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.132.

kişilerin farklı sözleşmelerle bankaya bağlı olması göz önünde bulundurulmuş ve banka yönetim kurulu başkanı, üyeleri ve banka mensupları ayrı ayrı saymıştır.

Kanunun, bu suçun işlenmesinde sözleşme ile bankaya bir bağlılık aradığı kesindir.⁴⁶ Bu bağlılığın yukarıda anlatıldığı gibi ya mensupluktan ya da yöneticilikten kaynaklanması gerekmektedir. Bankanın personeli olmamasına rağmen bankaya dışarıdan hizmet veren danışmanların, denetçilerin ya da avukatların zimmet suçunun faili olması söz konusu değildir. Bu kişilerin banka malını zimmete geçirmeleri olayın özelliklerine göre güveni kötüye kullanma, hırsızlık ya da dolandırıcılık suçlarına vücut verebilir. Yargıtay'ın bir kararında dışarıdan bankanın icra takiplerini yürüten avukatın banka mensubu sayılamayacağını bu nedenle avukatın icra takip masrafını mal edinmesi eylemini hizmet nedeniyle görevi kötüye kullanma oluşturduğunu kabul etmiştir.⁴⁷ Diğer bir Yargıtay kararında ise avukatlık mesleğini icra ederken kamu görevlisi sayılan avukat hakkında TCK'daki zimmet suçundan ceza verilmiştir.⁴⁸ Yargıtay serbest avukatların başkasının malını zimmete geçirmesi durumunda farklı kararlara imza atmış olsa da bankaya bağımlı çalışmayan serbest avukatların bankacılık zimmeti suçunun faili olmayacağını kabul etmiştir.

Yönetim kurulu, bir kurul olarak toplanır ve kararlar alır. Aldığı bu kararlara dahilinde yapılan işlemler bankacılık zimmet suçunu oluşturduğu takdirde yönetim

⁴⁶ Süheyl Donay, **Bankacılık Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007, s.110; Haznedar a.g.e., [s.y.]

Yargıtay kararlarında da mensupluk kavramı önem taşımaktadır. Bankanın eski mensubu çalıştığı dönemde zimmete geçirdiği mallar bakımından sorumludur. Mensup olmadığı dönemlerde banka mallarını mal edinirse duruma göre başka suçlar gündeme gelecektir. Bkz. Yargıtay 7. CD. 13.12.2010 tarih 2010/8140 E. ve 2010/16852 K. numaralı kararı:

"Bir süre F...bank A... Şube Müdürü olarak görev yaptıktan sonra 31.01.2009 tarihinde görevinden istifa ederek ayrıldığı anlaşılan sanığın, bankada hesapları bulunan S.Sarp ve Ayişe isimli şahısların istemleri olmaksızın, banka çalışanları Pelin ve D.Hatice'yi yönlendirerek onlar adına sistem üzerinden banka kartları ve şifre talep ettirdikten sonra bu banka kartları ve şifreleri eline geçirmek; bilgisayar üzerinden işlem yaparak... ATM cihazlarından çekmek şeklindeki eylemin 24.04.2007 ile 14.11.2008 tarihleri arasındaki döneme tekabül eden kısmının "zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yö-nelik hileli davranışlarla işlenmiş olması" da dikkate alınarak 5411 sayılı Yasa'nın 160/2. maddesinde düzenlenen zincirleme olarak nitelikli zimmet suçunu; 17.04.2009 ila 02.05.2009 tarihleri arasındaki döneme tekabül eden kısmının ise, TCK'nın 142/2-e maddesinde düzenlenen zincirleme olarak bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, isabetsiz şekilde eylemin tamamının 5411 sayılı Yasa'nın 160/1. maddesinde düzenlenen zincirleme olarak basit zimmet suçu kapsamında kaldığı gerekçesi ile yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırıdır"

⁴⁷ Bkz. Yargıtay 11. CD. 16.05.2001 tarih 2001/420 E. ve 2001/4994 K. numaralı kararı.

⁴⁸ Bkz. Yargıtay 5. CD. 14.01.2014 tarih ve 2014/377 K. numaralı kararı.

kurulunun bütün üyelerinin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda zimmet suçuna yol açan karara katılanların cezai sorumluluğu gündeme gelmelidir. Çünkü o karar oturumuna katılmayan veya katılmakla birlikte olumsuz oy kullanan yönetim kurulu üyesi suçun faili değildir.⁴⁹ Aşağıda işleneceği gibi bu durumda manevi unsur sağlanamamıştır. Benzer bir durum murahhas üye bakımından da geçerlidir. Yukarıda da bahsedildiği gibi bazı konularda karar verme yetkisi yönetim kurulunca murahhas üyeye devredilebilmektedir. Murahhas üye kendisine verilen yetkiye dayanarak zimmet suçunu işlediği takdirde diğer yönetim kurulu üyelerinin suça katılma iradeleri yoksa zimmet suçundan sadece murahhas üye sorumlu tutulur. Murahhas üyeye yönetim kurulunca suçtan önce verilen belli konuda karar alma yetkisi gereği diğer üyeleri de zimmet suçundan sorumlu tutmak ceza hukukunun temel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırılık teşkil eder.⁵⁰

b. Failin Görevi Dolayısıyla Suçu İşlemesi

Bankacılık zimmeti suçunda fail olabilmek için banka mensubu ya da yönetim kurulu üyesi olmak tek başına yeterli değildir. Ayrıca kişinin görevi nedeniyle suçun konusu ile ilişkili olması gerekmektedir.⁵¹ Kanun metninde “*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu*” malları zimmetine geçiren kişiden bahsedilmektedir. Yani banka mensubu sayılan bir çaycı da görevi gereği kendisine emanet edilen veya korumak ve gözetimle yükümlü olduğu, bankanın mallarını zimmete geçirirse bu suçun faili olabilir. Banka mensubunun görevi olmayan işleri yürüttüğü sıradaki haksız mal edinme fiili banka zimmeti olarak değerlendirilmez. Bu halde başka suçlar gündeme gelebilir. Kanun bu şekilde şart koyarak suçun kapsamını daraltmıştır.

Bankalar kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetildiği için kurumsal şeması bellidir. Hangi personelin ne işi yapacağı, hangi hakları ve sorumlulukları olduğu

⁴⁹ Turabi, **a.g.e.**, s.188; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.36.

⁵⁰ Uğur Alacakaptan, “Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu” **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları,2004, s.39.

⁵¹ Parlar, Akın Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.205; Gökcan, **a.g.e.**, s.441. Tuğrul, **a.g.e.**, s.549. Bazı yazarlarca failin görevi dolayısıyla bu suç işlemeşi ön şart olarak kabul edilmektedir. Erişen, **a.g.e.**, s.104.

önceden belirlenmiş ve genelde kanunda, esas sözleşmede veya banka içi yönergelerde yazılı hale getirilmiştir. Görevlendirmenin geçici veya devamlı olması önem arz etmez önemli olan suç işlenirken suçun konusu ile ilgili olan görevi yürütmektir.⁵² Görevlendirme, kanun tarafından, görevlendirme yapma yetkisi olan bir amir tarafından veya yönetim kurulu kararı ile yapılabilir. Örnek vermek gerekirse; bankanın kredi açma faaliyeti kanun tarafından yönetim kuruluna hasredilmiştir (BankK. m.51). Ancak yönetim kurulu aldığı karar ile kredi açma kararını belli limitler dahilinde kredi komitesine ve genel müdür vasıtasıyla şube müdürlerine devredebilir. Alınan bu karar ile artık kredi açma yoluyla bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi halinde krediyi veren şube müdürü ya da kredi komitesi görevi gereği zilyetliği kendisine verilmiş parayı başkasının zimmetine geçirdiği için fail olarak suçtan sorumlu tutulabilecektir. Uygulamada mahkemeler de bankacılık zimmeti suçunda hüküm verirlerken bankadan bankaya değişiklik gösteren organizasyon şemasına ve görev tanımına bakarak failin o işlemi yapmada görevli olup olmadığı çıkarımında bulunmaktadır.⁵³

Yargıtay 7. Ceza dairesinin verdiği bir kararda, genel yönergelere göre banka çalışanın görevli olmasıyla yetinmemiş, banka mensubunun, görevinin normal fonksiyonu olarak para tevdi işlemlerini yapıp yapamadığının araştırılmasını istemiştir.⁵⁴ Bu kararda göstermektedir ki ilk derece mahkemesi bankacılık

⁵² Ergün, **Zimmet Suçu**, s.161; Turabi, **a.g.e.**, s.200.

⁵³ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 15.12.2011 tarih ve 2011/27275 K. numaralı kararı:**

“... rapor sonucuna göre nitelikli ve basit zimmet miktarları tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptandıktan ve sanığın görev tanım belgesi de dosyaya celp edilip banka parasının koruma ve denetim görevi ile para tahsil ve tediye yetkisi bulunup bulunmadığı hususları belirlendikten sonra sanığın hukuki durumunun tespiti gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi...”

Bkz. Yargıtay CGK 21.06.1993 tarih 1993/148 E. ve 1993/178 K. numaralı kararı:

“Ancak sanık ilgili banka şubesinde ticari krediler servisi şefi olarak görevlidir. Suça konu senetler faile görevi nedeniyle tevdi edilmediği gibi onun denetim ve sorumluluğu altında da bulunmamaktadır. Sanığın senet bedellerini tahsile yetkisi yoktur. O halde zimmet suçunun oluştuğu söylenemez.”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 20.10.2011 tarih ve 2011/19687 K. numaralı kararı:

“sanığın zimmet eylemleri sırasında bankadaki görevinin ne olduğunun, banka parasını koruma ve denetim görevi ile para tahsil yetkisi bulunup bulunmadığının tespiti...”

⁵⁴ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 24.03.2004 tarih 2003/15830 E. ve 2004/4092 K. numaralı kararı:**

“Bankada bireysel pazarlama yönetmeni olarak görevli olduğu anlaşılan sanık Özender'in görevinin normal fonksiyonu gereği kendisine tevdi olunan veya muhafazası, denetim veya sorumluluğu altında bulunan bankaya ait bir para olup olmadığı araştırıldıktan sonra sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, ortaklaşa saklama uygulama esasları, bireysel

zimmetinin oluştuğu yönünden bir karara varırken sadece yazılı kaynaklardan yararlanmamalı; olayın özelliklerine göre araştırma yapıp sonuca ulaşmalıdır.

Bir banka mensubunun sadece görevinin ne oluğunun mahkemelerce araştırılması failin tespiti bakımından yeterli değildir. Mensubun görev bakımından yetkisi olup olmadığına bakıldıktan sonra mekan bakımından da yetki olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bankanın bir şubesinde vezne görevlisi olan kişi bankanın diğer şubesinin veznesinde işlenebilecek bankacılık zimmeti suçu bakımından görevsizdir.⁵⁵ Yargıtay'ın bu hususta verdiği bir kararda, banka mensubu zimmet tarihinden önce banka şubesindeki görevinden ayrılarak banka genel müdürlüğü emrinde çalışmaya başladığı için olay günü üstünün ricası ile banka şubesinde bir iş görürken zimmet suçunu işlemesi mümkün görülmemiştir. Çünkü zimmete geçirme eyleminin gerçekleştiğı gün banka mensubu o şubede görevli değildir.⁵⁶ Bu durum aşağıda işlenecek olan zilyetliğin devri meselesiyle de yakından ilgilidir.

Bankada çalışan stajyer öğrenciler banka ile herhangi bir hizmet sözleşmesi içinde bulunmadıkları için mensup sayılmazlar. Banka içindeki görevleri de icrai bir görev değildir. Genelde işi öğrenmeleri için başlarında bir kişi görevlendirilir ve o kişinin koruması ve gözetimi altında tutulurlar.⁵⁷ Banka, malın zilyetliğini veya koruma ve gözetim yükümlülüğü stajyerin üzerine devretmediğı için fail bakımından suçun unsurları sağlanamayacaktır. Ancak bazen bankalar yeni eleman alımı yaptıklarında belli bir süre o kişilere eğitim vermektedirler. Bu şekilde eğitim alan kişilere bankadan bankaya değışmekler beraber bazı görevler ve sisteme giriş izni verilebilir veya bazı malların kendilerine banka tarafından emanet edildiğı durumlar olabilir. Böyle bir durumda bu kişilerin zimmet suçunu işlemeleri mümkün olacaktır. Bu farklılıktan dolayı kişi bazında her olayın kendi özelliklerine göre ele alınması bankacılık zimmeti suçu bakımından önemlidir.

bankacılık yönetmeni ve bireysel pazarlama yetkililerinin genel görevlerini içeren yönergeye dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır."

⁵⁵ Selim Servet Taşdelen, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.1452.

⁵⁶ Bkz. Yargıtay 7.CD. 17.03.2010 tarih 2006/15077 E. ve 2010/5130 K. numaralı kararı, Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2319.

⁵⁷ Şerbetçi, **a.g.e.**, s.9.

Kanun tarafından bir kişinin bir işte görevlendirilmesi yasaklanmış ve buna rağmen görevlendirme yapılmış ise o kişi zimmet suçunun faili olamaz.⁵⁸ Örnek vermek gerekirse 5188 sayılı Kanun'un 16. maddesi özel güvenlik memurunun, güvenlik harici başka bir işte çalıştırılmasını yasaklamıştır.⁵⁹ Bu kişilerin uygulamada bankanın diğer mensupları gibi bankacılık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi aşamasında yararlanılıyor olması bu kişileri görevlendirilmiş addetmez. Kanun tarafından yasaklanan bir görevlendirme olduğu için de özel güvenlik elemanları bu suçun faili olamaz. Özel güvenlik görevlileri görevleri gereği banka mallarını koruma ve gözetimle yükümlüdür. Eğer bu yükümlülüğe aykırı davranırlarsa bunun sonucunda da başkasının ya da kendinin zimmetine banka malının geçmesi halinde özel güvenlik görevlisi, banka mensubu sayılıp sayılmamasına göre bankacılık zimmeti suçunun faili olur ya da olmaz.

Bilindiği üzere özel güvenlikler taşeron işçi olarak özel güvenlik şirketine hizmet sözleşmesiyle bağlı şekilde görevlerini yürütmektedir. Özel güvenlik görevlileri bankalar ile bir sözleşme yapmadıkları düşünüldüğünde banka mensubu olmadıkları için suçun faili olmazlar.⁶⁰ Özel güvenlik görevlileri bankalarla sözleşme yaparak banka mensubu olduklarında ve zimmete geçirme eylemini gerçekleştirdiklerinde, kendi kanunlarına göre kamu görevlisi sayıldığından TCK'daki zimmet suçu ile Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet suçu birlikte gündeme gelecektir. Hangi kanun maddesinin uygulanması konusunda ortaya çıkan sorun sonraki tarihli özel kanun olan 5411 sayılı Kanun uygulanarak çözülmelidir. Sonuç

⁵⁸ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 23.06.2004 tarih 2003/6107 E. ve 2004/5128 K. numaralı kararı:**

“Suç tarihlerinde Sultandağı Merkez Çiftçi Malları Koruma Başkanlığında koruma bekçisi olarak görev yapan sanık Y. M.'a para tahsili çekme ve harcama yetkisi verilmiş ise de; 4081 Sayılı Yasanın 12. maddesinde bekçilerin görevlerinin sayılmasına, 13. madde de ise bekçilerin başka işlerde istihdam edilemeyeceği şeklindeki yasaklayıcı hüküm karşısında zimmetten sorumlu tutulamayacağı gibi...”

⁵⁹ **5188 sayılı Kanun m.16:** “Özel güvenlik personeli, Kanunda belirtilen koruma ve güvenlik hizmetleri dışında başka bir işte çalıştırılmaz.”

⁶⁰ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.153; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1452; Baytemir, **a.g.e.**, s.491. “Dışarıdan hizmet satın alma yoluyla güvenlik hizmetlerinin gördürülmesinde, güvenlik görevlisi banka çalışanı olmayıp, sadece işini ifa ettiği yer bankadır. Güvenlik görevlisi maaşını ve diğer özlük haklarını bağlı olduğu güvenlik şirketinden almaktadır. Banka, bu durumda, iş hukuku bakımından sadece alt işveren konumundadır.” Şerbetçi, **a.g.e.**, s.11.

olarak banka ile sözleşme imzalayarak banka mensubu sayılan güvenlik görevlilerinin zimmet fiilleri Bankacılık Kanunu'na göre cezalandırılır.⁶¹

Özel güvenlik personelinin bankacılık zimmeti faili olamayacağını, Yargıtay de verdiği kararla kabul etmiştir.⁶² Buna göre bir bankanın güvenlik görevlisiyken diğer bankanın gişe memurluğuna atanan sanığın zimmetine para geçirme işleminin bankacılık zimmeti suçunu oluşturmadığını 5188 sayılı Kanun'un 16.maddesindeki yasak da göz önüne alınarak incelenmesini istemiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay bu kararı verirken gişe görevlisi olarak yapılan atamanın özel güvenlik işi çerçevesinde mi olduğu yoksa özel güvenlik işinin sona ermesi ile mi gerçekleştiği konusunda tereddütte olduğu için, sanığın zimmet eylemleri sırasında görevinin ne olduğu, atama ile mi yoksa görevlendirme ile mi gişe görevlisi olarak çalıştığının tespit edilmesini sonradan uygun hüküm kurulmasının ilk derece mahkemesinden istemiştir.

c. Suçun Failini İlgilendiren Düzenlemenin Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Somut norm denetimi şeklindeki başvuru⁶³ Bankacılık Kanunu'nda yer alan “banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları” ifadesinden “diğer mensupları” Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle yapılmıştır. Başvuran ilk derece mahkemesi, bankanın yönetiminde bulunarak bankayı sevk ve idare eden böylece bankada daha yetkili şekilde hareket ederek etkin rol oynayan kişilerin, sıradan banka mensupları ile aynı cezaya çarptırılmasının eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı görüşündedir.⁶⁴ Anayasa mahkemesi aşağıdaki gerekçe

⁶¹ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.42.

⁶² Bkz. Yargıtay 7.CD. 20.10.2011 tarih 2011/13500 E. ve 2011/19687 K. numaralı kararı.

⁶³ Bkz. T.C. Anayasa Mahkemesinin 7.7.2011 tarih, 2010/116 E. 2011/118 K. numaralı kararı.

⁶⁴ “Bkz. Aynı karar : “Bankacılık Kanununun 160/1 ve 2 maddelerinde zimmet suçu için daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin nedeni, finans sektöründen kaynaklı üst üste yaşanan ekonomik krizler sonrası kamuoyunda 'banka hortumlamak' şeklinde kavramlaştırılmış olan ve krizlerin tetikleyicisi olan fiillere karşı kamuoyunun duyarlılığına cevap vermektedir. Bu düzenleme ile amaçlanan 'banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri'nin eylem ve işlemlerinin toplumsal etkileri ve kamu düzeni üzerindeki sonuçları gözetilerek özel bir hükümle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmalarının sağlanmasıdır.

Bu yüzden, Bankacılık Kanununun 160'ıncı maddesinde 'banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri' şeklindeki ifadedden sonra 'diğer mensupları' sözcüklerine yer verilmek suretiyle sıradan bir banka çalışanının genel müdürler düzeyinde sorumlu kılınması, yani hukuksal deyişimiyle 'tipe uygun' aynı

ile yönetim kurulu üyeleri ile diğer mensupların aynı cezaya maruz kalmalarını, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesini ihlal etmediği görüşündedir.

“Bankalar, her ülkede para piyasasının oluşması ve işletilmesinde önemli bir rol oynar. Ülke ekonomisi içerisindeki bu önemli rolü nedeniyle bankacılık sisteminde meydana gelebilecek herhangi bir aksaklık başta tasarruf sahipleri olmak üzere tüm ekonomik sistemi etkileyebilmektedir. Bir güven kurumu olan bankalar tarafından yürütülen mevduat kabul etmek, mevduat sahiplerini yönlendirerek malvarlığına ilişkin değerleri idare etmek ve finans piyasalarındaki ödeme trafiğini yönetmek gibi faaliyetler malvarlığı değerlerinin bankalar nezdinde çok yüksek finansal değerleri bulmasına neden olmaktadır.

*Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenек yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Finansal piyasalara ve finansal kurumlara güvenin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, finansal piyasalara ve kurumlara güvenin sağlanması da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, **yasakoyucunun, bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işlenme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır bir yaptırıma tâbi tutmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.***

İtiraz konusu ibarenin yer aldığı 5411 sayılı Yasa'nın 160. maddesinde yasakoyucu, banka zimmeti suçunun faillerini belirlemiştir. Maddede fail olarak, yerine getirilen görevin önemi dolayısıyla yönetim kurulu başkan ve üyeleri yanında bankada çalışan diğer banka mensupları da fail kapsamına alınmıştır. Belirlenen

fiili icra eden diğer faillerden (zimmetine para geçiren herhangi bir kamu görevlisinden) daha ağır yaptırıma muhatap edilmesi negatif bir hak ihlalidir ve Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ifadesini bulan 'Eşitlik ilkesi'ne aykırıdır.”

kişilerin fail olabilmesi için bu kişilerin, banka zimmeti suçunun konusu olan para veya para yerine geçen diğer malların zilyetliğinin kendisine devredilmiş olması veya bu malları koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Yönetim kurulu başkan ve üyeleri dışında kalan diğer banka mensuplarının işleyeceği zimmet suçunun da finansal piyasalar ve finansal kurumlara duyulan güvene verebileceği zarar göz önüne alındığında, aynı yükümlülüklerle tâbi olan banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer banka mensupları arasında ayırım yapılmaksızın aynı yaptırımı tâbi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun, kanun koyarken kullandığı takdir yetkisini korumuştur. Mahkeme, bankaların güven kurumu olarak faaliyetlerine devam etmesine engel teşkil eden kişilerin aynı şekilde cezalandırılmasını Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Kanaatimizce verilen karar yerindedir.

2. Mağdur

Ceza hukukunda mağdur, suçla ihlal edilen korunan hukuki değer veya menfaatin sahibi olan kimse veya işlenen fiil nedeniyle haksızlığa maruz kalmış kişi olarak tanımlanmıştır.⁶⁵ Malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun maddi konusunun sahibi ya da elinde bulunduran suçun mağduru konumundadır.⁶⁶ Mağdur bazı durumlarda birden fazla kişi olabilir ya da toplumu oluşturan fertlerin hepsi işlenen suça bağlı olarak mağdur sayılabilir. Örneğin millete ve devlete karşı suçların mağduru toplumu oluşturan herkestir. Suçun mağdurunun tespitinde doğrudan doğruya muhataplığın aranması gerekir. Suça vücut veren hareket doğrudan doğruya kimin korunan hukuki değerine ilişkin ise suçun mağduru da o kişidir.

Fail, bankacılık zimmeti suçunda da olduğu gibi çoğu zaman madde metninde yer alırken; mağdurun belirlenmesinde doktrindeki tanımlardan yararlanılarak bir tespit yapılması gerekmektedir. Mağdura hukuk sistemimizin tanıdığı bazı haklar

⁶⁵ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.116; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s.303; Hafızoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.208.

⁶⁶ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.88.

vardır. Bu haklardan en önemlisi şikayete bağlı suçlarda, şikayet, uzlaşma ve şikayetten vazgeçme hakkını sadece mağdur kullanabilir.

Suçtan zarar gören kavramı ise çoğu zaman mağdur ile karıştırılsa da mağdurdan farklı bir kavramı karşılamaktadır. Mağdur, failin suç teşkil eden hareketinden doğrudan etkilenen kişi iken; suçtan zarar gören doğrudan veya dolaylı olarak etkilenebilir. Suçtan zarar görenlerin hepsi mağdur sayılmazlar. Bu yönüyle suçtan zarar gören kavramı mağdur kavramından daha geniş bir anlam ifade etmektedir.⁶⁷ Örneğin adam öldürme suçunda mağdur öldürülen kişidir. Suçtan zarar görenler ise öldürülen kişinin bakmakla yükümlü olduğu yakınlarıdır.

TCK'da kimlerin mağdur olup olamayacağı düzenlenmediği için doktrin bu konuda görüş beyan etmiştir. Failin tüzel kişi olup olamayacağındaki tartışma mağdur bakımından da söz konusudur. Kimi yazarlar tüzel kişilerin hatta hukukun kişi olarak saymadığı aile veya bazı heyetlerin de mağdur olabileceğini kabul ederken⁶⁸ kimi yazarlar da tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağını, ancak suçtan zarar gören sayılabileceğini belirtmektedir.⁶⁹ Bankacılık zimmeti suçunda, suçun banka tüzel kişiliği içinde kimi zaman banka malları üzerinde işlenmesi, tüzel kişilerin mağdur sayılıp sayılamayacağına ilişkin tartışmayı önemli kılmıştır.

Bankacılık zimmeti suçunda, bankanın mağdur olup olmadığı konusunda doktrindeki tartışmalara geçmeden önce bankacılık zimmeti suçunun eski düzenlemesi ile suçun temelini oluşturan TCK'da düzenlenen zimmet suçu ile güveni kötüye kullanma suçunun mağdurlarına göz atmak gerekmektedir.

4389 sayılı Kanun'da düzenlenen zimmet suçunda, suçun “bankaya ait para ve sair varlıklar” üzerine işlenebileceği belirtilmiştir. Bunu temel alan düşünceye göre zimmete geçirme fiili bankanın mülkiyeti altındaki mallar üzerinde işlenebildiği için doktrindeki bazı yazarlarca suçun mağduru banka tüzel kişiliği olarak kabul

⁶⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s.304.

⁶⁸ 765 sayılı eski TCK'nın bazı hükümlerinde suçun mağduru olarak bazı heyetler gösterilmiştir. Bkz. Hafızoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.209.

⁶⁹ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s.304; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s.117.

edilmiştir.⁷⁰ 5411 sayılı Kanun'da zimmet suçunun işlenebilmesi için malın kime ait olduğu önemli değildir.

TCK'da düzenlenen zimmet suçunda mağdurun kim olduğu hakkında tartışmalar vardır. Bazı yazarlarca zimmet suçunun mağduru devlet kabul edilmiştir.⁷¹ Diğer yazarlara göre zimmet suçunda korunan hukuki değer olarak kamu personeline ve devlete duyulan güven unsuruna üstünlük verildiği için mağdur toplumu oluşturan herkestir.⁷² Güveni kötüye kullanma suçunda ise korunan hukuki değer, malvarlığı değerine sahip olan kişinin güveni olduğu için mağdur malın malikidir.⁷³

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda mağdurun kim olduğunun tespiti için güveni kötüye kullanma ve zimmet suçlarında olduğu gibi öncelikli korunan hukuksal değer ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Mağdurun kim olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır.

Korunan hukuksal değer olarak malvarlığı değerini üstün görenler kendi içerisinde tüzel kişilerin mağdur olup olamayacağına göre ikiye ayrılmaktadırlar. Tüzel kişilerin, mağdur sıfatına sahip olabileceğini düşünenler, bankacılık zimmeti suçunda mağdurun banka tüzel kişiliği olduğunu kabul etmektedirler.⁷⁴ Tüzel kişileri mağdur olarak kabul etmeyen yazarlar, mağduru, zimmet konusu malın maliki olan kişi olarak kabul etmektedirler.⁷⁵ Eğer banka malın sahibi ise mağdur bankanın ortaklarıdır. Çünkü ortaklar bankaya sahip olmakla banka malının da maliki durumundadırlar. Bu durumda tüzel kişiler suçtan zarar gören konumundadır.

⁷⁰ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.232.

⁷¹ Erman Topal, **Zimmet Suçları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.42.

⁷² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.911; İtişgen, **a.g.e.**, s.644; Taner Gülşen, **Zimmet Suçu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s.47; Kütük, **a.g.e.**, s.61; Volkan Aslan, "Zimmet Suçu", **İÜHFİM**, C. LXXI, S.1, 2013, s.44. Suçun düzenlendiği yer dikkate alınarak yapılan yoruma göre de zimmet suçunun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s.923.

⁷³ Hafizoğulları, Özen, **Kişilere Karşı Suçlar**, s.378; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.778. Farklı görüşe göre güveni kötüye kullanma teşkil eden fiiller dolayısıyla güveni sarsılan kişiyi mağdur olarak kabul eden yazarlar da vardır. Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s.672.

⁷⁴ Güngör, **a.g.e.**, s.23; Erişen, **a.g.e.**, s.114; Halil Polat, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Kapsamında Zimmet Suçu", **Adalet Dergisi**, S.37, 2010, s.117; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.54.

⁷⁵ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.89-90; Gökcan, **a.g.e.**, s.442; Turabi, **a.g.e.**, s.194; Baytemir, **a.g.e.**, s.497.

Bankacılık zimmetinde, korunan hukuki değerlerden, bankacılık sistemine güveni ya da bankalara güveni üstün gören yazarlar, mağduru, toplumu oluşturan herkes olarak kabul etmektedirler.⁷⁶ Bu görüşü kabul eden yazarlar için banka tüzel kişisi suçtan zarar görendir.⁷⁷

Yargıtay kararları mağdurun kim olduğunun tespiti bakımından dikkate şayandır. Yargıtay kararları incelendiğinde genel olarak varılan sonuç; bankaya para yatıranların mağdur olmadığı yönündedir. Bu yönde karara varmaya mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği neden olmuştur. Mevduat sahibi, bankaya yatırılan para karşılığında alacak hakkı elde etmektedir. Bankada bir zimmet suçu işlendiğinde mudinin alacak hakkına bir zarar gelmemekte, alacak hakkı devam etmektedir.⁷⁸ Yargıtay diğer kararında bankayı suçtan zarar gören olarak kabul etmiştir.⁷⁹

Kanaatimize göre bankacılık zimmeti suçunda her olay kendi içerisinde ele alınarak mağdur tespit edilmelidir. Genel bir açıklama ile mağdur banka tüzel kişisidir ya da toplumu oluşturan herkeştir demek her olay bakımından doğru değildir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda cezai soruşturmanın başlaması bakımından ilgililere şikâyet hakkı niteliğindeki “dava hakkı” tanınması mağdurun olaya göre değişiklik gösterdiğinin bir delili sayılabilir. Tarafımızca korunan hukuki değer mülkiyet hakkının yanı sıra bankalara duyulan güvendir. Banka malları üzerinde işlenen zimmet suçunda mağdur banka tüzel kişiliğidir. Bankacılık zimmeti suçunun doğası gereği tüzel kişiler bu suçun mağduru olabilirler.⁸⁰ Fakat kiralık kasaların içindeki şeyler üzerinde zimmet suçunun işlenmesi halinde mülkiyet hakkına zeval gelen kiralık kasadaki şeylerin maliki

⁷⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.930.

⁷⁷ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176.

⁷⁸ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 15.12.2011 tarih ve 7303/27275 numaralı kararı:** “...zimmet suçundan doğrudan doğruya zarar görmeyen mudiler ali Polat....”

⁷⁹ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 14.06.2012 tarih ve 2861/18984 numaralı kararı:**

“suçtan zarar gören banka olduğu halde doğrudan doğruya zarar görmeyen ve kendisini vekille temsil ettiren ... müdahilliğine karar verilerek lehine maktu vekalet ücretine hükmedilmesi yasaya aykırıdır.”

⁸⁰ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978, s. 492-493.

“Suçun mağdurunu, hak süjesi olanlarla sınırlayan bu anlayışa göre, hak süjesi olmayanlar suç mağduru olamaz. Kaldı ki, yukarıda da hatırlatıldığı gibi, tüzel kişiler, hak ehliyetine sahiptir ve hak süjesidir. Bu nedenle tüzel kişilerin suç mağduru olması, suç mağduru kavramını, hak süjeliği ile sınırlayan anlayış ile çelişmemektedir” Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHFD**, C.61,S.2, 2012, s.672.

mağdur konumuna gelmektedir. Bu halde banka tüzel kişiliği suçtan zarar gören konumundadır. Görüldüğü üzere üzerinde zimmet suçu işlenen şeyin malikine göre mağdur değişebilmektedir.

3. Suçun Konusu

a. Genel Olarak

Suçun mutlaka bir konusunun bulunması gerekmektedir. Doktrindeki yapılan tanımlara girmeden genel olarak belirtmek gerekirse; suç teşkil eden eylemin üzerinde icra edildiği kişi veya şey suçun konusunu oluşturmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunda suçun konusu taşınır mal iken; adam öldürme suçunda suçun konusu ölen kişinin kendisidir. Suçun konusunun ne olduğunun tespitinde suçun kanuni tanımı önemlidir. TCK'da düzenlenen zimmet suçunda konu “*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal*” olarak geçmektedir. Yine güveni kötüye kullanmada suçun konusu “*belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal*” şeklinde belirtilmiştir. Bu suçlardan türemiş Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda ise “*Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer mallar*” suçun konusunu oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere suçun konusu olan para, para yerine geçen evrak veya senet ve diğer malların belli nitelikleri vardır. Bu nitelikler: görevi nedeniyle suç konusunun zilyetliğinin devredilmiş olması veya görevi nedeniyle suçun konusu üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunmasıdır. Sayılan nitelikler doktrinde bazı yazarlarca ön koşul olarak öngörülmüş ve suçun unsurları dışında incelenmiştir.⁸¹ Ancak bu nitelikler suçun konusunun özelliklerini oluşturduğu için çalışmamız çerçevesinde bu bölümde alt başlıklar halinde incelenecektir.

Bankacılık zimmetinde suçun konusunu oluşturan para, para yerine geçen evrak ve senetler ile diğer malların neleri kapsadığının belirlenmesi gerekmektedir.

⁸¹ Parlar, Akın Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.206.

Birçok suç bakımından mal kavramı kullanılırken, kanunun zimmet suçunda sayma yoluna gitmesinin nedeni bankaların asıl faaliyetlerinin para ve para niteliğindeki senetler çerçevesinde teşkil ettiğinden dolayı olabilir.⁸² Hâlbuki para evrak ve senetler özü itibarıyla birer maldır. Bu konuda görüş bildiren yazarlar bu şekilde bir saymaya gerek olmadığını sadece “mallar” şeklinde bir ifadenin de aynı anlama geleceğini söylemişlerdir.⁸³ 765 sayılı mülga TCK’daki zimmet suçunda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’ndakine benzer bir sayım yapılmıştır. Eski kanun dönemindeki sayma alışkanlığının Bankacılık Kanunu’nda devam ettirildiği söylenebilir.

Suçun konusunun kime ait olacağının tespitinde eski kanun düzenlemesi ile günümüzde uygulanan kanun farklılık arz etmektedir. 4389 sayılı Kanun’da, kanun koyucu suçun konusunu “bankaya ait para veya sair varlıkları” şeklinde belirtmiştir. Buna göre bankalarda bulunan ancak üçüncü kişilerin mülkiyetinde olan mallar bu suçun konusunu oluşturamayacaktır.⁸⁴ 4389 sayılı Kanun döneminde yapılan tartışmalardan biri de, mevduat olarak bankaya yatırılan paranın üzerinde zimmete geçirme işlemi gerçekleşirse bu suçun oluşup oluşmayacağıdır.⁸⁵ Bankaya yatırılan para mevduat sözleşmesi çerçevesinde bankaya tevdi edilmektedir. Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde ve yargı kararlarında tartışmadır. Türk hukukunda vadeli mevduat için karz veya usulsüz vedia sözleşmesi olduğu görüşleri hakimdir.⁸⁶ Bundan başka mevduat sözleşmesi bakımından sui generis sözleşme niteliğini yapan yazarlar da vardır.⁸⁷ Mevduat sözleşmesinin bir karz (tüketim ödünçü) akdi olduğu kabul edildiğinde mevduatı yatıran taraf para ya da başka misli

⁸² Özgenç’e göre 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun Plan ve Bütçe Komisyonu’nda düzenlenmiş böylelikle Adalet Komisyonu’nda düzenlenen TCK’dan lafzi olarak farklılık arz etmiştir. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.80.

⁸³ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.175; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.152; Güngör, **a.g.e.**, s.24; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.80.

⁸⁴ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.237; Özgenç, **a.g.e.**, s.44; Donay, **Bankalar için yeni Yasa**, s.245; Bu halde duruma göre hırsızlık veya dolandırıcılık suçları gündeme gelebilir. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2317.

⁸⁵ Bkz. Yargıtay CGK. 07.03.1988 1988/82 K. numaralı kararı Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2317. Kanaatimizce 4389 sayılı Kanun döneminde de paranın mülkiyeti banka personeline teslimle birlikte bankaya geçtiği için mevduat üzerinde de zimmet suçu işlenebilir.

⁸⁶ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.436; Kaplan vadeli mevduatın tüketim ödünçü olduğunu belirtmektedir. Kaplan, **a.g.e.**, s.198; Mahmut Bilgen, **Bankalar Hukukunda Sözleşmeler Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınevi,2011, s.226.

⁸⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s.199.

eşyaların mülkiyetini ödünç alana devretmiş sayılır.⁸⁸ Böylelikle eski kanuna göre mevduat üzerinde, mevduatı oluşturan para bankaya ait olduğu için zimmet suçu işlenebilecektir. Ancak mevduat sözleşmesi usulsüz vedia⁸⁹ sayılmakla birlikte mevduatı oluşturan misli eşyanın maliki banka kabul edilmez ise zimmet suçu söz konusu olmayacaktır.⁹⁰ Yargıtay kararlarında mevduat sözleşmesinin niteliği ile ilgili kesin bir hüküm belirtmediği için karar vermede zorluk ortaya çıkmaktadır.⁹¹ Eski kanun döneminde yapılan tartışmanın günümüz Bankacılık Kanunu'nda bir önemi kalmamıştır. Malın mülkiyeti kime ait olursa olsun banka tüzel kişiliğinin belirli suretlerle üzerinde tasarrufta bulunduğu her “mal” zimmet suçunun konusunu oluşturabilecektir.⁹² Çünkü 5411 sayılı Kanun düzenlemesinde malın malikinin banka olması aranmamıştır. Ayrıca bankacılık zimmeti suçu ile korunan hukuki değer malvarlığının yanı sıra banka personeline ve dolayısıyla bankalara duyulan güvendir. Böylelikle bankanın maliki olmadığı, sadece saklama hizmetini yürüttüğü eşyalar bakımından da zimmet suçu gündeme gelebilecektir.

Suçun konusu olan şeyleri teker teker incelemek gerekirse; para devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı ödeme aracıdır. Türk Parasını Koruma Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin tebliğlerde para “ *Türk kanunlarına göre Türkiye’de tedavülde bulunan veya tedavülden kaldırılmış olsa bile değişme süresi geçmemiş olan madeni*

⁸⁸ Erzurumluoğlu, **a.g.e.**, s.140.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Deniz Yener, **Vedia Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2008, s.14 vd.

⁹⁰ Özgenç, yeni kanun döneminde bankanın malvarlığında bulunmayan mevduatların bankanın nezdinde bulunduğu için üzerlerinde zimmet suçunun işlenebileceğini kabul etmektedir. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.80.

⁹¹ Mevduat karz ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliğini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. **Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.06.1994 tarih 1994/178 E. 1994/398 K. numaralı kararı:**

“Diğer taraftan, yukarıda açıklandığı gibi Bankalar, yazılı ve sözlü duyurularla halktan faiz veya ivaz karşılığında topladıkları paraları Türk ekonomisinin güçlenmesi doğrultusunda değerlendiren ve aynı zamanda bu mevduatlardan para kazanan kuruluşlardır. Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdürler. Bu tanımlamaya göre mevduat ödünç (karz) ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak mevduatın niteliğine uygun düştüğü oranda karz (ödünç) veya usulsüz tevdi hükümlerinin kıyasen uygulanması gerekir.”

⁹² Toroslu, **Özel Kısım**, s.282; Turabi, **a.g.e.**, s.201; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.80; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.152. Aksi görüşte İncoğlu ve Gökcan 5411 sayılı Kanun zamanında da zimmet konusu eşyanın bankanın malı olması gerektiğini belirtmektedir. İncoğlu, **5411 Sayılı**, s.135; Gökcan, **a.g.e.**, s.440. “Önemli olan suç konusunun bankaya ait olması değil banka nezdinde bulunmasıdır.” Şerbetçi, **a.g.e.**, s.84.

veya kağıt nesneler” olarak tanımlanmıştır.⁹³ Bu iki tanım birlikte ele alındığında yabancı ülkelerin çıkardığı paralar ile Türkiye’de çıkartılmış paralar tedavülden kalksa bile değiştirme süresi devam ediyorsa zimmet suçunun konusunu oluşturabilmektedir. Değişim süresi geçmiş paralar ise bu suç bakımından diğer şartları da taşıyorsa “diğer mallar” kavramına girebilir. Paradan anlaşılması gereken olayın özelliklerine göre somut olarak para ve soyut mali alım gücü niteliğindeki paradır.⁹⁴ Para mali alım gücü olarak kabul edilirse vadesiz vadeli her türlü mevduat da para sayılır şeklinde görüş bildiren yazarlar vardır.⁹⁵ Bankacılık faaliyeti yürütülürken merkezde olan kavram para olduğu için suç konusunu oluşturmada para diğer mallara kıyasla daha fazla yer almaktadır. Para üzerinde zimmet suçu somut olarak alma veya cebine atma şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi; uygulamada genelde kaydi olarak başkasının hesabından kendi hesabına para aktarmak suretiyle işlenmektedir.

Para yerine geçen evrak ve senetler; bono, çek, poliçe, hisse senedi, tahvil gibi ibrazı anında başkaca bir koşul ileri sürülmeksizin paraya çevrilebilen tüm evrak ve senetler bu kavram altında incelenebilir. Ceza Kanunu’nda paraya eşit sayılan değerler bankacılık zimmeti bakımından para yerine geçen evrak olarak kabul edilir. Söz konusu 198. maddeye göre “*Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir.*”

Para yerine geçen evraklardan çekler bankalarda çokça yer almaktadır. Gerek ödeme amacıyla, gerekse teminat amacıyla bankanın elinde bulundurduğu birçok çek vardır. Banka bunları gerekli güvenlik önlemlerini alarak çelik kasalarda saklar. Ancak bu kasaları koruma ve gözetimle yükümlü kişiler banka mensubu oldukları için zimmet suçunu işleyebilirler. Çekin hamiline ya da nama yazılı olması önemli değildir. Kanun, çeki zimmetine geçiren için, paraya çevrilebilme olanağının olup

⁹³ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.931.

⁹⁴ İncoğlu’na göre banka mevduatı somut olarak para değildir mali alım gücü kabul edilen soyut para kavramı içinde değerlendirilmelidir. İncoğlu, **5411 Sayılı**, s.134.

⁹⁵ Avni Zarakolu, , **Bankacılar İçin Para ve Kredi Bilgisi**, 12. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2003, s.1.

olmamasını bu suç için önemsememiştir. Çek banka için bir değer ifade etmektedir. Çekler talep halinde müşteriye verilmesi için banka tarafından basılır. Bankanın aslında müşteriden talep aldıktan sonra çek koçanını basması gerekir. Ancak uygulamada banka bazı müşterilerine çek koçanlarını önceden basıp hazır etmektedir. Bu durum zimmet suçunun işlenmesi bakımından risk oluşturmaktadır. Boş çek koçanları henüz doldurulmadığı için çek özelliği göstermezler. Doldurulmamış çek koçanlarının zimmet suçuna konu olabildiği kabul edilse bile evrak ve senetler içinde değil; diğer mallar kategorisi içinde kabul edilmelidir. Doldurulmamış çek koçanının zimmete geçirilmesinde, banka ister istemez ekonomik olarak bir kayba uğradığı için zimmet suçu oluşur.

Yargıtay ceza genel kurulu kararına⁹⁶ konu olduğu üzere travellers çeklerinin Türk Ticaret Kanunu bağlamında çek sayılmadığı ve kullanılmış travellers çeklerinin ekonomik bir değerinin de olmaması sebebiyle zimmet suçunun konusu olması mümkün değildir. Ancak kullanılmamış travellers çeki para hükmündeki evrak veya senet sayılabilmektedir.

Sayılan eşyalar haricinde kalan mallar, diğer mallar kavramı altında yer alacaktır. Banka tüzel kişiliğinin faaliyetlerini gerçekleştirirken sahip olduğu mallar suçun konusunu oluşturmaktadır.

Kanunun eski düzenlemesindeki (4389 sayılı Kanun) “sair varlıklar” terimi “diğer mallar” olarak değiştirilmiştir. Doktrindeki kimi yazarlara göre sair varlıklar terimi diğer mallar terimine kıyasla daha geniş bir kavramı ifade etmektedir.⁹⁷ Bu

⁹⁶ **Bkz. Yargıtay CGK 25.06.1990 tarih 1990/157 E. 1990/200 K. numaralı kararı:**

“Ticaret Kanununun aradığı unsurları taşımayan bu senetler çek sayılamazlar. Bunlar, sadece bir havale emri olup uyumsuzluklar Borçlar Kanununun havale ile ilgili 457, 462. maddelerine göre çözülürler

Ödenmek üzere bankaya ibraz edilen ve ödenerek arkasına ödeme kaşesi vurulan seyahat çeki müşteri bakımından üzerinde hak iddia edilecek bir senet niteliğini kaybeder. Başka bir deyişle, para nakli ve ödeme güvencesi fonksiyonlarını kaybeder. Bankalar arasındaki anlaşmaya göre; ödeyen şubece asit bankaya bedelinin tahsili için gönderilen çek, artık aradaki anlaşma hükümlerine göre; çek bedelini ödeyen bankaya karşılığının nakden veya hesaben girmesini temin için kullanılan bir makbuz niteliğindedir. Üçüncü kişiler böyle bir çeki ellerine geçirseler dahi bankaya ibraz hukuki sonuç doğurmayacağından böyle bir belgeye TCK.nun 202. maddesindeki para hükmündeki evrak veya senet niteliği verilemez. Bu nedenle, sanığın saptanan eyleminde zimmet suçunun unsurları bulunmamaktadır.”

⁹⁷ Özgen, **a.g.e.**, s.44; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.451. Sair varlıklar içine maddi olmayan varlıklar da girmektedir örnek vermek gerekirse ticari markalar ve isim hakları, gazete ve dergi adları ve yayın hakları, bilgisayar yazılımı, ruhsat ve işletme hakları, telif hakları, patentler ve diğer sınai

yazarlara göre kanun metni “sair varlıklar” diyerek canlı cansız maddi maddi olmayan ayrımı yapmaksızın hepsini içine almaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre “diğer mallar” içine fikri mülkiyet hakları girmemektedir.⁹⁸ Çünkü zilyetliğin devredilmesi şart koşulduğu için sadece maddi mallar suçun konusunu oluşturabilir. Doktrindeki diğer bir görüşe göre fikri mülkiyet hakları da maddi olmayan mallar sayıldığından diğer mallar kavramı içine dahildir.⁹⁹ Bu görüşü savunanlara göre; Kanun, herhangi bir ayırım yapmadan “diğer mallar” şeklinde betimleme yaparak suçun konusunu belirlemede herhangi bir sınır çizmemiştir. Yine bu görüşe göre eşya sayılmayan şeyler (insan emeği v.s.) harici¹⁰⁰ tüm canlı veya cansız eşyalar ile maddi olmayan mallar zimmet suçuna konu olabilir; yeter ki diğer unsurları taşıyın. Örnek vermek gerekirse bankanın sahip olduğu bir markanın ya da patentin idaresi veya kullanılması, banka mensubuna ya da bankada müteşekkil bir kurula bırakılmışsa ve bu kişi veya kurul fikri mülkiyet hakkını kullanma amacına aykırı şekilde satıp teslim ederse bankacılık zimmeti suçu oluşmaktadır.

Malın ekonomik bir değeri olması gerekliliği bazı yazarlarca kabul edilmiştir.¹⁰¹ Zimmet suçunun oluşabilmesi için, ekonomik kazanç sağlamanın netice unsuru olarak kabulü halinde, zimmet konusu malların ekonomik bir değer ifade etmesi aranabilir. Ekonomik değerden kasıt, 160. madde kapsamında malın değerinin azlığı şartlarını sağlaması olarak anlaşılabılır. İleride de anlatılacağı üzere zimmete geçirilen malın değeri az ise zimmet suçu oluşur ancak daha az cezaya hükmolunur.

haklar, hizmet ve işletme hakları, formüller, modeller, taslaklar ve prototipler, geliştirilmekte olan maddi olmayan duran varlıklar da sair varlık sayılır. Hatta banka kaynağı ile banka varlığı aynı anlamdadır. Yani fonlar, krediler, taşınır ve taşınmaz rehni ve ipotek gibi sınırlı ayni haklar ve nemalar, hizmetler, kira ve hizmet bedelleri, mevduatlar bu şekilde sair varlık içerisinde kendine yer bulur. Bkz. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.436.

⁹⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1112; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

⁹⁹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.153; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1451. Ekonomik değeri olan her şey diğer mallar içerisine girebilir. Turabi, **a.g.e.**, s.197. Kanaatimizce ekonomik değeri olmayan mallar üzerinde de kiralık kasa sözleşmesinde olduğu gibi bankacılık zimmeti suçu işlenebilir. Çünkü korunan hukuki değer olarak sadece malvarlığı değil güven ilkesi de önem arz etmektedir.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için M. Nedim Bekri, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.39; Aslan, **a.g.e.**, s.48-49.

“Bir insan emeğinden haksız olarak yararlanılması, örneğin emir altındaki kimselerin kişisel işlerde çalıştırılması, zimmet suçuna vücut vermeyecektir. Çünkü insan hizmet mal değildir ve üzerinde zilyetlik tesisine elverişli değildir. Böyle bir durumda şartları mevcutsa görevi kötüye kullanma suçundan söz edilebilir.” Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1112.

¹⁰¹ Topal, **a.g.e.**, s.47.

Bir şeyin ekonomik değerinin olup olmadığını hakim takdir edecektir. Örneğin bir kalemin zimmete geçirme suçu bakımından ekonomik değeri azdır. Diğer bir görüşe göre suç konusunun ekonomik değer taşıyıp taşınamaması önemli değildir.¹⁰² Bazı eşyaların manevi değeri vardır ve bu mallar üzerinde suçun işlenmesi mümkündür. Zimmet suçunda herhangi bir zarar tehlikesinin var olması yeterli kabul edilirse, ekonomik değeri olmayan bir malın miktar olarak azalması zarar olarak kabul edilebilir. Her olayın kendi başına mütalaa edilip karar verilmesi yerinde olacaktır.

Bankanın faaliyetlerini yürütürken sahip olduğu taşınmazların suçun konusunu oluşturup oluşturamaları doktrinde tartışma konusu olmuştur. Yazarlardan bir kısmı bankacılık zimmetine konu eşyaları taşınır malların oluşturduğunu belirtmektedir. Katıldığımız diğer görüşe göre, diğer unsurları da taşıdığı takdirde taşınmazlar da bankacılık zimmetine konu olabilirler.¹⁰³ Kanun koyucu eğer sadece taşınırların bu suça konu olmasını isteseydi “diğer mallar” yerine “diğer taşınır mallar” ifadesini kullanabilirdi. Keza malvarlığına karşı işlenen suçlarda sadece taşınır malların suçun konusunu oluşturabileceği kabul edilen suçlar vardır.¹⁰⁴ Güveni kötüye kullanma suçunun madde gerekçesinde taşınır taşınmaz bütün mallar suçun konusunu oluşturabileceği belirtilmiştir.¹⁰⁵ Yine TCK m.247’de düzenlenen zimmet suçunun gerekçesinde taşınır ve taşınmaz malların suçun konusunu oluşturabileceği yazmaktadır. Esasen zimmet ve güveni kötüye kullanma suçlarından türemiş ve genel özellikleri bakımından benzerlik bulunan bankacılık zimmeti suçunda da aynı şekilde çıkarımda bulunmak mümkündür. Örnek vermek gerekirse banka mensubu olan kişi bankanın taşınmazlarının idaresi ya da alım satım işleri ile ilgileniyorsa ve bankanın taşınmazını kendisinin ya da başkasının zimmetine

¹⁰² Kütük, **a.g.e.**, s.66.

¹⁰³ Güngör, **a.g.e.**, s.24; Turabi, **a.g.e.**, s.197; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.153; İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.134; Tuğrul, **a.g.e.**, s.559; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.932; “bankaya ait bir taşınmazı satma, kiraya verme ve sair tasarruflarda bulunmaya yetkili olan bir banka mensubu açısından zimmet suçundan bahsetmenin mümkün olacağı düşünülmektedir” İtişgen, **a.g.e.**, s.660.

“ülkemizde bankaların, batık kredilerinden kaynaklanan, çok sayıda gayrimenkulü olduğu bilinmektedir. Bankaların sermayelerinde önemli bir yer tutan gayrimenkullerin üzerinden gerçekleştirilecek fiilleri zimmet suçunun kapsamı dışına çıkarmak kanun koyucunun amacı ile çelişecektir.” Gürses, **Zimmet Suçu**, s.74.

¹⁰⁴ Örneğin TCK m.141’de düzenlenen hırsızlık suçu.

¹⁰⁵ Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s.673. Güveni kötüye kullanma suçunda sadece taşınmazların suçun konusunu oluşturacağı görüşü için bkz. Toroslu, **Özel Kısım**, s.167.

usule aykırı şekilde geçirirse zimmet suçu oluşmuştur. Ayrıca bu taşınmazların gelirleri de zimmete konu olabilmektedir.

Suçun konusunu oluşturan para, para yerine geçen evrak ve senetler ile diğer mallar maddede ifade edildiği üzere bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlar “görevi nedeniyle suç konusunun zilyetliğinin devredilmiş olması” veya “görevi nedeniyle suçun konusu üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunmasıdır.” Bu şartlar suçun konusunun özellikleridir. Bu özellikler “zilyetliği kendisine devredilmiş olmak” ve “koruma ve gözetimiyle yükümlü olmak” başlıkları altında incelenecektir.

b. Zilyetliği Kendisine Devredilmiş Olmak

Banka mensubunun görevi gereği, zilyetliği kendisine devredilen suçun konusu hakkında doktrinde yer alan tartışmalara ve yargı kararlarından bahsetmeden önce özel hukuk bağlamında zilyetliğin ne olduğu ve zilyetliğin devri şekillerinden bahsedilme gerekliliği hasıl olmuştur. Özel hukuk bağlamında zilyetliği anlamlandırırsak; ceza hukukunda zilyetlik teriminden ne anlaşılması gerektiği, özel hukuktaki zilyetliğe benzeyen ve benzemeyen yönleri daha net anlaşılacaktır.

(1) Zilyetlik Kavramı

Arapça kökenli zilyet kelimesi, “Sahibi kendisi olsun olmasın bir malı kullanmakta olan, elinde tutan kimse, eldeci” olarak tanımlanmaktadır. Özel hukuk bağlamında çeşitli tanımlar yapılmıştır. Genel olarak kabul edilen tanım ise Medeni Kanun’un 973. maddesi hükmüne göre ele alınarak yapılan: “zilyetlik, bir şeyde fiili hâkimiyetin ele geçirilmesini ifade etmektedir.” şeklinde olan tanımdır.¹⁰⁶ Fiili hakimiyetin diğer insanlarca bilinebilecek şekilde olması gerekir. Bu da mal ile yer itibarıyla yakın ilişki kurmayı gerektirir. Örneğin kişi giydiği elbisenin zilyedidir. Ancak sokaktaki arabanın da zilyedi durumundadır. Yani yer bakımından yakınlık olmazsa olmaz bir özellik değildir. Zilyedin kim olduğunun belirlenmesi açısından

¹⁰⁶ Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku**, 4.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.3; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s.47 vd.; Zilyetliğin dört ana işlevi vardır. Bunlar kamuya açık kılma, koruma, kazandırma ve karine oluşturmaktır. Rona Serozan, **Taşınır Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s.97.

kolaylık sağlamaktadır.¹⁰⁷ Çoğu zaman bir eşyanın özelliği gereği bütünü üzerinde fiili hakimiyet sağlamak mümkün olmayabilir. Bu durumda o şeyi temsil eden eşyalar üzerinde hakimiyet sağlamak fiili hakimiyet şartını gerçekleştirmektir. Bir kalemi elinde bulundurmakla fiili hakimiyet şartı gerçekleşirken, özü itibariyle elde bulundurulamayan bir iş makinasının anahtarının üzerinde fiili hakimiyet, eşyanın tümüne zilyet olduğunu göstermektedir.

Zilyetliğin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar zilyetliği bir hak olarak görmektedirler. Bu görüşe göre hukuki düzen bir hakkı korur ve zilyetlik de hukuk tarafından korunduğu için bir haktır. Diğer görüşe göre zilyetlik eşya üzerinde bir fiili hakimiyettir.¹⁰⁸ Üçüncü görüşe göre ise zilyetlik hukukun koruduğu bir fiili durumdur. Hukuk düzeni zilyetliği bir hakka dayanıp dayanmadığına bakmaksızın korumuştur.¹⁰⁹ Buna örnek olarak hırsızın, hırsızlık sonucu elde tuttuğu bir malda zilyetliğinin korunması verilebilir. Bankacılık zimmeti suçunda, banka mensubu veya yönetim kurulu üyesi, görevlendirme veya temsil yetkisi kendisine tebliğ edildiği anda, herhangi bir fiili hakimiyet kurmasına gerek kalmadan görevi ile alakalı olan banka mallarının zilyetliğini kazanmış durumdadır.

Zilyetliğin tanımının yapılmasından sonra unsurlarının belirtilmesi gerekmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere birinci unsur eşya üzerinde fiili hakimiyettir (corpus). Diğer unsur ise hakimiyet iradesidir (animus).¹¹⁰ Yukarıda fiili hakimiyet unsuru ile ilgili örnekler verildiği için fiili hakimiyet iradesi açıklanmaya çalışılacaktır. Fiili hakimiyet tek başına yeterli değildir. Kişinin ayrıca bu zilyetliği bilmesi ve istemesi gerekir. Hakimiyet iradesi doktrinde hala tartışılan bir olgudur. Bu unsurun fiili hakimiyet unsuru içinde var olduğunu söyleyen yazarlar da vardır.¹¹¹ Medeni Kanun'da dolaylı - dolaysız zilyetlikten bahsederken zilyetlik iradesinden bahsetmesi bu unsurun var olduğuna kanıt olarak gösterilmektedir.¹¹² Kişide bir eşyanın zilyedi olduğuna ilişkin bir düşüncenin de olması aranmaktadır. Eğer bu

¹⁰⁷ Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s.40; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.4

¹⁰⁸ Serozan, **a.g.e.**, s.99 vd.

¹⁰⁹ Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.52; Sirmen, **a.g.e.**, s.45; Zilyetliği hukuki durum olarak kabul edenler de vardır. O. Gökhan Antalya, **Eşya Hukuku**, Cilt II, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s.14.

¹¹⁰ Antalya, **a.g.e.**, s.16.

¹¹¹ Sirmen, **a.g.e.**, s.44-45.

¹¹² Antalya, **a.g.e.**, s.21.

durum aranmamış olsaydı sadece fiili hakimiyet sahibi olan dolaysız zilyetler zilyet sayılırlardı. Dolaylı zilyetlikte hakimiyet iradesi daha baskın olarak aranmaktadır. Çünkü fiili hakimiyet esas olarak dolaysız zilyettedir. Hakimiyet iradesinin sağlanması için kişide ayırt etme gücünün olması yeterlidir.¹¹³ Fiil ehliyetine sahip olması aranmaz. Çalışmamız bağlamında banka mensubunun hem fiil ehliyetine hem de ayırt etme gücün sahip olduğu kabul edilir. Hakimiyet iradesinin genel yalın ve somut olması yeterlidir.

Hakimiyet iradesi bazı durumlarda fiili hakimiyetten daha sonra ortaya çıkmaktadır. Bu durumda zilyetliğin kazanılmasında hakimiyet iradesinin sağlandığı zaman önem kazanmaktadır. Örnek vermek gerekirse kişi cebine konulan bir şeyi fark edip taşımaya devam ederse, o şeyi fark ettiği anda zilyetliğini kazanır. Bankacılık zimmeti suçu bağlamında özel hukuktaki zilyetlik kurallarını tam olarak uygulayacak olursak; zilyetliğin ne zaman kazanılmış olduğu, olayda bankacılık zimmeti suçunun mu yoksa güveni kötüye kullanma veya hırsızlık suçunun mu oluştuğunu tespit etmek kolaylaşacaktır. Esasen fiili hakimiyet ve hakimiyet iradesinin kazanıldıktan sonra belli bir süre devam etmesi gerekir. Fiili hakimiyetin geçici olarak kesintiye uğraması o eşya üzerindeki zilyetliği etkilememektedir.¹¹⁴ Örneğin banka çalışanı yıllık izinde olduğu bir zaman diliminde de zimmet suçunu işleyebilmektedir.

Hakimiyet iradesini bir unsur olarak görmeyen yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre zilyetliği koruma vasıtalarından daha etkin ve kısıtsız şekilde yararlanmak için fiili hakimiyet unsuru yeterlidir.¹¹⁵ Bankacılık zimmeti suçunda hakimiyet iradesinin arandığını söyleyebiliriz. Zimmet suçu kanuna göre kasten işlenen bir suç olduğu için bilme ve isteme haliyle aranmaktadır. Manevi unsurun sağlanması için banka mensubunun ya da yönetim kurulu üyesinin hangi eşyalar üzerinde zilyetliğinin olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir.

¹¹³ “ Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse zilyetlik iradesine sahip olamayacağından kanuni temsilcisi aracılığıyla eşya üzerinde zilyetlik kazanır ve sürdürür. Ayırt etme gücünü sonradan kaybeden bir kimse ise, sahip olduğu zilyetliği sırf bu sebeple yitirmez eşya üzerinde fiili hakimiyeti sona erene kadar mevcut zilyetliğini sürdürmeye devam eder. ” Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.6.

¹¹⁴ Serozan, **a.g.e.**, s.100. Bkz. TMK Madde 976- “Fiilî hâkimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez.”

¹¹⁵ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.39.

Hakimiyet iradesi, bankacılık zimmeti suçunda doğal olarak vardır, şeklinde bir çıkarımda da bulunabiliriz. Ancak hakimiyet iradesi aranmaz demek, suçun uygulama alanını genişleteceği için, uygun değildir.

Zilyetlik, eşya vasfını taşıyan maddi varlıklar üzerinde kurulabilir. Bu tanıma göre maddi olmayan mallar ile herhangi bir cismani varlığı olmayan haklar üzerinde zilyetlik söz konusu olmaz.¹¹⁶ Ancak Medeni Kanun'un 973. maddesine göre taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılmaktadır.¹¹⁷ Kanun bu şekilde bir hüküm kurarak ihtiyaç duyduğu için zilyetlik kavramının kapsamını genişletmektedir.¹¹⁸ Genel görüş maddi olmayan varlıklar üzerinde zilyetlik kurulması mümkün değilken; fikri mülkiyet hakları gibi maddi olmayan şeyler üzerinde zilyetlik kurulmasını mümkün gören yazarlar da vardır.¹¹⁹ Kanaatimizce, bankacılık zimmeti suçunda fikri mülkiyet haklarının zimmet suçunun konusunu oluşturduğu bir an için kabul edilse bile bu haklar üzerinde zilyetliğin kötüye kullanılmasından dolayı değil de, koruma ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranılmasından ötürü bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi mümkündür.

(2) Zilyetliğin Çeşitleri

Doktrinde zilyetlik türlerine ilişkin birçok sınıflandırma kriteri ve buna bağlı olarak da birçok zilyetlik çeşidi vardır. Bunların bir kısmı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu için önem arz etmektedir. Bu başlık altında da konumuz açısından önemli olan zilyetlik çeşitleri incelenecek ve bankacılık zimmeti ile bağlantıları ortaya koyulacaktır.

i. Asli Zilyetlik – Fer'i Zilyetlik

Asli zilyetlik ve fer'i zilyetlik ayrımı Medeni Kanun'un 974. maddesine göre yapılmış bir ayrımdır. Maddeye göre malik sıfatıyla bir mala zilyet olan asli zilyettir. Eğer bir kişi malik sıfatıyla değil de başka sıfatlar ile malı fiili hakimiyeti altında

¹¹⁶ Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.54; Sirmen, **a.g.e.**, s.45 ;Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.8.

¹¹⁷ **Bkz. TMK m.973** “Taşınmaz üzerindeki irtifak haklarında ve taşınmaz yüklerinde hakkın fiilen kullanılması zilyetlik sayılır.”

¹¹⁸ Sirmen, **a.g.e.**, s.46; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s.41.

¹¹⁹ Sirmen, **a.g.e.**, s.45; Antalya, **a.g.e.**, s.25.

bulunduruyorsa fer'i zilyetlik gündeme gelmektedir.¹²⁰ İki kişinin yer aldığı bir ilişkide malın maliki olan kişi asli zilyetken diğeri fer'i zilyet olarak adlandırılır.¹²¹ Ancak daha fazla basamaklı ilişkilerde asli ve fer'i zilyedin kimler olduğu ilişkiye baktığımız aşamaya göre değişiklik arz edecektir. Bu bakımdan asli zilyetlik ve fer'i zilyetlik sıfatlarının belirlenmesinde altlık üstlük ilişkisine bakılır. Kanunda asli-fer'i zilyetlik hakkında düzenleme yapılırken zilyetliğin ikiden fazla kişi arasında olmayacağı kabulü ile düzenleme yapılmıştır. Örneğin üç kişili bir ilişkide A evin sahibi olarak evi B'ye kiraladığı ve B de alt kira ile evi C'ye kiraladığı düşünüldüğünde A, B ile olan kiracılık ilişkisinde malik olduğu için ve zilyetlik de A tarafından B ye devredildiği için A asli zilyet B ise fer'i zilyet sayılır. B ile C arasındaki ilişkide ise C'nin zilyetliği kazanması B tarafından sağlandığı için B bu ilişkide asli zilyet sayılmaktadır. C ise fer'i zilyettir. Bu sarmal devam ettiği müddetçe asli ve fer'i zilyetlikler ilişkiden ilişkiye geçişecektir. Bu durum da asli-fer'i zilyetlik ayrımını dışarıdan anlaşılması zor, öznel ve göreceli yapmaktadır.¹²²

Doktrinde yapılan tanımlara bakıldığında asli zilyedin malik sıfatıyla zilyetten farklı bir kavram olduğu sonucuna ulaşırız. İster haklı ister haksız şekilde zilyetliği kazansın, eşyanın sahibiymiş gibi davranışlar sergileyen zilyet eşyaya malik sıfatıyla zilyet olur. Malik sıfatıyla zilyet daha geniş bir kavramdır ve basamaklı ilişkilerde değişiklik göstermez. Kanunun asli zilyedi tanımlarken kullandığı “malik sıfatıyla sahip olma” gerekliliği sadece bir basamaklı (iki kişili) ilişkide geçerlidir. Bir basamaklı bir ilişki olduğunda malik sıfatıyla zilyet aynı zamanda asli zilyettir.¹²³

Banka zimmeti çerçevesinde asli zilyet fer'i zilyet kavramı incelendiğinde banka tüzel kişisi banka mallarının asli zilyedidir. Aynı şekilde banka yönetim kurulu üyeleri de banka malları üzerinde asli zilyet sayılırlar.¹²⁴ Bu malları idare etmesi için vekâlet ilişkisi çerçevesinde yönetim kurulunun tasarrufuna bırakması halinde yönetim kurulu bu ilişkide fer'i zilyet konumundadır.

¹²⁰ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.12; Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.57; Sirmen, **a.g.e.**, s.49.

¹²¹ Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s.44.

¹²² Serozan, **a.g.e.**, s.108.

¹²³ Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.57.

¹²⁴ Rasim Can Çakır, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s.52.

ii. Dolaylı Zilyetlik - Doğrudan Zilyetlik

Zilyetlik hangi sıfatla kazanılırsa kazanılsın eşya üzerinde başka kişiler araya girmeden hakimiyet kuruluyorsa bu halde doğrudan zilyetlik söz konusudur. Ancak bir kişinin, eşya üzerindeki hakimiyetinde arada başka kişiler varsa ve bu kişiler aracılığı ile eşya üzerinde hakimiyet kuruluyorsa zilyetlik dolaylıdır.¹²⁵ Bu tanıma Medeni Kanun'un 975. maddesindeki hükme bakarak ulaşmaktayız.¹²⁶ Örneğin malın sahibi malını saklama sözleşmesi ile B kişisine teslim ederse, malın sahibi dolaylı zilyet; B kişisi eşyayı arada başkası olmadan hakimiyetinde tuttuğu için doğrudan zilyettir. Hırsız çaldığı malın asli ve doğrudan zilyedi sayılmaktadır.¹²⁷

Dolaylı - doğrudan zilyet ayrımı zilyetliğin korunması bakımından önemlidir. Bu korumadan ilk olarak doğrudan zilyetler istifade etmektedirler. Dolaylı zilyetler, mal tamamen kendi hakimiyetlerinde bulunmadığı için kuvvet kullanarak zilyetliğini koruma hakkı haricindeki dava ile korunma yöntemlerini kullanabilirler.¹²⁸

Tüzel kişi organları vasıtasıyla iradelerini açıklayıp hareket ettikleri için tüzel kişiler doktrinde doğrudan zilyet sayılmaktadır.¹²⁹ Organ niteliğinde olmayan çalışanların eşya üzerinde zilyet olması mümkünse o halde tüzel kişi dolaylı zilyet konumuna geçer. Görüldüğü üzere özel hukuk doktrininde bankanın bir organı olan yönetim kurulu banka tüzel kişiliği ile birlikte sayılmaktadır.¹³⁰ Ancak banka bir tüzel kişi olduğu için, onun bir organı olan yönetim kurulu üyesi gerçek kişiler vasıtasıyla zilyetliğe sahiptir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri banka malları üzerinde doğrudan zilyettir.¹³¹ Yönetim kurulu bu zilyetliği genel kuruldan devralır. Bankacılık zimmeti suçunda yönetim kuruluna zilyetliğin devredilmediğini, yönetim

¹²⁵ Sirmen, **a.g.e.**, s.50; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.15; Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s.43; Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.60.

Serozan'a göre bu ayırma ayırt edici ölçüt fiili egemenliğin dışı karşı yürütülüş biçimidir. Eşya ile kurulu ilişkinin yoğunluk derecesine göre dolaylı-doğrudan zilyet ayrılır. Serozan, **a.g.e.**, s.107

¹²⁶ **TMK Madde 975-** “Bir şeyde fiili hâkimiyetini doğrudan doğruya sürdüren kimse dolaysız zilyet, başka bir kişi aracılığı ile sürdüren kimse dolaylı zilyettir.”

¹²⁷ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.15.

¹²⁸ Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.61.

¹²⁹ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.15. Antalya, farklı olarak, tüzel kişilerin yetkili olmayan organları veya çalışanları hizmet zilyedi (zilyet yardımcısı) sayılacağına tüzel kişiler bu durumda da doğrudan zilyettir. Antalya, **a.g.e.**, s.44.

¹³⁰ Yönetim kurulu bizzat şirketin kendisidir. Bkz. Çakır, **a.g.e.**, s.52.

¹³¹ Çakır, **a.g.e.**, s.52-53.

kurulu üyelerinin görevi gereği korumak ve gözetimle yükümlü olduğu şeyler bağlamında bu suçun işleneceğini kabul edenler de vardır. Aşağıda bu konu detaylıca incelenecektir.

