



**BANKA HUKUKUNDA
MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
(FRANSIZ İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA)**

**Doktora Tezi
İlknur Kaya
Eskişehir, 2019**

**BANKA HUKUKUNDA MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
(FRANSIZ İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA)**

İlknur Kaya

DOKTORA TEZİ

**Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**

**Eskişehir
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Eylül, 2019**

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

İlknur KAYA'nın "Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre ve Türk Hukukunda)" başlıklı tezi 23 Eylül 2019 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Mehmet BAHTİYAR
Üye : Prof.Dr.Mustafa TOPALOĞLU
Üye : Prof.Dr.Kemal ŞENOCAK
Üye : Doç.Dr.Mesut AYGÜN
Üye : Dr.Öğr.Üyesi Filiz TEPECİK

İmza

[Handwritten signatures of the jury members]

Prof.Dr.Bülent GÜNŞOY
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



ÖZET

BANKA HUKUKUNDA MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ (FRANSIZ İSVİÇRE ve TÜRK HUKUKUNDA)

İlknur Kaya

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül, 2019

Danışman: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Banka hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm ile müşteri sırrıyla birlikte, bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıklarına ilişkin sırlar koruma altına alınmıştır. Müşteri sırrı; Bankacılık Kanunu'nda sırrı saklamakla yükümlü olanların, bankanın müşterileri veya üçüncü kişiler hakkında öğrenmiş olduğu gizli nitelikteki bilgilerdir.

Türk hukukunda Bankacılık Kanunu'nun 73. maddesinde düzenlenen müşteri sırrı Fransız ve İsviçre hukukundaki düzenlemelerle karşılaştırma yapılarak incelenmiştir. Bu bağlamda müşteri sırrı kavramı, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne ilişkin temel hukuki düzenlemeler ve bu düzenlemelerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kapsam ve istisnaları çalışmanın ana başlıklarını oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Sır, Banka Sırrı, Bankacılık Sırrı, Müşteri Sırrı, Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü.

ABSTRACT

OBLIGATION TO KEEP CUSTOMER'S SECRET IN BANKING LAW

(IN FRENCH SWISS AND TURKISH LAW)

İlknur Kaya

Department of Private Law

Anadolu University, Institute of Social Sciences, September 2019

Advisor: Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar

In banking law, the obligation to keep the customer's confidential information is defined in the 73rd article of the banking law. The customer's secret in the banking law is the confidential information that those responsible for keeping these have acquired about the bank's customers or third parties.

Customer confidentiality regulated in the 73rd article of the banking law of Turkish law was examined by comparing it with the regulations in French and Swiss laws. In this context, the concept of customer's secret, the basic legal regulations regarding the obligation to keep the customer confidentiality and the sanctions to be applied in case of violation of these regulations, the scope and exceptions of the obligation to keep the customer's secret constitute the main subjects of the study.

Keywords: Secret, Bank Secret, Banking Secret, Customer Secret, Obligation To Keep Customer Secret.

TEŞEKKÜR

Tez danışmanın değerli hocam Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar’a, tez savunma jürimde bulunan ve eleştirileriyle çalışmaya katkıda bulunan değerli hocalarım Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu’na, Prof. Dr. Kemal Şenocak’a, Doç. Dr. Mesut Aygün’e ve Dr. Öğr. Üyesi Filiz Tepecik’e teşekkür ederim.

Çalışmanın bir kısmı TUBİTAK’ın, Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı (2214-A) kapsamında, Lyon Jean Moulin Üniversitesinde hazırlanmıştır. Sunduğu burs olanağı dolayısıyla TUBİTAK’a teşekkür ederim.

Yalnızca çalışmanın yazım aşamasında değil, yaşamımın her anında desteklerini esirgemeyen aileme teşekkür ederim.

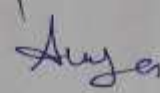


23/09/2019

ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tezin bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumu olmak üzere tüm aşamalarında bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi; bu çalışmamın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan “bilimsel intihal tespit programı”yla tarandığını ve hiçbir şekilde “intihal içermediğini” beyan ederim. Herhangi bir zamanda, çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçları kabul ettiğimi bildiririm.

İlknur KAYA



İÇİNDEKİLER

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR	vi
ETİK İLKE VE KURALLARA UYGUNLUK BEYANNAMESİ.....	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR DİZİNİ	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜŞTERİ SIRRI KAVRAMI, MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER ve BU DÜZENLEMELERİN İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

1. SIR KAVRAMI, UNSURLARI VE NİSPİ-MUTLAK SIR AYRIMI	4
1.1. Sır Kavramı	4
1.2. Sırrın Unsurları.....	5
1.2.1. Bilginin gizli olması.....	5
1.2.2. Sır sahibinin sırrı gizli tutma iradesinin olması.....	5
1.2.3. Sır sahibinin sırrın gizli tutulmasında yararının olması.....	6
1.2.4. Bilginin gerçekliği	7
1.3. Mutlak Sır-Nispi Sır Ayrımı	8
2. BENZER KAVRAMLAR VE BUNLARA UYGULANACAK HÜKÜMLER. 9	
2.1. Ticari Sır.....	9
2.2. Üretim ve İş Sırrı	14
2.3. Şirket Sırrı	18
2.4. Mesleki Sır	25
2.5. Kişisel Veri.....	27
2.6. Banka Sırrı	34
3. MÜŞTERİ SIRRI.....	37
4. MÜŞTERİ SIRRININ NİTELİĞİ.....	41
5. BANKANIN MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	42

5.1. Yükümlülüğün Nitelikleri	43
5.1.1. Kanun hükmüne dayanması	43
5.1.2. Gizlilik yükümlülüğü ve mesleki sır saklama yükümlülüğünü içermesi	44
5.1.3. Yan yükümlülük olması	45
6. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN TARİHSEL SÜREÇ	46
7. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER ve YAPTIRIMLAR.....	55
7. 1. Banka Hukukuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler	56
7.1.1. Fransız hukukunda.....	56
7.1.2. İsviçre hukukunda	58
7.1.3. Türk hukukunda.....	59
7.1.3.1. Temel hukuki düzenleme olarak BankK m. 73.....	59
7.1.3.2. BankK ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda yer alan diğer hükümler	61
7.1.3.3. Yönetmelik ve tebliğlerde yer alan hükümler	63
7.1.4. Temel hukuki düzenlemelere ilişkin hükümlerin amaçları	66
7.1.5. Temel hukuki düzenlemelere ilişkin hükümlerin nitelikleri.....	68
7.2. Kişiliğin Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler	71
7.2.1. İhlalin koşulları	72
7.2.1.1. Özel ve gizli alanın bulunması	72
7.2.1.1.1. Gerçek kişiler bakımından.....	72
7.2.1.1.2. Tüzel kişiler bakımından.....	75
7.2.1.2. Hukuka aykırı saldırı	79
7.2.1.3. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller.....	80
7.2.2. İhlale bağlanan hukuki sonuçlar	80
7.2.2.1. Kişiliği koruyucu davalar.....	81
7.2.2.2. Tazminat davaları.....	82
7.2.2.2.1. Maddi tazminat davası	82
7.2.2.2.2. Manevi tazminat davası.....	83
7.2.2.3. Vekâletsiz işgörme davası	84
7.2.2.4. Düzeltme ve cevap hakkı.....	85

7.3. Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler	85
7.3.1. Banka sözleşmesinin hukuki niteliği	85
7.3.1.1. Gizlilik yükümlülüğünün banka sözleşmesinde yer alması	89
7.3.1.2. Gizlilik yükümlülüğünün banka sözleşmesinde yer almaması....	91
7.3.1.2.1. Yan yükümlülüğün dürüstlük kuralına dayanması	92
7.3.1.2.2. Yan yükümlülüğün güven teorisine dayanması	93
7.3.2. Banka sözleşmesinin olmaması	96
7.3.2.1. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi açısından	96
7.3.2.2. Sözleşme öncesi görüşmelerinin tarafı olan kişi açısından	98
7.3.3. Banka sözleşmesinin sona ermesi	100
7.3.4. Banka sözleşmesinin geçersiz olması.....	101
7.3.5. Banka sözleşmesine ayrılıktan kaynaklanan sözleşmesel sorumluluk	101
7.3.5.1. Bankanın organlarının fiilinden sözleşmesel sorumluluğu	101
7.3.5.1.1. Sözleşmesel sorumluluğun şartları.....	103
<i>Sözleşmeye aykırılık</i>	103
<i>Kusur</i>	103
<i>Zarar</i>	107
<i>Nedensellik bağı</i>	109
7.3.5.1.2. Sözleşmesel sorumluluğun hükümleri	109
<i>Zararın tazmini</i>	109
<i>Sözleşmenin feshi</i>	111
7.3.5.2. Bankanın yardımcı kişinin fiilinden sözleşmesel sorumluluğu	114
7.3.5.2.1. Sorumluluğun şartları	115
<i>Banka ile müşteri arasında borç ilişkisinin olması</i>	116
<i>Bankanın borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakması</i>	117
<i>Yardımcı kişinin borca aykırı fiili ile müşteriye zarar vermesi</i>	119
7.3.5.3. Farazi kusur	120
7.3.5.4. Sorumluluğu ortadan kaldıran veya sınırlayan kanuni nedenler	121
7.3.5.5. Sorumsuzluk anlaşmaları.....	122
7.3.5.5.1. Yükümlülüğün içeriğine dair sorumsuzluk anlaşmaları	123

7.3.5.5.2. Bankanın sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlayan anlaşmalar	124
<i>Fransız hukukunda</i>	124
<i>İsviçre-Türk hukukunda</i>	125
7.4. Haksız Fiile İlişkin Hukuki Düzenlemeler.....	128
7.4.1. Bankanın organlarının fiilinden sorumluluğu	129
7.4.1.1. Sorumluluğun şartları	129
7.4.1.1.1. Hukuka aykırı fiil.....	129
7.4.1.1.2. Kusur.....	130
7.4.1.1.3. Zarar	131
7.4.1.1.4. Nedensellik bağı	132
7.4.1.2. Zararın tazmini	132
7.4.2. Bankanın adam çalıştıran olarak çalışanının fiilinden sorumluluğu	133
7.4.2.1. Sorumluluğun şartları	134
7.4.2.1.1. Adam çalıştıran ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi.....	134
7.4.2.1.2. Banka çalışanının üçüncü kişiye zarar vermiş olması.....	135
7.4.2.1.3. Banka çalışanının işini yerine getirirken zarar vermiş olması	136
7.4.2.2. Zararın tazmini	137
7.4.2.2.1. Fransız hukukunda.....	137
7.4.2.2.2. İsviçre-Türk hukukunda.....	138
7.4.2.3. Sorumsuzluk anlaşmaları.....	140
7.4.2.4. Taleplerin yarışması	141
7.5. Ceza Hukukuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler	141
7.5.1. Fransız hukukunda.....	141
7.5.2. İsviçre hukukunda	142
7.5.3. Türk hukukunda.....	143
7.5.3.1. BankK m. 159	143
7.5.3.2. TCK m. 239	145
7.5.3.3. TCK m. 136-137	146
7.6. İdari Sorumluluğa İlişkin Hukuki Düzenlemeler	147
7.7. Mesleki Sorumluluğa İlişkin Hukuki Düzenlemeler	148

İKİNCİ BÖLÜM
MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI ve
İSTİSNALARI

1. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI.....	151
1.1. Müşteri Sırrı Kapsamındaki Bilgiler	151
1.1.1. Bilginin sıfat ve görev dolayısıyla öğrenilmiş olması.....	152
1.1.2. Bilginin gizli olması.....	154
1.1.3. Bilginin kişisel veya ekonomik olması.....	155
1.2. Kişi Açısından Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü	159
1.2.1. Müşteri sırrının saklanması ile yükümlü olan kişiler.....	159
1.2.1.1. Banka	160
1.2.1.1.1. Fransız hukukunda.....	160
1.2.1.1.2. İsviçre hukukunda	162
1.2.1.1.3. Türk hukukunda.....	163
1.2.1.2. Banka şirketler topluluğu	165
1.2.1.3. Sıfat ve görevleri dolayısıyla sırları öğrenenler	168
1.2.1.3.1. Bankanın yönetim kurulu üyeleri	168
1.2.1.3.2. Bankanın çalışanları	170
1.2.1.3.3. Banka adına hareket eden kişiler	170
1.2.1.4. Denetime yetkili kamu kurumlarının organ ve çalışanları.....	173
1.2.1.5. Üçüncü kişiler.....	173
1.2.2. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün süresi	175
1.2.3. Müşteri sırrının saklanmasından yararlanan kişiler	176
1.2.3.1. Müşteri.....	176
1.2.3.1.1. Banka işleminin tarafı olanlar	177
1.2.3.2.2. Banka işleminin tarafı olmayanlar.....	179
<i>Fransız hukukunda.....</i>	<i>180</i>
<i>İsviçre-Türk hukukunda.....</i>	<i>185</i>
2. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI	187
2.1. Özel Hukuka İlişkin İstisnalar.....	187
2.1.1. Medeni hukuka ilişkin istisnalar	187
2.1.1.1. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller.....	187

2.1.1.1.1. Müşterinin onayı	187
2.1.1.1.2. Üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararının olması	191
<i>Banka ve müşterisi arasındaki hukuk davasında yarar</i>	192
<i>Kefalet sözleşmesinde yarar</i>	193
<i>Bankanın iflâsında alacaklılarının yararı</i>	194
2.1.1.1.3. Kanunun verdiği yetkiye dayanma	194
2.1.1.2. Gerçek kişinin yasal temsilcileri	195
2.1.1.2.1. Küçüğün yasal temsilcisi	196
2.1.1.2.2. Kısıtlının yasal temsilcisi	197
<i>Fransız hukukunda</i>	197
<i>İsviçre hukukunda</i>	199
<i>Türk hukukunda</i>	201
2.1.1.3. Mirasçı	203
2.1.1.3.1. Mirasçıların bilgi alma hakkı	204
<i>Saklı pay sahibi mirasçılar</i>	205
<i>Saklı pay sahibi olmayan mirasçılar</i>	207
2.1.1.3.2. Mirasbırakanın bankanın mirasçılara bilgi vermesini yasaklaması	208
2.1.1.4. Boşanma davasında eşler	210
2.1.1.4.1. Fransız hukukunda	210
2.1.1.4.2. İsviçre hukukunda	211
2.1.1.4.3. Türk hukukunda	212
2.1.1.5. İntifa hakkı sahibi	213
2.1.1.6. Rehin hakkı bulunan	213
2.1.1.7. Hapis hakkı bulunan	213
2.1.2. Borçlar hukukuna ilişkin istisnalar	214
2.1.2.1. Vekil	214
2.1.2.2. Temsilci	217
2.1.2.3. Kefil	217
2.1.2.3.1. Kefalet sözleşmesinin kurulmasında	218
2.1.2.3.2. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra	218
2.1.2.4. Yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi	220
2.1.2.5. Müteselsil borçlu	221

2.1.2.6. Mütessesil alacaklı.....	221
2.1.2.7. Alacağı devralan	221
2.1.2.8. Ticari işletmenin devir, birleşme ve şekil değiştirmesinde	224
2.1.2.9. Adi şirket ortağı	226
2.1.3. Ticaret hukukuna ilişkin istisnalar	226
2.1.3.1. Ticaret şirketlerinin temsilcileri	226
2.1.3.1.1. Kollektif şirket ortağı	226
2.1.3.1.2. Komandit şirket ortağı	228
2.1.3.1.4. Anonim şirketin temsilcileri.....	229
2.1.3.1.5. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin temsilcileri	230
2.1.3.1.6. Limited şirketin temsilcileri.....	230
2.1.3.1.7. Kooperatif şirketinin temsilcileri	231
2.1.3.2. Sermaye şirketlerinde denetçiler	232
2.1.3.2.1. Fransız hukukunda.....	232
2.1.3.2.2. İsviçre hukukunda	234
2.1.3.2.3. Türk hukukunda.....	234
2.1.3.3. Şirketler topluluğunda hâkim ve bağlı şirket.....	236
2.1.3.4. Birleşen, bölünen ve tür değiştiren şirketler	237
2.1.3.5. Karekodlu çek	239
2.1.5.6. Karşılıksız çekin hamili	240
2.1.4. Medeni usul hukukuna ilişkin istisnalar.....	242
2.1.4.1. Fransız hukukunda.....	242
2.1.4.1.1. Müşterinin onayının olması	242
2.1.4.1.2. Müşterinin onayının olmaması	243
Bankanın taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından	243
Bankanın taraf olmadığı uyuşmazlıklar bakımından	248
2.1.4.2. İsviçre hukukunda	249
2.1.4.3. Türk hukukunda.....	251
2.1.4.3.1. Bankanın taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından	251
2.1.4.3.2. Bankanın taraf olmadığı uyuşmazlıklar bakımından	252
2.1.5. İcra iflâs hukukuna ilişkin istisnalar	254
2.1.5.1. Haciz.....	254

2.1.5.1.1. Fransız hukukunda.....	254
2.1.5.1.2. İsviçre hukukunda	255
2.1.5.1.3. Türk hukukunda.....	256
2.1.5.2. Arabuluculuk ve konkordato.....	257
2.1.5.2.1. Fransız hukukunda arabuluculuk.....	257
2.1.5.2.2. İsviçre-Türk hukukunda konkordato	258
2.1.5.3. Külli takip.....	261
2.1.5.3.1. Fransız hukukunda.....	261
2.1.5.3.2. İsviçre-Türk hukukunda	264
2.1.6. Banka hukukuna ilişkin istisnalar.....	265
2.1.6.1. Fransız hukukunda.....	265
2.1.6.1.1. Müşteri sırrının istisnası sayılan işlem ve sözleşmeler	265
2.1.6.1.2. Banka ve finans alanında yetkili denetim makamlarına dair istisnalar.....	266
2.1.6.2. İsviçre hukukunda	267
2.1.6.3. Türk hukukunda.....	268
2.1.6.3.1. BankK m. 73 f.2.....	268
2.1.6.3.2. BankK m. 73 f.3.....	269
<i>Kanunen açıkça yetkili kılınan merciler tarafından bilgi istenmesi..</i>	269
<i>Başlıca yasal düzenlemelerdeki kurum ve kişiler</i>	270
2.1.6.3.3. BankK m. 73 f.4.....	275
2.2. Kamu Hukukuna İlişkin İstisnalar	277
2.2.1. Vergi hukukuna ilişkin istisnalar	277
2.2.1.1. Fransız hukukunda.....	277
2.2.1.1.1. Vergi idarelerinin talebi	277
2.2.1.1.2. Bankanın beyan yükümlülüğü.....	278
2.2.1.2. İsviçre hukukunda	279
2.2.1.3. Türk hukukunda.....	281
2.2.2. Ceza usul hukukuna ilişkin istisnalar	282
2.2.3. Karaparanın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesine dair istisnalar.....	284
2.2.3.1. Uluslararası Anlaşmalar ve Avrupa Birliği Direktifleri	284
2.2.3.2. Fransız hukukunda.....	287

2.2.3.3. İsviçre hukukunda	288
2.2.3.4. Türk hukukunda	290
2.3. Uluslararası Yardımlaşmaya (İstinabe) İlişkin İstisnalar	291
2.3.1. Vergilendirme alanında uluslararası idari yardımlaşmaya ilişkin istisnalar	291
2.3.1.1. Uluslararası anlaşmalar	291
2.3.1.2. Avrupa Birliği Direktifleri	294
2.3.1.3. Fransız hukukunda	296
2.3.1.4. İsviçre hukukunda	297
2.3.1.5. Türk hukukunda	298
2.3.2. Ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma	299
2.3.2.1. Avrupa Birliği Anlaşmaları	300
2.3.2.2. Fransız hukukunda	300
2.3.2.3. İsviçre hukukunda	300
2.3.2.4. Türk hukukunda	302
SONUÇ	304
KAYNAKÇA	311
ÖZGEÇMİŞ	330

KISALTMALAR DİZİNİ

a.g.k.	: adı geçen kaynak
art.	: article (madde)
ATF	: Arrêt du Tribunal fédéral suisse (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
bkz.	: bakınız
BankK.	: Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
C.	: Cilt.
Cass. civ.	: Cour de cassation, Chambre civil (Yargıtay Hukuk Dairesi)
Cass. com.	: Cour de cassation, Chambre commerciale (Yargıtay Ticaret Dairesi)
CC	: Code civil (Medeni Kanun)
CCS	: Code civil suisse (İsviçre Medeni Kanunu)
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMF	: Code monétaire et financière (Para ve Finans Kanunu)
CO	: Code des obligations (Borçlar Kanunu)
CA	: Cour d'appel (İstinaf Mahkemesi)
CGI	: Code général des impôts (Genel Vergi Kanunu)
CP	: Code pénal (Ceza Kanunu)
CPC	: Code de procédure civile (Medeni Usul Kanunu)
CPC exéc	: Code des procédures civiles d'exécution (İcra Kanunu)
CPPS	: Code de procédure pénale suisse (İsviçre Ceza Usul Kanunu)
CPS	: Code pénal suisse (İsviçre Ceza Kanunu)
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
EIMP	: Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (Ceza Alanında Uluslararası Adli Yardımlaşmaya Dair Federal Kanun)
EIRL	: Entreprise individuel à responsabilité limitée (Sınırlı sorumlu tek kişi işletmesi)
FATCA	: Foreign Account Tax Compliance Act (Yabancı Hesaplar Vergi Mevzuatına Uyum Yasası)
FINMA	: Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu)

GAFI	: Groupe d'action Financière (Mali Çalışma Grubu)
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
LAAF	:Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (Vergi Alanında Uluslararası İdari Yardımlaşma Federal Kanunu)
LB	:Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne. (Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Federal Kanunu)
LBN	: Loi fédérale sur la Banque nationale suisse (İsviçre Merkez Bankası Federal Kanunu)
LCD	:Loi sur la concurrence déloyale (Haksız Rekabete Dair Kanun)
LEAR	: Loi fédérale sur l'échange international automatique de renseignements en matière fiscale (Vergilendirme Alanında Otomatik Bilgi Değişimi Hakkında Federal Kanun)
LFINMA	: Loi sur la surveillance des marchés financiers (Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu Hakkında Federal Kanun)
LIFD	:Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (Dolaysız Vergiler Hakkında Federal Kanun)
LFPA	: Loi fédérale sur le droit pénal administratif (Federal İdari Ceza Kanunu)
LFus	: Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun)
LP	: Loi Fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (İcra İflas Kanunu)
LPF	: Livre des procédures fiscale (Vergi Usul Kanunu)
LTVA	: Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Katma Değer Vergisi Hakkında Federal Kanun)
MASAK	:Mali Suçları Araştırma Kurulu
OCDE	: L'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü İşbirliği Örgütü)
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa

S.	: sayı.
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SRPJ	: Le service régional de police judiciaire (Adli Polis Bölge Servisi)
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
VUK	: Vergi Usul Kanunu



GİRİŞ

Müşteri sırrı, banka müşterilerinin ve bankanın hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişilerin kesin bir gizlilikle korunmasını sağlamaya hizmet etmektedir. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğü ise, müşterinin veya bankayla iş bağlantısı bulunan üçüncü kişinin, gizli nitelikteki bilgilerin açıklanmayacağına ilişkin bankaya duyduğu güvenin sonucu oluşturulmuştur. Böylece, mesleki bir faaliyet yürüten bankalara duyulan güven sarsılmadığı gibi, bankaların faaliyetlerinin devamı sağlanarak, ekonomik istikrar da güvence altına alınmaktadır.

Kişinin gizlilik alanında yer alan bilgilerinin korunmasını sağlayan müşteri sırrıyla ilgili olarak yapılan çalışmalar bulunmakla beraber, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı “Türk Borçlar Kanunu” ve 07.04.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, konunun bir kez daha ayrıntılı şekilde ele alınmasını gerektirmektedir. Özellikle “kişisel veri” ve “müşteri sırrı” kavramları, korudukları yarar ve sağladıkları hukuki koruma üzerinde durulduğunda, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün tekrar incelenmesinin önem arz ettiği görülmektedir.

Türk hukukunda söz konusu gizliliğin sağlanması için, Bankacılık Kanunu’nun (BankK) “sırların saklanması” başlıklı 73. maddesinde yer alan hüküm ihdas edilmiştir. Her ne kadar söz konusu hüküm ile, müşteri sırrıyla birlikte, bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıklarına ilişkin sırlar koruma altına alınmışsa da, çalışmamız kapsamında yalnızca müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü yer almaktadır.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri, Kurum personeli, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu başkan ve üyeleri, Fon personeli, Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar, bunların çalışanları ve “sıfat ve görevleri” dolayısıyla müşterilere ait sırları öğrenenler, BankK m. 73 kapsamında müşteri sırrını saklamakla yükümlü olanlar olarak sayılmıştır. Bu kişiler, BankK m. 73 veya başka bir kanun hükmü açıkça aksini öngörmediği sürece, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrenmiş oldukları sırları açıklayamazlar. Sırrı saklamakla yükümlü olanların, hukuka aykırı olarak yaptıkları açıklamalar nedeniyle, hukuki sorumlulukları doğabilir. Ayrıca BankK m. 159’da müşteri sırrını hukuka aykırı olarak açıklayanlar

için, ceza yaptırımları öngörüldüğünden, belirtilen kişilerin ceza sorumlulukları da bulunmaktadır.

BankK m. 73'ün ve BankK. m. 159'un hem hukuki sorumluluğa hem de ceza sorumluluğuna sebep olabilmesi, hangi bilgilerin müşteri sırrı niteliğinde olduğunun ve sırrın açıklanabileceği hâllerin tespitini gerekli kılar. Oysa müşteri sırrının tanımı ve kapsamı hakkında, BankK m. 73'te herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum sırrın kavranabilmesi için, doktrinde yer alan görüşlere ve yargı kararlarına başvurulmasını gerektirir. Bu nedenle biz, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünü, Fransız ve İsviçre hukukunda yer alan temel hukuki düzenlemelerle de karşılaştırma yaparak inceleyeceğiz.

Dünyada finansın merkezi konumundaki ülkelerden birisi olarak İsviçre, bu alanda sırrı en sıkı şekilde saklayan ve fakat sırrı saklamadaki amacı da, bir o kadar eleştirilen ülkelerden olmuştur. Sınırları Avrupa toprakları içinde yer alan İsviçre, üyesi olmadığı Avrupa Birliği'nin üye devletleriyle ve diğer devletlerle uluslararası alanda en temel hukuki uyumsuzluğu, müşteri sırrı sebebiyle yaşamıştır. Çalışmamız kapsamında inceleyeceğimiz bir diğer ülke olan Fransa ise, İsviçre kadar yoğun eleştirilere maruz kalmamıştır. Zira Fransa, sırrın saklanması yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün istisnalarıyla ilgili olarak üyesi olduğu Avrupa Birliği'nin tüm temel hukuki düzenlemelerini uygulamakla yükümlüdür. Biz müşteri sırrı denildiğinde ilk akla gelen, sırrı güçlü şekilde koruyan İsviçre hukuku ile daha az koruma sağlayan Fransız hukukundaki düzenlemeleri çalışmamız kapsamında inceleneceğiz.

Banka hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü adlı çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde müşteri sırrı kavramını ve benzer kavramları açıklayacak ve bunlara uygulanacak hükümlere değineceğiz. Ayrıca müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair tarihsel süreci, Fransız, İsviçre ve Türk hukuku bakımından inceleyeceğiz. Böylece müşteri sırrının saklanması önemini, bu sahadaki temel problem ve menfaat çatışmalarını aktararak özetlemiş olacağız. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne ilişkin temel hukuki düzenlemeler ve bu düzenlemelerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımları da birinci bölümde açıklayacağız. Bu bağlamda sırrın saklanmasına dair banka hukuku hükümlerini, kişiliğin korunması hükümlerini, sözleşmeler hukuku hükümlerini, haksız fiile ilişkin hükümleri, ceza, idare ve mesleki sorumluluğa ilişkin hükümleri Fransız, İsviçre ve Türk hukuku bakımından karşılaştırarak inceleyeceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarını açıklayacağız. Bu bağlamda öncelikle, müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgilerin nelerden ibaret olduğunu, sırrı saklamakla yükümlü olanları ve sırrın saklanmasından yararlanan kişileri değerlendireceğiz. Yani müşteri sırrının konu ve kişi itibariyle uygulama alanını açıklayacağız. Bu bölümde ayrıca, müşteri sırrının özel hukuk, kamu hukuku ve uluslararası adli ve idari yardımlaşmadan kaynaklanan istisnalarına değineceğiz. Bu istisnaları da diğer bölümlerde olduğu gibi Fransız, İsviçre ve Türk hukuku ile karşılaştırarak inceleyeceğiz.



BİRİNCİ BÖLÜM

MÜŞTERİ SIRRI KAVRAMI, MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA

YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER ve BU

DÜZENLEMELERİN İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

1. SIR KAVRAMI, UNSURLARI VE NİSPİ-MUTLAK SIR AYRIMI

1.1. Sır Kavramı

Fransız ve İsviçre hukuku bakımından; tarihsel süreç içinde, “cerno”¹, secerno”, “segrai”, “segrait”, “secretus”, “secretum” gibi değişik kullanımlar sonucunda 18. yüzyılın başlarında “secret” karşılığı olarak kullanılmaya başlayan sır genel olarak; “gözden, üçüncü kişilerin bilgisinden uzak tutulan, gizli ve mahrem hususlar” olarak tanımlanmaktadır².

Tarihte kişiler, kendilerini veya malvarlıklarını olası zararlardan korumak için mahremiyet alanına ihtiyaç duymuşlardır. Bu amaca yönelik olarak sır, kişiler arasındaki karşılıklı tanımayı sınırlayan bilinçli ve kasıtlı olarak gerçeği gizleme olarak da tanımlanmıştır³.

Erem/Altınok/Tandoğan’a göre sır; “ışitmek, görmek veya sair suretlerle öğrenilen ve maddi varlığa sahip bulunmayan, gizli, yani aleni olmayan veya mahdut şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması lazım olan bir husustur”⁴. Kaplan sırrın; “kişinin özel yaşamına dâhil, gizli, yani aleni olmayan sadece belirli yakın şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması gereken, maddi ve manevi değerleriyle ilgili olaylar, davranışlar ve işlemler” olduğunu ifade etmektedir⁵. Donay’a göre sır;

¹ Bu sözcük de; Fransızca karşılığı “discerner” olan Latince “discerno” sözcüğünden gelmektedir. Sözcük, elemek, ayırt etmek anlamında kullanılır. Discerno’nun ise, Fransızca karşılığı “discretion” olan ve “gizlilik” anlamına gelen sözcükten geldiği belirtilmektedir. V. Mariage (2000). *Le secret et le droit: contribution à l’étude de la notion d’information*. Lille: ANRT, s. 1; J. Lasserre-Capdeville (2006). *Le secret bancaire: étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*. Aix En Provence: Presses Universitaire D’aix-Marseille, s. 20.

² Mariage, 2000, **a.g.k.**, 2-3; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 21; P. Martin (2008). *Le secret des affaires en droit Français*. Thèse de doctorat. Université Jean Molulin-Lyon3, s.11; J.M. Garinot (2013). *Le secret des affaires*. Dijon: LexisNexis, s. 1.

³ Lasserre Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 21.

⁴ F. Erem, A. Altınok, H. Tandoğan (1971). *Bankalar Kanunu Şerhi*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 262.

⁵ İ. Kaplan (1990). Banka gizliliği-bankanın sır saklama borcu. *Batider*.15(4), s. 3.

“sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından bilinmeyen bir husustur”⁶.

1.2. Sırrın Unsurları

1.2.1. Bilginin gizli olması

Bilginin gizli olması, sır sahibi dışında hiç kimse tarafından bilinmemesi veya kayda değer sayıda kişi tarafından bilinmesi anlamına gelmektedir. Gizli bilginin belirli bir görünüm şekli yoktur. Gizli bilginin kapsamında düşünceler, fikirler, inançlar yer alabilir⁷.

Gizli bilginin kamuya açıklanmamış olması önem arz eder. Kamuya açıklanmamış olma, hiç kimse tarafından bilinmemesi veya kayda değer sayıda kişi tarafından bilinme anlamına gelmektedir⁸. Bir başka deyişle, sırrın mutlak sır olmasına gerek yoktur. Çünkü gizli bilgiyi öğrenen kişilerin sayısı, her somut olaya göre farklıdır. Bilginin birden çok kişi tarafından bilinmesi ve açıklanmaması, bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmaz, yalnızca sırrın saklanması zorlaştırabilir⁹.

1.2.2. Sır sahibinin sırrı gizli tutma iradesinin olması

Sırrın saklanması açısından, sır sahibinin gizli tutma iradesi önem arz eder. Sır sahibinin bilginin ifade ettiği değeri bilmesi ve bildiği gizli bilginin sır olarak kalmasını istemesi kendisinin iradesiyle ilgilidir. Bilginin sır özelliğini kazanabilmesi, sır

⁶ S. Donay (1978). *Meslek sırrının açıklanması suçu*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, s. 5.

⁷ A. Gürbüz Usluel (2009). Türk özel hukukunda özellikle anonim şirketlerde ticari sırların korunması. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.7; M. F. Uşan (2003). İş hukukunda iş sırrının korunması (sır saklama ve rakebet yasağı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 24; A. Kılıçoğlu (1993). Şeref haysiyet ve özel yaşama basın yoluyla saldırılardan hukuksal sorumluluk. Ankara: AÜHF Yayınları, s. 86.

⁸ C. T. Çiftçi (2017). *Sırrın korunması boyutuyla ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrının açıklanması suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 37-38; S. N. Bağrıaçık (2017). *Üretim ve iş sırlarının korunması (özellikle haksız rekabet hukuku açısından)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 7; M.G. Tekşen (2012). *Ticari sır bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 21; P. Ç. Kandıralıoğlu (2011). *Türk Hukukunda bankaların sır saklama yükümlülüğü*. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 75; Gürbüz Usluel, 2009, **a.g.k.**, 7; M. E. Bilge (2005). *Ticari sırların korunması*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., s. 19.

⁹ Gürbüz Usluel, 2009, **a.g.k.**, 7-8.

sahibinin bilginin sır olarak saklanması, üçüncü kişilerin o hususu bilmemeleri konusunda sübjektif iradesine bağlıdır¹⁰.

Sır sahibinin sırrı gizli tutma iradesi, açık olabileceği gibi zımni de olabilir¹¹. Elbette, sır sahibinin iradesinin varlığını tespit etmek zor olduğundan, söz konusu irade her somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir¹². Örneğin, sır kapsamındaki bilgi, sır sahibinin rakipleri açısından değerliyse, işletmenin rekabet edebilirliği bakımından önemliyse, sır sahibinin sırrı gizli tutma iradesinin bulunduğu söylenebilir¹³. Benzer şekilde, bilginin yer aldığı işletmenin belirli bölümlerine yalnızca görevli kişilerin girişine izin verilmesi, bilginin sır olarak kalmasının istendiği hususunda zımni iradenin varlığına işaret eder¹⁴. Sır sahibinin sırrın gizli tutulmasında alacağı tedbirler, gizli tutma iradesinin tespitini kolaylaştırır. Bilginin, başka kişilerce bilinmesinin sır sahibi için önemi yoksa gizli tutma iradesinden bahsedilemez¹⁵.

1.2.3. Sır sahibinin sırrın gizli tutulmasında yararının olması

Sır sahibinin, sırrın gizli tutulmasında, hukuken korunmaya değer haklı bir yararının olması zorunludur. Örneğin işletme için önemli ekonomik değere sahip ticari sırrın öğrenilmesiyle, aynı değerde ekonomik kayıp yaşanabilir¹⁶. Elbette, sırrın açıklanmasıyla, sır sahibi zarara uğrayabileceği gibi, böyle bir tehlikeyle de karşı karşıya kalabilir. Yararın varlığının belirlenmesinde, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde, ekonomik zarar görme ile birlikte zarar görme tehlikesinin varlığı da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷.

¹⁰ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 8; Bilge, 2005, **a.g.k.**, 26; Kılıçoğlu, 1993, **a.g.k.**, 87; Bilgi üzerindeki sır tutma iradesi ve buna bağlı olarak gizlilik karakteri, sahibinin o anda söz konusu bilgiyi kullanım niyetine sahip olmaması durumunda, hemen son bulmaz. Sır tutma iradesi, ancak sahibinin ilgili bilgiden yararlanma düşüncesini terketmesiyle ortadan kalkar. Bilge, 2005, **a.g.k.**, 27.

¹¹ Çiftçiöğlu, 2017, **a.g.k.**, 39; Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 8; Tekşen, 2012, **a.g.k.**, 22; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 10; Bilge, 2005, **a.g.k.**, 26.

¹² Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 8; M. Sulu (2016). *Ticari sırların korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 14; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 76.

¹³ Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 10; Bilge, 2005, **a.g.k.**, 26.

¹⁴ Çiftçiöğlu, 2017, **a.g.k.**, 39; Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 9; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 10.

¹⁵ Fakat sır niteliği taşıyan bilgi sınırlı sayıda kişi ile paylaşıldığında veya kişinin rızasına aykırı olarak bilgi zorla veya hile ile öğrenildiğinde, sır sahibinin gizli tutma iradesi varlığını korur. Çiftçiöğlu, 2017, **a.g.k.**, 39.

¹⁶ Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 11.

¹⁷ Çiftçiöğlu, 2017, **a.g.k.**, 42; Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 11; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 11; Bilge, 2005, **a.g.k.**, 31.

Yararın belirlenmesinde, sır sahibinin sahip olduğu bilgiyle rakiplerine nazaran sağladığı üstünlük de nazara alınmalıdır¹⁸. Rakiplerce bilinen bilgiler, söz konusu üstünlüğün sağlanmasına engel olacağı gibi, sır sahibi bakımından yarar unsurunun ortadan kalkmasına da sebep olur.

Sır sahibinin yararı, mutlaka maddi yarar olmak zorunda değildir. Sır, sahibine manevi yarar da sağlayabilir¹⁹. Ancak korunan maddi veya manevi değerın hayatın olağan akışına uygun makul bir nitelik taşıması gerekir²⁰.

Sır sahibine yarar sağlayan gizli bilginin, hukuka aykırı olması²¹ durumunda korunup korunamayacağı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim olan görüşe göre, hukuka aykırı sır, yarar sağlasa da koruma kapsamında yer almaz. Zira hukuk düzeni dürüst rekabeti ihlal edecek nitelikteki fiilleri koruma kapsamına almaz²².

1.2.4. Bilginin gerçekliği

Sırla ilgili son unsur, gerçekliktir. Gerçeklik, olay, iş, işlem veya fikrin var olması anlamına gelmektedir²³. Diğer bir ifadeyle, gerçekleşmemiş bir durum sır olarak kabul edilemez. Örneğin, içinde hayali müşterilerin isimleri bulunan liste, sır değildir. Fakat bu listede en az birkaç gerçek müşterinin ismi bulunuyorsa, diğer unsurların da varlığıyla sır olarak kabul edilebilir²⁴. Aynı şekilde, yanlış bilgiler, sır olarak kabul edilemez²⁵.

¹⁸ Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 11.

¹⁹ Örneğin sır sahibi tacirin mali durumunun bozulmuş olduğunun duyulması, hem diğer işletmelerle ilişkilerinin bozulmasına hem de bankalardan kredi almasına engel olabilir. Bu durum, sır sahibinin ticari itibarını sarsabilir. Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 11.

²⁰ Çiftçiöğlü, 2017, **a.g.k.**, 42.

²¹ Örneğin çevre standartlarına aykırı bir üretim sürecine ilişkin sırla ihlalinde veya hukuka aykırı fiyat anlaşmalarında, hukuken korunmaya değer haklı bir yarardan bahsedilemez. Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 11; Bilge, 2005, **a.g.k.**, 31-32.

²² Çiftçiöğlü, 2017, **a.g.k.**, 42-43; Uslu, 2006, **a.g.k.**, 17; Tekşen, 2012, **a.g.k.**, 24; Kandıranoğlu, 2011, **a.g.k.**, 76; Azınlıkta kalan görüşe göre ise, sır sahibine yarar sağlayan fakat içeriği itibarıyla hukuka aykırı olan sırların da korunması gerekmektedir. Hukuka uygun olmayan sırları da sır kapsamında değerlendiren görüşün temsilcileri, işçinin işverene karşı ne ahlâk ne de kontrol organı olduğunu belirterek görüşlerini gerekçelendirmektedir. Bilge, 2005, **a.g.k.**, 31.

²³ Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 12; Kandıranoğlu, 2011, **a.g.k.**, 76; Z. Aytaç (1979). Denetçilerin sır saklama yükümlülüğü. *Batider*. 10(1), s.184.

²⁴ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 11; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 12.

²⁵ Çiftçiöğlü, 2017, **a.g.k.**, 37. Fakat, negatif bilgi ile yanlış bilgiyi karıştırmamak gerekir. Negatif bilgi, içeriği doğru olan bilgilerdir. Örneğin, uzun yıllar ar-ge çalışması sonucu elde edilen bilgiler, isenilen sonucu vermese de, negatif bilgi (sır) olarak kabul edilir. Zira rakipler tarafından öğrenildiğinde, benzer çalışmalardan kaçınılarak avantaj sağlanabilir. Tekşen, 2012, **a.g.k.**, 20.

1.3. Mutlak Sır-Nispi Sır Ayrımı

Mutlak sır, kanun hükmünce veya taraflarca yapılan sözleşme gereğince, sırrın verildiği kişiler tarafından açıklanamayacak sır olarak tanımlanmaktadır²⁶. Kamu yararını ilgilendiren ve bu nedenle açıklanamayacak sırların nelerden ibaret olduğu, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nda²⁷ yer almaktadır²⁸. Ayrıca, sözleşme ilişkisine dayanan ve açıklanmaması gereken sırlara; doktor hasta arasındaki sırlar örnek verilmektedir²⁹.

Nisbi sır ise, mutlak sır dışındaki sırlardan ibarettir. Bu sırlar, kamu yararı nedeniyle değil, sır sahibinin özel yararı nedeniyle gizli tutulan bilgilerden oluşur³⁰. Sır sahibinin, söz konusu bilgileri üçüncü kişilere açıklaması mümkündür. Sır sahibinin yapacağı açıklama, sırrın niteliğini etkilemez³¹. Nisbi sır, ticari sırlar örnek olarak gösterilmektedir³². Zira ticari sır, sır sahibiyle birlikte sınırlı sayıda kişiler de biliyor olabilir. Bu durum söz konusu gizli bilginin sır niteliğini ortadan kadırmaz. Müşterinin onayıyla sırrın açıklanmasının mümkün olması müşteri sırrını, nisbi sırlar kategorisine yaklaştırmaktadır³³.

²⁶ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 12; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 15.

²⁷ bkz., RG 24.10.2003 tarih ve 25269 sayı; Bilgi Edinme Kanunu'na göre; devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler (m.16), ülkenin ekonomik çıkarlarına ilişkin bilgi veya belgeler (m.17), istihbarata ilişkin bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı dışındaki belge ve bilgilerden bazılarıdır. Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır (m.21). Kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler de Kanun'un kapsamı dışındadır (m. 23).

²⁸ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 12; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 15.

²⁹ Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 15.

³⁰ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 12; A. Kaya (2012). Ticaret hukukunda ticari sır ve 4982 sayılı Kanun kapsamında bilgi edinme hakkı. *Makalelerim I*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 36; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 16.

³¹ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 13, Kaya, 2012, **a.g.k.**, 36; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 16.

³² Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 13; Gürbüz Uslusel, 2009, **a.g.k.**, 16.

³³ A. Alavi (2017). *Le secret bancaire Etude de droit comparé (France-Suisse)*. Thèse Doctorat. Paris: Université Paris Est, s. 18; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 49; A. Teissier (1999), *Le secret professionnel du banquier*, Aix En Provence: Presses Universitaire D'aix-Marseille, s. 19.

2. BENZER KAVRAMLAR VE BUNLARA UYGULANACAK HÜKÜMLER

2.1. Ticari Sır

Ticari sır kavramına farklı hukuk dallarında farklı anlamlar verildiği görülmektedir³⁴. Nitekim Fransız hukukunda da ticari sır (secret commercial) ile iş sırrı (secret des affaires) kavramları birbirinin yerine kullanılmıştır. Ticari sırrı endüstriyel, ticari veya finansal bir faaliyetin yerine getirilmesi sebebiyle öğrenilen gizli nitelikteki bilgiler şeklinde tanımlayan yazarlar olduğu gibi, bir işletmeyle ilgili tüm bilgiler şeklinde tanımlayanlar da olmuştur³⁵.

30.07.2018 tarihinde ise, “Ticari Sırrın Korunmasına Dair Kanun’un”³⁶ 37 yürürlüğe girmesiyle, Fransız hukukunda ilk kez ticari sırra ilişkin yasal bir tanım yapılmıştır. Söz konusu Kanun ile Ticaret Kanunu’nun (Code de commerce-C. com)³⁸ birinci kitabına yeni bir bölüm eklenerek L. 151-1 ve L. 154-1 maddeleri arasında ticari sır düzenlenmiştir. C. com art. L. 151-1’e göre³⁹;

“Aşağıdaki ölçütleri karşılayan:

- 1. aynı sektörde yer alan kişilerce, kendisi, yapısı veya unsurlarının yer aldığı bileşkesi bilinmeyen veya bunlara kolayca erişilemeyen,*
- 2. sır niteliği dolayısıyla, efektif veya potansiyel bir ticari değeri olan*

³⁴ Bağrıaçık, 2017, a.g.k., 37.

³⁵ V. Millet (2017). Mémoire La protection du secret des affaires. <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01625147/document> (Erişim tarihi:02.03.2019), s. 9.

³⁶ Kanun için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte> (Erişim tarihi: 02.03.2019); Kanun, 08.06.2016 tarih ve 2016/943 sayılı “Açıklanmamış Know-How ve Ticari Bilgilerin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesine, Kullanılmasına ve Açıklanmasına Karşı Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktif”ine dayanarak çıkarılmıştır. Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=FR> (Erişim tarihi: 02.03.2019).

³⁷ Kanun’un 4. maddesiyle; “secret industriel et commercial” kavramlarının yer aldığı tüm kanun maddelerinde değişiklik yapılarak, bunlar yerine “secret des affaires” kavramına yer verilmiştir. “Secret des affaires”in kelime karşılığı iş sırrıdır. Ancak Kanun ile “efektif veya potansiyel ticari değeri” olan bilgiler korunmaktadır. Bu sebeple biz, Fransız hukuku bakımından, “secret des affaires” için “ticari sır” kavramını kullanıyoruz.

³⁸ bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379> (Erişim tarihi: 02.12.2018).

³⁹ Söz konusu madde 08.06.2016 tarih ve 2016/943 sayılı “Açıklanmamış Know-How ve Ticari Bilgilerin Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesine, Kullanılmasına ve Açıklanmasına Karşı Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktif”inin 2. maddesine uygun olarak düzenlenmiştir. Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=FR> (Erişim tarihi: 02.03.2019).

3.meşru sahibi açısından, sır niteliğinin korunması için, haklı koruma tedbirlerinin konusu olan tüm bilgiler, ticari sır kapsamında korunmaktadır”.

Kanun’un L. 152-3. ve L. 152-6. maddelerinde, ticari sırra yönelik her saldırı için fail hakkında önleme, durdurma ve tazminat davası açılabilceği hususu düzenlenmiştir. L. 152-2’de ise, bu davalara dair zamanaşımı süresinin beş yıl olduğı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca Fransız Ceza Kanunu’nun (CP)⁴⁰ L. 311-1. maddesinde yer alan başkasına ait eşyanın hile ile çalınmasına dair hüküm, ticari sırra uygulanabilir niteliktedir. Yine sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre ifa edilmesini düzenleyen Fransız Medeni Kanunu’nun (CC)⁴¹ 1004. maddesi ticari sırri koruyan hükümlerdendir⁴².

İsviçre hukukundaki hukuki düzenlemelere bakıldığında, ticari sır ve iş sırri (secret d’affaires-secret commercial) ile teknik nitelikteki gizli bilgiler yani üretim sırri (secret de fabrication) ayrımı yapıldığı görölmektedir. Ancak bu düzenlemelerde, üretim ve iş sırriına dair bir tanım bulunmamaktadır. Bu sırlara dair tanıma, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında rastlanmaktadır⁴³. İsviçre hukukunda çoğı zaman, iş sırri ticari sırriın eş anlamlısı olarak anlaşılmaktadır⁴⁴.

Ticari sırra ilişkin temel hukuki düzenleme, “Haksız Rekabete Dair Kanun’un” (LCD)⁴⁵ 6. maddesinde yer almaktadır. Madde, “*üretim ve iş sırriının*” hukuka aykırı şekilde açıklanmasının ve kullanılmasının haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlemektedir. LCD art. 4.lit c. ise; işçileri, vekilleri, yardımcı kişileri “*üretim ve iş sırriını*” hukuka aykırı olarak ele geçirmeye veya ifşa etmeye yöneltmenin haksız rekabet olduğınu hükme bağlamaktadır.

Ayrıca İsviçre Ceza Kanunu’nun (CPS)⁴⁶ 162. maddesinde; “*kanuni veya sözleşmesel bir sebebe dayanarak edindiğı üretim sırriını (secret de fabrique) veya ticari*

⁴⁰ bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> (Erişim tarihi: 01.12.2018).

⁴¹ bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (Erişim tarihi: 01.12.2018).

⁴² J. Passa (2013). La protection des secrets d’affaires en droit français. La protection des secrets d’affaires. Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 18 janvier 2013,s. 53-59.

⁴³ bkz. aşağıda birinci bölüm, 2.2. altında yapılan açıklamalar.

⁴⁴ Nitekim İsviçre Ceza Kanunu’nun (CPS) 162. Maddesinde iş sırri kavramı yerine ticari sırra yer verilmiştir. R. Schlosser (2013). Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils. *La protection des secrets d’affaires. Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 18 janvier 2013*, s. 65.

⁴⁵ RS. 241.

⁴⁶ RS. 311.0

sırrı (*secret commercial*) açıklayan, bu açıklamayı kendi veya üçüncü kişi yararına kullanan kişinin şikâyet üzerine, üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılacağı” hükme bağlanmıştır. Maddede belirtilen fiil, sır sahibinin onayı olmadan hukuka aykırı şekilde sırrın üçüncü kişilere açıklanmasıdır⁴⁷. Bununla birlikte söz konusu madde, 08.11.1934 tarihli Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Hakkında Federal Kanunu’nun (LB)⁴⁸ 47. maddesinde⁴⁹ düzenlenmiş olan müşteri sırrına göre daha dar kapsamlıdır. Zira CPS art. 162, banka için ekonomik değeri olmayan sırrı koruma yükümlülüğü öngörmemektedir. Banka bakımından LB art. 47 genel kanun hükmü, CP art. 162 özel kanun hükmüdür⁵⁰.

Türk hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, ticari sırra ilişkin bir tanımın bulunmadığı görülmektedir. Doktrinde Bilge, ticari sır, bağımsız ekonomik bir değeri⁵¹ olan veya iktisadi faaliyetlerde sahibi lehine bir rekabet avantajı sağlayan, sınırlı bir çevrede bilinen ve sahibinin gizli⁵² kalmasını istediği her türlü bilgi olarak açıklamaktadır⁵³. Uşan’a göre ticari sır, “herkes tarafından bilinmeyen ve araştırılamayan bağımsız ekonomik değeri olan her türlü bilgidir”⁵⁴. Poroy ve Yasaman’a göre; tacir tarafından oluşturulan ve tacirin üçüncü kişilerden gizlemekte haklı olduğu bilgilerin tümü ticari sırdır⁵⁵. Turanboy’a göre; ticari sır kavramı, işletme,

⁴⁷ Ticari sırrı açıklayan fail, bu bilgileri hukuki veya sözleşmesel bir sebeple öğrenmiş olmalıdır. Çoğunlukla fail ve sırrı açıklanmış olan kişi arasında vekâlet veya iş sözleşmesi bulunmaktadır. Vekâlet sözleşmesinde vekilin sadakat ve özen yükümlülüğünü (CO art. 398) düzenleyen hükümler ile iş sözleşmesinde işçinin sadakat ve özen yükümlülüğünü düzenleyen hükümler (CO art. 321a) benzerdir. M. Aubert, P. Beguin, P. Bernasconi, J. Graziona-Von Burg, R. Schwob, P. Treuillaud (1995). *Le secret bancaire suisse*, Berne: Staempfli, s. 53; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 177.

⁴⁸ RS 952.0

⁴⁹ bkz., aşağıda birinci bölüm, 7.1.2. altında yapılan açıklamalar

⁵⁰ Böylece bankayla kredi sözleşmesi yapmak üzere, kendisi açısından ticari sır niteliği taşıyan bir bilgiyi bankaya veren işletme sahibi müşterinin, belirtilen sırrı açıklandığında, ticari sır ve müşteri sırrı hükümlerinden hangisinin uygulanacağı problemi çözüme kavuşturulmaktadır. Ticari sırra ilişkin CP art. 162 hükmü, özel hüküm olması dolayısıyla uygulama alanı bulacaktır. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 284.

⁵¹ Gizli nitelikteki bir bilginin ticari sır sayılabilmesi için, ekonomik değerinin olması gerekmektedir. Ekonomik değer, mutlak bir değeri ifade etmemekle birlikte, rakiplerin ticari sırra verdikleri değer anlamına gelmektedir. Gürbüz Usluel, 2009, **a.g.k.**, 41.

⁵² Kamuya açıklanmamış olan, sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen bilgiler gizli niteliktedir. Rakip işletme tarafından kendi mamul geliştirme işlemleri sonucunda bilgi elde edilmesi, malın incelenmesi sonucunda bilgi elde edilebilmesi, gizli tutulması konusunda herhangi bir anlaşma yapılmadan bilginin iradi olarak açıklanması hallerinde, bilginin “gizli” olma unsuru bulunmayacaktır. A. T. Yürük (1993). *Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye’de pazarlama hukukunun anahatları*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 21.

⁵³ Bilge, 2005, **a.g.k.**, 5.

⁵⁴ Uşan, 2003, **a.g.k.**, 25.

⁵⁵ R. Poroy ve H. Yasaman (2018). *Ticari işletme hukuku* (17. Baskı) İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 412.

banka ve bu işletmelerin müşterilerinin sırrını içine alacak şekilde geniş anlaşılmalıdır⁵⁶. Yazar ticari sırrı; bir ticari işletme ve şirketin faal olduğu alanla ilgili olarak belli sayıdaki mensuplarınca bilinen, rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, işletmenin başarısı için gerekli olan bilgi olarak tanımlamaktadır⁵⁷.

Ticari sırrın kapsamını açıkça ortaya koyan tanım yapmanın zorluğu, sırrın her somut olayda farklı değerlendirilmesini gerektirir⁵⁸. Bu nedenle, örnekler sıralanarak ticari sırrın kapsamı belirlenebilir⁵⁹. Teknik buluşlar, üretim teknikleri, kimyasal formüller, araştırma ve geliştirme bilgileri, tedarik listeleri, iş yöntemleri ve planlamaları, iş raporları, fiyat bilgileri⁶⁰, stok bilgileri, müşteri listeleri, kazanç bilgileri, iş yazışmaları, pazarlama, tanıtım ve reklam bilgileri, bilgisayar programları ve veri tabanları ticari sırrdır⁶¹.

Doktrinde bir görüşe göre, ticari sır ile ilişkin verilen örneklerin genişliği dikkate alındığında, ticari sırrın üretim ve iş sırrını da kapsayan üst kavram olduğu sonucuna ulaşılabilir⁶². Fakat bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, ticari sır ve iş sırrını birbirinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değilse de, ticari sır kavramının iş sırrına göre daha dar bir kavram olduğu söylenebilir. Ekonomik değeri olmadığı için ticari sır

56 Buradan hareketle, bankanın işletmesine ait olan ve ekonomik değer ifade eden banka sırrının “bankanın ticari sırları” olduğu söylenmiştir. A. Turanboy (2006). Ticari sır. Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları s. 349; Bilge, 2005, a.g.k., 6; Kandıralıoğlu, 2011, a.g.k., 78-79; Doktrinde Erman, banka işletmesine ait sırların aynı zamanda bir mesleki sır türü olduğunu söylemektedir. Erman (1993). Şirketler ceza hukuku. İstanbul: İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, s. 70; Oysa mesleki sırlar, mesleki faaliyetin yürütülmesi sırasında öğrenilen üçüncü kişilere ait sırlardır. Yalnızca bankanın müşterilerine ait sırların mesleki sır kapsamında olduğu söylenebilir. Banka sırrı ise bir ticari sır türüdür. Kandıralıoğlu, 2011, a.g.k., 78.

57 Turanboy, 2006, a.g.k., 349.

58 Gürbüz Usluel, 2009, a.g.k., 21-22; Bilge, 2005, a.g.k., 5.

59 “...ancak, ticari sır kapsamındaki bilgilerin tespiti için bazı soruların olumlu cevaplanması koşulu da aranmıştır: Bilgiler yalnızca şirketçe mi biliniyor? Bilgiye az sayıda ve belirli kişiler mi ulaşabiliyor? Şirket bilginin açıklanmasını engelleyici önlemler alıyor mu? Şirket bilgiyi geliştirmek için çaba harcıyor mu? Bilginin başkası tarafından elde edilmesi güç ve masraflı mı? Bilgi şirket ve rakipleri açısından değerli mi?...” Yürük, 1993, a.g.k., 20.

60 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun 4. maddesine göre; doğalgaz satışıyla ilgili anlaşmalardaki fiyat bilgisi gizli niteliktedir. Gerçekten maddede yer alan “toptan satış şirketi, ithalatçı şirket veya ihracatçı şirket veya serbest tüketici veya dağıtım şirketi ile satış sözleşmeleri yapar ve fiyatları serbestçe belirler. Ticari gizliliği olan bilgiler Kurum hariç üçüncü taraflara açıklanamaz ve suistimal edilemez” hükmü, söz konusu bilgilerin üçüncü kişilere açıklanamayacağı anlamına gelmektedir. Bağrıaçık, 2017, a.g.k., 40.

61 Gürbüz Usluel, 2009, a.g.k., 27-28; Bilge, 2005, a.g.k., 5.-6.

62 Uşan, 2005, a.g.k., 28; Bilge, 2005, a.g.k., 6.

olarak nitelendirilemeyen bazı bilgiler, işle ilgili olması sebebiyle iş sırrı kavramına girmektedir⁶³.

Ticari sırda dair yasal tanım eksikliği ve sırrın kapsamında hangi hususların yer alacağını tespitindeki güçlük “Ticari Sır Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’nın”⁶⁴ 2-a. maddesiyle giderilmeye çalışılmıştır. Söz konusu maddede ticari sır, *“bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri”* olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca, Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan 18.04.2010 tarih ve 2010/3 sayılı “Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ’in”⁶⁵ 12. maddesine göre *“ticari sır; teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belgedir”*.

Ticari sırrın tanımı ve kapsamının incelenmesinin ardından ticari sırda uygulanacak hükümlere değinmek gerekmektedir. İsviçre hukukunda LCD’de yer alan hükümler Türk hukukunda TTK’nın haksız rekabete dair 54-63. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Gerçekten, TTK. m. 55/1, b/-3 gereğince, *işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek* ve TTK. m. 55/1,d’ye göre, *hukuka aykırı olarak ele*

⁶³ S. Ö. Yeşiltepe (2006). Ticari sır- İş sırrı. *Doç Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, s. 409.

⁶⁴ “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” yasallaşmamış olmakla birlikte, ticari sır, banka sırrı ve müşteri sırrı kavramlarının anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> (Erişim tarihi: 22.03.2019).

⁶⁵ RG 18.04.2010 tarih ve 27556 sayı.

geçirilen bilgilerin ve üretenin iş sırlarının değerlendirilmesi veya başkalarına bildirilmesi haksız rekabet teşkil etmektedir. Sayılan fiiller nedeniyle, zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşanlar TTK m. 56'da sayılan davaları açabilirler⁶⁶. Ayrıca haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler hakkında şikâyet üzerine ve fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilir (TTK m. 62)⁶⁷.

2.2. Üretim ve İş Sırrı

Fransız hukukunda üretim sırrıyla⁶⁸ ilgili yasal bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde üretim sırrı, üretim araçlarına ve süreçlerine ilişkin tüm bilgiler olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, kimyasal bir karışıma ilişkin formüller, makinelerin planı, bir aletin kurulumu için gerekli unsurlar üretim sırrı olarak değerlendirilir. Ayrıca patente ilişkin bilgiler de, aynı zamanda üretim sırrıdır⁶⁹.

Üretim sırrına ilişkin yasal bir tanım bulunmamakla birlikte, konuyla ilgili çok sayıda hukuki düzenleme mevcuttur. Fikri Mülkiyet Kanunu'nun⁷⁰ L. 621-1 maddesi, İş Kanunu'nun ceza yaptırımlarına ilişkin L. 1227-1 maddesine yollama yaparak, özel olarak üretim sırrının açıklanması suçunu cezalandırmaktadır⁷¹. Maddeye göre; “*üretim sırrını açıklayan veya açıklamaya teşebbüs eden çalışan veya müdür hakkında 2 yıl hapis cezası ve 30.000 Avro para cezasına hükmedilir*”.

⁶⁶ Çiftçioglu, 2017, **a.g.k.**, 140-141; Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 40; Uslu, 2016, **a.g.k.**, 52; Tekşen, 2012, **a.g.k.**, 39-40.

⁶⁷ TCK m. 239'da ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu düzenlenmiştir. Maddeye göre; bilgi veya belgelerin hukuka aykırı olarak elde eden kişiler tarafından ifşa edilmesi halinde de, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmedilir. Bu durumda, daha ağır ceza yaptırımı getirdiği için TCK m. 239'un uygulanması gerekir. Zira TCK m. 239 ile TTK m. 62 arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Çiftçioglu, 2017, **a.g.k.**, 340.

⁶⁸ “Ticari Sırrın Korunmasına Dair Kanun'un” 4. maddesiyle; “secret industriel et commercial” kavramlarının yer aldığı tüm kanun maddelerinde değişiklik yapılarak, bunlar yerine “secret des affaires” kavramına yer verilmiştir. Kanun ile “efektif veya potansiyel ticari değer olan sırlar” koruma altında olduğundan, Fransız hukuku bakımından “secret des affaires” ticari sır kavramına karşılık gelmektedir. Belirtilen Kanun, üretim sırrıyla ilgili maddelerde değişiklik yapmadığından, üretim sırrı kavramı ve bu kavrama ilişkin hukuki düzenlemeler varlığını korumaktadır. Ancak “efektif veya potansiyel ticari değeri” olmayan *iş sırrı* niteliğindeki bilgiler için özel bir düzenleme bulunmadığından, bu bilgilerin haksız fiile ilişkin CC art. 1240 hükümlerine göre korunabileceği söylenebilir. Zira söz konusu Kanun yürürlüğe girmeden önce, haksız fiile dair hükümlerle iş sırrının korunacağı kabul edilmekteydi. Millet, 2017, **a.g.k.**, 16.

⁶⁹ Martin, 2008, **a.g.k.**, 93-94.

⁷⁰ bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414> (Erişim tarihi: 01.12.2018).

⁷¹ Lasserre- Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 178.

CP art. L. 311-1’de yer alan başkasına ait eşyanın hile ile çalınmasına dair hüküm üretim sırrına uygulanabilir niteliktedir. Yine sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre ifa edilmesini düzenleyen CC art. 1004 ticari sırrı koruyan hükümlerdendir⁷².

İsviçre hukukundaki hukuki düzenlemelere bakıldığında, iş sırrı veya ticari sır ile üretim sırrı ayrımı yapıldığını ifade etmiştik. Ancak bu düzenlemelerde, üretim ve iş sırrına dair bir tanım yer almamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında ise iş sırrı; “tacirin özel olarak korunmasında ve açıklanmamasını beklemekte hukuki yararının olduğu, kamuya açıklanmamış ve kolaylıkla erişilemeyecek nitelikteki bilgiler, gayri maddi mallar” olarak tanımlanmıştır. Mahkemeye göre; üretim sırrı kapsamında, üretim araçları ve yöntemleri yer almaktadır, iş sırrının konusu ise satış kaynaklarına ve organizasyonuna, ücretlerin hesaplanmasına, üretim ve reklamlara, hesap planlarına, satın alma sistemlerine, stok döngüsüne ilişkindir⁷³.

İsviçre hukukunda LCD art. 6 “*üretim ve iş sırrının*” hukuka aykırı şekilde değerlendirilmesi veya açıklanmasının haksız rekabet teşkil edeceğini, LCD art. 4.lit c. ise çalışanları, vekilleri, yardımcı kişileri “*üretim ve iş sırrının*” hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve açıklanmasına teşvik eden kişilerin bu fiillerinin haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlemektedir. Yine LCD art. 23 ve CP art. 162 gereğince, hukuki veya sözleşmesel bir sebebe dayanarak edindiği üretim veya ticari sırrı açıklayan, bu açıklamayı kendi veya üçüncü kişi yararına kullanan şikâyet üzerine, üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıca işçinin özen ve sadakat yükümlülüğünü düzenleyen CO art. 321a hükmü de iş ve üretim sırrının korunmasını sağlayan hükümlerden biridir^{74 75}.

⁷² J. Passa (2013). La protection des secrets d'affaires en droit français. La protection des secrets d'affaires. Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 18 janvier 2013, s. 53-59.

⁷³ ATF 103 IV 283, JdT 1979 IV 61.

⁷⁴ S. Antreasyan ve V. Müller (2013). Les secrets d'affaires des fonds d'investissement alternatifs en droit suisse. *GesKR: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, s.252-254; F. Dessemonte (2011). *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*. Lausanne: CEDIDAC, s. 516-517.

⁷⁵ Üretim veya iş sırrının aynı zamanda müşteri sırrı olması mümkündür. Örneğin bankayla kredi sözleşmesi yapmak isteyen işletme sahibi, sözleşmenin yapılabilmesi için, üretim veya iş sırrı niteliğindeki bilgilerini de vermiş olabilir. Bu durumda LCD hükümleri, CP art. 162’ye nazaran avantajlı olacaktır. Zira müşteri sırrının saklanması hükümleri ihlal edilmemiş olsa bile, LCD art. 4 sırrın açıklanmasının teşvik edilmesini de yasaklamakta ve LCD art. 23 bu yasağa aykırılık halinde ceza yaptırımları öngörmektedir. Rappo, 2002, a.g.k., 286-287.

Türk hukukunda da İsviçre hukukunda olduğu gibi, üretim ve iş sırrına⁷⁶ dair yasal tanım bulunmamaktadır. Bilge, üretim sırrının teknik yönü daha ağır basan bir kavram olarak, üretim teknikleri, makine ve teçhizat gibi unsurları kapsadığını ifade etmektedir⁷⁷. Daha açık ifadeyle üretim sırrı, bir malın üretimi için gerekli olan teknik sırlardan ibarettir⁷⁸. Ayrıca üretim sırrı, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolay öğrenilemeyecek olan saklı kalmasında sır sahibinin menfaatinin bulunduğu bilgilerdir⁷⁹. Üretime dair tüm usul ve üretim talimatları, yeni üretim yöntemleri, ürünler, sayısal çizelgeler, modeller ve araştırma sonuçları, matematiksel-teknik çizelgeler, reklam stratejileri, gelir kaynakları, personel yapısı ve stok bilgileri üretim sırrıdır⁸⁰.

Üretim sırrı, kapsamı bakımından know-how'a benzemektedir. Fakat ticari ve ekonomik alanda kullanılan, genellikle gizli olan ve fakat gizli olması zorunlu olmayan, patent koruması altında bulunmayan teknik veya işletmeyle ilgili bilgi ve tecrübe olarak tanımlanan know-how⁸¹; gizlilik niteliğinin zorunlu olmaması yönüyle, üretim sırrından daha geniş kapsamlıdır⁸².

İş sırrına ilişkin ise; Nomer Ertan, işletme açısından her şekilde önem taşıyan⁸³ bilgiler tanımlamasını yapmaktadır⁸⁴. Uşan iş sırrını; iş ve işyeri ile ilgili bulunan, işyerinde çalışan sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen, işverenin başkası tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında haklı bir menfaatinin bulunduğu, basitçe ve

⁷⁶ Doktrinde ağırlık kazanmaya başlayan bir görüşe göre, iş yeriyle ilgili sırların üretim ve iş sırrı diye ayrılması, iş organizasyonunun tarihi olarak üretim ve idari kısım olarak ikiye ayrılmasından kaynaklanmaktadır. Bu türden bir ayırmadan vazgeçilerek, tüm sırların iş sırrı olarak nitelenmesi gerekmektedir. M. S. Paksoy (2018). *Sözleşmeyi ihlale yöneltme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 226.

⁷⁷ Bilge, 2005, **a.g.k.**, 37.

⁷⁸ H. Ülgen/ M. Helvacı/ A. Kendigelen/ A. Kaya/ N. F. Nomer Ertan (2015). *Ticari işletme hukuku* (4. Basıdan 5. Tıpkı Basım). İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 558; Ş. Kayıhan (2018). *Ticari işletme hukuku* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 254.

⁷⁹ Paksoy, 2018, **a.g.k.**, 227; Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 17.

⁸⁰ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 17.

⁸¹ Ç. Kırca (1998). Know-how sözleşmesinin hukuki niteliği. *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*. Ankara: BTHAE yayınları, s. 245.

⁸² Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 17; Bilge, 2005, **a.g.k.**, 37; Arkan'a göre; işletmenin, üretim, dağıtım, organizasyon ve yönetim alanında oluşturduğu teknik, ticari bilgi ve tecrübeler de (know-how) üretim ve iş sırrının korunmasına dair hükümlerin kapsamındadır. S. Arkan (2018). *Ticari işletme hukuku* (24. Basıdan Tıpkı Basım). Akara: BTHAE Yayınları, s. 357.

⁸³ İşletme açısından önem taşımayan, kişilerin özel hayatlarına ilişkin sırlar, iş sırrı olarak nitelendirilemez. Örneğin şirket ortaklarının bürokratik kişiler ile olan yakınlıkları iş sırrı değildir. Paksoy, 2018, **a.g.k.**, 228.

⁸⁴ N. F. Nomer Ertan (2016). *Haksız rakabet hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 298; Ülgen vd, 2015, **a.g.k.**, 558.

kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi olarak tanımlamaktadır⁸⁵. İş sırrı; teknik iş araçları metodları, özel üretim biçimleri, üretim süreci, bilgisayar programları, hammadde kaynakları gibi açıklanmamasında önemli menfaat bulunan ekonomik olayları kapsamaktadır⁸⁶.

TTK'nın haksız rekabete dair 55/1, b-3 ve 55/1, d maddeleri, üretim veya iş sırrının korunmasına dair temel hukuki düzenlemelerdir. Gerçekten, TTK. m. 55/1, b-3'e göre; "...sözleşmeyi ihlale⁸⁷ veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve⁸⁸ iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek..." haksız rekabet hâllerinden biridir. Ticari sır ele geçmese dahi, sırrı ele geçirmeye yöneltmek haksız rekabetin oluşması için yeterlidir⁸⁹.

Ayrıca, TTK. m. 55/1, d'ye göre; "üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını⁹⁰ değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur". Maddeden anlaşılacağı üzere, hukuka aykırı olarak ele geçirilen bilgilerin ve üretenin iş sırlarının değerlendirilmesi veya başkalarına

⁸⁵ Uşan, 2005, **a.g.k.**, 29.

⁸⁶ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 18.

⁸⁷ Sözleşmeyi ihlale yöneltmenin TTK m. 54 kapsamında haksız rekabet teşkil edebilmesi için, yöneltmenin rekabet ile ilgili olması gereklidir. Bir başka deyişle, ihlale yöneltme, rakipler veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemelidir. Ayrıca, yöneltmenin dürüstlük kuralına aykırı olması, yöneltme ile zarar veya zarar tehlikesi arasında nedensellik bağının bulunması zorunludur. Dürüstlük kuralına aykırılık, haksız rekabet düzenlemelerinin amacına aykırı olarak, rekabetin kendisinden beklenen işlevlerinin yerine getirilmesinin engellenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Paksoy, 2018, **a.g.k.**, 179-180.

⁸⁸ Doktrinde, maddelerde yer alan "ve" ifadesinin "veya" olarak anlaşılması gerektiği söylenmektedir. A. Bozer ve C. Göle (2018). *Ticari işletme hukuku* (5.Bası). Ankara: BTHAE yayınları, s. 228-229; E. Moroğlu, A. Kendigelen (2014). *İçtihatlı - notlu Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuat* (10. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları, s.96.

⁸⁹ Oysa ETK m. 57/7'de; "müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam etmek veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya "ele geçirmek" haksız rekabet sayılmaktaydı.

⁹⁰ Maddede yer alan "üretenin iş sırrı" ifadesi dar kapsamlıdır. Madde bu yönüyle, sadece "üreticiyi" hedef almaktadır. Oysa Kanun koyucu burada sadece üreticilerin iş sırrını değil, ekonomik rekabete dâhil herkesin iş sırlarını korumaktadır. "Bilgi ve üretenin iş sırrı" ifadesinin "üretim ve iş sırrı" olarak anlaşılması ve "üretici" ile sınırlı uygulanmaması gerekir. Nomer Ertan, 2016, **a.g.k.**, 334-335.

bildirilmesi haksız rekabet teşkil etmektedir^{91 92}.

Belirtilen haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler hakkında, şikâyet üzerine ve fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilir (TTK m. 62)⁹³.

2.3. Şirket Sırrı

Fransız hukukunda anonim şirketlere dair C. com art. L.225-37 al. 5 hükmü yönetim kurulu üyelerinin gizlilik yükümlülüğünü düzenlemektedir. Maddeye göre; “müdürler ve yönetim kurulu toplantılarına katılanlar, gizli nitelikte olan ve yönetim kurulu başkanı gibi yetkili kişiler tarafından verilmiş olan bilgiler açısından gizlilik yükümlülüğüne tabidir”. C. com. art. L. 225-92 ise aynı yükümlülüğü yönetici kurul ve gözetim kurulu üyeleri için düzenlemektedir. Belirtilen maddeye göre; “yönetici kurul ve gözetim kurulu üyeleriyle, bu kurulların toplantılarına katılanlar, gizli nitelikte olan ve başkan gibi yetkili kişiler tarafından verilmiş olan bilgiler açısından gizlilik yükümlülüğüne tâbidir”. Her iki madde incelendiğinde; “şirket sırrı” kavramına yer verilmediği, bunun yerine “gizli nitelikte olan” ve “verilen bilgiler” ifadelerinin bulunduğu görülmektedir.

Doktrinde ise, şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgiler için *iş sırrı* (secret des affaires) kavramı tercih edilmektedir⁹⁴. Anonim şirket genel kurulunda pay sahiplerinin, yönetim kuruluna yazılı olarak soru sorma haklarını (C. com art. L. 225-108 al. 3)

⁹¹ F. Bilgili ve E. Demirkapı (2016). *Ticari işletme hukuku* (6. Baskı). Bursa: Dorsa Basım Yayım, s. 236; R. Ayhan ve H. Çağlar (2018). *Ticari işletme hukuku. Genel esaslar* (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 376.

⁹² Maddede yer alan sır; sadece *hiç bilinmeyen* değil, ancak uzun ve masraflı bir çalışma sonucunda elde edilebilen bilgileri de kapsar. Sırrın mutlaka yeni nitelikte olmasına gerek yoktur. İsim, adres ve başka bazı bilgileri de içeren müşteri listesi sır sayılmalıdır. Arkan, 2018, **a.g.k.**, 357; Madde kapsamında yer alan özel haksız rekabete; rakip ilaç firmasının laboratuvar yetkilisini yüksek bir ücretle transfer ederek, onun bildiği meslek sırlarını kullanmak veya açıklamasını sağlamak örnek gösterilmektedir. M. Bahtiyar (2018). *Ticari işletme hukuku* (19. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 180-181.

⁹³ TCK m. 239’da ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu düzenlenmiştir. Maddeye göre; bilgi veya belgelerin hukuka aykırı olarak elde eden kişiler tarafından ifşa edilmesi halinde de, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmedilir. Bu durumda, daha ağır ceza yaptırımını getirdiği için TCK m. 239’un uygulanması gerekir. Zira TCK m. 239 ile TTK m. 62 arasında asli norm-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Çiftcioğlu, 2017, **a.g.k.**, 340.

⁹⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy (2012). *Droit des sociétés* (27e édition). Paris: LexisNexis SA., s. 386; Y. Paclot (2002). Secret et relations d’affaires les diverses facettes du secret des affaires. *Droit et patrimoine*, n°102, mars 2002, s. 74; Millet, 2017, **a.g.k.**, 25.

kullanırken şirket menfaatine zarar vermemeleri gerekir. Söz konusu hakkın “şirketin iş sırrının” açıklanmasına sebep olmayacak şekilde kullanılması zorunludur⁹⁵.

İsviçre hukukunda, pay sahiplerinin genel kurulda yönetim kurulundan bilgi alma taleplerinin “iş sırlarının (*secret des affaires*)” açıklanacağı gerekçesiyle reddedilebileceğine dair Borçlar Kanunu’nun (CO)⁹⁶ 697. maddesi, özel denetçinin incelemenin sonucu hakkında “iş sırlarını” koruyarak mahkemeye ayrıntılı rapor vereceğine dair 697e maddesi, denetim organının raporunu hazırlarken ve raporu genel kurula sunarken “şirketin iş sırlarını” saklamakla yükümlü olduğuna dair 730b al.2 maddesi ve limited şirket ortaklarının “iş sırlarını” korumakla yükümlü olduklarına dair 803. maddesi hükmü, şirketle ilgili bilgilerin saklanmasıyla yöneliktir.

Maddelerden anlaşılacağı üzere, İsviçre Kanun koyucusu şirket sırrına karşılık olarak “iş sırrı” kavramını tercih etmiştir. Ayrıca anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sır saklama yükümlülüğüyle ilgili açık bir hüküm bulunmasa da, yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen CO art. 717, sır saklamayı da kapsamaktadır. Üstelik “üretim sırrının ve ticari sırrın” saklanması yükümlülüğünün ihlaline dair yaptırımlar içeren CPS art. 162, yönetim kurulu için, benzer bir yükümlülüğü gerektirmektedir⁹⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında şirket sırrının, rakiplerinin kendi yararlarına kullanabilecekleri teknik bilgiler ile müşterilere ait bilgilerden ibaret olmadığına, finansal bilgiler de dâhil olmak üzere, “şirketin meşru menfaatinin açıklamamayı gerektirdiği, şirketin ekonomik hayatıyla ilgili tüm olaylara ilişkin olduğuna” karar vermiştir⁹⁸. Yani rakiplerinin şirkete zarar vermesine sebep olacak bilgiler şirket sırrı olarak nitelendirilecek ve söz konusu nitelendirmeye şirket menfaatinin saklamayı gerektirdiği bilgiler tespit edilecektir^{99 100}.

⁹⁵ Cozian, Viandier ve Deboissy, 2012, **a.g.k.**, 386.

⁹⁶ RS 220.

⁹⁷ M. Zen-Ruffinen ve M. Bauen (2017). *Le conseil d’administration*. Genève: Schulthess, s. 89.

⁹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararı için bkz., ATF 82 II 216, JdT 1957 I 12.

⁹⁹ L. Hänni (2017). La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme. Bâle: Helbing Lichtenhahn, s. 215.

¹⁰⁰ Nitekim Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 437. madde gerekçesinde benzer bir ifade yer almaktadır. Madde gerekçesine göre; “şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “bilgi” ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/değerleme ile çıkarabileceği bilgiler sır olamaz”. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim tarihi: 01.03.2018).

TTK m. 437 f.3’de pay sahiplerinin bilgi alma taleplerinin “*şirket sırlarının*” açıklanacağı gerekçesiyle reddedilebileceği, TTK. m. 404 ve m. 527’de denetçilerin “*iş ve işletme sırlarını*” saklamakla yükümlü oldukları, TTK m. 441 f. 5’te özel denetçilerin “*sır saklamakla*” yükümlü oldukları, TTK m. 613 f.1’de ortakların “*şirket sırlarını*” korumakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir.

TTK’da şirket sırrının tanımlanmamış olması,¹⁰¹ doktrinde bu tür sırra karşılık farklı kavramların benimsenmesine sebep olmuştur. Bir görüşe göre ticari sır, bir işletmenin ya da şirketin fiilinden, işleminden ya da işinden doğan tüm sırlar olarak tanımlandığından, şirketle ilgili sırlar için de ticari sır kavramı kullanılmalıdır¹⁰². Bir başka görüşe göre ise, şirketin ticari ve üretim sırlarına karşılık iş sırrı kavramının kullanılması gerekir¹⁰³. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, mesleki sır, iş sırrı, işletme sırrı, know-how, üst kavram olan şirket sırrının bir bölümünü oluşturur. Üçüncü kişilere ve pay sahiplerine açıklanmaması gereken tüm sırları kapsayacak şekilde, şirket sırrı kavramı kullanılmalıdır¹⁰⁴.

Şirket sırrı, “şirketin ekonomik alanına ilişkin belirli kişilerce bilinen, başkaları tarafından kolayca öğrenilemeyen, saklanması şirketin korunmaya değer bir menfaatinin olduğu ve şirketin gizli tutulması yönünde iradesinin bulunduğu olgulardır”. İş fırsatları olarak adlandırılan şirketin üçüncü kişilerle iş yapma imkânları ile ilgili bilgileri, şirket sırrı kavramı altında değerlendirilmelidir¹⁰⁵. Şirketin ticari işlemlerine, mali durumuna, yatırım planlamasına ve teknik üretimine ilişkin özel yöntem ve bilgilerle geleceğe ait projeler şirket sırrıdır¹⁰⁶. Şirketin borsa değerini etkileyebilecek bilgiler, örneğin, şirketin devri veya birleşmesi ön görüşmeleri ve bu

¹⁰¹ TTK’nın 437. maddesinin gerekçesinde, şirket sırrı tanımına yer verilmemesinin sebebi olarak, dar veya geniş bir yorumla uygulamayı dondurmak veya genişletmemek özeni olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucu sırra dair tanım vermekten kaçınmış ve şirket sırrı kapsam ve sınırlarının belirlenmesini doktrin ve içtihatlarla bırakmıştır. Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf> (Erişim tarihi: 01.03.2018).

¹⁰² Gürbüz Usluel, 2009, **a.g.k.**, 54

¹⁰³ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 43; Kaya, 2012, **a.g.k.**, 34; Kollektif şirket ortaklar arasında sıkı kişisel işbirliğini gerektiren bir ticaret şirketi türüdür. Bu sebeple ortaklar *şirketin iş sırlarına* vâkıf olabilir. R. Poroy, Ü. Tekinalp, E. Çamoğlu (2019). *Ortaklıklar hukuku I* (14. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 236.

¹⁰⁴ A. Kaya (2001). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin bilgi alma hakkı*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 265-266; E. Kalender (2017). *Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 90; Aytaç, 1979, **a.g.k.**, 187.

¹⁰⁵ R. Karasu (2004). Limited şirketlerde idare yetkisi olmayan ortakların şirketle rekabet etme yasağı. *Batider*.22(3), s. 154; E. B. Demirayak (2018). Limited şirketlerde ortakların şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü. *Ankara Barosu Dergisi*. 2018 (3), s. 31.

¹⁰⁶ H. Pulaşlı (2017). Şirketler hukuku genel esaslar (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi. 643; Ö. Ayan (2013). Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinin sonuçları. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 170.

amaçla birleşecek veya devralınacak şirketlerin inceleme neticesinde elde edilen bilgileri şirket sırrıdır. Finansal bilgiler, işletme çalışma esasları, devam eden sözleşme ilişkileri, payların dağılımı ve şirket defterindeki kayıtlar da sır kapsamında yer alır¹⁰⁷. Sayılan sırlardan, şirketin üçüncü kişilerle arasındaki bir sözleşme veya genel hükümlerden hareketle açıklamama yükümü altında olduğu sırlar mutlak şirket sırrı, mutlak sırrın dışında kalan, bizzat şirketin menfaati gereği gizli tutulması gereken sırlar ise, nisbi şirket sırları olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁸.

Şirket sırrını saklama yükümlülüğüne yönetim kurulu üyeleri ve müdürler tâbidir. Kollektif şirket ortaklarının sadakat ve sır saklama yükümlülüğüne dair açık bir hüküm bulunmamakla birlikte Çamoğlu, TTK. m. 245'te yer alan haklı sebeple şirketin feshi sebepleri ve TTK m. 230'da yer alan rekabet yasağının, kollektif şirket ortakları için sadakat ve sır saklama yükümlülüğüne işaret ettiğini söylemektedir¹⁰⁹.

Anonim şirket pay sahipleri bakımından da sadakat yükümlülüğü bulunmadığı genellikle benimsenmekle birlikte¹¹⁰ ¹¹¹, pay sahipleri genel kurulda yönetim kurulundan bilgi alma talebinde bulunabilir. Bu talep, istenilen bilgi verildiği takdirde *şirket sırlarının* açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir (TTK m. 437 f. 3). Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı

¹⁰⁷ Ayan, 2013, a.g.k., 171.

¹⁰⁸ Kaya, 2001, a.g.k., 267.

¹⁰⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2019, a.g.k., 236.

¹¹⁰ Doktrinde Tekinalp, Teoman, Pulaşlı ve Akın pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün bulunmadığını söylemektedir. R. Poroy, Ü. Tekinalp, E. Çamoğlu (2017). *Ortaklıklar hukuku II* (13. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 98; Ö. Teoman (1983). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin oy hakkından yoksunluğu*. Ankara BTHAE yayınları, s. 13. Pulaşlı, 2017, a.g.k., 643; M. Y. Akın (2002). *Şirketler hukukunda ve özellikle A.Ş.'lerde pay sahibinin sadakat borcu*. İstanbul: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, s.183; Aynı yönde, T. Bozkurt (2019). *Şirketler hukuku*. Ankara: Legem Yayıncılık, s. 534; H. Bahar Sayın (2015). *Pay sahibi haklarının korunması kapsamında anonim şirket yönetim kurulu kararlarının butlanı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 134; Nomer, pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün, şirket ile pay sahipleri arasındaki ve aynı zamanda pay sahiplerinin kendi aralarındaki şirket ana sözleşmesine dayanan hukuki ilişkiden doğduğunu ifade etmektedir. Böylece pay sahibinin sorumluluğunun kaynağı da, borca aykırılık hükümleri olacaktır. F. Nomer (1999). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin sadakat yükümlülüğü*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. s.114.

¹¹¹ Dolu, anonim şirket pay sahiplerinin sadakat yükümlülüklerinin bulunmadığını ve kendilerinin şirket sırrını saklamakla yükümlü olmadıklarını ifade etmektedir. Yazar'a göre, sırrı açıklayan pay sahibi için, sırrın saklamasına dair hükümlerin değil, TMK m. 2'de yer alan hakların sakınarak kullanılması ilkesinin esas alınması gerekmektedir. A.M. Dolu (2017). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 139; Oysa TTK m. 437/4 çerçevesinde, pay sahiplerinin, sınırlı da olsa defter ve yazışmalardan öğrendikleri şirket sırlarını açıklamama yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi hâlinde, meydana gelen zararın tazmini için kıyasen TTK. m. 527 hükmü uygulanabilir. Pulaşlı, 2018, a.g.k., 1994.

gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir (TTK m. 437 f.4). Bu kapsamda öğrenilen tüm bilgilerin saklanması gerekmektedir¹¹². Hatta pay sahipliği sıfatı sona ermiş olsa dahi, sır saklama yükümlülüğü devam etmektedir. Bu yükümlülüğün ihlalinde, görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, şirket sırlarını açıklamaları durumunda, şirketin maddi ve manevi zararını tazmin etmeleri gerektiğini düzenleyen TTK. m. 527 hükmü uygulanabilir¹¹³.

TTK'nın anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin “özen ve bağlılık (sadakat) yükümlülüğünü” düzenleyen 369 maddesinin birinci fıkrası kapsamında¹¹⁴; üyelerin “görüşmelere katılma (TTK m. 393), ortaklıkla işlem yapma, şirkete borçlanma (TTK m. 395) ve rekabet (TTK m. 396) yasakları sayılmaktadır. Ayrıca sadakat yükümlülüğü sır saklamayı da içermektedir¹¹⁵.

Sır saklama yükümlülüğü genel olarak, yönetim kurulu üyesinin görevi gereği öğrendiği bilgileri, üçüncü kişilere açıklamayacağı anlamına gelmektedir¹¹⁶. Şirket evraklarının yönetim kurulu üyelerince üçüncü kişilere verilmemesi veya incelettilmemesi gerekir. Şirket evraklarının gerektiğinde alınarak kopyalarının saklanması ise mümkündür. Ancak özen sorumluluğu gereği, bu kopyalarda yer alan bilgilerin korunması için zorunlu tüm tedbirler alınmalıdır^{117 118}. Yönetim kurulu

¹¹² M. Bahtiyar (2019). *Ortaklıklar hukuku* (13. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s.295.

¹¹³ Pulaşlı, 2018, **a.g.k.**, 1994; Pulaşlı, 2017, **a.g.k.**, 643.

¹¹⁴ TTK m.369 f.1’de yer alan; “yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar” hükmü anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenlemektedir.

¹¹⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2019, **a.g.k.**, 425; Ü. Tekinalp (2015). *Sermaye ortaklıklarının yeni hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 280; İ. Kırca, F. H. Şehirali Çelik, Ç. Manavgat (2013). *Anonim şirketler hukuku. c.1. temel kavram ve ilkeler, kuruluş, yönetim kurulu*. Ankara: BTHAE yayınları, s. 664; M. Helvacı (1995). *Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 67.

¹¹⁶ H. Pulaşlı (2018). *Şirketler hukuku şerhi* (3. Baskı). C.2. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1538-1539.

¹¹⁷ Korkut yönetim kurulu üyelerinin şirkete ait belgelerin kopyalarını alabileceğini şu gerekçelerle açıklamaktadır: “...Yönetim kurulu üyelerinin şirkete ait belgeleri kopyalayarak saklamalarında, anonim şirketin sırlarının korunması menfaatiyle, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında kendilerini savunmak menfaatleri çatışmaktadır. Elbette şirketin sırlarının saklanması menfaatine öncelik tanımamak gerekir. Zira üyenin kazanç payını kısmen alması örneğinde olduğu gibi, yönetim kurulunda hak iddia edilebilmesi için bazı belgelerin üyede kalması gerekebilir. Bu noktada önem arz eden husus, saklanan belgenin üçüncü kişilere açıklanmaması ve şirketin zarara uğramasıdır. Üstelik yönetim kurulu kararı, üye bakımından fikri mülkiyet eserine benzetilebilir. Çünkü kararın altında üyenin imzası bulunmakta ve kararda emeği bulunmaktadır. Son olarak, yönetim kurulu üyelerinin ağır hukuki sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sebeple, ileride çıkabilecek bir uyuşmazlıkta kullanmak üzere belgelerin kopyalarını alabilmelerinde sakınca yoktur. Fakat söz konusu belgelerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi için, özen sorumluluğu gereği, zorunlu tüm tedbirler alınmalıdır...” Ö. Korkut (2006). Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesinin şirkete ait belgelerin kopyasını alma yetkisi.

üyeleri, görev süresi sonunda şirketle ilgili belgeleri iade etmelidir¹¹⁹. Hangi bilgilerin sır saklama yükümlülüğünün kapsamına gireceği duruma göre ve şirketten şirkete değişeceğinden, bir liste vermek yerine, “açıklanması hâlinde şirketin zarara uğramasına neden olabilecek her türlü bilginin” sır saklama yükümlülüğünün kapsamına girdiği söylenebilir¹²⁰. Sır saklama yükümlülüğü, üyelerin görev süresi sona erdikten sonra da devam eder¹²¹.

Denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve *sır saklamakla* yükümlüdür. Bu kişiler faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan “*iş ve işletme sırlarını*”¹²² izinsiz olarak kullanamazlar (TTK m. 404 f.1). 404. madde hükmü saklı kalmak üzere, görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyen denetçilerin elde ettikleri veya verilen bilgilerden öğrendikleri “*iş ve işletme sırlarını*” açıklamaları yasaktır. Aksi hâlde şirketin maddi ve manevi zararını tazmin ederler (TTK m. 527 f.1)¹²³.

Benzer şekilde TTK m. 613 f.1’de¹²⁴, limited şirket ortaklarının “*şirket sırlarını*” korumakla yükümlü olduğu hükmü bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü, geniş

EÜHFD.10(3-4), s. 521-531; Aynı yönde Kalender, 2017, **a.g.k.**, 96; Aksi yönde görüş için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2019, **a.g.k.**, 425; Ayan, 2013, **a.g.k.**, 171.

¹¹⁸ BDDK eski başkanının evinde yapılan aramada, görev süresi boyunca imzaladığı yaklaşık 7.000 kararın fotokopisine ulaşılmıştır. Eski başkan, söz konusu evrakları, kendisine karşı açılacak muhtemel bir sorumluluk davası için aldığını, dava sırasında bu evrakların Kurum’dan alınmasının zor olacağını ileri sürmüştür. bkz. <http://www.milliyet.com.tr/2003/11/13/ekonomi/aeko.html> (Erişim tarihi: 16.03.2019); Konuyla ilgili olarak Pulaşlı görüşünü şu şekilde açıklamaktadır: “...bu durum, ülkemizde kamu kurumlarında üst düzeyde yöneticilik yapmanın ne kadar riskli olduğu bir yana, görevden ayrıldıktan sonra da, kişilerin ispat olayı açısından “hukuki güven” içinde olmadıkları gerçeğini açıkça yansıtmaktadır...” Pulaşlı, 2018, **a.g.k.**, 1539.

¹¹⁹ Korkut, 2006, **a.g.k.**, 527.

¹²⁰ A. Kortunay (2015). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre anonim şirketlerde yönetim kurulu ve üyelerin bilgi edinme hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 206-207.

¹²¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2019, **a.g.k.**, 425; Pulaşlı, 2018, **a.g.k.**, 1539; Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), 2013, **a.g.k.**, 664.

¹²² “İş ve işletme sırları” ifadesi, şirketin veya üçüncü kişilerin iş ve işletmesiyle ilgili her türlü sır, özellikle ticari kararları da içermektedir. Z. Başer Doğan (2018). *Türk ve Alman hukukunda anonim şirketlerde denetçinin sır saklama yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 92.

¹²³ Sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açılacak davada şirket, denetçinin kusurlu olduğunu ispat etmelidir. Başer Doğan, 2018, **a.g.k.**, 101.

¹²⁴ TTK m. 613 hükmü şöyledir: “Ortaklar, şirket sırlarını korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz. (2) Ortaklar, şirketin çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunamazlar. Özellikle, kendilerine özel bir menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemler yapamazlar. Şirket sözleşmesiyle, ortakların, şirketle rekabet eden işlem ve davranışlardan kaçınmak zorunda oldukları öngörülebilir. (3) Müdürler hakkında rekabet yasağı öngören 626 ncı madde hükümleri saklıdır. (4) Geri kalan ortakların tümü yazılı olarak onay verdikleri takdirde, ortaklar, bağlılık yükümlüne veya rekabet yasağına aykırı düşen faaliyetlerde bulunabilirler. Esas sözleşme birinci cümledeki onay yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir”.

anlamda bağıllık yükümlülüğünün içindedir ve fakat farklı özellikler taşıdığı için, ayrıca düzenlenmiştir¹²⁵. Sır saklama yükümlülüğü bağıllık yükümlülüğünden farklı olarak, şirket sözleşmesi veya genel kurul kararıyla kaldırılamaz¹²⁶.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde, şirketin uğradığı zararın tazmini gerekir. Tazminata hükmedilebilmesi için, bu eylemin şirkete maddi veya manevi bir zarar vermesi gerekmektedir. Ancak, eylemin ortağa menfaat sağlaması önem arz etmez¹²⁷. Ayrıca TTK m. 640 f. 3 uyarınca haklı sebep oluşturuyorsa, ortağın şirketten çıkarılması mümkündür¹²⁸.

Limited şirketlerde, sır saklama yükümlülüğü müdürler için de geçerlidir. Zira, TTK'nın 626¹²⁹ maddesinin 3. fıkrası hükmü, ortakların sır saklama yükümlülüğüne dair TTK m. 613'e yollama yapmaktadır. Özetle şirket sırrının hukuka aykırı olarak açıklanmasıyla, bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında şirketin maddi ve manevi zararının tazmini ile ortağın şirketten çıkarılması gibi hukuki yaptırımlar uygulanabilir.

Ceza yaptırımları konusunda ise, içerden öğrenenlerin (insider)¹³⁰ ticareti yasağına ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) "bilgi suistimali başlıklı" 106. maddesi hükmü uygulanır. Sözü edilen hüküm uyarınca, içerden öğrendikleri bilgileri¹³¹ kendilerine veya başkalarına menfaat sağlamak suretiyle açıklayan yöneticiler ve pay sahipleri, iki yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla

¹²⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2017, a.g.k., 465; Aynı yönde, O. H. Şener (2019). *Teorik ve uygulamalı ortaklıklar hukuku*. Ankara: Seçkin yayıncılık, s. 716.

¹²⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2017, a.g.k., 465; Aynı yönde, O. H. Şener (2019). *Teorik ve uygulamalı ortaklıklar hukuku*. Ankara: Seçkin yayıncılık, s. 716.

¹²⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2017, a.g.k., 465.

¹²⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2017, a.g.k., 465; F. Bilgili ve E. Demirkapı (2018). *Şirketler hukuku dersleri* (6. Baskı). Bursa: Dora yayınları, s. 481.

¹²⁹ TTK m. 626 hükmü şöyledir: "Müdürler ve yönetimle görevli kişiler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle yükümlüdürler. 202 ilâ 205 inci madde hükümleri saklıdır. (2) Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir. (3) Müdürler de ortaklar için öngörülmüş bulunan bağıllık borcuna tâbidir".

¹³⁰ İçeriden öğrenen (insider); şirket içindeki görevi sebebiyle gizli nitelikteki bilgileri edinen ve bu bilgileri kendisine veya üçüncü kişiye menfaat sağlamak için borsa içi veya dışı işlemlerde kullanan kişidir. M. Bahtiyar (2019). *Sermaye piyasası hukukuna giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 79-80; Ü. Tekinalp (1986). İçeriden öğrenenlerin ticareti sorunu. *Maliye ve İktisat Dergisi*. 33(9), s. 310; A. Turanboy (1990). *İnsider Muameleleri, Şirkete Ait Bilgilerin Gizli Kullanımı*. Ankara: BTHAE Yayınları, s.44; A. H. Evik ve V. S. Evik (2005). İçeriden öğrenenlerin ticareti suçu. *İÜHFİM*. LXIII(1-2), s. 7; Bağrıaçık, 2017, a.g.k., 130.

¹³¹ Bu bilgiler herkes tarafından bilinmeyen, şirketin mali durumunu ve piyasadaki itibarını etkileyebilecek derecede önemli, şirkette bazı kişilerin özel konumları sebebiyle öğrendikleri bilgileri kapsamaktadır. Şirketin yeni bir ürün satışına başlayacak olması, yeni bir iş ortaklığı, yöneticilerin pozisyonundaki önemli değişiklikler, şirket devralması ve birleşme projeleri söz konusu bilgilere örnek olarak verilmektedir. Ayan, 2013, a.g.k., 164-165.

cezalandırılır. Ancak, bu suçtan dolayı adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde, verilecek ceza elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.

2.4. Mesleki Sır

Mesleki sır; bir kanun hükmünün aksini emrettiği hâller dışında, açıklanmaması gereken, mesleklerin veya güvene dayalı mesleki faaliyetlerin sağladığı avantaj nedeniyle öğrenilmiş olan sırdır¹³².

Mesleki sır saklama yükümlülüğünün kapsamı, mesleki faaliyetlerin tamamı için aynı değildir. Her mesleğin konusu ve niteliği, kanunla ve sırra biçim veren teamüllerle belirlenmiştir. O hâlde, farklı varoluş nedeni ve ayrımları olan mesleki sır türlerinden bahsetmek mümkündür¹³³. Örneğin bir mesleki faaliyet, bankacılık alanında olduğu gibi, çeşitli hizmetlerle müşterilere ve müşterilerle ilgili üçüncü kişilere ait sırları öğrenmeye elverişli olabilir. Banka çalışanı, müşterinin finansal durumu, gerçekleştirdiği işlemler ve ticari ilişkilerinin bulunduğu üçüncü kişilerin isimleri gibi bilgilere sahip olabilir¹³⁴.

İsviçre ve Fransız hukukunda, mesleki faaliyeti dolayısıyla gizli nitelikteki bilgilere erişim hakkının olması, bankanın mesleki sır saklama yükümlülüğü ile bağlılığını gerekli kılar. Bu sebeple, doktorlar, eczacılar, avukatlar noterler gibi, bankalar da, mesleklerine duyulan güven nedeniyle sırrı öğrenenler olarak, mesleki sırrı saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali, meydana gelen zararın tazmini gibi hukuki yaptırımlar ile ceza yaptırımlarının ve idari yaptırımların uygulanmasına neden olur¹³⁵.

Gerçekten Fransız hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün temel düzenlemesi olan, 4.12.2000 tarih ve 2000-2013 sayılı Para ve Finans Kanunu'nun (CMF)¹³⁶ L. 511-33. maddesinin başlığı mesleki sırdır (secret professionnel). Madde metninde de müşteri sırrı (secret bancaire) kavramı yer almamakla birlikte, mesleki sır saklama yükümlülüğünün konusunun bankanın müşterilerine ait sırları olduğu ve

¹³² G. Cornu (2014). *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, s. 947-948.

¹³³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, s.29.

¹³⁴ Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 30; A. Sacker (1933). *Le secret professionnel du banquier*. Paris: Ed. Rousseau, s. 20; R. Farhat (1980). *Le secret bancaire: étude de droit comparé (France, Suisse, Liban)*. Paris: LGDJ, s. 85.

¹³⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 10; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, s.27.

¹³⁶ bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026> (Erişim tarihi: 19.04.2019).

müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün, mesleki sır saklama yükümlülüğünün özel bir türü olduğu kabul edilmektedir¹³⁷.

Benzer şekilde, İsviçre hukukunda müşteri sırrına ilişkin temel düzenleme olan LB art. 47’de; müşteri sırrı (secret bancaire) kavramı yerine, mesleki sır (secret professionnel) kavramı yer almaktadır. Fakat müşteri sırrının mesleki sırrın bir türü olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır¹³⁸.

Türk hukukunda mesleki sır; mesleki çalışmalar sonucunda elde edilen, öğrenilen ve açıklanmaması gereken bilgiler olarak tanımlanmaktadır¹³⁹. Mesleki sır niteliğinde olan bilgiler, hekimlik¹⁴⁰, avukatlık¹⁴¹, noterlik¹⁴² veya bankacılık¹⁴³ faaliyeti neticesinde elde edilmiş olabilir¹⁴⁴. Söz konusu faaliyetlere ilişkin olarak mesleki sırrın açıklanmaması yükümlülüğü mesleğe dair özel kanunlarda düzenlenmiştir. Ayrıca İş Kanunu’nun 25/2-e maddesine göre; sırrın açıklanması iş akdinin derhal feshi için haklı sebep oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun 239. maddesinde, “ticari sır, müşteri sırrı ve bankacılık sırrının açıklanması” fiili suç sayılmış ve aynı maddede suça dair yaptırımlara yer verilmiştir.

Mesleki sırrın açıklanmasının, gerek hukuki yaptırımlara, gerekse ceza yaptırımlarına tâbi olmasının nedeni, meslek sahiplerinin görevlerini yerine getirebilmek için, söz konusu bilgileri talep etmeleri, sır sahiplerinin ise, sırrın

¹³⁷Alavi, 2017, **a.g.k.**, 10; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 31; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 11.

¹³⁸ P. Bernasconi (2011). Secret bancaire et autres secrets professionnels selon les nouveaux codes suisse de procédure pénale et civile. *Les enjeux juridiques du secret bancaire*. Genève: Schulthess, s. 52; A. Rappo (2002). *Le secret bancaire, sa portée dans le temps, dans l’espace et dans les groupes de sociétés*, Berne: Staempfli, s.110; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 43.

¹³⁹ Usluel, 2009, **a.g.k.**, 49; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 3; R. Atabek (1982). Banka sırrı. *Batider*. 11(4). s. 97; Donay, 1978, **a.g.k.**, 7.

¹⁴⁰ Hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne dair temel hukuki düzenlemeler arasında, Medeni Kanun’un kişiliğin korunmasına dair hükümleri, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 20,21,23 maddeleri ve hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 9. maddesi sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Törenli Çakıroğlu (2010). Hekimin borçlarından özel olarak sır saklama borcu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.12(2), s. 165-168.

¹⁴¹Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesinde; avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmalarının yasak olduğu düzenlenmiştir. Kanun için bkz. 07.04.1969 tarih ve 13168 sayılı RG.

¹⁴² Noterlik Kanunu’nun 54. maddesinde; noter ve noterlik kâtiplerinin, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği hâller dışında açıklayamayacakları hükme bağlanmıştır. Kanun için bkz., 05.02.1972 tarih ve 14090 sayılı RG.

¹⁴³ bkz., aşağıda, 7.1.3. altındaki açıklamalar.

¹⁴⁴ Sulu, 2016, **a.g.k.**, 20; Usluel, 2009, **a.g.k.**, 49-50.

Bilişim, Veri Kayıt Sistemi ve Özgürlüklere İlişkin Kanun'un 2. maddesine göre kişisel veri; *"bir kimlik numarası veya başkaca unsurlarla doğrudan veya dolaylı olarak bir gerçek kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgidir"*. Maddeden de anlaşılacağı üzere, Avrupa Birliği Direktifleri ile Tüzüğü'ne uygun olarak Fransız hukukunda da, yalnızca gerçek kişilere ait kişisel veriler korunmakta ve tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunmasına yönelik bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır¹⁵³.

Kanun'un 1. maddesinde, "...bilişim yoluyla insanın kimliğine, insan haklarına, özel hayatına, kişisel veya kamusal haklarına saldırı gerçekleştirilemez..." hükmü yer almaktadır. Böylece kişilerin özel hayatının korunması amacıyla yönelik olarak, kişisel verilerin üçüncü kişilere açıklanması yasaklanmıştır. Bu bağlamda Kanun'un 37 vd. maddelerinde veri sorumlusunun kişisel verilerin korunması için alması gereken önlemler ile kişisel verilerin üçüncü kişilere açıklanmaması yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ayrıca ceza yaptırımlarına ilişkin olarak Kanun'un 44. maddesinin, CP art. 226-13'e atıf yapması sebebiyle, belirtilen maddede yer alan ceza yaptırımları uygulanır¹⁵⁴.

Söz konusu düzenlemelerin, kişisel verileri toplayan ve işleyen tüm gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanabilir olması, müşterilerine ait verileri toplayan bankalar için de uygulanabileceği sonucunu doğurur. Bu düşünce, Kişisel Verileri Koruma Komisyonu'nun aldığı kararlarda açıkça görülmektedir. Komisyon, hesap açma-kapatma, kredi işlemleri, yatırım işlemleri gibi banka işlemleri sebebiyle öğrenilen bilgilerin gizli nitelikte olduğunu belirtmiştir¹⁵⁵.

Ayrıca Rennes İstinaf Mahkemesi 13.01.1992 tarihli kararında¹⁵⁶, dokuz yüz kişinin bulunduğu müşteri listesinden, kredibilite açısından risk grubunda yer alan kişilerin iletişim bilgilerini, üç yüze yakın tacire veren banka çalışanının, saklamakla yükümlü olduğu sırrı açıklamış olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme banka çalışanı hakkında, mesleki sır saklama yükümlülüğüne dair CP art. 378'de yer alan ceza

lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN (Erişim tarihi: 26.07.2018)

¹⁵³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 126-127; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 49.

¹⁵⁴ CP. art. 226-13 hükmü şöyledir: *"Bir durum, meslek, sürekli veya geçici görev nedeniyle gizli nitelikteki bilgileri saklayan, söz konusu bilgileri açıklarsa, bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır"*. CP art. 226-13'te düzenlenmiş olan yaptırımların uygulanması için, fiilin kusur ile işlenmesi yeterli değildir, fiil "kasten" işlenmiş olmalıdır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 124.

¹⁵⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 125-126; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 48-49.

¹⁵⁶ Cour d'appel de Rennes, 13.01.1992, Juris-Data. n:1992-042488

yaptırımının uygulanmasına da karar vermiştir. Aynı kararda, 06.01.1978 tarihli Kanun'un eski 29. ve 42. maddelerinde düzenlenen veri güvenliğini sağlama yükümlülüğünün ihlal edildiğine ve eski 43. maddede¹⁵⁷ düzenlenen -özel hayata veya itibara saldırı niteliği taşıyacak şekilde kişisel nitelikli verilerin üçüncü kişilere açıklanması sebebiyle- ceza yaptırımlarının uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir¹⁵⁸.

İsviçre hukukunda Medeni Kanun'un (CCS)¹⁵⁹ kişiliğin korunmasına dair hükümlerinin kişisel verilerin korunması alanında yeterli olmaması nedeniyle, 19.06.1992 tarihinde "Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanun"¹⁶⁰ (LPD) kabul edilmiştir¹⁶¹. LPD gerçek ve tüzel kişilerle ilgili¹⁶² verilerin¹⁶³ özel¹⁶⁴ veya Federal kurumlarca¹⁶⁵ işlenmesini düzenlemektedir. İsviçre hukukunda Fransız hukukundan farklı olarak, tüzel kişilere ait veriler de, Kanun kapsamında yer alarak korunmaktadır.

Ayrıca özel hukuk kişileri ve Federal Kurumlar, veri güvenliğinin sağlanması için, gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür (LPD art. 7 al.1). Bankalar, veri erişiminin kontrolü, şifreleme ve yangına karşı koruma gibi tedbirler ile veri güvenliğini sağlamalıdır¹⁶⁶.

LPD art. 1'de; Kanun'un amacının, verilerin işlenmesi nedeniyle kişiliğin ve temel hakların korunması olduğu belirtilmiştir. Bu yönüyle LPD hükümleri; CCS. art 27-28 ile güvence altına alınmış olan kişiliğin korunması hükümlerinin, kişisel veriler alanındaki doğal uzantısı olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷. Kişisel veriler ile kişilik hakları arasındaki bağlantı, LPD art. 12 al. 2'den de açık şekilde anlaşılmaktadır. Maddeye göre; hassas verilerin¹⁶⁸ veya kişilik profillerinin¹⁶⁹ haklı neden olmaksızın açıklanması kişilik haklarına aykırılık teşkil eder. Üstelik LPD art. 35 al. 1'de açık şekilde verilerin

¹⁵⁷ Bu madde 2004 yılında yapılan değişiklik ile CP art. 226-22'ye dâhil edilmiştir.

¹⁵⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 126.

¹⁵⁹ RS, 210.

¹⁶⁰ R.S. 235.1.

¹⁶¹ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 16.

¹⁶² LPD art. 3b'ye göre; "ilgili kişi" kişisel verisi işlenen gerçek veya tüzel kişidir.

¹⁶³ LPD art. 3a'ya göre; "kişisel veri" bir kişinin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılan her türlü bilgidir.

¹⁶⁴ Söz konusu düzenlemeler, LPD art 12 ve LPD art. 15 arasında bulunmaktadır.

¹⁶⁵ Söz konusu düzenlemeler, LPD art. 16 ve LPD art 25^{bis} arasında bulunmaktadır.

¹⁶⁶ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 16.

¹⁶⁷ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 16; Rappo, 2002, **a.g.k.**,

¹⁶⁸ LPD art 3'e göre; 1) kişilerin din, felsefe, politika, sendikalara dair düşünce ve aktiviteleri, 2) sağlık, mahrem alanı, ırkı 3) sosyal yardım tedbirleri 4) idari soruşturma, ceza soruşturması ve cezalara dair verileri hassas kişisel verilerdir.

¹⁶⁹ LPD art 3'e göre; kişilik profilleri, bir gerçek kişinin temel kişilik niteliklerinin değerlendirilmesini sağlayan veri topluluğudur.

üçüncü kişilere açıklanması yasaklanmaktadır. Madde gereğince; gizli ve hassas nitelikteki veriler ile kişilik profillerini mesleki faaliyeti sebebiyle öğrenen kişi, hukuka aykırı şekilde ve kasten bu bilgileri açıklarsa, şikâyet üzerine hapis veya para cezası ile cezalandırılır¹⁷⁰. Mesleki faaliyeti dolayısıyla öğrenmiş olduğu gizli nitelikteki bilgileri açıklayan banka çalışanı söz konusu hükme tâbidir. Fakat müşterinin onayının, üstün nitelikli kamusal veya özel yararın olması durumunda (LPD. art 12 al. 3 ve art. 13) kişilik haklarına yönelik bir saldırıdan bahsedilmesi mümkün değildir.

Türk hukukunda da kişisel verilerin korunmasının özel hayatın gizliliğinin korunmasıyla ilgili olduğu kabul edilmektedir¹⁷¹. Kişisel verilere dair temel kanun ise¹⁷², 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)'dur¹⁷³.

Kanun'un 3. maddesinin d bendinde; kişisel veri "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi¹⁷⁴ olarak tanımlanmıştır. Tanımdan anlaşılacağı üzere, Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da, kişisel verilerin korumasından yararlananlar, yalnızca gerçek kişilerdir. Tüzel kişilere ait olan bilgiler için, ticari sırların korunmasıyla ilgili kanun hükümleri uygulanır¹⁷⁵.

Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hâle getirilmesini

¹⁷⁰ Maddeden anlaşılacağı üzere, ceza yaptırımlarının uygulanabilmesi için fiilin kasten işlenmesi olması gerekmektedir. Oysa LB. art. 47'de yer alan müşteri sırrının saklanması ilişkin hükümlerde, fiilin kasten işlenmiş olması ve şikâyet şartı aranmamaktadır.

¹⁷¹ E. Küzeci (2019). *Kişisel verilerin korunması* (3. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 279; M. V. Dülger (2019). *Kişisel verilerin korunması hukuku*. İstanbul: Yaylacık Matbaası, s. 96; H. M. Develioğlu (2017). *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile karşılaştırmalı olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca kişisel verilerin korunması hukuku*. İstanbul: On İki Levha yayıncılık, s. 15; F. G. Taştan (2017). *Türk sözleşme hukukunda kişisel verilerin korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 25.

¹⁷² Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasıyla ilgili kanuni düzenleme, 2016 yılında yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu olmakla birlikte, Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesine 2010 yılında eklenen fıkra ile, konuya dair anayasal güvence sağlanmıştır. Anayasa'nın 20. maddesi 3. fıkrası şu şekildedir: "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir". Belirtilen hükmün, kişisel verilerin sınırlanması şartları ve kişisel verilerin işlenmesini denetleyen bağımsız organı düzenlemediği için eksik olduğu ifade edilmiştir. İ. Korkmaz (2016). *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hakkında bir değerlendirme. Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2016 (124), s. 83.

¹⁷³ RG. 07.04.2016 tarih 29677 sayı.

¹⁷⁴ Bilgi ve veri kavramları, kişisel veriler açısından çoğu kez birbirinin yerine kullanılmaktadır. Veri, işaretler, harfler, semboller yahut rakamlarla ifade edilen, ham, işlenmeye hazır gerçekler veya izlenimlerdir. Bilgi ise, verilerin anlamlı bir biçime getirilmek üzere, analiz edilerek işlenmesiyle ulaşılan sonuçlardır. H. C. Aksoy (2010). *Medeni hukuk ve özellikle kişilik hakkı yönünden kişisel verilerin korunması*. Ankara: Çakmak Yayınevi, s.11; Küzeci, 2019, **a.g.k.**, 10-11.

¹⁷⁵ Çiftçioğlu, 2017, **a.g.k.**, 70.

ifade eder¹⁷⁶. İsim, telefon numarası¹⁷⁷, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler, dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmek¹⁷⁸ özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir¹⁷⁹. Bu bağlamda, ses tanıma sistemi bulunan bir bankanın çağrı merkeziyle yapılan konuşmalar da, kişinin sesi onun kimliğini belirleyeceğinden kişisel veri kabul edilir¹⁸⁰.

Kişisel veri, belli bir kişinin kimliğine, etnik kökenine, dış görünüşüne veya finans, sağlık, öğrenim, istihdam durumuna ilişkin olabilir¹⁸¹. Kişilerin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler kişisel veridir. Bununla birlikte, kişilerin yerleşim yerine, iletişim ve banka kartı bilgilerine¹⁸², kişisel düşünce, inanç, internet kullanımına dair bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilmektedir¹⁸³.

Bir verinin kişisel veri olarak nitelendirilmesinde, verinin öznel veya nesnel olması arasında fark bulunmaz¹⁸⁴. Kişilerin kan grubu, T.C. kimlik numarası, ayakkabı

¹⁷⁶ Gerçek kişi ile ilişkilendirilemeyen veriler anonim veri olarak nitelendirilmektedir (KVKK m. 3/1-b). Örneğin, bir süpermarketteki günlük meyve ve sebze satışlarına dair bilgiler sadece sipariş ve ciro kontrolü için takip edildiğinde, anonim veridir. Ancak söz konusu veriler, müşteri alım alışkanlıklarını tespit etmek için kullanılıyor ve belirli kişilerle ilişkilendiriliyorsa, kişisel veridir. Ş. İ. Aşikoğlu (2018). *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda kişisel verilerin korunması ve büyük veri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 11.

¹⁷⁷ Abonelerin özellikle cep telefonu bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılması sorununun çözümü için, 05.11.2008 tarih ve 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu”nun 56. maddesiyle bir düzenleme yapılarak, abone ve cihaz kimlik bilgilerinin güvenliği sağlanmaya çalışılmıştır. Kanun’un söz konusu hükmüne göre; abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler ile cihazların elektronik kimlik bilgilerini taşıyan her türlü yazılım, kart, araç veya gereç yetkisiz ve izinsiz olarak kopyalanamaz, muhafaza edilemez, dağıtılamaz, kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla kullanılamaz. Ayrıca, 23.10.2014 tarih ve 6563 sayılı “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”un 6. maddesi müşterilere izinsiz elektronik ileti ve spam gönderilmesini yasaklamakta ve 10. maddesi ise, elektronik ticaret sırasında elde edilen kişisel verilerin saklanması ve güvenliğinden hizmet sağlayıcıları ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumlu olduğunu düzenlemektedir. A. Ç. Ayözger (2016). *Kişisel verilerin korunması. Elektronik haberleşme sektörüne ilişkin özel düzenlemeler dâhil*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 99-100.

¹⁷⁸ Kişinin belirlenmesi için, diğer tanımlayıcı şartlar kullanılarak, ismin tespiti zorunlu değildir. Farklı tanımlayıcılarla kişinin ayırt edilmesi yeterlidir. Örneğin, internet trafiği izleme programları ile bilgisayar kullanıcısının tercihlerine dair bilgiler elde edilebilir. Kişinin ismi bilinmese de, bu bilgiler kişisel veridir. M. Topaloğlu (2010). İnternette kişisel verilerin korunması ve gizlilik. *PC LIFE*, 1(7), s. 160; Aşikoğlu, 2018, **a.g.k.**, 6; Develioğlu, 2017, **a.g.k.**, 37; Ayrıca bir mülteci kampında, mültecilerin kimliklerinin gizli tutulması için kendilerine verilen numaralar kişisel veridir. Develioğlu, 2017, **a.g.k.**, 34.

¹⁷⁹ Gerekçe için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2019).

¹⁸⁰ Develioğlu, 2017, **a.g.k.**, 35.

¹⁸¹ Aşikoğlu, 2018, **a.g.k.**, 5; Develioğlu, 2017, **a.g.k.**, 37.

¹⁸² Aşikoğlu, 2018, **a.g.k.**, 6.

¹⁸³ Aşikoğlu, 2018, **a.g.k.**, 6; Develioğlu, 2017, **a.g.k.**, 37.

¹⁸⁴ Aksoy, 2010, **a.g.k.**, 8; Ayözger, 2016, **a.g.k.**, 8; Taştan, 2017, **a.g.k.**, 41.

numarası¹⁸⁵ veya üçüncü kişilerle yaptığı telefon görüşmelerine dair dökümü gibi¹⁸⁶ ölçülebilen veya belirli objektif olguları içeren nesnel bilgiler kadar, dürüstlük veya ahlâklı olmak gibi sübjektif değerlendirmeler de kişisel veridir¹⁸⁷. Fakat istatistiki bilgi niteliğindeki veriler kişisel veri kapsamına girmemektedir. Zira istatistiki bilginin ilgili olduğu kişilerle ilişkilendirilmesi olanaklı değildir¹⁸⁸.

KVKK'da, kişisel veri ile özel nitelikli kişisel veri ayrımı yapılmaktadır. Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik¹⁸⁹ ve genetik verileri¹⁹⁰ “özel nitelikli kişisel veridir” (KVKK. m. 6 f.1). Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (KVKK. m. 6 f.2).

KVKK m. 3'te, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişinin veri sorumlusu olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddede, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi ise veri işleyen olarak tanımlanmıştır. Verilerin işlenmesinin usul ve esasları 4 ila 9. maddeler arasında, veri güvenliğini sağlama yükümlülüğü 12. maddede ve yükümlülükler aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımlar 17. ve 18. maddelerde düzenlenmiştir. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımlar bakımından KVKK hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır¹⁹¹.

¹⁸⁵ Aşıkoğlu, 2018, **a.g.k.**, 8.

¹⁸⁶ Ayözger, 2016, **a.g.k.**, 8.

¹⁸⁷ Aşıkoğlu, 2018, **a.g.k.**, 8.

¹⁸⁸ Çiftçioğlu, 2017, s. 70.

¹⁸⁹ Biyometrik, kişinin fiziksel veya davranışsal özellikleriyle kimliğinin doğrulanması veya tanınmasını sağlayan bilgisayar kontrollü, otomatik sistemler için kullanılan bir kavramdır. Biyometrik yöntemlerle, kişilerin parmak izi, avuç içi izi, yüz, iris, retina, kulak, ses, imza, yürüyüş biçimi, el damarı, vücut kokusu veya DNA bilgisi şeklinde bir veya daha fazla fiziksel veya davranış karakterleriyle kimliklerinin doğrulanması ve tanınması sağlanmaktadır. A. Akgül (2015). Kişisel verilerin korunması bağlamında biyometrik yöntemlerin kullanımı ve Danıştay yaklaşımı. *TBB Dergisi*. 2015(118), s. 201.

¹⁹⁰ E. B. Demirayak (2014), Hayat ve sağlık sigortası sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılması, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 11 vd..

¹⁹¹ KVKK'da, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerin ihlalden doğan zararın tazminiyle ilgili, yani hukuki sorumlulukla ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak KVKK m. 11'de herkesin veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, KVKK m.14. f.3'te yer alan “kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır” hükmü, meydana gelen zararların tazmininde kişiliğin korunmasına dair TMK 24 ve 25. maddelerin ve TBK 53,54,56 ve 58. maddelerin uygulanmasını gerektirir. D. Gürpınar (2017). Kişisel verilerin

KVKK'nın 3. maddesinde, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanan veri sorumlusu, banka hukuku bakımından bankalardır¹⁹². Banka, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve erişilmesini önlemek ve kişisel verileri muhafaza etmek, gerekli denetimleri yapmak zorundadır. Banka ve veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri, KVKK hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar, bu yükümlülük görevden ayrılmalardan sonra da devam eder. İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusu bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir (KVKK m. 12). Veri güvenliğini sağlama yükümlülüğünü ihlal eden banka hakkında, 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari para cezasına hükmedilir (KVKK m. 18).

Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak, son derece geniş şekilde tanımlanan kişisel veriler açısından, bilginin gizli nitelikte olup olmaması arasında fark yoktur^{193 194}.

Kişisel veri ile müşteri sırrı arasında kavramsal bir benzerlik olmasına rağmen, müşteri sırrını kişisel veriden ayıran özellik, müşteri sırrının, müşteriye ait olan saklanmasında menfaatinin bulunduğu gizli bilgiler olmasıdır. KVKK'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, kişilerin isim, T.C. kimlik numarası, telefon numarası, medeni hâli, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgileri kişisel veridir. Ancak aynı bilgilerin bir müşteri tarafından bankaya verilmiş veya banka çalışanı tarafından öğrenilmiş olması durumunda, söz konusu bilgiler 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun¹⁹⁵ (BankK) 73. maddesi kapsamında müşteri sırrı olarak kabul edilecektir.

korunamamasından doğan hukuki sorumluluk. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 19 (özel sayı), s. 689; Taştan, 2017, **a.g.k.**, 178 vd.

¹⁹² M. T. Kartal (2018). Kişisel verilerin korunması: Türk bankacılık sektörü üzerine kavramsal bir değerlendirme. *Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi*, 4(1), s. 12.

¹⁹³ Aksi yaklaşım, kişilerin yalnızca gizli nitelikteki verilerinin korunması, kişisel veri koruma hukukunu kişi ve kişiliği korumaktan ziyade, sadece kişinin gizlilik alanını korumasına sebep olur ki, bu yorum kişisel verilerin korunmasının gerçek amacına aykırıdır. Taştan, 2017, **a.g.k.**, 41.

¹⁹⁴ Dülger, sır niteliğinde olan bilgilerin kişisel veri niteliğinde olmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Yazar'a göre, aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olan bir bilginin TCK m. 135-136'da belirtilen suç tiplerinin konusunu oluşturması hâlinde ise, "sırrın varlığı" dolaylı olarak korunan hukuksal değer olabilir. Dülger, 2019, **a.g.k.**, 313.

¹⁹⁵ RG 19.10.2005 tarih ve 25983 sayı.

Zira KVKK'nın kapsamında kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi yer alırken, BankK m. 73 kapsamında bankacılık faaliyeti sebebiyle edinilmiş olan gizli nitelikteki bilgiler yer almaktadır. Bankacılık faaliyeti dolayısıyla edinilen bilgilerin tümünün sır kapsamında yer aldığı görüşü benimsendiğinde, KVKK hükümlerinin ancak tamamlayıcı mahiyette hükme esas teşkil edeceği sonucuna ulaşılabilecektir¹⁹⁶. Banka, müşterilerine ait sırları hukuka aykırı olarak açıkladığında BankK m. 73'e göre sorumlu olacaktır. Fakat bu durum KVKK'nın da uygulanmasına engel teşkil etmeyecek, veri güvenliğini sağlamayan banka için Kişisel Verilerin Korunması Kurulu tarafından veri ihlalinin ilanı¹⁹⁷ gibi bazı tedbirlere ve idari para cezasına hükmedilebilecektir.

2.6. Banka Sırrı

Fransız, İsviçre hukukunda, bankanın kendisine ait olan, müşterilere veya üçüncü kişilere ait olmayan sırlarla ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bankanın kendi yararının korunmasını sağlayan, iç işleyişine dair bilgilerin "*bankanın iş sırrı*" olduğu ifade edilmektedir. Bankanın iç işleyişine dair bilgiler, yukarıda açıklanmış olan iş sırrının korunmasına dair hükümlerle korunmaktadır¹⁹⁸. Fransız ve İsviçre hukukunda,

¹⁹⁶ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 43.

¹⁹⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun, 01.03.2019 tarih ve 2019/43 sayılı Kararına konu olan veri ihlalinin, Kurumun internet sayfasında ilan edilmesine de karar verilmiştir. Veri ihlaline ilişkin ilan şu şekildedir: "...Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tarafından Risk Merkezi nezdinde bilgi güvenliğine yönelik yapılan çalışmalarda "...Bankası" çalışanının yapmış olduğu sorguların şüpheli olduğu tespit edilmiştir. Konu hakkında bilgilendirilen "...Bankası" Teftiş Kurulu, başlattığı soruşturma sonucunda 5411 sayılı BankK'nın müşteri sırrının ifşasına yönelik hükümleri çerçevesinde veri sızıntısı teşkil edebilecek unsurlar bulunduğuna yönelik kuvvetli emarelere rastlamıştır. Banka çalışanı, Ticari Nitelikli Kredi Bildirimi ve Paylaşımı (KRM) sorgusu yapamadığı halde, yetkilendirme sistemini devre dışı bırakacak bir yöntem ile yetki aşımı yaparak TBB Risk Merkezi web sitesine banka kullanıcısı olarak doğrudan erişim sağlamıştır. KRM sorgulama özet raporunda (KRM + çek rapor sorgusunun seçilmesi durumunda), sorgu yapılan firmaya ilişkin olarak; bankalar nezdindeki kredi limiti, risk ve teminatlarına ilişkin rakamsal bilgileri, firmanın kuruluş tarihi, çalışan sayısı, geçmiş döneme ilişkin ciro bilgisi, telefon ve adresi, firma sahibinin ortaklarının isimleri, ortaklık payları ve ortakların TC kimlik numaraları, ihale yasağına ilişkin notlar, firma tarafından ibraz edilen çeklere ilişkin muhtelif bilgiler (ödenen çek adedi ve tutarı, arkası yazılan çek adedi ve tutarı, son 1 ay, 3 ay ve 12 ay içinde ödenen / arkası yazılan çek adet ve tutarı, çek hesabının bulunduğu bankaların isimleri), firma sahibi ve ortaklarının firma ile ilişki durumu (kefalet/ortaklık/yöneticilik v.s.) ve firma kredi skorları bilgilerine ulaşılabildiği görülmüştür. Çalışanın, 1.172 adet gerçek kişi ticari işletmesinin KRM raporları ile adres ve telefon verilerini, ilave olarak KRM raporlarında yer alan tüzel kişilikleri oluşturan gerçek kişilere ilişkin bilgiler kontrol edildiğinde toplam 19.055 adet gerçek kişinin TCKN ve isim bilgilerini banka dışına aktardığı anlaşılmıştır....". İlan için bkz., [https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5375/Kamuoyu-Duyurusu-Veri-Ihlali-Bildirimi-ING-Bank-A-S-\(Erisim-Tarihi: 27.05.2019\)](https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5375/Kamuoyu-Duyurusu-Veri-Ihlali-Bildirimi-ING-Bank-A-S-(Erisim-Tarihi: 27.05.2019)).

¹⁹⁸ Fransız hukukunda, Alavi, 2017, **a.g.k.**, 14; Teissier, 1999, **a.g.k.** s. 18; J. Lasserre-Capdeville (2013). *Approche nationale et internationale*. Paris: Edition Revue Banque, s.15; Garinot, 2013, **a.g.k.**, 176.

müşteri sırrı kapsamında, yalnızca üçüncü kişilere veya müşterilere ait bilgiler yer alırken, bankanın iş sırları kapsamında bankaya ait bilgiler yer almaktadır.

Bir güven kurumu olan bankaların, faaliyetleri neticesinde öğrenmiş oldukları sırları saklamaları önem arz etmektedir¹⁹⁹. Zira sırların her meslekteki kadar ve hatta daha fazla özenle saklanması, bankacılık meslek ahlâkının ve geleneklerinin en önemli özelliklerinden biridir²⁰⁰. Üstelik kişilik haklarının, özellikle kişinin mahremiyet alanının korunması, sırlarının korunmasını da gerektirmektedir²⁰¹. Tüm bu sebeplerle, Bankacılık Kanunu’nun “sırların korunması” başlıklı 73. maddesinde, “banka ve müşterilere” ait sırları öğrenenlerin söz konusu sırları saklamakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Madde metninin başlık ve içeriğinden anlaşılacağı üzere, sırları saklamakla yükümlü olanlar, bankanın ve müşterilerin sırları olmak üzere iki sır türünü saklamalıdır.

Doktrinde bir görüşe göre, geniş anlamda “banka sırrının” kapsamında hem bankaya hem de müşterilere ait sırlar yer almaktadır²⁰². Tekinalp, bankalara, onların iştiraklerine, birlikte kontrol edilen ve bağlı olan ortaklıklarına ve bankaların müşterilerine ait olan sırların banka sırrı olduğunu söylemektedir. Yazar, bankanın faaliyetleri açısından bakıldığında banka sırrının, bankanın meslek²⁰³ ve işletme sırrı²⁰⁴ olduğu görüşündedir. Bağrıaçık ise, işletme sırrını iş sırrı olarak anlamanın yanlış olmayacağını ifade etmektedir²⁰⁵.

Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre ise, bankanın kendisine ait olan sırlar için “banka sırrı” müşterilerine ait olan sırlar için “müşteri sırrı” kavramını kullanmak

İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 283; G. Capitaine (1933). *La question du secret des banques en droit suisse*: Genève: Imprimerie Atar, s., 15.

¹⁹⁹A. Battal (2001). *Güven kurumu nitelendirmesi ışığında bankaların hukuki sorumluluğu*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 210-211.

²⁰⁰ Battal, 2001, **a.g.k.**, 210; Donay, 1978, **a.g.k.**, 220.

²⁰¹ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 45; A. Turanboy (2002). *Halka açık banka ve hissedarının korunması*. Ankara: BTHAE Yayınları, s.68.

²⁰² Ü. Tekinalp (2009). *Banka hukukunun esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 411; A. S. Yüksel, A. Yüksel, Ü. Yüksel (2004). *Bankacılık hukuku ve işletmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 193; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 4; F. Erem, A. Altınok, H. Tandoğan (1989). *Bankalar Kanunu Şerhi* (7. Baskı). Ankara: BTHAE Yayınları, s. 176.

²⁰³ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 411; Aynı yönde, S. Taşdelen (2015). *Bankacılık kanunu Şerhi. Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 851.

²⁰⁴ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 411; Aynı yönde Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 85.

²⁰⁵ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 45.

gerekmektedir²⁰⁶. Buradan hareketle Reisoğlu banka sırrının, bankacılık faaliyetlerini ilgilendiren, bankacılık nitelik ve niceliği taşıyan, bankanın mali gücü ve itibarı ile ilgili hususlar olduğu görüşündedir²⁰⁷. Vural’a göre banka sırrı, bankanın mali gücü ve saygınlığıyla ilgili olan her türlü banka işlem, kayıt, belge, rapor ve kararlarına ait herkes tarafından bilinmemesi gereken ve açıklanması bankanın çıkar ve saygınlığına zarar verme rizikosunu taşıyan bilgilerdir²⁰⁸. Ulusoy banka sırrını, bir anonim şirket niteliği taşıması sebebiyle özel hukuk tüzel kişisi olan ve aynı zamanda bankacılık faaliyetlerinin icra edildiği bir ticari işletme işleten olan bankanın, üçüncü kişilerle ilgili olmayan, doğrudan kendisiyle ilgili olan sırları olarak tanımlamaktadır²⁰⁹.

“Ticari Sır Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı”nın 2-b. maddesinde de banka sırrına dair tanım bulunmaktadır. Maddeye göre; “*bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri*” banka sırrıdır.

Bu bağlamda, bankanın iç işlemleriyle ilgili olan ve gizli tutulması istenen bilgiler, şifreler, yetkili mercilerin banka hakkında raporları, banka sırrının kapsamında yer alır²¹⁰. Ayrıca, bankanın mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, bankanın yönetim esasları, banka politikalarının uygulanması dâhil alınan her türlü karar da banka sırrıdır²¹¹. Bankanın kullandığı teknik yöntemler (örneğin otomasyon programları, personel ve müşteri değerlendirme yöntemleri) ile kullandığı formlar ve bankanın münferit şubelerine ve genel olarak tüm bankaya ait muhasebe verileri, bankanın kendisine ait sırlardır²¹². Özetle, bankanın tümünde veya şubelerindeki toplam mevduatı, bankanın döviz pozisyonunda bulunan döviz miktarı, mudi ve kredi müşterisi adedi, her ay bozdurulan döviz toplamı ve cinsi, bankanın ve şubenin bulunduğu

²⁰⁶ S. Reisoğlu (2015). *Bankacılık Kanunu Şerhi* (2. cilt). Ankara: Yaklaşım yayınları, s. 1498; E. Ulusoy (2013). Bankacılık sırrı kavramı, hukuki niteliği ve korunması. *Ersin Çamoğlu’na Armağan. C.I.* İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 509.

²⁰⁷ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1498.

²⁰⁸ G. Vural (1991). *Türk banka hukuku*. Ankara: Gazi Üniversitesi Basım Yayın Yüksekokulu Matbaası, s. 109.

²⁰⁹ Yazar, bu hâliyle banka sırrının doğrudan bir ticari işletmeyle ilgili olması sebebiyle, ticari sır kapsamında olduğunu söylemektedir. Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 509.

²¹⁰ Erem, Altınok ve Tandoğan, 1989, **a.g.k.**, 176.

²¹¹ Resioğlu, 2015, **a.g.k.**, 1498-1499.

²¹² A. İ. Karacan (1987). *Bankacılık hukuku. C.I.* İstanbul: Yapı Kredi Bankası Bankacılık Araştırmaları Dizisi, s. 303.

piyasadaki payı, bankanın denetlenmesi sonunda verilen raporlar, bankanın Merkez Bankasına karşı görevlerini yerine getirip getirmediği, Bakanlıkça banka hakkında tedbir alınıp alınmadığı hususları banka sırrı niteliğinde bilgilerdir²¹³.

3. MÜŞTERİ SIRRI

Fransız hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne dair temel hükmün bulunduğu CMF art. L. 511-33'ün madde başlığının “mesleki sır” olduğunu ve söz konusu maddede belirtilen kişilerin, mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbi olduklarını ifade etmiştik. Madde başlığında ve metninde “mesleki sır” kavramı yer almakla birlikte, mesleki sır saklama yükümlülüğünün konusunun, bankanın müşterilerine veya müşterilerle ilgili üçüncü kişilere ait sırlar olduğu tartışmasız şekilde kabul edilmektedir. CMF art. L. 511-33, yalnızca müşteri sırrının (secret bancaire) korunmasını güvence altına almaktadır²¹⁴.

İsviçre hukukunda müşteri sırrına ilişkin temel düzenleme olan LB art. 47'de açık şekilde “müşteri sırrı” kavramı bulunmaz. Bunun yerine, maddede sayılan kişilerin, mesleki sırrı saklamakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Ancak İsviçre hukukunda Fransız hukukunda olduğu gibi, maddenin kapsamında yalnızca müşterilere ve onlarla ilgili olan üçüncü kişilere ait bilgilerin yer aldığı ifade edilmektedir²¹⁵. Bankanın iç işleyişine ilişkin sırları ise, LB art. 47 hükmüyle değil, iş sırrının korunmasına dair hükümlerle korunmaktadır.

Fransız ve İsviçre hukukunda müşteri sırrına dair temel düzenlemenin, bankanın iş sırları dışındaki sırlarla, yani yalnızca müşterilerle ilgili olduğunun tespitinden sonra, müşteri sırrı hakkında yapılan tanımları incelemek gerekmektedir.

Farhat müşteri sırrının, bankacılık faaliyetinin yürütülmesi sırasında öğrenilen bilgiler olduğunu ifade etmektedir²¹⁶. *Delachaux* ve *Schaefer'e göre* müşteri sırrı, mesleki faaliyetlerin yerine getirilmesi esnasında, müşterilerin ekonomik ve kişisel ilişkilerini gözlemleyen banka çalışanlarının ve bankanın organlarının edindiği

²¹³ Resioğlu, 2015, **a.g.k.**, 1498-1499; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 4, Erem, Altınok ve Tandoğan, 1989, **a.g.k.**, 331.

²¹⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 10; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 31; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 11.

²¹⁵ Bernasconi, 2011, **a.g.k.**, 52; C. Lombardini (2008). *Droit bancaire suisse*. Genève: Schulthess, s. 967; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 110; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 43.

²¹⁶ Farhat, 1989, **a.g.k.**, 65.

bilgilerden ibarettir²¹⁷. *Capitaine* ise müşteri sırrının; mesleki faaliyetlerin yerine getirilmesi esnasında, müşterilerin ve *üçüncü kişilerin* ekonomik ve kişisel ilişkilerini gözlemleyen banka çalışanlarının ve bankanın organlarının edindiği bilgiler” olduğunu ifade etmiştir²¹⁸. Yazar tanımında, sır saklama yükümlülüğünden yararlanacak kişileri müşterilerle sınırlı tutmamış ve üçüncü kişilerin de yükümlülüğün yararlananları olduğu görüşünü benimsemiştir²¹⁹. Bu kabulden yola çıkarak *Alavi* müşteri sırrını; bankanın yönetici, temsilci ve çalışanlarının mesleki faaliyetlerini yürütürken öğrendikleri, müşteri veya bankayla işbağlantısı olan kişiler hakkındaki kişisel veya ekonomik özellikli ve gizli nitelikteki bilgiler olarak tanımlamaktadır²²⁰. *Lasserre-Capdeville*’e göre ise müşteri sırrı; kredi kuruluşlarının yönetim, denetim organı üyeleri ile kuruluşun çalışanlarının mesleki faaliyetlerini yerine getirirken üçüncü kişilerden öğrendikleri, gözlem ya da sonuç çıkarma yoluyla edindikleri veya kendilerine açıklanmış olan, müşterilerle veya bankayla aralarında sözleşmesel ilişki bulunmayan üçüncü kişilerle ilgili, belirli ve kamuya açıklanmamış olan bilgilerdir²²¹.

Fransız ve İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, bankanın iş sırrı ile müşteri sırrı, BankK m. 73’te birlikte düzenlenmiştir. Madde kapsamında yer alan her iki sır türü, yine aynı madde kapsamında korunmaktadır. Bu sebeple bankalara ve/veya müşterilere ait sırra karşılık olarak, “banka sırrı”, “bankacılık sırrı” ve “müşteri sırrı” kavramları kullanılmaktadır²²².

²¹⁷ F. Delachaux (1939). *Le secret professionnel du banquier en droit suisse et comparé*. Neuchâtel: Ed. Commerciale de la these de Neuchâtel, s. 27; A. Schaefer (1945). *Le secret bancaire*. Union Des Banques Suisses, s. 9; U. Emch, P. Montavon, H. Renz, A. de Werra, F. Bosch, A. Bizzozero, A. Wermelinger (1995). *Le monde et la pratique bancaire suisse*. Lausanne: Edition Juridiques AMC Alpha, s.85.

²¹⁸ İsviçre hukukunda, *Capitaine*, 1933, **a.g.k.**, 11.

²¹⁹ İsviçre hukukunda Rappo ve Aubert de aynı görüştedir. bkz., Rappo, 2002, **a.g.k.**, 110; Aubert vd, **a.g.k.**, 43.

²²⁰ Fransız hukukunda, *Alavi*, 2017, **a.g.k.**, 338.

²²¹ Fransız hukukunda, *Lasserre-Capdeville*, 2006, **a.g.k.**, 416.

²²² Tekinalp, Kaplan, Donay, Erem/Altınok/Tandoğan ve Kandıralıoğlu; banka sırrının bankaya ait sırlarla birlikte, müşterilere ait sırları da kapsadığı görüşündedir. Geniş anlamda banka sırrı hem bankaya hem de müşterilere ait sırlar için geçerlidir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 411; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 4; F. Erem, A. Altınok, H. Tandoğan (1989). *Bankalar Kanunu Şerhi* Ankara: BTHAE Yayınları, s. 176; Donay, 1978, **a.g.k.**, 221; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 90-91; Yüksel ve Karacan’a göre; “banka işleri veya müşterilerin” hesabı gibi, bankanın alacak ve borçları hakkında gizli tutmak zorunda olduğu bilgileri bankacılık sırrıdır. Yüksel vd, **a.g.k.**, 193; Karacan, 1987, **a.g.k.**, 15; Yazarlar tıpkı Kaplan, Donay ve Erem/Altınok/Tandoğan gibi, “bankaya ve müşterilere ait olan sırlara” karşılık olarak tek bir kavram kullanılmaktadır. Ancak yazarların seçtikleri kavram banka sırrı değil, bankacılık sırrıdır. Ulusoy ise; banka sırrı kavramının bankaya ait sırları, müşteri sırrının müşteriye ait sırları, bankacılık sırrının ise, her iki sır türünü de kapsayan üst kavram olduğunu ifade etmektedir. Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 509-511; Reisoğlu ve Aral; bankanın iç işleyişine dair sırlar için banka sırrı, müşterilere ait sırlar için müşteri sırrı kavramının kullanılması gerektiği görüşündedir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 303; N. Z. Aral (1961). *Bankalarda mesleki sır*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, s.15.

Biz bankanın müşterilerine ait sırları için “müşteri sırrı” kavramının kullanılması gerektiği görüşündeyiz. Terminolojik açıdan bakıldığında, Fransız ve İsviçre hukukunda müşterilere ait sırlar için “secret bancaire” kavramının benimsendiği görülmektedir. Bu kavramın karşılığı “banka sırrı”dır. Ancak Fransız ve İsviçre hukukunda, bankanın kendi sırları da “iş sırrına” ilişkin hükümlerce korunmakta, bankanın kendisine ait sırları için kullanılan özel bir kavram bulunmamakta ve “bankanın iş sırları” denmekle yetinilmektedir. Oysa Türk hukukunda doktrinde, bankanın müşterilerine ait sırlar için, müşteri sırrının kullanılması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Üstelik BankK. m. 73’te yer alan “bankalara ve müşterilere ait sır” kelimeleri, “müşteri sırrı” kavramının benimsenmesine olanak sağlar. Ayrıca “ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı” niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanmasını yasaklayan TCK m. 239 hükmü, banka ve müşteri sırrı ayrımının yapılarak, müşterilere ait sırlara karşılık olarak “müşteri sırrı” kavramının tercih edilmesini sağlamaktadır. Son olarak, “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı” da benzer bir ayrıma izin vermektedir. Nitekim Tasarı’nın 2-c maddesinde müşteri sırrı tanımı yer almaktadır.

Tezimizde “müşteri sırrı” kavramını benimseme nedenlerimizi açıkladıktan sonra, kavrama dair tanımlara geçilmesi gerekmektedir.

Ulusoy; müşteri sırrını, bir ticari faaliyet sırasında tacir tarafından elde edilen, müşteriye ait bulunan ve korunması gereken bilgiler şeklinde tanımlamaktadır. Yazar, banka müşterisinin bir ticaret şirketi olması durumunda, müşteri sırrının aynı zamanda müşterinin ticari işletmesiyle ilgili olduğu ölçüde, ticari sır niteliği taşıyabileceğini ifade etmektedir²²³.

Donay’a, göre müşteri sırrı; bankacılık mesleğiyle ilgili olarak tevdi edilen veya diğer bir şekilde öğrenilen bilgilerdir²²⁴. Yazar’ın tanımında, mesleki faaliyet sebebiyle sırrın öğrenilmiş olması hususu dikkat çekmektedir. Ancak, mesleki faaliyetin icrası sırasında öğrenilen sırrın, mutlaka sır sahibi tarafından verilmiş olmasına gerek yoktur. Söz konusu bilgiler, sırrı saklamakla yükümlü olan kişi tarafından, başkaca yollarla öğrenilmiş olabilir.

²²³ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 510.

²²⁴ Donay, 1978, **a.g.k.**, 220; Aynı yönde K. D. Tekin (2010). Banka sırrı kavramı yönünden bankalarda sır saklama yükümlülüğü. Ankara: Adalet Yayınevi, s., 18; Aytekin İnceoğlu, 2008, **a.g.k.**, 124-125.

Kaplan, müşteri sırrının çeşitli banka işlemleri ve sözleşmeleri nedeniyle banka mensuplarının, müşterinin en geniş anlamda ekonomik ve mali durumu hakkında öğrendikleri bilgilerin tamamı olduğunu ifade etmektedir²²⁵.

Yüksel'e göre, banka mensuplarının veya bir banka kadrosuna dâhil olmasa da, resmi görevleri nedeniyle banka ve müşterileriyle ilişki kuran kişilerin, müşterilerin hesabı, alacak ve borçları hakkında saklı tutmak zorunda oldukları bilgiler müşteri sırrıdır²²⁶.

Son olarak, "Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarı'nın" 2-c maddesinde ise müşteri sırrı; *"ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler"* şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü üzere doktrindeki ve Tasarı'daki tanımlar, müşteri sırrının, müşterinin şahsi iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolaylı olarak elde edilmiş olan tüm bilgi, belge ve kayıtlar olduğu doğrultusundadır²²⁷. Her ne kadar söz konusu tanımlarda "banka müşterisi"ne ait olan sırdan bahsedilse de, bankanın müşterisi olmayan üçüncü kişilere ait olan bilgilerin de müşteri sırrı olduğu kabul edilmektedir. Örneğin sözleşme öncesi görüşme yapılması sırasında verilen bilgiler nedeniyle, henüz bankanın müşterisi olmayan kişiler hakkında edinilen bilgiler hakkında da, sır saklama yükümlülüğü bulunur²²⁸.

Biz ise müşteri sırrını; "BDDK personelinin, Kurul başkan ve üyelerinin, Fon Kurulu başkan ve üyelerinin, Fon personelinin, destek hizmeti sunan kişi veya kuruluşların veya başkaca bir sıfatı ve görevi olan kişilerin bu sıfat veya görevi dolayısıyla öğrenmiş olduğu, bankanın müşterileriyle veya üçüncü kişilerle ilgili ekonomik veya şahsi nitelikteki bilgi" olarak tanımlıyoruz.

²²⁵ Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 4.

²²⁶ Yüksel, 2004, **a.g.k.**, 193.

²²⁷ Bilge, 2005, **a.g.k.**, 34; A. Altop (1996). *Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında bankaların verdikleri banka bilgilerinden dolayı hukuki sorumlulukları*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 41.

²²⁸ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 87; Atabek, 1982, **a.g.k.**, 105.

4. MÜŞTERİ SIRRININ NİTELİĞİ

Müşteri sırrının nisbi veya mutlak nitelikte olduğu varsayılabilir. Türk hukukunda, bir sözleşme ilişkisine dayanan ve açıklanması mümkün olmayan mutlak sırlar arasında müşteri sırrı da sayılmıştır. Mutlak bir sırrın açıklanabilmesi, karşı tarafın sırrın açıklanabileceğine ilişkin irade beyanına bağlıdır. Böylece bir bankanın, müşterisinin hesap bilgilerine dair yapacağı açıklama ancak, müşterinin buna onay vermesiyle mümkün olacaktır²²⁹.

Fransız, İsviçre hukukunda bu husustaki tartışmalar ise; sırrı saklama yükümlülüğünün ihlalinde ceza yaptırımlarının uygulanması nedeniyle, bu yaptırımların koruduğu yararın kamu yararı mı, yoksa özel yarar mı olduğunun tespitiyle ilgili olmuştur.

19. yüzyılın başlarında, mesleki sırrı saklama yükümlülüğü ile kamu yararının korunduğu düşüncesi hâkim olmuştur. Mesleki faaliyet yürüten kişilere duyulan güvenin korunması gerekliliği üzerinde durularak, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin ceza yaptırımlarına bağlanmasıyla, sırrın korunması hükümleri güçlendirilmiş ve hatta sır saklama yükümlülüğünün ihlali, takibi şikâyeteye bağlı olmayan bir suç olarak düzenlenmiştir. Tüm bu özellikleriyle müşteri sırrına ilişkin hükümlerle, kamu yararının korunduğu ve müşteri sırrının mutlak nitelikte olduğu belirtilmiştir²³⁰.

Günümüzde ise, müşteri sırrının kaynağının banka ve müşteri arasındaki sözleşme olduğu, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüyle kamu yararının değil, özel yararın korunduğu görüşü hâkimdir²³¹. Bu görüşün oluşmasında, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün müşterinin onayı ile sona erebilmesi²³², ceza yargılamasında tanıklıktan çekinmenin mümkün olmaması²³³ gibi, sırrı saklama yükümlülüğüne dair istisnaların giderek artması etkili olmuştur.

²²⁹ Kaya, 2001, a.g.k., 267.

²³⁰ Alavi, 2017, a.g.k., 77-78; Lasserre- Capdeville, 2006, a.g.k., 149-150.

²³¹ Lasserre- Capdeville, 2006, a.g.k., 172; Farhat, 1980, a.g.k., 34-35; Capitaine, 1933, a.g.k., 53

²³² Fransız hukukunda CMF art. L. 533-11'de bu yönde açık hüküm bulunmaktaydı, ancak 2008 yılında maddede yapılan değişiklikle müşterinin onayıyla sırrın saklanması yükümlülüğünün kaldırılabilmesi kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda LB art. 47'de bu yönde açık hüküm olmamakla birlikte, müşterinin onayı ile sır saklama yükümlülüğünün sona erebileceği kabul edilmektedir. İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, a.g.k., 106-108; Capitaine, 1933, a.g.k., 104-105; Delachaux, 1939, a.g.k., 27.

²³³ Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33 al. 2' ye göre; ceza yargılamasını yürüten makama karşı müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün bulunduğu iddiası ileri sürülemez. İsviçre hukukunda LB art. 47'ye göre; yetkili kurumların bilgilendirilmesi ve mahkeme huzurunda tanıklık hakkındaki Federal ve Kantonal düzenlemelere dair hükümler saklıdır. Türk hukukunda da BankK m. 73 f. 2'de müşteri sırrını

Elbette müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgilerin açıklanmamasındaki özel yarar, sırrın kapsamını ve istisnalarını belirlemede etkilidir²³⁴. Müşteri sırrı ile bankanın müşterilerinin ve hakkında bilgi sahibi olduğu kişilerin özel yararının korunduğu konusunda şüphe yoktur. Fakat bir başka özel yarar veya kamu yararının, sırrın saklanmasıyla sağlanan yarara tercih edilmesi de mümkün olduğundan, müşteri sırrının mutlak değil, nisbi nitelikte olduğu söylenebilir²³⁵.

5. BANKANIN MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bankacılık faaliyetinin yerine getirilmesi esnasında, müşteriler ve üçüncü kişilerle ilgili gizli nitelikteki bilgilere erişilebilir. Örneğin kredi sözleşmesi için bankalar, müşterinin bilançosu, kâr zarar hesabı, nakit alım tablosu gibi mali cetvellerini, yatırım konusunu, fizibiliteyi inceleyebilir varsa diğer ortakları ve teknik bilgiyi verecek firmaları değerlendirebilir²³⁶. Bu erişim yetkisi banka için, müşteriye doğru bilgi vermek, güvenilir danışma hizmeti sunmak ve aldatıcı hareketlerde bulunmama yükümlülükleri²³⁷ ile birlikte, sır saklama yükümlülüğünü de getirmektedir²³⁸. Söz konusu yükümlülükler, bankanın koruma (davranış) yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır²³⁹.

Sözleşme yapmak amacıyla sosyal temasa²⁴⁰ giren kişiler, bu andan itibaren kurdukları ilişkinin her aşamasında²⁴¹ birbirlerine zarar vermemek için, özen göstermek,

saklama yükümlülüğünün ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında savcılıklar ile ceza mahkemelerinde ileri sürülemeyeceği hükmü yer almaktadır.

²³⁴ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 265; C. Gavalda ve J. Stoufflet (2010). *Droit bancaire*. Paris: Litec, s. 88.

²³⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 77-78; Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 149-150; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 19.

²³⁶ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 409; Altop, 1996, **a.g.k.**, 40.

²³⁷ “Yükümlülük” ile “yüküm”ü (kölfe) ayırmak gerekmektedir. Yükümlülük yerine getirilmediği takdirde, borca aykırılık dolayısıyla, zarar varsa tazminat sorumluluğuna yol açar. Yüküm ise, yerine getirilmediğinde, yükümlü kişinin lehine doğacak bir hakkını yitirmesi sonucunu doğurur, diğer tarafa karşı bir sorumluluğa yol açmaz. F. Eren (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler* (23. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s.45; Örneğin, sigortalının hasarı zamanında bildirim (ihbar) yükümü, yerine getirilmediğinde sorumluluğa yol açmaz. Sigortalı bazı haklarını kaybeder. A. M. Kılıçoğlu (2018). *Borçlar Hukuku. Genel hükümler*. (Genişletilmiş 22. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 45.

²³⁸ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 410.

²³⁹ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 410.

²⁴⁰ Sosyal temas, taraf iradesine önem atfetmeksizin, hukuki sonuçlar yaratmaya uygun olacak biçimde, bir kişinin bir başka kişinin menfaat alanına girmesiyle oluşan ilişki olarak tanımlanmaktadır. S. Edis (1997). *Medeni hukuka giriş ve başlangıç hükümleri*. (6. Basım)Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.5; Sosyal temas ve sözleşme ile taraflar arasında kurulan özel ilişki, etkilerini bazen sözleşmenin ifasından sonra da sürdürür, tarafların birbirlerine özen göstermelerini, birbirlerinin menfaatlerini sürdürmelerini gerektirir. Özellikle, sözleşme sonrası sadakat yükümlülükleri, bu tür koruma yükümleri arasında yer alır. Eren, 2018, **a.g.k.**, 42; ; N. Kocayusufpaşaoğlu, H. Hatemi, R.

her türlü çabayı sarfetmek zorundadır²⁴². Tarafların edimiyle²⁴³ ilgili ifa menfaati dışında yer alan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme, bunların korunması yükümlülüğüne “koruma (davranış) yükümlülüğü” denmektedir²⁴⁴.

Koruma (davranış) yükümlülükleri nitelikleri itibariyle yan yükümlülükler içinde yer alır. Bu sebeple, koruma yükümlülüklerinin borçlu tarafından ihlalinde, söz konusu yükümlülüklerin, asli edimden ayrı olarak ifası istenemez. Bu yükümlülükleri ihlal eden borçluya, tazminat davası açılabilir²⁴⁵.

Müşteriye veya üçüncü kişiye ait bilgileri saklamakla yükümlü olan banka, yazılı veya sözlü olarak²⁴⁶, bu bilgileri açıklarsa, koruma (davranış) yükümlerine aykırı fiili nedeniyle, meydana gelen zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bankanın zararı tazmin etmesini emreden bir kanun hükmünün olmadığı varsayılsa dahi, dürüstlük kuralı, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi²⁴⁷ ve kişiliğin korunmasına dair hükümler hukuki dayanak olarak sayılabilir²⁴⁸.

5.1. Yükümlülüğün Nitelikleri

5.1.1. Kanun hükmüne dayanması

Bankanın müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair temel düzenleme Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33’te, İsviçre hukukunda LB art. 47’de ve Türk hukukunda BankK. m.73’te yer almaktadır. Anılan düzenlemeler, sırrın saklanması yükümlülüğünün kanuni niteliğine işaret etmektedir²⁴⁹. Belirtilen maddelerde, sırrı saklamakla yükümlü olanlar ve bu yükümlülüğe ilişkin bazı istisnalar düzenlenmiştir.

Serozan, A. Arpacı (2017). Borçlar hukuku, genel bölüm, Cilt 1. (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası) İstanbul: Filiz kitabevi, s.12.

²⁴¹ Dürüstlük kuralı temelinde yer alan koruma (davranış) yükümlülüğü, bir sözleşme bulunmadığı, henüz kurulmadığı, geçersiz veya sona ermiş olduğu olduğu durumlarda ya da üçüncü kişi olan ilişkilerde de bulunur. Ç. Kırca (2004). *Bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluk*. Ankara: BTHAE Yayınları, s.157.

²⁴² Eren, 2018, **a.g.k.**, .40.

²⁴³ Borç, bir kişiyi, bir diğer kişiye bir edimi yerine getirme (bir şey verme, yapma veya yapmama) yükümlülüğü altına sokan hukuki bağdır. O hâlde edim, borcun konusunu teşkil eder. M. K. Oğuzman ve M. T. Öz (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.1.* (16. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 3

²⁴⁴ Eren, 2018, **a.g.k.**, 40; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2017, **a.g.k.**, 12.

²⁴⁵ Eren, 2018, **a.g.k.**, 41; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2017, **a.g.k.**, 12; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, s. 44-45.

²⁴⁶ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 93.

²⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda birinci bölüm 7.3.2.1 altındaki açıklamalar.

²⁴⁸ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 93.

²⁴⁹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 93; Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 411.

5.1.2. Gizlilik yükümlülüğü ve mesleki sır saklama yükümlülüğünü içermesi

Müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünü düzenleyen maddelerde, sırrı saklamakla yükümlü olanlar, sırrın açıklanabileceği istisnai hâller ve sırrın açıklanması durumunda uygulanacak ceza yaptırımları bulunmaktadır. Maddelerde ceza yaptırımlarının yer alması, özel hukuka ilişkin hukuki yaptırımların uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir.

Gerçekten müşteri sırrını saklama yükümlülüğü özel hukuk bakımından, müşterinin sır çevresiyle ilgili olması nedeniyle, kişiliğin korunması hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktadır. Ayrıca, banka ve müşteri arasında sözleşme varsa, bankanın vekil sıfatıyla müşteri adına banka işlemlerini yerine getirdiği kabul edilmektedir. Hem kişiliğin korunması hükümleri hem de vekâlet sözleşmesi hükümleri banka bakımından, gizlilik yükümlülüğünü (obligation de discrétion) gerektirmektedir²⁵⁰.

Müşteri sırrı, aynı zamanda özel bir mesleki sır türüdür. Bankanın tâbi olduğu mesleki sır; banka için yalnızca hukuki değil, aynı zamanda ceza sorumluluğuna ve idari sorumluluğa neden olabilecek bir yükümlülük getirmektedir²⁵¹. Gizlilik yükümlülüğü hukuki sorumluluk kurallarının uygulanmasını gerektirirken, mesleki sır saklama yükümlülüğünün ihlali ceza yaptırımları ile idari para cezası gibi yaptırımların uygulanmasını gerektirmektedir^{252 253}.

²⁵⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 31; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 14.

²⁵¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 31.

²⁵² Fransız hukukunda Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 32; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.** s. 14; İsviçre hukukunda, Bernasconi, 2011, **a.g.k.**, 52; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 110; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 43; Türk hukukunda, Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 94; Donay, 1978, **a.g.k.**, 222; İzveren, 1955, **a.g.k.**, 322-323.

²⁵³ Kandiraloğlu ise; BankK m. 73 ile hem bankanın işletme sırrının hem de müşterilerin sırrının korunduğunu, bu yönüyle hükmün çift yanlı olduğunu söylemektedir. Çift yanlı olma niteliği, banka bakımından müşterilerin sırlarını açıklamama yükümlülüğünü sağlamasıyla birlikte, müşterilerin ilişkileri hakkında “bilgi vermekten kaçınma hakkını” da kapsamaktadır. Yazar’a göre bankalar ve çalışanları için tanıklıktan çekinme hakkı “bilgi vermekten kaçınma hakkı” olarak değerlendirilebilir. Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 94-95; Oysa Fransız hukukunda Teissier müşteri sırrının, banka için hak değil yalnızca yükümlülük olabileceği görüşündedir. Teissier, 1999, **a.g.k.**, 73.

5.1.3. Yan yükümlülük olması

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin içerdiği, asli edim yükümlülükleri²⁵⁴ ve yan edim yükümlülükleri²⁵⁵ dışında olan yan yükümlülükler (obligation accessoire) ²⁵⁶, “ifaya yardımcı”²⁵⁷ ²⁵⁸ veya “koruyucu” yan yükümlülükler olabilir. Koruyucu yan yükümlülükler, sözleşmenin ifasıyla doğrudan ilgili değildir, alacaklının edim menfaati dışında kalan diğer menfaatlerinin korunmasına hizmet ederler. Bu yükümlülüklerin asıl işlevleri, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinde ifa fiili nedeniyle veya ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunmasıdır²⁵⁹. Sözleşmenin diğer tarafını aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü yan yükümlülükler arasında sayılmaktadır²⁶⁰. Yan yükümlülüklerin temelinde, dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, taraflar arasındaki güven ilişkisinden doğar²⁶¹. Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda alacaklı, yalnızca tazminat talep etme hakkına sahiptir. İfa için dava açma hakkı bulunmaz²⁶².

²⁵⁴ Asli edim yükümlülüğü borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu “asıl borç”tur. Bu yükümlülükle, sözleşmenin türü, tipi, özellikleri, nitelikleri belirlenir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 31; Kocayusufoğlu vd, 2017, **a.g.k.**, 11.

²⁵⁵ Yan edim yükümlülüğü, borçlunun “yan borcuna” karşılık gelir. Bu yükümlülük, kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğmuş olabilir. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının, satılan malın kurulumunu sağlamayı üstlenmesi, yan edim yükümlülüğüdür. Eren, 2018, **a.g.k.**, 32-34; TTK’nın limited şirketlerde yan edim yükümlülüğüne dair 606. maddesinde; şirket sözleşmesiyle, şirketin işletme konusunun gerçekleşmesine hizmet edebilecek yan edim yükümlülüklerinin öngörülebileceği” hükmü yer almaktadır. Maddede yer alan yan edim yükümlülükleri, limited şirketlerde ortakların sermaye payı borçları ve ek ödeme edimleri dışında, şirkete karşı ifa borcu altına girdikleri aynı edim yükümlülükleridir. Örneğin meyve suyu imal eden bir şirket, sözleşmede yapılan düzenleme ile ortaklarına her yıl belirli miktarda meyve teslimi yükümü yükleyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), 2017, **a.g.k.**, s. 462; Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, s. 472-473; Pulaşlı, 2017, **a.g.k.**, 837-838; H. Pulaşlı (2018). *Şirketler hukuku şerhi. C.3* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 2828-2821; Yan edim yükümlülüğü ifa edilmezse, alacaklı ifa davası açabilir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 32-34; Yan edim yükümlülüğünü, yan yükümlülüklerden ayıran en önemli husus, ilkinin ifa edilmemesi hâlinde, ifa davası açılabilirken, ikincinin ifa edilmemesi hâlinde yalnızca tazminat davasının açılabilmesidir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 37; Ancak doktrinde “yan edim yükümlülükleri” ile “yan yükümlülük” ayrımı yapmayan, her iki yükümlülük türünü de “yan yükümlülükler” başlığı altında inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Söz konusu yazarlar için bkz. Eren, 2018, **a.g.k.**, 33.

²⁵⁶ Yan yükümlülükler, “bağımlı yan yükümlülükler”, “diğer davranış yükümlülükleri”, “özen gösterme yükümlülükleri” de denmektedir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 37; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 44.

²⁵⁷ Bu yükümlülükler, ifa hazırlık fiilleri ve ifa fiillerinin, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun olarak gerçekleşmesini sağlayan yükümlülüklerdir. Satış sözleşmesinin konusunu teşkil eden malın satıcı tarafından, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde temin edilmesi, ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak gösterilmektedir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 38.

²⁵⁸ Doktrinde Edis, ifaya yardımcı yan yükümlülükler yerine “tali yükümlülükler” kavramını tercih etmektedir. Edis, 1997, **a.g.k.**, 317.

²⁵⁹ Eren, 2018, **a.g.k.**, 38; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 44.

²⁶⁰ Eren, 2018, **a.g.k.**, 39; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 44.

²⁶¹ Eren, 2018, **a.g.k.**, 39; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 44.

²⁶² Eren, 2018, **a.g.k.**, 34.

Bankanın sır saklama yükümlülüğü, bilgilerin açıklanmamasına ilişkin, taraflar arasındaki ilişki ile bağlantılı olarak dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan yükümlülüktür²⁶³. Bu yükümlülüğünün temelinde, diğer tüm yan yükümlülükler gibi dürüstlük kuralı ve güven ilkesi bulunmaktadır^{264 265}.

Sır saklama yükümlülüğünün yan yükümlülük olması, banka tarafından öğrenilen bilgi ile iş ilişkisi arasındaki bağlantının bulunmasını gerekli ve yeterli kılar. Bilginin öğrenilmesinin, iş ilişkisinin amacına hizmet edip etmemesi önem arz etmez. Bankanın sözleşme görüşmeleri sayesinde öğrendiği ve sözleşmenin kurulması için hiçbir önemi olmayan olaylar da, sır saklama yükümlülüğünün kapsamında yer alır²⁶⁶. Bankanın müşteri ve üçüncü kişiler hakkında öğrenmiş olduğu bilgilerin sır kapsamında yer alıp almadığını nitelendirme ve sınıflandırma yetkisi bulunmamaktadır. Bankanın, bankacılık faaliyeti sebebiyle öğrenmiş olduğu tüm bilgiler, önemli olup olmamalarına bakılmaksızın saklanmalıdır²⁶⁷.

Banka, sır saklama yükümlülüğünün kapsamına giren vakıalar hakkında, sır sahibinin izni ile banka müşterisi olan veya olmayan üçüncü kişilere açıklamada bulunabilir. Sırrın açıklanmasına izin veren bir kanun hükmü dolayısıyla da banka, müşterilere veya üçüncü kişilere sır hakkında bilgi verebilir²⁶⁸.

6. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN TARİHSEL SÜREÇ

Müşteri sırrı günümüzün önemli kavramlarından biri olmakla birlikte, banka işlemini gerçekleştirenin gizlilik yükümlülüğü eskiye dayanmaktadır. Banka işlemleri, çoğunlukla kredi (crédit) işlemiyle ilgilidir. Etimolojik açıdan incelendiğinde; kredi

²⁶³ Fransız hukukunda, Alavi, 2017, **a.g.k.**, 27; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 64-65; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 39; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 145. İsviçre hukukunda, Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 48; D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 71; Türk hukukunda, Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 95; Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 412; Altop, 1996, **a.g.k.**, 40; Erem, Altınok ve Tandoğan, 1989, **a.g.k.**, 328; H. Tandoğan (1974). Türk Hukukunda bankacının hukuki sorumluluğu. *Mukayeseli banka hukuku ihtisas dönemi, İstanbul 3-14 Aralık 1973, cilt III*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, s.118;

²⁶⁴ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 410; Battal, 2001, **a.g.k.**, 116; Donay, 1978, **a.g.k.**, 222.

²⁶⁵ Ulusoy, 1933 tarih ve 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu'ndan günümüze kadar tüm bankacılık kanunlarında, müşteri sırrının kabul edilmiş olmasının, sırrın korunmasının modern hayatın bir zorunluluğu olmasına değil, bankalarla ilişki kurulmasına bağlamaktadır. Müşteri sırrı korunarak, *güven kurumu* olan bankalarla hukuki ilişkileri bulunan kişiler korunmaktadır. Ulusoy 2013, **a.g.k.**, 514.

²⁶⁶ Altop, 1996, **a.g.k.**, 40.

²⁶⁷ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 412.

²⁶⁸ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 41.

(crédit) ile gizlilik yükümlülüğünün (obligation discrétion) birbiriyle bağlantılı olduğu görülür. Zira “crédit” sözcüğü latince “credere” sözcüğüne dayanmaktadır. Bu sözcük ise, “güven” anlamına gelmektedir²⁶⁹. Elbette “güven”, müşterileri ile iş bağlantısı olan banka için gizlilik yükümlülüğünü gerektirir²⁷⁰.

Tarihsel süreç içinde bankaların müşterileri ile gerçekleştirdikleri işlemlerde gizlilik yükümlülüğünü önemli ölçüde dikkate aldıkları ve müşteri sırrına ilişkin ilk uygulamaların ilk çağa dayandığı bilinmektedir²⁷¹. Bankacılık faaliyeti din adamları tarafından tapınaklarda gerçekleştirilir ve faaliyetin kutsal (sacré) bir niteliğinin olduğu kabul edilirdi. Köleleri azat etmek, mahkûmları özgürlüklerine kavuşturmak için, hayvan sürüsü veya hububat alımları için, çiftçilere veya tacirlere ödünç para vermek üzere bankacılık faaliyeti yapılırdı. Bankanın bu işlemi, gizem ve bilinmezlik içinde tanrısal bir yetkinin kullanımı şeklinde gerçekleştirdi. Bankacılık faaliyeti kesin bir gizlilik içinde yürütülür ve bu gizliliğe yönelik bir saldırı hâlinde, tanrıların öç alacağına inanılırdı²⁷². Bu özellikleri dolayısıyla, sır (secret) ve kutsal (sacré) kavramlarının kaynağı benzerlik gösterir²⁷³.

Bankalara ilişkin ilk kanuni düzenlemeler ise; Mezopotamya’da Hammurabi Kanunu’nda yer almıştır. Kanun banka için, uyuşmazlık durumunda arşivlerini müşteriye açmak konusunda açıkça yetki öngörmektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık dışındaki tüm hâllerde, banka için sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır²⁷⁴.

Bankacılık faaliyeti sırasında uyulması gereken gizlilik yükümlülüğü, Antik Yunan ve Roma’da, dinden ve kutsal sayılanlardan ayrılarak gelişimini sürdürmüştür. Nitekim Antik Yunanda, Demostenes’in Söylevler’inde; olağan bankacılık faaliyeti dışında bankaların, kanuni düzenlemeleri iyi bilmeleri dolayısıyla, noterlik görevleri ve çoğunlukla müşterileri için danışmanlık yaptıkları belirtilmektedir. Bu faaliyetler, mesleki faaliyeti ifa eden kişiler bakımından, kaçınılmaz olarak güven ve ona dayalı olarak gizlilik yükümlülüğünü getirmekteydi. Aynı şekilde, Roma hukukunda, bankalar

²⁶⁹ Farhat,1980, **a.g.k.**,11.

²⁷⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 33; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 12.

²⁷¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 33.

²⁷² Farhat,1980, **a.g.k.**,13.

²⁷³ Lasserre Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 34.

²⁷⁴ Farhat, 1980, **a.g.k.**, 14; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 34; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 15.

müşterileri ile yapıları işlemleri gösteren bir defter tutmak zorundaydı. Bu defter, yalnızca müşteriler ile ilgili bir uyumsuzlukta mahkemeye sunulabilirdi²⁷⁵.

Ortaçağdan itibaren, bankacılık faaliyeti tamamen kiliseye bağlanmış ve gizlilik yükümlülüğü ahlâki kuralların bir yansıması olarak görülmüştür. Bu yükümlülük zamanla gelişim göstermiş ve yalnızca ahlaki alanda değil, aynı zamanda hukuk ve ceza yaptırımlarıyla desteklenen yükümlülük türü olarak düzenlenmeye başlanmıştır²⁷⁶.

17 yüzyıl Fransa'sındaki mezhep savaşlarından kaçan protestanlar Almanya, İngiltere ve İsviçre gibi devletlere giderken, özellikle İsviçre bankaları açısından bu kişilerin kimlik ve varlıklarına dair açıklama yapılmaması gerektiği fikri güçlenmiştir. Bu bakımdan İsviçre hukukunda müşteri sırrını saklama yükümlülüğüyle ilgili gelişmelerin, diğer Avrupa devletlerinin siyasal gelişmelerinden etkilenmiş olduğu söylenebilir²⁷⁷. Bu etkiyle birlikte, bir İsviçre bankasının iflâsı sonrasında, Cenevre Büyük Konseyi (Grand Conseil de Genève), bankaların görüşünü alarak 1713 tarihli bir yönetmelik yayımlamış ve yönetmelik ile bankalar için “müşterilere ve banka işlemlerine ilişkin kayıt tutulması zorunluluğu” ile “müşterilere ait bilgileri açıklama” yasağı getirmiştir. Yine Fransız hukukunda, 1706 tarihli Kambiyo İşlemlerine Dair Yönetmelik'in 8. maddesinde “bankayla yapılan görüşmelerde müşterilere ait bilgileri saklamanın zorunlu olduğu” hükme bağlanmıştır²⁷⁸. Müşteri sırrını saklama zorunluluğu zamanla, Avrupa'daki tüm bankaların kuruluş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklerinde yer almaya başlamıştır²⁷⁹.

19. yüzyıla gelindiğinde, İsviçre finansal piyasası, Avrupa'da hüküm süren savaş ve ayaklanmalar karşısında, tarafsızlığı ve gizlilik yükümlülüğüne gösterilen özen, sayesinde, istikrarını korumaya devam etmiştir. 20 yüzyılda İsviçre'de müşteri sırrını saklamak gerektiği düşüncesi daha da güçlenmiştir. 1905 tarihli Bankalar Kanunu ve diğer kanton kanunları müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünü düzenlemiştir.

Ayrıca, müşterinin özel hayatının korunması gerektiği ve banka ile müşteri arasındaki sözleşme bakımından, bankanın sözleşmeden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir. Bu yönüyle, banka ve müşteri arasındaki

²⁷⁵ Farhat, 1980, **a.g.k.**, 18; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 35.

²⁷⁶ Farhat, 1980, **a.g.k.**, s. 19; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, s. 35.

²⁷⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 14; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 18-19.

²⁷⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, s. 35.

²⁷⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 16; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 36; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 55; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 19; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 17.

sözleşme açısından 1911 tarihli Borçlar Kanunu ve özel hayatın korunması bakımından 1907 tarihli Medeni Kanun, söz konusu yükümlülüğünün temel hukuki düzenlemeleri olarak gösterilmiştir. Bu dönemde, İsviçre’de müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne gösterilen özende, 1929 yılında yaşanan büyük ekonomik çöküş sebebiyle, İsviçreli küçük tasarruf sahipleri ile Fransa ve Almanya’dan aktarılan varlıkların yabancı sahiplerini koruma ve böylece İsviçre ekonomisinin istikrarını sağlama eğilimi etkili olmuştur. Özellikle, 1931 yılından itibaren Nazi Almanyası’nın, varlıklarını İsviçre’ye aktaran vatandaşlarını tespit etmek üzere, casusluk faaliyetlerini artırması ve üç Alman vatandaşı hakkında idam cezası kararı verilmesi, İsviçre’yi müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ihlali için, ceza yaptırımlarını içeren yeni bir hukuki düzenleme yapmaya sevk etmiştir²⁸⁰.

Böylece, 08.11.1934 tarihli Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Hakkında Federal Kanun’un (LB) 47. maddesiyle ilk kez, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden kişi için, hapis ve para cezası düzenlenmiştir. LB, çeşitli tarihlerde yapılan değişiklikler sonucunda son şeklini almıştır²⁸¹.

Fransız hukukunda, müşteri sırrına dair ilk kanun hükmü ise, 24.01.1984 tarih ve 84-46 sayılı “Kredi Kuruluşlarının Faaliyet ve Denetlenmelerine ilişkin Kanun”un²⁸² 57. maddesinde yer almıştır²⁸³. Anılan kanun maddesi, 14.12.2000 tarih ve 2000-2013

²⁸⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 16; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 21-22; Ratcliff, söz konusu dönemde İsviçre bankalarının durumunu şöyle anlatmaktadır: “...zaman zaman İsviçre bankalarının ketumiyeti ciddi bir imtihana maruz kalır. Bunlardan en vahimi 1930 senelerinde, Nazi Almanyasının, toplama kampına gönderilme veya ölüm cezası verilme tehdidi ile, bütün vatandaşlarına hariçteki paralarını beyan etmelerini mecburi tutmasıyla meydana gelmiştir. Gestapo ajanları şüphelendikleri tevdiatçıları, çok kere İsviçre bankalarına kadar takip etmekte ve bu kimseleri paralarını çekmeye zorlamakta idiler. Fakat banka idarecileri onlardan daha kurnaz davranmışlardı. Memurlara dilsiz rolünü oynamalarını ve müşteriden başka bir şahsın yanında hiçbir surette konuşmamalarını emretmişlerdi. Hatta Nazi ajanları hapiste bulunan tevdiatçılara işkence yaparak, telgraf kod numaralarını almışlar ve sonra bankaya telgraf çekerek, para transferini istemişlerdir. Verilecek cevabın bir idam hükmü olduğunu bilen bankacılar, Almanya’daki İsviçre konsoloslarından biri tarafından, bu hususta gizli tahkikat yapılmadıkça, para transferini reddetmişlerdir. 1934 tarihli İsviçre Bankalar Kanunu, zulme maruz kalan tevdiatçıların hayatını korumak maksadıyla sır ifşasına karşı şiddetli cezalar koymuştur...” J. D. Ratcliff (1961). İsviçre bankalarının gizli dünyası. *Türkiye Bankalar Birliği Yayınları. n.10. s. 74.*

²⁸¹ bkz., aşağıda birinci bölüm 7.1.2. altında yapılan açıklamalar

²⁸² bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000504724&categorieLi=en=cid> (Erişim tarihi: 19.04.2019)

²⁸³ Bununla birlikte, Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce de, bankaların banka sözleşmesinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün olduğu kabul edilmekteydi. Ayrıca, CP art.378’de doktorlar, eczacılar ve avukatlar için öngörülen sır saklama yükümlülüğünün, bankacılar için de uygulanabilir olduğu söylenmekteydi. Gavalda ve Stoufflet, 1979, **a.g.k.**, 79; J. Hamel (1933). *Banques et opérations des banques*. Paris: Ed. Rousseau, s. 141; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 9; Ayrıca, Paris İstinaf Mahkemesi de, 17.10.1931 tarihli eski bir kararında, bankaların müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün bulunduğu

sayılı Para ve Finans Kanunu (CMF)²⁸⁴ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, Fransız hukukunda müşteri sırrıyla ilgili temel hukuki düzenleme CMF art. L. 511-33'te yer almıştır²⁸⁵.

Bununla birlikte, Fransız ve İsviçre hukuklarında uzun yıllar müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair istisnalar farklılık göstermiştir. Fransız hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüyle ilgili çok sayıda istisna bulunması sebebiyle, sırrın nisbi nitelikte olduğu ifade edilirken, İsviçre hukukunda hemen hiç istisnası bulunmaması sebebiyle, sırrın mutlak nitelikte olduğu söylenmiştir²⁸⁶. Gerçekten İsviçre hukukunda müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü, İsviçre finansal piyasasının gelişim ve güçlenmesinde önemli bir rol oynarken²⁸⁷, sırrın saklanması yükümlülüğüne dair istisnaların azlığı, İsviçre'nin özellikle uluslararası alanda vergi kaçakçılığı²⁸⁸ ve kara paranın aklanması suçlamasıyla karşı karşıya kalmasına neden olmuştur. İsviçre, sırrın saklanmasının bir güven kurumu olan bankalar ve müşterileri arasındaki ilişkilerin sarsılmaması ve müşterilerin özel hayatlarının korunması için önem arz ettiğini ileri sürmüştür. Diğer Avrupa Birliği Devletleri ve Amerika Birleşik Devletleri ile Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OCDE) ve Mali Çalışma Grubu (GAFI) gibi uluslararası örgütler, müşteri sırrının karaparanın aklanması ve vergi kaçakçılığı suçları için bir tür “kalkan” olarak kullanılmaması gerektiğini ifade ederek, İsviçre'nin uluslararası alanda işbirliğine yönelik düzenlemeleri gerçekleştirmesi için baskılarını artırmışlardır. Bu baskılar 2009 yılı itibariyle sonuçlarını göstermeye başlamış ve İsviçre hukukunda

işaret etmiştir. J. Lasserre-Capdeville (2014c). Le secret bancaire. Banque& Droit, Hors Series, 30 Ans de Loi bancaire, mars 2014, s. 16.

²⁸⁴ bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026> (Erişim tarihi: 19.04.2019).

²⁸⁵ bkz., aşağıda birinci bölüm 7.1.1. altında yapılan açıklamalar.

²⁸⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 18; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 49; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 19; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 34-35.

²⁸⁷ Müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair hükümler, İsviçre finansal piyasasının gelişim ve güçlenmesinde önemli rol oynamakla birlikte, özellikle 1945 ve 1958 yılında yaşanan iki önemli kriz ülke ekonomisini olumsuz etkilemiştir. İlk olarak 1945 yılında savaş sonrasında, müttefik devletler, İsviçre bankalarında bulunan Alman aktiflerinin müsaderesini istemiştir. İsviçre bu talebi reddetmiştir. Ancak, Londra ve New-York'taki İsviçre aktiflerinin bloke edilmesi ve ülkeye demiryoluyla yapılan taşımanın durdurulması sonucunda yaşanan hammadde, yiyecek ve yakıt darlığı, yüz milyon dolara yakın alman aktifinin müsadere edilmesini sağlamıştır. İkinci kriz, 1958 yılında İsviçre'nin en büyük bankalarından birinin mümessilinin İspanyol polisi tarafından, İspanyol müşterilerin listesi ve hesap numarasıyla birlikte yakalanmasıyla meydana gelmiştir. Siyasi kimlikleriyle tanınan bu kişilerin İsviçre bankalarında bulunan hesapları sebebiyle, Franco hükümeti tarafından iki milyon dokuz bin dolar para cezası tarh edilmiştir. Ratcliff, 1961, **a.g.k.**, 75-76.

²⁸⁸ Ratcliff, İsviçre Bankalar Birliği tarafından mani olununcaya kadar, bir Cenevre bankasının, Amerikan basınında, vergiden kurtulmak için İsviçre'de nümerik hesap açtırmaya Amerikalıları açıkça davet ettiğini söylemektedir. bkz., Ratcliff, 1961, **a.g.k.**, 77.

müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne dair istisnaların kapsamı giderek genişleyerek, Fransız hukuku ile benzerlik göstermeye başlamıştır²⁸⁹.

Türk hukukunda hâlen yürürlükte olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndan önceki düzenlemelere bakıldığında, sır saklama yükümlülüğüne ilişkin ilk kanun hükmünün²⁹⁰, İsviçre hukukundan daha önceye dayandığı görülmektedir. Gerçekten sır saklama yükümlülüğü ilk kez, 1933 tarihli ve 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir²⁹¹. Mevduatı Koruma Kanunu'nun 19.²⁹² ve 22.²⁹³ maddelerinde, banka denetçilerinin ve çalışanlarının sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. Cumhuriyet Tarihi'nin ilk bankacılık kanunu²⁹⁴ olan Mevduatı Koruma Kanunu'nun ilgili hükümleri incelendiğinde, müşteri sırrının açıklanmasının yasaklandığı, yasağa aykırı hareket edenler için ceza yaptırımı öngörüldüğü, ancak sırrın açıklanmasını sağlayan sebeplere yer verilmediği görülmektedir²⁹⁵.

Mevduatı Koruma Kanunu üç yıl yürürlükte kaldıktan sonra, 1936 tarihli ve 2999 sayılı Bankalar Kanunu²⁹⁶ kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun'un 40.²⁹⁷, 55.²⁹⁸ ve 56.²⁹⁹

²⁸⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 19.

²⁹⁰ 1933 tarihli Kanun'dan önce de, Ziraat Bankası Anonim Şirketi'nin 1926 tarihli ve T.C. Merkez Bankası'nın 1931 tarihli Nizamnamelerinde sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. Aral, 1961, **a.g.k.**, 21.

²⁹¹ Mevduatı Koruma Kanunu için bkz., RG 05.06.1933 tarih ve 2419 sayı.

²⁹² Mevduatı Koruma Kanunu'nun 19. maddesinin 4. fıkrası şöyledir: "...Bankalar murakıplarından teftiş ve murakabe münasebeti ile muttali olacakları sırları ifşa edenler Devlet teşkilât ve vazifelerinde ve bankalarda bir daha istihdam edilmezler. Bundan başka bu gibiler yüz liradan aşağı olmamak üzere bin liraya kadar ağır para cezası ve bir aydan aşağı olmamak üzere hapisle de cezalandırılırlar. ..."

²⁹³ Mevduatı Koruma Kanunu'nun 22. maddesi şöyledir. "Bilûmum banka memurlarından mensup oldukları müesseseye ait sırları ifşa edenler veya müesseseye müteallik malûmatı kendi lehlerine kullananlar üç aya kadar hapis veya bin liraya kadar ağır para cezası ile veya bu cezaların her ikisi ile cezalandırılırlar."

²⁹⁴ Mevduatı Koruma Kanunu'nda yalnızca mevduatı korumaya yönelik hükümler değil, aynı zamanda banka işletmesi sahibinin hukuki türü, kredi verme sınırı ve bankaların denetlenmesiyle ilgili hükümler de yer almaktadır. Bu nedenle söz konusu Kanun, Cumhuriyet Döneminin ilk Banka Kanunu olarak nitelendirilmektedir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 44.

²⁹⁵ Aral, 1961, **a.g.k.**, 22.

²⁹⁶ 2999 sayılı Bankalar Kanunu için bkz., RG 09.06.1936 tarih ve 3325 sayı.

²⁹⁷ 2999 sayılı Bankalar Kanunun 40. maddesi şöyledir: "Yeminli murakıplar, hiç bir suretle bankalardan mevduat sahiplerinin isimlerinin bildirilmesini isteyemezler. Bankalardan kredi, kefalet, teminat ve sair banka muamele ve hizmetlerinin müfredatı ve alâkahların isimleri ve hesapları hakkında da malûmat talep edemezler."

²⁹⁸ 2999 sayılı Bankalar Kanunun 55. maddesi şöyledir: "Sıfat ve vazifeleri dolayısı ile vâkıf oldukları bankaya aid sırları "*makbul bir sebebe*" müstenid olmaksızın ifşa eden banka mensubları üç aya kadar hapis ve yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler. Yukarıdaki fıkra yazılı kimseler bu sırları kendileri veya başkaları için menfaat temini maksadı ile ifşa ederlerse altı aydan iki seneye kadar hapis ve yüz liradan bin liraya kadar ağır para cezası ile mahkûm edilirler."

²⁹⁹ 2999 sayılı Bankalar Kanunun 56. maddesi şöyledir: " Vazifeleri dolayısı ile vâkıf oldukları sırları makbul bir sebebe müstenid olmaksızın ifşa eden yeminli murakıplar üç aydan bir seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar."

maddelerinde, banka denetçileri ile banka çalışanlarının sır saklama yükümlülüğüne dair düzenlemeler yer almıştır. 1999 sayılı Bankalar Kanunu’nun, bir önceki Kanun’a göre en büyük yeniliği, sırların “*makbul bir sebep olmaksızın*” açıklanmasını yasaklamış olmasıdır. Böylece, başka bir kanun hükmü, ilgilinin rızası veya mahkeme kararı gibi bir sebeple bankalardan bilgi talep edilebilmesine olanak sağlanmıştır³⁰⁰. Ayrıca, sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesinde uygulanacak ceza yaptırımları ağırlaştırılmıştır³⁰¹.

1958 yılında yürürlüğe giren 7129 sayılı Bankalar Kanunu’nun³⁰² 74.³⁰³ ve 75.³⁰⁴ maddelerinde, görevleri ve sıfatları dolayısıyla “banka ve müşterilere ait sırları” öğrenen banka mensupları³⁰⁵, sair görevlilerin³⁰⁶ ve denetçiler ile yardımcılarının sırları açıklaması yasaklanmış, yasağa aykırı hareket edilmesi ceza yaptırımlarına bağlanmıştır. Ek olarak, belirtilen kişilerin sırları kendilerine veya başkalarına fayda sağlamak maksadıyla açıklamaları durumunda uygulanacak ceza yaptırımlarının ağırlaştırılarak uygulanacağı düzenlenmiştir³⁰⁷. Bu Kanun’un bir önceki Kanun’a göre diğer temel yenilikleri; ilk kez “bankaya ve müşterilere” ait sırlar ifadesine yer verilerek, bankanın kendi sırları ile müşteri sırrını ayırmış olması, “banka çalışanları ve

³⁰⁰ Aral, 1961, **a.g.k.**, 22.

³⁰¹ Aral, 1961, **a.g.k.**, 22.

³⁰² 7129 sayılı Bankalar Kanunu için bkz., RG 02.07.1958 tarih ve 9944 sayı.

³⁰³ 7129 sayılı Bankalar Kanunu’nun 74. maddesi şöyledir: “Sıfat ve vazifeleri dolayısıyla vâkıf oldukları, bankaya veya bankanın müşterilerine ait sırları salâhiyetli mercilerden gayrisine ifşa eden banka mensupları ile sair vazifeliler, bir aydan bir seneye kadar hapis cezası ve 500 liradan 2000 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler. Yukarıdaki fıkrada yazılı kimseler bu sırları kendileri veya başkaları için menfaat temini maksadiyle ifşa ederlerse 6 aydan 2 seneye kadar hapis ve 1000 liradan 5000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılmakla beraber, ayrıca, daimî veya muvakkat olarak bankalarda istihdamdan men edilmelerine veya memuriyetten mahrumiyetlerine de hükmolunur. Bu madde hükmü banka mensupları ile sair vazifelilerin işlerinden ayrılmalari hâlinde de ayrıldıkları tarihten itibaren üç sene müddetle tatbik olunur.”

³⁰⁴ 7129 sayılı Bankalar Kanun’un 75. maddesi şöyledir: “Vazifeleri dolayısıyla vâkıf oldukları sırları salâhiyetli mercilerden gayrisine ifşa eden bankalar yeminli murakıpları ve muavinleri 6 aydan 2 seneye kadar hapis cezasına ve 2000 liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm edilirler. Yukarıdaki fıkrada yazılı kimseler bu sırları kendileri veya başkaları için menfaat temini maksadiyle ifşa ederlerse, 1 seneden 3 seneye kadar hapis cezasına ve 5000 liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm edilmekle beraber, ayrıca daimi veya muvakkat olarak memuriyetten mahrumiyetlerine ve bankalarda istihdamdan men edilmelerine de hükmolunur. Bu madde hükmü yukarıda yazılı kimselerin vazifelerinden ayrılmalari hâlinde de ayrıldıkları tarihten itibaren üç sene müddetle tatbik olunur”.

³⁰⁵ Banka mensupları; bankanın yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel kurulun seçtiği denetçiler, müdürler ve müstahdemlerden oluşur. Aral, 1961, **a.g.k.**, 16; Kandirahoğlu, 2011, **a.g.k.**, 29.

³⁰⁶ Sair görevliler; bankanın doğrudan doğruya vazifelileri değildir. Bu kişiler, maliye müfettişleri, Ticaret Bakanlığı müfettişleri, diğer resmi daireler memurları, Banka Kredilerini Tanzim Komitesi üyeleri ve mensupları, Bankalar Birliği mensupları olabilirler. Aral, 1961, **a.g.k.**, 16; Kandirahoğlu, 2011, **a.g.k.**, 29

³⁰⁷ Aral, 1961, **a.g.k.**, 19; Donay, 1978, **a.g.k.**, 47; Bununla birlikte, sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi hâlinde, ihlali gerçekleştiren kişilerin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için fiilin kasıtlı olarak işlenmiş olması gerekli değildir. Aral, 1961, **a.g.k.**, 16-17; Ancak, faillerin cezalandırılması için ilgililerin şikayeti zorunludur. Aral, 1961, **a.g.k.**, 23.

sair vazifeliler” ifadesiyle sırrı saklamakla yükümlü olanların sayısını artırmasıdır. Ayrıca Kanun ile sırrın görevin sona ermesinden sonra üç yıl süreyle³⁰⁸ daha saklanması gerekliliği de düzenlenmiştir³⁰⁹.

1985 yılında 3182 sayılı Bankalar Kanunu³¹⁰ yürürlüğe girmiştir. Sır saklama yükümlülüğü, 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun 83.³¹¹ ve 85.³¹² maddelerinde yer almıştır. Esasen, 3182 sayılı Kanun, bir önceki Kanun’a göre büyük bir değişiklik getirmemiştir. Ancak banka mensupları ve diğer görevliler bakımından görevlerinden ayrılmaları hâlinde bir önceki Kanun’da üç yıl olan sır saklama yükümlülüğü, 3182 sayılı Kanun ile süresiz hâle getirilmiştir. Banka denetçilerinin sırrı saklama süresi hakkında özel bir düzenleme öngörülmemiştir³¹³. Ayrıca sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanların, bu yükümlülüklerle aykırı hareket etmeleri durumunda uygulanacak ceza yaptırımları artırılmıştır.³¹⁴

³⁰⁸ 7129 sayılı Bankalar Kanun’da, 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 82. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Kararnamenin 82. maddesi şöyledir: “Sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri, bankaya ya da müşterilerine ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayan banka mensupları ile diğer görevliler 1 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile 100 bin liradan 500 bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Birinci fıkrada yazılı kimseler bu sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklarlarsa, altı aydan 2 yıla kadar hapis ve 200 bin liradan 1 milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Bu madde hükmü banka mensupları ile diğer görevlilerin işlerinden ayrılmaları hâlinde de uygulanır.” Görüldüğü üzere, 7129 sayılı Bankalar Kanunu’na benzer şekilde, sır saklama yükümlülüğü ile bağlı olan kişilerin söz konusu yükümlülükleri görevlerinin sona ermesi hâlinde son bulmamaktadır. Ancak Kararnamede, 7129 sayılı Bankalar Kanunu’ndan farklı olarak, “...görevlerinin sona ermesinden itibaren üç yıl süreyle...” ifadesine yer verilmemiştir.

³⁰⁹ Aral, 1961, **a.g.k.**, 19; Tekin. 2009, **a.g.k.**, 44.

³¹⁰ 3182 sayılı Bankalar Kanunu için bkz, RG 05.02.1985 tarih ve 18742 sayı.

³¹¹ 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun sırların saklanması başlıklı 83. maddesi şöyledir: “Sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri, bankaya ya da müşterilerine ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayan banka mensupları ile diğer görevliler 1 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile 100 bin liradan 500 bin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Birinci fıkrada yazılı kimseler bu sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklarlarsa, altı aydan 2 yıla kadar hapis ve 200 bin liradan 1 milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.”

³¹² 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun bankalar yeminli murakıplarının sorumlulukları başlıklı 85. maddesi şöyledir: “Görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları yetkili mercilerden başkasına açıklayan Bankalar Yeminli Murakıpları ve yardımcıları için altı aydan iki yıla kadar hapis ve 200 bin liradan az olmamak üzere ağır para cezası hükmolunur. Birinci fıkrada yazılı kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklarlarsa, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına ve 500 bin liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm edilmekle birlikte, ayrıca geçici veya sürekli olarak memuriyetten mahrumiyetlerine hükmolunur.”

³¹³ Bankaların denetçi veya yardımcılarının görevden ayrıldıktan sonra, ne kadar süre ile sır saklama yükümlülüklerinin devam edeceğine ilişkin bir düzenleme 85. maddede yer almamaktadır. Ancak, sırların açıklanması yasağı bu kişiler için de mevcuttur. Zira belirtilen kişiler, bankalar ve müşterilerine ait sırlara en geniş ölçüde vakıf olanlardır. O hâlde Kanun’da açık hüküm yer almasa da, sır saklama yükümlülüğünün, sırrı saklamakla yükümlü olanların tamamı için, görevlerinin bitiminden sonra devam ettiği kabul edilmelidir. Karacan, 1987, **a.g.k.**, 304.

³¹⁴ Karacan, 1987, **a.g.k.**, 304.

1999 yılında 4389 sayılı Bankalar Kanunu³¹⁵ ile 3182 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun'un adi suç ve cezaları düzenleyen 22. maddesinin³¹⁶ 7., 8., ve 9. fıkraları “banka ve müşteri sırrı” ile ilgilidir. Kanun'un 22. maddesinin 7. fıkrasına bakıldığında, sır saklamakla yükümlü olan kişilerin “*kanunun uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar*” olduğu görülmektedir. Ayrıca *bankalarla birlikte, bankaların iştiraklerine ve kuruluşlarına dair sırlar* da korunur hâle gelmiştir. Maddenin 8. fıkrası, “bankaların mensupları ve diğer görevlilerinin³¹⁷” bankalara³¹⁸ ve müşterilerine ait sırları saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Ayrıca yine bu fıkra, sır saklama yükümlülüğüne dair önemli istisnalar bulunmaktadır.

Son olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 01.11.2005 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir³¹⁹. Hâlen yürürlükte olan Bankacılık Kanunu’nun müşteri sırrına ilişkin temel düzenlemesi sırların saklanması başlıklı 73. maddesinde³²⁰ yer almaktadır.

³¹⁵ 4389 sayılı Bankalar Kanunu için bkz., RG 23.06.1999 tarih ve 23734 sayı.

³¹⁶ 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun adli suç ve cezalar başlıklı 22. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir: “...7) Bu Kanunun uygulanmasında ve uygulanmasının denetiminde görev alanlar görevleri sırasında öğrendikleri bankalar ile bunların iştirakleri, kuruluşları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamazlar ve kendi yararlarına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder. Bu yükümlülüğe uymayan kimseler için bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve iki milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunur.

8) Bankaların mensupları ve diğer görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonrada devam eder. Bu madde hükmüne aykırı davrandığı tespit edilen kişiler için bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunur. Banka müşterilerine ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır. Kredilerin takip ve kontrolü için, ana faaliyet konuları para ve sermaye piyasaları ile sigortacılık olan ve bu konularda özel kanunlarına göre alınan izin ve ruhsat ile faaliyet gösteren mali kurumlar arasında müşterileri ile ilgili olarak doğrudan doğruya veya en az on kurum tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapılacak bilgi alışverişi bu hükmün dışındadır.

9) 7 ve 8 numaralı fıkralarda yazılı kişiler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklarlarsa, üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasına ve üç milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezasına mahkum edilmekle birlikte, fiilin önemine göre bu kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları geçici veya sürekli olarak yasaklanır...”

³¹⁷ 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22 f. 8’deki “diğer görevliler” ifadesinin, yürürlükteki Bankacılık Kanunu’na alınmadığı görülmektedir. Gerekçe’de, bu yöndeki tercihin sebebi, bankanın mensupları dışında görevlilerinin olamayacağı şeklinde açıklanmıştır. Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 849.

³¹⁸ 4389 sayılı Bankalar Kanunu, banka tüzel kişiliğini, sır saklama yükümlülüğüne tâbi kişiler arasında saymamıştır. Ancak ceza yasaları bakımından tüzel kişilerin suç işlemesi mümkün değildir. Yaptırımlar, tüzel kişilerin organlarını oluşturanlara ve fiili işleyenlere uygulanır. Sorumluluk hukuku açısından ele alındığında ise, Bankalar Kanunu’nun düzenleme yapmasına gerek yoktur. Türk Borçlar Kanunu’nda adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri, bu konuyu düzenlemiştir. Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 859; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 34.

³¹⁹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu için bkz. 01.11.2005 tarihli ve 25983 sayılı Resmi Gazete.

³²⁰ Ancak madde; 17.04.2008 ve 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 86. maddesi, 13.02.2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel

7. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER ve YAPTIRIMLAR

Fransız, İsviçre ve Türk hukukunda, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne ilişkin temel hukuki düzenlemeler sırasıyla CMF art. L. 511-33, LB art. 47 ve BankK m. 73'te yer almaktadır. Söz konusu hükümler genel olarak, sır saklama yükümlülüğüyle bağlı kişileri ve yükümlülüğün bazı istisnalarını içermektedir.

Bu hükümlerde yükümlülüğe aykırılık hâlinde uygulanacak hukuki yaptırımlar konusunda özel bir düzenleme bulunmadığı için, genel hükümlere başvurulması gerekmektedir. Bankaların müşteri sırrını saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinin özel hukuk açısından sonuçlarını düzenleyen hükümler, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler, sözleşmesel sorumluluk hükümleri ve haksız fiil hükümleridir.

Müşteri sırrı, banka tüzel kişiliğini üçüncü kişilere karşı temsil eden bankanın organı³²¹ tarafından, hukuka aykırı şekilde açıklanabilir. Bu durumda, tüzel kişiliği temsil eden kişinin fiilinden, banka sorumlu olacaktır. Ancak bankanın, banka sözleşmesinin borçlusu olarak, yardımcı kişinin fiilinden sözleşmesel sorumluluğu veya adam çalıştıran sıfatıyla çalışanının fiilinden haksız fiil sorumluluğu da bulunmaktadır³²².

Müşteri sırrını saklama yükümlülüğüyle ilgili olarak yalnızca kişilik hakları, sözleşmeler hukuku ve haksız fiil hukuku hükümleri değil, aynı zamanda ceza ve idare hukuku hükümleri de devreye girmektedir. Tezimizin bu kısmında, belirtilen hükümler ve bu hükümlere aykırılığın yaptırımları incelenecektir.

Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 146. maddesi ve 13.06.2012 tarih ve 6327 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 39. maddesi ile değiştirilmiştir. 5754 ve 6327 sayılı Kanun, sırrın açıklanmasına yönelik istisnaları genişletirken, 6111 sayılı Kanun 73. maddenin 2. ve 3. fıkralarına dair önemli değişiklikler getirmiştir.

³²¹ Bankanın organının temsil yetkisi, BK'daki iradi temsil yetkisinden farklıdır. Buradaki temsil yetkisi korporasyonlara özgü, kaynağını organ sıfatında bulan ve geri alınamayan bir yetkidir. Oysa temsilci ile banka arasındaki ilişki bir hukuki işleme dayanır ve temsille ilgili genel hükümler uygulama alanı bulur. Ayrıntılı bilgi için bkz., B. Öztan (1970). *Medeni hukuk tüzel kişilerinde organ kavramı ve organın fiillerinden doğan sorumluluk*. Ankara: AÜHF Yayınları.

³²² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 288; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 85; P. Tercier (1984). *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich: Schultess, s. 67.

7. 1. Banka Hukukuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler

7.1.1. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda müşteri sırrına dair temel düzenleme, CMF’de “mesleki sır” başlıklı art. L. 511-33’te yer almaktadır:

“I. Kredi kuruluşu ve finansman şirketleri ile Kanun’un L. 511-6 maddesinin 5. ve 8. bendinde sayılan kuruluşların³²³ yönetim veya gözetim kurulu üyesi olan veya herhangi bir şekilde yönetime katılan veya bu kuruluşlarda çalışan kişiler mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbidir.

Mesleki sır, İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu’na, Fransa Merkez Bankası’na, Fransa Deniz Aşırı Bölgesi Merkez Bankasına, ceza soruşturması veya yargılamasını yürüten makama, 17.11.1958 tarih ve 58-1100 sayılı Parlamenterler Meclisi’nin İşleyişi’ne Dair Kararname’nin 6. maddesince açılan meclis soruşturma komisyonuna karşı ileri sürülemez.

Kredi kuruluşu ve finansman şirketleri mesleki sır kapsamındaki bilgileri, kredi derecelendirme kuruluşlarıyla derecelendirme işlemlerinin yapılması amacıyla paylaşabilir. Ayrıca söz konusu bilgiler aşağıda sayılan işlemlerin yapılması için zorunlu olduğu takdirde, kendisiyle görüşme yapılan, sözleşme imzalanan veya işlemi gerçekleştirilen kişilerle paylaşılabilir.

- 1. Doğrudan veya dolaylı olarak³²⁴ bir veya daha fazla kredi kuruluşu veya finansman şirketince³²⁵ gerçekleştirilen kredi işlemleri*
- 2. Finansal araçlara ilişkin işlemler, kredi rizikosu için yapılan teminat veya sigorta işlemleri³²⁶*

³²³ Dernekler veya kamuya yararlı vakıflardan, bir işletmenin kuruluşu veya devri için veya bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirilecek projeler için kendi kaynakları veya ödünçleri üzerinden ödünç verenler (kitle fonlaması) art. L. 511-6, 5 kapsamında sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. Lasserre- Capdeville, 2013, **a.g.k.**, s. 36.

³²⁴ Doğrudan kredi kredinin tahsis edildiği kişi tarafından kullanılırken, dolaylı kredi açma sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişi tarafından kullanılmaktadır. S. Oğuz (2019). Bankacılık hukuku yönünden ticari kredi açma sözleşmeleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 225.

³²⁵ Birden fazla bankanın aynı teminat yapısı içinde aynı şartlar ile düzenlenen sözleşme ile, müşteriye kullandırılan sözleşmeye sendikasyon kredisi adı verilmektedir. Oğuz, 2019, **a.g.k.**, s. 234.

³²⁶ Sigorta Kanunu’nun (Code des assurances) L. 111-1. maddesinde; *Kanun’un kredi sigortası işlemlerine uygulanmayacağı* düzenlenmiştir. Belirtilen düzenlemenin sebebi, kredi sigortasının daha çok bankacılık alanına özgü hizmet olarak görülmüş olmasıdır. Günümüzde ise, Fransız doktrininde ağırlıktaki görüş kredi sigortasının gerçek anlamda bir sigorta işlemi olduğu yönündedir. H. Kubilay ve C. Özcan (2017). Ticari kredi sigortasının hukuki yapısı ve güncel sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*. 2017(3), s.326-327; Krediyeye bağlı hayat sigortası ile kredi sigortası farklıdır. Kredi sigortası bir zarar sigortası türüdür. Kredi sigortasında; kredi alanın iflâsı, hakkında tasfiye kararı alınması, konkordato ilanı

3. *Bir kredi kuruluğu veya finansman şirketinde yönetim hâkimiyetini sağlayan veya sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların devri*
4. *Aktişlerin veya ticari işletmenin devri*
5. *Alacağın veya sözleşmenin devri*
6. *Önemli bazı işlemlerin yapılmasının üçüncü kişilere bırakıldığı hizmet sözleşmeleri*
7. *Müşteriyle ilgili banka işlem ve sözleşmelerinin, şirketler topluluğunca incelenmesi ve hazırlanması*

Finansman sözleşmeleriyle ilgili olarak Avrupa Birliği'ne üye olmayan bir Devletin mevzuatı gereği, veri depolama merkezine bildirim zorunlu olduğu hâllerde, kredi kuruluğu veya finansman şirketi, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri paylaşabilir. Bu bilgiler, 06.01.1978 tarih ve 78-17 sayılı Bilişim, Veri Kayıt Sistemi ve Özgürlüklere İlişkin Kanun'a göre kişisel veri niteliğindeyse, bildirim söz konusu Kanun'da öngörölen şekilde gerçekleştirilir.

Yukarıda belirtilen hâller dışında, kredi kuruluşları ve finansman şirketleri, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri, her somut olayda ve ilgili kişilerin bu yöndeki onayı ile paylaşabilir.

Yukarıda belirtilen işlemler gerçekleşmiş olsun veya olmasın, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri öğrenen kişiler, bu bilgileri gizlilikle saklamalıdır. Ancak işlem gerçekleşmiş olursa, söz konusu kişiler mesleki sır kapsamında yer alan bilgilerin tümünü, bu maddede sözü edilen kişilerle ve aynı koşullarda paylaşabilirler.

II. İhtiyati Denetim ve Çözömlleme Kurumu'nun denetimine tâbi kredi kuruluğu, finansman şirketi, saf finansal holding şirketi, karma finansal holding şirketi ve finansman şirketinin ana işletmelerinin çalışanları ile bunların hizmet sağlayıcılarının çalışanları, potansiyel veya kesin ihlalleri 26.06.2013 tarih ve 575/2015 sayılı, 15.05.2014 tarih ve 600/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüklerine ve bu Kanun'un birinci kitabının mevcut bölümü ile III. bölümlerinde yer alan düzenlemelere

veya borcun ifasında temerrüde düşölmesi sebebiyle satış bedelinin tamamen veya kısmen elde edilememesi nedeniyle uğranılan zararlar teminat altına alınmaktadır. Krediye bağlı hayat sigortasında ise, ölüm rizikosuna karşı teminat sağlanmaktadır. M. Taştan (2019). *Krediye bağlı hayat sigortası*. İÜHF Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 32; A. Yongalık (2002). *Hukuki açıdan kredi hayat sigortası*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 88; Kredi sözleşmesi ile sigorta sözleşmesi arasında ferilik ilişkisi bulunmaz. Kredi sözleşmesinin geçersizliği sigorta sözleşmesinin geçersizliğine neden olmaz. K. şenocak (2009). *Üçüncü şahıs lehine hayat sigortası sözleşmesi (Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Açısından)*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 14.

uygun olarak Kurum'a bildirmelidir. Bildirimler yazılı olarak yapılmalı ve vakıanın aydınlatılması için gerekli tüm unsurlar bildirimde eklenmelidir.

İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu, kendisine yapılan bildirimler için, bildirimde bulunan kişinin korunması, özellikle kimliğinin öğrenilmemesi ve bildirimle ilgili diğer kişilerin kişisel verilerinin korunması için gerekli tüm tedbirleri alır.”

7.1.2. İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda bankanın tâbi olduğu gizlilik yükümlülüğüne dair temel hukuki düzenleme, 08.11.1934 tarihli Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Federal Kanunu'nun (LB) 47. maddesinde bulunmaktadır. Maddede, mesleki sır saklama yükümlülüğü, istisnaları ve yükümlülüğün ihlali hâlinde uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir. LB art. 47 hükmü şöyledir:

1.Aşağıdaki fiilleri kasıtlı olarak işleyenler 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır:

- a. Bankanın, bu Kanun'un 1b maddesine tâbi kişinin³²⁷ organı, çalışanı, vekili, tasfiye memuru veya denetime yetkili şirketin organı veya çalışanı sıfatıyla öğrendiği sırları açıklayan,*
- b. Başkalarını mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlale teşvik eden,*
- c. Bu maddenin a bendi kapsamında kendisine verilen sırrı açıklayan veya bu sırrı kendi ya da başkalarının yararına kullanan³²⁸,*

1.bis. bu maddenin 1. fıkrasının a ve c bendine aykırı olarak kendisi veya üçüncü kişiler için ekonomik yarar elde eden, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır.

2.Kusurlu fail 250.000 Frank'a kadar para cezası ile cezalandırılır.

3.³²⁹

³²⁷ 15.08.2018 tarih ve 5247 sayılı Finansman Kuruluşları Hakkında Federal Kanun 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Kanun ile LB art. 47'de değişiklik yapılmış ve finansman şirketlerinin de LB'e tâbi olacak şekilde, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. bkz., RO 2018 5247.

³²⁸ Belirtilen hüküm maddeye, 01.07.2015'te yürürlüğe giren 12.04.2014 tarihli "Mesleki Sırrın İhlali Alanında Cezalandırılabilirliğin Genişlemesi Hakkında Federal Kanunun" I, 2. maddesiyle dâhil edilmiştir.

³²⁹ Bu fıkra LB art.47'den, 19.06.2015 tarihli Finans Piyasalarının Altyapısı Hakkındaki Federal Kanun'un 10. maddesiyle çıkarılmıştır. bkz., RS 958.1; Fıkranın önceki hâli şöyledir: "failin hükmün kesinleşmesinden sonraki beş yıl içinde tekrarı hâlinde, en az 45 güne karşılık gelen para cezasına hükmedilir".

4.Mesleki faaliyetin veya görevin sona ermesinden sonra işlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali fiili için de bu maddede belirtilen cezalara hükmedilir.

5.Yetkili kurumların bilgilendirilmesi ve mahkeme huzurunda tanıklık hakkındaki Federal ve Kantonal düzenlemelere dair hükümler saklıdır.

6.Bu madde kapsamındaki suçlara dair soruşturmalar ile verilen hükümlerin infazından kantonlar sorumludur. Bu durumda, Ceza Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır.

7.1.3. Türk hukukunda

7.1.3.1. Temel hukuki düzenleme olarak BankK m. 73

Türk hukukunda müşteri sırrını saklama yükümlülüğünü düzenleyen temel hüküm “sırların saklanması” başlıklı” BankK m. 73’te yer almaktadır. Madde hükmü şöyledir:

“Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli görevleri sırasında öğrendikleri bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları bu Kanuna ve özel kanunlarına göre yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da bu hükme tâbidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.

Bu Kanun hükümleri uyarınca Kurumun, yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile düzenleyeceği mutabakat zabıtları çerçevesinde vereceği bilgi ve belgeler birinci fıkradaki sır kapsamında değildir. Kurul düzenleyeceği mutabakat zabıtları veya zabıtlar dışında elde edeceği sırların korunmasını sağlamakla görevlidir. Kurumun elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, kuruluş ve faaliyet izni verilmesinde, faaliyetlerin denetiminde, düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul kararlarına karşı açılacak idari davaların görülmesinde kullanılabilir. **(Değişik dördüncü cümle: 13/2/2011-6111/146 md.)** Kurumun bu fıkra kapsamında elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler, ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında savcılıklar ile ceza mahkemeleri, görevden ayrılmış olsalar dahi, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar ile bağlantılı olarak talepte bulunacak Kurul Başkanı ve üyeleri ile Kurum personeli dışında hiçbir kişi, kurum ve kuruluşa verilemez. Mahkeme kararına bağlanmış sır kapsamına giren bilgilerin verilmesinden Kurum sorumlu tutulamaz.

(Değişik fıkra: 13/02/2011-6111 s.K/ 146. md.) “Sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler”, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder. 22/4/1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu, 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun, 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalıştırılan işçi, gemi adamı ve gazetecinin ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikte her çeşit istihkak ödemelerinin özel olarak açılan banka hesabına yapılması halinde, bu hesaplara ilişkin bilgi ve belgelerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı ile bunlara bağlı ve ilgili kurum ve kuruluşlara verilmesi ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 8 inci ve 100 üncü maddelerinin uygulanması ile genel sağlık sigortalılığında gelir testinin yapılmasına ilişkin bilgi ve belgelerin Sosyal Güvenlik Kurumuna **(Ek ibare: 13/06/2012-6327 s.K./39.md.)** ve il veya ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca yapılan sosyal yardım hak sahiplerinin tespiti ile gelir testi işlemlerinin yürütülmesi amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğüne verilmesi sırrın ifşası sayılmaz. Bu bilgi ve belgelerin verilmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık ile Kurulca belirlenir.

(Değişik dördüncü fıkra: 13/2/2011-6111/146 md.) Kurumun gözetim ve denetimine tâbi kuruluşların, bunların ortaklarına, bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıklarının faaliyetlerine veya müşterilerine ilişkin yabancı ülke kanunlarına göre denetime yetkili ve Kurum muadili mercilerin taleplerinin Kurumca karşılanması, gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece belirtilen amaçlar ile sınırlı kılınması koşuluyla bankaların ve finansal kuruluşların, kendi aralarında doğrudan doğruya ya da risk merkezi veya en az beş banka ya da finansal kuruluş tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişinin yanı sıra doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayelerinin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden paylarının satışı amacıyla muhtemel alıcıların yapacakları değerlendirme çalışmalarında ya da sermayelerinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan yurt içinde veya yurt dışında yerleşik kredi kuruluşu ile finansal kuruluşlar da dâhil ana ortaklıkların konsolide finansal tablo hazırlama çalışmalarında, risk yönetimi

ve iç denetim uygulamalarında veya kredileri de dâhil varlıklarının ya da bunlara dayalı menkul kıymetlerin satışı amacıyla yapılacak değerlendirme çalışmalarında ya da değerlendirme, derecelendirme veya destek hizmeti alınması ile bağımsız denetim faaliyetlerinde ve gerekli tedbirlerin alınması kaydıyla hizmet alımlarına yönelik işlemlerde kullanılmak üzere bilgi ve belge taleplerinin karşılanması sırasında banka ya da müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin öğrenilmesi sır saklama yükümlülüğü dışındadır.

7.1.3.2. BankK ile Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda yer alan diğer hükümler

Türk hukukunda müşteri sırrını saklama yükümlülüğüyle ilgili çok sayıda hukuki düzenleme bulunmaktadır. Örneğin, “etik ilkelere dair” BankK m. 75³³⁰ ve “müşteri haklarına” dair BankK m. 76³³¹ hükmü müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüyle ilgilidir³³². Belirtilen hükümler sırrın saklanması yükümlülüğünü gerektirmekteyse de, BankK m. 73’ten farklı ve özel bir düzenleme içermemektedir.

BankK’nın “sırların açıklanması” başlıklı 159. maddesi BankK m. 73 ile bağlantılıdır. Belirtilen madde, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde uygulanacak ceza yaptırımlarını düzenlemektedir. Maddede; “*bu Kanun’un 73 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar*

³³⁰ BankK m. 75 hükmü şöyledir: “Bankalar ile bunların mensupları; bu Kanuna, ilgili düzenlemelere, kuruluş amaç ve politikalarına uygun olarak faaliyetlerin icra edilmesini temin etmeye ve yönetimde adalet, doğruluk, dürüstlük ve sosyal sorumluluğu esas almaya yönelik etik ilkelere uymakla yükümlüdür. Etik ilkeler, kuruluş birlikleri tarafından Kurulun uygun görüşü alınmak suretiyle belirlenir”. Kanun’un ilgili düzenlemesi çerçevesinde, Türkiye Bankalar Birliği tarafından 26.06.2006 tarihinde Bankacılık Etik İlkeleri yayımlanmıştır. Söz konusu ilkeler, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun 19 Haziran 2014 Tarih ve 5903 sayılı Kararı ile değiştirilmiş ve Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu’nun 20 Ağustos 2014 tarihli Kararı ile de kabul edilmiştir. İlkeler için bkz. <https://www.tbb.org.tr/tr/ana-sayfa/onemli-basliklar/bankacilik-etik-ilkeleri-/295> (Erişim tarihi: 03.03.2019); TBB tarafından hazırlanan Bankacılık Etik İlkeleri’nin 1. maddesinde; Bankacılık Etik ilkelerinin temel amacının, bankacılık mesleğinin toplumda mevcut saygınlık duygusunun sürekliliğinin sağlanması, meslek onuru olarak adlandırılan bu saygınlık duygusunun geliştirilerek sürdürülmesi ve bankacılık sektöründe istikrar ve güvenin korunması olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede etik kurallarının 10. maddesinde “bankaların bilgi ve belge istemeye kanunen açıkça yetkili kişi ve merciler dışında müşterilere ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri gizli tutmak ve özenle saklamak zorunda oldukları” hususu düzenlenmiştir.

³³¹ BankK m.76 hükmü şöyledir: “Bankalar, müşterilerinin, verilen hizmetlerden kaynaklanan her türlü sorularına cevap verecek bir sistem kurmakla ve bu hizmetle ilgili bilgiyi müşterilerine bildirmekle yükümlüdür. Bankalar, kredi sözleşmelerinin onaylı bir örneğini müşterilerine vermek zorundadır. Talepleri hâlinde müşteri ile yapılan diğer işlemlere ilişkin her türlü belgenin bir örneği de müşterilere verilir. Bu Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan faaliyet konularına ilişkin olarak, bankalar ile bireysel müşterileri arasında akdedilecek sözleşmelerin şekil ve içeriğinde yer alması gereken asgarî hususlar ile tip sözleşmelerin uygulanacağı işlemler Kurulun uygun görüşü alınarak kuruluş birlikleri tarafından belirlenir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri saklıdır”.

³³² Kandıralıoğlu, 2011, a.g.k., 34-35.

hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezası hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır (m.159f.1). Yukarıdaki fıkra da belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır. (m. 159 f.2)” hükmü yer almaktadır³³³.

Müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair diğer hukuki düzenlemeler, “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu”nda bulunmaktadır³³⁴. Kanun’un 8. Maddesinin 5. fıkrasında; “kart çıkaran kuruluşlar, kartların kullanılması bir kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu tür bilgilerin gizli kalması amacıyla gerekli önlemleri almak ve harcama ve alacak belgesinin müşteri nüshası üzerinde ve yazışmalarda kart numarasının açıkça yer almasını engellemekle yükümlüdür” hükmü yer almaktadır.

Ayrıca 23. maddeye göre; üye işyerleri, kartın kullanımı sonucunda kart ve kart hamili ile ilgili edindikleri bilgileri, kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar hariç olmak üzere kart hamilinin yazılı rızasını almadan başkasına açıklayamaz, saklayamaz ve kopyalayamaz. Üye işyerleri, kart bilgilerini üye işyeri anlaşması yaptığı kuruluş dışındaki şahıs veya kuruluşlarla paylaşamaz, satamaz, satın alamaz ve takas edemez. Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, bu fıkranın uygulanmasını gözetmekle yükümlüdür. Kart çıkaran kuruluşlar, edindikleri kişisel bilgileri gizli tutmak, kendi hizmetlerinin pazarlanması dışında başka amaçlarla kullanmamak ve kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar dışında kalanların bu bilgilere ulaşmasını engellemek amacıyla gereken önlemleri almakla yükümlüdür³³⁵.

³³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda I. Bölüm 7.5.3. altında yapılan açıklamalar

³³⁴ Kanun için bkz. RG 01.03.2006 tarih ve 26095 sayı.

³³⁵ “...Kurum tarafından TBB’ye gönderilen yazıda Kanun’un 23 ve 8/5. maddesine yer verilerek; üye işyerlerinin bir bölümünde, kartlı sistem altyapısı üzerinde POS veya sanal POS kullanılarak gerçekleştirilen işlemler sonrasında, işlemin ödeme boyutu tamamlanmış olmasına karşın müşteriye ait kart bilgilerinden, kimlik doğrulamada kullanılan ve hassasiyet arz eden güvenlik kodu, son kullanma tarihi ve kart numarası gibi bilgilerin alınarak ayrıca basılı formlara veya dijital ortamlara kaydedildiği duyuruları alınmıştır. İlk paragrafta anılan mevzuat hükümlerine ve gizlilik prensiplerine aykırılık teşkil eden ve suistimal için zemin hazırlayabilecek bu tür uygulamaların, bu durumun önlenmesinin gözetilmesi sorumluluğunun mevzuat çerçevesinde üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlara verildiği hususu da gözönünde bulundurularak üye işyerleri nezdinde araştırılması, tespiti hâlinde ilgili üye işyerlerinin uyarılması ve uygulamaya son verilmesinin sağlanması konusunda ilgili üyelerinizin talimatlandırılması denilmiştir...” Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1299.

Son olarak Kanun'un sırların saklanması başlıklı 31. maddesine göre; “Kurul üyeleri ile Kurum personeli, görevleri sırasında öğrendikleri bu Kanun kapsamındaki kuruluşlara, kart hamillerine ve kefillere ait sırları kanunen açıkça yetkili olanlardan başkasına açıklayamaz ve kendi yararlarına kullanamazlar. Kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, 29 uncu maddede³³⁶ yer alan kuruluşlar ile üye işyerleri, bunların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Kart çıkaran kuruluşların destek hizmeti aldığı kuruluş ve çalışanları hakkında da bu hüküm uygulanacaktır”.

7.1.3.3. Yönetmelik ve tebliğlerde yer alan hükümler

BankK'ya dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve tebliğlerde müşteri sırrına dair çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. “Bankaların Bağımsız Denetimi Hakkında Yönetmeliğin³³⁷, 22/1. maddesi³³⁸; “Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmeliğin³³⁹, 5/8. maddesi³⁴⁰, “Bankaların Değerleme Hizmeti Almaları ve

³³⁶ Madde 29 şöyledir: “Kart hamillerinin risk durumlarının izlenmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve müşteri hizmetlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılacak bilgi ve belge alışverişi veya kartların kullanımından doğan borç ve alacakların takas ve mahsup işlemleri kart çıkaran kuruluşların aralarında akdedecekleri yazılı sözleşmeler çerçevesinde kendi aralarında veya en az beş kart çıkaran kuruluş tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla gerçekleştirilir. Bilgi alışverişine ilişkin olarak kurulacak sistemlerden, ilgili gerçek ve tüzel kişiler ücret karşılığında faydalanır. Bu hakkın kullanımına veya alınan bilgi ve belgelere ilişkin uyumsuzluklarda bu Kanunun 44 üncü maddesi hükümleri uygulanır. Bu hüküm gereğince yapılacak bilgi ve belge alışverişi 31 inci maddenin ikinci fıkrası hükmü dışındadır. Birinci fıkraya istinaden kurulacak şirketler, Kurumca istenilen tüm bilgi ve belgeleri belirlenen usul ve esaslara uygun olarak vermekle yükümlüdür. Kurum, alınacak bilgi ve belgeleri gözetim ve denetim sisteminde ve yapılacak kanunî işlemlerde kullanmaya yetkilidir. Bu şirketlerin faaliyet usul ve esasları, üyelik şartları ile gözetim ve denetimine ilişkin hususlar Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının görüşü alınmak suretiyle Kurul tarafından yönetmelikle düzenlenir. Kurulca gerek görülmesi halinde bu şirketlerin gözetim ve denetimine ilişkin yetki Kurum tarafından Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile birlikte kullanılabilir”.

³³⁷ RG 02.04.2015 tarih ve 29314 sayı.

³³⁸ Maddeye göre; bağımsız denetim kuruluşları; ortakları ile kilit yöneticilerinin ve bağımsız denetçilerinin bağımsız denetim faaliyetleri dolayısıyla öğrenecekleri “Kanunun 73 üncü maddesi kapsamında sır niteliğindeki bilgilerin” korunmasına yönelik her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Bağımsız denetçiler, sır niteliğindeki bilgileri Kanunen yetkili kılınan merciler dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişiye açıklayamazlar.

³³⁹ RG 05.11.2011 tarih ve 28106 sayı.

³⁴⁰ Maddeye göre; destek hizmeti dâhil her türlü hizmet alımlarında bankalar tarafından, “banka ve müşteri sırrının” güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Bilgi paylaşımı veya hizmet alınan kuruluşun bilgiye erişiminin söz konusu olduğu durumlarda verilecek sisteme erişim, veriye erişim veya veriyi görme yetkisi için gerektirdiği bilgiyi kapsayacak şekilde sınırlandırılır. Veri güvenliğinin sağlanması için alınan hizmetin niteliğine göre, müşteri isimlerinin ve önemli nitelikteki diğer kişisel bilgilerin kodlanması, maskelenmesi, şifrelenmesi, sisteme erişim yetkisi verilmeksizin veri

Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmeliğin³⁴¹ 19. maddesi³⁴², “Bağımız Denetim Kuruluşlarının Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmeliğin³⁴³, 20/11. maddesi³⁴⁴; müşteri sırrını saklama yükümlüğüne tâbi olanların sırrın saklanması için gerekli tedbirleri alması gerektiğini düzenleyen yönetmelik hükümlerinden bazılarıdır.

Ayrıca “Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmeliğin³⁴⁵, bilgi alışverişi, takas ve mahsuplaşma kuruluşlarında iç denetim sistemi başlıklı 26/Ç. maddesinin 4. fıkrası, sır saklama yükümlüğüne dair bir düzenleme getirmiştir³⁴⁶.

“Bankalar ve Kamu İdareleri Tarafından Yapılacak Olan Sigortalılık Kontrolü ile Kurum ve Kuruluşlardan Bilgi ve Belgelerin Alınmasına ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁴⁷ ise, müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin de

girişinin sistem harici bir yerde yapılması ve bu verilerin daha sonra banka tarafından kendi sistemine aktarılması, veriye erişimin kısıtlanması, veriye erişimin işin gerektirdiği en az seviyede gerçekleştirilmesi, destek hizmeti kuruluşu nezdinde müşteri verisi saklanması engellenmesi veya benzeri başka yöntemler kullanılır. Destek hizmeti sağlayan kuruluşlarca “bankaya ve müşterilerine ait sırların” korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak destek hizmeti alan ilgili bankanın sorumluluğundadır.

³⁴¹ RG 12.01.2017 tarih ve 29946 sayı.

³⁴² Maddeye göre; (1) Değerleme kuruluşunun ortakları, yöneticileri, değerleme uzmanları ve yardımcıları 4 üncü maddede belirtilen değerleme faaliyetleri sırasında öğrendikleri, bu Yönetmelik uyarınca kamuoyuna açıklanması zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, “bankalara ait sırları ve yapacakları değerleme sözleşmelerinde kararlaştırılacak sır kapsamındaki bilgileri” açıklayamaz, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerine kullanamazlar. Değerleme kuruluşları sır niteliğindeki bilgilerin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. (2) Bankalar, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve buna ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde değerleme raporunun müşterileriyle paylaşılması gereken durumlarda, raporu düzenleyen değerleme kuruluşu ile uzmanlarına ait sırların ve kişisel bilgilerin korunmasına yönelik olarak gerekli tedbirleri alır. (3) Değerleme kuruluşları, birinci fıkra kapsamındaki bilgileri sadece bu Yönetmelik kapsamındaki değerleme faaliyetlerinde kullanabilir. (4) Değerleme kuruluşunun ortakları, yöneticileri, değerleme uzmanları ve yardımcıları bankaya verilen değerleme hizmetine ilişkin ya da gelecekteki muhtemel uygulamaları hakkında, değerleme sözleşmesi imzaladıkları banka hariç, kamuoyuna açıklamada bulunamaz.

³⁴³ RG. 13.01.2010 tarih ve 27461 sayı.

³⁴⁴ Maddeye göre, yetkili kuruluşlar ve denetçiler, BSD faaliyetleri dolayısıyla öğrendikleri ve ilgili düzenleme hükümlerine göre “sır kapsamında bulunan bilgilerin” kendi nezdlerinde korunmasına ilişkin tedbirleri alır, bu bilgileri kanunen açıkça yetkili kılınanlardan başkasına açıklayamaz ve doğrudan veya dolaylı şekilde kendi yararlarına kullanamazlar.

³⁴⁵ Tebliğ için bkz., RG 10.03.2007 tarih ve 26458 sayı.

³⁴⁶ Maddeye göre; “...Kuruluşlar, iç denetim elemanı çalıştırmaksızın iç denetim hizmetlerini bu konuda destek hizmeti veren kuruluşlardan temin edebilirler. Ancak, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 73 üncü maddesi kapsamında yer alan banka veya banka müşterilerinin sırlarına vakıf olunması sonucunu doğuracak iç denetim hizmetinin bulunması hâlinde, bu hizmetlerin iç denetim elemanı çalıştırmak suretiyle yerine getirilmesi zorunludur”.

³⁴⁷ RG 08.12.2013 tarih ve 28843 sayı; BankK m.73 f.2’de yapılan değişiklikle, çalışanlar tarafından banka hesaplarındaki bilgilerin belli bakanlıklara, Hazine Müsteşarlığına, 5510 sayılı Kanunu’n 8. ve 100. maddelerinin uygulanması sonucu, verilmesinin sırların ifşası sayılmayacağı kabul edilmiştir. Bu konuda

verilmesinin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Yönetmeliğin 5.³⁴⁸, 6.³⁴⁹, 7.³⁵⁰, 8.³⁵¹ 12.³⁵² ve 14.³⁵³ maddeleri sözü edilen hususlara ilişkindir.

BDDK tarafından yayımlanan, “Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ”in³⁵⁴ müşteri bilgilerinin mahremiyeti başlıklı 17. maddesi de müşteri sırrına dair önemli düzenlemeler ihtiva etmektedir. Maddeye göre; *banka, faaliyetlerinin ifası sırasında bilgi sistemleri aracılığıyla edindiği veya sakladığı müşteri bilgilerinin mahremiyetini sağlamaya yönelik politika ve prosedürleri oluşturur, yazılı hale getirir, ilgili tüm birimlere iletir ve bunların gerektirdiği tedbirleri alır. Bu kapsamdaki müşteri bilgileri, yasalarla açıkça yetkili kılınan merciler dışındaki taraflarla, ancak paylaşım sınırları açıkça belirtilmek ve müşterilerin “yazılı rızaları” alınmak kaydıyla paylaşılabılır. Müşterilere bilgilerini söz konusu taraflarla paylaşım paylaşmama konusunda “seçenek sunulmalı” ve “müşterinin böyle bir seçeneğinin bulunduğuna dair mutlaka bilgilenmesi” sağlanmalıdır.*

Madde metninden anlaşılacağı üzere bankanın, müşteriyle akdedilen sözleşmeye hüküm konulması suretiyle, bazı kişi veya kuruluşlara bilgi verebilmesi mümkün değildir. Müşteri sırrı kiminle paylaşılacak ise, bu paylaşımın sınırları açıkça

“Bankalar ve Kamu İdareleri Tarafından Yapılacak Olan Sigortalılık Kontrolü ile Kurum ve Kuruluşlardan Bilgi ve Belgelerin Alınmasına ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” de yürürlüğe girmiştir.

³⁴⁸ Yönetmelik kapsamında bilgi ve belgeler istenirken veya verilirken, Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile özel ve aile hayatının gizliliği ve savunma haklarına ilişkin hükümler saklı tutulacaktır (m.5/2). Bankalardan gerçek ve tüzel kişilere ait istenen bilgiler 5411 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sırrın ifşası kapsamında değerlendirilemeyecektir (m.5/4).

³⁴⁹ Bankalar ve kamu idareleri ile diğer kurum ve kuruluşlardan bu Yönetmelik’te belirtilen bilgi ve belgelerin dışında, ayrıca bilgi ve belge istenmesinde veya manuel olarak istenen bilgi ve belgelerin elektronik ortamda alınmasında Kurum yetkilidir (m.6/3).

³⁵⁰ Bilgi ve belgeler; bankalar, döner sermayeli kuruluşlar ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istenir (m.7/1).

³⁵¹ Bu Yönetmelik kapsamında istenen bilgi ve belgelerin manuel veya elektronik ortamda ya da e-sigorta ile gönderilme zorunluluğu getirilebilir (m.8/1).

³⁵² Kurumca, kamu idareleri ile bankalar ve ilgili kurum ya da kuruluşlara sigortalılık kontrolü için sisteme giriş yetkisi verilebilir (m.12/1).

³⁵³ Elektronik ortamda gönderilecek bilgi ve belgeler, gerek Kurumun gerekse de ilgili banka ve kamu idareleri ile diğer kuruluşların bilgi işlem sistemlerinde herhangi bir nedenle sorun olması nedeniyle bu Yönetmelikte belirtilen sürede gönderilmemesi durumunda; bu bilgi ve belgeler sorunun ortadan kalktığı tarihi takip eden beşinci iş gününün sonuna kadar gönderilir. Kurumun bilgi işlem sisteminde sorun olması hâlinde bu durum bankalar ve kamu idareleri ile diğer kuruluşlara bildirilir, bankalar ve kamu idareleri ile diğer kuruluşların bilgi işlem sistemlerinde sorun bulunması hâlinde ise bu hususun belgelenerek Kuruma bildirilmesi gerekir (m.14).

³⁵⁴ RG 14.09.2007 tarih ve 26643 sayı.

belirtilmeli, müşterinin bilgileri paylaşp paylaşmama hakkı olduğu yazılı metinde açıkça yer almalı ve müşteri paylaşma seçeneğini seçtiğini açıkça bildirmelidir³⁵⁵.

BDDK tarafından yayımlanan “Bilgi Alışverişi, Takas ve Mahsuplaşma Kuruluşlarında Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkeler ile İş Süreçleri ve Bilgi Sistemlerinin Denetimine İlişkin Tebliğin”³⁵⁶ genel ilkeler başlıklı 5/4. maddesi ise şu şekildedir: “Sır kapsamındaki verilere ilişkin olarak kuruluş ile veri alışverişinde bulunan kişilere uygulanan kimlik doğrulama mekanizması birbirinden bağımsız en az iki bileşenden oluşur. Bu iki bileşen; kişinin “bildiği”, “sahip olduğu” veya “biyometrik bir karakteristiği olan” unsur sınıflarından farklı ikisine ait olmak üzere seçilir. Bileşenler tamamen kişinin şahsına özgü olur ve bunlar sunulmadan kimlik doğrulama gerçekleştirilemez, hizmetlere erişim sağlanamaz. Elektronik İmza Kanununun 4. maddesinde düzenlenen güvenli elektronik imza kullanıldığı takdirde bu fıkradaki hükümler yerine getirilmiş sayılır. Müşteri bilgilerinin üçüncü taraflar ile paylaşılması için alınması gereken müşteri rızası, iki bileşenli kimlik doğrulama yapılması ve bilgilerin paylaşımına müşterinin onay verdiğinin gerektiğinde kanıtlanabilmesine yönelik tedbirlerin alınması şartıyla elektronik ortamda alınabilir”.

Aynı Tebliğin, bilgilerin doğruluğunun, güvenliğinin ve güncelliğinin sağlanması başlıklı 7. maddesine göre; bilgi alışverişi kuruluşları ve Risk Merkezi, üye kuruluşlar ile olan bilgi iletişiminin güvenli, doğru ve yeterli sıklıkta gerçekleşebilmesi için gerekli önlemleri alır. Kuruluş, BankK m.73’e göre sır kapsamında olan bilgilerin üye kuruluş tarafından sorgulanmasına ilişkin işlemlere ait denetim izlerinin, bilgilerin ifşası durumunda üye kuruluş içindeki sorumluların tespitini sağlayacak nitelikte bir yıl süreyle üye kuruluş tarafından tutulmasını temin eder.

7.1.4. Temel hukuki düzenlemelere ilişkin hükümlerin amaçları

Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33, İsviçre hukukunda LB art. 47 ve Türk hukukunda BankK m. 73 hükümlerinin yöneldiği amaçlara bakıldığında, Fransız ve İsviçre hukuklarındaki hükümlerin amacının banka sırrının korunması olmadığı görülmektedir³⁵⁷. Aslında, her işletme veya şirket gibi bankanın da, üçüncü kişiler ve

³⁵⁵ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1500.

³⁵⁶ RG 04.12.2013 tarih ve 28841 sayı.

³⁵⁷ Fransız hukukunda, Alavi, 2017, **a.g.k.**, 14; Teissier, 1999, **a.g.k.** s. 18; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 15; Garinot, 2013, **a.g.k.**, 176. İsviçre hukukunda Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 15.

rakipleri tarafından bilinmeyen kendi ticari faaliyetleri veya bazı müşterileri için sağladığı özel koşulları gibi gizli bilgileri bulunmaktadır. Bu bilgilerin korunması önem arz etmekle birlikte, söz konusu koruma müşteri sırrının saklanması hükümleriyle sağlanamaz³⁵⁸. Nitekim Compiègne Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 08.11.1980 tarihli kararında bankanın, kendi iş sırlarının açıklanmasını önlemek için, müşteri sırrının korunmasına dair hükümlerden yararlanamayacağı açık şekilde vurgulanmıştır³⁵⁹.

Oysa Türk hukukunda BankK m. 73'te yer alan "...bankalara ve bunların bağlı ortaklık, iştirak, birlikte kontrol edilen ortaklıkları ve müşterilerine ait sırları..." ifadesinden, madde hükmünün hem banka sırrını hem de müşteri sırrını korumayı amaçladığı sonucu çıkarılmaktadır.