Dolaylı zilyedin zilyetliği, doğrudan zilyedin dolaylı zilyedin zilyetliğini tanımasına bağlıdır. Tanımadığı anda dolaylı zilyedin zilyetliği sona erer.¹³² Bankacılık zimmeti suçu doğrudan zilyet olan banka mensubunun, bankanın dolaylı zilyetliğini tanımaması halinde işlenmektedir diyebiliriz. Keza fail kendisine emanet edilen banka malını, zimmetine geçirip mal edinmektedir. Böylece bankanın mülkiyet hakkını tanımadan mal üzerinde sadece kendisine ya da bir başkasına hakimiyet (mülkiyet) kazandırma amacı gütmektedir.

iii. Tek Başına Zilyetlik – Birlikte Zilyetlik

Bu ayrım, mal üzerindeki fiili hakimiyeti sağlama ve zilyetlikten dolayı sahip olduğu yetkileri kullanma yönünden zilyedin tek başına mı yoksa başka kişiler ile mi hareket etmesi gerektiğine ilişkin yapılmaktadır. Hem doğrudan hem de dolaylı zilyetlik açısından tek başına zilyetlik ya da birlikte zilyetlik mümkündür.¹³³ Örneğin kişi evin kiracısı durumundaysa ve başka kiracı da bulunmuyorsa, o halde kiracı o ev üzerinde tek başına doğrudan zilyettir. Kira sözleşmesinden birden fazla kiracı olduğu anlaşılıyorsa o ev üzerinde birlikte zilyetlik tesis edilmiştir diyebiliriz.

Birlikte zilyetlik halinde eşya üzerindeki zilyet birden fazla ve bu zilyetler zilyetliği aynı anda aynı türden zilyetliğe sahiptirler. Bu halde malın fiili hakimiyeti birlikte zilyet olanlar tarafından kullanılır. Birlikte zilyet olanlar aynı türden zilyetlerdir. Örneğin hepsi ya dolaylı ya da doğrudan zilyettirler. Bu kural doktrinde kabul edilmiş genel kuraldır. Ancak bazı hallerde aynı tür ve derecede olmayan kişiler arasında da birlikte zilyetlik görülebilir. Örneğin bankacılık zimmet suçu bakımında önem arz eden kiralık kasa sözleşmeleri çerçevesinde bir eşyasını banka

¹³² Sirmen, **a.g.e.**,s.50; “*dolaysız zilyet aracılık ilişkisini yadsıdığı anda tek başına zilyet olur. (örneğin kiracı malı zimmetine geçirdiği anda tek başına zilyet olur) Dolaylı zilyetlik de sona erer*”Serozan, **a.g.e.**, s.107.

¹³³ Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.61; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.17; Antalya, **a.g.e.**, s.59; Sirmen, **a.g.e.**,s.50. “Bir şey üzerinde tek başına zilyet olmak münhasır zilyetlik olarak da geçmektedir.” Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2017, s.124.

kasasına bırakan kişi ile banka arasında iki tarafta da anahtar bulunduğundan birlikte zilyetlik söz konusudur.¹³⁴ Ancak bu durumda banka eşya üzerinde ferî zilyet iken eşyanın sahibi asli zilyettir.

Birlikte zilyetlik, müşterek ve elbirliği ile zilyetlik olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım eşya üzerindeki fiili hakimiyeti kullanma şekline göre yapılmıştır. Eğer birlikte zilyet olanlar eşya üzerindeki fiili hakimiyetlerini tek başlarına da kullanabiliyorlarsa müşterek zilyetlik; hepsi birlikte kullanabiliyorlarsa elbirliği ile zilyetlik söz konusu olacaktır.¹³⁵ Yukarıdaki kiralık kasa örneğinde kiralık kasanın anahtarı birden fazla ise ve her anahtar diğerine gerek kalmadan kasayı tek başına açabiliyorsa anahtarları elinde bulunduran kişiler kasaya müşterek zilyettirler. Ancak bu kişilerin anahtarları ancak bir araya geldiğinde işe yarıyor ve kasa bu şekilde açılıyorsa bu kişilerin zilyetliği el birliği ile zilyetliktir. Ceza hukuku bakımından önemli olan nokta müşterek birlikte zilyetlikte, zilyetliğe aykırı olarak kişilerden biri zilyetlik konusu malı başkasına satacak olursa güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Aynı eylem el birliği ile sahip olunan mal üzerinde yapılırsa hırsızlık suçu oluşur.¹³⁶

iv. Kendisi İçin Zilyet - Başkası İçin Zilyet – Zilyet Yardımcısı (Hizmet Zilyetliği)

Yapılan bu ayrım ve buna bağlanan hükümler bankacılık zimmeti suçunun konusu açısından önemlidir.

Eşya üzerindeki fiili hakimiyet ve hakimiyet iradesi başkasından kaynaklanmıyorsa ve salt kendisi için bir eşyaya sahip oluyorsa bu kişi kendisi için zilyettir.¹³⁷ Malik kendisi için zilyettir. Kendisi için zilyetlik taşınmazlarda mülkiyetin kazanılması bakımından önem arz etmektedir. Hırsız da çaldığı malda kendisi için zilyettir. Tüzel kişinin organları, tüzel kişinin kendisi olarak görüldüğü için tüzel kişinin malik olduğu malları üzerinde tüzel kişilik ile birlikte, kendisi için zilyet

¹³⁴ Ünal, Başpınar, **a.g.e.**,s.126.

¹³⁵ Serozan, **a.g.e.**, s.113; Sirmen, **a.g.e.**,s.51; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.17;Antalya, **a.g.e.**, s.62; Ünal, Başpınar, **a.g.e.**,s.127.

¹³⁶ Ünal, Başpınar, **a.g.e.**,s.128.

¹³⁷ Antalya, **a.g.e.**, s.55; Kendisi için zilyetliğe malik sıfatıyla zilyetlik adı da verilmektedir. Serozan, **a.g.e.**, s.110; Sirmen, **a.g.e.**,s.48; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.11.

sayılırlar.¹³⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, tüzel kişinin organlarının kendi başlarına zilyet olamayacaklarına karar vermiştir¹³⁹

Başkası için zilyet eşyanın başkasına ait olduğu bilinciyle, başkasının üstün hakkını (mülkiyet gibi) tanıyarak mala zilyet olan kişidir.¹⁴⁰ Malikten malı kiralayan ya da tamir için kendisine bırakılan kişi, başkası için zilyettir. Başkası için zilyet olan kişi başkasının üstün hakkını tanımaktan vazgeçerse kendisi için zilyet konumuna geçer. Bu durum bankada işlenirse ve başkası için zilyet konumunda olan banka görevlisi bankanın malı üzerinde kendisi için zilyet durumuna geçerse bankacılık zimmeti suçu vuku bulur. Bankanın yönetim kurulu üyeleri banka malvarlığı üzerinde başkası için zilyet sayılmaktadır.¹⁴¹

Kendisi için zilyet ile başkası için zilyet kavramları asli- fer'i zilyet ve dolaylı- dolaysız zilyet ayrımları ile yakın kavramlar olmasına rağmen aynı kavramlar değildir. Sınıflandırma ölçütleri farklıdır. Çoğu zaman kendisi için zilyet olan kişi asli ve dolaylı zilyet; başkası için zilyet olan kişi ise fer'i ve doğrudan zilyet olmaktadır. Ancak istisnaları da görülmektedir.

Zilyet yardımcısı ile başkası için zilyet İsviçre federal mahkemesi açısından birbirine benzer kavram olarak kabul edilmiştir. Böyle kabul edilmesinde Almandada ikisinin de aynı şekilde "Besitzdiener" olarak anılmasının etkisi vardır.¹⁴² Türk hukukunda başkası için zilyet ile zilyet yardımcılığı farklı kavramlardır.

Zilyet yardımcısı, zilyet sayılmamakla birlikte bir başka zilyede bağlı olarak o zilyedin zilyetliğindeki malı kullanan kimselerdir.¹⁴³ Zilyet yardımcısı ile zilyetler

¹³⁸ Bu durum organ zilyetliği olarak da geçmektedir. Antalya, **a.g.e.**, s.35. Tüzel kişinin organları ne zilyet ne de zilyet yardımcısı değildir. Bkz. Ünal, Başpınar, **a.g.e.**, s.133. Azınlıkta kalan bir görüşe göre tüzel kişinin organları dışarıya karşı zilyet olarak görüldüğü için başkası için zilyet kabul edilir. Bkz. Serozan, **a.g.e.**, s.112.

¹³⁹ Tüzel kişinin organı mahkeme kararına göre tek başına zilyet olamayacağı için bazı yazarlarca zilyet yardımcısı sayılırlar. Bkz. Sirmen, **a.g.e.**, s.53.

¹⁴⁰ Serozan, **a.g.e.**, s.110; Sirmen, **a.g.e.**, s.48. Zilyet yardımcısını başkası için zilyet başlığı altında sayan yazarlar da vardır. Antalya, **a.g.e.**, s.56. Başkası için zilyedi başka sıfatla zilyet olarak ele alan yazarlar da vardır. Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.11.

¹⁴¹ Çakır, **a.g.e.**, s.54.

¹⁴² Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.59.

¹⁴³ Sirmen, **a.g.e.**, s.52; Çakıroğlu, **a.g.e.**, s.59; Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.20; Ünal, Başpınar, **a.g.e.**, s.130; Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.60; Antalya, **a.g.e.**, s.29. "Bu kişiler sosyal konumları yönünden başkalarına tam bağımlı çalışan odacı çaycı kasiyer veznedardır. Bu kişiler aracı değil araçtır". Serozan, **a.g.e.**, s.112.

arasında bağıllık içeren yazılı ya da yazısız bir sözleşme vardır. Buradaki bağıllık ilişkisini hizmet sözleşmesinde olduğu gibi kesin hatlarıyla aramaktayız. Aybay/Hatemi'nin tanımına göre¹⁴⁴ *“Bir kimse nesne üzerinde fiili iktidarı başka birinin ev işlerini veya kazanç faaliyeti veya benzer bir ilişki çerçevesinde ve bu diğer kimsenin nesneye ilişkin talimatına uyarak kullanıyorsa sadece bu diğer kimse zilyettir.”* Tanımdan çıkarılan sonuç zilyede bağılı çalışan ve böylelikle eşya ile ilişkiye geçen kişi zilyet yardımcısıdır. Örnek vermek gerekirse evde çalışan aşçı, işyerinde talimata uygun çalışan işçi kullandığı eşyalar üzerinde zilyet yardımcısıdır.

Banka zimmetinde suç konusu eşyanın zilyetliğinin banka mensubuna devredilmesi gerekli olduğu için kimin zilyet yardımcısı olmakla zilyetliğe sahip olamayacağının belirtilmesi gerekmektedir. Bankada çalışan personellerden bir kısmı özel hukukta emin sıfatıyla zilyet ya da başkası için zilyet olarak kabul edilirken diğer bir kısım personeller zilyet yardımcısıdır. Burada önemli olan faktör talimatlara bağımlı çalışmaktır. Örneğin yönetim kurulu üyeleri yukarıda da bahsedildiği üzere banka ile aralarında vekalet ilişkisi olduğundan bağımlı çalışma ve talimat alma unsurları baskın değildir.¹⁴⁵ Bazı konularda takdir yetkisi kullanıp karar almaları ve banka tüzel kişiliğinin de buna uygun hareket etmesi yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin bağımlı olarak çalışmadıklarının göstergesidir. Banka mensubu sayılan üst düzey çalışanlar da aynı şekilde belli kararları bir başkasına bağılı şekilde almadıkları için başkası için zilyet sayılmakta ve zilyet yardımcılığından ayrılmaktadırlar. Borçlar Kanunu 449 ve 453. maddeleri tasarrufa yetkili sayılan ticari temsilci ve ticari vekilleri emin sıfatıyla zilyet saymışlardır. Ticari temsilci ve vekil kavramlarının bankalar bünyesindeki karşılıkları bölge müdürleri ve şube müdürleri de zilyet sayılırlar. Bundan başka üst düzey yönetici olarak geçen banka genel müdürü murahhas üyeler sözleşme ile kendilerinin idaresine bırakılan banka eşyaları üzerinde zilyettirler. Bundan başka hizmet sözleşmesiyle banka tüzel kişisine bağılı banka mensuplarından veznedar, gişe görevlisi gibi yönetici vasfı olmayan ve talimat

¹⁴⁴ Aybay, Hatemi, **a.g.e.**, s.41.

¹⁴⁵ Sirmen, **a.g.e.**,s.53; Ünal, Başpınar, **a.g.e.**,s.132. Aksi görüş Antalya, **a.g.e.**, s.30-31. Antalya'ya göre *“vekalet sözleşmesi ile çalışanlar da zilyet yardımcısıdır. Hizmet zilyedi başkasının menfaatine eşyayı kullanan kişidir.”* Bu görüşleri esas alırsak bankanın tüm çalışanlarının zilyet yardımcısı olduğu sonucuna ulaşılır.

alan kişilere görevleri dolayısıyla yapılan devirler, özel tevdi veya teslim sayıldığı için¹⁴⁶ bu kişiler de başkası adına zilyet sayılırlar.

Zilyet yardımcılarının zilyetlik ile ilgili kurallara uygulanmaz. Bu kişiler zilyetliğin sağlanması ile sahip olunan haklardan yararlanamaz ve zilyetlikle ilgili davaları açamaz.¹⁴⁷ Ancak kendisinin bağlı bulunduğu kişinin eşyası başkaları tarafından alınmak isterse zor kullanarak başkasının zilyetliğinde olan malı savunabilir.¹⁴⁸

Özel hukukta zilyet ve zilyet yardımcısı farkı tam olarak belli değildir. Zilyet yardımcılığı konusunun kanunda düzenlenmemiş olması, düzenlenmiş olsa bile kavramların birbiri içine girmesi nedeniyle her olay bakımından doktrindeki ölçütler uygulanarak tespitler yapılması gerekir. Bankacılık zimmeti suçunda zilyetliğin devri kavramı eşya hukukundaki gibi algılanacak olursa yukarıda zilyet yardımcısı olarak tespit edilen banka mensupları bakımından (eğer koruma ve gözetim yükümlülükleri de yoksa) bu suç uygulanamayacaktır. Bu halde taşınır mallar bakımından hırsızlık suçu söz konusu olabilir. Yargı kararlarına ve doktrine bakıldığında ceza hukukunda zilyetlik kavramı yukarıda da bahsedildiği gibi geniş algılanmıştır.¹⁴⁹

Ceza hukukunda zilyetliğin geniş anlamda kabul edilmesi, kanun koyucunun zilyetlik iç ilişkisine girmek istememesinden de kaynaklanabilir. Ceza hukuku dışarıdan görünen ile ilgilenmiştir. Buna göre kendi iç ilişkilerinde ne olursa olsun dış görünüşte bir kişi eğer bir malın fiili hakimiyetine sahipse o malın zilyedidir. Zilyet ya da zilyet yardımcısı olması veya doğrudan-dolaylı, asli-fer'i zilyetlik ilişkisi ceza hukuku bakımından önemli değildir.

(3) Zilyetliğin Kazanılması

Bankacılık Kanunu'na göre zimmet suçunun oluşması için zilyetliğin banka mensubu tarafından kazanılması gerekmektedir. Kanaatimizce zilyetliğin

¹⁴⁶ Genel tevdi veya teslim ile özel tevdi veya teslim hakkında bilgi için bkz. Selman Dursun, "Emniyeti Suiistimal Suçu", **İÜHFİM**, Cilt: LVII, Sayı: 1-2, 1999, s.19.

¹⁴⁷ Ünal, Başpınar, **a.g.e.**, s.131; Sirmen, **a.g.e.**, s.53; Antalya, **a.g.e.**, s.33.

¹⁴⁸ Antalya, **a.g.e.**, s.36; Serozan, **a.g.e.**, s.112. "Bu hak sadece zilyetlere tanındığından zilyet yardımcılarının sadece Borçlar Kanunu m.64'e göre meşru savunma niteliğinde kuvvet kullanabilirler." Sirmen, **a.g.e.**, s.54.

¹⁴⁹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.158; Güngör, **a.g.e.**, s.24.

kazanılması şekillerinden hangisinin bankacılık zimmeti bakımından söz konusu olduğu incelenmek suretiyle doktrindeki tartışmalara geçilmekte fayda görülmektedir.

Zilyetlik aslen, devren, tesisen ve miras yoluyla olmak üzere dört şekilde kazanılır.¹⁵⁰ Bankacılık zimmeti suçunda zilyetlik tesisen kazanılır. Banka tüzel kişiliği zilyetliği tesisen kazandırmakla kendisinin de zilyetliğini devam ettirmektedir. Aksi halde bir suç meydana gelmez. Kimi yazarlar devren kazandırma yoluyla da asli zilyetlik kazandıranda kalmak üzere zilyetlik kazandırılmasının mümkün olacağını kabul etmektedir.¹⁵¹ Medeni Kanun'da zilyetliğin kazanılması hakkında 977. madde ihdas edilmiştir. Hükme göre *“zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların, edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olur.”* Kanun böylece zilyetliğin devrinin çeşitli şekillerini düzenlemiştir. Buna göre zilyetliğin devri bankacılık zimmeti bakımından eşyanın teslimi, eşyanın araçlarının teslimi ve zilyetlik sözleşmesi ile mümkündür.

Teslim yoluyla kazanmada eşyanın madde itibarıyla yeni zilyede teslimi gerekmektedir. Malın yeni zilyedin eline verilmesi halinde yeni zilyedin dolaysız zilyetliği kazandığı söylenebilir. Burada karşılıklı olarak zilyetliğin devrine ilişkin iradenin oluşması gerekir ancak bu bir hukuki işlem sayılmaz.¹⁵² Doktrinde bazı yazarlar zilyetliğin teslimle kazanılmasında da hukuki işlem niteliğinde sözleşmenin var olduğunu belirtmektedir.¹⁵³ Sonuç olarak niyetlerin aynı olması aranmaktadır. Zilyetliğin teslim yoluyla kazanılmasındaki irade uyuşmasını hukuki işlem saymayan yazarlara göre ayırt etme gücünün var olması yeterlidir. Teslimle zilyetliğin kazanılması banka mensupları açısından mümkündür. Örneğin banka mensupları

¹⁵⁰ Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.62 vd.

¹⁵¹ Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.23; Sirmen, **a.g.e.**, s.55.

¹⁵² Sirmen, **a.g.e.**, s.56; *“Sadece yalın bir teslim işleminin gerçekleşmesi zilyetliğin devrini gerçekleştirmez teslim olgusu ile birlikte teslime ilişkin diğer tüm olguların değerlendirilmesinden, özellikle zilyetliğin taraflarının iradelerinden zilyetliğin devrinin gerçekleştirildiğinin anlaşılması gerekir.”* Antalya, **a.g.e.**, s.77. *“çocukların oyuncaklarını değiş tokuş etmeleri gibi salt doğal irade tarafından oluşan bir teslim iradesi yeterlidir.”* Serozan, **a.g.e.**, s.116.

¹⁵³ Bu sözleşme tarafların iradelerinin sağlıklı bir şekilde oluştuğu zilyetlik devrine yönelik bir sözleşmedir. Haliyle fiil ehliyeti gerekir. Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.25.

kendilerine gün boyunca kullanması için bırakılan paranın ya da bankada işini görürken kullandığı malzemelerin zilyetliğine teslimle sahip olurlar.

Eşyanın bir bütün halinde maddi olarak teslimi mümkün değilse o eşyayı temsil eden araçların teslimi ile de zilyetlik geçmektedir.¹⁵⁴ Teslim yoluyla kazanma ile arasında bu açıdan farklılık bulunmaktadır. Anahtarı banka mensubuna teslim edilen banka kasasının zilyetliği temsil eden araçların teslimi yoluyla zilyetliğin kazanılmasına örnektir.

Zilyetlik sözleşmesi ile zilyetliğin devri zilyetliğin teslimsiz kazandırılmasına bir örnektir. Burada üzerinde zilyetlik kurmaya açık bir mal olmalıdır. Zilyetlik sözleşmesi hukuki işlem niteliğinde tarafların iradelerinin uyduğu bir sözleşmedir. Tarafların fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Şarta ve süreye bağlı olarak sözleşmenin kaleme alınması mümkündür. Yazılı ya da sözlü yapılabilir.¹⁵⁵ Bu sözleşme bir sözleşmenin parçası olabileceği gibi ayrı olarak da yapılabilir. Teslim yerine geçen sözleşme ile doğrudan zilyetliğe sahip olan kişi bu zilyetliğini devreder.¹⁵⁶ Banka mensupları genelde bu tür sözleşme ile zilyetliği devralmaktadırlar. Banka çalışanlarının imzaladıkları hizmet sözleşmesi ile; banka yönetim kurulu üyeleri ise banka arasında olduğu kabul edilen vekalet sözleşmesi ile ilgili banka malları üzerinde zilyetlik kazanırlar. Zilyet sözleşmesi niteliğindeki maddeler hizmet sözleşmesi içinde açıkça yazılabileceği gibi görevlendirmedeki görevi kabul etmekle de o görevin gerektirdiği eşyalara zilyet olunabilmektedir. Örneğin bankanın şube müdürü iş sözleşmesini imzalayıp kendisi hakkında görevlendirme yapıldığı andan itibaren o şube çerçevesinde kredi işlemlerini yürürken kullanacağı banka parasının zilyetliğini kazanmaktadır. Ayrıca teslim gerek yoktur.

¹⁵⁴ Antalya, **a.g.e.**, s.78; Oğuzman, Seliçi Özdemir, **a.g.e.**, s.68.

¹⁵⁵ Sirmen, **a.g.e.**,s.57; Antalya, **a.g.e.**, s.89 vd. “Zilyetlik akdinde zilyetliği devralacak olan kişinin eşya üzerinde derhal egemenlik kurmasına elverişli açık ve doğrudan zilyetliğin bir çift sözle devri söz konusudur” Serozan, **a.g.e.**, s.117.

¹⁵⁶ Zilyetliği devreden doğrudan (dolaysız) zilyetliğe sahip olması şarttır. Eğer dolaylı zilyetliğe sahip olan kişi zilyetlik sözleşmesi ile eşyanın zilyetliğini devrediyorsa bu halde hükmen teslim söz konusu olur Nomer, Ergüne, **a.g.e.**, s.26.

(4) Banka Mensubuna Suç Konusunun Zilyetliğinin Devri

Bankacılık zimmeti suçunda suç konusu para, para yerine geçen evrak ve senetler ve diğer malların banka mensubuna görevi gereği zilyetliğinin devredilmiş olması gerekir. Yoksa taşınır mallar bakımından hırsızlık suçu oluşur. Suç konusu malın zilyetliğinin banka mensubuna devri, failin suçu daha kolay işleyebilmesine yol açmaktadır. Zilyetliği mensuba bırakılmış bir mal söz konusu olduğu için failin malı zimmetine geçirmesi için fazladan mesai harcayıp malın hâkimiyetini ele geçirmek için ayrıca işlemler yapmasına gerek kalmamaktadır. Suçla korunan hukuki değer olan bankalara güven ilkesi, banka malının zilyetliğinin mensuba devredilmesi ile suç işlenebildiği için, banka mensubuna güven ilkesi ile beraber değerlendirilmelidir.¹⁵⁷ Burada birden çok güven iç içe geçtiği için bankacılık zimmeti suçunun yaptırımı diğer zilyetliğin devri aranmayan malvarlığına karşı işlenen suçlara göre daha ağırdır. Banka mensubuna görevi gereği zilyetliğin devri kanaatimizce suç konusu malın bir niteliğini teşkil ettiği için suçun konusu içerisinde incelenecektir.¹⁵⁸

4389 sayılı Kanun'daki maddenin eski düzenlemesinde zilyetliği devredilen yerine "kendilerine tevdi olunan" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Tevdi etmek vermek, bırakmak anlamındadır.¹⁵⁹ Eski düzenlemeye göre kendilerine tevdi edilen mallar ile zilyetliğin devredilmesi hukuki açıdan benzer olmakla birlikte, zilyetlik kavramı özel hukukta bazı kurallara bağlandığı için bankacılık ceza hukukundan farklılık arz etmektedir.¹⁶⁰ Günümüzdeki olaylara uygulanan zimmet hükümlerine baktığımızda görüleceği üzere ceza hukuku açısından tevdi etmek ve zilyetliğini

¹⁵⁷ "Zimmet suçunda önemli olan banka mensubunun görevi sebebiyle zilyetliğe sahip olduğu değeri zimmetine geçirmek suretiyle kendisine duyulan güveni kötüye kullanmış olmasıdır." Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

¹⁵⁸ Aynı şekilde Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.913.

¹⁵⁹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.232. "765 sayılı TCK'daki zimmet suçunda tevdi kelimesinin anlamı emanet olarak bırakma emanet etme, teslim etmedir." Turabi, **a.g.e.**, s.198.

¹⁶⁰ "Türk Yargıtay'ının bu konuda verdiği kararlara bakıldığında tam olarak birlik yoktur. Çelişkili kararlar göze çarpmaktadır. Yargıtay bazen fiili ve maddi zilyetliğin bulunmasını aramış bazen de hukuki olarak tasarrufta bulunma yetkisini yeterli görmüştür. Oysa İtalyan Yargıtay'ına göre ceza hukukundaki zilyetlik kavramı ile özel hukuktaki zilyetlik arasında fark vardır." Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.235.

devretmek aynı anlamda kullanılmıştır.¹⁶¹ Kanun maddesi lafzi olarak değişmesine karşın uygulamada ve doktrinde tevdi olarak algılama devam etmektedir. Tevdi etmenin daha geniş anlama geldiğini düşünen bazı yazarlar bankacılık zimmeti suçundaki zilyetlik kavramının özel hukukta düzenlenen zilyetlikten farklı olduğunu; daha geniş bir anlam ifade ettiğini söyleyerek uygulamanın devamına ilişkin görüş ileri sürmüşlerdir.¹⁶² Sonuç olarak eski kanun maddesinin daha yerinde olduğu yeni kanun hazırlanırken zilyetlik lafzının hukuki olarak hangi kurallara bağlı olduğu değerlendirilmeden bir düzenleme yapılmıştır. Belki de 5411 sayılı Bankacılık Kanununun Adalet Komisyonunda değil de Plan ve Bütçe Komisyonunda düzenlenmesi bu sonuca yol açmıştır.¹⁶³

Malın, görevi nedeniyle banka mensubunun zilyetliğinde bulunması, zimmete geçirme halinde hangi suçun meydana geleceğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Eğer suç konusu para, para yerine geçen evraklar veya diğer mallar banka personelinin zilyetliğinde bulunmuyorsa (failin koruma ve gözetim yükümlülüğü de yoksa) duruma göre hırsızlık veya dolandırıcılık suçu gündeme gelecektir.¹⁶⁴ Örneğin banka mensubunun görevi gereği zilyetliğinde bulunmayan mal, banka mensubunun düzenlediği sahte belgelerle ya da dolanlı işlemlerle kendisinin zilyetliğine geçirir ve bunun üzerine zimmete geçirme fiili gerçekleştirilirse bankacılık zimmeti suçu oluşmaz.¹⁶⁵ Çünkü burada banka mensubu aslında malın zilyetliğine hukuka uygun olarak görevi sebebiyle sahip değildir. Kanun, hukuka

¹⁶¹ Yazarlar yeni kanun metnini daha modern bulmuşlardır. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.913.

¹⁶² Ergün, **Zimmet Suçu**, s.158; Güngör, **a.g.e.**, s.24; Bekri, **a.g.e.**, s.41; Çakıroğlu, **a.g.e.** s.70.

¹⁶³ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.80.

¹⁶⁴ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 22.01.1992 tarih, 1991/5059 E. ve 1992/230 K. numaralı kararı:**

“TC. Ziraat Bankası E..... şubesinde memur olan sanığın paraya vazülyet olmadığı gibi belgeler üzerinde yaptığı sahteliğin iğfal kabiliyeti de bulunmadığı bilirkişi raporu ile saptanmasına göre; eylemin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde zimmet suçundan mahkumiyet hükmü tesisi, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı..”

¹⁶⁵ Bu halde dolandırıcılık suçu oluşabilir. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.20; Aynı şekilde Güngör, **a.g.e.**, s.25; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.161; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.782; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]; Polat, **a.g.e.**, s.112.

Bkz. Yargıtay 5.CD. 11.10.2001 tarih, 2001/536 E. ve 2001/5749 K. numaralı kararı:

“Kendi bilgisayar şifresi ile her türlü işlem yapabilen bu nedenle bankanın paralarının korunmasından sorumlu olan sanığın, bazı hesaplara müdür şifresini kullanarak faiz tahakkuku ile başka hesaplara aktararak hesap sahiplerine veznedenden çektilerle mal edinmesi eylemi "nitelikli dolandırıcılık" suçunu oluşturur.”

uygun olarak banka mensubunun yaptığı iş gereği zilyet olduğu malları zimmete geçirmeyi bankacılık zimmeti suçu saymıştır.

Banka personeli bankanın mallarının hepsi üzerinde zimmet fiilinden sorumlu değildir. Sadece görevi nedeniyle kendisine zilyetliği devredilen mallar çerçevesinde zimmet suçundan sorumludur. Banka mensubuna görevi dolayısıyla ne teslim edilmiş ise ancak onun zimmete geçirilmesi halinde bankacılık zimmeti suçu oluşur. Yargı kararları da benzer şekilde, banka mensubunun görevi dolayısıyla kendi zilyetliğinde olan malların neler olduğunu araştırmıştır.¹⁶⁶

Banka mensubuna malın zilyetliğinin devri de geniş yorumlanmalıdır. Sözlü ya da yazılı olarak zilyetlik devredilebilir. Zilyetliğin devri şekillerinden hangisi seçilirse seçilsin, çoğu zaman banka içinde teslim merasimi yapılmadan zilyetlik devirleri mümkün olabilmektedir.¹⁶⁷ Hangi malların zilyetliğinin devredildiğinin belirli olması mahkemeler bakımından kolaylık sağladığı düşünülse de uygulamada çoğu zaman hangi malların zilyetliğinin devredildiği belirli değildir. Mahkemeler sanığın yürüttüğü işe, bankadaki benzer pozisyonlardaki kişilere devredilmiş banka mallarına veya bilirkişi raporlarına dayanarak sanığa hangi malların zilyetliğinin devredildiğini tespit etmeye çalışırlar.

Bankalar Kanunu'nun, zilyetliğin devri ile aradığı şey, banka mensubunun mal üzerinde fiili hakimiyetinin olup olmadığıdır. İlk aşamada bu durum aranır. Bu şekilde bir fiziksel hakimiyet var ise başka şekilde zilyetlik aramaya gerek yoktur. Ancak günümüzde diğer birçok sektörde olduğu gibi elektronik sisteme geçiş bankacılık sektörü bakımından da geçerlidir. Artık banka personeli çoğu banka malına fiziksel olarak hakim değildir. Bankacılık işlemlerinin internet ortamına

¹⁶⁶ **Bkz. Yargıtay CGK 21.06.1993 tarih, 1993/3 E. ve 1993/148-178 K. numaralı kararı:**

“sanık ziraat bankası Espiye şubesinde ticari krediler şefi olarak çalışmaktadır. Müfettiş raporuna göre tüketici kredisi borçlularına ait senetler günlük çalışma saatleri başlarken şube müdürü muhasebeci ve veznedarin ortak korumaları altında bulunan kasadan çıkarılarak sayım ve döküm yapılmadan servis işlemlerine kolaylık sağlanması amacıyla sanığın şefi bulunduğu servise gönderilmektedir.

...ancak sanık ilgili banka şubesinde ticari krediler şefi olarak görevlidir. Suça konu senetler faile görevi nedeniyle devredilmediği gibi onun denetim ve sorumluluğu altında da bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın eylemleri zimmet değil, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.”

¹⁶⁷ Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]. Aksi görüş: “Kanaatimizce Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde geçen zilyetliğin devri ifadesinin dar yorumlanması ve sadece yeni zilyedin doğrudan zilyet kılındığı halleri kapsadığının kabul edilmesi gerekmektedir.” İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.378.

taşınması zilyetlik göstergelerini de değiştirmiştir. Bu yüzden bankacılık zimmetinde zilyetliğin devrinde fiili hakimiyet yerine hukuki hakimiyet de yeterli görülmüştür.¹⁶⁸ Verilen Yargıtay kararları suç konusu eşya üzerinde hukuki hâkimiyetin sağlanmasının suçun oluşmasında yeterli olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır.¹⁶⁹ Banka mensubuna verilen kurumsal şifre ile yapabildiği işlemler belirlenmiş bu işlemleri yaparken yetkisi altında bulunan banka paraları o banka mensubunun zilyetliğinde sayılmıştır. Bu durum bir bakıma zilyetliği temsil eden araçlara sahip olunması ile o mal üzerinde zilyetlik kurulması durumuna benzemektedir. Örnek vermek gerekirse bankada gişe görevlisi olarak çalışan kişi banka şubesine gelen kişilerin mevduat hesapları üzerinde işlem yapma yetkisi bulunduğundan bu mevduat hesaplarındaki paralara zilyet sayılır. Aynı şekilde krediyi çıkarmaya yetkili şube müdürü çıkarabileceği kredi miktarı kadar banka parasına zilyet sayılır.¹⁷⁰

Doktrindeki bazı yazarlar, yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin ve banka malları üzerinde doğrudan fiili hakimiyetleri olmadığı için banka mallarına zilyet

¹⁶⁸ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.158-159; Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.233; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.83; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.84; İtişgen, **a.g.e.**, s.646; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]; “*Malı fiilen elinde bulundurmeyen banka görevlisi mal üzerinde hukuken tasarruf etme yetkisine sahipse bankacılık zimmetinden sorumlu tutulmalıdır*”. Güngör, **a.g.e.**, s.24.

¹⁶⁹ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 29.05.1996 tarih, 1996/1308 E. ve 1996/1889K. numaralı kararı:**

“Bilgisayar kullanarak virman yapma yetkisi bulunan ve bu itibarla bankanın paralarının muhafazasından sorumlu olan sanığın borçlu bulunduğu şahısların hesaplarına bilgisayarda virman yapmak suretiyle şahsi borçlarını ödeme şekliyle vaki olan mal edinme eylemlerinin de müteselsil zimmet suçu niteliğinde olduğu gözetilmeyerek tüm eylemlerinin müteselsil inancı kötüye kullanma niteliğinde kabul edilip buna göre ceza tayini isabetsiz ise de karşı temyiz bulunmadığından bozma sebebi sayılmamıştır”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 25.03.2002 tarih, 2002/229 E. ve 2002/1823 K. numaralı kararı:

“dosyadaki bilgilere göre emlak bankası Diyarbakır merkez şubesinde şef olarak görev yaptığı anlaşılan sanığın suç tarihi itibarıyla yazılı ve sözlü görevlendirmeler ile fiilen çalıştığı birimler belirlenip kendisine şifre verilip verilmediği görev sebebiyle imzaya tahsilat tevdiye ve mahsuba virman Eft işlemlerine yetkisi bulunup bulunmadığı, böylece paraya vazulyet olup olmadığı yada bankanın parası üzerinde muhafaza ve denetim sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tespit edilmesi gerekirken...”

¹⁷⁰ Yargıtay verdiği bir kararda banka mensubunun şifresinin olmasını “zilyetliğin devredilmiş olması” olarak değerlendirmemiş ve koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahiplik olarak nitelendirmiştir. **Bkz. Yargıtay 5.CD. 11.10.2001 tarih, 2001/536 E. ve 2001/5749 K. numaralı kararı:** “*kendi bilgisayar şifresi ile virman, tahsil ve tediyeye işlemleri yapabilen, bu nedenle bankanın paralarının muhafazasından sorumlu olduğu anlaşılan sanığın, adı geçen mudiler dışındaki 60 mudinin hesaplarına faiz tahakkuku yapmadan sadece tahsil ve tediyeye fişleri düzenleyerek bu mudilerin hesaplarındaki 2.362.650.000 lirayı bankada diğer mudilerin hesaplarına aktarıp ve onların vasıtasıyla veznedenden alarak maledinmesi eyleminin müteselsil basit zimmet niteliğinde olduğunun gözetilmemesi,*”

olamayacaklarını dolayısıyla kendilerine banka mallarının zilyetliği devredilemediği için suçtan sadece koruma ve gözetim yükümlülüğü kapsamında sorumlu olacaklarını belirtmişlerdir.¹⁷¹ Ancak bu görüş doktrinde kabul edilmemiştir. Yönetim kurulu başkanı ve üyeleri banka malına fiili olarak hakim olmasalar bile hukuki olarak bir hakimiyetlerinin olduğu yadsınamaz.¹⁷² Hukuki hakimiyet de zilyet sayılmak için yeterlidir. Yani yönetim kurulu başkan ve üyeleri banka mallarının zilyedidir diyebiliriz. Buna ek olarak yukarıda zilyetliğin çeşitleri başlığı altında incelendiği gibi banka yönetim kurulu üyelerinin zilyet olabilmeleri özel hukuk bakımından da mümkündür. İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği yönetim kurulu üyelerinin kararda imzaları bulunsalar bile banka zimmeti suçundan sorumlu olmayacaklarına ilişkin karar bu bağlamda eleştiriye açıktır.¹⁷³

Banka mensubu kişi işi dışında da sevilen ve kendisine kişisel olarak güvenilen birisi olabilir. Uygulamada meydana geldiği üzere banka mensubu kişiye banka personeli olmasından dolayı değil de kişisel güvene dayalı olarak bir mal emanet edilmişse, bu kişi bankanın mevduat kabul eden biriminde görevli biri olsa bile, banka dışında (veya banka içinde olsa bile) bankaya duyulan güven haricinde gerçekleşen bu işlem dolayısıyla banka mensubunun kendisine emanet edilen malı zimmete geçirmesi halinde bankacılık zimmeti suçu oluşmaz.¹⁷⁴ Çünkü bu durumda banka mensubuna bankaya güven ilkesine dayanılarak bir zilyetlik nakli yapılmamıştır. Kişisel güven ön planda olduğu için güveni kötüye kullanma suçu oluşabilir. Bu yönde Yargıtay kararlarına da rastlamaktayız.¹⁷⁵

¹⁷¹ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.113.

¹⁷² Ergün, **Zimmet Suçu**, s.158; Gürses'e göre "yönetim kurulunun zilyetliğinin kabul edilmemesi halinde suçun uygulama alanı kanun koyucunun iradesine aykırı olarak daralacak ve yönetim kurulu üyeleri hiçbir zaman zimmet suçunun faili olamayacaktır." Gürses, **Zimmet Suçu**, s.87.

¹⁷³ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.159.

Bkz. İst. 8. Ağır Ceza Mahkemesi, 21.02.2006, tarih 2004/1 E. ve 2006/17 K. numaralı kararı: "yönetim kurulu üyelerinin bankada bir çalışma odalarının bulunmaması, sekreterlerinin olmaması, sadece ayda bir kez bankada toplanmaları ve toplantı gündemini oluşturma konusunda yetkilerinin bulunmaması, banka ana sözleşmesinde bulunan "...üyeler yönetim kurulu dışında görevlilerden bilgi isteyemezler ve işleri hakkında şahsen talimat veremezler" Gürses, **Zimmet Suçu**, s.36.

¹⁷⁴ Toroslu, **Özel Kısım**, s.281; Parlar, Akın Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.206; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.783; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.160; Özgen, **a.g.e.**, s.44; Güngör, **a.g.e.**, s.24.

¹⁷⁵ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 01.12.2010 tarih, 2010/6860 E. ve 2010/16393 K. numaralı kararı** "Sanığın, mudilerin kendileri tarafından önceden verilen imzalı boş tediye fişlerini, onların bilgi ve talimatları olmaksızın doldurup hesaplardan para çekmek şeklindeki eylemlerinin, **mudilerin**

Zilyetliğin devredilmesi bankacılık zimmeti suçunun belirleyici özelliğidir. Suç konusu malların zilyetliğinin banka mensubuna bir şekilde devredilmesi gerekir. Çoğu zaman banka mensubu ya da yönetim kurulu başkan ve üyeleri göreve başlamalarıyla görevi nedeniyle en basitinden oturduğu koltuğa ve kullandığı masaya zilyet olurlar. Zilyet olunan para, evrak ve diğer mallarda görevden göreve değişmekle birlikte kanunda bankanın esas sözleşmesinde, iç yönetmeliklerinde, bankaların personelleriyle yaptıkları sözleşmelerde, bankacılık teamüllerinde belirlenmiştir. Ceza hukuku bağlamında delil serbestisi kabul edildiği için bunların dışındaki yazılı ya da yazılı olmayan kaynaklar da, banka mensubunun görevi gereği hangi mallar üzerinde zilyet olduğunu ortaya çıkarmakta göz ardı edilmezler.

Zilyetliğin banka mensubuna görevi nedeniyle devredilmesi bankacılık zimmeti suçuna has bir özellik olmakla birlikte diğer suçlardan ayrılmasında en önemli özelliğidir. Bankacılık zimmeti suçuna en yakın suç olan TCK'da düzenlenen zimmet suçunda kanun lafzı tamamen aynı şekilde ele alınmıştır. Aralarındaki en temel fark bankacılık zimmeti suçunda, zilyetliğin üzerinde arandığı kişi banka yönetim kurulu başkanı ve üyesi ile banka mensubudur. Bu farklılık da esasen fail unsuruna ilişkindir. Bankacılık zimmeti suçunun türediği güveni kötüye kullanma suçunda da zilyetliğin faile devri aranmaktadır. Güveni kötüye kullanma suçundaki devir bir sözleşme ilişkisinden doğmaktadır.¹⁷⁶ Ancak yukarıda da bahsedildiği üzere bankacılık zimmetinde zilyetliğin kazanılması veya devri kanunla da mümkündür. Hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında failin suç konusu mal ile öncelerden beri

önceden boş tediye fişlerini imzalayarak vermek suretiyle bu hesapların kontrolünü sanığa teslim etmiş olduklarının kabulü gerekeceğinden subutu halinde emniyeti suistimal suçunu oluşturmağı gözetilmeden zimmet olarak kabulü,”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 6.4.2016 tarih, 2015/27411 E. ve 2016/5099 K. numaralı kararı

“Mudi tarafından önceden güven ve rızaya dayalı olarak imzalanan boş tediye fişinin kullanılması suretiyle hesaptan para çekme halinde, eylemin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu teşkil edeceği, mudilerin kandırılarak imzalarının alındığı boş fişler kullanılarak, bilgi ve talimatları olmaksızın hesaptan para çekilmesi halinde ise nitelikli zimmet suçunu teşkil edeceği gözetilerek, her bir işlem bakımından ayrı ayrı tartışma ve değerlendirme yapılarak, duraksamaya yer bırakmayacak şekilde emniyeti suistimal yada nitelikli zimmet suçu olup olmadıkları tespit edildikten sonra hapis ve adli para cezasının tayin edilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,”

¹⁷⁶ Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s.677; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.783; Selman Dursun, “Emniyeti Suiistimal Suçu”, **İÜHFİM**, Cilt: LVII, Sayı: 1-2, 1999, s.17; Çakıroğlu, **a.g.e.** s.66-67.

süregelen bir ilişkisi yoktur. Bankacılık zimmeti suçunun sayılan suçlarla en belirgin özelliği görevi nedeniyle zilyetliğin faile devredilmesidir.

c. Koruma ve Gözetimiyle Yükümlü Olmak

Kanun bankacılık zimmeti suçunun oluşabilmesi için suç konusu mal üzerinde banka mensubunun koruma ve gözetim yükümlülüğü olmasını zimmet suçunun oluşmasında yeterli saymıştır. Koruma ve gözetim yükümlülüğü banka mensubunun görevi dolayısıyla olmalıdır. Banka mensubunun suç konusu üzerinde zilyetliği sağlandığında evleviyetle koruma ve gözetim yükümlülüğünü de sağladığı kabul edilmelidir. Koruma ve gözetim yükümlülüğü malın zilyetliğine sahip olmaktan daha geniş bir kavramdır. Kanun lafzında geçen koruma ve gözetimiyle yükümlü olma bankacılık zimmeti suçunun kapsama alanını genişleten bir hükümdür. Böylelikle mala zilyet olmayan ancak koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan failin zimmete geçirme eylemlerinden sorumluluğu gündeme gelecektir.¹⁷⁷

Koruma ve gözetme yükümlülüğü gerek özel hukukta gerekse kamu hukukunda çokça yer almaktadır. Bu yükümlülük Medeni Kanun'da düzenlenen dürüstlük kuralı ile yakından ilişkilidir. Medeni Kanun m. 2 ye göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." Kanun borçlar yerine getirilirken ve haklar kullanılırken nasıl davranılması gerektiğini açıklayarak kişiye adeta dürüst davranma yükümlülüğü yüklemektedir. Dürüst davranma yükümlülüğü borçları ifa ederken her zaman bulunması gereken ve hukuk tarafından korunan yan yükümlülüktür. Bir hizmet yürütürken ya da bir iş yaparken kişi kendi menfaatlerinin yanında bağlı çalıştığı kişinin menfaatlerini de kollaması ve gözetmesi dürüstlük kuralı ile ilgilidir. Çalışmamız kapsamında banka yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile tüm banka mensupları banka tüzel kişisi çatısı altında belli iş ve hizmetleri yürütürken bankanın nezdinde bulunan malları korumak ve gözetlemekle yükümlüdür. Banka tüzel kişiliği

¹⁷⁷ İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.135; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.915; Baytemir, **a.g.e.**, s.502; Gülşen, **a.g.e.**, s.17; Turabi, **a.g.e.**, s.200; Bekri, **a.g.e.**, s.48; Hatta failin olayda koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu tespit edildiğinde tevdi veya zilyetlik koşulunu aramaya gerek kalmadığını belirten yazarlar vardır. Kütük, **a.g.e.**, s.86. Diğer bir görüşe göre bankacılık zimmetinde zilyetlik hakkında yapılan tartışmalara bir son vermek için suç konusu üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün sağlanması hükme bağlanmıştır. Şerbetçi, **a.g.e.**, s.84.

gibi gerçek kişiliği olmayan anonim şirketlerde mensupların koruma ve gözetim yükümlülüğü daha ağır basmaktadır. Banka tüzel kişiliği bu açıdan korunmaya ve gözetilmeye muhtaçtır diyebiliriz.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda koruma ve gözetim kavramları yerine muhafaza, denetim veya sorumluluk kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Bu hükümdeki değişiklik, uygulamada bir farklılığı meydana getirmediği için bu kavramların benzer kavramlar olduğu sonucuna varıyoruz. Koruma kavramı “bir şeyi dış etkilere, tehlikeye, zor bir durumdan uzak tutmak, esirgemek, muhafaza etmek, vikalet etmek, sıyanet etmek” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷⁸ Gözetimi ise bankanın himayesinde bulunan mallara özen göstermek şeklinde kabul edebiliriz.¹⁷⁹ Koruma ve gözetim yükümlülüğü kanundan veya her türlü özel hukuk ilişkisinden doğabilir. Bu iki yükümlülüğün bankacılık zimmeti suçunda yer alması zilyetlik devrinin gerçekleşmemesi durumunda suçun yine de oluşmasını sağlamak üzere kanunda yer aldığı sonucuna varabiliriz. Keza yukarıda anlatıldığı üzere zilyet yardımcısı sayılmakla mala zilyet olamayan banka mensupları, mensupluklarının bir sonucu olarak koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahip olacakları için, özel hukukun zilyetlikle ilgili kuralları aynen kabul edilse bile bankacılık zimmeti suçunun faili olabileceklerdir.

Banka mensupları esasen banka bünyesindeki tüm malları koruma ve gözetimle mükelleftir.¹⁸⁰ Ancak bankacılık zimmetinde bu suçtan sorumlu tutulabilmek için koruma ve gözetim yükümlülüğünün görevi nedeniyle olması gerekir. Kanunun görev şartını ileri sürmesi suçun kapsamını amaca uygun şekilde daraltmıştır. Görev şartı gerçekleşmediği düşünüldüğünde bankacılık zimmeti suçunun yerine diğer şartları da varsa hırsızlık ya da dolandırıcılık suçu gündeme gelebilir.¹⁸¹

¹⁷⁸ **Bkz. TDK sözlük** (çevrimiçi) http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c80ded8219f92.01672666 (15.02.2019).

¹⁷⁹ Ayrıca malların kullanılması ve sarfi hakkında hesap verilebilirliği de işaret etmektedir. İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.379.

¹⁸⁰ Korumak ve gözetim ile yükümlü olmak sadakat borcunun bir gereğidir. Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

¹⁸¹ Baytemir, **a.g.e.**, s.502.

Bkz. Yargıtay 5.CD. 9.1.2014 tarih, 2012/11490 E. ve 2014/218 K. numaralı kararı:

Banka mensuplarından denetim komitesi üyeleri, banka teftiş kurulu üyeleri ile banka iç kontrol birimi üyeleri gibi kurulları oluşturan kişiler kanun ve esas sözleşme gereği banka işlemleri ve malları üzerinde koruma ve gözetimle özel olarak görevlendirilmişlerdir. Sadece bu kişilerin koruma ve gözetim yükümlülüğü dahilinde zimmet suçunu işleyebileceklerini kabul etmek kanunun uygulama alanını amacına aykırı olarak daraltacaktır. Eğer kanun özel görevi gereği koruma ve gözetim yükümlülüğü olan kişileri suçun faili yapmak isteseydi, kanunun lafzı farklı şekilde ele alınırdı. Mesela bu kişilerin fail olarak sayılması yoluna gidilebilirdi. Kanunun lafzı yorumundan ve uygulamadan anlaşılan, özel olarak koruma ve gözetimiyle görevlendirme değildir. Özel olarak görevlendirilen kişiler de diğer unsurları sağladığı ölçüde bankacılık zimmeti suçunu işleyebilmektedirler; ancak kanunun aradığı, suçun konusu üzerinde genel olarak malın koruma ve gözetimiyle yükümlü olunmasıdır.¹⁸²

Yukarıda anlatıldığı gibi doktrindeki bazı yazarlar tarafından öne sürülen görüşe göre banka yönetim kurulu başkanı ve üyelerinin suç konusu mallara zilyet olamayacağının kabulü halinde bile bu kişilerin banka malları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüklerinden bahsedilebilir. Böylece banka yönetim kurulu başkanı ve üyeleri diğer unsurlar da sağlandığı ölçüde bankacılık zimmeti suçunun faili

*"Zimmet suçunun oluşması için "kamu görevlisinin veya özel mevzuatları gereği kamu görevlisi gibi cezalandırılabilen kişilerin görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının yararına zimmetine geçirmesinin" gerektiği, somut olayda; İş-kur tarafından mağdur S.. E.. 'ye gönderilen 510,96 TL tutarındaki havaleyi sanığın kendi gişesinde ödeme yapması mümkün olduğu halde tanık H.. K.. 'nun bulunduğu gişeye gidip "henüz gişesini açmadığını, sırada bekleyen çok kişi olduğunu, müsteki Semra'dan bahisle bu kişiyi tanıdığını, mağdur olmasın, sıra beklemesin" diyerek tanıktan alıp mal edinmesi şeklinde gerçekleşen eyleminde, suça konu paraların görev dolayısıyla sanığa teslim edilmediği, sanığın muhafaza ve gözetim sorumluluğunun da olmadığı bu nedenle de fiilinde yasal tevdi unsurunun gerçekleşmediği, hileli ve yasal olmayan yollarla kendisine haksız olarak menfaat sağladığı, anlaşılmakla sanığın eyleminin kamu kurumuna karşı **dolandırıcılık suçunu** oluşturacağı gözetilmeden suç niteliğinde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,"*

Bkz. Yargıtay 5.CD. 20.03.1991 tarih, 1991/177 E. ve 1991/1530 K. numaralı kararı:

*".... Bankası Merkez Şubesi'nin 10.10.1990 günlü cevabi yazısında sanığın Bağ-Kur sigortalılarına yapılacak maaş ödemeleri ile prim tahsilatları için tediye ve tahsilat fişi düzenlemeye ve bu fişleri ikinci derecede imzalamaya yetkili olduğu belirtilmesine ve paraya vaz'ülyet bulunmadığının açıklanmasına ve **murakabe ve muhafaza sorumluluğunun da görev ve yetkisi itibarıyla bahse konu olmamasına göre** Bağ-Kur emeklilerinin mevduat hesaplarından imzalarını taklit etmek suretiyle evrak düzenleyip para çekmekten ibaret eyleminin resmi evrakta sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırı."*

¹⁸² Aynı şekilde Gürses, **Zimmet Suçu**, s.87-88; Gülşen, **a.g.e.**, s.140.

olabilirler.¹⁸³ Hiyerarşik amir olan yöneticilerin de mala zilyet olmasalar bile altlarında çalışan kişilerin zilyetlerinde olan mallar üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu için zimmet suçunu işleyebilecekleri Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.¹⁸⁴

Koruma ve gözetim yükümlülüğünden bahsedildiğinde akla ilk gelen personel bankaya hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak görev yürüten banka güvenlikleridir. Banka güvenlik personelleri işlerini yürüttükleri mekan çerçevesindeki bütün malları korumak ve gözetimle görevleri ile bağlantılı olarak yükümlüdürler. Bu kişiler görevlerini icra ettiği sırada herhangi bir malı zimmete geçirirse bankacılık zimmeti suçu gerçekleşir.¹⁸⁵

d. Kiralık Kasa Sözleşmelerinin Durumu

(1) Genel Olarak

Bankalardaki kiralık kasaların kendine has özellikleri gereği, gerek hukuki niteliği gerekse kiralık kasalarda bankacılık zimmeti suçunun işlenip işlenemeyeceği konuları doktrinde tartışmalıdır. Kiralık kasaların bankacılık zimmetine konu olması genellikle kabul edilen bir görüştür. Ancak kiralık kasaların bankacılık zimmeti suçunun hangi hükmüne göre suçun konusu olduğu tam olarak belli değildir. Kiralık kasa sözleşmelerinin hukuki niteliğini ortaya koymak ve buna göre kiralık kasaların bankacılık zimmeti bakımından önemini anlamak için ayrı bir bölümde inceleme yapma gereği duyulmuştur.

Bankacılık faaliyetlerinden sayılan saklama hizmetlerinin en önemlisi, kişilerin eşyalarının bankada bulunan güvenli kasalarda saklanmasını konu edinen

¹⁸³ Aynı şekilde İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.380; Donay, **Bankacılık Ceza**, s.108.

¹⁸⁴ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 24.2.2014 tarih, 2012/14638 E. ve 2014/1988 K. numaralı kararı:**

*“Olay tarihinde **Türkeli İlçe Tarım müdürü** olarak görev yapan sanığın çalıştığı kuruma ait olarak demirbaşa kayıtlı bulunan, aynı zamanda koruma ve gözetme yükümlülüğü de söz konusu olan suça konu buzdolabını mal edinme kastı ile amacı dışında evine götürerek kullanması şeklinde gerçekleştiği anlaşılan eyleminin TCK'nın 247/1. maddesinde tanımlanan basit zimmet suçunu oluşturacağı,”* Küçük, **a.g.e.**, s.87.

¹⁸⁵ Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.207; Özgen, **a.g.e.**, s.44.

kiralık kasa sözleşmeleridir.¹⁸⁶ Dünyada kiralık kasa sistemi iki türdür. Birincisinde iki anahtar vardır. Anahtarlardan biri müşteride dururken diğer anahtar kiralık kasalardan sorumlu banka mensubunda yer almaktadır. Kasa ancak bu iki anahtar bir araya geldiğinde açılmaktadır. Bu türde banka mensubu müşterinin kimliğine bakarak müşteri her istediğinde anahtarı vermekle yükümlüdür. Güvenlik ihtiva eden hallerde ya da müşteri kandırılarak kasa açılmaya çalışıyorsa banka görevlisi kendinde bulunan anahtarı vermeyebilir. Diğer türünde ise müşterideki tek anahtar kasayı açmak için yeterlidir. Banka mensubunun katılması gerekmez.¹⁸⁷ Ülkemizde genelde birinci tür kiralık kasalar yaygın olduğu ve doktrinde de buna yönelik tartışmalar yapıldığı için çalışmamız kapsamında biri müşteride biri banka mensubunda olmak üzere iki anahtarı olan birinci tür kiralık kasalardan bahsedilecektir.

Kiralık kasa sözleşmesinin hukuki niteliği tartışma konusudur. Bir görüşe göre kiralık kasa sözleşmesi kira sözleşmesi niteliğindedir.¹⁸⁸ İsviçre Federal mahkemesi bu görüştedir. Buna göre gelişim gösteren İsviçre ve Alman öğretisi kiralık kasa sözleşmesini kira sözleşmesi olarak nitelemektedir. Buna göre kasa içindeki şeyler üzerinde bankanın ve banka mensubunun zilyetliği söz konusu değildir.¹⁸⁹ Kiralanan kasa bir eşya olarak müşterinin ve bankanın zilyetliğindedir. Banka asli dolaylı zilyet, müşteri fer'i doğrudan zilyet sayılabilir. Türk hukukunda da genel olarak kabul dilen görüş kira sözleşmesi görüşüdür.

Bugün artık kabul edilmeyen diğer görüşe göre kiralık kasa sözleşmesi vedia akdi sayılmıştır. Vedia akdinde asıl olan kasa içerisindeki malın bankaya tevdi edilmesidir. Günümüzde banka personelinin çoğu zaman kasaların olduğu bölmeye bile girmediği ve müşterinin kasa içine ne koyduğunu bilmediği veya ilgilenmediği düşünüldüğünde vedia akdi şeklinde görüş bildirme doğru kabul edilmemiştir. Çünkü

¹⁸⁶ Bankaların güven teşkil eden kurumlar olmasının bir tezahürünü de kiralık kasa sözleşmeleri oluşturmaktadır. Kiralık kasa sözleşmeleri ile para harici diğer eşyaların da bankada güvenli bir şekilde saklanması önü açılmıştır. Battal, **Güven Kurumu**, s.270.

¹⁸⁷ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.469; Battal, **Güven Kurumu**, s.270.

¹⁸⁸ Kaplan, **a.g.e.**, s.210; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.469.

¹⁸⁹ Yener, **Vedia Sözleşmesi**, s.30.

banka tüzel kişisi kasa içerisinde ne olduğunu bilmediğinden hakimiyet iradesi tam olarak oluşmaz.¹⁹⁰

Basit kira ve vedia akitlerini temel alarak türetilmiş başka görüşler de vardır. Bu görüşlere göre kiralık kasa sözleşmesi karma sözleşmedir. Örnek vermek gerekirse kiralık kasa sözleşmesini basit kiranın unsurlarının ağır bastığı vedia akdi ile vekaletin fer'i unsurlarını taşıyan karma sözleşme olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Buna göre bankanın kasa bölümünün güvenliğini sağlaması gireni çıkkanı kontrol etmesi, kiralık kasaları sigortalatması gibi yan yükümlülükleri kiralık kasa sözleşmesini vedia ve vekalet akitlerine yaklaştırmaktadır.¹⁹¹

(2) Bankacılık Zimmeti Suçu Çerçevesinde Kiralık Kasa Sözleşmeleri

Kiralık kasaların ne şekilde bankacılık zimmeti suçunun konusunu oluşturabileceği kiralık kasa sözleşmesinde zilyetlik ilişkilerinin saptanması sonucu ortaya çıkacaktır. Kiralık kasa sözleşmesi ister salt kira sözleşmesi olarak kabul edilsin isterse kira sözleşmesi ağırlıklı karma sözleşme olarak kabul edilsin kasa dairesinin zilyetliği, kiralanan kasanın zilyetliği, kasa dış kapağının zilyetliği ve kasa içerisinde saklanan menkul eşyaların zilyetliği birbirinden farklılık arz edecektir. Teker teker incelemek gerekirse kasaların bulunduğu yüksek güvenli kasa dairesinin zilyetliği, banka şubesinin mülkiyeti bankaya ait olduğu düşünüldüğünde hem banka hem de müşterinin müşterek zilyetliğindedir. Kiralanan kasa üzerinde banka dolaylı asli zilyet, müşteri doğrudan fer'i zilyettir. Kasa kapağı üzerinde, çift anahtarlı kasa söz konusu olması halinde banka ve müşteri iştirak halinde doğrudan zilyet durumundadırlar.¹⁹²

Bankacılık zimmeti suçu açısından incelemeye değer olan durum kasa içinde saklanan menkul malın zilyetliğinin kime ait olduğu sorunudur. Kiralık kasalar bakımından kira sözleşmesinin var olduğu kabul edildiği için konunun daha iyi anlaşılması bakımından örnek vermek gerekirse nasıl ki kiralanan bir evde kiracıya

¹⁹⁰ Battal, **Güven Kurumu**, s.270; Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.470; Yener, **Vedia Sözleşmesi**, s.30.

¹⁹¹ Kaplan, **a.g.e.**, s.210.

¹⁹² Kaplan, **a.g.e.**, s.215.

ait olan eşyalar üzerinde ev sahibinin zilyetliğinden bahsedilemiyorsa; burada da aynı durum geçerlidir. Yani müşteri kasa içindeki eşyaların tek başına doğrudan zilyedidir. Uygulamadaki duruma bakarak da bu sonuca varabiliriz. Uygulamada bankayı temsilen banka mensubu kasanın içindeki eşya üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmaması çoğu zaman kasada eşyanın olup olmadığını bile bilmemesi, müşteriye kasayı açmaya zorlayamaması (tersi mümkün) bankanın kasa içindeki eşyalara zilyet olmadığını ortaya koymaktadır.¹⁹³ Kiralık kasa sözleşmesi çerçevesinde zimmet suçuna örnek vermek gerekirse; banka personeli anahtarın birini alıp gelen ve kiralık kasa sözleşmesi tarafı olmayan kişiye kasten diğer anahtarı da verip kasanın açılması ve içindeki eşyaların zimmete geçirilmesini sağlarsa bankacılık zimmeti suçu oluşur. Oradaki banka personelinin görevi gelen kişinin gerçekten de kiralık kasa sözleşmesinin tarafı olup olmadığını kontrol etmek böylece kasa içindeki eşyayı korumaktır.

Karşıt görüşe göre, kasa içerisindeki mallar üzerinde banka ve müşteri birlikte zilyettir. Burada fiili hakimiyetten çok zilyetlik iradesinden gidilerek bu sonuca varılmaktadır. Keza banka gerektiğinde kasaya konacak eşyaları inceleyebilir ve bazı nesnelerin kasaya konulmasını engelleyebilir.¹⁹⁴

Kanaatimizce kiralık kasada bulunan eşyalar üzerinde bankanın zilyetliği yoktur. Müşteri bu mallar üzerinde tek başına doğrudan zilyettir.¹⁹⁵ Zilyetliğin sağlanmasında zilyetlik iradesinin aranması bile doktrinde tartışma konusuysen kiralık kasa sözleşmesinde zilyetlik iradesinin tam olarak sağlandığı kabul etmek ve böylece bankanın zilyet olduğunu söylemek kanaatimizce kabul edilemez. Buna ek olarak kira sözleşmesinin özü gereği kiraya veren, kiracının kiralanan içindeki mallarına zilyet değildir. Kiralık kasa sözleşmesinde esas olarak kira sözleşmesi hükümleri geçerli olduğu için bankanın kasa içindeki mallar üzerinde zilyetliği oluşmamaktadır.

Bankanın, kiralık kasaya koyulmak suretiyle saklanan eşyanın üzerinde herhangi bir zilyetliğinin kabul edilmemesi nedeniyle, bu zilyetliğin görev sebebiyle

¹⁹³ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.470.

¹⁹⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s.215, Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.471.

¹⁹⁵ Aynı şekilde Battal, **Güven Kurumu**, s.270; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.76.

banka mensubuna devri de mümkün değildir. Bu durum bankacılık zimmeti açısından önem taşımaktadır. Kanaatimizce bankanın kiralık kasasında bulunan bir eşya üzerinde zimmet suçunun işlenmesi halinde; sadece banka kasasını ve kasanın içindekileri görevi gereği koruma ve gözetimle yükümlü banka mensubu fail olabilecektir.¹⁹⁶ Yani bu suç sadece koruma ve gözetimle yükümlü kişi tarafından işlenebilir. Çünkü kasa banka şubesi içinde bulunduğu için banka tarafından korunmakta ve gözetilmektedir. Kiralık kasa sözleşmesini imzalayan müşteri aslında bankanın eşyasını korumasına güvenmektedir. Banka da bu güvene uygun olarak basiretli davranmalı ve gerekli personelleri kiralık kasaların koruma ve gözetiminden sorumlu olarak istihdam etmelidir.¹⁹⁷

Kiralık kasada bulunan eşyalar üzerinde bankacılık zimmeti suçunun işlenebileceğini söyleyen doktrindeki diğer görüşlere göre banka kasadaki emanetin zilyedi durumundadır. Ancak banka personeli kasadaki malları korumak ve gözetmekle yükümlü olduğundan, kiralık kasadaki mallar da zimmet suçunun konusunu oluşturur.¹⁹⁸ Başka bir görüşe göre banka mensubunun kiralık kasanın içindeki eşyayı zimmetine geçirmesi hırsızlık suçunu oluşturur.¹⁹⁹ Bu görüşü destekleyenlerin kabul ettiği gibi bankanın zilyet olmadığına ilişkin görüşlere katılmaktayız. Ancak burada bankanın kiralık kasanın içindeki mallar üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü yok sayılmıştır. Görüş bu bakımdan hatalıdır. Diğer bir görüşe göre banka kiralık kasa içindeki mallara zilyettir. Ancak kiralık kasa içindeki mallar üzerinde zimmet suçu işlendiği takdirde zilyetliğin banka veya banka mensubunda olup olmaması önem taşımamaktadır. Banka mensubu her hâlükârda kiralık kasa içindeki şeyleri korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu için diğer unsurlar da sağlanırsa bankacılık zimmeti suçunu işlemiş olacaktır.²⁰⁰

¹⁹⁶ Baytemir, **a.g.e.**, s.505.

¹⁹⁷ “Müşteri kiralık kasa sözleşmesi yapmakla haklı olarak basit bir muhafızın korumasından daha fazla bir güven ümit ettiğinden bankaların göstermesi gereken basiretin ölçüsü ağırlaşmalıdır.” Battal, **Güven Kurumu**, s.271.

¹⁹⁸ Gökcan, **a.g.e.**, s.440.

¹⁹⁹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.161. Aksi yönde İtişgen, **a.g.e.**, s.661.

²⁰⁰ Tuğrul, **a.g.e.**, s.562.

4. Fiil

Kanunda düzenlenen her suçta insan hareketlerinin cezalandırıldığı bir fiil vardır. Suç oluşturan fiil çoğu zaman madde metninde gösterilmiştir. Suçu oluşturmaması bakımından madde içerisinde belli bir hareketin yapılması ya da yapılmaması cezalandırılmıştır. Bazı suçlarda da yapılması gereken fiiller yazıldıktan sonra bu şekilde davranılmaması cezalandırılmaktadır. Sonuç olarak her suçta icrai veya ihmali bir fiil (hareket) vardır.²⁰¹ Hukuk kuralları ya yasaklayıcı kurallar ya da emredici kurallar olarak ortaya çıkarlar. Suçlar genelde yasaklayıcı kuralların ihlali şeklinde ortaya çıktıkları için ve yasaklayıcı kuralların ihlali de icrai hareketle mümkün olduğu için suçların genelde icrai hareketle işlendiği söylenebilir. Emredici kural ise belli hareketin yapılmasını emreder. Bu kurala aykırı davranarak emredilen hareketin yerine getirilmemesi bir suç oluşturuyorsa, o suç ihmali hareket ile işlenmiştir diyebiliriz.²⁰²

Bankacılık zimmeti suçunda “zimmete geçirme” fiili suç olarak tanımlanmıştır. Zimmete geçirme hukuk sözlüklerinde ve Yargıtay kararlarında temellük, mal edinme olarak tanımlanmaktadır.²⁰³ Bankacılık zimmeti suçu ile ilgili olan TCK’nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunda da suçu oluşturan fiil zimmete geçirme olarak belirtilmiştir. Ancak 247. maddenin gerekçesine bakıldığında zimmete geçirme “mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı

²⁰¹ Hafızogulları, Özen, **Ceza Genel**, s.167 vd.

²⁰² Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.390-391.

²⁰³ **Bkz.** Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü (çevrimiçi) <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/zimmet> (09.02.2019).

Bkz. Yargıtay CGK. 1.11.2011 tarih, 2011/210 E. ve 2011/218 K. numaralı kararı:

“Zimmete geçirme ise; 5237 sayılı TCY’nın 247. maddesinin gerekçesinde “... suç konusu mal üzerinde, malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Bu tasarruflar, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde oluşabileceği gibi bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde de gerçekleşebilir...” şeklinde tanımlanmıştır.”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 29.11.2011 tarih, 2007/14594E. ve 2011/24610 K. numaralı kararı:

“Mal müdürlüğünde veznedar olarak görev yapan sanığın suç tarihinde görevi gereği tahsil etmiş olduğu paraları vezne alındı makbuzlarının dip koçanları ile makbuz asıllarını farklı yazmak suretiyle *mal edinmesi şeklindeki eylemlerinde..*” Turabi, **a.g.e.**, s.39.

Bkz. Yargıtay 5.CD. 16.04.1996 tarih, 1996/786 E. ve 1996/1285 K. numaralı kararı:

“tanımlanan zimmet suçunun oluşması için failin görevi gereği kendisine tevdi edilen para veya para hükmündeki kıymetleri maledinmesi, başka bir deyişle zimmete konu olan para ve kıymetlerin faille görevinin normal fonksiyonu gereği verilmesi gerekir. Dosya içerisinde bulunan B.....Vergi Dairesi Müdürlüğü’nün 12.5.1994 günlü cevabı yazılarında; tahsildar olan sanığın görevi nedeniyle borçlu mükelleflerden makbuz karşılığı para tahsil edip, aynı gün Vergi Dairesi veznesine yatırmaya mecbur olduğu,”

ifade eder” şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Bu tasarruflar suç konusu şeyin mal edinilmesi,²⁰⁴ amacı dışında kullanılması, haksız çıkar sağlanması,²⁰⁵ tüketilmesi satılması başkasına kazandırılması gibi olabilmektedir.²⁰⁶ Bu tasarruf çeşitlerinin olayın durumuna göre arttırılması olanağı vardır. Zimmete geçirme fiilinden anlaşılacak en genel anlam malın zilyetliğinin devri amacı dışında kullanılmasıdır. Keza bankacılık zimmeti suçu ile benzer diğer suç olan güveni kötüye kullanma suçunun düzenlenişinde “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkar etmek” fiil olarak kabul edilmiştir.²⁰⁷ Failin zilyetliği devir olgusunu inkar etmesi dış dünyaya yansıdığı ölçüde zimmet suçunu oluşturur. Yani fail zilyetliğin kendisine devredildiği reddeder ve malikmiş gibi tasarruflarda bulunursa zimmet suçu oluşabilir. Yukarıda sayılan hareketlerin hangisinin yapıldığının zimmet suçunun oluşması bakımından bir önemi yoktur.

Zimmete geçirme, banka mensubunun kendisi lehine olabileceği gibi başkasının lehine de olabilmektedir. 4389 sayılı Kanun’da düzenlenen metninden banka mensubunun suç konusunu sadece kendisinin zimmetine geçirmesinin suç

²⁰⁴ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 24.11.2014 tarih, 2013/22450 E. ve 2014/19560 K. numaralı kararı:**

“Sanığın, 17/05/2010 günü mesai sonunda alınan kasa mutabakatından sonra, ana kasa sorumlusu olarak banknotları tek başına torbaya koyarken, 100 TL lik banknotlardan oluşan bir deste parayı banka yetkililerine fark ettirmeden ayırıp cebine koyarak, şubeden ayrılıp, 18.05.2010 günü söz konusu 10.000 Lirayı kasaya koymadan kendi kasasında varmış gibi göstermek için banknot destelerin üzerindeki adet ve değer olarak yazılan rakamları değiştirmeye çalışması”

²⁰⁵ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 7.7.2003 tarih, 2002/1882 E. ve 2003/4337 K. numaralı kararı:**

“Sanıkların yönetim ve diğer görevlerde bulundukları T. Emlak bankasından yüklenici firma yetkilileriyle birlikte banka aleyhine dengesiz ve birim fiyatların iki katına sözleşmeler yaptıkları, çok ağır cezai şartlar koydukları, verilen avansı işi yapmadan kurulan paravan şirket aracılığıyla çektikleri böylece şirkete usulsüz para aktardıklarına göre, bankanın malları üzerinde denetim ve gözetim sorumluluğu bulunan sanıkların eylemleri zimmet suçunu oluşturur.”

²⁰⁶ Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s.927.

²⁰⁷ Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s.678. Mahmutoglu’na göre “zimmete geçirme” ibaresinden 765 sayılı TCK’da düzenlenen emniyeti suiistimal suçuna paralel olarak inancı kötüye kullanma fiillerini anlamalıyız. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.237.

Bkz. Yargıtay 5.CD. 08.04.1996 tarih, 1996/660 E. ve 1996/1133 K. numaralı kararı:

“Bankası Menderes Şubesi Senetler Servisinde şef yardımcısı olarak görev yapan ve kendisine tevdi olunan tahsil senetlerini **muhafaza ile yükümlü bulunan sanığın, söz konusu senetlerin ödenmesi sırasında tahsil fişi kesip ilgiliye vezneye göndermesi gerekirken**, senetler karşılığı olan 177.651.123 lirayı bizzat tahsil edip, bu senetleri ilgililerine vermek suretiyle banka zararına sebebiyet verdiği anlaşılmışa göre, eyleminin müteselsil zimmet suçunu oluşturduğunun kabulü gerekirken yanlış nitelendirme yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırı”

olarak tanımlandığını görmekteyiz.²⁰⁸ 765 sayılı eski TCK'da zimmeti düzenleyen maddede de failin kendi zimmetine geçirmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum doktrinde ve uygulamada farklılıklara yol açmıştır. Bu dönemde başkasının lehine zimmet fiili gerçekleştirildiği takdirde Anayasa'da ve TCK'da düzenlenen suçta kanunilik ilkesi gereği suçun oluşmaması gerekir.²⁰⁹ Yine TCK'ya göre suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanamaz. Gerçekten de yapılan lafzi yoruma göre suç konusunun başkasının zimmetine geçirilmesi hali suç olarak kabul edilmemiştir. Ancak Yargıtay kararlarında, başkasının zimmetine geçirmenin de zimmet suçu ile cezalandırılmasına karar veriliyordu.²¹⁰ Ayrıca genelde kendisine kazandırma yapılan kişinin de suçla ilgisi vardır ve o kişi iştirak hükümlerine göre cezalandırılır. 5411 sayılı Kanun ile uygulamadaki durum esas alınmış ve yanlış anlaşılmaya sebep vermeyen olumlu bir düzenleme yapılmıştır. Çünkü bankacılık zimmeti suçunun en çok işlendiği işlemler kredi işlemleridir.²¹¹ Kredi işlemi başkasına kazandırma sayılacağından doktrindeki bu tartışma ile

²⁰⁸ 4389 sayılı Kanun m.22/3 “Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse...”

²⁰⁹ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176; Gökcan, **a.g.e.**, s.443; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.448; Topal, **a.g.e.**, s.59; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]. İncoğlu'na göre 4389 sayılı Kanun'da başkasının zimmetine geçirilmesinin geçmemesi ancak 5411 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olması 4389 sayılı Kanun döneminde başkasının zimmetine geçirmenin cezalandırılmayacağına bir göstergesidir. Çünkü yeni kanun yeni lafzı ile başkasının zimmetine geçirmeyi suç olarak tanımıştır. İncoğlu, **5411 Sayılı**, s.136. Bu sakıncalı duruma daha sonra kabul edilen 5237 sayılı TCK ile son verilmiştir. Koca, **Üzülmez, Özel Hükümler**, s.929.

²¹⁰ **Bkz. Yargıtay CGK. 15.12.1980 tarih, 1980/381 E. ve 1980/442 K. numaralı kararı.:**

“Yukarıda görev ve sorumlulukları açıklanan sanık Halime, diğer şubelerden ... Şubesi'ne gönderilen Mehmet'e ait hesabı cari mektupları ile çekleri kontrol etmek yetkisine haiz ve hesabın bakiyesi elverişli olmadığı takdirde anında ilgili şubeyi haberdar etmek ve aynı gün hesabı cari mektupları ille çekleri iade etmek zorunluluğunda olduğu halde, sanık Mehmet hakkında bilerek provizyon vermek suretiyle, denetleme görevini kötüye kullanarak bankanın (12.800.000 lira) parasının, TCK. nun 202. maddesine aykırı olarak başkası tarafından temellük edilmesine neden olmuş ve bu fiilinde paraya vaziülyed bulunmamasına rağmen, kontrol görevi ile mükellef olması hasabıyla zimmet suçu oluşmuştur. Diğer sanık Mehmet de fiile asli şekilde katılmıştır.”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 16.04.1996 tarih, 1996/801 E. ve 1996/1277 K. numaralı kararı:

“.. Bankası Şubesi'nde mevduat servis şefi olup, şubeler arası provizyon alıp vermeye yetkili bulunan sanığın kendileriyle para ilişkisi bulunan banka mudilerinden Mehmet, Ahmet, Ömer ve Şeyhmuz'un mevduat hesapları müsait olmadığı halde, bankanın değişik diğer şubelerinden para çekmeleri sırasında sorulan provizyonlara, hesaplarının müsait olduğu yolunda cevaplar vermek ve mudilerin bu paraları çekip mal edinmelerine imkan sağlamak suretiyle oluşan eylemi, zincirleme biçimde basit zimmet niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirme sonucu hakkında görevi kötüye kullanmaktan ceza tayini, kanuna aykırı.”

²¹¹ Zimmet fiilinin kredi işlemlerinde çokça görünmesi, kredi işlemlerinde bankacılık zimmetinin ayrıca incelenmesini gerektirdiği için fiil bölümünde konudan kısaca bahsedip detaylı açıklama “Kredi Sözleşmesi Çerçevesine Zimmet Suçunun İşlenmesi” başlığı altında yapılacaktır.

doğrudan ilgilidir. Yeni düzenleme ile eskiden beri süregelen uygulamaya devam edilmiş ve başkasının zimmetine geçirme de cezalandırılmıştır.

Kanunda zimmete geçirmenin hangi hareketlerle meydana geldiği sayılmamıştır. Çünkü zimmete geçirme eylemlerinin kazuistik şekilde kanun metninde sayılması, bankacılık sektörünün ve buna bağlı olarak suç işleme eylemlerinin sürekli değişip gelişmesinden dolayı mümkün değildir. Banka yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile diğer mensupları bankacılık faaliyetleri yürütülürken kanunlara, sözleşmelere ve diğer düzenleyici hükümlere uygun davranmalıdırlar. Bu faaliyetler nedeniyle kendilerine zilyetliği devredilen veya koruma ve gözetimle yükümlü oldukları malları bankacılık faaliyetinin amacına uygun olarak kullanmak zorundadırlar. Zimmet suçunun oluşması için zimmete konu eşyanın fail tarafından malikmiş gibi kullanılması gerekir.²¹² Banka mensuplarının bu şekilde kanuna aykırı olarak gerçekleştirdikleri kendilerinin veya başkalarının menfaatine olacak her hareket bankacılık zimmeti suçunu oluşturacaktır. Bu menfaatler maddi olabileceği gibi manevi²¹³ ya da siyasi de olabilir.²¹⁴

Kanunda hangi hareketlerin zimmete geçirme sayılacağından bahsedilmediği için doktrinde ve uygulamada hangi hareketlerin zimmet suçunu oluşturacağına dair örnekler verilmiştir. Bunlardan bazıları; suç konusu malın satılması, trampa edilmesi, üçüncü kişiye temlik edilerek menfaat sağlanması, şahsi borca mahsup edilmesi, şahsi bir iş için rehin bırakılması, cirosu kabil bir senedin ciro edilmesi, bir daha geri vermeme, usulsüz kredi kullandırılması, mevduat sahibinin talimatlarına aykırı davranılması²¹⁵, hesapları uygun olmayan kişilere olumlu provizyon verilerek bunlara ödeme yapılması gibi resmi olmayan işlemler olabileceği suç konusu

²¹² Özgenç, **Zimmet Suçu**, s. 140; Güngör, **a.g.e.**, s.25; İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.135; İtişgen, **a.g.e.**, s.641; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.37; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.207. Kütük'e göre zimmete geçirmenin negatif ve pozitif olmak üzere iki evresi vardır. Negatif evre malikin mal ile ilişkisini kesmeyi, pozitif evre ise yeni sahip ile mal arasında fiili hakimiyet ilişkisi kurulmasını ifade eder. İki evreninde gerçekleşmesi halinde zimmete geçirme suçu oluşur. Kütük, **a.g.e.**, s.92.

²¹³ Örneğin bankanın zilyetliği kendine devredilmiş bir malını çok sevdiği bir kişiye sadece sevgisini kazanmak için hediye eden banka mensubunun davranışı zimmet suçu olarak kabul edilebilir. Özgenç, **a.g.e.**, s.45.

²¹⁴ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.113.

²¹⁵ "Müşterinin hesapları üzerinde talimatına uygun hareket edilmemesi banka görevlilerinin tevdi amacı dışında, malik gibi hareket ettiklerini gösterir." Erişen, **a.g.e.**, s.108.

taşınmazın kendi üzerine tescili²¹⁶ ya da bir banka aracının başkasına satılıp şahsi kazanç elde edilmesi gibi resmi işlemler de olabilir.²¹⁷ Örnekler arttırılabilir ancak; genel olarak bahsetmek gerekirse yukarıda da belirtildiği üzere zilyetliği kendisine devredilmiş malın üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunulması halinde zimmete geçirme fiili gerçekleşmiştir.

Doktrinde, hareketin maddede düzenleniş şekline göre suçlar çeşitli şekilde ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu ayrımlar genel hatlarıyla tek hareketli suçlar, çok hareketli suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar, seçimlik hareketli suçlar, ani suçlar, kesintisiz suçlar olarak yapılmıştır.²¹⁸ Bankacılık zimmeti suçunda hukuki olarak tek bir hareketin olduğu ve onunda zimmete geçirme olduğu kabulünde bu suçun tek hareketli suç olduğu sonucuna varabiliriz. Yukarıda da detaylıca bahsedildiği üzere zimmete geçirme fiili birçok şekilde işlenebilir ve bu şekiller kanun metninde düzenlenmemiştir. Fail bankacılık zimmeti suçunu işlerken uygulayacağı davranışlarda serbesttir. Bu durumdan dolayı bazı yazarlarca bankacılık zimmeti suçu serbest hareketli suçlar kategorisinde sayılmıştır.²¹⁹ Zimmet suçu niteliği gereği işlenmekle birlikte tüketilen suçlardandır. Sürekli bir ihlal söz konusu olmadığı için bankacılık zimmeti ani suçlardandır.²²⁰

Doktrinde bir diğer tartışma zimmete geçirme fiilinin ihmali hareketlerle gerçekleşip gerçekleşmemesi hakkındadır. Bazı yazarlar zimmete geçirmenin eylemli olacağını ve hareketsizliğin bu suçun oluşumunda mümkün olmayacağını belirtmişlerdir. Bu nedenle suç icrai bir suçtur.²²¹ Kanaatimizce bankacılık zimmetinde zimmete geçirme icrai bir hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle

²¹⁶ Banka tüzel kişiliğinin mülkiyetindeki taşınmazların bila bedel veya gerçek bedelinin çok altında satılması da zimmete geçirme fiilini oluşturabilir. Görevli banka mensubunun bu durumu bilmesi manevi unsuru tamamlayacaktır. İtişgen, **a.g.e.**, s.658.

²¹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.904; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1119; Baytemir, **a.g.e.**, s.503; Turabi, **a.g.e.**, s.39; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.162; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

²¹⁸ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.64; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.122 vd.

²¹⁹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.237; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.450-451; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2049.

²²⁰ Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.188; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.163; Turabi, **a.g.e.**, s.42. Doktrinde gayri nakdi kredi görüntüsü verilerek işlenen suç için mütemadi (kesintisiz) nitelendirmesinde bulunulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.86.

²²¹ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1454.

de işlenebilmektedir.²²² Yargıtay bir kararında sanık noterin ihmali hareketini zimmet suçu olarak kabul etmiştir.²²³ TCK m.247’de düzenlenen zimmet suçunun gerekçesinde de suçun icrai ya da ihmali davranışla işlenebileceğinden bahsedilmiştir. Örnek vermek gerekirse banka mensubunun kendisine zilyetliği devredilen parayı doğrudan kişisel işlerinde harcaması gibi suç işlemek için harekete geçmesi halinde suç icrai bir davranışla işlenmiştir. İhmali davranışla banka zimmeti suçunun işlenmesinin ortaya çıkartılması nispeten daha zordur. Örneğin açılacak krediyi açılmadan önce denetleme görevinde olan bir banka mensubu kredinin geri ödenmeyeceğini belgelerden veya kendi araştırmalarından anladığı halde kasten kredinin açılmasına engel olmaması halinde bankacılık zimmeti suçuna ihmali davranışla işlenmiştir.

5. Netice

Klasik suç teorisinde netice fiilin alt unsuru olarak kabul edilmiştir. Ancak günümüzde fiilden bağımsız olarak suçun kanuni tanımında yer alan bağımız bir unsur olarak incelenmektedir. Her hareketin dış dünyada bir görünüşü ve neticesi vardır. Bundan dolayı suç içeren hareketlerinde bir neticesinin olmadığını

²²² Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2047; İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.380; Baytemir, **a.g.e.**, s.504; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.207; Turabi, **a.g.e.**, s.39. Suçun ihmali hareketlerle de işlenmesi mümkün iken bankacılık zimmeti suçunun ihmali hareketler ile işlenmesi kanunda suç olarak düzenlenmediği için teorik açıdan bu suç sadece icrai davranışlarla işlenebilir. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1120.

Bkz. Yargıtay 4.CD. 01.12.1997 tarih ve 1997/10596 K. numaralı kararı:

“Noter olan sanığın, damga vergisi, noterlik harcı, değerli kâğıt bedeli ve katma değer vergisi olarak tahsil ettiği paraları yetkili makama yatırmama şeklindeki eylemleri, TCK’nın 202 ve 80. Maddelerinin uygulanmasını gerektirir zincirleme zimmet suçunu oluşturur”.

²²³ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 20.03.1997 tarih 1997/743 E. ve 1997/1019 K. numaralı kararı:**

“G..... İkinci noteri olan sanığın 435.411.000 lira damga vergisi ve 45.775.000 lira değerli kâğıt bedelini maliyeye geç yatırdığı, 887.616.000 lira noter harcının ise 300.000.000 lirasını geç yatırdığı 587.616.000 lirasını ise hiç yatırmadığı o yer C. Savcısının 2.3.1995 günlü raporu ile belirlendiği eylem sanık tarafından kısmen ve mahkemece de dosya içeriğine uygun olarak aynen kabul edildiğine göre artık sübutun kabul veya red edilmesinde delil takdirinden söz edilemeyeceği, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 119. maddesinin uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin 8. maddesinin son fıkrasında ve Adalet Bakanlığının 2.12.1972 gün ve 37549 sayılı mütalaasında; noterlerin, ilgililerinden harç, vergi ve resim karşılığı tahsil ettikleri parayı noterlik dairesinde veya bankada bulundurmalarının zorunlu olduğunun belirtilmesi ve aynı Yasanın 120. maddesinin 2. fıkrası hükmü karşısında eylemin zimmet suçunu oluşturduğunun kabulü gerektiğinden,”

düşünülmesi abesle iştir. Bu açıdan bakıldığında neticesiz suç yoktur.²²⁴ Fakat ceza hukuku bakımından netice suçun kanuni tanımında varsa bir anlam ifade edecektir.²²⁵ Yani suçun kanuni tanımı incelenmeli ve metinde herhangi bir sonucun oluşması aranmışsa suçun bir unsuru olarak neticenin incelenmesi gerekir.

Suçun kanuni tanımında neticenin bulunup bulunmamasına göre suçlar sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olarak ayrılmaktadırlar. Neticeli suçlar ise kendi aralarında zarar suçu ve tehlike suçu olarak ayrılmaktadır.²²⁶ Suçun düzenlendiği metin içinde suç içeren hareketin sonucunun aranmadığı suçlara sırf hareket suçları denilmektedir. Bu suçlarda kanunda düzenlenen hareketin gerçekleşmesi yeterlidir. Bu suçlarda da hareketin bir sonucu olarak dış dünyada bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak madde bakımından nasıl bir neticenin ortaya çıktığının bir önemi yoktur. Ceza hukuku bu tür suçlarda hareketin suç teşkil edip etmediğine odaklanmıştır. Bazı suçların kanunda ele alınışından belli bir sonucun gerçekleşmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Bu sonuç oluşmadan suç tam olarak gerçekleşmemektedir. Suç içeren hareketin yanında bir neticenin de gerçekleşmesi aranıyorsa bu suçlara neticeli suçlar denir. Neticeli suçlarda hareket ile netice arasında nedensellik bağı aranır. Neticeli suçlarda madde metninde maddi veya cismani zarara uğramadan bahsedilmekteyse zarar suçu oluşmaktadır. Tehlike suçu için hareket nedeniyle meydana gelen sonucun suç konusu bakımından bir zarar meydana getirme olasılığı söz konusudur.

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunun gerek eski düzenlemesinde gerekse son düzenlemesinde “ zimmete geçirmekten” bahsedilmiş bunun dışında bir zarar meydana gelmesi gerektiği düzenlenmemiştir. TCK m.247’de düzenlenen zimmet suçunun gerekçesinde “zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malın zimmete geçirilmesi gerekir.” cümlesi geçmektedir. Yani gerekçede herhangi bir zarar meydana gelmesi gerektiğinden bahsedilmemektedir. Zimmete geçirme fiilinin dış dünyada görünümü, bankanın, zimmete geçirme eylemiyle,

²²⁴ Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.175.

²²⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.928; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.129. “Sonuç sadece yasal tanımda yer alan ve hukuksal bir değer ifade eden dış alemdeki değişikliktir.” İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.67.

²²⁶ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s.130; İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.68.

zarara uğraması veya en azından zarara uğrama tehlikesi olabilir. Bu zarar az ya da çok olabilir. Ancak madde metni suçun oluşması bakımından zararın var olup olmadığıyla zararın türüyle ve miktarı ile ilgilenmemektedir. Zarar olmasa bile zimmete geçirme fiili olduğu için diğer unsurlar da varsa suç oluşur. Zararın olup olmaması uygulamada ceza tayin edilirken veya etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasında önemlidir. Öte yandan bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer sadece malvarlığı değildir. Finansal piyasalara güven de korunmaktadır. Güven unsurunun korunması zararın aranmadığının bir göstergesi olabilir.²²⁷ Bütün bu nedenlerle kanaatimizce bankacılık zimmeti suçu sırf hareket suçu sayılır.²²⁸

Doktrinde bu konuda da tartışma vardır. Bazı yazarlar bankacılık zimmeti suçunda zarar veya zarar tehlikesinin suçun oluşması bakımından arandığını belirtmektedirler.²²⁹ Özgenç'e göre bir malvarlığı değerinin zimmete geçirilmesi mağdur bakımından bir zararı ortaya çıkarmaktadır. Bu yüzden zimmet suçu bir zarar suçudur.²³⁰ İtişgen'e göre zimmet suçunda suç konusu malın failin kendisinin ya da başkasının zimmetine geçmesi başlı başına bir zarar ifade etmektedir. Bu yüzden zimmet suçu tehlike suçu değil bir zarar suçudur.²³¹ Gülşen olaya farklı bir açıdan bakarak Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunun basit ve nitelikli halinin maddede düzenlenişinden bir çıkarımda bulunmuştur. Buna göre yazar, 160. maddenin 2. ve 3. Fıkralarında adli para cezasının belirlenmesinde bankanın uğradığı zarar ölçüt alındığı için 160. maddenin 2. ve 3. fıkralarının zarar suçu olduğu sonucuna varmıştır.²³²

Ekonomik bir değer taşımayan ancak büyük manevi değeri olan bir malın banka bünyesinde bulunurken banka mensubunca zimmete geçirilmesi halinde

²²⁷ Güngör, **a.g.e.**, s.25-26; Baytemir, **a.g.e.**, s.514; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.105. Aynı şekilde “fail yapmış olduğu bu davranışla iyi niyete aykırı tutumunu açıkça ortaya koymuştur. Ayrıca zarar koşulunu aramaya gerek yoktur” Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.221.

²²⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.928; Toroslu, **Özel Kısım**, s.285-286; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1122; Turabi, **a.g.e.**, s.42; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.85. Failin de beklediği yararı ya da başka bir yararı elde edip etmemesi önemli değildir. Ergün, **Zimmet Suçu**, s.163; Kütük, **a.g.e.**, s.92; Baytemir, **a.g.e.**, s.514.

²²⁹ Gayri nakdi kredilerde kredi açılmasıyla değil zararın oluşması ile zimmet suçunun ortaya çıktığına dair görüşler vardır. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.85; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1457.

²³⁰ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.29.

²³¹ İtişgen, **a.g.e.**, s.641.

²³² Gülşen, **a.g.e.**, s.145.

doktrindeki bazı yazarların ve uygulamanın bahsettiği ölçüde zarar meydana gelmemektedir. Eğer suçun oluşması için zararın olması gerektiğini savunan görüşü kabul edersek banka kasasında bulunan maddi değeri olmayan mallar zimmete geçirildiğinde zimmet suçu meydana gelmeyecektir. Bu durum kabul edilemez. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere bu suçta bankalara duyulan güven ve bankaların kendi mensuplarına duyduğu güven de korunmaktadır. Zimmet fiilinin gerçekleştirilmesi, güven ilişkisine zarar vermek için yeterlidir. Ayrıca bir zararın oluşmasına gerek yoktur.

Yargıtay'da bankacılık zimmeti suçunun oluşması için bir zararın meydana gelmiş olması veya en azından zarar tehlikesinin var olmasını aramaktadır. Yargıtay bir kararında zimmet fiilinin nasıl gerçekleştiğini açıkladıktan sonra zimmet suçunun oluşabilmesi için *“mal edinme sonucunda failin mal varlığındaki artış kadar, mağdur tarafın zarara uğraması veya zarar olasılığıyla karşı karşıya kalması koşuldur. Zarar doğurmayan veya zarar olasılığı bulunmayan eylemlerin zimmet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir”* şeklinde görüş belirterek zimmet suçunun oluşması için bir zararın veya zarar tehlikesinin bulunmasını şart koşmuştur.²³³ Yargıtay'ın diğer kararlarında da benzer şekilde zarar veya zarar tehlikesinin arandığı görülmektedir.²³⁴ Yargıtay'ın bu görüşlerine katılmak Kanunun düzenleniş şekli düşünüldüğünde pek mümkün görünmemektedir.

²³³ **Bkz.** Yargıtay 5.CD. 20.10.1998 tarih ve 1998/3834 K. numaralı kararı (İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.136).

²³⁴ **Bkz. Yargıtay 5.CD. 08.11.2004 tarih 2003/8076 E. ve 2004/7153 K. numaralı kararı:** *“Sanığın istifasını müteakip tabancayı teslim ederek ödediği miktarı aynen alması gerekirken buna uymadığı sabit olmakla birlikte zimmet suçunun oluşması için görevi gereği ve yasal olarak teslim edilenin haksız şekilde mal edinilmesi ve bunun neticesinde kurumun zarara uğraması yada zarar olasılığının şart olduğu, sanığın daha önceden parasını ödediği tabancayı teslim etmemesinin maddi anlamda zarar doğurmadığı veya zarar tehlikesi yaratmadığından suçun bu şekilde maddi ve manevi unsurunun gerçekleşmediği nazara alınmadan sanığın yazılı şekilde”*

Bkz. Yargıtay 5.CD. 04.03.1996 tarih 1996/9 E. ve 1996/532 K. numaralı kararı:

“Tahsil ettiği sulama ücreti tutarlarını, mükellefe verdiği birinci nüshada fazla, dipkoçanda kalanlarda ise gerçek tahakkuk miktarı üzerinden yazarak, 62 adet mabuzda toplam 60.622.555 lirayı temellük eden sanığın eyleminin, bu paraların kendisine görevinin normal fonksiyonu gereği verilmiş olması ve Devletçe de herhangi bir zarar husule gelmemiş bulunması nedenleriyle zimmet suçunu oluşturmayıp müteselsil şekilde görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 13.10.1993 tarih 1993/3272 E. ve 1993/3635 K. numaralı kararı:

“Tekel Pazarlama ve Dağıtım İdare Memuru olarak görev yapan sanığın, Tekel 2000 Sigarası'nı iskontosuz olarak bayii olmayan kişilere satma yetkisinin bulunmadığı dosya içerisinde bulunan Tekel Genel Müdürlüğü'nün cevabi yazıları içeriğinden anlaşılmış olması karşısında, sigaraları

Suçun tamamlanma anı bankacılık zimmeti suçu gibi soruşturması ve kovuşturması uzun süren suçlarda önem taşımaktadır. Ayrıca bankacılık zimmeti suçu yıllar içerisinde birçok değişikliğe uğradığı için suçun tamamlanma anının tespiti hangi kanunun uygulanacağını belirlemek açısından gereklidir. Bankacılık zimmeti suçu zimmete geçirme fiillerinin gerçekleştiği anda tamamlanır. Yani fail tarafından zimmet konusu mal üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunulduğu anda zimmet suçu tamamlanmış olur. Suçun tamamlanma anı her olayın ve suç konusu malın özelliklerine göre ele alınmalı ve suçun tamamlanma zamanı tespit edilmelidir. Örneğin suç konusu olan misli mallarda aynen iade değil misli ile iade söz konusu olacağından zimmet suçunun tamamlanma anı malın iade edilmesi gerektiği andır.²³⁵

Bankacılık zimmeti gibi ekonomik suçların çokça işlendiği sektörlerde işverenler, çalıştırdıkları kişilerden çalışırken verdiği ya da ileride vereceği zararlara mahsuben bir teminat alması uygulamada görülen bir durumdur. Zimmet suçuna konu maddi değeri karşılayacak miktarda güvence alınmış olması halinde bile suç oluşmaktadır.²³⁶ Bu durum da suçun oluşması için zararın aranmadığının bir göstergesidir. Bu örnekte etkin pişmanlık hükümleri de uygulanamaz. Çünkü failin bir pişmanlığı ya da zararı karşılamak için ödediği bir para mevcut değildir. Etkin pişmanlıkta aranan pişmanlık duygusu bu durumda sağlanamaz. Önceden teminat alınmış olması bankacılık zimmet suçunda verilen zararın ödettirilmesi kararı sonucu verilecek tazminatta mahsuplaşma bakımından önem taşır.

etiket fiyatı üzerinden satıp bayi satış fiyatı üzerinden irat kaydetmek suretiyle hasıl olan fiyat farkı kadar menfaat sağlamasından ibaret eyleminde idarenin bir zararı olmadığı nazara alınarak bayiler adına düzenlenen belgelerin aldaticılık yeteneği olup olmadığı da araştırılıp saptandıktan sonra varsa, sahtecilikten; aksi takdirde görevi kötüye kullanmaktan cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde zimmetten mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.”

²³⁵ Toroslu, **Özel Kısım**, s.286; Tuğrul, **a.g.e.**, s.566; Sonradan yapılan iade de zimmet suçu oluşmuştur ancak etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanır. Turabi, **a.g.e.**, s.44,164; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.163. Karşı görüş zimmet suçu malın şahsi amaçlar uğruna kullanılması ile oluşur. Çünkü banka görevlisi söz konusu şeyi her an hazır bulundurma yükümlülüğü altındadır. Baytemir, **a.g.e.**, s.514.

Bkz. Yargıtay 5. CD. 09.05.2001 tarih, 2000/6378 E. 2001/3134 K. numaralı kararı.

²³⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.904; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1123; Turabi, **a.g.e.**, s.183; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.381; Tuğrul, **a.g.e.**, s.566; Kütük, **a.g.e.**, s.93.

B. Manevi Unsur

Suçun oluşabilmesi için maddi unsurların yanında manevi unsurun da sağlanması gerekir. Manevi unsur fail ile işlediği suçun arasındaki psikolojik bağlantıdır. Hukukta ceza içeren hükümler genelde kast ile işlenmektedir. Hukukumuzda taksirle de suç işlenebileceği kabul edilmiştir. Ancak bunun için taksirin madde metninde cezalandırılacağına belirtilmesi gerekir. Bankacılık zimmeti suçunun taksirle de gerçekleştirilebileceği kanun metninde yazmadığı için çalışmamızın konusu olan zimmet suçu kasten işlenebilen suçlardandır.²³⁷

Kasten bir suç işlenebilmesi için bilme ve isteme unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Bilme unsurunun sağlanması için failin suçun unsurlarını öngörmesi ve bu konuda yeterli bilgiye sahip olması gerekir.²³⁸ Bankacılık zimmeti açısından failin; kendisinin banka mensubu olarak görevli olması, görevi gereği zilyetliği kendine devredilmiş bir mal ya da korumak ve gözetimle yükümlü olduğu başkasına ait bir malın bulunması, bu mal üzerinde amacı dışında tasarrufta bulunduğunu bilmesi gerekir. Bu unsurlardan birinin bilinmemesi halinde bankacılık zimmeti suçu oluşmaz. Diğer bir unsur olan isteme failin suçun unsurlarının gerçekleşmesini istemesidir.²³⁹ İsteme daha ziyade failin suç oluşturan eylemine ilişkindir.

Failin işlediği suçun maddi unsurları hakkındaki bilgisinin derecesine göre kastı doğrudan kast ve olası kast olarak ayırmaktayız.²⁴⁰ Olası kastta fail tarafından tipikliğin gerçekleşmesinin muhtemel olarak öngörülmesi olası kastın bilme unsurunu; bunun yanı sıra failin fiilinin sebebiyet verebileceği neticenin gerçekleşmesini kabullenmesi veya kayıtsız kalması ise isteme unsurunu oluşturmaktadır.²⁴¹ Bu tam bir isteme sayılmaz. Burada failin suçun sonucunu

²³⁷ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.257; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.937; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.164; Baytemir, **a.g.e.**, s.515; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1131; Gökcan, **a.g.e.**, s.449; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.86; Turabi, **a.g.e.**, s.87. Kastın suç konusunun zimmete geçirdiği anda olması gerekir. Bkz. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.90; Güngör, **a.g.e.**, s.26; Kütük, **a.g.e.**, s.95. “Genellikle kasıtlı suçlar, özellikle de bankacılık suçları daima kasıtlı suçlardır.” Erman, **Bankacılık Suçları**, s.125. kastı kaldıran hata zimmet suçu bakımından da uygulama alanı bulabilir. Bkz. Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.209; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.106.

²³⁸ Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.257; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.155.

²³⁹ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.155; İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.234. İsteme failin neticeyi istemesidir. Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.254.

²⁴⁰ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.169.

²⁴¹ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.172.

önemsememesi “olursa olsun” şeklinde bir tavrı vardır. Bankacılık zimmeti suçu doktrine göre olası kast ile de işlenebilir.²⁴²

Kastın kendi içinde bir diğer ayrımı kastın amacına göre yapılan özel kast genel kast ayrımıdır. Buna göre bazı suçların kanuni tanımında belli bir amaç ile suçun işlenmesi cezalandırılıyorsa; o suç özel kast ile işlenebilen bir suçtur. Örneğin hırsızlık suçunda fail yarar sağlama amacı gütmelidir. Bu özel amaç yoksa suç oluşmaz. Amaç bazen suçun basit şeklinde aranırken bazen nitelikli şeklinde de aranabilir.²⁴³ Bankacılık zimmeti suçunda genel olarak kastın varlığı yeterli görülmekte “zimmete geçirme kastı” gibi bir özel kast aranmamaktadır.²⁴⁴ Kanaatimizce de “zimmete geçirme” eylemi suçun fiil unsurunu teşkil ettiğinden ve zimmete geçirme fiili malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı içinde barındırdığından özel kast olarak kabul edilmemelidir. Buna rağmen doktrinde bazı yazarlarca²⁴⁵ ve Yargıtay’ın bazı kararlarında²⁴⁶ “mal edinme” özel kastı aranmaktadır.

²⁴² Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.50; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.937. Fail zimmetin kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemeye devam ederek sonucu kabullenirse zimmet suçunu olası kast ile işlemiş olur. Turabi, **a.g.e.**, s.92. Suçun olası kastla işlenmesi ihtimali düşük olsa bile imlansız değildir. Kütük, **a.g.e.**, s.97.

²⁴³ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.238-239. Genel kast kanunun suç olarak tanımladığı maddi fiilin salt bilinip istenmesidir. Hafızoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.260.

²⁴⁴ Güngör, **a.g.e.**, s.26; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.164; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1132; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.461; Kütük, **a.g.e.**, s.96; Özgen, **a.g.e.**, s.45; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.86; Polat, **a.g.e.**, s.113; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1464. “Zimmet suçu özelinde değerlendirme yaparsak, kanun metninde maksadın arandığına yönelik bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle yeni kanun uygulamasında kişide temellük kastı aranmaması gerektiğini düşünmekteyiz.” İtişgen, **a.g.e.**, s.648; “Yeni TCK’nın benimsediği suç teorisi genel kast özel kast ayrımına yer vermemesi sebebiyle suçun oluşması açısından temellük kastının aranması gereksizdir.” Turabi, **a.g.e.**, s.88.

²⁴⁵ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.258; Süheyl Donay, “Türk Hukukunda Zimmet”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y.2, S.3, 1968 s.45 (23-52); “Suçun manevi unsurunun oluşması için failde temellük kastının bulunması şarttır.” Alacakaptan, **a.g.e.**, s.36.

²⁴⁶ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 26.05.2010 tarih, 2007/9446 E. ve 2010/9447 K. numaralı kararı**
“Açıklanan bu nedenlerle sanık K3’nin eylemi “mal edinme” unsuru bulunmadığından paranın geçici bir süre kullanılması niteliğinde olup, gerek fiilin işlendiği tarihte yürürlükte bulunan 4389 sayılı Yasa, gerekse sonradan yürürlüğe giren 5411 sayılı Yasada bir ceza yaptırımı öngörülmediğinden eylemi zimmet suçunu oluşturmamaktadır. Bu nedenle bu sanık yönünden zimmet suçu oluşmadığından (1) ve (2) numaralı bozma düşüncesine iştirak etmiyoruz”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 23.12.2010 tarih, ve 2010/17182 K. numaralı kararı:

“Sunduğu kanıtlar da değerlendirilmek suretiyle temellük kastıyla hareket edip etmediği belirlenip temellük kastıyla hareket ettiğinin anlaşılması halinde zimmet, temellük kastıyla hareket etmediğinin anlaşılması halinde ise eylemlerin sahtecilik suçunu oluşturabileceği gözetilerek karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye ve yanlış nitelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 16.02.2010 tarih, ve 2010/2031 K. numaralı kararı:

Bankacılık zimmeti suçunda önem arz eden bir diğer konu da kastın ne zaman var olduğudur. Suç konusu malın zilyetliğinin banka mensubuna devredildiği zaman ile banka mensubunun zimmetine geçirme eylemini gerçekleştirdiği zaman birbirinden farklı ise suçun oluşumu için failin kastının zimmete geçirme anında var olması gereklidir.²⁴⁷

Banka yöneticilerinin bankacılık zimmeti suçundan sorumlu tutulmalarında manevi unsur önem taşımaktadır. Çünkü bir ticari işletmenin başında bulunan kişi o işletmede suç işlenmesine engel olmakla mükelleftir. Bunun bankacılık zimmetindeki karşılığı koruma ve gözetim yükümlülüğüdür. Yöneticiler banka mallarını ve altlarında çalışan banka personellerini gözetimle yükümlüdürler. Banka mensuplarının bir suç işlemesi gündeme geldiğinde bu suçtan yöneticilerin de sorumlu olması manevi unsurun gerçekleşmesine bağlıdır. Bunun başında da bilme

“Zimmet suçunun, banka personelinin kendisine tevdi olunan muhafazaları denetim ve sorumlulukları altında olan bankaya ait varlıkları eksilterek kendisi yada başkası yararına mal edinmesi şeklinde oluşacağı ve suçun manevi unsuru açısından temellük kastının yeterli olduğu hususu da gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 27.05.1986 tarih, 1985/5622 E. ve 1986/2698 K. numaralı kararı:

“Olayımızda savunma ve tanık belediye başkanı Celal ile muhasip Mustafa'nın anlatımlarıyla da anlaşıldığı üzere belediye tahsildarı olan sanığın görevi gereği elektrik ve su paralarını abonelerden topladığı halde yönetmelikte öngörülen süre içinde vezneye yatırmadığı ve tanık belediye başkanının ikazı üzerine o anda topladığı parayı teslim ettiği ve paranın emanete alındığı, ancak; 25 gün sürelik gecikme sırasında paranın sanık tarafından kişisel çıkarma sarfedildiği hususunda hiçbir kanıt bulunmadığı, böylece haksız temellükün saptanamadığı anlaşılmıştır. Bu itibarla eylemin görevi savsaklamak yerine zimmet biçiminde nitelendirilerek yazılı şekilde hükme varılması, yasaya aykırıdır.”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 14.04.2004 tarih, 2002/9184 E. ve 2004/2990 K. numaralı kararı:

“1995-1996-1997 yılları gelir gider hesap dökümü sonucu saptanan farkın ise süresinde ve düzenli kayıt tutulmaması, belgesiz harcamalar yapılması gibi nedenlerden ortaya çıktığı ve sanığın temellük kastı ile hareket ettiğine dair yeterli kanıt bulunmadığından zimmet suçunun unsurlarının gerçekleşmediği, ancak süre gelen ve ısrarlı şekilde silaj mısırsı ekimi ve satımı sırasında tahsilatları ve giderleri kayıtlara yansıtılmamak, usulsüz işlem ve harcamalar yapmak suretiyle görevini kötüye kullandığından eyleminin TCK.nun 240. maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, kanuna aykırıdır.”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 08.07.1985 tarih ve 1985/3043 K. numaralı kararı:

“Usulsüz sarfiyat yapıldığı anlaşılan sanığın mal edinme sahiplenme kastıyla hareket ettiğine dair kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı halde mahkumiyete karar verilmesi yolsuzdur.”

²⁴⁷ *“Örneğin, protestolu senetler servisinde görevli olan fail, kendi şubesine takip ve tahsil işlemlerinin yapılması için gönderilen senedin bedelini borçlusundan şube dışında haricen tahsil etmiş olsun. Failin daha sonra senet bedelini banka muhasebe kayıtlarına intikal ettirmeyi ve makbuzunu kesmeyi unutmaması halinde başlangıçta temellük kastı bulunmamaktadır. Ancak fail sonradan borçlunun makbuz talep etmemesi üzerine durumun farkına vararak makbuz kesmez ve suça konu para ile 3.kişilere olan borçlarını öderse; zimmete geçirme temellük etme bilinç ve iradesi ile hareket ettiği için bankacılık zimmeti suçundan cezalandırılacaktır.” Gülşen, a.g.e., s.147.*

ve isteme unsuru gelmektedir. Erman bu durumu “*Bir yönetici kendi bilgisi dışında cereyan etmiş olan işleri engellemek imkanına malik sayılmaz bunun için işleri yöneten kişinin işletme faaliyeti dolayısıyla bir suç işlemekte olduğunu bilmesi şarttır.*” şeklinde anlatmaktadır.²⁴⁸

Kurul suçlarında da benzer durum vardır. Kurul üyeleri önüne gelen bir durum hakkında karar verirken; o durumun meydana getiriliş şeklinin hukuka uygun olduğuna güvenirler ve gördükleri üzerine karar verirler. Verilen bu kararın bankacılık zimmeti suçunu sebebiyet vermesi halinde karar veren kurulun zimmet suçundan sorumlu tutulabilmesi için eylemin zimmet oluşturduğunun yönetim kurulunca bilinmesi ve istenilmesi gerekmektedir. Mahkemelerin bu unsurların sağlanıp sağlanmadığını her bir üye bakımından araştırması şarttır.²⁴⁹

Bankacılık zimmeti suçu kasten işlenebilen bir suç olduğu için banka yönetim kurulu üyeleri ile diğer mensuplarının kayıtsızlığı, tedbirsiz davranışları, kötü yönetim göstermesi, herhangi bir menfaat elde etmeden suç konusu malı bankanın başka bir işine harcaması sonucu bankada bulunan mallarda bir azalmanın meydana gelmesi halinde zimmet suçu kast unsuru sağlanamadığı için oluşamaz.²⁵⁰ Burada zimmet kastı olmadığı için başka suçlar ya da disiplin suçları oluşabilir.²⁵¹

Banka mensubunun işe yeni başlaması dolayısıyla bilgisizliği, tecrübesizliği, meslekte yetersizliği dalgınlığı veya unutkanlığı söz konusu ise manevi unsur sağlanamadığı için bankacılık zimmeti suçu oluşmaz.²⁵²

²⁴⁸ Erman, **Bankacılık Suçları**, s.125.

²⁴⁹ Erman, **Bankacılık Suçları**, s.126. Aynı şekilde Kütük, **a.g.e.**, s.104.

²⁵⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.937-938; Baytemir, **a.g.e.**, s.515; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1118-1119; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.163; Turabi, **a.g.e.**, s.183. Fail gerekli dikkat ve özeni göstermediği için malda bir azalma olmasını gizlemek için sahte belge düzenlemiş veya kayıtları tahrif etmiş olabilir. Bu durumda bile zimmet suçunun oluşmamaktadır. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.51. “örneğin dikkatsizliği nedeniyle eksik tahsilat yapan görevlinin açığın ortay çıkarması için bilançoya gerçeğe uygun olmayan meblağlar kaydetmesi zimmet suçunu oluşturmaz.” Kütük, **a.g.e.**, s.98.

²⁵¹ **Bkz. Yargıtay 5. CD. 26.12.1986 tarih, 1986/5675 K. numaralı kararı:**

“ Sanığın görevde gerekli dikkat ve itinaı göstermeyerek ilaç, sıhhi malzeme ayniyat işlemlerini gelişigüzel yürütmesinden doğan farklılıklarda çıkar sağlama kastı mevcut olmamakla beraber sonuçta kurumun zararına sebebiyet verildiği için fiil, m.230 da düzenlenen görevi savsaklama suçunu teşkil eder”

²⁵² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.938; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1131; Turabi, **a.g.e.**, s.88; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.87; Erişen, **a.g.e.**, s.111; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]. “Örneğin kasasında bozuk para olmadığı için müşterilerin işini göremeyen veznedarın kendisine ait olup

Kastı kaldıran hata halleri de bankacılık zimmeti suçunun unsurlarına uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulabilir. Örneğin bankada kendi zilyetliğine devredilmiş bir laptopu, kendi laptopu zannederek alan banka mensubunu zimmet suçundan sorumlu tutmamak gerekir. Burada fail TCK m.30/1 ne göre suçun maddi unsurlarında hataya düşmüştür.²⁵³ Kaçınılmaz olarak düşmüş olduğu bu hata kastı kaldırır.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Failin fiilinin hukuk düzenindeki kurallara uygun olmamasına ve kurallarla çatışması hukuka aykırılığa işaret etmektedir.²⁵⁴ Suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamlanması, yani tipe uygun eylemin gerçekleştirilmesi halinde, karine olarak hukuka aykırılığın oluşacağı kabul edilmektedir.²⁵⁵ Tüm hukuka aykırılıklar suçtur diyemeyiz. Bazı hukuka aykırılıklar özellikle suç olarak düzenlenmiştir. Bankacılık zimmeti suçunda banka yönetim kurulu başkanı ve üyesi ile banka mensubunun

cüzdanında duran parayla bozdurmak istemesi halinde parayı yanlışlıkla eksik şekilde kasaya koyarsa, bu suç oluşmaz. Çünkü olayda kastı bulunmamaktadır.” Polat, a.g.e., s.113. “Sadece hukuki sorumluluğa neden olurlar.” Özgen, a.g.e., s.45.

Bkz. Yargıtay 5.CD. 06.10.1993 tarih, 1993/3091 E. ve 1993/3507 K. numaralı kararı:

“Sanık aşamalarda değişmeyen savunmalarında bir yıllık acemi bir memur olduğunu, bankaya yatırmadığı parayı zimmete geçirme kastı olmadığını, belediyenin tüm tahsilat işlerinde görevli olması nedeniyle olayın tamamen hesap hatasından kaynaklandığını, tahsilatı eksik yatırmasının yanında fazla yatırmalarının da olduğunu ileri sürmüştü ve hazırlıkta Özel İdare Müdürü ve iki arkadaşı tarafından ayrıntılı olarak düzenlenen inceleme raporunda sanığın birçok tahsilatı makbuzlar içeriğindeki miktara nazaran irsaliyelere fazla geçtiği anlaşılmış, böylece savunmaları doğrulanmış olması karşısında eksik yatırılan paranın miktar itibarıyla az olduğu da nazara alındığında sanığın 5.2.1993 günlü bilirkişi raporundaki listede numaraları gösterilen muhtelif makbuzlardaki tahsilat miktarlarını toplayıp irsaliyelere geçerken gerekli özeni göstermemekten ibaret eylemi görevi ihmal niteliğinde bulunduğu halde yazılı şekilde zimmetten cezalandırılması, yasaya aykırıdır.”

Bkz. Yargıtay 5.CD. 09.12.1983 tarih ve 1983/4259 K. numaralı kararı:

“Tapulama başkatibinin gelmemesi sebebiyle müstaifi addedilmesi ve bu durumda dairedeki eşyaları toplarken idare tarafından verilen para ve tebligatlar için aldığı posta pullarını koyduğu zarfı da yanlışlıkla eve götürdüğü sonradan eşi tarafından bulunup savcıya teslim edildiği şeklindeki savunmasının aksini gösteren delil bulunmadığı gibi bu pullardan başka biçimde faydalanılamayacağına göre fiil zimmet suçunu oluşturmaz.”

²⁵³ 765 sayılı mülga TCK’da bu hata fiili hata olarak düzenlenmiştir. Bkz. Ergün, **Zimmet Suçu**, s.165.

²⁵⁴ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.264; İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.94.

²⁵⁵ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.100; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.209.

kendisine zilyetliği devredilmiş veya koruma ve gözetim yükümlülüğü olan mala karşı zimmete geçirme eylemleri gerek Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemelere gerekse Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu veya Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi özel hukuk kapsamındaki düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir. Bu aykırılık Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu ile cezalandırılmaktadır.

2. Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Bankacılık Zimmeti Suçunda Görünüş Şekilleri

Hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi ve bunun da suç olarak düzenlenmesi halinde eğer olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni var ise failin fiili artık hukuka aykırı olmadığı için suç oluşmaz.²⁵⁶ Hukuka uygunluk halleri suç olarak düzenlenmiş fiili meşrulaştırmaktadır. Bu bakımdan önem arz eden hukuka uygunluk nedenleri kanunda sayılmıştır. Bu haller, kanun hükmünü yerine getirme, hukuka uygun emrin yerine getirilmesi,²⁵⁷ meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası olarak TCK'da yer almaktadır.

Banka mensubu zilyetliği kendisine devredilen malı yasal yükümlülük gereği başkasına vermiş ise bu durumda olayda kanun hükmünü yerine getirme söz konusu olduğu için bir hukuka uygunluk sebebi vardır. Çünkü TCK m.24'e göre "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*" Örneğin yapılan icra takibinin bir sonucu olarak borçlu tarafın mallarına haciz konulduysa banka mensubu bu kararı yerine getirecek ve borçlunun hesabındaki parayı icra dairesinin ve dolayısıyla alacaklının hesabına aktaracaktır. Aynı durum mudinin vergi borçlarının olması halinde de geçerlidir. Bu durumda banka mensubunun, mevduat sahibinin hesabına bloke koyması ve devamında paraları vergi dairesi hesabına geçirmesi durumunda kanun hükmü yerine getirildiği için zimmet suçu oluşmaz. Kanun emrini yerine getirme hali olmasaydı banka mensubunun başkasının zimmetine geçirme şeklindeki bu eylemleri bankacılık zimmeti suçunu oluşturabilecekti.²⁵⁸

²⁵⁶ Bkz. CMK m.223/2-e düzenlemesi gereği.

²⁵⁷ Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 2, 2014, s.234.

²⁵⁸ Turabi, **a.g.e.**, s.202-203; Kütük, **a.g.e.**, s.109.

5237 sayılı TCK'nin 26. maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası da hukuka uygunluk sebeplerindendir. Bu durumda ilgilinin üzerinde tasarruf edebileceği mutlak bir hakkı olmalıdır. İlgili belli bir şekilde tasarruf rızasını açıklamalı ve fiilin bu rıza doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁵⁹ Bankacılık faaliyetleri hak sahibinin talimatları doğrultusunda yürütülmektedir. Banka mensubu hak sahibinin talimatlarına uygun işlem yapmalıdır. Hak sahibinin talimatlarına aykırı veya hak sahibinin hiçbir talimatı olmadan hak sahibinin zararına olmak üzere banka mensubunun kendisine veya başka kişilere kazandırmaları zimmet suçunu oluşturur. Ancak hak sahibinin talimatları doğrultusunda bu işlem yapılıyorsa, hukuka aykırılık oluşmayacaktır.

Bankacılık zimmeti suçu kapsamındaki ilgilinin rızasında “ilgili” kişi banka tüzel kişiliği veya bankanın müşterisi olabilir. Bankaya ait olan mallarda, mal üzerine tasarrufta bulunabilecek organ esasen banka genel kuruludur.²⁶⁰ Ancak bankanın yönetim kurulu da genel kuruldur ve esas sözleşmeden aldığı yetki ile banka malları üzerinde tasarrufta bulunabilir. Yönetim kurulu Bankacılık Kanunu'na aykırı şekilde karar alıp rıza göstermiş ve böylelikle de malın başkası tarafından mal edinilmesi sonucu oluşmuşsa; banka yönetim kurulu üyelerinin de zimmet suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin bankanın malik olduğu bir taşınmaz için yönetim kurulunca satış kararı alınmış ve banka personeli de bu karara dayanarak zilyetliği kendi üzerinde olan taşınmazı kararda gösterilen şekilde satmışsa banka personelinin sorumluluğu olmayacaktır. Ancak satılan fiyatın emsallerine çok düşük olması banka yönetim kurulunun zimmet suçundan dolayı sorumluluğunu gündeme getirebilir. Bu örnekte banka mensubu bakımından “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebebi oluşmuştur.

İlgili kişinin banka müşterisi olduğu durumlar da vardır. Örneğin mevduat sahibinin bir kişiye havale yapılmasını istemesi ve ispat için gerekli belgeleri imzalaması halinde zimmet suçu oluşmaz. Uygulamada bankacılık zimmet hak sahibinin rızası varmış gibi imzası taklit edilerek işlenmektedir. İmzanın ilk bakışta anlaşılıp anlaşılmamasına göre zimmet suçunun niteliği değişmektedir. Bu durum

²⁵⁹ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s.67.

²⁶⁰ Çakır, **a.g.e.**, s.114.

daha detaylı olarak suçun nitelikli halleri başlığı altında ele alınacaktır. Vekilin rızası veya hak sahibinin vefatı halinde mirasçılarının rızası da ilgilinin rızası sayıldığından hukuka uygunluk hali bu kişiler bakımından da geçerlidir.²⁶¹

Meşru savunma hukuka uygunluk hali de olayla uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Doktrinde bazı yazarlarca banka soygunları bağlamında meşru savunmanın çokça gündeme geldiği düşünülmektedir. Şöyle ki; banka mensubu zilyetliği kendisine devredilmiş parayı, kendisine veya o sırada bankada bulunan diğer kişilere yönelik saldırıyı defetmek için vermesi meşru savunmaya örnektir.²⁶² Kanaatimizce bu örnek kusurluluğu kaldıran hallerden zorunluluk (ızzar) halini oluşturur.²⁶³ Çünkü meşru müdafaada suç içeren hareket saldırgana karşı yapılırken, zaruret halinde üçüncü kişiye (örnekte banka) karşı yapılır.

Hukuka uygunluk nedenleri Türk Ceza Kanunu'nda sayılanlarla sınırlı değildir.²⁶⁴ Diğer kanunlarda da düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenleri vardır. Bu hukuka uygunluk nedenleri münasip olduğu ölçüde zimmet suçu teşkil eden olaylara uygulanabilir.²⁶⁵ Bankacılık zimmeti suçu bakımından özellik arz eden hukuka uygunluk nedeni kredi işlemleri ile alakalı olmak üzere düzenlenmiştir. 687 sayılı OHAL KHK m. 4 hükmü ile 5411 s. Bank. K. m. 160 hükmüne dördüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkra göre: *“Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.”* Görüldüğü üzere krediye dair diğer işlemlerin bankacılık kurallarına ve adetlerine uygun yapılması hukuka uygunluk nedeni sayılmıştır. Hükme göre kredi verme işlemleri kanunlarda,

²⁶¹ “Bankacılık zimmeti suçunun nitelik itibariyle güveni kötüye kullanma suçuna karşılık gelmesi nedeniyle rızanın bu suç açısından da hukuka uygunluk nedeni olması gerekir.” Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.461.

²⁶² Davut Gürses, **Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.77. Yazar daha sonra kitap haline dönüştürdüğü eserinde bu örneğe yer vermemiştir. Gürses, **Zimmet Suçu**, s.117.

²⁶³ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.346 vd. “İzzar hali bankacılık zimmeti suçunda oluşma ihtimali bakımından ilk akla gelen hukuka uygunluk halidir.” Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.257. “Zaruret hali söz konusu olduğunda TCK bu hali kusurluluğu kaldıran bir neden olarak saymaktadır.” Hafizoğulları, Özen, **Kişilere Karşı Suçlar**, s.382.

²⁶⁴ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.273.

²⁶⁵ Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.209.

yönetmeliklerde, banka içi düzenlemelerde belirtilen usul ve aşamalardan geçirilmelidir. Bu aşamalardan geçmeyen ya da bazı özellikleri sağlamadığı için geçemeyen krediler onaylanmamalıdır. Onaylandığı takdirde düzenlemede geçen hukuka uygunluk halinden yararlanamaz ve diğer unsurlar da varsa zimmet suçu oluşur. Bu düzenleme zaten malumun ilanı niteliğinde olduğu için uygulamada köklü bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Keza mevduata uygun kredi kullandırma, yapılandırma işlemleri zaten hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğinden suç oluşmaz.²⁶⁶ Dolayısıyla bu şekilde bir hüküm tesisine kanaatimizce gerek yoktur. Konuyla ilgili açıklama yapan TBB kredi kullandırma konusunda zimmet suçuyla sebebiyet vermesindeki belirsizliklerin ortadan kalktığını belirtmiştir.²⁶⁷

5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin 3. Fıkrasına göre ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin koşulların gerçekleştiği konusunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Yani fail olayda hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda çeşitli sebeplerle hataya düşmüş olabilir. Fail kaçınılmaz bir hataya düştüğünü ispat ettiği takdirde cezalandırılmaz.²⁶⁸

III.SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

A. Suçun Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali

Suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali Bankacılık Kanunu 160. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra göre *“Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükmolunur.”* Buna göre nitelikli zimmet suçunun gerçekleşmesi için suçun açığa çıkmamasına yönelik hileli davranışlarla işlenmesi gerekmektedir. Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli halinde zimmete geçirme genel kastının

²⁶⁶ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.177;

²⁶⁷ Bkz. TBB tarafından yapılan Bankacılık Kanunu 160'ıncı maddede yapılan değişikliğe ilişkin 09.02.2017 tarihli, kamuoyu duyurusu (çevrimiçi) https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7429/TBB_KD_90217.pdf (02.07.2019).

²⁶⁸ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.110.

yanında bankayı aldatacak ve eylemin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunma kastı, diğer bir deyişle zimmeti gizleme kastının da bulunması gerekir.²⁶⁹ TCK'da düzenlenen zimmet suçunda da Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir hüküm vardır. Bu yüzden iki kanun maddesi üzerinde doktrinde yapılan tartışmalardan yararlanılması faydalı olacaktır.

Arapça asıllı bir kelime olan hile “Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika” anlamlarına gelmektedir.²⁷⁰ Zimmet suçunda söz konusu mal banka mensubunun zilyetliğine devredilmiş veya koruma ve gözetim yükümlülüğünde olduğu için zaten malın üzerinde belli bir fiili hakimiyet sağlanmıştır. Bu fiili hakimiyete güvenerek zimmet suçunu işlemek çok daha kolaydır. Suçun nitelikli halinde aranan hileli hareketler suç konusu malın zilyetliğini veya koruma ve gözetim yükümlülüğünü ele geçirirken değil zimmete geçirme fiilinden sonra zimmetin ortaya çıkmasını önlemeye yönelik olmalıdır. Bu bakımdan hile, suçun delillerini gizlemeye yönelik bir davranıştır. Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli halinde zimmete geçirme genel kastının yanında bankayı aldatacak ve eylemin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunma kastı, diğer bir deyişle zimmeti gizleme kastının da bulunması gerekir.²⁷¹ Suçun maddede ele alınışından çıkan sonuç hileli hareketlerin en geç zimmete geçirme anında var olması gerekir.²⁷² Suç tamamlandıktan sonra zimmetin açığa çıkmaması için yapılan hareketler TCK m.281 de yer alan suç delillerini yok etme gizleme veya değiştirme suçuna vücut verir.²⁷³

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda bankacılık zimmeti suçunun nitelikli halinin gerçekleşmesi için “bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını

²⁶⁹ Erişen, **a.g.e.**, s.112; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1464.

²⁷⁰ Bkz. TDK Sözlük (çevrimiçi) http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c89fb8c5618d2.36678187 (14.02.2019). “hile aldatacak tarz tertip ve oyun anlamına da gelmektedir.” Turabi, **a.g.e.**, s.205.

²⁷¹ Erişen, **a.g.e.**, s.112; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1464.

²⁷² Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.42, Ergün, **Zimmet Suçu**, s.111; Güngör, **a.g.e.**, s.26; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.136; “Nitelikli unsurlar da suçun bir unsurudur. Bu nedenle nitelikli zimmet suçunun oluşumu için hileli davranışlar en geç zimmet suçu tamamlana kadar gerçekleşmelidir.” İtişgen, **a.g.e.**, s.650. Aksi görüş Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.254; Kütük, **a.g.e.**, s.158; Aslan, **a.g.e.**, s.61. “Hileli davranışların zimmet suçundan önce veya sonra gerçekleştirilmiş olması önem taşımaz; önemli olan suç açığa çıkartılmadan önce bunu önlemek için yapılmasıdır.” Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1124; İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.400.

²⁷³ Aynı şekilde Gürses, **Zimmet Suçu**, s.136.

sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse”²⁷⁴ şeklinde bir hüküm düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere eski kanunda bankayı aldatacak nitelikte bir hileli hareket aranmışken yeni kanunda böyle bir lafza yer verilmemiştir. Aslında hileli davranışın iğfal kabiliyetinin olması gerektiği düşünüldüğünde iki kanun arasında fark olmadığını kabul eden yazarlar vardır.²⁷⁵ Donay’a göre “dairelerini aldatacak” şeklindeki düzenleme mahkemeleri daha objektif bir değerlendirme yapmaya zorlamıştır. Bu lafzın kaldırılması mahkemeler arasındaki birbirinden farklı değerlendirmeleri ortaya çıkaracağından olumlu karşılanmamaktadır.²⁷⁶ Nitelikli zimmet hakkında verilmiş Yargıtay kararları²⁷⁷ incelendiğine görüleceği üzere;

²⁷⁴ Bkz. 4389 Sayılı Kanun m.22/3.

²⁷⁵ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.111. “5411 sayılı yeni Kanun’da “bankasını aldatacak” şartının kaldırılması yerinde olmuştur hilenin zaten bir aldatma fonksiyonu vardır. Turabi, **a.g.e.**, s.207.

²⁷⁶ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.115.

²⁷⁷ **Bkz. Yargıtay 7. CD. 18.3.2009 tarih, 2008/9502 E. ve 2009/3119 K. numaralı kararı:**

“mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22/3. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “...suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenirse...” şeklindeki nitelikli zimmet suçunun belirlenmesinde kullanılan kriterlere uygun olarak sanığın 01.11.2005 tarihinden önceki “tediye fişinin düzenlenmemesi, imzasız olması ya da yok edilmesi” şeklindeki fiilleri daire içi rutin bir kontrolle ortaya çıkarılabilecek nitelikte basit zimmet olarak kabul edilebilir ise de, 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren **5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160/2. maddesinde basit ve nitelikli zimmet fiillerinin ayırımında “suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi” kriteri kabul edilerek, “bankayı aldatıcılık” unsuru kaldırıldığı cihetle**, bu tarihten sonra basit bir inceleme ile İlk bakışta anlaşılamayan, tediye fişlerine müşteri adına atılan paraf ve imza gibi her türlü hileli hareketin eylemi nitelikli zimmet suçu haline getireceği gözetilerek, sanığın 01.11.2005 tarihinden sonraki fiillerinden nitelikli zimmet vasfında olanlarının tespiti ile sanığa 5411 sayılı Yasa’nın 160/2. maddesinin ikinci cümlesinde öngörüldüğü şekilde hürriyeti bağlayıcı ceza tayin edilerek adli para cezasının da bu fiiller bakımından banka zararının üç katından az olmamak üzere belirlenmesi gerektiği nazara alınmadan suç vasfında yanılıyla, fiilin basit zimmet kabul edilerek, yazılı şekilde eksik ceza tayini, yasaya aykırıdır”

Bkz. Yargıtay 7. CD. 8.11.2010 tarih, 2007/15441 E. ve 2010/15941 K. numaralı kararı:

“01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı bankacılık kanununun 160/2 maddesinde basit ve nitelikli zimmet fiillerinin ayırımında suçun zimmetin açığa çıkmasının sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi kriteri kabul edilerek “bankayı aldatıcılık” unsuru kaldırıldığı cihetle, dosya kapsamından sanığın mudilerin hesaplarından talimat ve bilgileri olmaksızın tediye fişleri düzenleyip ve bu fişlere aldatıcılık niteliği olmayan imzalar atmak suretiyle münnet suçu işlediği bu durumda 5411 sayılı yasaya göre nitelikli zimmet 4389 sayılı yasaya göre adiyen zimmet suçunu oluşturacağı gibi” Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2058.

Bkz. Yargıtay 7. CD. 8.4.2004 tarih, 2003/5543 E. ve 2004/4973 K. numaralı kararı:

“Sanığın A.....T.A.Ş.nin Sirkeci şubesinde gişe yetkilisi olarak görev yaptığı sırada muhtelif tarihlerde 12 banka müşterisine ait nisaplardan onların talimatı ve bilgisi dışında para çekmek suretiyle zimmet suçunu işlediği oluşa uygun olarak iddia ve kabul edilmiş ise de dosya içeriğine göre bazen mudiler yerine imza atarak sahte tediye fişi düzenlediği, bu nedenle eylemlerinin bir kısmının nitelikli zimmet olma olasılığının bulunduğu ve zimmet miktarının, müfettiş raporu, iddianame ve kabul de farklı olduğu, nazara alınarak sanığın eylemleriyle ilgili bankadaki tüm kayıt ve belgeler ve dava dosyası üzerinde bankacılık konusunda uzman bilirkişilere inceleme yaptırılarak zimmetin ve miktarın belirlenmesi ayrıca zimmetin normal denetim ve bankada mevcut kayıt ve belgelerin karşılaştırılması ve kontrolü sonucu tespit edilip edilemeyeceği, **suçun**

nitelikli unsurun sağlanması yeni kanun döneminde daha da kolaylaştırılmıştır diyebiliriz.²⁷⁸ Çünkü eski kanunda hileli hareketin bankayı aldatacak nitelikte olması aranırken; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda basit bir incelemeyle anlaşılamayacak her türlü hileli hareket nitelikli zimmet suçunu oluşturacaktır. Hileli hareket özü gereği aldatıcı olmalıdır. Bu aldatıcılığın nesnel olarak tespit edilmesi gerekir. Eğer yapılan inceleme ile suç ilk bakışta tespit edilebiliyorsa bu durumda nitelikli zimmet suçunun varlığından söz edemeyiz.²⁷⁹

Bankacılık zimmeti suçu bazen yıllarca açığa çıkmamaktadır ve zincirleme şeklinde işlendiğinde zimmet fiilinin gerçekleştirildiği yıllara göre yürürlükte olan kanunlar farklılaştığı için uygulanan hükümler de farklılık göstermektedir. Yukarıda belirtildiği üzere zimmet suçunun nitelikli halinde bankayı aldatma unsuru kaldırılmış ve sadece hileli hareket ile fiilin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik davranışlarla suçun işlenmesi nitelikli hal sayılmıştır. Bu durum Yargıtay kararlarında²⁸⁰ yer almış ve hangi eylemlerin, basit zimmet hangilerinin nitelikli zimmet olduğu, 4389 sayılı Kanun ve 5411 sayılı Kanun düzenlemeleriyle ilişki kurularak belirtilmiştir. Buna göre:

- A- *“Tediye fişinde mudiye ait sahte imza benzetilmiş ve aldatıcı ise 4389 sayılı yasa ve 5411 sayılı yasada ihtilâsen zimmet,*
- B- *Tediye fişinde mudiye ait sahte imza aldatıcı değil kabaca incelemede sahte olduğu anlaşılıyorsa 4389 sayılı yasa ve 5411 sayılı yasada basit zimmet, kabaca incelemede sahte olduğu anlaşılamiyor ancak detaylı inceleme (bilirkişi-grafoloji uzmanı vs.)sonucunda iğfal kabiliyetinin bulunmadığı kanaatine varılabiliyorsa 4389 sayılı yasada basit zimmet 5411 sayılı yasada ihtilâsen zimmet,*

banka dışı araştırmayı gerektirecek derecede bankayı aldatıcı ve fiilin açığa çıkmasını engelleyecek her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenip işlenmediği, ayrıca fiillerinin iğfal kabiliyetinin olup olmadığının tespiti ile zimmetin bir kısmı nitelikliyse ağır para cezasının uygulanması bakımından basit ve nitelikli olarak mal edilen miktarların ayrı ayrı saptanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu konularda yeterli açıklamaları taşımayan müfettiş raporuyla yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,”

²⁷⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1124-1125; Gülşen, **a.g.e.**, s.72-74; Kütük, **a.g.e.**, s.153-154. Aksi görüşe göre “bankayı aldatacak” tarzında bir ifade, hile kavramı içinde aldatmanın da olduğu düşünüldüğünde aldatmaya yer verilmemesi yerinde olmuştur. Böylece suçun nitelikli halinin kapsamında bir değişiklik olmamıştır. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.933.

²⁷⁹ Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

²⁸⁰ Bkz. Yargıtay 7.CD. 08.11.2010 tarih, 2007/15441 E. ve 2010/15941 K. numaralı kararı. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2326.

- C- Tediye fişi kandırılarak mudi imzası alındıktan sonra kullanılmış ise 4389 ve 5411 sayılı yasada ihtilâsen zimmet,
- D- Tediye fişinde mudi imzası yok ve boş ise 4389 sayılı yasa ve 5411 sayılı yasada basit zimmet,
- E- Tediye fişi imha edilmiş veya düzenlenmeden mal edinme gerçekleşmiş ise 4389 sayılı yasa ve 5411 sayılı yasada basit zimmet,
- F- Gişe yetkilisinin (limitinin) üstünde olan işlemle mal edinme gerçekleşmişse 4389 sayılı yasa ve 5411 sayılı yasada basit zimmet suçu oluşacaktır.

Nitelikli zimmet suçunun belirlenmesinde kullanılan kriterlere uygun olarak sanığın, önceki “tediye fişlerini düzenleyerek rasgele imza atmak” şeklindeki fiilleri daire içi rutin kontrolle ortaya çıkarılabilecek nitelikte basit zimmet olarak kabul edilebilir ise de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 160/2 maddesinde basit ve nitelikli zimmet fiillerinin ayrımında “suçun zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi” kriteri kabul edilerek “bankayı aldaticılık” unsuru kaldırıldığı cihetle, dosya kapsamından sanığın mudilerin hesaplarından talimat ve bilgileri olmaksızın tediye fişleri düzenleyip ve bu fişlere aldaticılık niteliği olmayan imzalar atmak suretiyle müsnet suçu işlediği, bu durumda 5411 sayılı yasaya göre nitelikli zimmet, 4389 sayılı yasaya göre adiyen zimmet suçunu oluşturacağı gibi ödeme de söz konusu olmadığına göre 4389 sayılı yasada adiyen zimmet suçunu düzenleyen 22/3 maddesinde para cezası öngörülmemiş olması karşısında 4389 sayılı yasanın sanık lehine olduğu gözetilerek karar verilmesi gerekir.”

Yargıtay kararında da görüldüğü üzere 5411 sayılı Kanun mülga 4389 sayılı Kanun’dan nitelikli zimmet suçu bakımından farklılık arz etmektedir. 5411 sayılı Kanun’da hileli davranışın ilk bakışta sahte olduğunun anlaşılması (yani banka içi incelemeyle sahte olduğunun anlaşılması) nitelikli zimmetin oluşması için yeterli iken; 4389 sayılı Kanun için detaylı inceleme sonucu bankayı aldatacak tarzda aldaticılık unsurunun var olduğunun saptanması gerekmektedir. Sonuç olarak 5411 sayılı Kanun’un 160/2 maddesindeki düzenlemeye göre nitelikli zimmetin oluşması 4389 sayılı Kanun’a kıyasla daha kolaydır.

Suçun tanımında hileli hareketlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Bu bakımdan gerek doktrindeki örneklere gerekse Yargıtay içtihatlarına bakılarak suçu meydana getiren hileli hareketlerin sınırını çizmek gerekir. Örneğin zimmet suçu

işlerken yalan söylenmesi tek başına hileli davranış olarak doktrinde kabul edilmiştir.²⁸¹ Bir yalanın nitelikli zimmet suçunu oluşturması için aldatıcılık unsurunun olması yani basit araştırma ile doğrusunun ortaya çıkarılamaması gerekir. Mahkeme tarafından, yapılacak olan araştırmalar, elde edilecek deliller ve konu hakkında alınacak olan bilirkişi raporları doğrultusunda, her olay için hileli davranışların neler olduğunun tespiti mümkündür.²⁸²

5411 sayılı Kanun zamanında nitelikli zimmet suçu hakkında verilmiş kararlara²⁸³ bakıldığında suçun basit zimmet mi yoksa nitelikli zimmet mi olduğu konusunda çeşitli kriterlere ulaşabiliriz. Bunlardan ilki bankanın genel denetimler sonucu ortaya çıkarılabilecek bir zimmet suçu varsa bu durumda basit zimmet söz konusudur.²⁸⁴ Eğer bankacılık zimmeti suçunun açığa çıkartılması için ekstra

²⁸¹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.114. Aksi görüş Özgen, **a.g.e.**, s.45.