Her üç ülke hukukunda da, müşteri sırrı banka bakımından bir "hak" olarak değil, uyulması gereken bir "yükümlülük" olarak düzenlenmiştir. Banka gizli nitelikteki bilgilere erişim olanağı sağlayan "zorunlu sırdaş" niteliği dolayısıyla, müşteri sırrını saklamakla yükümlü olacaktır³⁶⁰. Bu yükümlülükle, müşterilerin bankalara vermiş oldukları bilgilerin açıklanmayacağına dair inançlarının korunması sağlanırken³⁶¹, genel olarak bankacılık alanında güven ve istikrar da güvence altına alınmaktadır³⁶².

Müşteri sırrının saklanması, müşterinin "maddi ve manevi varlığının korunması" ve "özel hayatın gizliliği" ile ilgilidir. Anayasa'nın 17. maddesi gereğince "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Bir anayasal hak olan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı, kişinin ticari sırlarının da açıklanmamasını içerek şekilde, tüm ekonomik, ticari ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi anlamına gelmektedir³⁶³. Anayasa'nın 20. maddesinin, "herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmü ise, kişinin mahremiyet alanının, sır çevresinin korunmasının anayasal temelini oluşturmaktadır.

³⁵⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 254; A. Rappo (2011). Les fondement juridiques actuels du secret bancaire. *Les enjeux Juridique du secret bancaire*. Genève: Schultess, s. 44.

³⁵⁹ Bununla birlikte, karara konu olan olayda davacı, bankanın müşterileriyle yaptığı işlemleri gösteren belgeyi mahkemeye sunmasını talep etmiştir. Ancak mahkeme dava konusu belgede hem banka hem de müşterilere ait gizli nitelikte bilgiler yer aldığından, müşteri sırrına dair hükümlerin, denetim raporunun mahkemeye sunulmasına engel teşkil ettiğine karar vermiştir. Karar denetçilerin raporlarının, denetimde müşterilere ait bilgiler, açıkça isim zikredilmeden ve gizli tutularak hazırlandığı sürece, müşteri sırrının kapsamı dışında kabul edilebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 255.

³⁶⁰ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 73.

³⁶¹ Yüksel vd, 2004, **a.g.k.**, 193.

³⁶² Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 16.

³⁶³ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 412.

Temellerini Anayasa'dan alan, hem gerçek hem de tüzel kişiler³⁶⁴ için geçerli olan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayatın gizliliğinin korunması, müşteriye ait sırların, kendisinin onayı veya başkaca bir kanun hükmü olmadan açıklanmamasını gerektirmektedir³⁶⁵. O hâlde, müşteri sırrının saklanması hükümleriyle, müşterinin kişilik haklarının korunmasının amaçlandığı sonucuna ulaşılabilir³⁶⁶.

Ancak, müşteri sırrının saklanması hükümlerinden yalnızca müşterinin yararlandığını söylemek, müşteriyle ilgili üçüncü kişilerin, örneğin müşterinin eşi ve çocukları, kanuni temsilcisi, şirketi temsile yetkili olan temsilcilerini, müşterinin ölümünden sonra mirasçılarını koruma kapsamı dışında tutmak uygun değildir. Zira bankanın müşterisi olmayan bu kişiler hakkında, bankanın bilgi sahibi olması olasıdır. Üçüncü kişiler de, müşteri sırrının saklanması hükümlerinden yararlananlar arasında sayılmakla birlikte, bu kişiler bakımından bankanın sorumluluğunun kaynağının Fransız hukukunda haksız fiil hükümleri³⁶⁷, İsviçre-Türk hukukunda ise, sözleşmesel sorumluluk hükümleri olduğu kabul edilmektedir³⁶⁸.

7.1.5. Temel hukuki düzenlemelere ilişkin hükümlerin nitelikleri

Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33, İsviçre hukukunda LB art. 47 ve Türk hukukunda BankK m. 73'te düzenlenmiş olan müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair hükümler *özel hüküm* niteliğindedir ve bu nitelikleri ile genel kanunlarda yer alan hükümlerden önce uygulanır³⁶⁹. Gerçekten BankK m. 2, f.3'te yer alan "...bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler tatbik olunur..." hükmü de, sır saklama yükümlülüğüne dair 73. maddenin özel hüküm niteliğini ortaya koymaktadır. Müşteri

³⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda birinci bölüm 7.2.1.1.2. altında yapılan açıklamalar.

³⁶⁵ Y. Alıcı (2017). *Bankacılık Kanunu şerhi. C. II.* (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 1287-1288; Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 412.

³⁶⁶ Tandoğan, 1974, **a.g.k.**, 118; Aral, 1961, **a.g.k.**, 10.

³⁶⁷ Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 84; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 146; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 142; Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda birinci bölüm 7.4. altında yapılan açıklamalar.

³⁶⁸ İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 115; Rappo, 2002, a.g.k. 280; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 32; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 114 vd.; Türk hukukunda Tekinalp, 2009, a.g.k., 451; Kandıralıoğlu, 2011, a.g.k., 18-19; Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda birinci bölüm 7.3. altında yapılan açıklamalar.

³⁶⁹ H. Doğrusöz (2010). *Banka yöneticilerinin ve hâkim ortaklarının şahsi sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 16.

sırrını saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, ihlali gerçekleştirenlerin sorumluluğunun şartları ve zararın tazmini hakkında genel hükümler uygulanır³⁷⁰.

Müşteri sırrının saklanması için temel hükümler *emredici niteliktedir*³⁷¹. Sırrın saklanması yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi ceza yaptırımına tabi kılınmış ve böylece madde hükmünün emredici niteliği de güçlendirilmiştir. Söz konusu hükümlerle, bir taraftan kamu düzeninin korunması sağlanırken, diğer taraftan müşterilerin maddi ve manevi varlıkları korunmaktadır³⁷².

Müşteri sırrının saklanması için hükümler “*yasak hükmü*” niteliğindedir. Gerçekten Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33’e göre; kredi kuruluşu ve finansman şirketlerinin yönetim veya gözetim kurulu üyesi olan veya herhangi bir şekilde yönetime katılan veya bu kuruluşlarda çalışan kişiler mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. İsviçre hukukunda LB art. 47’ye göre; bankanın veya finansman şirketlerinin organı, çalışanı, vekili, tasfiye memuru ile denetime yetkili şirketin organı ve çalışanı müşteri sırrını saklamakla yükümlüdür. Türk hukukunda BankK m. 73 gereğince; Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli, Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları ve sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. Sayılan kişilerin müşteriye ve onunla ilgili kişilere ait bilgi ve belgeleri saklaması zorunludur. Bu yükümlülük, sırrı açıklama yasağı olarak belirginleşmekte ve müşterinin menfaatinin ihlal edilmesi hukuk düzeni tarafından yasaklanmaktadır³⁷³.

Müşteri sırrının saklanması ilişkin hükümler *ceza yaptırımına bağlanmış* hükümlerdir. Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33’te ceza yaptırımlarına yer verilmemiştir. Ancak, CMF’nin ceza yaptırımlarına dair art. L. 571-4’ü, CP art. 226-

³⁷⁰ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 21.

³⁷¹ Emredici hukuk kuralları, tarafların aksini sözleşme ile kararlaştırmalarının mümkün olmadığı hukuk kurallarıdır. M. K. Oğuzman ve N. Barlas (2018). *Medeni hukuk dersleri. Giriş kaynaklar temel kavramlar* (24. Bası). İstanbul: Vedat kitapçılık, s. 87-88; H. Hatemi (2017). *Medeni hukuka giriş* (8. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 61; M. Dural ve S. Sarı (2018). *Türk özel hukuku. C. 1.Temel kavramlar ve Medeni Kanunun başlangıç hükümleri*. İstanbul: Filiz kitabevi, s. 132-133; Hangi hükümlerin emredici nitelikte olduğunun tespiti için, önce ilgili hükmün sözüne, daha sonra özüne bakılması gerekir. Hükmün sözünden bir sonuca ulaşılması mümkün değilse, bu defa hükmün kamu düzenine, ahlâk kurallarına, *kişilik haklarına* veya zayıfların korunmasına ilişkin olup olmadığına bakılır. B. Öztan (2019). *Medeni hukukun temel kavramları* (43. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 19-20; Hatemi, 2017, **a.g.k.**, 61; S. Helvacı ve F. Erlüle (2018). *Medeni hukuk*. (5. Bası). İstanbul: Legal Yayıncılık, s.17; Dural ve Sarı, 2018, **a.g.k.**, 133.

³⁷² Doğrusöz, 2010, **a.g.k.**, 25.

³⁷³ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 23.

13'e³⁷⁴ atıf yapmaktadır. Sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması durumunda belirtilen maddede yer alan bir yıl hapis cezası ve 15. 000 Avro para cezasına hükmedilecektir. İsviçre hukukunda ise, CP'e atıf yapılmadan, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün düzenlenmiş olduğu LB art. 47'de ceza yaptırımlarına da yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, müşteri sırrını kasten açıklayanlar hakkında, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile 250.000 Frank'a kadar para cezasına hükmedilir. Türk hukukunda müşteri sırrını saklama yükümlülüğü BankK m. 73'te, bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi "sırların açıklanması" başlıklı BankK m. 159'da düzenlenmiştir. Maddeye göre; sır saklama yükümlülüğüne uymayanlar için, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır. Diğer taraftan, TCK'nın ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması başlıklı 239. maddesinde de müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı fiiller için ceza yaptırımları öngörülmüştür³⁷⁵.

Müşteri sırrının saklanması hükümleri, *bankanın kamu güvenine sahip bir kurum olma niteliğini destekler niteliktedir*. Banka ile işlem yapan müşteri, aralarında gizliliğin sağlanmasına ilişkin bir sözleşme olmasa da, bankanın sır saklama yükümlülüğünün var olduğunu baştan kabul ederek, sırrının korunacağı konusunda bankaya güvenir. Bu durum bankaları, kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmama yükümlülüğüne tâbi kılmaktadır³⁷⁶.

Son olarak ilgili hükümler, sır saklama yükümlülüğünü *banka için mesleki bir yükümlülük olarak* öngörmektedir. Bankanın kendi iş sırlarının değil, müşteriye ait sırların mesleki sır kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Sırların saklanması, mesleki sırrın saklanması anlamına gelmekte ve hatta müşteri sırrının, mesleki sırrın özel bir türü olduğu ifade edilmektedir³⁷⁷.

³⁷⁴ CP. art. 226-13 hükmü şöyledir: Bir durum, meslek, sürekli veya geçici görev nedeniyle gizli nitelikteki bilgileri saklayan, söz konusu bilgileri açıklarsa, bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır.

³⁷⁵ Bu iki hükümden hangisinin uygulanacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda birinci bölüm 7.5.3. altında yapılan açıklamalar.

³⁷⁶ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 25; Erem, Altınok, Tandoğan, 1989, **a.g.k.**, 333; Battal, 2001, **a.g.k.**, 210; Atabek, 1982, **a.g.k.**, 97;

³⁷⁷ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 25; Donay, 1978, **a.g.k.**, 222; İzveren, 1955, **a.g.k.**, 322-323.

7.2. Kişiliğin Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Fransız hukukunda kişilik haklarının korunmasına ilişkin olarak Anayasa’da açık bir hüküm bulunmaz³⁷⁸. Ancak kişilik haklarının korunmasının özellikle “özel hayata saygı” ilkesi çerçevesinde uluslararası alanda pek çok uluslararası bildirge ve sözleşme ile güvence altına alınmış olduğuna işaret edilir³⁷⁹. Ayrıca CC art. 9’da³⁸⁰ “*herkes özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*” hükmü kişiliğin korunmasına ilişkin temel hüküm olarak kabul edilmektedir.

İsviçre-Türk hukukunda özel hayatın korunması, bir anayasal hak olarak düzenlenmiştir. 18.04.1999 tarihli İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası’nın 13. maddesine göre; “herkes özel hayatı, aile hayatı, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir. Herkes kişisel verilerinin kötüye kullanılmasına karşı korunma hakkına sahiptir”. Türk hukukunda da Anayasa’nın 17. maddesinde, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesine ve 20. maddesinde, kişinin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağına dair hüküm yer almaktadır.

Kişiliğin korunmasına dair kanun hükümleri ise, İsviçre hukukunda CCS art. 27 ve 28’de ve Türk hukukunda TMK. m. 23-25’te yer almaktadır. İlgili maddeler uyarınca, “hiç kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka aykırı ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz (CCS art. 27 ve TMK m. 23 f.1). Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırıda bulunulan kişi hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya

³⁷⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 36.

³⁷⁹ 10.12.1948 tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin” 12. maddesi şöyledir: *hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışmasına keyfi olarak müdahale edilemez ve hiç kimse şeref ve adına karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır*; 04.11.1950 tarihli “İnsan Hakları ve Temel Hakların Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin” 8. maddesi şöyledir: *herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*; 16.12.1966 tarihli “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin” 17. maddesi şöyledir: *hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna ya da yazışmasına keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz*; 07.12.2000 tarihli “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın” 7. maddesi şöyledir: *herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini talep hakkına sahiptir*.

³⁸⁰ CC art 9 hükmü “Vatandaşların Kişisel Haklarının Güçlendirilmesine Yönelik 17.07.1970 tarih ve n.70-643 sayılı Kanun” ile getirilmiştir. Kanun için bkz., Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693897> (Erişim tarihi: 02.02.2019).

da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. (CCS art. 28 ve TMK m. 24).

7.2.1. İhlalin koşulları

7.2.1.1. Özel ve gizli alanın bulunması

7.2.1.1.1. Gerçek kişiler bakımından

Yukarıda belirtilen maddelerde, kişilik hakları tanımlanmamış ve kişilik hakları kapsamında hangi hususların yer aldığı açık şekilde belirtilmemiştir. Doktrinde kişilik hakları, insanın insan olmasından dolayı ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu haklar olarak tanımlanmaktadır³⁸¹. Kişilik hakkı kişinin yaşamı, bedensel ve ruhsal bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, itibarı, sırları, adı ve diğer değerleri üzerindeki hakları kapsamaktadır³⁸².

Fransız hukukunda kişilerin maddi ve manevi bütünlüğüne, sağlığına, onuruna, özel hayatın gizliliğine dair bilgilerin, kişilik haklarının kapsamında yer aldığı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Fakat *malvarlığına dair bilgilerin*, kişilerin gizlilik alanı içinde olup olmadığı ve bu bilgilerin hukuka aykırı olarak açıklanmasının, kişilik haklarının ihlali anlamına gelip gelmediği hususunda, uzun yıllar görüş birliği sağlanamamıştır. Önceleri bankanın, müşterisinin yapmış olduğu banka işlemini açıklamasının, sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına geldiği ve fakat aynı açıklamanın kişilik haklarına aykırılık teşkil etmesinin istisnai bir durum olacağı ifade edilmiştir. Belirtilen istisnai duruma bankanın, evli bir müşterisi tarafından evlilik dışı çocuğuna yapılan düzenli ödemeleri açıklaması örnek olarak gösterilmiştir. Bu bilginin verilmesi, kişinin özel hayatına dair mahrem bilgilerinin, onayı olmadan açıklanması

³⁸¹ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 278; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 168; Diğer tanımlar için bkz., Serozan, 2018, **a.g.k.**, 454; R. Serozan (1977). Kişilik hakkının korunmasıyla ilgili bazı düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11(14), s. 93; M. Regamey (1929). *La protection de la personnalité en droit civil*. Lausanne: T. Geneux, s. 13; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 100; J. G. Akipek, T. Akıntürk, A. Karaman (2015). *Türk medeni hukuku. Başlangıç hükümleri. Kişiler hukuku* (12. Bası). İstanbul: Beta Basım yayım Dağıtım A.Ş., s. 341-342; Helvacı ve Erlüle, 2018, **a.g.k.**, 87; H. Tandoğan (1962). Şahsiyetin akit dışı ihlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması. *AÜHF Dergisi* 3(2), s. 12-13; 9-10; K. Oğuzman (1990). İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda şahsiyetin hukuka aykırı tecavüze karşı korunması ve özellikle manevi tazminat davası bakımından yapılan değişiklikler. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 9-10.

³⁸² Öztan, 2019, **a.g.k.**, 278.

anlamına geleceğinden, sır saklama yükümlülüğüne dair hükümlerle birlikte CC art. 9'un da ihlal edilmiş olacağı söylenmiştir³⁸³.

Oysa gizlilik alanının tespiti ve kişilik haklarının ihlali nedeniyle meydana gelen zarar, çoğu kez verilen örnekteki kadar belirgin değildir. Fakat malvarlığı yönetimi veya malvarlığı ile ilgili işlemler gerçekleştiren bankalar ve noterler gibi meslek grupları için, mesleki sır saklama yükümlülüğünün düzenlenmiş olduğu açıktır. Bu faaliyetleri yürüten kişiler için, kanuni düzenlemelerle ceza yaptırımları da öngörülmüştür. Üstelik “Veri Kayıt Sistemi Hakkında Kanun’un”³⁸⁴ 1. maddesinde yer alan “...gerçek kişilerin malvarlığı unsurları ve özel hayatları ile ilgili bilgileri içeren veri kayıt sistemi...” hükmü bu yöndeki görüşü güçlendirmiştir³⁸⁵.

Malvarlığına dair bilgilerin özel hayatın bir parçası olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu, Fransız mahkeme kararlarında da tartışılmıştır. Yargıtay Hukuk Dairesi bazı kararlarında, kişilerin malvarlığına dair bilgilerin özel hayatın bir parçası olduğuna³⁸⁶, bazı kararlarında söz konusu bilgilerin açıklanmasının kamu yararı gerektirdikçe ve bu yararlar orantılı oldukça mümkün olduğuna, politika ve iş dünyasından kişilerle ilgili bilgilerin öğrenilmesinin kamu yararına olduğuna³⁸⁷ hükmetmiştir.

Fransız Yargıtay Ticaret Dairesi 08.07.2003 tarih ve 00-11.993 sayılı kararı³⁸⁸ ile 15.05.2019 tarih ve 18-10.491 sayılı³⁸⁹ kararında, malvarlığına ilişkin bilgilerin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına hükmetmiştir. Karara konu olan olaylarda; müşteriler banka tarafından ödenen çeklerin arka yüzlerinin fotokopisinin teslimini istemiştir. Talebi reddedilen müşteriler, bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için, çeklerin

³⁸³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 274.

³⁸⁴ “Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives” için bkz.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=3DA3918B1389C13FBFAC47442565E30A.tp djo16v_3?cidTexte=JORFTEXT000000322519&dateTexte=19940228 (Erişim tarihi: 07.07.2019).

³⁸⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 101; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 43-44; Aksi görüşe göre; CC art.9, açıkça özel hayatın korunmasını hedeflemektedir. Müşterilerin malvarlığı değerleri bu korumanın kapsamı dışında kalmaktadır. Üstelik söz konusu değerler çoklukla, ticari sırların korunmasına dair hükümler kapsamında yer almaktadır. R. Abdel Hamid (1989). *Le secret bancaire: étude de droit comparé. France, Egypte*. Université de Rennes 1. Thèse de doctorat, s. 37-38.

³⁸⁶ Kararlar için bkz., Cass. civ. 1, 29.05.1984, 82-12.232 ve Cass. civ. 1, 31.05.1988, 87-11772.

³⁸⁷ Kararlar için bkz., Cass. civ. 1, 19.12.1995, 93-18.939 ve Cass. civ. 1, 28.05.1991, 89-19.818.,

³⁸⁸ Karar için bkz., Cass. com. 08.07.2003, 00-11.993.

³⁸⁹ Karar için bkz., Cass. com. 15.05.2019, 18-10.491.

mahkemeye³⁹⁰ teslimini talep etmiştir. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi; CMF art. L. 511-33, CC art. 10³⁹¹ ve CPC art. 11³⁹² ile birlikte özellikle CC art. 9’a atıf yaparak, “bankanın, üzerinde üçüncü kişilerin kimlik ve hesap numarası bilgileri³⁹³ bulunan çekin arka yüzünü teslim edemeyeceğine, aksi takdirde müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına” karar vermiştir³⁹⁴.

İsviçre-Türk hukukunda kişilik hakları içinde kişinin maddi, manevi ticari ve ekonomik alanlarının bulunduğu kabul edilmektedir³⁹⁵. Kişinin gizli alanı da kendisinin hayat alanı içinde bulunmakta ve bu alanın tespiti için özel bir ayırım yapılmaktadır. Doktrinde ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararlarında bu ayrımlara değinilmiştir³⁹⁶. Üç alan teorisi (la théorie des trois sphères) olarak adlandırılan ayırma göre; çok güvenilen kişiler dışında hiç kimseyle paylaşılmamış olan olayların yer aldığı alan “gizli alanı” oluşturmaktadır. Kişinin arkadaşları veya yakınları gibi, diğer kişilere göre nispeten daha sıkı bağlarla bağlı olduğu kişilerle paylaşmak isteyeceği olayların bulunduğu alan “özel alanı” oluşturur. Kişilerin erişimine açık olan olayların yer aldığı alan ise, “kamusal alanı”dır³⁹⁷.

³⁹⁰ CMF art. L. 511-33, müşteri sırrının, ceza soruşturma ve yargılamasını yürüten makama karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlemektedir. Ancak, hukuk mahkemelerinde müşteri sırrının ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda İkinci Bölümde 2.1.4. altında yapılan açıklamalar.

³⁹¹ CC art. 10 hükmü şöyledir: “Herkes gerçeğin ortaya çıkarılması için yargılama makamlarına yardımcı olmakla yükümlüdür. Hukuki neden bulunmaksızın, mecbur olduğu hâlde yükümlülüğünden kaçınanlar bunu yerine getirmeye mecbur edilebilir”.

³⁹² Fransız Medeni Usul Kanunu’nun (CPC) 11. maddesi şöyledir: “tarafklar koruma tedbirlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmalıdır”.

³⁹³ Çekin arka yüzünde, lehtarın ismi, imzası ve ödemeler çoğunlukla hesaba ödeme şeklinde olduğu için, lehtarın *banka hesap numarası* bulunmaktadır. Bu yönüyle karar açık şekilde; malvarlığı değerlerinin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına işaret etmektedir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 37.

³⁹⁴ Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 15.05.2019 tarih ve 18-10.491 sayılı kararında; CMF art. L. 511-33 ve CC art. 9’a uygun olarak bankanın çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili tüm bilgileri saklamakla yükümlü olduğunu, bu yükümlülüğünün kural olarak hukuk mahkemesine karşı da ileri sürülebileceğini vurgulamıştır. Ancak aynı kararda mahkeme; müşteri sırrının korunması hükümlerinden müşteri ve üçüncü kişilerin yararlanabileceğine, bankanın bu korumadan yararlanmasının mümkün olmadığına, “bankaya karşı açılan sorumluluk davasında” müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir. bkz. İkinci Bölümde 2.1.4.1.2. altında yapılan açıklamalar

³⁹⁵ A. Zevkililer, Ş. Ertaş, A. Havutçu, M. B. Acabey, D. Gürpınar (2018). *Yeni Medeni Kanun’a göre Medeni hukuk* (10. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 95-102.

³⁹⁶ Kararlar için bkz., ATF 118 IV 41, JdT 1994 IV 79 ve ATF 97 II 97, JdT 1972 I 242.

³⁹⁷ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 208; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 97; R. Serozan (2018). *Medeni hukuk. Genel bölüm. kişiler hukuku* (8. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 467; M. Dural ve T. Öğüz (2018). *Türk özel hukuku. C.II. kişiler hukuku* (19. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 136; Helvacı ve Erlüle (2018), **a.g.k.**, 91-92; Öztan, 2018, **a.g.k.**, 282-283.

CCS. art. 28 ve TMK m. 24 kapsamında kişinin “özel ve gizli alanına” yönelik, hukuka aykırı saldırılar yer almaktadır³⁹⁸. Müşteri sırrı kapsamındaki bilgiler açıklandığında, bu açıklama CCS. art. 28 ve TMK. 24 bakımından kişinin özel ve gizli alanına yönelik bir saldırı niteliği taşır. Özel hayatın mesleki, sanatsal ve ticari faaliyetlerinin yer aldığı “ekonomik sahası” kişilik haklarına dâhildir³⁹⁹. Hatta kişilerin “ekonomik kişilik hakkının”⁴⁰⁰ bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Müşteri sırrı niteliğinde olan tüm kişisel ve ekonomik bilgiler⁴⁰¹, kişiliğin korunması hükümleriyle güvence altına alınmıştır⁴⁰². Gizlilik yükümlülüğünün ihlalinde uygulanacak hukuki sorumluluk hükümleri, kişiliğin korunması hükümleri bakımından CCS art 27-28 ve TMK m. 23-25’tir. Her ne kadar, LB. art. 47 ve BankK m. 73’te gizli nitelikteki bilgileri saklamakla yükümlü kişiler ile bu yükümlülüğün istisnalarına yer verilmişse de, hâkim hukuki uyumsuzluğu, mesleği düzenleyen kurallara atıf yaparak ve aynı zamanda kusur ve hukuka aykırılıkları belirleyerek çözecektir. Dolayısıyla, LB art. 47 ve BankK m. 73, medeni hukuk sahasına kadar genişleyecektir⁴⁰³.

7.2.1.1.2. Tüzel kişiler bakımından

Fransız hukukunda tüzel kişi müşterilere ait gizli nitelikteki bilgilerin CC art. 9 kapsamında yer alıp almayacağı tartışılmıştır. Azınlıkta kalan bir görüşe göre tüzel kişilere ait ticari sırların özel hayata dair hükümlerle korunması mümkün değildir⁴⁰⁴. CC’nin amaçlarından biri “vatandaşlarının” kişisel haklarının güçlendirilmesine yönelik olmasıdır. Buradan yola çıkarak, tüzel kişilerin özel hayatlarının CC art. 9 kapsamında olmayacağı söylenebilir. Zira Kanun gerçek kişilerin fiilleri, kişisel ve ailevi durumları

³⁹⁸ Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 137.

³⁹⁹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 209; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 13; Zevkliler vd, 2018, **a.g.k.**, 101-102; A. N. İnan (2014). *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 148.

⁴⁰⁰ Kişilik haklarının içinde bağımsız ve başlı başına “ekonomik kişilik hakkı” bulunmaktadır. Bu kapsamda, kişinin adı ve özel hayatı statik kişiliğini, mesleki, sanatsal ve ticari faaliyetleri ise dinamik kişiliğini oluşturmaktadır. T. Oral (2018). *Tüzel kişilerin manevi zararlarının tazmini*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 64; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 142; Zevkliler vd, 2018, **a.g.k.**, 102; Gönen, 2011, **a.g.k.**, 101.

⁴⁰¹ Kişinin malvarlığına dair bilgileri özel hayat kapsamında yer alır. TMK m. 1020’de yer alan tapu sicili bilgilerinin, ancak ilgisini ispat eden kişilere açıklanabilmesi, kişinin malvarlığı değerlerinin özel hayatının parçası olduğunu kanıtlamaktadır. M. K. Oğuzman, Ö. Seliçi, S. Oktay-Özdemir (2018). *Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 201.

⁴⁰² Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 13; Schaefer, 1945, **a.g.k.**, 6; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 85; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 139.

⁴⁰³ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 47; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 207-208.

⁴⁰⁴ Abdel-Hamid, 1989, **a.g.k.**, 37-38.

ile ilgilenmektedir. Üstelik Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1984 tarihli kararında⁴⁰⁵ “basın işletmelerinin şeffaflığına dair bir kanunun, bazı kişilere işletmenin hesaplarını inceleme hakkını vermesinin anayasal değerlere ilişkin kurallara aykırılık teşkil etmeyeceğine” hükmedilmiştir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise, tüzel kişilerin CC art. 9 kapsamında yer alamayacağına dair açık bir ifade bulunmamaktadır. Ayrıca, CC'nin yalnızca gerçek kişilerin fiilleri, kişisel ve ailevi durumlarını düzenlediği görüşü, gerçek kişilerin malvarlıkları ile bilgilerin de, art. 9 kapsamı dışında kalacağı sonucunu doğurabilir. O hâlde tüzel kişiler, tıpkı gerçek kişiler gibi, isim, şeref ve itibarın korunmasına dair hükümlerden yararlanabilir. Zira tüzel kişilerin iç işleyişlerine dair hayatları olabilir, bu hayatları, dış dünyaya açık olan hayatlarından bağımsız olduğundan, CC art. 9 kapsamında yer alabilir⁴⁰⁶.

Tüzel kişilerin özel hayatlarının CC art. 9 kapsamında korunabileceğine dair mahkeme kararları mevcuttur. Bir derneğin şubesine dinleme cihazı yerleştirmek suretiyle, özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğine dair Limoges İstinaf Mahkemesi'nin 04.03.1988 tarihli kararı ile tüzel kişilerin adları veya iç işleyişlerine yönelik saldırıların CC. art. 9 kapsamında yer aldığına dair Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi'nin 10.05.2001 tarihli kararı, belirtilen görüş yönündedir ⁴⁰⁷. Ayrıca Paris Ticaret Mahkemesi, 12.02.2004 tarihinde verdiği Louis Vuitton kararında da⁴⁰⁸ tüzel kişi şirketin, şeref, haysiyeti ve saygınlığına yönelik saldırılar karşısında CC art. 9 kapsamında koruma altında olduğuna hükmetmiştir. Karara konu olayda; Morgan Stanley Yatırım Bankası'nın bir yöneticisi, Financial Times ile gerçekleştirdiği röportajında, “Louis Vuitton Moët Hennessy Anonim Şirketi'nin (LVMH) mali durumuyla ilgili, yanlış bilgilerle yapılan finansal analizleri açıklamıştır. Açıklamada rakip şirket “Gucci” ile karşılaştırma da yapılmıştır. Üstelik bankanın finansal analizleri, dünya genelinde yayın yapan başka bir dergide de yayımlanmıştır. Mahkeme; bankanın yatırım danışmanlığı ve finansal analiz hizmetlerini birlikte yürüttüğüne, bu durumun yatırımcıların karar alma süreçlerini doğrudan etkilediğine, bankanın rakip şirket “Gucci” ile 1999-2002 yılları arasında iş bağlantısının olduğuna, bu yönüyle

⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin (Le Conseil constitutionnel) kararı için bkz., CC. 11.10.1984, 84.181.

⁴⁰⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 37; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 117-118.

⁴⁰⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 37; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 117-118.

⁴⁰⁸ Paris Ticaret Mahkemesi'nin 12.01.2004 tarihli kararı için bkz., <https://www.dalloz.fr> (Erişim tarihi: 03.06.2019).

yapılan finansal analizlerin objektif olmaktan uzak olduğuna, bankanın finansal analizlerini tarafsız şekilde yapma yükümlülüğü ile analize konu olan verilerin güncelliğini, doğruluğunu kontrol etme yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğine karar vererek, 30.000.000 Avro manevi tazminata hükmetmiştir. Kararda yapılan analizlerden LVMH'nin kredibilitesi ile saygınlığının⁴⁰⁹ önemli ölçüde etkilendiği ve şirketin saygınlığının korunması için pahalı iletişim yöntemlerine başvurulmak zorunda kalındığı vurgulanmıştır⁴¹⁰. Söz konusu karar, Paris İstinaf Mahkemesi'nce de onanmıştır⁴¹¹.

“Gizli⁴¹² ve özel hayat alanının⁴¹³” “tüzel kişiler” için de geçerli olduğu kuralı, İsviçre-Türk hukukunda da kabul edilmektedir⁴¹⁴. Zira tüzel kişilerin tıpkı gerçek kişiler gibi mesleki, sanatsal ve ticari faaliyetleri bulunmaktadır. Üstelik kaynağını Anayasa'dan alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı, ekonomik ve ticari varlığının korunması ve geliştirilmesini de içermektedir. Söz konusu hak, kişilerin ekonomik özgürlüklerinden faydalanmalarını, sözleşme özgürlüğü ve serbest rekabet ortamında faaliyet gösterebilmelerini gerektirmektedir. İsviçre hukukunda, kartellerin ve rekabeti kısıtlayıcı oluşumların önlenmesi için yapılan düzenlemelerin temelinde kişilik hakları bulunmaktadır. Geçerli bir sebebe

⁴⁰⁹ Doktrinde tüzel kişilerin ticari şeref, haysiyet ve saygınlığının korunması gerektiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Bu hak, tüzel kişiler için mutlak hak olarak nitelendirilmektedir. Oral, 2018, **a.g.k.**, 106-107; Gönen, 2011, **a.g.k.**, 132; Kredibilite de, tüzel kişi tacirin, kredi alabileceği kişi veya kurumları bulmasında önem arz etmektedir. Bu nedenle tüzel kişi tacirin iflas ettiğine, mallarının haczedildiğine yönelik açıklamalar kredibilitesini düşüreceğinden, manevi zarara yol açar. Oral, 2018, **a.g.k.**, 106-107; Kılıçoğlu, 1993, **a.g.k.**, 72; Aksi yönde görüş için bkz., Eren, 2018, **a.g.k.**, 553.

⁴¹⁰ Karara ilişkin değerlendirme için bkz., N. Rontchevsky (2004). Du coût d'un conflit d'intérêts non révélé: le tribunal de commerce de Paris condamne une banque d'affaires à payer des dommages-intérêts considérables à une société cotée pour avoir manqué gravement et à de multiples reprises à ses devoirs d'indépendance, d'impartialité et de rigueur dans ses analyses financières. *Revue trimestrielle de droit commercial*. 2004(2), s.337-348.

⁴¹¹ Karar için bkz., CA, 30.06.2006, 04/060308; Karara ilişkin değerlendirme için bkz., N. Rontchevsky (2004). LVMH c/ Morgan Stanley: retour à l'orthodoxie juridique: la Cour d'appel de Paris infirme sur l'essentiel le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 12 janvier 2004. *Revue trimestrielle de droit commercial*. 2006 (4). s. 875-887.

⁴¹² Tüzel kişi tacirlerin ekonomik ve ticari durumlarıyla ilgili bilgiler, ticari sırları, gizli hayat alanıyla ilgilidir. Oral, 2018, **a.g.k.**, 100-101.

⁴¹³ Gizli kalmasına yönelik bir talep olmasına karşın, tüzel kişinin üyelerine ve bağışçalarına ilişkin bilgiler açıklandığında, “özel hayat” alanına yönelik saldırı gerçekleşmiş olur. Zira bu bilgilerin öğrenilmesi, tüzel kişinin gizli hayat alanına müdahale sayılacak değerde bilgilerin açıklandığı anlamına gelmez. Oral, 2018, **a.g.k.**, 99-100.

⁴¹⁴ Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 142; Oral, 2018, **a.g.k.**, 70-71 ve 73; D. Gönen (2011). *Tüzel kişilerde kişilik hakkı ve korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 87; Z. İmre (1974). Şahsiyet haklarından şahsın özel hayatının ve gizliliklerinin korunmasına ilişkin meseleler. *İÜHF*. 39 (1-4), s. 157; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.06.1994 tarih ve 1993/5800 Esas ve 1994/618 Karar sayılı kararı da bu yöndedir. Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 164.

dayanmaksızın rekabet ortamının dışına çıkarılanların (CCS art. 28) ve ancak bir kartel içinde ekonomik faaliyette bulunmalarına izin verilenlerin (CCS art. 27) ekonomik kişiliklerine saldırıda bulunulmuş sayılmaktadır⁴¹⁵. Almanya ve Avusturya gibi bazı Avrupa Birliği ülkeleri ile İsviçre’de tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunuyor olması, gizli ve özel hayatlarının olduğu sonucuna ulaşılmasını sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8. maddesi kapsamında, tüzel kişilerin de özel hayatının korunuyor olması, söz konusu görüşü kuvvetlendirmektedir⁴¹⁶.

Tüzel kişilerin gizli ve özel hayat alanının bulunduğu kabulünden sonra, hukuka aykırı olarak açıklanan bilginin, gizli alanında yer alıp almadığının belirlenmesi gerekmektedir. Gizli bilginin tespitinde, söz konusu bilginin kaç kişi tarafından biliniyor olduğu, tüzel kişinin bilginin açıklanmasını engelleyici önlemler alıp almadığı, bilginin başkası tarafından elde edilmesinin güç ve masraflı olup olmadığı gibi ölçütlerden yararlanılabilir⁴¹⁷. Sayılan ölçütlerden yola çıkılarak, açıklanan bilginin tüzel kişinin gizli ve özel hayat alanında yer aldığı tespit edilebiliyorsa, söz konusu bilgi kişiliğin korunması hükümleri kapsamında olacaktır⁴¹⁸. Fakat bunun için, yapılan açıklamanın amacı ve hedefi, ticari faaliyette bulunan tüzel kişinin piyasadan silinmesi, sona ermesi olmalıdır. Aksi takdirde kişiliğin korunması hükümleri değil, ticari sırrın korunmasıyla ilgili hükümler uygulanır⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Gönen, 2011, **a.g.k.**, 102.

⁴¹⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Comingersoll S.A. v. Portugal kararında, tüzel kişi tacirlerin manevi zararın tazminine hak kazanabileceklerine ilişkin genel bir kural olması gerekmediğine, her olayın, kendi özellikleri içinde değerlendirilmesinin uygun olduğuna hükmetmiştir. Aynı kararda mahkeme, manevi zararın tazmini hususunda, tüzel kişinin itibarının, karar almadaki belirsizliğinin, yönetimdeki aksamanın ve bunlara nazaran daha az etkili olmakla birlikte yönetimdeki kişilerde yarattığı anksiyete ve rahatsızlığın göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir. Oral, 2018, **a.g.k.**, 70 ve 191.

⁴¹⁷ Yürük, 1993, **a.g.k.**, 20.

⁴¹⁸ Oral, 2018, **a.g.k.**, 70-73.

⁴¹⁹ Mesleki, ticari ve sanatsal faaliyetler, kişilik hakkı kapsamında korunan değerler olmakla birlikte, bu değerler açısından ekonomik olarak olumsuz sonuç doğuran her müdahale, kişilik hakkına saldırı değildir. Haksız rekabetin önlenmesi veya kişilik hakkının korunması hükümlerinden hangisinin uygulanacağı hususunda, gerçekleştirilen saldırının niteliği, ağırlığı ve amacı dikkate alınmalıdır. Saldırının hedefi “ekonomik faaliyetler” ise ve bu sebeple “ekonomik kişiliğin korunması” gerekliyse, “lex specialis” ilkesi gereği, haksız rekabetin önlenmesine dair hükümler uygulanacaktır. Ancak saldırının hedefi, “doğrudan doğruya kişinin piyasadan uzaklaştırılması ve sona ermesi” ise, kişiliğin korunmasına dair hükümler, haksız rekabetin önlenmesine dair hükümlerin tamamlayıcısı olacaktır. Ekonomik içerikli olmasına rağmen, saldırının hedefi, kişinin ekonomik faaliyetlerini aşarak, doğrudan doğruya kişinin kendisine yönelmişse, haksız rekabetin önlenmesi hükümleri değil, kişilik haklarının korunması hükümleri uygulanmalıdır. Oral, 2018, **a.g.k.**, 98-99; Doktrinde haksız fiil hükümlerinin öncelikle ve fakat eğer şartları varsa kişiliğin korunmasına dair hükümlerle birlikte uygulanabileceğine yönelik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşü benimseyen Yazarlar, eBK m. 48’de düzenlenen haksız rekabet hükmünün,

Tüzel kişilerin, gizli nitelikteki bilgileri arasında, “*ekonomik bilgilerinin*” de yer aldığı hususunun önemle vurgulanması gerekir. Ekonomik durum bilgileri, tüzel kişilerin üçüncü kişilerce bilinmesini istemedikleri bilgiler arasında yer almaktadır. Belirtilen bilgiler, rakip şirket ve işletmeler bakımından değerli görülmektedir. O hâlde, tüzel kişinin ekonomik durumu, yalnızca organ ve çalışanları tarafından bilinmelidir⁴²⁰. Bu sebeple, bankalar veya yatırım şirketleri, tüzel kişi müşterileri hakkında edindiği ekonomik durumlarına dair bilgileri, yalnızca başka bir kanun hükmü, mağdurun rızası, üstün nitelikte kamusal veya özel yarar sebebiyle açıklayabilirler⁴²¹.

7.2.1.2. Hukuka aykırı saldırı

Kişinin maddi, manevi, sosyal ve ekonomik bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı her saldırı haksız fiil oluşturmaktadır. Kişiliğin korunması hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda, haksız fiil hükümleri uygulanacaktır (CC art. 1240-1241, CO art 41 ve TBK m.49). Bu noktada Fransız hukukunda özellik arz eden husus, haksız fiil düzenlemelerinin yer aldığı CC art. 1240 ve art. 1241’de “hukuka aykırı fiile” yer verilmemiş, “kusur ile işlenen fiil”in düzenlenmiş olmasıdır. İleride ayrıntıları incelenecek olan “kusur ile işlenen fiil”in hukuka aykırılığa karşılık gelip gelmediği tartışmalıdır⁴²².

İsviçre-Türk hukukunda, hukuka aykırı saldırının aktif veya pasif bir fiil veya durumdan kaynaklanması arasında bir fark olmadığı belirtilmektedir⁴²³. Fakat müşteri sırrının hukuka aykırı olarak açıklanmasının aktif bir fiili gerektirdiği açıktır. Bu fiille, sırrın açıklanmamasında menfaati olan kişiye karşı haksız saldırı gerçekleşmiş olur.

kişiliğin korunması hükümlerinin özel bir görünüş şekli olduğunu ileri sürmüşlerdir. İ. Aydemir (1997). *Türk hukukunda kişilik ve kişilik haklarının korunması*. Yüksek lisans tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 35; A. Arpacı (2000). *Kişiler hukuku. Gerçek kişiler*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 132; İsviçre hukukunda da, eski CO art. 48’in CO art. 28’in özel bir görünüşünden ibaret olduğu ve kişilerin ekonomik kişiliklerini koruduğu ileri sürülmüştür. Gönen, 2011, **a.g.k.**, 112-113.

⁴²⁰ Ö. Ergün (2010). *Medeni hukuk tüzel kişilerinin ehliyet durumu* (4. Baskı). İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 143; Gönen, 2011, **a.g.k.**, 102; Arpacı, 2000, **a.g.k.**, 133; Azınlıkta kalan bir görüşe göre “*kişinin ekonomik durumu hakkında üçüncü kişilere gerçek bilgiler*” verilmesi hukuka aykırılık teşkil etmez. E. Özsunay (1979). *Gerçek kişilerin hukuki durumu* (4. Bası). İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 143.

⁴²¹ Gönen, 2011, **a.g.k.**, 88-89.

⁴²² Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda birinci bölümde 7.4.1.1.2. altında yapılan açıklamalar.

⁴²³ Tercier, 1984, **a.g.k.**, 80.

7.2.1.3. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller

Müşteri sırrının bir kanun hükmü gereği açıklanmış olması gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin bulunması durumunda, belirttiğimiz hükümler uygulanmayacaktır. Fransız hukukunda CC'de hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller ayrıca düzenlenmemiştir. Bu sebeple, CP'de yer alan hukuka uygunluk nedenlerine atıf yapılmaktadır. Banka müşterinin rızasını, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran yetkili makamın emrini, kanun hükmünü⁴²⁴, zaruret halini⁴²⁵ veya meşru müdaafayı⁴²⁶ ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir⁴²⁷.

İsviçre-Türk hukukunda ise, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller, kişiliğin korunması hükümleri bakımından da düzenlenmiştir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır (CCS. art. 28. al.2 ve TMK m. 24 f.2). Maddede belirtilen karine, kişilik haklarının hukuki neden olmadıkça üçüncü kişiye zarar vermeme yükümlülüğü getiren mutlak hak niteliğinden doğar⁴²⁸. Sayılan hâllere ek olarak, haklı savunma (meşru müdafaa) veya zorunluluk (ıztırar) hâli de, hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerden biridir (CCS art. 52 ve TMK m. 63)⁴²⁹.

7.2.2. İhlale bağlanan hukuki sonuçlar

Fransız hukukunda CC art. 9 al. 2 kişinin özel hayatına yönelik bir saldırı olduğunda, bu saldırıya dair hukuki koruma yollarını düzenlemektedir. Maddeye göre,

⁴²⁴ Fransız hukukunda CP art. 122-4'e göre; kanun hükmünün emrettiği veya izin verdiği fiili işleyen ceza sorumluluğu bulunmaz. Yetkili makamlar tarafından emredilen fiili işleyen kişinin de, ceza sorumluluğu bulunmaz. Ancak söz konusu fiilin, açıkça hukuka aykırı olduğu hâller istisnadır.

⁴²⁵ Fransız hukukunda CP art. 122-7'e göre; kişilerin kendilerine, malvarlıklarına veya üçüncü bir kişiye yönelik mutlak ve mevcut bir tehlike karşısında işlediği fiiller nedeniyle ceza sorumluluğu bulunmaz. Ancak tehlikenin ağırlığına uygun savunma araçları kullanılmaması istisnadır.

⁴²⁶ Fransız hukukunda CP art. 122-5 al. 1'e göre; kendilerine veya üçüncü kişilere yönelik saldırılar karşısında, meşru müdafaa'nın gerektirdiği fiilleri işleyenlerin ceza sorumluluğu bulunmaz. Fakat saldırının ağırlığına uygun savunma araçlarının kullanılmadığı hâller istisnadır. Malvarlığına yönelik suç veya kabahatin işlenmesini engellemek için, hukuka aykırı fiili işleyen, kasıtlı adam öldürme dışında, ceza sorumluluğu bulunmaz. Ancak bu fiilin de suçun ağırlığına uygun savunma araçları ile işlenmesi gereklidir.

⁴²⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 340-342; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 45-46

⁴²⁸ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 209; Serozan, 2018, **a.g.k.**, 454; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 169 Öztan, 2018, **a.g.k.**, 279; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 103; Zevkliler vd, 2018, **a.g.k.**, 95; A.M. Kılıçoğlu (2017). *Medeni hukuk temel bilgiler*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 188; İnan, 2014, **a.g.k.**, 148.

⁴²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda ikinci bölümde 2.1.1.1 altında yapılan açıklamalar.

hâkim, özel hayatın mahremiyetine dair saldırıyı durdurmak veya engellemek için yedimeine tevdi, el koyma gibi gerekli tüm tedbirlere karar verebilir. Eğer bir zarar meydana gelmişse bu zararın haksız fiil (CC art. 1240 ve CC art. 1241) hükümlerince tazminine ve kararın yayımlanmasına da karar verilebilir.

İsviçre-Türk hukukunda, haksız saldırıya uğrayan, kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelerde (CCS art. 28a ve TMK m. 25) yer alan hukuki yollara başvurulabilir. Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde bulunabilir. Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır (CCS art. 28a ve TMK m. 25).

7.2.2.1. Kişiliği koruyucu davalar

Önleme davası, bazı emarelerden kişilik haklarına yönelik bir saldırının meydana geleceğinin anlaşılması durumunda, söz konusu saldırıyı engelleme amacıyla açılmaktadır. Saldırıyı gerçekleştirecek kişinin, kusurunun bulunup bulunmadığı önem arz etmez⁴³⁰. Ayrıca saldırının, yeni veya eski bir saldırının tekrarı olması arasında fark bulunmaz⁴³¹. Ancak davacı, ciddi ve yakın⁴³² bir saldırı tehlikesinin bulunduğunu kanıtlamalıdır⁴³³. Belirtilen dava, tehlike devam ettiği müddetçe, saldırıya uğrayan kişilerce açılabilir. Dava hakkının devredilmesi veya miras yoluyla geçebilmesi mümkün değildir. Fakat saldırı tehlikesi mirasçıları da etkiliyorsa, bu kişiler de önleme davası açabilir⁴³⁴.

Saldırıya son verilmesi davası, kişilik haklarına yönelik devam eden bir saldırının sona ermesi için açılır. Davanın açılması için saldırının haksız olması yeterlidir. Bir

⁴³⁰ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 216; Öztan, 2019, **a.g.k.**, 292; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 155; Helvacı ve Erlüle, 2018, **a.g.k.**, s.100.

⁴³¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 256.

⁴³² TMK m. 25'te, CC art. 28a'dan farklı olarak saldırının "yakın-imminent" olması şartı açıkça yer almamıştır. Ancak doktrinde davanın kendisinin özünde bu özelliği barındırdığı kabul edilmektedir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 256; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 155; Helvacı, 2011, **a.g.k.**, 129.

⁴³³ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 216; Öztan, 2019, **a.g.k.**, 292; Helvacı ve Erlüle, 2018, **a.g.k.**, s.100; Helvacı, 2011, **a.g.k.**, 129.

⁴³⁴ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 257.

saldırının haksız sayılması için, herhangi bir menfaatin korunması için yapılmamış olması veya saldırıyı gerçekleştirenlerin kullandığı araçların uygun olmaması gerekir⁴³⁵. Saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusurlu olması zorunlu değildir⁴³⁶.

Tespit davası, sona ermiş olmasına rağmen etkileri hâlen devam eden bir saldırı ile ilgili olarak açılır⁴³⁷. Tespit davasıyla, saldırıya uğrayanın adalet duygusu tatmin edilir⁴³⁸. Bu dava, kişilik hakları zedelenen kişinin aynı sonuca ulaşmasını sağlayacak başka bir dava açması mümkün olmadığında açılır⁴³⁹. Tespit davası, hukuka aykırı saldırının tespitini sağlayan tali bir davadır⁴⁴⁰. Davacının talebiyle, tespit kararının yayınlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi de sağlanabilir.

Müşteri sırrının hukuka aykırı olarak açıklanmasında, önleme, saldırıya son verme veya tespit davalarının açılması olasılığı düşüktür. Uygulamada, sırrın açıklanmış olması sebebiyle, tazminat davaların açılması yoluna gidildiği görülmektedir.

7.2.2.2. Tazminat davaları

7.2.2.2.1. Maddi tazminat davası

Kişilik hakkının ihlali sebebiyle, maddi tazminat davası açılabilmesi için, hukuka aykırı bir saldırının bulunması gerekir. Bu saldırı, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edeceğinden, haksız fiile dair hukuki düzenlemelerin dikkate alınması zorunludur. Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür (CO art. 41 ve TBK m.49)⁴⁴¹. Davacı “maddi zararı”, “hukuka aykırılığı”, “kusuru” ve “zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı” ispat etmelidir⁴⁴².

⁴³⁵ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 292.

⁴³⁶ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 291; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 254.

⁴³⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 258.

⁴³⁸ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 293.

⁴³⁹ İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında; tespit davasının yalnızca davacının bir yararının bulunduğu hâllerde veya hakkının hemen tespit edilmesini gerektiren bir zorunluluk sebebiyle açılabileceğine hükmetmiştir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 217; Kararlar için bkz. ATF 120 II 20, JdT 1995 I 130 ve ATF 114 II 253, JdT 1989 I 333.

⁴⁴⁰ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 293; Tercier, 1984, **a.g.k.**, 80; Bir başka görüşe göre ise, tespit davası ikincil nitelikte olmak zorunda değildir. Zira CC. art. 28a al. 1’de üç ayrı dava türü düzenlenmiştir. Bucher, 2009, **a.g.k.**, 150.

⁴⁴¹ CC art. 28 ve TMK 25’te maddi ve manevi tazminat taleplerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Adın gasbı (TMK m. 26/2) ve haksız rekabet gibi (TTK m. 56) kişilik hakkına saldırıda maddi tazminatın özel olarak düzenlendiği durumlarda belirtilen hükümler, diğer tüm hâllerde Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49 vd. maddeleri hükümleri uygulanır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 261; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 159.

⁴⁴² Öztan, 2019, **a.g.k.**, 294; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 262.

Fakat belirtilen koşullar, banka açısından farklılık gösterir. Zira banka aynı zamanda adam çalıştırandır. Adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (CO art. 55 ve TBK m.66). Adam çalıştıran, çalışanlarının fiilinden kusursuz şekilde sorumlu olduğundan⁴⁴³, bankanın kusurunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Adam çalıştıran olarak banka aleyhine açılacak maddi tazminat davasında, bankanın kusurunun ispat edilmesi gerekmemekle birlikte⁴⁴⁴, banka çalışanına karşı açılan davada kusurunun kanıtlanması gereklidir⁴⁴⁵.

7.2.2.2. Manevi tazminat davası

Kişinin özgürlükleri, şeref ve haysiyeti, ad ve resmi üzerindeki hakkı gibi sır alanı da manevi değerleri arasında yer almaktadır⁴⁴⁶. Bu manevi değerlere yönelik hukuka aykırı bir saldırı gerçekleşir ve bir zarar meydana gelirse, bu zarar *manevi tazminat davası* yoluyla talep edilebilir. Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık, manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Ancak hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir (CO art. 49 ve TBK m. 58)⁴⁴⁷. Manevi tazminat davası açılabilmesi için, manevi zarar, hukuka aykırılık, kusur ve zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

⁴⁴³ Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 161; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 262; Öztan da hakkaniyet veya objektif sorumluluğun bulunduğu durumlarda kusurun aranmayacağını söylemektedir. Öztan, 2019, **a.g.k.**, 295.

⁴⁴⁴ Ancak banka, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için, gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurutulabilir.

⁴⁴⁵ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 211-212.

⁴⁴⁶ Zevkliler vd, 2018, **a.g.k.**, 98-102.

⁴⁴⁷ CC art. 28 ve TMK 25'te maddi ve manevi tazminat taleplerinin saklı olduğu düzenlenmiştir. Adın gasbı (TMK m. 26/2) ve ölüm hâli ve bedensel zarar (TBK m. 56) gibi kişilik hakkına saldırıda manevi tazminatın özel olarak düzenlendiği durumlarda belirtilen hükümler, diğer tüm hâllerde manevi tazminatın genel olarak düzenlenmiş olduğu Türk Borçlar Kanunu'nun 58. madde hükmü uygulanır. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 266; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 160.

Fakat adam çalıştıran sıfatıyla bankaya karşı açılacak manevi tazminat davasında, bankanın kusurunun ispat edilmesi gerekmemeyle birlikte, banka çalışanına karşı açılan davada kusurunun kanıtlanması gereklidir⁴⁴⁸.

7.2.2.3. Vekâletsiz işgörmme davası

Hukuka aykırı saldırı nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen kişi, saldırıyı gerçekleştiren kişiden, bu saldırı dolayısıyla elde ettiği kazanç veya menfaatlerin kendisine geri verilmesini, *gerçek olmayan vekâletsiz iş görme*⁴⁴⁹ davasıyla⁴⁵⁰ talep edebilir. Kişilerin sır niteliğindeki bilgilerinin avukat, doktor gibi bu bilgilere rahatlıkla erişebilecek kişiler tarafından, izinsiz olarak ve bedel karşılığında basın yoluyla kamuya açıklanması ya da üçüncü bir kişiye aktarılması gibi kişilik hakkı ihlallerine rastlanabileceği ifade edilse de⁴⁵¹, müşteri sırrının ihlalinde vekâletsiz iş görme davasıyla ilgili hükümlere başvuru olasılığı düşüktür⁴⁵².

Kişiliği koruyucu davalara ilişkin taleplerin, şartları varsa kazanç talebi ile birlikte, aynı davada istenmesi mümkündür⁴⁵³. Manevi tazminat talebi ile vekâletsiz işgörmmeden doğan kazancın verilmesi talebi, birbirinden tamamen farklı amaçlar taşıyan iki ayrı taleptir. Belirtilen talepler arasında, yarışma ilişkisi bulunmadığından, aynı anda

⁴⁴⁸ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 211-212.

⁴⁴⁹ Vekâletsiz işgörmeye yönelik hukuki düzenlemeler dikkate alınarak; iş sahibinin menfaatine yapılan vekâletsiz işgörmeye (CO art. 422 ve TBK m. 529) gerçek vekâletsiz işgörmme, işgörenin menfaatine yapılan vekâletsiz işgörmeye (CO art. 423 ve TBK m. 530) gerçek olmayan vekâletsiz işgörmme denmektedir. M. K., Oğuzman ve M. T. Öz (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.2.* (Gözden geçirilmiş 16. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık (2018a), s. s. 351; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2018, **a.g.k.**, 71.

⁴⁵⁰ Vekâletsiz işgörmme davasını kişilik haklarını koruyucu davalardan ve tazminat davalarından ayıran amaçsal farkları şu şekilde açıklayabiliriz: Kişilik hakkını koruyucu davaların saldırıyı önlemek veya yok etmek amacı bulunmaktadır. Oysa vekâletsiz işgörmme davasının temel amacı, ihlalin kazanç bakımından ortaya çıkan sonucunu düzeltmeyi hedeflemesidir. G. S. Aydın (2017). *Kişilik hakkı ihlalinin doğan vekâletsiz işgörmme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 301; Helvacı, 2001, **a.g.k.**, 180; Kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen saldırı sebebiyle doğan haksız fiil neticesinde tazminat hakkının verilmesiyle amaçlanan, saldırıya uğrayanın zararının telafi edilmesi diğer bir deyişle saldırının mağdur üzerindeki sonuçlarının düzeltilmesidir. Bu zarar, fiili zarar veya yoksun kalınan kazanç şeklinde maddi zarar olabileceği gibi, manevi zarar da olabilir. Oysa kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen saldırı sebebiyle, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmme talebi, saldırıya uğrayanın zararının telafisi amacını değil, kişilik hakkı ihlali dolayısıyla, haksız olarak elde edilen malvarlığı değerlerinden ihlal edenin yararlandırılmaması amacını taşır. Aydın, 2017, **a.g.k.**, 262.

⁴⁵¹ Aydın, 2017, **a.g.k.**, 96.

⁴⁵² Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 214.

⁴⁵³ Aydın, 2017, **a.g.k.**, 305-308.

ve birlikte istenebilir⁴⁵⁴. Maddi tazminat talebi bakımından ise, fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç ayrımı yapılmalıdır⁴⁵⁵. Fiili zarara konu olan maddi tazminat talebi, gerçek olmayan vekâletsiz işgörmeye kapsamında, kazancın verilmesi ile birlikte ve aynı anda istenebilir⁴⁵⁶. Buna karşılık yoksun kalınan kazanç ile elde edilen haksız kazancı konu alan taleplerin tatmin etmeyi amaçladığı alanlar denk olduğunda, talepler yarışır⁴⁵⁷.

7.2.2.4. Düzeltme ve cevap hakkı

Anayasa'nın 32. maddesine göre; düzeltme ve cevap hakkı⁴⁵⁸, ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hâllerinde tanınır ve kanunla düzenlenir. Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine, hâkim tarafından, ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir.

Bundan başka TTK'nın 61. maddesinde, Basın Kanunu'nun 14. maddesinde ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 18. maddesinde düzeltme ve cevap hakkına dair düzenlemeler bulunmaktadır.

Banka sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederek, gizli nitelikteki bilgileri basın yayın yoluyla açıklar veya gerçek dışı bilgiler verirse, bundan zarar görenler, belirtilen düzenlemelere uygun olarak, düzeltme ve cevap hakkını kullanabilir.

7.3. Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler

7.3.1. Banka sözleşmesinin hukuki niteliği

Müşteri sırrının temel kaynaklarından biri de; müşteri ve banka arasında akdedilen sözleşmedir. Banka sözleşmesinin niteliği her sözleşme türüne göre farklıdır. Ancak bu sözleşmelerin daha çok, “saklama sözleşmesi”, “vekâlet sözleşmesi” ve “karma sözleşme” niteliğinde olduğuna dair üç farklı görüş bulunmaktadır.

⁴⁵⁴ N. Kocayusufpaşaoğlu, H. Hatemi, R. Serozan, A. Arpacı (1998). *Borçlar hukuku, genel bölüm, sözleşme dışı sorumluluk hukuku*. Cilt 2. İstanbul: Filiz kitabevi, s.17-18; Eren, 2018, **a.g.k.**, 554; Aydın, 2017, **a.g.k.**, 270.

⁴⁵⁵ Zarar türleri bakımından bkz. aşağıda, Birinci Bölümde 7.5.1.1.3. altında yapılan açıklamalar

⁴⁵⁶ O. G. Antalya (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.2. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s.13; Aydın, 2017, **a.g.k.**, 342.

⁴⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd, 1998, **a.g.k.**, 15; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 13.

⁴⁵⁸ Düzeltme ve cevap hakkı, TBK m. 58 anlamında bir tazminat türü değildir. Durdurma davasının özel düzenlenmiş hâlidir. Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 165.

Bir görüşe göre; banka sözleşmesi saklama sözleşmesi niteliğindedir. Zira mevduat sözleşmesi örneğinde olduğu gibi bankaların çoğu zaman belirli miktar paranın saklanması yükümlülüğü bulunur. Üstelik Fransız hukukunda CP art. 226-13'te açıkça "...sırrı saklayanın (dépositaire)..." bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda uygulanacak ceza yaptırımlarına yer verilmiştir⁴⁵⁹. Belirtilen görüşe yöneltilen en temel eleştiri ise, saklatanın sözleşmede farklı bir süre kararlaştırılmış olsa da, her zaman saklananı geri alma hakkının olmasıdır. Oysa maddi bir varlığı olmayan müşteri sırrı, geri almanın (rétractation) konusunu oluşturamaz. Ayrıca bankalar yalnızca sözleşme yapmış oldukları müşterileri hakkında değil, onlarla birlikte üçüncü kişilerle ilgili sırlara da sahip olurlar. Üçüncü kişiler ve banka arasında herhangi bir sözleşme de bulunmaz⁴⁶⁰.

Diğer görüşe göre; müşteri sırrının saklanmasına dair hükümlerle, müşteriye veya üçüncü kişiye ait özel yarar korunmaktadır. Bu özel yararın kaynağı banka ve müşteri arasındaki sözleşmedir. Taraflar arasındaki sözleşmenin niteliği ise, genel iş görme sözleşmesi olarak vekâlet sözleşmesidir⁴⁶¹. Buna göre, banka zorunlu sırdaş niteliği ile müşteri adına ve hesabına hareket ederek, müşteriye zarara uğratmayacak şekilde vekâletin gereğini yerine getirir⁴⁶². Müşteriyi bankaya bağlayan sözleşme vekâlet sözleşmesidir⁴⁶³. Yatırımların yönetilmesi örneğinde olduğu gibi, vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan borcun ifası zorunlu olarak, güvenli bir yerde saklama borcunu gerektirebilir. Fakat saklama borcu gibi borçlar sadece, vekâlet sözleşmesinden doğan borcun gereği gibi ifa edilmesi için bir araçtır. O hâlde, banka sözleşmesi de, karma sözleşme olarak değil, vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilebilir⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ J. Sadoul (1894). *Du secret professionnel*, thèse. Paris, s. 113'den aktaran Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 169.

⁴⁶⁰ A. Perraud-Charmantier (1926). *Le secret professionnel, ses limites, ses abus*. thèse. Paris, s. 226'dan aktaran Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 169.

⁴⁶¹ Vekâlet sözleşmesi Fransız hukukunda CC art. 1991'de düzenlenmiştir. Maddeye göre; "vekâlet ilişkisi devam ettiği sürece, vekil vekâletin gereğini yerine getirmeli ve yerine getirmemekten kaynaklanan zararı gidermelidir. Vekil, vekâlet verenin ölümü durumunda da başlanmış olan işi bitirmelidir". İsviçre hukukunda CO art. 298 al. 2 ve Türk hukukunda TBK m. 506 f.2'ye göre; "vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür".

⁴⁶² Fransız hukukunda, Alavi, 2017, **a.g.k.**, 27; T. Bonneau (2015). *Droit bancaire*. Paris : Ed. LGDJ, s. 523; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 39; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 16; İsviçre hukukunda, Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 49; D. D. Guggenheim ve A. Guggenheim (2014). *Les contrats de la pratique bancaire suisse*. Genève: Stampfli, s. 201-202.

⁴⁶³ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 49; D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 201-202.

⁴⁶⁴ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 50.

Bir başka görüşe göre; müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün yer aldığı sözleşme, taraflardan birinin diğerine, üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla, kendileri veya üçüncü kişiler hakkındaki bilgileri açık veya zımni şekilde teslim ettiği karma sözleşme⁴⁶⁵ olarak nitelendirilir⁴⁶⁶. Bu görüşü benimseyenler, vekâlet sözleşmesinin her zaman tek taraflı olarak sona erdirilebilmesinin sakıncaları⁴⁶⁷ üzerinde durmaktadır⁴⁶⁸. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğünü kolayca ihlal eden zorunlu sırdaş niteliğindeki bankaya, bu ayrıcalığın tanınması doğru olmayacaktır. Ayrıca, vekâlet konusu işin görülmesi, vekil veya vekâlet verenin ölümü gibi sebeplerle vekâlet sözleşmesi sona

⁴⁶⁵ Karma sözleşme; isimli sözleşme tiplerinden değişik unsurların, kanunda öngörülme-
yen biçimde bir araya getirilmesiyle oluşturulan isimli sözleşme türüdür. Karma sözleşmede yer alan isimli sözleşmeye
ait unsurlar bağımsızlıklarını kaybederek, yeni bir sözleşme içinde birbirleriyle tamamen karışıp bir araya
gelirler. A. Richa, A. Bizzozero, M. Haldy (2017). *Le mandat de gestion de fortune*. Zurich: Schulthess,
45; Eren, 2018, **a.g.k.**, 207-208; Yavuz, F. Acar ve B. Özen (2014). *Türk borçlar hukuku özel hükümler*
(10. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 827; R. Serozan, B. Baysal ve K.C. Sanlı (2018). *Borçlar hukuku
özel bölüm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 90; A. Zevkliler ve K. E. Gökyayla (2018). *Borçlar
hukuku. Özel borç ilişkileri* (18. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 17-18; Aral ve Ayrancı, 2018, **a.g.k.**,
57; Doktrindeki hâkim görüşe göre karma sözleşmede, her sözleşme tipine ilişkin hükümlerin uygun
olduğu ölçüde kıyasen uygulanması gerekmektedir. S. Oktay (1996). İsimli sözleşmelerin geçerliliği,
yorumu ve boşluklarının tamamlanması. *İHFM, LV*, s.276-277; Zevkliler ve Gökyayla, 2018, **a.g.k.**, 20-
21; Kendine özgü sözleşme, kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinde
bulunmayan unsurlardan meydana gelir. Bu sözleşmeler, gerçek anlamda yeni oluşumlar gösteren
sözleşmelerdir. Bu özellikleriyle karma sözleşmeden ayrılır. Karma sözleşme bileşik sözleşmeden de
farklıdır. Bileşik sözleşme, sözleşmelerin unsurlarının değil, kendilerinin biraraya gelmesiyle oluşur. F.
Eren (2018). *Borçlar hukuku özel hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 952 vd; Serozan, Baysal ve
Sanlı, 2018, **a.g.k.**, 84; Zevkliler ve Gökyayla, 2018, **a.g.k.**, 21; Aral ve Ayrancı, 2018, **a.g.k.**, 56-60.

⁴⁶⁶ Fransız hukukunda bkz., A. Perraud-Charmantier (1926). *Le secret professionnel, ses limites, ses abus*.
thèse. Paris, s. 226'dan aktaran Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 170 ; İsviçre hukukunda Lombardini,
2008, **a.g.k.**, 683.

⁴⁶⁷ Sözleşmenin sona ermesi için irade beyanında bulunan tarafların, bu beyanlarının niteliğini tespit
etmek, bahsedilen sakıncaların anlaşılması bakımından önemlidir. Eski BK m.396'da "vekâletten azil ve
istifa" ile sözleşmenin sona erebileceği hususu düzenlenmiştir. Bu durum, tarafların irade beyanlarına
bağlanan sonuçlar açısından farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Belirtilen görüşler,
"fesih", sözleşmenin ani veya sürekli edimli olmasına göre "fesih veya sözleşmeden dönme", "vekâlet
veren için geri alma-vekil için fesih" ve "kendine özgü sona erme nedeni" olarak sıralanabilir. Bu
nitelendirmelerden her birinin, sözleşmenin ileriye veya geriye yönelik sona ermesi, sona erme için ihtar,
ihbar, ifa süresi, haklı sebep belirtme gibi koşulların sağlanması bakımından, farklı sonuçları bulunur.
Ayrıntılı bilgi için bkz., A. M. Gümüş (2001). *Türk-İsviçre borçlar hukukunda vekilin özen borcu*.
İstanbul, Beta Yayınları; S. Sarı (2004). *Vekâlet sözleşmesinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi*.
İstanbul: Beşir Kitabevi; R. Serozan (2007). *Sözleşmeden Dönme* (Gözden Geçirilmiş 2. Bası). İstanbul:
Vedat Kitapçılık; Ö. Seçer (2015). Vekâlet sözleşmesinin vekâlete özgü sebeplerle sona ermesi. *İnönü
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*. 6(3), s.877-944; Ş. Kayıhan ve M. Ünlütepe
(2014). Vekâlet sözleşmesinin kendine özgü sona erme sebepleri. *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum
Bilimleri Dergisi*. 2014 (3), s. 171-212; B. Baysal (2017). Cayma hakkının sözleşme hukukundaki yeri.
İÜHFM, LXXV (1), s. 273-292, 2017, s. 274 vd; TBK. m. 512'de ise, "vekâlet veren ve vekilin her zaman
sözleşmeyi "tek taraflı olarak" sona erdirebileceği" düzenlenmiştir. Tek taraflı sona erdirmeye, sözleşmeden
dönme ve fesihden farklı olarak kendine özgü bir sona erme nedenidir. Zira fesih ve dönme hakkının
kullanımı şarta bağlı iken, vekâlet sözleşmesindeki tek taraflı sona ermede bu şartlar aranmaz. Ayrıca,
fesih ve dönmede, beyanda bulunan kişinin kusurunun varlığına göre meydana gelen zararın tazmini
borcu doğarken, tek taraflı sona erdirmeye uygun olmayan zamanda sona erdirmeye beyanında
bulunmasından dolayı doğan zarar tazmin edilmektedir. Seçer, 2015, **a.g.k.**, 882.

⁴⁶⁸ Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 169.

ererken, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir. Tek taraflı sona erdirme beyanından sonra, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü sona ermez. Ayrıca, vekâlet sözleşmesi ile vekâlet veren tarafından atanan vekil, vekâletin gereğini yerine getirme borcu altına girmektedir. Oysaki banka müşterisi olmayan üçüncü kişilerin sırrlarını da saklamakla yükümlüdür. Üçüncü kişiler tarafından açıkça vekil tayin edilmeyen bankalar için müşteri sırrını saklama yükümlülüğü yalnızca vekâlet sözleşmesi temelinde açıklanamaz⁴⁶⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda aktarılan görüşler teker teker her banka sözleşmesinin türü incelenmek suretiyle açıklanmamıştır. Bu görüşler, müşteri sırrıyla ilgili yapılan akademik çalışmalarda, genel olarak banka sözleşmelerinin niteliğiyle ilgili yapılan değerlendirmelerden oluşmaktadır. Elbette bankacılık alanındaki her sözleşmenin hukuki niteliği aynı olamaz. Hatta hemen her banka sözleşmesinin niteliği tartışmalıdır. Örneğin mevduat sözleşmesinin; misli şeylerin saklanması sözleşmesi mi⁴⁷⁰, tüketim ödünç sözleşmesi mi⁴⁷¹ olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat uygulamada bu hesaplar açılırken, aynı zamanda para yatırıp çekmeye, havale yapmaya, hesap üzerinden çek keşide etmeye imkân veren⁴⁷² cari hesap sözleşmeleri de⁴⁷³ akdedilmektedir. Banka vekil gibi hareket ederek belirtilen

⁴⁶⁹ Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 169-170.

⁴⁷⁰ Bu görüşe göre; hesaba aynen değil mislen iadeyi gerektiren mevduat yatırılması, misli şeylerin saklanması sözleşmesinin en tipik örneğidir. N. Gürsel (1950). *Usulsüz tevdi. Adalet Dergisi*. 1(1), s.89; Doktrinde bazı yazarlar, vadeli ve vadesiz mevduat sözleşmesi arasında ayırım yapmakta ve yalnızca vadesiz mevduat sözleşmesinin misli şeylerin saklanması sözleşmesi olduğunu ifade etmektedirler. Z. İmre (1944). *Usulsüz vedia akti. İÜHFM*. 10 (2), s. 200; O. H. Şener (2005). *Banka mevduatı ve hukuki niteliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 76.

⁴⁷¹ Bu görüşe göre; tüketim ödünç ile misli şeylerin saklanması sözleşmesi birbirine benzemekle birlikte tüketim ödünç sözleşmesinde, ödünç alana sermaye sağlanması amaçlanmaktadır. Tüketim ödünç sözleşmesi ödünç alanın yararına yapılmaktadır. O hâlde, müşterinin mevduat sözleşmesi yaparken faiz getirisi sağlamayı amaçladığı tespit edilebiliyorsa, tüketim ödünç sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir. Z. İmre (1944). *Usulsüz vedia akti. İÜHFM*. 10 (2), s. 221; Yüksel vd., 2004, **a.g.k.**, 262; İ. Kaplan (1996). *Banka sözleşmeleri hukuku, C.I*. Ankara: Dayınlarlı Yayınları, s. 205-206; İ. Kaplan (1996). *Banka sözleşmelerinin yorumu ve tamamlanması. Batider*. 14(2), s.15-16.

⁴⁷² Müşteri lehine alacak bakiyesi verdiklerinden, bu tür hesaplara alacaklı cari hesabı denmektedir. Müşterinin kredisinin bulunduğu hesaba ise, borçlu cari hesabı denmektedir. Müşteri bu hesabı nakdi ve gayri nakdi kredileri için kullanmaktadır. Borçlu cari hesabının, cari hesap sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hususu tartışmalıdır. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 701; R. Durgut (2012). *Cari hesap sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 64-67; Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 449; Kaplan, 1996, **a.g.k.**, 172-173.

⁴⁷³ Cari hesap sözleşmesi TTK m. 89'da şu şekilde tanımlanmaktadır: "İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir"; Banka cari hesap sözleşmesi borçların

işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamaktadır⁴⁷⁴. Bu sebeple, vadesiz mevduat sözleşmesi misli şeylerin saklanması sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesine dair ve vadeli mevduat sözleşmesi tüketim ödücü sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesine dair unsurlar barındıran karma sözleşmeler olarak nitelendirilebilir. Bir başka banka sözleşmesi türü olan kasa kirası sözleşmesinin de, kira sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesine ilişkin unsurlar barındıran karma sözleşme olduğu ifade edilebilir⁴⁷⁵. Özetle sayılan sözleşmeler gibi, bünyesinde vekâlet sözleşmesine dair bir unsur bulunan tüm banka sözleşmeleri için, uygun olduğu ölçüde kıyasen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği söylenebilir. Böylece müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün kaynaklarından biri de, vekâlet sözleşmesi hükümleri olacaktır. Ancak bu hususun gizlilik yükümlülüğünün sözleşmede yer alıp almamasına göre ikili ayırım yapılarak incelenmesi gerekmektedir.

7.3.1.1. Gizlilik yükümlülüğünün banka sözleşmesinde yer alması

Tüm sözleşmeler gibi banka sözleşmeleri de; tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (CO art. 20 ve TBK m. 1)⁴⁷⁶. Kural

ifasını amaçlayan bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle borç ya da alacak yaratılmaz. Bu nedenle borç- alacak doğumu için, taraflar arasında, başka hukuki ilişkiler olması zorunludur. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 701.

⁴⁷⁴ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 437; N. Erişgin (2003). Birlikte mirasçıların miras bırakanın banka hesabı üzerindeki tasarruf yetkisi. *AÜHFD*. 52(3), s.130.

⁴⁷⁵ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 469-470; Kaplan, 1996, **a.g.k.**, 210; G. E. Grassinger (1996). Kasa kirası sözleşmesi. Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan. İstanbul: İÜHF Eğitim Öğretim ve yardımlaşma Vakfı Yayınları, s. 157; Kasa kirası sözleşmesi saklama sözleşmesi olamaz. Zira banka kasaya konulanla ilgilenmez, bankanın geri verme yükümlülüğü bulunmaz, müşteri eğer isterse kasayı boş da tutabilir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 469-470.

⁴⁷⁶ Fransız hukukunda CC art. 1128'e göre; *sözleşmelerin geçerliliği için; 1.taraflarının sözleşme yapma konusunda iradesi 2. sözleşme yapma ehliyeti, 3. kesin ve hukuka uygun sözleşme içeriği gereklidir*. Belirtmek gerekir ki; CC'in sözleşmeler hukukuna ilişkin hükümlerinde, 11.02.2016 tarih ve 2016-131 sayılı Kararname ile değişiklik yapılmıştır. Söz konusu kararname 21.04.2018 tarih ve 2018-287 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Eski CC art. 1108'de; "sözleşmenin geçerliliği için; tarafların sözleşme yapma konusunda iradesi, sözleşme yapma ehliyeti, sözleşmenin belirli konusu ve hukuka uygun sebebin bulunması gereklidir" hükmü yer almaktaydı. Son değişiklikle "sebeup (cause)", sözleşmenin geçerlilik şartlarından biri olmaktan çıkmıştır. Bunun yerine; aslında Fransız sözleşmeler hukuku açısından yabancı bir kavram olarak değerlendirilen "sözleşmenin içeriği" kavramı getirilmiştir. N. Molfessis (2016). *Droit des contrats: Que vive la réforme. La Semaine Juridique Edition Générale n° 7, 15 Février 2016, 180*. <http://www.lexisnexis.com/fr/droit> (Erişim tarihi: 06.07.2018); "Sözleşmenin içeriği" yeni düzenlemede, "sebeup"ın ve "konu"nın işlevlerini yerine getirmektedir. CC. art. 1128'de şekli olarak "sebeup" kavramına yer verilirse de; CC. art. 1162'de "sözleşmenin amacının" kamu düzenine aykırı olmayacağına (cause du contrat-cause subjective), CC. art.1169'da sözleşmelerin aldatma veya gabin nedeniyle geçersizliğinin (cause de l'obligation-cause objective) ve CC. art. 1128'de borçluyu asli ediminin ifasından kurtaran şartların yazılmamış sayılmasının düzenlenmesi, "sebeup" kavramına dair temel görüşlerin olarak değerlendirilmektedir. B. Dondero (2016). *La réforme du droit des contrats- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 19, 12 Mai 2016, 1283. La Semaine Juridique Edition Générale n° 7, 15 Février 2016, 180*. <http://www.lexisnexis.com/fr/droit> (Erişim tarihi:

olarak taraflar, sözleşmenin içeriğini istedikleri gibi belirleme yetkisine sahiptir. Taraflar arasındaki banka sözleşmesinde, sırların açıklanmaması, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanların sırları gizli tutması kararlaştırılabilir. Böylece sözleşmenin temelinde gizlilik yükümlülüğü yer alabilir^{477 478}.

Bu durumda, gizlilik yükümlülüğünün sözleşmede ne şekilde yer aldığını belirlemek gerekir. İlk olarak, gizlilik yükümlülüğü asli edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılmış olabilir. Asli edim yükümlülüğü, “yokluğu sözleşmenin kurulmasına engel olan veya tarafların yapmak istedikleri sözleşmeden başka bir sözleşmenin kurulmasına neden olan edim yükümlülükleridir”. Her sözleşmede, sözleşmenin konusunu belirleyen asli edim bulunur. O hâlde hangi varsayımlarda gizlilik yükümlülüğünün banka sözleşmesini belirlemekte yeterli, belirli ve öncelikli olduğunu tespit etmek gerekir. Öncelikle, gizlilik yükümlülüğünün, özellikle İsviçre hukukunda yaygın olan nümerik (compte numérique-compte numéroté)^{479 480} hesapların açılması

06.07.2018); Borçlandırıcı işlemin objektif sebebi, borcun doğmasını sağlayan ve borçlunun irade beyanından oluşan sebeptir. Objektif sebep yoksa, borç da yoktur. Bu yüzden borçlandırıcı işlemin hukuki sebebi yerine, borcun veya kazandırmanın hukuki sebebi denmesi önerilir. Borçlunun “hangi amaç veya amaçlarla” borç altına girdiği sübjektif sebeptir. Türk hukukunda borçlandırıcı işlemin geçerlilik unsurları arasında “borcun sübjektif sebebi” yer almaz. Üstelik “borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir (TBK m. 18). Türk hukuku açısından borçlandırıcı işlemler açısından sebepten soyutluk ilkesi geçerlidir. E. Türel (2017). Roma hukukundan günümüze hukuki sebep ve sinallagma ilişkisi. *MÜHFHAD, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan*, 23(3), s. 383-384; Türk-İsviçre hukukunda “sebeb”, tarafların ortak amaçları olarak “kazandırma sebebi” anlamında kullanılmaktadır. Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, 26; Eren, 2018, **a.g.k.**, 183-184; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, 117; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 109.

⁴⁷⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 58; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 37; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 14; İsviçre hukukunda Capitane, 1933, **a.g.k.**, 97; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 12; Türk hukukunda Tekinal, 2009, **a.g.k.**, 358; Kandırlioğlu, 2011, **a.g.k.**, 222; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 6.

⁴⁷⁸ Fakat bankanın gizlilik yükümlülüğü taraflar arasında imzalanacak “gizlilik sözleşmesi” ile de düzenlenebilir. Hatta bu sözleşme banka sözleşmesine eklenebilir. Uygulamada gizlilik sözleşmelerine daha çok bankaların birleşme müzakereleri sırasında rastlanmaktadır. Banka çalışanları için ise, gizlilik taahhüdü getirilmektedir. Kandırlioğlu, 2011, **a.g.k.**, 233-235; Usluel, 2009, **a.g.k.**, 146; Gizlilik sözleşmesinde, gizli kalması gereken tüm bilgiler, kapsamlı olarak açıklanmalı ve sınıflandırılmalıdır. Sözleşme birleşmeye katılanları, paylaşılacak bilgilerin korunması için gerekli tedbirleri almaya zorlamalıdır. S. Ş. Güngör (2011). *Türk hukukunda bankaların birleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.107.

⁴⁷⁹ Böyle bir hesap açmak isteyen müşteri bankaya giderek, kimliği, iletişim bilgileri ve imza beyannamesini bildirir. Bu bildirimle, müşteriye tanımlayan bir numara verilir. Yalnızca banka müdürü gibi, sınırlı sayıda kişinin bildiği bu numara ile müşteri, banka işlemlerini gerçekleştirebilir. Sonuç olarak nümerik hesaplar, sahibine tamamen gizlilik sağlamaz. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 36 ve 65; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, s. 2.

⁴⁸⁰ Ratcliff 1961 tarihli makalesinde nümerik hesapların işleyişini şu şekilde anlatmaktadır: “...hüviyeti gizli tutmak isteyen bir müşteriye bir numara tahsis olunur. Bu numarayı bankanın, ancak birkaç yüksek memuru bilir. Muhasebe dairesinde kimse bundan haberdar değildir. Bundan sonra bu adamın imzası, bu numaranın el yazısıyla yazılmış şekilinden ibaret olur. Müşteri, şayet telgrafla para transferi yapmak isterse, kendisine komplike bir tanıma kodu verilir. Hesap hülâsaları, bizzat müracaat edilinceye kadar bankada muhafaza edilir, yahut da antetsiz zarflarla postaya verilir. Bazı mühim müşteriler için, bu

sırasında önem arz ettiğini söylemek gerekir. Bu hesap türlerinde, müşterinin kimliği sınırlı sayıda banka çalışanı tarafından bilinmektedir. Banka işlemi bu numara ile müşterinin kimliği açıklanmadan gerçekleştirilmektedir. İşte böyle hesaplar için yapılan sözleşmelerde, gizlilik yükümlülüğü asli edim yükümlülüğü olarak yer almaktadır⁴⁸¹.

7.3.1.2. Gizlilik yükümlülüğünün banka sözleşmesinde yer almaması

Banka ve müşteri arasındaki banka sözleşmesinde, gizlilik yükümlülüğüne dair açık hüküm yer almayabilir. Bu durumda, gizlilik yükümlülüğünün sözleşmede zımni şekilde bulunup bulunmadığının, eğer bulunuyorsa hukuki temellerinin neler olduğunun açıklanması gereklidir.

Azınlıkta kalan bir görüşe göre; taraflar arasındaki sözleşmede açıkça gizlilik yükümlülüğünün kararlaştırılmış olması durumunda vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan gizlilik yükümlülüğünden bahsedilir. Aksi hâlde, müşterilere ait sırlar açıklandığında, haksız fiil hükümlerine başvurulması gerekmektedir⁴⁸².

Ancak bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre; gizlilik yükümlülüğünün sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasına gerek yoktur⁴⁸³. Bu görüş, somut olaya göre banka sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesine dair unsur içeren karma sözleşme olarak kabul edildiği ve edilmediği varsayımlarına göre farklı gerekçelerle açıklanabilir.

Banka sözleşmesinin hukuki niteliği vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilecek olursa Fransız hukukunda CC art. 1991 al. 1 ve CC art. 1989 hükümleri uygulanabilecektir. Nitekim CC art. 1991 al. 1’de yer alan “*vekâlet ilişkisi devam ettiği sürece vekil vekâletin gereğini yerine getirmeli ve yerine getirmemekten kaynaklanan zararı gidermelidir*” hükmü ile CC art. 1989’da yer alan; “*vekil vekâlet sözleşmesinin kapsamı dışında olan hiçbir şeyi yapamaz...*” hükmünün, vekilin sözleşme ile kendisine verilen yetkilerini aşamayacağını emrettiği söylenebilir. Bir başka deyişle, vekilin kendisine tanınan yetkiye uygun şekilde hareket etmesi ve bu yetkinin kapsamında yer

hulâsaları bankanın o müşterinin memleketindeki acentesi postaya verir. Bu şekilde, dikkati çekecek ecnebi posta pulu kullanılmamış olur...” Ratcliff, 1961, **a.g.k.**, 73.

⁴⁸¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 64.

⁴⁸² G.Capitaine(1936). *Le secret professionnel du banquier en droit suisse et en droit comparé*. Genève: Imprimerie Atar, s. 139.

⁴⁸³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 67; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 143; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 14.

almayan vekâlet verene dair sırları açıklamaması gerekir⁴⁸⁴. Benzer şekilde İsviçre-Türk hukukunda yer alan “*vekil üstlendiği iş ve hizmetlerin, sadakat ve özenle yürütülmesinden sorumludur (CO art. 398 al. 2 ve TBK m. 506 f.2)*” hükmünün, vekil için sır saklama yükümlülüğünü de kapsayan sadakat ve/veya özen yükümlülüğü getirdiği hususunda şüphe yoktur⁴⁸⁵.

Banka sözleşmesi, vekâlet sözleşmesine dair hiç bir unsur barındırmadığında, bu defa gizlilik yükümlülüğünün, zaten “yan yükümlülük” olarak her sözleşmede bulunduğu söylenebilir⁴⁸⁶. Borç ilişkisinin türünü belirleyen ve sözleşmenin ifası davasının temelini oluşturan asli edim yükümlülüklerinden farklı⁴⁸⁷ olarak yan yükümlülükler, sözleşmenin doğal sonucu olarak varsayılan ve asli edime bağlı olan⁴⁸⁸ yükümlülüklerdir. Tarafların bilgilendirilmesi, denetim yükümlülükleri, sözleşme sonrası sadakat yükümlülüğü⁴⁸⁹ yan yükümlülükler olarak gösterilmektedir. Banka sözleşmesi temelinde yer alan bir yan yükümlülük olarak gizlilik yükümlülüğü, “dürüstlük kuralına” ve “güven teorisine” dayanmaktadır⁴⁹⁰.

7.3.1.2.1. Yan yükümlülüğün dürüstlük kuralına dayanması

Fransız, İsviçre ve Türk hukuklarında herkesin haklarını yerine getirirken ve borçlarını ifa ederken dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir⁴⁹¹. Banka sözleşmelerinin ifasında, dürüstlük kuralı gereğince banka,

⁴⁸⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 28.

⁴⁸⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 28; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 50 vd.; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 269.

⁴⁸⁶ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 27; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 67; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 143; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 39; İsviçre hukukunda D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 71; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 50 vd.; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 232; Türk hukukunda Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 358; Kandirahoğlu, 2011, **a.g.k.**, 230.

⁴⁸⁷ Asli edim yükümlülüklerinin sözleşmede kararlaştırılmış olması, sözleşmenin kurulmuş olması için zorunlu iken, yan yükümlülüklerdeki yokluk veya tarafların anlaşmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 62-63; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 229-230; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 37; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 15; Sözleşme özgürlüğü ilkesi ileri sürülerek, asli edim yükümlülükleri yan yükümlülükler ile sona erdirilmemelidir. Bu sonuca neden olmadıkça, sözleşmeye konacak özel bir hükümle, bir yan yükümlülük olan gizlilik yükümlülüğünden banka kurtarılabilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 65.

⁴⁸⁸ Eren, 2018, **a.g.k.**, 37; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 15.

⁴⁸⁹ Rekabet etmeme kuralına aykırı olarak, işletmenin devrinden sonra, devreden devralana karşı aynı yerde aynı faaliyet alanında işletme kurması, sözleşme sonrası sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Bu gibi yükümlülüklerin ihlalinde, haksız fiil düzenlemelerinin uygulanması, hakkaniyet, güven ilişkisi ve dürüstlük kuralı gereğince yerinde değildir. Hatta taraflar arasında sözleşmeden doğan borç ilişkisi olmasa ve bu ilişki kanuni borç ilişkisi olarak nitelendirilse bile, sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanması taraf menfaatleri bakımından daha uygundur. Eren, 2018, **a.g.k.**, 42.

⁴⁹⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 67; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 143; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 14.

⁴⁹¹ Fransız hukukunda CC. art. 1104’e göre; *sözleşmeler dürüstlük kuralına göre kurulmalı ve ifa edilmelidir*. İsviçre hukuku için bkz., CC art. 2 al. 1, Türk hukuku için bkz., TMK m.2.

müşterisini zarara uğratacak fiil ve davranışlardan kaçınmak zorundadır. Zira sözleşmenin diğer tarafı olan müşteri, yürüttüğü mesleki faaliyeti nedeniyle bankaya güvenmekte, kendisi ve üçüncü kişilere ait bilgileri vermektedir. Banka hukuku bakımından, “gizlilik yükümlülüğü” ile “güven ilişkisi” birbirinden ayrılmayan ve hatta iç içe geçmiş iki kavramdır⁴⁹². Bankanın gizlilik yükümlülüğüne tâbi olması, sözleşmenin dürüstlük kuralına uygun şekilde ifa edilmesi gerekliliğinin bir sonucudur. Banka sözleşmesinde gizlilik yükümlülüğüne dair açık bir hükmün bulunmasına gerek yoktur.

Paris İstinaf Mahkemesi 06.02.1975 tarihli kararında; gizlilik yükümlülüğünün, banka sözleşmelerinden doğan bir yan yükümlülük olduğuna ve dürüstlük kuralı temelinde yer aldığına hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca bankanın, “müşterilerin ve üçüncü kişilerin” açıklanmasını beklemedikleri bilgilerini, açıklamaktan kaçınmak zorunda olduğuna işaret etmiştir⁴⁹³.

Sonuç olarak sözleşmede bu yönde açık hüküm olmasa da, sözleşmenin kendisi, gizlilik yükümlülüğün kaynağı olacaktır. Zira gizlilik yükümlülüğü, zımni şekilde sözleşmede bir yan yükümlülük olarak yer almaktadır. Bununla birlikte, gizlilik yükümlülüğü, müşterilerin bilgilerinin gizliliğinin korunmasıyla sınırlanmaz, aynı zamanda, sözleşme öncesi görüşmelerinin yapıldığı ve hatta sözleşmenin olmadığı ve sona erdiği hâllerde de varlığını korur⁴⁹⁴.

7.3.1.2.2. Yan yükümlülüğün güven teorisine dayanması

Fransız hukukunda CC art. 1194; “*hâkimin sözleşmeyi kanuna, teamüle*⁴⁹⁵ ve *hakkaniyete*⁴⁹⁶ uygun olarak “*yorumlaması*” gerektiğini” düzenlemektedir. Benzer

⁴⁹² Aubert vd, **a.g.k.**, s. 51; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 237-238.

⁴⁹³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 29; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 79.

⁴⁹⁴ İsviçre hukukunda, Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 13-14; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 50-51; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 38; Bahsedilen hâllere ilişkin olarak Fransız hukukunda hâkim görüş, haksız fiil hükümlerinin uygulanması yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda birinci bölüm 7.4. altında yapılan açıklamalar.

⁴⁹⁵ İsviçre hukukunda bazı mahkeme kararlarında, sözleşmede kararlaştırılmayan gizlilik yükümlülüğü için teamüllerden yararlanıldığı görülmektedir. Örneğin Bern Kantonu Ticaret Mahkemesi 01.08.1931 tarihli kararında; müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün, banka ve müşteri arasındaki sözleşmesel ilişkiden bağımsız olduğuna, taraflar arasında sözleşmenin olmadığı hâllerde, haksız fiil hükümlerine başvurulabileceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, sözleşmesel sorumluluğunun doğması için, gizlilik yükümlülüğünün açık şekilde sözleşmede düzenlenmiş olmasına da gerek yoktur. Bu karar, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 02.02.1932 tarihli kararıyla onanmıştır. Ancak yerel mahkemeden farklı olarak Federal Mahkeme; banka ana sözleşmesine, diğer tüzük, yönetmelik ve teamüllere uygun olarak bankanın hizmetlerini sunduğuna ve müşterinin bu hizmetlere eriştiğine karar vermiştir. Gizlilik yükümlülüğünün

şekilde, İsviçre-Türk hukukunda “*bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı*” hükme bağlanmıştır (CO art. 18 ve TBK m. 19 f.1). Bu düzenlemelerden bir uyumsuzluk hâlinde hâkimin, tarafların yapmış olduğu sözleşmeyi yorumlayarak bir karara varacağı görülmektedir⁴⁹⁷.

Sözleşmelerin yorumlanması ihtiyacı, taraf iradelerinin ne şekilde anlaşılması gerektiği konusunda üç farklı yorum teorisinin oluşumunu sağlamıştır: beyan sahibinin sözleşmeye vereceği anlama öncelik tanıyan “irade teorisi”, karşı tarafın o beyanı nasıl anladığının esas alındığı “beyan teorisi” ve dürüstlük kuralı temelinde yer alan “güven teorisi”⁴⁹⁸.

Bir sosyal temas ilişkisi, karşı tarafın hâkimiyet alanında, onun hukuki yararına etki yapacak nitelikteyse, bu temasa hukuki sonuç bağlanıp bağlanamayacağını belirlemek için “güven teorisinden” yararlanılır⁴⁹⁹. Güven teorisine göre; tarafların irade beyanları yorumlanırken, muhatap ve beyan sahibinin bildiği ve bilmesi gereken tüm unsurlar dürüstlük kuralına göre değerlendirilir⁵⁰⁰. Muhatabın, dürüstlük kuralı gereğince, beyana vermesi gereken anlama karşı “haklı güveni” ve beyan sahibinin, beyanının dürüstlük kuralı gereğince, olağan şekilde anlaşılacağına dair “haklı güveni”

kaynağı, bahsi geçen düzenlemeler olup, bankanın sorumluluğu ise sözleşmesel sorumluluktur. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 72-73.

⁴⁹⁶ Fransız Yargıtayı’nın ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin bazı kararları incelendiğinde, bankanın kasa kirası sözleşmesinde, hakkaniyetten ve teamüllerden doğan başka yükümlülüklerinin de olduğuna hükmedildiği görülmektedir. Söz konusu kararlara göre; bankanın asli edim yükümlülüklerine ek olarak gizliliğin ve güvenliğin sağlanması yükümlülüğü de bulunmaktadır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 75; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 236-237.

⁴⁹⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 69; Eren, 2018, **a.g.k.**, 487-488; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 70; O. G. Antalya (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.1. Temel kavramlar sözleşmeden doğan borç ilişkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 490; S. Tekinay, S. Akman H. Burcuoğlu, A. Altop (1993). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 148; Kocayusufpaşaoğlu ise, söz konusu hükümle, tarafların gerçek iradelerinin araştırılıp bulunmasının amaçlanmadığını söylemektedir. Yazar’a göre, yorumun amacı, tarafların bilinmeyen gerçek iradelerinin araştırılıp bulunmasıdır. Oysa söz konusu hüküm, düzenleme konusu yaptığı “yanlış belirtme zarar vermez” kuralı açısından ele alındığında bu kuralla uygunluk göstermez. TMK m. 2 f.1 hükmü, sözleşmenin taraflarının gerçek iradelerinin anlaşılması için daha etkili bir hüküm içermektedir. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2018, **a.g.k.**, 334-335.

⁴⁹⁸ Eren, 2018, **a.g.k.**, 488 vd; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 489-490.

⁴⁹⁹ Antalya, 2018, **a.g.k.**, 176.

⁵⁰⁰ Eren, 2018, **a.g.k.**, 152; Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, 133; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 176; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 148-150; B. Kalkan Oğuztürk (2008). *Güven sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 47; G. Soylu Ünver (2018). *Güven teorisi ve güven sorumluluğu kapsamında yetkisiz temsilcinin ve temsil belgesini geri almayanın sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

aynı anda korunmuş olur⁵⁰¹. Güven teorisiyle, yalnızca irade sahibinin veya muhatabın sübjektif değerlendirmeleri esas alınmadan, “karşılıklı birbirini gözetme” ve “bağlılık” esaslarına dayanan çözüme ulaşılır⁵⁰². Böylece, bir yandan taraf menfaatleri eşit şekilde korunmakta, diğer yandan iş hayatında ve işlemlerde güven ve istikrar sağlanmaktadır⁵⁰³. Ancak, taraflar arasındaki güven ilişkisi, yalnızca borç ilişkisini kurmaz, var olan borç ilişkilerinde yan yükümlülüklerin doğmasına kaynaklık edebileceği gibi, yükümlülüklerin kapsamını ve ifasını belirler⁵⁰⁴. Yan yükümlülükler, kişileri özel ve somut bir zarardan koruma yükümlülüğünü içerdiklerinden, “güven ilişkisine dayanırlar”⁵⁰⁵.

Banka hukukunda güven teorisi, yapılan işin gerektirdiği özenin yerine getirileceği konusunda tarafların⁵⁰⁶ birbirlerine güven duymasıyla belirginleşmektedir⁵⁰⁷. Banka işlemlerinde tarafların, yapılacak işin yerine getirilmesinde gerekli özenin gösterileceği hususunda güvenlerinin olduğu açıktır. Bu durum, tarafların birbirlerinin mal ve şahıs varlığı değerlerine zarar vermeden hareket etmesini zorunlu kılar. Üstelik mesleki bilgi ve uzmanlığa güven ve mesleki faaliyeti yürüten kişiden beklenen güvenilirlik, bu güveni sağlayan kişiyi daha yüksek bir özen ve sadakatle yükümlü kılar⁵⁰⁸. Bir yan yükümlülük olarak sır saklama yükümlülüğü de, tıpkı diğer yan yükümlülükler gibi, güven teorisine dayanmaktadır⁵⁰⁹.

Sonuç olarak, gizlilik yükümlülüğü, banka ve müşteri arasındaki sözleşmede nadiren asli edim yükümlülüğü olarak bulunabilecektir. Banka sözleşmesinde bankanın gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm var ise ve bu hüküm asli edim yükümlülüğü olarak nitelenemiyorsa, doğal olarak yan edim yükümlülüğü olacaktır. Gizlilik yükümlülüğünün yer aldığı sözleşme vekâlet sözleşmesine dair bir unsur barındırıyorsa, vekilin sadakat ve özenle üstlendiği iş ve hizmetleri yerine getirmesini emreden kanun

⁵⁰¹ Kalkan Oğuztürk, 2018, **a.g.k.**, 35.

⁵⁰² Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, 134; Kalkan Oğuztürk, 2018, **a.g.k.**, 35.

⁵⁰³ Eren, 2018, **a.g.k.**, 84.

⁵⁰⁴ Antalya, 2018, **a.g.k.**, 176.

⁵⁰⁵ Hatta korunması ve boşa çıkarılmaması gereken haklı güven söz konusu olduğunda, koruma (davranış) yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Kalkan Oğuztürk, 2018, **a.g.k.**, 84.

⁵⁰⁶ Ancak koruma (davranış) yükümlülükleri, sözleşmenin her aşamasında ve üçüncü kişi ile olan ilişkilerde bulunmaktadır. Bu yükümlülükler yalnızca sözleşmenin taraflarını değil, onların etki alanına giren ve güven ilişkisine giren “*üçüncü kişileri*” de kapsamaktadır. Kırca, 2004, **a.g.k.**, 157.

⁵⁰⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 79; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 233; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 51; Türk hukukunda Kandiraloğlu, **a.g.k.**, 98.

⁵⁰⁸ Kırca, 2004, **a.g.k.**, 172.

⁵⁰⁹ Kandiraloğlu, **a.g.k.**, 100.

hükümleri (Fransız hukukunda CC art. 1989 ve CC art. 1991 al. 1, İsviçre hukukunda CO art. 398 al. 2 ve Türk hukukunda TBK m. 506 f. 2) müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün hukuki kaynaklarından biri olarak kabul edilecektir. Gizlilik yükümlülüğünün ve vekâlet sözleşmesine dair unsurun banka sözleşmesinde yer almaması durumunda ise, dürüstlük kuralına (Fransız hukukunda CC. art. 1104, İsviçre hukukunda CCS art. 2 al. 1, Türk hukukunda TMK m.2) dayanan güven teorisi gereği sır saklama yükümlülüğünün bir yan yükümlülük olarak sözleşmede olduğu varsayılacaktır. Zira banka sözleşmesinin yorumlanmasıyla, bir güven kurumu ile sözleşme akdeden müşterinin, kendisiyle ilgili sırların saklı tutulacağına dair inancının bulunduğu sonucuna ulaşılacaktır⁵¹⁰.

7.3.2. Banka sözleşmesinin olmaması

7.3.2.1. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi açısından

Banka, müşterisi olmayan kişiler hakkında da, bilgi edinmiş olabilir. Müşterinin eşi ve çocukları, kanuni temsilcisi, şirketi temsile yetkili olan temsilcileri, bankanın hakkında bilgi edinmiş olabileceği kişiler olarak sayılabilir. Bu kişiler, “müşteriyle bağlantılı edime yakın üçüncü kişiler” olarak adlandırılmaktadır. Belirtilen kişilerin müşteri sıfatını haiz olmaması sebebiyle müşteri sırrının saklanması hükümleri kapsamı dışında tutulması uygun değildir. Fakat sözleşmenin tarafı olmayan kişiler için, bankanın sorumluluğunun kaynağı, Fransız ile İsviçre-Türk hukuku bakımından farklıdır.

Fransız hukukunda, sözleşmesel sorumluluk hükümleri, yalnızca banka ve müşteri arasında sözleşmenin olduğu hâllerde uygulanabilir. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığında, haksız fiil hükümleri banka bakımından müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kaynağı olacaktır⁵¹¹.

İsviçre-Türk hukukunda ise, “müşteriyle bağlantılı edime yakın üçüncü kişiler” için, bankanın sorumluluğunun kaynağı sözleşmesel sorumluluk hükümleridir⁵¹².

⁵¹⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 30; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 69.

⁵¹¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 41; Lasserre-capdeville, 2006, **a.g.k.**, 83-84; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 140; L. Rives-Langes ve M. Contamine-Raynaud (1995). *Droit bancaire*. Paris: Dalloz, s.176; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 142; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 12-13.

⁵¹² İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 115; Rappo, 2002, **a.g.k.** 280; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 32; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 114 vd.; Türk hukukunda Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 451; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 18-19.

Gerçekten, taraflar arasında sözleşme ilişkisine varmayan özel bağlantılar bir başka deyişle, sözleşme benzeri ilişkiler bulunabilir. Bu ilişkiler sebebiyle, zarar göreni haksız fiil hükümlerine tabi kılmaktansa, söz konusu durumlarda sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlamak üzere, dürüstlük kuralına dayanan bazı teoriler geliştirilmiştir. “Culpha in contrahendo sorumluluğu borca aykırılığa dayandıran teori”⁵¹³, “sözleşmenin ard etkisi teorisi”⁵¹⁴, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi”⁵¹⁵ ve “edim yükümlülerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi” bunlardan bazılarıdır.

Birbirleriyle sözleşme görüşmelerine başlayan, sosyal temas kuran kişiler arasında, dürüstlük kuralı temelinde yer alan güven ilişkisine dayalı koruma (davranış) yükümlülüklerinin varlığı, “edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi”nin oluşumunu sağlamıştır. Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi ile; taraflar arasında sözleşme olmadığında veya bu sözleşme sona erdiğinde dahi, koruma (davranış) yükümlülükleri, sözleşmesel sorumluluk hükümlerine başvurulmasını sağlamaktadır⁵¹⁶.

“Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi” “edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisinin” sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiye yayılması olarak tanımlamaktadır⁵¹⁷. “Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi” edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisinin kapsamında yer almaktadır⁵¹⁸.

⁵¹³ Bu teori, “sözleşme görüşmeleri sırasındaki” kusurlu davranış nedeniyle, haksız fiil değil, borca aykırılık hükümlerinin uygulanması esasına dayanır. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 37-38; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 188-189; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 122-123.

⁵¹⁴ Bu teoriye “culpa post pactum perfectum teorisi” de denmektedir. Teori, sözleşmenin sona ermesinden sonra, sözleşme sebebiyle kurulmuş olan yakınlıktan dolayı meydana gelmiş olan zararın tazmininde borca aykırılık hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Sözleşme sona erdikten sonra da, vekilin sır saklama yükümlülüğüne tâbi olması ve bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesinde borca aykırılık hükümlerinin uygulanması, sözleşmenin ard etkisi teorisinin sonucudur. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 38.

⁵¹⁵ Bu teori, borca aykırı davranan tarafın, diğer tarafın yakınlarının da, bundan zarar göreceğini sözleşme kurulurken bilebilecek durumda olması hâlinde, borca aykırılık hükümlerine göre sorumlu olması esasına dayanır. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 39; Kocayusufpaşaoğlu vd, 2017, **a.g.k.**, 21; Tarafların yakınları, eş ya da çocuklar olabileceği gibi, bir işletmede çalışan işçiler de olabilir. Antalya, 2018, **a.g.k.**, 198-199.

⁵¹⁶ R. Serozan (1968). Edim yükümlülerinden bağımsız borç ilişkisi. *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2(3). s. 122-123; Eren, 2018, **a.g.k.**, 42-43; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 16-17; Kocayusufpaşaoğlu vd, 2017, **a.g.k.**, 21; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 40.

⁵¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd, 2017, **a.g.k.**, 21.

⁵¹⁸ Başalp, İsviçre-Türk hukukunda, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin” “sosyal temastan doğan yasal borç ilişkisi” görüşünün etkisiyle “edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi” altında incelendiğini söylemektedir. N. Başalp (2010). Sözleşmenin nisbiliği ilkesi ile sorumluluk hukukunun ikili yapısının beraberinde getirdiği sonuçlar karşısında sözleşmenin üçüncü kişiye etkisi: üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı ile edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi hakkında bazı değerlendirmeler. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 466; Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisini benimseyenler, dürüstlük kuralı

Üçüncü kişinin, sözleşmenin koruyucu etkisinden faydalanabilmesi için dört şartın bulunması gerekmektedir. İlk olarak, üçüncü kişi edime yakın bulunmalıdır. Edime yakınlık, edimin yarattığı tehlike alanı içinde yer almak anlamına gelmektedir. İkinci olarak, üçüncü kişinin korunmasında alacaklının ilgisi olmalıdır. Üçüncü kişinin hem edimin arz ettiği tehlike alanı içinde yer aldığı hem de alacaklının ilgi alanına dâhil bulunduğu borçlu tarafından bilinmeli veya bilinebilir olmalıdır. Son olarak, üçüncü kişinin korunma ihtiyacı bulunmalıdır⁵¹⁹.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisiyle, üçüncü kişi ve bankayı birbirine bağlayan sözleşme bulunmasa da, TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı temelinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulabilir⁵²⁰. Böylece müşterinin eş ve çocuklarının, tüzel kişi şirketin ortaklarının ve temsile yetkili kişilerin, bir hizmet akdi ile çalışan işçilerin sırrı açıklandığında, meydana gelen zararın tazminini talep hakkı doğacaktır. Ancak zarar, asli edimin ifa edilmemesi sebebiyle değil, bankanın davranış (koruma) yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması sebebiyle talep edilebilir⁵²¹.

7.3.2.2. Sözleşme öncesi görüşmelerinin tarafı olan kişi açısından

Banka sözleşmenin kurulmasından önce taraflar bir araya geldiklerinde, banka gelecekteki müşterisinin ekonomik ve kişisel durumu hakkında bilgi toplama fırsatını yakalamaktadır. Bu aşamada, banka tarafından elde edilen bilgilerin korunmasında, müşterinin menfaati bulunmaktadır. Ancak bankanın sorumluluğunun kaynağı, Fransız ile İsviçre-Türk hukuku bakımından farklıdır.

Fransız hukukunda hâkim olan görüşe göre, taraflar arasında henüz sözleşme kurulmadığından, gizlilik yükümlülüğünün kaynağı haksız fiil hükümleridir⁵²². Ayrıca 11.02.2016 tarih ve 2016-131 sayılı Kararnameyle⁵²³ CC’de değişiklik yapılmış ve art.

temelinde yer almasından dolayı, diğer teorilerin gereksiz olduğunu söylemektedir. Yani edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi, diğer tüm teorileri ortak bir başlık altında birleştirmektedir. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 40; Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi, özellikle, “sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkileri” ile “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde” bulunmaktadır. Eren, 2018, **a.g.k.**, 43.

⁵¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd, 2017, **a.g.k.**, 22-23.

⁵²⁰ Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 417.

⁵²¹ Kandırlioğlu, 2011, **a.g.k.**, 19.

⁵²² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 86; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 146; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 142.

⁵²³ Söz konusu kararname 21.04.2018 tarih ve 2018-287 sayılı Kanun (Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) ile onaylanmıştır. Kanun için bkz., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036825602&categorieLien=id> (Erişim tarihi: 11.06.2019).

1112-2'yle; sözleşme öncesi görüşmelerde gizli nitelikteki bilgiyi sahibinin onayı olmadan açıklayan veya bilgiden yararlanan kişinin genel hükümlere göre sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Hükümde, sorumluluğun türü belirtilmemiş olsa da, bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu ifade edilmektedir⁵²⁴.

İsviçre-Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre ise; sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle gizlilik yükümlülüğünün kaynağı sözleşmesel sorumluluk hükümleridir^{525 526}. Sözleşme öncesi görüşmede taraflar, en azından bir sözleşme yapmayı tasarlamakta ve uzlaşmaya varmak için niyetlerini açıklamaktadır. Görüşmelerin başlamasıyla tarafların birbirine zarar vermeden hareket etme ve dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü doğmaktadır⁵²⁷. Ancak henüz sözleşme kurulmadığı için, taraflar arasındaki ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisi olarak adlandırılmakta ve bu ilişkiden dolayı tarafların, culpa in contrahendo sorumluluğu (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk)⁵²⁸ bulunmaktadır⁵²⁹. Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun

⁵²⁴ M. Mekki (2016). Réforme du droit des obligations: pourparlers, offre et acceptation. La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 48, 2 Décembre 2016, act. 1278., s. 2; S. Lemarchande (2016). Le devoir général d'information: un impact majeur dans la formation des contrats informatiques. Réforme du droit des obligations: Impacts sur les contrats d'affaires et informatiques. *Dalloz IP/IT*, 2016(5), s. 234.

⁵²⁵ İsviçre hukukunda Rappo, 2011, **a.g.k.**, 38; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 223; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 4; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 240-241; Azınlıkta kalan görüşe göre, sözleşme öncesi görüşmeler nedeniyle gizlilik yükümlülüğünün kaynağı haksız fiil hükümleridir. bkz. Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 131-132; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 77.

⁵²⁶ Yargıtay culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğun sözleşmeye aykırılık esaslarına tâbi olacağını kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de aynı yönde kararları bulunmaktaydı. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 479; Ancak Federal Mahkeme ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359 kararında açıkça haksız fiil hükümlerine atıf yaparken, ATF 101 II 266, JdT 1976 I 187 kararında CO art. 60'da yer alan kısa zamanaşımı süresinin dikkate alınması gerektiğine hükmederek haksız fiil sorumluluğuna dair düzenlemelerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme ATF 108 II 419, JdT 1983 I 204 kararında ise, yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğun düzenlenmiş olduğu CO art. 101 al. 1'in uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 86-87; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 224.

⁵²⁷ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1157; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 479-480; Kocayusufpaşaoğlu, 1998, **a.g.k.**, 4-9; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 188-189; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 979; Kalkan Oğuztürk, 2008, **a.g.k.**, 89; S. Yalman (2006). *Türk İsviçre hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 13.

⁵²⁸ Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında üç farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olduğu yönündedir. Zira görüşme ilişkisinin başlamasıyla, taraflar arasında bir sözleşme kurulmuş olmaz. İkinci görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluktur. Nitekim görüşmenin başlamasıyla, taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi kurulmuş olur. Bu güvenin korunmasıyla, taraf menfaatleri de korunmuş olur. Üçüncü görüşe göre, culpa in contrahendo sorumluluğu, kendine özgü sorumluluk olarak nitelenebilir. Taraflar arasındaki ilişkiye, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk hükümlerinden hangisinin uygulanacağı somut olaya göre belirlenmelidir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1160-1161; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 479-480; Kocayusufpaşaoğlu, 1998, **a.g.k.**, 4-9; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 130-131; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 194-197; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 979; Yalman, 2006, **a.g.k.**, 51; Sözleşme öncesi görüşmeler dolayısıyla öğrenilen sırların açıklanmasında hangi hükümlerin uygulanacağı hususunda Fransız ve İsviçre-Türk hukuku arasındaki farklılığın temelinde bu nitelendirme

bulunması için, sözleşmenin kurulmuş olmasına veya taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olmasına da lüzum yoktur⁵³⁰.

Banka ve üçüncü kişi, sözleşme yapmak üzere biraraya geldikleri andan itibaren, birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Taraflar, aldatici davranışlardan kaçınmalı ve doğru bilgiler vererek, aydınlatma yükümlülüklerine uymalıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında ve sonrasında, özenli ve dürüst davranma yükümlülüklerine uygun hareket etmelidir. Aksi hâlde bankanın, belirtilen yükümlülüklerine aykırı hareket ederek müşteri sırrını açıklaması, culpa in contrahendo sorumluluğuna neden olur. Bu sorumluluk sebebiyle, meydana gelen menfi zararın⁵³¹ tazmini talep edilebilir⁵³².

7.3.3. Banka sözleşmesinin sona ermesi

Banka ve müşteri arasındaki sözleşme çeşitli nedenlerle sona erebilir. Sözleşme batıl olabilir, feshedilebilir, süresi sona erebilir. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erdiğinde, gizlilik yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği, müşterinin bilgilerin gizli kalmasındaki menfaatiyle ilgilidir. Müşterinin menfaati bulundukça, banka nezdindeki tüm bilgi ve belgeler gizli kalmalıdır⁵³³. Ancak bankanın tâbi olduğu gizlilik yükümlülüğünün kaynağı, Fransız ile İsviçre-Türk hukuku bakımından farklıdır.

Fransız hukukunda hâkim olan görüşe göre, taraflar arasındaki banka sözleşmesi sona erdiğinde haksız fiil hükümleri uygulanmalıdır. Zira sır açıklanıp zarar meydana geldiğinde, sözleşme sona ermiş bulunmaktadır. Ayrıca banka sözleşmesinin sürekli sözleşme olduğundan hareketle, gizlilik yükümlülüğünün devam edeceğini varsaymak uygun değildir. Sürekli sözleşmelerde yer alan rekabet etmeme yükümlülüğü ile gizlilik yükümlülüğü aynı değildir. Gizlilik yükümlülüğünden farklı olarak rekabet etmeme

yatmaktadır. Fransız hukukunda, culpa in contrahendo sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirilirken, İsviçre-Türk hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 86.

⁵²⁹ İsviçre hukukunda Rappo, 2011, **a.g.k.**, 38; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 225-226; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 75; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 1157; Kocayusufpaşaoğlu, 1998, **a.g.k.**, 4 vd; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 479; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 188 vd; Yalman, 2006, **a.g.k.**, 13.

⁵³⁰ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1158.

⁵³¹ Menfi zarar, hüküm doğurduğuna güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması nedeniyle meydana gelen zarardır. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 386.

⁵³² Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 480; Kocayusufpaşaoğlu vd, 1998, **a.g.k.**, 3 vd.

⁵³³ Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 143-144; Schaefer, 1945, **a.g.k.**, 9; Aubert vd, **a.g.k.**, 77; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 134.

yükümlülüğü, çoğu zaman zımni şekilde sözleşmede yer almaz ve zaman, yer bakımından sınırlamalara tâbi olur⁵³⁴.

İsviçre-Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre ise, bankanın gizlilik yükümlülüğünün kaynağı yine, taraflar arasındaki sözleşme olacaktır. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeye bağlı edimler, sözleşme sona erdikten sonra, bir süre daha devam etmektedir. Başlangıçtaki sözleşmenin sona ermesiyle temel ilişki sona ererken, bazı edimler varlığını sürdürebilir. Örneğin rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunduğu sözleşme sona ermiş olsa da, bu yükümlülükle bağlı olan taraf için sözleşmede belirtilen faaliyetlerin gerçekleştirilmesi mümkün değildir. O hâlde bankanın bağlı olduğu gizlilik yükümlülüğünün, sürekli borç ilişkisinden doğmuş olduğu dikkate alınarak, sözleşmesel sorumluluğunun bulunduğu söylenebilir⁵³⁵.

7.3.4. Banka sözleşmesinin geçersiz olması

İsviçre-Türk hukukunda sözleşmenin kurulması aşamasında, tarafların verdikleri bilgilerin açıklanmayacağına dair güveninin korunmasında “culpa in contrahendo sorumluluk” esas alınır. Bankanın, kasıtlı olarak hükümsüz olduğunu bildiği sözleşmeyi yapması sebebiyle meydana gelen zararın tazmin edilmesinde de “culpa in contrahendo sorumluluğu” bulunmaktadır⁵³⁶.

7.3.5. Banka sözleşmesine ayrılıktan kaynaklanan sözleşmesel sorumluluk

7.3.5.1. Bankanın organlarının fiilinden sözleşmesel sorumluluğu

Diğer tüzel kişiler gibi bankalar da, organlarının gerçekleştirdiği hukuki işlem ve fiillerle hak ve borçların sahibi olurlar. Organ; kanun maddeleri, tüzüğü, iç yönergesiyle yetkili kılınan ve tüzel kişi için önemli olan görevleri devamlı ve bağımsız olarak, gerek üçüncü kişilerle, gerekse tüzel kişinin iç teşkilatlarında yerine getirmesi için, yetkili

⁵³⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 84-85; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 143.

⁵³⁵ İsviçre hukukunda Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 77; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 134; Aubert vd, **a.g.k.**, 77; Türk hukukunda Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, 13; Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 243.

⁵³⁶ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 225-226; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 75; Türk hukukunda Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, 13; Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 199.

kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen kişi veya kişi grupları olarak tanımlanmaktadır⁵³⁷.

Hukuki işlem ve fiilleriyle tüzel kişiyi hak ve borçların sahibi yapanlar, tüzel kişinin iç iradesinin meydana gelmesine katılanlardan ziyade, yönetim temsil ve denetimine katılan kişilerden oluşmaktadır⁵³⁸. Hatta tüzel kişinin yönetim temsil ve denetimine şekli anlamda yetkili olanlara ek olarak, “fiili” olarak tüzel kişinin organı sayılanlardan da bahsedilmektedir⁵³⁹. Ayrıca şirketler topluluğu adına karar alma, topluluk adına alınan kararları uygulama ve üçüncü kişilere karşı tüzel kişiliği temsil yetkisine sahip olanlar da, organ sayılmaktadır⁵⁴⁰.

Banka, organları aracılığıyla hak ve borçların sahibi olduğu gibi, organlarının sözleşmeye aykırı fiillerinden kendi kusurlu fiili gibi sorumlu olur⁵⁴¹. Ancak banka, organlarının yetkileri dışında kalan işlemleri gerçekleştirmek üzere bazı kişileri çalıştırabilir; sözü edilen kişiler bankanın yardımcı kişileridir⁵⁴². Diğer tüzel kişiler gibi bankanın da, yardımcı kişinin fiilinden doğan sözleşmesel ve haksız fiil sorumluluğu bulunmaktadır⁵⁴³.