Bkz. Yargıtay CGK. 27.1.2009 tarih, 2008/7-151 E. ve 2009/9 K. numaralı kararı: “Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır... hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez”

²⁸² Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

²⁸³ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 29.05.2013 tarih ve 2013/14009 K. numaralı kararı.** Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.933.

²⁸⁴ **Bkz. Yargıtay 5. CD. 24.11.2014 tarih, 2013/22450 E. ve 2014/19560 K. numaralı kararı:**

“Sanığın, 17/05/2010 günü mesai sonunda alınan kasa mutabakatından sonra, ana kasa sorumlusu olarak banknotları tek başına torbaya koyarken, 100 TL lik banknotlardan oluşan bir deste parayı banka yetkililerine fark ettirmeden ayırıp cebine koyarak, şubeden ayrılıp, 18.05.2010 günü söz konusu 10.000 Lirayı kasaya koymadan kendi kasasında varmış gibi göstermek için banknot destelerin üzerindeki adet ve değer olarak yazılan rakamları değiştirmeye çalışması şeklinde gerçekleşen eyleminin, bilirkişi raporunda belirtildiği üzere banka çalışanlarınca banka içi basit bir araştırma ile tespit etmiş olması karşısında, basit zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırıdır”

Bkz. Yargıtay CGK. 03.12.1996 tarih, 1996/5-249E. ve 1996/265 K. numaralı kararı:

“Nitelikli zimmet T.C. Yasasının 202/2 nci maddesinde düzenlenmiş olup, zimmet suçunun unsurları yanında; zimmetin hile ile gerçekleştirilmesi ve yapılan hilenin aldatıcı nitelikte olması özelliklerini de taşımaktadır. Failin, işlediği zimmet suçunun ortaya çıkarılmasını engellemek amacıyla yaptığı her türlü aldatıcı faaliyet hileyi oluşturmakla beraber, kaba ve herkes tarafından anlaşılabilir bir hilenin kullanılması yeterli değildir. Failin, zimmetin ortaya çıkmamasını teminen yaptığı hile dairesini aldatacak ve zimmetin ortaya çıkmamasını sağlayacak nitelikte olmalı, buna elverişli bulunmalıdır.

Lirayı değişik tarihlerde zimmetine geçirirken, imzasız makbuzlar düzenlemek, köydeki kişilerin imzalarını taklit etmek, takvim yaprağına yazmak biçiminde hileler kullanarak, zimmetin ortaya çıkmamasını sağlamak istemişse de, sanığın eylemlerinin, köy muhtarlığın kayıt ve belgelerinin incelenmesi suretiyle kolayca ortaya çıkarılabilesinin olanaklı bulunduğu ve bu hususun esasen bilirkişiler kurulunun raporunda da vurgulandığı anlaşıldığından, eylemleri nitelikli değil adiyen zimmet suçunu oluşturur.”

işlemler ve araştırmalar yapılarak daire dışı bilgi ve belgelere gereksinim duyuluyorsa bu durumda nitelikli zimmet oluşmuştur.²⁸⁵ Diğer bir kriter tediye fişleri denilen kasadan para çıkışı olduğu zaman düzenlenen fişlerin bulunmaması ya da müşteri imzası kısmının boş olması halinde basit zimmet suçunun olduğu söylenebilir. Ancak mudi yanıltılarak boş tediye fişine imzası alınmış ve mudinin bilgisi haricinde malı zimmete geçirilmişse nitelikli zimmet oluşur.

Nitelikli zimmet suçunu belirlemede önemli kriter olan, basit banka içi bir incelemeyle hileli hareketin sahte olduğunun anlaşılamıyor olması durumu mahkeme tarafından olayın özelliklerine göre somut (nesnel) olarak tespit edilmesi gerekir. Yoksa bankanın denetim ve gözetim elemanlarının eksiklikleri sonucu failin hileli olmayan zimmete geçirme hareketlerinin tespit edilememiş olması durumunda nitelikli zimmet suçundan söz edilemeyecektir.²⁸⁶ Her olayın kendi özelliklerine göre hileli hareketin var olup olmadığının tespiti mahkemeye aittir.

²⁸⁵ “Hilenin normal olanlar dışında sapmayı güçleştirecek ağırlıkta olması gerekir. Örnek olarak hayali isimler kullanmak hesaplar açmak sahte evraklar düzenlemek bilgisayar verilerinde oymalar yapmak verilebilir.” Donay, **Bankacılık Ceza**, s.114-115.

Bkz. Yargıtay 5. CD. 10.05.2012 tarih, 2008/10641 E. ve 2012/5062 K. numaralı kararı.:

“Sanığın mal edindiği 2.271.542.400 TL'nin banka ve muhasebe kayıtları üzerinde uzman kişilerce yapılacak inceleme sonucu ortaya çıkabileceğinden nitelikli zimmet teşkil ettiği, 16.792.795.040 TL'nin ise, hesap sahiplerinin bankaya yapacakları müracaatları üzerine banka kayıtları ve günlük işlemlere ait fişler üzerinde yapılacak basit bir inceleme sonucu ortaya çıkabileceğinden basit zimmet niteliğinde olduğu belirtilmiş ise de; bilirkişi heyetince zimmetin basit zimmet mi yoksa nitelikli zimmet mi olduğu hususunda yapacakları değerlendirmede esas alacakları hususun, zimmetin ve miktarının "bankadaki belgeler üzerinde yapılacak incelemede ortaya çıkacak nitelikte olup olmadığı, daire dışı araştırma bilgi ve belgeye ihtiyaç duyulup duyulmadığı" olduğu dikkate alınmadan, hesap sahiplerinin müracaatının daire dışı elde edilecek bilgi mahiyetinde olduğu yine banka kayıtlarındaki mudi imzasıyla tediye fişlerindeki mudiye atfen bulunan imzanın karşılaştırılmasında mudiye ait

olmadığının ilk bakışta olağan yaşam deneyimlerine göre fark edilebilecek olması halinde, bunların daire içi araştırmayla belirleme kapsamında bulunduğu da gözardı edilerek düzenlenen bilirkişi raporu hüküm kurmaya yeterli olmadığından dosyanın yeniden emekli Uzman Sayıştay Denetçileri ile bankacılık alanında uzman kişilerden oluşacak bilirkişi heyetine tevdi ile sanığın zimmet miktarlarının ve niteliğinin belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurmaya yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır.”

²⁸⁶ Kütük, **a.g.e.**, s.156.

Bkz. Yargıtay CGK. 27.1.2009 tarih, 2008/7-151 E. ve 2009/9 K. numaralı kararı:

“Sanığın çekmecesinde ele geçen ve dosyada tasdikli suretleri bulunan M... S.... S... 'e ait hesaptan çekilen paralara ilişkin 22.11.2005 ile 12.12.2005 tarihleri arasında düzenlenmiş 6 adet fişin hiç birisinde müşteri kısmına atılmış bir imza bulunmamaktadır. Yine banka müfettişinin 10.03.2006 tarihli raporunda, usulsüzlüğe konu fişlerin günlük fiş destelerinin çakıldıkları destelerden köşe kısımlarının fiş destesinde kalacak şekilde sanık tarafından koparıldığının, dosya içeriğinde bir kanıtı bulunmamakta olup bu tespit tamamen varsayıma dayalıdır. Esasen olaya el koyan banka müfettişleri ve bilirkişiler kurulunun raporlarından da anlaşılaacağı üzere; banka kayıtlarında

Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali genelde sahte bir evrak tanzim edilerek işlenmektedir. Sahte belge kimi durumlarda özel bir belge olabilirken kimi durumlarda da resmi belge olabilir. TCK'nın 204. maddesi gereği düzenlenen sahte belgenin aldaticılık unsurunu taşıması gerekir. Bu bakımdan Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen nitelikli zimmet suçuna benzemektedir. Bankacılık zimmeti suçunun resmi ya da özel belge düzenlenerek işlenmesi durumunda, failin gerçek içtima kuralına göre hem bankacılık zimmeti suçunun basit halinden hem de belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılacağını kabul eden yazarlar vardır.²⁸⁷ Yargıtay'ın eski tarihli kararlarına bakıldığında bu yönde bir uygulama olduğunu görmekteyiz.²⁸⁸ Bunun sebebi TCK m.212 de düzenlenen hükümdür. Bu hükme göre

yapılan olağan denetim ve karşılaştırma sonucunda zimmet miktarının derhal ortaya çıkarılabildiğinin belirlenmesi karşısında, sözkonusu fişlerin sanık tarafından çakılmış oldukları destelerden çıkarılmış olması olanaklı olduğu gibi sanık üzerindeki denetim ve gözetim görevini ihmal eden görevlilerce bu hususun ortaya çıkmamasını sağlamak amacıyla sonradan yapılmış olması da olanaklıdır. Öte yandan 22.11.2005 tarihinde yaptığı usulsüz işleme ait fişi bile kasasında bulunduran sanığın, günlük fişlerin çakıldığı destelerin içinde bulunan usulsüz fişleri tek tek arayıp bulması, buradan dip kısımları koçanda kalacak şekilde çıkartması ve yok etmesi yaşamın olağan akışına uygun düşmemektedir. Kaldı ki sanık da fişlerin müşteri kısmına hiçbir zaman imza atmadığını savunmaktadır.

Banka müfettişi tarafından bile açıkça ifade edildiği gibi, sanığın görev yaptığı banka şubesinde yürürlükte bulunan bankacılık mevzuatına aykırı olarak iç denetim ve gözetim görevi yerine getirilmemiş, bu husus şubede usulsüzlüğe açık bir ortam yaratmıştır. Bunun sonucunda da, sanığın aldatici özelliğe sahip olmayan ve bu suçun ortaya çıkmasını engellemeye elverişli bulunmayan dolayısıyla da hileli davranış niteliğinden yoksun yöntem kullanmasına karşın, yeterli ve gerekli denetimin yapılmaması nedeniyle suç, uzun süre ortaya çıkmamıştır.

Bu itibarla, sanığın eylemini basit zimmet suçu olarak kabul eden Yerel Mahkeme kararı ile bunu onayan Özel Daire kararı isabetli olduğundan, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.”

²⁸⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1135; İtişgen, **a.g.e.**, s.665; Kütük, **a.g.e.**, s.158; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212; Polat, **a.g.e.**, s.114.

²⁸⁸ **Bkz. Yargıtay 5. CD. 14.5.2007 tarih, 2007/637 E. ve 2007/3568 K. numaralı kararı.:**

“Sanıklar lehine olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesindeki "sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" şeklindeki düzenleme nedeniyle, zimmetin açığa çıkmasını engellemek için tahsilat makbuzlarında tahrifat yaparak asıllarından daha düşük tutarlı dip. koçanlar düzenlemek suretiyle sahtecilik suçunu işleyen sanıklar hakkında bu suçtan da hüküm kurulması ve sonucuna göre lehe yasanın belirlenmesi zorunluluğuna uyulmaması, yasaya aykırıdır.”

Bkz. Yargıtay 5. CD. 16.10.2006 tarih 2006/7060 E. ve 2006/7931 K. numaralı kararı

“usulsüz krediler kullandırıldığı, kredilerin tahsis aşamasında gerekli başvuru formu, kredi sözleşmesi, tediye fişi gibi önemli belgelerin K1 veya firma sahiplerine verilerek sahte veya taklit imza atılarak dışarıdan ikmalinin sağlandığı, (...)Sanıklar lehine olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCK.'nın 212.maddesindeki “sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” şeklindeki düzenleme nedeniyle, zimmetin açığa çıkmasını engellemek için sahte belgeler düzenleyen sanıklar hakkında sahtecilik suçundan da hüküm kurulması zorunluluğuna uyulmaması,”

“Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.”

Dolayısıyla sadece bu hükmeye bakıldığında bankacılık zimmeti suçunun sahte belge düzenlenerek işlenmesi durumunda her failin iki suçtan (zimmet ve belgede sahtecilik) da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. TCK m.212'nin gerekçesinde verilen örneğe göre “ sahte belge düzenlemek suretiyle zimmetin gizlenmeye çalışılması halinde hem zimmet suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır. Ancak Yargıtay'ın daha yakın tarihli bazı kararlarında, bankacılık zimmeti suçunun sahte belge düzenleyerek işlenmesi halinde sadece nitelikli zimmet suçuna hükmedildiğini görmekteyiz.²⁸⁹ Yargıtay bu kararında zimmet suçunun sahte senetler düzenlenerek işlenmesi durumunda, Bankacılık Kanunu'nda evrakta sahtecilik suçunun da uygulanacağına yönelik hüküm bulunmadığından dolayı sanığa, sadece nitelikli zimmet suçundan ceza vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararına göre²⁹⁰ TCK

²⁸⁹ **Bkz. Yargıtay 7. CD. 6.7.2011 tarih, 2011/4182 E. ve 2011/15824 K. numaralı kararı:**

“Sanık Bekir'in suç tarihinde Yapı Kredi Bankası A.Ş. K... şubesinde ticari kredi yönetmeni olarak görevli olup kendisine tevdi edilen para üzerinde denetim ve koruma sorumluluğunun bulunduğu/arkadaşı sanık Ahmet K.'nin azmettirmesi ile bankanın kredili müşterilerinden A... M... Tekstil Ltd. Şti., E... Ç... İnşaat A.Ş., G... Ç... Ltd. Şti., B... Otomotiv Ltd. Şti. adına şirket yetkililerinin bilgisi, talebi ve talimatı olmaksızın kredi hesabı açtığı, G... Çelik Ltd. Şti. adına açılan kredi hesabının teminatı olarak sahte senet tanzim ettiği, sahte ödeme talimatları düzenlemek suretiyle sanığın bankaya ait toplam 1.510.000 TL'yi çekerek zimmetine geçirdiği; 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160/2. maddesindeki hüküm uyarınca suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli, aldatıcı davranışlarla işlendiği, anılan eylemlerin nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanıklar hakkında basit zimmet suçunu işlediklerinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi,

5411 sayılı Bankacılık Yasasında zimmet suçu yanında sahtecilik suçundan ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme bulunmaması karşısında, sanığın zimmet eylemlerini gerçekleştirirken sahte belgeler düzenlemesi fiillerinin zimmet suçunun unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde her iki sanık hakkında evrakta sahtecilik suçundan da mahkumiyetlerine karar verilmesi, yasaya aykırı ”

²⁹⁰ **Bkz. Yargıtay C.G.K. 06.04.2010 tarih 2010/738 E. 2010/79 K. numaralı kararı:**

“5237 sayılı TCY'nın 212. maddesindeki; “Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” şeklindeki düzenlemenin, TCY'nın genel hükümleri arasında yer almaması nedeniyle, TCY'nın 5. maddesindeki, “yasanın genel hükümleri arasında yer alan düzenlemelerin özel yasalar açısından da uygulanacağı” kuralı kapsamında özel yasalar açısından da uygulama olanağı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCY'nın 212. maddesi yalnızca TCY içinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecek bir kuraldır.

Özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasa özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir. Nitekim yasa koyucu 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasasının 5. maddesinin 4. fıkrası ile bu yasa açısından bir kural koymakla kalmamış, bunun yanında böyle bir hüküm bulunmayan özel yasalar

m.212 düzenlemesi sadece TCK'da düzenlenen suçlar için uygulanma olanağı bulacaktır. Dolayısıyla özel kanunlarda düzenlenen ceza kanunlarında bu içtima hükmü uygulanmaz. Ceza genel kurulunun bu kararı sonrası uygulamada birlik sağlanmıştır.

Katıldığımız diğer görüşe göre bankacılık zimmeti suçunun sahte belge düzenlenerek işlenmesi halinde zimmet suçunun nitelikli hali oluşacaktır. Bu görüşü destekleyenlere göre TCK m.212 deki hüküm ancak sahte belge düzenlemenin suçun nitelikli hali sayılmadığı düzenlemelerde uygulanmalıdır. Gerçekten de ilk görüş kabul edildiğinde nitelikli zimmet suçunun, sahte belge ile işlendiği her durumda belgede sahtecilik gündeme gelecektir. Nitelikli zimmet suçunun büyük çoğunlukla belgede sahtecilik yapılarak işlendiği düşünüldüğünde, suçun nitelikli şeklinin düzenlenmesi amacı ortadan kalkacaktır. Ayrıca failin işlediği bir fiile birden çok ceza verilmesi gündeme gelecek ve böylece ne bis in idem ilkesine²⁹¹ aykırılık oluşacaktır.²⁹²

Failin nitelikli zimmet suçunu işlerken başvurduğu hileli yollar belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu takdirde faile hem belgede sahtecilik hem de basit zimmet suçundan ceza verilmesi ile failin hileli hareketinin herhangi bir suç oluşturmaması halinde sadece nitelikli zimmet suçundan cezalandırılması birlikte değerlendirildiğinde ceza adalet sistemine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır.²⁹³ Çünkü hileli hareketi belgede sahtecilik suçu oluşturmayan fail, diğerine göre daha az hukuk kuralını çiğnemesine rağmen daha fazla ceza içeren nitelikli zimmet suçundan cezalandırılmaktadır.

açısından TCY'nın 212. maddesinin uygulanamayacağına ilişkin iradesini de dolaylı olarak ortaya koymuştur.

5411 sayılı Bankacılık Yasasında sahtecilik suçundan ayrıca cezaya hükmolunacağına ilişkin bir düzenleme olmaması ve nitelikli zimmet suçu için öngörülen ceza miktarının ağırlığı birlikte değerlendirildiğinde bunun yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu ve bu suçu bileşik suç olarak düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır.

²⁹¹ Erol Cihan, Feridun Yenisey, "Ne Bis İn İdem İlkesi", **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.219-220.

²⁹² Güngör, **a.g.e.**, s.27; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2060; Baytemir, **a.g.e.**, s.519; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1459. İnceoğlu, Bankacılık Kanunu m.161 hükmü gereğince nitelikli zimmet suçunun yaptırımının belgede sahtecilik suçunun yaptırımından daha yüksek olması nedeniyle zimmet suçunun sahte belge ile işlenmesi halinde nitelikli zimmet suçunun oluşacağını belirtmektedir. İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.406-407.

²⁹³ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.113.

Mahmutoğlu'nun 4389 sayılı Kanun döneminde belirttiği görüşe göre sahte evrak düzenleyerek işlenen nitelikli zimmet suçunda, Bankalar Kanunu 22/3 maddesi uygulanacaktır. Çünkü 22/3 de düzenlenen nitelikli zimmet suçunun cezası evrakta sahtecilik suçunun cezasına göre daha ağır cezayı içermektedir.²⁹⁴

B. Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Halleri

Bankacılık zimmeti suçunu düzenleyen 160. madde incelendiğinde suçun daha az cezayı gerektiren hali olarak sadece malın değerinin azlığı düzenlenmiştir. TCK'daki zimmet suçu kapsamında kullanma zimmetinin de mümkün olması bu kavramın bankacılık zimmeti suçunda incelenmesini zorunlu tutmuştur. Ayrıca malın değerinin azlığı kavramı ile alakalı diğer bir kavram olan müsamaha edilen zimmet, malın değerinin azlığı başlığı altında incelenecektir.

1. Malın Değerinin Azlığı

Bankacılık Kanunu m.160/7 ye göre “*Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.*” Görüldüğü üzere kanun zimmete geçirilen malın değerinin az olmasını bir indirim nedeni olarak saymıştır. Malın değerinin az olması şeklindeki bir ifadenin ele alınması ve değer azlığının ne kadar olması gerektiğinin belirtilmemesi bu saptamanın uygulamaya bırakıldığının bir göstergesidir. Yargıtay kararlarıyla bu değer azlığı belirlenecektir.

Değer azlığı halinde cezada indirim yapılabilmesinin mümkün olması TCK'da düzenlenen birçok suç bağlamında geçerlidir. Örneğin yağma, hırsızlık, zimmet ve irtikap suçlarında suç konusu malın değerinin azlığı halinde suç işlenmiş kabul edilir ancak cezadan indirim yapılır. Sayılan bu suçlara, değer azlığı indirimi uygulanırken Yargıtay tarafından çeşitli kriterlere bakılmıştır. Mesela hırsızlık ve yağma suçlarında malın değerinin azlığından anlaşılması gereken daha çoğunu alma olanağı varken yalnızca gerektiği kadarını almaya bakılırken; zimmet suçu söz konusu olduğunda günün ekonomik koşullarında paranın değeri esas alınarak değer

²⁹⁴ Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.261.

azlığı kavramı uygulanmıştır. Yargıtay dairelerinin değer azlığı kavramını farklı şekillerde anlamlandırmaya çalışmaları ceza hukukunda suçların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil edecek ve uygulamada keyfilik yaratacaktır.²⁹⁵ Değer azlığı kavramından ne anlaşılması gerektiği yargı organlarınca tam olarak tespit edilmelidir.

Bankacılık zimmeti suçu açısından değer azlığı kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK'daki zimmet suçu ile benzerlik arz etmektedir. TCK m.249'un gerekçesi incelendiğinde değer azlığı kavramından, suçun gerçekleştiği tarihteki ekonomik durum da ele alınarak²⁹⁶ suçun konusunun parasal değeri anlaşılması gerekmektedir. Yani mahkemeler tarafından ilk olarak suç konusunun değeri tespit edilmeli daha sonra suçun işlendiği zamanki ekonomik duruma göre bu belirlenen miktarın değerinin az mı yoksa çok mu olduğu kanaatine varılmalıdır. Zimmete geçirilen şey yabancı para ise suçun işlendiği andaki T.C. Merkez Bankası satış kuruna göre, yabancı paranın Türk parası karşılığı hesaplanır ve bu değer az olup olmadığına karar verilir.²⁹⁷ Malın değerinin azlığı kavramının uygulanmasında zararın çok ya da az olması önemli değildir.²⁹⁸ Düşük miktarların zimmete geçirildiği olaylarda zimmet suçu açısından malın değerinin azlığının araştırılması Yargıtay tarafından istenmektedir.²⁹⁹ Hangi değer az hangisinin çok olduğunun belirlenmesi

²⁹⁵ Caner Gürühan, Tahir Hami Topaç, Ahmet Serhat Ergin Kanat, "Yargıtay'ın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.8, 2016,s.220.

²⁹⁶ Toroslu, **Özel Kısım**, s.289; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1130; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.129; Baytemir, **a.g.e.**, s.521; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.403; İtişgen, **a.g.e.**, s.652; Gökcan, **a.g.e.**, s.450; Tuğrul, **a.g.e.**, s.602; Turabi, **a.g.e.**, s.209; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.102. "Gecikme faizi değer azlığı tespitinde hesaplanmaz." Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.933. "Suçun işlendiği zamandan sonra gerçekleşen değer artmaları veya değer azalmaları değerlendirmeye alınmayacaktır." Gürses, **Zimmet Suçu**, s.143.

²⁹⁷ Baytemir, **a.g.e.**, s.522; Tuğrul, **a.g.e.**, s.603.

Bkz. Yargıtay 5.CD. 24.06.2004 tarih 2004/3911 E. 2004/5165 K. numaralı kararı:

"Rüşvet almak suçuna konu kabul edilen 2.000 Amerikan dolarının Türk lirası karşılığının bulunmasında o günün efektif satış miktarının esas alınması gerekirken, efektif alış rakamı üzerinden hesap edilmesi ve ayrıca, suç tarihindeki ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücü nazara alındığında dava konusu 2.000 doların karşılığı Türk Lirası tutarının hafif değerde olduğu halde, normal değerde kabulü ile sanıklar hakkında TCK.nun 219/3. maddesinin uygulanmaması kanuna aykırı"

²⁹⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s. 1130. "Zimmete geçirilen değer az olmasına rağmen zararın çok olması durumunda da bu hafifletici neden uygulanacak ve cezada indirimle gidilecektir." Ergün, **Zimmet Suçu**, s.129.

²⁹⁹ **Bkz. Yargıtay 7.CD. 23.6.2016 tarih 2014/4429 E. 2016/6704 K. numaralı kararı:**

işi Yargıtay tarafından bir dönem, yazılı olarak belirlenmiş ve yeniden değerlendirme oranına uygun şekilde arttırılarak her sene güncellenmiştir.³⁰⁰ Bu şekilde yazılı belirleme bazı durumlarda bir iki liralık farklılıkların verilen cezayı çok fazla etkilediği eleştirisine maruz kalmıştır. Ayrıca yeniden değerlendirme oranı ile kanun hükmünün bağlantısının olmaması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır.³⁰¹ Daha sonra bu uygulamadan vazgeçilmiş ve malın değerinin azlığı hakimın takdirine bırakılmıştır.³⁰² Bu durum da daireler arasında değer azlığını belirlemede farklılıklar yaratmıştır.

Malın değerinin azlığında esas alınan suç konusu malın suç işlendiği zamanki değeridir. Bu değer hakime göre fazla ise suçta indirim yapılması mümkün değildir. Ancak doktrindeki bir görüşe göre malın değeri fazla olmakla birlikte bu değer bir

“İdari soruşturma ve bilirkişi raporlarına, mal edinme, iade ve suçun ortaya çıkış tarihlerine göre sanığın zimmetine geçirdiği iddia ve kabul edilen 15.500 TL'nin, 9.000 TL'lik bölümünü hakkında herhangi bir ihbar, şikayet, denetim veya soruşturma yapılmadan önce kendiliğinden hesaplara iade etmesi nedeniyle kullanma zimmeti vasfında olduğu gözetilerek 9.000 TL'nin neması hesaplattırılıp 6.500 TL tutarındaki temellük zimmetine eklenmek suretiyle toplam zimmet miktarının belirlenmesinden sonra, suç tarihindeki ekonomik koşullar ile paranın satın alma gücü de nazara alınarak hakkında TCK'nın 249/1. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını tartışılması yerine, noksan araştırma ve hatalı nitelendirmeye yazılı biçimde hüküm kurulması”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 30.03.2010 tarih 2007/16235 E. 2010/6021 K. numaralı kararı:

“5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160. maddesinin son fıkrasında, “Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir” hükmüne yer verilmiş olup zimmet miktarının suç tarihi itibarı ile az kabul edilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır.”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 14.1.2014 tarih 2013/1450 E. 2014/778 K. numaralı kararı:

“Zimmet suçunun konusunu oluşturan 7870 TL'nin suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücüne nazaran değerinin az olduğu gözetilerek cezasından 5411 sayılı Yasa'nın 160/son maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi”

Bkz. Yargıtay 7.CD. 6.2.2008 tarih 2007/12446 E. 2008/762 K. numaralı kararı:

“Zimmet suçunun konusunu oluşturan 1.666.000.000 liranın suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücüne nazaran değerinin az olduğu gözetilerek cezasından 5411 sayılı Yasa'nın 160/son maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin nazara alınmaması”

³⁰⁰ Aslan, **a.g.e.**, s.64. Yargıtay 5. Ceza dairesi 2005 yılına kadar değer azlığına ilişkin miktarların bulunduğu bir tabloya göre karar vermekteydi bu tablo için bkz. Tuğrul, **a.g.e.**, s.603. Donay'a göre değer azlığı sınırının çizilmesi objektif olarak belirlenmeli hakimın takdirine bırakılmamalıdır. Donay, **Bankacılık Ceza**, s.118-119.

³⁰¹ Gürühan, Topaç, Ergin, **a.g.e.**, s.234.

³⁰² Gürühan, Topaç, Ergin, **a.g.e.**, s.222,232-233; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.917; İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.403; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1469. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu konu hakkında vermiş olduğu eski tarihli bir kararda günümüzde kabul edildiği gibi hakimın olayın özelliklerine göre malın değerinin azlığını takdiri gerekir.

Bkz. Yargıtay CGK. 11.07.1960 tarih 1960/50 K. numaralı kararı: *“herhangi bir hadisede suç konusu miktarın normal veya hafif olup olmadığının o fiilin özelliğine ve bunu işlemekte olan sanığın güttüğü amaca göre takdiri gerekir. Kanunda bunun için kesin bir ölçü gösterilmemiş olmakla beraber takdirin akla yatar ve kabule değer uygun sebeplere dayanması lazım geldiği..”*

kısımının ödenmesi durumunda geri kalan kısmının değeri az ise cezada indirim yapılabileceğini belirtmiştir.³⁰³ Bu görüş bankacılık zimmeti suçu açısından kabul edilemez. Çünkü Bankacılık Kanunu 160/7. maddede düzenlendiği şekliyle malın değerinin azlığında suçun işlendiği andaki malın değeri esas alınmaktadır. Bu değer düşük ise failin cezasında indirime gidilecektir. Faillin, zararın bir kısmını ödemesi ancak ceza belirlenirken göz önüne alınır. Eğer olayda zararın hepsinin ödenmesi söz konusu ise faile etki pişmanlık hükümleri uygulanır.

Bankacılık zimmeti suçu bazı hallerde suçun fark edilmesinin önlenmesi için küçük miktarlarda birden çok defa işlenmektedir. Bu durumda zincirleme suç gündeme gelmektedir. Bankacılık zimmeti suçunun zincirleme şeklinde işlenmesinde malın değerinin azlığı hesaplanırken her suç için ayrı hesaplama yapılmamalı; zincirleme suçun bütünü göz önüne alınarak malın değerinin az olup olmadığı ortaya koyulmalıdır.³⁰⁴

Bankanın mallarından sayılan kâğıt kalem silgi gibi değeri pek az olan mallar bakımından zimmet suçunun işlenmesi mümkün görülebilir. Ancak doktrinde ve kanun gerekçesinde suçun konusunu oluşturan değer çok az olması halinde bunları mal edinen kişinin bankacılık zimmeti suçundan cezalandırılmaması gerektiği kabul edilmiştir. Bu durum doktrinde müsamaha edilen zimmet olarak yer almaktadır. Müsamaha edilen zimmet sonucu failin cezalandırılmamasının gerekçesi olarak doktrinde farklı görüşler belirtilmektedir. Bir görüşe göre müsamaha edilen zimmet durumunda mal sahibinin varsayılan rızası olduğundan dolayı hukuka aykırılık ortadan kalktığı için faile ceza verilmez.³⁰⁵ Bu görüşü destekleyenler müsamaha edilen zimmet kavramını hukuka uygunluk halleri içinde işlerler. Oysaki varsayılan rızanın olduğunu kabul etmek rızanın ceza hukukundaki anlamı ve fonksiyonu ile

³⁰³ Turabi, **a.g.e.**, s.210.

³⁰⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.917; Baytemir, **a.g.e.**, s.521; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1131; İtişgen, **a.g.e.**, s.652; Tuğrul, **a.g.e.**, s.602; Aslan, **a.g.e.**, s.64. Aksi görüş Ergün, **Zimmet Suçu**, s.129; Gülşen, **a.g.e.**, s.85.

³⁰⁵ Şerbetçi, **a.g.e.**, s.87,101. “Bazı yazarlar failin örf ve adet hukuku gereğince bazıları failde hukuka aykırılık bilincinin bulunmaması nedeniyle diğer bazıları ises mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebinin varlığından ötürü cezalandırmanın mümkün olmadığını belirtmektedirler” Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.241. karşı görüşe göre “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmeyeceğinden ve zimmet suçuyla korunan hukuksal yarar bireye ait olmadığından varsayılan rızadan söz edilemeyeceği belirtilmektedir.” Aslan, **a.g.e.**, s.56.

uyumlu olmadığı için eleştirilmektedir.³⁰⁶ Diğer bir görüşe göre örf ve adet hukuku gereği bu kadar düşük değerde malın zimmete geçirilmesinde faile ceza verilmez. Bu düşünce de örf ve adet hukukunun, ceza hukukunu bu derece etkileyip cezayı ortadan kaldıracı etkisinin kabul edilmemesinden dolayı genel kabul görmemektedir.³⁰⁷

Doktrindeki bizim de kabul ettiğimiz baskın görüşe göre, ortada haksız bir fiil bulunmasına kaşın, suç konusu malın değerinin çok düşük olması durumunda fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevasının cezayı gerektirici boyuta ulaştırmamasından dolayı zimmete geçirme fiili cezalandırılmamaktadır.³⁰⁸ TCK m.249 düzenlemesinin gerekçesinde de benzer şekilde, zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması hoşgörü ile karşılanması gerektiği, failin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmadığını belirtmiştir.³⁰⁹

2. Kullanma Zimmeti

Zimmet suçunun düzenlendiği TCK m.247/3 maddesinde “*malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir.*” şeklinde hüküm kurularak kullanma zimmeti düzenlenmiştir. Zimmet suçunda malik gibi tasarruf etme cezalandırılmaktadır. O halde kullanma zimmetinde bulunmaması gereken hareket malik gibi tasarruf etmektir. Kullanma zimmetini gerçekleştiren fail malın başka birine ait olduğunu bilir. Failin amacı malı zimmetine geçirmek değil kullanıp, fayda sağlayıp iade etmektir. Bu nedenle her somut olayın koşulları göz önünde tutularak kullanma zimmetinin oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir.

Kullanma zimmeti ile ilgili doktrindeki açıklamalara bakıldığında görüleceği üzere zimmetin kullanma zimmeti olup olmadığının tespitinde failin amacı, kastı

³⁰⁶ Yasemin Baba, **Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2017, s.255.

³⁰⁷ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1133; Baba, **Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi**, s.255.

³⁰⁸ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.28; Baba, **Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi**, s.255; Turabi, **a.g.e.**, s.203; Kütük, **a.g.e.**, s.42; Polat, **a.g.e.**, s.115.

³⁰⁹ Bkz. TCK m.249 Gerekçesi: “...Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Kullanma zimmeti de bazı durumlarda, gerek süre gerek biçim bakımından hoşgörüyle karşılanabilir”

önemlidir.³¹⁰ Failin kastının ne olduğuna sergilediği hareketlere bakılarak karar verilebilir. Örneğin fail zilyetliği kendisine devredilmiş malı bir süre kullanıp sonra iade etme amacıyla alırsa ve bir süre sonra da iade ederse bu durumun sonradan anlaşılması durumunda failin cezasında, kullanma zimmeti kapsamında, indirim yapılması gerekir.³¹¹ Özgenç'e göre kullanma zimmetinde kullanmanın malikin bulunabileceği tasarruf niteliğine olup olmadığına bakmak gerekir. Bu tasarrufların kullanma amaçlı mı yoksa mal edinme amaçlı mı olduğuna hakim karar vermelidir.³¹² Kullanma belli bir süreyle sınırlı değildir.³¹³ Kullanma zimmeti hakkında karar verilirken kullanmanın süreye bağlanması mümkün değildir. Fail kullanma zimmetiyle kendine ya da bir başkasına yarar sağlamayı amaçlaması gerekir. Yarar sağlanıp sağlanmaması önemli değildir.

Kullanma zimmetinde olayın özelliğine göre cezanın indirilmesinde hakime takdir hakkı verilmiştir. Hakim eğer failin niyetinin gerçekten sadece kullanma olduğunu iadenin yapılmış olduğunu, zincirleme şekilde yapılmadığına kanaat getirirse cezayı indirebilir.³¹⁴

Yargıtay, bu konuyla alakalı vermiş olduğu kararlarda³¹⁵ memurun görevi nedeniyle kendisine devredilmiş malları bir süre kendi çıkarı için kullanıp daha sonra

³¹⁰ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.239; Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s.931; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.918.

³¹¹ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1121; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

³¹² Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.27.

³¹³ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1121; İtişgen, **a.g.e.**, s.651.

³¹⁴ Toroslu, **Özel Kısım**, s.287; Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s.932.

³¹⁵ **Yargıtay 5. CD. 07.01.2013 tarih 2011/5268 E. ve 2013/35 K. numaralı kararı**

“Malazgirt F1 müdürlüğünde havale ve posta çeki memuru olan sanığın, düzenlediği gerçeğe aykırı belgelerle ilgililerin posta çeki hesaplarından para çekerek, belirli sürelerle kullandıktan sonra hesaplara yatırması şeklinde sübut bulan eylemlerini, geçici olarak görevlendirildiği Bulanık F1 şube müdürlüğünde de sürdürdüğü, Bulanık ve Malazgirt ilçelerinin çok yakın mesafede olması, eylemlerin birbirinin devamı niteliğinde olup, kastın yenilenmemesi, kesintinin oluşmaması ve suçtan zarar görenin aynı kurum olması nedeniyle, tüm eylemlerin zincirleme tek kullanma zimmeti suçunu oluşturacağı gözetilmeden, iki ayrı suç kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

Sanığın eylemlerinin, posta çeki hesaplarından usulsüz para çekilen ilgililerin beyanlarına başvurulmasından sonra tam olarak belirlenebildiği, zimmetin açığa çıkmasını sağlamaya yönelik sahte belgeler düzenleyerek hileli davranışlarda bulunduğu, bu hususun basit bir inceleme ile ortaya çıkarılamayacağı anlaşılmakla, zincirleme nitelikli kullanma zimmeti suçundan hüküm kurulması gerekirken, sadece basit kullanma zimmeti suçundan ceza tayin edilmesi,

Mahkemece sanığın eylemi kullanma zimmeti olarak kabul edilip buna göre hüküm kurulmasına rağmen, sanığın uhdesinde tuttuğu paradan, paranın hesaplardan çekildiği tarihler ile yatırıldığı tarihler arasında, sağlayacağı nema miktarı hesaplattırılıp bulunacak tutarın zimmet miktarı

iade etmesini kullanma zimmeti olarak değerlendirmiştir. Kullanma zimmeti bir para üzerinde işlenmişse elde edilen nema miktarı zimmet suçu olarak değerlendirilir ve eğer şartları oluşuyorsa malın değerinin azlığı ya da etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilir.³¹⁶

Yargıtay CGK 2013 yılında verdiği bir kararda³¹⁷ kullanma zimmetinde ele alınacak kıstasları belirlemiştir. Buna göre “Eylemin kullanma zimmeti olup olmadığı failin kastının tespitine yöneliktir. Failin dış dünyaya yansıyan davranışları ve suçun işleniş şekli göz önüne alınarak her somut olayda kastının suç konusu eşya üzerinde mal edinmeye mi, yoksa geçici bir süre kullandıktan sonra iade etmeye, yani kullanmaya mı yönelik olduğu belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairece uygulanageldiği üzere failin herhangi bir uyarı, ihbar ya da

olarak belirlenmesi ve suç tarihi itibarı ile ekonomik koşullar ve paranın alım gücü nazara alınıp değerinin az olup olmadığı da değerlendirilmek suretiyle hakkında 5237 sayılı TCK'nın 249. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılması gerektiğinin düşünülmemesi yasaya aykırıdır.”

Bkz. Yargıtay 5. CD. 20.2.2014 tarih 2014/1875 E. ve 2014/1841 K. numaralı kararı:

“Oluş, dosya kapsamı ve mevcut delillere nazaran suç tarihlerinde İlçe Kaymakamı olması sebebiyle aynı zamanda B.. İlçesi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlığı görevini de yürüten sanığın Vakfa ait hesaptan 12/08/1999 tarihinde 17.500.000.000 lirayı çektirip, Kentbank'taki kredi borcuna yatırdığı bilahare hakkında herhangi bir ihbar, soruşturma veya kovuşturma olmadan 02/09/1999 ve 13/09/1999 tarihlerinde hesaba iade ettiği sabit olan olayda; 3294 sayılı Yasanın 7/2. maddesine göre mülki idare amirlerinin sıfatları gereği vakfın tabii başkanı olup, mütevelli heyetinde yer aldığı, yasadan kaynaklanan bu görevinden dolayı sanığın kamu görevlisi olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu ve bu itibarla eyleminin kullanma zimmeti suçunu oluşturacağı gözetilip söz konusu paranın nema miktarı hesap ettirilerek sanığın zimmet tutarı belirlenip, lehe yasaya göre bir hüküm kurulması yerine yanlış nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi”

Yargıtay 5. CD. 20.04.1995 tarih 1995/285 E. ve 1995/1235 K. numaralı kararı

“Sanığın, tahsil edilip kendisine verilen telefon paralarını belli süreler yanında alıkoyarak yararlandığı ve bu suretle eyleminin kullanma zimmeti niteliğinde kaldığı iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya içeriğinden anlaşılmakla, kullandığı paraların üzerinde kaldığı süreler de nazara alınarak sağladığı yararın bilirkişi marifetiyle saptanması, belirlenen bu değer hafif veya pek hafif olup olmadığının takdiri ve sonucuna göre uygulama yapılması gerektiğinin gözetilmemesi,”

³¹⁶ Tuğrul, a.g.e., s.601.

³¹⁷ **Bkz. Yargıtay CGK. 29.1.2013 tarih 2012/1274 E. ve 2013/33 K. numaralı kararı:**

“Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Sanığın Malazgirt Adliyesinde icra müdürü olarak görev yaptığı, icra hakimi ve Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan olağan denetimde icra kasasında 4.113,35 Lira açık tespit edildiği, sanığın bu sırada alınan beyanında internet üzerinden oynadığı bahis oyunlarında kaybettiği parayı icra müdürlüğü kasasında bulunan paradan yatırdığını beyan ettiği, sanığın aldığı parayı kapatmak amacıyla bankadan kredi çekerek açığı kapattığı, bu nedenle 08.05.2006 tarihinde yapılan olağan denetimde kasa açığının bulunmadığı, bu denetimden sonra da bahis oyunları oynamaya devam eden sanığın denetimin yapıldığı 14.06.2006 tarihine kadar peyder pey icra kasasında bulunan parayı zimmetine geçirdiği ve suça konu parayı kendiliğinden iade etmediği gözönüne alındığında, sanığın eyleminin kullanma zimmeti niteliğinde olmadığı kabulü gerekmektedir.”

şikayet veya soruşturma olmaksızın suç konu malı kendiliğinden ilgili kuruma iade edip etmediği önemli bir kıstas olarak ele alınmalıdır.” Eğer olayda bu kriterler sağlanamazsa kesin olmamakla birlikte zimmet suçu oluşabilir. Bu halde başka ölçütlere bakılmaktadır.

Bankacılık Kanunu’nda kullanma zimmetine dair bir düzenleme gerek zimmet suçunun içinde gerekse başka bir maddede yer almamaktadır. Buna rağmen doktrindeki bazı yazarlarca³¹⁸ ve Yargıtay’ın bazı kararlarında³¹⁹ kullanma zimmetinin bankacılık zimmetinde de geçerli olduğu belirtilmiştir. Ancak kanaatimizce bankacılık zimmeti suçunda kullanma zimmeti söz konusu değildir. Çünkü Bankacılık Kanunu’nda kullanma zimmeti ile ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Bankacılık zimmeti suçunun TCK’daki zimmet suçuyla paralel şekilde düzenlendiği kabulünde, kullanma zimmetine TCK’da yer verilip Bankacılık Kanunu’nda yer verilmemesi kanun koyucunun bilinçli bir isteğidir. Kanun koyucu zilyetliği banka mensubuna devredilmiş olan paraların bir süre kullanılıp tekrar iade edilmesini zimmet sayma niyetindedir. Bu yüzden kanunilik ilkesi gereği bankacılık zimmeti suçunda kullanma zimmeti uygulanmaz.³²⁰ Ayrıca bankacılık zimmeti

³¹⁸ “Kullanma zimmetinin banka mevzuatında düzenlenmediği şeklindeki tespit doğru ise de eylemin beraati gerektirdiği şeklindeki düşünce doğru değildir. Faydalanılan nema zimmet miktarı kabul edilerek eylemin kullanma zimmeti olarak cezalandırılması gerekir. Bu konuda 5237 sayılı TCK’da olduğu gibi açıkça düzenlenmesi gerektiğini de ifade etmek istiyoruz.” Tuğrul, **a.g.e.**, s.600-601.

³¹⁹ **Bkz. Yargıtay 5. CD. 14.04.1999 tarih 1999/84 E. ve 1999/1425 K. numaralı kararı:**
“Sanığın, mudilerin hesaplarından 17.10.1994-2.2.1995 tarihleri arasında usulsüz olarak çektiği paraları kısa süre kullandıktan sonra mudi hesaplarına 20.10.199410.3.1995 günleri arasında yatırmak suretiyle iade ettiği, bu durumun 21.6.1995 tarihinde başlatılan olağan-genel denetim sırasında ortaya çıktığının belirlenmesi karşısında, olayda daimi mal edinmenin söz konusu olmadığı, eylemin kullanma zimmeti niteliğinde olduğu anlaşıldığından, çekilen paraların sanığın uhdesinde kaldığı süre içinde sağladığı yararın saptanmasından sonra bu miktar esas alınarak kullanma zimmetinden hüküm kurulması yerine yazılı şekilde karar verilmesi,”

Bkz. Yargıtay 5. CD. 16.2.2000 tarih 2000/6445 E. ve 2000/564 K. numaralı kararı:
“Gerçek bir tahsilat olmamasına rağmen bankadaki kendisine ait hesabına tahsil fişleri keserek oluşturduğu mevduatın ATM kartıyla ATM makinasından muhtelif günlerde çekip kullandıktan sonra izleyen iş günlerinde bir uyarı ya da soruşturma olmaksızın bankaya yatırdığı anlaşılan sanık söz konusu para üzerinde **kullanma zimmeti** suçunu işlemiştir.”

³²⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1122; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.381; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.163-164; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2054; Polat, **a.g.e.**, s.119. İnceoğlu kullanma zimmetinin Bankacılık Kanunu’nda düzenlenmediğini belirtmekle birlikte suçun oluşumu için mal edinme kastı arandığından failin zilyetliğine devredilen parayı kullanma eyleminde kullanma kastının olduğu için bu durumda hiçbir suçun oluşturmadığını ileri sürmektedir. İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.136. Benzer şekilde Bkz. Yargıtay 7.CD. 26.05.2010 tarih 2007/9446 E. 2010/9447 K. numaralı kararın muhalefet şerhi. Reisoglu’na göre: “Öğretide

suçunda korunan hukuki değer malvarlığının yanında bankalara ve banka mensuplarına duyulan güvendir. Kullanma zimmeti suçunun bankacılık zimmetinde de kabul edilmesi failin daha az ceza almasına neden olacak ve suç işlenmesini daha da kolaylaştıracak bir ortam meydana getirerek bankalara ve banka mensuplarına olan güveni sarsacaktır.³²¹ Bütün bu nedenlerden dolayı kullanma zimmeti bankacılık ceza hukukunda kabul edilmemelidir. Banka mensubunun kendisine zilyetliği devredilmiş malı bir süre kullanıp daha sonra suç ortaya çıkmadan önce iade etmesi halinde zimmet suçundan ceza verilip etkin pişmanlık hükümleri uygulanarak cezada indirimle gidilebilir. Bir diğer sorun suç konusu malın değer azlığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Malın değerinin azlığında esas alınan, suç konusu malın suç işlendiği zamanki değeridir. Dolayısıyla zimmete geçirilen malın kullanma maksadıyla zimmetine geçirilmesinde değerinin az olup olmadığına suç konusu malın değerine bakılarak karar verilmelidir.³²²

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Teşebbüs hakkında açıklamalara geçmeden önce kasten işlenen her suç için geçerli olan suç yolundan (iter criminis) bahsetmek gerekmektedir. Bu suç yolu kronolojik olarak, işlenmek istenen eylemin düşünülmesi, suç kararına varılması hazırlık hareketleri icra hareketleri ve suçun tamamlanması aşamalarından oluşur.³²³ Bu aşamaları daha alt ayrımlara da ayrılabilir. Suça teşebbüste suç yolundaki suçun tamamlanması aşaması gerçekleşmemektedir. Fail icra hareketlerini gerçekleştirirken elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamamaktadır.

Bankacılık Kanununu özel kanun niteliğinde olduğu için genel hükümler bakımından TCK'nın hükümleri geçerlidir. 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesinde suça teşebbüse yer verilmiştir. Maddeye göre “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan

kullanma zimmetinde zimmet suçunun oluşmayacağını kullanma zimmetinin disiplin suçu ve görevi kötüye kullanma teşkil edeceği kabul edilmektedir.” Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2324.

³²¹ Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.239.

³²² Baba, **Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi**, s.262.

³²³ Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s.157.

nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” Görüldüğü gibi 765 sayılı Ceza Kanunu’ndan farklı olarak artık tam teşebbüs eksik teşebbüs ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Bunun nedenlerinden biri de bazı durumlarda eksik teşebbüste mağdura tam teşebbüsten daha fazla zarar verilmesine rağmen daha az ceza alınmasının ceza adaletine ters düşmesidir.³²⁴ Madde metninden anlaşıldığı üzere doktrinde suça teşebbüsün unsurları; bir suçu işleme kastı, suçun icrasına başlanması, suçun icrasına elverişli hareketle başlanması, elde olmayan nedenlerle suçun icrasının tamamlanamaması olarak sayılmıştır.³²⁵

Bankacılık zimmeti suçu yukarıda da değinildiği üzere ani suçlardandır. Madde metninde herhangi bir neticenin meydana gelmesi aranmadığı için sırf hareket suçudur. Hal böyle olunca bankacılık zimmeti suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı, doktrinde tartışmalıdır.³²⁶ Teşebbüs, zimmete geçirme fiili kısımlara bölünebilecek bir şekilde gerçekleştirilir ise mümkün olabilmektedir.³²⁷ Bu yüzden her olay ve örnek ayrıca ele alınıp teşebbüsün meydana gelip gelmediği tespit

³²⁴ 5237sayılı yeni TCK’nın yapım sürecinde komisyondaki tartışmalarda Sözüer’in verdiği örneğe göre “ *kişinin elinde bir bıçak var. Mağdura fırlatıyor fakat isabet ettiremiyor. Şimdi burada kişi elinden gelen bütün icra hareketlerini yapmış fakat netice elinde olmayan sebeplerle meydana gelmemiştir. Yani tam teşebbüs var. Kişiye adam öldürmeden dolayı tam teşebbüsten ceza vereceğiz buna karşılık kişiyi birçok yerinden bıçaklamak isteyen kişi birinci bıçak darbesini vurduktan sonra bacağından yaralıyor. İkincisinde elinden tutuluyor ve engelleniyor. Burada da eksik teşebbüs var ama zarar daha fazla olmasına rağmen daha az ceza vermek zorunda kalıyoruz.*” **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2005, s.188.

³²⁵ Sözüer, **Suç Teşebbüs**, s.158 vd.; Önder Tozman, **Suç Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.47; Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.307 vd.; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.415-434.

³²⁶ Zimmet suçunun neticesi hareketle bitişik olduğu için bu suça teşebbüs mümkün değildir. Donay, **Türk Hukukunda Zimmet**, s.43. Bankacılık zimmeti suçuna teşebbüsün mümkün olmadığını savunan Özgen’e göre; “*Para veya diğer mallar mülkiyete geçirildiği anda suç meydana gelmiş olur. Daha önce, yani mülkiyete geçirilmeden elde bulundurma ise suç teşkil etmemektedir. Bu nedenlerle bu suça teşebbüs mümkün değildir.*” Özgen, **a.g.e.**, s.46. “*Doktrinde bazı yazarlar suç konusunun mal edinilmesi ile zimmetin tekemmül edeceğini bundan önceki hareketlerin hazırlık hareketi olduğunu ve eylemin kısımlara ayrılmayacağını dolayısıyla suça teşebbüsün mümkün olmayacağını savunmaktadırlar.*” Turabi, **a.g.e.**, s.211. “*Bazı yazarlar suç konusu malın misli bir mal olup olmamasına göre teşebbüs konusunda farklı görüşler sergilemektedirler. Bu düşüncede lan yazarlara göre, suç malın iade edilmesi gerektiği zamanda geri verilmemesiyle tamamlanır*” Baytemir, **a.g.e.**, s.516.

³²⁷ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.110. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.919; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.130; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1465; İtişgen, **a.g.e.**, s.652; Tuğrul, **a.g.e.**, s.614; Bekri, **a.g.e.**, s.85; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212; Polat, **a.g.e.**, s.117. Mülga TCK zamanında Mahmutoğlu tarafından ileri sürülen görüşe göre; “*suça tam teşebbüs mümkün değildir. İcra hareketleri bölünebildiğinden eksik teşebbüs olanaklıdır.*” Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.259. “*fail mal üzerinde malikmiş gibi tasarruf edebilecek duruma gelmeden önce yakalanırsa suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekir*” Baytemir, **a.g.e.**, s.516.

edilmelidir. Örneğin banka mensubunun bankanın taşınmazlarını alıp satmaya yetkili bir çalışanı olduğunu düşünelim. Bu banka mensubu görevi gereği zilyetliği kendisine devredilmiş veya üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü olan gayrimenkulü zimmete geçirme kastı ile başkasının üzerine geçirmek üzere tapu müdürlüğüne gelmiş ve müdürlüğe ilk başvuruyu yapmış olsun. Uygulama gereği tapu sicilinin incelenmesi ve satım işleminin tamamlanması için öğleden sonraya ikinci bir randevu verilir. Bu randevuya gelinip imzalar atıldığında taşınmaz yeni sahibinin mülkiyetine geçer. İkinci randevuya gelmeden önce tapu memurunun, satış bedelinin az gösterilmesinden şüphelenip bankayı haberdar etmesi ve buna müteakip olarak da satış işleminin banka tarafından iptal edilmesi durumunda bankacılık zimmeti suçuna teşebbüs oluşmuştur diyebiliriz. Verilen örneği teşebbüsün unsurları bakımından incelemek gerekirse; banka mensubu suç konusu malı başkasının zimmetine geçirme kastı olaydan anlaşılmaktadır. Banka mensubunun tapu dairesine giderek işlemlere başlaması icra hareketi sayıldığından suçun icrasına elverişli hareketlerle geçilmesi şartı sağlanmıştır. Tapu memurunun durumdan şüphelenmesi üzerine bankayı bilgilendirmesi ve bunun üzerine de banka tarafından satış işleminin iptal edilmesi söz konusu olduğundan icra hareketi tamamlanamamış ve başkasının zimmetine geçirme hareketi sağlanamamıştır.

Doktrinde baskın görüş bankacılık zimmeti suçuna teşebbüsün mümkün olduğu ancak bunun tespitinin çok zor olduğu yönündedir.³²⁸ İncelendiğine görüleceği üzere yazarlar bankacılık zimmetine teşebbüsü genelde örnekler üzerinden açıklamaya çalışmışlardır. Bankaların genelde para ile uğraşan kurumlar olması nedeniyle paranın zimmete geçirilmesinde teşebbüs önemli bir konudur. Örneğin banka mensubunun mudinin hesabındaki parayı zimmetine geçirmek için gerekli işlemleri banka sisteminden yapığı sırada banka sistemin yapılan hareketi şüpheli hareket olarak betimlemesi üzerine paranın zimmete geçirilmek üzere başka hesaba gönderilememesi durumunda bir zimmete geçirmeye teşebbüs söz konusudur. Bu teşebbüs banka ACL (Audit Command Language) sistemleri adı verilen

³²⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.919; Turabi, **a.g.e.**, s.211; Aslan, **a.g.e.**, s.57; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]. Çünkü suç konusu mal failin zilyetliğindedir bundan dolayı zimmete geçirmeye teşebbüs icra hareketlerinin tespiti zordur. “Bu suç teorik olarak teşebbüse elverişli olmakla birlikte somut olayda icraya başlama anını belirlemek çoğu zaman güçtür.” Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1134.

genellikle bankalar tarafından bir tür soruşturma programının incelenmesi sonucu tespit edilir.³²⁹ Bu programdan çıkan zimmet suçunun işlendiğine yönelik şüphelerin somut diğer örneklerle de (tediye fişleri gibi) desteklenmesi gerekir.

TCK'da düzenlenen zimmet suçunda olduğu gibi bankacılık zimmeti suçunda da suç konusu para harici olan bir şey ise zimmetin oluşması için bu malın mağdurun hakimiyet alanından tamamen çıkartılıp failin hakimiyet alanına sokulması gerekir. Eğer malın tam olarak failin hakimiyet alanına girmesi oluşmaz ise suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Para ya da kıymetli evrak açısından bu durum aranmaz.³³⁰

Yukarıda suçun manevi unsurları başlığı altında geçtiği üzere bankacılık zimmeti suçu olası kastla da işlenebilmektedir. Olası kast ile işlenen suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde tartışma vardır. Olası kast ile işlenen suçlara teşebbüsü mümkün gören yazarlara göre teşebbüs halinde kalan suç ile tamamlanmış suç arasında herhangi bir farklılık yoktur. Kanun teşebbüsün olması için failin kasten hareket etmesini aramaktadır. Olası kast da esasen kast sayıldığı için olası kast ile işlenen suçlara teşebbüs mümkündür.³³¹ Olası katla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını düşünen yazarlara³³² göre olası kast netice ile belirlenmektedir. Netice henüz belli değilken faili teşebbüsten sorumlu tutmak sorumluluk alanını çok genişletmiş olacağından doğru değildir.

³²⁹ ACL (Audit Command Language) hakkında detaylı bilgi ve bankacılık zimmeti suçu hakkında uygulamadan örnekler için bkz. Kaban, Arslan, **a.g.e.**, s.420 vd.

³³⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.919; Bekri, **a.g.e.**, s.86.

Yargıtay 5. CD. 05.02.1992 tarih 1991/5125 E. ve 1992/405 K. numaralı kararı

“Sanığın depo memuru olup denetim ve sorumluluğunda bulunan orman emvalini faydalanmak için usulsüz olarak depodan çıkarıp İsmail'in hızar atölyesine sevk ettiği sırada alınan ihbar sonucu Orman İdaresi görevlilerince izlenip henüz kamyonundan indirilmeden yakalanması ile açığa çıkan eyleminin icrai hareketlerinin tamamlanamaması karşısında zimmete eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi kanuna aykırı”

Yargıtay 5. CD. 14.03.2005 tarih 2004/354 E. ve 2005/1146 K. numaralı kararı

“Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. Erzurum Şeker Fabrikasında ambar şefi olan sanığın koruma ve sorumluluğu altındaki 20 torba toz şekeri işçilere talimat vererek F. S. 'ya ait kamyonu yükletip, tanıdık bir yere bırakmasını istediği, faturasız kamyonu yüklenen şekerin tartıya girmeden çıkış kapısına yöneldiğini gören tanık J. I. 'ın ikazı ve olayı öğrenen istif tanzim ustası tanık A. H. 'un durumu fabrika yönetimine bildirmesi üzerine fabrikaya ait araçla peşinden gidilerek şekerin indirildiği marketten teslim alınarak fabrikaya geri getirildiğinin sabit olduğu ve zimmete teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilerek tecziyesi yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle, fiili görevi ihmal kabul edilerek, 4758 sayılı Kanun gereği kamu davasının kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmesi kanuna aykırı,”

³³¹ Sözüer, **Suçla Teşebbüs**, s.165.

³³² Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.182; Turabi, **a.g.e.**, s.212.

Bankacılık zimmeti suçunun ihmali hareketle de işlenebileceği kabul edilmiştir. Doktrindeki genel görüşe göre bankacılık zimmeti suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde ihmali hareketin gerçekleşmesi ile suç tamamlanacağından ihmali hareket ile gerçekleştirilen bankacılık zimmeti suçuna teşebbüs mümkün değildir.³³³

Gönüllü vazgeçme TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”* Görüldüğü üzere suçun icra hareketlerinden failin kendi isteğiyle vazgeçmesi ya da icra hareketlerini tamamlamakla birlikte suçun tamamlanmasını ve neticenin gerçekleşmesini kendi çabası ile önlemesi durumunda gönüllü vazgeçmeden yararlanılabilir. İşlemeyi düşündüğü suçtan dolayı cezalandırılmaz. Failin icra hareketlerini gerçekleştirirken yaptığı hareketler başka bir suça vücut vermişse bu durumda fail sadece o suçtan cezalandırılır.³³⁴ Gönüllü vazgeçme suçun tamamlanmasından önceki aşamada söz konusu olabilir. Suç tamamlandıktan sonra gösterilen pişmanlıklar cezanın belirlenmesi aşamasında ya da şartları oluşuyorsa etkin pişmanlığın uygulanabilirliğinde göz önünde tutulur.³³⁵ Bankacılık zimmeti suçunda teşebbüs nasıl ki icra hareketleri kısımlara bölünebildiği ölçüde gerçekleşebiliyorsa; gönüllü vazgeçmede de benzer durum geçerlidir. Yukarıdaki örneği uyarlırsak; görevi gereği mudinin hesaplarını yöneten banka mensubu, mudinin bankadaki parasını zimmetine geçirmek için aldatıcı niteliği olan sahte resmi bir evrak düzenler ve bu sahte evrağı kullanarak mudini hesabından kendi hesabına para göndermek için bilgisayar sistemine komut verip de bu para henüz kendi hesabına geçmeden önce sistem yöneticisini arayıp işlemi iptal ederse, zimmet suçundan gönüllü vazgeçme gerçekleşmiştir. Ancak banka mensubunun

³³³ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.123; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212. Aksi görüş *“ihmal suretiyle icra suçlarına gelince, ör kasten öldürme fiili ihmali bir davranışla işlenmişse, bunlar aslında icra suçları olduğundan bu suçlara teşebbüs mümkündür.”* Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.324.

³³⁴ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.131-132; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.438; Hafizoğulları, Özen, **Ceza Genel**, s.322.

³³⁵ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.124; Turabi, **a.g.e.**, s.212; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212. *“Etkin pişmanlık gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilir. Etkin pişmanlığın ceza sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoktur.”* Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.445.

düzenlediği resmi belge sahte olduğu için resmi belgede sahtecilik suçu gündeme gelebilir. Burada banka personeli kendi rızası ile zimmet suçunun tamamlanmasını engellemiştir. Failin bu hareketi kabul edilen suç politikası gereği cezalandırılmaz.³³⁶

B. İştirak

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde iştirak gündeme gelebilir. Bankacılık zimmeti suçunda suça iştirak zorunlu bir unsur değildir. Suç tek kişi tarafından da işlenebilir. Suça iştirak TCK'nın 37, 38, 39, 40 ve 41. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere bankacılık zimmeti suçunu banka yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile banka mensupları işleyebildiği için bu suç özgü suç sayılmaktadır. TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere “*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*” Bu hüküm dikkate alındığında banka mensubu olmayan kişilerin suça dahil olması durumunda suçun faili olamayacakları, ancak yardım eden ya da azmettiren olabilecekleri kabul edilmektedir.³³⁷ Bu durum Yargıtay kararında da sabittir.³³⁸

³³⁶ Sözüer, **Suç Teşebbüs**, s.240.

³³⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.920; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176 Ergün, **Zimmet Suçu**, s.134; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.404; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212; İtişgen, **a.g.e.**, s.653; Bekri, **a.g.e.**, s.93; Tuğrul, **a.g.e.**, s.615; Baytemir, **a.g.e.**, s.520; Turabi, **a.g.e.**, s.212; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.] Polat, **a.g.e.**, s.117. “*Bağlılık kuralı özel faillik niteliğinin varlığını gerektiren suçların bu su sıfatı taşımayan kişilerin katılımı ile işlendiği hallerde, özel faillik vasfı olmadığından fail sayılmayanların işlenen fiilden sorumlu tutulabilmelerini sağlayan bir fonksiyon üstlenmiş olmaktadır.*” Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.485.

³³⁸ **Yargıtay 7. CD. 02.06.2014 tarih 2013/23039 E. ve 2014/11648 K. numaralı kararı**
“Sanık M.. K..’ın Akbank gişe memuru olması nedeniyle, banka müşterilerinin kimlik ve hesap bilgilerine ulaşarak, korumakla yükümlü olduğu banka parasını diğer sanıklar ile işbirliği yapıp birlikte zimmetlerine geçirdikleri cihetle, sanıkların yukarıda anlatılan şekilde gerçekleştirdikleri eylemlerinin bütün halinde 5411 sayılı Kanunun 160. ve 43. maddesindeki zincirleme biçiminde zimmet suçunu oluşturacağı ve banka zimmeti suçunun özgü suç olması nedeniyle ancak banka görevlisi, sanık M.. K.. tarafından işlenebileceği, bu suçun işlenişine iştirak eden, diğer sanıklar D.. Ş.. ve A.. Ş..’in ise 5237 sayılı TCK.nun 40/2. maddesi uyarınca, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği,”

Yargıtay 7. CD. 23.12.2013 tarih 2013/12726 E. ve 2013/25397 K. numaralı kararı

“Sanık ...’in, banka personeli olan sanık ... ile anlaşarak, halası olan müşteki İnci Güner’in bilgisi dışında, onun yerine sahte imza atarak, 31.03.2009 tarihinde bankadan, 20.000 Lira kredi talebinde bulunup, düzenlenen sahte kredi sözleşmesine istinaden, 02.04.2009 tarihinde, müşteki adına sahte imza atarak, 20.000 Liranın sanık ...’e ödendiği iddiasıyla sanıklar hakkında dava

Suçun birden fazla banka görevlisi tarafından birlikte işlenmesi durumunda müşterek faillik hükümleri uygulanır. Ancak bu durumda, suçun konusunun zilyetliği, her fail için ona görevi nedeniyle devredilmiş olmalı veya her failin, suçun konusunu oluşturan değeri koruma ve gözetme yükümlülüğü olmalıdır. Bu yükümlülüğü olmayan veya suçun konusu kendisine görevi nedeniyle devredilmemiş olan banka görevlisi bu suçun faili olamayacaktır. Örnek vermek gerekirse birden

açılmış olup, eylemlerin iddianamedeki anlatım şekli ve nitelemesi göz önüne alındığında, banka görevlisi olan sanık ... için zimmet suçunun, sahte belgeler ile kredi kullanan diğer sanık ... açısından ise zimmete iştirak suçunun oluşturacağı(...) sanığın zimmete iştirak suçundan cezalandırılmasının gerektiği nazara alınmadan, suç vasfında yanılığa düşülerek, yazılı şekilde, nitelikli dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarından ayrı ayrı hapis cezalarına hükmedilmesi, yasaya aykırı,”

Yargıtay 5. CD. 25.05.2011 ve 2011/4255 K. numaralı kararı

“ TC Ziraat Bankası gişe memuru olan sanık Hakkı'nın mudilerin hesaplarında oynamalar yapmak ve sahte ödeme fişleri düzenlemek suretiyle zimmetine geçirdiği paralardan 13.05.1996 ila 29.03.2000 tarihleri arasında olmak üzere muhtelif tarihlerde eniştesi olan sanık Orhan'ın banka hesaplarına 15000 DEM ve 9.457.000.000 TL'yi havale ettiği nazara alındığında, sanık Orhan'ın sanık Hakkı ile birlikte hareket ettiğinin kabulüyle zimmet eylemlerine yardım etmekten mahkumiyetine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi”

Yargıtay 7. CD. 6.7.2011 tarih 2011/4182 E. ve 2011/15824 K. numaralı kararı

“Sanık Bekir'in suç tarihinde Yapı Kredi Bankası A.Ş. K... şubesinde ticari kredi yönetmeni olarak görevli olup kendisine tevdi edilen para üzerinde denetim ve koruma sorumluluğunun bulunduğu/arkadaşı sanık Ahmet K.'nin azmettirmesi ile bankanın kredili müşterilerinden A... M... Tekstil Ltd. Şti., E... Ç... İnşaat A.Ş., G... Ç... Ltd. Şti., B... Otomotiv Ltd. Şti. adına şirket yetkililerinin bilgisi, talebi ve talimatı olmaksızın kredi hesabı açtığı, G... Çelik Ltd. Şti. adına açılan kredi hesabının teminatı olarak sahte senet tanzim ettiği, sahte ödeme talimatları düzenlemek suretiyle sanığın bankaya ait toplam 1.510.000 TL'yi çekerek zimmetine geçirdiği; 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160/2. maddesindeki hüküm uyarınca suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli, aldatıcı davranışlarla işlendiği, anılan eylemlerin nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanıklar hakkında basit zimmet suçunu işlediklerinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi,”

Yargıtay 5. CD. 16.10.2006 tarih 2006/7060 E. ve 2006/7931 K. numaralı kararı

“K1 ve F4 Otomotiv Yan San. Tic. Ltd. Şti. ortağına ödendiği yada banka görevlisi sanıkların üzerinde kaldığı, hayali hesaptan kapatılan bir kısım kredi borçları sanık K1 tarafından ödenmiş gibi gösterilerek bu kredilerden doğan banka alacağının adı geçene temlik edildiği, sonra sanıklar K2 ve K20'in imzalarını içeren yazılara dayanılarak bu kredilere ait taşınmaz ipotekleri kaldırılıp taşıt rehinleri serbest bırakılarak bir kısım taşınmaz ipotekleri ve tapu kayıtlarının onun üstüne almasının yada adına yapılmasının sağlandığının idari soruşturma raporu, bilirkişi kurullarının raporları, sanıkların kısmi ikrarları ve dosya içeriğinden anlaşılması karşısında; sanıkların işbirliği içerisinde hareket ederek önce çok sayıda usulsüz kredi işlemleriyle bankadan para çıkışını sağlayıp onlara çıkar sağladıktan sonra yine bankada oluşturulan hayali kaynakların bir bölümü ile bu kredi borçlarını kapatıp kalanını da mal edindikleri, dolandırıcılık suçunun oluşması için “ hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmasının” gerektiği, dava konusu olayda ise sanıklar K2 ve K20'in diğer sanığın azmettirmesi ve katılımıyla, görevleri gereği koruma ve gözetim yükümlülükleri altında bulunan parayı zimmete geçirmeleri eyleminde ayrıca dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı, kamu görevlisinin korumasına bırakılan değerleri kredi vermiş gibi göstererek üçüncü kişilere yönelik kazandırmasının da zimmet suçunu oluşturacağından, mahkemenin iddianamede dolandırıcılık ve zimmet olarak nitelendirilen fiilleri bütün halinde müteselsil nitelikli zimmet olarak kabulünde isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından”

fazla banka memurunun ortak zilyetliğine devredilmiş mallar üzerinde beraberce zimmet suçunu işlemeleri halinde veya biri banka memuru diğeri şube müdürü olan iki kişinin zimmet suçunu işleme kastı ile memurun işleminin amir şube müdürü tarafından onaylanması şeklinde işlenmesi hallerinde diğer şartlar da varsa müşterek faillik söz konusudur.³³⁹ Bu örneklerde banka mensubu olan her iki kişi TCK m.37 ye göre faildir.

C. İçtima

Uygulamada bankacılık zimmeti suçunun aynı fail tarafından birden çok kez işlendiği çokça görülür. Bu yüzden zincirleme suça ilişkin birçok yargı kararı bulunmaktadır.³⁴⁰ Zincirleme suç kanun hükmüne göre ; “Bir suç işleme kararının

³³⁹ Yöneticilerin suça iştirakinde gereken şartlar için bkz. Erman, **Bankacılık Suçları**, s.124-126. “Banka yönetim kurulunun yanlış ve eksik istihbarat yaptığını gerçeğe aykırı mali tablolar kullanıldığını bilerek ve isteyerek kredibilitesi olmayan bir kişiye kredi açmaları halinde suça iştirak söz konusudur” Taşdelen, **a.g.e.**, s.1465. Bu durumda bile yönetim kurulu oluşturan üyelerin hepsinin zimmete geçirme genel kastının olup olmadığı ayrı ayrı ele alınıp sonuca ulaşılmalıdır. Yoksa istihbarat raporlarını hazırlayan mensuplara güvenerek kredi açılması için onay verilmiş ise burada bankacılık zimmeti yerine dolandırıcılık suçu söz konusudur ve yönetim kurulu üyeleri suça iştirak etmiş olmaz. Yöneticilerin zimmeti bilme ancak engellememe gibi ihmali davranışlarıyla da suça iştirak mümkündür. Ergün, **Zimmet Suçu**, s.135.