Fransız hukukunda bankanın, organlarının fiillerinden dolayı sözleşmesel sorumluluğuna dair temel hukuki düzenleme CC. art. 1231’de yer almaktadır. Maddeye göre; *“sözleşmenin ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi nedeniyle alacaklının zarara uğradığı hâllerde, borçlu bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, ifa edememe mücbir sebepten kaynaklanmışsa zararı giderim yükümlülüğü bulunmaz.”*

İsviçre-Türk hukukunda, bankanın organlarının fiilinden sözleşmesel sorumluluğuna ilişkin temel düzenlemeler ise, CO art 97 ve TBK m. 112’de bulunmaktadır. Buna göre; *“borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine*

⁵³⁷ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 340; Ayrıca bkz., Y. İzmirli (2001). *Anonim şirketlerde yönetim kurulunun organ niteliğini kaybetmesi ve hukuki sonuçları*. Ankara: Nobel Yayınları, s. 6 vd; İ. C. Soykan (2012). *Anonim ortaklıklarda organ yokluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 8 vd.

⁵³⁸ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 290; İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 86-87; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 265; Türk hukukunda Öztan, 2019, **a.g.k.**, 340; Serozan, 2018, **a.g.k.**, 504-505; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 307-309; Dural ve Öğüz, 2018, **a.g.k.**, 254-255.

⁵³⁹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 265-266; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 304; Kendisi için görevlendirilmesi gereken organ kişiyi görevlendirmeyi savsaklayan tüzel kişi, “organizasyon eksikliğinden ve aksaklığından” dolayı, “organsız organ sorumluluğuna” tâbi tutulmaktadır. Adam çalıştırmanın, işletmenin çalışma düzeninin (organizasyonunun) elverişsizliğinden sorumlu olduğunu düzenleyen, TBK m. 66 f.3 hükmü aynı yaklaşımın sonucudur. Serozan, 2018, **a.g.k.**, 506.

⁵⁴⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 290.

⁵⁴¹ Altop, 1996, **a.g.k.**, 107.

⁵⁴² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 307.

⁵⁴³ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 246.

hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

7.3.5.1.1. Sözleşmesel sorumluluğun şartları

Sözleşmeye aykırılık

Sözleşmeye dayalı sorumluluk, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle, alacaklının zarara uğraması sonucu doğmaktadır. Gizlilik yükümlülüğü kapsamında, bankanın sözleşmesel sorumluluğu, bir banka sözleşmesi ile öğrenilen müşterilerle ilgili gizli nitelikteki bilgilerin açıklanmasıyla gerçekleşir. Sözleşmenin, bankanın gizlilik yükümlülüğüne dair bir hüküm içermesi zorunlu değildir. Gizlilik yükümlülüğü açık şekilde sözleşmede bulunmasa da, tüm banka sözleşmelerinde, yan yükümlülük olarak zımni şekilde yer almaktadır⁵⁴⁴.

Kusur

Gizlilik yükümlülüğünü ihlal eden bankanın, sözleşmesel sorumluluğunun doğması için “kusurlu olması” şarttır. Ancak kusuru ispat yükünün kime ait olduğu, gizlilik yükümlülüğünün niteliği temelinde açıklanmaktadır.

Fransız doktrini tarafından geliştirilen ayrıma göre, yapma borçlarının vasıta borcu (obligation de moyen) ve yapmama borçlarının sonuç borcu (obligation de résultat) olduğu belirtilmekte, borcun niteliği tespit edildikten sonra ise, bu niteliğe uygun olarak kusuru ispat yükünün kime ait olduğu belirlenmektedir^{545 546}. Vasıta borcunda borçlu, üstlendiği borcu, sonucu elde etmesine izin verebilecek şekilde ifa etmek için, gereken özen ve dikkati göstermeyi borçlanmaktadır. Borçlu, alacaklıya karşı, bir sonuç elde etmeyi borçlanmamaktadır. Yalnızca, bu sonuca ulaşmak için gerekeni yapmayı taahhüt etmektedir. Borçlu, beklenen özeni göstermiş, sonuca yönelik gerekeni yapmış olmasına rağmen, sonuca ulaşamamış ise, sorumluluğu olmayacaktır.

⁵⁴⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 291.

⁵⁴⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 292; D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 124; İsviçre hukukunda vasıta borcu (obligation de moyen) ve sonuç borcu (obligation de résultat) ayrımına dair bir düzenleme bulunmaktaysa da, mahkeme kararlarında, yapma borçları için bu kavramlara başvurulduğu görülmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 292.

⁵⁴⁶ Türk hukukunda, söz konusu kavramlar yerine “edim fiili” ve “edim sonucu” kavramları kullanılmaktadır. Buna göre, kişisel ya da dar anlamda yapma veya yapmama edimlerinde, borçlu alacaklıya karşı edim fiilini borçlanmaktadır. Borçlu edim fiilini, sözleşmeye uygun olarak yerine getirirse borcunu ifa etmiş olur. Verme edimlerinde ise edim sonucu önem taşır; burada borçlu, belirli bir sonucu alacaklıya sağlamayı borçlanmıştır. Eren, 2018, **a.g.k.**, 96-97.

Sorumluluğunun olabilmesi için alacaklı, borçlunun özensizliği, dikkatsizliği ya da ihmâlini kanıtlamalıdır⁵⁴⁷. Vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan görevi için gereken her türlü özeni göstermesi, vekilin sonuç için değil, işin yürütülmesi için özen göstermek zorunda olması, vasıta borcuna örnek teşkil etmektedir⁵⁴⁸. Sonuç borcu ise borçlunun, alacaklıya belirlenmiş bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesi hâlinde söz konusu olur. Bu durumda, taahhüt edilen sonucun meydana gelmemiş olması, tek başına, borçlunun sorumluluğunu gerektirecektir. Alacaklı, ayrıca borçlunun kusurunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır⁵⁴⁹.

Doktrinde bankanın gizlilik yükümlülüğünün niteliği de, vasıta borcu-sonuç borcu temelinde açıklanmıştır. Bir görüşe göre, bankanın bir kanun hükmü gereği ve mesleki faaliyeti sonucu öğrenmiş olduğu müşterilere ait gizli nitelikteki bilgileri üçüncü kişilerin bilgisine sunmama, açıklamama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir kanun hükmü ile bir fiilin yapılması yasaklanmaktadır. O hâlde, kanunun açık hükmü ile yasaklanan bir yapmama borcunun olduğu, daha açık ifadeyle bir sonucun gerçekleşmesinin istenmemiş olması sebebiyle, “sonuç borcunun” varlığı düşünülebilir. Üstelik İsviçre-Türk hukuku bakımından “*vekil üstlendiği iş ve hizmetlerin, sadakat ve özenle yürütülmesinden sorumludur (CO art. 398 al. 2 ve TBK m. 506 f.2)*” hükmü esas alınır ve gizlilik yükümlülüğünün vekilin “özen yükümlülüğüne” değil de, “*sadakat yükümlülüğüne*” dayandığı kabul edilirse⁵⁵⁰, tıpkı rekabet etmeme borcunda olduğu gibi, bir yapmama borcu “sonuç borcunun” olduğu sonucuna ulaşılabilir⁵⁵¹.

Bu durumda borçlu bankanın kendisinden beklenen özeni göstermemesi sebebiyle kusurlu olduğu varsayılmakta ve kusurlu olmadığını ispat yükünün bankada olduğu kabul edilmektedir⁵⁵². Müşterinin, sırrı açıklamama yükümlülüğünün ihlal edilmiş olduğunu, gizli nitelikteki bilgilerin üçüncü kişilere sunulmuş olduğunu belirtmesi

⁵⁴⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 292; A. Güzel ve D. Ugan Çatalkaya (2012). İşverenin iş kazasından sorumluluğunun niteliği ve sınırları. *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2012 (3), s.177.

⁵⁴⁸ V. Başpınar (2008). Avukatın özen borcu. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII(1-2),s. 39.

⁵⁴⁹ Güzel ve Ugan Çatalkaya, 2012, **a.g.k.**, 177; Taşıma sözleşmelerinde, taşıyıcının bir kişi veya malı bir yerden başka bir yere götürmeyi üstlenmesi, sonuç borcuna örnek gösterilebilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 293.

⁵⁵⁰ Nitekim Türk hukukunda sır saklama yükümlülüğünün vekilin sadakat yükümlülüğü kapsamında yer aldığı söylenmektedir. Eren, 2018a, **a.g.k.**, 734; C. Yavuz, Acar ve Özen, 2014, **a.g.k.**, 1172; Zevkliler ve Gökyayla, **a.g.k.**, 616-617; F. Aral ve H. Ayrancı (2018). *Borçlar hukuku. Özel borç ilişkileri* (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 447.

⁵⁵¹ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 248-250; Fransız hukukunda Teissier de aynı görüştedir. Teissier, 1999, **a.g.k.**, 137.

⁵⁵² İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 248-250; Fransız hukukunda Teissier, 1999, **a.g.k.**, 137-138.

yeterlidir⁵⁵³. Böyle bir kabul ise, sözleşmesel sorumluluğa dair CC art. 1231, CO art. 97, TBK m. 112 hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir.

Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre ise, bankanın yüklendiği gizlilik ediminin ancak zaman içinde sürekli bir eylemle yerine getirilebilmesi (sürekli bir edim olması) bakımından hizmet edimine benzediği, bu yönüyle de, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanların, sırrı saklamak için gerekli tüm özen ve dikkati göstermeyi taahhüt ettikleri ileri sürülebilir. Bu durumda, bankanın sır saklama yükümlülüğü “vasıta borcu” olarak kabul edilir. Elbette, sonuç borcu olarak bilinen bazı sözleşme türlerinin, aynı zamanda vasıta borcu içeren sözleşmelere benzer yanları bulunmaktadır. Örneğin, bir taşıma sözleşmesinde taşıyanın sözleşmeyi gereği gibi ifa edebilmesi için, uygun kamyonu şoför ve güzergâhı seçmesi bunlardan biridir. Bu örnekte taşıyanın asıl borcu yapma borcu olmakla birlikte bu borcu yerine getirmesini sağlayan yan edimler de bulunmaktadır. Sonuç olarak, gizlilik yükümlülüğü alanında dar yorum yapıp, “müşteri sırrını açıklamama zorunluluğunun” “yapmama borcu” olduğu sonucuna ulaşırsa, bu borcun “sonuç borcu” olduğu düşünülebilir. Ancak daha geniş bir yorumla, sırrın korunmasının sağlanmasına yardımcı olacak şekilde, banka çalışanlarının seçilmesi, bankanın iç organizasyonun yapılması, bilişim sistemi güvenliğinin sağlanması gibi diğer edimlerle birlikte düşünüldüğünde, yapmama borcundan değil, “yapma borcundan” söz edilecek ve bu borcun “vasıta borcu” olduğu sonucuna ulaşılabilecektir⁵⁵⁴. Üstelik İsviçre-Türk hukuku bakımından “*vekil üstlendiği iş ve hizmetlerin, sadakat ve özenle yürütülmesinden sorumludur (CO art. 398 al. 2 ve TBK m. 506 f.2)*” hükmü esas alınır ve gizlilik yükümlülüğünün vekilin “sadakat yükümlülüğüne” değil de, “özen yükümlülüğüne” dayandığı kabul edilirse, bir yapma borcu “vasıta borcunun” olduğu söylenebilir⁵⁵⁵.

Bu tespitten sonra, vasıta borcunda kusuru ispat yükünün kime ait olacağı meselesine geçilmelidir. İsviçre hukuku bakımından özellik arz eden husus, vekilin göstermesi gereken özen yükümlülüğü konusunda, CO art. 398 al. 1’in iş

⁵⁵³ Fakat bankanın bağlı olduğu gizlilik yükümlülüğü, ister vasıta ister sonuç borcu olarak kabul edilsin; bir kanun hükmü, yetkili makamın emri gibi hukuka uygunluk nedenlerinin olduğu hâllerde, bankanın sözleşmesel sorumluluğu bulunmayacaktır. Zarara yol açan fiilin faili, açık kanun hükmünü, diğer hukuka uygunluk nedenlerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulur. Ayrıca, müşterinin sırrın açıklanmasına dair onayı da, banka hukukunda müşterinin haklarına yönelik saldırının hukuka aykırı olarak nitelenmesine engel olmaktadır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 298.

⁵⁵⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 294-295.

⁵⁵⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 294-295; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 248-250; Capitaine. 1936, **a.g.k.**, 12.

sözleşmesindeki işçinin özen yükümlülüğünü düzenleyen CO art. 321e'ye atıf yapmasıdır. Oysa söz konusu madde işçinin, işverene “kusuruyla” verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğunu hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi⁵⁵⁶, doktorun vekil sıfatıyla mesleki faaliyetini yerine getirirken ifa ettiği borcunun vasıta borcu olduğuna ve fakat vekil olarak göstermesi gereken özenin CO art. 321e kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığına, mesleki faaliyetin özellikleri dikkate alınarak, CO art. 97'nin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁵⁷. Böylece doktrinde de eleştirilen CO art. 398 al. 1 atfının, Federal Mahkeme kararlarıyla, mesleki faaliyet yürüten kişiler açısından uygulanmayacağı açığa kavuşturulmuştur.

Aynı tartışma, eBK'nın yürürlükte olduğu dönemde Türk hukukunda da yapılmakla birlikte⁵⁵⁸, TBK m. 506'ya vekilin sorumluluğunun işçinin sorumluluğu hükümlerine göre belirleneceğine dair hüküm alınmamış, yerine “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*” hükmü getirilmiştir. Böylece Türk hukuku bakımından bankanın bir güven kurumu olarak mesleki faaliyette bulunduğu hususu dikkate alınarak, TBK m. 112'de bulunan “*borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” hükmünün uygulanacağı ve müşterinin bankanın kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda olmayacağı hususunda temel hukuki dayanak oluşturulmuştur. Vekâlet veren olarak müşteri, “sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışın ne olduğunu”, “zararı” ve “zararla ihlal arasındaki nedensellik bağı” ispat edecek, kusuruz olduğunu ispat yükü, vekil olarak bankaya ait olacaktır. Banka ise, müşteri sırrının saklanması konusunda gerekli bütün dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir⁵⁵⁹.

Üstelik Fransız hukukunda da klasik vasıta borcu- sonuç borcu ayırımına modern görüş, “ağırlaştırılmış vasıta borcunu” eklemektedir. Bu görüş, bankanın bir güven

⁵⁵⁶ ATF 105 II 284, JdT 1980 I 169.

⁵⁵⁷ Rappo, 2002, a.g.k., 247.

⁵⁵⁸ Eren, 2018a, a.g.k., 730-731; Zevkliler ve Gökyayla, 2018, a.g.k., 615-616; E. Özkaya (2016). *Vekâlet sözleşmesi ve kötüye kullanılması* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 479; Altop da, CO art. 398'in CO art. 321e yaptığı yollamanın, vekilin göstermesi gereken özenin derecesi konusunda yeterli olmadığına işaret etmiştir. Yazar, mesleki faaliyette bulunma, akademik unvan, eğitim düzeyi ve uzmanlık derecesi gibi ölçütlerin gözden kaçırılmaması gerektiğini söylemektedir. Altop, 1996, a.g.k., 98-99.

⁵⁵⁹ Tandoğan, 1974, a.g.k., 118; Eren, 2018a, a.g.k., 732.

kurumu olarak, mesleki faaliyetini yürütüyor olmasını dikkate almakta, ayrıca sırrın sözlü olarak açıklanmış olmasında, kusurun ispatının güçlüğüne dikkat çekmektedir. Müşterilerin menfaatlerinin korunması için, ispat yükünün tersine çevrilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶⁰.

Türk hukukunda “ağırlaştırılmış vasıta borcu” yerine “ağırlaştırılmış özen sorumluluğundan” bahsedilmektedir. Battal bankaların “ağırlaştırılmış özen sorumluluğuna” tâbi olmasını; TTK m. 19 f.1 gereğince tüzel kişi tacir olmaları nedeniyle adi iş sahalarının bulunmaması, TTK m. 18 f. 2 gereğince basiretli bir tacir gibi davranma yükümlüklerinin olması, temel amaçlarının ödünç parayı çalıştırarak para kazanmak olmasından dolayı kendilerine münhasır faaliyet alanında sübjektif bir ölçüye yer vermeyecek bir şekilde sorumlu olmaları ve mesleki faaliyetleri sebebiyle riskli bir alanda faaliyet göstermeleri gerekçeleriyle açıklamaktadır⁵⁶¹.

Özetle teorik temelleri bakımından, gizlilik yükümlülüğü ister sonuç borcu, ister vasıta borcu, isterse ağırlaştırılmış vasıta borcu olarak kabul edilsin, gizli nitelikteki bilgilerin açıklanmış olması sebebiyle bankanın aksini kanıtlayana kadar kusurlu kabul edileceği açıktır⁵⁶². Müşterinin açıklanan bilginin “gizli nitelikte” olduğunu ispat etmesi de gerekmeyecektir. Müşterinin, bankayla gerçekleştirmiş olduğu tüm işlemlerin, gizli nitelikte olduğuna dair karine kabul edilmektedir. Böylece aksini iddia eden bankanın, bilgilerin gizli nitelikte olmadığını da kanıtlaması gerekmektedir⁵⁶³.

Zarar

Fransız hukukunda kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sözleşmesel sorumluluğun bulunması için, bir zararın doğması gerekmektedir. Sözleşmenin borçlusu, hile veya ağır kusuru dışında başka bir sebeple, mesela gerekli dikkat ve özeni göstermeden müşterilere ait sırrı açıklamışsa, sözleşmenin akdedilmesi sırasında öngörülmüş veya

⁵⁶⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 58; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 298; Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi 06.02.1975 tarihli kararında; müşterisinin ticari ve ekonomik durumu ile ilgili bilgileri, üçüncü kişiye açıklayan bankanın, açıklama yapmasını gerektiren kanuni nedenleri ve işini özenle yapmış olduğunu gösteren kanıtları sunması gerektiğine hükmetmiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 298.

⁵⁶¹ Battal, 2001, **a.g.k.**, 148-152.

⁵⁶² Alavi, 2017, **a.g.k.**, 58; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 298.

⁵⁶³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 299; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 299.

öngörülebilir zararı tazmin etmelidir⁵⁶⁴. Ancak banka, kasten ve kötünîyetle müşteriyle ilgili açıklanması zorunlu olmayan bilgileri açıklarsa, müşteri, sırrın açıklanması nedeniyle uğramış olduğu tüm zararı talep edebilir. Müşterinin uğramış olduğu zarar, maddi veya manevi olabilir⁵⁶⁵.

İsviçre-Türk hukukunda, müşteri sırrının hukuka aykırı olarak açıklanması sebebiyle meydana gelen maddi⁵⁶⁶ ve/veya manevi⁵⁶⁷ zarar tazmin edilebilir⁵⁶⁸. Zararın kaynağı kişilik haklarının ihlali olabileceği gibi, malvarlığı değerlerinin ihlali de olabilir⁵⁶⁹.

Banka ile aralarındaki sözleşmesel ilişki çerçevesinde müşteri, sırrın açıklanmış olmasıyla malvarlığında oluşan azalmayı bir başka deyişle fiili zararının⁵⁷⁰ tazminini talep eder⁵⁷¹. Müşteri, sırrın açıklanmasıyla malvarlığının aldığı durum ile sır açıklanmasıyla alacağı durum arasındaki farkı talep hakkına sahiptir. Ayrıca sırrın açıklanması, müşterinin önemli bir iş fırsatını kaçırmasına sebep olmuşsa, yoksun kalınan fiili zarar da talep edilebilir⁵⁷².

⁵⁶⁴ Fransız hukukunda CC. art. 1231-3'e göre; ifa edememe ağır kusura veya hileye bağlı olmadıkça borçlu sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmede öngörülmüş veya öngörülebilir olan zarardan sorumludur.

⁵⁶⁵ Tercier (1984), s. 13; Lasserre- Capdeville (2006), s. 300.

⁵⁶⁶ Maddi zarar, kişilerin malvarlıklarında rızaları dışında oluşan azalma olarak tanımlanmaktadır. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1952; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 384-385.

⁵⁶⁷ Manevi zararın tazmini konusunda geliştirilen sübjektif teoriye göre, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda kişide meydana gelen elem acı, keder, yaşama sevinci kaybı manevi zararı oluşturur. Objektif teoriye göre ise, bu görüş reddedilmeli ve manevi zarar kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlanmalıdır. Oral, 2019, **a.g.k.**, 35-37; Ekonomik bir değeri olmayan duygusal menfaatlerin ihlali maddi zarar olarak nitelendirilemez ve TBK m. 112'ye göre tazminat istenmesine olanak sağlamaz. Manevi zararın tazmini konusunda TBK m. 114 f. 2'ye göre, haksız fiil hükümleri kıyasen sözleşmeden doğan manevi zararlar için de uygulanır. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1079.

⁵⁶⁸ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 258-260; Eren, 2018, **a.g.k.**, 1079.

⁵⁶⁹ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1079.

⁵⁷⁰ Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 390; Fiili zarar, borçlanılan edimin ifa edilmediğinde alacaklının malvarlığının aktif kısmının azalması veya pasif kısmının çoğalması anlamına gelmektedir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1082; Fiili zarar müspet veya menfi olabilir. Müspet zarar, alacaklının malvarlığının borcun ifası hâlinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması hâlindeki durumu arasındaki farktır. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1082-1083; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 386; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 386; Hüküm doğurduğuna güvenilen bir sözleşmenin geçersiz olması veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması nedeniyle meydana gelen zarar, menfi zarardır. Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 386; Eren, 2017, **a.g.k.**, 1083; Haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, sözleşmesel sorumlulukta, müspet zarar-menfi zarar ayrımı bulunmamaktadır. Doğrudan zarar-dolaylı zarar, gelecekte zarar-muhtemel zarar gibi diğer kavramlar haksız fiildeki gibidir. Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 385.

⁵⁷¹ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 258-260; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 1061; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 390.

⁵⁷² Kandiralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 226.

Müşterinin zararı talep hakkı, Kanun’da aksine bir hüküm bulunmaması sebebiyle, on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (CO art. 127, TBK m. 146)⁵⁷³.

Nedensellik bağı

İsviçre-Türk hukukunda “sözleşmenin ihlali” ile bu ihlal sebebiyle “meydana gelen zarar” arasında uygun nedensellik bağının bulunduğu ispatlanmalıdır⁵⁷⁴. Müşterinin, bankanın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğunu ve bu ihlal ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesi gerekir⁵⁷⁵.

Ancak hatırlanacağı üzere, sonuç borcunun bulunduğu hâllerde, borçlunun kusurlu sayılması için sözleşme ile taahhüt edilen borcun ifa edilmemiş olması yeterli sayılmakta ve borcun ifa edilmemesi sebebiyle borçlu aleyhine bir karine bulunmaktaydı⁵⁷⁶. Buradan hareketle Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesi, 16.02.1988 tarihli kararında “sonuç borcunda, sunulan edim ve uğranılan zarar arasında nedensellik bağı ve kusurun aynı anda bulunduğu” hükmetmiştir⁵⁷⁷. Fransız hukuku açısından, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün sonuç borcu olduğu kabul edildiğinde, sözleşmesel ilişkinin güçlü tarafında yer alan bankanın, sözleşmeye aykırı hareket ederek, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat etmek yeterli olacaktır⁵⁷⁸.

7.3.5.1.2. Sözleşmesel sorumluluğun hükümleri

Zararın tazmini

Sözleşmenin ihlal edilerek borcun ifa edilmemesi, bir başka deyişle sırrın açıklanması nedeniyle zarara uğrayanın, bu zararın tazmin edilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Banka, neden olduğu zarar ve ziyanı tazmin etmek zorundadır. Zira bankanın gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmesi, müşterinin servetinde bir azalmaya,

⁵⁷³ Fransız hukukunda bu süre; “Medeni Hukuk Alanında Zamanaşımı Süreleri Reformuna İlişkin Kanun’un” 23. maddesiyle düzenlenmiştir.

⁵⁷⁴ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 258-261; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 1086; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 383.

⁵⁷⁵ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 261; Türk hukukunda Tandoğan, 1974, **a.g.k.**, 118.

⁵⁷⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 297.

⁵⁷⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 297.

⁵⁷⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 297.

üçüncü kişilerle akdedeceği bir sözleşme fırsatının kaçırılmasına veya manevi bir zarara yol açmış olabilir^{579 580}.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁵⁸¹; kendi ülkesinin mevzuatına aykırı hareket ettiği için vergi cezası ödemek zorunda kalan yabancı müşterinin, bu zararının tazmin edilebilir olmadığına hükmetmiştir. Karara konu olayda İsviçre bankası, Fransız müşterisiyle ilgili bilgileri, Fransız vergi idarelerine teslim etmiştir. Bu bilgilerden müşterinin, fonların yabancı bir ülkeye transferine yönelik Fransız hukukundaki düzenlemelere uymadığı anlaşılmıştır. Mahkeme, bankanın açıkladığı bilgilerden dolayı sözleşmeden kaynaklanan borcuna aykırı hareket etmediğine, zararın meydana gelmesinde müşterinin kendi ülkesinin mevzuatına aykırı hareket etmiş olmasının etkili olduğuna, banka bakımından tazmin edilebilir bir zararın bulunmadığına hükmetmiştir⁵⁸².

⁵⁷⁹ J. Lasserre-Capdeville (2016). Le secret bancaire face au juge pénal en droit français. *RLDA*, mai 2016, n° 49, s. 23; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 301; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 146.

⁵⁸⁰ Borcun tazmin edilmesine ilişkin düzenlemeler, İsviçre hukukunda CO art. 98’de, Türk hukukunda TBK m. 113’te yer almaktadır. Maddelere göre; “*yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür...*”. Ancak İsviçre-Türk hukukunda zararın tazmininde, özellik arz eden husus, sözleşmenin kusurlu olarak ifa edilmemesinden doğan zararın kapsamı belirlenirken, alacaklının başka bir sözleşme akdedip akdedememesindeki menfaatin dikkate alınmasıdır. Bu menfaat, müspet veya menfi olmak üzere iki taraflı olabilir. Hâkim, borcun sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifa edilseydi, alacaklının malvarlığında meydana gelecek artışı (müspet menfaat) veya sözleşme akdedilmemiş olsaydı alacaklının hangi menfaati elde etmiş olacağını (menfi menfaat) değerlendirebilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 301; Fransız hukukunda eski CC art. 1142’de, “tüm yapma ve yapmama borçlarında, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zarar borçlu tarafından giderilmelidir” hükmü yer almaktaydı. Ancak, 2016 yılında sözleşmeler hukuku alanında yapılan değişiklikle zararın tazmin edilmesi konusunda, yapma-yapmama borçları ayrımı kaldırılmıştır. P. Grosser (2016). L’exécution forcée en nature. *Réforme du droit des obligations: Impacts sur les contrats d’affaires et informatiques*. s-116. Borcun ifa edilmemesi nedeniyle zararın tazmini CC art. 1231 ve art.1231-7 arasında düzenlenmiştir. Yeni düzenlemelere göre; ifa imkânsızsa zararın tazmini, borçluya ifa için uygun süre verilerek ihtarın çekilmesine bağlıdır (CC art. 1231). Sözleşmenin ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi nedeniyle alacaklının zarara uğradığı hâllerde, borçlu bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, ifa edememe mücbir sebepten kaynaklanmışsa zararı giderim yükümlülüğü bulunmaz (CC art. 1231-1). İfa edememe ağır kusura veya hileye bağlı olmadıkça borçlu sözleşmenin kurulması sırasında öngörülmüş veya öngörülebilir olan zarardan sorumludur (CC. art. 1231-3). Ağır kusur veya hile hâlinde, ifa etmemenin doğrudan ve kesin sonucu olan zarar tazmin edilir (CC art. 1231-4). Ayrıca, sözleşmede yer alan cezai şartlar CC art. 1231-5’te, para borcunun geç ifası CC art. 1231-6’da ve aksine bir düzenleme olmadığı sürece tazminatın kapsamında kendiliğinden yer alacak faiz CC. art. 1231-7’de düzenlenmiştir.

⁵⁸¹ bkz., ATF 115 II 72, JdT 1989 I 349-350.

⁵⁸² Alavi, 2017, **a.g.k.**, 64.

Sözleşmenin feshi

Fransız hukukunda CC art. 1184⁵⁸³ gereğince, karşılıklı borç doğuran (tam iki taraflı) sözleşmelerde, ifa etmeme sebebiyle sözleşmeden dönmek için, dava açma şartı aranmaktaydı. Sözleşmeden dönmek, dava açmayı zorunlu kılan bir hukuki yaptırım olduğu kabul edilmekteydi⁵⁸⁴. Bununla birlikte, sözleşmeden dönme, sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli olmasına göre farklılık arz etmekteydi: Belirsiz süreli sözleşmeler, hakkın kötüye kullanılmaması ve önceden ihbarda bulunmak kaydıyla taraflardan birinin tek taraflı bildirimi ile sona ermekteydi. Bazı belirli süreli sözleşmelerde ise⁵⁸⁵, bir kanun hükmünün izin vermesi veya taraflardan birinin borçlarına ilişkin ağır kusuru nedeniyle sözleşmeden dönülebilmesi mümkündü. Genel olarak yalnızca belirli süreli sözleşmeler CC. art 1184 gereğince, yargıya başvuru suretiyle sona ermekteydi⁵⁸⁶.

11.02.2016 tarih ve 2016-131 sayılı Kararname ile, CC'in sözleşmeler hukukuna ilişkin bölümünde değişiklik yapılmış ve art. 1184. hükmü kaldırılarak, yerine art. 1224-art.1230 ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. CC art. 1224'e göre; *"sözleşmede bu yönde hüküm varsa veya ifa etmeme sözleşmeye ağır aykırılık teşkil ediyorsa, alacaklının ihbarı veya yargı kararı ile sözleşmeden dönülebilir"*⁵⁸⁷. Maddeden anlaşılabileceği üzere sözleşmeye konulacak hükümle⁵⁸⁸, alacaklının ihbarı⁵⁸⁹ veya yargı kararıyla⁵⁹⁰ sözleşmeden dönülebilir.

⁵⁸³ Eski CC. art. 1184 hükmü şöyledir: "tam iki taraflı sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunu ifa etmemesi hâlinde, sözleşmeden dönülebilir. Bu durumda, sözleşme yasal olarak hiç doğmamış sayılır. Sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle zarara uğrayan tarafın, eğer mümkünse sözleşmenin ifasını veya zarar ve ziyanının tazmini ile sözleşmeden dönmeyi talep etme hakkı bulunur. Sözleşmeden dönmek için yargıya başvurulmalıdır. Halin icabına göre borçluya ifa için uygun bir süre verilir".

⁵⁸⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 303.

⁵⁸⁵ Bu sözleşmelere rekabet etmeme ve tüketici sözleşmeleri örnek gösterilmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 304.

⁵⁸⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 305.

⁵⁸⁷ Fransız hukukunda sözleşmeden dönme yaptırımı, İsviçre- Türk hukukundan farklı olarak, borçlu temerrüdüne veya ayıplı ifaya özgü bir yaptırım değil, genel bir yaptırımdır. Maddeden anlaşılabileceği üzere, CC art. 1224, sözleşmeden dönme hakkını, yalnızca iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için değil, tüm sözleşmeler için öngörmüştür. B. Baysal (2006). Fransız Borçlar Hukuku Reformuna ilişkin ön tasarıya (avant-projet de réforme du droit des obligations) genel bir bakış. *IÜHFM*, 64(2), s. 227.

⁵⁸⁸ Sözleşmeye konulacak bozucu şart, sözleşmeden kaynaklanan borçların yerine getirilmemesi durumunda sözleşmenin sona ermesine neden olur. Bu şartın sonuçlarını doğurması için, borçluya ihtar çekilmesi zorunludur (CC art. 1225). Sözleşmede, sona ermeye dair bozucu şart bulunuyorsa, ifa etmemenin sözleşmeye ağır aykırılık teşkil etmesi şartı aranmaz. A. Etienney-de Sainte Marie (2018). La résolution unilatérale pour inexécution: une prérogative sans entraves. *La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 16 Avril 2018*, 453, s. 3; H. Lécuyer (2016). L'inexécution du contrat. *Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2016, dossier 7*, s. 6-7.

⁵⁸⁹ Yeni düzenleme ile, alacaklının ihbarıyla sözleşmeden dönme imkânı getirilmiştir. Elbette, bu son durumda, ifa etmeme sözleşmeye ağır aykırılık teşkil etmeli ve alacaklı borçluya ihtar çekmelidir. Ancak

Sözleşmeden dönme, sözleşmeyi sona erdirir. Sona erme; sözleşmede yer alan bozucu şartta öngörülen tarihte, borçluya ihtarın tebliğ edildiği tarihte, hâkim tarafından belirlenen tarihte, bu da yoksa davalıya mahkeme celbinin tebliğ edildiği tarihte hükümlerini doğurur (CC art. 1229 al. 1)⁵⁹¹.

Yerine getirilen edimler, yalnızca sözleşmeden kaynaklanan tüm borçların tamamen ifa edilmesi durumunda yararlı oluyorsa, taraflardan her biri karşı taraftan aldıklarını geri vermek zorundadır. Yerine getirilen edimler, karşılıklı ifa hâlinde yararlı oluyorsa, tarafların durumlarını son edimin ifasından önceki hâle getirmeye gerek yoktur. Bu durumda, sona erme fesih olarak nitelendirilir (CC art. 1229 al.2). Görüldüğü üzere, yeni düzenleme ile sözleşmeden dönmenin geriye etkili olduğu kuralından vazgeçilmiştir⁵⁹². Ayrıca yeni düzenleme ile, tarafların durumunun sözleşmeden önceki hâline getirilmesi için, değişilen edimlerin hangi hâllerde yararlı sayılacağı temelinde bir ayırım yapılmıştır⁵⁹³.

Sonuç olarak, gizlilik yükümlülüğünün ihlalinde sözleşmede bu yönde bir hüküm varsa, müşterinin tek taraflı bildirimi ile sözleşme sona erecektir. Ayrıca somut olaya göre, müşteri sırrının açıklanması sözleşmeye ağır aykırılık teşkil ediyorsa, müşteri sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olacaktır. Sözleşmede yer alan bozucu şart veya müşterinin ihbarı dışında, yargı kararıyla sözleşmeden dönme de mümkündür. Hâkim, hâlin icabına göre, sözleşmeden dönme talebini reddedebilir, sözleşmeden dönmeye ya da sadece meydana gelen zararın tazminine karar verebilir.

İsviçre-Türk hukukunda, borcun ifa edilmemesi nedeniyle, alacaklının tek taraflı irade beyanıyla, sözleşme sona erdirebilir. Alacaklının bu hakkına dair CO art.

borçlu, yargıya başvuru suretiyle sözleşmeden dönmeye itiraz edebilir. Borçlu, sözleşmeden dönmeye itiraz ettiğinde, alacaklı ifa etmemenin sözleşmeye ağır aykırılık teşkil ettiğini kanıtlamak zorundadır (CC art. 1226).

⁵⁹⁰ Sözleşmede yer alan bozucu şart veya alacaklının ihbarı dışında, yargı kararıyla da sözleşmeden dönülebilir (CC art.1227). Hâkim, hâlin icabına göre sözleşmeden dönme talebini reddedebilir, sözleşmeden dönmeye, borçluya uygun bir süre vererek borcun ifasına ya da sadece meydana gelen zararın tazminine karar verebilir (1228); “Halin icabına göre” hâkim tarafından verilecek karar ifadesi doktrinde eleştirilmektedir. Yeni düzenleme ile, bir yandan taraflara sözleşmeden dönme imkânı tanıyan bozucu şart ve tek taraflı bildirim ile sözleşmeden dönmeye izin verilirken, bir yandan da hâkime, “halin icabına göre” aksi yönde karar alma yetkisinin tanınması yerinde değildir. Üstelik maddede, “halin icabına” dair örnekler bulunmamaktadır. Dondero, 2016, **a.g.k.**, 15.

⁵⁹¹ CC art. 1228 gereğince, hâkimin sözleşmeden dönme kararı vermesine olanak sağlanırken, CC art. 1129 uyarınca ve ayrıca belirtmediği sürece, sözleşmeden dönmeyen, davalıya mahkeme celbinin tebliğ edildiği tarihte hükümlerini doğurması çelişkilidir. Dondero, 2016, **a.g.k.**,15.

⁵⁹² Dondero, 2016, **a.g.k.**, 15; Etienney-de Sainte Marie, 2018, **a.g.k.**, s. 3; Lécuyer, 2016, **a.g.k.**, s. 6-7.

⁵⁹³ Kararnameye dair başkanlık raporunda, ani edinli-sürekli edinli sözleşme ayırımının, tarafların durumlarının sözleşmeden önceki haline getirilmesi için yeterli bir kıstas olmadığı belirtilmiştir. bkz. Rapport, JO 11 févr. 2016.

107 vd.'de özel düzenlemeler bulunmaktadır. Doktrinde, bu düzenleme temelinde, sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket eden bankaya karşı müşterinin, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olup olmadığı tartışılmıştır.

Capitaine'e göre; müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün ihlali, sözleşmenin hükümsüzlüğüne neden olan bir infisahi şart olarak düşünülebilir. Müşterinin fesih hakkı değil, sözleşmenin hiç doğmamış olduğunu ileri sürme hakkı bulunmaktadır⁵⁹⁴. Ancak bu görüş, sözleşmenin şartlarından birinin ihlal edilmesi nedeniyle, sözleşmenin doğmamış olduğunun ileri sürülebilmesini sağlayan herhangi bir kanun hükmü bulunmaması nedeniyle eleştirilmiştir⁵⁹⁵.

Delachaux, müşterinin sözleşmeyi fesih hakkının temellerinin CO art 107⁵⁹⁶ ve art.109'da⁵⁹⁷ yer aldığını ifade etmektedir⁵⁹⁸. Rappo'ya göre ise, söz konusu maddeler borçlunun temerrüde düşmesine ilişkindir. Bankanın gizlilik yükümlülüğünün ihlali, belirtilen maddelerdeki gibi borcun ifasına dair gecikme anlamına gelmemektedir. Oysa maddede, borcun ifa edilmemesine dair kesinlik aranmaktadır. Ayrıca belirtilen maddenin uygulanması, her iki tarafın borç altına girdiği, taraflardan birinin borcunun sebebinin diğer tarafın borcunu teşkil ettiği, karşılıklı borç doğuran sözleşmeler-tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler (contrat synallagmatique parfait) bakımından mümkündür. Gizlilik yükümlülüğü açısından, bankanın borcunun sebebinin diğer tarafın (müşterinin) borcu olduğunu söylemek güçtür⁵⁹⁹. Zira bankanın, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü, tüm banka sözleşmelerinde asli edim yükümlülüğü değil, yan yükümlülük olarak yer almaktadır⁶⁰⁰.

⁵⁹⁴ Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 140.

⁵⁹⁵ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 70; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 255; Lasserre-Capdeville, sözleşmeye bu yönde açık hüküm konulursa, belirtilen varsayımın geçerli olacağını ifade etmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 308-309

⁵⁹⁶ CO art. 107: "Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düşerse, diğer taraf borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir".

⁵⁹⁷ CO art. 109: "Sözleşmeden dönme hâlinde alacaklı sözleşmede kararlaştırılan edimi reddedebilir ve daha önce ifa ettiklerini geri isteyebilir. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir".

⁵⁹⁸ Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 75.

⁵⁹⁹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 255.

⁶⁰⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 308-309.

Aubert'e göre; banka sözleşmeleri güven temeline dayalıdır. Sırrın açıklanması ile bu güvenin sarsılacağı açıktır. O hâlde, güven temeline dayanan bu sözleşmenin fesih ile sona erdirilmesi mümkündür. Esasen, İsviçre Kanun koyucusu, temelinde güven ilkesinin daha belirgin olduğu vekâlet veya saklama sözleşmeleri gibi sözleşmeler bakımından, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin feshine izin vermektedir⁶⁰¹.

Kanımızca gizli nitelikteki bilgileri açıklayan bankaya karşı müşterisi, tıpkı vekâlet⁶⁰² veya saklama sözleşmelerinde⁶⁰³ olduğu gibi sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir. Ayrıca İsviçre-Türk hukukunda iş, acenta, şirket sözleşmeleri gibi “sıkı işbirliğinden doğan güven ilişkisi temeline dayalı” bazı sürekli sözleşmeler bakımından, sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı tanınmaktadır⁶⁰⁴. Gerçekten, bu sözleşmeler, açısından taraflar arasındaki güven ilişkisi, temel unsur olarak kabul edilmektedir. O hâlde, taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği hâllerde, sözleşmenin devam etmesinin katlanılabilir olmayabileceği sonucuna ulaşılabilir. Bu durumda taraflar, dürüstlük kuralına uygun olarak sözleşmenin feshi bildiriminde bulunabilirler. Ancak her somut olayda, kusurun ağırlığı, sır sahibinin yararı ve sözleşmesel ilişkinin süresi gibi diğer unsurların da dikkate alınması gerekecektir.

7.3.5.2. Bankanın yardımcı kişinin fiilinden sözleşmesel sorumluluğu

Müşteri sırrının saklaması yükümlülüğünün ihlali, her zaman bankanın organı tarafından değil, bazen de bankanın çalışanları gibi yardımcı kişileri⁶⁰⁵ tarafından

⁶⁰¹ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 73.

⁶⁰² Vekâlet sözleşmesine dair CO art. 404. al.1 ve TBK m. 512'ye göre; “*vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”.

⁶⁰³ CO art. 475 ve TBK m. 564'e göre; “*saklama sözleşmesinde bir süre belirlenmiş olsa bile saklayan, saklatanın her zaman ileri sürebileceği istemi üzerine, saklanana bütün çoğalmalarıyla birlikte geri vermekle yükümlüdür. Ancak saklatan, saklayanın belirlenen süreyi dikkate alarak yapmış olduğu masrafları ödemekle yükümlüdür*”.

⁶⁰⁴ Fakat belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi bu sonucu tüm sürekli sözleşme (contrat de durée) tipleri için kabul etmemektedir. Bu nedenle Mahkeme ATF 82 II 441, JdT 1957 I 153 kararında; ödünc sözleşmesindeki edimin ifasında gecikmenin sözleşmenin feshi için haklı neden oluşturmayacağına karar vermiştir. Mahkeme aynı kararında, sözleşmesinin süresinin tek başına haklı sebeple fesih için yeterli olmadığına ve iş, acenta ve şirket sözleşmelerindeki gibi “sıkı işbirliğinden doğan güven ilişkisi temeline” bir sözleşmenin bulunmadığına karar vermiştir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 257.

⁶⁰⁵ İsviçre hukukunda, CO art. 101'de, yardımcı kişi anlamına gelen “auxiliaire” sözcüğü yer almaktadır. Fransız hukukunda ise, CC art. 1242'de, “préposé” sözcüğü kullanılmaktadır. “Préposé” bir iş veya görevi başkasına bağlı olarak gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmaktadır. bkz., Cornu, 2014, **a.g.k.**, 791; Elbette, Fransız ve İsviçre banka hukukunda bu farklı kavramlar, müşterilerle ilişkilerde banka adına

gerçekleştirilir. O hâlde, yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle sözleşmesel sorumluluğun da incelenmesi gerekmektedir.

Fransız hukukunda bankanın, çalışanının fiili nedeniyle sorumluluğu, “başkasının fiili nedeniyle sorumluluk” başlığı ile CC art. 1242⁶⁰⁶ temelinde açıklanmıştır. Maddeye göre “...iş sahibi ve vekâlet verenler, hizmet eden ve diğer görevlilerin, işlerinin gereğini yerine getirirken verdikleri zarardan sorumludur”.

İsviçre-Türk hukukunda yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle sorumluluk CO art. 101 ve TBK m. 116’da düzenlenmiştir. Maddeye göre; “borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”.

7.3.5.2.1. Sorumluluğun şartları

Bankanın yardımcı kişinin fiilinden dolayı sorumlu olabilmesi için; “banka ve müşteri arasında bir borç ilişkisinin bulunması”, “bankanın borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakmış olması”, “yardımcı kişinin borca aykırı fiili ile müşteriye zarar vermiş olması” gerekir. Saydığımız şartları aşağıdaki başlıklarda inceleyeceğiz.

hareket eden, ücret karşılığında çalışan kişilere karşılık gelmektedir. Lasserre- Capdeville, **a.g.k.**, 346; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 50.

⁶⁰⁶ CC art. 1242’ye göre; “kişiler yalnızca kendi fiilleri nedeniyle değil, aynı zamanda, sorumluluğunu üstlendikleri kişilerin fiilleri veya muhafaza ve nezaretleri altındakiler nedeniyle de sorumludur. Bununla birlikte, taşınır eşyaların veya taşınmazların bir kısmı veya tamamını elinde bulunduran kişinin, bunlarla ilgili yangınlardan dolayı, üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak yangından doğan zarar, kendisinin veya sorumlu bulunduğu kişilerin kusuru nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır. Anne ve baba, kendileri ile birlikte oturan velayetleri altındaki çocuklarının sebep olduğu zarardan sorumludur. İş sahibi ve vekâlet verenler, hizmet eden ve diğer görevlilerin işlerinin gereğini yerine getirirken verdikleri zarardan sorumludur. Öğretmen ve zanaatkârlar, gözetimleri altındayken, öğrencilerinin ve çıraklarının sebep olduğu zarardan sorumludur. Anne, baba ve zanaatkârlar, yalnızca sorumluluklarını meydana getiren vakıyı engelleyemediklerini kanıtlayabilirler. Öğretmenin kusuru, dikkatsizliği veya özensizliği nedeniyle zararın meydana geldiğini, davacı kanıtlamalıdır.

Banka ile müşteri arasında borç ilişkisinin olması

Bankanın, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğunun doğması için, banka ve müşteri arasında bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Bu borç ilişkisi teorik olarak kanundan⁶⁰⁷, sebepsiz zenginleşmeden⁶⁰⁸, haksız fiilden⁶⁰⁹ doğabilir⁶¹⁰. Ancak borçlu ve yardımcı kişi arasındaki borç ilişkisinin, sözleşmeden doğması ihtimali daha yüksektir⁶¹¹. Banka ve müşteri arasındaki borç ilişkisinin kaynağı da sözleşme olacaktır.

Fransız hukuku bakımından, banka ve müşteri arasında, bankayı yükümlü kılacak geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir. Böyle bir sözleşmenin bulunmaması durumunda, tıpkı sözleşme öncesi görüşmelerde olduğu gibi, haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekir⁶¹².

İsviçre-Türk hukukunda ise; gerek sözleşme öncesi görüşmeler gerekse sözleşmenin geçersiz olmasında, bankanın culpha in contrahendo sorumluluğu bulunmaktadır. Aynı sorumluluk, yardımcı kişinin fiili açısından da geçerlidir. Banka çalışanı, sözleşme öncesi görüşmeler sebebiyle öğrenmiş olduğu bilgileri hukuka aykırı olarak açıkladığında, CO art. 101 ve TBK m. 116 gereğince bankanın da sorumluluğu bulunacaktır⁶¹³. Zira bankaya gelen kişinin, müşteri temsilciliği koltuğunda oturan kişinin yetkili kişi olduğunu düşünmekten başka imkânı yoktur ki, bunun kontrolünü yapması gereken kişi, kendi hâkimiyet alanından ve organizasyon çevresinden sorumlu olması gereken banka tüzel kişiliğidir⁶¹⁴.

⁶⁰⁷ TTK m. 879'da; kara eşya taşımacılığı alanında taşıyıcının yardımcılarından dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir. Ayrıca TBK m. 507'de yer alan vekil ve alt vekil bakımından da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Yünlü 2019, **a.g.k.**, 104.

⁶⁰⁸ Teorik olarak, sebepsiz zenginleşmeden doğan borçların ifasının yardımcı kişilere bırakılması sırasında da bir zarar meydana gelebilir. Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 98; Hükümsüz bir satım sözleşmesine dayanarak aldığı arabayı iade etmek üzere yardımcı kişiyi görevlendiren alıcı, yardımcı kişinin bu esnada verdiği zarardan sorumludur. Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 87.

⁶⁰⁹ Çok düşük bir ihtimal olmakla birlikte, haksız fiilden doğmuş bulunan bir tazminat borcunun, yardımcı kişiler tarafından ifa edilmesi sırasında bir zarar meydana gelebilir. Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 95-96.

⁶¹⁰ Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 416; Eren 2018, **a.g.k.**, 10170; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 892; Antalya, O. G. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.3. Borçların ifası borçların ifa edilmemesinin sonuçları*. İstanbul: Legal Yayıncılık(2018b), s. 304; Ayrıntılı bilgi için bkz., S. Yünlü (2019). *Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 63 vd; M. Yağcı (2018). *Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*. (TBK m. 116). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 79 vd.

⁶¹¹ Nitekim borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu “borç ilişkilerinin hükümleri” bölümünün “borçların ifa edilmemesinin sonuçları” ayrımı altında düzenlenmiştir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk özellikle sözleşmesel sorumlulukta uygulanacaktır. Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 213.

⁶¹² Bununla birlikte, sözleşmede açıkça bankanın gizlilik yükümlülüğü ile bağlı olduğuna dair bir hüküm bulunmasına gerek yoktur. Lasserre- Capdeville, **a.g.k.**, 314; Aksi görüşte, Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 133.

⁶¹³ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 267-269; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 81; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 248; Eren, 2018, **a.g.k.**, 1094; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 892.

⁶¹⁴ Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 403.

Yetkisiz kişinin müşteriyle sözleşme yapması hâlinde, kural olarak müşteri hata hükümleri ile banka ise yetkisiz temsil hükümleri ile sözleşmeden dolayı sorumlu olmaz. Taraflar bir sözleşme kurmak üzere anlaşmış olmalarına rağmen, sözleşme hüküm ifade etmez. Ancak bu durumda da banka, yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olacak ve müşterinin menfi zararını karşılayacaktır⁶¹⁵.

Bankanın borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını yardımcı kişiye bırakması

Yardımcı kişi borcun ifasının veya hakkın kullanılmasının tamamen kendisine bırakıldığı kişidir⁶¹⁶. Yardımcı kişi gerçek kişi olabilceği gibi, tüzel kişi de olabilir⁶¹⁷. Bankanın çalışanları, akreditif⁶¹⁸ açan amir banka tarafından işin tevdi edildiği banka⁶¹⁹ yardımcı kişi sayılmaktadır.

Doktrinde bankanın ATM cihazının da, yardımcı kişi olduğu ifade edilmektedir⁶²⁰. Oysa bankanın kendi donanım ve yazılımıyla hizmete arz etmiş olduğu, kendi mülkiyetindeki bir ATM cihazının mı, yoksa bankanın kendisinin kullanım ve kontrolünde olmayan bir cihazın mı olduğunun tespiti ile sonuca varmak gerekmektedir⁶²¹. İlk varsayımda, yani cihazın borçlu bankanın mülkiyetinde ve kontrolünde olması durumunda, cihaz borçlunun bir parçası olarak sayılmalıdır. Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk değil, bankanın kendi sorumluluğu söz konusu olmalıdır. İkinci varsayımda ise, cihazın mülkiyeti ve kontrolü, bir hizmet sunması için kendisiyle sözleşme yapılan üçüncü kişiye aittir. Bu durumda, hizmeti sağlayan üçüncü kişinin sebep olduğu zarardan dolayı, hizmeti dışardan satın alan bankanın, yardımcı kişi kullanan sıfatıyla sorumlu olması gerekir.

Bir yapay zekâ türü olarak ses tanıma sistemleri bankanın yardımcı kişisi sayılamaz. Zira Türk hukuk sistemimizde, yalnızca “gerçek ve tüzel kişiler” hak ve

⁶¹⁵ Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 405.

⁶¹⁶ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1096; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 418; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 892; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 303.

⁶¹⁷ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1097; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 418; P. Tercier, P. Pichonnaz, H. M. Develioğlu (2016). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 390.

⁶¹⁸ Akreditif, bir çeşit itibar (kredi) mektubudur. Bu mektup, vekâlet ve havale kurallarına tâbi olup, mektup muhatabına bir tavan sınır konulmaksızın, belirli bir kimseye, isteyeceği miktarda para veya nesne vermesi emrini içerir. Söz konusu emir, çoğu kez bir bankanın bir şubesinden diğerine veya bir bankadan başka bir bankaya verilir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 550.

⁶¹⁹ Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 45-46.

⁶²⁰ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 245; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 421.

⁶²¹ Yünlü, 2018, **a.g.k.**, 112-114.

borçların sahibi olabileceğinden, yapay zekâ veya robotlar, “kişi” olarak da kabul edilmemektedir⁶²². Bankanın sahip olduğu ses tanıma sistemi, yardımcı kişi değil, “eşyadır”. Bankanın ses tanıma sistemi sebebiyle bir zarar meydana geldiğinde, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk değil, bankanın kişisel sorumluluğu gündeme gelir.

Yardımcı kişinin fiilinden bankanın sorumlu olması için, borç ilişkisinden doğan borcun ifasını veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, yardımcı kişiye bırakmış olması gerekmektedir. Eğer müşteri bankaya gitmeden, doğrudan doğruya banka çalışanı ile görüşmüş ise, yardımcı kişinin fiili nedeniyle bankanın sorumluluğu bulunmaz⁶²³.

Bankanın sorumluluğunun doğması için yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına fiili olarak katılması ve borçlunun bu hususta açık veya zımni rızasının bulunması⁶²⁴ da gerekmektedir⁶²⁵. Yan yükümlülükler bakımından fiili katılma, aksi yönde davranma imkânı bulunduğu hâlde, yapılmaması gereken şeyi yapma şeklinde kendini göstermektedir. Banka borcu ifasını yardımcı kişiye açık veya zımni şekilde bırakmış olmalı, banka çalışanı da hukuka aykırı olarak müşteri sırrını açıklamış olmalıdır.⁶²⁶

⁶²² Bu itibarla, borç ilişkisinden doğan bir borcun ifasında kullanılan hayvan ile robot arasında, şimdilik bir fark bulunmamaktadır. Yünlü, 2009, **a.g.k.**, 163-173.

⁶²³ Aynı şekilde üçüncü kişi, sözleşmenin ifası sırasında kendiliğinden sırrı keşfederse, bir başka deyişle “öngörülemez ve engellenemez” bir neden dolayısıyla sır açığa çıkarsa, “sözleşmeye yabancı bir neden”den ötürü bankanın sorumlu olmayacağı ifade edilmekteydi. Lasserre- Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 314; Söz konusu düşünce CC’in eski 1147. maddesi temelinde açıklanmaktaydı. Eski düzenlemeye göre; “ifa edememe sözleşmeye yabancı bir nedenden kaynaklanmışsa borçlu ifa edememe veya geç ifadan sorumlu olamazdı”. Ancak CC’de 2016 yılında yapılan değişiklikte art. 1242 “sözleşmeye yabancı neden” yerine “mücbir sebep”i getirmiştir. CC art. 1218’de mücbir sebep; “sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen, etkilerinden önceden alınacak önlemlerle kaçınılamayan, borcun ifasını engelleyen olay” olarak tanımlanmıştır. Bu durum karşısında, üçüncü kişinin kendiliğinden sırrı keşfetmesi “sözleşmeye yabancı” sebep olarak değerlendirilemeyecektir.

⁶²⁴ Borçlunun, yardımcı kişinin borcun ifasına veya hakkın kullanılmasına katıldığını bilmesine ve itiraz etme imkânına sahip olmasına rağmen, itiraz etmemesi ve sessiz kalması, borçlunun yardımcı kişiye başvuru iradesini açıkladığı anlamına gelmektedir. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14.09.1998 tarih 1998/ 3834 E, 1998/ 5520 K. sayılı kararı da aynı yöndedir. Mahkeme; bankanın, sermaye piyasaları müdürlüğü elemanlarının eğitiminden sorumlu olan ve kurulacak yabancı yatırım fonlarının kuruluş işlemlerinde danışman olarak görev yapan ve gerçekte bankanın sözleşmeli personeli olmamasına rağmen, kendisini banka yetkilisi olarak tanıtarak, banka müşterisini zarara uğratan üçüncü kişinin, söz konusu eylemlerini bilebilecek durumda olduğuna hükmetmiştir. Banka, bunu bilebilecek durumda olmasına rağmen, itiraz etmemiştir. Yardımcı kişi olarak yatırım danışmanlığı faaliyetine katılmasına zımnen rıza gösterildiği gerekçesi ile bankanın sorumluluğu TBK m. 116 hükmüne dayandırılmıştır. Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 112; Fransız hukuku bakımından bu şart aranmamaktadır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 315.

⁶²⁵ Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 110.

⁶²⁶ Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 110.

Bankanın yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olması için “bağımlılık” unsuru aranmadığı gibi, ifaya katılan kişilerin borçlunun talimatlarını takip ediyor olmasına da gerek yoktur⁶²⁷. Yardımcı kişilerin fiillerinden sözleşmesel sorumluluk ile adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen hükümler⁶²⁸ birbirinden farklıdır⁶²⁹. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalıştırılanın fiillerinden sorumlu olabilmek için, ortada bir tabiiyet ilişkisi, bir bağımlılık mevcut olmalıdır^{630 631}.

Yardımcı kişinin borca aykırı fiili ile müşteriye zarar vermesi

Bankanın sorumluluğunun doğabilmesi için yardımcı kişinin borca aykırı bir fiili⁶³² bulunmalıdır⁶³³. Bir görüşe göre, yardımcı kişi, kendisine bırakılan işi yürüttüğü sırada müşteriye zarar vermelidir. Bir başka deyişle yardımcı kişinin, kendisine bırakılan işin icrası sırasında müşteriye zarar vermiş olması koşulu, borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ifası ile meydana gelen zarar arasında işlevsel bir bağlantının bulunmasına bağlıdır⁶³⁴. Buradan hareketle, banka çalışanlarının, çalışma saatleri

⁶²⁷ Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 214.

⁶²⁸ Fransız hukukunda yardımcı kişi ve adam çalıştırın ayrımı bulunmamaktadır. Adam çalıştırının sorumluluğu İsviçre hukukunda CO art. 55’te, Türk hukukunda TBK m. 66’da yer almaktadır.

⁶²⁹ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, s. 264; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 643; Hatemi ve Gökyayla, 2017, **a.g.k.**, 275; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 468; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 902; Antalya, 2018b, **a.g.k.**, 309.

⁶³⁰ Rappo, 2002, **a.g.k.**, s. 264; Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 214.

⁶³¹ Ancak, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu ile (CO art. 101 ve TBK m. 116) adam çalıştırının çalışanın fiilinden sorumluluğu hükümleri arasında başka farklar bulunmaktadır. Öncelikle borçlunun, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu, TBK’nın “borç ilişkilerinin hükümleri” bölümünün “borçların ifa edilmemesinin sonuçları” ayrımı altında düzenlenmiştir. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, özellikle sözleşmesel sorumlulukta uygulanacaktır. Oysa adam çalıştırının sorumluluğu, TBK’nın “borç ilişkisinin kaynakları” bölümünün “haksız fiilden doğan borç ilişkileri” ayrımı altında düzenlenmiştir. Adam çalıştırının sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğunda uygulanmaktadır. Adam çalıştırının sorumluluğunda, zarar verilen kişi ile adam çalıştırın arasında herhangi bir borç ilişkisi bulunmaz. Oysa yardımcı kişi kullanan borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi (sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden doğan) bulunur. Ayrıca yardımcı kişi kullanan borçlu ile adam çalıştırının sorumluluktan kurtulma imkânları da farklıdır. Yardımcı kişi kullanan borçlu, yardımcı kişi yerinde kendisi olması ve zararı veren davranışı kendisi göstermesine rağmen sorumlu olamayacağını kanıtlamalıdır. Adam çalıştırın ise, çalışanın seçiminde, talimat, gözetim ve denetiminde gerekli özeni gösterdiğini veya işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 213-221.

⁶³² Borca aykırılık, ifa imkânsızlığı veya temerrüt şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, gereği gibi ifa etmeme şeklinde de olabilir. Gereği gibi ifa etmeme ise, kötü ifa, yapmama yükümlülüklerinin veya yan yükümlülüklerin ihlalini içermektedir. Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 117.

⁶³³ H. Tandoğan (2010). *Türk mesuliyet hukuku* (1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 395; Eren, 2018, **a.g.k.**, 10170; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 662-663; Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 117.

⁶³⁴ Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 423; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 677; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, 391.

dışında, özel veya kamuya açık alanda kendi aralarında yaptıkları tartışmaların gizlilik yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemesi gerekecektir⁶³⁵.

Fakat söz konusu görüşün kabulünün, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair ihlallerin artmasına neden olabileceği açıktır. Bu nedenle, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun kapsamının daha geniş tutularak, ifa vesilesiyle verilen zararlar da, buraya dâhil edilmelidir. Nasıl ki borçlu, yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunsaydı, koruma yükümlerinin ihlali dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk hukuku kurallarına göre sorumlu olacak idiyse, onun yardımcı kişilerinin de davranışlarından aynı şekilde sorumlu olması gerekmektedir⁶³⁶. O hâlde, çalışma saatleri dışında açıklanan sır nedeniyle de, bankanın sorumluluğu bulunmaktadır. Zira yardımcı kişi mesleki faaliyeti nedeniyle, sırta vakıf olmuştur⁶³⁷. Burada önemli olan nokta, açıklanan sır, yardımcı kişinin, mesleki faaliyeti sırasında öğrenmiş olmasıdır. Yoksa sırrın açıklanma zamanı ve yeri önem arz etmez⁶³⁸.

7.3.5.3. Farazi kusur

Borçlunun, yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluğu bakımından, yardımcı kişinin kusurlu olmasının gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre⁶³⁹ borçlunun farazi kusurunun bulunması yeterlidir⁶⁴⁰. Borçlu yardımcı kişiyi seçerken, talimat verirken, gözetim ve denetimde kendisinden beklenen tüm özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Aynı şekilde yardımcı kişinin, zararın meydana gelmesinde tamamen kusursuz olduğunun ispat edilmesi de borçluyu sorumluluktan kurtarmaz.

Borçlunun yardımcı kişinin somut olaydaki davranışında bulunmuş olması hâlinde, bu davranışın onun için kusur teşkil edebileceği kabul ediliyorsa, borçlu somut

⁶³⁵ H. W Blass (1944). Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte, s. 93'den aktaran Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 80.

⁶³⁶ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1107; Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 120; Serozan da; edim yükümlülüklerinden bağımsız borç davranış yükümlülüklerinin gelişmesiyle birlikte “zarar verici fiil” ile “borcun ifası” arasındaki işlevsel bağlantının törpülenerek aşıldığını söylemektedir. R. Serozan (2016). *Borçlar hukuku. ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 291-291.

⁶³⁷ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 66; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 316; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 148; İsviçre hukukunda Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 167; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 81.

⁶³⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 317.

⁶³⁹ Azınlıkta kalan bir görüşe göre; borçlunun sorumluluğu yardımcı kişinin kusurlu olması şartına bağlıdır. Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 123.

⁶⁴⁰ Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 426; Serozan, 2016, **a.g.k.**, 286-287; Eren, 2018, **a.g.k.**, 1104; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 677-678.

olay bakımından farazi kusurludur. Bu kapsamda borçlu ancak yardımcı kişinin hareket tarzında kendisi bulunsaydı, bu hareket tarzının kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶⁴¹.

Aynı sonuca, bankanın yardımcı kişinin fiili sebebiyle sorumluluğunda da ulaşılmaktadır⁶⁴². Bankanın sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmek üzere yardımcı kişiyi görevlendirmiş olması, sorumluluğunun bulunması için yeterlidir. Banka, yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı fiili nedeniyle meydana gelen zararı gidermekle yükümlü olacaktır⁶⁴³.

7.3.5.4. Sorumluluğu ortadan kaldıran veya sınırlandıran kanuni nedenler

Bankanın, organlarının veya yardımcı kişilerinin fiilinden sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran kanuni nedenler bulunabilir.

Fransız hukukunda, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğunu kaldıran açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, borçlunun kendi sorumluluğuna ilişkin, CC art. 1231, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bakımından da geçerlidir. Maddeye göre; *“sözleşmenin ifa edilmemesi veya geç ifa edilmesi nedeniyle, alacaklı zarara uğradığında, borçlu bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bununla birlikte, ifa edememe mücbir sebepten kaynaklanmışsa, zararı giderim yükümlülüğü bulunmaz”*. (CC art. 1231). Benzer şekilde, alacaklının veya üçüncü kişinin fiili de ifayı imkânsız hâle getirmiş olabilir⁶⁴⁴.

Bununla birlikte, gizlilik yükümlülüğünün ihlaliyle ilgili olarak bu sebeplerin gerçekleşmesi güçtür. Esasen sözleşmenin borçlusu, sözleşme dolayısıyla, mücbir sebep dışında tüm ifa edememe hâllerinden sorumludur. Yardımcı kişinin fiili ise, hiç bir zaman borçlunun faaliyetleri dışında değildir, bilakis borçludan kaynaklanmaktadır. Bu durumda borçlu, ifaya engel olan fiilin dışsal bir nedenden kaynaklandığını ve seçmiş

⁶⁴¹ Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 130.

⁶⁴² Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 317; İsviçre hukukunda Capitaine (1933), **a.g.k.**, 165; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 266.

⁶⁴³ Üstelik Fransız hukuku açısından, borçlunun tâbi olduğu borcun (gizlilik yükümlülüğünün) sonuç veya ağırlaştırılmış vasıta borcu olabileceği ifade edilmekte ve tıpkı bankanın kendi sorumluluğunda olduğu gibi yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğunda da kusurunun kanıtlanmasına gerek olmadığı söylenmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 318; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 84.

⁶⁴⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 319.

olduğu yardımcı kişiye yüklenecek bir kusurun olmadığını ispat etmelidir ki, bunun kanıtlanması çok zordur⁶⁴⁵.

İsviçre-Türk hukukunda da, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğunu ortadan kaldıran kanuni nedene, CO ve TBK’da yer verilmemiştir. Ancak borçlunun işi kendisi yapsaydı ileri sürebileceği, borcun kusursuz olarak imkânsızlaşması, mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru gibi savunmalardan yararlanması mümkündür⁶⁴⁶. Yukarıda açıkladığımız üzere, bankanın yardımcı kişinin seçilmesinde veya gözetilmesinde bir kusurunun olmadığını kanıtlaması ile sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁶⁴⁷. Ayrıca yardımcı kişinin yetkilerini aşması veya talimatlara aykırı davranmış olması hâlinde de, bankanın sorumluluğu bulunmaktadır⁶⁴⁸. Zararı karşılayan borçlunun, zarara sebep olan yardımcı kişiye rücu hakkı bulunmaktadır. Bankanın, çalışanın müşteri sırrını açıklaması nedeniyle sorumluluğu bulunmakla birlikte, bu sorumluluk nedeniyle ödediği tazminat miktarı kadar çalışana rücu hakkı olacaktır⁶⁴⁹.

7.3.5.5. Sorumsuzluk anlaşmaları

Tarafların, sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan tazminat yükümlülüğünü veya bunun haricinde esas borç ilişkisine dayanarak ileri sürebileceği diğer taleplerini sınırlandırma ya da tamamen ortadan kaldırma⁶⁵⁰ amacıyla yapılan anlaşmalara sorumsuzluk anlaşmaları denir⁶⁵¹.

⁶⁴⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 319-320.

⁶⁴⁶ Nedensellik bağıni kesen sebepler; mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ile zarar görenin kusuru, nedensellik bağıni kesecek yoğunlukta olmalıdır. Sebepler, nedensellik bağıni kesecek yoğunlukta değilse, yalnızca tazminat miktarının indirim sebebi olarak değerlendirilir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 646; Serozan, 2016, **a.g.k.**, 286-287; Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, 450; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 418; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 226 vd.

⁶⁴⁷ İsviçre hukukunda Capitaine (1933), **a.g.k.**, 165; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 266; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 247-248; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 426; Serozan, 2016, **a.g.k.**, 286-287; Eren, 2018, **a.g.k.**, 1104; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 677-678.

⁶⁴⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 321.

⁶⁴⁹ Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 322.

⁶⁵⁰ Borçlunun, yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğunu sınırlandırması mümkünse de, kendi fiilinden doğan zarar bakımından, kasıt ve ağır ihmal için, sorumsuzluk anlaşması yapması mümkün değildir. Borçlu, kendi fiilinden doğan zararlar açısından, yalnızca sorumluluğu sınırlayan anlaşmalar yapabilir. Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 152.

⁶⁵¹ G. S. Akman (1976). *Sorumsuzluk anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s.5; A. Erten (1977). *Türk sorumluluk hukukunda sorumsuzluk şartları*. Ankara: Olgaç Matbaası, s. 17; Başalp (2011). *Sorumsuzluk anlaşmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 17; Eren, 2018, **a.g.k.**, 1109; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 879.

Sorumsuzluk anlaşmaları açık veya zımni⁶⁵² irade beyanıyla kurulabilir. Sorumsuzluk anlaşmaları, genel işlem şartları⁶⁵³ içerisinde de yer almaktadır. Genel işlem şartları karşısında, müzakere gücü zayıf olan tarafın korunabilmesi için, bu koşulların ayrıca sözleşme içeriğine dâhil edilmesi, yorumu⁶⁵⁴ ve denetimi⁶⁵⁵ aşamalarından oluşan bir yargısal denetime tâbi tutulması gerekir⁶⁵⁶.

7.3.5.5.1. Yükümlülüğün içeriğine dair sorumsuzluk anlaşmaları

Kural olarak borç ve yükümlülüklerin kapsamı sözleşmenin taraflarınca serbestçe belirlenebilir. Sözleşmeye konulacak hükümle, tarafların yükümlülüklerinden birinin veya bir kaçının kaldırılması mümkündür. Elbette tarafların kararlaştırdığı hükümler, ahlâka, adaba ve emredici hükümlere aykırılık teşkil etmemeli ve sözleşmenin asli ediminin tamamen sona erdirilmesine neden olmamalıdır. Taraflardan birinin yükümlülüklerini hafifleten hükümler, sözleşmenin kendi anlamını yitirmesine yol açmamalıdır⁶⁵⁷.

Gizlilik yükümlülüğü, istisnai hâller dışında, asli değil yan edim yükümlülüğüdür. Fransız hukukunda bir görüşe göre, bankanın tâbi olduğu gizlilik yükümlülüğünün içeriğine dair anlaşmalar yapılabilir⁶⁵⁸. İsviçre hukukunda internet hizmetleri alanında İsviçre Crédit Suisse Bankası, genel işlem şartları arasında, böyle bir hükme yer vermişti. Müşterilerin internet üzerinden gerçekleştirdikleri borsa işlemlerine dair talimatlarda gizlilik yükümlülüğü bulunmamaktaydı⁶⁵⁹. Ancak sonraki yıllarda bu uygulamaya son verilmiştir⁶⁶⁰.

⁶⁵² Sözleşmenin kurulması sırasında, taraflar arasında, aynı konuda daha önceden yapılan sözleşmedeki sorumsuzluk şartına atıf yapılmasına rağmen, karşı taraf sessiz kalmışsa, dürüstlük kuralı gereğince bu davranış kabul beyanı olarak yorumlanabilir. Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 880.

⁶⁵³ Genel işlem şartları, taraflardan birinin ileride kuracağı sözleşmelerde, karşı tarafa değiştirilmeden kabul ettirmek niyetiyle, önceden ve tek yanlı olarak belirlediği sözleşme koşullarıdır. Kocayusufpaşaoğlu, 2017, **a.g.k.**, 232.

⁶⁵⁴ TBK m. 23'e göre; "*genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*".

⁶⁵⁵ TBK'nın "içerik denetimi" başlıklı 25. maddesine göre; "*genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*".

⁶⁵⁶ Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 157.

⁶⁵⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 322; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 186; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 253; Altop, 1996, **a.g.k.**, 144.

⁶⁵⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 322.

⁶⁵⁹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 186.

⁶⁶⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 323; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 186.

7.3.5.5.2. Bankanın sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlayan anlaşmalar *Fransız hukukunda*

Fransız hukuku açısından sorumsuzluk anlaşmaları; sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran anlaşmalar olarak iki kısımda incelenebilir. Sorumluluğu sınırlayan anlaşmalar, sözleşmesel kusur temelinde, zararın giderilmesi için gerekli olan maksimum tutarı belirleyen anlaşmalardır. Sözleşmeye konulacak hüküm, gizlilik yükümlülüğünün bankanın organları veya yardımcı kişileri tarafından ihlal edilmesi hâlinde, banka tarafından, sözleşmede belirlenen maksimum miktara kadar olan tutarın ödenmesini gerektirir. Doktrinde ve içtihatlarda, sorumluluğu sınırlayan anlaşmaların kabul edilme nedenleri olarak, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve cezai şartlara dair CC art. 1231-5'in⁶⁶¹ kıyasen uygulanması gösterilmektedir.

Fakat sorumluluğu sınırlayan anlaşmaların da, bazı sınırlamaları bulunmaktadır. Öncelikle bu anlaşmalar, sözleşmesel ilişkinin temellerinden biri olan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir. Böyle bir itiraz ileri sürüldüğünde, sözleşmedeki şartların taraflarca açıkça kabul edilmiş olduğu kanıtlanmalıdır⁶⁶². Ayrıca sorumluluğu sınırlayan anlaşma, tarafların kastını ve ağır kusurunu kapsayamaz. Borçlu, kasıtlı olarak borcunu ifa etmezse, bu ifa etmeme sözleşmenin diğer tarafına zarar verme niyeti taşımasa da, borçlunun sorumlu olduğu kabul edilir.

Bir güven kurumu olduğu göz önüne alındığında, bankanın ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmanın geçerli olmadığı sonucuna ulaşılır. Diğer taraftan tazminat miktarı çok düşük ve bu miktarın gerçek zararı karşılaması mümkün değilse, taraflarca belirlenmiş olan sorumluluğu sınırlayan şart geçerli olmayacaktır. Fransız Yargıtayı, taraflar için yıkıcı nitelikte olan anlaşmaların geçersiz olduğuna ve taraflarca yapılan anlaşmanın, sorumluluğu sınırlayan bir anlaşma değil, sorumluluğu kaldıran anlaşma olduğuna karar vermiştir⁶⁶³.

⁶⁶¹ CC art. 1231-5'e göre; "sözleşmeye konulan hükümle, ifa edememe hâlinde ödenecek tazminat miktarı belirlendiğinde, bu miktar çok düşük veya çok yüksek olamaz. Sözleşme ile belirlenen miktar, gerçek zarara oranla taraflardan biri için aşırı ve yıkıcı olduğunda hâkim cezai şartları azaltabilir veya artırabilir. Cezai şartlar, kısmi ifa hâlinde de azaltılabilir veya artırılabilir. Sözleşmeye konulacak aksi yöndeki hükümler yazılmamış sayılır. Kesin ifa edememe hariç, cezai şartlar öncelikle borçlunun temerrüdünü gerektirir. Zararın giderimi için, borçlunun uygun süre içinde borcunu ifa edememiş olması gereklidir".

⁶⁶² Nitekim Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi, taşıma makbuzu üzerindeki sorumluluğu sınırlayan şartın kabul olarak değerlendirilemeyeceğine ve makbuzun gönderenin itirazı olmadan teslim alınmış olmasının kabul için yeterli olmadığına karar vermiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 325.

⁶⁶³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 326-327.

Sorumluluğu kaldıran anlaşmalar; borçlunun borcunu hiç ifa etmediğinde, gereği gibi ifa etmediğinde, geç ifa ettiğinde veya bazı yükümlülüklerini ifa etmediğinde, zararı karşılama yükümlülüğünün olmadığına kararlaştırıldığı anlaşmalardır. Mahkeme kararlarına bakıldığında, sözleşme özgürlüğü ilkesi ileri sürülerek, bu anlaşmaların geçerli kabul edildiği görülmektedir. Ancak, kasıt veya ağır kusur hâlinde, anlaşmalar hükümlerini doğurmayacak ve borçlunun kendi fiilinden veya yardımcı kişinin fiilinden sözleşmesel sorumluluğu doğacaktır⁶⁶⁴.

İsviçre-Türk hukukunda

İsviçre-Türk hukukunda, bankanın sorumluluğunun miktarını sınırlayan anlaşmaların yapılmasını engelleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak söz konusu anlaşmaların karşı taraf için yıkıcı olmaması gerekmektedir⁶⁶⁵. Nitekim sözleşmelerde yer alan ceza koşuluna ilişkin düzenlemeye göre “ *taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir (CO art. 163 ve TBK m. 182)* ”.

Belirtilen hükümde yer alan “aşırı” ifadesi, hem çok düşük hem de çok yüksek olarak belirlenen ceza koşulunu kapsamaktadır. Karşı taraf için yıkıcı nitelikte düşük belirlenmiş olan tazminat miktarı, hâkim tarafından yeniden tespit edilebilir⁶⁶⁶. Müşteri, bankanın sorumluluğunun miktar bakımından sınırlandırılmasına yol açan anlaşmaya itiraz edebilecektir⁶⁶⁷. Oysa aynı sonuç, banka bakımından geçerli değildir. Zira TTK m. 22 gereğince, tacir sıfatını haiz olan banka, hâkimden aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyemez. Ancak banka, sözleşmenin içerdiği ceza koşulu miktarının, ekonomik mahvına neden olacak derecede yüksek olduğu, bu nedenle ticari kişilik hakkına, adalet

⁶⁶⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 326-327.

⁶⁶⁵ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 12.07.1994 tarih ve 1993/6656 Esas ve 1994/7631 Karar sayılı kararında ise, sorumsuzluk kaydının karşı taraf için yıkıcı olmaması gerektiğine değinmeden, kaydın bankanın sorumluluğunun sınırlandırılması için tek başına yeterli olmadığına hükmetmiştir. Karara konu olayda, davalı banka ile kredi kartı hamili arasında kredi üye sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmede, sigorta kapsamını aşan harcamalardan, üyenin tek başına sorumlu olacağı hükmüne yer verilmiştir. Ancak kredi kartı hamili, kartının çalındığı bildirimini yapmasına rağmen, bankanın gerekli önlemleri almadığı ileri sürülmüştür. Yargıtay, bankanın kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediğinin tespitinin önem arz ettiğini belirterek, tek başına sözü edilen kaydın davalı bankayı eBK 99/2 maddesi gereğince sorumluluktan kurtarmaya yetmeyeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. www.kazancı.com (Erişim tarihi: 20.06.2019)

⁶⁶⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 331.

⁶⁶⁷ D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 133.

ve hakkaniyete aykırı bulunduğu gerekçesiyle tamamen kaldırılmasını veya makul düzeye indirilmesini isteyebilir⁶⁶⁸.

Borçlunun kasıt, ağır kusur veya hafif kusurundan doğan zararlar için kararlaştırılan sorumluluk sınırlamaları hakkında, İsviçre hukukunda CO art. 100, Türk hukukunda TBK m. 115'i incelemek gerekir. İsviçre hukukunda CO art. 100'e göre; *“borçlunun hile ve ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Hafif kusur halinde, borçlunun sorumluluğu sınırlayan şartın ileri sürülmesi sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa; haiz olduğu takdir yetkisini kullanan hâkim, bu şartı batıl addedebilir”*⁶⁶⁹. Maddede yer alan “imtiyaz” bankacılık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi için verilen izni kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. İsviçre Bankalar Komisyonu tarafından verilen izinle yürütülen faaliyetler ile yerel yönetimler tarafından verilen basit bir izinle yürütülen faaliyetler arasında bir fark yoktur⁶⁷⁰. Her iki durumda da hâkim, takdir yetkisini kullanarak hafif kusurdan sorumluluğu kaldıran anlaşmanın hükümsüz olduğuna karar verebilir. Sonuç olarak İsviçre hukukunun sorumluluğu kaldıran anlaşmalara ilişkin olarak Fransız hukukuna göre daha katı düzenlemeler getirmiş olduğu söylenebilir⁶⁷¹.

Türk hukukunda TBK m. 115'e göre; *“borçlunun ağır kusurundan”*⁶⁷² *sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak*

⁶⁶⁸ Eren, 2017, **a.g.k.**, 1217; Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, tacirin ekonomik özgürlüğünü kabul edilemez derecede sınırlayan cezai şartın, ahlâka ve adaba aykırı olduğu yönünde, 20.03.1974 tarih 1970/1053 Esas ve 1974/222 Karar sayılı kararı bulunmaktadır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 19.04.2007 tarih 2006/11401 Esas 2007/3998 Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.03.1997 tarih 1997/1132 Esas ve 1997/1430 Karar sayılı kararları aynı yöndedir. Bkz. Arkan, 2019, **a.g.k.**, 160-161; Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 118; Son olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.11.2017 tarih ve 2016/6257 Esas ve 2017/6784 Karar sayılı kararında da, sözleşme ile tarafların ekonomik mahvına neden olacak bir miktarda cezai şartın belirlenmiş olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. bkz., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi: 13.08.2019).

⁶⁶⁹ Söz konusu hüküm eBK m. 99'a karşılık gelmektedir.

⁶⁷⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin AFT, 112, II 450 sayılı kararı da aynı yöndedir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 641.

⁶⁷¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 331.

⁶⁷² Kasta ilişkin olarak, bir zarara bilerek sebebiyet verilmesi, ağır kusura ilişkin olarak ise, herkesin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi neticesinde bir zarara sebebiyet verilmesi örnek gösterilebilir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1115; Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, 455; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 422; Başalp, 2011, **a.g.k.**, 223; Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 477.

*hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan*⁶⁷³ *sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*”. Maddeden de anlaşılacağı üzere, İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, uzmanlığı gerektiren hizmet veya meslek, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür⁶⁷⁴.

Borçlunun yardımcı kişinin fiilinden doğan sorumluluğunun sınırlanmasına ilişkin olarak ise, İsviçre hukukunda CO art. 101 al. 2-3, Türk hukukunda TBK m. 116’yı değerlendirmek gerekmektedir. İsviçre hukukunda CO art. 101 al. 2-3’e göre; *“yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa; borçlu sözleşme ile ancak hafif bir kusurdan doğan sorumluluktan kendisini kurtarabilir”*⁶⁷⁵.

Türk hukukunda TBK m. 116’ya göre; *“yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”*. Görüldüğü üzere İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda⁶⁷⁶, borçlu yetkili makamların izni ile mesleki faaliyet yürütüyorsa, yardımcı kişinin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması akdedemez. Bankacılık faaliyeti yürüten bankanın, yardımcı kişinin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk anlaşması hükümsüzdür⁶⁷⁷.

Müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün, kasten veya hafif kusur ile ihlalinde, bankanın sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran veya sınırlayan anlaşmalar geçerli

⁶⁷³ Hafif kusur, özellikle makul ve dürüst bir kişinin göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi olarak örneklendirilebilir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 1115; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 424, Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, 46; Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 477.

⁶⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.06.1995 tarih 1995/11-425 Esas ve 1995/616 Karar sayılı kararında da aynı husus vurgulanmıştır. Benzer Yargıtay kararları için bkz., Başalp, 2011, **a.g.k.**, 275 vd.

⁶⁷⁵ Hüküm eBK m. 100’e karşılık gelmektedir. Ancak eBK m. 100’de yer alan imtiyaz, tıpkı İsviçre hukukunda olduğu gibi geniş yorumlanmakta ve bankaların yardımcı kişilerinin hafif kusurundan dahi sorumlu olması gerektiği kabul edilmekteydi. Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 482; Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 170.

⁶⁷⁶ Bu farklılığın temel nedeni TBK m. 115 hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı’na ve Alman BGB 278’e uygun olarak düzenlenmiş olmasıdır. Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 474.

⁶⁷⁷ Yağcı, 2018, **a.g.k.**, 170.

değildir. Aynı sonuca bankanın yardımcı kişisinin, kasten veya ihmal ile müşteri sırrını açıklamasında da ulaşılabilecektir. Bankanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına dair anlaşmalar, edime yakın olan üçüncü kişilere de ileri sürülemez⁶⁷⁸.

7.4. Haksız Fiile İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Fransız hukukunda haksız fiil hükümleri; banka sözleşmesinin olmadığı, geçerli bir sözleşmenin olmadığı, sözleşme öncesi görüşmelerinin yapıldığı ve sözleşmenin sona erdiği hâllerde açıklanan müşteri sırları için geçerli olmaktadır⁶⁷⁹. Fransız hukuku açısından, haksız fiil hükümlerine başvurulabilmesi için, taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan hukuki ilişkinin bulunmaması zorunludur⁶⁸⁰.

Haksız fiil olarak nitelendirilen ihlallerle ilgili uygulanacak temel hukuki düzenlemeler ise CC art. 1240 ve art. 1241’de yer almaktadır. CC art. 1240’a göre; *“kusuru ile başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. Yine CC art. 1241’e göre; *“herkes yalnızca fiilleri ile değil, ihmal veya tedbirsizliği ile sebep olduğu zarardan da sorumludur”*.

İsviçre-Türk hukukunda ise, hukuka aykırı olarak açıklanmış olan müşteri sırrı için, sözleşmesel sorumluluk hükümlerine veya haksız fiil hükümlerine başvurulabilir. Söz konusu iki sorumluluk türü için, taleplerin yarışmasından bahsedilir⁶⁸¹. Taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin veya sözleşme öncesi görüşmelerinin olması durumunda, sırrın açıklanması sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesi için, haksız fiil hükümlerine gidilebilir. Üstelik sırrın açıklanmasıyla kişilik haklarının ihlal edilmiş olduğunu ileri süren müşteri, bu sebeple meydana gelen zararın tazmini için de, haksız fiil hükümlerini ileri sürecektir⁶⁸².

İsviçre-Türk hukukunda haksız fiile dair temel hukuki düzenlemede; *“kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına*

⁶⁷⁸ Yünlü, 2019, **a.g.k.**, 491-492; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 254; Akman, 1976, **a.g.k.**, 103-104.

⁶⁷⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 41; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 83-84; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 140; L. Rives-Langes ve M. Contamine-Raynaud (1995). *Droit bancaire*. Paris: Dalloz, s.176; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 142; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 12-13; Ayrıca bkz., yukarıda birinci bölüm 7.3.2.2. altında yapılan açıklamalar.

⁶⁸⁰ Sacker, 1933, **a.g.k.**, 11-12.

⁶⁸¹ İsviçre hukukunda Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 84-85; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 262; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 147; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 248. Taleplerin yarışmasına ilişkin olarak bkz aşağıda birinci bölüm 7.4.2.4. altında yapılan açıklamalar.

⁶⁸² Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 84-85; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 262; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 147.

kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür (CO art. 41 ve TBK m.49) ” hükmü yer almaktadır.

7.4.1. Bankanın organlarının fiilinden sorumluluğu

7.4.1.1. Sorumluluğun şartları

Bankanın, müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri açıklamasında, haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilmesi için, bazı şartların biraraya gelmesi gerekmektedir. Bu şartlar Fransız hukukunda “kusur”, “zarar” ve “nedensellik bağı” iken, İsviçre-Türk hukukunda bu üç unsura “hukuka aykırılık” da eklenmektedir.

7.4.1.1.1. Hukuka aykırı fiil

Hukuka aykırılık doktrinde, başkasına zarar vermeyi yasaklayan bir davranış normunun ihlali olarak tanımlanmaktadır⁶⁸³. Genel davranış normuna aykırı fiil, zarar görenin mutlak hakkına saldırı niteliğinde olabileceği gibi, yazılı olan veya olmayan bir hukuk kuralından kaynaklanan yasaklamayı ihlal niteliğinde de olabilir⁶⁸⁴. Zarara uğrayan, bir davranış normunun ihlal edilmiş olduğunu ispatlamalıdır. İsviçre- Türk hukukunda “hukuka aykırılık” kavramı, Fransız hukukundan farklı olarak, kusurun bileşenlerinden biri olarak değil, otonom (özerk) bir unsur olarak incelenmektedir⁶⁸⁵.

Müşteri sırrının ihlalinde hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti için, koruma (davranış) yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Banka, kendisinden beklenen özen yükümlülüğünü göstermeyerek, müşteri sırrını açıklamış olmalıdır. Ancak sırrın açıklanması, bir hukuka uygunluk sebebi ile açıklanabiliyorsa, müşteri sırrının ihlali sebebiyle, haksız fiil hükümlerine dayanılarak tazminat talep edilemeyecektir. Kişiliğin korunması hükümleri kısmında açıkladığımız üzere, banka müşterinin rızasını, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran yetkili makamın emrini, kanun

⁶⁸³ İsviçre hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 340-342; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 45-46; Eren, 2018, **a.g.k.**, 609; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 41; Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 14; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 476; Tandoğan, 2010, **a.g.k.**, 18; Bu tanım hukuka aykırılığa dair “objektif teori” temelinde yapılmaktadır. “Subjektif teori” veya “olumsuz hukuka aykırılık teorisi” denilen eski bir görüşe göre hukuka aykırılık, “zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili veya izinli olmamasıdır”. Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 14.

⁶⁸⁴ Eren, 2018, **a.g.k.**, 611.

⁶⁸⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 340-342; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 45-46.

hükmünü, zaruret halini veya meşru müdaafayı ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir⁶⁸⁶.

7.4.1.1.2. Kusur

İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda, hukuka aykırılık kusurdan ayrı ve bağımsız olarak değil, kusurun içinde mütalaa edilmekte, onun objektif unsuru olarak görülmektedir^{687 688}.

Haksız fiil sorumluluğuna dair CC art. 1240 ve 1241 hükümleri incelendiğinde maddelerden ilkinin kasıtlı olarak zarar vermeyi düzenlerken ikincisinin ihmâl veya dikkatsizlikle işlenen filleri düzenlediği görülür. Maddeler iki tür kusuru içermektedir: Haksız fiil kusuru (faute délictuelle) ve haksız fiil benzeri kusur (faute quasi-délictuelle)⁶⁸⁹. İlk kusur türüne, bankanın müşterilerine veya üçüncü kişilere gizli nitelikteki bilgileri kasıtlı olarak açıklaması örnek verilebilir. İkinci kusur türünde ise, bankanın yönetsel veya idari hatası söz konusudur. Burada bankayı yönetime temsile veya denetime yetkili kişinin kasıtlı fiili değil, dikkatsizliği görülmektedir⁶⁹⁰.

Fransız hukukunda uzun yıllar, haksız fiili gerçekleştiren kişinin kusurunun takdirinde, söz konusu fiil ile iyi bir aile babasının (bon père de la famille) fiili karşılaştırılmıştır. Günümüzde, bu karşılaştırmadan uzaklaşarak aynı kategoride yer alan kişilerin normal davranışları temel alınmaya başlanmıştır⁶⁹¹. Örneğin bankanın organı niteliğindeki kişinin davranışı ile aynı durumdaki dikkatli bir başka kişinin

⁶⁸⁶ İsviçre hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 340-342; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 45-46; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 627; Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 26; Tekinay vd, 1993, **a.g.k.**, 627.

⁶⁸⁷ Eren, 2017, **a.g.k.**, 596 ve 637.

⁶⁸⁸ Fransız hukukunda azınlıkta kalan bir görüşe göre; kusur objektif ve subjektif olmak üzere iki kurucu unsurdan ibarettir. Objektif unsur, maddi unsur ve hukuka aykırılıktan oluşmaktadır. Maddi unsurun tespiti kolaydır. CC art. 1240'da yer alan "fiil" kavramı ile hukuki yükümlülük veya ödevin ihlalden ibaret olan her tür davranış veya ihmâl anlaşılır. Bu maddi unsura, hukuka aykırılık unsurunun eklenmesiyle, CC art. 1240'da yer alan fiil oluşur. Subjektif unsur ise gayri maddi bir unsur olarak "isnat yeteneği"dir. Madde kapsamında belirtilen kusur, ceza hukuku bakımından kusurlu sayılmaya benzemektedir. O hâlde kusurun takdiri için, her somut olayın ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Kusurun niteliği, somut olarak değerlendirilmeli, örneğin, kişilik ve davranış özellikleri dikkate alınmalıdır; Bu görüş, Fransız hukuku bakımından "kişilik ve davranış özelliklerinin dikkate alınmasının", CC art. 414-3'e aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek eleştirilmektedir. CC art. 414-3'te yer alan "zihinsel bulanıklığın etkisi ile bir başkasına zarar verenlerin bu zararı gidermekle yükümlü olduğuna" dair hüküm, "kişilik ve davranış özelliklerinin dikkate alınmamasını" gerektirir. Zira hüküm, zihinsel yetilerden ileri gelen subjektif koşulların dikkate alınmayacağı anlamını taşımaktadır. O hâlde, Fransız kanun koyucusunun kusurun subjektif unsurunun olmadığını düzenlemek istediği söylenebilir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 43-44; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 334.

⁶⁸⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 43; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 334;

⁶⁹⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 334.

⁶⁹¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 334.

davranışı karşılaştırılmalı ve bu durumdaki güvenlik gerekliliği araştırılmalıdır. Böylece hem genel güvenlik sağlanacak, halk anormal davranışlara karşı korunmuş olacak, hem de haksız fiili gerçekleştirenin kişiliğinin anlaşılması güçlüğü aşılmış olacaktır⁶⁹².

İsviçre-Türk hukukunda ise kusur; “hukuk kuralı tarafından emredilen bir yükümlülüğe dair irade eksikliğidir”. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte, hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmayan kişi kusurludur⁶⁹³.

Bankanın yönetime veya temsile yetkili yetkili organı tarafından, gizlilik yükümlülüğünün ihlaliyle gerçekleşen haksız fiilde, ayırt etme gücü kusurun kurucu unsuru değildir. Zira bankanın yönetime ve temsile yetkili kişisinin, gerçekleşen ihlalin kapsamını bildiği ve sonuçlarını öngörebildiği açıktır⁶⁹⁴. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbi olan bankanın organı, kendisinden beklenen özeni göstererek, basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olmalıdır. Aksi hâlde, yükümlülüğe aykırı fiili sebebiyle meydana gelen zararı tazmin zorunluluğu doğacaktır.

Zararın tazmininde, sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak, zarar gören müşteri, kusuru kanıtlamalıdır⁶⁹⁵. Müşteri sırrının açıklanmasında bankanın kusurlu sayılması için; haksız fiilin icra edilen görevle ilişkili olması zorunludur⁶⁹⁶. Zarara uğrayan, banka tüzel kişiliğine veya kusurlu organa başvuru hakkına sahiptir. Zira organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar (CCS art.55 al. 3 ve TMK m. 50 f.3)⁶⁹⁷.

7.4.1.1.3. Zarar

Bankanın organları tarafından müşteri sırrının açıklanması, bir zarara sebebiyet vermiş olmalıdır. Söz konusu zarar; kişinin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanan maddi zarar veya kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında

⁶⁹² Alavi, 2017, **a.g.k.**, 44; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 334-335.

⁶⁹³ Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 55.

⁶⁹⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 340.

⁶⁹⁵ Eren, 2018, **a.g.k.**, 606.

⁶⁹⁶ Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 218; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 312; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 263; Öztan, 2019, **a.g.k.**, 343; Zevkliler vd., 2018, **a.g.k.**, 144.

⁶⁹⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 312; Öztan, 2019, **a.g.k.**, 344; Zevkliler vd., 2018, **a.g.k.**, 144; Bununla birlikte organın suç teşkil eden fiillerinden ötürü, tüzel kişinin cezai sorumluluğu bulunmaz. Suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişi veya kişiler sorumlu olur. Tüzel kişi hakkında, idari para cezası ile vergi cezası yaptırımlarına karar verilebilir. Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 263.

meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlanan manevi zarar olabilir⁶⁹⁸. Talep edilecek zararın bazı nitelikleri bulunmaktadır. Bunlar, zararın⁶⁹⁹, şahsılık⁷⁰⁰ ve doğrudan doğruyalık nitelikleridir⁷⁰¹.

7.4.1.1.4. Nedensellik bağı

Haksız fiil nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için, hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir. İsviçre-Türk hukukunu Fransız hukukundan ayıran temel farklılık, yalnızca kusurun kanıtlanmasının yeterli olmaması, aynı zamanda hukuka aykırılığın kanıtlanmasının da gerekmesidir. Fransız hukukunda; “fiil”, “zarar” ve “fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağının” ispatlanması gerekecektir. İsviçre-Türk hukukunda ise, haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararın talep edilebilmesi için, “hukuka aykırı fiil”, “kusur” “zarar” ve “hukuka aykırı fiil ile zarar arasında nedensellik bağının” bulunması zorunludur⁷⁰².

7.4.1.2. Zararın tazmini

Fransız hukukunda, bankanın gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle meydana gelen zarar, nakden tazmin edilir. Zira müşterilere veya üçüncü kişiye dair bilgileri öğrenen kişilerin bu bilgileri unutması, yani kişinin durumunun haksız fiilin gerçekleşip, zararın meydana gelmesinden önceki hâlini alması mümkün değildir. Nakden tazmin, meydana gelen zarar ziyanın hâkim tarafından belirlenen miktar üzerinden ödenmesi anlamına gelmektedir⁷⁰³.

Bankanın haksız fiil sorumluluğuna dair İsviçre-Türk hukukunda yer alan düzenlemeler çok daha katıdır. Esasen haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan, açacağı tazminat davasının temelini kişiliğin korunması hükümlerine (CC art. 28 ve TBK m. 24) dayandırabilir. Böylece zarar gören müşteri “*hâkimden hukuka aykırı saldırı tehlikesini önlenmesini, saldırı hâlen devam ediyorsa saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa*

⁶⁹⁸ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**,343; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 47; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 261 vd; Türk hukukunda Tercier, Pichonnaz, Develioğlu, 2016, **a.g.k.**, 572.

⁶⁹⁹ Kesin zarar; belirli veya belirlenebilir bir zarardır. Meydana gelen zarar gerçekleşmiş güncel bir zarar olabileceği gibi, gelecek bir zarar da olabilir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 560.

⁷⁰⁰ Şahsılık, tazminat talebinin, yalnız zarar gören alacaklıya veya istisnai hâllerde yakınlarına ait olmasıdır (TBK m. 53,56). Eren, 2018, **a.g.k.**, 560.

⁷⁰¹ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**,343; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 47; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 261 vd; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 560; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 156.

⁷⁰² Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**,343; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 47.

⁷⁰³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 344; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 48.

bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini talep edebilir”. Ayrıca davacının *maddi ve manevi tazminat talepleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın, vekâletsiz iş görme hükümlerince kendisine verilmesini talep hakkı saklıdır.*

Müşteri sırrının açıklanması sebebiyle zarar gören, maddi veya manevi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Tüzel kişi müşteri adına dava açma hakkı, yetkili organa aittir. Tazminat istemi, müşterinin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde sırrın açıklandığı tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar⁷⁰⁴. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır⁷⁰⁵ (TBK m. 72). Meydana gelen zararın tazmini için, zarar gören tarafından, yukarıda belirtmiş olduğumuz koşulların gerçekleşmiş olduğunun ispatlanması gerekir⁷⁰⁶. Tazminat miktarı, hâkim tarafından kusurun ağırlığına göre tespit edilmektedir. Özen yükümlülüğüne aykırılığın ölçüsü tazminat miktarının tespitinde belirleyici olmaktadır⁷⁰⁷.

7.4.2. Bankanın adam çalıştıran olarak çalışanının fiilinden sorumluluğu

Banka işlemleri, banka tüzel kişiliği tarafından istihdam edilen gerçek kişilerce yapılmaktadır. Bu kişilerin, gizli nitelikteki bilgilere erişim imkânı bulunur. Banka çalışanlarının fiilleri nedeniyle kendi sorumlulukları olduğu gibi, bankanın sorumluluğu da bulunur. Bu nedenle, çalışanının fiili nedeniyle bankanın sorumluluğuna dair hükümlerin incelenmesi gerekmektedir.

⁷⁰⁴ Fransız hukukunda bu süre, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren beş yıldır (CC art. 2224); İsviçre hukukunda tazminat istemi, müşterinin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak *bir* yılın ve her hâlde sırrın açıklandığı tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (CO art. 60).

⁷⁰⁵ Ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan fazla ise, bu zamanaşımı hem iki yıllık normal zamanaşımı süresinin hem de on yıllık zamanaşımı süresinin yerini alır. Ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulandığı durumlarda, zararın öğrenildiği değil, zarar verici fiilin işlendiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 77-78.

⁷⁰⁶ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 344; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 48; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 261 vd; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 220; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 312; Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 263; Öztan, 2019, **a.g.k.**, 343; Zevkliler vd., 2018, **a.g.k.**, 144.

⁷⁰⁷ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 220.

Fransız hukukunda CC art. 1242 al. 5' te yer alan “...iş sahibi ve vekâlet verenler, hizmet eden ve diğer görevlilerin, işlerinin gereğini yerine getirirken meydana gelen zarardan sorumludur...” hükmü bankanın sorumluluğunun temel kaynağıdır.

İsviçre-Türk hukukunda ise, CO art. 55 ve TBK m.66'da yer alan hükümler bankanın adam çalıştıran olarak çalışanın fiilinden sorumluluğuna dair temel hükümlerdir. Buna göre; “adam çalıştıran, çalışanın⁷⁰⁸, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür⁷⁰⁹. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir”.

7.4.2.1. Sorumluluğun şartları

Fransız, İsviçre ve Türk hukuku bakımından, adam çalıştıranın, çalışanın fiilinden sorumluluğunun şartları benzerdir: “adam çalıştıran ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi”, “banka çalışanın üçüncü kişiye zarar vermiş olması” ve “banka çalışanın işini yerine getirirken zarar vermiş olması”.

7.4.2.1.1. Adam çalıştıran ile çalışan arasındaki bağımlılık ilişkisi

Çalışana sürekli veya geçici, ivazlı yahut ivazsız belli bir iş verildiği durumlarda bağımlılık ilişkisi söz konusu olabilir⁷¹⁰. Çalışanı, adam çalıştıranı bağlayan hukuki ilişkinin temelinde çoğunlukla bir hizmet sözleşmesi bulunur. Ancak taraflar arasında hizmet sözleşmesi dışında, bir başka sözleşme olabileceği gibi, ailevi veya arkadaşlık

⁷⁰⁸ İsviçre hukukunda, borçlunun yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğuna dair CO art. 101'de ve adam çalıştıranın çalışanın fiilinden sorumluluğuna dair CO art. 55'te yardımcı kişi anlamına gelen “auxiliaire” sözcüğü yer almaktadır. Ancak TBK'da yardımcı kişi yerine, çalışan sözcüğü yer almaktadır. TBK'da da, çalışan yerine yardımcı kişi kavramının kullanılması daha uygun olurdu. Fakat bu seçim, Kanun koyucunun sorumluluğun kapsamında daraltma yapmak istediği şeklinde anlaşılmamalıdır. A. N. Kılınç (2018). *Adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 103-104.

⁷⁰⁹ Adam çalıştıranın işletmesinin organizasyonundan doğan sorumluluğuna ilişkin bu fıkra hükmü CO art. 55'te yer almamaktadır. Hüküm, TBK m. 66'ya, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'ndan alınmıştır.

⁷¹⁰ Eren, 2018, a.g.k., 647-648.

bağı gibi, fiili bir durumla ilgili ilişki de olabilir⁷¹¹. Bu hâlde aranan bağımlılık ilişkisi, bir işin yapılmasında adam çalıştırana, çalışanı seçme, çalışana talimat verme ve çalışanı denetleme yetkisi vermektedir⁷¹².

Bağımlılık ilişkisinin bulunduğu herhangi bir banka çalışanın fiilinden dolayı, bankanın sorumluluğu bulunmaktadır⁷¹³. Hatta banka, eski çalışanın fiili nedeniyle de sorumludur. Zira çalışanın mutlaka bir hizmet sözleşmesi ile çalışıyor olmasına gerek yoktur. O hâlde, banka çalışanın işten ayrılmış olması, gizlilik yükümlülüğünün ihlal edilmesinde, bankanın sorumlu olmayacağı anlamına gelmeyecektir. Üstelik eski banka çalışanı, gizlilik yükümlülüğü kapsamında yer alan bilgileri, mesleki faaliyetini gerçekleştirirken öğrenmiştir. Bankanın sorumluluğunun doğabilmesi için, banka çalışanın hizmet sözleşmesinin sona ermesinden önce veya sonra gizli nitelikteki bilgileri açıklamış olması arasında fark yoktur⁷¹⁴.

7.4.2.1.2. Banka çalışanın üçüncü kişiye zarar vermiş olması

Adam çalıştırmanın sorumluluğunda çalışanın, adam çalıştırana ile sözleşme ilişkisi bulunmayan üçüncü bir kişiye zarar vermiş olması gerekmektedir. Çalışanın zarara sebep olan fiili, hukuka aykırı olmalıdır. Bu unsurun gerçekleşmiş olduğunu ispat yükü, zarar görene aittir⁷¹⁵.

Fransız hukukunda, adam çalıştırmanın sorumluluğunun doğabilmesi için, çalışanın sorumlu kılmaya elverişli bir fiilin bulunması ve çalışanın bu fiili kusuru ile işlemiş olması şartı aranmaktadır⁷¹⁶. Ancak bazı fiillerin niteliği, meydana gelen zararın

⁷¹¹ Eren, 2018, **a.g.k.**, 649; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 236; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 264; Tekinay vd., 1993, **a.g.k.**, 304; Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 104; Bu kapsamda babasının emrinde onun işini gören oğlu da, hizmet sözleşmesi bir sebepten geçersiz olmasına rağmen, işverenin işinde çalışmakta olan işçi de çalışan sayılır. Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 149.

⁷¹² Eren, 2018, **a.g.k.**, 649; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 264; **a.g.k.**, 304; Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 104.

⁷¹³ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 348; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 148-149; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 266-267; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 168; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 249.

⁷¹⁴ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 83.

⁷¹⁵ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 50; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 348; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 148-149; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 266-267; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 650; Kılıçoğlu, 2018, **a.g.k.**, 236; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 267; Tekinay vd., 1993, **a.g.k.**, 304; Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 106.

⁷¹⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 350; Lasserre-Capdeville, 2014, **a.g.k.**, 44; Gavalda, 1995, **a.g.k.**, 57.

doğrudan sebebi sayılmaktadır. Müşteri sırrının açıklanmasında da, fiilin kendisi zararın doğrudan sebebidir. Açıklamayı yapan çalışan, kusurlu sayılmalıdır⁷¹⁷.

İsviçre-Türk hukukunda, adam çalıştırmanın çalışanın fiilinden sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışına dayanmaktadır⁷¹⁸. Gerçekten, adam çalıştırana bu sorumluluk, çalışanı seçmekte, ona talimat vermekte ve onu denetlemekte özen göstermediği gerekçesiyle, dolayısıyla kendi davranışı sebebiyle yüklendiğinden, adam çalıştırmanın sorumluluğunun, salt başkasının verdiği zarardan sorumluluk olarak nitelenmesi de mümkün değildir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, kusuru ispat yükü ters çevrilmiş bir kusur sorumluluğu da değildir. Sorumluluğun doğması için, ne adam çalıştırmanın ne de çalışanın kusuru aranmaktadır. Nitekim adam çalıştırmanın, çalışanlarının denetimini ve gözetimini, üst düzey başka çalışanlara bırakması durumunda, kendisinin kusuru bulunmamakta ve fakat sorumluluğu devam etmektedir⁷¹⁹.

Banka çalışanı, mesleki faaliyetini yerine getirirken bir zarara sebep olur veya zararın meydana gelmesine katılırsa, yükümlülüğün ihlal edilmiş olduğu varsayılır. Sırrı açıklanmış olan müşteri, adam çalıştırın bankanın, kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Adam çalıştırın olarak banka, çalışanı seçmekte, ona talimat vermekte ve onu denetlemekte kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, meydana gelen zararı gidermekle kendisi yükümlü olacaktır⁷²⁰.

7.4.2.1.3. Banka çalışanın işini yerine getirirken zarar vermiş olması

Adam çalıştırının sorumluluğunun doğabilmesi için, çalışanın üçüncü kişiye, kendisine verilen işi yerine getirirken zarar vermiş olması gerekir. Bu şart, çalışana verilen iş ile çalışanın verdiği zarar arasındaki işlevsel bağlantı olarak ifade edilmektedir⁷²¹. Fakat söz konusu bağlantı geniş yorumlanmaktadır⁷²². Zarara sebep

⁷¹⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 351-352.

⁷¹⁸ Eren, 2018, **a.g.k.**, 641 vd.

⁷¹⁹ Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 92-93.

⁷²⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 353; Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 92-93; Eren, 2018, **a.g.k.**, 652; Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 148; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 271; S. Kara Kılıçarslan (2017). *Adam çalıştırının sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 115.

⁷²¹ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 52; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 148; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 353; Türk hukukunda Eren, 2018, **a.g.k.**, 650; Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 146; Antalya, 2018a, **a.g.k.**, 267.

⁷²² Eren, 2018, **a.g.k.**, 651.

olan fiilin, adam çalıştırmanın menfaatine hareket edilmekte iken gerçekleşmiş olması yeterlidir⁷²³.

Gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak belirtilen işlevsel bağlantı, zararın verildiği anda değil, açıklanan bilgilere erişme anında bulunmalıdır⁷²⁴. Banka çalışanı, gizli nitelikteki bilgileri, kendisine bırakılan işin ifası sırasında, bir başka ifadeyle mesleki faaliyeti sırasında öğrenmiş olmalıdır⁷²⁵. Müşteri sırrının açıklanması anında, belirtilen bağlantının aranması, sırrı saklama yükümlülüğüne dair ihlallerin artmasına neden olabilir. Çalışanın fiilinden sorumluluğun kapsamının genişletilerek, ifa vesilesiyle verilen zararlar da, buraya dâhil edilmelidir. Bu bağlamda banka çalışanı tarafından çalışma saatleri dışında açıklanan sır nedeniyle de, bankanın sorumluluğu bulunduğu söylenebilir. Zira çalışan mesleki faaliyeti nedeniyle, sırda vakıf olmuştur. Burada önemli olan nokta, açıklanan sırrı, çalışanın, mesleki faaliyeti sırasında öğrenmiş olmasıdır. Yoksa sırrın açıklanma zamanı ve yeri önem arz etmez⁷²⁶.

7.4.2.2. Zararın tazmini

7.4.2.2.1. Fransız hukukunda

CC art. 1242 al. 5 gereğince, banka çalışanının, gizli nitelikteki bilgileri açıklaması, bankanın hukuki sorumluluğunu doğurmaktadır. Bilgileri açıklanan kişi, zararın nakden tazminini talep edebilir. Bu noktada temel problem, zarar gören kişinin zararın tazminini kimden talep edeceği noktasında toplanmaktadır.

Eski CC art. 1384 al. 5, zarar gören kişiyi korumak amacıyla, birden fazla kişiden zararı talep etme hakkını düzenlemişti. Zarar gören, başkasının fiili nedeniyle sorumluluk hükümleri gereğince adam çalıştırana başvurabileceği gibi, doğrudan doğruya haksız fiili gerçekleştiren çalışana da başvuru hakkına sahipti. Elbette, haksız fiil nedeniyle meydana gelen zararın, çalışan ve adam çalıştırandan tek bir davayla aynı anda talep edilmesi de mümkündür⁷²⁷.

Ancak bu durum, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2000 tarihli kararıyla değişmiştir. Kararda; “*çalışanın kusurlu ve fakat adam çalıştıran tarafından kendisine*

⁷²³ Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 108.

⁷²⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 353; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 52; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 148.

⁷²⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 52.

⁷²⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 52; bkz., yukarıda birinci bölüm 7.3.5.2.1.'de “yardımcı kişinin borca aykırı fiili ile müşteriye zarar vermesi” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷²⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 358; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 54.

bırakılan görev sınırları içinde kalan fiili sebebiyle, yalnızca adam çalıştırana dava açılabileceğine” hükmedilmiştir. 14.12.2001 tarihli bir başka kararda ise, bu kurala dair istisna getirilmiştir: “...eğer çalışan kasıtlı olarak ceza yaptırımı bulunan fiili işlerse, kendisinin sorumluluğu bulunur...”. Bu bağlamda Fransız hukuku bakımından üç farklı varsayımdan bahsedilebilir. İlk olarak çalışan, kendisine bırakılan görevin sınırlarını aşmadan haksız fiili gerçekleştirmişse, yalnızca adam çalıştırının sorumluluğu doğacaktır. Eğer çalışan, kendisine bırakılan görevi kötüye kullanmışsa, yalnızca kendisinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Son olarak çalışan, görevini kötüye kullanmamış ve fakat kendisine bırakılan görevin sınırlarını aşmışsa, bundan zarar gören, çalışana veya adam çalıştırana başvurabilecektir. Bu durumda meydana gelen zararı karşılayan bankanın, çalışanına rücu hakkı olacaktır⁷²⁸. Ancak çalışan, banka tüzel kişiliğince verilen emir veya talimat gereği gizli nitelikteki bilgileri açıklamışsa, çalışanın sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Öte yandan CC art. 1242’de; adam çalıştırının kurtuluş kanıtı getirebilmesine dair bir hüküm yer almamaktadır. Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.05.1988 tarihli kararında⁷²⁹; adam çalıştırının, çalışanın, kendisine bırakılan işin dışında ve işe yabancı bir fiili, izin almadan gerçekleştirmesi nedeniyle sorumlu olamayacağına karar vermiştir. Bankanın, çalışanın fiilinden sorumlu olmaması için iki şarta ihtiyaç bulunmaktadır: Çalışan, adam çalıştırının talimatlarına aykırı hareket etmiş olmalı, çalışanın fiili kendisine bırakılan işin dışında ve işine tamamen yabancı olmalıdır⁷³⁰.

7.4.2.2.2. İsviçre-Türk hukukunda

Adam çalıştırın olarak banka, çalışanın mesleki faaliyetini yürütürken verdiği tüm zararlardan sorumludur. Fakat tazminata konu olan zararlar, sınırsız şekilde belirlenmemiştir. Tazmin edilecek zarar hukuka aykırı fiil ve olaylar sonucu meydana gelmiş zararlardır. Bu kapsamda maddi veya manevi zararlar yer alır⁷³¹. Ayrıca sorumluluk sebebiyle tazmin edilecek zararların çerçevesi, uygun nedensellik bağıyla ikinci kez sınırlanmaya çalışılır⁷³². Adam çalıştırının sorumluluğunda, bankanın ve çalışanın kusuru aranmadığı için, kusursuzluğu ispat ile sorumluluktan kurtulmak

⁷²⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 358; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 54.

⁷²⁹ Cour de cassation Assemblée plénière du jeudi 19 mai 1988 N° de pourvoi: 87-82654.

⁷³⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 55; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 355.

⁷³¹ Eren, 2018, **a.g.k.**, 749 vd; Kara Kılıçarslan, 2018, **a.g.k.**, 170-171.

⁷³² Kara Kılıçarslan, 2018, **a.g.k.**, 170.

mümkün olmadığı gibi, varsa kusurun derecesi de, tazminatın belirlenmesinde önem taşımaz. Zarardan sorumlu başka kişiler varsa, munzam (fazladan) kusur, rücu konusunda etkili olabilir⁷³³.

İsviçre-Türk hukukunda, bankanın sorumluluktan kurtulması, Fransız hukukundan farklıdır. Objektif özen sorumluluğu esasına göre adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Adam çalıştıran için öngörülen kurtuluş kanıtı, hâlin icabının gerektirdiği tüm önlemlerin objektif olarak alınmış olduğu anlamına gelir⁷³⁴. Diğer taraftan TBK m. 66 f.3'te⁷³⁵ yer alan organizasyon sorumluluğu⁷³⁶ çalışanın sebep olduğu zararlar bakımından da geçerlidir. Çalışandan kaynaklanan zararın varlığı ile her iki sorumluluğa ait şartların birleşmesi durumunda, TBK m. 60⁷³⁷ gereğince adam çalıştıranın sorumluluğuna ve organizasyon sorumluluğuna dair hükümler yarışır. Ancak işletenin TBK m. 66 f. 3'e dayalı organizasyon sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğuna göre daha ağır niteliktedir. Bu sebeple bankanın organizasyon sorumluluğu müşterinin lehinedir⁷³⁸.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde, rücu hakkına sahiptir (CO art. 55 al. 2 ve TBK m. 66 f.4).

⁷³³ İsviçre hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 356; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 56; Türk hukukunda Oğuzman ve Öz, 2018a, **a.g.k.**, 157; Tekinay vd., 1993, **a.g.k.**, 510.

⁷³⁴ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 272; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 356; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 147.

⁷³⁵ TBK m. 66 f. 3'e göre; *"bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür"*. Bu hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'na dayanmaktadır. Mevcut İsviçre Borçlar Kanunu'nda, işletmenin organizasyon sorumluluğuna dair düzenleme bulunmamaktadır.

⁷³⁶ Organizasyon sorumluluğu; işletenin, işletme organizasyonuna özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle, bir başkasının, işletme faaliyetinden kaynaklanan zararını tazmin etmekle yükümlü tutulması anlamına gelmektedir. M. Ünlütepe (2016). *Organizasyon sorumluluğu TBK m. 66/III*. İstanbul: Legal Yayınları, s. 125; Organizasyon sorumluluğunun ortaya çıkmasında, işletme faaliyetinin tehlikeli olması, söz konusu tehlike sebebiyle bir zararın meydana gelmiş olması şartı aranmaz. Ünlütepe, 2016, **a.g.k.**, 125; Kara Kılıçarslan, 2017, **a.g.k.**, 138; Kılınç, 2018, **a.g.k.**, 87;

⁷³⁷ TBK m. 60 hükmü şöyledir: *"bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir"*.

⁷³⁸ Ünlütepe, 2016, **a.g.k.**, 196-197; Eren ise, işletmenin organizasyonuna dair yükümlülüklerin seçme, talimat verme ve denetleme ödevlerinin içinde yer aldıklarını, onun bir parçasını oluşturduğunu ifade etmektedir. Eren, 2018, **a.g.k.**, 654.

Tazminat istemi, müşterinin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde sırrın açıklandığı tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (TBK m. 72)⁷³⁹.

7.4.2.3. Sorumsuzluk anlaşmaları

Fransız hukukunda hâkim olan görüşe göre, sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlayan anlaşmalar geçerli değildir. Bu yöndeki hükümler batıl sayılmalıdır⁷⁴⁰.

Sözleşmesel sır saklama yükümlülüğünün içeriği, daha çok tarafların iradesine bağlıdır. Sözleşmeye konulacak hükümle, sır saklama yükümlülüğüne dair bazı sınırlamalar getirilebilir. Oysa haksız fiil alanında yükümlülüğün içeriği, yalnızca sırrın sahibine bağlıdır. Yalnızca sır sahibi, bankayı susma yükümlülüğünden kurtarabilir. Bankanın, tek taraflı olarak, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde uygulanacak yaptırımlara dair sınırlayıcı şartları öngörmesi mümkün değildir⁷⁴¹.

İsviçre-Türk hukukunda hâkim olan görüşe göre ise; emredici hükümlere aykırı olmadığı sürece, haksız fiil sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan anlaşmalara karşı çıkmak için bir sebep bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerden biri, zarar görenin onayıdır. Zarar görenin onayı haksız fiil sorumluluğuna engel oluyorsa, iki tarafın açık irade beyanı ile kurulmuş olan sözleşmede yer alan şart da, geçerli sayılabilmelidir⁷⁴².

TBK m. 115 ve m. 116 kıyasen uygulanarak, hafif ihmalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu ortadan kaldırılabilir. Fakat aynı maddelerde mesleki faaliyetini izin alarak yürütenler için istisna da öngörülmüş olduğundan, belirtilen sonuç, borçlu banka açısından geçerli sayılamayacaktır. Asıl borçlu olan veya yardımcı kişinin hizmetinden

⁷³⁹ Fransız hukukunda, bu süre, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren beş yıldır (CC art. 2224); İsviçre hukukunda tazminat istemi, müşterinin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak *bir* yılın ve her hâlde sırrın açıklandığı tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar (CO art. 60).

⁷⁴⁰ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 56; Lasserre-Capdeville, 2017, **a.g.k.**, 359.

⁷⁴¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 360.

⁷⁴² Türk hukukunda Başalp, 2011, **a.g.k.**, 124-125; Akman, 1976, **a.g.k.**, 113; Erten, 1977, **a.g.k.**, 166; Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, sorumluluğu sınırlayan sözleşme şartlarının haksız fiil sorumluluğu alanında sonuç doğurabilmesi için, sözleşmeye bu yönde hüküm konmasının yeterli olacağına hükmetmiştir. İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, s.263.

yararlanan bankanın, sorumsuzluk anlaşması ile haksız fiil sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir⁷⁴³.

7.4.2.4. Taleplerin yarışması

Fransız, İsviçre-Türk hukukunda, sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu hükümlerinden doğan taleplerin, biri diğerinin yanında yer alacak şekilde ileri sürülüp, her bir talep hakkında karar verilmesinin istenmesi (kümülatif dava birleşmesi)⁷⁴⁴ mümkün değildir⁷⁴⁵. Davacı, bu davalar nedeniyle, iki kere tazminat elde etme hakkından yoksundur.

Ancak İsviçre-Türk hukukunda, “taleplerin yarışması” kuralı geçerlidir. Zarar gören, sözleşmesel sorumluluk veya haksız fiil sorumluluğu hükümlerinden dilediğine dayanarak, zararının giderilmesini talep hakkına sahiptir⁷⁴⁶. Fakat sözleşmesel sorumluluğa dayalı talepler bakımından, zamanaşımı süresi on yıl iken (CO art. 127 ve TBK m. 146), haksız fiile dayalı talepler bakımından, iki ve on yıllık zamanaşımı süreleri (CO art. 60 ve TBK m. 72) bulunmaktadır. Müşteri sırrının açıklanmasından zarar görenin, sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre zararın giderilmesini talep etmesi daha avantajlı olacaktır.

7.5. Ceza Hukukuna İlişkin Hukuki Düzenlemeler

7.5.1. Fransız hukukunda

Eski CP art. 378’e göre; doktorlar, cerrahlar, diğer sağlık görevlileri, eczacılar, ebeler, sürekli veya geçici durumları veya meslekleri gereği, kendilerine verilen sırları kanunun izin verdiği veya yetkilendirdiği hâller dışında açıklarsa, bir ay hapis cezası ve 500 franktan 1500 franka kadar para cezası ile cezalandırılırdı. Madde hükmü açıkça, mesleki sır saklama yükümlülüğünü düzenlemekle birlikte, müşteri sırrına ilişkin açık bir düzenleme getirmemekteydi⁷⁴⁷.

⁷⁴³ İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, s.263; Türk hukukunda Başalp, 2011, **a.g.k.**, 124-125; Akman, 1976, **a.g.k.**, 117. Erten, 1976, **a.g.k.**, 171.

⁷⁴⁴ E. Aksoy (2015). Objektif Dava Birleşmesi. *TBB Dergisi. Y. 2015 S. 117. s.205.*

⁷⁴⁵ Eren, 2018, **a.g.k.**, 1166-1167.

⁷⁴⁶ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 272; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 356; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 147.

⁷⁴⁷ Doktrinde sorunun çözümü için, “zorunlu sırdaş” ölçütü esas alınmıştır. Buna göre; meslekleri gereği kendilerine sır verilmesi zorunlu olan ve bu sırlar olmadan mesleki faaliyeti yürütemeyecek kişiler için zorunlu sırdaş kavramı kullanılmıştır. Bankalar ise, uzun süre alalade tacirler olarak, zorunlu sırdaş niteliğinde görülmemişler ve gizlilik yükümlülüğünün ihlalinde yalnızca meydana gelen zararın tazmini

Ancak müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne dair CMF art. L. 511-33'ün yürürlüğe girmesiyle, bu belirsizlik sona ermiştir. CMF art. L. 511-33 ile CP art. 226-13'e atıf yapılmış ve müşteri sırrı ceza yaptırımlarıyla da açık olarak korunmaya başlamıştır. CP art. 226-13'e göre; *“bir durum, meslek, sürekli veya geçici görev nedeniyle gizli nitelikteki bilgileri saklayan, bu bilgileri açıklarsa, bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, çalışanın fiilinden sorumlu olan kredi kuruluşu da, sırrın açıklanmasından zarar gören kişinin zararını tazmin eder”*.

7.5.2. İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda, LB art. 47'de, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırılık hâlinde uygulanacak ceza yaptırımları da düzenlenmiştir. Maddeye göre:

“1.Aşağıdaki fiilleri kasıtlı olarak işleyenler 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır:

- a. *Bankanın, bu Kanun'un 1b maddesine tâbi kişinin organı, çalışanı, vekili, tasfiye memuru veya denetime yetkili şirketin organı veya çalışanı sıfatıyla öğrendiği sırları açıklayan,*
- b. *Başkalarını mesleki sır saklama yükümlülüğünü ihlale teşvik eden,*
- c. *Bu maddenin a bendi kapsamında kendisine verilen sırrı açıklayan veya bu sırrı kendi ya da başkalarının yararına kullanan,*

1.bis. bu maddenin 1. fıkrasının a ve c bendine aykırı olarak kendisi veya üçüncü kişiler için ekonomik yarar elde edenler, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır.

2.Kusurlu fail 250.000 Frank'a kadar para cezası ile cezalandırılır.

3.

4.Mesleki faaliyetin veya görevin sona ermesinden sonra işlenen sır saklama yükümlülüğünün ihlali fiili için de, bu maddede belirtilen cezalara hükmedilir...”

Madde metni incelendiğinde, Fransız hukukuna nazaran daha ağır ceza yaptırımlarına yer verildiği görülmektedir⁷⁴⁸. Ayrıca yalnızca görevi ve mesleği gereği

yolu benimsenmiştir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 74; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 25; Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 79-80.

⁷⁴⁸ İsviçre hukukunda, LB art. 47'de, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kasıtlı olarak ihlal edilmesi fiili için altı ay hapis ve 50.000 Frank para cezası yaptırımı bulunmaktaydı. Aynı fiilin kasıtsız işlenmesi durumunda 30.000 Frank'a kadar para cezasına hükmedilmekteydi. Müşteri sırrına yönelik uluslararası baskıların artmasıyla, İsviçre Kanun koyucusu, bu sır türünü daha da güçlendirmeye karar vermiştir.

sırrı öğrenmiş olanların değil, aynı zamanda herhangi bir şekilde müşteri sırrını öğrenerek açıklayan ve sırrı açıklamaya teşvik eden üçüncü kişilerin de ceza yaptırımına tâbi olduğu anlaşılmaktadır. Müşteri sırrı ile ekonomik yarar elde edilmesi ağırlaştırıcı neden sayılmaktadır. İsviçre hukukunda farklılık arz eden bir diğer husus, sırrı saklamakla yükümlü olanların, ihmâlleri ile işledikleri fiiller için de ceza yaptırımı öngörülmüş olmasıdır^{749 750}.

7.5.3. Türk hukukunda

7.5.3.1. BankK m. 159

BankK’nın, “suçlara” ilişkin ikinci bölümünde yer alan “sırların açıklanması” başlıklı 159. Maddesi, müşteri sırrının hukuka aykırı olarak açıklanmasına dair ceza yaptırımlarını düzenlemektedir. Maddeye göre:

“Bu Kanunun 73 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adlî para cezası hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır (m.159f.1). Yukarıdaki fıkroda belirtilen kimseler sırları kendileri ya da başkaları için yarar sağlamak amacıyla açıklamış olursa verilecek cezalar altıda bir oranında artırılır. Ayrıca, fiilin önemine göre sorumluların bu Kanun kapsamına giren kuruluşlarda görev yapmaları, iki yıldan aşağı olmamak üzere geçici veya sürekli olarak yasaklanır. (m. 159 f.2)”

BankK m. 159 incelendiğinde, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişilerin, bu yükümlülüklerini ihlal etmelerinin suç teşkil ettiği ve bu suç için hapis ve adli para cezası yaptırımı öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Maddenin ilk fıkrası, sırrın açıklanması suçunun basit hâlini düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, sırrın açıklanmasıyla ekonomik yarar sağlanmasının⁷⁵¹ ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. İkinci fıkra hükmü, LB art. 47’ye benzer şekilde suçun nitelikli

LB’nin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni art. 47 hükmüne göre; kasıtlı olarak müşteri sırrını açıklayanlar için üç yıla kadar hapis veya para cezasına hükmedilir. Sırrın ihmâl ile açıklanması durumunda verilecek para cezası, 30.000 Frank’tan 250.000 Frank’a çıkarılmıştır. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 98.

⁷⁴⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 83; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 371; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 36.

⁷⁵⁰ Banka çalışanı müşterisiyle, üçüncü kişilerin kendilerini dinlediğini dikkate almadan görüşme yapmışsa veya aynı görüşmede üçüncü kişilerin gizli nitelikteki bilgileri içeren belgelere ulaşabileceği hususu üzerinde durmamışsa, özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olur. Bu durumda banka çalışanı için, LB art. 47’de belirtilen ceza yaptırımı uygulanabilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 142.

⁷⁵¹ Müşteri sırrının öğrenilmesi ile yararın sağlanmış olacağı, yarar sağlamanın sırrın açıklanmasını gerektirmediği görüşü için bkz., Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 261.

hâlini düzenlemektedir⁷⁵². Ayrıca TCK m. 5⁷⁵³ gereği, hukuka aykırılık, kusurluluk, suçun özel görünüş biçimleri ve yaptırıma ilişkin temel hususlarda da Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleri uygulanacaktır⁷⁵⁴.

BankK m.73. ve m. 159 birlikte değerlendirildiğinde, sırrın açıklanması suçunun üç fail grubu tarafından işlenebileceği görülmektedir. Bankacılık sırrının açıklanması suçunun birinci fail grubunu BDDK ve TMSF görevlileri⁷⁵⁵; ikinci fail grubunu sıfat ve görevleri dolayısıyla sırrı öğrenenler^{756 757}; üçüncü fail grubunu ise, kurum ya da banka çalışanı olmayan üçüncü kişiler oluşturmaktadır⁷⁵⁸. Böylece BankK m. 73’teki bankalara ve müşterilere ait sırların açıklanması yasağının kapsamı da, bu hüküm ile genişletilmiştir. Kurum çalışanları, müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri, görevleri sırasında öğrenmiş olmalıdır. Banka çalışanı ise, görevi sırasında olmasa bile, bankacılık sıfatı veya görevi dolayısıyla bu tür bir bilgiyi öğrenmiş olabilir⁷⁵⁹.

Müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbi olanlar arasında, banka tüzel kişiliği de bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket eden bankanın, meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekir. Ancak tüzel kişi bankanın ceza sorumluluğu farklıdır. Tüzel kişiler hakkında hapis veya adli para cezasına hükmedilemeyeceğinden⁷⁶⁰, bankalar hakkında BankK m. 148’te ve diğer kanunlarda belirtilen idari para cezasına hükmedilebilir⁷⁶¹.

⁷⁵² U. Yiğit (2006). *Bankacılık suçları*. İstanbul: Yaydağ Yayınları, s. 423; Tekin, 2009, **a.g.k.**, 142-144.

⁷⁵³ TCK m.5’te; “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır...” hükmü yer almaktadır.

⁷⁵⁴ Çiftçioğlu, 2017, **a.g.k.**, 266.

⁷⁵⁵ Bu görevliler, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, TMSF kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli ve Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanlarıdır. Çiftçioğlu, 2017, **a.g.k.**, 266.

⁷⁵⁶ Bu kişiler, banka yönetim kurulu üyeleri, banka çalışanları, bankanın dışarıdan destek hizmeti aldığı kişilerdir. Ayrıca Merkez Bankası yetkilileri, resmi görevi sonucu banka ile ilişki kuran devlet memurları, icra memuru, noter, müfettiş, yeminli denetçi, bağımsız denetçi, hesap uzmanı, kanunen açıkça yetkili kılınıp da bankadan bu sırları öğrenen diğer mercilerin görevlileri bu kapsamda yer almaktadır. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1495-1496; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1292-1293; Çiftçioğlu, 2017, **a.g.k.**, 267; Ancak bankanın ortaklarının, sadece ortak olmaları sebebiyle, banka ve müşteri sırrına sahip olmaları mümkün değildir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1494.

⁷⁵⁷ Kanun’un 73. maddesinin 3. fıkrasında, sadece bir bankaya ait sırrın açıklanması düzenlenmişken, 1. fıkrasında kurum çalışanlarının tüm bankalara ait sırları öğrenebilmesi ve bunun açıklanması düzenlenmiştir. A. Ersan (2013). Ticari sır bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanmasına dair Türk Ceza Kanunu ve Bankacılık Kanunu’ndaki düzenlemelerin karşılaştırılması. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 8(84), s. 25; A. Ekici (2007). Bankacılık mevzuatı kapsamında banka ve müşteri sırrı. *Bankacılar Dergisi*, 2007(63), s. 54.

⁷⁵⁸ Yiğit, 2006, **a.g.k.**, 422; Ersan, 2013, **a.g.k.**, 25; Çiftçioğlu, 2017, **a.g.k.**, 266.

⁷⁵⁹ Ersan, 2013, **a.g.k.**, 25.

⁷⁶⁰ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1555; Tekşen, 2016, **a.g.k.**, 111; Nitekim TCK m. 20 f. 2’ye göre; *tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri*

7.5.3.2. TCK m. 239

TCK'nın "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" başlıklı 239. maddesi de sırların açıklanması fiilini suç saymakta ve cezalandırmaktadır⁷⁶².

Maddeye göre; *"sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu fıkra göre cezaya hükmolunur. Birinci fıkra hükümleri, fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır. Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz. Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır"*.

Müşteri sırrının açıklanmasında hem TCK m.239 ve hem de BankK m. 159'a uygun düşen fiiller olabilecektir⁷⁶³. Bu durumda özel kanun olması sebebiyle BankK'da yer alan hükmün uygulanması gerektiği düşünülebilir. Oysa BankK m. 161'de bulunan; *"...Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı*

niteliğindeki yaptırımlar saklıdır. Ayrıca Kabahatler Kanunu'nun 8. maddesine göre; "organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir". Ayrıca TCK m. 242 gereğince, suçun işlenmesi suretiyle haksız menfaat sağlayan tüzel kişi hakkında TCK m. 60'da öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanır. M. Maral (2015). TCK madde 239: ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun incelenmesi. *İstanbul Barosu Dergisi*, 92(2), s. 123.

⁷⁶¹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 260.

⁷⁶² TCK m.239'un ilk cümlesinde düzenlenen suç ile, Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suç, esasen birbirinin aynısıdır. Ancak TCK'nın 239. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde, failin söz konusu belgeleri hukuka aykırı olarak ele geçirdikten sonra bunları yetkisiz kişilere vermesinin ve açıklamasının suç teşkil edeceği hükmüne bağlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı olarak ele geçirilen bilgilerin açıklanması fiili, yalnızca bu madde kapsamında düzenlenmiştir. Daha açık bir ifade ile failin hukuka aykırı olarak ele geçirdiği müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri açıklamadan, ilgili bankanın yetkili kişilerine vermesi ya da hiç vermemesi durumunda suç oluşmayacaktır. Bu nedenle TCK'nın 239. maddesinin zımni olarak kaldırıldığı düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır. Ersan, 2013, **a.g.k.**, 15 ve 16; Çiftçioğlu, 2017, **a.g.k.**, 269.

⁷⁶³ Müşteri sırrının "üçüncü kişi" tarafından açıklanmasında hem TCK hem de BankK'ya uygun düşen fiiller olabilir. Z. T. Kangal (2014). Ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*. 2014 (24), s. 47; Oysa BDDK personelinin kendi veya başkalarının yararına müşteri sırrını kullanmaları bakımından, BankK'nın bu konudaki hükümleri özel norm olarak varlığını sürdürür. Ersan, 2013, **a.g.k.**, 33

gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır” hükmünün de dikkate alınması gerekecektir. Söz konusu hüküm, bir fikri içtima düzenlemesine benzemektir. Ancak fikri içtimadan bahsedilebilmesi için, hükümler arasında, genel norm ve özel norm ilişkisi bulunmamalıdır⁷⁶⁴. Burada böyle bir ilişki olduğu gibi, daha hafif cezayı gerektiren norm, daha ağır cezayı gerektiren normun uygulanması için sarıh olarak, onun gerisine çekilmektedir. Bir başka deyişle, daha hafif cezayı gerektiren normun, tali norm olarak sonralığı söz konusu olmakta; bu iki norm arasında, asli-tali norm ilişkisi bulunmaktadır⁷⁶⁵. Böylece müşteri sırrının açıklanması hâlinde, aynı oranda hapis cezası öngörülmekle birlikte, somut olaya göre adli para cezasının üst sınırı daha ağır olduğu için, TCK’nın 239. maddesi asli norm olarak uygulanacaktır⁷⁶⁶.

7.5.3.3. TCK m. 136-137

TCK’nın 136. maddesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi fiilini suç saymakta ve cezalandırmaktadır. Maddeye göre; *“kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*. TCK m. 137 ise suçun nitelikli hâlini düzenlemektedir. *“Fiilin kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi durumunda, verilecek ceza yarı oranında artırılır”*.

Müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler aynı zamanda kişisel veri içermekteyse⁷⁶⁷, bunların yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi hâlinde TCK m. 239 ile TCK m. 136 arasında fikri içtima ilişkisi ortaya çıkar. Sır niteliğindeki bilgilerin açıklanması

⁷⁶⁴ Kangal, 2014, **a.g.k.**, 47.

⁷⁶⁵ Ersan, 2013, **a.g.k.**, 33; Kangal, 2014, **a.g.k.**, 47.

⁷⁶⁶ Ersan, 2013, **a.g.k.**, 33.

⁷⁶⁷ Kangal, adres, cep telefonu numarası ve elektronik posta adresi gibi başka yerlerden de kolayca temin edilebilecek bilgilerin, müşteri sırrı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını söylemektedir. Kangal, 2014, **a.g.k.**, 31; Aytekin İnceoğlu, söz konusu bilgiler ile bankacılık mesleği ve işlemlerinin yapılması arasında nedensellik bağının olmadığını ifade etmektedir. Yazar’a göre; banka işlemleriyle ilgili olmayan, özel hayata dair bilgilerin açıklanması, bankacılık sırrının açıklanması anlamına gelmez. Sırrın açıklanması, banka sözleşmesinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün ihlali sebebiyle, hukuki sorumluluğa ve Türk Ceza Kanunu’nun kişisel verilerin açıklanmasına dair hükümleri sebebiyle, ceza sorumluluğuna yol açabilir ve fakat Bankacılık Kanunu’nun 159. maddesi kapsamında suçun oluşması için gerekli unsur bulunmaz. Aytekin İnceoğlu, 2008, **a.g.k.**, 125.

durumunda, daha ağır ceza yaptırımları öngördüğünden, TCK m. 136-137 uygulama alanı bulur⁷⁶⁸.

7.6. İdari Sorumluluğa İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Fransız hukukunda CMF art. L.612-1 gereğince; “İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu, bankaların, müşterilerin korunmasına yönelik kurallara, Avrupa Birliği düzenlemelerine dair kurallara ve meslek etiği kurallarına uymasını gözetmekle yükümlüdür. CMF art. L. 612-39 uyarınca Kurum, mevzuat hükümlerini ihlal eden banka için; “uyarma, kınama, bazı işlemleri yasaklama, bir veya daha fazla yöneticinin görevini askıya alma, faaliyet iznini kısmi olarak kaldırma, faaliyet iznini tamamen kaldırma ve yüz milyon Avroya kadar para cezası vermeye yetkilidir”^{769 770}.

Aynı şekilde LB art. 1^{bis} gereğince, Kanun’un uygulanmasını ve İsviçre bankalarının Kanun’a uymasını gözetmekle yükümlü olan “İsviçre Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu”, bankacılık mevzuatına aykırı hareket eden banka için, faaliyet izninin kaldırılması kararı verebilir. Faaliyet izni kaldırılan banka, bankacılık faaliyetini gerçekleştiremez⁷⁷¹.

⁷⁶⁸ Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 14.12.2016 tarih, 2016/9332 Esas ve 2016/13355 Karar sayılı kararında; şikâyetçinin hesap hareketini, sistemde kayıtlı olan çalıştığı firmaya ait faks numarasına gönderen banka müdürü hakkında, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme fiili (TCK m. 136/1) sebebiyle soruşturma açılması için yeterli delil olduğuna hükmetmiştir. Kararda; “...incelenen dosyada, şikayetçi ...'ün kendisine ait kişisel veri niteliğindeki banka hesap hareketlerine dair dökümün bilgisi dışında şüpheli ...'e verildiğini ve şüpheli ... tarafından da rızası dışında delil olarak kullanıldığını iddia etmesine, şüpheli ...'in ... Tic. Ltd. Şirketi yetkilisi sıfatı ile şikayetçi ... hakkında güveni kötüye kullanma, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarını işlediğinden bahisle vekili aracılığıyla Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde suç duyurusunda bulunduğu esnada dilekçe ekinde şikayetçiye ait şahsi hesaba dair hesap hareketliliklerini gösterir belgenin delil olarak ibraz edilmesine, şikayetçiye ait hesap hareketinin telefonla yapılan talep üzerine düzenlenip şüpheli ...'nın müdür olarak görev yaptığı şube tarafından şikayetçinin sistemde kayıtlı olan çalıştığı firmaya ait faks numarasına gönderildiğinin ... Bankası ... Şubesi'nin 11.06.2012 tarihli cevabi yazısı ile bildirilmesine göre, şüpheliler ... ve ... haklarında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136/1. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan soruşturma yapılması için yeterli delil bulunduğu, anılan suça dair delillerin etraflıca araştırılıp şüphelilerin hukuki durumlarının bu suça göre takdir ve tayin edilmesi gerektiği anlaşılmakla, Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen 26.05.2014 tarihli ve 2012/14410 soruşturma sayılı ek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine dair mercii 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 06.07.2015 tarihli ve 2015/1711 değişik iş sayılı kararında isabet görülmemiştir...” denilmiştir.

⁷⁶⁹ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 47.

⁷⁷⁰ Belirtilen yaptırımların uygulanması için, müşteri sırrının kasten açıklanmış olması zorunlu değildir. Banka çalışanının iyi niyeti, kusurun tespitinde ve banka çalışanı için uygulanacak ceza yaptırımlarında etkilidir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 71.

⁷⁷¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 71; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 411

Türk hukukunda, bankaların BDDK tarafından denetimi, BankK m. 65-71 arasında düzenlenmiştir. Denetim neticesinde uygulanacak yaptırımlar arasında, faaliyet izninin kaldırılması ve TMSF'ye devir de sayılmıştır⁷⁷². Fakat bankanın sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. O hâlde, bankanın sır saklama yükümlülüğü, BankK ve ilgili mevzuata aykırılık bakımından değerlendirilmelidir. Buna göre, öncelikle Kanuna ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamaların bulunması (BankK m. 67) durumunda düzeltici önlemler (BankK m.68) alınabilir. Bu önlemlere rağmen mevzuata aykırılık devam ediyorsa Kurul bazı iyileştirici (BankK m. 69) ve kısıtlayıcı (BankK m. 70) önlemler alabilir. Yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınması bu önlemlerden bazılarıdır (BankK m. 70 f. c). Düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almayan banka mensupları hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasına karar verilir (BankK m. 152 f.1).

Belirtilen önlemleri almamak bankanın nitelikli paya sahip ortaklarına veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla yapıldığı takdirde dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilir (BankK m. 152 f.2). Tüm bu önlemlere rağmen aykırılığın giderilmemesi durumunda BankK m. 71'e uygun olarak bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir yollarına gidilebilir.

7.7. Mesleki Sorumluluğa İlişkin Hukuki Düzenlemeler

Meslek birlikleri, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün de aralarında bulunduğu bazı yükümlülükler getirebilmektedir. Fransız hukukunda dokuz bankanın temsile yetkili kişisi tarafından imzalanan “Mevduat Hesaplarına Dair Anlaşma'nın” 9. maddesinde; hesap sahiplerine dair bilgilerin saklanması yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁷³. Benzer şekilde İsviçre Banka Çalışanları Derneği tarafından onaylanan “Banka Çalışanlarının Çalışma Şartlarına Dair Anlaşma'nın” 7. maddesi;

⁷⁷² Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 251-254; Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 263-264.

⁷⁷³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 71; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 411

“çalışanlar, mesleki faaliyetlerini yürütürken üçüncü kişilerle ilgili öğrenmiş oldukları bilgiler hakkındaki mutlak gizliliğe riayet etmelidir. Bu kişiler, bankanın müşterisinin iş ilişkileri hakkındaki sırları saklamakla yükümlüdür. Sırrı saklama yükümlülüğü, sözleşme sona ermiş olsa bile devam eder” hükmünü ihtiva etmektedir⁷⁷⁴.

Belirtilen düzenlemelere uyulmaması, içinde bulunduğu meslek birliğince bankaya idari para cezası verilmesi ve bankanın meslek birliğinden çıkarılması sonucu doğurabilir. Bu nedenle, meslek birlikleri tarafından yapılan anlaşma ve diğer düzenlemeler, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünü güvence altına almakta ve bu yükümlülüğe uyulmaması mesleki sorumluluğa neden olmaktadır.

Mevduat bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları, tüzel kişiliği haiz ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Bankalar Birliğine; katılım bankaları ise aynı nitelikteki Türkiye Katılım Bankaları Birliğine, faaliyet izni aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde üye olmak zorundadır (BankK m. 79). Söz konusu kuruluşlar, üye banka mensuplarının uyacakları meslek ilkeleri ve standartlarını Kurumun uygun görüşünü alarak belirler (BankK m. 75 ve m.80).

Kanun’un ilgili düzenlemesi çerçevesinde, Türkiye Bankalar Birliği tarafından 26.06.2006 tarihinde Bankacılık Etik İlkeleri yayımlanmıştır. Bankacılık etik ilkeleri, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun, 19 Haziran 2014 Tarih ve 5903 sayılı Kararı ile değiştirilmiş ve Türkiye Bankalar Birliği Yönetim Kurulu’nun 20 Ağustos 2014 tarihli Kararı ile de kabul edilmiştir⁷⁷⁵.

Bankacılık Etik İlkeleri’nin 1. maddesinde; etik ilkelerin temel amacının, bankacılık mesleğinin toplumda mevcut saygınlık duygusunun sürekliliğinin sağlanması, meslek onuru olarak adlandırılan bu saygınlık duygusunun geliştirilerek sürdürülmesi ve bankacılık sektöründe istikrar ve güvenin korunması olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede etik kurallarının “müşteri sırrı” başlıklı 10. maddesinde *“bankaların bilgi ve belge istemeye kanunen açıkça yetkili kişi ve merciler dışında müşterilere ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri gizli tutmak ve özenle saklamak zorunda oldukları”* hususu düzenlenmiştir. Anılan hükümler, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kaynaklarından biri olarak kabul edilebileceği gibi, sırrı saklama

⁷⁷⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 71-72.

⁷⁷⁵ İlkeler için bkz. <https://www.tbb.org.tr/tr/ana-sayfa/onemli-basliklar/bankacilik-etik-ilkeleri-/295> (Erişim tarihi: 03.03.2019).

yükümlülüğüne uyulmaması sebebiyle, mesleki birlikler tarafından da idari para cezası kararı verilebilir⁷⁷⁶.



⁷⁷⁶ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 265.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI ve İSTİSNALARI

1. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI

1.1. Müşteri Sırrı Kapsamındaki Bilgiler

Bankalar, banka işlemleri dolayısıyla, müşterileri veya üçüncü kişilerle ilgili çok sayıda bilgiye ulaşabilmektedir. Örneğin bir kredi başvurusuyla ilgili onay ve ret kararı verilmeden önce, başvuruyu yapan kişinin özellikle ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olunabilir⁷⁷⁷. Bankalar, bankacılık faaliyeti neticesinde edindikleri “gizli” nitelikteki bilgileri saklamakla yükümlüdür. Ancak, hangi bilgilerin sır saklama yükümlülüğü kapsamında olduğuna dair yasal bir düzenleme bulunmadığı için, konu doktrinde de tartışılmıştır.

Doktrinde bazı yazarlar, müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin teker teker sayılarak gösterilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Böylece, sır saklama yükümlülüğü kapsamında yer alan bilgilere ilişkin sıralama oluşturmuşlardır. Bu kapsamda;

- Müşterinin kimlik bilgileri
- hesaplarının durumu, mahiyeti ve sayısı
- hesap hareketleri,
- menkul kıymetlerle ilgili işlemler,
- banka hesabının açılması veya kredi sözleşmeleri ile ilgili olarak başvuruyu yapan müşterinin ekonomik durumu hakkında bir başka banka veya müşteri tarafından verilen bilgiler,
- şirketin cirosu, mal veya hizmet sağlayıcıları, iskonto veya ödenen kambiyo senetlerinin toplamı ve mahiyeti,
- kasa kirasına ait bilgiler,
- müşteri tarafından yapılan ödemeler ve havale talimatları,
- şahsi ve ayni teminat sözleşmeleri,

⁷⁷⁷ J.P. Deschanel (1977). L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit, *Revue Banque* no:365, Paris. s. 972.

- müşterinin banka işleminin karşı tarafı olan üçüncü kişilerin kimlik ve hesap bilgileri,
- üçüncü kişilerin bir başka banka aracılığı ile gerçekleştirmiş oldukları işlemler neticesinde banka tarafından elde edilen bilgiler,
- ticari sırra ilişkin bilgiler, işletmenin organizasyonu, üretim yöntemi, buluş, diğer işletmelerle ilgili sözleşme veya anlaşma, işletmeyle ilgili finansal projeler, müşteri sırrı olarak kabul edilmiştir⁷⁷⁸.

Bu yöntem, müşterilere ait bilgilerin belirlenmesine yardımcı olmakla beraber, tek başına tüm belirsizlikleri ortadan kaldıramayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bankacılık sektörünün hızlı gelişimi karşısında, müşterilerin gerçekleştirebileceği işlemlerin tamamının teker teker sayılması neredeyse imkânsızdır⁷⁷⁹. O hâlde, saklanması gereken bilgilere dair genel ölçütlerin belirlendiği bir yöntemi tercih ederek, müşteri sırrının konu bakımından kapsamını belirlemek gerekmektedir. Bu yöntemle göre; “sıfat ve görev dolayısıyla öğrenilmiş olan”, “gizli nitelikte olan”, “kişisel veya ekonomik” bilgiler müşteri sırrı kapsamındaki bilgilerdendir.

1.1.1. Bilginin sıfat ve görev dolayısıyla öğrenilmiş olması

Müşteri sırrı kapsamındaki bilgi bir sıfat ve görev dolayısıyla⁷⁸⁰ öğrenilmiş olmalıdır. Nitekim Fransız hukukunda, CMF art. L. 511-33’ün müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi hâlinde uygulanacak ceza yaptırımları konusunda atıf yaptığı CP art. 226-13’e göre; “*bir durum, meslek, sürekli veya geçici görev nedeniyle gizli nitelikteki bilgileri saklayan, söz konusu bilgileri açıklarsa, bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılır*”.

Fransız doktrini ve mahkemelerince, bankanın gizli nitelikteki bilgileri ne şekilde elde etmesi gerektiği hususu uzun yıllar tartışılmıştır. Gerçekten Eski CP art. 378’de

⁷⁷⁸ Fransız hukukunda Farhat, 1980, **a.g.k.**, 84; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 19; İsviçre hukukunda Schaefer, 1945, **a.g.k.**, 5; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 43.

⁷⁷⁹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 257; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 258; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 81; O. Jerez (2000). *Le secret bancaire*, Paris: Revue Banque, s. 52; Üstelik müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgilerin sıralanması yöntemi ilk kez Alman hukukundaki yazarlar tarafından önerilmiş olmakla birlikte, Alman hukukunda da bu yöntemden vazgeçilmiştir. Bunun yerine, genel ölçüt olarak, “iş bağlantısı dolayısıyla öğrenilen” ve “gizli kalmasında müşterinin menfaatinin” olduğu bilgiler müşteri sırrı olarak kabul edilmiştir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 118.

⁷⁸⁰ Bununla birlikte, bankacının müşterilere ait gizli bilgileri, mesleğinin ifası sebebiyle değil de şahsi (arkadaş veya akraba) ilişkileri neticesinde öğrenmiş olduğu iddia ediliyorsa, sorumluluktan kurtulmak için bu iddianın ispat edilmesi gerekecektir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 261; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 119.

“verilen bilgiler” ifadesi yer almış, doktrinde ve mahkeme kararlarında ilgili madde dar yorumlanmış ve yalnızca “müşterinin iradesi ile bankacıya verdiği” bilgilerin, gizli bilgi olduğu kabul edilmişti.

Tarihsel süreç içinde bilgilerin kapsamı, “gözleme, sonuç çıkarma ve üçüncü kişilerden öğrenme” şeklinde elde edilmiş tüm bilgileri kapsayacak şekilde genişlemiştir⁷⁸¹. Bu durum, müşteriyle veya üçüncü kişilerle ilgili bilgilerin, diğer bankalardan, bankanın istihbarat biriminden veya üçüncü kişilerden öğrenilmesinin mümkün olmasıyla açıklanmıştır. Zira banka çalışanı, müşteri tarafından kendisine açıkça teslim edilen bilgilerden, eriştiği finansal raporlardan, müşterinin tüm ticari ve bireysel işlemlerini de inceleyerek sonuç çıkarabilecektir⁷⁸². Fransız Kanun Koyucusu da, CP art. 226-13 maddesinde bir değişiklik yaparak, “verilen bilgi” yerine, “gizli nitelikteki bilgiler”⁷⁸³ ifadesini getirerek Fransız mahkeme kararlarına ve doktrinine uygun bir düzenleme yapmıştır⁷⁸⁴.

İsviçre hukukunda LB art. 47’den müşteri sırrı olarak kabul edilen bilgilerin “bankanın organı, çalışanı, vekili, tasfiye memuru veya denetime yetkili şirketin organı veya çalışanı sıfatıyla öğrenilen bilgiler” olduğu anlaşılmaktadır. Müşteri banka çalışanına kendisiyle ilgili bilgileri bizzat verebileceği gibi, bu bilgiler banka çalışanı tarafından mesleki faaliyeti sebebiyle de öğrenilmiş olabilir.

Esasen İsviçre hukukunda, müşteri ve bankayı birleştiren herhangi bir “iş bağlantısı”yla ilgili tüm bilgiler müşteri sırrı olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Müşteri tarafından verilmemekle birlikte, banka çalışanı tarafından mesleki faaliyetin yerine getirilmesi sırasında öğrenilen gizli nitelikteki bilgiler de, müşteri sırrı olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, banka çalışanının mesleki faaliyeti dışında öğrenilmiş olduğu bilgiler, sır saklama yükümlülüğü kapsamında yer almamaktadır⁷⁸⁶.

Türk hukukunda BankK m. 73’e göre de; “sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda

⁷⁸¹ Fransız Hukukunda, Sacker, 1933, **a.g.k.**, 19; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 27 ve s.86; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 75; İsviçre Hukukunda, Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 95; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 267; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 630.

⁷⁸² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 259.

⁷⁸³ Konuyla ilgili olarak Senato’da, Yasa Hazırlama Komisyonu’ndan gelen rapor üzerine, “verilen, görülen, dinlenen ya da anlanan gizli bilgi” şeklinde daha belirgin bir düzenleme yapılması önerilmiştir. Ancak düzenleme teklifi reddedilmiştir. Yine de Komisyon’un, “gizli” kavramı ile “sır” kavramının kapsamına katkıda bulunduğu söylenebilir. Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 260.

⁷⁸⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 259.

⁷⁸⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 105; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 36; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 43.

⁷⁸⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 106.

kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar". Müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgi mutlaka bir "sıfat ve görev" vesilesiyle öğrenilmelidir. İsviçre hukukunda olduğu gibi, banka ve müşteri arasındaki iş bağlantısıyla ilgili olarak öğrenilen gizli nitelikteki tüm bilgiler, müşteri sırrı sayılmaktadır⁷⁸⁷. Fakat bankanın bilgiyi, doğrudan müşteriden öğrenmiş olmasına lüzum yoktur. Müşterinin, bilgiyi erişilebilir kılması yeterlidir. Örneğin banka çalışanının, kredi yeterliliğiyle ilgili bilgi almak üzere müşterinin işletmesini ziyaret ettiği sırada öğrendiği tüm bilgiler, bu kapsamda yer almaktadır⁷⁸⁸.

1.1.2. Bilginin gizli olması

CMF art. L. 511-33, LB art. 47 ve BankK m. 73 kapsamında yer alan "gizli nitelikteki bilgilerin" belirtilen Kanunlarda sayılan kişilerce saklanması gerekmektedir. Bu nedenle herkesin bildiği⁷⁸⁹ veya gazetelerde yayımlanmış vakıalar gizli nitelikte değildir. Ticari işletmeler, anonim veya limited şirketlerle ilgili herkese açık olan ve talep hâlinde ticaret sicili müdürlüklerince verilen belge ve bilgiler gizli değildir⁷⁹⁰.

Müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ihlali, açıklanma anına kadar kimsenin bilmediği bilgileri açıklamaktan ibaret de değildir. Bazı bilgiler genel hatları ile biliniyor, fakat ayrıntılar hakkında kamuya açıklama yapılmamış olabilir. Bu son durumda da, müşteri sırrının saklanması gerekmektedir⁷⁹¹.

Banka çalışanı bir müşterisi hakkında bazı kişilerce ortaya atılan söylentileri, kamuya açıklanmış olduğu gerekçesiyle olumlu veya olumsuz şekilde cevaplayamaz⁷⁹². Belirtilen husus müşteri sırrının korunması açısından önem arz etmektedir. Zira aksinin

⁷⁸⁷ Banka işleminin yapılmasını amaçlayan, her türlü fiili bağlantı, iş bağlantısıdır. Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 112; İş bağlantısı sözleşme olmadığı gibi, "asli edimden bağımsız borç ilişkisi" çerçevesinde değerlendirilmektedir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 361.

⁷⁸⁸ Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 101.

⁷⁸⁹ Fakat bankanın organının, müşterisinin mali durumunun iyi olmadığına dair açıklaması, bu bilgi kamu tarafından biliniyor olsa da, sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Zira bankanın temsilcisince yapılan açıklama, müşteri için küçültücü nitelikte olabilir. Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 232.

⁷⁹⁰ Benzer şekilde, işletme hesapları ve şirket bilançoları da açıklandıkları andan itibaren, sır kapsamında yer almayacaktır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 272.

⁷⁹¹ Fransız hukukunda P. Bouzat (1950). La protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, s. 544; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 265.

⁷⁹² Schaefer, 1945, **a.g.k.**, 12; Angers İstinaf Mahkemesi 19.09.1989 tarihli kararında; "kredi borcunu ödemeyen bir müşterisinin durumu ile ilgili bilgileri, basın kuruluşlarına açıklayan bankacının sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Zira bilgiler, daha önce yayımlanan bir gazete röportajında, bizzat müşteri tarafından açıklanmıştır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 272.

kabulü bilgilerin tartışılmalı hâle getirilerek kamuya açıklanması yolunun kullanılmasına sebep olabilir⁷⁹³. Bir basın kuruluşu tarafından kamuya açıklanan bilgilerle ilgili banka çalışanınca bilgi verilmesi, müşteri sırrına dair kanunla öngörülme-yen bir istisnanın yaratılması anlamına gelecektir⁷⁹⁴.

1.1.3. Bilginin kişisel veya ekonomik olması

Müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgilerin bir “sıfat ve görev dolayısıyla öğrenilmesi” ve “gizli nitelikte” olması gerektiğini ifade etmiştik. Fransız hukukunda bu ölçütlere “*belirli bilgi*” ölçütü de eklenerek, kişisel ve ekonomik bilgilerden hangilerinin gizli bilgi olarak kabul edileceği açıklanmaktadır.

“*Belirli bilgi*” kavramı doktrinde, “özel ve ekonomik hayatın gizliliğine dair belirli veriler” olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁵. Yapılan işlemin türünü, isim ve sayısal verilerini⁷⁹⁶ içeren bilgiler gizli olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁷. *Belirli bilgi*’nin açıklanması; banka işlemlerinin ayrıntıları ile açıklanması ya da ilgili tüm diğer işlemlerle birlikte açıklanarak bir hesabın varlığının onaylanması şeklinde gerçekleşebilir. Daha somut bir örnekle, Fransız Yargıtayı’nın 21.02.2012 tarihinde verdiği bir kararla belirtmek gerekirse; bir tescil kaydının veya bir tüzel kişinin merkezinin açıklanması, banka tarafından gerçekleştirilen bir havale işleminin alıcısı olan müşterisinin açıklanmasına neden oluyorsa müşteri sırrının ihlali söz konusudur⁷⁹⁸.

Belirli bilgi niteliğinde olmayan müşterinin “*genel mali durumu ile ilgili bilgiler*”, gizli bilgi olarak kabul edilmemektedir. Genel nitelikte kabul edilen bu bilgilerden bazıları, düzenli ödemeler, ödenmemiş çekler vs. olabilir⁷⁹⁹.

⁷⁹³ İsviçre hukukunda J. Michod (1987). Le secret de la procedure pénal en droit vaudois. Lausanne: Thèse de Doctorat, s. 122.

⁷⁹⁴ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 272.

⁷⁹⁵ F. J. Crédot (1994). Le secret bancaire: son étendue et ses limites. *Les Petites Affiches* no: 35, s.10.

⁷⁹⁶ Örnek olarak, bilançoların içerikleri, hesap bakiyeleri, kredilerin toplamı sayılabilir. Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 421; H. Schultz (1982). Secret bancaire et entraide judiciaire internationale en matiere pénal. *Cahier SBS. No:22*. Genève: Société de Banque Suisse, s. 8.

⁷⁹⁷ Paris İstinaf Mahkemesi bir kararında; bankacının müşterisi ile ticari ilişkileri bulunan ve müşterisine dava açmaya hazırlanan bir şirketin yönetim kurulu başkanına, müşterisi ile banka işlemlerini gerçekleştirirken yaşamış olduğu sıkıntıları anlatan mektup yazmasını, sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, kararında “*belirli bilgi*” kavramına yer vermemiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 275.

⁷⁹⁸ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 36; Ancak, gizli bilgiye dair yasal bir tanımın bulunmaması, her olayda mahkemenin takdir yetkisini zorunlu kılmaktadır. Gavalda ve Stoufflet, 2010, **a.g.k.** 174; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 80; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 270; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 420-421.

⁷⁹⁹ Sacker, 1933, **a.g.k.**, 24; Rives-Langes ve M. Contamine-Raynaud, 1995, **a.g.k.**, 177.

Genel nitelikli bilgilerin bankalar arası bilgi paylaşımı için kullanılması noktasında İsviçre, Fransız, Türk hukukunda bir tereddüt bulunmazken, banka çalışanının bir müşterisini bilgilendirmek, tavsiyelerde bulunmak üzere bir başka müşterisiyle ilgili gizli bir bilgiden yararlanıp yararlanamayacağı konusu özellik arz etmektedir. Banka çalışanının sır saklama yükümlülüğü ile aydınlatma yükümlülüğünün çatışmasında, hangi müşterinin menfaatine üstünlük tanınması gerektiği önemlidir. Belirtmek gerekir ki, İsviçre ve Türk hukukunda banka çalışanının bilgi verme yükümlülüğü ile müşteri sırrını koruma yükümlülüğü arasındaki çatışma, her somut vakıda tarafların menfaatleri (menfaat dengeleri) göz önünde bulundurularak çözülmektedir⁸⁰⁰. Fransız hukukunda ise, düzenli ödemeler, ödenmemiş çekler gibi bir müşteriyle ilgili genel nitelikteki bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılması mümkündür. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere bu bilgiler, gizli bilgi olarak kabul edilmezler⁸⁰¹.

Gizlilik kapsamında yer alan belirli bilgiler çoğunlukla; hesap işlemleri, portföy, kredi işlemleri gibi çeşitli banka işlemi türleriyle ilgilidir. Benzer şekilde, müşterinin mali durumu ile ilgili açıklamalar, ödemeleri, para çekme işlemleri, havale talimatları, hesap hareketleri, hesap türü, hesap numarası da, bu kapsamda yer almaktadır. İşlemin gerçekleşmiş olmasının gizliliğe etkisi bulunmamaktadır. Örneğin kredi başvurusu ile ilgili görüşmeler neticesinde öğrenilen bilgiler de, görüşmeler bir sonuca ulaşmış olmasa da bankacının sır saklama yükümlülüğü kapsamında yer alacaktır⁸⁰². Müşterinin gerçekleştirmiş olduğu işlemin ulusal veya uluslararası olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁸⁰³. Müşterinin ticari sırlarına, işletmenin organizasyonuna, üretim yöntem ve süreçlerine, müşterilerin ve sağlayıcılarının banka hesapları ve yatırım projelerine dair bilgiler de müşteri sırrı bağlamında korunan gizli bilgilerdendir⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ Rappo (2002), s. 128; Banka çalışanı, müşterisi olan ve iflâs etmek üzere olan şirketin hisselerini, bir başka müşterisine satmamalıdır. Aksi hâlde banka, sır saklama yükümlülüğünü ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Zira sır saklama yükümlülüğü ile aydınlatma yükümlülüğünün çatıştığı bu somut örnekte, sır sahibi müşterinin değil, konu hakkında aydınlatılma hakkına sahip olan müşterinin menfaatine üstünlük tanımak gerekir. Kandirahoğlu, 2011, **a.g.k.**, 109.

⁸⁰¹ Lasserre- Capdeville (2013), s. 36; Aynı husus; Fransız Yargıtay'ının "kredi kuruluşlarının, müşterinin ödeme gücüyle ilgili bilgiler dışındaki bilgileri açıklamamakla" yükümlü olduklarına hükmettiği 18.09.2007 tarihli kararında da vurgulanmıştır. Paris Asliye Ceza Mahkemesi 1975 tarihli bir başka kararında; "bankacının dava konusu çekle ilgili olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin, bankanın müşterisi olup olmadığına dair sorulan soruyu cevaplamasının müşteri sırrına aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 275.

⁸⁰² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 273.

⁸⁰³ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 75.

⁸⁰⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 274

Müşteri sırrı olarak kabul edilen bilgiler, yalnızca malvarlığı değerleri ile sınırlı değildir. Müşterinin ailesi, sağlığı ve özel hayatıyla ilgili bilgiler de bu kapsamda yer almaktadır. Banka, kendisine sözleşme ile bağlı olmayan bir kişinin veya müşterisinin “özel hayatını etkileyecek bilgilerin anlamlandırılmasına olanak sağlayan sayısal verileri” açıklamama yükümlülüğüne tâbidir⁸⁰⁵. Örneğin bir kişinin düzenli ödemelerinin olup olmadığı sorusunu cevaplamak Fransız hukuku açısından mümkün iken; evli bir müşteri tarafından evlilik dışı çocuğuna yapılan düzenli ödemelerin öğrenilmesine sebep olacak şekilde açıklama yapmak, müşteri sırrına dair hükümlerin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Benzer şekilde, müşterinin bir siyasi partiye sağladığı fonları açıklamak da, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder⁸⁰⁶.

İsviçre hukukunda, müşteri tarafından banka çalışanına verilmiş veya banka çalışanınca öğrenilmiş tüm bilgiler, türü ne olursa olsun müşteri sırrının saklanmasına ilişkin hükümlerle korunmaktadır. Bu bağlamda; kimlik bilgileri, uyrukluk, yerleşim yeri, hesap numarası, hesap hareketleri gibi müşterinin kişisel veya ekonomik durumunu gösteren tüm bilgiler gizli bilgi olarak kabul edilir⁸⁰⁷. Böylece müşteri, banka çalışanına vereceği bilgiyi sınıflandırmak zorunda kalmaz⁸⁰⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında, müşteri sırrına dair bilgileri daha sınırlayıcı olarak yorumlamıştır. Mahkeme hamiline yazılı hisse senedi sahiplerinin müşteri sırrının korunmasına dair hükümlerden yararlanamayacağına karar vermiştir⁸⁰⁹. Ayrıca, kıymetli madenlerin satışı ile ilgili bankaya teslim edilen bilgilerin de kapsam dışında olduğuna hükmedilmiştir⁸¹⁰. Federal Mahkeme, diğer bazı kararlarında ise,

⁸⁰⁵ Sacker, 1933, **a.g.k.**, 20; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 274; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 85; Schaefer, 1945, **a.g.k.**, 8.

⁸⁰⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 274.

⁸⁰⁷ Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 43; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 121; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 11; D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 43; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 5.

⁸⁰⁸ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 122.

⁸⁰⁹ İsviçre Federal Mahkemesi’nin ATF 119 IV 175, JdT 1995 IV 125 kararı bu yöndedir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 122.

⁸¹⁰ Federal Mahkeme’nin ATF 117 Ia 341 kararında, İsviçre doktrininden iki yönüyle ayrıldığı görülmektedir. Bir taraftan, müşteri ile banka arasındaki iş bağlantısı nedeniyle verilen bilgilere dair müşteri sırrıyla ilgili korumayı “geleneksel bankacılık faaliyetleri” ile sınırlamaktadır. Diğer taraftan, “bilginin niteliği” ile “gerçekleştirilen bankacılık faaliyeti” arasında bir nedensellik bağının varlığının gerekliliğine işaret etmektedir. Bu karar, hızla değişmekte olan ekonomi sektörünün doğasına tamamen aykırı olması dolayısıyla eleştirilmiştir. Ayrıca, bankanın gizlilik yükümlülüğü hakkında, taraf iradelerinin belirleyici olduğu sözleşmenin incelenmemiş olması da, bir diğer eleştiri noktası olmuştur. Rappo, 2011, **a.g.k.**, 36-37; Rappo, 2002, **a.g.k.** 123.

mesleki sırıla ilgili CP art.321'in⁸¹¹ kıyasen, müşterilere ait bilgilere de uygulanabileceğine hükmetmiştir. Böylece sırrı değerlendirirken yalnızca geleneksel anlamdaki bankacılık faaliyetlerini dikkate almaktan vazgeçerek, ilgilinin vekil konumunda olan bankacıya başvurup başvurmadığı üzerinde durmuştur⁸¹².

Türk hukukunda müşteri sırrı, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolaylı olarak elde edilmiş olan tüm bilgi belge ve kayıtlardan oluşur⁸¹³. Müşterinin malvarlığı durumu, kredi itibarı, yatırım faaliyetleri, kâr ve zarar hesabı, müşteri hakkındaki yasal takipler ve davalar⁸¹⁴, müşterinin telefon ve adresleri bankacılık hizmetlerinde kullanılan şifreler⁸¹⁵ müşteri sırrı sayılmaktadır⁸¹⁶. Ayrıca, şubelere tahsile verilen senetler, şubelerce düzenlenen teminat mektupları, kefaletler, kontrgarantiler, verilen avaller, firmalara gönderilen hesap ekstreleri, alınan ipotekler müşteri sırrıdır⁸¹⁷.

Bankada kasa kiralayanlara, banka aracılığıyla havale işlemi gerçekleştirenlere, bankadan döviz ve tahvil alanlara dair bilgiler de, müşteri sırrı olarak kabul edilmektedir⁸¹⁸. Havale örneğinde olduğu gibi, tek bir hukuki işlem için dahi bankaya başvurulmuş olsa, banka bakımından müşteri sırrını saklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁸¹⁹.

Ayrıca müşteri sırrı kavramına sadece maddi olaylar değil, bankanın müşterinin mesleki yetenek ve ödeme gücü hakkında varmış olduğu genel değer yargısı

⁸¹¹ CP art.321 hükmü şöyledir: “din görevlileri, avukatlar, noterler, patent konsey üyeleri, denetçiler, doktorlar, dişçiler, eczacılar, ebeler, psikologlar ile bunların yardımcı kişileri, mesleki faaliyetleri nedeniyle öğrenmiş oldukları sırları açıklarlarsa, şikâyet üzerine üç yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası ile cezalandırılırlar. Öğrenimleri nedeniyle öğrenmiş oldukları sırları açıklayan öğrenciler için de, aynı hüküm uygulanır. Sırrı saklamakla yükümlü olanların, mesleki faaliyetlerinin sona ermesi veya öğrencilerin öğrenimlerini tamamlamış olmaları yukarıdaki madde hükümlerinin uygulanmasını engellemez. İlgilinin onay veya sırrı saklamakla yükümlü olanların teklifi ve denetim makamının yazılı olarak izin verdiği hâllerde sırrı açıklama fiili cezalandırılmaz. Bir yetkili makamı bilgilendirmeye veya işbirliği yapmaya veya tanıklığa dair Federal ve kantonal mevzuat düzenlemeleri saklıdır”.

⁸¹² Rappo, 2011, **a.g.k.**, 37; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 123.

⁸¹³ Bilge, 2005, **a.g.k.**, 34; Altop, 1996, **a.g.k.**, . 41.

⁸¹⁴ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1496; Tekin, 2010, **a.g.k.**, 18; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 5.

⁸¹⁵ Şifre, telefon bankacılığı veya internet bankacılığı hizmetleri için verilmiş olabilir. Her iki durumda da, müşterinin kullandığı şifrelerin, müşteri sırrı kapsamında korunması gerekmektedir. Kandırallıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 87-88; Bankanın, müşterisiyle olan ilişkisinde elde ettiği ve banka işlemleriyle ilgili olan tüm bilgiler müşteri sırrıdır. Banka tarafından telefon bankacılığı ya da internet bankacılığı gibi hizmetlerde kullanılmak üzere verilmiş olan şifre ve parolaların, hatta bunun yanı sıra, anne kızlık soyadı gibi, genellikle banka işlemlerinin yapılmasından önce güvenlik kontrolü sırasında sorulan bilgilerin de, sır olarak kabul edilmesi gerekir. Aytekin İnceoğlu, 2008, **a.g.k.**, 125.

⁸¹⁶ Kandırallıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 111-112; Atabek, 1982, **a.g.k.**, 105; Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 5.

⁸¹⁷ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1496-1497.

⁸¹⁸ Bağrıaçık, 2017, **a.g.k.**, 49; Atabek, 1982, **a.g.k.**, 105.

⁸¹⁹ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1497; Vural, 1991, **a.g.k.**, 109; Atabek, 1982, **a.g.k.**, 105.

gibi manevi değerler de girmektedir⁸²⁰. Söz konusu bilgiler olumlu olabileceği gibi, belirli olayların gerçekleşmemesi, müşterinin beklediği ödemelerin yapılmaması gibi olumsuz olgularla ilgili de olabilir⁸²¹.

1.2. Kişi Açısından Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü

1.2.1. Müşteri sırrının saklanması ile yükümlü olan kişiler

Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33'te *"kredi kuruluşu ve finansman şirketleri ile Kanun'un L. 511-6 maddesinin 5. ve 8. bendinde sayılan kuruluşlarda⁸²² yönetim veya gözetim kurulu üyesi olan veya herhangi bir şekilde yönetime katılan veya bu kuruluşlarda çalışan kişilerin mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbi"* olduğu hükme bağlanmıştır.

İsviçre hukukunda, LB. art. 47'de; *"bankanın, bu Kanun'un 1b maddesine tabi kişinin⁸²³ organı, çalışanı, vekili, tasfiye memuru veya denetime yetkili şirketin organı veya çalışanın"* sır saklama yükümlülüğüne tâbi olduğu düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ise BankK m. 73'e göre *"...Kurul başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli... Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları... sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar..."*.

⁸²⁰ Yüksel vd, 2004, **a.g.k.**, 193; Karacan, 1987, **a.g.k.**, 303; Ancak gerçek olmayan olayların müşteri sırrı kapsamında yer alıp almayacağı tartışmalıdır. Hâkim görüş, müşteri sırrının gerçek olmayan vakıaları içermediği yönündedir. Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 113-115.

⁸²¹ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1497; Altop, 1996, **a.g.k.**, 41; Fakat vakıaların kamuya açık hâle gelmesi, müşteri sırrına dair hükümlerin uygulanmasına engel teşkil eder. Zira belirli yörede oldukça büyük bir grup tarafından bilinen veya farkedilebilir hâldeki vakıalar ile özel ihtisas gerekmezsin güvenilir kaynaklardan öğrenilebilecek vakıaların saklanması gerekmez. Bu hususta müşterinin aksi yöndeki arzusu da durumu değiştirmez. Altop, 1996, **a.g.k.**, 41.

⁸²² Dernekler veya kamuya yararlı vakıılardan, bir işletmenin kuruluşu veya devri için veya bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirilecek projeler için, kendi kaynakları veya ödünçleri üzerinden ödünç verenler (kitle fonlaması) art. L. 511-6, 5 kapsamında sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. Lasserre- Capdeville, 2013, **a.g.k.**, s. 36.

⁸²³ 15.08.2018 tarih ve 5247 sayılı Finansman Kuruluşları Hakkında Federal Kanun (LF du 15 juin 2018 sur les établissements financiers) 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Kanun ile, LB art. 47'de değişiklik yapılmış ve finansman şirketlerinin de, LB'e tâbi olacak şekilde müşteri sırrını saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. bkz. RO 2018 5247.

1.2.1.1. Banka

1.2.1.1.1. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda bankacılık faaliyetini yürütecek kuruluşlar “kredi kuruluşları” ve “finansman şirketleri”nden ibarettir.

Kredi kuruluşlarına dair temel düzenleme, CMF art. 511-1’de bulunmaktadır. Maddeye göre; “kendi hesabına L. art. 312-2’de belirtildiği şekilde kamudan geri ödenmek üzere fon toplamak⁸²⁴ ve L. 313-1’de belirtildiği şekilde kredi⁸²⁵ vermek üzere mesleki faaliyetini yürüten “işletme” kredi kuruluşudur.

Anılan madde kapsamında, bir kredi kuruluşundan bahsedebilmemiz için, iki unsurun bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar “işletme” ve “bankacılık faaliyeti”dir. Madde metninde kredi kuruluşunun işletme olarak tanımlanması, gerçek veya tüzel kişiler tarafından işletilen tüm işletmeleri akla getirmemelidir. Zira CMF. art. L. 511-10, I’e göre; bankacılık faaliyetini yürütmek için alınması gereken faaliyet izni yalnızca tüzel kişilere verilmektedir⁸²⁶.

Fransız hukuku bakımından bankacılık faaliyeti, banka işlemleri temelinde açıklanmaktadır. Temel banka işlemleri, 26.06.2013 tarih ve 2013/36/UE sayılı Avrupa Birliği Direktifi’nin 3,I,1 maddesine de uygun olacak şekilde, CMF art. L. 511-1’de; “kamudan geri ödenmek üzere fon toplamak, kredi vermek” olarak sayılmıştır⁸²⁷. Ancak, CMF art. L.313-1⁸²⁸ bu iki işleme “ödeme hizmetlerini”⁸²⁹ de dâhil etmektedir⁸³⁰.

Bir kuruluşun kredi kuruluşu sayılması için gerekli unsurlara, CMF art.511-10 I, bir başka unsur daha eklemektedir ki, bu unsur “faaliyet izni”dir. Belirttiğimiz maddeye göre; merkezi Fransa’da olan veya şubeleri Fransa topraklarında olmakla birlikte merkezi Avrupa Birliği’ne üye devletlerden birinde veya Avrupa Ekonomik Alanı

⁸²⁴ CMF. art. L. 312-2’ye göre; kamudan geri ödenmek üzere toplanan fonlar, bir kişinin üçüncü kişiden, özellikle saklanmak üzere, kendi hesabına tasarruf etme hakkı ve geri verme yükümlülüğüyle topladığı fonlardır.

⁸²⁵ CMF art. L. 313-1 al. 1’e göre; bir kişinin, ivazlı olarak sermayesini bir başka kişinin yararına ve emrine sunmayı imzasıyla taahhüt ettiği sözleşmeler kredi sözleşmeleridir.

⁸²⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 125; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 196; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 58.

⁸²⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 124; Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 111; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 192-193.

⁸²⁸ CMF art. L. 313-1’e göre; banka işlemleri, kamudan geri ödenmek üzere fon toplamayı, kredi vermeyi ve ödeme hizmetlerini kapsamaktadır.

⁸²⁹ Özellikle elektronik para alanındaki gelişmeler ve elektronik paranın hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar, bankacılık hukuku alanında “ödeme araçları” kavramı yerine ondan daha geniş bir anlam ifade eden “ödeme hizmetleri” kavramının kullanılmasını gerektirmiştir.

⁸³⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 125; Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 111-112.

Anlaşması'nı imzalayan ülkelerden birinde olan tüzel kişiliği bulunan kredi kuruluşuna faaliyet izni verilmektedir.

CMF art. 511-9'da kredi kuruluşlarından; yardımlaşma veya kooperatif bankalarının⁸³¹, belediye kredi sandıklarının⁸³², uzman kredi kuruluşlarının⁸³³, banka niteliğinde olduğu düzenlenmiştir. Bankalar tüm banka işlemlerini gerçekleştirebilirken, yardımlaşma veya kooperatif bankaları, uzman kredi kuruluşları, belediye kredi sandıkları, hukuki düzenlemelerle çizilen sınırlar içindeki banka işlemlerini gerçekleştirebilirler.

Finansman şirketi ise, CMF. art. L. 511-1'de; "faaliyet izninde kapsam ve sınırları belirlenmiş olan, kredi işlemlerini gerçekleştirmek üzere mesleki faaliyet yürüten kredi kuruluşu dışındaki tüzel kişi " olarak tanımlamaktadır. Finansman şirketleri "art. L. 511-1'de belirtilen işlemlerden başka, ödeme hizmeti sağlama, elektronik paranın ihraç ve yönetimi, yatırım hizmeti sağlama konusunda da yetkilidir (CMF art. 515-1).

Özetle Fransız hukuku bakımından, bir kredi kuruluşu olması dolayısıyla, bankalar, yardımlaşma veya kooperatif bankaları, belediye kredi sandıkları, uzman kredi kuruluşları müşteri sırrını saklamakla yükümlüdür. CMF art. L. 511-3'te müşteri sırrını saklamakla yükümlü olanlar arasında finansman şirketleri de sayıldığı için, bu şirketler bakımından da müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir⁸³⁴.

⁸³¹ Yardımlaşma ve kooperatif bankaları arasında; tarım kredi bankası, halk bankası, yardımlaşma bankaları, tasarruf ve yardımlaşma sandıkları gibi bankalar sayılmaktadır. Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 116-119; S. Piedelièvre ve E. Putman (2011). *Droit bancaire*. Paris: Economica, s. 59-61; Gavalda ve Stoufflet, 2010, **a.g.k.**, 68-69; Bu bankalardan bazıları örneğin, halk bankası tacir niteliğine sahipken, diğer bazıları örneğin yardımlaşma bankaları tacir değildir. 19. yüzyılın başlarında, yardımlaşma ve dayanışma düşüncesiyle kurulan bu bankalar, zamanla diğer bankaların gerçekleştirdiği tüm banka işlemlerini yapmaya başlamışlardır. Örneğin, tarım kredi bankaları yalnızca, tarım işletmeleri için kredi vermek için kurulmuşken, günümüzde hemen hemen tüm banka işlemlerini gerçekleştirmektedir. Benzer şekilde, tasarruf ve yardımlaşma sandıkları, kredi vermek konusunda yetkili değilken günümüzde kredi vermek de dâhil, tüm banka işlemlerini gerçekleştirmektedir. Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 119-120.

⁸³² 18. yüzyılın başlarından itibaren kurulmaya başlanan belediye kredi sandıkları, sosyal yardımlaşma temeline dayalı kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlardır. Bu sandıklar, sandığın merkezinin bulunduğu yerdeki belediye başkanınca atanan müdür tarafından yönetilmektedir. Müdürün gerçekleştireceği işlemler, gözetim kurulunun denetimindedir. Sandıklar, fon toplama ve ödeme hizmetleri gibi banka işlemlerini gerçekleştirebilmektedir. Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 120; Piedelièvre ve Putman, 2011, **a.g.k.**, 65; Gavalda ve Stoufflet, 2010, **a.g.k.**, 73.

⁸³³ Uzman kredi kuruluşları özellikle; ticari kredi sözleşmeleri, taşınır ve taşınmaz konulu finansal kiralama sözleşmeleri, işletmeler ve esnafın yararına yapılan kefalet sözleşmeleri gibi uzmanlık gerektiren hususlarda faaliyet göstermek üzere kurulmaktadır. Ancak bu bankalar, tıpkı diğer bankalar gibi fon toplama ve ödeme hizmetlerini de gerçekleştirebilmektedir. Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 121.

⁸³⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 125; Lasserre- Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 23; Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 196; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 59-60.

1.2.1.1.2. İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda, LB art. 1a'da, "15.06.2018 tarihli Finansman Kuruluşları Hakkında Kanun" ile yapılan değişiklikle⁸³⁵, banka tanımına yer verilmiştir⁸³⁶. Maddeye göre;

"Özellikle finans sektöründe faaliyet gösteren ve

- a. Mesleki olarak yürüttüğü faaliyet neticesinde, yüz milyon Frank'ın *üzerinde* mevduat kabul eden veya fon toplamak için kamuya çağrı yapan
- b. Mesleki olarak yürüttüğü faaliyet neticesinde, yüz milyon Frank'a *kadar* mevduat kabul eden veya fon toplamak, fona yatırım yapmak için kamuya çağrı yapan
- c. Önemli ölçüde paya sahip olmadığı birden fazla banka bakımından, kendisiyle ekonomik bir bütünlük oluşturmayan belirsiz sayıdaki kişi veya işletmelerin yeniden finansmanını⁸³⁷ gerçekleştirenler bankadır".

Yukarıda belirttiğimiz maddeden anlaşılacağı üzere; İsviçre hukukunun banka işlemleri bakımından alternatif ölçütler belirlenmek suretiyle, bu hususta kümülatif yaklaşımı benimseyen Fransız hukukundan ayrıldığı söylenebilir⁸³⁸.

Diğer taraftan İsviçre hukukunda da, bankanın bankacılık faaliyetini yürütebilmesi için faaliyet izni alması gerekmektedir. Faaliyet izninin alınması için, bankanın LB art. 1 al.1'de belirtilen hukuki yapılardan birisiyle kurulması gerekir. Zira,

⁸³⁵ Değişiklik Kanunu için bkz., RO 2018 5247

⁸³⁶ LB art. 1a'da yapılan değişikliktan önce de, Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Hakkındaki Yönetmelik'in (Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne- OB) 2. maddesinde bankaya ilişkin tanım bulunmaktaydı. Maddeye göre; "*bankalar; özellikle finans sektöründe faaliyette bulunan ve özellikle; a. mesleki faaliyeti dolayısıyla kamudan mevduat kabul eden veya finansal amaçla ve kendi hesaplarına, her ne şekilde olursa olsun kendisiyle ekonomik bir bütünlük oluşturmayan belirsiz sayıdaki kişi veya işletmelerden fon toplamak için kamuya çağrı yapan b. önemli ölçüde pay sahipliği bulunmayan birden fazla banka bakımından, kendisiyle ekonomik bir bütünlük oluşturmayan belirsiz sayıdaki kişi veya işletmelerin yeniden finansmanını gerçekleştiren işletmelerdir*". Yönetmelik için bkz. RO 2014 1269

⁸³⁷ Yeniden finansman sözleşmesi; daha önce kullanılan bir krediyle ilgili olarak, başka bir kredi kuruluşuyla yapılan anlaşma sonucunda, ilk sözleşmenin sona ermesine ve ikinci sözleşmeyle ilk sözleşmeden doğan borcun ifasının sağlanmasına yönelik sözleşmedir. Her ne kadar, ikinci sözleşme (yeniden finansman sözleşmesi), ilk sözleşmeden doğan borcun ifasıyla ilgili olsa da, aslında her iki sözleşme de birbirinden bağımsızdır. Zira, ikinci sözleşmeyle ilk sözleşme ve sözleşmeden doğan borç sona ermektedir. Bu niteliğiyle yeniden finansman sözleşmesi borcun yenilenmesi niteliği taşır. S. Çabri (2016). Konut finansmanı sözleşmelerinde erken ödeme hakkı refinansman (yeniden finansman), faiz değişikliği, vadenin kısaltılması veya uzatılmasına ilişkin anlaşmalar ile erken ödeme tazminatı. *Sektörel Bazda Tüketici Uygulamaları Semineri*. Ankara: Bilge Yayınevi, s.57-58; Ayrıca bkz., M. Topaloğlu (2007). İpotek dayalı ve ipotek teminatlı menkul kıymetler. Adana: Karahan Kitabevi, 1433 vd.

⁸³⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 127.

söz konusu maddede; “..LB bankalara, özel bankalara (işletmeler, kollektif şirket, komandit şirket) ve tasarruf sandıklarına uygulanır...” hükmüyle bu durum açık olarak ifade edilmiştir. Ayrıca belirttiğimiz maddeden “gerçek kişi”nin; bir bankayı işletmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Banka kollektif, komandit, limited⁸³⁹ veya anonim şirket şeklinde de kurulabilir.

26.06.2013 tarih ve 2013/36 sayılı “Kredi Kurumlarının Faaliyetleri ve Kredi Kurumları İle Yatırım Şirketlerinin Denetlenmesine Dair Avrupa Birliği Direktifi”, Avrupa Birliği’ne üye olmayan İsviçre bakımından uygulanabilir değildir. Bu sebeple Fransız hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, tek faaliyet izni kuralı geçerli olamayacağından, faaliyet izni için başvuran yabancı bankanın bağlı işletmesi veya şubesi için de, faaliyet izni alınmalıdır⁸⁴⁰.

1.2.1.1.3. Türk hukukunda

Türk hukukundaki hukuki düzenlemelerin hiçbirinde, genel olarak banka tanımına yer verilmemiştir. Doktrinde ise *Yüksel* bankayı; ekonomiye banknot veya kaydi para gibi ödeme araçları sağlayan, nakdi sermaye ve sermayeyi temsil eden haklarla ilgili ticareti meslek hâline getiren ve özellikle nakit kullanılmaksızın yürütülen başkaca finansal hizmetleri ve ödeme işlemlerini yapan özel ya da kamu kuruluşları olarak tanımlamaktadır⁸⁴¹. *Tekinalp* bankayı; sahibi, faaliyet konuları, kuruluşu, faaliyete geçmesi, yönetimi, iç denetim sistemleri, finansal raporlaması, özkaynakları, sermaye yeterlilik oranları ve denetimi BankK’da veya istisnaen özel bir kanunda öngörülmüş bulunan kamu hukuku nitelikli düzen kuralları ile düzenlenmiş bulunan işletmelerin kanuni adı olarak tanımlamaktadır⁸⁴². *Kuntalp*’e göre ise banka; “ihtiyaç duyulan finansmanı, karşılığında faiz veya kâr payı vermek üzere halktan veya özel kaynaklardan topladığı ya da kendi sahip olduğu paraları, faizli veya sonuca katılmalı

⁸³⁹ Alavi, OB art. 15’in bankanın sermayesini en az 10 milyon Frank olarak ve CO art. 773’ün limited şirketin azami sermayesini 2 Milyon Frank olarak öngörmesi nedeniyle, bankanın limited şirket olarak kurulmasının mümkün olmadığını söylemektedir. bkz., Alavi, 2017, **a.g.k.**, 127; Oysa CO art. 773’te 2008 yılında yapılan değişiklikle, limited şirketler için azami sermaye koşulu kaldırıldığından banka limited şirket şeklinde de kurulabilir.

⁸⁴⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 127.

⁸⁴¹ Yüksel vd, 2004, **a.g.k.**, 3.

⁸⁴² Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 11.

yöntemle kredi vermek suretiyle kullandıran ve böylece para akışına aracılık eden mali kuruluşlardır⁸⁴³.

BankK m. 3'te hangi kurumların banka sayılacağı da belirtilmiştir. Maddeye göre bankalar; “mevduat bankaları”, “katılım bankaları”, “kalkınma ve yatırım bankalarından” ibarettir. Mevduat bankası, 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 şubeleridir. Katılım bankası, 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 şubeleridir. Kalkınma ve yatırım bankası ise; 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 şubeleridir (BankK m. 3).

Aynı maddede, kredi kuruluşu ve finansal kuruluş kavramına da yer verilmiştir. Kredi kuruluşu mevduat bankaları ile katılım bankalarından ibarettir⁸⁴⁴. Kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanunda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketleri ise finansal kuruluştur.

Ayrıca BankK m. 7'de, Türkiye'de kurulacak bankalar için; anonim şirket şeklinde kurulma, hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması, nakden ve her türlü muvazaadan âri olarak ödenmiş sermayesinin en az otuzmilyon Yeni Türk Lirası olması gibi bazı şartlar bulunmaktadır.

⁸⁴³ E. Kuntalp ve M. K. Omağ (2006). *Banka ve sigorta hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, s. 12.

⁸⁴⁴ Bu düzenlemenin temel amacı mevduat bankaları ile katılım bankaları açısından getirilen ortak kuralların uygulanmasını kolaylaştırmaktır. A. Altay (2008). Bankacılık Kanunu'nun temel esasları ve yeni kurumları. *Banka hukuku atölye çalışmaları:II*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 15; BankK m. 3 uyarınca, kredi kuruluşu türü, krediyi sağlama ve kullandırma şekil ve aracı ne olursa olsun kredi veren kuruluştur. BankK'nın bu anlayışı oldukça dardır. Avrupa ülkelerinin özellikle Avrupa Birliği direktiflerinin kredi kuruluşuna tanıdığı kapsam çok daha geniş olup, yatırım bankacılığını da içermektedir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 12.

1.2.1.2. Banka şirketler topluluğu

Fransız, İsviçre ve Türk hukuku bakımından bankanın ve çalışanlarının müşteri sırrını saklamakla yükümlü olduğunu görüyoruz. Bu noktada, bağlı işletme ve şubelerin aynı yükümlülüğe tâbi olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Fransız hukukunda banka şirketler topluluğunda⁸⁴⁵ müşteri sırrının paylaşılmasına dair esaslar, CMF art. L. 511-34'te düzenlenmiştir.

Maddeye göre; *“Bir finansal toplulukta, içinde en az bir finansman şirketi bulunan toplulukta, bu maddenin 2. bendinin uygulanması bakımından Sigorta Kanunu’nun L.356-1 maddesinde sayılan toplulukta yer alan ve merkezi Fransa’da bulunan işletmeler; saf veya karma finansal holding topluluklarında yer alan işletmelerden, merkezi bu Kanun’un L.517-2 maddesi açısından Avrupa Birliği Devletleri’nden birinde olan, Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması’nı imzalamış olan veya Fransa ile karşılıklı anlaşma imzalamış bu Kanun’un L. 632-7, 632-13 ve 632-16. maddelerince öngörülen anlaşmaların uygulanabilir olduğu Devletlerde bulunan işletmeler aksine hukuki düzenleme bulunsa dahi, dâhil oldukları topluluktaki işletmelere aşağıdaki bilgileri iletmekle yükümlüdür:*

- 1. Finansman şirketinin veya diğer kredi kuruluşlarının konsolide finansal tabloların denetimi ve diğer denetimler için gerekli olan bilgiler.*
- 2. Karaparanın aklanması ve terörizmin finansmanının engellenmesine yönelik bilgiler.*
- 3. 16.04.2014 tarih ve 596/2014 sayılı Piyasa Suistimali Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü’nün 16. maddesinde belirtilen, piyasanın kötüye kullanılmasının tespitine yönelik bilgiler.*
- 4. Bu Kanun’un L. 533-10 maddesinin 1.ve 2. fıkrasının. 3. bendi kapsamındaki çıkar çatışmalarının yönetimi için gerekli bilgiler.*

⁸⁴⁵ Fransız hukukunda şirketler topluluğu hususunda, bağlı işletme ve bağlı şirket kavramları üzerinde durulmaktadır. Bağlı işletme, ana şirketin ekonomik kontrolünde olan işletmedir. Nitekim CMF art. L. 511-20 I al.2’de bağlı işletme şu şekilde tanımlanmaktadır: “C.Com art. L. 233-16 bakımından, banka idaresinin münhasıran kontrolü altında olan işletme, kredi kurumunun bağlı işletmesidir”. C. Com art. L. 233-16’da münhasır kontrol ise şöyle tanımlanmaktadır: “bir şirket tarafından münhasır kontrol; bir işletmedeki oy çoğunluğunu doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulundurmakla, bir sözleşme veya sözleşmedeki şartta yer alan hakla, işletmenin yönetim ve denetim kurullarına üye atama yetkisine sahip olmakla gerçekleşir. Şirket, doğrudan veya dolaylı olarak oy hakkının yüzde % 40’ından fazlasına sahip olduğunda ve başka bir ortak veya pay sahibinin söz konusu şirkette daha fazla oy hakkı bulunmadığında, belirtilen atama yapılmış sayılır”. C. Com art. L. 233-1’e göre; “bir şirket diğer şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğunda, ikinci şirket ilk şirketin bağlı şirketi sayılır”.

Sayılan bilgiler, birinci fıkrada belirtilen devletlerin yetkili kurumları dışında, topluluk dışından kişilerle paylaşılamaz. Bu istisna, hukuki düzenlemelerin yetersiz olduğu veya karaparanın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesine dair engelleme uygulamalarının olduğu Devlet Kurumlarına ve Devletlere uygulanmaz.

L. 511-33'de belirtilen koşullarda, tüm bilgi ve belgeleri alan veya saklayan kişiler mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbidir.

Kanunun bu maddesine dair düzenlemeler, 06.01.1978 tarih ve 78-17 sayılı Bilişim, Veri Kayıt Sistemi ve Özgürlükler'e İlişkin Kanun'un uygulanmasına engel değildir."

Tüm bu hâllerde; bağlı şirket, kendi müşterisi ve üçüncü kişilerle ilgili gizli nitelikteki bilgileri ana şirketle paylaşabilir. Ancak yine aynı madde ile bilgilerin şirketler topluluğu dışında üçüncü kişilerle paylaşılmaması yükümlülüğü de getirilmiştir. Elbette bu yükümlülük, yetkili makamlara karşı ileri sürülemeyecektir⁸⁴⁶.

İsviçre hukukunda da, kural olarak banka şirketler topluluğunda⁸⁴⁷ müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler paylaşılamaz. Ana şirketin yerleşim yerinin İsviçre'de olmaması bu sonuca ulaşılmasında etkili değildir. Ancak bazı koşullarda ana şirket ile bağlı şirket arasında bilgi alışverişi yapılabilir⁸⁴⁸. Esasen LB art. 4^{quinquies}'e göre; "bankalar veya finansal piyasalar hakkında yetkili bir makamın denetimine tâbi bankalar, kamuya açık olmayan konsolide denetim için gerekli belge ve bilgilerini belirli koşullarda ana şirketleriyle paylaşabilirler. Bu bilgiler münhasıran bankaların veya aracı kurumların iç veya doğrudan denetimi için kullanılmalıdır. Bununla birlikte, ana şirket ile denetim için yetkili makam mesleki sır saklama yükümlülüğü ile bağlıdır. Müşterinin onayı veya uluslararası anlaşma kapsamında yer alan hüküm ile müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılabilir".

⁸⁴⁶ CMF art. L.511-34, tüm finansman ve banka şirketleri topluluklarının bilgi alışverişinin merkezileştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu şirketler, yalnızca zorunlu denetimler için değil, aynı zamanda, karaparanın aklanması ve terörizm finansmanına karşı mücadele ile manipülasyonların önlenmesi kapsamında gerekli bilgileri paylaşırlar. Bilgi paylaşımları, müşterilerin rızasını gerektirmez. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 176; Lasserre-Capdeville, 2016, **a.g.k.**, 64; G. Decocq, Y. Gérard ve J. Morel-Maroger (2014). *Droit bancaire*. Paris: Ed. Revue banque, s. 118 ; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 68-69.

⁸⁴⁷ İsviçre hukukunda şirketler topluluğunun oluşumuyla ilgili, Türk hukukundakine benzer bir hüküm yoktur. Ancak şirketler toplulukları, CO art. 958, art. 961c ve 963b al.3'te şirketlerin denetimiyle ilgili hükümlerde anılmaktadır.

⁸⁴⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 130; Aubert, 1995, **a.g.k.**, 58.

Türk hukukunda şirketler topluluğunda⁸⁴⁹ müşteri sırrının saklanması BankK m.73 f. 4'te düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“bankaların ... sermayelerinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan yurt içinde veya yurt dışında yerleşik kredi kuruluşu ile finansal kuruluşlar da dâhil ana ortaklıkların⁸⁵⁰ konsolide finansal tablo⁸⁵¹ 852 hazırlama çalışmalarında, risk yönetimi ve iç denetim uygulamalarında⁸⁵³...kullanılmak üzere bilgi ve belge taleplerinin karşılanması sırasında banka ya da müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin öğrenilmesi sır saklama yükümlülüğü dışındadır”*. Maddeden anlaşılacağı üzere ana şirket; yurtiçinde veya yurt dışında olabilir, kredi kuruluşu, finansal kuruluş veya başka bir teşebbüs de olabilir. Ayrıca ana şirketin bankada yüzde on veya daha fazla paya sahip olması gerekir. Türkiye'deki banka, belirtilen şartları taşıyan ana şirketin belge ve bilgi alma taleplerini, gizlilik sözleşmesi yapılması ve

⁸⁴⁹ Türk hukukunda şirketler topluluğunun oluşumuna dair temel düzenleme TTK m. 195'te düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluştuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir”*. Ayrıntılı bilgi için bkz., G. Okutan Nilsson (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

⁸⁵⁰ BankK m. 3'te ise ana ortaklık; *“kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usûl ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding şirketi”* olarak tanımlanmıştır.

⁸⁵¹ Konsolide finansal raporlar, birden çok işletme hakkındaki finansal bilgiyi, tek bir işletmeye aitmiş gibi gösteren ve her bir işletmeyi bütünün bir parçası gibi değerlendiren raporlardır. Y. Alıcı (2017). *Bankacılık Kanunu şerhi*. C.I (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 565; BankK m. 38'e göre de; *“ana ortaklık, finansal durum ve faaliyet sonuçları hakkında bir bütün olarak bilgi vermek amacıyla 37 nci maddeye istinaden Kurulca düzenlenen usûl ve esaslar çerçevesinde konsolide finansal raporlar düzenlemek zorundadır. Konsolide finansal rapor kapsamında bulunan kuruluşlar, kendilerinden konsolide finansal raporların düzenlenmesine ilişkin olarak istenecek her türlü bilgi ve belgeyi ilgili ana ortaklığa vermekle yükümlüdür”*.

⁸⁵² Konsolide finansal tablo çalışmaları kapsamında istenecek bilgiler, toplulaştırılmış bilgilerdir. Bu çalışma kapsamında, örneğin toplam kredilerle ilgili bilgiler, müşteri bazındaki bilgileri de içerecek şekilde paylaşılamaz. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1320.

⁸⁵³ Toplulaştırılmış bilgiler dışındaki bilgiler, haklı ve somut nedenlerin bulunması durumunda, ana şirketle paylaşılabilir. Türkiye'deki bir grubun yurt dışındaki şirketinin, yurt dışındaki ana şirket bankadan kredi kullanmak istemesi durumunda, Türkiye'deki bankanın da müşterisi olan bu gruba ait bilgiler risk yönetimi kapsamında Türkiye'deki banka tarafından yurtdışındaki ana şirkete verilebilir. Bu durumda kanunen bir zorunluluk olmamasına rağmen, müşteriden yazılı onay alınmasında fayda bulunmaktadır. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1320-1321; Bununla birlikte olağan bir risk yönetimi için gerekli olmadığı açıkça belli bilgi ve belgelerin ana şirkete verilmesi, maddenin istisnası kapsamının delinmesine sebep olur. Örneğin tüm mevduat hesaplarına ana şirketin girebilmesi böyle bir nitelik taşır. Ayrıca böyle bir yetki ana ve bağlı şirketin her ikisinin de banka olması durumunda, ana şirketin bağlı şirketin kredilerini doğrudan izne bağlaması şeklinde de yorumlanamaz. Aksi yorum, bağlı şirkete verilen faaliyet izninin ana şirkete aktarılması sonucunu doğurur. Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 866-867.

konsolide finansal tablo hazırlama çalışmaları, risk yönetimi ve iç denetim uygulamaları ile sınırlı kalınması kaydıyla karşılayabilir⁸⁵⁴.

Diğer taraftan yurtdışındaki ana şirketin, müşteri bazındaki bilgileri üçüncü şahıslarla ve ülkesindeki denetim otoriteleriyle BDDK'dan izin almadan paylaşması da mümkün değildir (BankK m.73 f.2).

1.2.1.3. Sıfat ve görevleri dolayısıyla sırları öğrenenler

1.2.1.3.1. Bankanın yönetim kurulu üyeleri

Fransız, İsviçre ve Türk hukukunda -bankayı yönetim ve temsil yetkisine sahip olanların- bir kurul şeklinde olsun ya da olmasın⁸⁵⁵ yöneticilerin, yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin, diğer çalışanlara nazaran üstün yetkilere sahip olmaları dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü ile bağlı oldukları görülmektedir⁸⁵⁷. Üstelik söz konusu yükümlülük, müşteri sırrının saklanması açısından açıkça düzenlenmemiş olsaydı dahi, yönetim kurulunu düzenleyen özel hükümler dolayısıyla kabul görecekti.

Gerçekten Fransız hukukunda C. com art. L. 225-37 al. 5, şirket müdürlerinin ve yönetim kurulu üyelerinin öğrenmiş oldukları gizli nitelikteki bilgileri saklamak zorunda olduklarını hükme bağlamaktadır. Ayrıca, bankanın anonim şirket yönetici kurulunun gözetim kurulu tarafından seçildiği hâllerde, bu yükümlülük her iki organ açısından geçerli olacaktır. Yine C. com. art. L.225-92, gözetim kurulunun gizli nitelikteki bilgiler nedeniyle susma yükümlülüğünün bulunduğunu hükme bağlamaktadır⁸⁵⁸.

Benzer şekilde İsviçre-Türk hukukunda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin “özen ve bağlılık (sadakât) yükümlülüğü”nü düzenleyen maddeler (CO art. 707 ve TTK m.369) şirket sırrı niteliğindeki bilgilerin saklanması yükümlülüğünü düzenlemektedir.

⁸⁵⁴ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1320-1321; Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 866-867.

⁸⁵⁵ İsviçre hukukunda, bankanın kolektif veya komandit ortaklık olarak kurulması mümkün olduğundan yöneticilerin sayısı ve yetkileri bu şirket türlerine göre belirlenecektir. Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 215; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 222.

⁸⁵⁶ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 214; İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, s. 102; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 222.

⁸⁵⁷ CMF art. L. 511-33'de; “...yönetim veya gözetim kurulu üyesi olan veya herhangi bir şekilde yönetime katılanların...sır saklama yükümlülüğüne tâbi” olduğu hükme bağlanmıştır. İsviçre hukukunda, LB. art. 47'de; “...bankanın organının veya tasfiye memurunun...” sır saklama yükümlülüğüne tâbi olduğu düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise BankK m. 73'e göre; “... sıfat ve görevleri dolayısıyla sırları öğrenenler...” müşteri sırrını saklamakla yükümlüdür. Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 214; İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, s. 102; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 222; Türk hukukunda Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1494; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1292; Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 860.

⁸⁵⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 216.

Bankanın yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla Murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devrettiğinde (TTK m. 370 f.2) belirtilen kişilerin de müşteri sırrını saklama yükümlülüğü bulunacaktır⁸⁵⁹.

Bankanın tasfiye hâline girmesi durumunda, bankayı yönetim ve temsil yetkisi tasfiye memurlarına geçeceğinden, belirtilen kişiler de müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne tâbidir⁸⁶⁰. Üstelik İsviçre hukukunda, LB. art. 47’de tasfiye memurlarının sorumluluğu açık şekilde düzenlenmiştir. Fransız ve Türk hukukunda bu hususta açık hüküm olmamasına rağmen, sıradan banka çalışanına göre daha üstün yetkilere sahip olan tasfiye memurlarının susma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁶¹.

“Sıfat ve görevi”⁸⁶² dolayısıyla müşteri sırrını saklamakla yükümlü olanlar arasında banka ortakları bulunmamaktadır. Zira banka ortaklarının, sırf bu sıfatlarıyla müşteri sırrını öğrenmesi olası değildir. Ortakların TTK m. 437 kapsamında bilgi alma hakkını kullanmak suretiyle bazı sırları edindiği kabul edilse bile, kendilerinin BankK m. 73 dolayısıyla değil, TTK m. 527 kapsamında hukuki sorumluluğu doğabilir⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 120.

⁸⁶⁰ Fransız hukukunda CMF art L.613-18 ve L.613-22’de, tasfiye memurlarının tasfiye işleri ile sınırlı olan yetkileri düzenlenmiştir. Ayrıca, CMF art. L.511-33’de yer alan “herhangi bir şekilde yönetime katılan” ifadesi belirtilen maddelerle uyumludur. İsviçre hukukunda “*verilen yetkinin geri alınması tüzel kişiler, kolektif şirketler ve komandit şirketler için sona ermeye ve ticaret sicilinden silinmeye neden olur. Bu durumda Finans Piyasalarını Denetleme Kurumu tasfiye memurunu atar ve faaliyetlerini denetler*” hükmünü ihtiva eden LB. art. 23’e uygun şekilde atanan tasfiye memuru, tasfiye işlerinin gereği olarak bankacılıkla ilgili bilgilere erişim imkânına kavuşur, müşterilere ait gizli nitelikteki bilgileri öğrenebilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 215.

⁸⁶¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 216.

⁸⁶² BankK m. 73’te yer alan ve sır saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişileri işaret eden ifade çeşitli değişikliklerden sonra son şeklini almıştır. Gerçekten 4389 sayılı Bankacılık Kanunu’ndaki “*..bankaların mensupları ve diğer görevlileri...*” ifadesi doktrinde bankanın mensupları dışında görevlileri bulunmadığından, uygulama alanı bulmayan ibare olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Reisoğlu, **a.g.k.**, 2015, **a.g.k.**, 1494; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda ise belirtilen ifade “*..bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri..*” olarak değiştirilmiştir. Söz konusu ifade, bankaların ortaklarının, ortak olmaları nedeniyle banka ve müşteri sırrına sahip olamayacakları ve maddede “banka mensupları” dendiikten sonra “bunlar adına hareket eden ve görevlileri” ibarelerinin de anlamsız olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Tüm bu eleştirilerden sonra, 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, diğer tüm ifadeler kaldırılarak “*sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler*” demekle yetinilmiştir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1495.

⁸⁶³ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1494; Taşdemir, 2015, **a.g.k.**, 860.

1.2.1.3.2. Bankanın çalışanları

“Sıfat ve görevleri”⁸⁶⁴ dolayısıyla müşteri sırrı niteliğindeki bilgilere erişim imkânına sahip olanlar arasında, bankaya bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olan banka çalışanları da⁸⁶⁵ bulunmaktadır⁸⁶⁶. Belirtmek gerekir ki; bankada çalışan kişilerin görevlerinin kısa veya uzun süreli olması veya çalışanların ücretli olup olmaması arasında fark yoktur⁸⁶⁷. Bu nedenle stajyerler dahi sır saklama yükümlülüğü ile bağlıdır⁸⁶⁸.

Banka çalışanlarının, banka işlemlerini müşterileriyle gerçekleştirdikleri ve bir anlamda “zorunlu sırdaş” oldukları düşünüldüğünde, bu kişilerin sırrı saklama yükümlülüğüne tâbi olmasının yerinde olduğu açıktır. Banka çalışanlarının müşteri sırrına dair bu yükümlülükleri banka iç yönergeleri ile de düzenlenmiştir⁸⁶⁹.

1.2.1.3.3. Banka adına hareket eden kişiler

Fransız hukukunda, banka adına hareket eden kişiler ile “banka işlemlerini gerçekleştirmeyen” temizlik görevlileri, şoförler, güvenlik görevlileri gibi bankanın diğer çalışanlarının sır saklama yükümlülüğü hakkında açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Hâkim görüşe göre; söz konusu kişilerle ilgili açık bir istisna hükmünün bulunmaması, bu kişilerin de sır saklamakla yükümlü oldukları şeklinde yorumlanmalıdır⁸⁷⁰. Fransız doktrininde Teissier’e göre ise, 24. 01.1984 tarihli Banka

⁸⁶⁴ Nitekim Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33’de “...kredi kuruluşlarında çalışan kişilerin mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbi” olduğu hükme bağlanmıştır. İsviçre hukukunda, LB. art. 47’de; “...bankanın çalışanının...” sır saklama yükümlülüğüne tâbi olduğu düzenlenmiştir.

⁸⁶⁵ Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 122.

⁸⁶⁶ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 134; Lasserre- Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 220; İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 13; Türk hukukunda Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1494; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1292; Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 122.

⁸⁶⁷ Fransız hukukunda R. Akoffodji (1996). *Le silence dans les rapports bancaires*. Tours: Atelier national de reproduction des thèses, s.322; İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 36; Emch vd, 1995, **a.g.k.**, 86; Rappo, 2011, **a.g.k.**, s. 224.

⁸⁶⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 134; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 217.

⁸⁶⁹ Fransız ve İsviçre hukuklarında, bankaların çalışanlarının sır saklama yükümlülüğüne dair iç yönerge hükümlerinin kişilerin ifade özgürlüğü ile çelişmediği ifade edilmektedir. Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 220; İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 13; Fransız Danıştay’ı, “CE, 3 juin 1988, n.67.991 ve CE, 1 er Juin 1990 n. 65.82 » sayılı kararlarında, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olan bu kişilere, çalıştıkları kuruluş iç yönergeleriyle sırları açıklamamaları gerektiğinin belirtilmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlama olmadığına karar vermiştir F. Bordas (2016). *Devoirs professionnels des établissements de credit- secret bancaire*. JurisClasseur Banque - Crédit – Bourse-Fasc. 141. s., 9. <http://www.lexisnexis.com/fr/droit> (Erişim tarihi: 14.08.2016); Diğer taraftan, İstinaf Mahkemesi İş ve Sosyal Güvenlik Dairesi, 18.07.2000 tarihli bir kararında, bir banka yöneticisinin, yalnızca kişisel merakı nedeniyle ve mesleki bir zorunluluk bulunmadığı hâlde birden fazla kişisel hesabı incelemiş olmasının ağır kusur teşkil edeceğine karar vermiştir. Bordas, 2016, **a.g.k.**, 9.

⁸⁷⁰ Fransız hukukunda Farhat, 1980, **a.g.k.**, 72; T. Samin (1997). *Le secret bancaire*. Collection

Kanunu'nun meclis oylamaları sırasında yapılan tartışmaların sonunda kanuni düzenlemede yer alacak “çalışan” kavramı için “salarié” sözcüğü yerine “employé” sözcüğünün seçilmiş olmasının, Kanun koyucunun diğer çalışanların müşteri sırrını saklamakla yükümlü olmalarını istemediği şeklinde yorumlanması gerekir⁸⁷¹. Zira “salarié”; bir iş sözleşmesine dayanarak kamu veya özel hukuk kişisi için “ücretli” olarak çalışan kişi anlamına gelmektedir. Daha geniş bir kavram olan “salarié” kavramına tüm işçi (ouvrier) veya memurlar (employé) dâhildir⁸⁷². Lasserre-Capdeville de, sır kapsamında yer alan bilgilerin banka çalışanı tarafından mesleki faaliyeti dolayısıyla öğrenilmiş olması gerektiğini belirterek, bankanın diğer çalışanlarının sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığını ifade etmektedir⁸⁷³.

İsviçre hukukunda LB art. 47’de, banka çalışanı ile birlikte “vekilin” de sır saklama yükümlülüğüyle bağlı olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir. LB. art. 47’de 13.05.1970 tarihli Kanun ile yapılan değişiklikte getirilen bu düzenleme, bankaların bazı teknolojik faaliyetlerle sınırlı olmak üzere, bir şirketi veya üçüncü kişiyi yetkilendirmeye, teknolojik gelişmelerin sonucunda dış kaynaklardan yararlanmaya, dışarıdan hizmet temin etmeye başlaması neticesinde gerçekleştirilmiştir⁸⁷⁴. İsviçre hukuku bakımından vekil; bankaya bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olmayan ve “bankaların özel bir teknik çalışma olmadan tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri” işleri yapan kişi veya işletmeler olabileceği gibi, banka tarafından vekil tayin edilen avukat da olabilir⁸⁷⁵. Bu bağlamda; bilgilerin elektronik olarak işlenmesini bankalar için yapanlar vekile örnek gösterilmektedir.

“Banka işlemlerini gerçekleştirmeyen” diğer çalışanların sır saklama yükümlülüğünün bulunması da CO art. 394 düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesi temelinde açıklanmaktadır. CO art. 394’te yer alan geniş tanım⁸⁷⁶, bankacılıkla ilgili olmayan iş ve işlemlerin de vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesini sağlamaktadır. Bu yönde açık kanun hükmü olmamasına rağmen, banka işlemlerini

Techniques de la Banque. N: 15. Paris: AFB diffusion, s.10.

⁸⁷¹ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 71.

⁸⁷² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 221.

⁸⁷³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 221.

⁸⁷⁴ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 434.

⁸⁷⁵ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 103; İsviçre Federal Mahkemesi ATF 121 IV 25 kararında, banka tarafından vekil tayin edilen avukatın, LB art. 47 kapsamında müşterilere ait sırları da saklamakla yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 218.

⁸⁷⁶ Nitekim CO art. 394’te “vekâlet, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır” hükmü yer almaktadır.

gerçekleştirmeyen diğer banka çalışanlarının sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁷⁷.

Türk hukukunda ise, banka adına hareket eden kişiler, avukat, muhasebeci, mali müşavir gibi bir vekâlet sözleşmesiyle banka adına iş ve işlemler gerçekleştiren kişilerdir⁸⁷⁸. Her ne kadar bankanın dışarıdan aldığı danışmanlık, güvenlik, temizlik, yemek, dağıtım hizmetleri, bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme hizmetleri ile destek hizmetleri⁸⁷⁹ vekâlet sözleşmesi olarak sayılmışsa da⁸⁸¹, bunların sorumluluğu banka ile imzaladıkları sözleşmeden doğmakta, bu sözleşme banka adına hareket etme yetkisi vermemektedir⁸⁸². Ancak BankK m. 73 “sıfat ve görevleri” dolayısıyla sırları öğrenen kişiler demek suretiyle, Fransız ve İsviçre hukukuna göre daha geniş bir kavramı tercih ederek, taraflar arasında yapılan sözleşmenin türünün (hizmet veya vekâlet) incelenmesine gerek olmaksızın, belirtilen kişilerin de sırrı saklamakla yükümlü olduklarını düzenlemiştir⁸⁸³.

⁸⁷⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 221; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 13; Federal Mahkeme ikinci dünya savaşı sırasında İsviçre bankalarının Nazi Rejimiyle politik işbirliğini gösteren arşivlerin yok olmasını engelleyerek bunları açıklayan İsviçreli bir gece bekçisinin, bu fiili ile müşteri sırrının korunmasına ilişkin hükümleri ihlal ettiğine karar vermiştir. Teissier, 1999, **a.g.k.**, 72.

⁸⁷⁸ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1292; Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 860.

⁸⁷⁹ BankK m. 3’te destek hizmeti kuruluşu; “bankaların, mevduat veya katılım fonu kabulü, nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme ve bu Kanunun uygulamasında kredi olarak sayılan işlemler dışında kalan faaliyetlerini banka adına gerçekleştiren; ya da reklamının yapılması hariç olmak üzere mevduat veya katılım fonu kabulü dışındaki faaliyetlerinden herhangi birinin pazarlanması da dâhil gerçekleştirilmesinde bankaya yardımcı nitelikte hizmet veren kuruluşları” olarak tanımlanmıştır. Bankacılık Kanunu m. 35’de; “destek hizmeti kuruluşlarına ve hizmet alınabilecek konulara ilişkin usûl ve esaslar Kurulca belirlenir” hükmüne yer verilmiştir. Maddeye uygun olarak, Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmelik” 05.11.2011 tarih ve 28106 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 1. maddesinde, “...aşağıda belirtilen hizmetler, bankalarca dışarıdan temin edilmeleri halinde bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır: a) Yemek, ulaşım ve temizlik gibi konularda alınan hizmetler ile bankaların mülkiyetine veya kullanma hakkına sahip olduğu her türlü teknik ekipman ve demirbaşın temini, bakım ve onarımı ile eğitim hizmetleri, b) Avukatlık hizmetleri ile hukuk danışmanlığı, danışmanlık ve reklam faaliyetleri, c) Başka şirket bünyesinde istihdam edilmekle birlikte bankada geçici veya sürekli olarak, (a) bendinde sayılan işlerde çalıştırılacak personele yönelik hizmet alımları” düzenlemesi yer almaktadır.

⁸⁸⁰ “Yönetmeliğin 4. maddesinde, bankanın dışardan alabileceği destek hizmetleri arasında; arşiv hizmeti, çağrı merkezi hizmeti, mevduat veya katılım fonu kabulü dışındaki faaliyetlerinden herhangi birinin pazarlanması konusundaki hizmetler sayılmıştır. Ayrıca bilgi sistemleri, bankacılık mevzuatının gerektirdiği bankacılık faaliyet ve yükümlülükleri bakımından yönetim, içerik tasarımı, erişim, kontrol, denetim, güncelleme, bilgi/rapor alma gibi fonksiyonlarda karar alma gücünün ve sorumluluğun bankada olması şartıyla destek hizmeti alınma konu edilebilir.

⁸⁸¹ Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 124.

⁸⁸² Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 860.

⁸⁸³ Hatta özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak, bankadan bilgi edinenler de, bu kapsamda sayılabilir. Merkez Bankası yetkilileri, resmi görevi sonucu banka ile ilişki kuran devlet memurları, noterler, icra memurları, müfettişler, vergi inceleme elemanları sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1292.

1.2.1.4. Denetime yetkili kamu kurumlarının organ ve çalışanları

CMF art. L. 511-33 gereğince Fransız Merkez Bankası'na ve İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu'na karşı müşteri sırrının ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Bankaları denetime yetkili olan belirtilen Kurumların organ ve çalışanları görevlerini yerine getirirken öğrendikleri sırları saklamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük görevin sona ermesinden sonra da devam eder⁸⁸⁴.

İsviçre hukukunda bankaları denetlemekle görevli İsviçre Merkez Bankası ve Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu'nun organ ve çalışanları da görevlerini yerine getirirken öğrendikleri sır niteliğindeki bilgileri saklamakla yükümlüdür. Üstelik sır saklama yükümlülüğü görevin sona ermesinden sonra da devam etmektedir⁸⁸⁵.

Türk hukukunda da BankK m. 73'e göre; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri ile Kurum çalışanları⁸⁸⁶, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon çalışanları⁸⁸⁷ görevleri sırasında⁸⁸⁸ öğrendikleri sırları açıklayamaz ve kendilerinin veya başkalarının yararlarına kullanamazlar. Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar ile bunların çalışanları da aynı hükme tâbidir. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.

1.2.1.5. Üçüncü kişiler

Fransız hukukunda üçüncü kişiler müşteri sırrını saklamakla yükümlü kişiler arasında sayılmamıştır. Üçüncü kişilerin müşteri sırrını açıklamaları durumunda, CMF art. L. 511-33'e aykırılık sebebiyle hukuki veya ceza sorumluluğu bulunmaz.

İsviçre hukukunda ise yalnızca sıfat ve görevleri sebebiyle değil, herhangi bir şekilde sırrı öğrenen üçüncü kişiler sır saklama yükümlülüğüne tâbidir. LB art 47, I b'ye göre *“başkalarını sırrı açıklamaya teşvik edenler”* müşteri sırrını saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmaktadır. Belirtilen kişinin sıfat veya görevi önem arz

⁸⁸⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 254-255; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 118; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 71-72.

⁸⁸⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 259; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 254.

⁸⁸⁶ Kurum çalışanı ifadesi, başkan yardımcılarını, daire başkanlarını, müdürleri, başkanlık müşavirlerini, bankalar yeminli murakıplarını ve yardımcılarını, bankacılık uzman ve yardımcılarını, idari personeli ve diğer Kurum çalışanlarını kapsamaktadır. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1291.

⁸⁸⁷ Fon çalışanı ifadesi, başkan yardımcılarını, daire başkanlarını, müdürleri, başkanlık müşavirlerini, avukatları, denetçileri, denetçi yardımcılarını, uzman ve yardımcılarını ve diğer Fon çalışanlarını kapsamaktadır. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1292.

⁸⁸⁸ “Görevleri sırasında öğrendikleri sırlar” ifadesi, “görevlerini ifa ederken” ifadesinden daha geniştir. Bir banka şubesini teftiş eden yeminli murakıbın, banka çalışanı ile banka dışında yaptığı sohbet sırasında tesadüfen öğrendiği sırlar da, fıkra kapsamında yer almaktadır. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1491.

etmez. Üstelik LB art. 47’de 2015 yılında yapılan değişiklikle⁸⁸⁹ maddeye “c” bendi eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre; “*kendisine verilen sırrı açıklayan veya bu sırrı kendi ya da başkalarının yararına kullananlar*” da müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne ilişkin hükümleri ihlal etmiş olurlar.

BankK’nın “sırların açıklanması” başlıklı 159. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Bu Kanunun 73. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen yükümlülüğe uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin günden ikibin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Banka ve müşterilere ait sırları açıklayan*⁸⁹⁰ *üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır*”. Bu hüküm gereğince, bankalara ve müşterilere ait sırları herhangi bir şekilde öğrenen üçüncü kişiler sır saklama yükümlülüğü altındadır.

Maddede üçüncü kişilerin müşteri sırlarını öğrenmesi bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. Bunların sırları ne şekilde öğrendikleri önem arz etmez.

Banka ve müşterilerine ait sırları açıklayan üçüncü kişiler bakımından da aynı cezanın uygulanacak olması nedeniyle, yukarıda sayılan diğer kişilerin sırları görev ve sıfatları nedeniyle öğrenip öğrenmediklerinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira yukarıda sayılan kişiler görev ve sıfatları ile ilgili olmaksızın, banka ve müşterilerine ait sırları öğrenir ve açıklarlarsa üçüncü kişi olarak cezalandırılabilir⁸⁹¹.

Esasen 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 22 f.8’de yer alan “*banka ve müşterilerine ait sırları açıklayan üçüncü kişiler hakkında da aynı cezalar uygulanır*” hükmüne karşılık BankK m. 73’e destek hizmeti kuruluşları da alınmıştır. Nitekim 73. maddeye ilişkin gerekçede “*diğer taraftan, madde ile öğretilen çok eleştirilen üçüncü kişiler ile kimlerin kastedildiği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu nedenle bu tür destek hizmeti kuruluşu ve çalışanları hakkında da sır saklama yükümlülüğünün getirilmesi, bu kişilerin cezasız kalmasının önüne geçilmesi bakımından önemlidir*” denilmiştir⁸⁹². Buna rağmen 159. maddede, 73. maddeye aykırı davrananlara ek olarak, üçüncü

⁸⁸⁹ Üçüncü kişilerle ilgili LB art. 47, I c. hükmü maddeye, 01.07.2015’te yürürlüğe giren 12.04.2014 tarihli “Mesleki Sırrın İhlali Alanında Cezalandırılabilirliğin Genişlemesi Hakkında Federal Kanunun” I, 2. maddesiyle dâhil edilmiştir.

⁸⁹⁰ Banka ve müşterilerine ait sırların öğrenilmesi değil, açıklanması yasaklandığından, örneğin bir banka mensubunun sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucunda sır niteliğindeki bilgileri öğrenen kişi bakımından (suça azmettiren veya iştirak eden durumunda değil ise) suç oluşmayacaktır. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1293.

⁸⁹¹ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1293.

⁸⁹² Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1486; Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 849.

kişilerin de düzenlenmiş olması, “üçüncü kişiler ile destek hizmeti kuruluşları kastedilmiştir” şeklinde yorum yapılmasına imkân bırakmamaktadır⁸⁹³.

1.2.2. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün süresi

Müşteri sırrını saklama yükümlülüğü, müşterinin bankayla iş bağlantısı kurmak üzere bankaya geldiği an başlar⁸⁹⁴. Müşteri telefon, faks veya internet bankacılığı vasıtasıyla da banka işlemi gerçekleştirilebilir. Bunların kullanılması için, öncelikle bankanın bir şubesine gelmek gerektiğinden, yine bankaya gelindiği andan itibaren, sır saklama yükümlülüğü başlayacaktır.

Fakat müşteri kendi bankasında bulunan hesabından, bir başka bankanın müşterisinin hesabına havale yapmak isteyebilir. Bu durumda diğer banka bakımından, ilgili işlemin yapıldığı an, sır saklama yükümlülüğü başlayacaktır. Bir başka deyişle banka, müşterisi veya üçüncü kişi hakkında, bilgi sahibi olduğu anda, sır saklama yükümlülüğü ile bağlı olacaktır. Söz konusu yükümlülük, müşteri ile banka arasında bir sözleşmenin kurulmasına bağlı değildir⁸⁹⁵.

Müşteri ile bankanın iş bağlantısının sona ermesi, yükümlülüğü ortadan kaldırmaz⁸⁹⁶. Zira müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kaynağı, taraflar arasındaki sürekli borç ilişkisidir⁸⁹⁷. Sürekli borç ilişkisi, sırrı saklamakla yükümlü olan kişinin, sır sahibinin aksi yöndeki açıklamasına kadar öğrenmiş olduğu gizli nitelikteki bilgileri saklamasını gerektirmektedir⁸⁹⁸.

Müşterinin ölümü sır saklama yükümlülüğünü sona erdirmez. Külli halefiyet ilkesi gereği mirasçı, banka ile olan ilişkisinde müşterinin yerini almaktadır⁸⁹⁹. Mirasçı,

⁸⁹³ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1293.

⁸⁹⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 223.

⁸⁹⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 223.

⁸⁹⁶ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 134; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 109; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 146; İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 75; J. Barman (1973). *Le secret bancaire en Allemagne fédérale, in le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*. Paris: éd. P.U.F.1973, s. 23; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 149-150.

⁸⁹⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 134; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 144.

⁸⁹⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 223.

⁸⁹⁹ Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 10.07.1991 ve Angouleme Asliye Hukuk Mahkemesi 20.02.1997 tarihli kararlarında; mirasçının banka çalışanı karşısında, mirasbırakan müşteri ile aynı haklara sahip olduğuna ve müşteriye ait bilgilerin mirasçılara verilmesinin müşteri sırrının açıklanması anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 224; İsviçre Federal Mahkemesi ATF 89 II 87, JdT 1963 I 599 kararında; “müşteri sırrının korunması hakkının müşterinin ölümü ile mirasçılara geçtiğine ve mirasçılardan her birinin müşteriyle ilgili gizli bilgiler konusunda talepte bulunmaya yetkili olduğuna hükmetmiştir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 225.

gizli nitelikteki tüm bilgileri bankadan talep etme hakkına sahiptir. Müşterinin ölümü ile sır saklama yükümlülüğü son bulmadığı gibi, bu yükümlülük mirasçıyı kapsayacak şekilde genişlemektedir⁹⁰⁰.

İsviçre hukukunda LB. art. 47’de ve Türk hukukunda BankK m. 73’te açıkça öngörüldüğü üzere, çalışanın emekliliği veya istifası gibi bir nedenle görevinin son bulması yükümlülüğün sona ermesine sebep olmaz⁹⁰¹.

Banka sözleşmesiyle, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün sona ereceği tarihin belirlenmesi mümkün değildir. Müşteri sırrını saklama yükümlülüğü süreklilik arz eden bir yükümlülüktür ve yalnızca müşteri kendi iradesi ile bu yükümlülüğü sona erdirme yetkisine sahip olabilir. Üstelik tüzel kişiler, ticari işleri ile ilgili olarak kendilerini kuran gerçek kişilerden çok daha uzun süreli susma yükümlülüğüne ihtiyaç duyabilirler. Müşteri sırrının korunması yükümlülüğünü bir süreye bağlamak müşteri sırrının sağladığı korumaya müdahale etmek anlamına gelir⁹⁰².

1.2.3. Müşteri sırrının saklanmasından yararlanan kişiler

1.2.3.1. Müşteri

Fransız, İsviçre ve Türk hukukunda müşteri sırrının saklanmasından yararlanan kişilerin kimler olduğuna ilişkin açık bir hüküm yoktur. Bir sıralama yapmak gerektiğinde, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünden yararlanan ilk kişi olarak bankanın müşterisinin akla geleceği açıktır⁹⁰³. Tarihsel süreç içinde, yalnızca müşterilerin sır saklama yükümlülüğünden yararlanan kişiler olabileceği görüşü benimsenmiş, hatta bazı mahkeme kararlarının bu yönde olduğu görülmüştür⁹⁰⁴.

Bankacılık faaliyeti açısından kimlerin müşteri sayılması gerektiği, doktrinde “*sürekli iş ilişkileri*” ve “*kimlik ve yerleşim yerinin tespiti*” ölçütleri çerçevesinde

⁹⁰⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 225.

⁹⁰¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 223.

⁹⁰² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 225.

⁹⁰³ Fransız hukukunda Sacker, 1933, **a.g.k.**, 3; Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 88; İsviçre hukukunda Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 27; Schaefer, 1945, **a.g.k.**, 9; Türk hukukunda Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1496-1497.

⁹⁰⁴ Berne Kantonu Ticaret Mahkemesi’nin 01.08.1933 tarihli kararında; “müşteri sırrının, teslim etmiş olduğu bilgiler hakkında, müşterinin bankaya yönelik gizlilik talebinden ibaret olduğu” hükme bağlanmıştır. Aynı kararda bu yükümlülüğün banka çalışanı için, müşterisi ile arasında var olan hukuki ilişkiden bağımsız olduğu belirtilmiştir. Ancak Versailles İstinaf Mahkemesi ise, 23.03.1994 tarihli kararında; kredi kuruluşlarında çalışanların bağlı oldukları mesleki sır saklama yükümlülüğünün amacının, bu kuruluşların *müşterilerini ve kuruluşların kendilerini korumayı* sağlamak olduğuna karar vermiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 235-236.

tartışılmıştır. Müşteri kavramı, Fransız doktrini ve yargısı bakımından özellikle çizgili çekin ödenmesinden doğan sorunlar nedeniyle incelenmiştir. Bazı mahkeme kararlarında “sürekli iş ilişkileri” ölçütünün müşteri kavramı bakımından zorunlu unsur olarak değerlendirildiği görülmektedir. Zira bu tür ilişkilerin gerekliliği bankanın, söz konusu kişilerin kimliği, ehliyeti ve ahlâki durumu hakkındaki araştırmalarını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte bu ölçüt, sürekli ilişkinin tespiti, banka ve müşteri arasındaki ilk banka işleminin üzerinden geçmesi gereken zamanın belirlenmesi gibi hususlar konusunda açıklık sağlamadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁹⁰⁵.

Belirtilen eleştiriler doğrultusunda, Fransız Yargıtayı’nın 07.02.1962 tarihli bir kararında “çizgili çekin muhatabı olan bankanın müşterisi; banka çalışanı tarafından “kimliğinin ve yerleşim yerinin tespiti” ile adına hesap açılan kişi olarak tanımlanmıştır”. Çizgili çekin hamili ile banka arasında olması gereken “sürekli iş ilişkisinin” varlığı ölçütü önemini yitirmeye başlamıştır⁹⁰⁶. Fakat belirtmek gerekir ki, Fransız Yargıtayı’nın müşteriyi tanımlamaya yönelik kararındaki temel amaç, çekin yetkili hamil dışındaki kişilere ödenmesinin önüne geçilmesi ve çeki düzenleyenin korunmasıdır. Oysa müşteri sırrına dair düzenlemelerin temel amacı, müşterinin kendisinin korunmasıdır⁹⁰⁷. Sonuç olarak, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünden yararlanan kişiler, “banka işleminin tarafı olanlar”, “banka işleminin tarafı olmayanlar” olmak üzere iki başlıkta incelenmeye başlanmıştır.

1.2.3.1.1. Banka işleminin tarafı olanlar

Doktrinde müşteri, “meslek sahibine duyduğu güven sonucunda onun hizmetlerine başvurarak iş ilişkisine katılan kişi” olarak tanımlanmaktadır⁹⁰⁸. Banka hukukunda, müşteri sıfatı da, çoğunlukla bu şekilde, bankacılık hizmetlerine başvuru sonucunda, taraflar arasında sözleşmenin akdedilmesiyle veya banka işleminin yapılmasıyla kazanılmaktadır⁹⁰⁹.

Bankada hesabı olan, bankayla kredi ilişkisi bulunan, kasa kirası sözleşmesi yapan, döviz, tahvil, gelir ortaklığı vs senedi satın alan veya satan, tahsile senet veren, havale talimatı veren kişiler müşteridir. Havale alıcısının havaleyi kabulden sonra da,

⁹⁰⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 112; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 236-237.

⁹⁰⁶ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 112.

⁹⁰⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 113; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 237.

⁹⁰⁸ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 127.

⁹⁰⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 115; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 240.

banka ve havale alıcısı arasında müşteri sırrı oluşmaktadır⁹¹⁰. Hatta faturasını ödemek üzere bankaya gelen kişi, ödemenin kabulü ile müşteri sıfatını kazanmaktadır⁹¹¹.

Ancak kişinin müşteri sırrının saklanmasına dair hükümlerden yararlanabilmesi için, banka ile arasında bir işlemin yapılmış zorunlu değildir. Zira banka sözleşmeleri için öngörüşme yapıldığı esnada, banka çalışanının, başvuruyu yapan kişiyle ilgili bilgileri öğrenmesi mümkün olabilir⁹¹².

Müşteri gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Örneğin ticaret şirketi, kendisi hakkında bankanın edinmiş olduğu tüm bilgiler için, müşteri sırrının saklanmasına dair hükümlerden yararlanır. Müşterinin vatandaş veya yabancı olması arasında fark yoktur⁹¹³.

Bankanın müşterisi sıfatını kazanan kişi, müşteri sırrının saklanmasına dair hükümlerden yararlanmaya başlar. Müşteri, kendisi dışındaki herkese karşı korunur. Müşteri sırrının saklanması hükümlerinin, müşterinin kendisine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Bankanın müşterisi, hesap özetlerini veya banka tarafından gerçekleştirilmiş olan işlemlere dair bilgileri talep etme hakkına sahiptir. Elbette müşterinin, kendisini ilgilendirmeyen işlemler hakkında bilgi talep etme hakkı yoktur. Örneğin, müşterek hesap⁹¹⁴ sahipleri, hesapla ilgili tüm bilgilere erişim hakkına sahiptir. Banka işlemlerinin gerçekleştirilmesi için vekil tayin edildiğinde, vekil de aynı hak ve yetkiye sahip olur⁹¹⁵. Bununla birlikte, söz konusu bilgilendirme hesapla ilgili bilgi ve belgelerin iletilmesi ile sınırlıdır. Bankacı, müşterek hesabın işleyişi dolayısıyla öğrenmiş olsa bile, müşterek hesap sahiplerine dair vakıa ve fiiller konusunda bilgilendirme yapamaz⁹¹⁶.

⁹¹⁰ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1496-1497.

⁹¹¹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 127-128.

⁹¹² Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 242; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 39; Sacker, 1933, **a.g.k.**, 14; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 143; İsviçre hukukunda Delachaux, 1936, **a.g.k.**, 13; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 50-51.

⁹¹³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 114; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 121; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 240.

⁹¹⁴ Müşterek hesap sözleşmesi; vekâlet ve saklama sözleşmesine dair unsurlar barındıran karma nitelikli sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Müşterek hesap, birden fazla kişiyle banka arasında imzalanmaktadır. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 233; Her bir hesap sahibinin, diğerlerinden bağımsız olarak hesap üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olduğu müşterek hesaba, teselsül müşterek hesap denir. Hesap sahiplerinin birlikte tasarrufa yetkili oldukları müşterek hesap ise, teselsülsüz müşterek hesap olarak adlandırılır. T. Aydın Ünver (2017). *Müşterek hesap*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 37.

⁹¹⁵ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 121; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 240-241.

⁹¹⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 241; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 372.

1.2.3.2.2. Banka işleminin tarafı olmayanlar

Bankacılık faaliyeti, yalnızca müşteriler değil, aynı zamanda bankanın müşterisi olmayan üçüncü kişiler hakkında da bilgi sahibi olmaya olanak sağlar. Bu kişiler de en az müşteriler kadar, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin öngördüğü korumaya ihtiyaç duyarlar⁹¹⁷. Örneğin bir müşteri, hesabında bulunan bir miktar paranın, şirketinin finansal durumu iyi olmayan bir arkadaşı adına yatırılmasını isteyebilir. Bu hâlde bilgi, rakip işletme veya şirketler için önem arz eder. Müşteri sırrının saklanması hükümleriyle korunan kişilerin kapsamı, banka sözleşmesinin tarafı olmayan, ancak banka çalışanının hakkında bilgi edinmiş olduğu üçüncü kişilere kadar genişler⁹¹⁸.

Öte yandan, bankanın kendisine teslim edilmiş olan belgeleri, kanunla belirlenen süre boyunca saklama zorunluluğu bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanların eski müşterilere dair bilgileri edinmesi mümkün olabilir. He ne kadar bu kişilerin artık müşteri sıfatı bulunmasa dahi, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanlar, eski müşterilere ait sırları da açıklamamakla yükümlüdür. O hâlde, eski müşteri ile banka sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişi arasında, her iki kişi açısından da banka sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyeceği için, ayırım yapmaya gerek yoktur⁹¹⁹. Fransız, İsviçre ve Türk Kanun koyucusu müşteri sırrını saklama yükümlülüğünden yararlanan kişileri açık şekilde müşteriler ile sınırlamamıştır. Esasen Fransız hukukunda CMF art. 511-33'te; "...mesleki sır saklama yükümlülüğüne tâbi..." olanlar düzenlenirken, bu yükümlülüğün müşteriler veya müşterilerin işleriyle ilgili olmasından açıkça bahsedilmemiştir. Üstelik konuya dair yüksek mahkeme kararlarında; bilginin verilerek, sonuç çıkarılarak, gözlemlenerek ve üçüncü kişilerden öğrenilerek edinilmiş olabileceğine hükmedilmiştir⁹²⁰.