³⁴⁰ **Yargıtay 7. CD. 01.03.2011 tarih 2010/12041 E. ve 2011/2181 K. numaralı kararı**
“Yargıtay CGK’nun 20.04.1999 gün ve 1999/61-74 sayılı Kararında belirtildiği gibi aynı suç işleme kararının varlığı, olaysal olarak suçun işlenmesindeki özellikler suçun işleniş biçimi, fiillerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, fiiller arasında geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri değerlendirilerek belirlenecektir. Önceki ve sonraki eylemler arasında subjektif bir bağlantı, aynı suç işleme kararı bulunduğunu gösterir.

Sanığın 2006-2008 yılları arasında aynı bankanın iki ayrı şubesinde görevli iken gerçekleştirdiği eylemlerinin en sonuncusu 08.02.2008 tarihli olup, her iki davaya ait iddianamelerin de bu tarihten sonra düzenlendiği ve böylece dava konusu eylemler arasında hukuki bir kesintinin de söz konusu bulunmadığı, eylemlerinin zincirleme biçimde zimmet suçunu oluşturabileceği de gözetilerek, her iki dosyanın birleştirilip sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı”

Yargıtay 7. CD. 11.11.2015 tarih 2014/24724 E. ve 2015/21802 K. numaralı kararı

“Suç tarihinde Denizbank şubesinde operasyon yönetmeni olarak görev yapan sanık hakkında, mudiler E. Ö. ve N. K. ortak hesabına aktarılmak üzere adı geçen mudilerce kendisine bankada elden verilmiş olan 18.727 TL paranın, 11.155 TL ni hesaba yatırdığı, 7590 TL’ni ise hesaba yatırmayarak zimmet yaptığı iddiasıyla bankacılık kanununda zimmet suçundan dava açılmış olup, iddianamedeki anlatım ve tüm dosya içeriğine göre sanığın anılan mudilere yönelik eyleminin de basit zimmet suçunu oluşturmaya sebebiyet vermesi nedeniyle, TCK 43/1 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri kapsamında kaldığı gözetilmeksizin eylem bölünerek ayrıca emniyeti suistimal suçundan dolayı suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi yasaya aykırı olup”

Yargıtay 5. CD. 09.11.1993 tarih 1993/3664 E. ve 1993/3973 K. numaralı kararı.

“10.1.1990 tarihli iddianame ile açılan kamu davasının Kahramanmaraş Ağır Ceza Mahkemesi’nde yapılan yargılaması sonunda 10.5.1990 günlü kararla TCK’nun 202/1-son ve 59.

icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda,” mümkün olmaktadır. Zincirleme suç söz konusu olduğunda faile zimmet suçunun cezası verilir ve o ceza m.43’deki oranlara göre arttırılır.³⁴¹ Birkaç yıl süren suçlarda bile suç işleme kararında bir birliktelik varsa zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. İşlenen suçlardan birinin basit diğerinin nitelikli zimmet suçu olması durumunda, nitelikli zimmet suçu esas alınarak zincirleme suç kuralları uygulanır.³⁴²

Bankacılık Kanunu’nda, TCK’daki fikri içtimaya benzer bir hüküm 161. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır.”* Benzer kanun maddesi, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22/10. maddesinde de yer almaktadır. Kanun koyucu bu hükümle somut olayın başka kanuna göre de suç oluşturması halinde özel norm genel norm karşılaştırmasının yapılmasını istememiş;

maddeleri uyarınca sanığın 2 sene 1 ay ağır hapis cezasıyla hükümlendirildiği, ancak mahkumiyete esas alınan eyleminin dışında 7.8.1991 günlü iddianame ile açılan bu davanın yapılan yargılaması sonucunda sanığın tarım kredi kooperatifi müdürü olarak görev yaptığı 3.3.1987 tarihinde müştekiler adına tanzim ettiği gerçek dışı borç senetleri ile toplam 1.800.000 lirayı kendi adına çekerek zimmetine geçirdiği anlaşılmış bulunmasına göre, sanığın bu dosyadaki eyleminin kesinleşen dosyadaki iddianamenin düzenlendiği 10.1.1990 tarihinden önce gerçekleştirilmiş olması nedeniyle tümünün müteselsil tek suç kabul edilerek zimmet suçundan kesinleşen ilk mahkumiyetine ilişkin ceza miktarı ile buna TCK. nun 80. maddesinin tatbik edilmesi halinde hükmedilmesi gereken ceza miktarı arasındaki fark kadar ceza tayini gerekirken ayrı bir eylem kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması”

³⁴¹ **Bkz. 5237 sayılı TCK m. 43** *“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”*

³⁴² Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1135; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.921; Baytemir, **a.g.e.**, s.518; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.213; Gülşen, **a.g.e.**, s.153. *“zimmetin eski TCK’nın 203. maddesinde düzenlendiği dönemde dahi iki suçun birlikte işlenmesi halinde zincirleme suça ilişkin hükmün uygulanmasının önünün açıldığını görmekteyiz.”* Bekri, **a.g.e.**, s.90.

Yargıtay CGK. 05.02.1990 tarih 1989/129 E. ve 1990/14 K. numaralı kararı

“Bu açıklamalara göre ihtilasin zimmetten bağımsız bir suç olmayıp, zimmetin vasıflı bir hali olduğunu kabulde zorunluluk bulunmaktadır.

Somut olaya baktığımızda sanık hukuki ve fiili kesinti olmaksızın kısa fasılalarla aynı suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak iki kez ihtilas, iki kez de adi zimmet yoluyla suça konu parayı mal edinmiştir. Bu fiilen kanunun aynı hükmünün ihlali olup tek suç kabul edilerek ihtilas suçundan hüküm kurulmalı ve 80. madde ile cezasından artırma yapılmalıdır.”

cezası daha ağır olan suçun uygulanmasını istemiştir.³⁴³ Maddede yer alan ikinci cümlede Ticaret Kanunu'nun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklı tutulmuştur. Buna göre TTK'da düzenlenmiş ceza içeren maddeler de söz konusu olduğunda gerçek içtima hükümleri dolayısıyla iki kanundaki suçtan sorumluluk gündeme gelecektir.³⁴⁴ Kimi yazarlarca Bankacılık Kanunu'nun 161. maddesinde düzenlenen bu hüküm, genel kanunlarda da fikri içtima düzenlendiği için gereksiz görülmüştür.³⁴⁵ Doktrindeki diğer yazarlar da kanun koyucunun Bankacılık Kanunu'nda bu şekilde bir hükme yer vermekle bankacılık düzenine karşı herhangi bir suç işlendiğinde faile her zaman daha fazla ceza verilmesini amaçladığını belirtmişlerdir.³⁴⁶ Bu içtima maddesinin zimmet suçu bağlamında uygulaması, 4389

³⁴³ “Bu şekilde asal- yardımcı norm ilişkisi kurulmuş ve bankacılık kanunu normlarının daha ağır cezayı gerektiren normlar karşısında sarıh ve nispi yardımcı norm olarak geri çekilmesini, asal norm olarak daha ağır cezayı içeren normun uygulanması sağlanmıştır.” Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.82-83. Donay'ın bu konu hakkında verdiği örneğe göre “zimmet suçunu işleyen bankanın mensupları, bu eylemi Türkiye Cumhuriyetine karşı silahlı eylemde kullanmak üzere gerçekleştirmişlerse TCK'nın 313. maddesi uygulanacaktır. Çünkü bu maddedeki suçun cezası daha ağırdır.” Donay, **Bankacılık Ceza**, s.120. Kanaatimizce Donay'ın verdiği bu örnekte iki suç vardır ve failin gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Bankacılık zimmeti suçunun kurulmuş bir örgüt çatısı altında işlenmesi halinde failerin suç örgütü kurma yönetme veya üye olma fiilleri bankacılık zimmetinden ayrı birer eylem niteliğinde olduğundan gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılırlar. Bkz. Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212.

³⁴⁴ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.84. “TTK hükümlerinin saklı tutulması bankaya zarar verenlerin nesnel sorumluluğunun bu kanuna göre düzenleneceğini belirtmek için getirilmiştir. Ancak kanun yapma sistematigi yönünden burada yer alması doğru olmamıştır. Çünkü TTK ceza hükümleri içeren bir yasa olmayıp verilen maddi zararların karşılanması için uygulanacak yasadır.” Donay, **Bankacılık Ceza**, s.120. TTK hükümlerine göre sorumluluktan, yönetim kurulu üyeleri ve banka mensuplarının kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal etmeleri halinde ortaya çıkan hukuki sorumluluk kastedilmiştir. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2072.

³⁴⁵ “Mevcut Bankalar Kanunu'nun zimmete ilişkin hükümlerinin TCK'nın zimmete ilişkin hükümlerine göre daha ağır olduğundan şimdilik bunun pratik bir faydası yoktur.” Baytemir, **a.g.e.**, s.519. “Bu düzenleme olmasaydı dahi, birer anonim şirket olan bankaların ve örneğin yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları hakkında TTK hükümlerinin uygulanacağı kuşkusuzdur.” Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2340. “Artık tüm bankalar özel hukuk hükümlerine tâbidir. Bu nedenle özel ve kamu yani tüm bankalar bakımından TCK m. 247'nin uygulama alanı kalmadığı için, TCK m. 247 ile Bankacılık Kanunu m. 161 arasında içtima ilişkisi söz konusu olmayacaktır.” İtişgen, **a.g.e.**, s.654.

³⁴⁶ Dursun, **Bankacılık Düzeni**, s.83. “Kanunun (7129 sayılı mülga bankalar kanunu) 77. maddesinde yer alan hüküm hiç te lüzumsuz bir tekrar niteliğinde değildir. Gerçekten bu hüküm bulunmasa idi hem TCK ya hem de bankacılık kanununa veya 70 sayılı KHK'yı ihlal eden bir suç işlendiğinde özel kanun sıfatıyla daima BankK. veya 70 sayılı KHK uygulanacak hatta daha hafif olsa bile bu yola gidilecekti. İşte 77. madde cezası daha ağır olduğu takdirde TCK'nın tatbikine imkan vermekle esasta kanunlar ihtilafına ilişkin olan bir problemi daha ağır cezayı ihtiva eden kanun lehine olmak üzere çözümlenmiş...” Erman, **Bankacılık Suçları**, s.128.

sayılı Kanun döneminde kamu bankası çalışanları hakkında birçok kez söz konusu olmuştur.³⁴⁷

V. YAPTIRIM

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bankacılık zimmetinin basit halinde (m.160/1) öngörülen yaptırım kanunda; "altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler." şeklinde düzenlenmiştir. Nitelikli zimmet suçunda (m.160/2) ise; "on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re'sen ödettirilmesine hükmolunur."

Görüldüğü üzere bankacılık zimmeti suçunda yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ile adli para cezası aynı anda uygulanmakta ve bankanın uğradığı zarar hesaplanarak tazmin edilmektedir. Suçun yaptırımı olarak adli para cezasının ve suçun tazmininin birlikte düzenlenmesi hükümlünün ödemede önceliği adli para cezasına verdiği için eleştirilmektedir. Hükümlüye adli para cezasını ödememesi halinde tazyik hapsi uygulanacağı için hükümlünün bankanın zararını karşılama imkanı zayıflatılmaktadır.³⁴⁸ Çünkü hükümlü doğal olarak önceliği adli para cezasına vermektedir.

³⁴⁷ **Yargıtay 5. CD. 27.09.2001 tarih 2001/5291 E. ve 2001/5346 K. numaralı kararı**

"4389 sayılı Bankalar Kanunun 22. maddesinin 10. bendi bir fikri içtima düzenlenmesi olup KİT şeklinde örgütlenmiş Ziraat Bankasında görevli iken atılı suçu işlediği anlaşılan sanık hakkında ağır para cezası, kamu bankalarına karşı işlenen suçlarda artırım ve memuriyetten müebbeten mahrumiyet gibi daha ağır hükümler içermesi nedeniyle 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 11/b. maddesinin yollamasıyla TCK.nun 202 ve müteakip maddeleriyle uygulama yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır."

Yargıtay 7. CD. 12.06.2002 tarih 2002/9327 E. ve 2002/9059 K. numaralı kararı.

"4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi hakkında Kanunun yürürlük tarihi ve 2. madde 2. bendinde öngörülen geçiş döneminde nazara alınarak suç tarihin anılan yasadaki önce olduğu ve fiilin Kamu bankası aleyhine işlendiği ve 4389 sayılı Yasanın 22/10. madde ve bendi delaleti ile TCK. nun 202. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi,"

³⁴⁸ "Adli para cezası yerine TCK m.55'deki müsadere hükümlerinin uygulanması yeterlidir." Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.90,92.

Bankanın uğradığı zararın tazmininde ağır ceza mahkemesi bir özel hukuk mahkemesi gibi davranarak zararı hesaplamalı ve hüküm kısmında bu zararı açıklamalıdır.³⁴⁹ Bu düzenlemenin ilk bakışta usul ekonomisini sağlamak üzere getirildiği anlaşılmaktadır.³⁵⁰ Doktrindeki diğer görüşe göre bankacılık zimmeti suçunda yüksek zararların ortaya çıkma ihtimali bulunduğu ve maddi tazminat davalarının harcı yüksek çıkacağı için kanun koyucu mağdur ve suçtan zarar göreni gözetmek için bu şekilde bir yaptırım maddesi düzenlenmiştir.³⁵¹

Ceza davaları ile özel hukuk davalarında delillerin değerlendirilmesi farklılık arz etmektedir. Ağır ceza mahkemesinin verdiği zararın tazmini kararı istinaf ve temyiz aşamalarında yine ceza daireleri tarafından incelenecektir. Ceza hakimi maddi tazminatı belirlerken özel hukuk kurallarına sadık kalmalıdır. Yargıtay kararından³⁵² anlaşıldığı üzere ceza mahkemesi sadece bankanın zararını suç tarihindeki değere göre tespit edecektir. Suç tarihinden itibaren işletilen faizin belirlenmesi hukuk mahkemelerine bırakılmıştır. Dolayısıyla usul ekonomisi amacının sağlanması pratikte mümkün olmamaktadır.³⁵³ Hukuk tekniği açısından da doğru görülmeyen maddi tazminatın ceza mahkemesince belirlenmesi şeklindeki düzenleme, TCK'daki zimmet suçu açısından da terk edilmiştir.³⁵⁴ Bu duruma iki kanunun farklı komisyonlarca hazırlanmaları sebep olmuş olabilir.

Bankacılık zimmeti suçunun iştirak halinde işlenmesi durumunda ceza hakimi haksız fiillerden doğan zararın tazmini hükümlerine göre zararı tespit edip

³⁴⁹ “Ceza mahkemeleri tarafından, faillerin bankanın uğradığı zararı tazmine mahkum edilmesi, yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu’nun sistemine uygunluğu açısından tartışma yaratacak bir düzenlemedir.” İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.408.

³⁵⁰ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.152.

³⁵¹ İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.410.

³⁵² **Yargıtay 7. CD. 2.11.2011 tarih 2008/13185 E. ve 2011/18429 K. numaralı kararı.**

“Zimmet nedeniyle meydana gelen Banka zararının ödettilmesine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, hukuk mahkemelerinde dava konusu olabileceği de gözetilmeden, zararın talep tarihi olan 15.07.2004 tarihinden itibaren hesaplanacak kanuni faizi ile birlikte ödettilmesine hükmolunması yasaya aykırı”

³⁵³ Uzun süren yargılamalar zimmete geçirilen para üzerinde bir takım faizlerin suçun işlendiği günden itibaren işlenmesine sebep olur. Ceza mahkemesince verilen kararda faiz alacağı yer almadığı için illaki özel hukukta dava açma durumu doğacaktır. Aksi görüşte olan Özgenç kanuni faiz alacaklarına da ceza mahkemesi tarafından karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.92.

³⁵⁴ 765 sayılı mülga TCK’nın zimmet suçunu düzenleyen 202 ve 203. maddelerinde oluşan zararın tazminine ilişkin maddeye yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK ile oluşan zararın tazminine ilişkin hükme yer verilmemiştir.

ödetmelidir. Birden çok kişi fiilleriyle zarara yol açmışsa bu kişiler zarardan müteselsil olarak sorumlu tutulmalıdırlar.³⁵⁵ Yargıtay bu görüşe aksi yönde verdiği kararında³⁵⁶ “Sanıkların fiilleri sonucu oluşan banka zararının her bir sanık bakımından ayrı ayrı olmak üzere kesin olarak belirlenip, hangi sanığın oluşan bu zararı ne miktarda tazmin ettiği ve tazmin edilmeyen banka alacağından hangi sanığın ne miktarda sorumlu olacağı hususlarının konunun uzmanı bilirkişi marifetiyle tesbit edilerek sonucuna göre” karar verilmesini istemiştir. Kanaatimizce zararın ceza mahkemesince tazmininin etkin şekilde uygulanabilmesi için; özel hukukta zararın tazmini, hangi hükümlerden yararlanılarak yapılıyorsa ceza mahkemesi de o hükümlerden yararlanmalıdır.

Basit zimmet suçunda zararın tazminine karar verilmesi düzenlenmişken; nitelikli zimmet suçunda re’sen ödettilmesine karar verilmesinin ne anlama geldiği tam anlaşılamamaktadır. Donay bu durumu “sanki önce mahkeme failden zararı ödemesini isteyecek, ödemediği takdirde mahkemece ödettilmesine hükmolunacaktır.” şeklinde açıklamaktadır.³⁵⁷ İnecoğlu ise bu durumu tam bir netlik olmamasına rağmen, mahkeme birinci fıkra taleple halinde bankanın zararını tazmine karar verecek ikinci fıkra ise resen tazmin kararı verecek şeklinde anlamlandırmaktadır.³⁵⁸ Kanaatimizce mahkeme talep olup olmamasına bakmaksızın nitelikli zimmet halinde de ilk fıkra olduğu gibi zararın tazminine karar vermelidir. Metin ele alınırken özenli davranılmamıştır.

Bankacılık zimmeti suçunun basit halinde yaptırım olarak öngörülen adli para cezası ile nitelikli zimmet suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezasında cezanın üst ve alt sınırı tam olarak belirlenmemiştir. Bu durumda hakim TCK’daki genel hükümlerden yararlanarak hürriyeti bağlayıcı cezaya ve adli para cezasına hükmedecektir. Örneğin hapis cezasına karar verirken üst sınır TCK m.49 gereği yirmi yıl olarak esas alınmalıdır. Adli para cezasının alt sınırı da TCK m.52 ye göre beş günden az olamaz.

³⁵⁵ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.172.

³⁵⁶ Bkz. Yargıtay 7. CD. 30.6.2005 tarih 2004/3661 E. ve 2005/10299 K. numaralı kararı.

³⁵⁷ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.115.

³⁵⁸ Yazar yazısının devamında zararın tazmini için herhangi bir talebin aranmadığını belirtmiştir. İnecoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.409.

Nitelikli zimmette adli para cezasının bankanın zararından az olamayacağı düzenlenmiştir.³⁵⁹ Suçtan elde edilen menfaatlere veya uğranılan zarara göre değişen para cezalarına doktrinde nispi para cezası adı verilmektedir.³⁶⁰ Nispi para cezası 765 sayılı Ceza Kanunu’nda, hafif ve ağır adli para cezaları ile birlikte düzenlenmiştir. Ancak yürürlükteki TCK’nın ilk halinde nispi para cezaları yer almamaktadır. Ancak daha sonra yapılan değişiklikler ve ceza hükmü içeren kanunlarda nispi para cezalarına yer verildiği görülmektedir.³⁶¹ Nispi para cezaları, adli para cezası belirlenirken uygulanan “gün para cezası” sisteminden farklılık arz ettiği gibi TCK m.61 açısından da problemlidir.³⁶² Yargıtay bu problemlili durumu içtihatlarla çözüme yolunu seçmiştir. Buna göre mahkeme öncelikle TCK m.61’e göre bir parasal miktar belirlemeli, daha sonra failin işlediği suçta yer alan nispi para ceza miktarına göre, arttırılmasına karar vermelidir.³⁶³

VI. KREDİ SÖZLEŞMELERİ ÇERÇEVESİNDE BANKACILIK ZİMMETİ SUÇUNUN İŞLENMESİ

A. Kredinin Tanımı ve Unsurları

Günümüzde kredi işlemleri, mevduat işlemleri ile birlikte bankacılık faaliyetlerinin büyük bir çoğunluğunu oluşturmaktadır. Böylesine fazla yapılan bir işlem üzerinde suç işlenmesi de haliyle çokça görülecektir. Bankacılık zimmeti suçunun üzerinde en çok işlendiği bankacılık faaliyetini kredi işlemleri oluşturmaktadır.³⁶⁴ Her kredi işleminde başkasına kazandırma söz konusu olduğu

³⁵⁹ Bkz. BankK. m.160/2.

³⁶⁰ Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomik Ceza Hukukuna Etkileri”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s.2247.

³⁶¹ Dursun, **Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomik Ceza Hukukuna Etkileri**, s.2247-2248.

³⁶² Donay, **Bankacılık Ceza**, s.115; Dursun, **Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomik Ceza Hukukuna Etkileri**, s.2248.

³⁶³ Bkz. Yargıtay 11. CD. 11.06.2007 tarih 2007/157 E. ve 2007/3988 K. numaralı kararı ile Yargıtay 11. CD. 16.10.2007 tarih 2007/5158 E. ve 2007/5701 K. numaralı kararı.

³⁶⁴ Bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi nedenleri çeşitlidir. Örnek vermek gerekirse ülkedeki iktisadi gelişmeler veya bunalımlar zimmet suçunun işlenmesini etkilemektedir. Bankacılık zimmeti suçunun işlenmesinde failin içinde bulunduğu psikolojik durumlar da etkilidir. Faili suçu işlemeye iten maddi veya manevi nedenler olabilir. Görüldüğü üzere zimmet suçunun işlenmesinde makroekonomik değişiklikler etkili olabildiği gibi mikro ekonomik değişiklikler de

için açılan kredinin geri dönmemesi halinde aslında bankanın maddi bir kaybı ortaya çıkmaktadır. Ancak bankacılık zimmeti suçunun oluşması için diğer unsurların da değerlendirilmesi gerekir.

Kredi sözleşmeleri çerçevesinde bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi konusunda doktrinde yapılan açıklamalara geçmeden önce kredi kavramının tanımının unsurlarının ortaya konulması gerekmektedir. Ülke mevzuatlarında genel olarak kredinin tanımını yapılmamış bu alan bankacılık faaliyetlerinin gelişimi de göz önünde bulundurularak doktrine terk edilmiştir. Latince kökenli kelime olan “*credere*” kelimesinden gelen kredi en basit tanımıyla “borç ödemede güvenilir olma”, “güven, saygınlık, itibar” anlamlarına gelmektedir.³⁶⁵ Kredi açılan kişinin kendisine güvenilemeyecek bir kişi olması halinde, yani kredisi olmayan kişiye bankanın kredi vermesi durumunda diğer şartlar da varsa bankacılık zimmeti suçu oluşabilir.³⁶⁶ Kredinin ekonomik açıdan tanımı ise; “*hazır bir satın alma gücünün kullanılmasından belli bir süreyle diğer bir kişi lehine vazgeçilmesi veya bu gücün ona terkedilmesidir.*”³⁶⁷ Bu tanıma göre kredi verme bir tür finansman sağlamadır. Aslında herkes tarafından yapılabilir. Söz gelimi bir akrabaya araba alması için ödünç para verilmesi de kredi tanımı kapsamındadır. Ancak kredi verme işinin ticari anlamda yapılması imtiyazı, kanunda belli işletmelere tanınmıştır. Konumuz çerçevesine incelediğimiz Bankacılık Kanunu’nda banka olarak sayılan kuruluşlar kredi verme işini ticari olarak yürütebilirler.

Bankacılık açısından kredi, “*Bir bankanın yapacağı istihbarat neticesinde, tabi olduğu yasaların öngördüğü sınırlar içerisinde, özellikle mevcut kaynak ve limitleri göz önünde bulundurarak, gerçek ve tüzel kişilere, uygun gördüğü*

etkili olabilmektedir. Afşin Şahin, “Takipteki Krediler Oranı ve Mevduatların Bankacılıkta Zimmet Suçuna Etkileri”, **Sayıştay Dergisi**, S.109, 2008, s.171 vd.

³⁶⁵ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.477; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.685; Bilgen, **a.g.e.**, s.117; Kaya, **a.g.e.**, s.349. Kredinin sübjektif unsuru bir kişinin ödeme kabiliyetine ve ödeme isteğine duyulan güvendir. Kendisine Güvenilen kişi kendisine duyulan güvenden yararlanarak kredi alma gibi çeşitli olanaklardan yararlanır. Davut Gürses, **Banka Genel Kredi Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.10.

Bkz. TDK sözlüğü (çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c8f403d6cf922.55584904 (18.02.2019).

³⁶⁶ Kredi ilişkisi esasen güven esasına dayanmaktadır. Kredi ilişkisinde kredi veren ve kredi alan olmak üzere iki taraf vardır. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.93.

³⁶⁷ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.477. Benzer şekilde Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.94.

teminatlar çerçevesinde verdiği para, kefalet, garanti şeklindeki ekonomik değerlerdir.”³⁶⁸ Tanımdan da anlaşılacağı üzere kredilendirme faaliyetleri çok geniş bir kavramdır. Kredi verilmesi amacıyla birçok sözleşme veya hukuki işlem yapılabilir. Bu sözleşmelerin tek tek incelenmesi çalışma konumuzu gereksiz uzatacağından genel kredi açma sözleşmesinden bahsetmekle yetineceğiz.

Doktrinde, kredinin tanımlarından yola çıkılarak her kredi ilişkisinde var olan unsurlar tespit edilmiştir. Bu unsurlar zaman unsuru, gelir unsuru, güven unsuru, risk unsuru olarak sınıflandırılmıştır.

Zaman unsuruna göre her kredi ilişkisinde belirli süre sonunda alınan kredinin geri ödenmesi taahhüdü bulunmaktadır. Zaman unsuru baştan itibaren belirlidir ve kredi alana bu süre sonuna kadar krediyi oluşturan parayı kullanması için serbestlik tanınır. Zaman unsurunun artması risk unsurunu da etkileyecek buna bağlı olarak hesaplanan getiri de artacaktır. Geleceğin belirsizliği düşünüldüğünde zaman ile risk arasında doğru orantı vardır diyebiliriz.³⁶⁹ Kredi açma sözleşmesi ile açılmış olan banka kredisinin süresi birbirinden farklı olabilir. Kredi açma sözleşmesi belirsiz süreli olarak kurulabilirken; verilen banka kredisinin vadesi uzun süreli de olsa belirli olmalıdır.³⁷⁰

Banka tüzel kişisi TTK’ya göre tacir sayılır. Yaptığı işlemlerde kar amacı gütmektedir. Bankaların gelir kaynakları içinde önemli bir yere sahip olan kredi verme faaliyeti sonucu banka sözleşmede belirtilen faiz oranlarına göre belli bir gelir elde eder. Elde edilmesi düşünülen gelir ülkenin ekonomik durumuna, ekonomi üzerindeki genel riske, kredi verilen kişinin özelliklerine, kredinin miktarına göre birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Getiri değer olarak her kredi ilişkisinde farklı miktarlarda olsa da, kredi ilişkilerinde mutlaka bir getiri vardır.³⁷¹ Banka kredi vermekle iki tür getiri elde eder. Bunlardan biri faiz geliri, diğeri de komisyon

³⁶⁸ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.94-94.

³⁶⁹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.95; Kaya, **a.g.e.**, s.353; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.685.

³⁷⁰ Başak Şit, **Türk Hukukunda Banka Kredisine Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar**, Ankara, Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011, s.89.

³⁷¹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.96.

geliridir.³⁷² Faiz geliri nakdi kredilerin ana gelir unsuru iken komisyon geliri teminat mektubu gibi daha ziyade gayri nakdi kredilerin gelir unsurudur.

Bankacılık faaliyetlerinin genelinde bankaya karşı güven duyulmaktadır. Bu güveni sarsıcı hareketler de bankacılık zimmeti suçunda olduğu gibi cezalandırılmıştır. Kredi ilişkilerinde diğer bankacılık faaliyetlerinden farklı olarak müşteriye (kredi müşterisi) olan güven bankaya olan güvenden daha ağır basmaktadır. Kredi ilişkisinde güven unsuru, belli bir zaman geçtikten sonra kredi konusu paranın geri ödeneceğinden emin olunması halinde sağlanacaktır. Bu güven kredi borçlusunun karakterine ve kapasitesine bağlıdır.³⁷³ Karakter unsuru güvenin sübjektif unsurunu oluşturur. Kredi borçlusunun krediyi ödeme istekliğini ve kararlılığını ifade etmektedir. Kişiye bağlı değişim gösteren bir olgudur. Banka kişinin karakterini tespit ederken daha önce kullanılan kredilerin ödeme oranı veya kredi derecelendirme notuna bakar ve kredi kullandırmak için bu karakterin yetip yetmediğini belirler. Kapasite ise krediyi geri ödeme imkanına sahip olmasıdır. Bu alt unsur kredi verip vermeme konusunda daha etkindir. Kapasite unsurunun belirlenmesinde genel olarak kredi borçlusunun gelirlerine, giderlerine diğer borçlarına, krediyi ödeme imkanına ve varsa teminatlarına bakılır. Kredi ilişkisindeki güvenin zedelenmesi halinde ise kredinin tasfiyesi ve iptali gerçekleştirilir.³⁷⁴ Bankacılık zimmeti suçunda, kredinin güven unsuru, aslında somut göstergelere dayanılarak baştan itibaren sağlanmamıştır ancak banka mensubu fail bu unsurun sağlanmadığını bilerek kredi açma fiilini gerçekleştirmiş ve böylece zimmete yol açmıştır.

Kredinin son unsuru ise risk unsurudur. Kelime anlamı “zarara uğrama tehlikesi” veya umulan sonuçtan sapma olasılığı olarak kabul edilebilir.³⁷⁵ Kredi ilişkisi bakımından risk, verilen kredinin veya üstlenilen taahhüdün kredi tahsil edilinceye veya taahhüt ortadan kalkıncaya kadarki kredi şartlarına uyulmaması

³⁷² Kaya, **a.g.e.**, s.354; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.686.

³⁷³ Eren, **a.g.e.**, s.503; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.686.

³⁷⁴ Kaya, **a.g.e.**, s.353.

³⁷⁵ Şit, **a.g.e.**, s.59.

olasılığıdır.³⁷⁶ Bu riskten farklı olarak piyasadaki dalgalanmalar nedeniyle de bankanın zarara uğrama ihtimali vardır.

Kredi riski kendi içerisinde üç alt riski birlikte içermektedir. Bu riskler karşı taraf kredi riski, gelecek değer riski ve kredi borcu teminatlarının taşıdığı risktir.³⁷⁷ Karşı taraf kredi riski yukarıda açıklandığı üzere kredi borçlusunun krediyi geri ödememesidir. Gelecek değer riski verilen kredini gelecekteki değerinin önceden saptanamaması riskidir. Bu risk makroekonomik değişimlerden etkilenmektedir. Özellikle enflasyonun yüksek olduğu veya yıllara göre büyük değişiklikler gösterdiği ülkelerde gelecek değer riski yüksektir. Kredi borcu teminatlarının taşıdığı riskler ise kredi sözleşmesi ile kredi borcu için borçludan ipotek veya kefil gibi belli bir teminat alınmışsa söz konusu olacaktır. Teminatların kredi borcunu karşılayamaması ya da değerlerinin düşmesi veya kefilin temerrüde düşmesi hallerinde kredi riski de yükselir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 49. maddesinde risk grupları oluşturulmuş ve böylece bankaların kredi tahsis süreçlerinde kredi borçlularının risklerini hesaplarken aynı risk grubuna girenlerin birlikte ele alınması sağlanmıştır. Mevcut risklerin tek bir müşteri ya da birbiriyle bağlantılı grup üzerinde yoğunlaşması bankanın zararına yol açabileceğinden kredi verirken kişinin risk grubunun araştırılması büyük önem taşımaktadır. Risk grubu içinde temerrüde düşen bir kişi varsa, o kişi aynı risk grubu içindeki tüm kişilerin kredi ilişkisine girmesini etkileyecektir. Bu durumun bankalar tarafından incelenebilmesi gerektiğinden risk grubu maddesi kaleme alınmıştır.³⁷⁸

Kredi ilişkisinin doğası gereği risk her zaman olacaktır. Bankaların güttüğü amaç bu riskin minimum düzeye indirilmesidir. Bankalar bunu gerçekleştirirken kredi açma sürecinde gerekli istihbarat çalışmalarını yaparlar. Yapılan istihbarat

³⁷⁶ Kaya, **a.g.e.**, s.353; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.685; “Risk kredi alanın borcunu sözleşmede belirtilen koşullara uygun olarak yerine getirememesi olasılığını ifade eder.” Şit, **a.g.e.**, s.66.

³⁷⁷ Şit, **a.g.e.**, s.67 vd.

³⁷⁸ Risk grupları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.970 vd.; Murat Şahin, **Güncel Bankacılık Hukuku**, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s.81 vd. “Bankacılık Kanunu risk grubunu tek kişi olarak düşünmüş ve onun kullanabileceği krediyi bir gerçek veya tüzel kişinin kullanabileceği kredi sınırına ilişkin kurala bağlamıştır.” Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.233.

çalışmalarından sonra, riskin makul düzeyde olmadığı saptanıyorsa kredi açmama yönünde karar verilmelidir. Hesaplanan riskin kendileri için makul olup olmadığının tespiti bankanın inisiyatifindedir.³⁷⁹ Bu durum bankanın elindeki likide veya ekonomik koşullara göre zaman içinde değişiklik gösterebilir. Ancak bazı durumlarda kredinin riski bariz şekilde yüksektir. Öyle ki kredi borçlusunun krediyi ödeyememesi ya da ödememesi durumu kesine yakındır. Risk artık risk olmaktan çıkıp zarar olarak görülmektedir. Bu şekilde bir durum mevcut olduğunda banka mensubunun kredi vermesi halinde bankacılık zimmeti söz konusu olabilir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kredinin tanımı yapılmamış ancak hangi işlemlerin kredi sayılacağı 48. maddede belirtilmiştir.³⁸⁰ Maddeye bakıldığında aslında kredi sayılmayan ancak sahip oldukları riskler nedeniyle kredi olarak sayılıp kredi sınırlamalarına tabi olması istenen işlemler de kredi kapsamında gösterilmiştir. Örneğin diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları, bankanın şirketlere iştirak etmesi ve kurulca kabul edilen diğer işlemler kredi sayılmışlardır. Teknik anlamda krediden söz edebilmek için risk altına giren bankanın rücu edebiliyor olması gerekir.³⁸¹ Kanunda sayılan işlemlerden genellikle nakdi krediler ve gayrinakdi krediler üzerinde bankacılık zimmeti suçunun işlendiği görülmektedir.

Bankacılık zimmeti suçunun krediler üzerinde işlenmesi halinde hangi kredi işleminin zimmet suçunu oluşturduğu, hangisinin de usulüne uygun açılan kredi olduğunun daha iyi anlaşılabilmesi için kredi türlerinin ne olduğu ve genel kredi

³⁷⁹ Mehmet Yazıcı, **Bankacılıkta Kredi Tahsisi**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara ,Seçkin, 2018, s.55 vd.

³⁸⁰ **Bkz. 5411 sayılı Kanun Madde 48.-** Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdi krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

³⁸¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.873. “*Kredi sistemimizin esası risk yaklaşımıdır.*” Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.222. Kanunda sayılan krediler geniş anlamda kredidir. Bankacılık zimmeti suçu dar anlamda kredi sayılan işlemler üzerinde işlenir bu işlemler de belirtildiği üzer bankanın bir başkasına rücu edebildiği kredi işlemleridir.

sözleşmesinin hukuki niteliği kavramlarından bahsetmek gerekmektedir. Daha sonra da hangi kredi işlemlerinin zimmet suçunu oluşturduğu hakkında doktrindeki tartışmalara yer verilecektir.

B. Banka kredilerinin Sınıflandırılması

Yukarıda da anlatıldığı gibi Bankacılık Kanunu nelerin kredi olduğunu belirli bir düzen olmaksızın sayma yoluyla belirtmiştir. Kanunda krediler bakımından herhangi bir sınıflandırma yapılmadığı gibi, sınıflandırma ölçütü de belirtilmediği için doktrinde kredilerin birçok şekilde sınıflandırıldığını görmekteyiz. Her sınıflandırma kendi içinde doğru olabilir ama konu bütünlüğünün dağılmaması için yıllardan beri yapılan en klasik ve konumuz açısından da yararlı olduğunu düşündüğümüz sınıflandırma türlerine ağırlık verilecektir. Bu bağlamda banka kredilerinin niteliklerine göre teminatlarına göre ve faydalananlara göre olan ayrımları incelenecektir.

1. Banka Kredilerinin Niteliklerine Göre Sınıflandırılması

Bu sınıflandırmada esas alınan ölçüt bankaların kredilerde üstlendikleri yükümlülüğe göre yapılan ayrımdır. Buna göre krediler nakdi ve gayrinakdi olarak ikiye ayrılmaktadır.

Bir kredi ilişkisinde bankanın müşteriye bir miktar parayı belli bir süre boyunca tahsis etmesi söz konusu ise bu krediye nakdi krediler adı verilmektedir.³⁸² Bankacılık faaliyetlerinden en önde gelen bankacılık işlemi nakdi kredilerdir. Nakdi krediler Türk parası üzerinden ya da yabancı para üzerinden kullanılabilir. Kredinin tahsisi ile kredinin kullanılması ayrı terimlerdir. Şöyle ki; kredi açma sözleşmesi ile belli bir miktar paranın kredi olarak verilmesine karar verilebilir. Ancak kredi borçlusunun tahsis edilenden daha az parayı çekmesi halinde o çektiği miktar kadar kredi kullanmış sayılır. Kredi tahsisi ve kredi kullanılması kavramları arasındaki ayrım bankacılık zimmeti bakımından önemlidir. Kısaca anlatmak gerekirse, bankacılık zimmetinin oluşması için herhangi bir zarar meydana gelmesini

³⁸² “Özü itibariyle bir miktar paranın ödünç verilmesi olarak da ifade edilebilir” Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.15.

arayanlara göre, kredinin kullandırılmasıyla bankacılık zimmeti suçu oluşur. Kredi tahsisi icra hareketi sayıldığı ölçüde suça teşebbüs olarak kabul edilebilir. Kredi tahsisi ve kredi kullanma aynı miktarlar olabileceği gibi cari hesap şeklinde işleyen kredilerde olduğu üzere farklı miktarlar da olabilir. Cari hesap şeklinde işleyen kredilerde müşteri nakde ihtiyaç oldukça bu hesaptan kredi çekmek, nakdi olduğunda da kredileri kapatmak suretiyle kredi kullanır.³⁸³ Genelde karşılaşılan nakdi kredi türü ise kesin vadeli kredilerdir. Bu kredi türünde kredi tutarının tamamı müşterinin hesabına yatırılır müşteri de daha önce sözleşmede belirlendiği süre içerisinde krediyi ödeyerek kapatır.³⁸⁴ Bazen de müşteri temlik cirosu ile bankaya tevdi ettiği kıymetli evrakın peşin değeri karşılığında bankadan nakdi kredi alarak kullanır. Bu kredi türüne de iştira (iskonto) yolu ile kullandırılan krediler diyebiliriz.³⁸⁵ Nakdi krediler yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Altın, gümüş, platin kredisi, tüketici kredisi,³⁸⁶ faktöring kredisi, lombard kredisi ve fortafting kredisi gibi teminat özelliği göstermeyen bankanın kullanması için kredi borçlusuna nakit olarak para verdiği kredi ilişkileri nakdi krediler sınıfına girerler.

Gayri nakdi kredilerde ise üçüncü taraf vardır. Banka gayri nakdi kredilerde müşterisi lehine üçüncü kişilere karşı bir taahhüt altına girmektedir.³⁸⁷ Çoğu durumda bu taahhüt banka müşterisinin borcunu yerine getirememesi halinde üçüncü kişinin zararının karşılanması şeklinde görülmektedir. Bu kredi ilişkisinde banka riziko gerçekleşmese bile komisyon geliri elde eder.³⁸⁸ Eğer risk gerçekleşir ve üçüncü kişinin zararı ödenirse banka ödediği bu miktarı müşterisine rücu eder.

³⁸³ Cari hesap şeklinde çalışan krediler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.696 vd.

³⁸⁴ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s. 96.

³⁸⁵ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.694 Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s. 96 “İskonto kredileri doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlara göre iskonto kredisi satış sözleşmesi özelliği gösterirken kimi yazarlara göre de tüketim ödünçü sözleşmesi özelliklerini taşımaktadır. Bir başka görüş ise bu işlemi alacağın temliki olarak nitelendirmektedir. Bazı yazarlara göre de kredi kullandırma amacıyla yapılan atipik sözleşmelerdendir.” Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.16.

³⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.899 vd.

³⁸⁷ “Plasman özelliği taşımayan fakat bankayı aynı nispette risk altına sokan sözleşmelerdir.” Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s. 98 “Bankalar tarafından verilen her türlü garantiyi ifade eder” Reisoğlu, **a.g.e.**, s.937.

³⁸⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.937.

Gayrinakdi kredilere örnek olarak banka teminat mektupları, kabul kredileri, akreditif, ihracat ve ithalat kredileri verilebilir.³⁸⁹

Bankaların vermiş olduğu kredi kartları aslında gayri nakdi kredi olarak görünmektedir. Çünkü kredi kartı sözleşmesinde üç taraflı bir ilişki vardır.³⁹⁰ Bu taraflar banka, kredi kartı sahibi ve üye işyeridir. Banka, kredi kartının kullanılmasından doğan riskleri üye işyerine ödeyerek kart hamilinin harcamalarının karşılığının olduğunu taahhüt etmektedir. Kredi kartı hamili her ay borcunu ödeyerek kendisine tahsis edilen krediyi devam ettirmektedir. Kart hamilinin borcunu ödememesi kredi riskini oluşturmaktadır. Banka ödemeyi müşterisine değil üye işyerine kart hamilinin eylemlerinden dolayı yapmaktadır.³⁹¹ Kredi kartından dolayı alınan kart aidatı ise gayrinakdi kredilerde alınan komisyon sayılabilir. Hazine müsteşarlığının kredi kartlarının ne tür kredi olduğuna karar verdiği tebliğinde³⁹² özetle kredi kartı kullanılarak harcanan miktar nakdi kredi, henüz harcanmamış olan limit ise gayri nakdi kredi olarak kabul edilmiştir.

Kredi kartlarının günümüzde pek çok işlevi bulunmaktadır. Bunlardan biri kredi kartı ile nakit çekebilme işlevidir. Kart hamili sahip olduğu limit kadar her ay taksitler halinde ödemek üzere belli bir faiz oranıyla ATM'lerden nakit para çekebilmektedirler. Bu durumda kredi kartındaki limit açılan kredi çekilen miktar ise kullanılan kredi sayılır.³⁹³ Kullanılan kredi nakdi kredi sınıfına girmektedir. Görüldüğü üzere kredi kartının nasıl kullanıldığı kredi türünü belirlemektedir.

2. Banka Kredilerinin Teminatlarına Göre Sınıflandırılması

Bankalar, kredi ilişkilerinde var olan riskleri azaltmak için kredi verirlerken teminat alma yolunu çokça tercih ederler. Kredi ilişkisinde herhangi bir teminat kullanılıp kullanılmadığına göre yapılan ayrıma göre krediler açık kredi ve teminatlı kredi olarak sınıflandırılabilir.³⁹⁴

³⁸⁹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.98; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.937.

³⁹⁰ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.711.

³⁹¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.941.

³⁹² Bkz. RG 09.02.1995, S.22197.

³⁹³ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.711.

³⁹⁴ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.22.

Açık kredilerde kredinin kullanılması için kredi borçlusunun imzası yeterli olmaktadır. 7129 sayılı Bankalar Kanunu’nda açık krediler “kişisel taahhüde dayanan krediler” olarak tanımlanmıştır.³⁹⁵ Taşınır veya taşınmaz herhangi bir mal bankaya kredi borcunun teminatı olarak bırakılmaz. Genelde parasal değeri düşük olan kredilerde teminat alınmamaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 53. maddesinde düzenlenen hükme göre bankalar kredi verirken gerekli garantileri ve teminatları almak zorundadır. Ancak uygulamada özellikle tüketici kredilerinde bu husus göz ardı edilmektedir.³⁹⁶ Çünkü genelde Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde düzenlenen, tüketici kredisi sigortası yapılmaktadır.

Teminatlı kredilerde ise kredi riskini azaltmak için şahsi ya da maddi teminat alınmaktadır. Şahsi teminata örnek olarak kefalet verilirken; maddi teminat olarak ipotek, alacak rehni veya taşınır rehni verilebilir. Teminatlı kredilerde, kredi borçlusunun krediyi ödememesi durumunda verilen teminata başvurularak borcun tahsil edilmesi yoluna gidilebilecektir.³⁹⁷

Görüldüğü üzere kredi ilişkisinde teminat almak kredi riskini azaltmak bakımından önemlidir. Ancak kredi sözleşmesinin herhangi bir teminata bağlı olmaksızın verilmesi bankacılık zimmeti suçunun oluşması için tek başına yeterli değildir.

3. Banka Kredilerinin Krediden Faydalananlara Göre Sınıflandırılması

Yapılan bu ayırım kredi sözleşmesinin tarafı olan kişi ile krediden yararlananın aynı kişi olup olmamasına göre yapılan ayırımdır. Buna göre krediler doğrudan kredi ve dolaylı kredi olarak ayrılır. Bu sınıflandırma kredi sınırlamalarının ve yasaklarının dolanılmasına hizmet eden bir uygulamadan doğmuştur.³⁹⁸ Banka mensupları tarafından Bankacılık Kanunu’nda düzenlenmiş olan kredi sınırlarına

³⁹⁵ Bkz. Tesal, **Banka Hukuku**, s.132. “ Bankanın müşterilerinden herhangi bir teminat almaksızın kredi kullandırmış olduğu durumlarda açık krediden bahsedilir.” Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.23.

³⁹⁶ Bankanın teminatsız kredi kullandırması hukuken mümkündür. Teminat alınıp alınmaması bankanın takdirindedir. Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.23.

³⁹⁷ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.24.

³⁹⁸ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.27.

(BankK. m.54) uyulması zorunludur. Bu sınırlara ve yasaklara uymamak çeşitli yaptırımlara tabidir.

Doğrudan kredide kredi sözleşmesinde ismi geçen kişi ile krediden yararlanan kişi aynı kişidir. Fakat dolaylı kredide kredi sözleşmesinin tarafı ile kredinin nimetlerinden yararlanan kişi farklıdır.³⁹⁹ Dolaylı kredi işlemi bazen bir suçun işlenmesi için kullanılabilir. Bunun en güzel örneği kontrol eden ortak zimmetidir. Kontrol eden ortak zimmetinde banka kaynaklarının banka dışına aktararak bankayı emin şekilde çalışmaz duruma getirmek için kullanılan yöntemlerden birisi dolaylı kredi çıkartılması işlemidir. Çünkü eğer doğrudan kredi şeklinde kredi alınmaya çalışılsa kanundan kaynaklanan kredi sınırlamalarına aykırı bir işlem söz konusu olacağı için olay dikkat çekecek ve çoğu zaman kredi verilmesi mümkün olmayacaktır.

C. Kredi Açma Sözleşmesinin Hukuksal Niteliği

Tüm kredi işlemleri bankalar ile kredi borçlusunun taraf olduğu sözleşmeye dayanır. Bankanın kredi vermekle birlikte sözleşmeye aykırı davranmama zorunluluğunun yanında bankacılık kanununda yer alan kredi yasaklarına ve sınırlarına da yeterli karşılık ayrılmasına uymak zorundadır.⁴⁰⁰ Kredi borçlusu ise sözleşmeye uygun davranarak kredi borcunu kapatmakla yükümlüdür. Tarafların akdettiği sözleşmenin şekline dair Bankacılık Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu'nun 76. maddesinde "Bankalar, kredi sözleşmelerinin onaylı bir örneğini müşterilerine vermek zorundadır." şeklinde hüküm vardır. Bu hüküm yorumlanarak kabul edilen, kredi sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının şart olduğu görüşü doktrin tarafından kabul edilmemiştir. Bunun en önemli nedeni sözleşme serbestisini sınırlayan maddelerin yoruma yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği kuralıdır.⁴⁰¹ Örneğin Tüketicinin Koruması Hakkındaki Kanun'da tüketici kredileri ile ilgili 22. maddede tüketici kredilerinin yazılı olarak yapılması açıkça düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Bankacılık Kanunu'nda krediler için bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Ancak verilen

³⁹⁹ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.27.

⁴⁰⁰ Şit, **a.g.e.**, s.77.

⁴⁰¹ Şit, **a.g.e.**,s.78.

kredinin türüne göre diğer özel kanunlarda bir şekil şartı düzenlenmiş olabilir. Bu durumda özel kanun- genel kanun ilişkisine göre söz konusu kredi türünü özel olarak düzenleyen kanunun hükümleri uygulanmalıdır. Bankacılık Kanunu incelendiğinde görüleceği üzere kanun, kredileri genel olarak düzenlemiş, kredi çeşitlerinden ve esaslarından detaylıca bahsetmemiş, bu işi diğer kanunlara bırakmıştır.

Kredi, gerçekleştirilen işlemin türüne göre farklı sözleşme tiplerinin konusunu oluşturabilir. Yani kredinin konusunu oluşturduğu tek bir sözleşme tipi bulunmamaktadır. Her sözleşme tipi birbirinden farklı özellikte ve niteliktedir. Bankanın imzaladığı genel nitelikli kredi açma sözleşmesi kredi işleminin temelini oluşturan ve kredi vereni öngörülen tutara kadar nakdi ayni veya sorumluluk kredisi açmak kullanırmak ve vadeye kadar geri ödeme talebinde bulunmamak yükümlülüğü altına sokan sözleşmedir.⁴⁰² Bazı yazarlara göre genel kredi sözleşmesi birçok kredi sözleşmesini içinde bulunduran çerçeveyi ifade ettiği için kredi sözleşmesi olarak değil de genel kredi sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.⁴⁰³ Örneğin bir banka açtığı kredi ile kredi borçlusuna açılan limit dahilinde bir kısım için nakdi diğer kısım için gayrinakdi ya da teminat mektubu kullanırabilir. Bu halde genel kredi sözleşmesinin içinde birden çok kredi sözleşmesi de söz konusu olabilmektedir. Genel kredi sözleşmesinin hukuksal niteliği doktrinde tartışmalıdır. Kısaca bahsetmek gerekirse genel kredi sözleşmesi hakkında yapılan tartışmalar, en genel kapsamıyla, genel kredi sözleşmesinin tek aşamalı sözleşme veya çok aşamalı sözleşme sayılması bakımından ikiye ayrılır. Bu ayrıma göre ileri sürülen görüşler çok çeşitlidir. Bu görüşlerin hepsine yer vermek çalışma konumuzu esas amacından

⁴⁰² Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.479.

⁴⁰³ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.479 “Kredi alan kredi açma sözleşmesinde kendisine açılan krediyi kredi limiti içinde ard arda çeşitli zamanlarda ihtiyacına göre defalarca talep edebilir.” Eren, **a.g.e.**,s.504. “Bankalar müşterilerine kredi açtıklarında sıradan bir ödünç sözleşmesi gereğince sadece bir kerelik ödünç vermekle kalmazlar yüklü bir faiz karşılığında müşterinin belirli bir limite kadar ihtiyacı oldukça para çekebileceğini çek keşide edebileceğini, teminat mektupları isteyebileceğini akreditifler açtırabileceğini havaleler çıkarabileceğini vb. olanakları kullanabileceğini geniş kapsamlı bir çerçeve anlaşması bünyesinde öngörebilirler.” Serozan, Baysal, Sanlı, **a.g.e.**, s.109.

uzaklaştıracaktır. Bunun için genel kredi sözleşmesinin hukuki niteliğinden genel hatlarıyla bahsedilmekle yetinilecektir.⁴⁰⁴

Genel kredi sözleşmesini tek aşamalı sözleşme olarak görenler genelde bu sözleşmeye ödünç sözleşmesi niteliği yüklemektedirler. Bu görüşü destekleyenlerin esas aldığı düşünce; kredi açma sözleşmelerinde banka bir miktar para verme borcu altına girerken kredi alan ise faiz veya komisyon gibi çeşitli ücretleri ödeme borcu altına girmektedir.⁴⁰⁵ Sözleşme tek aşamalı olduğu için baştan itibaren bütün şartlar bellidir. Sözleşme imzalandığında banka borcunu yerine getirmek zorundadır. Bu görüş kredi sözleşmeleri hakkında öne sürülen en eski görüştür. Yakın dönem hukukçuları tarafından bu görüş kabul edilmemektedir. Ödünç sözleşmesinin ana esasları kabul edilmekle birlikte kredi sözleşmesinin kendine özgü bazı görünüş şekilleri olduğundan dolayı ödünç sözleşmesi görüşü doktrinde, ödünç benzeri sözleşme, ödünç vaadi sözleşmesi, şartlı ödünç sözleşmesi olarak dallara ayrılarak incelenmiştir.⁴⁰⁶

Türkiye'deki Yargıtay kararları genel kredi sözleşmesinin hukuksal niteliğine dair açıklamalar bulunmamaktadır. Verilen kararlardan çıkartılan sonuçlara göre Yargıtay genel kredi sözleşmesini tek aşamalı ve doğrudan hak ve borç doğuran sözleşme olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁴⁰⁷ Yargıtay ceza dairesinin verdiği bir kararda⁴⁰⁸ da genel kredi sözleşmeleri aynı şekilde tek aşamalı sözleşme olarak kabul

⁴⁰⁴ Genel kredi sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmaların hepsi hakkında detaylı bilgi için bkz. Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.39 vd.; Mehmet Deniz Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008, s.57 vd.

⁴⁰⁵ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.100; Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, s.57; Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.42.

⁴⁰⁶ Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, s.59.

⁴⁰⁷ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.139. Bkz. Yargıtay 15. HD. 12.02.2004 tarih 2003/6742 E. ve 2004/688 K. numaralı kararı.

⁴⁰⁸ **Bkz. Yargıtay 15. CD. 5.2.2014 tarih 2012/15430 E. ve 2014/1887 K. numaralı kararı**

“Genel kredi sözleşmesi ile kredi müşterisine belirli bir süre için veya süresiz olarak belirlenen limit içerisinde, limit kadar bir krediyi bir defada, veya kısım kısım kullanma ya da hiç kullanmama hakkı verilmektedir. Bu şekilde genel kredi sözleşmesi de kredi kullanma koşulları belirlenmiş olur. Öyle ki, kredi müşterisi genel kredi sözleşmesi çerçevesinde kredi kullanma talebinin bankaya ilettiğinde, ayrı bir kredi sözleşmesi kurulur, fakat bu kredi sözleşmesinin koşulları genel kredi sözleşmesindeki koşullar olarak kabul edilir. Genel kredi sözleşmelerinde taraflar arasında uzun süreli bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bu hukuki ilişki kredi kuruluşunu, kredi müşterisinin talep etmesi halinde genel kredi sözleşmesinde belirlenen koşullarda belirli bir limite kadar krediyi kullandırma yükümlülüğü altına sokmaktadır.

Burada da görüldüğü gibi ilk bakışta genel kredi sözleşmelerinin, kredi müşterisinin her kredi kullanma talebi ile ayrı ayrı kurulmuş olan bir sözleşmeler topluluğunun, fakat bir bütünlük

edilmiş müşteriye diğer şartların sağlanması halinde kredi talep hakkı veren bir sözleşme olduğu vurgulanmıştır.⁴⁰⁹

Uygulamada banka ile müşterinin genel kredi sözleşmesini imzaladıktan sonra münferit kredi sözleşmesini belirlemek için tekrar bir araya geldikleri gözlemlenmektedir. Ayrıca bankalar yapılan genel kredi sözleşmesi ile bir sorumluluk altına girmek istememektedir. Para çıkışı için tekrardan bankaya başvuru yapılması ve bankanın müşteriden gelen münferit kredi kullanma talebi ile tekrardan bir değerlendirme yapması bunun göstergesidir. Bütün bunlar düşünüldüğünde doktrinde haklı olarak çok aşamalı sözleşme görüşü benimsenebilir.⁴¹⁰

Bankalar genellikle genel kredi sözleşmesi ile herhangi bir sorumluluk altına girmezler, sadece müşterisine vermeyi kabul ettiği kredinin kullanılmasına dair temel esasları ele almaktadırlar. Olaya bu açıdan bakıldığında genel kredi sözleşmesi çerçeve sözleşme görünümündedir.⁴¹¹ Çerçeve sözleşmeler, doktrinde, ileride aynı türde birden fazla sözleşme yapmaya niyetli olan tarafların genel ve daha sonra yapılacak sözleşmelere ilişkin ortak hükümlerin belirlendiği sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Bu sözleşmeye dayanılarak diğer münferit sözleşmeler yapılır. Ancak bu durum zorunlu değildir. Yani çerçeve sözleşmeler münferit sözleşmeler kurma borcu içermezler.⁴¹² Çerçeve nitelikteki genel kredi sözleşmesi kurulduktan sonra

içerisinde oluşturduğu da bir an için düşünülebilir. Ancak eğer genel kredi sözleşmeleri bir sözleşmeler topluluğu olsaydı, bankanın kullanılan her kredi için ayrı ayrı fesih açıklaması yapması gerekecekti. Oysa uygulamada banka veya müşteri tek bir fesih açıklaması yaparak, genel kredi sözleşmelerini ve kullanılan bütün kredilerle ilgili sözleşmelerin tümünü birden feshetmektedir.

Genel kredi sözleşmelerinin imzalanması sadece kredi kuruluşuna bir borç yüklemektedir; bu da eğer bütün koşullar mevcutsa krediyi tamamen veya kısmen kullandırma borcudur. Kredi müşterisi ise sadece genel kredi sözleşmesini imzalamakla her hangi bir borç altına girmiş olmamaktadır, örneğin genel kredi sözleşmesinde öngörülen krediyi kullanmak zorunluluğu yoktur, faiz ödemek zorunda değildir, kararlaştırılan teminatı (mesela ipotek temini) yerine getirmek zorunda değildir. Kredinin teminatını yerine getirmek, talep edilen kredinin müşteriye ödenebilmesi koşuludur ve ancak kredi kullanılması somut olarak talep edildiğinde yerine getirilecektir.”

⁴⁰⁹ Aynı şekilde Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.140.

⁴¹⁰ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.141.

⁴¹¹ Bilgen, **a.g.e.**, s.118 Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.142. “çerçeve sözleşme esas olarak ileride kurulacak münferit sözleşmelerin içeriğinin önemli bir kısmını düzenler” Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, s.78.

⁴¹² Yener, **Kredi Açma Sözleşmesi**, s.77 “Bu sözleşmelerin taraflarının münferit sözleşmenin kurulmasını talep etme veya münferit sözleşmenin kurulmasından vazgeçilmesi halinde karşı tarafı sözleşme kurmaya zorlama güçleri de yoktur.” Bilgen, **a.g.e.**, s.119.

banka ile müşteri çerçeve sözleşmedeki hükümlere ve açılan kredi miktarına göre ne çeşit kredi kullanacağını kararlaştırırlar. Buna münferit kredi sözleşmesi adı verilmektedir. Münferit kredi sözleşmesi ile banka artık belirli bir parayı devretme borcu altına girmektedir. O yüzden münferit kredi sözleşmesi tek aşamalı doğrudan hak ve borçlar doğuran kedine özgü sözleşmelerdir.⁴¹³

Günümüzde genel kedi sözleşmelerinin hukuksal niteliği bakımından kabul edilen baskın görüş bu sözleşmelerin çerçeve sözleşme oldukları yönündedir.⁴¹⁴ Çünkü genel kredi sözleşmesi ile kredi alana doğrudan doğruya kredi verilmez. Sözleşme ile genel esaslardan sayılan kredi limitinin belirlenmesi ile hangi kredi çeşitlerinin hangi süreç içinde çekilebileceği belirlenmektedir.

Bankacılık zimmeti açısından genel kredi sözleşmesinin hukuksal niteliği önemlidir. Genel kredi sözleşmesinin niteliğine göre bankacılık zimmeti suçunun oluşup oluşmadığı, eğer suç oluşmuşsa suç tarihinin belirlenmesi değişiklik gösterecektir. Yukarıda anlatıldığı üzere zimmete geçirmenin var olması için Yargıtay tarafından aranan unsurlardan biri de zararın ortaya çıkmasıdır. Doktrindeki bazı yazarlar da zarar unsurunu kabul etmektedirler. Bu görüşü benimseyenlere göre, genel kredi sözleşmesinin çerçeve sözleşme olarak kabulü halinde henüz zimmet suçu oluşmamıştır. Çünkü banka genel kredi sözleşmesi ile kredi kullandırmak için genel esasları belirlemektedir. Yani sadece kredi açma işlemi gerçekleştirilmiş herhangi bir para transferinde bulunulmamıştır. Dolayısıyla henüz bankanın bilançosuna yansımış bir ödeme yoktur. Aynı şekilde zimmete geçirme fiili ile aranan malikmiş gibi tasarrufta bulunabilme, genel kredi sözleşmesi ile kredi açılması durumunda henüz mümkün değildir. Ancak genel kredi sözleşmesinin imzalanması ile kredi açılmış olacağı için ve bu işlem icra hareketi sayılacağından, diğer unsurlarda sağlanıyorsa zimmet suçuna teşebbüs olduğu tartışılabilir. Doktrinde kredi sözleşmesi çerçevesinde zimmet suçunun işlenmesi hakkında verilen örnekler ve açıklanan görüşler münferit kredi sözleşmesine göre kredinin kullandırılması aşamasına ilişkindir.

⁴¹³ Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.143.

⁴¹⁴ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.484; Gürses, **Kredi Sözleşmesi**, s.143; Bilgen, **a.g.e.**, s.119.

D. Bankacılık Zimmeti Suçunun Kredi Kullandırılması Yoluyla İşlenmesi

Kredi kullandırılması ile bankacılık zimmeti suçunun işlenmesi hakkındaki açıklamalardan önce kredi tahsis süreci hakkında bilgi vermek konu hakkında bilgi sahibi olmayı kolaylaştıracaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki kredi tahsis yetkisi kanun tarafından yönetim kuruluna verilmiştir. Yönetim kurulu bu yetkisini verilecek kredi miktarına göre kredi komitesine, bölge veya şube kredi tahsis bölümlerine devredebilir. Kredi tahsis birimleri bankalarda müşterinin kredibilitesinin ölçümlendiği, buna bağlı olarak ürün vade teminat ve bunun yanı sıra tüm kredi tahsis süreçlerinin yönetildiği birimdir. Şube aldığı başvuruyu eğer kendi kredi verebilme sınırlarını aşıyorsa; istihbarat, mali analiz, teminat değerlendirmesi safhalarından geçirerek dosyası ile birlikte bölge ya da genel müdürlük kredi tahsis bölümüne gönderir.⁴¹⁵ Banka, kanuna göre krediler nedeniyle maruz kalınacak riskleri ölçmek, karşı tarafın malî gücünü düzenli olarak analiz etmek ve izlemek, gerekli bilgi ve belgeleri temin etmek ve bunlara ilişkin esasları belirlemek zorundadır.⁴¹⁶ Görüldüğü üzere kredi verilmeden önce kredinin risk unsuruna ilişkin araştırmalar yapılmalı, kredinin geri döneceğine inanılıyorsa kredi kullandırılmalıdır. Bankanın yaptığı istihbarat ve mali analiz bunu sağlamaya yöneliktir. Kredinin müşteri tarafından geri ödenmeyeceği baştan itibaren biliniyorsa bu durumda bankanın kredi için verdiği miktarı geri alamaması riski kesinlik derecesinde yüksek olduğu için kredi kullandırılmaması gerekir.

Bankacılık zimmeti suçunun kredi sözleşmesi çerçevesinde işlenmesi uygulamada çokça görülmektedir. Kredi açma sözleşmesi ile geri dönmeyeceği baştan beri bilinen bir paranın başkasının zimmetine geçirilmesi halinde doktrinde bu suçun basit zimmet suçunu mu yoksa nitelikli zimmet suçunu mu oluşturacağı konusunda tartışma vardır. Kredi ilişkisi çerçevesinde zimmete geçirme eyleminin nitelikli zimmet olduğunu ileri süren bazı yazarlara göre kredi sözleşmesi ilişkisi suç

⁴¹⁵ Mehmet YAZICI, **Bankacılıkta Kredi Tahsisi**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara ,Seçkin, 2018, s.55. *“Kredi taleplerinin değerlendirilmesinde sadece talep edilen belgeler üzerinden değil; banka kayıtları bankacılık sistemindeki kredi geçmişi gibi başvuru sahibi hakkında elde edilen istihbarat bilgileri de kullanılır.”* Kaya, **a.g.e.**, s.360.

⁴¹⁶ Bkz. 5411 sayılı BankK. m.52.

konusu parayı hukuksuz olarak elde etmek için yapıldığından muvazaalıdır. Böylece suçun ortaya çıkması hileli davranışlarla engellendiği için zimmet suçunun nitelikli hali oluşmaktadır.⁴¹⁷ Kabul ettiğimiz diğer görüşe göre zimmet suçunun kredi sözleşmesi çerçevesinde işlenmesi nitelikli halin oluşumu için yeterli değildir. Kredi açılması sürecinde zimmet eyleminin ortaya çıkmamasını sağlamak üzere hileli davranışların sergilenmesi gerekir.⁴¹⁸ Örneğin failin teminat alınmadan alınmış gibi gösterilmesi şeklindeki eylemi zimmetin ortaya çıkmasını hileli hareketler ile engellemekte ya da güçleştirmektedir. Bu şekilde suçun nitelikli hali gündeme gelebilir. Yani sadece kredi sözleşmesi yapılması suçu nitelikli zimmet haline getirmez.

Bankacılık zimmeti suçunun kredi verilmesi şeklinde işlenmesinde fail görevi gereği kredi tahsis sürecinde yer alan banka mensuplarıdır. Bu mensuplar tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilirler. Bu durumda iştirak hükümleri söz konusu olur. Kredi tahsis sürecinde yer alan banka mensubunun kredi kullandırma yeterliliğini sağlamayan birine kredi kullandırıyor olduğunu bilmesi gerekmektedir. Yoksa manevi unsur oluşmaz. Eğer banka mensubu gerekli araştırmayı müşterinin getirdiği sahte belgelere dayanarak yapmışsa bu şekilde kullandırılmaması gereken bir kredi kullandırılmışsa bankacılık zimmeti suçu oluşmaz. Ancak müşteri bakımından kredi dolandırıcılığı suçu oluşabilir.⁴¹⁹ Sahte belgelerin banka mensubu

⁴¹⁷ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.83.

⁴¹⁸ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.179 “ kredi sözleşmesinin varlığı zimmetin açığa çıkmasını engelleyen güçleştiren bir durum değildir.” Güngör, **a.g.e.**, s.26-27.

⁴¹⁹ **Bkz. Yargıtay 5. CD. 16.10.2006 tarih 2006/7060 E. ve 2006/7931 K. numaralı kararı**
“sanıkların işbirliği içerisinde hareket ederek önce çok sayıda usulsüz kredi işlemleriyle bankadan para çıkışı sağlayıp onlara çıkar sağladıktan sonra yine bankada oluşturulan hayali kaynakların bir bölümü ile bu kredi borçlarını kapatıp kalanını da mal edindikleri, dolandırıcılık suçunun oluşması için “ hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanmasının” gerektiği, dava konusu olayda ise sanıklar K2 ve K20’in diğer sanığın azmettirmesi ve katılımıyla, görevleri gereği koruma ve gözetim yükümlülükleri altında bulunan parayı zimmete geçirmeleri eyleminde ayrıca dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı, kamu görevlisinin korumasına bırakılan değerleri kredi vermiş gibi göstererek üçüncü kişilere yönelik kazandırmasının da zimmet suçunu oluşturacağından, mahkemenin iddianamede dolandırıcılık ve zimmet olarak nitelendirilen fiilleri bütün halinde müteselsil nitelikli zimmet olarak kabulünde isabetsizlik bulunmadığı anlaşıldığından tebliğnamedeki bu hususa ilişkin bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiş”

Bkz. Yargıtay CGK. CD. 31.5.2005 tarih, 2004/11-158 E. ve 2005/58 K. numaralı kararı:

“Eğer kredilerden yararlanan şirket sahip ve sorumluları Türkiye Halk Bankasının kredileri karara bağlayan ve tahsis eden yetkililerini hile ve desiselerle kandırarak aldatmış, böylece bu kredilerin kendilerine sağlanmasını temin etmiş, kredi karşılığı teminat olarak verdikleri ipotekli

tarafından kredi verilmesini sağlamak ve kredinin usulsüz verildiğinin anlaşılması için kullanılması durumunda nitelikli zimmet suçu gündeme gelebilir.⁴²⁰

Kredinin kanun, yönetmelik ve tebliğler ile diğer kredi kurallarına uygun olarak verilmesi halinde herhangi bir suç oluşmamaktadır.⁴²¹ Bu görüşü destekler şekilde 687 sayılı OHAL KHK m. 4 hükmü ile 5411 s. Bank. K. m. 160 hükmüne dördüncü fıkra eklenmiştir. Buna göre; “Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.” Eklenen bu fıkra malumun ilanı

taşınmazların değerlerini kandırıcı yöntemlerle yüksek göstermeyi başararak kredilerin teminatsız kalmalarını sağlamış ise fiillerinin nitelikli dolandırıcılık türünü oluşturacağı; ortada hile ve desise bulunmadığı ve banka yetkililerinin bilerek ve isteyerek yada sorumluluklarında aymaz tavırlar sergileyerek yeter teminat almadan almış gibi göstererek veya mevzuatın yüklediği sair denetim sorumluluklarını bilinçli tarzda yerine getirmeyerek kredi tahsis ettikleri anlaşıldığında eylemin zimmet niteliğine ulaşacağı açıktır”

⁴²⁰ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.180; Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.242; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]. Aksi görüşe göre banka mensubunun kredi kullandırması durumunda malikmiş gibi tasarrufla bulunma olanağı olmadığı için kredi kullandırılması yoluyla zimmet suçunun işlenmesi kanunun 160/1 ve 2. maddesine göre mümkün değildir. Sadece 160/3’de düzenlenen suç kredi kullandırılması yoluyla işlenebilir. Bkz. İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.388.

Bkz. Yargıtay 7. CD. 18.3.2009 tarih, 2008/9502 E. ve 2009/3119 K. numaralı kararı:

“Z... Bankası S... Şubesi'nde asistan servis yetkilisi olarak çalışan sanık Mahsum'un 31.08.2004-15.03.2006 tarihleri arasında, altmış adet banka müşterisine ait kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle bilgisayar üzerinden açtığı bireysel kredi hesapları ve ayrıca sekiz adet mevduat hesaplarından tediye fişi yazdırmadan ya da sahte imza atmak suretiyle, üç adet kapatılan kredi hesaplarından ise, müşteriden habersiz olarak hesap kapatma fişlerini iptal edip, daha sonra tediye fişi yazdırmadan ya da sahte imza atmak suretiyle çektiği paraları mal edinmek şeklinde gerçekleşen eylemleri bir bütün halinde, mahkemece, ablan imzaların mudi imzaları model alınmak suretiyle atılmaması, imza föyleriyle karşılaştırıldığında kolayca anlaşılabileceği ve tediye fişi yazdın I maması gerekçeleriyle basit zimmet olarak kabul edilmiş (...) 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/2. maddesinde basit ve nitelikli zimmet fiillerinin ayırımında "suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi" kriteri kabul edilerek, "bankayı aldatıcılık" unsuru kaldırıldığı cihetle, bu tarihten sonra basit bir inceleme ile İlk bakışta anlaşılamayan, tediye fişlerine müşteri adına atılan paraf ve imza gibi her türlü hileli hareketin eylemi nitelikli zimmet suçu haline getireceği gözetilerek yazılı şekilde eksik ceza tayini, yasaya aykırıdır.”

⁴²¹ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.81; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.177; İtişgen, **a.g.e.**, s.662; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2049. İdari makamların uyarıları da kredi kullandırılması yoluyla bankacılık zimmetinin oluşmasında önem arz etmektedir.

Bkz. Yargıtay CGK. 1.11.2011 tarih, 2011/210 E. ve 2011/218 K. numaralı kararı:

“Uyuşmazlık konusu kredilerle ilgili olarak, Hazine Müsteşarlığının Ç... G.. doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir şekilde kredi kullandırılmaması yönündeki birden fazla uyarısına rağmen, Pamukbank yönetim kurulu üyesi aynı zamanda banka kredi tahsis komitesinde görevli olan sanıkların, kredibiliteleri bulunmayan beş firma ile ilgili ön istihbarat çalışması yapılmadan, mali durum analiz raporu düzenlenmeden, adı geçen firmalara kredi kullandırma, avans verme ve gayri nakdi kredi temin etme şeklinde gerçekleştirdikleri eylemlerin hem 4389 sayılı Yasanın 22. maddesinin 2. fıkrasından düzenlenen talimatlara aykırılık suçunu hem de aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen banka zimmeti suçunu oluşturduğu,”

olmaktan öteye geçmemektedir. Zira gerekli araştırmalar yapıp kanuna uygun olarak kredi verilmesi halinde kredi geri dönse de dönmese de kredi verme işlemi hukuka uygundur. Yine bu kredilerin temdit edilmesi, ek kredi kullandırılması, taksitlendirilmesi veya yapılandırılması sürecinde gerekli istihbaratlar ve değerlendirmeler yapılmış ve işlem kanuna bankacılık usul ve prensiplerine uygunsa zimmet suçundan bahsedilemeyecektir.⁴²²

Verilen kredinin zimmet suçunu oluşturması için kredi verildiği andaki gerekli istihbarat ve analizlerin yapılması gerekmektedir. Yapılan analizlere göre bu kredinin kesine yakın şekilde geri dönmeyeceği saptanabiliyorsa, banka mensubu da bu durumu bilerek başvurucuya kredi kullanıyorsa bu durumda zimmet suçunun oluşabileceği düşünülmektedir.⁴²³ Yargıtay CGK kararında⁴²⁴ da buna benzer şekilde zimmet suçunun hangi hallerde oluşacağı anlatılmıştır. Karara göre suçun tespitinde manevi unsur esas alınmalıdır. Karardaki tabirle faillerin baştan itibaren ödenmeyeceğini bildikleri kredileri temellük etmek, kendi mal varlıklarına ithal etmek ya da üçüncü kişilere haksız menfaat sağlamak saiki ile hayali veya mali gücü buna hiç uygun olmayan gerçek ya da tüzel kişilere verdiklerini söyleyebiliyorsa olayda zimmet suçu oluşmuştur diyebiliriz.

Bankacılık zimmeti suçu genelde olmayan bir şirkete kredi verilmesi yöntemiyle meydana gelmektedir. Bu şekilde bir tabela şirketinin olduğunu bilen banka mensubunun gerekli araştırmaları yapmayıp veya yapmış gibi sahte belgeler hazırlayıp kredinin onayını sağlaması durumunda zimmet suçu oluşur.⁴²⁵ Kredi verilirken teminat alınmamış olması zimmetin söz konusu olduğunu kanıtlamamakla

⁴²² Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.177. “Müşterinin kredi değerliliği ile ilgili hiçbir araştırma yapmadan veya yapılan araştırmaların olumsuz sonuçlanmasına karşın söz konusu kişiye kredi kullandırılması halinde zimmet suçu söz konusu olabilir.” Güngör, **a.g.e.**, s.25.

⁴²³ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.162; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2321; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2050; Baytemir, **a.g.e.**, s.507; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.187-188; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.451; Gülşen, **a.g.e.**, s.172; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.85; Şahin, **a.g.e.**, s.167. “Kredi almaya mali ve ahlaki durumu elverişli ve ödeme gücü olmayan kullandırılması halinde zimmet suçu oluşur.” Taşdelen, **a.g.e.**, s.1455.

⁴²⁴ Bkz. Yargıtay CGK. 09.10.2007 tarih, 2006/7-336 E. ve 2007/198 K. numaralı kararı.

⁴²⁵ Gülşen, **a.g.e.**, s.173. “Şirket görüntüsü arz eden oluşumla ya da bir bakıma posta kutusu olarak nitelendirebileceğimiz bir şirketle banka arasında görünüşte bir kredi sözleşmesi imzalanmıştır.” Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.82.

birlikte bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.⁴²⁶ Yargıtay bir kararında teminatın kredi borcunu karşıladığı hallerde zimmet suçu oluşmayacağını belirtmiştir.⁴²⁷

Zimmete karar verirken kredi açma ya da yapılandırma işlemlerinin yapıldığı andaki duruma bakılması gerekir. Örneğin baştan hukuka uygun olarak kullanılmış bir kredi sonradan ortaya çıkan kredi borçlusunun iflası dolayısıyla ödenemezse zimmet suçu oluşmaz. Çünkü kredi verildiği tarihte kişi hakkında iflas kararı verilmemiş ve yapılan araştırmalarda da kredibilitesinin olmadığına yönelik bir rapor bulunmamaktadır. Hukuka uygun olarak kullanılmış bir kredi daha sonra yapılan işlemlerle zimmet suçuna konu olabilir. Örneğin kredi verildiği dönemde hukuka uygun olarak verilmiş daha sonra müşteri iflas etmiş olsun, banka personeli bunun üzerine bakiye borcu tahsile girişmesi gerekir. Ancak bu yol tercih edilmeyip hukuka aykırı olarak kredi yapılandırılıyorsa ya da aynı müşteriye ek kredi açılıyorsa yapılan işlem zimmet suçunu oluşturur. Burada suçun oluşma tarihi ilk kredinin verildiği tarih değil yapılandırmanın ya da ek kredi çıkartılması işleminin tarihidir.⁴²⁸ Güngör'e göre suçun işlendiği tarihin tespiti bakımından gayri nakdi krediler nakdi kredilerden farklılık göstermektedir. Gayrinakdi kredilerde banka için zararın doğması gayri nakdi kredinin paraya çevrildiği anda gerçekleştiği için zimmet suçunun meydana geldiği tarih olarak gayrinakdi kredinin verildiği tarih değil bankadan para çıkışının olduğu tarih esas alınır.⁴²⁹

⁴²⁶ Aynı şekilde bkz. Gürses, **Zimmet Suçu**, s.190; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2049; Şahin, a.g.e., s.169; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1455. Banka tarafından yeterli teminat alınmış olması halinde de, olayda diğer unsurlar sağlanıyorsa zimmet suçu oluşabilir. Örneğin “ *geri ödenmeyeceğini bilmesine rağmen kredi kullandıran banka mensubunun fiili kullandığı kredi karşılığında yeterli teminat almış olsa bile zimmet suçunu oluşturacaktır.*” Ergün, **Zimmet Suçu**, s.162.

⁴²⁷ Bkz. Yargıtay CGK. 31.5.2005 tarih, 2004/11-158 E. ve 2005/58 K. numaralı kararı.

⁴²⁸ Erişen, **a.g.e.**, s.114. Baştan itibaren usule aykırı ve/ veya ödenmeyeceği bilinen bir kredi kullanılmışsa bu kredinin sonradan yine usule aykırı olarak temdit edilmesi, temliki, yapılandırılması durumunda tek suç oluşur. Bunlar cezalandırılmayan sonraki hareketlerdir. Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.248; İtişgen, **a.g.e.**, s.664.

Bkz. Yargıtay CGK. 1.11.2011 tarih, 2011/210 E. ve 2011/218 K. numaralı kararı

“*Kredi verme işlemlerinde suç tarihinin saptanması önem taşımaktadır. Geri ödenmeyeceği bilinerek kredi kullandırma şeklinde işlenen zimmet suçunda, suçun kredinin açıldığı tarihte, buna karşın açıldığı tarihte hukuka uygun olarak verilen bir kredinin sonradan hukuka aykırı bir temdit ile ödenmeyecek hale getirilmesi durumunda ise, koşullarının oluşması halinde zimmet suçu temdit tarihinde oluşacaktır.*”

⁴²⁹ Güngör, **a.g.e.**, s.25; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.85; Gülşen, **a.g.e.**, s.176. “Gayrinakdi kredi görüntüsü erilerek işlenen zimmet suçu mütemadi suç nitelini arz etmektedir.” Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.86.

Kredi kartlarının duruma göre nakdi kredi veya gayrinakdi kredi özellikleri taşıdığı yukarıda anlatılmıştır. Gerekli araştırmalar yapılmayıp aslında iflas etmiş bir kişiye bu durumu bilerek banka mensubunca yüksek limitli bir kredi kartı çıkartılması durumunda, bu kart alışverişte ya da nakit çekim işleminde kullanılmadıkça bankanın her an durumu anlayıp kartı iptal etme ve buna bağlı olarak da zimmete para geçirmenin gerçekleşmemesi olasılığı olduğu için zimmet suçu oluşmayacaktır. Kartın hamili eğer kartı kullanmış ise kullandığı tarihte usule aykırı olarak kredi kartı verilmesini sağlayan fail bakımından zimmet suçu oluşur.⁴³⁰

Borçlunun krediyi geri ödeme yükümlülüğünden kurtarılması durumunda da zimmet söz konusu olabilir. Örneğin banka mensubu olan kişinin, kredi borçlusunun borçlu olduğuna ilişkin belgeleri ortadan kaldırması durumunda kredi verilmiş olan tutarın banka tarafından talep imkanı kalmayacağından kredi borçlusu lehine haksız kazandırma söz konusu olmaktadır. Banka mensubunun bu eylemi zimmeti oluşturur.⁴³¹

Kredi sınırlarına uyulmadan bu sınırlar aşılarak usulsüz kredi verilmesi durumunda ise kredi sınırlarına uymamaktan dolayı idari bir yaptırımdan söz edilebilse de zimmet suçundan söz edebilmek için kredinin geri ödenmeyeceğini bilmek gerekmektedir.⁴³² Banka hakim ortağına ya da grup şirketlerine banka tarafından kredi kullandırılması durumunda kredi sınırlamalarına takılmamak için kredi sınırlarını dolanma amacıyla çeşitli krediler verildiği görülmektedir. Bu krediler back to back kredi, inançlı işlemler, off shore bankacılığı işlemleri çerçevesinde kendini göstermektedir.⁴³³ Sayılan bu krediler hukuk düzeni tarafından yasaklanmış işlemlerden değildir. Gerekli araştırmaların istihbaratların ve teminatların alınması halinde bu şekilde kullandırılan krediler zimmet suçunu

⁴³⁰ Kart henüz kullanılmadan, kartın usulsüz olarak verildiği bankanın araştırmaları ya da bir ihbar sonucu ortaya çıkar ve kart iptal edilirse, banka mensubu hakkında suça teşebbüs hükümleri gündeme gelebilir.

⁴³¹ Baytemir, **a.g.e.**, s.508; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.83.

⁴³² Taşdelen, **a.g.e.**, s.1455. Usulsüz kredi verilmesi zimmet suçunun oluşumu için yeterli değildir. Banka mensubunun kredinin geri dönmeyeceğini bilerek ve kredi alana haksız kazanç sağlamak amacıyla kredi kullandırması durumunda zimmet suçu oluşur Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1120-1121.

⁴³³ Karşılıklı (Back to back) krediler, inançlı işlemler ve kıyı (off shore) bankacılığı işlemleri aynı zamanda kontrol eden ortak zimmeti işlenirken kullanılan yöntemler olduğu için detaylı açıklama üçüncü bölümde fiil unsuru başlığı altında anlatılacaktır.

oluşturmayacaktır. Ancak back to back kredi, inançlı işlem veya off shore bankacılığı dolayısıyla kredi verilen taraftan gerekli teminatlar alınmadan veya gerekli araştırmalar yapmadan baştan itibaren ödenmeyeceği bilinen bir kredinin kullandırılması söz konusu ise zimmet suçu oluşabilmektedir.⁴³⁴

Kredi kullandırma yoluyla zimmet suçunun işlenmesi, bankacılık zimmetinin teknik kısmını oluşturmaktadır. Uygulayıcı zimmet suçunun olup olmadığı her olayın özelliklerine göre ele almalıdır. Yukarıda açıklananlara göre zimmet suçunu ortaya çıkarmada genel olarak dikkat edilmesi gerekenler; kredinin gerekli aşamalardan geçirilerek kullandırılıp kullandırılmadığı, yani kredinin usule uygunluğu, borçlusunu hakkında gerekli istihbaratın yapılıp yapılmadığı, kredi borçlusunu mali ödeme gücünün krediyi geri ödemeye yetip yetmediği, kredinin baştan itibaren geri denmeyeceğinin fail tarafından bilinip bilinmediği konularıdır.

⁴³⁴ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.241-248; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.87; Baytemir, **a.g.e.**, s.509; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.179; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.194; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.452; İtişgen, **a.g.e.**, s.658.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KONTROL EDEN ORTAK ZİMMETİ İLE ETKİN PİŞMANLIK VE MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER

I. KONTROL EDEN (HAKİM) ORTAK ZİMMETİ

A. Kanuni Tanım ve Korunan Hukuki Değer

Kontrol eden ortak zimmeti suçu hukukumuzda 26.12.2003 tarihine yayımlanan 5020 sayılı Kanun’la girmiştir. Bu Kanunla 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22. maddesine 4. Fıkra eklenmiştir. Fıkraya göre: “*Fon alacaklarından; temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran yönetici olsun veya olmasın gerçek kişi ortakların 15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmakla bankayı her ne suretle olursa olsun zarara uğratarak kendilerinin veya başkalarının malvarlığının artışına neden olmaları zimmet olarak kabul edilir.*” Görüldüğü üzere madde birçok unsuru detaylıca düzenlemektedir.

5411 sayılı Kanun’da kontrol eden ortak zimmeti suçunun varlığı korunmuş ve daha sadeleştirilmiş olduğunu görmekteyiz. 160. maddenin 3. Fıkrasında yer alan suça göre “*Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir.*” Düzenlenen maddeye göre suçun oluşması için:

1. Söz konusu kredi kuruluşunun faaliyet izninin kaldırılmış ya da Fona devredilmiş olması,
2. Failin kredi kuruluşunun yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişilerden oluşması,
3. Kredi kuruluşunun kaynaklarının kullanılması ile kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek zarara uğraması gerekmektedir.

5411 sayılı Kanun'un 160/3 maddesinde "zimmet kabul edilir" lafzının yer alması bu suçun isminin doktrinde genelde "varsayılan zimmet" veya "zimmet benzeri suç" olarak yer almasını sağlamıştır.¹ Bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürüp TMSF'ye devrolunmasını sağlayan hakim ortakların davranışı bankanın kötü yönetimi² ya da banka kaynaklarının istismarı³ olarak başka maddelerde de düzenlenebilirdi. Ancak konun koyucunun takdiri ile bu suç zimmet suçu ile birlikte düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu m.160/3'te düzenlenen suç ile ilgili doktrindeki tartışmaların asıl kaynağı da "zimmet kabul edilir" lafzına dayanmaktadır.⁴ Örneğin Donay'a göre Fona devir nedenleri arasında sayılan eylemlerin aynı zamanda zimmet olarak nitelenmek kanun yapma sistematığıne aykırılık teşkil etmektedir.⁵ Kanun koyucunun "zimmet kabul edilir" lafzına yer vermesinin pratik açıdan hiçbir faydası yoktur. Çünkü kontrol eden ortak zimmeti suçu, korunan hukuki değer, objektif cezalandırılabilirlik şartları, ceza miktarları, muhakeme hükümleri, suçun unsurları ve usul hükümleri bakımından gerek TCK'da

¹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.180; Baytemir, **a.g.e.**, s.489 Gökcan, **a.g.e.**, s.447; Turabi, **a.g.e.**, s.173; Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.207; Erişen, **a.g.e.**, s.104.

² Bu suçla bankanın kötü yönetilmesi sonucu olarak Fona devredilmesi cezalandırılmaktadır. Gökcan, **a.g.e.**, s.447.

³ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.183. "Hukuksal anlamda zimmet suçu niteliğinde olmayıp yasa koyucunun banka kaynaklarının kötü niyetli kullanımlarından doğan zararların önlenmesi amacıyla getirdiği bu düzenleme...." Tuğrul, **a.g.e.**, s.551. Aynı şekilde **Bkz. Yargıtay CGK. 1.11.2011 tarih, 2011/210 E. ve 2011/218 K. numaralı kararı**: "Hukuksal anlamda zimmet suçu niteliğinde olmayıp yasa koyucunun banka kaynaklarının kötü niyetli kullanımlarından doğan zararların önlenmesi amacıyla getirdiği bu düzenlemeye 5411 sayılı Bankacılık Yasasının 160. maddesinin 3. Fıkrasında yer verilmiştir."

⁴ "Bu tanım teknik olarak sorunlu olduğu gibi Türkçenin kötü bir kullanımının örneğini oluşturmaktadır. Öncelikle belirtmelidir ki kanunda böyle bir zimmet tanımına yer verilmesine hiç gerek bulunmamaktadır." Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.94.

⁵ Donay, **Bankacılık Ceza**, s 116.

gerekse Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmetten genel olarak bir farklılık arz etmektedir.⁶

160/3. maddede düzenlenen suç özellikle fail bakımından basit ve nitelikli zimmet suçundan farklılık arz etmektedir. Bankanın yönetim ve denetimini fiilen elinde bulunduran kişiler çoğu zaman bankanın yönetim kurulunda yer aldıklarından basit zimmet suçunun da faili olabiliyorlardı. Kanun koyucu 160/3 hükmünü ihdas ederek yönetim kurulunda yer almayan ancak bankanın kaynağını kendisinin veya başkasının menfaatine kullanan yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortağın cezalandırılmasını istemiştir. Bu hükümden önce bu suçu işlemeyi düşünen gerçek kişiler kendilerini yönetim kurulu dışında bırakarak ve yönetim kuruluna istediği üyeleri atayarak bu suçu işleyip cezadan kurtulabiliyorlardı. Bu suçun yürürlüğe girmesi ile artık yönetim kurulunda yer almayan ancak yönetimi elinde bulunduran kişilerin de suçtan sorumlu olmaları belli şartların gerçekleşmesi ile mümkün olmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Kontrol tanımına göre: *“Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını ifade eder.”* ve hakim ortak da *“Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder.”* şeklinde belirlenmiştir.⁷ Bu tanımlardan anlaşılan odur ki; yönetim ve denetimin elinde bulundurulması Bankacılık Kanunu'nun tanımlar kısmında bankanın kontrolü tanımıyla alakalıdır. Kontrol eden ortak bankanın yönetimini elinde bulunduran kişidir ve bankayı kontrolünde bulunduran kişiye de hakim ortak

⁶ Donay, **Bankacılık Ceza**, s 116; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2333; Turabi, **a.g.e.**, s.173. Bankacılık Kanunu m.160/3 te düzenlenen suç basit zimmet suçunun nitelikli hali de sayılamaz. Çünkü birinci fıkrada yer alan suçun faili ile üçüncü fıkrada yer alan suçun faili birbirinden farklıdır. Dolayısıyla ikisinin farklı oldukların kabulü gerekir. Aynı şekilde Güngör, **a.g.e.**, s.27. Aksi görüşe göre kontrol eden ortak zimmeti suçu zimmet suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düşünülmüştür. Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.933.

⁷ 5411 sayılı BankK. m.3

adı verilmektedir. Açıklandığı üzere fail bakımından özellik arz eden bu suçtan çalışmamız çerçevesinde kontrol eden ortak zimmeti veya hakim ortak zimmeti olarak bahsedilecektir.⁸

Kanun koyucunun bu şekilde hüküm ihdas etmesinin nedenleri incelendiğinde 2000’li yıllardaki ekonomik kriz etkin rol oynamaktadır. Bu dönemde bankaların kaynakları banka sahipleri tarafından başka şirketlere aktarılmış ve bankanın bu şekilde çalışmalarını yürütemeyip batmasına neden olunmuştur. Bankada mevduatları bulunan kişilerin bu mevduatları devlet garantisinde olduğu için mevduatların devletten tahsil edilmesi ile devlet büyük ekonomik külfete girmiştir. Devlet bu ekonomik külfetten kurtulmak ve bankayı zarara uğratanların yaptıkları eylemleri cezalandırmak için takip hukukunu ve ceza hukukunu etkin şekilde kullanma arayışına girmiştir. Sonuç olarak bu suç ihdas edilmiştir. Bu suçun oluşturulmasında olaya tepkisel yaklaşıldığı ve buna bağlı olarak da hukukun temel ilkelerinin göz ardı edildiği söylenebilir.⁹

Kanun maddesinden anlaşıldığı üzere suçun meydana gelebilmesi için kredi kuruluşunun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devredilmiş olması gerekmektedir. Kanuna göre suç içeren fiillerin faaliyet izni sonradan kaldırılmayan ve TMSF’ye devredilmeyen bir bankada gerçekleştirilmesi halinde bankanın zararı olsa da bu suçtan dolayı sorumluluk meydana gelmeyecektir. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Çünkü faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devir işlemleri birer idari işlemdir. Bu idari işlemler gerçekleşmese cezalandırılmayacak eylemler, idari işlemin gerçekleştirilmesi ile suç sayılmakta ve cezalandırılmaktadır. Sonuç olarak kanunun emri ile idari işlemler sonucu cezai sorumluluk mümkün olmaktadır. Bu durum suçların kanuniliği ilkesine şeklen aykırı olmasa bile aslen aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰ BDDK’nın faaliyet izninin kaldırılmasına veya bankanın Fona

⁸ Benzer şekilde Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2061. “Bu fıkra fail açısından hakim ortak tanımından da geniş bir tanım kabul edilmiştir. Fıkra yönetimi ve denetimi elinde bulundurma öngörüldüğünden sadece bankanın yönetimini elinde bulundurma yeterli değildir.” Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2333. Hakim ortaktaki hakim kelimesi tanımlar göz önünde tutulduğunda kontrol eden anlamına gelmektedir. Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.156.

⁹ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.116; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.180.

¹⁰ Kontrol eden ortak zimmeti hükmü Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.447. Benzer şekilde “Verdikleri kredilerde benzer ilişki nedeniyle sıkıntıya düşen ve fakat fona devredilmemiş bankalar açısından bir zimmet suçu duyurusu yapılmamakta ve

devredilmesinde yetkili kurum olduğu düşünöldüğünde bu kararların verilmesinde objektif davranılmalı ve hukuka uygun karar verilmelidir. Takdir hakkı, hakim ortak zimmeti suçu da düşünölerek minimum düzeyde tutulmalıdır. Eğer bu kıstaslara uyulmazsa verilen karar kontrol eden ortak zimmeti suçunun oluşmasına da yol açtığı için suç için yapılan eleştirilerin haklılığı artacaktır.

Her suç belli bir menfaatin veya hukuki değerin ihlali ile ortaya çıktığı düşünöldüğünde,¹¹ her suçun koruduğu en az bir hukuki değeri vardır.¹² Kontrol eden ortak zimmeti suçu bakımından korunan hukuki değeri doktrinde tartışmalıdır. Kimi yazarlar, suçun oluşması için bankanın kaynaklarının kullanılması sonucu bir zararın meydana gelmesi gerektiğinden yola çıkarak suçla korunan hukuki değeri, bankanın mali menfaatleri olarak kabul etmiştir.¹³ Bu bakımdan 160/1'deki suçtan bir fark gözetilmemiştir. Ancak hakim ortak zimmeti suçunda korunan hukuki değeri kanun lafzında geçen bankanın zararından çok daha derindir. Şöyle ki; bankanın hakim ortağı banka kaynaklarını kişisel yararı için kullanarak bankayı emin şekilde çalışmayacak duruma getirmektedir. Sonuç olarak bankanın iflası gerçekleşmekte ve banka tasfiye edilmektedir. Bu süreçte bankada mevduatı olanlar, banka TMSF'ye aktarıldığı için mevduatlarının sigorta altına alınan miktarını TMSF'den tahsil etme yoluna girişmektedirler. Devlet kurumu olan TMSF'nin bu derecede büyük miktarda parayı mudilere ödemek zorunda kalması devleti mali olarak zor durumda bırakacaktır. Konun koyucu suçu oluştururken bu maddi külfeti göz önüne alarak bu borcun tazminine yönelik de hükümler ele almıştır. Tüm bunlar suç ile korunan hukuki değerin bankanın mali menfaatlerinin yanında devletin mali menfaatleri olduğu görüşünü de tarafımızda uyandırmıştır.

Kontrol eden ortak zimmetini hukukumuzda sokan 5020 sayılı Kanun'un hükümet gerekçesine bakıldığında *“Banka çalışanlarının çok cüzi tutardaki*

geri dönmeyen kredinin geri dönebilmesi için hukuki yolların denenmesi ve kullanılması yoluna gidilmektedir. Bu uygulamaya anlam vermek ve fona devredilmiş olup olmamaya göre zimmet suçunun oluşacağı veya sorumluların meşru zeminde kalacakları gibi bir kabule taraftar olmak hukuken olanaksızdır.” Alacakaptan, **a.g.e.**, s.41.

¹¹ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu- Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, 3.Bası, İstanbul, Beta, 2004, s.87.

¹² Hafızogulları, Özen, **Ceza Genel**, s.199.

¹³ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.180. aynı şekilde bankanın mülkiyet hakkı da bu başlık altında değerlendirilebilir. İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.394.

suiistimalleri bile cezaî hükmü gerektirirken, kamu kaynaklarının doğrudan ve/veya dolaylı olarak kullanmak suretiyle ülkeyi katrilyonlarca liralık zarara uğratan banka eski hâkim ortakları hakkında cezaî hükümler bulunmaması, kamu vicdanını sızlatıcı mahiyette olup aynı zamanda eşitliğe de aykırıdır. Önerilen bu hükümle, Fon alacaklarının tahsili bakımından çok büyük yarar ve kolaylıklar sağlanacağı gibi kamu vicdanı da rahatlatılmış olacaktır.” şeklinde görüş bildirilmektedir. Görüldüğü gibi gerekçede banka hakim ortaklarının eylemleri ile ülkeyi zarara uğratmaktan bahsedilmektedir. Yine 5020 sayılı Kanun’un genel gerekçesine bakıldığında Fonun mevduat sahiplerinin alacaklarını karşılamaktan çok uzak olduğunu, devletten ve piyasadan borç para alınarak bu alacaklar karşılanmaya çalışıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Gerekçeler birlikte değerlendirildiğine bankanın mali menfaatleri, banka Fona devredildiğinde devletin mali menfaatleri haline dönüşmektedir. Sonuç olarak kontrol eden ortak zimmetinde korunan hukuki değerler bankanın mali menfaatleri ve kredi kuruluşlarına duyulan güvenin yanında daha baskın olarak da devletin mali menfaatleri sayılabilir. Suç ile korunan hukuki değer hakkında görüş bildiren Baytemir’e göre hakim ortak zimmetinde, Fon ve devletin mali hakları korunmaya çalışılmıştır.¹⁴

B. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

Bankacılık Kanunu m.160/3 hükmünde suçun faili olarak “*bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortakların*” kabul edildiği görülmektedir. Metnin 4389 sayılı Kanun dönemindeki düzenlenişinde de failin benzer özelliklere sahip olması aranmaktaydı. Buradan hareketle failin taşınması gereken özellikleri sıralamak gerekirse, fail gerçek kişi olmalı, suçu işlediği sırada bankaya ortak olmalı, bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmalıdır. Dolayısıyla bu suç özgü suç sayılır.

4389 sayılı Kanun’da düzenlendiği şekliyle yönetimi ve denetimi “*elinde bulunduran*” lafzı yerine 5411 sayılı Kanun’da “*elinde bulundurmuş*” şeklinde

¹⁴ Baytemir, **a.g.e.**, s.490. Aynı şekilde Gökcan, **a.g.e.**, s.440.

düzenleme yapılması isabetli olmuştur. Eski düzenleme yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilmekteydi. Suç olarak kabul edilen eylemler bankanın faaliyet izninin kaldırılmasından ve Fona devredilmesinden önce gerçekleştirilebildiği halde, bu ifade sanki sonraki eylemleri suç kabul ediyor gibi bir yanlış anlaşılmaya sebep olabilmekteydi.¹⁵ Kontrol eden ortak zimmetinde suçun faili kabul edilen ortağın, ortaklıkta bulunduğu süre boyunca bu suçu işleyip işlemediği araştırılır ve suç zamanaşımına uğramamışsa diğer unsurlar da sağlandığında kovuşturma söz konusu olabilir. Zamanaşımının aşağıda anlatılacağı üzere failin suça vücut veren hareketi gerçekleştirdiği andan itibaren hesaplanması gerekmektedir. Yani fail, bankanın faaliyet izninin kaldırıldığı ya da Fona devredildiği sırada ortaklar içerisinde yer alan kişilerden farklı kişiler de olabilir.

Bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurma açıklamaya muhtaç bir konudur. Yönetim ve denetimin hukuken elde bulundurulması esas sözleşmeden ya da yazılı diğer kayıtlardan tespit edilebilir. Ancak yönetim ve denetimin fiilen elde bulundurulması olayın özelliklerine göre hakim tarafından tespit edilmelidir. Yönetim ve denetimi fiilen elde bulunduran failin de madde kapsamında cezalandırılması isabetlidir.¹⁶ Keza çoğu halde fail kendini gizlemek için hukuken yönetim ve denetimi elinde bulundurmaz. Danıştay verdiği bir kararda fiili olarak yönetimi ve denetimi elinde bulundurmanın doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi olmadan da mümkün olabileceğine karar vermiştir.¹⁷ Danıştay'ın bu şekildeki kararı esasen fiilen yönetim ve denetimin elde bulundurulmasının mümkün olduğunun kabulü bakımından olumlu olsa da kontrol eden ortak zimmeti suçunda failin aynı zamanda ortak olması aranmaktadır.

¹⁵ Tuğrul, **a.g.e.**, s.555; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.], “Maddenin bu şekilde anlaşılması düzenleyicinin amacına aykırı olsa da ceza hukuku ilkelerine uygundur.” Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.440.

¹⁶ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.180. “Gerçek kişinin banka ortağı olması zorunlu ise de banka sermayesindeki payı önemli değildir.” Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2334. “Fiilen elinde bulundurma yönetim ve denetim postlarını kim işgal ediyor olursa olsun ortağın nüfuz icrası suretiyle iradesini gerçekleştirmiş olmasına bağlıdır.” Taşdelen, **a.g.e.**, s.1461.

¹⁷ Bkz. Danıştay 10. Daire 14.07.2003 tarih, 2003/2896 E. numaralı kararı. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.75.

Doktrindeki hakim görüşe göre yönetim ve denetimi elinde bulunduran kişi hakim ortaktır.¹⁸ Diğer görüşe göre yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortak kavramı doktrinde hakim ortak ile benzer anlamda kullanılsa da daha geniş bir kavram olarak kabul edilmiştir.¹⁹ Hukuken hakim ortak olmamakla birlikte verdiği talimatlarla bankanın yönetim ve denetimini elinde bulundurduğu anlaşılan kişi de bu suçun faili olabilmektedir. Her iki görüş bakımından da faili tespit etmede yararlanılan hakim ortaklık durumunun açıklanması gerekir. Bankacılık Kanunu’nun tanımlar maddesi incelendiğinde hakim ortak “*bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi,*” ifade etmektedir. 4389 sayılı Kanun dönemindeki yapılan hakim ortak tanımı ise “bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına ya da birlikte elinde bulunduran kişi” şeklinde yapılmaktaydı.²⁰ Bu yüzden Bankacılık Kanunu m.160/3’de düzenlenen suç o dönemde hakim ortak zimmeti olarak adlandırılmıştır. 5411 sayılı Kanun’da yönetim ve denetimin elinde bulundurma terimi yerine kontrol kavramı getirilmiştir.

Kanununda kontrol kavramı gerek bankalar gerekse diğer kuruluşlar için söz konusu olabilen bir kavramdır. Kontrol kavramı kanunun tanımlar maddesinde “*yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu yüzden çalışmamız kapsamında da bu suçu adlandırmada genelde kontrol eden ortak zimmeti kavramı kullanılmıştır. Görüldüğü üzere Bankacılık Kanunu m.160/3’te sayılan yönetim ve denetimi elinde bulundurma şartı kontrol kavramında sadece yönetimi elinde bulundurma şeklinde ele alınmıştır. İkisinin farklı kavramlar olduğunu savunan yazarlara²¹ karşın bankada denetim işini yürüten denetim kurulunun üyelerinin

¹⁸ Fatih S. Mahmutoglu, “Bankalar Kanununun 22/3 İle 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.3, 2005, s.233; Gökcan, **a.g.e.**, s.448.

¹⁹ “*Bu fıkra da yönetim ve denetimi elinde bulundurma öngörüldüğünden örneğin sadece bankanın yönetimini elde bulundurma yeterli değildir.*” Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2333. “*Suçun faili olarak gösterilen gerçek kişi ortakların sadece hakim ortaklar olabileceği yönünde kanun metninde açık hüküm bulunmamaktadır.*” İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.133. Aksi görüşe göre “*Hakim ortak kavramına tüzel kişilerin de dahil olduğu düşünüldüğünde, bu bakımdan kanundaki ifadenin hakim ortak kavramından daha dar bir alana sirayet ettiği görülecektir.*” Gürses, **Zimmet Suçu**, s.49.

²⁰ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.156; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.262.

²¹ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.262.

yönetim kurulunca ve yönetim kurulu içinden seçildiği düşünüldüğünde yönetime hakim olan kişi denetime de hakimdir diyebiliriz.

Bankanın bir kişi tarafından kontrol edilmesi çeşitli şekillerde mümkün olabilmektedir. Bankacılık Kanunu m.3'te belirtildiği üzere:

- 1- Sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması,
- 2- Bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması,
- 3- Diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması hallerinden en az birinin gerçekleştirilmesiyle bir tüzel kişi olan bankanın kontrol edilmesi mümkündür.

Bu haller örnek olarak sayılmıştır. Numerus clausus değildir. Çünkü madde yukarıdaki kontrol etme hallerini saydıktan sonra “veya herhangi bir suretle” lafzına yer vermiştir.

Bankanın kontrolünün gerçekleşebilmesi için karara esas çoğunluğunun atanabilmesi şart koşulmuştur. Bu bakımdan bankaların tüzel kişi olarak kurulabildikleri düşünüldüğünde karara esas çoğunluğun belirlenmesinde TTK m.390 maddesi önem taşımaktadır. Bu maddedeki nisaplara göre karara esas çoğunluk belirlenecektir.

Yukarıdaki tanıma göre kontrolün gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemede hukuki durum kadar fiili durumun da etkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir.²² Örneğin bankada hissedarların çokluğu ve birlikte hareket etmemeleri halinde (genelde halka açık şirketlerde) aslında hukuki olarak banka hisselerinin çoğunluğuna sahip olmayan bir kişinin yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu atayabilmesi mümkün olabilmektedir. Bu durumda o kişinin bankayı kontrol ettiği kabul edilmelidir.²³ Hakim tarafından kontrolün sağlanıp sağlanmadığının tespitinde

²² Ali Pash, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2009, s.28.

²³ Bu durum Yiğit tarafından fiili olarak hakimiyet olarak kabul edilmiştir. Bkz. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.442.

fiili durum da göz önünde bulundurulmalıdır. Kontrolün tek başına ya da başka bir ortakla birlikte olması mümkündür.²⁴

Kontrol eden ortak zimmetinde sadece gerçek kişilerin fail olabileceği kabul edilmiştir. Bankanın yönetimini ve denetimini fiilen elinde bulunduran tüzel kişilerin yöneticilerinin suçun unsurlarını gerçekleştirmesi halinde ise bazı yazarlara göre ne tüzel kişinin nede tüzel kişinin yönetiminde bulunan gerçek kişiler bakımından suç oluşmayacak ve herhangi bir güvenlik tedbiri de kanunda yer almadığı için uygulanmayacaktır.²⁵ Bu yazarlara göre TCK m.7 hükmüne göre kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimse cezalandırılmaz.

Bankanın hakim ortağı olan tüzel kişinin yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişinin, aslında tüzel kişinin hareketlerini yönlendirebildiği (kontrol edebildiği) için bankanın da yönetimini ve denetimini elinde bulundurabilme şansı vardır.²⁶ Bu şekilde dolaylı kontrol olgusunun ispatlanması prima-facie delillerle mümkündür. Prima-facie deliller yazılı delil başlangıcına benzer özellik gösterse de yazılı olmamasından dolayı ondan ayrılır. Prima-facie delil kavramı bir anlamda olguların delil olarak kabul edilmesidir. Bu deliller özel hukuku anlamında yeterli kabul edilmezken ceza hukukunda delil olarak kabul edilir.²⁷ Dolaylı kontrol sağlanarak BankK. m.160/3'deki suçun işlenmesi halinde tüzel kişinin yönetim ve denetimini elinde bulunduran kişi cezalandırılmaz. Çünkü kanunda failin bankaya ortak olması aranmıştır. Ortak olmayan bu kişinin cezalandırılması her ne kadar maddenin amacına uygun olsa da lafzi yorum yapıldığında yukarıda anlatıldığı gibi dolaylı kontrol sağlayanların cezalandırılması kıyas ile ceza sorumluluğunun

²⁴ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.157; Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.77-79.

²⁵ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.181; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2335; Baytemir, **a.g.e.**, s.492. Tüzel kişilerin veya tüzelkişilerin yöneticilerinin cezai sorumluluklarının olmamasının eşitlik ilkesine aykırılığı savunulmuştur. Bkz. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.441.

²⁶ “Bu hallerden biri ise bankanın ortaklarının birden fazla şirketten oluşan şirket toplulukları olarak karşımıza çıkmasıdır. Ya da şirket topluluğunu oluşturan şirketlerin birisi bankanın hakim ortağı olarak gözükmekte ve gerçek hakim ortak ise bu şirkette hakim ortak konumunda olabilmektedir. Ancak bu durum zincirleme olarak bir kaç şirketin birbirine ortak olması ve gerçek kişinin en gizli köseye saklanması şeklinde de görülebilir.” Ayşegül Özkurt, **Bankacılık Hukukunda “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s.114.

²⁷ Dolaylı kontrol ile ilgili prima – facie deliller hakkında açıklama ve örnekler için bkz. Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.160-161.

genişletilmesi sayılacağı için gerek Anayasa m.38'e gerekse TCK m.2/3'e aykırıdır.²⁸ Bu kişinin aynı zamanda suç işlenen bankada da ortak olması durumunda kontrol eden ortak zimmeti suçundan dolayı cezalandırılabilmesi mümkündür.

Bankanın ortağı olmayan yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğerk banka mensupları da kontrol eden ortak zimmeti suçunun faili olamazlar.²⁹ Bu kişiler diğerk unsurların sağlanması halinde yardım eden ya da azmettiren olabilir.

2. Mağdur

Fail genelde suç metninde açıkça yer alırken mağdurun çoğumetinde açıkça yer almaması mağdurun kim olduğunun tespitini zorlaştırmaktadır. Madde metninin nasıl ele alındığı bu bağlamda önem taşımaktadır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki 5411 sayılı Kanun'un kontrol eden ortak zimmetini düzenleyen 160/3. maddesi "faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın" şeklinde başladıktan sonra kredi kuruluşunun kaynakları şeklinde devam etmesi, yatırım ve kalkınma bankalarında kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenip işlenemeyeceğı hakkında şüpheye yol açabilir.³⁰ Kanunun tanımlar maddesinde belirtildiğı üzere kredi kuruluşları mevduat ve katılım bankalarından oluşmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlendiğı üzere yatırım ve kalkınma bankaları Fona devredilmemektedir. TMSF'ye devir müessesesi kredi kuruluşları için düzenlenmiştir. Ancak faaliyet izninin kaldırılması tüm bankalar bakımından geçerlidir. Dolayısıyla kontrol eden ortak zimmeti tüm bankalarda işlenebilir. Keza mülga 4389 sayılı Kanun'un 22/4 maddesinde bu şekilde bir kavram kargaşasına yer

²⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2335; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1462. Aksi görüşe göre "Bir kişinin hissedarlık ilişkisi olmadan da bankanın hakim ortağı olabileceğı kabul edilmiş ve bir bankaya paravan ortak ve şirketler üzerinden sahip olan gerçek ortaklara ulaşılması amaçlanmıştır." Alıcı, **Bankacılık Kanunu şerhi**, s.2063. "Bu düzenleme ile kayden bir ortaklık bulunmasa da bir gerçek kişinin bankanın hakim ortağı olabileceğı kabul edilmiş ve bir bankaya paravan ortak veya tüzel kişiler üzerinden de sahip olan tüzel kişilere ulaşılması amaçlanmıştır." Özkurt, **a.g.e.**, s.116.

²⁹ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.234; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.184; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1461; Gülşen, **a.g.e.**, s.163. Gökcan, **a.g.e.**, s.448. Mülga TTK m.312'ye göre banka yönetim kurulu üyelerinin ortak olması arandığı için yönetim kurulu üyeleri de yönetim ve denetimi elinde bulundurma şartını sağlaması halinde suçun faili olabilirler. İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.371.

³⁰ Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.441. Aynı şekilde Reisoğlu'na göre bu suç kalkınma ve yatırım bankalarına uygulanmaz. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2334. Benzer şekilde Gürses, **Zimmet Suçu**, s.64.

verilmeden banka terimi maddenin muhtelif yerlerinde kullanılmıştır. 5411 sayılı Kanun da mülga kanuna paralel şekilde düzenlendiği düşünüldüğünde bu suçun bankalar çerçevesinde işlenebileceğini kabul etmemiz gerektiği sonucuna ulaşırız. Kanımızca madde metninin bu şekilde ele alınması yazımdaki özensizliği ortaya koymaktadır.³¹

Kontrol eden ortak zimmeti suçu banka kaynaklarının kullanılması veya kullandırılması yoluyla bankanın zararına işlendiği için ilk aşamada suçtan zarar gören banka tüzel kişiliği olarak görünmektedir.³² Tüzel kişilerin mağdur kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin olan yukarıda bahsetmiş olduğumuz tartışma kontrol eden ortak zimmeti suçu bakımından da devam etmektedir. Gürses'e göre kontrol eden ortak zimmeti suçunun oluşması için faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın bulunması şart olduğu için suçun mağduru bankadır.³³ Gülşen'e göre suçun mağduru maddede açıkça bildirilmiştir. Buna göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen banka bu suçun mağdurudur.³⁴

Emin şekilde çalışamaz duruma getirilmiş olan kredi kuruluşunun Fona devredilmesi durumunda sigortalı olan mevduatların mudilere tekrar ödenmesinde TMSF görev almaktadır. TMSF bu paraları tekrar öderken devlet hazinesindeki birikimleri kullanmaktadır. Kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesi ile Fona devredilen bir banka söz konusu ise ve suçun failinden anlaşma veya dava yoluyla zimmetine geçirdiği paralar tahsil edilmez ya da tahsil edilenler mudilere ödenmek için devlet tarafından teminat altına alınan miktardan az ise bu paralar devlet hazinesinden karşılanacağı için devlet de suçtan zarar gören sayılmaktadır. Bu halde mağdur toplumu oluşturan herkeştir.

³¹ Ayrıca Bankacılık Kanunu m.77 ye göre *“kalkınma ve yatırım bankaları bu Kanunun 54, 55, 56, 57, 61, 63, 64, 106 ilâ 129 uncu maddeleri, 130 uncu maddesinin (a) bendi, 131 ila 142 üncü maddeleri hariç olmak üzere diğer hükümlerine tâbidir.”* Hükmüne göre de 160. maddesi hükmüne tabidir.

³² Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.176.

³³ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.57.

³⁴ Gülşen, **a.g.e.**, s.163-164.

3. Suçun Konusu

Kontrol eden ortak zimmeti suçunda, suçun konusunu bankanın kaynakları oluşturmaktadır. Kanun metninde “kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmaktan” bahsedilmektedir. Düzenleme her ne kadar kredi kuruluşunun kaynakları şeklinde olsa da önceki başlıkta açıklandığı üzere yatırım ve kalkınma bankalarında da bu suçun işlenebilmesi neticesinde buradaki “kredi kuruluşunu” “banka” olarak kabul etmek gerekmektedir. 4389 sayılı Kanun’da da suçun konusu olarak banka kaynakları kabul edilmiştir.³⁵

Bankanın kaynakları esasen bankanın her türlü malvarlığı değerini kapsamaktadır.³⁶ Bankanın asli faaliyetlerini yürütebilmesi ve emin şekilde çalışabilmesi için belli maddi değerlere sahip olması gerekmektedir. Bu değerlerin kapsamına; bankanın alacakları, duran ve dönen aktifleri, bankada bulunan mevduatlar, kullanılan krediler öz kaynak değerleri girmektedir.³⁷

Bankanın öz kaynağı ortaklığın ana sermayesi ve yedek akçelerinden oluşmaktadır. Tüzel kişi olan bankanın öz kaynağının bazı fonksiyonları vardır. Öz kaynağı oluşturan bankanın esas sermayesi, tüzel kişinin alacaklıları için bir sorumluluk fonu gibi işlem görmektedir. Bu şekilde ticari riskleri karşıladığı için bankanın devamlılığının sigortasıdır. Diğer bir fonksiyonu ise bankanın emin şekilde faaliyetlerine devam edebilmesi için gerekli olan malvarlığının ortaklık bünyesinde oluşturulması işlevidir. Böylece banka bazı riskleri alabilecek ve faaliyetine başlayıp bankacılık hizmeti sağlayabilecektir.³⁸ Bankanın kaynaklarını kuşkusuz para ve para yerine geçen evrak ve senetler ve diğer mallar da oluşturmaktadır. Bu bakımdan BankK. m.160/1’de düzenlenen suçun konusu ile benzerlik göstermektedir.³⁹

³⁵ Aksi görüş için bkz. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.438.

³⁶ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.232. “Bankanın kaynakları ile bankanın tüm malvarlığı ve olanakları kastedilmektedir.” İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.137.

³⁷ Ünal Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları, 2003, § 8, N.80; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.77; Gökcan, **a.g.e.**, s.448; Turabi, **a.g.e.**, s.198; Tuğrul, **a.g.e.**, s.559.

³⁸ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.209-211; Özkurt, **a.g.e.**, s.76-77.

³⁹ Gülşen, **a.g.e.**, s.164. Ergün, **Zimmet Suçu**, s.180. “Önemli ve yüksek değeri bulunan bir banka varlığı veya olanağı olarak anlamlandırılmaktadır.” Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.258. “Bizce

Çalışmamızın ikinci bölümünde yapılan açıklamalar kontrol eden ortak zimmeti bakımından da geçerlidir.

Bankanın kaynağı içinde taşınır ve taşınmaz mallar yer alabilir. Banka hakim ortağının talimatıyla bankanın bir gayrimenkulünü değerinin çok altına başka birinin mülkiyetine geçirilmesi halinde kontrol eden ortak zimmeti suçu taşınmazlar üzerinde işlenebilir. Yine ikinci bölümde belirtildiği üzere maddi ve maddi olmayan bankaya ait mallar da suçun konusunu oluşturabilir. Ancak diğer durumlarda olduğu gibi bu durumda da suçun konusunun bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürebilecek nitelikte olması gerekmektedir.⁴⁰ Aynı şekilde banka iştiraklerinin de çok düşük bedellerle satılması sonucu bu suç oluşabilir.⁴¹

Suç konusu bankanın kaynağının, bankaya ait olmasının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde tartışma vardır. Bazı yazarlara göre kanun metninde kaynakların bankaya ait olması açıkça arandığından yukarıda sayılan değerlerin faaliyet izni kaldırılan ya da TMSF'ye devredilen bankaya ait olması gerekmektedir.⁴² Diğer görüşe göre Kanunun 160/1 maddesinde düzenlenen bankacılık zimmeti suçunda olduğu gibi banka kaynağının bankaya ait olup olmamasının bir önemi yoktur.⁴³ Bu konu hakkında görüş ileri sürebilmek için banka kaynaklarını teker teker ele alıp incelersek; banka öz kaynağının mülkiyeti bankaya aittir. Bankaya mevduat olarak yatırılmış olan paranın mülkiyeti çalışmamızın ikinci bölümünde de açıklandığı üzere bankaya aittir. Bankanın kredi olarak aldığı para da banka mülkiyetine dahildir. Dolayısıyla kontrol eden ortak zimmeti suçunun konusunu oluşturan değerler banka mülkiyetindedir. Ayrıca kanunun lafzı “kredi kuruluşunun kaynağı” şeklinde düzenlendiği için, kanımızca suçun konusunun bankaya ait olması gerektiğinin kanun tarafından aranmaktadır.

madde 22/4 te oldukça geniş bir kavrama yer verilmiş olup, madde 22/3'teki sair varlıklara eşdeğer bir içerik oluşturmuştur.” Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.232. Aksi görüşe göre banka kaynağı, para para yerine geçen evrak ve senetler ile diğer mallardan daha geniş bir kavramdır. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.438.

⁴⁰ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1462; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.438; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2334.

⁴¹ Turabi, **a.g.e.**, s.198; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.78.

⁴² Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.232; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.180.

⁴³ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1462 “Banka, mülkiyeti başkasına ait olan malları da kaynak olarak kullanabilir.” Gürses, **Zimmet Suçu**, s.78.

İnceoğlu'na göre insan kaynağı da banka kaynakları içinde sayılabilir. Hakim ortak tarafından insan gücünün bankada değil de kendi özel işlerinde kullanılması bankanın zararına da olabilir. Ancak banka bu kadar önemsiz bir zarardan dolayı emin şekilde çalışması tehlikeye düşmeyeceğinden faaliyet izni kaldırılmaz ve Fona da devredilmez. Dolayısıyla bu kaynağın kullanılması ile kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesi çok zordur.⁴⁴

4. Fiil

a. Genel Olarak

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160/3 maddesinde düzenlenen suçun oluşması için fail tarafından “kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırması” fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. 4389 sayılı mülga Kanun'un 22/4 maddesinde ise fiil unsuru bakımından 5411 sayılı Kanun'dan daha farklı bir düzenleme vardı. Mülga hükme göre “15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmakla” bu suç gerçekleşecektir. Görüldüğü üzere mülga kanun hangi fiillerin işlenmesi gerektiğini belirtmek için kanunun 15/a maddesine göndermede bulunmuştur. Bu maddede yer alan fiillerden biri gerçekleştirilerek kontrol eden ortak zimmeti suçu işlenebilir. Doktrinde bu şekilde bir gönderme ile suç ihdas edilmesi 15/a maddesinin ele alınışındaki cümle bozukluğu ve anlam bozukluğu göz önüne alındığında kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.⁴⁵ 5411 sayılı Kanun'daki düzenlemede suçun oluşması için hangi fiillerin gerçekleşmesi gerektiğinden bahsedilmemiş düzenlemeye uyan her tür eylemle suçun işlenebildiği kabul edilmiştir. Ceza hukuku terminolojisi ile belirtmek gerekirse 4389 sayılı Kanun'daki kontrol eden ortak

⁴⁴ İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.384.

⁴⁵ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.234.

zimmeti suçu seçimlik hareketli suç iken 5411 sayılı Kanun'da açıkça tek bir hareket belirtilmiştir.⁴⁶

Bankacılık Kanunu'nun 108. maddesinde düzenlenen banka kaynaklarının istismarı hükmünde kontrol eden ortak zimmetini oluşturuca nitelikteki fiiller yer almaktadır. Maddeye göre *“Bankaların hâkim ortaklarının ve yöneticilerinin; yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle, banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnetmek, teminat göstermek, açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikar bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi ve yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılır.”* maddede sayılan bu fiiller diğer unsurların da gerçekleşmesi ile bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçunun oluşabilmesi için örnek sayılabilir. Ancak sayılan bu fiillerin dışındaki fiiller de suçu oluşturabilir.

5411 sayılı Kanun'un 160/3 maddesindeki düzenlemeye göre kontrol eden ortak zimmeti suçunun oluşması için suç konusu olan banka kaynaklarının doğrudan veya dolaylı olarak failin kendisinin veya başkasının menfaatine kullanılması ve bu kullanma ile banka emin şekilde çalışamaz duruma gelmesi gerekmektedir. Şimdi bu iki şartın ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

b. Banka Kaynaklarının Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kendisinin veya Başkasının Menfaatine Kullandırılması

Banka kaynaklarının içine neler girdiği yukarıda belirtilmiştir. Suçun oluşması için bu kaynakların kullandırılması doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Doğrudan kullandırmada araya üçüncü kişiler girmez ve bu kullandırmanın tespit edilebilmesi zor değildir. Örnek vermek gerekirse banka mülkiyetinde bulunan bir gayrimenkulün yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortağın talimatıyla

⁴⁶ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.235.

değerinin çok altına bu ortağın kendisinin veya bir aile üyesinin mülkiyetine geçirilmesinde doğrudan kullandırma söz konusudur. Tabii bu kullandırma işlemi banka malının satılması şeklinde kendini göstermiştir. Kullandırma başka şekillerde de karşımıza çıkabilir. Örneğin banka tarafından borcun üstlenilmesi, temlik yapılması veya kabul edilmesi, hakim ortaklara ya da onların teşebbüslerine akrabalarına olağanın dışındaki şartlarla kredi verilmesi faaliyetleri ile de kontrol eden ortak zimmeti suçu işlenebilir.⁴⁷ Kullandırmanın kontrol eden ortak zimmeti suçunu oluşturması için banka kaynağının bankaya geri dönmek üzere kullandırılması ve bankanın bundan dolayı zarara uğrayarak, emin şekilde çalışamaz duruma gelip faaliyet izninin kaldırılması ya da Fona devredilmiş olması gerekmektedir.

Kanun metninde kullandırmanın, failin ya da başkasının menfaatine olması mümkün kılınmıştır. Bundan dolayı kullandırma faile yarar sağlamış olabileceği gibi bankanın iştirakleri veya grup şirketleri gibi tüzel kişilere de yarar sağlayabilir.

Banka kaynaklarının dolaylı kullandırılmasında görünüşte bir işlem ile banka kaynağı bir üçüncü kişiye kullandırılmış gibi görünmektedir. Ancak maddi menfaat gerçek kişi ortak lehine olmaktadır. Dolaylı kullandırmada arada bir veya birden fazla kişi vardır. Bu yüzden dolaylı kullandırmanın tespiti daha zordur. Örneğin kredinin ona gereksinim duymayan, krediden faydalanmayan bir kişiye açılması ancak aralarındaki anlaşma veya başka suretle maddi menfaat olan paranın, bankanın yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortak tarafından kullanılması durumunda dolaylı kullandırmadan bahsedebiliriz.⁴⁸

Kontrol eden ortak zimmeti suçu genelde hakim ortağa ya da ortağı olduğu şirkete kredi açılması suretiyle işlenmektedir. Krediler açılmak suretiyle bu suçun

⁴⁷ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.182; Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, § 8, N.81; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2334. Banka kaynaklarının kullanılması başka şekillerle de olabilir. Gerçeğe aykırı kayıt ya da kayıt dışılık, banka hisselerinin alınmasında ya da satılmasında banka kaynağı kullanımı, bankanın veya iştiraklerinin kaynak aktarımında kullanılması off-shore bankalarla yapılan işlemler ile karmaşık işlemler ve bankanın iç işleyişinin kötüye kullanılması yollarıyla da banka kaynağının kullandırılması mümkündür. Özkurt, **a.g.e.**, s.96-105.

⁴⁸ Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, § 8, N.82; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.456. Ergün'e göre kanunda dolaylı kullandırmadan bahsetmesine gerek yoktur. Çünkü failin veya bir başkasının menfaatine kaynak kullanımı zaten kanunda kabul edilmiştir. Failin kendisine yapılmayan kullandırma zaten dolaylı kullandırmaya örnek oluşturmaktadır. Ergün, **Zimmet Suçu**, s.184.

işlenmesi halinde çalışmamızın ikinci bölümünde yapmış olduğumuz açıklamalar aynen geçerliğini korumaktadır. Tekrardan anımsatmak gerekirse kanuna ve kredi düzenine uygun olarak, kredinin geri dönmeyeceği bilinmeden ve yapılan gerekli istihbarat sonucunda kredi verilmesine engel hali bulunmayan kişilere kredi verilmesi halinde hiçbir suç oluşmaz.⁴⁹ Suçun oluşması için banka kaynağının kullanılmasının kredi düzenine aykırı olması ve Bankacılık Kanunu'nun 71/e maddesi anlamında dolanlı işlem olması gerekmektedir.⁵⁰

Bankacılık Kanunu m. 54'de kredi sınırlarına yer verilmiştir. Bu düzenlemenin amacı banka kaynaklarının belli sınırlar dahilinde kredi verme yoluyla kullandırılması ve riski azaltarak bankanın emin şekilde çalışmasına devam etmesini sağlamaktır. Bir bakıma kredi sınırları bankanın devamlılığını sağlamak için koyulmuş emniyet supabıdır. Banka ortakları, bankada toplanan paraları kendi istikballeri için kullanma niyetinde olabilirler. Bu kişilerin banka kaynaklarını kullanmak suretiyle bankanın emin şekilde çalışmasına engel olması kredi sınırları maddesi ile korunmaya çalışılmıştır. Kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesinde bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek büyük miktarlarda paranın, failin kendisinin ya da başkasının menfaatine kullanılması gerekmektedir. Böylesine büyük paraların kredi olarak kullandırılması kredi sınırlarına aykırılık teşkil edeceğinden, BDDK'nın yaptığı denetimlerde suçun ortaya çıkartılması daha kolay olacaktır. Bu nedenle fail, kontrol eden ortak zimmeti suçunu işlerken kredi sınırlarını dolanma amacıyla daha ziyade back to back kredi, fiduciary (inançlı işlem) ve off shore bankacılık işlemlerini kullanmaktadır. Bu işlemler hukuk düzeni tarafından yasaklanmamış işlemlerdendir. Kontrol eden ortak zimmetinin daha çok sayılan bu işlemler çerçevesinde işlenmesi bu işlemlerden kısaca bahsetme ve konu ile ilgisini açıklama zorunluluğunu doğurmaktadır.

(1) Karşılıklı (Back to Back) Kredi İşlemleri

Sırt sırta kredi olarak da anılan bu kredi işleminde bankaların yönetim ve denetimini ellerinde bulunduran ortaklar kredi sınırlarını dolanmak suretiyle karşılık

⁴⁹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.183; İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.387; Baytemir, **a.g.e.**, s.512; Tuğrul, **a.g.e.**, s.573.

⁵⁰ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.262.

esasına dayanarak birbirlerine ya da birbirlerinin grup firmalarına kaynak aktarmaktadır. Bu işlemlerde vadeler ve uygulanacak olan faiz miktarı aynı olduğundan işlemler birbirlerinin teminatı niteliğindedir. Bazen gelir artırımını, gider artırımını veya kaydi mevduat artırımını gibi nedenlerle de karşılıklı kredi işlemi tercih edilebilmektedir.⁵¹

Bu kredi işleminde karşılıklı kredi kullandırılan firmaların mali yapısı, krediyi geri ödeyebilme güçlerinin olup olmaması göz önünde tutulmadan işlemlerin karşılıklı olduğuna güvenilerek kredi verilmektedir. Yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortakların amacı kredi sınırlarına takılmadan banka kaynağının karşılıklı olarak kullandırılması suretiyle menfaat elde etmeleridir. Bir tarafın diğer taraftan aldığı krediyi ödeyememesi halinde diğer taraf da aldığı krediyi ödemeyecektir. Bu bakımdan kredinin dönüşü kendi grup firmasının diğer bankadan kullandığı kredinin geri dönüşüne bağlıdır.⁵² Bu kredi işlemi tarafların karşılıklı borçlarını ödemesi halinde herhangi bir suç oluşmaz. Çünkü bu durumda bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşüren bir durum olmadığından zarar da söz konusu olmayacak ve böylece bankanın bu sebepten dolayı faaliyet izninin iptali veya Fona devredilmesi şartı gerçekleşmeyecektir. Ancak karşılıklı borçların baştan itibaren ödenmeyecek olmasının, karşılıklı kredinin açılmasında etkili olan yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortak tarafından bilinmesi ve buna uygun davranılarak her iki bankanın da malvarlığında azalma ile kredi alanlar açısından haksız bir menfaat elde edilmesi halinde, bu işlem kanunun 160/3. maddesindeki suç oluşturabilecektir. Bunun için suçun diğer unsurlarının da sağlanması gerekmektedir.

Karşılıklı (back to back) krediler hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen kararın incelenmesi karşılıklı kredilerin ne olduğunu ve kontrol eden ortak zimmeti suçunu işlenmesinde karşılıklı kredilerinin nasıl rol oynadığını görmemiz açısından önemlidir.⁵³ Karara göre; suç işlendiği tarihte henüz 5020 sayılı

⁵¹ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.241.

⁵² Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.225; Tuğrul, **a.g.e.**, s.575 Gülşen, **a.g.e.**, s.168.

⁵³ **Bkz. Yargıtay CGK. 1.11.2011 tarih, 2011/210 E. ve 2011/218 K. numaralı kararı:**

“Kural olarak bankacılık mevzuatına uygun olarak verilen bir kredinin geri dönmemesi suç oluşturmamaktadır. Bununla birlikte, bankacılık sektöründe kredilerle ilgili olarak karşılaşılan yasal engellerin aşılması amacıyla kimi zaman çeşitli yöntemlere başvurulabilmektedir. Bu yöntemlerden birisi de, iki ayrı banka tarafından cins, tutar, vade, faiz oranı, kullanım tarihleri ve

Kanun ilan edilmediği ve buna bağlı olarak da çalışmamız kapsamındaki kontrol eden ortak zimmeti suçu uygulanamadığı için sanıklara unsurları oluşan bankacılık zimmeti suçundan ceza verilmiştir

(2) İnançlı (Fiduciary) İşlemler

Bu işlemlerde karşılıklılık söz konusu değildir. Mahmutoglu'na göre inançlı işlemler bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması ya da teminat sağlamak amacıyla ona bazı haklarını ciddi olarak devretmesi, fakat hakları iktisap edenin bunlardan kaynaklanan birtakım yetkileri hiç kullanamaması, bazılarını da daha önceden menfaat sahiplerince belirlenen biçimde kullanmak durumunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir.⁵⁴ İnançlı işlemlerde genelde inanan kişi belli şartlar altında inanılan kişiye bazı malvarlığı değerlerini bırakır. İnanılan kişi de bu malvarlığı değerlerini aradaki anlaşmaya bağlı olarak değerlendirir. Borçlar hukuku çerçevesinde gerçekleşen bu işlemlerin kredi sınırlarının dolanılmasını sağlamak için kullanılması mümkündür. Tek başına kredi sınırlarını dolanmak

teminat şartları yönünden aynı olmak üzere, bankaların sahibi olan firma ve iştiraklerinin karşılıklı olarak kredilendirilmesi şeklinde tanımlanan ve öğretide “sırt sırta kredi” ya da “karşılıklı kredi” de denilen “back to back” kredilerdir.

Özellikle bankaların hakim hissedarları arasında uzlaşmaya dayalı bir biçimde ve karşılıklılık esasına dayanılarak kullandırılan bu krediler vade, miktar ve faiz itibarıyla da aynı olduğundan birbirlerinin teminatı olarak kabul edilmekte ve bir tarafın kredi borcunu ifa etmemesi diğer tarafın da kredi borcunu ödememesine neden olmaktadır.

Esas amacı Bankalar Yasasında öngörülen kredi sınırlamalarının aşılması ve mutlak kredi yasaklarına ilişkin yasaklayıcı hükümlerin dolanılması olan back to back kredilerde, gerek bankanın gerekse hakim sermaye gruplarının ticari faaliyetlerinin iyi gitmesi halinde bir sorun yaşanmamakta ise de; taraflardan birinin mali durumunun bozulması nedeniyle bankaya el konulması halinde, ödeme güçlükleri oluşmakta, bu suretle de taraflar arasındaki kredi ilişkisinin gerçek mahiyeti ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, back to back kredilerin, bankacılık işlemlerinin belirli bir disiplin içerisinde yürütülmesi yükümlülüğüne uygun düşmediği ortadadır.

Buna göre; hakim hissedarların, baştan itibaren ödenmeyeceğini bilmelerine rağmen, back to back kredilendirme yöntemi ile hayali (fiktif) veya mali gücü yerinde olmayan gerçek ya da tüzel kişilere kredi açmak suretiyle her iki bankanın malvarlığının azalmasına ve kredi alanların haksız yarar elde etmelerine neden olmaları durumunda diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde eylemin zimmet suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.

İnceleme konusu olayda, Pamukbank ve Etibank'ın mensup oldukları grup firmalarına 17.08.1998 ve 10.09.1998 tarihleri arasında miktarları ve vadeleri hemen hemen aynı olacak şekilde karşılıklı kredi kullandırdıkları görülmektedir. Etibank yöneticilerinin Ç...Grubu firmalarına, Pamukbank yöneticilerinin de B. ve Ç..Grubu firmalarına back to back kredilendirme yöntemi ile kredi kullandırma eylemlerinden sonra açılan krediler Etibank yöneticileri tarafından 09.08.2000 tarihinde 48 ay vadeli olarak temdit edilmiştir. Temdit tarihinden 2 ay 18 gün sonra 27.10.2000 tarihinde Etibank'a el konulmuş, bu kredilerle ilgili olarak 14.11.2000 tarihinde ödeme yapılmıştır.”

⁵⁴ Mahmutoglu, **Ekonomik Suçlar**, s.245. Benzer şekilde Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.936.

amacıyla bu işlemlerin yapılması kredi sınırlarına uymama kabahatine yol açmaktadır. Ancak yapılan bu işlemin zimmet suçunu oluşturması için diğer kredi çeşitlerinde de olduğu gibi kredinin geri dönmeyeceğinin baştan itibaren bilinmesi ya da bilinebilecek durumda olması gerekir.

Kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesinde inançlı işlemin kullanılmasına örnek vermek gerekirse; bankanın yönetim ve denetimini elinde bulunduran ortağının yönlendirmesi ile bankanın kaynağını işletmesi için konusunda uzman bir kuruluşa devredildiğini düşünelim. Bu kuruluş ile bankanın bir anlaşma yaparak kendisine verilen banka kaynağının belli kişi veya kuruluşlara ki genellikle bankanın grup şirketi olan kuruluşa kredi olarak verilmesi durumunda bankanın kaynağı normalde kredi sınırlarına girecek olan kişi veya kuruluşların menfaatine kullandırılmış olacaktır. İnançlı işlemin yapılması ile banka kaynağının bir daha geri dönmek üzere bankanın anlaşma ile belirlediği kişiye kullandırılması söz konusu ise suçun diğer unsurlarının gerçekleşmesi ile kontrol eden ortak zimmeti suçu oluşur. Bankanın kaynağını işletmesi devrettiği konusunda uzman kuruluş inançlı anlaşma hükümlerine uygun davranıp anlaşmayı gerçekleştirdiği için bankanın grup şirketinin krediyi geri ödememesi halinde hiçbir hukuki sorumluluğu olmamakta, grup şirketinden olan alacağını bankaya temlik ederek borçtan kurtulmaktadır. Bu durumda borcun tahsili mümkün olmadığından zarara banka katlanmaktadır. Bu zararın bankanın emin şekilde çalışmasını, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasını ya da Fona devredilmesini sağlayacak şekilde bozması halinde kontrol eden ortak zimmeti suçu oluşabilir.⁵⁵

Bilindiği üzere tevdiatta bulunmak suretiyle verilen ödünçler de BankK. m.48'e göre kredi sayılmıştır. Bu ödünçlerin kredi sayılmasının ilk bakışta bir anlamı bulunmamaktadır. Ancak verilen bu ödünçler inançlı işlemler ile kredi yasaklarını dolanıp banka kaynağını geri dönmek üzere bankanın iştirakine veya grup

⁵⁵ Benzer şekilde Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.936; Inceoğlu, **5411 Sayılı**, s.140-141; Gülşen, **a.g.e.**, s.170. Fiduciary işlemle banka kaynağının kullandırılması bakımından ülkemizdeki uygulama: *"Bir bankanın yabancı para üzerinden fonlarını, bir başka ülkedeki bankada mevduat yapması ve bu mevduatı o bankada rehin ederek karşılığında göstereceği firmalara –ki bu firmalar genellikle kendi hakim sermaye gruplarına ait firmalardır- kredi açılmasını sağlama işlemidir. Açılması sağlanan kredinin tutarı vadesi uygulanacak faiz oranı ile rehin edilen mevduatın tutarı vadesi uygulanacak faiz oranı koşullar yönünden eşdeğer bir görünüm arz etmektedir."* Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.226.

şirketine menfaat sağlanmasını engellemek amacıyla kanunda yer almıştır.⁵⁶ Bu yöntem kullanılarak Türkiye'deki bir banka yurt dışındaki bir bankaya mevduat yatırıp, bunu rehnederek kendi istediği bir şirkete yurt dışında bulunan banka tarafından kredi çıkartılmasını sağlamaktaydı. Bu kredinin ödenmemesi halinde yabancı banka kredinin geri ödenmesini Türkiye'deki bankanın yatırdığı mevduattan sağlamaktadır. Dolayısıyla geri dönmeyen kredinin zararını Türkiye'deki banka üstlenmektedir. Sonuç olarak bankanın kaynağı bankanın yönetim ve denetimini elinde bulunduran ortağın etkisi ile başka kişilerin menfaatine dolaylı yollarla kullandırılmakta ve bankanın emin şekilde çalışması tehlikeye düşürülmektedir.

(3) Kıyı (Off Shore) Bankacılığı İşlemleri

Kıyı (Off shore) bankaları birinci bölümde de anlatıldığı üzere ülkelerin serbest bölgelerinde faaliyet gösteren bankalardır. Özellikle faaliyet alanları ve sahip oldukları avantajlar bakımından diğer bankalardan ayrılmaktadırlar. Bu bankaların işlemleri dışa dönüktür. Yani ülke dışından elde edilen fonların yine ülke dışında kullandırılmasını amaçlanmaktadır. Ülke içine yönelik bir hizmet yürütemezler. Bu bankalar ulusal bankacılık sistemine tabi olmadıkları için mevzuatlarda sadece kendilerini ilgilendiren kanun hükümleri ile bağlıdırlar. Aslında kıyı bankalarının bir özelliği de ulusal mevzuatlara çok fazla bağlı olmamalarıdır. Çünkü bağımsızlık bu bankalar bakımından aranan özelliklerdendir. Bunun bir tezahürü olarak kıyı bankaları lisans gibi ücretler dışında diğer harç vergi gibi ücretlerden muaftırlar. Ulusal bankalara uygulanan birçok sınırlandırma kıyı bankaları bakımından uygulanmaz.⁵⁷

Kıyı bankacılığının bazı olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. Bu olumlu ya da olumsuz yönler faaliyet gösterdikleri ülke ya da kıyı bankasının müşterileri için söz konusu olabilir. Öncelikle kendi ülkesinde yüksek vergi alınan kişiler için kıyı bankalarına yatırım yapmak hem yüksek getiri hem de düşük faiz

⁵⁶ Ünal Tekinalp, “4389 Sayılı Bankalar Kanununa Göre Kredi Sayılan Tevdiat Suretiyle veya Herhangi Bir Şekil ve Surette Verilen Ödünçler”, **Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1999, s.738.