Benzer şekilde İsviçre hukukunda LB art 47'te "...bilginin öğrenilmesi..." ifadesine yer verilmiş ve fakat belirtilen bilgilerin mutlaka müşterilere ait olması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Her ne kadar Türk hukukunda BankK. m. 73'te

⁹¹⁷ Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 116.; Aubert ve Lombardini müşteri sırrının kapsamında; *müşteri veya üçüncü kişilerin* ticari veya kişisel işleriyle ilgili tüm bilgilerin yer aldığını ifade etmişlerdir. Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 43; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 629.

⁹¹⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 241.

⁹¹⁹ Ayrıca müşteri sırrı yalnızca müşteriye ait olan yararın korunmasında değil, aynı zamanda kamu yararı açısından da önem arz ettiğine göre, banka sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişinin korunması yerindedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 242.

⁹²⁰ Nitekim Fransız Yargıtay Ceza Dairesi'nin 07.03.1989 tarih, 87-90500 sayılı ve 22.11.1994, 93-85009 sayılı kararları bu yöndedir. Ayrıca, mesleki sır saklama yükümlülüğüne aykırılık hâlinde uygulanacak ceza yaptırımlarının düzenlendiği CP art. L. 226-13'te, sırrın kapsamında yalnızca verilen bilgilerin olmadığı hususu açıkça belirtilmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 243.

“...müşterilere ait sırlar...” ifadesi bulunsa da, müşteri sırrının bankanın hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişileri de kapsadığı kabul edilmektedir⁹²¹.

Fransız hukukunda

Fransız hukukundaki mahkeme kararları incelendiğinde; banka sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin, müşteri sırrının korunmasına dair hükümlerden yararlanan kişiler olabileceğinin vurgulandığı görülmektedir. Bu hususa daha çok, ceza soruşturması ve çek fotokopisinin teslimi ile ilgili olarak değinilmiştir.

Bir dava kapsamında yetkilendirilmiş olan Adli Polis Bölge Servisi (SRPJ), bankadan müşterisinin iki çeki ve hesap hareketlerini gösteren belgeyi teslim etmesini istemiştir. Banka çalışanı, resmi talep ve kapsamı konusunda müşterisini bilgilendirmiştir. Resmi talebe dair açıklama yapıldığının SRPJ tarafından öğrenilmesi üzerine, banka yetkilisine karşı mesleki sırrın saklanması dair hükümlerin ihlali nedeniyle dava açılmıştır. Söz konusu vakıya ilişkin olarak Toulouse İstinaf Mahkemesi 02.12.1999 tarihinde, “kredi kuruluşu çalışanın tâbi olduğu müşteri sırrının, yalnızca müşterilerin yararını değil aynı zamanda, kredi kuruluşuna güvenerek herhangi bir bilgiyi vermiş olan herkesin yararını koruduğuna” hükmetmiştir. Aynı kararda, ceza soruşturmasını yürüten kişinin banka yetkilisine vermiş olduğu bilgilerin de bu kapsamda olduğu belirtilmiştir⁹²².

Ödeme yapan banka çalışanı için çek, ödemenin gerçekleşmiş olduğunun kanıtıdır. Muhatap bankanın çeki saklamakla ödemenin gerçekleşmiş olduğuna dair başkaca bir delil sunmasına gerek kalmaz. Aynı zamanda keşidecinin de, ödemenin yapıldığı hesabın durumu ve ibraz edilen çekin ödenmesiyle ilgili olarak bilgi talep etme yetkisi bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki keşidecinin bu hakkı, çek üzerinde bulunan gizli nitelikteki ve bankayla sözleşmeye dayalı bir hukuki ilişki bulunmayan üçüncü kişiyle ilgili bilgilerin kendisine sunulmasını gerekli kılmaz⁹²³. Çekin lehtar, çeki düzenleyen

⁹²¹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 128 vd.

⁹²² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 246; Bir ceza soruşturması kapsamında hâkim veya savcılar tarafından bilgi talep edilmesiyle ilgili olarak, müşterinin bilgilendirilmemesi gerekir. Lasserre-Capdeville, 2016, **a.g.k.**, 64; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 117.

⁹²³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 247.

bankasının müşterisi de olmayabilir⁹²⁴. Eğer düzenleyen, bedeli ödenen çekin fotokopisini alma hakkına sahip olursa, *ödemeler daha çok hesaba ödeme şeklinde* olduğu ve çekin arkasına lehtarın hesap numarası da yazıldığı için, lehtarın imzası ve banka hesap numarası gibi gizli nitelikteki bilgilere ulaşabilir⁹²⁵.

Bu nedenle, müşteri sırrının saklanması hükümlerinden yararlanan kişi ile çeki düzenleyen banka müşterisinin menfaatlerinden hangisinin korunması gerektiği üzerinde durulmuştur. Tarihsel süreçte mahkeme kararları incelendiğinde, çekin önyüzü ile arka yüzünün tesliminin farklı değerlendirildiği, bazı kararlarda banka lehine karar verilirken, diğer bazı kararlarda çekin arka yüzünde ismi yazılan kişi lehine karar verildiği görülmektedir⁹²⁶.

Çekin arka yüzünün çeki düzenleyene verilmesine olanak sağlayan mahkeme kararlarında, üçüncü kişilerin müşteri sırrının saklanmasına dair hükümlerden yararlanamayacağı açık şekilde hükme bağlanmıştır. Kararlarda, çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişiye ait bilgilerin gizli nitelikte olmadığı vurgulanmıştır⁹²⁷. Ayrıca, kendisine çek ibraz edilen bankanın, hamilin meşru hamil olup olmadığını, kimliğini ve ciro zincirini kontrol etmesi gereklidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesindeki yarar, çekin arka yüzünde ismi yazan üçüncü kişinin yararından üstün tutulmalıdır⁹²⁸. Nitekim Fransız Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 11.10.2011 tarih ve 10-10490 sayılı kararı⁹²⁹, çekin hem arka hem de ön yüzüne dair bilgilerinin verilmesinin mümkün olduğu yönündedir. Davacı şirketlerin, çekin arka yüzünde yer alan ciro silsilesindeki tahrifatı dikkatli şekilde kontrol etmeyerek kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeyen kusurlu bankaya karşı açtıkları davada, dava konusu bilgilerin açıklanmasının hukuka aykırılık teşkil etmediğine karar verilmiştir⁹³⁰.

⁹²⁴ Bir diğer görüşe göre, çekin lehtarının her koşulda bankanın müşterisi gibi görülmesi gerekir. Zira çek bedelinin lehtarın hesabına yatırılmış olması, banka çalışanının lehtarın sırları hakkında bilgi sahibi olmasını sağlar. Abdel-Hamid, 1989, **a.g.k.**, 113.

⁹²⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 248.

⁹²⁶ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 116-118; Belirtmek gerekir ki, çekin ön yüzünün fotokopisinin teslimine dair hiçbir tartışma bulunmamaktadır. Esasen, çekin ön yüzünde yer alan unsurlar, açık (beyaz) çek düzenlenmesi konusunda bir anlaşma da yoksa, çeki düzenleyen tarafından bilinmektedir. Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 31.

⁹²⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 117; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 250.

⁹²⁸ Crédot ve Gerard, 1994, **a.g.k.**, 151; Karşı görüş için bkz. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 250; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 31.

⁹²⁹ Karar için bkz., Cass. civ 1, 11.10. 2011, 10-10.490; Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Lasserre-Capdeville, *Jurisclasser Periodique*, n.2011, 1388, s. 12.

⁹³⁰ Lasserre- Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 31.

Fransız hukukunda, çek fotokopisinin, düzenleyene verilmemesi yönünde mahkeme kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin, Nancy İstinaf Mahkemesi'nin 23.04.1998 tarihli kararında; hesap bilgileri gibi gizli nitelikteki bilgilerin yer aldığı çekin arka yüzünü, davacı müşteriye teslim etmeyen bankanın hukuki veya cezai sorumluluğunun olamayacağı yönündeki yerel mahkeme kararına dair istinaf başvurusunu reddettiği görülmektedir⁹³¹. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 05.02.2013 tarih ve 11-27.746 sayılı kararında⁹³²; çekin arka yüzünde yer alan bilgilerin açıklanmasının müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırılık ve müşteri sırrının yararlanılan tarafı olan üçüncü kişinin haklarına saldırı teşkil ettiğine karar vermiştir⁹³³. Karara konu olan olayda; davacı şirket, satıcılarından birinin müşterilerin verdiği çekleri tahrif ederek, kendi kişisel hesabına ödeme yapılmasını sağladığını ileri sürmüştür. Şirket, bilirkişi tayin edilmesi talebi ile birlikte ödeme yapan bankaya karşı dava açmıştır. Açılan davanın temyiz aşamasında Yargıtay, temyiz talebini reddetmiştir. Kararda; müşteri sırrının hukuk mahkemelerinde ileri sürülebilir bir itiraz olduğuna, dava konusu belgelerin bilirkişiye gönderilmesinin yalnızca hesap sahibinin onayı ile olacağına hükmedilmiştir⁹³⁴.

Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi, 08.07.2003 tarih ve 00-11.993 sayılı kararında⁹³⁵, malvarlığına ilişkin bilgilerin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına karar vermiştir. Karara konu olan olayda; müşteri banka tarafından ödenen çeklerin arka yüzlerinin fotokopisinin teslimini istemiştir. Talebi reddedilen müşteri bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için çeklerin mahkemeye teslimini talep etmiştir. Nimes İstinaf Mahkemesi, “çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili bilgilerin gizli nitelikte olmadığına” karar vermiştir. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi söz konusu kararı bozmuştur. Mahkeme, CMF art. L. 511-33, CC art. 10 ve CPC art. 11 ile birlikte özellikle CC art. 9’a atıf yaparak; “bankanın, üzerinde üçüncü kişilerin kimlik ve hesap

⁹³¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 118.

⁹³² Karar için bkz., Cass com. 05.02.2013, 11-27.746.

⁹³³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 118; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 31; R. Routier (2013). *Quel secret en cas de détournement de chèques?*. <http://www.lextenso.fr.scd-rproxy.u-strasbourg.fr/weblextenso/article/print?id=EDBA-81...> (Erişim tarihi: 05.09.2019).

⁹³⁴ Müşteri sırrının ceza mahkemesinde ileri sürülebilir bir itiraz olması ise mümkün değildir. Routier, 2013, **a.g.k.**; Bu karar, mahkemenin çekin arka ve ön yüzü arasında bir ayırım yapmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 31-32.

⁹³⁵ Karar için bkz., Cass. com. 08.07.2003, 00-11.993.

numarası bilgileri⁹³⁶ bulunan çekin arka yüzünü davacıya ve mahkemeye⁹³⁷ teslim edemeyeceğine, aksi takdirde müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına” karar vermiştir.

Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 15.05.2019 tarih ve 18-10.491 sayılı kararında da⁹³⁸ “çekin arka yüzünde yer alan kimlik ve hesap numarası bilgilerinin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına karar vermiştir. Karara konu olan olayda müşteri, banka tarafından ödenen dört adet çekin fotokopisinin teslimini talep etmiştir. Talebi reddedilen müşteri bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için çeklerin mahkemeye teslimini talep etmiştir. Bordeaux İstinaf Mahkemesi; CMF art. L. 511-33 ve CC art. 9’a atıf yaparak “bankanın çekin arka yüzünde ismi yazılı olan üçüncü kişilerle ilgili bilgileri mahkemeye teslim edemeyeceğine aksi takdirde müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına” hükmetmiştir. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi de; CMF art. L. 511-33 ve CC art. 9’a uygun olarak bankanın çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili tüm bilgileri saklamakla yükümlü olduğuna, bu yükümlülüğünün hukuk mahkemesine karşı da ileri sürülebileceğine karar vermiştir. Ancak aynı kararda mahkeme; müşteri sırrının korunması hükümlerinden *müşteri ve üçüncü kişilerin* yararlanabileceğine, bankanın bu korumadan yararlanmasının mümkün olmadığına, *bankaya karşı açılan sorumluluk davasında* müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir.

Doktrinde, çek fotokopisinin düzenleyene teslimi hususunda, çekin emre veya hamiline düzenlenmiş olmasına göre ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Eğer emre yazılı çek söz konusu ise, banka çekin ön yüzünün fotokopisini çeki düzenleyene teslim edebilir. Bu hâlde banka, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmemektedir. Zira çeki düzenleyen lehtarın kimliği hakkında bilgi sahibidir. Ön kısmının fotokopisinin alınması çekin ödendiği konusunda delil teşkil edecektir. Çekin arka yüzü içinse, içerdiği bilgiler nedeniyle aynı sonuca ulaşılması mümkün değildir. Lehtarın banka hesabına dair bilgiler, çeki düzenleyen tarafından en başta bilinmediği

⁹³⁶ Çekin arka yüzünde, lehtarın ismi, imzası ve ödemeler çoğunlukla hesaba ödeme şeklinde olduğu için lehtarın *banka hesap numarası* yer almaktadır. Bu yönüyle karar açık şekilde; malvarlığı değerlerinin özel hayatın korunması kapsamında yer aldığına işaret etmektedir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 37.

⁹³⁷ CMF art. L. 511-33 müşteri sırrının ceza soruşturma ve yargılamasını yürüten makama karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlemektedir. Ancak hukuk mahkemesinde ileri sürülebilmesi hususu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda II. bölümde 2.1.4. altında yapılan açıklamalar.

⁹³⁸ Karar için bkz., Cass. com. 15.05.2019, 18-10.491.

düzenleyenin, çekteki tahrifatı tespit ettirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir⁹⁴⁴

945

İsviçre-Türk hukukunda

İsviçre hukukunda dar anlamıyla müşteri, “banka ile sözleşme akdeden kişidir”. Oysa müşteri sırrının saklanması hükümlerinin temel kaynağı olan kişiliğin korunmasına dair CC art. 27 ve art. 28, tüm sözleşme ilişkilerinden bağımsız olarak, kişilerin özel hayatlarının korunmasını sağlar⁹⁴⁶. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, müşteri kavramı, bu geniş anlamıyla benimsenmeli ve bankanın müşterisi olmayan üçüncü kişiler de koruma kapsamına dâhil edilmelidir⁹⁴⁷.

Zira banka müşterisi olmayan kişiler hakkında da bazı bilgilere erişim imkânına sahiptir. Banka müşterinin eşi ve çocukları, kanuni temsilcisi, şirketi temsile yetkili olan temsilcileri, müşterinin ölümünden sonra mirasçıları, devir, bölünme veya birleşme neticesinde oluşan yeni şirket tüzel kişiliği ve ortakları hakkında bilgi sahibi olabilir. Bu kişiler “müşteriyle bağlantılı edime yakın üçüncü kişiler” olarak adlandırılmaktadır. Belirtilen kişilerin müşteri sıfatını haiz olmaması sebebiyle müşteri sırrının saklanması hükümleri kapsamı dışında tutulması uygun görülmemekte ve sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde bankanın sorumluluğunun kaynağı sözleşmesel sorumluluk hükümleri olarak kabul edilmektedir⁹⁴⁸.

Türk hukukunda çek fotokopisinin arka yüzünün düzenleyene teslimi hususunda Reisoglu ve Tekil; düzenleyenin banka ile aralarındaki çek anlaşmasına^{949 950} uygun

⁹⁴⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 253.

⁹⁴⁵ Bir görüşe göre, bankanın çeki düzenleyene çek fotokopilerini teslim etmeden önce, kendisinden şikâyetle bulunmasını istemesi gerekmektedir. Jerez, 2000, **a.g.k.**, 24; Bir başka görüşe göre ise, bilgilerin açıklanması yalnızca ceza hâkiminin vereceği karar sonucu olmalıdır. Aksi halde, Kanun’da düzenlenmeyen yeni bir istisna yaratılmış olur. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 253.

⁹⁴⁶ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 45.

⁹⁴⁷ İsviçre hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 119; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 119; Türk hukukunda Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 451; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 18-19.

⁹⁴⁸ İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 115; Rappo, 2002, **a.g.k.** 280; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 32; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 114 vd.; Türk hukukunda Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 451; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 18-19.

⁹⁴⁹ TTK çek anlaşmasının bulunmamasının çekin geçerliliğini etkilemeyeceğini (TTK m. 783) hükme bağlamıştır. Ancak ÇekK. m. 2’ye göre, “...çek defterleri bankalarca bastırılır...çek defterlerinin baskı şeklini belirleyen esaslar, Maliye Bakanlığı, Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğinin görüşü alınarak, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’na Resmî Gazete’de yayımlanacak tebliğle düzenlenir...”. Maddeye dayanılarak çıkarılan tebliğe göre çek anlaşması olmadan çek defterlerinin verilmesi olasıdır düşüktür. M. Bahtiyar (2018). *Kıymetli evrak hukuku* (16. Bası). İstanbul: Beta Yayınları, s. 129; R. Poroy ve Ü. Tekinalp (2018). *Kıymetli evrak hukuku esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 331; s. 302-303; Bozer ve Göle, 2018a, **a.g.k.**, 447; H. Pulaşlı (2019). *Kıymetli evrak*

olarak çekin usulüne uygun ödenip ödenmediğinin tespiti için çeki inceleme hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir⁹⁵¹. Çek üzerindeki muhatap lehine ciro makbuz hükmündedir (TTK m. 789 f.4). Banka keşideciye rücu ederken zorunlu unsurları taşıyan ve ödenmiş olan çeki ispat vasıtası olarak dayanacaktır. Bu nedenle keşideci, ödeme şartı olarak bankadan çekin kendisine iadesini isteyemeyecektir. Fakat keşideci imzanın kendisine ait olmadığı, çekte tahrifat yapıldığı, çekin usulüne göre ödenmediği gibi iddialarda bulunursa, banka nezdindeki çeki inceleme, fotokopi talep etme hakkına sahiptir. Keşideci banka aleyhine dava açtığında ise, çekin aslının mahkemeye teslimine karar verilebilir. Ancak Çek Kanunu'nun⁹⁵² 3. maddesinin 5. fıkrası uyarınca; muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutar dâhil, kısmi ödemenin hamil tarafından kabul edilmemesi hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılacak, ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılacak ve çek, üzerine imzası alınarak hamiline geri verilerek ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanacaktır. Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması ve hamilin sadece muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutarın ödenmesini talep etmesi hâlinde de aynı işlem uygulanacaktır⁹⁵³.

Sonuç olarak çekin arka yüzünün fotokopisi keşideciye verilebilir. Çekte ismi ve imzası bulunan kişilerle ilgili bilgiler keşideciye teslim edilebilir ve bu durum müşteri sırrının saklanması hükümlerine aykırılık teşkil etmez. Zira Türk hukukunda hesaba geçirilmek üzere düzenlenen çek (TTK m. 805) düzenlemesi bulunmakla birlikte, ödemenin yapılması için hesap numarasının çekin üzerine yazılmasına dair hüküm veya uygulama bulunmamaktadır. Çekin üzerinde hâmilin hesap numarasının bulunması hâli hariç olmak üzere- ki bu son derece düşük bir olasılıktır- çekin arkasında ismi bulunan kişiler müşteri sırrının korunması hükümlerinin yararlananı olamazlar.

hukuku esasları (7. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 300; E. Eriş (2014) . *Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kıymetli evrak*. Ankara: Seçkin Kitabevi, s. 740-741; A. Kendigelen (2019). *Çek hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 69.

⁹⁵⁰ Türk-İsviçre hukuk sisteminde, diğer sözleşmeler hakkındaki kanuni hükümlere tâbi olmayan işlerde, vekâlet hükümlerinin geçerli olacağı esası benimsenmiştir (CO art. 394 al. 2 ve TBK ve 503). Bu durumda vekâlet sözleşmesi, çek anlaşmasının hukuki mahiyetini tespiti ve izaha yeterli olmamakla birlikte, çek anlaşması hakkında esas itibarıyla vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. F. Öztan (2017). *Kıymetli evrak hukuku* (21. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 247; Çek anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. F. Öztan (1997). *Kıymetli evrak hukuku* (2. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1090-1097.

⁹⁵¹ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1509; S. Reisoğlu (2011). *Çek hukuku*. Ankara: Yaklaşım yayınları, s. 250; M. Tekil (1997). *Çekte muhatap bankanın hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 24.

⁹⁵² Çek Kanunu için bkz. RG 20.12.2009 tarih ve 27438 sayı.

⁹⁵³ Bu durumda keşideci, imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerse fotokopide imza kontrolü yapılamayacağından, keşideci ödemedi kurtulabilecektir. Reisoğlu, 2011, **a.g.k.**, 250.

2. MÜŞTERİ SIRRINI SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI

2.1. Özel Hukuka İlişkin İstisnalar

Bankanın müşterisi ve hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişiler, müşteri sırrının korunmasından yararlanan kişilerdir. Belirtilen kişilere ait gizli nitelikteki bilgilerin, müşteri sırrı kapsamında yer alarak korunması gerekir. Bununla birlikte, üçüncü kişinin özel yararının, müşteri sırrının korunmasına dair yarardan üstün tutulduğu bazı hâllerde, sırrın açıklanabilmesi mümkündür. Bu hâller aşağıdaki başlıklarda açıklanacaktır.

2.1.1. Medeni hukuka ilişkin istisnalar

2.1.1.1. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır (CCS. art. 28. al.2 ve TMK m. 24 f.2). Sayılan hâllere ek olarak, haklı savunma (meşru müdafaa) veya zorunluluk (ıztırar) hâli de hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerden biridir (CCS art. 52 ve TMK m. 63).

Banka hukuku bakımından kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, “sırrın açıklanmasına onay verme” olarak anlaşılmaktadır. Üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararı, müşteri ile banka arasındaki hukuk davasından, kefalet sözleşmesinden ve iflâs kararından kaynaklanabilmektedir⁹⁵⁴.

2.1.1.1.1. Müşterinin onayı

Fransız hukukunda 04.08.2008 tarihinde CMF art. L. 511-33’te yapılan değişiklikle, kredi kuruluşlarının gizli nitelikteki bilgileri “ilgili kişilerin açık onayı” ile açıklayabilecekleri hususu düzenlenmiştir. Ancak belirtilen düzenleme yapılmadan önce

⁹⁵⁴ Bkz aşağıda ikinci bölüm 2.1.1.1.2. altında yapılan açıklamalar.

de, genel hükümlere göre, müşterinin onayıyla sırrın açıklanabileceği kabul edilmektedir⁹⁵⁵.

İsviçre-Türk hukukunda LB art. 47 ve BankK. m. 73'te müşterinin onayı ile sırrın açıklanabilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte müşterinin onayının, kişinin özel hayat alanına yönelik saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hâl olduğu konusunda şüphe yoktur. Zira müşteri sırrı ile korunan yarar, bankanın yararı değil, müşterinin yararadır⁹⁵⁶. Müşteri sırrı, müşteri için hak ve banka için yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Müşteri, kanunun kendisine tanıdığı haktan vazgeçerek, bankayı yükümlülüğünden kurtarabilir^{957 958}.

Müşteriden, sözleşme imzalanmadan önce veya imzalanırken, müşteri sırrı hükümlerinin sağladığı haklarından tamamen feragat ettiğine ilişkin onay alınması geçerli değildir⁹⁵⁹. İsviçre bankalarının müşterilerinden, yabancı devletlerde açılacak dava veya soruşturmalar için genel nitelikte bir onay talep ettiği görülmüştür. Bu onayla ilgili bir uyuşmazlıkta Federal Mahkeme, müşterinin önceden verdiği onayını değiştirme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir⁹⁶⁰. Mahkemeye göre müşterinin onayının her somut olay için değişebileceği dikkate alınmalı, bilgiler açıklanmadan önce banka çalışanı müşteriden tekrar onay talep etmelidir⁹⁶¹. Bu kararın ardından

⁹⁵⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 142-143; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 436.

⁹⁵⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 514; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 199.

⁹⁵⁷ Rappo, 2011, **a.g.k.**, 45; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 108; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 106-108; Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 104-105; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 27; Ancak Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 24.03.2010 tarih ve 2007/15770 Esas ve 2010/5483 Karar sayılı kararı aksi yöndedir. Karara konu olayda, sanığın bazı müşterilerin hesap bilgileri ile şubenin müşteri adedi ve işlem hacmi bilgilerini içeren e-mailler gönderdiği tespit edilmiştir. Mahkeme hesap sahiplerinin *rızalarının bulunmasının eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceğine*, bu suretle 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22/9. maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Elbette müşterilerin onayının olması, bankayı sır saklama yükümlülüğünden kurtarır. Ancak karara konu olayda, şubenin müşteri adedi ve işlem hacmi bilgileri de açıklandığından, *müşteri sırrı ile birlikte banka sırrının* da açıklanmış olduğu anlaşılmaktadır. Karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erşim tarihi: 18.07.2019).

⁹⁵⁸ İsviçre hukukunda müşteri, sırrın açıklanmasını onaylarsa, bankanın hukuk mahkemesi önünde, sırrı açıklaması, gizli nitelikteki bilgileri mahkemeye sunması mümkündür. Ancak, Medeni Usul Kanunu'nun 156. maddesi hükmü gereği; *"mahkeme, delillerin gösterilmesinin, özellikle ticari sır gibi tarafların ve üçüncü kişilerin korunmaya değer yararlarına yönelik saldırı teşkil etmemesi için gerekli tedbirleri alır"*, hükmü mahkemece uygulanarak, sırrın açıklanmamasına karar verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda ikinci bölümde 2.1.4.2. altında yapılan açıklamalar.

⁹⁵⁹ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 514; İsviçre hukukunda, Rappo, 2002, **a.g.k.**, 209; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 45; Türk hukukunda Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 200.

⁹⁶⁰ Aksi görüşte olan Tercier; CO art. 19 al. 1.'de yer alan, *"sözleşmenin konusu kanunda yer alan sınırlar içerisinde serbestçe belirlenebilir"* hükmünün, onayın her zaman ve koşulda geri alınabilmesine izin vermediğini belirtir. bkz., Tercier, 1984, **a.g.k.**, 91.

⁹⁶¹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 209; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 45.

İsviçre Bankalar Birliği, önceden alınan onay ile müşteri sırrını açıklamaya yönelik uygulamadan vazgeçmiştir⁹⁶².

Müşteri, onayını “yazılı” ve “paylaşım sınırlarını gösteren şekilde” vermiş olmalıdır⁹⁶³. Nitekim KVKK’da kişisel verilerin kanunda gösterilen hâller dışında ilgilinin açık rızasıyla işlenebileceği de hükme bağlanmıştır (m. 5, 6/2, 8, 9).

Ayrıca “Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi”⁹⁶⁴ Üyelerinin Müşterilerinin Risk Merkezi Nezdindeki Bilgilerinin Kendilerine ya da Onay Vermeleri Koşuluyla Belirledikleri Gerçek Veya Tüzel Kişilere Verilmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin⁹⁶⁵ 11. maddesine göre; *gerçek veya tüzel kişi müşterinin, Risk Merkezi raporunu gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine verilmesini talep etmesi durumunda Risk Merkezinin internet sitesinde örneği verilen Risk Merkezi raporunun üçüncü kişilere verilmesine ilişkin başvurusu ve onay belgesinin düzenlenmesi gerekmektedir. Aynı Yönetmeliğin 12. maddesine göre; müşterinin Risk Merkezi raporunun, imzalanan bilgi alışverişi sözleşmeleri⁹⁶⁶ kapsamında, özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına ve bunların üst kuruluşlarına verilmesi, müşterinin onayının alınması koşuluyla mümkündür”.*

BDDK yayımladığı “Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelere İlişkin Tebliğ”in⁹⁶⁷ 17. maddesinde ve çeşitli tarihlerde verdiği kararlarda, bankanın müşterinin bilgilerini paylaşabilmesinin koşullarını belirlemiştir.

Tebliğ’in müşteri bilgilerinin mahremiyeti başlıklı 17. maddesine göre; *“...müşteri bilgileri, yasalarla açıkça yetkili kılınan merciler dışındaki taraflarla, ancak paylaşım sınırları açıkça belirtilmek ve müşterilerin yazılı rızaları alınmak kaydıyla paylaşılabılır. Müşterilere bilgilerini söz konusu taraflarla paylaşıp paylaşmama konusunda seçenek sunulmalı ve müşterinin böyle bir seçeneğinin bulunduğu dair*

⁹⁶² Rappo, 2002, **a.g.k.**, 209; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 45.

⁹⁶³ Müşterinin, sırrın açıklanmasına zımni şekilde onay vermesi mümkün değildir. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1302; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1506-1507; Aksi yönde görüş için bkz., Kaplan, 1990, **a.g.k.**, 9.

⁹⁶⁴ BankK ek madde 1’e göre; *Türkiye Bankalar Birliği nezdinde, kredi kuruluşları ile Kurulca uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak üzere Risk Merkezi kurulmuştur. Kredi kuruluşları ile Kurulca uygun görülecek finansal kuruluşlar, Risk Merkezine üye olmak zorundadır. Üye kuruluşlar, Risk Merkezince istenilen, müşterileri ile ilgili her türlü bilgiyi vermekle yükümlüdür. Risk Merkezi, bu yükümlülüğe uymayanlara bilgi akışını durdurmaya yetkilidir...”*

⁹⁶⁵ RG 10.04.2012 tarih ve 28260 sayı.

⁹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda ikinci bölüm 2.1.6.3. altındaki açıklamalar.

⁹⁶⁷ RG 24.09.2009 tarih ve 27120 sayı, değişiklik 01.2010 tarih ve 27598 sayı.

mutlaka bilgilenmesi sağlanmalıdır...”. Madde metninden anlaşılacağı üzere müşterinin onayı “yazılı” ve “paylaşım sınırlarını gösteren” şekilde olmalıdır⁹⁶⁸.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun 07.06.2010 tarih ve 11203, 23.06.2010 tarih ve 11881, 07.06.2011 tarih ve 11265 sayılı kararlarında, havale ve benzeri banka işlemleri sonucu üretilen dekont ve diğer belgelerde, *işleme taraf olanların rızası dışında*, T.C. kimlik numarası ve söz konusu işlemler için gerekli olan bilgiler haricinde diğer kişisel bilgilerin yer almaması ve kişisel bilgilerin hukuka aykırı kullanımının engellenmesi hususu vurgulanmıştır⁹⁶⁹.

05.04.2013 tarih ve 8935 sayılı bir diğer kararında Kurul; müşteri sırrı niteliği taşıyan banka müşterilerine ait hesap ve müşteri bilgilerinin yurtdışına aktarılmasının Türkiye’de kurulu bankalar açısından Bankacılık Kanunu’nun 73/3. maddesine aykırılık teşkil edebileceğini belirtmiştir. Ancak aynı kararda, banka müşterilerinin hesap ve bilgilerinin paylaşılması konusunda *onay vermeleri* durumunda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmiş olacağı mütalaa edilmiştir⁹⁷⁰.

29.05.2012 tarih ve 11312 sayı ve 07.06.2012 tarih ve 16266 sayılı kararlarında da Kurul; müşterinin *açık ve yazılı onayı olmadan*, Kredi Kayıt Bürosu (KKB) bilgileri dâhil müşteri kredibilitesi hakkında herhangi bir bilgi veya belgenin, banka iştirakleri⁹⁷¹ ile emlak komisyoncuları gibi üçüncü kişilerle paylaşılması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷².

Ayrıca BDDK’nın Türkiye Bankalar Birliği’ne gönderdiği 21.09.2010 tarih ve 18957 sayılı yazısında; “...kayıp şahsın beraberinde ek kart taşıması durumunda asıl kart hamilinden, karta ve kullanımına ilişkin bilgilerin emniyet birimlerine açıklanmasına *rıza gösterdiğine dair yazılı bir beyan alınması* kaydıyla, bu bilgilerin emniyet birimlerine verilmesinin mümkün olduğu...” belirtilmiştir⁹⁷³.

Müşterinin talebiyle mali ve iktisadi durumuyla ilgili referans mektubu düzenlenmesi durumunda, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık bulunmayacaktır. Zira müşterinin kendisi bilgilerinin paylaşılmasına onay vermektedir. Banka bilgilerinde;

⁹⁶⁸ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1500; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1302.

⁹⁶⁹ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1500-1501.

⁹⁷⁰ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1302; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1503-1504.

⁹⁷¹ Yazıda “...BankK m. 73 kapsamı dışında olma durumu, banka veya finansal kuruluşun kendi nezdinde bulunan bilgilerin paylaşılmasına yönelik olup, KKB ve ve diğer kanallardan temin edilen bilgilerin kendi iştirakleri veya başka kuruluşlarla paylaşılmasını kapsamamaktadır...” hususu da vurgulanmıştır. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1317. Ayrıntılı bilgi için bkz., aşağıda ikinci bölüm 2.1.6.3.3.altında yapılan açıklamalar.

⁹⁷² Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1502-1503.

⁹⁷³ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1303.

ilgili müşterinin çeklerinin karşılıksız çıktığı, kredi limitlerinin önemli ölçüde aşıldığı, taşınmazının cebri icra yoluyla satıldığı, teminat oluşturan taşınmaza bankanın kendi alacağı için başvuracağı gibi olumsuz vakıalar da yer alabilir⁹⁷⁴. Banka tarafından verilen bilgilerin yanlış veya yanıltıcı olması, bankanın hukuki sorumluluğuna neden olacaktır⁹⁷⁵. Banka, müşterinin yanlış bilgi verilmesine onay verdiğini ileri süremeyecektir⁹⁷⁶.

2.1.1.1.2. Üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararının olması

Failin üstün nitelikte özel yararı veya kamu yararı varsa, kişiliğe yönelik saldırı hukuka aykırı olmaz. Kişilik hakları saldırıya uğrayan kişiye yüklenen fedakârlık, bir başka gerçek veya tüzel kişinin yararına tercih edildiğinde üstün nitelikte özel yarardan bahsedilir. Bu yarar, mağdura⁹⁷⁷, faille⁹⁷⁸ veya üçüncü bir kişiye⁹⁷⁹ ait olabilir⁹⁸⁰. Kişilik hakları saldırıya uğrayan kişiye yüklenen fedakârlık, toplumun çoğunluğunun yararına tercih edildiğinde üstün nitelikte kamu yararı söz konusu olur⁹⁸¹. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler görecelidir; bu anlamda hâkim saldırıya uğrayan kişi ile saldırıyı gerçekleştiren failin yararlarını tartarak kararını verir. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında, yararların tartılması ilkesinin ışığında, karşılıklı olarak taraf değerlerinin hesaba katılması gerektiğine hükmedilmiştir⁹⁸².

⁹⁷⁴ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1508-1509.

⁹⁷⁵ Bu sorumluluk müşteri bakımından, bankanın sözleşmesel sorumluluğu, üçüncü kişi açısından ise, bankanın haksız fiil sorumluluğu anlamına gelmektedir. Altop, 1996, **a.g.k.**, 136-137.

⁹⁷⁶ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1303; Kandırılıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 197.

⁹⁷⁷ Kişinin hayatının kurtarılması için isteği dışında ameliyat edilmesi, mağdurun özel yararına örnektir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 225-226; S. Kara Kılıçarslan (2015). *Kişilik hakkına saldırıda üstün nitelikte özel ve kamusal yarar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 58-59.

⁹⁷⁸ Avukatın kendisini koruyabilmesi için müvekkilinin sırlarını açıklaması, failin üstün yararına örnektir. Kara Kılıçarslan, 2015, **a.g.k.**, 90-91; Günergök, 2003, **a.g.k.**, 662-663; Serozan, yasa gereği bankaların müşterileriyle ilgili bilgileri maliyeye bildirmesini, bankanın üstün yararına örnek olarak göstermektedir. Serozan, 2018, **a.g.k.**, 473.

⁹⁷⁹ Anne babanın çocuğunu terbiye hakkı çerçevesindeki müdahaleleri, üçüncü kişiye ait üstün özel yarara örnektir. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 228.

⁹⁸⁰ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2018, **a.g.k.**, 225; Serozan, 2018, **a.g.k.**, 471; S. Helvacı (2001). *Türk ve İsviçre hukuklarında kişilik hakkını koruyucu davalar*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 151; Kara Kılıçarslan, 2015, **a.g.k.**, 31-32.

⁹⁸¹ Tartışmalı olmakla birlikte avukatın anayasal düzene karşı işlenen suçlar bakımından, müvekkilin sırlarını açıklamış olması, üstün kamu yararına örnek gösterilmektedir. Kara Kılıçarslan, 2015, **a.g.k.**, 91; Günergök, 2003, **a.g.k.**, 665.

⁹⁸² Rappo, 2002, **a.g.k.**, 212; Tercier, 1984, **a.g.k.**, 91.

İsviçre Bankalar Komisyonu, mirasçısı olmadığı için hazineye devredilen varlıklarla ilgili olarak, üstün yararın bulunması nedeniyle, müşteri sırrına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına dair bir sirküler de yayımlamıştır⁹⁸³.

Müşteri sırrının korunmasına dair yarar ile üçüncü kişinin yararının korunması arasındaki çatışmaya ilişkin özellik arz eden bazı hususlar mevcuttur. Bu hususlar; banka ve müşteri arasındaki dava bakımından yarar, kefalet sözleşmesinde yarar ve bankanın iflâsında alacaklının yararı olmak üzere üç alt başlıkta incelenebilir⁹⁸⁴.

Banka ve müşterisi arasındaki hukuk davasında yarar

Fransız hukukunda tarafların iddia ve savunmalarını eşit şekilde ileri sürebilmelerinin önemli olduğu vurgulanmaktadır⁹⁸⁵. Gerek müşteri gerekse banka, kendi hukuki yararını korumak için delillerini serbestçe ortaya koymalıdır. Sırrın açıklanmaması nedeniyle bankanın zarara uğraması tehlikesi mevcutsa, müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler açıklanabilir⁹⁸⁶. Ancak bankanın açıklayacağı bilgiler, kendi hukuki yararının korunmasını sağlayacak ölçüde olmalıdır. Müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerle ilgiliyse, bu bilgilerin ilgili kişilerin onayı olmadan açıklanmaması gerekir⁹⁸⁷.

İsviçre hukukunda banka ve müşterinin yararı hususu bankanın davacı veya davalı olması açısından ikiye ayrılarak incelenir. Bankanın davacı olması hâlinde, İsviçre Federal Mahkemesi kişilik haklarının malvarlığı haklarından üstün olduğu yönünde kararlar vermiştir. Doktrinde ise, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin uygulanabilirliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kanun ve hakkaniyet gereği, bankanın dava sırasında tüm dava nedenlerini yalnızca müşterinin yararlarını dikkate alarak değil, kendi yararını da düşünerek sunması gerekmektedir. Sırrı saklamak isteyen müşterinin çıkabilecek uyuşmazlığı engelleme sorumluluğu da

⁹⁸³ Sirkülerde; ikinci dünya savaşından günümüze geçen sürede bankada hesabı bulunan bazı kişilerden haber alınmadığı dikkate alınarak, “ekonomik hak sahiplerini” belirlemek için sirküler yayımlanmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle; “ekonomik hak sahipleri” hazineye devredilmiş mallara ulaşabileceklerdir. Bununla birlikte, sirkülerin yayımlanmasının gerçek nedeni, muhtemel boykot tedbirlerine karşı İsviçre finans piyasasının korunmasıydı. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 212.

⁹⁸⁴ Ayrıca bkz., ikinci bölüm 2.1.1.1. altında yapılan açıklamalar.

⁹⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., ikinci bölüm 2.1.4.1. altında yapılan açıklamalar.

⁹⁸⁶ Fransız hukukunda Jerez, 2000, **a.g.k.**, 65; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 201; Teissier, **a.g.k.**, 948; İsviçre hukukunda; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 45; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 633; Aubert vd, 173; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 191; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 66.

⁹⁸⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 496.

bulunmaktadır⁹⁸⁸. Doktrinde hâkim olan görüşe göre ise, uyuşmazlığı çözmek için her somut olayda, taraf menfaatlerini tartmak gerekir. Ayrıca delillerin uygunluğunun, müşterinin muhtemel zararının, taraflar ve sözleşme ilişkisi açısından alacağın öneminin dikkate alınması gerekir. Banka, müşterisi için dava nedenlerini en az zarar verecek şekilde kullanmalıdır. Hukuki uyuşmazlığa dair kararın yayımlanması olasılığı dikkate alınarak, mümkünse mahkemelerce yapılacak yargılama yerine arabuluculuk, tahkim ve uzlaşma gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları seçilmelidir⁹⁸⁹.

Bankanın davalı olması hâlinde, uyuşmazlık konusu olayla ilgili bilgilerin mahkemeye sunulabileceği konusunda tereddüt bulunmaz⁹⁹⁰. Zira müşteri, dava açmakla sırrın saklanması talebinden zımnen vazgeçmektedir. Uyuşmazlık konusu olayla ilgili olmayan bilgiler, gizli nitelikte bilgi olarak kalmaya devam edecektir. Fakat davacının dilekçesinde yer alan olaylar ile bankanın dava sırasında ileri sürdüğü itirazlar arasında hiçbir uygunluk olmayabilir. Örneğin banka, başka bir alacağını davacının alacağı ile takas etmek isteyebilir. Böyle bir durumda banka, kendi yararını koruyabilmek için gerekli savunma araçlarından yoksun bırakılmamalıdır⁹⁹¹.

Fakat müşteri, sırrın açıklanmasını onaylarsa, bankanın hukuk mahkemesi önünde, sırrı açıklaması, gizli nitelikteki bilgileri mahkemeye sunması mümkündür. Ancak yine de CPC art. 156 gereği; *mahkeme, delillerin gösterilmesinin, özellikle ticari sır gibi tarafların ve üçüncü kişilerin korunmaya değer yararlarına yönelik saldırı teşkil etmemesi için gerekli tedbirleri alır*, hükmü mahkemece uygulanarak, sırrın açıklanmamasına karar verilebilir⁹⁹².

Kefalet sözleşmesinde yarar

Fransız hukukunda, kefilin korunmasındaki yararın müşterinin korunmasındaki yarardan üstün tutulduğu görülmektedir. Bu açıdan Fransız hukukunda, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün, müşteriye nazaran daha üstün bir yarara sahip olması gerekçesiyle kefil lehine sona erdirilebileceği belirtilmektedir⁹⁹³.

⁹⁸⁸ Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 168.

⁹⁸⁹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 213- 214; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 173; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 201.

⁹⁹⁰ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 173.

⁹⁹¹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 214.

⁹⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz aşağıda ikinci bölümde 2.1.4.2. altında yapılan açıklamalar.

⁹⁹³ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 214.

İsviçre hukukunda ise müşterinin kefilî lehine, sırrın açıklanması mümkün değildir. Esasen, kefil müşteri açısından üçüncü kişi sayılmaktadır. Bu sebeple müşterinin onayı olmadan gizli nitelikteki bilgilerin kefile paylaşılması gerekmektedir⁹⁹⁴. Ancak CO art. 505 ve TBK m. 594 gereğince, asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. Doktrinde, bu düzenlemenin müşteri sırrına dair hükümlere istisna teşkil ettiği ifade edilmektedir⁹⁹⁵.

Bankanın iflâsında alacaklılarının yararı

Bankanın iflâsında, müşteri sırrının saklanmasıyla sağlanan yarar, iş bağlantıları sebebiyle bankanın alacaklısı sıfatını kazanan kişilerin üstün yararından sonra gelecektir. Bu yüzden, bankanın alacaklılarının yararının korunması için gerekli tüm bilgiler kendilerine verilebilir⁹⁹⁶.

2.1.1.1.3. Kanunun verdiği yetkiye dayanma

Bir kanun hükmünün verdiği yetki sebebiyle sırrın açıklanmasında, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaz. Kanunun verdiği yetkinin anlamı, kamu görevlileri ve kurumlarının, kamu hukukunu düzenleyen hükümlerden kaynaklanan yetkilerini kullanmalarıdır⁹⁹⁷.

Zarar verenin davranışının, haklı savunma niteliği taşıması durumunda, fiil hukuka aykırı sayılmaz (CCS art. 52 ve TBK m. 64). Ayrıca haklı savunmada (meşru müdafaa) bulunan, *saldıranın şahsına* veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz (CCS art. 52 ve TBK m. 64).

Haklı savunma bir kişinin gerek kendisinin, gerek başkasının kişiliğine veya malvarlığına karşı yapılan hukuka aykırı ve hâlen mevcut bir saldırıyı ortadan

⁹⁹⁴ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 214; İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 106 IB 357, JdT 1983 II 19 kararı da bu yöndedir.

⁹⁹⁵ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 384. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda ikinci bölümde 2.1.2.3. altındaki açıklamalar.

⁹⁹⁶ Rappo, 2011, **a.g.k.**, 47; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 214; Tercier, 1984, **a.g.k.**, 80.

⁹⁹⁷ Dural ve Ögüz, 2018, **a.g.k.**, 153.

kaldırmak için karşı saldırıda bulunması olarak tanımlanmaktadır⁹⁹⁸. Zorunluluk (ıztırar) hâlinde ise, bir zarardan veya derhal meydana gelebilecek bir tehlikeden korunmak için bu tehlikeyi yaratmış olmayan üçüncü bir kişinin malvarlığına zarar verilmektedir⁹⁹⁹. Haklı savunmadan farklı olarak zorunluluk hâlinde verilen zararın tazmini gerekir¹⁰⁰⁰.

2.1.1.2. Gerçek kişinin yasal temsilcileri

Bilindiği üzere Türk hukukunda vesayet organları; vasi, vesayet daireleri (sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi), kayyım ve yasal danışmandan oluşmaktadır. Vesayete ilişkin hükümler, tipe bağlılık ilkesi¹⁰⁰¹ gereğince, koşulları ve sınırları önceden öngörülen kapsama sahip olması, tedbir türlerinin katı bir anlayışla düzenlenmesi, bu yönüyle orantılılık prensibine aykırı olarak somut olaydaki ihtiyaçların çok sınırlı şekilde dikkate alınması sebepleriyle Kaynak İsviçre hukukunda ve Fransız hukukunda eleştirilmekteydi.

Anılan nedenlerden dolayı Fransız hukukunda¹⁰⁰² 2009 yılında yapılan değişiklikle ayırt etme gücünde ağır bozulma olan yetişkinler için, vasi veya kayyım tayini kararının alınmasına izin verilmiştir. İsviçre hukukunda¹⁰⁰³ ise 2013 yılında yürürlüğe giren yeni düzenlemelerle, resmi makamlardan her somut olayın özelliklerine göre ve ancak gerektiği ölçüde destek alınması amacıyla, yetişkinler için vesayet ve yasal danışmanlık düzenlemesi kaldırılmış ve “yetişkinlerin korunması” hükümleri

⁹⁹⁸ Oğuzman, 2018, **a.g.k.**, 249.

⁹⁹⁹ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 289-290; Helvacı ve Erlüle, 2018, **a.g.k.**, 50.

¹⁰⁰⁰ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 289-290; Helvacı ve Erlüle, 2018, **a.g.k.**, 50.

¹⁰⁰¹ Tipe bağlılık ilkesi gereğince hukuk düzeni sadece belirli sayıda vesayet tedbiri tipini sunmuş olup, yardım ihtiyacı altındaki kişilerin korunması için gerekli olan müdahale kapsamında kanunda sunulandan farklı vesayet tedbirlerine başvurulamaz. M. Dural, T. Ögüz ve M. A. Gümüş (2019). *Türk özel hukuku. C. III .Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 410.

¹⁰⁰² 07.03.2007 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Değişiklik Kanunu 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun için bkz.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000430707&categorieLien=id> (Erişim tarihi: 01.01.2019).

¹⁰⁰³ Söz konusu Değişiklik 19.12.2008 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Değişiklik Kanunu için bkz. RS 210.

getirilerek, kısıtlılık hâllerine son verilmiştir¹⁰⁰⁴. Küçüklerin vesayet altına alınmasına dair hükümlerde ise, değişiklik yapılmamıştır¹⁰⁰⁵.

2.1.1.2.1. Küçüğün yasal temsilcisi

Küçük¹⁰⁰⁶ adına hukuki işlemler veli veya vasi tarafından gerçekleştirileceğinden, müşteri sırrına dair hükümlerin, veliye veya vasiye karşı ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁰⁷. Zira ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler (CCS art. 304 ve TMK m. 342).

Ancak yasal temsilcilerinin, küçüğün bilgilerine erişim yetkisi sınırsız değildir. Zira yasal temsilcilerin; küçüğe bir meslek veya sanat için verilen mal ve kişisel kazançlar¹⁰⁰⁸, karşılıksız kazandırmalar¹⁰⁰⁹ ve ölüme bağlı tasarrufla yönetimi üçüncü bir kişiye bırakılan küçüğün saklı payı¹⁰¹⁰ üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur¹⁰¹¹. Sayılan işlemlerle ilgili tasarrufta bulunma yetkisi olmayan yasal temsilcinin, bilgi alma yetkisi de bulunmaz.

Ergin kılınan¹⁰¹² küçük, kendisiyle ilgili müşteri sırrı niteliğindeki bilgilere erişim yetkisine sahiptir. Bunun dışında, yasal temsilcinin onayı ile küçüğe, kendisi hakkındaki gizli bilgiler verilebilir¹⁰¹³. Üstelik Fransız hukukunda CC art. 388-1-1’de yer alan hükme göre; “vasi, küçüğün kanun veya teamül gereği, kendisinin gerçekleştirebileceği işlemler dışındakiler hakkında yetkilidir”. Küçüğün gerçekleştirebileceği işlemlerin nelerden ibaret olduğu konusunda CC’de bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak bu işlemlerin düşük ekonomik sonuçlu işlemler olduğu

¹⁰⁰⁴ Kısıtlıların fiil ehliyetinin bulunmadığını düzenleyen CCS art. 17’de değişiklik yapılarak, “ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kendisine kapsamlı kayyım atanmaların fiil ehliyeti yoktur” hükmü getirilmiştir. M. Akçaal (2018). İsviçre Medeni Kanunu’na göre kayyımlık türleri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2) , s. 82.

¹⁰⁰⁵ Akçaal, 2018, **a.g.k.**, 65; İ. Kaplan (2018). İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) yetişkinlerin korunmasına ilişkin yeni hükümlerinin değerlendirilmesi. *TBB Dergisi*, 2018 (137), s. 377.

¹⁰⁰⁶ On sekiz yaşını tamamlayanlar yetişkin sayılır. Fransız hukukunda CC art. 338, İsviçre hukukunda CCS art. 14 ve Türk hukukunda TMK m. 11.

¹⁰⁰⁷ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 144; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 116; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 446; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 96; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 55; İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 112; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 131 ve Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 175.

¹⁰⁰⁸ Fransız hukukunda CC art. 384, İsviçre hukukunda CCS art. 323 ve Türk hukukunda TMK m. 359.

¹⁰⁰⁹ İsviçre hukukunda CCS art. 321 ve Türk hukukunda TMK m. 357.

¹⁰¹⁰ Fransız hukukunda CC art. 384, İsviçre hukukunda CCS art. 322 ve Türk hukukunda TMK m. 358

¹⁰¹¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 1445; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 447; Capitaine, 1933, **a.g.k.**, 112.

¹⁰¹² Fransız hukukunda CC art. 413 vd.; Türk hukukunda m.11 ve 12; İsviçre hukukunda ergin kılınmaya dair 15. madde 07.10.1994 tarihli Federal Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰¹³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 448.

belirtilmektedir. Küçüğün gerçekleştirebileceği işlemler, temel beslenme veya okul alışverişini karşılayacak ölçüde küçük miktartlı işlemlerdir. Bu işlemler için para çekebilmesi veya yatırabilmesi amacıyla Fransız bankaları küçüğe, banka veya kredi kartı vermektedir. Küçük, belirtilen işlemlere dair bankadan, kendisiyle ilgili bilgi talep etme hakkına sahip olduğu gibi, kendisine karşı müşteri sırrının saklanması hükümleri de ileri sürülemez¹⁰¹⁴.

2.1.1.2.2. Kısıtlının yasal temsilcisi

Küçükler gibi kısıtlının korunması için de üçüncü bir kişiye, kısıtlı yararına, banka nezdinde bulunan gizli nitelikteki bilgilere erişim ve talep yetkisi verilmektedir. Koruma altına alınan kişinin aynı hakka sahip olup olmadığı kısıtlanan kişinin yasal temsilcisinin türüne göre değişmektedir.

Fransız hukukunda

Fransız hukukunda kısıtlıların değil, “yetişkinlerin korunmasına” yönelik çeşitli tedbirler bulunmaktadır. Bu tedbirler vesayet, kayyım ve adli koruma olmak üzere üç başlıkta incelenebilir.

CC art. 425 uyarınca, “*zihinsel veya bedensel bir engel nedeniyle irade açıklamasında bulunamayan, kendi başına menfaatini koruyamayanlar hukuki koruma tedbirlerinden yararlanabilirler*”. Ayrıca CC art. 440’a göre; “425. maddede belirtilen sebeplerle tek başına kendi işlerini göremeyenler için, bazı önemli iş veya işlemlerin gerçekleştirilmesi amacıyla kayyım atanabilir. Kayyım iş veya işlemlerin gerçekleştirilmesine katılmak üzere veya işlemleri gözetmek amacıyla atanır. Kayyım yalnızca, adli korumanın yetişkinin korunmasında yeterli olmadığı hâllerde atanır. 425. maddede sayılan sebeplerle vasi de atanabilir. Ancak vasi, kayyım atanmasının yetişkinin korunması için yeterli olmadığı hâllerde atanabilir”.

Görüldüğü üzere yetişkinin korunmasında vasi atanması son çare olarak öngörülmüştür¹⁰¹⁵. Yetişkin için atanması zorunlu ise ve mahkeme kararıyla vasi belirlenmişse, bu kişi tüm hukuki işlemleri yetişkin adına gerçekleştirme yetkisine sahiptir. CC art. 510 al. 2’ye göre; *vasi, bir hesabın yönetilmesi için kurumlardan, kısıtlının korunması için gerekli olan ve hesabın ilişkili olduğu bir veya birden fazla*

¹⁰¹⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 448.

¹⁰¹⁵ Fransız hukukunda CC art. 440-476.

hesapla ilgili yıllık hesap dökümünü mesleki sır veya müşteri sırrına ilişkin hükümler kendilerine ileri sürülmeksizin talep etme hakkına sahiptir. Vasi müşteri sırrının korunmasına dair hükümlerin istisnalarından birini oluşturmaktadır¹⁰¹⁶. Elbette, vasinin bu yetkisi, vesayetin gereğinin yerine getirilmesine ilişkin olmalıdır¹⁰¹⁷. Zihinsel veya bedensel yeteneklerindeki ağır bozulma nedeniyle yetişkin, kendisi hakkındaki bilgilere erişim hakkına sahip değildir. Hatta vesayet altına alınan adına açılan hesaplarla ilgili hesap özetleri vasinin adresine gönderilmektedir¹⁰¹⁸. Diğer taraftan, vesayet altına alınan hakkındaki bilgilere vesayet hâkimi de erişebilir. CC art. 499 gereğince, “üçüncü kişiler, vasinin vesayet altına alınan yetişkine zarar verecek işlem veya ihmâleri hakkında hâkimi bilgilendirebilirler”.

Fransız hukukunda kayyım; zihinsel veya bedensel bir engeli olduğu sağlık raporuyla tespit edilenlerin mallarının veya malvarlıklarının yönetilmesine olanak sağlayan hukuki koruma türüdür. Kayyım; basit kayyım (curatelle simple), güçlendirilmiş kayyım (curatelle renforcée) ve düzenleyici kayyım (curatelle aménagée) olmak üzere üç türdür.

Basit kayyım CC art. 440'ta düzenlenmiştir. Maddeye göre; “*zihinsel veya bedensel bir engelinin olduğu sağlık raporuyla tespit edilenlere önemli bazı hukuki iş ve işlemleri gerçekleştirmek için kayyım tayin edilir*”. Kendisine kayyım tayin edilen kişi, diğer hukuki işlemleri tek başına yapabilir. Kendi adına banka hesabı açıp, bu hesabı yönetebilir, hesapla ilgili gizli nitelikteki bilgilere erişebilir. Bu durumda kayyım yapılan hukuki işlemlerin yönetilen malvarlığına zarar verip vermediğini gözetmekle yükümlüdür. Kayyım da, koruma altına alınan kişiyle ilgili tüm banka hesapları hakkında bilgi alma ve inceleme hak ve yetkisine sahiptir¹⁰¹⁹.

Düzenleyici kayyımına dair CC art. 471 hükmü şöyledir: “*hâkim, kendisine kayyım tayin edilen kişinin yapabileceği ve yapamayacağı hukuki işlemler ile kayyımın yapabileceği hukuki işlemleri belirleyebilir*”. Basit kayyımına göre, düzenleyici kayyım daha geniş yetkilerle donatılmıştır. Burada kendisine kayyım tayin edilen kişi, bütçesinin ve banka hesaplarının yönetimi konusunda yetkisini korur. Ancak hâkim

¹⁰¹⁶ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 56; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 450; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 150.

¹⁰¹⁷ Farhat 1980, **a.g.k.**, 97; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 133; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 56; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 112; Aubert vd, **a.g.k.**, 123.

¹⁰¹⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 150.

¹⁰¹⁹ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 56; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 449-450; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 147.

hangi hukuki işlemlerde düzenleyici kayyımın katılımının gerektiğine karar verir. Düzenleyici kayyımın, görevinin ifası için gerekli olan işlemlerle sınırlı olmak üzere, kendisine kayyım tayin edilen kişinin banka hesap ve işlemleri hakkında bilgi alma hakkı bulunur¹⁰²⁰.

Son olarak CC art. 472'ye göre; *“hâkim, güçlendirilmiş kayyım tayin edebilir. Güçlendirilmiş kayyım, koruma altına alınan kişinin gelirlerini, bu kişi adına açık bir hesapta toplamalıdır. Ayrıca kayyım harcamaların ödenmesini güvence altına almalı ve geriye kalanı ilgililerin yararına hesaba yatırmalıdır”*. Güçlendirilmiş kayyım, koruma altına alınan kişinin hesaplarını yönetme ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgilere ulaşma yetkisine sahip olur. Kendisine karşı, koruma altına alınan kişinin bilgilerinin müşteri sırrı niteliğinde olduğu itirazı ileri sürülemez¹⁰²¹.

Adli koruma (sauvegarde de justice)¹⁰²²; zihinsel veya bedensel yeteneklerinde geçici yoksunluğu olan kişiler için düzenlenmiş olan Fransız hukukuna özgü bir koruma yoludur. Burada ilgili kişi ehliyetini korumakla birlikte, adli korumanın gözetimi altındadır. Kendisine adli koruma tayin edilen kişiye karşı, müşteri sırrına dair hükümler ileri sürülemez¹⁰²³. Koruma altındaki kişi; genel bir vekâletname ile mallarını yönetmesi için üçüncü bir kişiyi vekil atayabilir. Vekilin, vekâlet verene dair bilgilere erişim hakkı bulunur. Vesayet makamı da belirli bazı işlemleri gerçekleştirmesi için özel vekil veya tüm işlemlerin gerçekleştirilmesi için genel vekil tayin edebilir. Bu iki vekil, koruma altına alınan kişiyle ilgili tüm bilgilere erişme hakkına sahiptir.

İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda CCS'nin vesayete ilişkin hükümlerinde bazı değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler 01.01.2013 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Yeni düzenlemeyle vasi tayini yalnızca küçükler için öngörülmüş ve yasal danışmanlık müessesesi kaldırılmıştır. Yetişkinlerin korunması için de, yeni hükümler getirilmiştir. Yeni düzenlemelere göre altı kayyımlık türü ihdas edilmiştir. Bunlar refakat kayyımlığı (curatelle d'accompagnement), temsil kayyımlığı (curatelle de représentation), malvarlığı yönetimi kayyımlığı (curatelle de gestion du patrimoine) katılım kayyımlığı

¹⁰²⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 449-450; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 147.

¹⁰²¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 449-450; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 148.

¹⁰²² Fransız hukukunda CC art. 433-439.

¹⁰²³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 146; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 449.

(curatelle de coopération) karma kayyımlık (combinaison de curatelles) ve genel kapsamlı (curatelle de portée générale) kayyımlıktır.

Refakat kayyımlığında (CCS art. 393); yardıma ihtiyaç duyan kişiye belirli işleri gerçekleştirmesi için kayyım tayin edilir. Kendisine kayyım tayin edilen kişinin fiil ehliyetinde değişiklik meydana gelmediğinden, bu kişi istediği işlemi gerçekleştirebilir¹⁰²⁴. Koruma altına alınan kişi, banka işlemleri ile ilgili gizli nitelikteki bilgilere ulaşabilir. Kendisine karşı müşteri sırrına dair hükümlerin ileri sürülmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, kendisine kayyım tayin edilen kişinin onayıyla ve görevini gereği gibi yapabilmek için kayyım da aynı bilgileri bankadan talep etme hakkına sahiptir¹⁰²⁵.

Temsil kayyımı (CCS art. 394); yetişkinleri koruma makamı tarafından görev alanı belirlenmek suretiyle atanır. Koruma altına alınan kişinin fiil ehliyeti sınırlanabilir. Yetişkinleri koruma makamının vereceği karar doğrultusunda yetişkin, bazı işlemleri veya tüm işlemleri tek başına gerçekleştiremeyebilir¹⁰²⁶. Belirlenen sınırlar içinde yetişkine, müşteri sırrını saklama hükümlerinin ileri sürülebilmesi mümkündür¹⁰²⁷.

Temsil kayyımlığının özel bir türü olan malvarlığı yönetimi kayyımlığında da (CCS art. 395); ilgilinin fiil ehliyeti ancak yetişkinleri koruma makamı tarafından açıkça karara bağlandığında sınırlanmış olur. Örneğin kural olarak kayyım ve koruma altına alınan kişi bankadan para çekebilir. Fakat yetişkin fiil ehliyeti sınırlandırılmadan malvarlığı değerlerine ilişkin tasarrufta bulunma yetkisinden yoksun da kılınabilir¹⁰²⁸. Yetişkinleri koruma makamı tarafından belirlenen sınırlar içinde yetişkine karşı, müşteri sırrını saklama hükümleri ileri sürülebilebilir¹⁰²⁹.

Katılım kayyımlığında (CCS art. 396), yetişkinleri koruma makamı tarafından belirlenen bazı işler için kayyımının onayının alınması gerekir. Kayyım işlemi onaylamazsa, karşı taraf da işlemle bağlı olmaz¹⁰³⁰. Yetişkinin kendisiyle ilgili gizli nitelikteki tüm bilgilere, kayyımın ise onayının alınmasının zorunlu olduğu işlemlerle ilgili bilgilere erişim yetkisi bulunmaktadır¹⁰³¹.

¹⁰²⁴ Akçaal, 2018, **a.g.k.**, 75; Kaplan, 2018, **a.g.k.**, 399.

¹⁰²⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 149.

¹⁰²⁶ Akçaal, 2018, **a.g.k.**, 76; Kaplan, 2018, **a.g.k.**, 399.

¹⁰²⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 149.

¹⁰²⁸ Akçaal, 2018, **a.g.k.**, 81.

¹⁰²⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 149.

¹⁰³⁰ Akçaal, 2018, **a.g.k.**, 81; Kaplan, 2018, **a.g.k.**, 399.

¹⁰³¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 149; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 450.

Karma kayyımlıkta (CCS art. 397), yetişkinin ihtiyaçları doğrultusunda kayyımın refakati, temsili ve işleme katılımına karar verilerek belirtilen kayyımlık türleri aynı anda uygulanır¹⁰³².

Kapsamlı kayyımlık (CCS art. 398), yetişkinin ihtiyaçları doğrultusunda atanan ve kayyımlığın en nitelikli hâlini oluşturan türüdür. Kendisine kapsamlı kayyım atanan kişinin fiil ehliyeti bulunmaz. Kayyım, koruma altına alınan kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve diğer tüm hukuki işlemleri gerçekleştirme konusunda yetkilidir. Belirtilen sebeple kendisine kapsamlı kayyım tayin edilen kişinin kendisiyle ilgili belge ve bilgileri bankadan talep etmesi ve bunları inceleyebilmesi mümkün değildir.

Türk hukukunda

Türk hukukunda vesayet organları; vasi, vesayet daireleri (sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi), kayyım ve yasal danışmandan oluşmaktadır¹⁰³³.

Küçük veya kısıtlı için vesayet makamı tarafından vasi tayin edilebilir. Vasi, vesayet altındaki kişinin malvarlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorundadır. (TMK m. 454). Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkilidir (TMK m.453). Vesayet altındaki kişi, kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar¹⁰³⁴ ile vasinin izniyle çalışarak kazandığı malları serbestçe yönetir ve kullanır (TMK m. 455). Vasinin ve TMK’da belirlenen işlemlerle sınırlı olarak kısıtlı müşterinin kendisiyle ilgili bilgileri bankadan talep etme hak ve yetkisi bulunmaktadır¹⁰³⁵.

Kayyım ise kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan bir kişinin şahıs ve malvarlığının korunması amacıyla değil, belirli işleri görmek veya malvarlığını

¹⁰³² Akçaal, 2018, **a.g.k.**, 82.

¹⁰³³ TMK’da yer alan bu düzenlemelerin kaynağı, CCS’nin vesayete ilişkin eski hükümleridir. İsviçre hukukunda CCS’deki vesayete ilişkin yeni hükümler, henüz TMK’ya alınmamıştır.

¹⁰³⁴ Vesayet altındaki kişinin serbest malları, vesayet altına alınan kişinin serbest tasarrufuna bırakılan mallardır. Bu tür mallar, vasi veya üçüncü bir kişi tarafından vesayet altındaki kişiye bırakılabilir. Uygulamada vesayet altındaki kişiye vasi tarafından verilen cep harçlığı şeklinde ortaya çıkar. M. Dural, T. Ögüz ve M. A. Gümüş (2019). *Türk özel hukuku. C. III . Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 439; A. M. Kılıçoğlu (2019). *Aile hukuku*. (4. Bası) Ankara: Turhan Kitabevi, s. 609.

¹⁰³⁵ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 175.

yönetmek için atanır (TMK m. 403 f.2). Kayyım temsil kayyımı (TMK m. 426)¹⁰³⁶ ya da bir malvarlığının veya tüzel kişinin yönetim işini yürütmek üzere yönetim kayyımı (TMK m. 427)¹⁰³⁷ olarak atanır¹⁰³⁸. Kendisine kayyım tayin edilen kişinin fiil ehliyeti kısıtlanmadığından¹⁰³⁹, bu kişi kendisiyle ilgili gizli nitelikteki bilgileri bankadan talep hak ve yetkisine sahiptir. Ancak kayyım da, gördüğü iş ve yönettiği malvarlığı veya tüzel kişilere ilişkin bilgi talep etme yetkisine sahip olduğundan, kendisine karşı müşteri sırrının saklanması hükümleri ileri sürülemez.

Bir kişinin kısıtlanması için yeterli sebep olmadığı hâlde, menfaatinin¹⁰⁴⁰ korunması için, fiil ehliyetinin sınırlanmasının gerektiği bazı işlemlerde oyu (görüşü) alınmak üzere, kendisine yasal danışman atanabilir¹⁰⁴¹. Yasal danışman; katılım danışmanlığı (TMK m. 429 f. 1)¹⁰⁴², yönetim danışmanlığı (TMK m. 429 f. 2) ve karma danışmanlıktan oluşur¹⁰⁴³. TMK m. 429 f. 2’de yer alan “*aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir*” hükmü gereğince kendisine danışman atanan kişinin malvarlığının getirisi olan ürünler ve diğer gelirleri üzerinde danışmanın yönetim

¹⁰³⁶ TMK m. 426 hükmü şöyledir: “*vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re’sen temsil kayyımı atar: 1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse, 2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatıştıyorsa, 3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa*”.

¹⁰³⁷ TMK m. 427 hükmü şöyledir: “*vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar: 1. Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse, 2. Vesayet altına alınması için yeterli bir sebep bulunmamakla beraber, bir kişi malvarlığını kendi başına yönetmek veya bunun için temsilci atamak gücünden yoksunsa, 3. Bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin menfaatleri gerekli kılsa, 4. Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa, 5. Bir hayır işi veya genel yarar amacı güden başka bir iş için halktan toplanan para ve sair yardımı yönetme veya harcama yolu sağlanamamışsa*”.

¹⁰³⁸ Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 581.

¹⁰³⁹ Dural, Ögüz ve Gümüş, 2019, **a.g.k.**, 469.

¹⁰⁴⁰ Bu menfaat TMK m. 429’un metninden anlaşılacağı üzere, kural olarak kişinin ekonomik menfaatinin korunmasına yönelik olsa da, bugün için hâkim olan görüşe göre, kişinin sürekli nitelik taşımayan kişisel korunmasının gerektiği hâllerde de yasal danışman tayin edilebilir. Dural, Ögüz ve Gümüş, 2019, **a.g.k.**, 472.

¹⁰⁴¹ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 536.

¹⁰⁴² TMK m. 429 f. 1 şöyledir: “*kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır: 1. Dava açma ve sulh olma, 2. Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, 3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, 4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan kalan yapı işleri, 5. Ödünç verme ve alma, 6. Ana parayı alma, 7. Bağışlama, 8. Kambyo taahhüdü altına girme, 9. Kefil olma*”.

¹⁰⁴³ Öztan, 2019, **a.g.k.**, 545; Dural, Ögüz, ve Gümüş, 2019, **a.g.k.**, 473; H. Hatemi (2019). *Aile hukuku* (7. Bası). İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 193.

yetkisi bulunmaz¹⁰⁴⁴. Yasal danışman ve TMK’da belirlenen sınırlar içinde kendisine yasal danışman atanan kişi de gizli nitelikteki bilgileri talep edebilir. Banka gizli nitelikteki bilgileri saklamakla yükümlü olduğunu ve talep edilen bilgi ve belgeleri teslim edemeyeceğini ileri süremez.

2.1.1.3. Mirasçı

Külli halefiyet ilkesi gereği müşterinin ölümüyle mirasçıları, onun mirasını bir bütün olarak, kanun gereğince ve doğrudan doğruya kazanırlar¹⁰⁴⁵. Ayrıca, banka ve müşteri arasındaki sözleşme sona ermez; mirasbırakanın mirasçıları bakımından, miras reddedilmediği sürece devam eder. Bankanın tâbi olduğu gizlilik yükümlülüğü de, müşterinin ölümü ile sona ermez, mirasçılar yararına devam eder¹⁰⁴⁶. Mirasçıların, bankadan mirasbırakanın varlıkları ve hesapları hakkında bilgi alma taleplerinin banka tarafından reddedilememesi ve müşteri sırrının kendilerine karşı ileri sürülememesi, mirasçıların bu sıfatlarını ispat etmelerine bağlıdır^{1047 1048}. Fakat mirasbırakanın gizli

¹⁰⁴⁴ Dural, Ögüz, ve Gümüş, 2019, **a.g.k.**, 473.

¹⁰⁴⁵ Fransız hukukunda CC art. art. 724 ve İsviçre hukukunda CC art. 560; Türk hukukunda TMK m. 599.

¹⁰⁴⁶ Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 91-92; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 119; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 459; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger 2014, **a.g.k.**, 116; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 134; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 130 vd.

¹⁰⁴⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 460; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 152; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 460; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 134; Capitaine, 1936, 114-115; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 130 vd.

¹⁰⁴⁸ Mirasçıların ispat yükü; ikinci dünya savaşı mağdurlarının varlıkları bakımından özellik arz eder. İkinci dünya savaşı mağduru mirasbırakanların, İsviçre’de bankada hesabı veya kasası olduğunu düşünen mirasçıların, tüm bankalara teker teker başvurması gerekmektedir. İsviçre Bankaları Derneği 08.09.1995 tarihinde söz konusu mirasçıların varlıklarını aramalarını kolaylaştırmak amacıyla yönergeler yayımladı. Yönergeler için bkz. <https://www.swissbanking.org/fr/services/bibliotheque/directives> (Erişim tarihi: 21.01.2019). Bu yönergelerle, mirasçıların varlıklarını bulmasını kolaylaştırmakla görevli “Araştırma Merkezi” kuruldu. Mirasçılar, merkeze araştırma yapılması talebiyle başvuruyorlardı. Mirasçıların talebinin kabul edilebilir olması için, mirasbırakanın başvurudan itibaren on yıldan daha uzun süre önce ölmüş olması gerekiyordu. Bu yönergelerin yeterli olamaması nedeniyle, 01.01.2015 tarihinde Narilo Yönergeleri olarak adlandırılan yeni düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Bu yönergelerle mirasbırakanın on yıldan daha uzun süre önce ölmüş olması kuralı kaldırılmış ve bankalar için Araştırma Merkezi’ne bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Böylece Araştırma Merkezi, bankalar tarafından bildirilen ve uzun süredir talep edilmeyen varlıklarla ilgili bilgileri tek merkezde toplamaya başlamıştır. Bankalar, iç araştırma (arşiv araştırması, internet) veya hizmet sağlayıcıların yardımıyla söz konusu varlıkları araştırmaktadır. Ancak hak sahipleri de kendileri doğrudan doğruya Araştırma Merkezi’ne başvuru hakkına sahiptirler. Araştırma Merkezi aracılığıyla yapılacak başvuru için, İsviçre bankalarından birinde hesabı veya kasası olduğu düşünülen kişinin kimlik bilgileri verilmelidir. *Ayrıca başvuruyu yapan kişinin hesap veya varlıklar üzerindeki hak sahipliği ispatlanmalıdır.* Araştırma Merkezi’ne yapılan başvuruda bahsedilen koşullar sağlanmıyorsa Merkez, varlıklara dair veri bankasını yönetmekle görevli kurum olan SIX SAG’a başvuruyu gönderir. SIX SAG, başvuruya aranan bilgileri tespit ederse, başvuru yapan kişiyi ilgili İsviçre bankasına yönlendirir. Sonuç olarak, Araştırma Merkezi ve SIX SAG bankaların ve müşterilerin vekili olarak hareket eder ve LB art. 47’de yer alan müşteri sırrının korunmasına dair hükümlerle bağlı olur. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 153.

nitelikteki bilgilerinin mirasçılarca talep edilmesinin sınırları bulunmaktadır. O hâlde ilk olarak, mirasçılardan bilgi alma hakkının kapsam ve sınırlarını incelememiz gerekir. Daha sonra müşterinin, mirasçılardan bilgi alma hakkını yasaklaması hususu üzerinde durulmalıdır.

2.1.1.3.1. Mirasçılardan bilgi alma hakkı

Bankanın bilgi vermesinin zorunlu olduğu hesap ve varlıklar, mirasbırakanın kişisel hesap ve varlıklarıyla sınırlıdır¹⁰⁴⁹. Mirasçılar mirasbırakanın toplam malvarlığı hakkında bilgi talep etme hakkına sahiptir. Örneğin, bankalar sağ kalan eşine, mirasbırakanın hesapları hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Esasen, eşlerin bağımsız hesaplarını tek başlarına yönetme hakları taraflardan birinin ölümü ile sona erer ve bu hesaplardan doğan haklar sağ kalan eş ve diğer mirasçılar arasında bölünür¹⁰⁵⁰.

Benzer şekilde, müşterek hesap üzerinde hak sahibi olanlar, hak sahiplerinden biri öldüğünde, bankadan bilgi talep etme hakkına sahip olacaktır. Nitekim Fransız Yargıtay Ticaret Dairesi 09.11.1994 tarihli kararında, müşterek hesap sahiplerinden her birine aylık hesap özeti gönderilmesinin ve hesap sahiplerinin müşterek hesabın kapatılmasında bilgilendirilmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir¹⁰⁵¹. Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 17.04.1984 tarihli kararında; banka çalışanının müşterek hesap sahibinin mirasının açıldığını bilse dahi, diğer hesap sahibinin müşterek hesaptaki parayı başka bir hesaba geçirmesine engel olma yetkisinin olmadığına karar vermiştir. Ancak kararda bankanın, müşterek hesaba dair hesap özetlerini ve hesaptaki paranın aktarıldığı kişisel hesabın numarasını mirasçılara vermemesinin kusurlu sayılması için yeterli olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca belirtilen kararda, vekil ve saklayan sıfatıyla hareket eden bankanın, her iki hesap sahibine ve hesap sahiplerinden birinin ölümünde mirasçılara, yürüttüğü işin hesabını vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir¹⁰⁵².

İsviçre-Türk hukukunda da, müşterek hesap sahiplerinin mirasçılarını, mirasbırakanın sözleşmeden kaynaklanan haklarını kazanırlar¹⁰⁵³. Zira, CO art. 405 al. 1'de ve TBK m. 513'te yer alan “sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi

¹⁰⁴⁹ Aubert vd, **a.g.k.**, 384.

¹⁰⁵⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 461.

¹⁰⁵¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 461; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 336.

¹⁰⁵² Rappo, 2002, **a.g.k.**, 157; C. Lombardini (2012). Secret bancaire et droit à l'information des héritiers. *Revue de droit privé et fiscal du patrimoine*, 2012, no.3. s.102.

¹⁰⁵³ Lombardini, 2012, 102; Rappo, 2002, **a.g.k.**, 155; Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 240.

*anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü ile kendiliğinden sona ermiş olur” hükmü gereğince, vekâlet sözleşmesinin mirasçılarla devam edebileceği anlaşılmaktadır. Üstelik müşterek hesap sözleşmesinin saklama sözleşmesine dair unsurlar barındırdığı dikkate alındığında, ulaşılabacak sonuç değişmez. Çünkü saklama sözleşmesi de taraflardan birinin ölümüyle sona ermez. Müşterek hesap sahibi mirasçı, her zaman sözleşmeyi sona erdirmeye ve saklanana bütün çoğalmalarıyla birlikte isteme hakkına sahiptir (CO art. 475 ve TBK m. 564). Ayrıca banka CO art. 400 al. 1’de ve TBK m. 508’de yer alan; “*vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür*” hükmü gereğince vekâletle ilişkili tüm belgeleri mirasçılara teslim etmekle yükümlü olacaktır¹⁰⁵⁴.*

Saklı pay sahibi mirasçılar

Saklı pay sahipleri; mirasbırakanın çocukları, üstsoyu ve yaşayan eşlerden her biridir (CCS art. 471 ve TMK m. 506). Saklı pay ise; mirasbırakanın, üzerinde tasarrufta bulunamayacağı, ölüme bağlı tasarruf veya sağlar arası karşılıksız tasarruflar ile bertaraf edemeyeceği yasal miras paylarından ibarettir. Bu paylar üzerinde sözleşmeyle değişiklik yapılamaz. Zira söz konusu yasaklama emredici niteliktedir¹⁰⁵⁵.

Saklı pay sahibi mirasçıların, miras bırakanın tasarruf özgürlüğünü aşarak saklı pay sahibi mirasçıların miras hakkına yaptığı tecavüzün giderilmesi ve miras bırakanın yaptığı tasarrufun kanuni sınırlar içerisine çekilmesi için tenkis davası açma hakları bulunmaktadır. O hâlde, müşteri sırrının saklanmasıyla yönelik hükümler mirasçılara karşı ileri sürülmemelidir¹⁰⁵⁶. Mirasçılar, tenkis davası açmak suretiyle, mirasbırakanın gerçekleştirdiği şüpheli banka işlemleri hakkında bilgi alabilirler¹⁰⁵⁷.

Mirasçıların özellikle tenkis davasıyla ilgili olarak arayacakları bilgiler, çoğunlukla mirasbırakanın ölümden hemen önce gerçekleştirilmiş işlemler olmakla beraber, ölümden uzunca bir süre önce yapılan işlemler de bu kapsamda olabilir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 157.

¹⁰⁵⁵ Fransız hukukunda mirasçıların saklı paylarıyla ilgili hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu ifade edilmektedir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 153.

¹⁰⁵⁶ Fransız hukukunda Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 523; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 118; Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 177; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 151; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 133.

¹⁰⁵⁷ Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 310.

¹⁰⁵⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 463; İsviçre hukukunda önceleri, mirasbırakanın ölümünden önce gerçekleştirilen banka işlemlerine dair bilgi verilmesi talebi reddedilmekteydi. Mirasbırakanın ölümünden

Ancak, banka hesaplarının kapatılmasından itibaren, bankaların ilgili hesaplara dair belge ve bilgileri saklama süresi on yıl¹⁰⁵⁹ olduğundan, mirasçıların mirasbırakan müşteriye dair bilgi alma hakları da bu sürelerle sınırlı olacaktır¹⁰⁶⁰.

Bir görüşe göre, mirasçılara verilecek bilgilerin, *üçüncü kişilere ödenen toplam miktarla sınırlı* olması gerekir. *Üçüncü kişilerin isimleri* sır olarak kalmalıdır. Mirasçılar, ödenen miktarın saklı paylarını zedeleyip zedelediğini tespit edebilirler¹⁰⁶¹.

Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira çok sayıda ödeme veya çek ödemesinde bu işlemlerin her birinin mirasçılarının saklı paylarına zarar vermemesi olasılığı yüksektir. Yalnızca bir banka işlemi ile mirasçılarının saklı paylarının zedelenmesine sık rastlanmaz. Bu durumda, çek fotokopileri veya ödeme talimatlarının noter veya bilirkişiye gönderilmesi ve bu kişilerce mirasçılarının saklı paylarına yönelik saldırının olup olmadığının tespit edilmesi, bunun içinse öncelikle tenkis davasının açılması gerekmektedir¹⁰⁶².

Diğer taraftan mirasçılarının bankadan talep edecekleri bilgi alma hakkının sınırlarının olması doğaldır. Belirtmek gerekir ki, mirasçılar, mirasbırakanın hak ve borçlarına sahip olabilirler. Mirasbırakanın erişiminin mümkün olmadığı bilgiler hakkında da doğal olarak bilgi talep edemezler. Örneğin, mirasbırakanın düzenleyeni olduğu çekin arka yüzüne dair fotokopi talep etme hakkı yoksa, mirasçılar da aynı haktan yoksundur¹⁰⁶³. Müşteri sırrı, mirasçılarının bilgi alma haklarına dair istisna oluşturmaktadır¹⁰⁶⁴.

sonra mirasçılarının bilgi verilebileceğine dair açık beyanı olmadan bankalar da, bilgi alma taleplerini reddetmekteydi. Delachaux, 1936, **a.g.k.**, 61; Mirasçılara, mirasbırakanın bankada yer alan hesap ve varlıklarına dair bilgi edinme hakkının da, mirasın açıldığı gün mirasbırakanın terekesinde yer alanlarla sınırlı olduğu ifade edilmekteydi. Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 609.

¹⁰⁵⁹ On yıllık süre için bkz., Fransız hukukunda tacirlerin yükümlülüklerinin düzenlendiği C. com. art. L. 123-22 al. 2'ye göre; "...tüm defter ve belgelerin on yıl süreyle saklanmalıdır..."; İsviçre hukukunda tacirlerin defter tutma ve saklama yükümlülüğünün düzenlendiği CO art. 958f'e göre; "...tüm defter, belgeler, yönetim ve denetim raporları on yıl boyunca saklanmalıdır. Bu süre, faaliyetin sona erdiği tarihten itibaren başlar...". Türk hukukunda da TTK m. 82 f. 3 gereğince de defter ve belgeleri saklama süresi on yıldır. Fakat Vergi Usul Kanunu'nun 253. maddesinde ise bu süre beş yıl olarak belirlenmiştir.

¹⁰⁶⁰ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 154-155; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 466; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 97; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 148.

¹⁰⁶¹ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 149; Aubert vd, **a.g.k.**, 305.

¹⁰⁶² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 465; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 310.

¹⁰⁶³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 154-155; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 465-466.

¹⁰⁶⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 466.

Saklı pay sahibi olmayan mirasçılar

Saklı pay sahibi olmayan mirasçılarının tenkis davası açma hakkı bulunmaz. Bu kişilerin mirasbırakanın gizli nitelikteki bilgilerine erişim talebinin; mirasçı sıfatıyla tenkis davası açamayacakları gerekçesiyle reddedilebileceği düşünülebilir¹⁰⁶⁵.

Ancak Fransız hukukunda CC art. 724'e göre; "*mirasbırakanın hakları, malları ve dava hakları kendiliğinden mirasçılara geçer*". Maddeden anlaşılacağı üzere söz konusu hüküm, mirasbırakanın kişilik haklarının geçişiyle ilgili değildir. Mirasbırakanın kişilik hakkı dışındaki hakları ise, mirasçılar tarafından kullanılabilir. Yine, CC art. 724 gereğince, saklı pay sahibi olmayan mirasçılar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte, onun mallarının maliki olurlar. Malik sıfatıyla veya kişilik hakları dışındaki hakların sahibi olarak saklı pay sahibi olmayan mirasçılar, mirası kabul edip etmemelerine göre, mirasbırakanın malvarlığı durumuyla ilgili bilgileri talep edebilirler¹⁰⁶⁶.

CCS art. 560 ve TMK m. 599 gereğince "*mirasın açılmasıyla mirasçılar mirası kendiliğinden bir bütün olarak kazanırlar*" hükmü gereğince aynı sonuca İsviçre-Türk hukuku için de ulaşılabilmektedir¹⁰⁶⁷. Saklı pay sahibi olan veya olmayan tüm yasal mirasçılar (CCS art. 457-459 ve TMK m. 495-499), lehine ölüme bağlı tasarruf işlemi gerçekleştirilen (CCS art. 482-484 ve TMK m. 515-517) ve hatta vasiyeti yerine getirme görevlisi (CCS art. 517 ve TMK m. 550) mirasbırakanla ilgili bilgileri bankadan talep edebilir¹⁰⁶⁸.

Ancak özellik arz eden iki durum üzerinde durulmaktadır. İlk olarak, servet yönetimi nedeniyle elde edilen bilgilerin hassas bilgiler olduğu vurgulanmaktadır. Mirasbırakanın servetinin kaynağıyla ilgili olan bu bilgiler, mirasbırakanın kimlerle iş ve kişisel ilişkisinin bulunduğunu göstermektedir. Özellikle mirasbırakanın iş ilişkisinin olduğu kişiler bakımından kendilerini ilgilendiren bilgilerin gizliliği önem arz etmektedir. İkinci olarak, mirasbırakan mirasçı olarak belirlediği kişi hakkında yeterince bilgi sahibi olmayabilir veya yanlış bilgi sahibi olabilir. Bu kişinin gizli nitelikteki bilgilere erişimi, üçüncü kişilerin haklarına zarar verebilir. O hâlde hâlin icabına göre,

¹⁰⁶⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 154.

¹⁰⁶⁶ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 53; Lasserre-Capdeville, 2006; **a.g.k.**, 466.

¹⁰⁶⁷ Lasserre-Capdeville, 2006; **a.g.k.**, 466; Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 176 vd.

¹⁰⁶⁸ Fakat vasiyeti yerine getirme görevlilerinin atanması, mirasçılarının bankadan bilgi talep etme hakkına etkisi bulunmaz. Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 176-177.

saklı pay sahibi olmayan kişilerin, müşteri sırrı niteliğindeki bilgilere erişimine izin verilmemesi gerekir¹⁰⁶⁹.

2.1.1.3.2. Mirasbırakanın bankanın mirasçılara bilgi vermesini yasaklaması

Fransız, İsviçre ve Türk hukukunda mirasbırakanın, banka sözleşmesine koyacağı hükümle, mirasçılarının bilgi talep etme hakkını ortadan kaldırılabilesine dair açık bir hüküm yoktur.

Bir görüşe göre, emredici kurallara aykırılık teşkil etmediği sürece, müşterinin bankanın mirasçılara bilgi vermesini yasaklaması mümkündür¹⁰⁷⁰. Zira vekil sıfatıyla hareket eden bankanın, sadakat ve özenle vekâletin gereğini yerine getirmesi gerekir. Her ne kadar, kural olarak ölüm ile vekâlet sözleşmesi sona erse de, bir güven kurumu olan bankalar için gizlilik, kişilerin hayatlarıyla sınırlı değildir. Bankaya başvuran kişinin mahrem hayatına dair bilgilerin paylaşılmayacağına dair güveninin korunması gerekir¹⁰⁷¹. Müşteri eğer isterse, ölümünden sonra bazı bilgilerin mirasçılarıyla paylaşılmamasını sağlayabilir. Ancak, bu yöndeki iradesi açık veya zımni şekilde anlaşılmalıdır¹⁰⁷².

Bir başka görüşe göre; mirasbırakanın özel hayatına ilişkin sırların korunmasıyla saklı pay sahibi mirasçıların korunması arasındaki dengenin sağlanması önemlidir¹⁰⁷³. Bu sebeple, mirasbırakanın ölümüyle gizlilik yükümlülüğü sona ermez; bu yükümlülüğten yararlanma hakkı mirasçılara geçer. Mirasçılara karşı kişilik haklarının korunması da dâhil olmak üzere, müşteri sırrına dair hükümlerin ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁷⁴.

Kanımızca mirasbırakanın ölümüyle gizlilik yükümlülüğünün sona ermediği; bu yükümlülüğten yararlanma hakkının mirasçılara geçtiği tespiti yerindedir¹⁰⁷⁵. Ancak

¹⁰⁶⁹Lombardini, 2012, **a.g.k.**, 101.

¹⁰⁷⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 159; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 470.

¹⁰⁷¹ Fransız hukukunda, Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 92; İsviçre hukukunda, Delachaux, 1936, **a.g.k.**, 60; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 242-244..

¹⁰⁷² Fransız hukukunda Farhat, 1980, **a.g.k.**, 98; İsviçre hukukunda Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 344.

¹⁰⁷³ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 154-155; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 464; Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 422.

¹⁰⁷⁴ İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 118.

¹⁰⁷⁵ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, mirasçılardan her birinin mirasbırakanın malvarlığı hakkında bilgi talep etme hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. bkz., ATF 82 II 555, JdT 1957 I 530; Mahkeme ATF 74 I 485 kararında; bankanın mirasbırakandan geçen vergi yükümlülüklerini yerine getirmeleri için, mirasçılara gerekli tüm belgeleri teslim etmekle yükümlü olduklarına karar vermiştir. Diğer taraftan Mahkeme, mirasbırakanın banka için, mirasçılara bilgi verilmemesine ilişkin açık bir yükümlülük öngörmesi durumuyla ilgili bir hüküm tesis etmemiştir. Rappo, 2002, **a.g.k.**, 151. Benzer

ölümle birlikte, kişiliğe bağlı haklar sona erer. Kişilik hakları mutlak haklar arasında sayılmaktadır. Bu haklar üçüncü kişilere devredilemez, üçüncü kişilere intikal edemezler. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte, şeref, haysiyetin ve gizliliğin korunması gibi haklar ölümle sona erer ve mirasçılara geçemez. Mirasçılar, mirasbırakanın hatırisını korumak amacıyla, kendi adlarına kişiliğin korunmasına dair hükümlerden faydalanabilirler. O hâlde, mirasbırakanın gizlilik alanının korunması iddiası, mirasçılara karşı ileri sürülemez¹⁰⁷⁶. Üstelik hangi bilgilerin mirasbırakanın özel hayatına ilişkin olduğunun tespiti güçtür. Müşteri sırrı banka için hak değil, yükümlülük olarak düzenlendiğine göre, tereddüt hâlinde, hangi bilgilerin malvarlığı haklarına hangi bilgilerin kişilik haklarına ilişkin olduğunun tespiti mahkemelerce yapılmalıdır¹⁰⁷⁷.

Nitekim 30.06.2009 tarihli Zürih Ticaret Mahkemesi kararı, mirasçıların bilgi alma haklarının sınırlandırılmayacağına yönelik olmuştur. Karara konu olayda, Almanya’da yerleşik olan ve orada ölen İngiliz vatandaşının mirasçıları Deutsche Bank’tan mirasbırakanın tüm hesaplarıyla ilgili belgeleri talep etmiştir. Zürih Ticaret Mahkemesi, mirasbırakan ile banka arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirmiş ve bu kapsamda CO art. 400 al. 1’de yer alan “*vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür*” hükmünün, mirasçıların bilgi alma talebinin yasal dayanağını oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme, müşterek hesap sahibi olarak mirasbırakanın, mirasçılarının haklarını zedeleyecek şekilde, bilgi alma haklarını sınırlama yetkisine sahip olmadığına hükmetmiştir¹⁰⁷⁸.

Müşterek hesap sözleşmeleri¹⁰⁷⁹ başta olmak üzere banka sözleşmelerinde, mirasçılarını dışlama kaydına rastlanmaktadır. Mirasçılarını dışlama kaydı, banka sözleşmesinin tarafı olan müşterek hesap sahiplerinden birinin ölümü hâlinde, sözleşme ilişkisinin hayatta kalan hesap sahipleriyle devam etmesini sağlamaktadır. Burada dikkate alınması gereken ilk husus, belirtilen hüküm ile tarafların neyi amaçladıklarıdır. Eğer tarafların amacı mirasçılarının sözleşme ilişkisine katılmamasını sağlamaktan

şekilde Paris Asliye Hukuk Mahkemesi 10.07.1991 ve Angouleme Asliye Hukuk Mahkemesi 20.02.1997 tarihli kararlarında da; mirasçının banka çalışanı karşısında vefat eden müşteri ile aynı haklara sahip olduğu ve müşteriye ait bilgilerin mirasçılara verilmesinin müşteri sırrının açıklanması anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir. Lasserre- Capdeville, 2006, 224.

¹⁰⁷⁶ Rappo, 2002, **a.g.k.**, 150.

¹⁰⁷⁷ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 93.

¹⁰⁷⁸ L. Thévenoz ve L. Gomez Richa (2011). Chronique de la jurisprudence civile. *Journée 2010 de droit bancaire et financier*, 194-195

¹⁰⁷⁹ Müşterek hesap sözleşmesi ile ilgili olarak bkz. dp. 932.

ibaretse, mirasçılarının hayatta kalan hesap sahiplerine rücu edebilmesi mümkünse, belirtilen kayıt bir sağlararası işlem olarak kabul edilip geçerli sayılır. Bu hâlde dahi, mirasçılarının belirtilen hesaplara ilgili bilgi alma hakkı ortadan kalkmaz. Zira mirasçılarının bilgi alma hakkı, miras hukukuna dayanmaktadır¹⁰⁸⁰. Müşterek hesap sözleşmesine konulan hüküm ile taraflar; hesap sahiplerinden birinin ölümüyle alacak hakkının sona ermesini amaçlamışlarsa ve buna bağlı olarak mirasçılarının da alacağı talep hakkının sona ermesini istemişlerse, belirtilen kayıt etkilerini ölümden sonra göstermesine rağmen ölüme bağlı tasarruf¹⁰⁸¹ veya sağlararası işlem değil, karma işlem sayılacaktır. Böylece işlemin geçerli sayılabilmesi için sağlararası işleme dair hükümlere uyulması zorunlu olacaktır. Fakat sözleşmede yer alan kayıttan zarar görebilecek olanların hakları, miras hukuku kurallarıyla korunacaktır¹⁰⁸². Mirasçılarının, mirasbırakanın hesabıyla ilgili bilgi alma talebi, banka tarafından reddedilemeyecektir.

2.1.1.4. Boşanma davasında eşler

2.1.1.4.1. Fransız hukukunda

Evlilik süresince; CC art. 221 gereğince; *eşlerden her biri, diğerinin onayı olmadan kendi adına mevduat hesabı veya yatırım hesabı açabilir. Hesabı açan, evliliğin sona ermesinden sonra da aynı hesabını yönetir.* Evlilik süresince bankanın, eşlerden birinin açtığı hesaplara ilgili diğer eşe bilgi vermesi, hesap açan eşin onayı veya mahkeme kararı ile olur. Eşlerin bankaya yönelik bilgi alma talepleri banka tarafından reddedilir¹⁰⁸³. Bununla birlikte müşterek hesap sözleşmesinde gizli nitelikteki bilgiler, eşlerden her biri tarafından bilindiğinden, eşler hesaplara ilgili istedikleri an bilgi alabilir¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸⁰ Aydın Ünver, 2017, **a.g.k.**, 125-127.

¹⁰⁸¹ Tekinalp ise, sözleşmeye konulacak hükmün, ölüme bağlı tasarrufların şekline uygun olarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Üstelik müşterek hesabın konusu olan mevduat, miras konusu olmayabilir. Örneğin bir adi şirketin ortakları böyle bir hesap açmış olabilirler veya ilişki miras hukukunu ilgilendirmeyebilir. Bu nedenle mirasçılarının söz konusu hesaba dair bilgi alma hakkına sahip olduğu kabul edilmeli ve hesabın özelliklerine göre sonuca ulaşılmalıdır. Çünkü mirasçılarının bankaya karşı bilgi alma hakları miras hukukundan doğar. Vasiyeti tenfiz memurunun, müşterek hesap üzerindeki yetkisini kaldıran şart ise geçerlidir. Tekinalp, 2009, **a.g.k.**, 450.

¹⁰⁸² Aydın Ünver, 2017, **a.g.k.**, 127-129.

¹⁰⁸³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 165; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 563; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 95; Jerez, 2000, **a.g.k.**, 21.

¹⁰⁸⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 166; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 563; Aubert, 1995, **a.g.k.**, 372; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 112-113.

Buna karşılık, CC art. 259-3'e göre; *eşler, mal rejiminin tasfiyesi ve tarafların nafaka ve tazminat alacaklarının belirlenebilmesi için gerekli tüm belge ve bilgileri, bilirkişiye veya mahkemece atanan diğer kişilere teslim etmelidir. Hâkim, mesleki sır hükümleri kendisine ileri sürülmeksizin, eşlerin hesaplarında bulunan varlıkları araştırır*". Maddeye uygun olarak banka, boşanma davası sırasında, eşlerin hesapları hakkında mahkemece talep edilen bilgi ve belgeleri teslim etmelidir. Ancak CC art. 259-3 hükmünün uygulama alanının dar olduğunu belirtmek gerekir. Bankanın mahkemeye sunması gereken bilgi ve belgeler, mal rejiminin tasfiyesi, tazminat ve nafaka miktarının belirlenmesini sağlamaya yönelik olmalıdır. Zira yalnızca mahkeme kararıyla bankanın, müşteri sırrını açıklayabileceği düzenlenmiş olduğundan, üçüncü kişilerin, örneğin eşlerden birinin avukatının bilgi alma talebini, banka reddetmek zorundadır¹⁰⁸⁵.

Ayrıca, bankanın mahkemeye teslim edeceği bilgi ve belgeler, üçüncü kişilerin müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerini içermemelidir. Nitekim Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi 20.03.2000 tarihli kararında; bilirkişinin, eşlerden birinin sermayesinin yarısına sahip olduğu şirketin hesap hareketlerini öğrenmek üzere bankaya başvurma hakkına sahip olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme dava konusu olayda, eşin şahsi hesabının değil, şirketin hesabının bulunduğu, şirketle ilgili bilgileri talep etme yetkisinin şirketin yasal temsilcilerinde olduğuna karar vermiştir¹⁰⁸⁶.

2.1.1.4.2. İsviçre hukukunda

CCS art. 170 gereğince; *"eşlerden her biri diğerinin, tüm gelir, mal ve borçları hakkında kendisini bilgilendirmesini talep edebilir. Hâkim eşlerin, üçüncü kişilerin gerekli bilgileri açıklamasına veya belgelerin teslimine karar verebilir. Avukatların, noterlerin, doktorların, din adamlarının ve bunların yardımcılarının mesleki sırlarıyla ilgili hükümler saklıdır"*¹⁰⁸⁷.

Eş, evlilik birliği süresince ve evlilik mahkeme kararıyla sonlanana kadar, her zaman bu hakkını kullanabilir¹⁰⁸⁸. Maddeye göre; talep edilen bilgiler eşin gelir, borç veya mallarına ilişkin olmalıdır. Maddede geçen "üçüncü kişiler" gerçek veya tüzel kişi,

¹⁰⁸⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 166.

¹⁰⁸⁶ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 565-566.

¹⁰⁸⁷ CC art. 170 al. 3'te açıkça bankaların istisna teşkil ettiği ifade edilmediğine göre, kendilerinin, bilgi vermekle yükümlü olacağı sonucuna ulaşılabilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 567.

¹⁰⁸⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 567.

çoğu zaman da eşlerden birinin vekili olabilir. O hâlde vekil sıfatıyla banka çalışanı, “başka bir hukuk davasında tanık olarak dinlenememesine rağmen, boşanma davasında kendisine sorulan soruları cevaplamak zorunda”¹⁰⁸⁹ olacağı gibi, kendisinden istenen belgeleri mahkemeye teslim etmekle yükümlüdür. Ancak eşin açıklanmasını talep ettiği bilgiler, basit bir merak veya detayın öğrenilmesi için değil, korunmaya değer bir yararın olması durumunda ve mahkeme kararıyla bankadan talep edilir¹⁰⁹⁰. Bununla birlikte CCS art. 170’de yer alan hak ve yetkinin kullanımı eşlerden birinin ölümünde uygulanmaz. Bu son hâlde, CCS art. 607 al.3¹⁰⁹¹ ve art. 610 al.2¹⁰⁹² gereğince eş yasal mirasçı olarak bilgi talebinde bulunulabilir¹⁰⁹³.

2.1.1.4.3. Türk hukukunda

CCS art. 170 gibi bir hüküm TMK’da bulunmamaktadır. Ancak TMK m. 206’da; *diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi için haklı sebep sayılmıştır*. Madde mahkeme kararıyla, yasal mal rejiminin, mal ayrılığı rejimine dönüşmesine ilişkindir. Maddede eşlerin üçüncü kişilerden bilgi talep etme yetkileri düzenlenmemiştir.

Yasal mal rejimi olan “edinilmiş mallara katılma rejimi”nde, TMK m. 223’te yer alan *“her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufla bulunma hakkına sahiptir. Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufla bulunamaz”* hükmü de dikkate alınacaktır.

¹⁰⁸⁹ Bununla birlikte evlilik sözleşmesinin yabancı ülkede imzalanması ve boşanma davasının yabancı bir ülkede açılmasında, banka çalışanı yabancı mahkeme önünde tanık olarak dinlenemez. Bu durumda banka; İsviçre tarafından onaylanan karşılıklı adli yardımlaşma antlaşması gereğince veya yabancı hâkim tarafından hazırlanan uluslararası adli yardımlaşma talebiyle (istinabe), CC art. 170 kapsamında eşlerin mali durumuyla ilgili bilgi verebilir. Adli yardımlaşma talebi 18.03.1970 tarihli “Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Lahey Konvansiyonu’nun” 9. maddesine göre yapılır. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 167-168.

¹⁰⁹⁰ ATF, 132, II, 291.

¹⁰⁹¹ CCS art. 607 al. 3’e göre; *“tereke mallarına zilyet olan veya mirasbırakana borçlu bulunan mirasçılar, paylaşma sırasında bu konuda eksiksiz bilgi vermekle yükümlüdürler”*.

¹⁰⁹² CCS art. 610 al. 2’ye göre; *“mirasçılar, mirasbırakan ile aralarındaki ilişkiler hakkında paylaşmanın eşitliğe ve adalete uygun olması için göz önüne alınması gereken bütün bilgileri birbirlerine vermekle yükümlüdürler”*.

¹⁰⁹³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 168.

Eşlerden her biri, paylı mülkiyet konusu dışındaki mal ve haklarla ilgili olarak, yasal sınırlar içinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir¹⁰⁹⁴. Eşlerden her birinin kendi adına bankada hesap açtırma hakkı mevcuttur. Bu durumda diğer eş, bankadan, açılan hesapla ilgili bilgi talep edemeyecektir.

Ancak evlilik birliği süresince geçerli olacak mal rejimi olarak “mal ortaklığının” (TMK m. 256) seçilmesi durumunda, eşler ortaklık payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunamazlar (TMK m. 257 f.3). Eşler, ortaklık mallarını evlilik birliğinin yararına uygun olarak yönetirler. Olağan yönetim sınırları içinde her eş, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir ve ortak mallarda tasarrufta bulunabilir (TMK m. 262). Olağan yönetim dışında kalan konularda eşler, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya mallarda tasarrufta bulunabilir (TMK m. 63). Olağan yönetim sınırları içinde eşler, bankadan gizli nitelikteki bilgileri talep hakkına da sahiptir.

2.1.1.5. İntifa hakkı sahibi

Taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilen intifa hakkı (CC art.578, CCS art. 745 ve TMK m. 794) bankada bulunan bir hesapla ilgili olabilir. Böyle bir durumda hak sahibi, hesapla ilgili bilgilere erişim hak ve yetkisine sahiptir¹⁰⁹⁵.

2.1.1.6. Rehin hakkı bulunan

Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslim bağı rehin hükümleri uygulanır (CC art. 2333, CCS art. 899, TMK m. 954). Bankada bulunan bir hesap üzerinde rehin hakkı bulunanlar, bu hesapla ilgili bilgi alma hakkına sahiptir¹⁰⁹⁶.

2.1.1.7. Hapis hakkı bulunan

Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir. Zilyetlik ve alacak ticarî

¹⁰⁹⁴ Dural, Öğüz ve Gümüş, 2019, **a.g.k.**, 221-222; Kılıçoğlu, 2019, **a.g.k.**, 282.

¹⁰⁹⁵ İsviçre hukukunda Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 354; Türk hukukunda Kandiralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 177.

¹⁰⁹⁶ İsviçre hukukunda Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 356; Türk hukukunda Kandiralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 178.

ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır (CC art. 2286, CCS art. 895, TMK m. 950). Üzerinde hapis hakkı bulunan banka hesapları hakkında, hak sahibinin bilgi ve belge talebinde bulunması mümkündür¹⁰⁹⁷.

2.1.2. Borçlar hukukuna ilişkin istisnalar

2.1.2.1. Vekil

Fransız hukukunda CC art. 1984 al. 1’de vekâlet “*vekâlet verenin, adına ve hesabına bir iş görmesi veya işlemi gerçekleştirmesi için, vekili yetkilendirdiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. İsviçre ve Türk hukukunda CO art. 394 ve TBK 502’ye göre vekâlet; “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”¹⁰⁹⁸.

Vekil, vekâlet veren adına ve hesabına banka işlemlerini gerçekleştirebilir, vekâlet verenle ilgili gizli nitelikteki bilgilere erişebilir. Ancak vekil, vekâlet sözleşmesinin kapsamında yer almayan bir hususa dair işlem yapma veya bilgi talep etme hakkına sahip değildir.

Fransız ve İsviçre hukukunda, vekilin müşteri adına işlem yapabilmesi ve müşteriyle ilgili bilgileri talep etme yetkisine kavuşması için genel vekâletnamenin yeterli olacağı, hâkim görüş olarak kabul edilmektedir. Genel vekâletname vekile, müşterinin tüm hesap ve banka işlemleriyle ilgili bilgi verilmesi için yeterlidir. Banka, vekilin müşteriyle ilgili bilgi alma talebini reddedemez¹⁰⁹⁹.

Türk hukukunda vekilin, bankadan bilgi talep edebilmesi için, kendisine bu yönde özel yetki verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁰⁰. Avukatların müvekkil müşterileri hakkında bilgi alması için de, kendilerine verilen vekâletnamede bu hususta özel bir

¹⁰⁹⁷ Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 178.

¹⁰⁹⁸ CO art. 394’te vekâlete ilişkin hükümler niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır” hükmü göz önüne alındığında, vekâletin İsviçre hukukunda Fransız hukukuna nazaran daha geniş düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 438.

¹⁰⁹⁹ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 151; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 438; İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 101; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 360; Azınlıkta kalan görüşe göre, vekilin elinde bulundurduğu genel vekâletname yeterli değildir. Bankaya gizli bilgilerin verilebileceğine dair açık ve özel onayın bulunduğu vekâletnamenin sunulması gereklidir. Fransız hukukunda Farhat, 1980, **a.g.k.**, 195; İsviçre hukukunda Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 51.

¹¹⁰⁰ Kandiraloğlu, 2011, **a.g.k.**, 196.

hükmün bulunması¹¹⁰¹ veya vekâletnamenin bankada işlem yapma yetkisini içermesi gerekmektedir¹¹⁰².

Kanımızca vekâlet sözleşmesinde, müşteri sırrının açıklanabileceğine dair bir hüküm bulunmalı veya sözleşmeden müşterinin sırrın açıklanmasına dair “zımni onayı” anlaşılmalıdır. Örneğin müşteri üçüncü kişiyi banka hesaplarından birini yönetmesi için vekil tayin ettiyse, vekilin belirtilen hesapla sınırlı olmak üzere, gizli nitelikteki bilgilere erişim hakkı bulunmaktadır. Zira müşteri, üçüncü kişiye böyle bir yetki verdiğinde, bu yetkinin gereği gibi kullanılmasının, sırrın saklanması yükümlülüğünü kaldırdığını bilmektedir.

Vekile tanınan yetki, müşterinin diğer hesaplarıyla ilgili benzer yetkileri içeremez. Banka çalışanının vekil ve yetkileri konusunda şüphelerinin olması durumunda, müşteriye ulaşarak yazılı onayını alması gerekir. Vekâlet sözleşmesi belirli bazı işlerin görülmesi için yapılmışsa, vekil sınırlı yetkilere sahip olacaktır. Banka çalışanı, vekilin yetkilerinin kapsamını ve içeriğini dikkatlice incelemelidir. Çalışan vekâletnamede belirtilen hususlara dair bilgileri vekile teslim etmelidir. Fakat vekâletin gereği gibi yerine getirilmesiyle ilgili olmayan bilgilerin kendisine verilmesi mümkün değildir. Vekil tayin edilmiş bir şirket muhasebecisinin, çalıştığı şirketin gerçekleştirmiş olduğu işlem ve hesaplarla ilgili bilgi alma hakkı bulunmaktadır¹¹⁰³. Ancak bu kişinin, örneğin işletme müdürünün kişisel hesabıyla ilgili bilgi alma hakkı yoktur¹¹⁰⁴.

Bununla birlikte, müşterinin vereceği onayla vekil, bu yönde sınırlamalara tâbi olmayabilir. Esasen, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, hesap sahibi sözleşmenin kapsamını istediği şekilde belirleme yetkisine sahiptir. Hesap sahibi, vekili, olağanüstü işleri veya vekil tayin etmeden önceki işlemleri bakımından yetkili kılabilir. Ya da müşteri vekile, belirli bir miktara kadar hesabından para çekme yetkisi verirken, hesaba dair gizli nitelikteki bilgiler üzerinde bilgi alma hakkını vermeyebilir¹¹⁰⁵.

¹¹⁰¹ Reisoğlu, 2017, **a.g.k.**, 1507; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 197.

¹¹⁰² Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1331; Avukatların bilgi talep etme haklarıyla ilgili olarak BDDK ile Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu, bir kamu bankasından bilgi alınması için genel vekâletnamenin yeterli olduğu yönünde görüş bildirirken, BDDK BankK m. 73’ün “yetkili merciler dışında kimseye bilgi verilemez” hükmünün avukatları kapsamadığı yönünde görüş bildirmektedir. BDDK kamu bankası ve özel banka ayrımı yapmadan avukatların özel vekâletname ile bilgi talep edebileceklerini belirtmektedir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1331; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1331.

¹¹⁰³ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 440; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 98; İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 361; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 52.

¹¹⁰⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 440; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 98.

¹¹⁰⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 440.

Vekâlet sözleşmesi, vekilin istifası, vekâlet verenin veya vekilin ölümü gibi çeşitli sebeplerle sona erer. Vekâlet verenin vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini bankaya bildirmesiyle, banka vekilin gizli nitelikteki bilgilere erişimini reddeder¹¹⁰⁶. Elbette, bankaya vekâlet sözleşmesinin sona erdiğine dair bildirimde bulunulmamışsa, bankanın eski vekile, müşteriye ait gizli nitelikteki bilgileri vermesi nedeniyle sorumluluğu bulunmayacaktır.

Fakat vekilin ölümü, vekâlet sözleşmesini kesin şekilde sona erdirmez. Bu durumda, vekil bir süre daha gizli nitelikteki bilgilere erişim hakkına sahip olur. Esasen, Fransız (CC art. 2003) ve İsviçre-Türk hukukunda (CO art. 405 ve TBK m. 513); vekâlet sözleşmesinin vekâlet verenin veya vekilin ölümüyle sona ereceğini düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin temelinde taraflar arasında güven ilişkisinin bulunduğu düşüncesi yatar¹¹⁰⁷. Bununla birlikte söz konusu düzenleme emredici nitelikte değildir¹¹⁰⁸, taraflar aksini kararlaştırabilir. Bu husus CO art. 405 ve TBK m.513'te “...sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça...” ifadesiyle açıkça hükme bağlanmıştır.

Sözleşmeye konulacak hükümle vekâlet verenin ölümü hâlinde, vekilin görevine devam edeceği öngörülebilir. Vekil, mirasçılar kendisini azledene kadar görevine devam eder. Ayrıca, vekil hesap sahibi hakkındaki gizli nitelikteki bilgilere erişim hakkına da sahip olur. Bununla birlikte, vekil vekâlet sözleşmesi hakkında mirasçıları bilgilendirmeli ve kendilerinden gelecek talimatları dikkate almalıdır. Fakat ölümün öğrenilmesiyle birlikte, mirasçılar veya vasiyeti yerine getirme görevlileri, miras bırakandan hakları ve borçları devralarak, vekâlet sözleşmesini sona erdirmeye veya devam ettirmeye kararı alabilirler¹¹⁰⁹. Hatta her bir mirasçı, vekili azletme yetkisine sahiptir¹¹¹⁰.

Vekâlet sözleşmesinin vekâlet verenin ölümü ile başlayacağı da kararlaştırılmış olabilir. Müşteri “*yalnızca vekâlet verenin ölümü tarihinden başlayarak geçerlidir*”

¹¹⁰⁶ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 151; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 442; İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 361; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 634.

¹¹⁰⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 442; İsviçre hukukunda Rappo, 2011, **a.g.k.**, 38; P. Beguin (1996). *Secret bancaire et successions, Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*, Lausanne: Presses universitaire de Lyon, s. 23; M. Aubert (1991), *Procuration encore valable après le décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après le décès du client à l'égard des héritiers*, *Semaine Judiciaire*, s.285

¹¹⁰⁸ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 151.

¹¹⁰⁹ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 151; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 443; İsviçre hukukunda D. Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 288.

¹¹¹⁰ Fransız hukukunda Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 52; İsviçre hukukunda Rappo, 2002, **a.g.k.**, 154.

ifadesini vekâlet sözleşmesine dercedebilir. Bu tür sözleşme, özellikle, uzak bir ülkede bulunan tereke için, vekilin mirasçılar yararına en kısa sürede gerekli hukuki işlemleri başlatması için yapılabilir¹¹¹¹. Bu durumda, müşterinin iki güvencesi bulunur. İlk olarak yaşadığı sürece, kendisi hesabını yönetecektir. İkinci olarak vekil, müşterinin ölümünden sonra herhangi bir başka işleme gerek olmaksızın, söz konusu ülkedeki varlıklara dair zilyetliği hızlıca elde edecektir¹¹¹².

2.1.2.2. Temsilci

Temsilci tarafından banka müşterisi adına ve hesabına yapılan hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya müşteriye bağlar. (CC art. 1153, CO art.32, TBK m. 40). Kendisine verilen temsil¹¹¹³ yetkisi ile temsilci, temsil olunan adına bankadan belge ve bilgi talep etme hakkına sahip olur¹¹¹⁴.

2.1.2.3. Kefil

Kefalet sözleşmesi, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda, kefilin bu ifa etmemeden kişisel olarak alacaklıya karşı sorumlu olduğu sözleşmedir (CC art. 2288, CO art. 492 ve TBK m. 581). Asıl borçlu borcunu ifa etmezse, alacaklı kefilin malvarlığından alacağını tahsil eder. Kefil ödediği miktar için asıl borçluya karşı dava açabilir.

Müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü bakımından, kefilin borçlunun mali durumuyla ilgili olarak bilgilendirilmesi hususu önem arz eder. Elbette, borçlunun kefilin bilgilendirilmesine yönelik onayı müşteri sırrına dair hükümlere aykırılık teşkil etmez¹¹¹⁵. Üstelik kefaletten dönen kefil¹¹¹⁶ bankadan, dönme tarihi itibarıyla borçlunun hesap özetlerini de talep edebilir¹¹¹⁷.

¹¹¹¹ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 151; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 443.

¹¹¹² Ancak, miras hükümlerinin dolanılması amacıyla yapılmış olan sözleşme hükümleri geçerli değildir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 444.

¹¹¹³ Temsil yetkisi vekâlet sözleşmesine benzetmekle birlikte, bazı açılardan farklıdır. Temsil yetkisi tek taraflı irade beyanı ile verildiği hâlde, vekâletin söz konusu olabilmesi için iki tarafın vekâlet sözleşmesi üzerinde uyuşması gerekir. Vekâlet sözleşmesinde vekil, kendisine bırakılan işi görmekle yükümlüdür. Oysa temsilci, yalnızca temsil ilişkisi sebebiyle yükümlülük altında değildir, yetkilidir. Temsilsiz vekâlet de olabilir. Temsil yetkisinin dayandığı ilişki, mutlaka vekâlet olmak zorunda değildir. Temsil yetkisi hizmet veya şirket sözleşmesinden de doğar. Eren, 2018, **a.g.k.**, 435; Oğuzman ve Öz, 2018, **a.g.k.**, 219-220; Antalya, 2018, **a.g.k.**, 506-507.

¹¹¹⁴ İsviçre hukukunda Aubert, 1995, **a.g.k.**, 359 vd; Türk hukukunda Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1353; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 178.

¹¹¹⁵ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 452; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 88.

Ancak saydığımız hâller dışında kefilin bilgi alma hakkının, sözleşmenin kurulmasında ve sözleşmenin kurulmasından sonra olmak üzere iki başlıkta incelenmesi gerekir.

2.1.2.3.1. Kefalet sözleşmesinin kurulmasında

Kefalet sözleşmesinin kurulmasında kefil, borçlunun mali durumuyla ilgili bilgileri kendisi araştıracaktır¹¹¹⁸. Banka borçlunun mali durumunu gösterir bir belge veya bilgiyi kefile teslim edemez. Kefilin borçlu hakkında bilgi talep etmesi durumunda banka, müşteri sırrına dair hükümleri ileri sürerek talebi reddeder. Kefil, ancak kefalet sözleşmesine konulacak kendisinin bilgilendirilmesine dair şartla veya asıl borçlunun sonradan vereceği onayla, müşteri sırrına dair hükümlerin kendisine karşı ileri sürülmesine engel olabilir¹¹¹⁹.

2.1.2.3.2. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra kefilin gizli nitelikteki bilgiler konusunda bilgilendirilmesi hususunda Fransız, İsviçre ve Türk hukukundaki durum pek farklı değildir.

Fransız hukukunda CMF art. L. 313-22'ye göre; *“gerçek veya tüzel kişinin kefaleti ile, işletmenin borçlarına karşılık olarak işletme kredisi akdeden kredi kuruluşları veya finasman şirketleri, kefil, her yıl mart ayının son gününe kadar toplam kefalet miktarı, işleyen faizi, komisyon ücreti ve giderleri hakkında bilgilendirmelidir. Eğer kefilin sorumluluğu belirsiz süreli ise, kefaletten dönme hakkına sahip olduğu belirtilmelidir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, ilk bilgilendirmeden son bilgilendirmeye kadar olan sürede işleyen faizi talep hakkını düşürür.* Maddeden anlaşılacağı üzere bankalar, kefalet sözleşmesinin imzalanmasından itibaren, kefil sözleşme konusu borcun ödenmesi konusunda bilgilendirmelidir. Bilgilendirme yapılmazsa kefil,

¹¹¹⁶ CO art. 510 ve TBK m. 599'a göre; *“gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür”*.

¹¹¹⁷ Fransız hukukunda Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 453.

¹¹¹⁸ İsviçre hukukunda Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 609.

¹¹¹⁹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 453.

sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹¹²⁰. Yine Tüketici Kanunu'nun (C. consom.), L. 333-2. maddesine göre; *mesleki faaliyet yürüten alacaklı, gerçek kişi kefile, her yıl mart ayının sonuna kadar, toplam alacak, faizi, komisyon ücreti, giderleri ve sorumluluğun sona erdiği tarihi bildirmelidir. Eğer sorumluluk belirsiz süreli ise, kefilin sözleşmeden dönme hakkı olduğu belirtilmelidir. C. consom. art. L. 343-6'ya göre; kredi kuruluşu, yükümlülüklerine uymazsa, kefil, bir önceki bilgilendirmeden son bilgilendirmenin yapılması gereken tarihe kadar işleyecek gecikme faizinden veya ceza şartlarından sorumlu olmaz.* Görüldüğü üzere, anılan iki madde banka hukuku bakımından kefilin bilgilendirilmesindeki yararı, müşteri sırrının korunmasındaki yarardan üstün tutmaktadır¹¹²¹.