⁵⁷ Selman Dursun, “Kıyı (Off-Shore)Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları”, **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları,2004, s.249; Mahmutoğlu, **Ekonomik Suçlar**, s.243; Alacakaptan, **a.g.e.**, s.42.

ödenmesini sağlamaktadır. Yine müşteriler kıyı bankaları neticesinde ucuz kredi kullanma imkanına sahip olmaktadırlar. Müşterilerden bazıları için gizlilik ve kayıtsızlık önemli olabilmektedir. Bu bakımdan denetlemenin ve sınırlamanın az olduğu kıyı bankaları müşterilerin bu isteğine cevap verebilmektedir. Kıyı bankalarının faaliyet gösterdikleri ülkeye de, diğer ülkelerden döviz girişini sağladıkları için ekonomik olarak faydaları vardır. Bunun yanında kıyı bankasının bulunduğu ülkenin tanıtımına katkı sağladığı kabul edilebilir.⁵⁸

Buna karşılık kıyı bankalarının bazı zararları da bulunmaktadır. Kıyı bankaları kullanılarak paranın serbest dolaşımı arttırılmakta, para devletin kayıt ve kurallarından etkilenmemekte böylece ekonomik sistemi sağlam temellere oturmayan ülkelerin mali düzenlerinin zayıflamasında rol oynamaktadır. Döviz çıkışının olması ve mevduatın başka ülkelere kaydırılması müşterinin ikamet ettiği devleti olumsuz etkileyebilmektedir.⁵⁹ Ayrıca kıyı bankalarının konumuz kapsamında sayılan bir diğer zararı ise kanun normlarının dolanılarak suç işlenmesinin sağlanmasında kullanılmasıdır. Örneğin bankacılık zimmeti suçunun basit, nitelikli hali ve kontrol eden ortak zimmeti suçları kıyı bankacılığı kullanılarak da işlenmektedir. Özellikle kredi sınırlarının aşılması suretiyle kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesinde kıyı bankacılığı işlemleri kullanılan yollardan biridir.

Türkiye’de Kurulu olan bankanın görevlilerinin yurt içindeki kişilerden toplanmış ve görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi edilmiş bir mevduatı kıyı bankalarına devretmeleri veya depo etmeleri durumunda bankacılık zimmeti suçu oluşmamaktadır.⁶⁰ Kıyı bankasına devredilen değer geri dönmeyeceğinin bilinerek mal edindirme kastıyla yapılması durumunda Bankacılık Kanunu 160/1 maddesinde düzenlenen bankacılık zimmeti suçu gündeme gelmektedir. Oysa olayın özelliklerinden devredilen bu paranın kredi ilişkisindeki geri ödememe riski gerçekleştiği için geri dönmemesi halinde bankacılık zimmeti suçu oluşmayacaktır. Bu bakımdan failin kastı önem arz etmektedir.⁶¹

⁵⁸ Dursun, **Kıyı (Off-Shore)Bankacılığı**, s.251.

⁵⁹ Dursun, **Kıyı (Off-Shore)Bankacılığı**, s.252.

⁶⁰ Alacakaptan, **a.g.e.**, s.42.

⁶¹ Dursun, **Kıyı (Off-Shore)Bankacılığı**, s.272.

Kıyı bankacılığı işlemleri aynı zamanda m.160/3 kapsamında da suç olabilmektedir. Bunun için çeşitli olasılıklara göre örnekler verilebilir. Örneğin bankanın sahip olduğu paraların, yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortağın etkisi ile kıyı bankası hesabında depo edilmesi ve paraların rehnedilerek geri dönmeyeceği baştan itibaren bilinecek şekilde bankanın iştiraklerine ya da grup şirketlerine kredi olarak kullandırılması halinde suç oluşabilir. Ayrıca en az iki bankanın, kıyı bankalarının da bulunması durumunda, bankanın yönetim ve denetimlerini kontrolü altında bulunduran ortakların birbirlerinin grup şirketlerine karşılıklı kredi kullandırmaları halinde de suç oluşabilir. Yine bu kıyı bankalarının aralarında inançlı işlem yaparak banka kaynağını kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmaları durumunda kontrol eden ortak zimmeti suçu oluşabilir.⁶² Ancak bu işlemler geri ödenmek kaydıyla hüsnüniyetle yapılmış olup da değişen ekonomik şartlardan dolayı kredinin geri dönmesi sağlanamamışsa suç oluşmaz. Suçun oluşması için daha önce de belirttiğimiz gibi kredinin kredi şartlarını taşımayan kişilere kullandırılması, yani kredi hukukuna aykırı olması veya kredinin baştan itibaren geri dönmeyeceğinin bilinerek verilmesi gerekmektedir. Ayrıca 160/3 maddesinde geçen diğer şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

c. Kullandırmanın Bankanın Emin Şekilde Çalışmasının Tehlikeye Düşürebilecek Şekilde Olması

Kontrol eden ortak zimmetinde suç teşkil eden eylemin gerçekleşmesi için banka kaynaklarının haksız kullanımını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmesi gerekmektedir. Yani suç teşkil eden hareketin vasfı, bankanın emin şekilde çalışmasının tehlikeye düşürecek şekilde olması gerekmektedir. Bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi sebeplerinden m.71/e'de de bankanın emin şekilde çalışmasının tehlikeye düşmesi şartı aranmaktadır. Emin kelimesi “güvenli, sakıncasız, emniyetli, tehlikesiz, şüphesi olmayan” anlamlarına gelmektedir. Bu tanımlardan yola çıkarak bankanın faaliyetlerine eskisi gibi emniyetli şekilde devam etmesi herhangi bir karar alırken kendine ekonomik olarak güvenmesini bankanın emin şekilde çalışması olarak tanımlayabiliriz. Bankanın bu

⁶² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Özel Hükümler**, s.937; Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.229.

özelliklerini yitirmesi, özellikle finansal olarak darboğazda olması nedeniyle faaliyetlerini yürütmede zorlanır hale gelmesi durumunda emin şekilde çalışmanın tehlikeye düşmüş olduğunu savunulabilir. Bu durum her banka için farklı olacaktır. Hakim olayın özelliklerine göre üzerinde suç işlenen konunun bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürüp düşürmediğini tespit etmelidir.

Doktrinde de bankanın emin şekilde çalışmasının ne anlama geldiği açıklanmaya çalışılmıştır. Tekinalp'e göre söz konusu işlemlerin bankanın bünye sağlamlığı parametrelerini bozmasını, hem bunun tehlikeli olacak düzeye ulaşmış bulunmasını hem de söz konusu uygulamanın devamlılık gösterip arızı birkaç işleme özgülenmemesini ifade eder.⁶³ Bu tanıma göre bankanın emin şekilde çalışmasının tehlikeye düşürülmüş olduğunu söyleyebilmek için bünye sağlamlığının bozulması, bu durumun bankanın devamlılığı için tehlike oluşturması ve bunun geçici bir nitelik taşımaması gerekmektedir. Bankanın durumunu etkilemeyecek şekilde olan düşük miktarda sınırlı işlemler ile yapılan kaynak kullanımları emin şekilde çalışmayı tehlikeye düşürmeyeceği için suçun oluşması gerçekleşmeyecektir. Bankanın aktiflerinin genel kalitesini, karlılığını, likiditesini tehlikeye düşürecek miktarda yüksek kaynak kullandırılması emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürür niteliktedir.⁶⁴

5. Netice

Neticenin belirlenmesinde suçun kanuni tanımının ne şekilde yapıldığı önem taşımaktadır. Suçun kanuni tanımında herhangi bir neticenin gerçekleşmesi suçun oluşması için şart koşulmuşsa bu suça neticeli suç adı verilmektedir. Neticeli suçlar ise kendi aralarında zarar suçu ve tehlike suçu olarak ayrılmaktadır.⁶⁵ İncelemekte olduğumuz suç bakımından da kanun, bankanın kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak failin ya da başkasının menfaatine kullanılmasını yeterli görmemekte, ayrıca banka

⁶³ Tekinalp, **Fondaki Bankanın Hukuku**, § 8, N.83. aynı şekilde Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.457.

⁶⁴ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.182; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1464. Benzer görüşe göre "Emin şekilde çalışmasının tehlikeye düşmesi koşulunun varlığı, kredi miktarının bankanın öz kaynağına oranı, maliyeti, kredi kullandırma koşulları gibi kanunun bu konudaki ilgili hükümleri de değerlendirilmek suretiyle bilirkşi inceleme sonucu belirlenebilir." Baytemir, **a.g.e.**, s.511; Gökcan, **a.g.e.**, s.448.

⁶⁵ Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 130; İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.68.

bünyesinde her ne suretle olursa olsun bir zararın oluşmasını aramaktadır. Bu zarar, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesinde “e” fıkrasındaki⁶⁶ sebebin uygulanması halinde zaten büyük olasılıkla gerçekleşmiştir. Eğer bu sebep haricindeki sebeplerin gerçekleşmesi ile bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devri söz konusu olmuşsa kontrol eden ortak zimmeti suçundan hüküm kurulabilmesi hakim tarafından olayda bankanın zararının olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu bakımdan hakim ortak zimmeti suçu zarar suçudur.⁶⁷

Zararın oluşmuş olması tek başına yeterli değildir. Oluşan bu zararın failin yukarıda anlatılan fiillerinden kaynaklanması gerekmektedir. Yani failin hareketi ile bankanın zararı arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.⁶⁸ Olayda nedensellik bağının bulunmaması halinde hareket ile netice arasındaki ilişki sağlanamadığından, objektif isnadiyet gerçekleşmeyecek ve fail suçtan sorumlu tutulamayacaktır.⁶⁹ Madde metninde zararın her “ne surette olursa olsun” şeklinde yer alması nedensellik bağının aranmasını etkileyici bir faktör gibi görülse de aslında zararın türünün önemli olmadığını anlatmaktadır. Çünkü bankanın uğradığı zarar aktiflerinin azalması şeklinde olabileceği gibi pasiflerinin artması şeklinde de olabilir.⁷⁰

⁶⁶ **Bkz.** 5411 sayılı Kanun m.71/e “*Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması*”

⁶⁷ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.236; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.184; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.184. Aksi görüşe göre zarar suçu ve tehlike suçu korunan hukuki değer malvarlığı olan suçlarda geçerlidir. Bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer finans piyasalarına duyulan güvendir. Gürses, **Zimmet Suçu**, s.106. “*Bu nedenle, usulsüz bir kredi işlemi yapılmış olsa bile, kredinin geri ödenmiş olması halinde bir zararın bulunduğu söz edilemeyeceği için, suçun maddi unsurunun gerçekleşmemiş olacağı açıktır.*” İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.391-392. “Zarar tehlikesi yeterli değildir.” Baytemir, **a.g.e.**, s.512; Gökcan, **a.g.e.**, s.448.

⁶⁸ “*Hareketle bankanın zarara uğraması neticesi arasında uygun bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığı hususunda uzman bir bilirkişi kurulundan mütalaa alınması ve sonucuna göre bu suçun faili olan, bankanın hukuken ya da fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişi ortaklarının hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekir.*” Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.209.

⁶⁹ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.139-141.

⁷⁰ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.185; Baytemir, **a.g.e.**, s.512. Yiğit’e göre bankanın itibar kaybı da zarar olarak değerlendirilebilir. Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.457.

C. Manevi Unsur

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlar kasten işlendiği takdirde oluşmaktadır. Kontrol eden ortak zimmetinde suçun taksirli hali suç olarak nitelendirilmediği için bu suç doğrudan kast veya olası kast ile işlenebilir.⁷¹ Bankanın yönetim ve denetimin elinde bulunduran gerçek kişi ortağın bankanın kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde bankanın zararına kendisinin veya başkasının menfaatine kullanırılmasında bilerek ve isteyerek davranması aranmaktadır.

Bazı suçların kanuni tanımında belli bir amaç ile suçun işlenmesi cezalandırılıyorsa; o suç özel kast ile işlenebilen bir suçtur. Kontrol eden ortak zimmeti suçunun düzenlenişinde herhangi bir amaç ile suçun işlenmesi aranmadığı için bu suç kapsamında aranan kast genel kasttır.⁷² 5411 sayılı Kanun'un 160/3. maddesinde düzenlenen bu suç manevi unsur bakımından 160/1 maddesindeki suça benzediği için o bölümde yapılan açıklamalar bu suç bakımından da geçerli olacaktır.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için iki şartın bir arada sağlanması gerekmektedir. İlk şart ortaya konan davranışın hukuk düzeni tarafından suç olarak kabul edilmesidir. Buna göre failin sergilediği davranışın kanunların ceza içeren hükümleri ile çelişmesi gerekmektedir. Aranan diğer şart ise olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olmamasıdır. Kontrol eden ortak zimmetinde yönetim ve denetimi elinde bulunduran gerçek kişilerin banka kaynaklarını kullandırması bu suç

⁷¹ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.185; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.462; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.192; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2064. “Failin, yaptığı fiil sonucu kredi kuruluşunun zarara uğrayacağını ve bu nedenle kredi kuruluşunun çalışmalarının tehlikeye düşeceğini bilmesi, ancak buna rağmen kredi kuruluşunun kaynaklarını kendisinin veya başkasının menfaatine kullandırmayı istemesi gerekir.” İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.398. “Ortaklar açısından üçüncü fıkra düzenlenmiş zimmette manevi unsur, ortakların bilerek ve isteyerek bankayı kendilerinin veya başkalarının yararına zarara uğratma ve bunun için hukuken veya fiilen bankayı yönetirken hukuka aykırı davranmadır.” Taşdelen, **a.g.e.**, s.1465.

⁷² Ergün, **Zimmet Suçu**, s.192; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.397. “Failin zimmete geçirme kastıyla hareket etmesi gerekmemektedir.” Güngör, **a.g.e.**, s.28. “Zimmet kabulü için temellük etme veya ettirme kastı burada da görünmemektedir. Maddede menfaate kullandırmak esastır.” Taşdelen, **a.g.e.**, s.1464.

kapsamında suçun diğer unsurlarının da gerçekleşmesi halinde hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin kontrol eden ortak zimmetinde gerçekleşmesi mümkündür. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi zor olduğu için doktrinde de buna dair örnekler verilmemiştir. Sonuç olarak 5411 sayılı Kanun'un 160/3 maddesinde düzenlenen zimmet suçu hukuka aykırılık unsuru bakımından özellik arz etmemektedir. Bu nedenle konuyla ilgili olarak ikinci bölümde yapmış olduğumuz açıklamalar bu suç bakımından da olaya uygun olduğu ölçüde aynen geçerlidir.

E. Objektif Cezalandırılabilme Şartı

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi şartının ceza hukuku bakımından niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü bu şart doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesini suçun maddi unsuru olarak değerlendirirken büyük bir çoğunluk da cezalandırılabilme şartı olarak nitelemektedir. İki görüşün de farklı sonuçları vardır. Bu durumdan ötürü çalışmamız kapsamında bu şartların niteliğinin belirlenmesi yoluna gidilecektir.

1. Genel Olarak

Objektif cezalandırılabilme şartları suçun unsurları dışında kalmakla birlikte failin cezalandırılabilmesini sağlayan ve kanun tarafından aranan şartlardandır. Bu koşullar suçun oluşmasını etkilememekle birlikte failin cezalandırılmasını etkilemektedirler.⁷³ Yani objektif cezalandırılabilme şartları ceza sorumluluğunun

⁷³ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.13; Elif Bekar, **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2017, s.18. Aksi görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartı suçun oluşumunu etkilemektedir. Şartlar gerçekleşmedikçe suç oluşmaz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.680. Bir şartın objektif cezalandırılabilme koşulunu mu oluşturduğu yoksa suçun unsurları içinde mi yer aldığıın tespiti bazen çok zordur. Bu hallerde yorum yöntemleri kullanılarak tespit yapılmalıdır. Hala bir tereddüt yaşanması halinde ise bu şart doktrine göre suçun unsurları içinde görülmelidir. Çünkü suçun unsurları içinde sayılması halinde failin bu şartı gerçekleştirmede kastı aranacağı için failin lehine bir durum ortaya çıkacaktır. Zeynel T. Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", **İÜHFİM**, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s.152.

alanını daraltıcı bir işlev görmektedir. Bu şartların fail tarafından biliniyor veya tahmin ediliyor olması önemli değildir. Dolayısıyla bu şartlar üzerinde failin kastı aranmaz.⁷⁴ Objektif cezalandırılabilme şartı suçun tamamlanmasından önce ya da sonra ortaya çıkabilirler.⁷⁵ Objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun unsurlarından ayırt edilmesi gerekmektedir. Suçun kanuni tanımında kanun koyucu hareket ve neticenin dışında suçun oluşabilmesi için ekstra bir takım şartlar aramışsa bu şartlar objektif cezalandırılabilme şartı olabilir.⁷⁶ Ancak bu zaman da cezalandırmaya etki eden diğer şartlar veya muhakeme şartları ile karışabileceğinden aşağıda anlatılacağı üzere objektif cezalandırılabilme şartlarının farklılık oluşturan özelliklerinin iyi bilinmesi gerekmektedir.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının sağlanmaması durumunda mahkemece verilecek hüküm önem arz etmektedir. Objektif cezalandırılabilme şartı suç oluşmasını etkilememekte sadece failin cezalandırılmamasını sağlamaktadır. Yani fiil aslında suç içermektedir. Bu yüzden mahkeme beraat kararı vermemelidir. Keza CMK'da hangi hallerde beraat hükmü verileceği düzenlenmiştir. Bu haller arasında objektif cezalandırılabilme şartı yer almamaktadır. Ayrıca objektif cezalandırılabilme şartı sağlanmasa dahi filin özel hukuktan kaynaklanan tazminat sorumluluğu devam etmektedir. Ceza mahkemesince beraat kararı verilmesi halinde bu tazminat sorumluluğu da olumsuz etkileneceği için mahkemenin vermesi gereken hüküm CMK'nın 223/4. maddesinde göre, ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır.⁷⁷

⁷⁴ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S:3, 2013, s. 19; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.374; Kangal, **a.g.e.**, s.154; Bekar, **a.g.e.**, s.57-58. "Bu şartlar cezalandırmayı sınırlandıran nedenler olduğundan failin kusuru aranmaz." İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.14.

⁷⁵ Bu şart suçun işlenmesinden önce, suçun işlenmesi sırasında veya sonrasında gerçekleşebilir. Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.18. Aksi görüş "Objektif cezalandırılabilme koşulları genel olarak suçun işlenmesinden önce ya da işlendiği sırada, muhakeme şartları ise suç işlendikten sonra ortaya çıkar." Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2015, s.131.

⁷⁶ Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.21.

⁷⁷ Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.47. Objektif cezalandırılabilme şartları suçun yapısında kişisel cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran nedenlerle aynı aşamaya yerleştirildikleri için kıyas yoluyla şahsi cezasızlık sebebinin ya da cezayı kaldıran nedenlerin söz konusu olması halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiği için; objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleşmemesi halinde de ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Kangal, **a.g.e.**, s.156.

Doktrinde gerçek ve gerçek olmayan cezalandırılabilirlik koşulları ayrımı yapılmıştır. Gerçek cezalandırılabilirlik koşulları failin lehine olarak düzenlenmiş aslında suç oluşturacak bir eylemin bu şart gerçekleşmedikçe suç oluşturmayacağını sağlamaktadır. Kanun koyucu izlediği suç politikası gereği olarak bazı hallerde suçun diğer unsurları sağlanmasına rağmen failin cezalandırılmaması için belli şartlar koymuştur.⁷⁸ Örneğin yabancı devletlere karşı işlenen suçlarda karşılıklılık koşulu buna örnektir. Gerçek olmayan cezalandırılabilirlik koşullarında ise aslen hukuka aykırılık unsuru içinde yer alan bir şart kanun koyucu bakımından kast ya da taksire bağlanmayarak şeklen cezalandırılabilirlik koşuluna getirilmiştir. Genelde hukuka uygunluk sebepleri gibi gözüktüğü kabul edilmektedir.⁷⁹

Objektif cezalandırılabilirlik koşulları doktrinde birçok kavramla karıştırılmaktadır.⁸⁰ Bu yüzden diğer unsurlardan farklarının tam olarak verilmesi gerekmektedir. Objektif cezalandırılabilirlik şartları muhakeme şartlarından farklıdır. Muhakeme şartları failin yargılanabilmesi için suç gerçekleştikten sonra aranan şartlardandır. Örneğin şikayet bir muhakeme koşulu sayılabilir. Muhakeme koşulları sağlamaması durumunda soruşturma ve kovuşturma aşamalarında durma veya düşme kararları verilebilir.⁸¹ Diğer yandan bu koşulların gerçekleştirilmesi mağdur, suçtan zarar gören veya mercilere bağlıdır.

Kişisel cezasızlık nedenleri cezalandırılmayı değil cezalandırılmamayı sağlaması ve failin özellikleri ile bağlı olması bakımından objektif cezalandırılabilme koşullarından ayrılmaktadır. Kişisel cezasızlık sebebinden sadece şartları sağlayan suç ortakları yararlanabilirken objektif cezalandırılabilme koşulundan her suç ortağı yararlanır. Bu durum suçun iştirak halinde işlenmesinde önem arz eder. Eğer iştirak halinde işlenen suçta objektif cezalandırılabilme şartı sağlanmamışsa tüm suç ortakları bu durumdan yararlanır ve ceza almazlar. Ancak aynı suçta bir kişisel

⁷⁸ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.14; Kangal, **a.g.e.**, s.158.

⁷⁹ Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.376-377.

⁸⁰ Objektif cezalandırılabilirlik şartları ile suçun unsurları, diğer cezasızlık sebepleri ve muhakeme şartları arasında belli başlı farklılıklar olmasına rağmen sınırlar net değildir. Bekar, **a.g.e.**, s.115.

⁸¹ Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.26; Kangal, **a.g.e.**, s.156.

cezasızlık nedeni varsa sadece bu nedeni sağlayan kişiye ceza verilmez. Diğer şerikler cezalandırılırlar.⁸²

Cezayı kaldıran veya azaltan kişisel sebepler suç teşkil eden fiilin icrasından evvel ortaya çıkan şartlar değildir. Bu şartlardan yararlanmak için suç teşkil eden eylemin işlenmesi gerekmektedir. Ancak objektif cezalandırılabilme şartı suç teşkil eden fiilden önce fiil sırasında ya da sonrasına ilişkin olabilir. Cezayı kaldıran kişisel sebepler de şahsılık ögesini içinde barındırdığı için sadece bu sebebi gerçekleştiren kişiye uygulanırlar bu bakımdan cezayı kaldıran şahsi sebepler kişisel cezasızlık nedenlerine benzerlik arz ederken objektif cezalandırılabilirlik koşullarından ayrılırlar.⁸³

Objektif cezalandırılabilme şartlarında önem arz eden bir diğer durum ise bu şart suçun unsurlarının tamamlanmasından sonra gerçekleşmesi halinde, suçun işlendiği yer, zaman ve zamanaşımı konularındadır. Suçun işlendiği yer suçun unsurlarına göre belirlenir. Buna göre suçun unsurları nerede gerçekleşmiş ise suç o yerde işlenmiş sayılır ve o yer mahkemeleri yer bakımından yetkilidir. Aynı şekilde suçun unsurlarının gerçekleştiği tarihte suç işlenmiş sayılır. Buna göre suçun unsurları gerçekleştikten sonra ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden önce failin aleyhinde bir kanun ihdas edilirse, bu kanun faile uygulanmaz.⁸⁴

2. Kredi Kuruluşunun Faaliyet İzninin Kaldırılması veya Fona Devredilmesi

Hakim ortak zimmetinde kredi kuruluşunun faaliyet izninin kaldırılması veya kredi kuruluşunun Fona devredilmesi durumunda suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Bu şartın sağlanması için kanunda aranan unsurların neler olduğunun tespiti

⁸² Bekar, **a.g.e.**, s.116; Kangal, **a.g.e.**, s.155; Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.27.

⁸³ Bekar, **a.g.e.**, s.124-125.

⁸⁴ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.18; Kangal, **a.g.e.**, s.164; Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.23. Aksi görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartını içeren suçlarda suç ancak şartın gerçekleşmesi ile oluşacağı için şartın gerçekleştiği tarih suç tarihi olarak sayılır zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.377.

gerekmektedir. Bankacılık Kanunu 106. maddesinde BDDK tarafından faaliyet izninin kaldırılmasının ve Fona devirin gerçekleşmesi düzenlenmiştir. Bunun gerçekleşebilmesi için Bankacılık Kanunu m.71'deki sebeplerin en az birinin var olduğunun tespiti gerekmektedir. Denetlemeler sonucu ortaya çıkan bu sebepler:

- “a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükarda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,*
- b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,*
- c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,*
- d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,*
- e) Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması”*

şeklinde kanunda sıralanmıştır. Bu sebeplerden birinin sağlandığına BDDK tarafından üyelerinin en az beşinin karar vermesi halinde bankanın faaliyet izni kaldırılmasına karar verilebilir ya da kredi kuruluşu Fona devredilebilir.⁸⁵ Bu iki kararı seçmede Kurul tam bir serbestiye ve takdir hakkına sahip olmadığı düşünülmektedir.⁸⁶ Kurul 71. maddedeki sebeplerin gerçekleştiği gerekçeli olarak ispatladıktan sonra iki çözüm yolundan hangisinin etkili olacağına karar vermelidir. Bu karar idare mahkemelerince iptal edilebildiği için idari işlemin unsurlarına uymalı ve ölçülü olmalıdır.⁸⁷ Madde gerekçesinde de bahsedildiği üzere “*mali bünye zaaflığı bulunan banka hakkında alınan düzeltici iyileştirici ve kısıtlayıcı tedbirlere*

⁸⁵ Bankacılık Kanunu m.71 düzenlemesinden anlaşılan faaliyet izninin kaldırılması bankalar bakımından geçerli olurken Fona devredilmesi sadece kredi kuruluşları bakımından söz konusudur. Kredi kuruluşları da 3. maddeye göre mevduat ve katılım bankalarından ibarettir.

⁸⁶ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.255.

⁸⁷ “Bankacılık Kanunu m160/3 suçu bakımından soruşturma ve kovuşturma aşamalarında idari mahkemece faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir kararı iptal edilirse suç konusuz kalır.” Turabi, **a.g.e.**, s.176.

rağmen en sonunda etkin çözümün etkin çözümün bankanın tasfiyesi olduğuna karar verilebilir.” Sonuç olarak Kurul faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fona devredilmesine karar vermeden önce düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri alması gerekir. Bu tedbirlerin alınmasına rağmen yetersiz olduğu ya da tedbirlerin alınmasına rağmen çözüm olmayacağı kanıtlanabiliyorsa bu durumda kurul, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fona devrine karar verebilir.

Kontrol eden ortak zimmetini düzenleyen hükme göre bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devredilmesi herhangi bir şarta bağlanmamıştır. Yukarıda yazılı olan sebeplerin birinin gerçekleşmesi halinde bile eğer kurul bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fona devrine karar vermişse şart gerçekleşecektir. Elbette 160/3 maddesinin tanımında yer alan unsurlara bakıldığında 71/e. maddesindeki sebebin gerçekleşmesi gerektiği düşünülmektedir.⁸⁸ Bu maddedeki “hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması” şartı gerçekleşmişse ve bankanın faaliyet izni kaldırılmış veya Fona devredilmişse büyük olasılıkla m. 160/3’deki suç oluşmuştur. Ancak maddenin düzenlenişindeki lafzi yorumdan ve kanun koyucunun amacından yola çıkıldığında, hangi sebepten olursa olsun, eğer bir banka hakkında faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi kararı verilmişse 160/3 maddesindeki ilgili şartı sağlamaktadır.⁸⁹ Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde banka kaynaklarının kullandırılması, suçun fiil unsuru ile ilgilidir.

Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları BankK. m.106 ve 109’daki hükümler uyarınca; kalkınma ve yatırım bankaları ise İcra ve İflas Kanunu’ndaki hükümlere

⁸⁸ Donay’a göre m.71/e’de düzenlenmiş ve Fona devir nedenleri arasında sayılan davranışların aynı zamanda zimmet olarak nitelendirilmesi yasa yapma tekniğine aykırıdır. Bu davranışlar olayda zimmet suçunu da teşkil ediyorsa bu halde Fon, kendine devir şartı gerçekleştiğinde Cumhuriyet savcılıklarına, zimmetten kamu davası açılması için başvuruda bulunma olasılığı her zaman vardır. Sonuç olarak kontrol eden ortak zimmeti suçunun zimmet suçunun nitelikli hali olarak kabul etmek hatalıdır. Donay, **Bankacılık Ceza**, s.116.

⁸⁹ 4389 sayılı Kanun’da düzenlenen 14. maddede bankanın emin şekilde çalışmasını sürdüremeyecek halde olması, bankacılık ilke ve teamüllerine uymaması halinde de aranmaktadır. Yani sadece yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortağın banka kaynaklarını kullanması halinde aranan bir durum değildir. Bu durum da m.160/3’deki suçun oluşması bakımından faaliyet izninin iptali veya Fona devir için sebebin önemli olmadığını gösterir niteliktedir.

göre tasfiye edilir.⁹⁰ Fona devredilen kredi kuruluşları bankacılık sisteminden çıkmazlar. Bu bankalar sistemde başka türlü değerlendirilebilmek amacıyla Fona devredilmektedir. Fona devredilen bankalara 107. maddedeki hükümler uygulanabilir.

3. Kredi Kuruluşunun Faaliyet İzninin Kaldırılması veya Fona Devredilmesi Şartının Niteliği ve Sonuçları

Kontrol eden ortak zimmetinde failin cezalandırılabilmesi için bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şart koşulmuştur. Eğer bu durum gerçekleşmezse failin banka kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kendisinin veya başkasının yararına olacak şekilde bankanın zararına kullanması cezalandırılmayacaktır. Bu bakımdan bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartının niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü belirlenen bu niteliğe göre bazı sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Doktrine göre kanunda aranan bu şartın niteliği tartışmalıdır. Baskın görüş, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartını objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirmektedir.⁹¹ Bu şart suçun unsurları haricinde düzenlenmiştir. Suçun fiil unsuru ve netice unsuru yukarıda anlatıldığı üzere farklıdır. Bu şart adeta suçun unsurlarının yanında failin cezalandırılmasını zorlaştırmak amacıyla koyulmuştur. Artuk ve Alşahin'in belirttiği görüşe göre suçun kanuni tanımında kanun koyucu hareket ve neticenin dışında suçun oluşabilmesi için ekstra bir takım şartlar aramışsa bu şartlar objektif cezalandırılabilme şartı olabilir.⁹² Kanun tarafından aranan şartın suçun yapısal unsurları dışında kaldığı görülmektedir. Objektif cezalandırılabilme koşulu niteliğindeki bu şartlar hukuka aykırılığa bir etkisi olmayan failin kusurunun aranmadığı, en önemlisi de suç teşkil eden hareket ile

⁹⁰ Tekinalp, **Banka Hukuku**, s.265.

⁹¹ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.232; Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.183; Güngör, **a.g.e.**, s.28; İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.142. Kanunda aranan şartın failin kusurluluğu ile bir ilgisi ve onun hareketiyle bir illiyet bağı olmadığı için bu şart objektif cezalandırılabilme şartıdır. Baytemir, **a.g.e.**, s.512; Gökcan, **a.g.e.**, s.447 Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.207.

⁹² Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.21.

nedensellik bağının bulunmadığı başkası tarafından gerçekleştirilen şartlardır.⁹³ Faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devir, koşulları varsa alınacak idari bir karardır.

Diğer görüşe göre bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devredilmesi suçun maddi unsurlarından sayılmaktadır.⁹⁴ Buna göre bu unsurun sağlanmamasıyla suç oluşmayacak, şart gerçeklemediyse yapılan yargılama suçun unsurları oluşmadığı için beraat ile sonuçlanacaktır. Bakıldığında kanunda aranan bu şartın sağlanmaması sonucu yargılamanın beraat ile sonuçlanması gerekir. Şartın suçun unsuru değil de objektif cezalandırılabilme şartı sayıldığı düşünüldüğünde ise yargılamanın ceza verilmesine yer olmadığı kararıyla sonuçlanması gerekmektedir. Bu durumda aslında suç bütün unsurlarıyla işlenmiştir; sadece faile ceza verilmez. Failin özel hukuktaki tazminat sorumluluğu devam etmektedir. Faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devredilmesi şartının unsur olarak kabul edilmesinin bir diğer sonucu da, suçun, faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi tarihinde işlendiğidir.⁹⁵

Ergün'e göre faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesinde ile suçu oluşturan fiil arasında bir bağ bulunmaktadır. Banka kaynaklarının failin kendi çıkarına ya da başkasının çıkarına kullanması sonucu banka emin bir şekilde çalışamaz olmuş ve bu şekilde faaliyet izni kaldırılmış veya Fona devri gerçekleşmiştir. Bu şekildeki nedensellik bağı kanunda aranan şartı suçun unsurlarına yaklaştırmaktadır. Yine önce suç tanımlanıp daha sonra bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi halinde failin cezalandırılacağı şeklinde bir hüküm düzenlenseydi, bu şartların objektif cezalandırılabilme şartları olduğu kabul edilebilirdi.⁹⁶

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devredilmesi şartını ön şart olarak kabul eden yazarlar da vardır.⁹⁷ Suçun ön şartının suçtan önce var olması

⁹³ Mahmutoglu, **Bankalar Kanununun**, s.232.

⁹⁴ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1461; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.440.

⁹⁵ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1461, "Bu şart davranıştan sonra gerçekleşebildiği için ön şart da değildir." Ergün, **Zimmet Suçu**, s.185. " Objektif cezalandırılabilme koşulu usul hukukuna ilişkindir. Eylemin suç olarak kabul edilebilme anı bankanın fona devri ile başlamaktadır." Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.457-458.

⁹⁶ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.186.

⁹⁷ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2062.

gerektiği doktrinde genel kabul edilen görüş olduğu düşünüldüğünde kontrol eden ortak zimmeti suçunun ortaya çıkması için suçun unsurlarının gerçekleşmesinden önce faaliyet izninin iptali ya da bankanın Fona devredilmesi durumu mümkün değildir. Çünkü bu şart gerçekleşince gerçek kişi ortak, bankanın yönetimi ve denetiminde etkin olamamakta ayrıca bankanın kaynakları da çeşitli işlemler yapılarak kullanılamamaktadır. Dolayısıyla bu şartın ön şart olarak kabulü mümkün değildir.

Kanaatimizce, bu şart birçok özelliği bakımından objektif cezalandırılabilme şartına benzemektedir. Objektif cezalandırılabilme şartında genel kabul, ortada bir suçun olduğudur.⁹⁸ Ancak kanunda yer alan bu şart gerçekleşmeden faile ceza verilemez. Bu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü halinde BankK. m.160/3’de aranan şartın bulunmaması halinde verilecek hükmü de etkilemektedir. Buna göre kanunda aranan şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulünde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.⁹⁹

Kanun tarafından aranan şartın sağlanmasında yetkili kurumun BDDK olduğu yukarıda belirtilmiştir. BDDK Kanunda yazılı bazı sebeplerin oluştuğunu düşünüyorsa bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya bankanın Fona devredilmesine karar verebilir. Görüldüğü üzere bu şartın gerçekleşmesinde failin kastı veya taksiri aranmaz.¹⁰⁰ Failden bağımsız olarak alınan karar sonucu sağlanan şart bu niteliği bakımından objektif cezalandırılabilme şartına yaklaşmaktadır. Şartın suçun unsuru olarak kabulünde failin şartın gerçekleşmesinde dahli olması yani manevi unsurların bu şartın gerçekleşmesi bakımından da aranması söz konusu olacaktır.

Kanunun aradığı faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir şartı objektif cezalandırılabilme şartı veya suçun unsuru sayılmasına göre, suçun işlendiği tarih ve buna bağlı olarak da zamanaşımı farklılık gösterecektir. Kabul edilen kural suçun

⁹⁸ “Bu koşullar suçun oluşmasını etkilemedikleri halde cezalandırmada doğrudan doğruya etkilidirler.” Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2016, s.225. Aksi görüş Özgenç, **Genel Hükümler**, 550.

⁹⁹ Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.47. Bazı Alman ve Türk yazarlar cezalandırılabilme şartlarının maddi ceza hukukuna ilişkin olduğunu belirtip beraat hükmünün verilmesi gerektiğini kabul etmişlerdir. Bkz. Bekar, **a.g.e.**, s.173-174.

¹⁰⁰ Kangal, **a.g.e.**, s.154; Bekar, **a.g.e.**, s.57-58.

unsurlarının gerçekleştiği tarihte suçun işlenmiş sayılacağıdır. Zamanaşımı da buna göre hesaplanır. Dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleştiğinde suçun işlendiği tarih suçun unsurlarını gerçekleştiği tarihtir.¹⁰¹ Cezalandırılabilirlik şartının ne zaman sağlandığı bu açıdan önemli değildir. İncelemekte olduğumuz suçta yönetimi ve denetimi elinde bulunduran fail, banka kaynaklarını kendisinin ya da başkasının yararına kullanması ve böylece bankanın zararına neden olması halinde zamanaşımı işlemeye başlamalıdır. Aksinin düşünülmesi halinde, yani bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartı gerçekleştiği anda suçun oluştuğu kabul edilip zamanaşımının başladığı kabul edilirse; failin sorumluluğu banka faaliyetine devam ettikçe söz konusu olacaktır. Bu durumda zamanaşımı süresi işlemeyecek ve fail sürekli bir ceza tehdidi altında yaşayacaktır. Sürekli cezalandırılacağına dair tehdit altında yaşamak failin aleyhinedir ve kabul edilemez. Olması gereken bankanın zararının oluşması ile zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasıdır. Bu bakımdan bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartı objektif cezalandırılabilme şartına yaklaşmaktadır. Doktrinde genel olarak kabul edilen, kontrol eden ortak zimmeti suçunun isabetsiz bir şekilde kaleme alındığı eleştirisi bu konu bakımından da geçerlidir.

F. Suçun Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hali

5411 sayılı Kanun'un 160/7 maddesinde suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal, her ne kadar m.160/1 ve 2 kapsamındaki bankacılık zimmeti suçu hakkında düzenlenmiş olduğu düşünülse de m.160/3'de düzenlenen suç kanun tarafından zimmet olarak kabul edildiği için kontrol eden ortak zimmeti bakımından da teorik olarak geçerlidir. Söz konusu maddeye göre *"Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir."* Daha önce de belirtildiği üzere burada somut olarak suç konusu malın değerinin azlığından ne anlaşılması gerektiği belirlenmemiş,

¹⁰¹ İçel, **İçel Suç Teorisi**, s.18; Kangal, **a.g.e.**, s.164; Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.23; İncoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.394; Bekar, **a.g.e.**, s.165. Aksi görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartını içeren suçlarda suç ancak şartın gerçekleşmesi ile oluşacağı için şartın gerçekleştiği tarih suç tarihi olarak sayılır zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.377.

bu belirleme hakime bırakılmıştır. Mahkemeler de takdir yetkisini kullanarak bu miktarı belirlemektedirler.

Uygulamada kontrol eden ortak zimmeti suçuna, daha az cezayı gerektiren nitelikli halin uygulanması imkansızdır.¹⁰² Çünkü kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesi için bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek bir zarara uğraması gerekmektedir. Burada anlatılmak istenen zarar çok büyük bir rakamdır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli halin gerçekleşmesi için aranan sınır belli olmamasına rağmen bu zarardan çok çok aşağıdadır. Sonuç olarak 160. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suça, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali pratikte uygulanamaz.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Objektif cezalandırılabilme şartı içeren kontrol eden ortak zimmeti suçuna teşebbüsün olup olmayacağı tartışmalıdır. Failin unsurlarını gerçekleştirdiği suçta objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleştirilmediyse faile teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Çünkü olayda bir objektif cezalandırılabilme şartı olduğu ve bu şart gerçekleşmediği için failin hiç ceza almaması gerekir. Dolayısıyla faile teşebbüsten ceza verilemez. Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartının sağlandığı durumlarda suça teşebbüsün gündeme gelebileceğini düşünen yazarlar vardır. Bu yazarlara göre objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği durumlarda failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya neticenin meydana gelmemesi hallerinde teşebbüs mümkündür.¹⁰³

¹⁰² Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2065.

¹⁰³ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.230; Artuk, Alşahin, **Objektif Cezalandırılabilme**, s.22; Özgenç, **Genel Hükümler**; s.683; Bekar, **a.g.e.**, s.153-154; Kangal, **a.g.e.**, s.163. Aksi görüş “*Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda teşebbüsten dolayı ceza belirlenirken meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı dikkate alınacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartını içeren suçlarda, şartın gerçekleşmesi halinde bu cezanın 35. maddenin 2. fıkrasına göre indirilmesi mümkün değildir.*” Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.376.

Kontrol eden ortak zimmeti suçuna teşebbüsün söz konusu olmadığı doktrin tarafından bazı istisnalar olmakla birlikte kabul edilmiştir.¹⁰⁴ Çünkü kontrol eden ortak zimmetinde suçun oluşması için suçun unsurlarının gerçekleşmesinden sonra bankanın TMSF'ye devredilmesi veya faaliyet izninin kaldırılması aranmaktadır. Bu şart gerçekleşmeden fail cezalandırılmamaktadır. Şartın gerçekleşmesinden sonra bu suçun işlenmesi çok da mümkün olamayacağı için bu suça teşebbüs mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

Kontrol eden ortak zimmetinde, Kanun, normalde suç içermeyen kredi işlemlerini belirli özellikleri taşıması sonucu suç saymaktadır. Teşebbüsün gerçekleşebilmesi için failin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerekmektedir. Teşebbüsün bu suç bakımından kabulü halinde, faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir şartı gerçekleşmeden önce yapılmış olan büyük miktartlı kredi işlemlerinin suça teşebbüs olarak kabul edilmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu da suçun sınırını çok fazla genişletir.¹⁰⁵

Kontrol eden ortak zimmeti suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu belirten İnceoğlu'na göre fail üçüncü fıkarda öngörülen hareketi suç işleme kastıyla gerçekleştirmiş ancak kanun hükmünde öngörüldüğü şekilde bir zarar meydana gelmemişse bankanın Fona devredilmiş olması koşulu ile faili suça teşebbüsten sorumlu tutmak mümkün olabilecektir.¹⁰⁶

2. İştirak

Kontrol eden ortak zimmeti suçunun özgü suç olduğu “fail” başlığı altında belirtilmiştir. Özgü suçların birden fazla kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olduğu için suça iştirak mümkündür.¹⁰⁷ Ancak suçun failinde aranan özellikleri sağlamayan diğer kişiler bu suçtan ancak azmettiren veya yardım eden olarak

¹⁰⁴ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1465; Baytemir, **a.g.e.**, s.517; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.194; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.125. Aksi görüşe göre “BankK. 160. maddesinin birini ve üçüncü fıkralarında işlenen suçlar ihmali icrai davranışla işlenebildiği gibi ihmali davranışla da işlenebilir. Suçun icrai bir davranışla işlenebilmesi ve icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda bu suça teşebbüs mümkündür.” Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.212.

¹⁰⁵ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.125.

¹⁰⁶ İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.144.

¹⁰⁷ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.194.

sorumlu tutulabilir. Bu konu ile ilgili ikinci bölümde etraflıca açıklama yapıldığından bu bölümde tekrar bahsedilmeyecektir.

Objektif cezalandırılabilme koşulu içeren suçlara iştirak mümkündür. Bu durumda suçun işlenmesine iştirak eden kişiler ancak şartın gerçekleşmesi halinde cezalandırılırlar.¹⁰⁸ Kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesi için gerekli olan işlemleri bankanın icrai organı veya kişileri yapabilir. Yönetim ve denetimi elinde bulunduran gerçek kişi ortak eğer bankada icrai bir görev üstlenmiyorsa durumdan haberi olan ve bankada icrai görevde bulunan kişilerin de bu suç işlenirken görev alması gerekmektedir. Uygulamada genellikle banka ortağı olmayan yönetim kurulu üyeleri, profesyonel yöneticiler ve diğer banka görevlileri kontrol eden ortak zimmeti suçuna yardım eden sıfatı ile iştirak ederler.¹⁰⁹

3. İçtima

Objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda zincirleme suçun ve fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için her suç bakımından suçun unsurlarının sağlanması tek başına yeterli değildir. Suçun unsurlarının yanı sıra objektif cezalandırılabilme suçunun da her suç bakımından gerçekleşmesi gerekmektedir.¹¹⁰ Kontrol eden ortak zimmeti suçunda suçun oluşması için gerekli olan ve bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartı gerçekleşmeden önce yapılan, bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşüren ve zarar doğuran hareketler tek hareket sayılır. Objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden önce yapılan hareketler zincirleme suç sayılamaz. Bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devri şartı gerçekleştikten sonra da bu suçun işlenmesi mümkün görünmediği için zincirleme suç hükümleri kontrol eden ortak zimmeti suçunda uygulanamaz.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu 160/2 de düzenlenmiş nitelikli zimmet suçu kontrol eden ortak zimmeti suçunun nitelikli hali sayılmamaktadır. Dolayısıyla ikinci

¹⁰⁸ Bekar, **a.g.e.**, s.156.

¹⁰⁹ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.184. Söz konusu banka mensupları aynı zamanda bankaya ortaklarsa suça fail sıfatıyla iştirak edebilirler. Benzer şekilde bkz. İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.404.

¹¹⁰ Bekar, **a.g.e.**, s.160.

bölümdeki içtima başlığında anlatıldığının aksine kontrol eden ortak zimmeti suçunun hileli hareketlerle işlenmesi belgede sahtecilik gibi başka bir suça da vücut veriyor ise diğer şartların gerçekleşmesi halinde faile hem kontrol eden ortak zimmeti suçundan hem de gerçekleşen diğer suçtan (belgede sahtecilik) ceza verilebilir.¹¹¹ Hileli davranışın belgede sahtecilik yapılarak işlendiği varsayımında objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemiş olsa bile faile belgede sahtecilik suçundan ceza verilir.

H. Yaptırım

Bankacılık Kanunu 160/3 maddesinde yer alan kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesi halinde faile “on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine” karar verilir. Madde metninden anlaşıldığı üzere suçun işlenmesi halinde, ceza mahkemesi, hürriyet bağlayıcı ceza, adli para cezası ve verilen zararın tazmini kararlarının hepsine birden hükmedecektir. Mahkemenin hükmedeceği adli para cezasının alt limitine sınırlama getirilmiş ve zarar miktarının üç katından az olmayacak şekilde adli para cezasına hükmedilmesi kararlaştırılmıştır. Söz konusu olan zarar suçun işlendiği tarihte meydana gelen zarardır.

Ceza mahkemesinin ortaya çıkan zararı tazmin etmesi haline ilişkin görüşlerimize ikinci bölümün yaptırımlar kısmında yer verdiğimiz için burada ayrıca bahsetmemiz konunun tekrarı anlamına geleceğinden önceki açıklamalara atıfta bulunarak geçmek durumundayız. Burada önemli olan 160/ 1 ve 2. maddesinde yer almayan müteselsilen ödetme mevzusudur. Müteselsilen ödetme şeklindeki düzenleme bu suçun birden fazla kişi tarafından işlendiği düşünülerek ele alınmıştır. Fakat bu suç tek başına da işlenebilir. Yaptırım kısmının bu şekilde ele alınışı ceza hukuku metinlerinde pek görülmeyen bir yöntemdir. Bankacılık Kanunu’nun 110. maddesinde düzenlenen şahsi sorumluluk maddesinde zararın tazminine yönelik bir madde ihdas edilmiştir. Bu maddeye göre zararı tazmin etme Fonun talebi ile mümkün olabilmektedir. Bu maddede müteselsil sorumluluğa yer verilmemişken

¹¹¹ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.194.

ceza mahkemesince tazminata hem resen hükmedilmesine hem de suçu işleyen kişilerin müteselsilen sorumlu olacağına dair düzenleme yapılmıştır. Ayrıca 110. maddede banka kaynaklarını kullananların şahsen iflaslarına karar verilebilecekken 160. maddede buna ilişkin bir hüküm yoktur. Bu durum iki hüküm arasında karışıklığa yol açabilir.¹¹²

Suçun işlenmesi halinde yargılamayı yapan ceza mahkemesi zararın tazminine ilişkin hükmü tarafların istemine bakmaksızın verecektir. Bunun hakkında hüküm verilirken TMSF ile failin yaptığı anlaşmaların esas alınıp alınmayacağı konusunun irdelenmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere TMSF'ye devredilen bir bankada bu suçun işlenmiş olması halinde TMSF ile fail belli bir miktar parayı geri ödemesi konularında anlaşabilmektedirler. Bu anlaşma ile failin ödemesi gereken değer genelde gerçek zarardan daha düşük miktarda olmaktadır. Bu durumda mahkemenin, kanun gereği, anlaşmayı göz önüne almadan suç tarihindeki zararın belirlenerek tazminata hükmetmesi gerekecektir. Böylece failin anlaşmadan daha fazla olan değeri ödemesi TMSF'nin inisiyatifine kalmaktadır. Kanaatimce söz konusu zarara özel hukuk mahkemelerince karar verilmesi hem oluşan zararı faizleri ile birlikte almak hem de taraflar arasındaki anlaşmanın da hüküm verilirken dikkate alınması bakımından daha mantıklı olacaktır.

II. ETKİN PİŞMANLIK

A. Genel Olarak

Etkin pişmanlık, sanığın tüm unsurlarını gerçekleştirdiği suçtan dolayı suçu işledikten sonra pişmanlık duyup, meydana gelen zararı ve olumsuzlukları gidermesinin kanun tarafından daha az ceza verilmesi veya hiç cezalandırılmaması ile mükafatlandırılmasını sağlayan bir kurumdur. Bu durumun sağlanması için bazı objektif ve sübjektif unsurlar bulunmaktadır. Etkin pişmanlığın objektif unsurları; kanunun işlenen suç bakımından etkin pişmanlığa imkan tanınması, suçun tamamlanmış olması, kanun tarafından failden beklenen pozitif edim ve etkin

¹¹² İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.412. Bu durumda ceza ve hukuk mahkemeleri tarafından farklı karar verilmesi mümkün olabildiği için hukuk güvenliği sarsılabilir. İnceoğlu, **5411 Sayılı**, s.144.

pişmanlığın belli bir muhakeme aşamasında gerçekleşmiş olmasıdır. Etkin pişmanlığın sübjektif unsurları ise failden beklenen pozitif edimin iradi olması, failin yükümlülüğü bizzat yerine getirmesi ve suçta pişmanlık duymasıdır.¹¹³ Yargıtay kararlarında da etkin pişmanlık için benzer unsurlar aranmaktadır.¹¹⁴ Bütün bu unsurlar gerçekleştiği takdirde failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi gündeme gelir.

Etkin pişmanlığın objektif unsurlarından, kanunda etkin pişmanlığa imkan tanıyan bir düzenlemenin bulunması aranması gereken ilk unsurdur. Maddi zararların söz konusu olduğu suçlarda genelde etkin pişmanlık hükümlerinin düzenlendiğini görmekteyiz. Çalışma konumuz kapsamındaki bankacılık zimmet ve kontrol eden ortak zimmeti suçlarının yer aldığı Bankacılık Kanunu 160. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında her iki suç için etkin pişmanlık hükümleri ihdas edilmiştir. Fıkralarda; *“Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir. Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.”* şeklinde düzenleme yapılmıştır.

4389 sayılı Kanun döneminde kabul edilen etkin pişmanlık hükümleri 5411 sayılı Kanun’dan farklılık arz etmektedir. Öncelikle 4389 sayılı Kanun’da bankacılık zimmeti suçu (m.22/3) bakımından etkin pişmanlık hükümlerine yer verilirken

¹¹³ Yasemin Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s.33 vd.; Mustafa Arslantürk, **Etkin Pişmanlık, Vazgeçme, Cezasızlık**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, 39.

¹¹⁴ **Bkz. Yargıtay 18.CD. 27.3.2017 tarih, 2017/1202 E. ve 2017/3349 K. numaralı kararı:**
“Etkin pişmanlık, kanunun etkin pişmanlığa imkan tanıdığı her suç tipinde o suçun karakterine uygun bir yapıya bürünmektedir. (...) Ancak bu durum etkin pişmanlık düzenlemeleri arasında hiçbir ortak unsur olmadığı anlamına gelmemektedir. Gerek Türk Ceza Kanunundaki gerekse özel ceza kanunlarındaki etkin pişmanlık düzenlemeleri incelendiğinde ve öğreti ile yargısal kararlardaki görüşler değerlendirildiğinde "etkin pişmanlığın" unsurlarının;
1-Kanunda etkin pişmanlığa imkan tanıyan bir düzenleme bulunması,
2-Suçun tamamlanmış olması,
3-Failin kanunda öngörülen biçimde aktif bir davranışının olması,
4-Failin bu davranışın iradi olması, şeklinde belirlenmesi mümkündür.”

kontrol eden ortak zimmetinin düzenlendiği 22/4 maddesinde etkin pişmanlık hükmüne yer verilmemiştir. Dolayısıyla 4389 sayılı Kanun zamanında işlenen kontrol eden ortak zimmeti suçuna etkin pişmanlığın uygulanması o dönemde mümkün değildi. 5411 sayılı Kanun'da fail lehine bir düzenleme yapılarak etkin pişmanlık her iki suç bakımından da geçerli hale gelmiştir.

4389 ile 5411 sayılı Kanun'un etkin pişmanlık açısından bir diğer farkı da etkin pişmanlığın düzenlendiği evreler ve buna bağlı olarak da uygulanan indirim oranlarıdır. 4389 sayılı Kanun'da etkin pişmanlık için kovuşturmadan önce ve hükümden önce olmak üzere iki evre belirlenmişken 5411 sayılı Kanun'da soruşturmadan önce, kovuşturmadan önce ve hükümden önce evrelerine göre farklı indirim oranları belirlenmiştir. Bu düzenleme TCK'da düzenlenen zimmet suçunun etkin pişmanlık için kabul ettiği sisteme de uygundur. 5411 sayılı Kanun 4389 sayılı Kanun'a göre etkin pişmanlık hükümleri bakımından failin lehinedir.¹¹⁵ Çünkü henüz ortada bir soruşturma yokken bankacılık zimmeti suçu failinin suç konusu malı iade etmesi veya zararı tazmin etmesi halinde 5411 sayılı Kanun'a göre alacağı indirim oranı üçte iki iken 4389 sayılı Kanun'a göre cezanın yarısı indirilir. Bu durum 5411 sayılı Kanun'un kabul edilmesinden sonra etkin pişmanlık nedeniyle yapılan uyarılama başvurularının sayısını arttırmıştır. Çünkü 4389 sayılı Kanun döneminde bankacılık zimmeti suçundan doğan zararı soruşturma açılmadan önce tazmin edip etkin pişmanlıktan yararlanan hükümlü 5411 sayılı Kanun'a göre daha fazla indirime hak kazanmaktadır.

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için suçun tamamlanması gerekmektedir. Suçun icra hareketlerinin gerçekleştiği anda failin pişmanlık göstermesi durumunda gönüllü vazgeçme hükümleri gündeme gelecektir. Etkin pişmanlık için suçun tamamlanması arandığından bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçunun tamamlanma anları önem taşımaktadır. Yukarıda anlatıldığı üzere bankacılık zimmeti suçu doktrinde tartışmalar olsa da genel olarak sırf hareket suçu kabul edilmiştir. Sırf hareket suçlarında suç içeren eylemin gerçekleşmesi ile suç oluşacağından bankacılık zimmeti suçunda suçun tamamlanması suç konusu

¹¹⁵ Yasemin Baba, "5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.9, Y.3, 2012, s. 271.

değerlerin fail tarafından kendisinin ya da başkasının zimmete geçirilmesi ile tamamlanmaktadır. Dolayısıyla etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için failin zimmete geçirme aşamasından sonra, haksız olarak zimmete geçirdiği malları aynen iade etmesi ya da zararı karşılaması gerekmektedir.¹¹⁶ Kontrol eden ortak zimmeti suçu objektif cezalandırılabilme şartı içerdiği için suçun tamamlanması, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleştiği anda değil suçun unsurlarının gerçekleştiği anda gerçekleşmektedir. Bu bakımdan bankanın kaynaklarının bankanın emin şekilde çalışmasının tehlikeye düşecek şekilde kullanılması sonucu bankanın zarara uğraması ile suç tamamlanmıştır. Bu aşamadan sonra failin zararı karşılamak amacıyla yaptığı hareketler etkin pişmanlık olarak nitelendirilebilir. Kontrol eden ortak zimmetinde objektif cezalandırılabilme şartı suçun unsurlarından sonra gerçekleştiği için uygulamada genelde etkin pişmanlığın objektif cezalandırılabilme şartından sonra gerçekleştiği görülür. Doktrinde bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmiş olması şartının niteliği kimi yazarlarca suçun unsuru olarak kabul edilmiştir. Hal böyle olunca suçun tamamlanması bu şartların gerçekleşmesine bağlı olduğu için etkin pişmanlık ancak bu aşamadan sonra söz konusu olabilir.

Suçun tamamlanmasından sonra failin pozitif bir edim gerçekleştirmesi gerekir. Bu edim Bankacılık Kanunu 160. maddesinde düzenlenen suçlar ile bu suçların türetildiği TCK'da düzenlenen zimmet suçu bakımından aynen iade veya bu mümkün değilse zararın tazmini şeklindedir.¹¹⁷ Kanun önceliği aynen iadeye vermiştir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçlarında zimmete geçirilen şey genelde para gibi misli eşya olduğu için etkin pişmanlıkta da zimmete geçirilen o şeyden aynı cins ve miktarda geri verilmesi ile kanunun aradığı anlamda iade gerçekleşir. Ancak misli olmayan eşyalarda örneğin bankadaki bir bilgisayarın zimmete geçirilmesinde malın aynen iadesi mümkün olmadığında malın değerinin tazmin edilmesi gerekmektedir.¹¹⁸

¹¹⁶ Baba, **5411 Sayılı Bankacılık**, s.257.

¹¹⁷ Ali Parlar, Mustafa Öztürk, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık Gönüllü Vazgeçme ve Şahsi Cezasızlık Sebepleri**, İstanbul, Aristo Yayınevi Yayınları, 2018, s.287.

¹¹⁸ Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.63.

Bankacılık Kanunu m.160'a göre etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanabilmek için zararın tamamen ödenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan suç ile oluşan zararın kısmen iadesi ya da tazmini durumunda etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz.¹¹⁹ Kontrol eden ortak zimmetinde TMSF ile failin, zararın ödenmesi konusunda anlaşması durumu söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda ceza mahkemesince tespit edilecek zarardan daha azına anlaşılması ihtimali vardır. Bu gibi durumlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için TMSF ile anlaşılan miktarın mı, yoksa ceza mahkemesinin belirlediği zararın mı ödenmesi gerektiği konusunda bir kuşku oluşabilir. Gürses'e göre *"Şayet dava kovuşturma aşamasında ise, tarafların üzerinde anlaştığı zarar miktarı ile mahkeme tarafından tespit edilen zarar miktarı uyuşmalıdır. Bu iki miktar farklı ise mahkemenin tespiti etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından esas alınmalıdır."*¹²⁰

İade ve tazmin, suçun işlendiği andaki değere göre yapılmalıdır.¹²¹ Yani hakim suçun işlendiği andaki durumu esas alarak suç konusu şeyin ne olduğu ve değerini hesaplamalıdır. Bu değer içerisinde o zamana kadar ki işlemiş olan faizler girmemektedir.¹²² Dolayısıyla etkin pişmanlıktan yararlanmak için anaparanın iadesi veya tazmininin yapılması yeterlidir. Faiz gibi diğer yan alacaklar hukuk mahkemelerinden talep edilebilir. Zimmet suçunun konusunun bir taşınmaz ya da motorlu taşıt gibi bozulması veya hasara uğraması muhtemel bir eşya olması durumunda, bu eşyalar hasara uğramışsa, etkin pişmanlık hükümlerinden

¹¹⁹ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.117; Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.59. Ancak kısmi ödeme durumunda takdiri indirim nedenleri uygulanabilir. Turabi, **a.g.e.**, s.218.

¹²⁰ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.151.

¹²¹ Gülşen, **a.g.e.**, s.158. Aksi görüşte olan yazarlara göre suçun işlendiği zamandan zararın tazminine kadar geçen sürede malın değeri artacağından suç konusunun suçun işlendiği andaki değeri yerine zararın tazmin anındaki değeri esas alınmalıdır. Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.67. Ancak etkin pişmanlık maddesi zararın tazmininden çok pişmanlık esasına dayandığı kabul edildiğinden etkin pişmanlığın uygulanması için suçun işlendiği zamanki değer tazmini yeterli kabul edilmelidir. Arslantürk, **a.g.e.**, s.24. Değer artışları hukuk mahkemelerinde dava açma yolu ile zamanaşımı süresi içinde her zaman istenebilir. Soruşturma öncesi evrede ve soruşturma evresinde zararı kimin tespit edeceği belli değildir. *"Her iki durumda da zararın saptanması olanağı çok azdır. Bu nedenle bu evreyi kapsayan bir etkin pişmanlıktan söz etmek çok güçtür."* Donay, **Bankacılık Ceza**, s.117.

¹²² Parlar, Öztürk, **a.g.e.**, s.288; Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.66; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1127; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

yararlanabilmek için suç konusu malın aynen iadesi yanında zararın da tazmini gerekecektir.¹²³

Bankacılık zimmeti suçunda ödeme vaadinde bulunma veya teminat gösterme yoluyla etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak söz konusu değildir. Suç konusu malın tamamen iade edildiği ya da zararın tamamen karşılandığı zaman etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabilir. Ancak kontrol eden ortak zimmetinde banka ortaklarının suç tamamlandıktan sonra TMSF ile zararın karşılanmasına yönelik yapılan anlaşmaların etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmaya yeterli olup olmadığı tartışılmıştır. Kanaatimizce sadece anlaşmanın yapılmış olması etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için yeterli değildir. Banka ortaklarının anlaşılan değer üzerinden ödeme yapması ve borcu kapatmaları gerekmektedir. Yapılan bu anlaşmalarda borcun taksitli şekilde ödenmesine karar verilmesi mümkündür. Ancak etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak için en geç hükümden önce bankanın zararının karşılanması gerektiği göz önüne alındığında bu taksitlerin vadesinin kısa tutulması failin yararına olacaktır. Zira zararın tamamen ödenmesinden önce ceza mahkemesinin hüküm vermesi durumunda fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz.¹²⁴ TMSF ile yapılan ödeme taahhüdü niteliğindeki anlaşmalara dayanılarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması doktrinde de kabul edilmemiştir.¹²⁵

Bankacılık Kanunu m.160'da düzenlenen suçların iştirak halinde işlenmesi yukarıda anlatıldığı üzere mümkündür. İştirak halinde işlenen bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçunda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak isteyen suç ortağı, suç ile ortaya çıkan zararın hepsini tazmin etmek zorundadır.¹²⁶ Sadece kendisinin edindiği menfaati iade etmekle etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz. Çünkü kanunun açık emri, etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için

¹²³ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.59; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1127; Turabi, **a.g.e.**, s.218.

¹²⁴ Gürses, **Zimmet Suçu**, s.151; Baba, **5411 Sayılı Bankacılık**, s.268. Aksi görüşe göre "Aradan geçen zaman içerisinde, soruşturmanın ya da kovuşturmanın başlamış olması veya hükmün verilmesi, failin aleyhine bir sonuç doğurmamalıdır." İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.402.

¹²⁵ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.95; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2066; Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1128; Baba, **5411 Sayılı Bankacılık**, s.268; Turabi, **a.g.e.**, s.220. "Banka hakim ortağı ile TMSF arasındaki görüşmeler uzun zaman almaktadır. Bu nedenle de etkin pişmanlık anı olarak ödeme iradesinin somut biçimde ortaya konulduğu an kabul edilmelidir." Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.186; Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.461.

¹²⁶ Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.73.

“zararın tamamen tazminini” gerektirmektedir. Suç ortağının zararın tamamını tazmin etmesi halinde sadece zararı tazmin eden suç ortağı etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanır.¹²⁷ Çünkü diğer şerikler, etkin pişmanlığın unsurlarından failden beklenen pozitif edim ile failin yükümlülüğü bizzat yerine getirmesi ve suçta pişmanlık duyması unsurlarını sağlamamaktadır.

Failin etkin pişmanlık içeren hareketinin iradi ve gönüllü olması gerekmektedir. Failin içinden gelmeden, pişmanlık duymadan gönüllü olarak değil de zorunlu olarak zararı tazmin etmesi ispat edilebildiği ölçüde faile etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını engeller. Örneğin suç ile oluşan zarar cebri icra yoluyla tazmin edilirse etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olanağı ortadan kalkar. Yine suç konusu malın polis araması sonucu bulunmasında ve mağdura tesliminde failin iradesini ve gönüllülüğünü göremediğimizden etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz.¹²⁸ Bankacılık zimmeti suçu hakkında örnek vermek gerekirse bankacılık zimmetinden soruşturma açılabilmesi için BDDK ya da TMSF tarafından savcılığa yazılı başvuru yapılmalıdır. Yine suçtan zarar gören bankanın savcılığa başvuru yapabilme olanağı vardır. Savcılığa başvuru anına kadar geçen sürede fail hakkında idari veya kurum içi soruşturma yürütülmüş ve failin de bu soruşturmadan haberi olmuş olabilir. Bu durumda failin, kendi hakkında cezai soruşturma açılmasından korkup suç konusu malın iade edilmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Suç konusunun idari ya da banka içi soruşturma yapılmadan önce iade edilmesi durumunda hiçbir tereddüt yoktur. Faile etkin pişmanlık hükümleri uygulanır. Ancak idari veya kurum içi soruşturmanın başlayarak BDDK’nın veya bankanın suçtan haberdar olduğu ihtimalinde failin suç konusunu iade edip zararı karşılamasının gönüllü olup olmadığı değerlendirilmelidir.¹²⁹ Bu değerlendirmenin yapılması her zaman kolay

¹²⁷ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.61; Parlar, Akin, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.211; Turabi, **a.g.e.**, s.219. Diğer şerikler zarardan kendilerine düşen payı zararı tamamen tazmin eden suç ortağına en geç hüküm verilene kadar ödemeleri halinde etkin pişmanlıktan yararlanabilirler. Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.74. Aksi görüşe göre suç ortaklarından biri tarafından yapılan tam ödemenin diğer suç ortakları bakımında etkili olabilmesi için diğer suç ortaklarının bilgisi ve isteği dahilinde olması gerekir. Bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1128.

¹²⁸ Taşdelen, **a.g.e.**, s.1469; Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.92-93.

¹²⁹ Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.94.

olmadığından tereddüt halinde failin lehine yorum yapıp failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılması sağlanmalıdır.

Etkin pişmanlığın bir özelliği olan suçu işlemekten duyulan pişmanlığın gerçekleşebilmesi için iade ve tazminin bizzat suçu işleyen tarafından yapılması gerekmektedir. Ancak Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde düzenlenen suçlarda uygulamada failin yakınlarının yapmış olduğu ödeme failin bilgisi dahilinde ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilir.¹³⁰ Örneğin bazı durumlarda failin tutuklu olması halinde ödemenin başka kişilerce de yapılması yeterli görülmüştür. Önemli olan failin pişmanlık göstermesidir. Failin zararın tazminine itiraz etmemesi işlenen suçta pişmanlık duyduğunun bir göstergesi olarak kabul edilir. Kanunda etkin pişmanlık için gereken objektif unsurların sağlanması sübjektif unsurlarında sağlanmış olduğuna karine teşkil eder.¹³¹

Zararın etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması amacıyla tamamen ödenmesi durumunda bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali ve kontrol eden ortak zimmeti suçunda düzenlenen adli para cezasının belirlenmesinde “üç katından az olamaz hükmü uygulanamayacak ve alt sınırdan adli para cezası verilebilecektir. Ayrıca ceza mahkemesi Bankacılık Kanunu m. 160'da yer alan suçlar bakımından suç ile oluşan zararın tazminine karar veremeyecektir.”¹³²

Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesi etkin pişmanlık evrelerini üç aşamada incelemiş ve bu aşamalara göre cezada yapılacak indirim oranlarını belirtmiştir. Bu evreler soruşturmadan önce, kovuşturmadan önce ve hükümden önce olarak ayrılmaktadır. Şimdi bu evreleri ayrı ayrı ele alıp bu evrelerin ne zaman başlayıp ne zaman bittiği ve evreler hakkında doktrinde süregelen tartışmaları incelemeye çalışacağız.

¹³⁰ Benzer şekilde Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1127; Arslantürk, **a.g.e.**, s.29; Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.96; İnceoğlu, **Bankacılık Kanununda**, s.401; Turabi, **a.g.e.**, s.219.

¹³¹ Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.99.

¹³² Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.186. Benzer şekilde Yiğit, **Bankacılık Suçları**, s.461.

B. Soruşturmanın Başlamasından Önceki Etkin Pişmanlık

5411 sayılı Kanun'un 160. maddesinde düzenlenen suçlarda etkin pişmanlığın "soruşturma başlamadan önce" gerçekleşmesi halinde faile verilecek cezanın üçte ikisi indirilmektedir. Soruşturmandan anlaşılması gereken ceza soruşturmasıdır. Doktrindeki bir görüşe göre kanunda hangi soruşturma olduğu açıkça yazmadığı için yapılan idari soruşturma halinde de soruşturmanın başlamış olduğunu belirten yazarlar vardır.¹³³ Ancak doktrinde baskın görüş ceza kanunları kapsamında bahsedilen soruşturmadan ceza soruşturmasının anlaşılması gerektiği şeklindedir.¹³⁴ Yargıtay'ın TCK'da düzenlenen zimmet suçu için verdiği kararlarda da soruşturmadan, adli soruşturmanın anlaşılması gerektiği yönündedir.¹³⁵

Adli soruşturma CMK m. 2/ 1-e'ye göre "yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi" ifade etmektedir. Buna göre suç şüphesinin Cumhuriyet savcılarınca, haber alınması ile soruşturma aşaması başlamaktadır. Suça ilişkin ihbar veya şikayet savcılıklara yapılabileceği gibi kolluk kuvvetlerine de yapılabilir.¹³⁶ Bu şekilde soruşturmanın başladığı kabul edilir. Bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti bakımından BankK. m.162/2 hükmüne göre ilgililerin şikâyeti ile yetkili makamların suç şüphesinden haberdar olması koşulu gerçekleşmiş olduğu için bu aşamadan sonra soruşturma başlamıştır diyebiliriz. Yine 160. maddede düzenlene her iki suç bakımından BDDK'nın ya da

¹³³ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.57.

¹³⁴ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1128; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.1336.

¹³⁵ **Bkz. Yargıtay CGK. 17.10.2006 tarih, 2006/5-165 E. ve 2006/213 K. numaralı kararı:** K. T.

"O halde "soruşturma evresi" suç şüphesinin C.savcısı tarafından öğrenilmesiyle başlayacağından, 5237 sayılı TCY.nın 248. maddesi uyarınca "etkin pişmanlık" nedeniyle indirim yapılacak hallerde, ödemenin, olay C.savcılığınca öğrenilmesi ve soruşturma işlemlerine başlanmasından önce yapılması halinde 1. fıkranın, diğer hallerde ise 2. fıkranın uygulanması gerekmektedir. Nitekim, öğretide de aynı esas kabul edilmiştir.

Özel Daire azınlık görüşü ile Yargıtay C.Başsavcılığı itirazında ileri sürüldüğü üzere; 5237 sayılı TCY.nın 254. maddesinde rüşvet suçları için öngörülen etkin pişmanlık hükümlerinin, zimmet suçunda kıyasen uygulanmasına da olanak bulunmamaktadır. Zira, "maddi ceza hukukunda kıyas yapılamayacağı biçiminde" tanımlanan ve yeni TCY.nın 2. maddesi 3. fıkrasında da açıkça ifadesini bulan temel ilke uyarınca yasaların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamayacağı, suç ve ceza içeren hükümlerin, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı tartışmasız bir kuraldır.(...)

Görüldüğü gibi, zimmet suçuna ilişkin olarak C.savcılığına ihbar yapılmadan önce zimmet miktarı iade edilmiştir. O halde, Yerel Mahkemece hükümlü hakkında 5237 sayılı Yasanın 248/1. maddesinin uygulanması ve Özel Daire çoğunluğunca bu hususun bozma nedeni sayılmaması isabetli ve yasaya uygundur."

¹³⁶ Parlar, Akın, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s.211; Tuğrul, **a.g.e.**, s.609.

Fonun Cumhuriyet başsavcılıklarına yazılı başvuruları halinde de soruşturma aşamasına geçilmiştir.

Sonuç olarak failin suç konusu şeyi iadesi ya da suçun işlenmesi ile ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi adli soruşturma açılmasından önce ise faile BankK. m.160/5 uygulanarak cezasının üçte ikisi indirilmelidir.

C. Kovuşturmanın Başlamasından Önceki Etkin Pişmanlık

Bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçlarında soruşturma başladıktan sonra ve fakat kovuşturma başlamadan önce etkin pişmanlık gösterilmesi halinde faile verilecek cezanın yarısının indirileceği düzenlenmiştir. Soruşturma aşaması suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenilmesinden başlar iddianamenin kabulüne kadar devam eder. İddianamenin mahkemece kabul edilmesi halinde kovuşturma aşamasına geçilir. Burada iddianamenin kabul edilmiş sayılmasının önemi vardır. Bilindiği üzere iddianamenin mahkemeye tebliğinden itibaren 15 gün içinde iddianame reddedilmemiş ise kabul edilmiş sayılır. İddianame mahkemeye tebliğ edilmiş, ancak mahkemece henüz iddianamenin kabulüne karar verilmediği süreçte soruşturma evresi devam etmektedir. Hakimin iddianameyi kabul ettiğine dair havaleyi yazı işleri müdürüne yaptığı anda artık soruşturma aşaması sona ermiş ve kovuşturma aşamasına geçilmiştir.¹³⁷ İddianamenin kabul edilmiş sayılmasında ise iddianamenin mahkemeye tebliğinden itibaren 15 gün sonraki gün sonunda kovuşturma aşamasına geçilmiştir. Bundan sonra yapılan etkin pişmanlık hükümden önceki etkin pişmanlık olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda da anlatıldığı üzere etkin pişmanlıktan yararlanmak için zararın tamamen karşılanması gerekmektedir. Soruşturma öncesinde ve soruşturma aşamasında suç ile oluşan zararın ne olduğu tam olarak belli olmayabilir. Kovuşturma aşamasında oluşan zarara dair bilirkişi raporundan önce zararın tam olarak tespiti mümkün değildir. Hal böyle olunca failin zararı tam olarak bilemeyeceği durumlarda pişmanlık göstererek kendine göre zarar tespiti yaparak bir miktar zararı ödemesi ve daha sonra zararın tam olarak tespiti üzerine kalan miktarı

¹³⁷ Baba, **5411 Sayılı Bankacılık**, s. 274. “İddianamenin UYAP sistemine geç kaydedilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan hâkim havalesidir.” Polat, **a.g.e.**, s.115.

da ödeyerek zararı tamamen tazmin etmesi halinde ilk ödemeyi yaptığı tarih hangi aşamada kalıyor ise o aşamadaki etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.¹³⁸ Yani failin etkin pişmanlığı, zararın belli olmamasından etkilenmemektedir.

D. Hükümden Önceki Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlığın hükümden önce gösterilmesi durumunda Bankacılık Kanunu m.160/6 gereği faile verilecek cezadan üçte bir oranında indirim yapılır. Kanunda belirtilen bu evre iddianamenin kabul edilmesi veya kabul edilmiş sayılmasından sonra başlayıp hükmün verilmesine kadar devam etmektedir. Hükmün verilmesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Doktrindeki bir görüşe göre hükümden önceki aşama denilmekle hükmün kesinleşmiş olmasının arandığını belirtilmektedir. Hal böyle olunca ceza dosyasının bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay tarafından bozulup döndüğü her aşamada ilk derece mahkemesi tarafından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹³⁹ Bu şekilde görüş bildirenlere göre dosyanın bölge adliye mahkemesinde veya Yargıtay'da bulunduğu aşamada etkin pişmanlığın mümkün olmadığı belirtilmektedir. Yani ilk derece mahkemesince verilen kararın Yargıtay tarafından bozulmadan onanması halinde, etkin pişmanlığın ilk derece mahkemesinin verdiği hükümden önceki zamana kadar mümkün olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

¹³⁸ Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s. 1129. “Failin kastına göre etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanandırılması gerekir.” Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.60.

¹³⁹ Baytemir, **a.g.e.**, s.74; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2067; Tuğrul, **a.g.e.**, s.612. Bu görüşe benzer olmakla beraber hüküm kesinleşinceye kadar her zaman failin etkin pişmanlıktan yararlanacağını belirten Özgenç’e göre “Gerek Anayasamızın 38. maddesine, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre “kesin hükme kadar kişi suçsuz sayılır” ve suçsuzluk ilkesinden yararlanılır. Bu durumda, henüz suçsuz sayılan kişinin, hakkında daha hüküm verilmeden önce, banka zararını ödemeye kalkması son derece anlamsız olur, hatta bazı yargıçların bunu zımni bir itiraf saymalarından da korkulmak gerekir. Bu nedenle “hükümden evvel” sözcüğünün, “kesin hükümden evvel” anlamı verilmesi gerektiğine inanıyorum.” Özgenç, **a.g.e.**, s.46.

Bkz. Yargıtay 7.CD. 26.10.2015 tarih, 2014/22141 E. ve 2015/20658 K. numaralı kararı:

“5411 sayılı yasanın 160/5. maddesinde kovuşturma başladıktan sonra ve hüküm verilmeden önce banka zararının giderilmesi halinde cezadan 1/3 oranında indirim yapılacağı düzenlenmiş olup, bozma öncesi verilen hükmün bozma ilamıyla ortadan kalktığı, yasa maddesinde hükümden kastedilenin ise yargılamayı sonlandıran ve hukuken varlığını devam ettiren hüküm olduğu gözetilerek, sanığın zimmet tutarı olan 7000 TL banka zararını 08.04.2010 tarihinde hüküm verilmeden önce tamamen giderdiği halde, cezasından anılan yasanın 160/5. maddesinin son cümlesi uyarınca indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi yasaya aykırı,”

Doktrinde baskın olarak kabul edilen diğer görüşe göre ise hükümden anlaşılması gereken ilk derece mahkemesinin vereceği ilk hükümdür.¹⁴⁰ Çünkü sanık, ilk derece mahkemesinin verdiği ilk hükümden sonra, artık pişmanlık gösterdiği için değil cezalandırılma tehdidi altında olduğu için suç konusu malı iade ettiği veya zararı tazmin ettiği kabul edilir. Ayrıca diğer görüşün kabulü halinde suçun iştirak içinde işlenmesi söz konusu olduğunda hükmü Yargıtay tarafından bozulan ve bozulmayan sanıklar hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması farklılık arz edeceğinden hakkaniyete aykırı bir durum meydana gelecektir.¹⁴¹ Kanaatimizce de “hükümden önce” lafzından ilk derece mahkemesinin verdiği ilk hükmün anlaşılması etkin pişmanlığın unsurlarına daha uygundur. Ancak burada da hükmün verilmesinin yeterli olup olmadığı sanığa tebliğ ya da tefhimin gerekip gerekmediği sorunu ortaya çıkabilir. Sanık hükmün açıklandığı duruşmaya katılmışsa hiçbir sorun yoktur ve karar tefhim edildiği için bu aşamadan sonra etkin pişmanlığı kabul edilmez. Ancak sanığın, hükmün açıklandığı duruşmaya katılmaması halinde, hükmün tebliğine kadar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi gerekmektedir.¹⁴² Çünkü sanık henüz bir ceza tehdidi altında olduğunu bilmemektedir. Bu tehditten bağımsız olarak gönüllü şekilde suçtan pişmanlık duyarak suç konusu malı iade etmiş veya zararı karşılamıştır. Bu durumun kabulü kötüye kullanımlara da sebebiyet verebilir. Şöyle ki; hüküm duruşmasına katılmayan sanık başka yollardan ceza aldığını öğrenebilir. Bu durumda gösterdiği etkin pişmanlık ceza tehdidi altındadır. Ancak sanığın ceza aldığını öğrendiğinin ispatlanamadığı durumlarda fail lehine yorum yapılarak etkin pişmanlıktan yararlanmasına imkan sağlanmalıdır.

Zimmet suçları bağlamında konuyu ele alırsak ceza mahkemesi tarafından verilen hükümle birlikte zararın tazminine de hükmedileceğinden, bu hükmün icraya koyulması sonucu zararın tazmin edilmesi durumunda hem ilk hükümden sonra zarar tazmin edildiği için hem de etkin pişmanlığın gönüllülük ve pişmanlık unsuru

¹⁴⁰ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.59; Baba, **5411 Sayılı Bankacılık**, s.275; Turabi, **a.g.e.**, s.221; Polat, **a.g.e.**, s.115.

¹⁴¹ Baba, **Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık**, s.87-88.

¹⁴² “Aynen iade veya uğranılan zararın tazmininin “hükümden önce” gerçekleştirilmesinden kasıt ise kamu davasının açılmasından sonra hükmün ilk derece mahkemesince tefhim veya tebliğ edilmesi aşamasına kadar zararın giderilmesidir”. Tezcan, Erdem, Önok, **Ceza Özel**, s.1129.

sağlanmadığı için bu durumda etkin pişmanlık hükümleri uygulanamaz. Yine aynı şekilde özel hukukta zimmetten doğan zararın tazmini ile ilgili dava açılması ve bu davanın ceza davasından önce sona ermesi üzerine zararın cebri icra yoluyla tahsil edilmesi halinde de etkin pişmanlığın ceza davası bakımından uygulanabilirliği artık bulunmamaktadır.

Faaliyet izni iptal edilmiş veya Fona devredilmiş bankanın kaynaklarının hakim ortak veya başkasının menfaatine kullandırılması BankK. madde 160/3'e göre suç ve madde 108 hükmüne göre banka kaynaklarının istismarı sayılmıştır. Bankacılık Kanunu m.108/4'e göre bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin edilemeyen tutarlar Fon alacağı haline gelir ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir. Kontrol eden ortak zimmeti suçunda fail hakkında henüz hüküm verilmemişken, m.108'e göre zararın tazmin edilmesi halinde, yine etkin pişmanlığın uygulanması mümkün görünmemektedir.

III.MUHAKEMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER ve İNFAZ HÜKÜMLERİ

Bankaların ülke ekonomisinde teşkil ettiği özel konum nedeniyle ceza davalarından en az etkilenebilmesi ve Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçları işleyenlerin daha etkin yargılanabilmesi için muhakemeye ilişkin özel hükümler düzenlenmiştir. Muhakemeye ilişkin özel hükümler mülga bankacılık kanunlarından beri ceza hukukunda uygulanmaktadır. Örnek vermek gerekirse 7129 sayılı Bankalar Kanunu zamanında kabul edilen 70 sayılı KHK hükümlerinde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndaki hükümlere benzer muhakeme hükümleri kabul edilmiştir.¹⁴³ Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlarda, kanunda muhakemeye ilişkin özel hüküm bulunması durumunda özel - genel kanun kıyaslaması yapılarak özel kanun niteliğindeki Bankacılık Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Eğer konu hakkında Bankacılık Kanunu'nda bir düzenleme yoksa o halde genel kanun niteliğindeki Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanır.

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, **Bankacılık Suçları**, s.327 vd. Dava açılmasının belli şartlara bağlanması hukukumuzda 1936 yılından beri uygulanmaktadır. Taşdelen, **a.g.e.**, s.1475.

A. Soruşturmayla İlişkin Hükümler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesine göre soruşturmanın başlayabilmesi ve kovuşturmanın yapılabilmesi için BDDK'nın veya TMSF'nin Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak başvuru yapması gerekmektedir. 4389 sayılı Kanun'da benzer hüküm düzenlenmişken; 70 sayılı KHK da yazılı başvuru yapma yetkisi Maliye bakanlığına aittir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçların soruşturulmasını zorlaştıracı nitelikteki bu düzenlemenin amacı bankalara hakkında olur olmaz şeylerden dolayı yapılan suç duyuruları sonucu açılacak soruşturmaları engellemek, buna bağlı olarak bankalara ve ülke ekonomisine duyulan güvenin çok kolay şekilde sarsılmasının önüne geçmektir.¹⁴⁴ Soruşturmanın sonucunda takipsizlik, kovuşturmanın sonunda beraat kararı verilmesi halinde bile banka o süreç boyunca itibar ve ekonomik bir kayba uğrayacaktır.

Kanunda Kurumun ve Fonun yazılı başvuruda bulunması düzenlenmiş ancak yazılı başvuru şartının niteliğinin ne olduğu doktrine bırakılmıştır. Düzenlemeye göre yazılı başvuru şartı bir muhakeme şartı niteliğindedir.¹⁴⁵ Doktrin de aynı şekilde yazılı başvuru şartını muhakeme koşullarının bir türü olarak kabul etmiştir.¹⁴⁶ Muhakeme şartlarının temel özelliği suçun yargılanmasına ilişkin, objektif nitelikteki kurallardan oluşmasıdır. Dolayısıyla failin kusuru ile bağlantılı değildir. Suçun işlenmesi sonucu soruşturma ve kovuşturma aşamasına ilişkin olan bu şartların gerçekleştirilmesi belirli mercilere ya da mağdura bırakılmıştır.¹⁴⁷ Muhakeme şartları sağlanmadan soruşturma ve kovuşturma başlatılamaz, başlatılmış olan soruşturma veya kovuşturmada o suç ile ilgili bir muhakeme şartının olduğunun anlaşılması halinde şayet bu şart sağlanabilecek nitelikteyse durma; eğer şartın sağlanması yakın bir tarihte beklenmiyorsa düşme kararı verilmelidir.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Selman Dursun, "Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.2, S.4, 2007, s.264; Selman Dursun, "Bankalar Kanununda Yer Alan Suçlara İlişkin Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı", **Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.III, İstanbul Beta Yayınları, 2003, s.735; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, "'Yazılı Başvuru' Şartının Hukuki Niteliği", **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S.101, 2013, s.100; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2075; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1475; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

¹⁴⁵ "Bu başvuru soruşturma ve kovuşturma şartı niteliğindedir." Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.97.

¹⁴⁶ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.251. Ergün, **Zimmet Suçu**, s.196.

¹⁴⁷ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.234.

¹⁴⁸ Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2074; Şerbetçi, **a.g.e.**, s.125.

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen yazılı başvuru şartı şikayet muhakeme şartı olarak kabul edilmez.¹⁴⁹ Çünkü şikayette başvuru hakkı suçtan zarar görene aittir.¹⁵⁰ Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlarda BDDK veya TMSF suçtan zarar gören olarak kabul edilmez. Ayrıca yazılı başvuru şartı şikayette olduğu gibi bir süreye bağlanmamıştır. Yine şikayetten vazgeçme halinde soruşturma veya kovuşturmanın düşme kararı ile sona ermesi mümkünken yazılı başvurunun geri alınması söz konusu değildir.¹⁵¹

Kimi yazarlara göre yazılı başvuru şartı bir talep dava şartıdır.¹⁵² Kurumun veya Fonun yazılı başvurusu halinde Cumhuriyet savcısı soruşturma sonucunda dava açmak zorunda değildir. Dava açmak için yeterli şüphenin oluşmadığı düşünülüyorsa savcılık tarafından takipsizlik kararı verilebilir. Bu durum yazılı başvurunun talepten farkını teşkil etmektedir. Çünkü talepte Cumhuriyet savcılığının dava açma yükümlülüğü vardır.¹⁵³ Yazılı başvuru koşulunda Cumhuriyet başsavcılığının bir girişimi söz konusu olmadığı için bu koşul izin ve karardan farklılık arz etmektedir.¹⁵⁴ Ergün de yazılı başvuru şartını müracaat olarak nitelendirmiştir.¹⁵⁵

Yazılı başvuru BDDK'nın veya Fonun ilgili kurulları tarafından alınan karar ile yapılmaktadır. Kurumun başvuru yapma ya da yapmamaya ilişkin kararı idari işlem niteliğinde kabul edilmemiştir. Doktrinde kurulların bu kararları adli işlem olarak kabul edildiği için bu kararlara karşı idari yargıda dava açmak mümkün değildir.¹⁵⁶ Danıştay idari dava daireleri kurulunun kararına göre "kovuşturma açılması için Kurumun Cumhuriyet Başsavcılığına başvurması ya da başvurmaması

¹⁴⁹ Dursun, **Yeni Bankacılık Kanununda**, s.264; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2350; Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s.101; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.161. 7129 sayılı Kanun döneminde düzenlenen 70 sayılı KHK zamanında ki bir görüşe göre yazılı başvuru şartı şikayet hükmündedir. Erman, **Bankacılık Suçları**, s.329.

¹⁵⁰ Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s.101; İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.237.

¹⁵¹ Erdi Yetkin, "Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 3,2015, s.410; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2347.

¹⁵² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.55; Güngör, **a.g.e.**, s.28.

¹⁵³ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.250; Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s.102.

¹⁵⁴ Dursun, **Yeni Bankacılık Kanununda**, s.264; Dursun, **Bankalar Kanununda**, s.736.

¹⁵⁵ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.196.

¹⁵⁶ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.97; Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2079. Aksi görüşe göre "kamu tüzel kişilerin bu yetkilerini kullanıp yazılı başvuruda bulunmamaları durumunda bu kararın idari yargı yerlerinin denetiminde olduğunu kabul etmek gerekir." Yetkin, **a.g.e.**, s.410.

ceza muhakemesi alanını ilgilendirmekte olup, davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemin "dava konusu edilebilecek nitelikte bir idari işlem" olmadığı sonucuna varılmaktadır.”¹⁵⁷

Genel kural yazılı başvuru ile soruşturmanın başlaması olsa da Bankacılık Kanunu 160. maddesinde düzenlenen suçlar bakımından kanunda istisna maddeleri öngörülmüştür. Bu istisnalardan ilki kontrol eden ortak zimmetinde söz konusu olmaktadır. Kontrol eden ortak zimmeti suçunun ortaya çıkartılmasındaki zorluk bu şekilde bir istisna maddesi düzenlemesi gerektirmiştir. Bu suçu işleyenler ekonomik güçlerini ve itibarlarını kullanarak soruşturma ve kovuşturmadan kaçabilmekte ve suç delillerinin yetkili makamlarca ele geçirilebilmesini zorlaştırabilmektedirler. Suç teşkil eden fiil ile yazılı başvuru arasında geçen uzun süre suçun ortaya çıkartılmasını zorlaştırdığı için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı resen soruşturma açabilecektir. Bu durumda Kurum ve Fon haberdar edilir. Kanununun düzenlemesinde “soruşturma ve kovuşturmalar resen Cumhuriyet savcılarınca yapılacağı” lafzı geçmektedir. Ancak sadece soruşturma Cumhuriyet savcılarınca yapılabilir. Kovuşturmalar savcının iddianame düzenlemesi sonucu mahkeme tarafından yapılmalıdır. Düzenlemenin bu şekilde ele alınması kanaatimizce kanun hazırlanırken gereken özenin gösterilmediğinin bir tezahürüdür. Metinden anlaşılması gereken kontrol eden ortak zimmetinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde soruşturma ve kovuşturma yapılması için yazılı başvuruya gerek kalmadığıdır.

Bir başka istisna 162. maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır.¹⁵⁸ Bu maddeye göre incelemekte olduğumuz bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmeti suçunda ilgililerin dava hakkı¹⁵⁹ saklı tutulmuştur. İlgililerin dava hakkının saklı olduğu kabul edildiği için, bu istisna ile BDDK’nın veya TMSF’nin yazılı

¹⁵⁷ Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 23.06.2006 tarih 2006/871 E. ve 2006/759 K. numaralı kararı. Taşdelen, **a.g.e.**, s.1481.

¹⁵⁸ Bkz. 5411 sayılı Kanun m.162/2: İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.

¹⁵⁹ Dava hakkı terimi ceza muhakemesi hukuku bakımından yanlış kullanılmış bir terimdir. Çünkü ceza usul hukuku sistemimizde kamu davası açmakla yetkili olan makam Cumhuriyet savcılığıdır. Dava hakkı yerine şikayet lafzı kullanılmasının daha uygun olduğu kabul edilmektedir. Haznedar **a.g.e.**, [s.y.].

başvuru hakkı engellenmemiş ilgililerin savcılığa başvurusu alternatif bir yol olarak kabul edilmiştir diyebiliriz.¹⁶⁰ İstisna hükmünde geçen “ilgililer” kavramından ne kastedildiği doktrinde tartışma konusu oluşturmıştır. 4389 sayılı Kanun’da “ilgililer” yerine “ilgili kuruluş” lafzı geçmesi ilgilinin banka tüzel kişisi olarak anlaşılmasına olanak sağlamıştır.¹⁶¹ Kanaatimizce ilgililerden maksat somut olayın özelliklerine göre suçtan zarar gören herkeştir.¹⁶² Örneğin banka malının ya da bankadaki mevduatların zimmete geçirilmesi durumlarında suçtan zarar gören banka tüzel kişiliği olduğu için bankanın başvurusu soruşturmanın açılması için yeterlidir. Burada banka müşterisi suçtan zarar görmediği için “ilgili” olarak kabul edilmez. Ancak banka kasasında bulunan müşteriye ait bir eşyanın zimmete geçirilmesi söz konusu ise suçtan zarar gören müşteri olacağı için suç soruşturması müşterinin başvurusu ile başlayabilir.

Bu istisna maddesi hukuki niteliği bakımından şikayete benzetilmiştir.¹⁶³ Bu istisna maddesinin şikayet olarak nitelendirilmesinin bazı sonuçları olacaktır. Bu sonuçlardan biri şikayetin süresi ile ilgilidir. Bilindiği üzere suçtan zarar görenin

¹⁶⁰ **Bkz. Yargıtay CGK 17.09.2002 tarih 2002/204 E. ve 2002/309 K. numaralı kararı:**

“Bu fıkra da öngörülen banka personelinin zimmet suçu ile (6), (8) ve (9) numaralı fıkralarında düzenlenen suçlardan bankalar doğrudan doğruya zarar gördüklerinden, belirtilen bu suçlar dolayısıyla kovuşturma yapılabilmesi için "Kurum"un başvurusunun aranmasına gerek görülmemiştir.

Nitekim bu husus Bankalar Kanununun 24. maddenin (3) numaralı fıkrasında değişiklik yapan 17.12.1999 gün ve 4491 sayılı Yasa gerekçesinde "Bankaların, halihazırda Türk Ceza Kanununun emniyeti suiistimal ve dolandırıcılıkla ilgili hükümlerini düzenleyen 503, 504, 508 ve 510. maddeleri uyarınca bu maddelerde belirtilen fiilleri işleyen personeli ile ilgililer hakkında takibe geçebildiği dikkate alınarak, belirtilen maddeler paralelinde bu Kanunun 12. maddesinde yapılan düzenlemeler ile ilgili olarak Kurumun şikayetine bağlı olmaksızın, personeli ve ilgililer hakkında bankaların Savcılıklara şikayet hakkını kullanabilmesine olanak tanınmıştır." biçiminde açıklanmıştır.

Somut olayda; Türk Ticaret Bankası Uzunköprü/Edirne şubesi müdürlüğünce Uzunköprü C. Savcılığına verilen 13.11.2000 tarihli dilekçe ile sanıklar hakkında şikayette bulunulduğu ve anılan bankanın açılan kamu davasına suçtan zarar gören olarak katıldığı sanıkların Bankalar Kanununun 22/3. madde ve bendi uyarınca cezalandırıldıkları anlaşılmaktadır.

Bu itibarla direnme kararı usul yönünden isabetli olup, hükmün esasının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesine karar verilmelidir.”

¹⁶¹ Baytemir, **a.g.e.**, s.523; Haznedar **a.g.e.**, [s.y.]; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1484. Aksi görüşe göre bankanın müşterisi de “ilgili” sayılabilir. Alıcı, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, s.2078.

¹⁶² Donay, **Bankacılık Ceza**, s.123; Ergün, **Zimmet Suçu**, s.196; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.167; Yetkin, **a.g.e.**, s.414.

¹⁶³ Dursun, **Yeni Bankacılık Kanununda**, s.266; Güngör, **a.g.e.**, s.29; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1583; Yetkin, **a.g.e.**, s.413. Farklı bir görüşe göre Kuruma ve Fona tanınan başvuru hakkının benzerinin ilgililere de tanındığı kabul edilmektedir. Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2354.

şikayette bulunması için faili ve suçu öğrenmesinden itibaren 6 aylık süresi vardır.¹⁶⁴ Kanaatimizce Bankacılık Kanunu'ndaki ilgililerin dava hakkı çerçevesinde 6 aylık şikayet süresi kanunda yer almadığı için uygulanmamalıdır.¹⁶⁵ Ayrıca Bankacılık Kanunu açıkça bir şikayetten de bahsetmemiştir. Doktrindeki yazarlara göre ilgililer başvurularını geri alınabilecek ve bu durumda şikayetin geri alınması sonuçları doğacaktır. Eğer ilgililerin şikâyetinin yanında Kurum veya Fonun da yazılı başvurusu varsa bu durumda ilgilinin şikayetinden vazgeçmesi ceza davasını düşürmeyecektir.¹⁶⁶

Soruşturma sonucunda Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği takdirde bu kararın yazılı başvuruda bulunanlara iletilmesi gerekmektedir. Ancak kanun metninde bankacılık zimmeti suçunu Cumhuriyet savcılıklarına bildiren ilgililere ilişkin olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararının tebliğ edilmesi zorunluluğu kabul edilmemiştir. Bu durum her ne kadar Bankacılık Kanunu'nda kabul edilmese de savcılığa başvuruda bulunan ilgiliye de kovuşturmaya yer olmadığı kararı tebliğ edilmelidir.¹⁶⁷ Çünkü ilgili kişiler suçtan zarar görenlerdir ve CMK m.172'nin açık hükmü gereği kovuşturmaya yer olmadığı kararı kendilerine tebliğ edilmelidir. Verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı Kurum, Fon ve ilgili kişi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre itiraza yetkilidir. Cumhuriyet savcılığının kamu davası açması halinde iddianamenin bir örneği Kurum, Fon ve ilgililere tebliğ edilir.

B. Kovuşturmaya İlişkin Hükümler

Bankacılık Kanunu'nda kovuşturmaya ilişkin özel hükümler de yer almaktadır. Bunlardan ilki davaya müdahaleye ilişkindir. BankK. 162. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre “Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması halinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar.” Fıkraya göre; örneğin Cumhuriyet savcılarınca, Bankacılık Kanunu m.160/3 de düzenlenen kontrol eden

¹⁶⁴ İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.245; Öztürk vd, **a.g.e.**,s.46 vd.

¹⁶⁵ Başel, **a.g.e.** s.230.

¹⁶⁶ Dursun, **Yeni Bankacılık Kanununda**, s.268.

¹⁶⁷ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.125.

ortak zimmeti suçunun işlendiğine dair şüphe olması durumunda, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin olduğu kabul edilmişse soruşturma açılır ve bu soruşturma sonucunda iddianame düzenlenip kovuşturma safhasına geçildiği takdirde, Fonun veya kurulun yapacağı katılma talebi, katılan sıfatı almaya yeterlidir.¹⁶⁸ Mahkeme Kurumun ya da Fonun davaya katılma başvurusunu reddedemez. Katılma başvurusu mahkemeye tebliğ edildiği anda müdahillik sıfatı kazanılmaktadır. Madde metninde “bu fıkra uyarınca” ifadesi geçtiği için, soruşturmanın 162. maddesinin 2. Fıkrası hükümlerine göre ilgililerin başvurusu ile açılması halinde ve devamında kamu davası açılması durumunda Kurumun veya Fonun davaya müdahalesi Bankacılık Kanunu’ndaki hükümlere göre değil; genel hükümlere göre mümkün olacaktır.¹⁶⁹

Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçları için 5411 sayılı Kanun’un 164. maddesinde görevli ve yetkili mahkemelere ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Buna göre Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen zimmet suçları için yer bakımından yetkili mahkeme, fiilin işlendiği yer hangi ilin sınırları içinde bulunuyorsa o ilin merkezinde bulunan ağır ceza mahkemeleridir. 4389 sayılı mülga bankalar Kanunu’nda yer bakımından yetkili mahkeme olarak suç işlenen bankanın merkezinin bulunduğu ildeki ağır ceza mahkemeleri yetkili kılınmıştı. 5411 sayılı Kanun’da düzenlenen hüküm daha isabetli olmuştur. Çünkü yargılamaların suçun işlendiği yere uzak mesafelerde yapılması gereksiz istinabelere ve yazışmalara yol açmakta, mahkemenin delillerle bizzat temasa geçememesine neden olmaktadır.¹⁷⁰ Bu durum da yargılamayı gereksiz uzatmaktadır.

164. maddede bankacılık zimmet ve kontrol eden ortak zimmeti suçları ve metinde yazılı diğer suçlar için görevli mahkeme olarak (1) numaralı Ağır ceza mahkemesi kabul edilmiştir. Bankacılık suçlarında belli mahkemelerin görevli kılınmasındaki amaç bankacılık suçlarının uzmanlık gerektirmesidir. Bankacılık hukuku özü itibarıyla uzmanlık gerektiren bir hukuk dalıdır. Bankacılık suçları da bankacılık hukukuna aykırılık teşkil eden eylemlerden oluştuğuna göre ceza

¹⁶⁸ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.2352; Baytemir, **a.g.e.**, s.529. Dolayısıyla BDDK’nın ve TMSF’nin davaya müdahil olması kendi inisiyatiflerine bırakılmıştır. Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.98; Taşdelen, **a.g.e.**, s.1487; Baytemir, **a.g.e.**, s.524.

¹⁶⁹ Özgenç, **Zimmet Suçu**, s.99.

¹⁷⁰ Dursun, **Bankalar Kanununda**, s.742.

muhakemesinde de bu konuda uzman ceza mahkemelerinden yararlanılması gerekmektedir. Bu şekilde hem bankacılık suçlarını içeren ceza davaları daha kısa sürede sonuçlanacak hem de yanlış karar verilmesi azalacaktır. Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından ihtiyaç halinde, bankacılık suçlarına bakacak başka mahkemeler de görevlendirilebilmektedir. Maddenin lafzi yorumunda her il merkezindeki (1) nolu Ağır Ceza Mahkemesine ilave olarak yeni mahkemelerin kurulabileceği sonucuna ulaşmaktayız.¹⁷¹ Ancak uygulamada İstanbul Adliyesinde Bankacılık suçları bakımından HSK tarafından İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi görevlendirilmiştir.¹⁷² Bundan dolayı İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ne bankacılık suçları hakkındaki iddianameler tevzi edilememektedir. Bu durum kanun hükmüne aykırıdır. Kanun 1. Ağır Ceza Mahkemesi'ne ek olarak HSK'ya başka mahkemeler belirleme yetkisi tanımıştır. Dolayısıyla İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin yanında 1. Ağır Ceza Mahkemesi de görevlidir. HSK'nın bu kararı 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevini kaldırmaz.

Bankacılık Kanunu'nda muhakemeye ilişkin farklılıklardan biri de bilirkişi konusunda kendisini göstermektedir. BankK. m.165/1'e göre bankacılık suçları ile ilgili bir ceza davasında bilirkişilere raporunu hazırlaması için dosyanın kendisine tesliminden itibaren 3 ay süre verilir. Bu süre hakim tarafından 2 aya kadar uzatılabilir. Sonuç olarak 5 ay süre geçtikten sonra dosya hakkında düzenlenen raporun mahkemeye teslim edilmemesi halinde Bankacılık Kanunu özel bir düzenleme getirmiştir. Öncelikle raporu teslim etmeyen kişiden bilirkişilik görevi ücret takdir edilmeksizin alınır ve yeni bilirkişi tayin edilir. Ayrıca raporu zamanında teslim etmeyen bilirkişi bir yıl süreyle Bankacılık Kanunu kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamayacaktır. Kanun hükmünde dava ayrımı yapılmamış olması hukuk ve ceza davaları olarak anlaşılmalıdır. Raporunu zamanında teslim etmeyen bilirkişi için öngörülen yaptırımlardan biri de raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları tazmin etmeye mecbur bırakılmaları ve ayrıca beş yüz güne kadar adlî para cezasına mahkûm edilmeleridir. Adli para cezasının ödenmemesi halinde cezanın, 5275 sayılı Kanun'un 106. Maddesine göre hapis cezasına

¹⁷¹ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.127.

¹⁷² Bkz. Hakimler Savcılar Kurulu 08.12.2005 tarih ve 861 nolu kararı.

dönüştürülerek kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verileceği düşünüldüğünde bilirkişilik görevinin zamanında yerine getirilmesinin bankacılık suçları bağlamında ne kadar önemsendiği ortaya çıkmaktadır. Dosyanın bilirkişide olduğu süre boyunca dava zamanaşımı süresi durmaktadır. Bu hüküm bankacılık suçlarının dava zamanaşımına uğrayarak cezasız kalmaması için düşünülmüş bir maddedir.¹⁷³

C. Kontrol Eden Ortak Zimmetine Özgü Soruşturma ve Kovuşturma Hükümleri

Kontrol eden ortak zimmeti suçu ile ilgili olarak Soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin özellik arz eden bazı hükümler Bankacılık Kanunu'nun 166. maddesinde düzenlenmiştir. Somut olaya uygulanabildiği ölçüde bu maddenin uygulanması CMK'nın genel hükümlerine kıyasla tercih edilmelidir. Buna göre soruşturma, iş bölümü ilişkilerine göre, Cumhuriyet başsavcılarınca veya görevlendireceği Cumhuriyet savcılarınca bizzat yürütülür. Kanun her ne kadar bu şekilde hüküm ihdas etse de Cumhuriyet savcıları soruşturmada elbette kolluk kuvvetlerinden yararlanacaktır.¹⁷⁴ Bütün işlemlerin bizzat savcı tarafından yürütülmesi beklenemez. Savcı işi bizzat yürüten ekibin başındadır ve bu ekip soruşturma aşamasında savcıdan emir alır. 166. maddenin “e” fıkrasına göre Cumhuriyet Savcısı, soruşturmanın gerekli kıldığı hâllerde, suç mahallî veya delillerin bulunduğu yerlere giderek soruşturmayı yürütecek ve istinabe yoluna başvuramayacaktır.

Kontrol eden ortak zimmeti suçunun zaman kaybetmeden etkin şekilde kovuşturulması amaçlandığından 166. maddenin 1-d fıkrasında bu durumun yansımaları görmekteyiz. Söz konusu maddeye göre: “Cumhuriyet başsavcılıkları, bu suçların soruşturmasında gerekli olması halinde, geçici olarak yargı çevresi içerisinde veya dışındaki, genel bütçeli dairelere ve katma bütçeli idarelere, bütün kamu kurum ve kuruluşlarına, belediyelere, bankalara ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler. Bu istemler, ilgili kurum ve makamlarca geciktirilmeksizin yerine getirilir. Özürsüz olarak bu istemleri yerine

¹⁷³ Turabi, **a.g.e.**, s.225.

¹⁷⁴ Donay, **Bankacılık Ceza**, s.132.

getirmeyen sorumlu kişiler, üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Bu hüküm Anayasa’ya kişi hak ve özgürlükleri ile hukuk devleti ilkelerine aykırı kabul edilmekte ve eleştirilmektedir.¹⁷⁵

166. maddede önem arz eden bir diğer konu da “f” bendinde yer almaktadır. Bu bende göre soruşturma evresi ile sınırlı olmak üzere CMK’da m.127’de düzenlenen el koymaya kıyasla çok daha kapsamlı el koyma yetkisi verilmiştir. Buna göre kontrol eden ortak zimmeti suçunda *“suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı gecikmesinde sakınca olunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur.”*¹⁷⁶ Görüldüğü üzere bu kadar geniş el koyma yetkisi sadece kontrol eden ortak zimmeti suçu için tanınmıştır. Bunun nedeni kontrol eden ortak zimmeti suçunun ortaya çıkartılmasındaki zorluk ve suç konusu eşyaların sadece failde değil failin ilişki içinde olduğu bazı kişilerde de bulunabilmesi ihtimalinin yüksekliğidir. Savcının, el koyma kararı yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kırk sekiz saat içinde kararını açıklar. Aksi halde el koyma hükümsüz kalır.¹⁷⁷ BankK. m.166/1-g’de düzenlenen el koyma kararının kovuşturma evresine kadar geçerli olacağı düzenlenmiştir. Savcının, soruşturma sonunda kamu davası açılmasına yönelik iddianame düzenlemesi ve mahkemenin de iddianameyi kabul etmesi durumunda el koyma kararı artık ortadan kalkacaktır. Bu aşamadan sonra mahkeme gerek gördüğü takdirde tekrar el koyma kararı verebilir ancak bu el koyma kararı daha dar kapsamlı düzenlenmiş CMK m.127 ve 128 hükümlerine göre verilir.

Bankacılık Kanunu’nun 166. maddesinde soruşturma ve kovuşturma için CMK’da düzenlenmiş bazı hükümlere atıf yapılarak ortak hükümler düzenlenmiştir. Örneğin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin düzenlendiği CMK m.135 ila 138. maddeleri, kontrol eden ortak zimmeti suçunun soruşturma ve kovuşturma aşamalarında uygulanabilir. Bu maddenin

¹⁷⁵ Ergün, **Zimmet Suçu**, s.199.

¹⁷⁶ Bank K m.166/1-f.

¹⁷⁷ Bank K m.166/1-g.

gerekliliği tartışmalıdır. Çünkü CMK'nın 135. maddesine göre dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler maddede sayılı katalog suçlar bakımından uygulanır. Bu katalog suçları içinde de bankacılık zimmeti ve kontrol eden ortak zimmetinin düzenlendiği 4389 sayılı Kanun'un 22/3 ve 22/4 maddeleri sayılmıştır. CMK'nın belirttiği ve mülga Bankalar Kanunu'nda bulunan bu maddeler, kanunun 169/1. maddesine göre¹⁷⁸ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesine karşılık gelmektedir. Dolayısıyla bankacılık zimmeti ile kontrol eden ortak zimmeti suçlarında telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri uygulanabilir.¹⁷⁹ Diğer bir ortak hüküm de 166. maddenin 1-c fıkrasında düzenlenmiştir.¹⁸⁰ Bu düzenleme ile kontrol eden ortak zimmeti suçunun soruşturulması ve kovuşturulmasında gereksiz zaman kaybının önlenmesi amaçlanmıştır.¹⁸¹

D. İnfaza İlişkin Özel Hüküm

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 167. maddesinde 160. maddede yazılı suçlara ilişkin bir infaz hükmü düzenlenmiştir.¹⁸² Buna göre 160. maddedeki suçlardan yargılanmış olan hükümlü Fona veya hazineye olan borçlarını veya tazminatları ödemediği ya da bu alacakların tazmin olunmadığı durumda, hükümlünün koşullu salıverme hükümlerinden yararlanmasının önü kesilmiştir. Burada devletin alacağının tahsil edilememesi durumunda hükümlü, aldığı cezanın tamamını cezaevinde tamamlayacaktır. Hükümlü, Fona veya hazineye olan borcunu

¹⁷⁸ **5411 sayılı BankK. m.169/1;** Diğer kanunlarda mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununa yapılan atıflar bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

¹⁷⁹ Aksi görüşe göre Bankacılık Kanunu hem özel hem de CMK 135. maddesini değiştiren 5353 sayılı Yasa'dan daha yeni kanun olduğu için sadece BankK. m.160/3 suçunda telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri uygulanabilir. Donay, **Bankacılık Ceza**, s.133; Yetkin, **a.g.e.**, s.425; Gürses, **Zimmet Suçu**, s.174.

¹⁸⁰ **5411 sayılı BankK. m.166/1-c:** Bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi ve suçtan zarar görenleri, Cumhuriyet savcısının veya mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur. Bu emir, çağrılanlar hakkında kolluğa ihzar müzekkeresinde olduğu gibi zor kullanma yetkisi verir.

¹⁸¹ Dursun, **Yeni Bankacılık Kanununda**, s.274.

¹⁸² **5411 sayılı BankK. m.167:** 160 ıncı maddede yazılı suçlardan dolayı mahkûm olanlar, Fona veya Hazineye olan borçları ve tazminatları ödemediği veya bu borçlar ve tazminatlar mal varlıklarından tahsil olunamadığı sürece, bunlar hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

ne zaman öderse o zamandan itibaren diğer şartları da varsa koşullu salıverme hükümleri uygulanabilir.¹⁸³

Kanun metni her ne kadar 160. maddedeki bütün suçlar bakımından düzenlenmişse de bu infaz maddesi uygulamada 160/3 de düzenlenen kontrol eden ortak zimmeti bakımından geçerli olacaktır. Yukarıda da anlatıldığı üzere kontrol eden ortak zimmetinde banka kaynağının kullanılması suretiyle bankanın emin şekilde çalışmasına devam edemeyecek zararlar karşılaşması sonucu Fona devredilmesi halinde, mevduat sahiplerinin devlet garantisi altındaki mevduatları Fon tarafından ödenmektedir. Dolayısıyla Fonun ve buna bağlı olarak hazinenin bu ödediği miktarları suç işleyen banka ortağına rücu etmesi söz konusu olacak ve borç ortaya çıkacaktır. Yine ceza mahkemeleri tarafından sebep olunan zararın tazmini için Fona devredilen banka lehine tazminata hükmedilecektir. Ancak bankacılık zimmeti suçunda Fon veya devlet hazinesinin herhangi bir ödemesi olmadığı için hükümlünün Fona herhangi bir borcu gündeme gelmeyecektir. Bankacılık Kanunu'na yerleştirilen bu infaz hükmü devletin mali menfaatlerini korumak amacıyla getirilmiştir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen diğer suçlar bakımından İnfaz Kanunu'ndaki genel hükümler uygulanacaktır.

¹⁸³ Sözüer, **Yeni Bankacılık Kanunu**, s.187; Dursun, **Yeni Bankacılık Kanununda**, s.274.

SONUÇ

Devletin ekonomik bakımdan sağlamlığı ekonomiyi oluşturan unsurların etkin şekilde görevlerine devam edebilmesine bağlıdır. Bankaların ekonominin yapı taşlarından biri olarak benimsenmesi bankaların ve bankacılık sisteminin korunmasını gerektirmiştir. Bankacılık sisteminin Cumhuriyetin ilk yıllarından beri çıkartılan kanunlarla düzenlenmesi ve korunması bankaların ve bankacılık sisteminin ekonomi için öneminin kavrandığının bir göstergesidir.

Bankacılık kanunlarında bankacılık sistemine duyulan güven ve bankaların itibarını sağlamlaştırmaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere uyulmaması sonucu ortaya çıkan itibar kaybı ve düzensizlik devletin ekonomisini de etkileyecektir. Bu durumun önüne geçmek için kanunlarda sistemin dışına çıkılması halinde bazı suçlar ve cezalar düzenlenmiştir. Yürürlükte bulunan 5411 sayılı Kanun'un 150-160. maddeleri arasında düzenlenen adli suçların belki de en çok işleneni çalışma konumuz olan ve BankK. 160. maddede düzenlenen zimmet suçlarıdır. Zimmet suçları kanuna göre iki ayrı suçtan oluşmaktadır. Bunlardan ilki kanunun 160. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen bankacılık zimmeti suçunun basit halidir. Bu suçun nitelikli hali maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. İkincisi ise 160. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kontrol eden ortak zimmeti suçudur.

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçları TCK'daki güveni kötüye kullanma ve zimmet suçlarına paralel olarak düzenlenmiş ve bu suçlardan daha fazla bir ceza belirlenerek Bankacılık Kanunu'na yerleştirilmiştir. Dolayısıyla bankacılık zimmeti suçlarının uygulanmasında yoruma ihtiyaç duyulduğunda veya korunan hukuki değerin ne olduğunun tespitinde TCK'da düzenlenmiş bu suçlardan yararlanılmalıdır. Bankacılık zimmeti suçunun TCK'da düzenlenmiş zimmet suçundan en belirgin farkı suçun faili bakımındandır. Keza günümüzde TCK'da düzenlenen zimmette suçun faili kamu personeli iken bankacılık zimmetinde banka personelidir. Zimmet suçunun, güveni kötüye kullanma suçundan türediği kabul edilmektedir. Özellikle bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer bakımından yapılan tartışmalarda güveni kötüye kullanma suçu etkisini

göstermektedir. Bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değerin tespiti konusunda doktrinde birçok tartışma yapılmış ve sonuç olarak korunan hukuki değerin birden çok olduğu kabul edilmiştir. Bankacılık zimmeti suçunda korunan hukuki değer bankaların malvarlığı değerleri ve bankalara karşı duyulan güvenin korunması iken kontrol eden ortak zimmetinde bu değerlerin yanında bankanın Fona devredilmesi ve devletin mevduat sahiplerinin parasını ödediği düşünüldüğünde devletin maddi menfaatleri de suçta korunan değer olarak kabul edilmelidir.

Bankacılık zimmeti suçunun belli kişilerce işlenebileceğinin kanunlarda düzenlenmiş olması bu suçu özgülü suç olarak nitelendirmemize yol açmaktadır. Bankacılık zimmeti suçunda, suçun faili genel olarak banka mensupları iken kontrol eden ortak zimmetinde bankanın yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişi ortağıdır. Bankanın mensuplarının kimler olduğu konusunda yapılan tartışmalara göre; bankaya iş sözleşmesi ile bağlı olan banka mensupları ile bankaya vekalet ilişkisi ile bağlı banka yöneticilerinin bankacılık zimmeti suçunun faili olabileceği kabul edilmiştir. 160. maddeye göre bu mensupların suçu işleyebilmesi için görevi nedeni ile suç konusu malın zilyetliğini elinde bulundurması ya da suç konusu mal üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmalıdır. Bu özellikleri taşımayan kişi bu suçun faili olamaz. Bankalarda bulunan kiralık kasaların içindeki şeylerin banka personeli tarafından zimmete geçirilmesinde koruma ve gözetim yükümlülüğünün olup olmadığı aranmalıdır. Zira kiralık kasa sözleşmelerinde malın zilyetliği bankaya ait olmadığından banka personeline de ait olamayacağı kabul edilmiştir. Doktrinde bankanın yönetim kurulu üyelerinin banka malına zilyet olamayacağından bankacılık zimmeti suçunun faili olamayacağını düşünen yazarlar vardır. Ancak yönetim kurulu üyeleri odalarındaki mallara zilyettirler. Ayrıca banka yönetim kurulu üyelerinin banka malları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülükleri vardır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri de bankacılık zimmet suçunun faili olabilir. Bundan daha önemlisi, bankan yönetim kurulu üyeleri, bankanın önemli bir faaliyeti olan kredi açmaya yetkili kılınmışlardır. Kredi kullandırılması yoluyla baştan itibaren geri dönmeyeceği bilinen kredinin verilmesi durumunda banka yönetim kurulu üyeleri de suçun faili olabilmektedirler.

Kontrol eden ortak zimmeti suçunda, failin bankanın yönetim ve denetimini elinde bulundurması aranmaktadır. 4389 sayılı Kanun döneminde yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortağa hakim ortak adı verilmekte iken 5411 sayılı Kanun'da bu kavramın yerini kontrol terimi almaktadır. Yönetim ve denetimi elinde bulundurmamak bankanın kontrolünü içine almakla birlikte daha geniş bir kavramdır. Hukuken yönetim ve denetimi elinde bulundurmamak suçun oluşması için yeterlidir ve bunun tespiti kolaydır. Ancak fiilen yönetim ve denetimi elinde bulundurmamak olayın özelliklerine bakarak çıkarımda bulunulması gereken bir olgudur. Suç bakımından iki yönetimden birinin bulunması yeterli kabul edilmiştir. Dolayısıyla suçu teşkil eden olayın özellikleri önem taşımaktadır.

Bankacılık zimmeti suçlarının mağdurunun kim olduğu konusunda yapılan tartışmalardan ortaya çıkan sonuca göre tüzel kişilerin mağdur olarak kabul edilip edilmemesi sonucu etkileyecektir. Tüzel kişilerin mağdur olabileceğini kabul edenler banka tüzel kişilerini her iki suç bakımından da mağdur kabul etmektedirler. Tüzel kişilerin mağdur olamayacağını söyleyenler ise bankayı suçtan zarar gören olarak kabul etmektedirler. Olayın özelliklerine göre bankacılık zimmeti suçunda banka müşterilerinin de mağdur olarak nitelenebileceği durumlar söz konusudur. Dolayısıyla mağdur kim olduğunun belirlenmesinde somut olaya bakmak gerekmektedir. Kontrol eden ortak zimmetinde mudilerin garanti edilen parasının Fon ve Hazine tarafından ödenmesi devletin de suçtan zarar gören olduğunu kabul etmemizi gerektirir.

Bankacılık zimmeti suçunda suç teşkil eden fiil olarak zimmete geçirme kabul edilmiştir. Doktrindeki tartışmalara rağmen bu suç sırf hareket suçudur. Zimmete geçirmenin gerçekleşmesi, yani banka malı üzerinde malik gibi tasarrufta bulunulması halinde herhangi bir zarar ortaya çıkmasa bile zimmet suçu işlenmiş kabul edilecektir. Uygulamada zimmetin oluşması için bankanın zararının olması gerektiğine dair görüşler ve mahkeme kararları, kanun hükmüne göre isabetli değildir. Zimmet suçu sonucu büyük ihtimalle bir zararın ortaya çıkması söz konusudur ancak suçun oluşması için zarar aranmamaktadır.

Kontrol eden ortak zimmetinde ise failin banka kaynaklarını kullandırması fiil olarak düzenlenmiştir. Bu kullandırma doğrudan olabileceği gibi dolaylı yollardan

araya başka işlemler sokularak da olabilir. Banka kaynaklarının failin kendisinin ya da bir başkasının menfaatine kullandırılması tek başına yeterli değildir. Suçun oluşabilmesi için kanunun açık emri gereği bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek bir zararın ortaya çıkması aranmaktadır. Böylece kontrol eden ortak zimmeti suçu neticeli suçlardan sayılmaktadır.

Bankacılık zimmeti suçlarının her ikisi de uygulamada genelde kredi ilişkisi çerçevesinde işlenmektedir. Ancak geri dönmeyen her kredinin zimmet suçunu oluşturduğunun kabulü halinde zimmet suçlarından açılan ceza dosyası sayısı bankaların açtığı icra dosyası sayısına yaklaşacaktır. Bu suçlar çerçevesinde ceza hakiminin bakması gereken, kredinin kredi düzenlemelerine uygun şekilde verilip verilmediği ve kredinin baştan itibaren geri dönmeyeceği bilinerek mi verildiğidir. Keza maddeye 2017 yılında 687 sayılı OHAL KHK m. 4 düzenlemesi ile eklenen hükümde de aynı şekilde bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma zimmet olarak kabul edilmemiştir. Uygulamadaki yanlış anlaşılmanın bu fıkranın eklenmesini gerektirmiş olduğu söylene de yeni düzenleme kanaatimizce herhangi bir değişiklik gündeme getirmemiştir.

Kredi işleminin kendine has özelliği dolayısıyla kredinin geri dönmeme riski de bulunmaktadır. Ancak gerekli araştırmalar yapılmadan, krediyi ödeyebilecek kapasitesi olmayan bir kişiye kredi verilmesi durumunda geri ödenmeme riski artık olasılık olmaktan çıkıp kesine yaklaşmaktadır. Kanunun suç olarak kabul ettiği de tam olarak budur. Bu şekilde kredi verilmesini banka mensubu sağlarsa oluşan suç diğer unsurlarında bulunması halinde bankacılık zimmeti olarak adlandırılırken; yönetim ve denetimi elinde bulunduran ortağın bu işlemde etkin rol oynaması durumunda ise eğer diğer unsurlar ve şartlar da gerçekleşmişse bu suç kontrol eden ortak zimmeti olarak adlandırılır.

Uygulamada kontrol eden ortak zimmeti suçunun daha çok kredi sınırları hükümlerini dolanma şeklinde herhangi bir takibe düşmeden işlendiği görülmektedir. Yeri gelmişken belirtilmelidir ki kredi sınırlarının aşılması kontrol eden ortak zimmeti suçunun oluşması için yeterli değildir. Bu halde Kanunda kabahatler öngörülmüştür. Kredi sınırlarının dolanılması suretiyle kontrol eden ortak zimmeti suçunun işlenmesinde bazı özel bankacılık işlemleri kullanılmaktadır. Bu işlemler

kanun tarafından yasaklanmamış karşılıklı (back to back) kredi işlemleri, inançlı (fiduciary) işlemler ve kıyı (off shore) bankacılığı işlemleridir. Bu işlemler kullanılarak suç işlenmesinde kredi işlemlerinde olduğu gibi banka kaynaklarının baştan itibaren geri dönmeyeceği bilinmesi gerekmektedir.

Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali 160. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Zimmet suçunun sahte belgelerle işlenmesi halinde TCK'daki belgede sahtecilik suçunun da uygulanması doktrinde tartışılmıştır. Sonuç olarak belgede sahtecilik suçunun TCK'daki diğer suçların sahte belgelerle işlenmesi halinde gerçek içtima kurallarına göre uygulanması kabul edilmiştir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu bakımından ise suçun ortaya çıkmamasını sağlamak üzere sahte belgelerle işlenmesi halinde faile sadece zimmet suçunun nitelikli halinden hüküm kurulması gerektiği kabul edilmiştir.

Kontrol eden ortak zimmeti suçunun bütün unsurlarının sağlanmış olması failin yargılanması ve ceza alması için yeterli değildir. Kanun tarafından aranan bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartının sağlanması gerekmektedir. Bu şartın sağlanması Kurumun elindedir. Kurumun bu yetkisini idari işlem niteliğinde bir karar olarak kullanması sonucu failin cezalandırılması doktrinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bağlamına eleştirilmektedir. Bu şartın hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olmasına rağmen varılan sonuç bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devredilmesi şartının objektif cezalandırılabilme koşulu olduğudur. Eğer bu şart suçun maddi unsuru olarak kabul edilirse fail potansiyeli taşıyan kişilerin bankada yaptığı işlemlerden uzun yıllar geçse bile sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Çünkü zamanaşımı süresi kanunlarımıza göre suçun unsurlarının tamamlandığı tarihten itibaren başlar. Objektif cezalandırma şartında ise şart gerçekleşmemiş olsa dahi zamanaşımı süresi suçun diğer unsurların sağlanmasıyla başlayacağından, bu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü kanunun amacına daha uygundur.

5411 sayılı Kanun'un 160. maddesinin son fıkrasında suç konusu malın değerinin azlığı, suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Esasen hem bankacılık zimmeti suçu hem de kontrol eden ortak zimmeti suçu için düzenlenmiş gibi duran bu nitelikli hal uygulamada sadece bankacılık zimmeti suçu

bakımından geçerli olacaktır. Çünkü kontrol eden ortak zimmetinde suç teşkil eden fiille birlikte bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşecek şekilde zarara uğraması arandığı için değeri az bir malın bu unsuru gerçekleştirebilmesi mümkün değildir.

Bankacılık zimmeti suçlarının her ikisi için de kanunun 160. maddesinin 5 ve 6. fıkralarında etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümleri çerçevesinde yapılan tartışmaların en önemlisi “hükümden önce” teriminden ne anlaşılması gerektiği hakkındadır. Etkin pişmanlığın unsurlarından suçtan duyulan pişmanlık unsurunun sağlanması için etkin pişmanlığın ilk derece mahkemesinin verdiği ilk hükümden önce gösterilip zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. İlk hükümden sonra gösterilen pişmanlığın ceza tehdidi altında gösterdiği kabul edildiğinden suçtan duyulan pişmanlık unsurunun sağlanamadığı kabul edilir. Mahkeme tarafından verilen ilk hükmün fail tarafından öğrenilmesi ile artık etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi olasılığı ortadan kalkmaktadır.

Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen bütün suçlar bakımından soruşturmaya ve kovuşturmaya ilişkin bazı muhakeme kuralları düzenlenmiştir. Bankacılık zimmeti suçları bakımından özellik gösteren kurallar m.162’de düzenlenmiş soruşturmaya ilişkin kurallardır. Bu kurallara göre bankacılık zimmeti suçunda soruşturmanın başlayabilmesi için BDDK’nın veya TMSF’nin yazılı başvurusu veya ilgililerin başvurusundan en az birinin bulunması yeterlidir. Kontrol eden ortak zimmetinde bu başvuruların yanında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılığın resen soruşturmaya başlaması da mümkündür. Maddede geçen ilgililerden kasıt suçtan zarar gören herkestir. Olayın özelliklerine göre ilgililer banka tüzel kişiliği veya banka müşterileri olabilir. Bankacılık Kanunu’nda düzenlenen muhakemeye ilişkin şartlar Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre özel nitelikli olduğu için uygulamada öncelik arz etmektedir. Bankacılık Kanunu’nda düzenlenmemiş ya da eksik düzenlenmiş muhakeme şartlarının olması durumunda CMK hükümleri pek tabii uygulanacaktır.

Bankacılık Kanunu’nun 160. maddesinde yer alan bankacılık zimmeti suçu, içerisinde birçok unsuru barındırdığı için bu unsurların iyi anlaşılması suçun ortaya çıkartılması bakımından önem arz etmektedir. Çalışmamız kapsamında yapılan

açıklamalar, doktrinindeki tartışmaların ve yargı kararlarının kesişim kümesini oluşturmaktadır. Kontrol eden ortak zimmeti suçu hakkında yapılan açıklamalara bakıldığında bu suçun aslında esas anlamda bir zimmet suçu olmadığı, ancak kanun tarafından zimmet sayılmakla suç olarak düzenlendiği kabul edilmektedir. Bu suçun, banka ortaklarının bankaları zarara uğratarak genel ekonomiyi kötü yönde etkilemelerinin yanlarına kâr kalmaması amacıyla düzenlendiği aşikârdır. Çalışmamız çerçevesinde incelediğimiz her iki suç, asıl olarak bankaların mali menfaatleri ile bankalara duyulan güveni ve bankaların itibarını korumakla birlikte ekonominin sekteye uğramadan kendinden emin şekilde çalışmasını sağlamak ve buna bağlı olarak da devletin devamlılığına hizmet etmektedir.

KAYNAKÇA

- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2005.
- Alacakaptan, Uğur: “Cürüm İşlemek İçin Örgüt (Teşekkül) Meydana Getirme Suçu” **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.29-44.
- Alıcı, Yaşar: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt I ve II, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Alparslan, Melike: “Bankacılık Sistemlerinde Düzenleyici Rejim ve Temel İlkeleri”, **Bankacılar Dergisi**, S.34, 2000, s.49-64.
- Altay, Anlam: “Bankacılık Kanununun Temel Esasları ve Yeni Kurumları”, **Banka Hukuku Atölye Çalışmaları II**, İstanbul, Beta, 2008, s.5-73.
- Antalya, O. Gökhan: **Eşya Hukuku**, Cilt II, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018.
- Arslantürk, Mustafa: **Etkin Pişmanlık, Vazgeçme, Cezasızlık**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Artuk, Mehmet Emin, Mehmet Emin Alşahin:

“Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S:3, 2013, s.17-44.

Artuk, M.Emin Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır:

Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Artuk, M.Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır:

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

Aslan, Volkan:

“Zimmet Suçu”, **İÜHF**, C. LXXI, S.1, 2013, s.43-66.

Aybay, Aydın, Hüseyin Hatemi:

Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Baba, Yasemin:

“5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Zimmet Suçu Bağlamında Etkin Pişmanlık Uygulaması”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.9, Y.3, 2012, s.253-280.

Baba, Yasemin:

Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2017.

Baba, Yasemin:

Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013.

Battal, Ahmet:

Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.

Battal, Ahmet:

Bankalar Kanunu Şerhi Sorularla Banka Hukuku, 2.Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2004.

Başel, Burak:

Bankacılık Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Baytemir, Erdal:

Açıklamalı - İctihatlı Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar İle Banka Zimmeti : Zimmet - Rüşvet – İrtikap, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Bekar, Elif:

Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık 2017.

Bekri, M. Nedim:

Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

Bilgen, Mahmut:

Bankalar Hukukunda Sözleşmeler Uyuşmazlıklar ve Hukuki Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

Binici, Sevim:

XIX. Yüzyıldan XX. Yüzyıla İzmir’de Bankacılık Faaliyetleri, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

Birsel, Mahmut T.:

“Banka Kavramı ve Bankaların Sınıflandırılması”, **Batider**, C.2, S.4 1964, s.627-645.

Can, Mehmet Çelebi:

“Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, 2016, s.27-64.

Caymaz, Neşe:

Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Cengiz, Dilek:

Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlemesi, İstanbul, Beta 2016.

Cihan, Erol, Feridun Yenisey:

“Ne Bis İn İdem İlkesi”, **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı,** İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004, s.219-224.

Cin Şensoy, Şehnaz:

“Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçluların Kriminolojik Özellikleri”. **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları,2004, s.829-848.

Çakır, Rasim Can:

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Güveni Kötüye Kullanma Suçundan Doğan Sorumlulukları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Çakıroğlu, Şölen:

Güveni Kötüye Kullanma Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.

Donay, Süheyl:

Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2007.

Donay, Süheyl:

“Bankalar İçin Yeni Yasa ve Yeni Uygulama”, **Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1999,s.227-250.

Donay, Süheyl:

“Türk Hukukunda Zimmet”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y.2, S.3, 1968 s.23-52.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman:

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978.

Dursun, Selman:

“Bankalar Kanununda Yer Alan Suçlara İlişkin Usuli Hükümler ve Cezaların İnfazı”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.III, İstanbul Beta Yayınları, 2003, s.731-747.

Dursun, Selman:

Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Dursun, Selman:

“Emniyeti Suiistimal Suçu”, **İÜHFİM**, Cilt: LVII, Sayı: 1-2, 1999, s.3-43.

Dursun, Selman:

“Kıyı (Off-Shore)Bankacılığı ve Ceza Hukuku Sorunları”, **Prof Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları,2004, s.247-282.

Dursun, Selman:

“Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S. 2, 2014, s.203-252

Dursun, Selman:

“Türk Ceza Hukuku Reformunun Ekonomik Ceza Hukukuna Etkileri”, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, Cilt II, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2013, s.2239-2250.

Dursun, Selman:

“Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.2, S.4, 2007, s.263-275.

Eren, Fikret:

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Eren, Kasım:

Avrupa Birliği ve Türkiye’de Bankacılık, İstanbul, Beta Basım ve Yayım, 1996.

Ergün, Güneş Okuyucu:

Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2008.

Erişen, Muhammet:

“Bankacılık Zimmeti”, **Sayıştay Dergisi** S.83, 2011, s.97-123.

Erman, Sahir :

Özel Kanunlar Açısından Ticari Ceza Hukuku, Cilt I, Yeniden yazılmış ve güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul, İ.U. Basım ve Film Merkezi, 1992.

- Erman, Sahir: **Ticari Ceza Hukuku Bankacılık Suçları**, Cilt V, İstanbul, İ.U. Fen Fakültesi Basım Atölyesi, 1984.
- Erzurumluoğlu, Erzan: **Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Gökcan, Hasan Tahsin: **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Gören, Ömer: **Mali Suçlar Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Gülşen, Taner: **Zimmet Suçu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Güngör, Devrim: “5411 Sayılı Bankacılık Kanunda Zimmet Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.67, S.4, 2009, s.23-29.
- Gürühan, Caner. Tahir Hami Topaç, Ahmet Serhat Ergin: “Kanat, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.8, 2016,s.219-237.

Gürses, Davut:

Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Gürses, Davut:

Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Gürses, Davut:

Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.

Hafizoğulları, Zeki, Muharrem
Özen:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı Ankara USA Yayıncılık, 2015.

Hafizoğulları, Zeki, Muharrem
Özen:

Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 5. Baskı Ankara USA Yayıncılık, 2016.

Haznedar, İbrahim Murat:

“Bankacılık Zimmeti Suçu”, **Ziraat Bankası Teftiş Araştırma Dergisi**. S.3, 2009.(Çevrimiçi)

http://www.murathaznedar.com.tr/Bankacilik-Zimmeti-Sucu--Ziraat-Bankasi-Teftis-Arastirma-Dergisi--S-3-_8_20.01.2019.

İçel, Kayıhan, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver:

İçel Suç Teorisi, 3.Bası, İstanbul, Beta, 2004.

- İnceoğlu, Asuman Aytekin: “5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi”, **Banka Hukuku Atölye Çalışmaları II**, İstanbul, Beta, 2008, s.73-147.
- İnceoğlu, Asuman Aytekin: **Bankacılık Kanununda Yer Alan Suçlar**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006.
- İtişgen, Rezzan: “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, **İÜHFM**, C. LXXI, S. 1, 2013, s.639-672.
- Kaban, İsmail, Mihriban Coşkun Arslan: “Bilgi Teknolojileri Destekli Denetim Uygulamaları Kapsamında Zimmet Hilelerinin Ortaya Çıkarılması Bankacılık Sektöründe Bir Uygulama”, **Ege Akademik Bakış Dergisi**, Cilt 16, Sayı 3,2016, s.415-424.
- Kangal, Zeynel T.: “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İÜHFM**, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s.151 – 168.
- Kaplan, İbrahim: **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, C.I, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996.
- Katoğlu, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHFD**, C.61,S.2, 2012, s.657-693.

- Katoğlu, Tuğrul: **Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Kaya, Ferudun: **Bankacılık Giriş ve İlkeler**, İstanbul, Beta, 2017.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Koç, Evren: **Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Bankacılık İşlemlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,2003.
- Kütük, Cengiz: **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: “Bankalar Kanununun 22/3 İle 22/4 Maddeleri Arasındaki Temel Farklar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.3, 2005, s.223-238.

Mahmutoğlu, Fatih Selami:

Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Ankara, Seçkin, 2003.

Nomer, Haluk Nami, Mehmet Serkan Ergüne:

Eşya Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Oğuzman, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir:

Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

Ortabağ, Erol:

Osmanlı İmparatorluğunda Bankacılığın Gelişimi ve Regülasyon, İstanbul, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, 2018.

Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe:

Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. bs., Ankara, Seçkin, 2015.

Özgen, Eralp:

“Bankalar Yasası'nda Yer Alan Adli Suç ve Cezalar”, **Bankacılar Dergisi**, Y.12, S.39, 2001,s.42-57.

Özgenç, İzzet:

Zimmet Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Özgenç, İzzet:

Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Özkurt, Ayşegül:

Bankacılık Hukukunda “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü:

Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Parlar, Ali, Mustafa Akın, Muzaffer Hatipoğlu:

Bankacılık Ceza Hukuku, Ankara, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2010.

Parlar, Ali, Mustafa Öztürk:

Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık Gönüllü Vazgeçme ve Şahsi Cezasızlık Sebepleri, İstanbul, Aristo Yayınevi Yayınları, 2018.

Paslı, Ali:

Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2009.

- Paslı, Ali: **Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi**, Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2005.
- Polat, Halil: “5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Kapsamında Zimmet Suçu”, **Adalet Dergisi**, S.37, 2010, s.110-120.
- Reisoğlu, Seza: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, C. I ve II, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2015.
- Serozan, Rona, Başak Baysal, Kerem Cem Sanlı: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**,4.Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Serozan, Rona: **Taşınır Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi,2007.
- Sirmen, Lale: **Eşya Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Sözüer, Adem: **Suç Teşebbüs**, İstanbul Kazancı Hukuk Yayınları,1994.
- Sözüer, Adem: “Yeni Bankacılık Kanununda Suçlar ve Yaptırımlar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.5, 2005, s. 166-191.

- Şahin, Afşin: “Takipteki Krediler Oranı ve Mevduatların Bankacılıkta Zimmet Suçuna Etkileri”, **Sayıştay Dergisi**, S.109, 2008, s.161-182.
- Şerbetçi, Can: **Bankacılık Hukukunda Yöneticilerin Cezai Sorumlulukları**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Şit, Başak: **Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar**, Ankara, Banka ve Ticaret hukuku Araştırma Enstitüsü, 2011.
- Tarlan, Selim: **Tarihte Bankacılık**, Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1986.
- Taşdelen, Selim Servet: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Tekinalp, Ünal: “4389 Sayılı Bankalar Kanununa Göre Kredi Sayılan Tevdiat Suretiyle veya Herhangi Bir Şekil ve Surette Verilen Ödünçler”, **Prof.Dr. Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1999, s.737-743.
- Tekinalp, Ünal: **Fondaki Bankanın Hukuku**, İstanbul, Lebib Yalkın Yayınları, 2003.

- Tekinalp, Ünal: **Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, 2.Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Tesal, Reşat D.: **Banka Hukuku**, İstanbul, Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 1980.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Topal, Erman: **Zimmet Suçları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Toroslu, Nevzat: **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınları, 2018.
- Tozman, Önder: **Suçta Teşebbüs**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Tuğrul, Ahmet Ceylani: **Öğreti ve Uygulamada Zimmet Banka Zimmeti İrtikap ve Rüşvet Suçları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2013.
- Turabi, Selami: **Zimmet Suçları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Ünal, Mehmet, Veysel Başpınar: **Şekli Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2017.

Ünver, Yener: **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Yazıcı, Mehmet: **Bankacılıkta Kredi Tahsisi**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.

Yener, Mehmet Deniz: **Kredi Açma Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008.

Yener, Mehmet Deniz: **Vedia Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2008.

Yenisey, Feridun, Ayşe Nuhoglu: **“Yazılı Başvuru” Şartının Hukuki Niteliği**, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S.101, 2013, s.97-108.

Yetiz, Filiz: **“Bankacılığın Doğuşu ve Türk Bankacılık Sistemi”**, **Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 9(2), 2016, s.107-117.

Yetkin, Erdi:

“Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 3,2015, s.403-434.

Yılmaz, Ömrü Hakan Öncel,
Ümit Şahin:

Banka Zimmeti, Ankara, Adalet Yayınları, 2018.

Yiğit, Uğur:

Bankacılık Suçları, 1.Baskı, İstanbul, Has Matbaa,2006.

Yüksel, Ali Sait:

Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 6. Baskı, İstanbul, Nihad Sayar Yayın ve Yardım Vakfı Yayınları, 1989.

Zarakolu, Avni:

Bankacılar İçin Para ve Kredi Bilgisi, 12. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2003.

<https://www.lexpera.com.tr>

<http://www.kazanci.com.tr>.

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.sozluk.adalet.gov.tr/>

<https://www.tbb.org.tr/tr>