İsviçre-Türk hukukunda ise, kural olarak müşterinin kefil lehine müşteri sırrının açıklanması mümkün değildir. Esasen, kefil müşteri açısından üçüncü kişi sayılmakta ve onayı olmaksızın müşteriye ait gizli nitelikteki bilgilerin kendisiyle paylaşılması gerekmektedir. Ancak borçlunun ödemelerini geciktirmesi, hakkında iflâs veya konkordata kararı verilmesi istisna teşkil etmektedir. Gerçekten CO art. 505 ve TBK m. 594'e göre; *eğer asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır. Asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir. Alacaklı, öngörülen gereklerden birini yerine getirmezse, bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder.*

Doktrinde, bu düzenlemenin müşteri sırrına dair hükümlere istisna teşkil ettiği ifade edilmektedir¹¹²². Fakat madde lâfzı, sadece esas borcun kapsamına ilişkin bilgi verme yükümünden söz etse de, bankanın, anaparadan başka işlemiş faizlere ilişkin

¹¹²⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 456; Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 175.

¹¹²¹ Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 116; Lasserre-Capdeville, 2014c, **a.g.k.**, 18; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 59.

¹¹²² İsviçre hukukunda Aubert vd, **a.g.k.**, 384; Türk hukukunda Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1354; Kandırılıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 179-180; B. Özen (2017). 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi* (4. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 436.

olarak da bilgi vermesi gerekir. Açıklanacak bilgilerin sınırlı olduğunun belirtilmesi gerekir. Esas borçlunun bankaya karşı, kefalet güvencesine bağlanan borcundan başka borçları da olabilir. Banka bu borçlar hakkında kefile bilgi vermek zorunda değildir¹¹²³.

Bundan başka, kefaletten dönme müşteri sırrının istisnalarından bir diğeridir. *“Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (CO art. 510 ve TBK m. 599 f.1)”*. Bu düzenleme de açıkça görüldüğü gibi, bankanın asıl borçlunun mali durumu hakkında kefile bilgi vermesi, kefilin TBK md 599 f.1’deki haklarını kullanabilmesi için zorunludur¹¹²⁴.

Kefilin eşine asıl borçlu hakkında bilgi verilmesi (CO art. 494 ve TBK m.584) müşteri sırrının ihlali sayılmamaktadır. Hiç şüphesiz ki, bankanın hukuki ilişki içerisine girdiği kişi, kefil olan eştir. Ancak asıl borçlu hakkında kefile yapılan açıklamalar, kefilin eşine de yapılabilir. Çünkü kefilin eşinin rızası, ailenin korunması gerekçesi ile yasal bir zorunluluk haline getirilmiştir¹¹²⁵.

Eğer asıl borcu öderse kefil, alacaklının haklarına halef olacağı gibi (CO art. 507 ve TBK m. 596), varsa diğer kefillere de rücu hakkına sahip olmaktadır (CO art. 497 f.3 ve TBK m. 587 f.3). Bu durumda kefil, asıl alacaklı hakkında takibe geçmek ya da diğer kefillere rücu hakkını kullanabilmek için bankadan gerekli bilgileri talep edebilir.

2.1.2.4. Yararına sözleşme yapılan üçüncü kişi

Fransız hukukunda CC art. 1205, İsviçre hukukunda CO art. 112 ve Türk hukukunda TBK m. 129’da düzenlemiş olan üçüncü kişi yararına sözleşmede, kendi adına sözleşme yapan, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmaktadır. Böylece bu kişi, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini istemektedir. Ancak üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifa edilmesi talep etme hakkına sahiptir. Örneğin

¹¹²³ Özen, 2017, **a.g.k.**, 435-436.

¹¹²⁴ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 529.

¹¹²⁵ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 529.

dolaylı kredi, kredi açma sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişi tarafından kullanılmaktadır¹¹²⁶. Böyle bir durumda üçüncü kişi, söz konusu kredi hakkında bankadan bilgi talep etme hakkına sahiptir¹¹²⁷.

2.1.2.5. Müteselsil borçlu

Fransız hukukunda CC art. 1313, İsviçre hukukunda CO art. 143 ve Türk hukukunda TBK m. 162’de düzenlenen müteselsil borçluluk, birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirmesiyle doğmaktadır. Bu yönde bir bildirim olmadığında müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğmaktadır. Müteselsil borçluluk sebebiyle her bir borçlu bankadan söz konusu borçla ilgili olarak belge ve bilgi talep etme hakkına sahiptir¹¹²⁸.

2.1.2.6. Müteselsil alacaklı

Fransız hukukunda CC art. 1311, İsviçre hukukunda CO art. 150 ve Türk hukukunda TBK m. 169’da düzenlenmiş olan müteselsil alacaklılıkta, alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkı tanınmaktadır. Bir kanun hükmü sebebiyle de, müteselsil alacaklılık doğabilir. Müteselsil alacaklılık banka hukukunda özellikle müşterek hesaplarda görülmektedir. Müşterek hesap sahipleri hesapla ilgili bankadan bilgi talep etme hak ve yetkisine sahiptir¹¹²⁹. Bu yetki, hesap sahiplerinin birinin ölümü durumunda mirasçılara geçer.

2.1.2.7. Alacağı devralan

Fransız hukukunda CC art. 1321’de, İsviçre hukukunda CO art. 164 ve Türk hukukunda TBK m. 183’te düzenlenen alacağın devri; bir kanun hükmü, sözleşme veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, alacaklının borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü kişiye devretmesidir.

Bankanın veya müşterisinin, alacağını üçüncü bir kişiye devrederek alacaklı tarafın değişmesini sağlamaları, alacağın devri hükmünde sayılmaktadır¹¹³⁰. Devreden,

¹¹²⁶ Oğuz, 2019, **a.g.k.**, 225.

¹¹²⁷ İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 382; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 179; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1354.

¹¹²⁸ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 179.

¹¹²⁹ İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 370; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 179.

¹¹³⁰ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 135.

devralana alacak senedi ile elinde bulunan ispatla ilgili diğer belgeleri teslim etmek ve alacağını ileri sürebilmesi için gerekli bilgileri vermekle yükümlü olduğundan (CC art. 1689, CO art.170 al 2, TBK m. 190), bankanın özellikle kredi alacağını devrederken müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri de teslim etmek zorunda olacağı açıktır. Bu noktada temel problem, alacağın devri hükümlerinin müşteri sırrının saklanması hükümlerine aykırılık teşkil edip etmediğidir. Zira kredi alacağını devralmak isteyenler, devir işleminden önce de, alacağın borçlusunun mali durumu, kimlik bilgileri ile yerleşim yeri bilgilerini incelemek isteyebilecektir¹¹³¹.

İsviçre hukukunda bir görüşe göre; müşterinin alacağını devralan, müşterinin kendisi hâline dönüşemez. Zira müşteri sırrı kişilik haklarının görünüşlerinden biridir. Bu yüzden, gizlilik yükümlülüğü malvarlığına ilişkin haklar gibi devredilemez. Alacağı devreden aynı zamanda müşteri sırrının sahibi ve sırrın sağladığı korumadan yararlanan kişi olarak kalmaya devam edecektir¹¹³².

Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 19.06.1990 tarih ve 88-19618 sayılı kararında, müşterinin alacağını devralan tarafından, bankaya karşı açılan sorumluluk davasında, sırrın saklanmasına ilişkin hükümlerin ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, müşterinin alacağını devralan kişinin de, sırrın saklanması hükümlerinin yararlananı olduğuna hükmetmiştir¹¹³³. Nasıl ki müşterinin kendisine karşı, müşteri sırrı hükümleri ileri sürülemiyorsa, alacağı devralana karşı da aynı hükümlerin ileri sürülememesi gerekmektedir¹¹³⁴.

Belirtilen mahkeme kararına uygun olarak, müşteri sırrına ilişkin temel düzenleme olan CMF art. L. 511-33'te 2008 yılında bir değişiklik yapılarak, maddeye yeni bir paragraf eklenmiştir¹¹³⁵. Bu yeni düzenlemeye göre; bankaların sözleşme öncesi görüşme yaptığı, sözleşme imzaladığı veya işlemini gerçekleştirdiği kişilere, söz konusu işlem veya sözleşmenin yapılması için zorunlu olarak verilmesi gereken bilgiler sebebiyle, müşteri sırrı hükümleri ihlâl edilmiş olmayacaktır. Maddede tahdidi olarak sayılan sözleşme ve işlemler arasında açık şekilde *“alacağın veya sözleşmenin devrine”*

¹¹³¹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 138.

¹¹³² Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 215.

¹¹³³ Karar için bkz., Cass. com., 19.06.1990, 88-19.618.

¹¹³⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 496.

¹¹³⁵ Söz konusu değişiklik 04.08.2008 tarihli “Ekonominin Modernizasyonu Kanunu” (LOI n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) ile yapılmıştır. Kanun için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2008/8/4/2008-776/jo/article_154 (Erişim tarihi: 07.07.2019).

de yer verilmiştir¹¹³⁶. Böylece Fransız hukukunda, bankaların sıklıkla gerçekleştirmiş olduğu işlemler açıkça belirtilerek, bu işlemler sebebiyle verilen bilgilerin müşteri sırrının ihlali niteliğinde olmadığı hükme bağlanmıştır.

Türk hukukunda bankanın kredi alacaklarının üçüncü bir kişiye, bankaya devredebileceği, bunun müşteri sırrının ihlali anlamına gelmediği kabul edilmektedir¹¹³⁷. Nitekim BankK m. 73 f 4'e göre; bankaların kredileri de dâhil varlıklarının ya da bunlara dayalı menkul kıymetlerin satışı amacıyla yapılacak değerlendirme çalışmaları kapsamında yer alan bilgi ve belge alışverişi gizlilik sözleşmesi yapılması ve belirtilen amaçlarla sınırlı kalınması kaydıyla sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez.

Üstelik kredi alacağını devralan kişi, BankK m. 143'e¹¹³⁸ göre, bir varlık yönetim şirketi de olabilir. Maddede, bankaların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Kurul tarafından belirlenen varlık yönetim şirketlerinin kurulacağı hükme bağlanmıştır. Zikredilen maddeye dayanılarak BDDK tarafından, "Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik" yayımlanmıştır¹¹³⁹. Yönetmeliğe

¹¹³⁶ Maddede sayılan diğer işlemler şunlardır: "doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla kredi kuruluşu veya finansman şirketince gerçekleştirilen kredi işlemleri, finansal araçlara ilişkin işlemler, kredi rizikosu için yapılan teminat veya sigorta işlemleri, bir kredi kuruluşu veya finansman şirketinde yönetim hâkimiyetini sağlayan veya sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların devri, aktiflerin veya ticari işletmenin devri, önemli bazı işlemlerin yapılmasının üçüncü kişilere bırakıldığı hizmet sözleşmeleri, müşteriyle ilgili banka işlem ve sözleşmelerinin, şirketler topluluğunca incelenmesi ve hazırlanması".

¹¹³⁷ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1353; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 138-139.

¹¹³⁸ BankK m. 143 hükmü şöyledir: "Bankalar ve Fon dâhil diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla, kuruluş ve faaliyet esasları Kurul tarafından belirlenen varlık yönetim şirketleri de kurulabilir. Varlık yönetim şirketleri alacaklarının tahsili ve alacakların ve/veya diğer varlıkların yeniden yapılandırılması kapsamında alacak tahsili amacıyla edindiği gayrimenkul veya sair mal, hak ve varlıkların işletilmesi, kiralınması ve bunlara yatırım yapılması ve yine alacaklarını tahsil etmek amacıyla borçlularına ilâve finansman sağlamak veya sermayelerine iştirak etmek dâhil olmak üzere her türlü faaliyeti gerçekleştirmeye yetkilidir..."

¹¹³⁹ Yönetmelik için bkz. RG 01.11.2006 tarih ve 26333 sayı; Yönetmeliğin "faaliyet alanı" başlıklı 11. maddesi şöyledir: " (1) Varlık yönetim şirketleri, a) (Değişik:RG-14/11/2012-28467) Banka, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, diğer mali kurumlar ve kredi sigortası hizmeti veren sigorta şirketlerinin söz konusu hizmetlerinden doğan alacakları ile diğer varlıklarını satın alabilir, satabilir, satın aldığı alacakları tahsil edebilir, varlıkları nakde çevirebilir veya bunları yeniden yapılandırarak satabilir. b) Alacakların tahsili amacıyla edindiği gayrimenkul veya sair mal, hak ve varlıkları işletebilir, kiralayabilir ve bunlara yatırım yapabilir. c) Alacaklarını tahsil etmek amacıyla borçlularına ilave finansman sağlayabilir. ç) (Değişik:RG-5/3/2016-29644) Banka, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, diğer mali kurumlar ve kredi sigortası hizmeti veren sigorta şirketlerinin söz konusu hizmetlerinden doğan alacakları ile diğer varlıklarının tahsilatı, yeniden yapılandırılması veya üçüncü kişilere satış konularında aracılık, destek ve danışmanlık hizmeti verebilir. d) (Değişik:RG-5/3/2016-29644) Ana faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere sermaye piyasası mevzuatı dâhilinde ve gerekli izinleri almak

uygun olarak kredi alacağını devralan şirket, BDDK'dan izin almak suretiyle kurulduğundan BankK'ya tâbidir ve müşteri sırrını saklamakla yükümlüdür¹¹⁴⁰.

Diğer taraftan sözleşmeye konulanacak hükümle, alacağın devri yasaklanabilir. Sözleşmede yer alan hükme aykırı olarak alacak devredilirse, devir geçerli olacaktır. Ancak banka borca aykırı davranışı sebebiyle meydana gelen zararı gidermekle yükümlü olmaya devam edecektir¹¹⁴¹.

Sonuç olarak alacağı devralanlar veya devir sözleşmesi yapmak üzere banka ile öngörüşme yapanlarla, sözleşmenin yapılması için gerekli olduğu ölçüde müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin paylaşılması mümkündür. Ancak kanımızca BankK m. 73'e, tıpkı Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33'te olduğu gibi, sıklıkla gerçekleştirilen banka işlemleri için, “*alacağın devri*” ifadesini de içeren bir istisna hükmünün eklenmesi uygun olacaktır. Zira söz konusu hükmün ihlali, yalnızca bankanın hukuki sorumluluğuna değil, aynı zamanda sır niteliğindeki bilgileri veren kişinin ceza sorumluluğuna da neden olmaktadır.

2.1.2.8. Ticari işletmenin devir, birleşme ve şekil değiştirmesinde

Türk-İsviçre hukukunda ticari işletmenin devrinin ve birleşme ile şekil değiştirmesinin müşteri sırrının saklanması hükümlerine etkisi konusunda açık hüküm yoktur. Ancak işletmenin devri ve birleşmesinin müşteri sırrının istisnalarından biri olduğu kabul edilmektedir¹¹⁴².

Ticari işletmenin devri (CO art. 181 ve TBK m. 202, TTK m. 11 f. 3¹¹⁴³); işletmenin tüm aktif ve pasifiyle devralana geçişini sağlamaktadır. Devir ile birlikte

kaydıyla faaliyette bulunabilir ve menkul kıymet ihraç edebilir, ihraç edilmiş menkul kıymetlere yatırım yapabilir. e) Faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla iştirak edinebilir. f) (Değişik:RG-5/3/2016-29644) Şirketlere kurumsal ve finansal yeniden yapılandırma alanlarında danışmanlık hizmeti verebilir. g) (Mülga:RG-5/3/2016-29644) (2) Varlık yönetim şirketleri, bu maddede belirlenen konular dışında faaliyette bulunamaz. Banka ve diğer mali kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınmasına münhasır olarak, alacağını veya diğer varlığını satın aldığı banka veya diğer mali kurumlardan kredi kullanamazlar”.

¹¹⁴⁰ BankK m. 143; “...Bu Kanunun yayımı tarihinden önce kurulmuş olan varlık yönetim şirketleri bu Kanun hükümlerine tâbi olarak faaliyetlerini yürütürler...” hükmünü getirmektedir. Ayrıca “Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik” m. 6'da, varlık yönetim şirketlerinin BDDK'dan kuruluş ve faaliyet izni almak zorunda oldukları hususu düzenlenmiştir.

¹¹⁴¹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 141.

¹¹⁴² İsviçre hukukunda Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 385; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 142.

¹¹⁴³ TTK m. 11 f. 3; Kaynak İsviçre hukukundaki Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun'a (LFus) dayanmaktadır. LFus için bkz., RS 221.301; Ancak LFus'un malvarlığının devrine dair 65 vd. maddeleri ile TTK m. 11 f.3 arasında önemli farklar bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Bahtiyar (2011). Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun ticari

devreden de, devralanla birlikte bir süre daha¹¹⁴⁴ işletmenin borçlarından sorumlu olarak kalmaktadır. İşletmenin devri işletmeyle ilgili olarak kurulmuş olan tüm ilişkilerin de devredilmesini sağladığından, işletmenin bankayla ilgili ilişkileri devir kapsamında yer alacaktır. İşletmeyi devralan, banka karşısında müşteri sıfatını kazanacaktır. İşletmeyi devralana karşı, banka tarafından müşteri sırrının saklanması hükümleri ileri sürülemeyecektir.

Benzer durum işletmelerin birleşmesi bakımından da (TBK m. 203)¹¹⁴⁵ geçerlidir. Bir işletme başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleşebilir. Ayrıca işletmelerden birinin diğerine katılmasıyla birleşme gerçekleşebilir. Bu durumda işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olurlar. Alacaklılar alacaklarını yeni işletmeyi işletenden alabilirler. Yeni kurulan işletmenin sahibi ile başka bir işletmeyi devralan işletme sahibi, eskisinin yerini alacağından, eski işletmenin bankayla kurduğu ilişkiler sebebiyle, müşteri sıfatını da kazanacaktır.

Fransız hukukunda ise CMF art. L. 511-33'te 2008 yılında bir değişiklik; bankaların sözleşme öncesi görüşme yaptığı, sözleşme imzaladığı veya işlemini gerçekleştirdiği kişilere, söz konusu işlem veya sözleşmelerin yapılması için zorunlu olarak verilmesi gereken bilgiler sebebiyle, müşteri sırrı hükümlerinin ihlâl edilmiş olmayacağı hükme bağlanmıştır. Maddede tahdidi olarak sayılan sözleşme ve işlemler arasında açık şekilde "*aktiflerin veya ticari işletmenin devrine*" de yer verilmiştir. Böylece ticari işletmenin devri sebebiyle, müşteri sırrına ilişkin hükümlerin, yeni işletme sahibine ileri sürülemeyeceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

işletmenin devri konusunda getirdikleri. *Legal Hukuk Dergisi*, 2011 (1016), s.3889-3910; H. Ülgen ve F. Arıcı (2010). İsviçre hukukunda yeniden yapılandırma türü olarak malvarlığı devri. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. Cilt II. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.1767 vd; K. Çelikboya (2017). *Ticari işletmenin devri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 78.

¹¹⁴⁴ Bu süre Türk hukukunda iki yıl iken, İsviçre hukukunda üç yıldır.

¹¹⁴⁵ İsviçre hukukunda işletmenin birleşmesine dair düzenleme CO'dan LFus ile kaldırılmıştır.

2.1.2.9. Adi şirket ortağı

Fransız hukukunda CC'de düzenlenmiş olan adi şirket (société civile)¹¹⁴⁶; ortak olan veya olmayan bir veya daha fazla gerçek veya tüzel tarafından yönetilmektedir. Doğal olarak yöneticilerin şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgilere erişim hakkı bulunmaktadır¹¹⁴⁷. Şirket ortaklarının ise, yılda en az bir defa, şirket defter veya belgelerini inceleme hakkı ve şirket yönetimi hakkındaki yazılı sorulara yine yazılı şekilde cevap alma hakları bulunmaktadır (CC art. 1855).

İsviçre-Türk hukukunda adi şirket; iki veya daha fazla kişinin ortak bir amaca erişmek için emeklerini ve mallarını birleştirmeyi üstlendikleri ve şirket borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı birinci derecede, tüm malvarlıkları ile müteselsilen sorumlu oldukları sözleşme olarak tanımlanır.

Adi şirketin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Bu sebeple banka hesabı, şirketin kurucu ortakları adına açılmaktadır. Adi şirket ortaklarının sorumluluk türü dikkate alındığında da, müşteri sırrı niteliğindeki belge ve bilgilere erişim yetkisine sahip oldukları sonucuna ulaşılır. Ayrıca ortakların yönetim yetkileri olmasa bile, şirketin işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtlarını inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma (CO art. 541 ve TBK m. 631) hakları bulunduğu, kendilerine karşı sır saklama yükümlülüğüyle ilgili hükümler ileri sürülemez¹¹⁴⁸.

2.1.3. Ticaret hukukuna ilişkin istisnalar

2.1.3.1. Ticaret şirketlerinin temsilcileri

2.1.3.1.1. Kollektif şirket ortağı

Fransız hukukunda kollektif şirket; tacir sıfatına sahip iki veya daha fazla kişi¹¹⁴⁹ tarafından kurulan, ortakların şirketin borçlarından müteselsilen sorumlu olduğu şirket olarak tanımlanmaktadır (C. com. art. L.221-1). Aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça, tüm ortaklar, ortaklardan biri, birkaçı veya ortak olmayanlar yönetici olabilir (C. com.

¹¹⁴⁶ Fransız hukukunda adi şirket ticari olmayan amaçlarla kurulan, ortakların şirket borçlarından dolayı sorumluluğunun ikinci derecede ve sermaye paylarıyla sınırlı olduğu şirkettir. Adi şirket, ortak olan veya olmayan bir veya daha fazla gerçek veya tüzel tarafından yönetilmektedir (CC art. 1846). Bu şirket türü daha çok, tarım işletmesi işletenler, avukat, doktor, noter gibi mesleki faaliyet yürüten kişiler tarafından kurulmaktadır. Cozian, Viandier, Deboissy, 2012, **a.g.k.**, 637.

¹¹⁴⁷ Teissier, 1999, **a.g.k.**, 126.

¹¹⁴⁸ İsviçre hukukunda Aubert vd, **a.g.k.**, 407; Türk hukukunda Kandırhaoğlu, 2011, **a.g.k.**, 181.

¹¹⁴⁹ Fransız hukukunda, tüzel kişiler kollektif şirket ortağı olabilir.

art. L.221-3). Fransız hukukunda şirketi yönetme ve temsil yetkisine sahip ortakların, şirket hakkındaki bilgileri talep edebileceği kabul edilmektedir. Elbette, şirketi yönetme ve temsil yetkisine sahip kişilerle ilgili bu yetki, görev süreleriyle sınırlıdır¹¹⁵⁰. Burada temel tartışma, şirket temsilcisi olmayan ortaklarla ilgilidir. Hâkim görüşe göre; şirketi temsile yetkili olmayan ortakların şirketle ilgili bilgileri talep edememesi gerekir. Öncelikle, bankadan bilgi talep edilebilmesi için, ortakların şirketin temsilcileri olduklarını gösteren bir belgeyi ibraz etmeleri gerekir¹¹⁵¹. Temsilci olmayan ortakların, şirketin durumu hakkında yöneticilerden bilgi talep etme ve soru sorma hakları bulunmaktadır. Zira, C. com. art. 221-8'e göre; ortak olmayan yöneticiler, yılda iki kez, şirket defter ve belgelerini inceleme ve şirketin yönetimi hakkında yazılı olarak soru sorma hakkına sahiptir. Üstelik bankanın banka sözleşmesinden kaynaklanan borcu da, yalnızca ortaklar aracılığıyla temsil edilen şirkete karşıdır. Ayrıca şirket ortaklarının, şirketle ilgili müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri talep etme hakkına sahip olduklarına dair açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır¹¹⁵².

İsviçre hukukunda kollektif şirkette; aksine sözleşmede hüküm olmadığında, adi şirkete dair hükümlerin uygulanacağını belirten CO art. 557 al.2 ile ticaret sicilinde aksi yönde bir kayıt olmadığında, iyi niyetli üçüncü kişilerin her ortağın temsil yetkisine sahip olduğunu varsayabileceklerini düzenleyen CO art. 563 hükmü birlikte değerlendirilerek, “*temsil yetkisine sahip tüm ortakların*”, şirketle ilgili gizli nitelikteki belgeleri bankadan talep edebilecekleri ifade edilmektedir¹¹⁵³.

Kollektif şirket sözleşmesinde yer alan hususları düzenleyen TTK m. 213, f.1'de; “...*şirketi temsile yetkili kimselerin ad ve soyadları, bunların yalnız başına mı, yoksa birlikte mi imza koymaya yetkili oldukları...*” hükmü bulunduğundan, şirketi temsil yetkisine sahip olanların ana sözleşmede gösterilmesi zorunludur. Ana sözleşmeden temsil yetkisine sahip oldukları anlaşılan ortaklar, bankadan şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri talep etme yetkisine sahip olacaktır.

¹¹⁵⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 164; Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 523; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 11; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 475-476.

¹¹⁵¹ Azınlıkta kalan görüşe göre; kollektif şirket ortakları şirket borçlarından tüm malvarlıklarıyla ve müteselsilen sorumlu olduklarına göre, kendilerinin kredi kuruluşlarında bulunan şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri talep edebilmeleri gerekir. Teissier, 1999, **a.g.k.**, 130.

¹¹⁵² Alavi, 2017, **a.g.k.**, 164; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 475-477.

¹¹⁵³ Aubert vd, 1999, **a.g.k.**, 407; Ancak bir başka görüşe göre, kollektif şirkette de; ortaklar şirket borçlarından tüm malvarlıklarıyla ve müteselsilen sorumlu oldukları için, kendilerinin bankadan bilgi talep etme hakları bulunmaktadır. Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 106.

2.1.3.1.2. Komandit şirket ortağı

Fransız hukukunda komandit şirket hakkında, aksine hüküm olmadığında, kollektif şirket hakkındaki hükümler uygulanır (C. com. art. L. 222-2). Bu durumda, komandite ortaklar şirketi yönetme, temsil etme hak ve yetkisine sahip oldukları için, şirketle ilgili banka işlemleri gerçekleştirebilecekleri gibi, şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri bankadan talep edebilecekler ve müşteri sırrının saklanmasına dair hükümler kendilerine ileri sürülemeyecektir¹¹⁵⁴. Temsilci olmayan komandite ortaklar ile komanditer ortakların durumunu ayırmak gerekir. Komandite ortaklar, kollektif ortaklar hakkındaki hükümlere tâbi olmakla (C. com. art.L.222-1), kendilerinin temsilci olmamaları hâlinde, bankadan bilgi talep etme hakkına sahip olmadıkları sonucuna ulaşılabilir. Komanditer ortaklarsa; C. com. art. L. 222-6 gereğince; şirketi üçüncü kişilere karşı temsil yetkisine sahip değildir. Komanditer ortak da, şirketle ilgili bilgi talep edemeyecektir. Bununla birlikte, komanditer ortaklar, yılda iki kez, şirket defter ve belgelerini inceleme ve şirket işleri hakkında yazılı olarak soru sorma hakkına sahiptir (C. com. art. L. 222-7)¹¹⁵⁵.

İsviçre-Türk hukukunda da komandit şirketler, kural olarak, komandite ortaklar tarafından temsil edilir. Kollektif şirketin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri komandit şirkete de uygulanır (CO art. 603 ve TTK m. 318 f.1). O hâlde şirketi yönetim ve temsil yetkisine sahip olan komandite ortakların, bankadan şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri isteme yetkisine sahip oldukları sonucuna ulaşılabilir¹¹⁵⁶.

Tasfiye halindeki kollektif ve komandit şirketi temsil yetkisine sahip olan tasfiye memurlarının¹¹⁵⁷, şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri inceleme yetkisi bulunur. Tasfiye memurunun banka nezdinde yer alan şirkete ilişkin tüm belge ve bilgileri talep etme yetkisi de bulunmaktadır.

¹¹⁵⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 163; Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 523; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 117; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 478.

¹¹⁵⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 163; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 478.

¹¹⁵⁶ İsviçre hukukunda Aubert vd, 1999, **a.g.k.**, 407; Türk hukukunda Kandırılıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 181.

¹¹⁵⁷ Fransız hukukunda C. com art. L. 237-24; İsviçre hukukunda CO art. 585 al. 2, art. 619; Türk hukukunda TTK m. 280 ve m. 328.

2.1.3.1.4. Anonim şirketin temsilcileri

Fransız hukukunda anonim şirketler klasik şekilde; yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edilebileceği gibi¹¹⁵⁸, gözetim kurulunun denetiminde (conseil de surveillance) yönetici kurulu (directoire)¹¹⁵⁹ tarafından da idare ve temsil edilebilir.

Şirket yönetim kurulu, yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu tarafından atanan genel müdür tarafından yönetilir ve temsil edilir (C. com. art. L. 225-51-1). Eğer şirket, yönetim kurulu başkanı tarafından temsil ediliyorsa kendisine karşı müşteri sırrının saklanmasıyla ilgili hükümler ileri sürülemez. Eğer şirket genel müdür tarafından yönetiliyor ve temsil ediliyorsa, bu kişinin bankadan bilgi talep etmesi engellenemez. Ancak bu ikinci varsayımda, yönetim kurulu başkanı yalnızca yönetim kurulu üyesi olduğundan, bir başka ifadeyle şirketi temsil yetkisi bulunmadığından, müşteri sırrının saklanmasıyla ilgili hükümler kendisine karşı ileri sürülebilir¹¹⁶⁰.

Buna karşılık şirkette yönetici kurul bulunuyorsa, yönetici kurul başkanı şirketi üçüncü kişilere karşı temsil yetkisine sahip olacağından, şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri talep yetkisi kendisine ait olacaktır. Şirketin yönetim veya yönetici kurulu başkanı veya genel müdürü, görevleriyle ilgili tüm belge ve bilgiler hakkında diğer üyeleri bilgilendirmekle yükümlüdür (C. com. art. L. 225-35). Diğer üyelerin bilgi alma hak ve yetkisi olmakla birlikte, şirketi temsil yetkisi olmadığından, sözü edilen hak ve yetki üçüncü kişi durumundaki bankaya karşı ileri sürülemez¹¹⁶¹.

İsviçre-Türk hukukunda anonim şirket, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur (CO art. 718 al. 1 ve TTK m. 365 f.1). Ana sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin sayıları, bunlardan şirket adına imza koymaya yetkili olanların gösterilmesi gerekir (TTK m. 339 f.2). Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir (CO art. 718 al. 2 ve TTK m. 370)¹¹⁶². Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atama konusunda da

¹¹⁵⁸ C. com. art. L. 225-17 hükmü şöyledir: “anonim şirket en az üç üyeden oluşan yönetim kurulu tarafından yönetilir. Şirket sözleşmesiyle bu sayı on sekizi geçmeyecek şekilde belirlenebilir. Yönetim kurulu kadın ve erkekler üyeler eşit temsil edilecek şekilde oluşturulur”.

¹¹⁵⁹ C. com. art. L. 225-58 hükmü şöyledir: “anonim şirketin yönetici kurul tarafından yönetilmesi hâlinde, kurul en fazla beş üyeden oluşur. Düzenlenen piyasalarda yer alan şirketlerde bu sayı, şirket sözleşmesiyle yedi olarak belirlenebilir. 150.000 Avro’dan az sermayeli anonim şirketlerde, yönetici kurul tek kişiden oluşabilir. Yönetici kurul gözetim kurulunun gözetimi altında faaliyet gösterir”.

¹¹⁶⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 161; Bonneau, 2015, **a.g.k.**, 523; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 117; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 481.

¹¹⁶¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 161; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 481.

¹¹⁶² Tekinalp, temsil yetkisinin devrine dair düzenlemenin, yönetim yetkisinin devrine dair TTK m. 367 ile değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Temsil yetkisi de, tamamen veya kısmen üçüncü

yetkilidir. Temsil yetkisine sahip olanlar, banka nezdindeki şirketle ilgili tüm belge ve bilgilere erişebilirler¹¹⁶³. Diğer yönetim kurulu üyelerinin bu türden bir yetkisi bulunmazken, şirket işleri hakkında bilgi alma hakları bulunur (CO art. 715a ve TTK m. 392)¹¹⁶⁴.

2.1.3.1.5. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin temsilcileri

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, sınırsız sorumlu ortaklar tarafından oluşturulan yönetim kurulu (C. com. art. L.226-2, CO art. 765 al. 1 ve TTK m.), şirketi temsile yetkilidir. Temsil yetkisine sahip olan ortaklar, banka nezdinde yer alan bilgileri talep edebilirler. Ancak temsil yetkisine sahip olmayan ortakların aynı yetkisi bulunmaz¹¹⁶⁵.

2.1.3.1.6. Limited şirketin temsilcileri

Fransız hukukunda “...limited şirket, bir veya daha fazla gerçek kişi müdür tarafından yönetilir. Müdürler, ortaklar arasından seçilebileceği gibi, üçüncü kişiler arasından da seçilir. Üçüncü kişilerle ilişkiler bakımından, kanunun açıkça tüm ortakların yetkili olduğunu öngördüğü hâller dışında, müdürler şirket adına hareket etme yetkisine sahiptir...” (C. com. art. L. 223-18).

İsviçre-Türk hukukunda da, şirketin yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir (CO art. 809 ve TTK m. 623). Şirket sözleşmesinde başka şekilde düzenlenmediği takdirde, ticari mümessiller ve ticari vekiller ancak genel kurul kararı ile atanabilirler; yetkileri genel kurul tarafından sınırlandırılabilir (TTK m. 631).

kişilere devredilebilir. Bunun için, iç yönetmelikte ve ana sözleşmede hüküm bulunması zorunludur. Tekinalp, 2015, **a.g.k.**, 257; Kırca, temsil yetkisinin devri için ana sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasının gerekli olmadığı görüşündedir. Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), 2013, **a.g.k.**, 620; Bahtiyar ise; temsil yetkisinin devri için, iç yönergede hüküm bulunmasını gerektiren bir düzenleme olmamasının eksiklik olduğunu vurgulamaktadır. Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 234.

¹¹⁶³ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 162; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 483; İsviçre hukukunda Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 105; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 397; Türk hukukunda Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1356.

¹¹⁶⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 162; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 481-482.

¹¹⁶⁵ Fransız hukukunda Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 117; İsviçre hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 160; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 486; Türk hukukunda Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1356.

Şirketi temsile yetkili müdürler, ticari mümessil veya vekiller şirket hakkındaki gizli nitelikteki bilgileri bankadan talep etme yetkisine sahiptir¹¹⁶⁶. Fakat belirtilen kişilerin şirketle ilgili bilgileri alma hakkı, görev süreleriyle sınırlıdır. Görev sürelerinin bitiminde, kendi görev süreleri boyunca yaptıkları işlemlerle ilgili olsa da, bilgi talep etme yetkileri bulunmaz¹¹⁶⁷. Müdür olmayan ortakların şirket işleri hakkında bilgi alma hakları (C. com art. L.223-26, CO art. 802 ve TTK m. 614) bulunmakla birlikte bu haklarını bankaya karşı değil, şirket müdürlerine karşı ileri sürebilirler¹¹⁶⁸.

2.1.3.1.7. Kooperatif şirketinin temsilcileri

Kooperatif şirketi Fransız hukukunda temel olarak Kooperatifler Hakkında Kanun'da¹¹⁶⁹, İsviçre hukukunda CO'da ve Türk hukukunda TTK¹¹⁷⁰ ve Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Fransız hukukunda vekiller¹¹⁷¹, İsviçre-Türk hukukunda yönetim kurulu, kanun ve anasözleşme hükümleri çerçevesinde kooperatifin faaliyetini yöneten ve onu temsil eden icra organıdır. İsviçre-Türk hukukunda anasözleşme, genel kurula veya yönetim kuruluna, kooperatifin yönetimini ve temsilini kısmen veya tamamen kooperatif ortağı bulunmaları şart olmayan bir veya birkaç müdüre veya yönetim kurulu üyesine tevdi etmek yetkisini verebilir (CO art. 898, KoopK m. 58). Temsile yetkili şahıslar kooperatif namına onun amacının gerektirdiği bütün hukuki işlemleri yapabilir (CO art. 899 al. 1, KoopK m.59). Kendilerine verilen yetki kapsamında kooperatifin yasal temsilcileri, bankadan kooperatifle ilgili belge ve bilgi talep etme yetkisine sahiptir.

¹¹⁶⁶ Fransız hukukunda Teissier, 1999, **a.g.k.**, 127; İsviçre Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 404; Türk hukukunda Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1356.

¹¹⁶⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 486; Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi'nin 16.01.2001 tarih ve 98-11.744 sayılı kararı da aynı yöndedir. Karara konu olan olayda; limited şirketin eski yöneticisi, yönetici olduğu döneme ait hesap hareketlerini gösteren bir belgenin teslimini talep etmiştir. Banka bu talebi, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü ile bağlı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Yargıtay ise; eski yöneticinin üçüncü kişi olduğuna ve müşteri sırrına dair hükümlerin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Garinot, 2013, **a.g.k.**, 177-178.

¹¹⁶⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 486.

¹¹⁶⁹ Kooperatifler Hakkındaki Kanun için bkz (Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000684004> (Erişim tarihi: 09.07.2019)

¹¹⁷⁰ KoopK m. 98'e göre; *"bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki anonim şirketlere ait hükümler uygulanır"*.

¹¹⁷¹ Fransız hukukunda Kooperatifler Kanunu'nun 6. maddesi; *"kooperatifler ortaklar kurulu tarafından altı yıl için seçilen vekiller tarafından yönetilir ve temsil edilir"* hükmünü içermektedir.

2.1.3.2. Sermaye şirketlerinde denetçiler

2.1.3.2.1. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda, ticaret şirketlerinin denetimi hesap denetçisi (commissaire aux comptes) tarafından yapılır. Hesap denetçisi; daha çok anonim şirkette¹¹⁷², bazı koşullarda, limited¹¹⁷³, kollektif¹¹⁷⁴ ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette¹¹⁷⁵ de bulunan gerçek veya tüzel kişilerdir.

Hesap denetçisi; ortaklar bakımından eşitlik ilkesine uygun kararlar alınıp alınmadığı, şirket hesaplarının mevzuata uygun hazırlanıp hazırlanmadığı, ortakların incelemesine sunulan defter ve belgelerin mevzuata ve gerçeğe uygun hazırlanıp hazırlanmadığı konusunda yetkilidir. Ayrıca, şirketin yıllık ve konsolide raporlarını denetlemekle ve şirketin türüne göre değişen kişi, kurul veya ortakları bilgilendirmekle yükümlüdür¹¹⁷⁶.

Bu yetki ve görevler nedeniyle hesap denetçilerinin, şirketle ilgili gizli nitelikteki belge ve bilgileri bankadan talep etme yetkisi bulunur. C. com. art. L. 823-14, hesap denetçilerinin, şirket için hukuki işlemler gerçekleştiren üçüncü kişilerden, görevleri kapsamındaki gerekli tüm belgeleri talep edebileceklerini düzenlerken, üçüncü kişilerin mesleki sırrının kendilerine karşı ileri süremeyeceğini açıkça belirtmektedir. Bankalar, müşteri sırrına dair hükümleri hesap denetçilerine ileri süremeyecektir. Fransız hukukunda, artık pek de kabul görmeyen hesap denetçilerinin şirketin vekili değil,

¹¹⁷² C. com. art. L. 225-218 hükmü şöyledir: “denetim bir veya birden fazla hesap denetçisi tarafından gerçekleştirilir”.

¹¹⁷³ C. com. art. L. 223-35 hükmü şöyledir: “ortaklar L.223-29’da belirtilen koşulların sağlanmasıyla, şirkete hesap denetçisi atayabilirler. Ortaklar; bilanço toplamı, cirolarının vergiler ve çalışanların ücretleri çıkarıldıktan sonraki toplam miktar, Danıştay kararıyla belirlenmiş olan hesap yılının kapatılmasına dair rakamı aşıyorsa hesap denetçisi atamak zorundadır. Bu eşik aşılmassa bile, sermayenin en az %10’nunu temsil eden ortak veya ortakların talebiyle mahkemeden hesap denetçisi atanması istenebilir”.

¹¹⁷⁴ C. com. art. L. 221-9 hükmü şöyledir: “ortaklar L.221-6’da belirtilen koşulların sağlanmasıyla, şirkete hesap denetçisi atayabilirler. Ortaklar; bilanço toplamı, cirolarının vergiler ve çalışanların ücretleri çıkarıldıktan sonraki toplam miktar, Danıştay kararıyla belirlenmiş olan hesap yılının kapatılmasına dair rakamı aşıyorsa hesap denetçisi atamak zorundadır. Bu eşik aşılmassa bile, sermayenin en az %10’nunu temsil eden ortak veya ortakların talebiyle mahkemeden hesap denetçisi atanması istenebilir”.

¹¹⁷⁵ C. com. art. L. 226-6 hükmü şöyledir: “ortaklar kurulu bir veya daha fazla hesap denetçisi atayabilir”.

¹¹⁷⁶ Ayrıca bkz., A. Öçal (1972). Fransız hukukunda hesap denetçilerinin anonim şirketlerin denetlenmesindeki rolü. *Batider*, 6 (3), s. 491 vd.

bizzat kendisi, yani organı oldukları teorisine¹¹⁷⁷ rağmen, kendilerinin müşteri sırrının saklanması dair hükümlerin istisnası oldukları görülmektedir¹¹⁷⁸.

Bununla birlikte hesap denetçisinin yetkisi sınırsız değildir. C. com. art. L. 823-14'e göre; üçüncü kişilerin elinde bulunan sözleşme veya belgelerin hesap denetçisine teslimi gerekir. Hesap denetçisinin bankaya soru sorma yetkisi bulunmaktadır. Fakat denetçi, belgelerin kendisine teslimi için bankaya, ticaret mahkemesinden bu yönde alınan kararı sunmalıdır. Ticaret mahkemesi, bankadan istenen belgelerin, görevin yerine getirilmesi için zorunlu olup olmadığını inceler. Denetçinin belgelere erişimi, şirketin mali durumunun gerçeğe ve mevzuata uygunluğunun tespiti için zorunlu olmalıdır. Hesap denetçisi, bir kredi başvurusu gibi kendi görev alanı dışındaki şirket işleriyle ilgili bilgi alma hakkına sahip değildir¹¹⁷⁹.

Fransız hukukunda anonim şirkette bir denetim organı olarak gözetim kurulu da yer alabilmektedir. C. com. art. L. 225-68 al. 3'e göre, anonim şirket gözetim kurulu görevinin yerine getirilmesi için zorunlu olan hususları, her zaman inceleme yetkisine sahiptir. Ayrıca yönetici kurul, en az üç ayda bir rapor hazırlayarak gözetim kuruluna sunmalıdır. Üstelik C. com. art. L.232-3, gözetim kurulunun, şirketin aktif ve pasifi hakkındaki belgelerle, gelecek yıla ilişkin tahmini mali tablolar hakkında bilgi almasını öngörmektedir. Ancak hesap denetçilerinin aksine, gözetim kurulu için müşteri sırrına dair hükümlerin kendilerine ileri sürülemeyeceği konusunda açık hüküm bulunmamaktadır. Gözetim kurulu anonim şirketin diğer organlarının sunduğu belge ve bilgileri inceleme hak ve yetkisine sahiptir. Kurulun, bankalar gibi üçüncü kişiler nezdinde bulunan belge ve bilgileri talep etme yetkisi bulunmaz¹¹⁸⁰.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket için ise, C. com. art. L. 226-9'da yer alan hüküm; *gözetim kurulunun şirketin yönetiminin sürekli denetiminden sorumlu olduğunu ve kurulun hesap denetçisiyle aynı yetkilere sahip olduğunu* düzenlemektedir. Gözetim kurulunun, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket açısından farklı düzenlenişi eleştirilmekte ve sermayesi paylara bölünmüş şirket hakkındaki düzenlemenin kaldırılması önerilmektedir¹¹⁸¹.

¹¹⁷⁷ Gavalda ve Stoufflet, 1973, **a.g.k.**, 90-91; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 403.

¹¹⁷⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 489.

¹¹⁷⁹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 490.

¹¹⁸⁰ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 490.

¹¹⁸¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 490; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 400.

2.1.3.2.2. İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda anonim ve limited şirketlerde “organ denetçi” ile “bağımsız denetçiyi” birarada tutan karma sistem benimsenmiştir¹¹⁸². Halka açık olan veya olmayan anonim şirketlerin, kanunda belirtilen şartları taşıması kaydıyla, yıllık raporları ile topluluk raporları *denetim kurulunun olağan denetimine* tâbidir (CO art. 727). Olağan denetim “*tipik bağımsız denetime*” işaret etmektedir¹¹⁸³.

Şirket olağan denetimin şartlarını karşılayamadığında, denetçiden finansal tablolarını *sınırlı denetime* tâbi tutulmasını istemelidir. Eğer yıllık ortalama tam gün çalışan sayısı, şirkette onu geçmiyorsa, tüm pay sahiplerinin oybirliği ile alacakları bir kararla, sınırlı denetimden vazgeçilebilir. Fakat bu şirketlerde, her pay sahibi, pay sahipleri genel kurulu toplantısından on gün önceye kadar, sınırlı denetim talep etme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda, genel kurul denetçileri seçer (CO art. 727a). Hükümden de anlaşıldığı üzere, sınırlı denetimin istenmediği şirketlerde, *denetim organı* (denetçi) seçilmesine de gerek yoktur¹¹⁸⁴.

Bu düzenlemeler kıyasen limited şirketler hakkında da uygulanır (CO art. 818). Ayrıca sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde, yönetimi ve şirket hesaplarını denetlemekle yükümlü bir denetim organı bulunmalıdır (CO art. 768). Denetim kurulu şirket adına yönetim kurulunun iş ve işlemlerini denetleme ve yönetim kuruluna karşı dava açma hakkına sahiptir (CO art. 769 al. 1). Özetle denetim kurulunun, şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgiler için yönetim kuruluna başvurma hak ve yetkisi varken, aynı yetki üçüncü kişi olarak bankaya karşı ileri sürülemeyecektir¹¹⁸⁵.

2.1.3.2.3. Türk hukukunda

Türk hukukunda anonim şirketin iç denetimini gerçekleştirmek üzere TTK m. 375 f. 1’in a, b, c, ve e bentleri ile TTK m. 366 f.2 gereğince, ihtiyari organ veya komite kurulabilir¹¹⁸⁶. Ancak şirketin dış denetimi zorunlu olarak bağımsız denetçilerle¹¹⁸⁷

¹¹⁸² K. Özkorkut (2013). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından anonim şirketlerde bağımsız denetim (İkinci Tıpkı Baskı). Ankara: BTHAE Yayınları, s. 13; Pulaşlı, 2018, **a.g.k.**, 1577.

¹¹⁸³ Özkorkut, 2013, **a.g.k.**, 13.

¹¹⁸⁴ Özkorkut, 2013, **a.g.k.**, 14.

¹¹⁸⁵ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 493; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 401.

¹¹⁸⁶ Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 249.

¹¹⁸⁷ Bağımsız denetçi TTK m. 440 gereğince, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre ruhsat almış yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketi olabilir.

gerçekleştirilmek zorundadır. Denetçi anonim şirketin bir organı olmadığı gibi, bunun eksikliği şirket için bir fesih nedeni değildir¹¹⁸⁸.

Denetime tâbi olan şirketler¹¹⁸⁹ için TTK m. 397 f. 4¹¹⁹⁰ ve TTKm. 397. f.5¹¹⁹¹ bakımından ikili bir ayırım yapılmaktadır. TTK m. 397 f.4 kapsamında anonim şirketin ve şirketler topluluğunun Kamu Gözetim Kurumu bağlamında denetime tâbi oldukları düzenlenirken, Denetim dışında kalan şirketler TTK m. 395 f. 5 uyarınca henüz mevzuatı çıkarılmamış¹¹⁹² niteliği belirlenmemiş bir denetimin kontrolündedir¹¹⁹³.

TTK m. 394 f.4 kapsamında atanmış olan denetçi, yönetim kurulundan, kanuna uygun ve özenli bir denetim için gerekli olan bütün bilgileri kendisine vermesini ve dayanak oluşturabilecek belgeleri sunmasını ister. Özenli bir denetim için gerekli olduğu takdirde denetçi yetkilerini yavru ve ana şirketler için de kullanabilir (TTK m. 401 f.2). Denetçi, sayılan yetkilerini ancak yönetim kuruluna karşı kullanabilir¹¹⁹⁴. Denetçinin, üçüncü kişilerden şirketle ilgili gizli nitelikteki bilgileri talep hakkı bulunmaz.

Ayrıca şirkete özel denetçi atanmışsa; yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dâhil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere,

¹¹⁸⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 2019, **a.g.k.**, 503; Tekinalp, 2015, **a.g.k.**, 477; Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 249; Pulaşlı, 2018, **a.g.k.**, 1576; A. Köksal (2010). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 ila 406. maddeleri arasında düzenlenen denetçinin anonim ortaklığın bir organı olup olmadığı sorunu. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1406.

¹¹⁸⁹ Denetime tâbi olan şirketler için bkz. 2018/11597 sayılı Bakanlar Kurulu kararının yayımlandığı RG 26.05.2018 tarih ve 30432 sayı.

¹¹⁹⁰ Maddeye göre; "398. madde kapsamında denetime tabi olacak şirketler Cumhurbaşkanınca belirlenir".

¹¹⁹¹ Maddeye göre; *dördüncü fıkra kapsamı dışında kalan anonim şirketler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları bu fıkra hükümlerine göre denetlenir. Denetime ilişkin usul ve esaslar ile bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilerin niteliklerine, uyacakları etik ilkelere, görev ve yetkilerine, seçilmelerine, görevden alınmalarına veya ayrılmalarına; denetimin ve denetim raporlarının içeriğine ve raporun genel kurula sunulmasına ilişkin hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. Kanunun denetçinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri, bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır*".

¹¹⁹² Ancak GBT tarafından Eylül 2013'te "Anonim Şirketler İle Tarım Satış Kooperatifleri ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmelik Taslağı" kamuoyunun değerlendirilmesine sunulmuş ama henüz yürürlüğe girmemiştir. Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 269.

¹¹⁹³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 2019, **a.g.k.**, 503; Denetim kapsamı dışında kalan anonim şirketler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları TTK m. 397 f.5 hükümlerine göre denetlenir. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler hakkında kıyasen anonim şirketler hakkındaki hükümler uygulanacağından (TTK m. 565 f.2), bu şirketler de TTK m. 395 f. 5'e göre denetlenir. TTK m. 635'te ise; "397 nci maddenin beşinci ve altıncı fıkraları dışında kalan, Anonim şirketin denetçiye denetime ve özel denetime ilişkin hükümleri limited şirkete de uygulanır" hükmü yer aldığından limited şirketler TTK m. 397 f.4'e göre denetlenir. Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 269.

¹¹⁹⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 2019, **a.g.k.**, 522-523; Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 264; Pulaşlı, 2018, **a.g.k.**, 1617.

varlıklarının incelenmesine izin verir (TTK m.441 f.2). Kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. (TTK m. 441 f.3). Madde metninden denetçinin şirket hakkında bilgi alabileceği kişilerin sayıldığı anlaşıldığından, bu kişiler dışındakilerden belge ve bilgi talep edebilmesi mümkün değildir.

2.1.3.3. Şirketler topluluğunda hâkim ve bağlı şirket

İsviçre hukukunda şirketler topluluğunun oluşumuyla ilgili bir hüküm yoktur. Ancak şirketler toplulukları, CO art. 958, art. 961c ve 963b al.3'te şirketlerin denetimiyle ilgili hükümlerde anılmaktadır.

Fransız hukukunda şirketler topluluğu hususunda, bağlı işletme ve bağlı şirket kavramları üzerinde durulmaktadır. Bağlı işletme CMF art. L. 511-20 I al.2'ye göre; *“C.Com art. L. 233-16 bakımından, banka idaresinin münhasıran kontrolü altında olan işletme, kredi kurumunun bağlı işletmesidir”*¹¹⁹⁵. Bağlı şirket ise; *“ana şirketten ayrı tüzel kişiliği bulunan ve sermayesinin yarısından fazlası, ana şirket tarafından yönetilen şirkettir”*¹¹⁹⁶.

Şirketler topluluğu hâkim şirket (ana şirket) ile ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az bir şirketten (yavru şirket) meydana gelir¹¹⁹⁷. Topluluk ilişkisinin oluşabilmesi için gereken koşullar TTK m. 195'te¹¹⁹⁸ gösterilmiştir. Şirketler arasında topluluk ilişkisinin olmasının bazı sonuçları da bulunmaktadır.

¹¹⁹⁵ C. Com art. L. 233-16'da münhasır kontrol şu şekilde tanımlanmaktadır: *“bir şirket tarafından münhasır kontrol; bir işletmedeki oy çoğunluğunu doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulundurmakla, bir sözleşme veya sözleşmedeki şartta yer alan hakla, işletmenin yönetim ve denetim kurullarına üye atama yetkisine sahip olmakla gerçekleşir. Şirket, doğrudan veya dolaylı olarak oy hakkının yüzde %40'ından fazlasına sahip olduğunda ve başka bir ortak veya pay sahibinin söz konusu şirkette daha fazla oy hakkı bulunmadığında, belirtilen atama yapılmış sayılır”*.

¹¹⁹⁶ Nitekim C. Com art. L. 233-1'e göre; *“bir şirket diğer şirketin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğunda, ikinci şirket ilk şirketin bağlı şirketi sayılır”*.

¹¹⁹⁷ Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 77-78.

¹¹⁹⁸ Maddeye göre; *“(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir”*.

Şirketler topluluğunda yer alan şirketler, özellikle konsolide denetime ilişkin olarak, sır niteliğindeki bilgileri paylaşabilir. Bu şirketlerin banka nezdinde yer alan belge ve bilgiler hakkında bilgi talep etmesine yönelik açık bir hüküm olmamasına rağmen, şirketlerden biriyle ilgili bir teminat ilişkisinin olması durumunda, belge ve bilgilerin talep edilebileceği söylenebilir¹¹⁹⁹.

2.1.3.4. Birleşen, bölünen ve tür değiştiren şirketler

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme Fransız hukukunda C. com¹²⁰⁰., İsviçre hukukunda “Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığı Devri Hakkında Federal Kanun” (LFus)¹²⁰¹ ve Türk hukukunda TTK’da¹²⁰² düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda LFus; şirket, ticari işletme, dernek, vakıf ve bazı kamu tüzel kişilerine uygulanmaktadır. TTK’da yer alan birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye dair hükümler bakımından, LFus esas alınmıştır. Fakat TTK’ya, yalnızca şirketler ve işletmeler dâhil edilerek, diğer tüzel kişiler, vakıflar ve dernekler kapsam dışında bırakılmıştır¹²⁰³. Fransız, İsviçre ve Türk hukukunda, birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye tâbi şirketler ile birleşme, bölünme ve tür değiştirmenin usul ve şartlarında bazı farklılıklar bulunsa da, bu işlemlerin sonuçları aynıdır.

Birleşme, birden çok şirketin içlerinden birinin veya yeni kurulacak bir şirketin çatısı altında, malvarlıklarını tasfiye etmeksizin bir araya gelmeleri ve birleşen şirket ortaklarının, bir değişim ölçüsüne göre birleşilen ortaktan pay almaları şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁰⁴. Birleşme devralma yoluyla veya yeni kuruluş yoluyla gerçekleşebilir. Devralma yoluyla birleşmede şirketlerden birinin tüzel kişiliği ortadan kalkar, diğer şirket ise gerekli düzeyde sermaye artırımını yapar. Yeni kuruluş yoluyla birleşmede, mevcut şirketlerin tüzel kişiliği sona erer, yeni kurulan şirket ticaret siciline

¹¹⁹⁹ Fransız hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 125; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 181.

¹²⁰⁰ Fransız hukukunda birleşme ve bölünme C. com. art. L. 236-1 ile art. L. 236-32 arasında düzenlenmiştir. Tür değiştirme ise, anonim şirketler için C. com. 225-43 ile art. 225-45 arasında, Avrupa Anonim şirketinin tür değiştirmesi L. 229-10’da, kollektif şirketin tür değiştirmesi C. com art. L. 224-3’te düzenlenmiştir.

¹²⁰¹ Kanun için bkz., RS 221.301.

¹²⁰² Türk hukukunda ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi TTK’nın 134-193. maddelerinde düzenlenmiştir. 194. maddede bir ticari işletmenin ticaret şirketi tarafından devralınmasına, birleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddede ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesi de düzenlenmiştir.

¹²⁰³ H. Pulaşlı, 2019, **a.g.k.**, 69; H. Pulaşlı (2018). *Şirketler hukuku şerhi. C.1* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 200.

¹²⁰⁴ Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 63.

tescil edilir. Ayrıca bir ticari işletme de ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınarak birleşebilir. Bu durumda birleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (TTK m. 194).

Ticaret şirketlerinin işletme yapısının ve malvarlığının parçalanması suretiyle yaratılan küçülme bölünme olarak nitelenmektedir¹²⁰⁵. Ticaret şirketlerinin bölünmesi¹²⁰⁶, tam veya kısmi bölünme şeklinde gerçekleşir. Tam bölünmede, şirketin sahip olduğu malvarlığı bölümlere ayrılır ve bu kısımlar başka şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirkette pay sahibi olurlar. Tam bölünen ve devredilen şirketin tüzel kişiliği sona erer ve ticaret sicilinden silinir. Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir kısmı başka şirketlere devredilir. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirkette pay sahibi olurlar veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümleri için, devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur.

Bir ticaret şirketinin malvarlığında herhangi bir değişiklik yapılmadan, ekonomik bütünlüğü ve ortaklarının paylarının ve haklarının sürekliliği korunarak biçim değiştirmesi ise, tür değiştirme olarak tanımlanmaktadır¹²⁰⁷. Bir ticaret şirketinin tür değiştirmesinde veya bir ticari işletmenin ticaret şirketine dönüşmesinde, ticari işletmenin ve şirketin tasfiye olunmasına gerek yoktur¹²⁰⁸.

Devralma yoluyla birleşmede devralan şirket, yeni kuruluş yoluyla birleşmede yeni kurulan şirket, eskisinin yerini alacağından müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün yararlanırları hâline gelecektir. Bankanın, yeni şirketlere karşı sır saklama yükümlülüğü bulunacaktır. Ancak bankanın eski müşterilerine karşı sır saklama yükümlülüğü de sona ermemekte, söz konusu yükümlülüğün yeni müşterilerin sırlarının korunması kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Gerek tam gerekse kısmi bölünmede, bankacılık ilişkileri de devir kapsamında yer alacağından, devralan şirketle birlikte devrolunan şirketin bilgileri de müşteri sırrının saklanması hükümlerince korunacaktır. Devralan şirkete, devrolunan şirketle ilgili bilgilerin sır kapsamında yer aldığı hususu ileri sürülemeyecektir. Tür değiştirmede de, yeni şirket eskisinin devamı

¹²⁰⁵ Şener, 2019, **a.g.k.**, 138.

¹²⁰⁶ Bölünmeye; bir ticaret şirketinin yönetimini zorlaştıracak kadar büyümüş olması, birden çok işletme konusunu içermesi, ortaklar arasında paylaşma ihtiyacının doğması, işletme konusuna bir malvarlığı unsurunun daha uygun olması, toplulukta daha rasyonel bir konu yapılandırılmasına gidilmesi, vergi kolaylıklarından yararlanılması gibi sebeplerle ihtiyaç duyulabilir. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 2019, **a.g.k.**, 191; Bahtiyar, 2019, **a.g.k.**, 69; Pulaşlı, 2018a, **a.g.k.**, 301; Bilgili ve Demirkapı, 2018, **a.g.k.**, 80.

¹²⁰⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), 2019, **a.g.k.**, 169.

¹²⁰⁸ Pulaşlı, 2018a, **a.g.k.**, 355.

sayılmaktadır. Banka tür değiştiren şirkete karşı, eski şirketle ilgili bilgilerin, müşteri sırrı niteliğinde olduğunu ileri sürerek, bilgi vermekten kaçınamayacaktır¹²⁰⁹.

Bankaların birleşme, bölünme, hisse değişimi ve iradi tasfiyesi hakkında ise BankK m. 19 ve maddenin yaptığı yollama ile TTK ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun uygulanacaktır. Ayrıca “Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme Ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik”¹²¹⁰ hükümlerinin de uygulanması gerekecektir. Mevzuata uygun şekilde gerçekleşen birleşme, bölünme, hisse değişimi¹²¹¹ sebebiyle bilgi verilmiş olması da, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir¹²¹².

2.1.3.5. Karekodlu çek

Türk hukukunda TTK m. 780 f.1’de çekte yer alması gereken zorunlu unsurlar arasında “karekod” da¹²¹³ sayılmıştır. Karekodu olmayan çekler, kanun koyucunun aradığı diğer zorunlu unsurları eksiksiz olarak taşısa dahi, çek olarak nitelendirilemez¹²¹⁴.

Çek alacaklıları¹²¹⁵, ellerinde bulunan çek ile çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere ilişkin verilere karekod aracılığıyla erişim sağlayabilir.

Karekod ile a) çek hesabı sahibinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, b) çek hesabı sahibinin tacir olması hâlinde, ticaret siciline tescil edilen yetkililerinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, c) çek hesabı sahibinin, çek hesabı bulunan toplam banka sayısı, d) çek hesabı sahibine ait bankalara ibraz edilmemiş çek adedi ve tutarı, e) düzenlenerek bankalara teslim edilen çeklerin adedi ve tutarı, f) son beş yıl içerisinde ibrazında ödenen çeklerin adedi ve tutarı, g) ibraz edilen ilk çekin ibraz tarihi, h) ibraz edilen son çekin ibraz tarihi, ı) ibrazında ödenen son çekin ibraz tarihi, i) son beş yılda “karşılıksızdır” işlemi gören ve halen ödenmemiş çeklerin adedi ve tutarları, j) son beş

¹²⁰⁹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 144-146.

¹²¹⁰ Yönetmelik için bkz. RG 01.11.2006 tarih ve 26333 sayı. Bu yönetmelikte

¹²¹¹ Hisse değişimi yönetmeliğin 4. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Hisse değişimi bir bankanın diğer bir banka ya da finansal kuruluşun hisselerini, söz konusu banka veya finansal kuruluşu kontrol edecek şekilde devralması ve karşılığında söz konusu banka veya finansal kuruluşun ortaklarına kendi sermayesini temsil eden hisse verilmesidir”.

¹²¹² Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 145-146.

¹²¹³ Çeklerde Karekod Uygulamasına İlişkin Tebliğ’in 3. maddesinde karekod; “çekin unsurlarından olan ve çek üzerine kare veya dikdörtgen olarak basılabilen, Data Matrix ECC 200 versiyonunu esas alan, 6102 sayılı Kanunun 780. maddesinde ve Tebliğde sayılan diğer bilgilere erişilmesine ve olanak sağlayan iki boyutlu barkodu” olarak tanımlanmıştır. Tebliğ için bkz., RG 31.12.2016 Tarih ve 29935 Sayı.

¹²¹⁴ A. Bozer ve C. Göle (2018). *Kıymetli evrak hukuku*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 256; Poroy ve Tekinalp, 2018, **a.g.k.**, 318-319; Pulaşlı, 2019, **a.g.k.**, 319.

¹²¹⁵ Çek alacaklıları ile kastedilen çek hamilleridir. Bozer ve Göle, 2018, **a.g.k.**, 261.

yılda “karşılıksızdır” işlemi gören ve sonradan ödenen çeklerin adedi ve tutarı, k) son beş yılda “karşılıksızdır” işlemi gören son çekin ibraz tarihi, l) çek hesabı sahibi hakkında çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı, varsa yasaklama kararının tarihi, m) her bir çek yaprağı ile ilgili olarak tedbir kaydı olup olmadığı, n) çek hesabı sahibi tacirse, iflasına karar verilip verilmediği, iflasına karar verilmişse kararın tarihi, çek hesabı sahibi ya da cirantanın rızası aranmaksızın üçüncü kişilerin erişimine sunulur (TTK m. 780 f.2).

Sayılan verilerin üçüncü kişilerin erişimine sunulması, müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün istisnalarından birini oluşturmaktadır.

Verilere ulaşılmasını sağlayacak karekod okutma ve bilgi paylaşım sistemi 5411 sayılı Kanunun ek 1 inci madde hükmü uyarınca kurulan Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından oluşturulur. Risk Merkezi sistemdeki verileri, 5411 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin on birinci fıkrası uyarınca bilgi alışverişini gerçekleştirdiği şirket ile paylaşmaya yetkilidir. Bu yetki kullanıldığı takdirde sistem bilgilerin paylaşıldığı şirket nezdinde kurulabilir (TTK m. 780 f.3).

2.1.5.6. Karşılıksız çekin hamili

Fransız hukukunda CMF art. L. 131-73’e göre; karşılıksız çek keşide edilmesi durumunda banka tarafından hamile çek fotokopisi değil, ödemenin yapılamadığını gösteren ve içinde keşidecinin isim ve adres bilgileri, çekin numarası, toplam miktarı gibi bilgileri içeren bir belge verilir.

5941 sayılı Çek Kanunu’nun 2. maddesine göre; “*çekin karşılığının tamamen veya kısmen bulunmaması hâlinde, çek düzenleyenin bankaca bilinen adresleri, talebi hâlinde hamile verilir*”. Bu hüküm gereğince karşılıksız çek keşide edenin adresinin çek hamiline veya yetkili vekiline verilmesi sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez¹²¹⁶. Zira çek hamilinin keşideciyi yasal yollarla takibi için, adresi talep hakkı bulunur¹²¹⁷. Muhatap bankanın sorumluluğu, keşidecinin aynı zamanda hesap sahibi olduğu hâllerle ve bankanın kendi kayıtlarında keşideciye ait bulunan adres bilgileriyle

¹²¹⁶ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1304; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 188-189.

¹²¹⁷ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1497; H. Ülgen/ M. Helvacı/ A. Kendigelen/ A. Kaya (2014). *Kıymetli evrak hukuku* (Güncellenmiş Yedinci Basıdan Dokuzuncu Tıpkı Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 279; G. Eriş (2004). *Açıklamalı içtihatlı uygulamalı çek hukuku*. Ankara: Seçkin Kitabevi, s. 113.

sınırlıdır. Keşidecinin hesap sahibi olmadığı durumlarda ise, adres bilgileri bankada olamayacağından, bu konuda bankanın sorumlu olmaması gerekir¹²¹⁸.

Esasen çekin ibraz edilmesiyle çek hamili ve banka arasında keşidecinin bilgilerinin verilmesine yönelik bir hukuki ilişki meydana gelmez. Çekin karşılığı varsa, banka ödemeyi yapar. Çekin karşılığının olmaması durumunda, keşideciye karşı yasal takip yapılmasını sağlamak üzere adres bilgileri verilir. Bunun dışında banka kural olarak hamile keşideci hakkında bilgi vermemelidir. Zira banka ve keşideci arasındaki çek anlaşması da¹²¹⁹, vekil sıfatıyla hareket eden banka için müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kaynaklarından birini oluşturur. Hatta çek anlaşmasına bağlı olarak banka, çekin ibrazı ve ödenmesiyle ilgili bilgileri verebilir. Fakat çekin hamili bankanın müşterisi ise, bankanın keşidecinin bilgi alma talebini reddetmesi mümkün değildir. Bankanın susma yükümlülüğü keşideci lehine sona erer¹²²⁰. Banka müşterisi olmayan ileri düzenleme tarihli çek hamiline ise, keşidecinin adres bilgileri verilmez.

Ancak ÇekK m. 3 f. 8'e¹²²¹ göre; “çek, çekin üzerindeki ileri tarihli düzenleme tarihine göre tespit edilecek ibraz sürelerinden daha önce de ibraz edilebilir. Fakat çekin karşılığı yoksa karşılıksız işlemi yapılmaz”. Bu bir bakıma hamile bankanın keşidecinin hesabında o an karşılığı bulunmadığı bilgisinin verilmesi demektir ki, söz konusu bilginin verilmesi müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez¹²²². Elbette ÇekK geçici madde 3 f. 5'e göre; “31/12/2020 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir”.

¹²¹⁸ A. Bozer ve C. Göle (2018). *Kıymetli evrak hukuku*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 447; Kendigelen de; ÇekK'da öngörülen bazı yaptırımların daha düzgün şekilde uygulanabilmesi için, yalnızca düzenleyenin değil, çekle işleyen hesabın sahibinin adresine ihtiyaç duyulacağını söylemektedir. Kendigelen, 2019, **a.g.k.**, 363.

¹²¹⁹ Türk-İsviçre hukuk sisteminde, diğer sözleşmeler hakkındaki yasal hükümlere tâbi olmayan işlerde, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin geçerli olacağı esası benimsenmiştir (CO art. 394 al. 2 ve TBK ve 503). Bu durumda vekâlet sözleşmesi, çek anlaşmasının hukuki mahiyetini açıklamakta yeterli olmamakla birlikte çek anlaşması hakkında esas itibarıyla vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Öztan, 2017, **a.g.k.**, 247; Çek anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz., Öztan, 1997, **a.g.k.**, 1090-1097.

¹²²⁰ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 189.

¹²²¹ ÇekK m. 3 f. 8'e göre; “üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının Türk Ticaret Kanununun 707 nci maddesi uyarınca kısmen veya tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu çekle ilgili olarak hukukî takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır”.

¹²²² Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 526.

2.1.4. Medeni usul hukukuna ilişkin istisnalar

Hukuk mahkemelerinde, müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin açıklanması Fransız, İsviçre ve Türk hukuku bakımından farklıdır.

2.1.4.1. Fransız hukukunda

2.1.4.1.1. Müşterinin onayının olması

Gizli nitelikteki bilgilerle ilgili kişi sırrın sahibidir. Banka, müşterinin bu yönde onayı olmadığı sürece, hukuk mahkemesine karşı, gizli nitelikteki bilgileri saklamakla yükümlü olduğunu, bu yükümlülük gereği söz konusu bilgileri açıklamayacağını ileri sürebilir. Zira bankanın gizli nitelikteki bilgilerle ilgili bir hakkı değil, yükümlülüğü bulunmaktadır. Yükümlülük ile bağlı olan değil, hak sahibi olarak gizli nitelikteki bilgilerin sahibi bu haktan vazgeçebilir. Üstelik müşteri sırrı ile korunan yarar, bankanın mesleki yararı değil, müşterinin yararadır. Bir başka deyişle, banka kendi mesleki yararının bulunduğunu ileri sürerek, hukuk mahkemesi nezdinde, gizli nitelikteki bilgileri açıklamaktan kaçınmaz¹²²³.

Nitekim Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 11.04.1995 tarihli kararında; soruşturma tedbiri kapsamında gizli nitelikteki bilgilerin banka tarafından açıklanabilmesi için, müşterinin açık onayının bulunması gerektiğine karar vermiştir¹²²⁴.

Bankanın sırrı açıklamasının tek yolu, müşteriye dava hakkında bilgilendirip, onayını almaktır. Müşterinin kendisiyle ilgili bilgileri açıklaması için bankaya vereceği onayda, hangi bilgilerin kimlere açıklanabileceği yer almalıdır.

Müşteri sırrıyla, müşterinin özel hayatı da korunmaktadır. Elbette müşterinin, özel hayatından bütünüyle vazgeçmesi düşünülemez. Müşterinin özel hayatından vazgeçmesi kamu düzenine aykırı sayılmakla birlikte, özel hayatın bileşenlerinden biri olan müşteri sırrından vazgeçmek kamu düzenine aykırı sayılmamalıdır¹²²⁵.

Üstelik 04.08.2008 tarihinde CMF art. 511-33'te yapılan değişiklikle, kredi kuruluşlarının gizli nitelikteki bilgileri “ilgili kişilerin açık onayı” ile açıklayabilecekleri hususu da düzenlenmiştir.

¹²²³ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 514; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 199.

¹²²⁴ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 514.

¹²²⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.** Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 514.

2.1.4.1.2. Müşterinin onayının olmaması

Müşteri, sırrın açıklanması için onay vermediğinde, bankanın müşterinin iradesine karşıt olarak, mahkemece istenen belge ve bilgileri teslim edip edemeyeceği sorunu önem arz eder. Bahsedilen husus bankanın taraf olduğu ve taraf olmadığı uyuşmazlıklar bakımından iki başlıkta incelenir.

Bankanın taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından

Bankanın taraf olduğu uyuşmazlıklar; “bankanın gizli nitelikteki bilgileri açıklamak istemesi” ve “bu bilgileri açıklamak zorunda kalması” varsayımları bakımından incelenebilir.

“Bankanın gizli nitelikteki bilgileri açıklamak istemesi” varsayımı hakkındaki değerlendirmeye, davanın taraflarının hukuk yargılamasında dayandıkları vakıaları somutlaştırma ve bu vakılara ilişkin delillerini gösterme hakkına sahip olduğunu belirterek başlamak gerekir. Bunun için taraflar, ispata elverişli tüm delilleri kullanabilirler. Bankaların müşterileriyle ilgili bir uyuşmazlıkta, gizli nitelikteki bilgileri kullanma hakkına sahip olup olmadığı önem arz eder.

Tarafların yargılama sırasında iddia ve savunmalarını eşit şekilde ileri sürebilmeleri gerekir. Bankanın kendi hukuki yararını koruması için, müşteriyle ilgili belge ve bilgileri kullanmasında sakınca yoktur. Sırrın açıklanmaması nedeniyle, bankanın zarara uğraması tehlikesi mevcutsa, müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler açıklanabilir¹²²⁶. Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi 23.05.1996 tarihli kararında; müşterinin bankaya karşı açtığı dava açısından, kendisiyle ilgili bilgilerin açıklanmasına zımni şekilde onay verdiğinin kabulü gerektiğine hükmetmiştir¹²²⁷.

Bankanın açıklayacağı bilgiler, kendi hukuki yararının korunmasını sağlayacak ölçüde olmalıdır. Açıklanacak bilgilerin nelerden ibaret olduğu konusunda yapılan araştırmanın sonuçları ile müşteri sırrının korunması arasında anlaşılır bir ilişki olmalıdır. Uyuşmazlık konusuyla ilgili olmayan belge ve bilgilerin, mahkemeye sunulmaması gerekir¹²²⁸. Ayrıca müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler, davanın tarafı

¹²²⁶ Fransız hukukunda Jerez, 2000, **a.g.k.**, 65; Farhat,1980, **a.g.k.**, 201; Teissier, **a.g.k.**, 948; İsviçre hukukunda; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 45; Lombardini, 2008, **a.g.k.**, 633;Aubert vd, 173; Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 191; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 66.

¹²²⁷ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 517

¹²²⁸ N. Jeandin (2013). La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile. *Journées 2003 de droit bancaire et financier*. Berne: Staempfli, s.123

olmayan üçüncü kişilerle ilgiliyse, bu bilgilerin ilgili kişilerin onayı olmadan açıklanmaması lazımdır¹²²⁹.

“Bankanın gizli nitelikteki bilgileri açıklamak zorunda olup olmadığının” incelenmesine geçildiğinde, yargılama makamının, belge ve bilgilerin teslimi kararı verebileceği yönünde çok sayıda düzenleme bulunduğu görülmektedir. CC art. 10’a göre; *“herkes gerçeğin ortaya çıkarılması için yargılama makamlarına yardımcı olmakla yükümlüdür. Hukuki sebep bulunmaksızın, mecbur olduğu hâlde bu yükümlülüğünden kaçınanlar, bunu yerine getirmeye mecbur edilebilir”*. Benzer şekilde Medeni Usul Kanunu’nun (CPC) 11. maddesi; *“ taraflar koruma tedbirlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmalıdır”* hükmünü ihtiva etmektedir. Ayrıca CPC art. 145’e göre; *davanın açılmasından önce, uyuşmazlığın çözümüne bağlı delillerin tespiti ve korunmasını gerektiren bir hukuki sebep varsa, ilgililerin talebiyle soruşturma tedbirlerine karar verilebilir”*.

Her iki kanunda yer alan benzer düzenlemelere rağmen, bankanın, müşteri sırrını açıklamakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşamayacaktır. Zira CC art. 10’da yer alan *“hukuki sebep olmaksızın”* ifadesinden, müşteri sırrına dair hükümlerin istisna teşkil edebileceği sonucu çıkarılabilir. Banka, yargılama makamının, müşteri sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemeye teslimine dair kararına uymak zorunda değildir. Banka hukuk mahkemesinde, müşteri sırrının saklanması için hükümleri hukuki sebep olarak ileri sürebilir¹²³⁰.

Nitekim Fransız Yargıtay Ticaret Dairesi 25. 02.2003 tarihli kararında, CMF art. L. 511-33 ve CC art. 10 hükümlerini birlikte değerlendirmiş ve hukuk mahkemesinin taraflardan biri veya üçüncü kişi için, delillerin gösterilmesi kararını vermesinin, mesleki sır gibi hukuki bir sebebin bulunduğu hâllerde geçerli olmayacağı sonucuna varmıştır¹²³¹.

¹²²⁹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 496; Nitekim Bordeaux Asliye Hukuk Mahkemesi; geçici hukuki koruma tedbiri kapsamında davacıyla ilgili belgelerin mahkemeye teslimi talebini, söz konusu belgelerin dava dışı üçüncü kişileri de ilgilendirmesi sebebiyle reddetmiştir. Bu karar, bankaya karşı açılacak sorumluluk davalarını engelleyecek nitelikte olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiş ve üçüncü kişilerin zarara uğraması tehlikesinin olması durumunda, mahkemece tayin edilecek bilirkişilerce dava konusu uyuşmazlıkla ilgili belgelerin incelenmesinin, hem müşteri sırrının korunması hem de üçüncü kişilerin korunması bakımından yararlı olacağı ifade edilmiştir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 519.

¹²³⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 172; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 496-497.

¹²³¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 496.

Ayrıca Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi, 08.07.2003 tarih ve 00-11.993 sayılı kararında¹²³²; bankanın üzerinde üçüncü kişilerin kimlik ve hesap numarası bilgileri bulunan çekin arka yüzünü davacıya ve mahkemeye teslim edemeyeceğine karar vermiştir. Karara konu olan olayda; müşteri banka tarafından ödenen çeklerin arka yüzlerinin fotokopisinin teslimini istemiştir. Talebi reddedilen müşteri bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için çeklerin mahkemeye teslimini talep etmiştir. Nîmes İstinaf Mahkemesi, “çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili bilgilerin gizli nitelikte olmadığına” karar vermiştir. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi söz konusu kararı bozmuştur. Mahkeme, CMF art. L. 511-33, CC art. 10 ve CPC art. 11 ile birlikte özellikle CC art. 9’a atıf yaparak; kişilerin malvarlığına dair bilgilerin özel hayatın bir parçası olduğuna, davacıya ve mahkemeye teslim edilemeyeceğine, aksi takdirde bankanın müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına” karar vermiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 16.07.2015 tarih ve C-580-13 sayılı kararının da¹²³³, Fransız hukukunda müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin mahkemeye teslimiyle ilgili önemli sonuçları olmuştur. Karara konu olan olayda, parfüm üretim ve dağıtım faaliyeti gerçekleştiren Alman “Coty Germany” şirketinin, “Davidoff Hot Water” topluluk markasının mutlak lisans hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Şirket, internet üzerinden satış yapılan dijital bir platformda, lisans hakkına sahip olduğu parfümün taklit edilerek satışının yapıldığını tespit etmiştir. Bu tespiti, dijital platformdan taklit ürünü satın alıp incelemek suretiyle gerçekleştirmiştir. Şirket, mutlak lisans hakkına dayanarak ve satış ücretinin yatırılmış olduğu hesabın bulunduğu bankaya başvuru suretiyle, taklit ürünün takma ad ile satış yapan satıcısının gerçek kimlik ve adres bilgilerinin kendisine verilmesini istemiştir. Banka, istenen bilgilerin, müşteri sırrı kapsamında olduğunu söyleyerek talebi reddetmiştir. Şirket ise, Markalar Hakkında Kanun’un 19. maddesi ile 2004/48 sayılı Avrupa Birliği Direktif’inin 8. maddelerini¹²³⁴

¹²³² Karar için bkz., Cass. com. 08.07.2003, 00-11.993.

¹²³³ Karar için bkz.,

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=165900&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=4740328> (Erişim tarihi: 28.04.2019).

¹²³⁴ Direktif’in 8. maddesi şöyledir: “1. Üye devletler, bir fikri mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin bir dava çerçevesinde ve iddia sahibinin gerekçelendirilmiş ve ölçülü talebine mukabil, bir fikri mülkiyet hakkını ihlal eden malların veya hizmetlerin menşeleri ve dağıtım ağları hakkındaki bilgilerin, ihlal eden ve/veya aşağıdaki gibi diğer herhangi bir kişi tarafından temin edilmesini yetkili adli makamların emredebilmesini temin eder: (a) ihlal eden mallara ticari boyutta sahip olduğu ortaya çıkan kişi; (b) ihlal eden hizmetleri ticari boyutta kullandığı ortaya çıkan kişi; (c) ihlal eden faaliyetlerde kullanılan

ileri sürerek dava açmıştır. Alman Federal Mahkemesi, mesleki faaliyetleri dolayısıyla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlarla ilgili Alman Medeni Usul Kanunu'nun 383. maddesinin uygulanabilirliği noktasında, 2004/48 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 8. maddesinin ne şekilde yorumlanması gerekeceği hakkında Adalet Divanı'na başvurmuştur. Adalet Divanı kendisine yapılan başvuruyu Direktif'in 8. maddesinin 3. fıkrasının e bendinin kişisel verilere dair düzenlemeleri saklı tutmasına rağmen, mutlak lisans sahibi yararına, müşteri sırrının açıklanabileceğine karar vermiştir. Adalet Divanı kararında, Alman Markalar ve Medeni Usul Kanun'larınca müşteri sırrının "sınırsız ve şartsız" olarak ileri sürülmesinin, Direktif'in 8. maddesini uygulanamaz hale getirdiği, kişilerin temel haklarından birinin korunmasının (kişisel veri) diğer hakkın (adil yargılanma) kullanılmasını imkânsız hale getirmemesi gerektiği vurgulanmıştır¹²³⁵.

Fransız hukukunda da tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, Fikri Mülkiyet Kanunu'nun hukuki bir engel olmadıkça belge ve bilgilerin mahkemeye teslimini öngören L. 716-7-1. maddesinin CMF art. L. 511-33 karşısında uygulanamayacağı ileri sürülmekteydi. Ancak 29.11.2017 tarihine gelindiğinde, Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi'nin verdiği kararın, Adalet Divanı'nın kararıyla aynı yönde olduğu görülmüştür¹²³⁶. Bu son karara konu olan olayda, Cayman Adaları hukukuna göre kurulan ve aleyhine külli takip yapılmış olan SICL Şirketi'nin tasfiye memuru, merkezi Paris'te bulunan IFA Bankası'ndan, gerçekleştirilen iki havale işlemi hakkında bilgi istemiştir. Aynı gün içinde yapılan işlemlerden ilki, şirketin İsviçre Bankası'nda

hizmetleri ticari boyutta temin ettiği ortaya çıkan kişi; veya (d) malların üretimi, imalatı veya dağıtımında veya hizmetlerin temin edilmesinde yer aldığına (a), (b) veya (c) noktasında değinilen kişi tarafından işaret edilen kişi.

2. 1. fıkra da değinilen bilgiler uygun olduğu şekilde aşağıdakileri içerir: (a) malların veya hizmetlerin üreticilerinin, imalatçıların, dağıtıcılarının, tedarikçilerinin ve daha önceki diğer sahiplerinin adları ve adreslerinin yanı sıra hedeflenen toptancılar ve perakendeciler; (b) üretilen, imal edilen, teslim edilen, alınan veya sipariş verilen miktarlar hakkındaki bilgilerin yanı sıra söz konusu mallar veya hizmetler için elde edilen fiyat.

3. 1 ve 2. fıkralar aşağıdakilere ilişkin diğer kanuni hükümlere hâlel gelmeksizin uygulanır: (a) hak sahibine daha ayrıntılı bilgi edinme hakkı veren hükümler; (b) bu Madde uyarınca bildirilen bilgilerin medeni hukuk veya ceza davalarında kullanılmasının tabi olduğu hükümler; (c) bilgi hakkını kötüye kullanma sorumluluğunun tabi olduğu hükümler; (d) 1. fıkra da değinilen kişiyi, kendisinin veya bir akrabasının bir fikri mülkiyet hakkının ihlaline katılımlarını itiraf etmeye zorlayacak bilgileri temin etmeyi reddetme fırsatını tanıyan hükümler; veya (e) bilgi kaynaklarının gizliliğinin korunmasının veya kişisel verilen işlenmesinin tabi olduğu hükümler. Direktif için bkz., <http://www.telifhaklari.gov.tr/Fikri-Haklarla-Ilgili-AB-Muktesebati> (Erişim tarihi: 28.04.2019).

¹²³⁵ C. Kleiner (2015). La CJUE limite le secret bancaire en faveur des droits de propriété intellectuelle et d'accès à la justice: un message pour les juridictions françaises? *Recueil Dalloz*, 2015(37), s. 2169-2170; J. Lasserre-Capdeville (2015). La CJUE critique les excès du secret bancaire allemand. *Actualité Juridique Penal*, 2015(11), s. 545.

¹²³⁶ Karar için bkz., Cass. com, 29.11.2017, 16-22.060.

bulunan bir hesabından IFA Bankası'ndaki hesabına yapılan 50 Milyon Dolar değerindeki EFT işlemidir. İkinci işlem ise, İFA Bankası'nda yer alan bu hesaptan, IFA'nın başka bir müşterisi olan ve merkezi Bahreyn'de bulunan Delmon Dana Şirketi'nin hesabına yapılan aynı miktardaki havale işlemidir. Delmon Dana Şirketi lehine yapılan havalenin şüpheli işlem olarak görülmesinde, şirketin pay sahiplerinden birinin SCIL Şirketi'nin yönetim kurulu başkanının eşi ve IFA Bankasının yönetim kurulu üyesi olmasıdır. SCIL Şirketi'nin tasfiye memuru, bankanın işlemi kolaylaştırarak, banka hukukundan doğan sorumluluklarını ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmıştır. Bu davada havale işlemlerine yönelik belgelerin ibrazı istenmiş, banka ise dava konusu işlemlere dair belgelerin müşteri sırrı niteliğinde olduğunu ileri sürerek belgeleri ibrazdan kaçınmıştır. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına işaret ederek, SCIL şirketinin kendisini savunma imkânı veren araçlardan yoksun bırakılamayacağına, müşteri sırrının korunmasına dair hükümlerin adil yargılanma hakkını bertaraf edemeyeceğine hükmetmiştir¹²³⁷.

Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi 15.05.2019 tarih ve 18-10.491 sayılı kararı da¹²³⁸ bankanın müşteri sırrını açıklaması gerektiği yönünde olmuştur. Karara konu olan olayda müşteri, banka tarafından ödenen dört adet çekin fotokopisinin teslimini talep etmiştir. Talebi reddedilen müşteri bankaya karşı sorumluluk davası açmış ve çekin hukuka uygun şekilde ödenmiş olup olmadığının anlaşılması için çeklerin mahkemeye teslimini talep etmiştir. Bordeaux İstinaf Mahkemesi; CMF art. L. 511-33 ve CC art. 9'a atıf yaparak "bankanın çekin arka yüzünde ismi yazılı olan üçüncü kişilerle ilgili bilgileri mahkemeye teslim edemeyeceğine aksi takdirde müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacağına" hükmetmiştir. Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi de; CMF art. L. 511-33 ve CC art. 9'a uygun olarak bankanın çekin arka yüzünde yer alan üçüncü kişilerle ilgili tüm bilgileri saklamakla yükümlü olduğuna, bu yükümlülüğünün hukuk mahkemesine karşı da ileri sürülebileceğine karar vermiştir. Ancak aynı kararda mahkeme; müşteri sırrının korunması hükümlerinden müşteri ve üçüncü kişilerin yararlanabileceğine, bankanın bu korumadan yararlanmasının mümkün

¹²³⁷ C. Kleiner (2018) Le secret bancaire enfin confronté au droit à la preuve. *Recueil Dalloz*, 2018 (11), s. 603-609.

¹²³⁸ bkz., yukarıda birinci bölümde 7.2.1.1. altında yapılan açıklamalar

olmadığına, *bankaya karşı açılan sorumluluk davasında* müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir.

Bankanın taraf olmadığı uyuşmazlıklar bakımından

Müşterisinin tarafı olduğu uyuşmazlıklar bakımından bankanın, yargılama makamları önünde müşteri sırrını açıklayıp açıklayamayacağı hususu “delillerin gösterilmesi” ve “tanıklık” açısından incelenmektedir.

CPC art. 11 al. 2’ye göre; *“ taraflardan biri vakıayı aydınlatacak kanıtı sahip ise, hâkim diğer tarafın talebiyle, bu kanıtın gösterilmesine karar verebilir. Hâkim, aksi yönde hukuki bir sebep yoksa, taraflardan birinin talebi üzerine üçüncü kişilerde bulunan delillerin teslimine de karar verebilir”*. Görüldüğü üzere, CPC art. 11 al. 2 hükmü, hukuki bir engel bulunmadığı sürece tarafların veya *üçüncü kişilerin* elindeki belgelerin mahkemeye getirilmesini düzenlemektedir. Elbette dava sırasında müşterinin, dava konusu belgelerin mahkemeye sunulması konusunda talebi olduysa, sırrın saklanmasından yararlanan kişinin onayı olduğu varsayılır. Bu hâlde banka müşteriyle ilgili sırrı açıklayabilir. Fakat davanın diğer tarafı da, müşteri aleyhine delillerin mahkemeye getirilmesini talep etmiş olabilir.

CPC art. 11 al. 2.’de yer alan “hukuki engel”in kapsamını belirlemek gerekmektedir. Doktrin ve içtihatlar incelendiğinde; “mücbir sebep” ve “mesleki sırrın” bu kapsamda değerlendirildiği görülür. Tüm mesleki sır türleri gibi, müşteri sırrının saklanması hükümleri de, hukuk mahkemelerince verilen delillerin gösterilmesi kararlarına karşı ileri sürülebilir niteliktedir¹²³⁹. Üstelik CMF art. 511-33 düzenlemesi incelendiğinde, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin yalnızca ceza yargılamasını yapan makamlara karşı ileri sürülemeyeceği görülmektedir. Özetle bankanın müşteri sırrını açıklayabilmesi için, müşterinin veya üçüncü kişinin bu yönde onayının bulunması gerekir¹²⁴⁰. Müşterinin açık onayının olmadığı veya bankanın mahkeme kararını bildirdiği müşterisinden cevap alamaması durumunda, sırrın açıklanması mümkün değildir¹²⁴¹.

CPC art. 206’ya göre; *“herkes istinabe yoluyla da olsa, tanık olarak dinlenir. Hakkında aksi yönde hukuki sebebin olduğu kişiler tanıklıktan çekinebilir”*.

¹²³⁹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 506; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 510; Jerez, 2000, **a.g.k.**, 66.

¹²⁴⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 174; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 506.

¹²⁴¹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 507; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 510.

Bir görüşe göre; CPC art. 206’da yer alan; hukuki bir sebep bulunmaksızın tanıklıktan veya yemin etmekten kaçınanların 10.000 Avro’ya kadar para cezası ile cezalandırılacağına ilişkin hüküm, banka çalışanlarının tanıklıktan çekinmesine engeldir. Banka çalışanları, hukuk mahkemlerinde tanık olarak dinlenmeli ve yemin etmek suretiyle kendilerine sorulan soruları cevaplamalıdır¹²⁴². Bir başka görüşe göre ise; söz konusu hüküm, hiçbir koşulda, yemin ettikten sonra sessizliğini koruyan banka çalışanına uygulanamaz. Hatta banka çalışanının yemin ettikten sonra, kendisine sorulan soruların müşteri sırrı niteliğinde olduğunu ve cevaplayamayacağını söylemesi kendisi için bir yükümlülüktür¹²⁴³. Nitekim Strasbourg Hukuk Mahkemesi’nin 28.04.1954 tarihli kararında; Bankaların Denetimi Komitesi başkanının, çalıştığı bankayı ve Komite’yi temsil yetkisi bulunduğu, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir¹²⁴⁴.

2.1.4.2. İsviçre hukukunda

01.01.2011 tarihinde CPC’te yapılan değişiklikten önce; art. 42 al. 1’de “mahkemece dinlenmek istenen kişiler, şeref ve onurunu etkileyecek veya onları ceza soruşturması veya kovuşturmasına maruz bırakacak olaylar bakımından tanıklıktan çekinebilir... CP art. 321’de¹²⁴⁵ sayılan sır saklamakla yükümlü kişiler, ilgili kişilerin onayı olmadıkça, tanıklıktan çekinebilir” hükmü yer almaktaydı. CPC art. 42 al. 2’de ise; *hâkim, tanığın yararının davanın tarafının yararından üstün olması koşuluyla, tanığı CP art. 321’de sayılmayan diğer meslek ve ticari sırların açıklanmasından muaf tutabilir*” hükmü bulunmaktaydı. Doktrinde hâkim olan görüşe göre; bankalar bu kapsamda yer alamayacaktı¹²⁴⁶. Ancak CP art. 321’de sayılan kişiler bakımından ikili bir ayırım yapılmaktaydı. Maddede sayılan sır saklamakla yükümlü kişilerin, sır

¹²⁴² M. Mayer (1901). *Le secret des affaires commerciales*, thèse, Paris, s. 60’dan aktaran Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 502.

¹²⁴³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 175; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 502; Teissier, 1999, **a.g.k.**, 512.

¹²⁴⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 175; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 503.

¹²⁴⁵ CPS art.321 hükmü şöyledir: “*din görevlileri, avukatlar, noterler, patent konsey üyeleri, denetçiler, doktorlar, dişçiler, eczacılar, ebeler, psikologlar ile bunların yardımcı kişileri mesleki faaliyetleri nedeniyle öğrenmiş oldukları sırları açıklarlarsa şikâyet üzerine üç yıl hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezası ile cezalandırılırlar. Öğrenimleri nedeniyle öğrenmiş oldukları sırları açıklayan öğrenciler için de aynı hüküm uygulanır. Sırrı saklamakla yükümlü olanların mesleki faaliyetlerinin sona ermesi veya öğrencilerin öğrenimlerini tamamlamış olmaları yukarıdaki madde hükümlerinin uygulanmasını engellemez. İlgilinin onay veya sırrı saklamakla yükümlü olanların teklifi ve denetim makamının yazılı olarak izin verdiği hâllerde sırrı açıklama fiili cezalandırılmaz. Bir yetkili makamı bilgilendirmeye veya işbirliği yapmaya veya tanıklığa dair Federal ve kantonal mevzuat düzenlemeleri saklıdır*”.

¹²⁴⁶ Guggenheim ve A. Guggenheim, 2014, **a.g.k.**, 81.

sahiplerinin onayı olmadan sırrı açıklamalarının mümkün olmadığı kabul ediliyordu. CP art. 321’de sayılmayan ve fakat bankalar gibi kanun tarafından korunan sırları saklamakla yükümlü olan diğer kişiler, sırrın saklanmasıyla sağlanan yararın davanın diğer tarafının yararından üstün olması koşuluyla tanıklıktan çekinme hakkına sahip olabilirdi¹²⁴⁷. İlk grupta yer alanlar mutlak şekilde korunurken, ikinci grupta yer alanlar, her somut olay bakımından yararların tartılmasından sonra tanıklıktan çekinme hakkına sahip olabilecekti¹²⁴⁸.

Ayrıca 01.01.2011’den önce müşteri sırrının yargılama makamlarına karşı ileri sürülmesi kantonlara göre farklılık arz etmekteydi. Ancak, CPC’te 2011 yılında yapılan değişiklikle¹²⁴⁹ bu farklılık giderilmiştir¹²⁵⁰. İsviçre Kanun koyucusu, Kanton makamları ve federal makamlar için geçerli olacak tek düzenlemeyi yürürlüğe koymuştur.

2011 yılında yapılan değişiklikle son şeklini alan CPC art. 156’ya göre; *“mahkeme, delillerin gösterilmesinin, özellikle ticari sır gibi tarafların ve üçüncü kişilerin korunmaya değer yararlarına yönelik saldırı teşkil etmemesi için gerekli tedbirleri alır”*. Diğer taraftan; CPC art. 160’a göre; tarafların ve üçüncü kişilerin, delillerin gösterilmesine katkıda bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün kapsamında; tanık olarak dinlenme, belgelerin ibrazı, bilirkişi incelemesi yer almaktadır. Fakat bahsedilen yükümlülüğün sınırları da mevcuttur. Söz konusu sınırlamalar taraflar için CPC art. 163’te yer alırken, üçüncü kişiler için CPC art. 166’da yer almaktadır. CPC art. 163 al. 1’e göre; *CPS art. 321’de sayılan mesleki faaliyeti yürüten kişiler, taraf olarak katıldıkları bir hukuk yargılamasında delillerin gösterilmesine katkıda bulunmayı reddetme hakkına sahiptir*. Anılan madde açıkça müşteri sırrını düzenlemediği gibi CPC art. 163 al 2; *“sırrın saklanmasıyla korunan yarar gerçeğin kanıtlanması yararından üstün olduğunda, kanunla korunan diğer sırları saklamakla yükümlü olanların, delillerin gösterilmesine katkıda bulunmayı reddedebileceği”* hükmünü içermektedir. O hâlde müşteri sırrını saklamakla yükümlü olanlar da, sayılan koşulun varlığı hâlinde yargılama aşamasında delillerin gösterilmesine engel olabilirler.

¹²⁴⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 177; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 509; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 111-112; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 133.

¹²⁴⁸ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 509; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 133.

¹²⁴⁹ R.O. 2010. 1739

¹²⁵⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 177.

Bununla birlikte CPC art. 156’da yer alan; “*mahkeme delillerin gösterilmesinin, özellikle ticari sır gibi tarafların ve üçüncü kişilerin korunmaya değer yararlarına yönelik saldırı teşkil etmemesi için gerekli tedbirleri alır*” hükmü mahkemece uygulanarak, sırrın açıklanmamasına da karar verilebilir. Esasen bu hüküm, “*sırrın açıklanması bakımından tek yetkilinin sırrın sahibi olan müşteri olacağı*” görüşüne zıtlık oluşturur¹²⁵¹. Üstelik sırrın saklanması bankanın da yararı bulunmaktadır. Bu yarar, müşteri sırrı saklamayı istedikçe, devam etmektedir. Bu bakımdan İsviçre hukukunda, müşteri sırrının korunması hükümleri, Fransız hukukuna göre daha güçlüdür. Çünkü İsviçre hukuku açısından müşterinin onayı, sırrın açıklanabilmesi için yeterli değildir¹²⁵².

2.1.4.3. Türk hukukunda

Müşteri sırrının, “bilirkişi incelemesi”, “belge ve bilgilerin ibrazı” ve “tanıklık” bakımından sonuçları bulunmaktadır. Ancak belirtilen hususları, bankanın taraf olduğu ve olmadığı uyuşmazlıklar bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir.

2.1.4.3.1. Bankanın taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından

Bankanın taraf olduğu uyuşmazlıklar bakımından HMK’nın 219, 220 ve 278. maddeleri uygulanacaktır. HMK m. 219’a göre; “*taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar*”. Ancak taraflar mahkemenin kararına rağmen belgeleri ibrazdan kaçınmış olabilir. Bu durumda HMK m. 220 f. 3 hükmü uygulanır. Maddeye göre; “*belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir*”. HMK m. 278’e göre ise; “*mahkemece atanan bilirkişinin bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu ise, mahkeme kararı ile gerekli incelemeyi yapabilir (HMK m. 278 f.4).*”

¹²⁵¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 181; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 27.

¹²⁵² Alavi, 2017, **a.g.k.**, 181.

Yukarıda açıklanan maddeler bankanın, davacı veya davalı olması durumunda geçerlidir¹²⁵³. Maddelerde ve BankK m. 73'te açıkça sır kapsamında yer alan bilgilerin verilmesiyle ilgili bir istisna hükmü yer almamaktadır. Öyleyse, bankaya karşı açılan bir sorumluluk davasında veya banka ve müşteri arasındaki alacak davasında banka, mahkemece ibrazına karar verilen belgeleri mahkemeye sunmakla ve bilirkişi incelemesine izin vermekle yükümlüdür¹²⁵⁴. Bankanın belgelerin sır niteliğinde olduğunu ileri sürmesi mümkün değildir. Ancak banka kabul edilebilir bir mazeret göstermeksizin, belge ve bilgileri ibrazdan kaçınırsa, mahkemece ibraza zorlanamadığı gibi, yalnızca karşı tarafın iddiasını kabul etmiş sayılacaktır.

Bankanın mahkemenin kararına uyarak, ibrazı istenen belgeleri dava dosyasına koyarken dikkat etmesi gereken önemli bir husus bulunmaktadır: Bankanın müşterisinin hesaplarıyla ilgili tüm bilgileri içeren genel hesap kaydı niteliğinde belgeleri, mahkemeye sunmaması gerekir. Örneğin, bankanın uyuşmazlık içerisinde olduğu müşterisine ait hesap hareketlerinden, müşterisinin bir kişiye nafaka veya kira ödediğine dair bilgilere de ulaşılabilirse, belirtilen bilgilerin mahkemeye ibrazı müşteri sırrının ihlal edildiği anlamına gelir¹²⁵⁵.

2.1.4.3.2. Bankanın taraf olmadığı uyuşmazlıklar bakımından

Bankanın taraf olmadığı uyuşmazlıklar bakımından, belgelerin ibrazıyla ilgili HMK m. 221 ve tanıklıktan çekinmeyle ilgili HMK 249. maddesinin ve tanıklıktan çekinmenin istisnasıyla ilgili HMK m. 251'in değerlendirilmesi gerekir.

HMK'nın 221. maddesine göre; *“mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder. Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir. Belgeyi ibraz zorunda olanlar,*

¹²⁵³ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1338; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 182.

¹²⁵⁴ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 182; Yüksel vd, 2004, **a.g.k.**, 99; Kaplan, 1991, **a.g.k.**, 20; Burada karşı tarafın mesleğini icra ederken öğrendiği sırrın kime ait olduğu da önem taşımaktadır. Hastanın doktora karşı açtığı sorumluluk davasında olduğu gibi sır, ibraz talebinde bulunan tarafa aitse, karşı taraf kendisinden istenen belgeyi meslek sırrı içerdiği gerekçesiyle ibrazdan kaçınmamalıdır. Zira belgeyi isteyen aynı zamanda sırrın sahibidir. Aynı sonuç müşteri sırrı için de geçerlidir. G. Erdönmez (2014). *Medeni usul hukukunda belgelerin ibrazı mecburiyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 360.

¹²⁵⁵ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 534.

tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanır”.

HMK’nın 249. maddesine göre ise; “*Kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak...sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler*”. Bununla birlikte tanıklıktan çekinmenin istinasının olduğu hâllerde banka çalışanı tanık olarak dinlenmelidir. Zira “*a) bir hukuki işlemin yapılması sırasında tanık olarak bulundurulmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında, b) Aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında, c) Aile bireyleri arasında, ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkında, ç) Taraflardan birinin hukuki selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında, tanıklıktan çekinilemez (HMK m. 251)”.*

HMK hükümleri incelendiğinde, kural olarak bankanın, müşteri sırrı niteliğindeki belgeleri ibraza zorlanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Banka, tarafı olmadığı bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, bankacılık faaliyeti dolayısıyla elinde bulundurduğu gizli nitelikteki belgeleri, sır sahibi izin vermediği müddetçe açıklayamayacaktır. Banka çalışanının da aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır¹²⁵⁶. Hatta çalışan tanıklıktan çekinmez ve mahkemece dinlenirse kendisinin hukuki ve ceza sorumluluğu söz konusu olur¹²⁵⁷.

Uygulamada bazen uyuşmazlığın taraflarının, iddialarının kanıtı olarak uyuşmazlığın tarafı olmayanlara ait bankadaki kayıtlara dayandıkları görülmektedir. Mahkemeler de hatalı olarak, tarafların bu talebine uyup, bankalardan davaya taraf olmayanlara ait hesaplarla ilgili bilgi istemektedir. Örneğin bir limited şirket ile banka arasında çıkan uyuşmazlıkta, limited şirketin müdürüne ait başka bankalardaki kişisel hesaplar, kanıt olarak gösterilmektedir. Böyle bir durumda, davanın tarafı olmayan bankanın, yine davanın tarafı olmayan müşterisine ait bilgileri, BankK m.73’e dayanarak açıklamaktan kaçınması gerekir¹²⁵⁸.

¹²⁵⁶ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1493; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1338; Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 182; Yüksel vd, 2004, **a.g.k.**, 99; Kaplan, 1991, **a.g.k.**, 20.

¹²⁵⁷ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 532-533.

¹²⁵⁸ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 533.

2.1.5. İcra iflâs hukukuna ilişkin istisnalar

2.1.5.1. Haciz

2.1.5.1.1. Fransız hukukunda

İcra Kanunu'nun (CPC exéc.) L. 211-1. maddesinde, alacak haczine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Maddeye göre; *“alacağın haczi (aisie-attribution) ¹²⁵⁹; alacaklıya, borçlunun üçüncü kişilerde bulunan nakit ve talep edilebilir bir alacağın tahsiline olanak sağlayan cebri icra yoludur”*. CPC exéc. art. L.211-3 ise; üçüncü kişinin, alacaklıya alacağın kapsamını ve bu alacağı etkileme olasılığı olan, alacağın temlikini, önceki hacizler gibi özel koşulları açıklamak zorunda olduğunu hükme bağlamaktadır. Madde metni; üçüncü kişinin alacaklıyı yalnızca “borcun kapsamı”¹²⁶⁰ hakkında bilgilendirebileceği şeklinde anlaşılsa da, CPC exéc. art. L.162-1 gereğince; *“kredi kuruluşları, borçlunun haczin yapıldığı gün itibariyle kredi kuruluşlarında bulunan tüm hesaplarının bakiyesi, durumu hakkında bilgi vermelidir*. Bu son düzenlemeden anlaşıldığı üzere; kredi kuruluşlarının yapacağı bildirim bakımından, borçlunun borç veya alacak hesapları arasında ayırım yapılmaz. Banka, takip konusu toplam alacak miktarını aşsa bile, borçlunun tüm hesaplarının durumunu, bu hesaplardaki toplam miktarı icra memuruna bildirmelidir ¹²⁶¹. Ancak, Lasserre-Capdeville, bankanın vereceği bilgilerin dar yorumlanması gerektiği görüşündedir. Yazar'a göre; açıklanacak gizli nitelikteki bilgilerin kapsamını geniş tutmak, mesleki faaliyeti yürüten bankanın, borçlunun rakiplerinin bilmek isteyecekleri bilgilere ulaşmalarını kolaylaştırmasına neden olacağı gibi, rakipler açısından bir çeşit ticari araştırma tekniğinin yaratılmasına da neden olacaktır. Alacaklının özel yararının sınırı, bu yararın gerektirdiği ölçüdeki bilgilerden fazlasına erişememek olmalıdır¹²⁶².

¹²⁵⁹ Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı bir para alacağı mahiyetinde ise, alacaklının bunu üçüncü şahıstan talep etmesi saisie- attribution denilen farklı bir haciz türünün devreye girmesi ile mümkün olabilir. Bu yol Fransız hukukuna özgü takip yollarından biridir. M. Yavaş (2009). Maaş ve ücret haczi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2019(4), s. 109.

¹²⁶⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 183 Teissier, 1999, **a.g.k.**, 203-204.

¹²⁶¹ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 64; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 542; Buna karşılık, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28.09.2000 tarihli bir kararında; bankanın hacizden önce gerçekleşen hesap hareketlerini açıklamak zorunda olmadığına hükmetmiştir. Fransız Yargıtayı 01.01.2001 tarihli bir başka kararında, borçlunun sadece mevduat hesaplarının haczedilmesi durumunda, bankanın borçluya ait menkul kıymetlerle ilgili bilgi veremeyeceğine karar vermiştir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 183.

¹²⁶² Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 545.

Bilgilerin banka tarafından mümkün olan en kısa sürede bildirilmesi de önemlidir. Zira CPC exéc. art. R. 211-4'e göre; üçüncü kişiler, derhal, icra memuruna art. L. 211-3'te sayılan belge ve bilgileri vermelidir. Eğer taraflar arasındaki sözleşme elektronik imza ile kurulan sözleşmelerdense, bilgiler de elektronik ortamda icra memuruna bildirilmelidir¹²⁶³.

Haciz bankada yer alan kasalara da uygulanabilir. CPC exéc. art. R. 224-1'e göre; üçüncü kişilere ait banka kasalarında yer alan malların haczi icra memuru tarafından gerçekleştirilir. Üçüncü kişi, kasaya ait tüm bilgileri icra memuruna sunmalıdır¹²⁶⁴.

2.1.5.1.2. İsviçre hukukunda

İsviçre İcra İflas Kanunu'nun (LP) 91. maddesi malların haczini düzenlemektedir. LP art. 91 al. 1'e göre; borçlu, icra dairesine¹²⁶⁵, zilyedi olmasa bile kendisine ait olan tüm malları hakkında beyanda bulunmalıdır. Aynı maddeye göre, borçlunun mallarını elinde bulunduran veya borçlunun alacağının olduğu üçüncü kişiler de aynı beyanda bulunmak zorundadır (LP art. 91 al.4).

O hâlde, üçüncü kişi olarak bankanın da icra dairesini bilgilendirme yükümlülüğü bulunur ve bu durumda banka söz konusu bilgilerin müşteri sırrı kapsamında olduğunu ileri süremez¹²⁶⁶. Bankanın müşterisiyle ilgili açıklayacağı bilgiler, müşterinin haczi kabil mallarının tespitine yönelik olmalıdır. Bankanın bilgilendirme yükümlülüğü bu sınırın ötesine geçemez. İcra dairesi bankayı, takibe başlanmadan önceki tüm hesap hareketlerini gösteren hesap özetlerini açıklamaya zorlayamaz¹²⁶⁷.

Bununla birlikte icra dairesi bankaya, borçlunun banka nezdinde bulunan kasasının olup olmadığını sorarsa, banka sorulan soruya cevap veremeyeceğini, sorunun müşteri sırrının saklanması hükümleri çerçevesinde olduğunu ileri süremez¹²⁶⁸. Bankanın borçlunun bankada kasasının bulunduğunu ve fakat kasada bulunan varlıklar

¹²⁶³ Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 64

¹²⁶⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 184.

¹²⁶⁵ Elbette, banka tarafından verilecek bilgilerin doğrudan alacaklının yararının korunması için olmadığı açıktır. Zira söz konusu bilgiler, alacaklıya değil, icra dairesine verilmektedir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 553.

¹²⁶⁶ Aubert, 1995, **a.g.k.**, 186; Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 36-37; Farhat, 1980, **a.g.k.**, 118-119.

¹²⁶⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 184; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 553

¹²⁶⁸ AFT, 66, III, 33.

hakkında bilgi sahibi olmadığını belirtmesi yeterlidir. Bu son durumda kasanın açılması veya açılmamasına karar verecek olan makam icra dairesidir¹²⁶⁹.

2.1.5.1.3. Türk hukukunda

Türk hukukunda da İİK'nın 367. maddesince; “İcra veya iflas dairelerinin borçlunun mevcuduna dair isteyeceği bütün malûmatı hakiki ve hükmi her şahıs derhal vermeğe ve talep halinde mevcudu bu dairelere teslim mecburdur”.

Bankalar, kendilerine yazılan birinci haciz ihbarnamesine karşı cevap vermek ve gerekli bilgileri sunmak zorundadırlar. Bu yükümlülüğten müşteri sırrını ileri sürerek kurtulmak mümkün değildir¹²⁷⁰.

Yargıtay bu konuda verdiği bir kararında¹²⁷¹; borçlunun mal beyanında bulunurken bankadaki mevduatını bildirmemiş veya hiç mal beyanında bulunmamış olması durumunda, alacaklının, borçlunun mevduatının bulunduğunu bildirdiği bankadaki mevduatın haczinin mümkün olduğuna hükmetmiştir. Kendilerine haciz ihbarnamesi veya ücret haczi bildirilen üçüncü kişiler, meslek veya müşteri sırrına dayanarak cevaptan kaçınamazlar, cevap vermeye ve borçlunun mevcudunu icra dairesine teslim mecburdurlar.

Ancak bankalar icra daireleri tarafından kendilerine sorulan her konuda bilgi vermek zorunda değildir¹²⁷². Nitekim BDDK'nın Türkiye Bankalar Birliği'ne gönderdiği yazıda müşteriye ait “adres bilgisinin” borçlunun mevcudu kavramı içinde mütalaa edilemeyeceği haklı olarak belirtilmiştir¹²⁷³. Yargıtay da 08.10.2015 tarihli

¹²⁶⁹ Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 553; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 189.

¹²⁷⁰ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 527-528; Ancak icra dairesi alacaklının talebi üzerine, borçlunun belirli bir şubedeki hesaplarıyla ilgili bilgi isteme yetkisine sahiptir. Yoksa icra dairesi, alacaklının yirmi farklı banka adı bildirerek genel müdürlük seviyesinde borçlu yönünden araştırma yapılması talebini yerine getiremez. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 16.11.2007 tarih 2007/18625 Esas ve 2007/21364 Karar sayılı kararı için bkz., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 12.05.2019).

¹²⁷¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 11.04.2005 tarih, 2205/4949 Esas ve 2005/7737 Karar sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim tarihi: 12.05.2019).

¹²⁷² Kandırалоğlu, 2011, **a.g.k.**, 183-184.

¹²⁷³ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1533; Yargıtay ise 01.07.2013 tarihli bir kararında; borçlu aleyhine yapılan icra takibinde, “borçlu şirkete ait telefon numaralarının, adres bilgilerinin, şirket yetkilisinin kimlik bilgilerinin” istenebileceğine karar vermiştir. Karara konu olayda şikâyetçi banka vekili, borcu aleyhine yapılan icra takibinde, bilgilerin istenmesinin BankK m.73. kapsamında müşteri sırrı niteliğinde olduğu iddiasıyla icra müdürlüğü tarafından gönderilen müzekkerenin iptalini talep etmiş ve talep mahkemece kabul edilmiştir. Yargıtay, İİK m. 367 ve BankK m. 73'ü birlikte değerlendirerek, kanundaki kısıtlamaların bankaların mensupları ve diğer görevlilerin sıfatları nedeniyle öğrendikleri bankalara ve müşterilerine ait sırları ihtiyari ve keyfi olarak açıklamalarına engel nitelikte olduğuna, cebri icrayı etkiler bir kısıtlamanın bulunmadığına, şikâyetçi bankanın şikâyetinin reddine karar vermiştir. Yargıtay 12.

kararında¹²⁷⁴; icra müdürlüğünce, bankalara ve üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilebileceğine ve fakat *hesap hareketlerinin istenemeyeceğine* karar vermiştir.

İcra müdürlüğünün takip dışı olan bir bankaya tezkere yazarak, “*borçlunun banka lehine vermiş olduğu herhangi bir ipoteği bulunup bulunmadığını*” sorma yetkisi ise bulunmamaktadır. Çünkü ipotekler borçlunun banka lehine verdiği bir teminat olup, borçlunun üçüncü kişi konumundaki banka nezdindeki malvarlığı kapsamında değerlendirilmemektedir¹²⁷⁵.

2.1.5.2. Arabuluculuk ve konkordato

2.1.5.2.1. Fransız hukukunda arabuluculuk

Fransız hukukunda; borçlunun, işletmesinin yönetiminde kendisine yardımcı olması için, ticaret mahkemesinden bir uzman atanmasını talep etme hakkı bulunmaktadır¹²⁷⁶. Ad hoc vekil (mandataire ad hoc) olarak adlandırılan bu kişinin görevi, borçluya yardım etmek ve onu yönlendirmekten ibarettir. Vekilin atanması, borçlunun yetkilerinin sona ermesine sebep olmaz; borçlu, işletmesinin yönetiminde tek söz sahibi olmaya devam eder¹²⁷⁷. Vekilin yetkilerinin kapsamında, borçluya tavsiyelerde bulunarak onu yönlendirmek yer aldığından, kendisinin gizli nitelikte bilgilere erişim yetkisi bulunmamaktadır.

Fransız hukukunda; “ticaret siciline kayıtlı olan tüm kişiler, esnaflar, sınırlı sorumlu tek kişi işletmecileri¹²⁷⁸ ve tüm özel hukuk tüzel kişileri finansal açıdan zor durumda olmaları hâlinde¹²⁷⁹, dostane çözüm yolu olarak arabuluculuğa (procedure de

Hukuk Dairesi 01.07.2013 tarih ve 2013/16597 Esas ve 2013/24597 Karar sayılı kararı için bkz. www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 12.05.2019).

¹²⁷⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 08.10.2015 tarih ve 2015/12680 Esas ve 2015/23512 Karar sayılı karar için bkz. www.legal.com.tr (Erişim tarihi: 12.05.2019).

¹²⁷⁵ Ulusoy, 203, **a.g.k.**, 527; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 03.03.2008 tarih ve 2007/875 Esas ve 2008/412 Karar sayılı kararı da bu yöndedir. bkz., www.kazancı.com (Erişim tarihi: 12.05.2019).

¹²⁷⁶ C. com. art. L. 611-3’e göre; “*mahkeme başkanı, borçlunun talebiyle, yapacağı görevleri belirleyerek, ad hoc vekil atar...borçlunun ticari faaliyet yürütmesi hâlinde yetkili mahkeme asliye ticaret mahkemesidir, diğer hâllerde asliye hukuk mahkemesi yetkilidir*”.

¹²⁷⁷ M. Namlı (2015). Külli takip sisteminin verimliliğini artırma bakımından bir romanist ülkenin geçirdiği değişim: Fransa örneği ve Türk hukuku bakımından düşündürdükleri. *İÜHFİM*, LXXIII (2),

¹²⁷⁸ Tek kişi işletmesinde (EIRL), işletme bir gerçek kişi tacir, esnaf veya çiftçi tarafından işletilmektedir. Ancak işleten ayrı bir tüzel kişi kurmadan, işletmenin malvarlığını ayırarak, işletmenin borçlarından dolayı kendi malvarlığına başvurulmasını engellemektedir. Cozian, Viandier, Deboissy, 2012, **a.g.k.**, 45 vd.

¹²⁷⁹ Finansal açıdan zor durumda olan ticaret şirketleri için alınacak önlemler hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz., D. Plantamp (1987). Contribution à la recherche de certaines responsabilités encourues en cas de défaillance d'une société commerciale. Université Pierre Mendès France. Thèse de doctorat.

conciliation) başvurabilirler (C. com. art. L. 611-4¹²⁸⁰ ve art. L.611-5¹²⁸¹). Borçlunun ticaret mahkemesine, hukuki, ekonomik ve finansal durumunu ve finansal ihtiyaçlarını belirten bir dilekçeyle yaptığı başvuru üzerine, asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi hâkimi tarafından bir arabulucu atanır. Bu arabulucu, borçlu ve alacaklıların anlaşmasını sağlayarak, ödemelerin tatili ve işletmenin karşılaştığı finansal zorlukların aşılması için çaba sarf eder. Arabulucunun amacı, ad hoc vekilden farklı olarak, borçluya yardım etmek ve onu yönlendirmek değil, borçlu ile alacaklılarını biraraya getirerek, iki tarafın bir ödeme plânı hazırlamasına yardımcı olmaktır¹²⁸².

C.com. art. L. 611-6'ya göre; *“arabuluculuk yolunun açılmasıyla, mahkeme başkanı, aksi yönde hukuki düzenleme bulunsa dâhi, borçlunun finansal, ekonomik durumunu gereği gibi takdir edebilmek için özellikle kredi kuruluşlarında, finansman şirketlerinde, elektronik para kuruluşlarında, banka risk merkezlerinde, noterlerde, bilirkişilerde bulunan belgelerin teslimine karar verebilir. Ayrıca bilirkişi tayini dâhil gerekli tüm tedbirleri alır”*.

Maddenin incelenmesinden anlaşıldığı üzere, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin uygulanmamasını gerektiren iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan ilki hâkimin, kredi kuruluşlarından işletmenin finansal olarak zor durumda olduğunu gösteren belgelerin teslimine karar vermesidir. İkincisi ise hâkimin, işletmenin içinde bulunduğu finansal durumun doğru analiz edilebilmesi için bilirkişi tayin etmesidir. Doğal olarak bilirkişinin, işletmenin içinde bulunduğu zorluğu tespit edebilmesi için, kredi kuruluşlarında bulunan belge ve bilgilere erişim yetkisi olacaktır. Mahkemece atanan bilirkişi, müşteri sırrının saklanması hükümleri bakımından istisna teşkil edecek ve kendisine sır niteliğinde belgeler verilecektir¹²⁸³.

2.1.5.2.2. İsviçre-Türk hukukunda konkordato

İsviçre-Türk hukukunda konkordato; vadesi gelmiş borçlarını ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi bulunan borçlunun, alacaklılarının bir kısmıyla yaptığı ve ticaret

¹²⁸⁰ C. com. art. L. 611-4'e göre; *“hukuki, ekonomik veya finansal zorluk içinde olan veya bu yönde bir zorluk içinde olma riski bulunan esnaf veya ticari faaliyet yürüten ve kırkbeş günden fazla süredir ödemeleri tatil edilmeyen tüm borçlular, ticaret mahkemesine arabuluculuk yolu için başvurabilir”*.

¹²⁸¹ C. com. art. L. 611-5'e göre; *“aynı şartlarda bulunan özel hukuk tüzel kişileri ve bağımsız mesleki faaliyet yürüten gerçek kişilere de arabuluculuk yoluna ilişkin hüküm uygulanabilir. Arabuluculuk hükümlerinin uygulanması bakımından, asliye hukuk mahkemesi asliye ticaret mahkemesiyle aynı yetkilere sahiptir”*.

¹²⁸² Namlı, 2015, **a.g.k.**, 316.

¹²⁸³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 192; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.** 61; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.** 521.

mahkemesinin tasdiyle hüküm ifade eden cebri icra anlaşmasıdır. Alacaklılar, borçluya karşı alacaklarının bir kısmından feragat ederler ve/veya borçluya borcunu ödeme konusunda belli bir süre verirler. Borçlu, bu süre içinde borcunun kabul edilen kısmını ödemekle borçtan kurtulur¹²⁸⁴.

Konkordato, adi konkordato, malvarlığının terki suretiyle konkordato ve iflâstan sonra konkordato olmak üzere üç türdür.

Adi konkordatoda; “*borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçluya vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmesi veya muhtemel bir iflâstan kurtulması sağlanır (LP art. 295 al.1 ve İİK m. 285)*”. Konkordato komiseri; konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunmak, borçlunun faaliyetlerini gözetmek, mahkemenin istediği konularda ve uygun göreceği sürelerde ara raporlar sunmak, alacaklılar kurulunu konkordatonun seyri hakkında düzenli aralıklarla bilgilendirmek üzere görevlendirilir. Ancak mahkeme, konkordato komiseri için başka görevler de verebilir (LP art. 295 ve İİK m. 285).

Konkordato komiserinin, borçlu hakkında bankadan gizli nitelikteki bilgileri talep edip edemeyeceği konusunda doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmüştür. İlk görüşe göre; konkordato komiseri “tarafsız resmi organ” olarak, gizli nitelikte olsun veya olmasın tüm bilgilere erişebilir. Üstelik, konkordato müessesesi bakımından, üstün kamu yararının bulunması nedeniyle, bankayı bilgi talebini cevaplamaya zorlayan açık hüküm bulunmasa da, konkordato komiserinin bu yetkiyi haiz olduğu sonucuna varılmalıdır¹²⁸⁵.

İkinci görüşe göre; müşterinin, sırrın açıklanması konusunda onayının bulunduğu söylenebilir. Zira müşteri, konkordato mühleti ve konkordato komiserinin atanmasını istemekle, sırrın açıklanması onayını zımni şekilde vermektedir. Üstelik adi konkordatoya ilişkin önemli bir düzenleme LP art. 298 al. 1’de¹²⁸⁶ yer almaktadır. Maddeye göre, “...*borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Ancak, mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak*

¹²⁸⁴ B. Kuru (2013). *İcra ve iflas hukuku el kitabı* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi, s. 1444; B. Kuru (2019). *İstinaf sistemine göre yazılmış icra ve iflâs hukuku ders kitabı*. (2018). Ankara: Yetkin yayınları, s. S. 496; H. Pekcanitez ve G. Erdönmez (2018). *7101 sayılı Kanun çerçevesinde konkordato*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 4 vd; S. Öztekin, A.C. Budak, M. Tunç Yücel, S. Kale ve B. Yeşilova (2019). *Yeni konkordato hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 134.

¹²⁸⁵ Capitaine, 1936, **a.g.k.**, 78.

¹²⁸⁶ Bu maddenin Türk hukukundaki karşılığı İİK m. 297’de yer almaktadır.

ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir... ”. Söz konusu düzenlemeyle, konkordato komiseri borçluyu temsil yetkisine sahip olabilecektir. Bu yetkiyle konkordato komiseri, durumu bankaya bildirmek suretiyle, borçlunun banka nezdindeki hesapları ve borçluyla ilgili tüm belgelere erişim hak ve yetkisine sahip olacaktır. Bu yönde açık hüküm olmamasına rağmen, konkordato komiseri lehine, müşteri sırrının saklanmasıyla ilişkin hükümler uygulanmayacaktır¹²⁸⁷. Bu görüşe yöneltilebilecek temel eleştiri, konkordato komiserinin yetkisinin kaynağının mahkeme kararı olmasıdır. Gerçekten LP art. 298 al.1; bazı işlemlerin komiserin izni ile yapılması veya işletmeyi komiserin işletmesi için bu yönde açık mahkeme kararının olması şartını getirmektedir. Komiser bu yönde açık mahkeme kararı olmadan borçlunun temsilcisi gibi hareket edemeyecektir.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise; iflâstan farklı olarak konkordatoda borçlu, kendi malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinden tamamen mahrum bırakılmamaktadır. O hâlde, üçüncü kişilerin, borçluya ait hesaplarla ilgili açıklama yapmalarını gerektiren hukuki yükümlülükleri bulunmaz. Bu durumda, müşterinin açık onayı olmadıkça, banka konkordato komiserinin belge ve bilgi alma talebini, müşteri sırrının saklanmasıyla ilişkin hükümleri ileri sürerek reddetmelidir¹²⁸⁸. Konkordato komiseri ticaret mahkemesi aracılığıyla bankalardan bilgi talep edebilecektir.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda; alacaklılara, borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf etmek veya bu malların tamamını ya da bir kısmını üçüncü kişiye devretmek yetkisi verilir (LP art. 317 ve İİK m. 309a f.1). Malvarlığının terki suretiyle konkordatonun tasdikine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren, borçlu malları üzerinde tasarruf edemez ve bu mallar hakkında tasarruf yetkisine sahip kişilerin imza yetkisi sona erer (LP art. 319 al.1 ve İİK m. 309c f.1). Banka tarafından konkordato tasfiye memurlarına karşı müşteri sırrına dair hükümlerin ileri sürülemeyeceği söylenebilir. Elbette borçlunun devretmiş olduğu mallarla sınırlı olmak üzere, tasfiye memurlarının bankadan bilgi talep etme hak ve yetkisi bulunacaktır¹²⁸⁹.

İflâsına hükmedilmiş olan bir borçlunun talep etmesi veya bu borçlunun alacaklılarından birinin işlemleri başlatması durumunda, iflâs idaresinin olumlu görüşü

¹²⁸⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 194; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 523; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 197.

¹²⁸⁸ Delachaux, 1939, **a.g.k.**, 39.

¹²⁸⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 194; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 523-524; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 197.

ve alacaklıların onayıyla konkordatoya karar verilebilir. İflâstan sonraki konkordatoda; komisere ait görevler iflâs idaresince yapılacağından (LP. art. 332 ve İİK m. 309 f.2), iflâs idaresince bankaya yönetilecek bilgi taleplerinin banka tarafından cevaplanması ve borçlu hakkında istenen tüm belgelerin teslimi gerekecektir¹²⁹⁰.

2.1.5.3. Külli takip

2.1.5.3.1. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda külli takip uzun yıllar, işletmenin ekonomik hayattan uzaklaştırılmasına yönelik olmuştur. Fakat bu sistemin, alacakların tahsiline olanak sağlamadığı, bu sebeple ülke ekonomisinin işletmelerin faaliyetinden mahrum kaldığı ve işletmenin çalışanlarının işlerini kaybettiği eleştirileri yapılmıştır. Böylece külli takip sistemi “tasfiyeye” değil, “işletmenin ekonomik zorluğunun borca batıklık düzeyine erişmeden tespit edilmesine ve işletmenin yeniden yapılandırılarak ekonomik faaliyetine devam etmesine” odaklanmıştır¹²⁹¹. Bu bakımından külli takip türleri, çoğunlukla zor durumda olan işletmeler (entreprise en difficulté) temelinde olmak üzere, koruma (sauvegarde)¹²⁹², yeniden yapılandırma (redressement judiciaire)¹²⁹³ ve yargısal tasfiye (liquidation judiciaire)¹²⁹⁴ olarak üçe ayrılmıştır.

¹²⁹⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 194; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 524; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 197.

¹²⁹¹ Namlı, 2015, **a.g.k.**, 305-306.

¹²⁹² C. com. art. L. 620-1’e göre; “ödemeleri tatil edilmeyen ve fakat üstesinden gelmeyecek şekilde ekonomik zorluk içinde olan art. L. 620-2’de belirtilen borçlulardan birinin talebiyle oluşturululan yol koruma yoludur. Koruma yolu, işletmenin yeniden yapılanmasını kolaylaştırmaya yöneliktir. Bu yol, işletmenin hâkim tarafından verilen kararlar gözlemlenmesi ve gerektiğinde alacaklılar komitesinin kurulmasını gerektirir. C. com. art. L. 620-2’ye göre koruma, tarım, esnaf ve ticari faaliyet yürüten kişiler ve bağımsız mesleki faaliyet yürüten gerçek kişilere uygulanır.

¹²⁹³ C. com. art. L. 631-1’e göre; “ödemeleri tatil edilen, mevcut aktifleriyle pasiflerinin karşılanması imkânsızlığı içinde olan art. L. 631-2 ve art. L. 631-3’te belirtilen borçlular için oluşturulan yol yeniden yapılandırma yoludur. Bu yol, işletmenin hâkim tarafından verilen kararlar gözlemlenmesi ve gerektiğinde alacaklılar komitesinin kurulmasını gerektirir”. C. com. art. L. 631-2’e göre; tarım faaliyeti, esnaf faaliyeti, ticari faaliyet yürüten kişiler, bağımsız mesleki faaliyet yürüten gerçek kişiler, tüm özel hukuk tüzel kişileri yeniden yapılandırma yoluna başvurabilir. C. com. art. L. 631-3’e göre ise; tarım faaliyeti, esnaf faaliyeti, ticari faaliyet, bağımsız mesleki faaliyet yürütürken ödemelerinin tatil edildiği sırada ölen kişiler bakımından da alacaklıların talebiyle yeniden yapılandırma yoluna başlanabilir”.

¹²⁹⁴ C. com. art. L.640-1’e göre; “ödemeleri tatil edilen ve yeniden yapılandırmanın açık şekilde imkânsız olduğu L. 640-2’de belirtilen borçlular için yargısal tasfiye yolu oluşturulmuştur. Yargısal tasfiye yolunda; işletmenin faaliyetlerine son verilir, borçlunun malvarlığı tamamen devredilir. C. com. art. L. 640-2’ye göre; tarım faaliyeti, esnaf faaliyeti, ticari faaliyet yürüten kişiler, bağımsız mesleki faaliyet yürüten gerçek kişiler ve tüm özel hukuk tüzel kişileri yargısal tasfiye sürecine tâbidir.

“Koruma yolu”; içinde bulunduğu ekonomik zorluk ödemelerin tatiline sebep olabilecek nitelikte olan ve üstesinden gelmeyecek şekilde ekonomik zorluk içinde olan işletmeler için öngörülmüştür¹²⁹⁵.

Ödemelerin tatilinde ise, koruma yoluna başvurulması mümkün değildir. Bu durumda “yeniden yapılandırma yoluna” gidilmesi gerekir. Yeniden yapılandırmaya iki şekilde karar verilebilir: Koruma yolunda işletmenin gözlenmesi sürecinde, ödemelerin tatilinin saptanmasından sonra, hâkim tarafından yeniden yapılandırmaya karar verilebilir. Yahut koruma yolu açılmamış ve fakat ödemeleri tatil edilen işletme hakkında, borçlunun veya alacaklılarının talebiyle yeniden yapılandırma yoluna başvurulur. Yeniden yapılandırma yolunda; bu yönde yapılan talebin ardından mahkemece, işletmenin içinde bulunduğu ekonomik zorluğun tespiti ve bu zorluktan kurtulma yollarının bulunması için bir gözlem süresi belirlenir. Gözlem süresi sonunda, mahkemece üç tür karar verilir. İlk olarak işletmenin ödemelerinin tatilinden, borçlarını yapılandırarak çıkabileceği sonucuna ulaşırsa yeniden yapılandırma plânı hazırlanır. İkinci olarak işletmenin mevcut durumunun yeniden yapılandırmaya uygun olmadığı ve işletmenin satışından başka hukuki çare olmadığı sonucuna ulaşırsa, işletme devredilir. Üçüncü olarak işletmenin pasiflerinin aktiflerini aştığı ve borca batık olduğu anlaşılırsa, yargısal tasfiye yoluna geçilir. Yargısal tasfiye kararıyla borçlunun malvarlığına ilişkin tüm hak ve yetkileri sona erer. Söz konusu yetkiler kendiliğinden kararın verildiği tarihte yargısal tasfiye memurlarına geçer.¹²⁹⁶

Asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi hâkimi tarafından, söz konusu takip yollarına ilişkin yargısal işlemleri gerçekleştirmek üzere naip hâkim (juge commissaire) atanır. Bu hâkimin görevi, örneğin koruma yolunda, koruma usulü sürecinin ilerleyişini ve mevcut yararların korunmasını gözetmekten ibarettir (C. com. art.L.621-9). Naip hâkim, “aksi yönde hukuki düzenleme bulunsa dahi, borçlunun finansal, ekonomik durumunu gereği gibi takdir edebilmek için, özellikle kredi kuruluşlarında, finansman şirketlerinde, elektronik para kuruluşlarında, banka risk merkezlerinde, noterlerde, bilirkişi ve hesap denetçilerinde bulunan belgelerin teslimine karar verebilir. Ayrıca, bilirkişi tayini dâhil gerekli tüm tedbirleri alır (C. com. art. L. 623-2). Naip hâkim,

¹²⁹⁵ Namli, 2015, **a.g.k.**, 318.

¹²⁹⁶ Namli, 2015, **a.g.k.**, 318-319; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 196.

müşteri sırrının saklanması dair hükümlerin istisnalarından biridir. Bankalar naip hâkimin müşterileriyle ilgili belge ve bilgi taleplerini yerine getirmek zorundadır¹²⁹⁷.

C. com. art. L. 622-1'e göre; borçlu kendi hakkında koruma yolunun başlatılması talebinde bulunmuşsa; mahkeme borçlunun işletmesi için, bir veya daha fazla "yargısal yönetici (administrateur judiciaire)" atayacaktır. Bu yöneticilerin görevleri; birlikte veya ayrı ayrı borçlunun işlerini gözetmek, borçlunun işlerinin bazılarının veya tamamının yapılmasına katılmak veya işletmeyi borçlu adına yönetmekten ibaret olabilir. Yönetici yalnızca borçlunun işlerini gözetmek üzere atanmışsa, kendisinin borçlu hakkındaki gizli nitelikteki bilgilere erişim hakkı olmamalıdır. Ancak yönetici borçlunun, yapacağı işlemleri onaylamak zorundaysa veya işletmeyi borçlu adına işletiyorsa, bu defa işletmeyle ilgili tüm belge ve bilgileri, bankadan talep etme yetkisine sahip olacaktır¹²⁹⁸.

Yeniden yapılandırma yolunda hâkim, işletmeye bir adli vekil olarak "yeniden yapılandırma komiseri" (commissaire à l'exécution du plan) atar¹²⁹⁹. C. com. art. L. 626-25 gereğince, yeniden yapılandırma komiseri; görevinin gereğini yerine getirmesi için yararlı olacak tüm belge ve bilgilerin teslimine karar verilmesini talep edebilir. Yeniden yapılandırma komiserinin, bankalar gibi üçüncü kişilerden doğrudan doğruya belge ve bilgi talep yetkisi bulunmazken, yargılamayı yürüten makam aracılığıyla belge ve bilgileri talep yetkisi bulunmaktadır¹³⁰⁰.

Yargısal tasfiye sürecinde olan işletmenin borca batık olduğu tespit edilmekle, tasfiye sürecini yürütmek üzere "yargısal tasfiye memuru" atanır. Tasfiye memurlarının, müşteri sırrının saklanması hükümlerine istisna teşkil edip etmediği yönünde açık hüküm bulunmamakla birlikte, C. com. art. L. 641-9 hükmünün dikkate alınması gerekmektedir. Maddeye göre; yargısal tasfiye kararıyla borçlunun malvarlığına ilişkin tüm hak ve yetkileri sona ererek, bu yetkiler kendiliğinden kararın verildiği tarihte yargısal tasfiye memurlarına geçer. O hâlde tasfiye memurlarının, görevlerinin gereği

¹²⁹⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 195; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 61-62; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 528.

¹²⁹⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 195; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 62; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 530-531.

¹²⁹⁹ Yeniden yapılandırma komiseri; hâkim tarafından, yargısal yöneticiler veya alacaklıların temsilcilerinden birisi arasından atanabilir. Ancak hâkim bu kişiler dışında, üçüncü bir kişiyi de, yeniden yapılandırma komiseri olarak atayabilir. Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 532.

¹³⁰⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 196; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 62.

olarak, gizli nitelikteki bilgilere erişim yetkisinin bulunduğu ve kendilerine karşı müşteri sırrının saklanması hükümlerinin ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşılabilir¹³⁰¹.

2.1.5.3.2. İsviçre-Türk hukukunda

İsviçre-Türk hukukunda külli takip yolu iflâstır. Borçlunun haczi kabil olan tüm mal ve hakları külli takibin konusunu oluşturur¹³⁰².

İflâs talebinde bulunan alacaklı, “*bir muhafaza tedbiri olarak*” mahkemeden borçluya ait malların bir defterinin tutulmasına karar verilmesini talep edebilir (LP art. 162 ve İİK m. 161 f.1). İflâs dairesi bu defteri tutmakla yükümlüdür (LP art. 163 ve İİK 161 f.1). Ayrıca LP art. 163’ün art. 91’e yaptığı yollama nedeniyle borçlu; iflâs dairesine, zilyetliğinde olmasa bile tüm mallarını üçüncü kişilerdeki alacak ve haklarını bildirmek zorundadır. Aynı şekilde borçluya ait malları elinde bulunduran veya borçlunun alacağının olduğu üçüncü kişiler de, aynı bildirim yapmak zorundadır (LP art. 91 al. 4). Bankanın muhafaza tedbiri kapsamında, iflâs dairesince talep edilen tüm belge ve bilgileri verme yükümlülüğü bulunmaktadır¹³⁰³.

Üstelik iflâs dairesi, “*iflâsın açılmasıyla*”, borçluya ait malların defterini tutma ve gerekli görülen diğer tedbirlerin yerine getirilmesini sağlamakla yükümlüdür (LP art. 221 ve İİK m. 208). Ayrıca müflis defter tutulurken mallarını iflas dairesine göstermeye ve emrine hazır bulundurmaya mecburdur....İflas dairesi bu mecburiyet kendilerine teveccüh eden kimselere kanunun hükmünü ihtar eder (LP art. 222 ve İİK m. 209). İflâs dairesinin, borçlunun tüm mallarının bulunduğu iflâs masasının oluşturulmasına ve masayı etkileyecek tüm bilgilere erişim yetkisi bulunmaktadır. İflâs dairesine karşı, müşteri sırrının saklanmasına ilişkin hükümlerin ileri sürülerek bilgi verilmekten kaçınılması mümkün değildir¹³⁰⁴.

İflas açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları bir masa oluşturur ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. Masanın kanuni mümessili iflas idaresidir. İflas idaresi masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir (LP art. 240

¹³⁰¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 196-197; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 62; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 534.

¹³⁰² Kuru, 2013, **a.g.k.**, 1081.

¹³⁰³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 198; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 536; Aubert vd, 1995, **a.g.k.**, 192.

¹³⁰⁴ İsviçre hukukunda Alavi, 2017, **a.g.k.**, 198; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 536; Türk hukukunda Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 184; Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1341;

ve İİK m. 226). İflas idaresi, iflas masasının kanuni mümessili olduğundan müflisin hak ve borçlarıyla ilgili olarak bankalardan bilgi ve belge talep etme yetkisine sahiptir¹³⁰⁵.

2.1.6. Banka hukukuna ilişkin istisnalar

2.1.6.1. Fransız hukukunda

2.1.6.1.1. Müşteri sırrının istisnası sayılan işlem ve sözleşmeler

04.08.2008 tarihli “Ekonominin Modernizasyonu Kanunu” ile CMF art. L. 511-33’te 2008 yılında bir değişiklik yapılarak, maddeye yeni bir paragraf eklenmiştir.

Bu yeni düzenlemeye göre; finansman sözleşmeleriyle ilgili olarak Avrupa Birliği’ne üye olmayan bir Devletin mevzuatı gereği, veri depolama merkezine bildirimin zorunlu olduğu hâllerde, kredi kuruluşu veya finansman şirketi, mesleki sır kapsamında yer alan bilgileri paylaşabilir.

Ayrıca bankaların sözleşme öncesi görüşme yaptığı, sözleşme imzaladığı veya işlemini gerçekleştirdiği kişilere, söz konusu işlem veya sözleşmenin yapılması için zorunlu olarak verilmesi gereken bilgiler sebebiyle, müşteri sırrı hükümleri ihlâl edilmiş olmayacaktır. Maddede tahdidi olarak sayılan işlem veya sözleşmeler şunlardır:

1. Doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla kredi kuruluşu veya finansman şirketince gerçekleştirilen kredi işlemleri
2. Finansal araçlara ilişkin işlemler, kredi rizikosuna için yapılan teminat veya sigorta işlemleri
3. Bir kredi kuruluşu veya finansman şirketinde yönetim hâkimiyetini sağlayan veya sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların devri
4. Aktiflerin veya ticari işletmenin devri
5. Alacağın veya sözleşmenin devri
6. Önemli bazı işlemlerin yapılmasının üçüncü kişilere bırakıldığı hizmet sözleşmeleri

¹³⁰⁵ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1341; Ulusoy bu durumda da; müflisin müşteri sırrının sahibi olmaya devam edeceğini ifade etmektedir. İflas idaresinin müşteri sırrının ihlali durumunda, iflas edenin hukuki menfaatlerini koruma yükümü vardır. Çünkü İİK m.226’ya göre, iflas idaresi iflas masasını, masanın menfaatlerini gözetmek ve tasfiyeyi yapmakla mükelleftir. Eğer banka tarafından müflisin müşteri sırrı ihlal edilmiş ve bu sebeple de iflas masasına dâhil olan malvarlığının değerinde bir azalma olmuşsa, İİK gereği, öncelikle iflas idaresi hukuki çıkarları korumakla görevli olacaktır. Elbette, müflisin kişisel haklarının ihlali veya takibi şikâyeteye bağlı bir suç söz konusu ise, hukuki koruma müflisin kendi iradesine bağlıdır. Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 527.

7. Müşteriyle ilgili banka işlem ve sözleşmelerinin, şirketler topluluğunca incelenmesi ve hazırlanması.

Müşteri sırrına ilişkin bu istisna; CMF art. L. 511-33 al. 5'te yer alan sınırlamaya tâbidir. Müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri saklayan kişiler, maddede belirtilen işlemlerin yapılması için bilgileri edinmiş olmalı ve sözleşme imzalanmış olsun veya olmasın söz konusu bilgileri korumalıdır¹³⁰⁶.

2.1.6.1.2. Banka ve finans alanında yetkili denetim makamlarına dair istisnalar

Mesleki sır saklama yükümlülüğüne dair hükümler, Fransız Merkez Bankası'na¹³⁰⁷, İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu'na¹³⁰⁸, ceza yargılamasını yürüten makama karşı ileri sürülemez (CMF art. L. 511-33, al. 2). Bankalar Merkez Bankası'nın ve İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu'nun talep ettiği tüm bilgi ve belgeleri teslim etmekle yükümlüdür¹³⁰⁹. Ancak her iki kurum çalışanları da, mesleki faaliyetin yürütülmesi esnasında öğrendikleri bilgileri saklama yükümlülüğüne tâbidir (CMF art. L. 142-9 ve CMF art. L. 612-17).

Finans Piyasaları Kurumu¹³¹⁰ tarafından yapılan denetim ve soruşturmalarda, müşteri sırrının saklanmasına dair hükümler ileri sürülemez. Kredi kurumları talep hâlinde gerekli tüm bilgileri Kurum'a teslim etmekle yükümlüdür (CMF art. L. 621-9-3)¹³¹¹. Bununla birlikte Kurum'un organları, çalışanları, yardımcı kişileri ile Kurum tarafından atanan bilirkişiler mesleki sır saklama yükümlülüğüyle bağlıdır (CMF art. L. 642-1).

¹³⁰⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 176; Lasserre-Capdeville, 2016, **a.g.k.**, 165; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 68-69.

¹³⁰⁷ CMF art. L. 141-4'e göre; "*Fransız Merkez Bankası, finansal piyasanın gereği gibi işleyişini ve ödeme sistemlerinin güvenliğini, Avrupa Merkez Bankası sistemi içindeki görevi kapsamında denetler*".

¹³⁰⁸ CMF art. L. 612-1'e göre; "*İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu, idari özerkliğe sahip, tüzel kişiliği bulunmayan ve finans piyasalarının istikrarının korunmasını gözetmekle görevli kurumdur*".

¹³⁰⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 254-255; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 118; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 71-72.

¹³¹⁰ CMF art. L. 621-1'e göre; "*Finans Piyasaları Kurumu, 01.08.2003 tarihli kanun ile kurulan tüzel kişiliği haiz bağımsız kamu kurumudur. Kurum finansal araçlara yatırım yapan tasarruf sahiplerinin ve finansal piyasaların gereği gibi işleyişini gözetmekle yükümlüdür*".

¹³¹¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 256; Decocq, Gérard ve Morel-Maroger, 2014, **a.g.k.**, 118; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 73.

Sayıştay¹³¹² Kanunu'nun L. 141-1. maddesince; Sayıştay denetime tâbi kuruluşların yönetimiyle ilgili tüm belgelerin teslimine karar verebilir. Sayıştay hâkimleri, denetledikleri şirketle ilgili olarak, gerekli tüm bilgileri talep yetkisine sahiptir. Müşteri sırrının istisnalarından biri olan Sayıştay, üyelerinin ve çalışanlarının öğrenmiş oldukları bilgileri mesleki sır kapsamında saklamalarını temin etmekle yükümlüdür.

2.1.6.2. İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda müşteri sırrının saklanması hükümleri, İsviçre Merkez Bankası'na¹³¹³ ve Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu'na (FINMA)¹³¹⁴ karşı ileri sürülemez.

İsviçre Merkez Bankası Federal Kanunu'na uygun olarak (LBN) bankalar, faaliyetleri hakkındaki istatistiksel verileri Merkez Bankası'na sunmak zorundadır. Ayrıca İsviçre'de faaliyette bulunan yabancı bankalar, iş ilişkileri hakkında Banka'yı bilgilendirmekle yükümlüdür (LB art. 3^{bis} al.2). Bununla birlikte Merkez Bankası'nın organ ve çalışanları görevlerini yerine getirirken öğrendikleri sır niteliğindeki bilgileri saklama yükümlülüğü ile bağlıdır¹³¹⁵.

İsviçre bankaları, FINMA'nın görevinin gereğini yerine getirmek üzere talep edeceği belge ve bilgileri teslim etmekle yükümlüdür (LFINMA art. 29). Fakat FINMA'nın organ ve çalışanları görevlerini yerine getirirken öğrendikleri sırları açıklamamalıdır (LFINMA art. 14 al.1). Üstelik sır saklama yükümlülüğü, çalışma raporunun hazırlanmasından veya çalışma süresinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir (LFINMA art. 14 al. 2).

¹³¹² Sayıştay Kanunu'nun L. 111-1. maddesine göre; “Sayıştay kamu kurumlarıyla bunların devlet yardımından yararlanan özel kuruluşlarının hesap ve işlemlerini denetlemek ve parlamento ile hükümeti bilgilendirmekle görevli kurumdur”.

¹³¹³ İsviçre Merkez Bankası Federal Kanunu'nun 5. maddesine göre; “Merkez Bankası devletin genel yararı için para politikasını yönetmek üzere hükümet tarafından görevlendirilmektedir. Banka, fiyatların istikrarının ve para piyasalarının ihtiyacı olan likitidenin sağlanmasıyla görevlidir”. RS.951.11.

¹³¹⁴ İsviçre Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu Hakkında Federal Kanunu'un 1. maddesinde FINMA, ulusal düzeyde bankaların, sigorta işletmelerinin, borsaların denetimi konusunda yetkili tüzel kişiliği haiz kamu kurumu olarak tanımlanmaktadır. Kanun için bkz. RS. 956. 1.

¹³¹⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 259; Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 259.

2.1.6.3. Türk hukukunda

2.1.6.3.1. BankK m. 73 f.2

BDDK yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile mutabakat zabıtları düzenleyebilir. Kurumun mutabakat zabıtları çerçevesinde elde edeceği sır niteliğindeki bilgi ve belgeler; kuruluş ve faaliyet izni verilmesinde ve faaliyetlerin denetiminde kullanılabilir. Ayrıca aynı belge ve bilgiler düzenlemelere uyulup uyulmadığının izlenmesinde ve Kurul kararlarına karşı açılacak idari davaların görülmesinde de kullanılabilir.

Ayrıca Kurul da, yurt dışındaki muadili denetim mercilerine mutabakat zaptı çerçevesinde gizli nitelikteki bilgileri verebilir. Bu durum sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez.

Kurum yurt dışındaki muadili denetim mercileri aracılığıyla elde ettiği sır niteliğindeki belge ve bilgileri ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında savcılıklar ile ceza mahkemelerine verebilir. Kurum aynı bilgileri, Kurul Başkanı, üyeleri ve Kurum personeliyle, başlatılan soruşturmalarla bağlantılı olarak talepte bulunulması durumunda paylaşabilir.

Kurum mahkeme kararına bağlanmış sır¹³¹⁶ kapsamına giren bilgilerin verilmesinden de sorumlu tutulamayacaktır. Tahdidi olarak saydığımız istisnalar dışında Kurum, hiçbir kurum ve kuruluşa sır niteliğinde belge ve bilgi veremeyecektir¹³¹⁷. Bu düzenleme BankK m. 73 f.1’de öngörülen korumadan daha fazlasını ifade etmektedir. Zira bankalar özel kanunların emrettiği hâllerde sır niteliğindeki belgeleri

¹³¹⁶ “Mahkeme kararına bağlanmış sır” ile kastedilen, bilginin mahkeme tarafından talep edilmesidir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1493; A. Battal (2007). *Bankacılık Kanunu Şerhi* (2. Baskı) : 5411 sayılı Kanun metni ve açıklaması. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.281, dpn. 351; Mahkeme kararına bağlanmış sır kapsamında, adli mahkemeler kadar, idari ve askeri mahkemeler de dâhil olacaktır. Ayrıca, mahkeme kararının geniş yorumlanması da gereklidir. Mahkemelerin ara kararına dayanılarak aldıkları belge ve bilgilerden Kurum sorumlu olmayacaktır. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1493

¹³¹⁷ Kanunun gerekçesinde Kurum’un belge ve bilgi verememesinin sebebi şu şekilde açıklanmıştır: Sır kapsamına giren bilgilerin mevzuatımız gereği çok sayıda kurum ve kuruluşa ve adli, idari ve askeri yargıya dâhil bütün mahkemelere, özellikle hukuk mahkemelerine verilebilmesi, Avrupa Birliği standartlarına uygun yasal düzenlemelere sahip ülkelerin yetkili denetim otoriteleriyle imzalanmak istenen bu tür işbirliği anlaşmalarında önemli sorunlar doğurmakta ve anlaşmaların imzalanmasını imkânsız hâle getirmektedir....Bu çerçevede, Kurulun yurt dışında kurulu finansal kurumların denetiminden sorumlu mercileri ile akdedeceği anlaşmalarda ortaya çıkan veya anlaşmalar dışında elde edeceği sırlarla ilgili olarak asgari gizlilik konularındaki uyumsuzluktan kaynaklanan sorunların çözümlenmesini teminen hüküm ihdas edilmiştir....Maddede bu bilgilerin karşılıklılık ilkesi çerçevesinde hiçbir kişi, kurum, kuruluşa verilemeyeceği belirtilmiştir. Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 848.

açıklayabilirlerken, Kurum karşılıklılık ilkesi gereği, hiçbir kurum ve kuruluşa belge ve bilgi veremez¹³¹⁸.

2.1.6.3.2. BankK m. 73 f.3

Kanunen açıkça yetkili kılınan merciler tarafından bilgi istenmesi

BankK m. 73 f.3'e göre; sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda *kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden* başkasına açıklayamazlar.

Açıkça yetkili kılınmak, ilgili kanun maddesinde "...bankalardan müşteri sırları hakkında bilgi isteyebilir..." şeklinde bir hüküm bulunmasını gerektirmez. Bazı kanunlarda bankaların istenilen bilgileri verme yükümlülüğü öngörülmekte, diğerlerinde "kendi özel kanunlarında yasaklayıcı hükümler bulunsada, tüzel kişilerin istenilen bilgileri verme" zorunluluğundan söz edilmekte, ancak genellikle örneğin "kamu kuruluşlarının ve özel gerçek ve tüzel kişilerin sorulan hususları cevaplandırmak yükümlülüğüne" veya benzeri düzenlemelere yer verilmektedir¹³¹⁹.

Kanunen açıkça yetkili kılınan merci, yalnızca bir kanun hükmü dolayısıyla yetkili kılınmak anlamına gelmektedir. Kanun dışında, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan düzenlemelerle müşteri sırrı niteliğindeki belge ve bilgiler talep edilemez¹³²⁰.

Ayrıca kanunla verilen yetkinin, kapsam ve konusu da dikkate alınmalıdır. Zira kanunlar ile verilen yetki çeşitli şekilde olabilmektedir. Yetki belirli kişi veya kuruluşlar bakımından ya da bazı konular için verilmiş olabileceği gibi, tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak genişlikte de verilmiş olabilmektedir. Bu son hâlde bilgi ve belge istenmesinin sınırını ilgi kanunun amaç ve konusu belirler¹³²¹.

¹³¹⁸ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1493.

¹³¹⁹ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1512.

¹³²⁰ Nitekim BDDK, Türkiye Bankalar Birliği'nin bir başvurusu üzerine 14.11.2001 tarih ve 9982 sayılı yazısıyla, "Kanunen açıkça yetkili kılınan mercileri" dar yorumlamış, yönetmelikte bulunan bir hükme dayanılarak bankalardan müşterileri hakkında bilgi istenemeyeceğini belirtmiştir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1513.

¹³²¹ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1327; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1514-1515.

Başlıca yasal düzenlemelerdeki kurum ve kişiler

Bankaların müşteri sırrı niteliğindeki belge ve bilgileri *Kanun'da açıkça sayılan kurum ve kişilere* vermesi, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez. Bu kurumlardan başlıcaları; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu¹³²², Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu¹³²³, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurulu ve Rekabet Kurumu olarak sayılabilir.

Bankalar ile ortakları, bunların bağlı ortaklıkları, nitelikli paya sahip olduğu ortaklıkları, birlikte kontrol ettiği ortaklıkları, şubeleri ile temsilcilikleri, bağımsız denetim, değerlendirme ve destek hizmeti kuruluşları gizli dahi olsa BankK'nın uygulanması ile ilgili olarak her türlü bilgi ve belgeyi *talebi üzerine* BDDK'ya tevdi etmekle yükümlüdür (Bank m. 96 f. 1).

Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile meslek sırrı, aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa, Kurum tarafından bu Kanun kapsamında verilen görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi uygun süre ve ortamda, sürekli veya münferit olarak vermeye, istenecek defter ve belgeleri ibraz etmeye ve incelemeye hazır bulundurmaya, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak ilgili personele açmaya, verilerin güvenliğini sağlamaya ve muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda bulundukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemek için ibraz etmeye ve işletmeye mecburdurlar. Bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşlar

¹³²² BDDK, BankK ve ilgili diğer mevzuatın verdiği yetkiler çerçevesinde finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, mali sektörün gelişmesi, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması için; bankaların kuruluş ve faaliyetlerini, yönetim ve teşkilat yapısını, birleşme, bölünme, hisse değişimini ve tasfiyelerini düzenlemek, uygulamak, uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemekle görevli ve yetkilidir (BankK m. 73).

¹³²³ Fon, BankK ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kurulan idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisidir (BankK m. 111).

Kurumun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdürler (BankK m. 96 f.2).

Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, TMSF tarafından BankK kapsamında verilen görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi uygun süre ve ortamda, sürekli veya münferit olarak vermeye, *istenecek defter ve belgeleri ibraz etmeye* mecburdurlar. İlgili kişi, kurum ve kuruluşlar Fonun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdürler (BankK m. 123).

1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu¹³²⁴ m. 4/g’de TCMB’nin; mali piyasaları izlemek amacıyla bankalar ve diğer mali kurumlardan ve bunları düzenlemek ve denetlemekle görevli kurum ve kuruluşlardan gerekli bilgileri istemeye ve istatistiki bilgi toplamaya yetkili olduğu hususu açıkça düzenlenmiştir. Aynı Kanun’un 43. maddesinde ise; Türkiye’de faaliyette bulunan bütün bankaların yıllık bilançoları ile kâr ve zarar hesaplarını, idare meclisi ve denetçi raporları ile birlikte, genel kurullarının toplantı tarihinden; bağımsız denetim kuruluşlarınca hazırlanacak denetim raporlarını ise düzenlenme tarihinden itibaren en geç bir ay içinde TCMB’ye vermekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. TCMB kendisine verilen görevleri yerine getirebilmek amacıyla bankalardan her türlü bilgi ve belgeyi, belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde istemeye yetkilidir. TCMB istatistiki bilgilerin toplanması amacıyla da belge ve bilgi talep etme yetkisine sahiptir. Bankalar tarafından, yetki ve görev sınırları kanunla belirlenmiş olan TCMB’ye verilecek belge ve bilgiler sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmaz.

Kendi sermaye piyasası araçlarını halka arz ederek veya halka arz etmeksizin satan bankalar ile Sermaye Piyasası Kanunu’nda tanımlanan yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunan bankalar, bu faaliyetleri ile sınırlı olarak, Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tâbidirler (SerPK m. 136/5)¹³²⁵.

Sermaye Piyasası Kurulu’nun “*denetimle görevli personeli*” SerPK m. 89’a ve “*borsaların yetkili personeli*” ise SerPK m. 71’e uygun olarak bankalardan bilgi talep etme yetkisine sahiptir¹³²⁶. Denetimle görevli personel ilgili gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatın sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili

¹³²⁴ Kanun için bkz., RG 26.01.1970 tarih ve 13409 sayı.

¹³²⁵ Kanun için bkz.,RG 30.12.2012 tarih ve 28513 sayı.

¹³²⁶ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1345-1346.

görecekleri bilgi ve belgeleri istemeye, bunların vergi ile ilgili kayıtları dâhil olmak üzere tüm defter ve belgeleri ile elektronik ortamda tutulanlar dâhil tüm kayıtlar ve sair bilgi ihtiva eden vasıtaları, bilgi sistemlerini incelemeye, bunlara erişimin sağlanmasını istemeye ve bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, gerekli tutanakları düzenlemeye yetkilidir (SerPK m. 89)

Borsaların yetkili personeli; borsacılık faaliyetleri ile ilgili olarak gerekli gördükleri hususlarda bünyelerindeki piyasalarda faaliyette bulunmakla yetkilendirilmiş sermaye piyasası kurumları, sermaye piyasası araçları borsalarda işlem gören ihraççılar, kurucular ile emir veren veya işlem yapan gerçek ve tüzel kişilerden bilgi ve belge istemeye ve inceleme yapmaya yetkilidirler. Bilgi ve belge istenen taraflar; borsaların görev alanına giren hususlarda özel mevzuatında yer alan gizlilik ve sır saklamaya ilişkin hükümlere dayanarak bilgi vermekten kaçınamazlar (SerPK m. 71 f.1).

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un¹³²⁷ 3. maddesi açısından bankalar, “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak tanımlanan teşebbüslerdir¹³²⁸.

Rekabet Kurulu, bu kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar; teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır (RKHK m. 14). Bankalar Rekabet Kurulu'na Kanun kapsamında istenen tüm belge ve bilgileri vermek zorundadır¹³²⁹.

Tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olarak düzenlenen Türkiye Bankalar Birliği ile Türkiye Katılım Bankaları Birliği ise; bankalardan müşteri sırrı niteliğinde belge ve bilgi isteyemez¹³³⁰.

BankK, SerPK, RKHK, TBK, TMK, TTK, HMK ve İİK dışında da çok sayıda kanunda bankalardan belge ve bilgi istenebileceğine dair düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde bir kamu erkini kullanan mercinin¹³³¹, kanunun kendisine tanıdığı

¹³²⁷ Kanun için bkz., RG 13.12.1994 tarih ve 22140 sayı.

¹³²⁸ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1345.

¹³²⁹ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1345; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1540-1541; Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 887-888.

¹³³⁰ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1332.

¹³³¹ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 157.

yetkiye dayanarak talepte bulunduğu görülmektedir. Söz konusu kanun ve yetkili kurum ve kişileri şu şekilde sıralayabiliriz¹³³²:

- 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun¹³³³ m. 8'e göre, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları,
- 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun¹³³⁴ m. 6'ya göre tahsil daireleri,
- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun¹³³⁵ m. 62'ye göre Anayasa Mahkemesi,
- 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu¹³³⁶ m. 24/I'e göre askeri adalet müfettişleri,
- 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun¹³³⁷ m. 97/I'e göre askeri savcılar,
- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu¹³³⁸ m. 2/3'e göre avukatlar,
- Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (1)¹³³⁹ m. 47'ye göre Adalet Bakanlığı müfettişleri, m. 459'a göre Ticaret Bakanlığı'na bağlı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı ve ticaret müfettişleri,
- Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (5)¹³⁴⁰ m. 5/ 1, c.'ye göre Devlet Denetleme Kurulu,
- 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu¹³⁴¹ m. 6/1-b'ye göre Milli İstihbarat Teşkilatı,
- 4458 sayılı Gümrük Kanunu¹³⁴² m. 11'e göre Gümrük Müsteşarlığı ve gümrük idareleri,
- 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu¹³⁴³ m. 101'e göre adalet müfettişleri ile m. 82/'ye göre hâkim ve savcılar,

¹³³² Ayrıntılı bilgi için bkz., Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1328-1365; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1520-1554; Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 870-895.

¹³³³ RG 10.07.1976 tarih ve 15642 sayı.

¹³³⁴ RG 28.07.1953 tarih ve 8469 sayı.

¹³³⁵ RG 03.04.2011 tarih ve 27894 sayı.

¹³³⁶ RG 26.10.1963 tarih ve 11541 (Mükerrer) sayı.

¹³³⁷ RG 26.10.1963 tarih ve 11541 (Mükerrer) sayı.

¹³³⁸ RG 07.04.1969 tarih ve 13168 sayı.

¹³³⁹ RG 10.07.2018 tarih ve 30474 sayı.

¹³⁴⁰ RG 15.07. 2018 tarih ve 30479 sayı.

¹³⁴¹ RG 03.11.1983 tarih ve 18210 sayı.

¹³⁴² RG 04.11.1999 tarih ve 23866 sayı.

¹³⁴³ RG 26.02.1983 tarih ve 17971sayı.

- 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu¹³⁴⁴ m. 9, m. 27 ve m. 11/E ve m. 32/F'ye göre vali ve kaymakamlar,
- 4857 sayılı İş Kanunu¹³⁴⁵ m. 91 ve m. 92/II'ye göre iş müfettişleri,
- 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri İle Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹³⁴⁶ m.7'ye göre Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu Başkanı,
- 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu¹³⁴⁷ m. 20'ye göre Kamu Görevlileri Etik Kurulu,
- 2559 sayılı Polis Vazife Ve Salâhiyet Kanunu¹³⁴⁸ m. 13/A'ya göre sulh ceza kararı veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde mülki idare amirinin yazılı veya sözlü emri ile polis,
- 6085 sayılı Sayıştay Kanunu¹³⁴⁹ m. 6/2'ye göre Sayıştay,
- 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu¹³⁵⁰ m. 9'a göre mülki ve askeri makamlar,
- 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu¹³⁵¹ m. 124'e göre sıkıyönetim komutanları,
- 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu¹³⁵² m. 29/1'e göre Hazine ve Maliye Bakanlığı,
- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹³⁵³ m. 8/7'ye ve m. 100'e göre Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı,
- 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun¹³⁵⁴ m. 2, 4,6,7,8,11'e göre Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı ve denetim elamanları,
- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹³⁵⁵ m. 75'e göre Bakanlık müfettişleri, gümrük ve ticaret denetmenleri ile Bakanlıkça görevlendirilecek personel,

¹³⁴⁴ RG 18.06.1949 tarih ve 7236 sayı.

¹³⁴⁵ RG 10.06.2003 tarih ve 25134 sayı.

¹³⁴⁶ RG 09.04.1987 tarih 19426 sayı.

¹³⁴⁷ RG 04.05.1990 tarih ve 20508 sayı.

¹³⁴⁸ RG 14.07.1934 tarih ve 2751 sayı.

¹³⁴⁹ RG 19.12.2010 tarih ve 27790 sayı.

¹³⁵⁰ RG 08.11.1983 tarih ve 18215 sayı.

¹³⁵¹ RG 15.05.1971 tarih ve 1837 sayı.

¹³⁵² RG 03.06.2007 tarih ve 26552 sayı.

¹³⁵³ RG 16.06.2006 tarih ve 26220 sayı.

¹³⁵⁴ RG 18.10.2006 tarih ve 26323 sayı.

¹³⁵⁵ RG 28.11.2013 tarih ve 28335 sayı.

- TBBM İç tüzüğü'nün¹³⁵⁶ m.105, 111'e göre Meclis Soruşturma Komisyonu,
- 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu¹³⁵⁷ m.2,7,8'e göre Türkiye İstatistik Kurulu Başkanlığı,
- 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu¹³⁵⁸ m. 21'e göre Türkiye İş Kurumu,
- 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu¹³⁵⁹ m. 7'ye göre yardım toplama izni veren mülki makam,

2.1.6.3.3. BankK m. 73 f.4

BankK m. 73 f. 4'te müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair önemli istisnalar bulunmaktadır. Kredi kuruluşları ile finansal kuruluşların gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece sözleşmede belirtilen amaçlarla¹³⁶⁰ sınırlı kalması koşuluyla *kendi aralarında doğrudan doğruya* bilgi alışverişi yapabilmesi mümkündür¹³⁶¹.

Kredi kuruluşları ile finansal kuruluşların gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece sözleşmede belirtilen amaçlarla sınırlı kalması koşuluyla *risk merkezi*¹³⁶² vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi alışverişi sır saklama yükümlülüğünün dışındadır^{1363 1364}.

¹³⁵⁶ RG 13.04.1973 tarih ve 28395 sayı.

¹³⁵⁷ RG 18.11.2005 tarih ve 25997 sayı.

¹³⁵⁸ RG 05.07.2003 tarih ve 25159 sayı.

¹³⁵⁹ RG 25.06.1983 tarih ve 18088 sayı.

¹³⁶⁰ 6111 sayılı Kanun ile BankK m. 73'te yapılan değişikliklerin gerekçesinde; bankaların sermayelerinin yüzde onu veya daha fazlasını temsil eden paylarının satışı amacıyla muhtemel alıcıların yapacakları değerlendirme çalışmaları ile sermayelerinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan kredi kuruluşu ile finansal kuruluşların konsolide tablo hazırlama çalışmalarında ve iç denetim uygulamalarında veya alacaklarının ve alacaklarına dayalı menkul kıymetlerin satışı amacıyla yapılacak değerlendirme çalışmalarında ya da derecelendirme hizmeti alınmasına yönelik işlemlerde kullanılmak üzere bilgi ve belge taleplerinin sadece bu amaçlar ile sınırlı kalınması gizlilik sözleşmesi yapılması koşuluyla bankalarca karşılanmasına imkan tanındığı ifade edilmiştir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 486; 5411 sayılı BankK ile daha önceki Kanun'da "kredi takip ve kontrolü" amacı olarak belirlenen ifade kaldırılarak, finansal kuruluşlar arasında, bir tür kapalı devre sır olmayan sistem oluşturulmuş, kolektif bir sır saklama kuralı getirilmiştir. Taşdelen, 2015, **a.g.k.**, 864.

¹³⁶¹ Alıcı, bu düzenlemenin müşteri sırrını korunamaz hâle getirebileceğini ifade etmektedir. BDDK tarafından TBB'ye gönderilen yazıda Kredi Kayıt Bürosu A.Ş.'den temin edilen bilgilerin paylaşılamayacağı belirtilmektedir. Belirtilen düzenleme ile bankanın yetkili çalışanının, karşı kuruluşun bilgi sistemlerine erişmek suretiyle bilgi ve belge edinmesi, sorgulama yapması mümkündür. Ancak bilgi sistemlerinin bu şekilde erişim yapan çalışan; gizlilik sözleşmesinde belirtilen amaçlar dışında bilgi ve belge edinmesine, Kredi Kayıt Bürosu A.Ş.'den edinilen bilgilere erişmesine, sisteme ve sistemdeki bilgilere müdahale etmesine, erişilen kuruluş adına işlem yapmasına imkân vermemesi gerekir. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1313.

¹³⁶² BankK ek madde 1'e göre; *Türkiye Bankalar Birliği nezdinde, kredi kuruluşları ile Kurulca uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak üzere Risk Merkezi kurulmuştur. Kredi kuruluşları ile Kurulca uygun görülecek finansal kuruluşlar, Risk Merkezine üye olmak zorundadır. Üye kuruluşlar, Risk*

Kredi kuruluşları ile finansal kuruluşların gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece sözleşmede belirtilen amaçlarla sınırlı kalması koşuluyla *beş banka tarafından kurulacak şirketler* vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi alışverişi de sır saklama yükümlüğünün dışındadır. Bu bağlamda, en az beş banka tarafından kurulan tek şirket “*Kredi Kayıt Bürosu Anonim Şirketi*”dir. TBB Risk Merkezi’nin tüm operasyonel ve teknik faaliyetleri, KKB tarafından vekâleten yürütülmektedir. Bu kapsamda KKB, Risk Merkezi Üyesi 192 finansal kuruluşa veri toplama ve paylaşım hizmeti vermektedir^{1365 1366}.

Merkezince istenilen, müşterileri ile ilgili her türlü bilgiyi vermekle yükümlüdür. Risk Merkezi, bu yükümlülüğe uymayanlara bilgi akışını durdurmaya yetkilidir...”

¹³⁶³ BankK ek 1. maddenin verdiği yetkiye dayanarak Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 17. maddesine göre; üyeler Risk Merkezinden temin ettiği bilgileri yalnızca kendi iç işlemlerinde kullanmalı, diğer üyeler dâhil herhangi bir gerçek ve tüzel kişi ile paylaşmamalıdır.

¹³⁶⁴ Ayrıca “TBB Risk Merkezi Üyelerinin Müşterilerinin Risk Merkezi Nezdindeki Bilgilerinin Kendilerine Ya Da Onay Vermeleri Koşuluyla Belirledikleri Gerçek veya Tüzel Kişilere Verilmesine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin” 11. maddesine göre; *gerçek veya tüzel kişi müşterinin, Risk Merkezi raporunu gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine verilmesini talep etmesi durumunda Risk Merkezinin internet sitesinde örneği verilen Risk Merkezi raporunun üçüncü kişilere verilmesine ilişkin başvurusu ve onay belgesinin düzenlenmesi gerekmektedir.* Aynı Yönetmeliğin 12. maddesine göre; *müşterinin Risk Merkezi raporunun, imzalanan bilgi alışverişi sözleşmeleri kapsamında özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarına, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarına ve bunların üst kuruluşlarına verilmesi, müşterinin onayının alınması koşuluyla mümkündür”.*

¹³⁶⁵ Türkiye Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından TBB’ye gönderilen 07.08.2012 tarih ve 16266 sayılı yazıda; banka iştiraklerinin kendi ana ortağından bağımsız şekilde üye olmak suretiyle Kredi Kayıt Bürosu hizmetlerinden doğrudan doğruya yararlandıklarına dair duyurular alındığı belirtilmiştir. Söz konusu yazıda Kurul, müşterinin açık ve yazılı onayı olmadan, KKB’den temin edilen bilgilerin banka iştirakleri ile emlak komisyoncuları da dâhil olmak üzere üçüncü kişilerle paylaşılması gerektiğini vurgulamıştır. BankK m. 73 kapsamı dışında olma durumu, banka veya finansal kuruluşun kendi nezdinde bulunan bilgilerin paylaşılmasına yönelik olup, KKB ve diğer kanallardan temin edilen bilgilerin kendi iştirakleri veya başka kuruluşlarla paylaşılmasını kapsamamaktadır. *BankK m. 73 f.4’te bankaların birbirleriyle paylaşabilecekleri bilgiler hususunda sınırlama bulunmazken, Kurul yazısında KKB’den temin edilen bilgiler bakımından sınırlama getirilmiştir.* KKB’den temin edilen bilgilerin finansal kuruluşlar ile paylaşılmasının KBB ile yapılan sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmeyeceği sözleşme içeriğine göre belirlenecektir. Aykırılık hâlinde hukuki sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak BankK m. 159’un uygulanması konusunda tereddütler oluşabilir. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer vermemesi gerekmektedir. Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1317-1318.

¹³⁶⁶ KKB, BDDK’ya başvurarak; alacak sigortası yapan sigorta şirketlerinin üye olarak kabul edilip edilmeyeceğini, bu şirketlerle 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 73. maddesi kapsamında bilgi alışverişi yapıp yapmayacağını sormuştur. BDDK BankK m. 3’ü işaret ederek; “banka; “mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını” finansal kuruluş ise; “kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanunda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketlerini” ifade edecek şekilde tanımlanmış olup; söz konusu hükümler çerçevesinde bir “finansal kuruluş” niteliği taşıyan alacak sigortası yapan sigorta şirketlerinin de KKB’ye üye olarak kabul edilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır” görüşünü açıklamıştır. Aynı görüşte BDDK; gizlilik sözleşmesi yapılmak kaydıyla bilgi alışverişinin mümkün olduğunu da belirtmiştir. Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1560.

Doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yolu ile sermayenin yüzde onunun ve daha fazlasının satışı amacıyla muhtemel alıcıların yapacakları çalışmalar için sırrın açıklanması sır saklama yükümlülüğü dışında bırakılmıştır. Fakat sırrın açıklanabilmesi için, gizlilik sözleşmesinin yapılması zorunludur.

Bankalar tarafından değerlendirme, derecelendirme, destek hizmeti veya destek hizmeti niteliğinde olmayan hizmet alınması¹³⁶⁷ ile bağımsız denetim faaliyetleri kapsamında bilgi ve belge taleplerinin karşılanması, gizlilik sözleşmesi yapılması ve belirtilen amaçlarla sınırlı kalınması kaydıyla sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez¹³⁶⁸.

Bankaların kredileri de dâhil varlıklarının ya da bunlara dayalı menkul kıymetlerin satışı amacıyla yapılacak değerlendirme çalışmaları kapsamında yer alan bilgi ve belge alışverişi gizlilik sözleşmesi yapılması ve belirtilen amaçlarla sınırlı kalınması kaydıyla sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez.

2.2. Kamu Hukukuna İlişkin İstisnalar

2.2.1. Vergi hukukuna ilişkin istisnalar

2.2.1.1. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün istisnaları, vergi idarelerinin talebi ve bankaların beyanda bulunma zorunluluğu olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir.

2.2.1.1.1. Vergi idarelerinin talebi

Vergi idarelerinin talebi üzerine bankanın teslim etmesi gereken belge ve bilgilere dair temel düzenleme Vergi Usul Kanunu'nun (LPF) L. 81. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“vergi idaresi memurlarınca vergi denetimleri kapsamında, Kanunun bu bölümünde belirtilen belgelerin, talep hâlinde teslimi gerekmektedir”*. Belirtilen

¹³⁶⁷ Bankaların Destek Hizmeti Almalarına İlişkin Yönetmeliğin 1. maddesinde, “...aşağıda belirtilen hizmetler, bankalarca dışarıdan temin edilmeleri halinde bu Yönetmeliğin kapsamı dışındadır: a) Yemek, ulaşım ve temizlik gibi konularda alınan hizmetler ile bankaların mülkiyetine veya kullanma hakkına sahip olduğu her türlü teknik ekipman ve demirbaşın temini, bakım ve onarımı ile eğitim hizmetleri, b) Avukatlık hizmetleri ile hukuk danışmanlığı, danışmanlık ve reklam faaliyetleri, c) Başka şirket bünyesinde istihdam edilmekle birlikte bankada geçici veya sürekli olarak, (a) bendinde sayılan işlerde çalıştırılacak personele yönelik hizmet alımları” düzenlemesi yer almaktadır.

¹³⁶⁸ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1323.

hükümden, vergi idarelerinin “vergi yükümlüsü veya üçüncü kişilerden” denetim kapsamındaki belgeleri talep etme yetkisi bulunduğu anlaşılmaktadır¹³⁶⁹.

Ayrıca, “devlet, il ve belde idarelerinin talebi üzerine, devlet tarafından denetlenen veya devralınan işletme veya kuruluşlar, tüm hizmet belgelerini mesleki sır saklama yükümlülüğünü ileri sürmeksizin teslim etmelidir (LPF art. 83)”. İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu’nun denetimine tâbi olan bankalara da, LPF art. 83 uygulanmaktadır¹³⁷⁰.

2.2.1.1.2. Bankanın beyan yükümlülüğü

Fransız hukukunda bankanın, müşterileri veya üçüncü kişilerle ilgili gizli nitelikteki bilgilerini de kapsayacak şekilde, vergi idarelerine beyanda bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Söz konusu beyan, “talep halinde” ve “kendiliğinden beyan” olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır.

Vergi idarelerinin talebi üzerine bankanın beyan yükümlülüğü özellikle havale ile ilgilidir. “Vergi idarelerinin talebiyle kredi kuruluşları, elektronik para kuruluşları, ödeme kuruluşları yurtdışı hesaplara yapılan havalenin tarihini ve miktarını, havale emrini verenin, havale alacaklısının kimlik bilgilerini ve hesap numaralarını beyan etmelidir (LPF art. L. 152).

Bankanın, herhangi bir talepte bulunulmasına gerek olmadan, kendiliğinden de beyanda bulunmasını gerekir. Bu yükümlülükler, Genel Vergi Kanun’unda (CGI) sayılmıştır. Örneğin, “müşterinin ölümünde, yetkili makamların denetimine tâbi tüm kredi kurumları, mirası açılacak kişiyle ilgili hesapları ve bu hesaplarda bulunan toplam miktarı, vergi idarelerine bildirmekle yükümlüdür (CGI art. 806-I)”. Ayrıca, “kamu idareleri, yetkili kamu kurumunun denetimine tâbi tüm kuruluşlar, hesap açma ve kapamayla ilgili işlemleri vergi idarelerine bildirmekle yükümlüdür (CGI art. 1649)”. Bu noktada açılan hesabın türü veya hesabı açanın uyuşu önem arz etmez. Fakat banka iç hesapları bu kapsamda yer almaz¹³⁷¹. Belirttiğimiz beyanlarla vergi

¹³⁶⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 200; Jerez, 2000, **a.g.k.**, 94.

¹³⁷⁰ Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 656; Ancak bazı belgelerin denetim amacıyla kullanılması mümkün değildir. Gerçekten, istatistiksel anket çalışmaları sırasında toplanan kimlik veya adres bilgileri gibi kişisel bilgiler, hiçbir koşulda denetim kapsamında yer alan bilgiler olarak değerlendirilemez. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 202; Lasserre-Capdeville, 2002, **a.g.k.**, 656.

¹³⁷¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 206.

idaresi, vergi yükümlüsü gerçek veya tüzel kişinin hesaplarını inceleme ve yükümlülünün mali durumunu tespit etme olanağına kavuşur.

2.2.1.2. İsviçre hukukunda

Fransız hukukunda vergi idareleri ile kredi kuruluşları arasındaki işbirliği genişletilerek, vergi idareleri lehine müşteri sırrının saklanması hükümleri uygulanmamaktadır. İsviçre hukukunda kural olarak, müşteri sırrının saklanması hükümleri vergi idarelerine karşı ileri sürülmekte ve fakat bazı hâllerde bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Söz konusu istisnalar “dolaysız vergiler” ve “dolaylı vergiler” açısından farklıdır.

Dolaysız vergiler bakımından müşteri sırrının saklanması hükümleri kural olarak, vergi idarelerine karşı ileri sürülebilir. Vergi idaresince, tarh edilecek verginin tespiti için bankanın müşterilerinden biri hakkında bilgi istenmesi hâlinde, vergilendirme süreci bakımından üçüncü kişi durumunda olan bankanın belge ve bilgi verme zorunluluğu yoktur. Zira, “Dolaysız Vergiler Hakkında Federal Kanun’un” (LIFD) 127. maddesi 2. fıkrası gereğince, “*vergi yükümlüsü kendisinden istenen belgeleri teslim etmezse, yetkili makam bunları üçüncü kişilerden talep edebilir. Ancak, mesleki sır saklama yükümlülüğüne dair hükümler saklıdır*”. Elbette, maddede belirtilen mesleki sırdan anlaşılması gereken müşteri sırrıdır¹³⁷². Bundan başka, “*üçüncü kişiler, şirket ortakları, paylı mülkiyette paydaşları ve elbirliği ile mülkiyette ortakları oldukları kişiler hakkında, vergi idarelerini bilgilendirmelidir (LIFD art. 128)*”. Madde metninde açıkça zikredilmediğinden, üçüncü kişi olarak bankaların bilgi verme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Vergilendirme sürecinde, vergi idaresinin bankaya başvurarak, üçüncü kişi müşteri hakkında bilgi alması mümkün değildir.

Dolaysız vergiler alanında müşteri sırrının saklanması vergi kaçakçılığı suçlarına dair soruşturmalarda etkisiz kalmaktadır. Bu durumda banka tarafından, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne dair hükümler ileri sürülemeyecektir. Federal Vergi İdaresi’ne karşı, LIFD art. 186¹³⁷³ kapsamındaki suçu işlemiş olduğu varsayılan fail hakkında, doğrudan Ceza Usul Kanunu hükümleri uygulanır ve bu aşamada banka tarafından,

¹³⁷² Alavi, 2017, **a.g.k.**, 209.

¹³⁷³ Maddede “eksik vergilendirme amacına yönelik olarak, yanlış ve hileli defter, bilânço, ücret belgeleri gibi her türden belgeyi vergi idarelerini yanıltmak amacıyla kullananlar hakkında, bir yıla kadar hapis veya 30.000 Frank’a kadar para cezasına hükmedileceği” hükmü bulunmaktadır.

hakkında ceza soruşturması yürütülen kişinin müşteri olduğu itirazı ileri sürülemez¹³⁷⁴. Federal İdari Ceza Kanunu'nun (LFPA) 14. maddesi¹³⁷⁵ kapsamındaki vergi kaçakçılığı suçunu işleyenler için de, müşteri sırrının saklanması hükümleri geçerli olmaz. Zira vakianın yeterince aydınlatılamaması durumunda, tanıkların sayısı genişletilerek ilgili ceza usul kanunu hükümleri uygulanacaktır (LFPA art. 41). Bankanın müşteri sırrı kapsamında yer alan belge ve bilgileri soruşturmayı yürüten makama teslim etmesi gerekecektir. Ayrıca, banka çalışanları da, ceza soruşturması kapsamında tanıklıktan çekinme hakkına sahip olamayacaktır¹³⁷⁶.

Dolaylı vergilerde müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün devam edip etmediği katma değer vergisi ve damga vergisi bakımından farklıdır.

Katma Değer Vergisi Hakkında Fedéal Kanun'un (LTVA) 77. maddesine; *"Federal Vergi İdaresi, katma değer vergileriyle ilgili olarak yükümlülerin beyanlarının doğruluğunu incelemekle görevlidir. Federal Vergi İdaresi, yapacağı denetimler kapsamında, yerinde inceleme yetkisini de kullanabilir"*. Ancak, *"sır saklamakla yükümlü olanlar, defter ve belgelerini, müşterilerinin isim ve adres bilgilerini saklayarak veya kodla belirterek teslim etmelidir (LTVA art. 68 al. 2)"*. Nitekim LTVA art. 73; *"Federal Vergi İdaresi'nin bir vergi yükümlüsüyle ilgili olarak da, üçüncü kişilerden belge ve bilgi talep etme yetkisine sahip olduğunu ancak, mesleki sır saklama yükümlülüğüne dair kanun hükümlerinin saklı olduğunu"* düzenlemektedir. O hâlde, katma değer vergileriyle ilgili yapılan denetimlerde, üçüncü kişi konumunda olan bankaların müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün devam ettiğini söylemek mümkündür¹³⁷⁷.

"Damga Vergisi Hakkında Kanun'un" (LFDT) 36. maddesine; özellikle bankalar, noterler gibi şirket sermayesinin kuruluşta getirilmesi ve daha sonraki tarihlerde artırılması işlemlerini gerçekleştiren kişiler, Federal Vergi İdaresi'ni, tarh edilecek verginin hesaplanabilmesi için, ihraç edilen hisse senetleri konusunda bilgilendirmelidir. Üçüncü kişi olarak banka, müşterisinin maddede belirtilen

¹³⁷⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**,217; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 99.

¹³⁷⁵ Söz konusu maddede, LIFD art. 186'dan farklı olarak suç, defter veya belgelerde hile veya tahrifat yapılması şeklinde değil, failin hileli başkaca eylemleriyle işlenmektedir. Maddeye göre; "fail hileli davranışlarıyla, ödeyeceği verginin önemli miktarda eksik hesaplanmasına sebep olmuşsa, bir yıla kadar hapis veya 30.000 Frank'a kadar para cezasıyla cezalandırılır.

¹³⁷⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**,217-218; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 99.

¹³⁷⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 220; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 99.

işlemleriyle ilgili olarak gizli nitelikteki bilgileri konusunda açıklama yapmakla yükümlüdür¹³⁷⁸.

2.2.1.3. Türk hukukunda

Mükelleflerin vergi kanunlarında sayılan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti için, mükellef nezdinde yoklama, inceleme veya arama yapılmasını ya da gerek kendisinden gerekse üçüncü şahıslardan bilgi istenilmesini zorunlu kılmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun¹³⁷⁹ 127 maddesinde; “*yoklamadan*” maksadın mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmek olduğu hükme bağlanmıştır. Yoklama; vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, vergi incelemesine yetkili olanlar ve gelir uzmanları tarafından yapılır (VUK m.128). Yoklamada mükellefiyetle ilgili maddi olayların, kayıtların, mevzuların banka nezdinde araştırılması ve tespiti söz konusu olmaktadır. Bilgi verme zorunluluğu, olay bazında arizidir¹³⁸⁰.

“*Vergi incelemesinden*” maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamaktır (VUK m. 134). Vergi incelemeleri, esas itibariyle incelemeye tâbi olan bankanın iş yerinde yapılır. İş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi zaruri sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkânsız olur veya mükellef ve vergi sorumluları isterlerse inceleme dairede yapılabilir. Bu takdirde incelemeye tabi olanın lüzumlu defter ve vesikalarını daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenilir (VUK m. 139).

“*Arama*”; ihbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde yapılabilir. Aramanın yapılabilmesi için; vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh yargıcından bunu istemesi ve sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi şarttır (VUK m. 142).

¹³⁷⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 221; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 99.

¹³⁷⁹ RG 10.01.1961 tarih ve 10703 sayı.

¹³⁸⁰ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1361; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1551.

“*Bilgi verme*”; talep hâlinde veya devamlı bilgi verme şeklinde olabilir. Kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Maliye Bakanlığının veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermeye mecburdurlar (VUK m. 148).

Kamu idare ve müesseseleri (kamu hizmeti ifa eden kurum ve kuruluşlar dâhil) ile gerçek ve tüzel kişiler vergilendirmeye ilişkin olaylarla ilgili olarak Maliye ve Gümrük Bakanlığı ve vergi dairesince kendilerinden yazı ile istenecek bilgileri belli fasılalarla ve devamlı olarak yazı ile vermeye mecburdurlar (VUK m. 149).

Ayrıca bankalar; mevduat, şirket hissesi, emanet para ve eşya veya sair suretle alacak sahiplerinden birinin ölümü halinde, ölenin soyadını, adını, alacağının nev'ini ve miktarını bildirirler (VUK m. 150 f.4).

Kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler, özel kanunlarda yazılı mahremiyet hükümlerini ileri sürerek, bilgi vermekten imtina edemezler (VUK m. 151). Bankalar da müşteri sırrının saklanması hükümlerini ileri sürerek bilgi vermekten kaçınamazlar¹³⁸¹.

Ayrıca Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un¹³⁸² 35. maddesine göre; limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tâbi tutulurlar. Böyle bir durumda bankanın, müşterisi olan şirket ortaklarının bilgilerini vermesi, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin ihlali sayılmaz¹³⁸³.

2.2.2. Ceza usul hukukuna ilişkin istisnalar

Fransız hukukunda müşteri sırrı ceza soruşturmasını yürüten makama karşı ileri sürülemez (CMF art. 511-33 al. 2)¹³⁸⁴. Banka çalışanı tanıklıktan çekinme hakkına sahip olmadığı gibi, arama ve el koyma gibi soruşturma tedbirlerine de karşı koyamaz¹³⁸⁵.

İsviçre hukukunda da müşteri sırrını saklama yükümlülüğünde, yetkili kurumların bilgilendirilmesi ve mahkeme huzurunda tanıklık hakkındaki Federal ve Kantonal düzenlemelere dair hükümler saklı tutulmuştur (LB art. 47 al. 5). İsviçre Ceza Usul

¹³⁸¹ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1362; Reisoğlu, 1015, **a.g.k.**, 1552.

¹³⁸² RG 28.07.1953 tarih ve 8469 sayı.

¹³⁸³ Ulusoy, 2013, **a.g.k.**, 536.

¹³⁸⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 224; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 74.

¹³⁸⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 226.

Kanunu'nun (CPPS) 171. maddesinin 1. fıkrası ise; din görevlilerinin, avukatların, noterlerin, patent konsey üyelerinin, doktorların, dişçilerin, eczacılar ile bunların yardımcılarının mesleki faaliyetleri nedeniyle öğrenmiş oldukları sırlarla ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğunu hükme bağlamaktadır. Maddede tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar arasında bankalar sayılmamıştır. Üstelik CPPS art. 173 al. 2 ise; sır saklama yükümlülüğü ile bağlı olan *diğer kişilerin* tanıklık yapmak zorunda olduğunu, bu zorunluluğun mahkemelerce yalnızca, sırrın saklanmasından kaynaklanan yararın, vakıanın aydınlatılmasına dair yarardan üstün olduğu hâllerde kaldırılabileceğini düzenlemiştir. Yalnızca ceza mahkemesince, bu yönde alınmış bir karar olduğunda, sır saklama yükümlülüğüne tâbi banka çalışanı tanıklıktan çekinebilecektir¹³⁸⁶. Ayrıca banka çalışanları, yerinde yapılacak incelemeye izin vermek ve arama ve elkoyma tedbirlerinin gereği gibi yapılması için işbirliği yapmakla yükümlüdürler¹³⁸⁷.

Türk hukukunda da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹³⁸⁸ 161 ve 163 maddeleri savcıya veya sulh ceza hâkimine, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapma ve her türlü bilgiyi isteme yetkisini vermektedir. Banka tarafından ceza soruşturması kapsamında istenen tüm bilgiler, soruşturmayı yürüten makama verilmelidir¹³⁸⁹. CMK'nın “meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme” başlıklı 46 maddesi ise; “*meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler. (2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez*” hükmünü içermektedir. Maddede açıkça

¹³⁸⁶J. Lasserre- Capdeville (2014b). Le secret bancaire : approches française, suisse et luxembourgeoise, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2014, s. 4; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 47; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 225; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 74.

¹³⁸⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 227.

¹³⁸⁸ RG 17.12.2004 tarih ve 25673 sayı.

¹³⁸⁹ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1332-1333.

bankalarda bahsedilmediği için, banka çalışanının tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır¹³⁹⁰.

2.2.3. Karaparanın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesine dair istisnalar

2.2.3.1. Uluslararası Anlaşmalar ve Avrupa Birliği Direktifleri

Karaparanın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesi hususu, hem uluslararası anlaşmalar hem de Avrupa Birliği düzenlemelerinde yer bulmuştur.

12.12.1988 tarihinde Basel Komitesi tarafından, uluslararası alanda suçtan kaynaklanan sermayenin aklanmasının etkilerine dair bildiri yayımlanmıştır. Bu anlamda bazı etik ilkeler belirlenerek, kredi kurumlarının etkin denetimi sağlanmaya, özellikle, bankaların işlem gerçekleştirdikleri müşterilerinin kimliklerinin tespiti ve yetkili hukuki ve idari kurumlarla işbirliği üzerinde durulmuştur. Hemen arkasından, 20.12.1998 tarihinde “Uyuşturucu ve Psikotrop Maddeler Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” imzalanmıştır. Anlaşmanın 5.3. maddesinde; *“ tarafların, müşteri sırrını, bir devletin yetkili kurumlarının, kredi kuruluşlarının bankacılık, finansal veya ticari belgelerine erişimini engellemek için ileri süremeyecekleri ”* hükme bağlanmıştır.

Ayrıca G7 Devletleri 1989 yılında, karaparanın aklanmasının ve terörizmin finansmanının önlenmesine ilişkin olarak, Mali Çalışma Grubu (GAFI) olarak adlandırılan uluslararası bir örgüt kurmuştur. GAFI tarafından 1990 yılında emredici nitelikte olmayan kırk adet tavsiye kararı yayımlanmış; bu kararlara özellikle 11 eylül saldırılarından sonra dokuz karar daha eklenmiştir. GAFI’nin 9. ve 37. tavsiye kararları müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne dair istisnalar getirmiştir¹³⁹¹.

Karaparanın aklanmasının önlenmesine ilişkin olarak, çok sayıda Avrupa Birliği Direktifi yayımlanmıştır. İlk olarak, 10.06.1991 tarihinde, *“Finansal Sistemin Karapara Aklamak Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesine ilişkin 91/308 sayılı Avrupa Birliği Direktifi ”* çıkarılmıştır¹³⁹². Bu Direktif’in 6. maddesi; kredi kuruluşları ile bunların

¹³⁹⁰ Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1528; Yüksel, 2004, **a.g.k.**, 99; Kaplan, 1991, **a.g.k.**, 20.

¹³⁹¹ 9. Tavsiye kararına göre; *“finans kurumlarının mesleki sırrına dair kanunlar GAFI tavsiyelerinin uygulanmasına engel olmaz”*. GAFI’nin 37. tavsiye kararında *“devletlerin, uluslararası adli yardımlaşma talebini, müşteri sırrını ileri sürerek reddedemeyeceği”* düzenlenmiştir.

¹³⁹² Tam metin için bkz;

yönetici ve çalışanlarının karaparanın aklanmasının önlenmesinden sorumlu kurumlarla işbirliği yapmaları gerektiğini düzenlemektedir. Direktif'in 9. maddesi, karaparanın aklanmasının önlenmesine yönelik olarak iyiniyetle yapılan açıklamaların mesleki sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyeceğini düzenlemektedir¹³⁹³.

1991/308 sayılı Avrupa Birliği Direktifi, 2001/97 sayılı ikinci Direktif ile değiştirilmiştir¹³⁹⁴. Söz konusu Direktif'in 3. maddesiyle, sır saklama yükümlülüğü bulunan kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Maddeye göre; üye devletler kredi kurumlarının, meslekleri dolayısıyla öğrendikleri sırları saklama yükümlülüklerini temin etmelidir. Ancak, kredi kurumları ile birlikte hesap uzmanları, bağımsız denetçiler ve vergi danışmanları, noterler ve avukatlar da meslekleri dolayısıyla öğrenmiş bulundukları sırları saklama yükümlülüğüyle bağlıdırlar. Direktif ile sır saklama yükümlülüğüne aykırılıkta uygulanacak yaptırımlar düzenlenmemiştir. Sır saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edildiğinde, her üye devletin kendi iç hukuk kuralları uygulanacaktır¹³⁹⁵.

26 Ekim 2005 tarih ve “2005/60 sayılı Finansal Sistemin Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesi Hakkında Konsey Direktifi”¹³⁹⁶ önceki Direktifleri yürürlükten kaldırarak, daha kapsamlı bir düzenleme öngörmüştür. Direktif ile, her üye devlet için, karapara aklama suçu ve terörün finansmanı ile etkin olarak mücadele edilebilmesi için, mali istihbarat birimi kurma zorunluluğu getirilmiştir¹³⁹⁷. Direktif’de sır saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişilere, önceki Direktifler’de sayılanlara ek olarak trust ve şirket hizmeti sağlayıcıları da eklenmiştir. Direktif’in 26. maddesinde; sır saklama yükümlülüğü bulunan kişi ve kuruluşların veya bunlarla çalışanların ve yöneticilerinin, şüpheli işlem bildirimleri yapmalarının, sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilemeyeceği hususu düzenlenmiştir. 27. maddede ise, üye devletlerin, Direktif kapsamındaki kişi ve

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0308:FR:HTML> (Erişim tarihi: 03.12.2018), <http://www.tbb.org.tr/turkce/abmevzuati/89-646 EEC.doc> (Erişim tarihi: 03.12.2018) ve <http://www.masak.gov.tr/tr/content/aklama-sucu-uluslararası-mevzuat/54> (Erişim tarihi: 03.12.2018).

¹³⁹³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 235.

¹³⁹⁴ “...Bu Direktif, karapara aklama ile mücadele kapsamındaki öncül suçları, sadece uyuşturucu suçları ile sınırlı tutmayıp, organize suçlar, yolsuzluk suçları, sahtecilik, üye devletin ceza hukukunda ağır hapis cezasına neden olabilecek suçlar olarak da genişletmiştir...”. Üstün, 2008, **a.g.k.**, 24.

¹³⁹⁵ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 53.

¹³⁹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0308:FR:HTML> (Erişim tarihi: 03.12.2018), <http://www.tbb.org.tr/turkce/abmevzuati/89-646 EEC.doc> (Erişim tarihi: 03.12.2018) ve <http://www.masak.gov.tr/tr/content/aklama-sucu-uluslararası-mevzuat/54> (Erişim tarihi: 03.12.2018).

¹³⁹⁷ Kandıralıoğlu, 2011, **a.g.k.**, 53.

kuruluşların, şüpheli işlem bildirimi yapan çalışanlarının korunmalarına yönelik tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir¹³⁹⁸.

20.05.2015 tarihinde karaparanın aklanmasının önlenmesine ilişkin olarak GAFI'nin tavsiyeleri doğrultusunda, 2015/849 sayılı “*Finansal Sistemin Kara Para Aklama ve Terörün Finansmanı Amacıyla Kullanılmasının Önlenmesi Hakkında Konsey Direktifi*”¹³⁹⁹ yayımlanmıştır. Direktif üye devletlere, terörizmin finansmanının ve karaparanın aklanmasının önlenmesi ve finansal alanda bilgi değişimi yükümlüğünün daha etkin hâle getirilmesi için yükümlülükler getirmiştir. Bu amaca yönelik olarak, her üye devlet her iki senede bir risk değerlendirmesi raporu hazırlamalı ve bu rapor doğrultusunda gerekli tedbirleri almalıdır¹⁴⁰⁰. Diğer taraftan Direktif'in 58-62. maddelerinde, kredi kurumlarının denetimine, şüpheli işlemlere dair yükümlülükler, belgelerin saklanması dair yükümlülükler uyulmaması hâlinde verilecek idari para cezaları düzenlenmiştir¹⁴⁰¹.

Ayrıca Direktif ile Avrupa Birliği'ne üye devletler için, şirketler veya diğer tüzel kişiliği olan veya olmayan topluluklardaki “gerçek faydalanıcılarla”¹⁴⁰² (bénéficiaire effectif) ilgili bilgilerin bulunduğu merkezi kayıt sistemi kurma zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu kayıtlar, yetkili kurumlar ile, bankalar ve diğer kredi kurumları gibi tüzel kişiliği olan veya olmayan topluluklara ve hukuki yararı olduğunu ispat edenlere, karaparanın aklanması ve terörizmin finansmanı şüphesinin olması

¹³⁹⁸ Kandırалоğlu, 2011, **a.g.k.**, 53.

¹³⁹⁹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=FR> (Erişim tarihi: 12.06.2018)

¹⁴⁰⁰ A. Gourio (2016). Le paquet anti-blanchiment et financement du terrorisme du 20 mai 2015. *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2016, comm. 38, s. 2 vd. <http://www.lexisnexis.com/fr/droit> (Erişim tarihi 12.06.2016)

¹⁴⁰¹ C. Cutajar (2016). Publication de la 4 directive anti-blanchiment. *La semaine juridique edition générale* n° 27, 6 Juillet 2015, s.2.vd. <http://www.lexisnexis.com/fr/droit> (Erişim tarihi 12.06.2016)

¹⁴⁰² Direktif'in 3. maddesinde gerçek faydalanıcı; “müşteriyi hâkimiyeti altında yöneten gerçek kişi veya kişilerdir. Müşteri şirket ise, doğrudan veya dolaylı olarak şirketi yöneten veya sermayenin en az %25'ine sahip olan gerçek kişi veya kişiler gerçek faydalanıcı olacaktır”. Gerçek faydalanıcının tespit edilememesi durumunda, şirketi en üst düzeyde yönetime yetkili kişiler gerçek faydalanıcı sayılacaktır. Fransız hukukunda CMF art. L.561-2-2'de gerçek faydalanıcı şu şekilde tanımlanmıştır: “bu bölümün uygulanması bakımından gerçek faydalanıcı, 1. doğrudan veya dolaylı olarak müşteriyi kontrol eden 2. müşteri için bir işlem veya faaliyet gerçekleştiren gerçek kişi veya kişilerdir”. Ayrıca CMF art. R. 561-1-1'de; “L.561-2'de belirtilen müşteri şirket ise, doğrudan veya dolaylı olarak sermayenin veya oyların %25'ine sahip olan veya diğer tüm araçlarla şirketi kontrol eden gerçek kişi veya kişiler gerçek faydalanıcıdır” hükmü yer almaktadır. İsviçre hukukunda LBA art 2a al. 3; banka işlemi gerçekleştiren tüzel kişi ve kişi şirketlerinde “ekonomik hak sahibi olarak” hâkimiyeti elinde bulunduranların tespitine dair bir düzenleme öngörülmüştür. Maddeye göre; şirketin sermayesinin veya oy hakkının en az %25'ine sahip olanlar “hâkimiyeti elinde bulunduranlar” olarak kabul edilmektedir. Bu kişilerin tespitinin mümkün olmadığı hâllerde, şirketi yönetime yetkili kişinin tespit edilmesi gerekmektedir.

durumunda açık olacaktır. Bu kişiler “gerçek faydalanıcıların” isim, doğum tarihi, uyruk gibi bilgilerine erişebilir¹⁴⁰³. Ancak zikredilen bilgilere erişim bakımından hukuki yararın bulunduğu ispat edilememesi durumunda, özel hayatın korunmasına ilişkin kurallar uygulanacaktır¹⁴⁰⁴.

Son olarak, 2018/843 sayılı Avrupa Birliği Direktifi¹⁴⁰⁵ ile 2015/849 sayılı Direktif değiştirilmiştir. Bu son Direktif ile; ödeme sistemlerinin normal işleyişine engel olmadan suç finansmanının önlenmesi amaçlanmıştır. Yeni Direktif 2016 yılında Avrupa’da gerçekleşen terör saldırılarının ardından yapılan eylem plânına uygun şekilde, 2015/849 sayılı Avrupa Birliği Direktifi’ni değiştirmiştir. Belirtilen Direktif ile; şirketler ve trustlarda şeffaflığı geliştirmek için, gerçek faydalanıcılara erişim yolları genişletilmiştir. Ayrıca üye devletlerin mali istihbarat birimleri arasında işbirliğini ve riskli üçüncü ülkeler üzerinde kontrolleri geliştirmek üzere düzenlemeler yapılmıştır¹⁴⁰⁶.

Yeni Direktif, 2015/849 sayılı Direktif’in 30. maddesini değiştirerek, gerçek faydalanıcılarla ilgili bilgilere erişimi “halka açık” hâle getirmiştir. 10.10.2020 tarihinden itibaren herkes, “gerçek faydalanıcıların isim, doğum tarihi, yerleşim yeri ülkesi, uyrukluk” gibi bilgilerine erişebilecektir¹⁴⁰⁷.

2.2.3.2. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda karaparanın aklanmasının önlenmesine ilişkin olarak “şüpheli işlem bildirimi”¹⁴⁰⁸ ve “sistematik bildirim” olarak iki bildirim türü bulunmaktadır. “Kredi kuruluşları ile finansman şirketleri defterlerinde kayıtlı olan ve bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren fiillerden veya terörizmin finansmanından kaynaklandığı konusunda haklı sebeplerin bulunduğu işlemleri TRAFICIN’e bildirmekle yükümlüdür (CMF art. L. 561-15)¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 237.

¹⁴⁰⁴ E. Schlumberger (2018). Chronique de droit européen des sociétés (avril 2018 - octobre 2018). *Droit des sociétés* n° 12, *Décembre 2018, chron.* 2. <https://web.lexisnexis.fr/lmjpro> (Erişim tarihi: 01.01.2019)

¹⁴⁰⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L0843&from=EN> (Erişim tarihi: 11.02.2019)

¹⁴⁰⁶ <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/05/14/money-laundering-and-terrorist-financing-new-rules-adopted/> (Erişim tarihi: 11.02.2019)

¹⁴⁰⁷ Schlumberger, 2018, **a.g.k.**.

¹⁴⁰⁸ Karaparanın aklanmasının önlenmesine dair yapılan son ulusal düzenlemelerle birlikte, şüpheli işlem bildirimi giderek artmıştır. Fransa’da bu sayı 2004 yılında 10842 iken, 2014 yılında 38 419’e 2017 yılında 71.070’e ulaşmıştır. TRACFIN’in 2017 yılı raporu için bkz., <https://www.economie.gouv.fr/tracfin-rapport-activite-2017> (Erişim tarihi: 11.02.2019).

¹⁴⁰⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 241; Lasserre-Capdeville, 2016, **a.g.k.**,

Sistematik bildirimler konusunda ise; 2013-100 sayılı ve 28.01.2013 tarihli “Ekonomik ve Finansal Alanda Avrupa Birliği Düzenlemelerinin Uyumlaştırılması Kanunu’nun” 13. maddesiyle, kredi kuruluşları için düzenli olarak TRACFIN’e bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Para veya elektronik parayla yapılan fonların transferi işlemleriyle ilgili bilgilerin unsurlarıyla, bir takvim yılında her defasında 1000 Avroyu geçen veya toplamda 2000 Avroyu bulan işlemler bildirim kapsamında yer alır¹⁴¹⁰. Aynı Kanun’un 12. maddesi CMF art. L. 561-15-1’i değiştirerek şu hükmü getirmiştir: “TRACFIN’e bildirimde bulunmakla yükümlü kuruluşlar, yerleşim yeri ülkesi, fonların aktarıldığı yer ülkesi veya işlemin niteliği bakımından, yüksek derecede karapara aklama veya terörizmin finansmanı riski taşıyan işlemlerle ilgili bilgileri vermekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere TRACFIN lehine, müşteri sırrının saklanması dair hükümler uygulanmayacaktır. Hatta Kurum şüpheli işlemle ilgili tüm belge ve bilgileri talep etme ve yerinde inceleme yetkisine sahiptir¹⁴¹¹.”

2.2.3.3. İsviçre hukukunda

Fransız hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda uzun yıllar bankaların “sistematik bildirim yükümlülüğüne” yer verilmemiştir. İsviçre hukukundaki düzenlemeler incelendiğinde, bir yetki¹⁴¹² veya yükümlülük¹⁴¹³ olarak karaparanın aklanmasının önlenmesi için bildirim öngörülmüş olduğu görülmektedir.

İsviçre uzun yıllar, karaparanın aklanması suçu ile vergi suçlarına ilişkin uluslararası yardımlaşma taleplerini reddetmekle suçlanmıştır. Aslında İsviçre hukukunda karaparanın aklanmasının önlenmesine yönelik olarak da 01.08.1990 tarihli Ceza Kanunu’nda (CPS) ¹⁴¹⁴ art. 305^{bis} ve art. 305^{ter}’de hükümler yer almaktadır. CPS art. 305^{bis}; kara para aklamayı ve özellikle bir suçtan kaynaklı olan malvarlığı değerlerinin tespit edilmesinin kasıtlı olarak engel olunması fiilinin suç teşkil ettiğini ve üç yıldan az olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırıldığını düzenlemektedir. CPS art. 305^{ter}’e göre ise; suçtan kaynaklı malvarlığı değerlerinin

¹⁴¹⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 241; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 78.

¹⁴¹¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 244; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 79.

¹⁴¹² CPS art. 305^{ter} al. 2; banka çalışanının, karaparanın aklanması amacına yönelik olabilecek şüpheli işlemleri, ceza yargılaması makamlarına “*bildirebileceğini*” düzenlemektedir.

¹⁴¹³ LBA art. 9’da; banka çalışanı bakımından, bazı malvarlığı değerleri için, karaparanın aklanması veya terörizmin finansmanı amacına yönelik işlem yapılması durumunda, İsviçre Karapara Aklama Bildirim Ofisi’ne bildirimde bulunma “*yükümlülüğü*” öngörülmüştür.

¹⁴¹⁴ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (Erişim tarihi: 08.08.2018)

mesleki bir faaliyetin ifa edilmesi suretiyle kabul edilmesi ya da bu malvarlığı değerlerinin saklanmasına yardım edilmesi fiili suç teşkil etmektedir.

18.03.1994 yılında, art. 305^{ter}'e yeni bir fıkra eklenerek, özellikle aracı kuruluşların, şüpheli gördükleri işlemleri yetkili kurumlara bildirim düzenlenmiştir. Bu fıkra ile, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne yönelik bir istisnanın yaratılmış olduğu görülmektedir. Bununla birlikte İsviçre hukukunda, çok az sayıda şüpheli işlem bildirim yapılmıştır¹⁴¹⁵.

Bu durumun gerek GAFI gerekse uluslararası birlikler tarafından eleştirilmesi sonucu İsviçre Kanun koyucusu, 10.10.1997 yılında, Karaparanın Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanın Önlenmesine Dair Federal Kanun ile (LBA)¹⁴¹⁶ daha etkili tedbirler içeren düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır¹⁴¹⁷.

01.01.2016 tarihine gelindiğinde, “GAFI tavsiyelerinin Uygulanmasına Dair Federal Kanun” ile¹⁴¹⁸ CP art. 305^{ter}'e yeni bir fıkra daha eklendiği görülmektedir. Bu yeni düzenleme uyarınca; kredi kuruluşlarına, Karapara Aklama Bildirim Ofisi'ne, suçtan veya nitelikli finansal kabahatten kaynaklanan malvarlığı değerleri ile ilgili ipuçlarını “*bildirme yetkisi*” tanınmıştır¹⁴¹⁹.

Ayrıca aynı Kanun ile LBA'ya yeni bir madde eklenerek, “ekonomik hak sahibi” müşterinin İsviçre Karapara Aklama Bildirim Ofisi'ne “*bildirimi yükümlülüğü*” öngörülmüştür. LBA art 2a al. 3 gereğince banka işlemi gerçekleştiren tüzel kişi ve kişi şirketlerinde “ekonomik hak sahibi olarak” hâkimiyeti elinde bulunduranların tespit edilmesi gerekmektedir. Maddeye göre; şirketin sermayesinin veya oy hakkının en az %25'ine sahip olanlar “hâkimiyeti elinde bulunduranlar” olarak kabul edilmektedir. Bu kişilerin tespitinin mümkün olmadığı hâllerde, şirketi yönetime yetkili kişinin tespit edilmesi gerekmektedir. Böylece İsviçre hukukunda da “sistematik bildirim” uygulamasına geçilmiştir.

¹⁴¹⁵ İsviçre'de 2003 yılında 863 şüpheli işlem bildirim yapılırken, 2014 yılında 1753, 2017 yılında 4684 bildirim yapılmıştır. İsviçre Karapara Aklama Bildirim Ofisi'nin 2017 yılı raporu için bkz. <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/fr/home/kriminalitaet/geldwaescherei/jb.html> (Erişim tarihi: 01.01.2019); Bildirimlerdeki artışta İsviçre hukukunda son yıllarda yapılan düzenlemelerin etkili olduğu düşünülmektedir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 237.

¹⁴¹⁶ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19970427/201601010000/955.0.pdf> (Erişim tarihi: 01.08.2019)

¹⁴¹⁷ Lasserre- Capdeville, 2014b, **a.g.k.**, 7; Lasserre- Capdeville, 201, **a.g.k.**, 96-97; Rappo, 2011, **a.g.k.**, 47.

¹⁴¹⁸ GAFI tavsiyelerinin Uygulanmasına Dair Federal Kanun için bkz., RS 2015 1389.

¹⁴¹⁹ Bankalar için bir yetki düzenlemesi öngören bu madde, açıkça şüpheli işlem bildirim yapılması gerektiği hükmünü içermemektedir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 250-251.

Şüpheli işlem bildirimi veya karaparanın aklanmasının veya diğer finansal suçların önlenmesine ilişkin olarak yapılacak bildirimler müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir. İyiniyetle karaparanın aklanmasının veya terörizmin finansmanın önlenmesine yönelik olarak bildirimde bulunan banka çalışanı için mesleki sır saklama yükümlülüğüne aykırılıktan söz edilemeyecektir (LBA art. 11). Banka çalışanının, yapacağı açıklamalar nedeniyle hukuki veya ceza sorumluluğu bulunmayacaktır¹⁴²⁰.

2.2.3.4. Türk hukukunda

Türk hukukunda “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”¹⁴²¹ bankaların müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün istisnalarından birini oluşturmaktadır. Kanun’un 2. maddesinde, bankacılık alanında faaliyet yürütenler “yükümlü” olarak sayılmıştır. Böylece bankalar için de diğer yükümlüler gibi; şüpheli işlem bildirimi (m.4), devamlı bilgi verme (m.6), bilgi ve belge verme (m.7) yükümlülüğü öngörülmüştür.

Bankaların “devamlı bilgi verme yükümlülüğü”; taraf olduğu veya aracılık ettiği işlemlerden, Bakanlıkça belirlenecek tutarı aşanları Başkanlığa bildirmeleri anlamına gelmektedir. Devamlı bilgi vermenin usul ve esasları Bakanlıkça belirlenmektedir (m.6).

Bankalar, başkanlık ve denetim elemanlarının “talebiyle”, her türlü bilgi, belge ve bunlara ilişkin her türlü ortamdaki kayıtları, bu kayıtlara erişimi sağlamak veya okunabilir hâle getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri tam ve doğru olarak vermek ve gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdür (m. 7)

Bankaların “şüpheli işlem bildiriminde”¹⁴²² bulunması da gerekmektedir. Banka tarafından yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması hâlinde bu işlemlerin banka tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunludur (m.4).

¹⁴²⁰ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 253; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 96-97.

¹⁴²¹ RG 18.10.2006 tarih ve 26323 sayı.

¹⁴²² 2015 yılında bankalar tarafından yapılan şüpheli işlem bildirim sayısı 66.179, 2016 yılında 117.006, 2017 yılında 159.076’dır. MASAK faaliyet raporu için bkz. https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/01/2017_Faaliyet_raporu.pdf (Erişim tarihi: 16.07.2019).

“Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin¹⁴²³ 3. maddesinde; banka nezdinde adına işlem yapılan gerçek kişi, tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri kontrolünde bulunduran ya da bunlara ait hesap ya da işlemin nihai yararlancısı durumunda olan gerçek kişi veya kişiler “gerçek faydalanıcı” olarak tanımlanmıştır. Bankalar, bir başkası hesabına hareket edilip edilmediğini ve işlemin gerçek faydalanıcısının kimliğini tespit etmek için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Bankalar, ticaret siciline kayıtlı tüzel kişilerle sürekli iş ilişkisi tesisinde, tüzel kişiliğin yüzde yirmibeşini aşan hisseye sahip gerçek ve tüzel kişi ortaklarının kimliğini de tespit etmelidir (m. 17).

Bankaların hukuki düzenlemelerle belirlenen yükümlülüklerine uygun olarak “Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı’na” yapacakları bildirim, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁴²⁴.

2.3. Uluslararası Yardımlaşmaya (İstinabe) İlişkin İstisnalar

Uluslararası yardımlaşma, bir devletin medeni usul, ceza usul ve vergi usul hukuku alanındaki işlemlerini diğer devlet adına gerçekleştirmesini sağlar¹⁴²⁵. Uluslararası yardımlaşma, talepte bulunan devlete gizli nitelikteki bilgilerin verilmesini gerektirdiği için, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin istisnasını oluşturur.

Uluslararası düzeyde bilgi değişimi için iki yol izlenmektedir. Vergilendirme alanındaki bilgilerin değişimi için idari yardımlaşma kuralları geçerliyken, ceza sahasındaki bilgi değişimi için uluslararası adli yardımlaşma kuralları geçerli olmaktadır.

2.3.1. Vergilendirme alanında uluslararası idari yardımlaşmaya ilişkin istisnalar

2.3.1.1. Uluslararası anlaşmalar

Uluslararası anlaşmaları; “Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma”, Vergilendirme Alanında Karşılıklı İdari Yardımlaşmaya Dair Anlaşma” ve “Finansal Hesaplarla İlgili Otomatik Bilgi Değişimi Hakkında Yetkili Makamlar Arasında Anlaşma” olarak üçe ayırarak inceleyebiliriz.

¹⁴²³ RG 09.01.2008 tarih ve 26751 sayı.

¹⁴²⁴ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1352; Reisoğlu, 2015, **a.g.k.**, 1545.

¹⁴²⁵ Uluslararası alanda, müşteri sırrının saklanmasıyla ilgili uyumsuzluklar daha çok vergi ve ceza hukuku alanında olduğu için, medeni usul alanındaki adli yardımlaşma çalışmada yer verilmemiştir.

“Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilere İlişkin Model Anlaşma” Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) tarafından ilk kez 1963 yılında kabul edildikten sonra, 21.11.2017 tarihindeki değişiklikle en son şeklini almıştır¹⁴²⁶.

Anlaşmayla sözleşen devletler arasında, gelir ve servet üzerinden alınan vergilere ilişkin idari yardımlaşmanın esas ve usulleri belirlenmiştir. Ancak idari yardımlaşmanın sınırları da bulunmaktadır. Gerçekten, 26. maddenin¹⁴²⁷ 3. fıkrasına göre; “devletlerin herhangi bir ticari sır, üretim sırrı, mesleki sır veya açıklanması kamu düzenine aykırılık teşkil eden bilgileri verme yükümlülüğü bulunmaz”. Madde metninden anlaşılacağı üzere, müşteri sırrı açıklanmaması gereken bilgiler arasında yer almamaktadır. Üstelik aynı maddenin 5. fıkrasında, “3. fıkra hükmünün sözleşen devletlerce, bilginin banka, finansal kuruluş, vekil, acenta ya da yediemin sıfatıyla hareket eden bir kişide bulunması veya sermaye payları ile ilgili olması sebebiyle, söz konusu bilgiyi vermeyi reddedecek biçimde yorumlanamayacağı” düzenlenmiştir. 26. maddenin 5. fıkrası açıkça, müşteri sırrının saklanması hükümlerinin, vergilendirmeye ilişkin bilgi değişiminde ileri sürülemeyeceğini düzenlemektedir¹⁴²⁸.

25.01.1988 yılında, üye devletler arasında vergi kaçırma ve diğer vergi uyumsuzluklarına karşı daha etkin mücadele etmek ve dayanışmayı geliştirmek amacıyla¹⁴²⁹, OECD ve Avrupa Konseyi tarafından “Vergilendirme Alanında Karşılıklı İdari Yardımlaşmaya Dair Anlaşma” hazırlanmıştır¹⁴³⁰. Anlaşma, Fransa tarafından 01.09.2005 tarihinde, İsviçre tarafından 15.09.2013 tarihinde imzalanmıştır¹⁴³¹. Türkiye Anlaşmayı 03.11.2011 tarihinde imzalamış, Anlaşma 1078 sayılı “Vergi Konularında

¹⁴²⁶ Anlaşma için bkz. <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/modele-de-convention-fiscale-concernant-le-revenu-et-la-fortune-version-abregee-20745427.html> (Erişim tarihi:03.02.2019).

¹⁴²⁷ Söz konusu anlaşmanın “bilgi değişimi” başlıklı 26. maddesine göre, “sözleşen devletlerin yetkili makamları; anlaşmanın uygulanması, her tür vergilendirmeye ilgili iç hukuk düzenlemelerinin yönetimi veya uygulanması, anlaşmaya aykırılık teşkil etmedikçe devletlerin hesabına politik alt bölümleri veya mahalli idarelerince vergilendirme yapılmasıyla ilgili öngörülebilir şekilde uygun bilgilerin değişimini sağlarlar. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre; devletler, değişim kapsamında yer alan bilgileri saklamakla yükümlüdür. Bu bilgiler, yalnızca vergilerin tahakkuku, tahsili, cebri icrası ile vergilendirmeye itiraz konusunda veya denetime yetkili kişi veya makamlar dâhil tüm yargılama makamları veya idari makamlara verilebilir. Söz konusu gizlilik kurallarına uyulmaması durumunda, değişim talebinde bulunulan devlet, talepte bulunan devletle ilgili yükümlülükler uylacağına dair uygun güvence verene kadar, yardımı askıya alabilir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 276.

¹⁴²⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 277; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 114.

¹⁴²⁹ C. B. Başok. (2016). *Uluslararası vergi anlaşmalarının yorumlanması*. Yayımlanmamış yüksek lisans tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 43.

¹⁴³⁰ Bkz. <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/convention-concernant-l-assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale.html> (Erişim tarihi: 03.02.2019)

¹⁴³¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 277.

Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile kabul edilmiştir¹⁴³².

Anlaşma, devletler arasında idari yardımlaşmanın temel hukuki dayanağı olarak kabul edilmektedir. Anlaşma’da vergi kaçakçılığının önlenmesi amacıyla yönelik olarak, talep üzerine bilgi değişimi, otomatik bilgi değişimi, kendiliğinden bilgi değişimi gibi idari yardımlaşma türlerine yer verilmiştir. Ancak, otomatik bilgi değişimi için taraf Devletler arasında, ayrı bir anlaşma imzalanması gerekecektir¹⁴³³.

Anlaşma’nın “sır” başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasında, “*idari yardımlaşma kapsamında yer alan bilgilerin saklanması yükümlülüğünün bulunduğu*” düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında “*değişim kapsamındaki bilgilerin, vergilerin tahakkuku, tahsili, cebri icrası ile vergilendirmeye itiraz konusunda yetkili veya denetime yetkili kişi veya makamlar dâhil tüm idari makamlara veya yargılama makamlarına verilebileceği hususu*” düzenlenmiştir. Anılan makamların bilgi talebine karşı banka, müşteri sırrını saklama yükümlülüğü ile bağlı olduğu itirazını ileri süremeyecektir¹⁴³⁴.

ABD’de 2010 yılında kabul edilen ve kısaca FATCA¹⁴³⁵ olarak anılan “Yabancı Hesaplar Vergi Mevzuatına Uyum Yasası”, OECD Devletleri ve bu Devletlerin finansal kuruluşları için “otomatik bilgi değişiminin” özel olarak düzenlenmesinde etkili olmuştur. Özellikle offshore vergi kayıp ve kaçığı ile mücadelede etkinliğin artırılması amacıyla, OECD’nin çalışmaları neticesinde “*Vergisel Bilgilerin Otomatik Değişimi Standardı*”, 21 Temmuz 2014 tarihinde yayımlanmıştır¹⁴³⁶. “Söz konusu Standart” ve “*Vergilendirme Alanında Karşılıklı İdari Yardımlaşmaya Dair Anlaşma*”nın 6. maddesinde düzenlenen otomatik değişim hakkında hüküm, “*Finansal Hesaplarla İlgili Otomatik Bilgi Değişimi Hakkında Yetkili Makamlar Arasında Anlaşma*”nın kaynağını

¹⁴³² RG 20.05.2017 tarih ve 30071 sayı.

¹⁴³³ L. Ateş (2015). Vergisel bilgilerin otomatik değişimi standardı ve Türkiye. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (özel sayı), s. 671.

¹⁴³⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 278; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 115.

¹⁴³⁵ FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) ABD dışındaki finansal kuruluşlara bazı yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler uymayan, FATCA’yla uyumlu olmayan kurumlar için, ABD’den elde ettikleri gelirler üzerinden %30 oranında stopaj yapılmasından, finansal sistemin dışında tutulmaya kadar çok sayıda yaptırımlar bulunmaktadır. Bkz., Başok, 2016, **a.g.k.**, 41.

¹⁴³⁶ Ateş, 2015, **a.g.k.**, 674-675; S. Acuner (2014). Avrupa Birliğinde vergiye tâbi bazı gelirler için otomatik bilgi değişimindeki son gelişmeler, *Vergi Sorunları Dergisi*. 2014(304), s. 144.

oluşturmaktadır¹⁴³⁷. Anlaşma 29.10.2014 tarihinde Fransa, 19.11.2014 tarihinde İsviçre¹⁴³⁸, 05.05.2017 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmıştır.

Bu son Anlaşma'nın 2.maddesine göre; *“hesap sahibinin tespitine ilişkin bilgiler ile finansal bilgiler paylaşılabılır”*. Hesap sahibinin tespitine dair bilgiler, hesap sahiplerinin kimliklerinin öğrenilmesine hizmet etmektedir. *Gerçek kişiler için; isim, adres, yerleşim yeri ülkesi, vergi kimlik numaraları, doğum yeri ve tarihi, tüzel kişiler için, unvan, adres, yerleşim yeri ülkesi, vergi kimlik numarası hesap sahibinin tespitine dair bilgilerlerdendir. Hesap bilgileri, hesabın ve hesabı yöneten finansal kurumun tesptini sağlamaktadır*. Paylaşılacak finansal bilgiler, hesabın türüne göre farklıdır. Örneğin mevduat hesabının bulunduğu hâllerde, hesabın açılış veya kapanış tarihi, faiziyle birlikte hesapta yer alan toplam miktar paylaşılacak bilgiler arasındadır.

Değişim kapsamında yer alan bilgiler vergilerin tahakkuku, tahsili, cebri icrası ile vergilendirmeye itiraz konusunda yetkili veya denetime yetkili kişi veya makamlar dâhil, tüm idari makamlara veya yargılama makamlarına verilebilir. Anılan makamlara karşı bankanın müşteri sırrını saklama yükümlülüğü ile bağlı olduğu itirazı ileri sürülemeyecektir¹⁴³⁹.

2.3.1.2. Avrupa Birliği Direktifleri

Avrupa Birliği hukuku bakımından müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün istisnalarından biri olarak kabul edilen direktifleri; “Dolaysız Vergiler Alanında Üye Devletlerin Yetkili Makamları Arasında Uluslararası İdari Yardımlaşma Direktifi”, “Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesine İlişkin Avrupa Birliği Direktifi” ve “Vergilendirme Alanında Otomatik Bilgi Değişimi Direktifi” olarak üçe ayırarak inceleyebiliriz.

Uluslararası idari yardımlaşma alanında ilk kez, 19.12.1997 tarih ve 77/799 sayılı “Dolaysız Vergiler Alanında Üye Devletlerin Yetkili Makamları Arasında Uluslararası İdari Yardımlaşma Direktifi”¹⁴⁴⁰ ile düzenleme yapılmıştır. Direktif’te talep üzerine bilgi değişimi, otomatik bilgi değişimi ve kendiliğinden bilgi değişimi olmak üzere üç

¹⁴³⁷ <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/accord-multilateral-entre-autorites-competentes.html> (Erişim tarihi: 03.02.2019)

¹⁴³⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 278.

¹⁴³⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 281; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 115.

¹⁴⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977L0799&from=EN> (Erişim tarihi:03.02.2019)

tür yolla bilgilerin değişimi sağlanmaya çalışılmıştır. Belirtilen Direktif, yalnızca dolaysız vergilerle ilgili yardımlaşmayı düzenlediği için çeşitli tarihlerde yapılan değişikliklerle dolaylı vergiler de, bilgi değişimi kapsamında yer alacak şekilde düzenlenmiştir¹⁴⁴¹. Bu Direktif son olarak, 2011/16 sayılı “Vergilendirme Alanındaki İdari İşbirliği Direktifi”¹⁴⁴² ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Avrupa Birliği Devletleri’nde sınır ötesi sermaye hareketlerinin serbest hâle gelmesinden sonra, üye devlet vatandaşlarının diğer üye devletlerde elde ettiği yatırım gelirlerinin takibi ve vergilendirilmesi önem kazanmış, vergi kaçakçılığının önlenmesine dair etkili önlemler alınmaya başlanmıştır. Üye devletler tarafından tasarrufların farklı oranlarda vergilendirilmesi nedeniyle meydana gelen olumsuz etkileri ortadan kaldırmak amacıyla yayımlanan, 03.06.2013 tarih ve 2003/48 sayılı “Faiz Gelirlerinin Vergilendirilmesine ilişkin Avrupa Birliği Direktifi”¹⁴⁴³ bu önlemlerden biridir¹⁴⁴⁴. Direktif’in 8. maddesinde; “*gerçek faydalanıcının, bankanın yerleşik olduğu Devlet dışında başka bir Avrupa Birliği’ne üye devlette yerleşik olması durumunda, bankanın gerçek faydalanıcının kimlik, yerleşim yeri, hesap numarası ve hesapta yer alan para miktarı hakkında bilgi vermesi gerektiği*” düzenlenmiştir¹⁴⁴⁵. Belirtilen Direktif, uygulama alanı açısından etkili olmakla birlikte, diğer finansal araçlardan elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde etkili olmadığı için, 24.04.2014 tarih ve 2014/48 sayılı Avrupa Birliği Direktifi¹⁴⁴⁶ ile değiştirilmiştir¹⁴⁴⁷.

Üye devletler arasında bilgi değişimine yönelik olarak ise, 25.05.2016 tarih 2016/881 sayılı “Vergilendirme Alanında Otomatik Bilgi Değişim Direktifi”¹⁴⁴⁸ geçerlidir¹⁴⁴⁹. Direktif’te, bilgi değişim yöntemleri daha önceki Direktif’lerde olduğu

¹⁴⁴¹ Anılan Direktif 06.12.1979 tarih ve 79/10170 sayılı ve 07.10.2003 tarih ve 2003/93 sayılı Avrupa Birliği Direktif’leri ile değiştirilmiştir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 266-267.

¹⁴⁴² Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0016> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁴³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003B0408:EN:HTML> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁴⁴ İ. Değerli (2010). Avrupa Birliği Tasarruf Direktifi. *T. C. Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Başkanlığı Mayıs Bülteni* (5), s.5-7.

¹⁴⁴⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 268.

¹⁴⁴⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0048&from=FR> (erişim tarihi: 03.02.2019)

¹⁴⁴⁷ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 269.

¹⁴⁴⁸ Direktif için bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0881> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁴⁹ 19.12.1997 tarih ve 77/799 sayılı “Dolaysız Vergiler Alanında Üye Devletlerin Yetkili Makamları Arasında Uluslararası İdari Yardımlaşma Direktifi”nin, 11.03.2011 tarih ve 2011/16 sayılı “Vergilendirme Alanındaki İdari İşbirliği Direktifi” ile yürürlükten kaldırıldığını ifade etmiştik.

gibi, talep üzerine bilgi değişimi¹⁴⁵⁰, otomatik bilgi değişimi¹⁴⁵¹ ve kendiliğinden bilgi değişimi olarak sayılmıştır¹⁴⁵². Değişim kapsamında; “*isim, adres, yerleşim yeri ülkesi, vergi kimlik numarası, gerçek kişi hesap sahibinin doğum tarihi, doğum yeri, hesap numarası, açıklamayı yapan finansal kuruluşun isim ve vergi kimlik numarası, faiziyle birlikte hesapta yer alan toplam değer gibi bilgiler*” yer alacaktır ¹⁴⁵³. Bu alanda karşılıklı yardımlaşmayı kolaylaştırmak için, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından, standart bilgi değişimi formu da hazırlanmıştır. Avrupa Birliği’nin bu alandaki Direktifleri ile, üye devletler arasında vergilendirme alanında uyumlaştırma sağlanırken, müşteri sırrının saklanması yükümlülüğüne dair önemli bir istisna oluşturulmuştur¹⁴⁵⁴.

2.3.1.3. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda vergi idareleri arasında bilgi değişimi, iki taraflı anlaşmalar aracılığıyla yapılmaktadır. Nitekim LPF art. L. 114 gereğince; “*vergi kaçakçılığı ve diğer vergi suçları ile mücadele etmek amacıyla Fransa’yla idari yardımlaşma anlaşması imzalayan vergi idareleri arasında bilgi değişim yapılabilir*”. Değişim kapsamında yer alan bilgilerin, değişim talebinde bulunan devlet vergi idaresi tarafından saklanması zorunludur.

Ayrıca, “*Fransız vergi idareleri, ticari sır, üretim sırrı, mesleki sır veya açıklanması genel güvenlik ile kamu düzenine aykırılık teşkil edecek bilgileri, diğer Devlet vergi idareleriyle paylaşamaz (LPF art. R. 114 A-2 al. 2)*”. Elbette müşteri sırrı niteliğindeki bilgiler, değişim kapsamında yer almaktadır. Fransız hukukunda, karşılıklı

Belirtilen Direktif ise, 09.12.2014 tarih ve 2014/107 sayılı ve 25.05.2016 tarih ve 2016/881 sayılı “*Vergilendirme Alanında Otomatik Bilgi Değişim Direktifleri*” ile değiştirilmiştir. Bu son değişiklikte, Avrupa Birliği Devletlerinde, vergi kaçakçılığının önlenerek daha etkin bir bilgi değişimi sistemi oluşturmak ve özellikle “*Panama Belgelerinin*” açıklanmasından sonra, mevcut düzenlemelerin yetersizliğinin giderilmesi isteği etkili olmuştur. E. Raingeard de la Blétière, Adoption formelle de la directive anti-évasion fiscale: premier aperçu. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 36, 8 Septembre 2016, 1471.<http://www.lexisnexis.com/fr/droit/r> (Erişim tarihi 03.02.2019)

¹⁴⁵⁰ Direktif’in 5. maddesinde; bilgi talep eden kurumun isteği üzerine bilgi istenen kurumun sahip olduğu ya da idari soruşturma sonucu elde ettiği, bir bilgiyi talepte bulunan makama iletme yükümlülüğüyle bağlı olduğu düzenlenmiştir.

¹⁴⁵¹ Direktif’in 8. maddesinde; otomatik bilgi değişimi, belirlenmiş düzenli aralıklarla, ön talep olmaksızın, diğer üye devletlere önceden tanımlanmış bilgilerin sistematik iletimi olarak tanımlanmıştır.

¹⁴⁵² Direktif’in 9. maddesinde; kendiliğinden bilgi değişimi, başka bir üye devlete bilginin ön talep olmaksızın herhangi bir zamanda sistemik olmayan değişimi olarak tanımlanmıştır.

¹⁴⁵³ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 272.

¹⁴⁵⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 271.

anlaşmalar yoluyla vergi idareleri arasındaki bilgi değişiminde, müşteri sırrının saklanması hükümleri uygulanmamaktadır¹⁴⁵⁵.

2.3.1.4. İsviçre hukukunda

İsviçre, vergi alanında uluslararası idari yardımlaşma taleplerini, talepte bulunan devletin iç hukuk hükümlerinin, yani müşteri sırrının vergi idarelerine karşı ileri sürülemez oluşunun, kendi iç hukuk düzenlemelerine aykırı olduğu gerekçesiyle reddediyordu. 2009 yılına kadar İsviçre, uluslararası idari yardımlaşma taleplerini, yalnızca vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili olduğunda kabul etmekteydi¹⁴⁵⁶.

2009 yılında OECD; Londra’da yapılan G20 toplantısında, vergi alanında bilgi değişimiyle ilgili olarak işbirliği yapan ülkeler için üç ayrı kategorinin olduğu liste yayımladı¹⁴⁵⁷. Beyaz listede Almanya, Avusturya, Türkiye ve Fransa gibi Devletler, yer aldı. Bu devletlerin OECD standartlarına uygun şekilde bilgi değişimini sağlamak üzere, on ikiden fazla anlaşma imzaladığı belirtildi. Aralarında Lüksemburg, Belçika, İsviçre’nin de bulunduğu gri listede yer alan devletlerin, uluslararası standartlara uyma yükümlülüğünün bulunduğu ve fakat bilgi değişimine dair on ikiden az uluslararası anlaşma imzaladığı açıklandı. Son olarak Malezya, Filipinler, Uruguay, Kosta Rika, kara listede yer alan ve bilgi değişimi konusunda işbirliği yapmayan devletler olarak belirtildi¹⁴⁵⁸.

İsviçre, OECD tarafından yayımlanan gri listeden çıkmak için, vergi alanında uluslararası idari yardımlaşma çabalarını arttırmak amacıyla 13.03.2009 tarihinde, vergi suçları arasında ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, OECD Model Anlaşması’na uygun şekilde, uluslararası idari yardımlaşma anlaşmaları imzalamaya başlamıştır¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 283; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 115.

¹⁴⁵⁶ G. Molo (2017). *Du secret bancaire à la transparence financière*. Genève: Schulthess, s. 79-81; Alavi, 2017, **a.g.k.**, 284; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 113-114; Lasserre-Capdeville, 2006, **a.g.k.**, 725.

¹⁴⁵⁷ <http://www.oecd.org/fr/pays/liechtenstein/listedesparadisfiscauxnoncooperatifs.html> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁵⁸ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 288; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 114.

¹⁴⁵⁹ Örneğin, İsviçre ve Fransa arasında 27.08.2009 tarihinde imzalanan “Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte vergilendirmenin Önlenmesi Anlaşması”, 04.11.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/suisse/suisse_convention-avec-la-suisse-impots-sur-le-revenu-et-sur-la-fortune_fd_2125.pdf (Erişim tarihi: 03.02.2019). Belirtilen Anlaşma’nın 28. maddesinin 5. fıkrasında; “anlaşmanın 28 maddesi hükümlerinin bilginin banka, finansal kuruluş, vekil, acenta ya da yediemin sıfatıyla hareket eden bir kişide bulunması veya sermaye payları ile ilgili olması sebebiyle, söz konusu bilgiyi vermeyi reddedecek biçimde yorumlanamayacağı” açıkça hükme bağlanmıştır.

Ayrıca iç hukuk düzenlemelerine, 28.09.2012 tarihinde “Vergi Alanında Uluslararası İdari Yardımlaşma Federal Kanunu’nu (LAAF)¹⁴⁶⁰ ekleyerek, özellikle çifte vergilendirmenin önlenmesine dair çok taraflı anlaşmalara hız kazandırmıştır. Çifte vergilendirmenin önlenmesine dair LAAF art. 8 al. 2’ye göre; “*bankanın, finansal kuruluşun, vekilin, acentanın veya sermaye payı sahibinin elinde olan bilgiler, Anlaşma’da söz konusu bilgilerin teslim edileceğine dair hüküm varsa verilebilir*”. Böylece İsviçre hukukunda açısından da, uluslararası idari yardımlaşma anlaşmalarında açıkça belirtilmek koşuluyla, bankalar nezdinde bulunan gizli nitelikte bilgilerin, yetkili vergi idarelerine verilmesine dair yasal düzenleme yapılmıştır¹⁴⁶¹.

Diğer taraftan “Vergilendirme Alanında Otomatik Bilgi Değişimi Hakkında Federal Kanun” (LEAR)¹⁴⁶² 18.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. LEAR art. 26 al. 2; “*bir anlaşma veya Kanun’da yer alan hükmün sır saklama yükümlülüğünü ortadan kaldıracığını*” düzenleyerek, İsviçre hukuku bakımından müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgilerin yabancı vergi idarelerine, otomatik bilgi değişimi ile verilmesinin yolu açılmıştır. Nitekim İsviçre ile Avrupa Birliği arasında 27.05.2015 tarihinde¹⁴⁶³ ve İsviçre ile ABD arasında 14.02.2014 tarihinde¹⁴⁶⁴ bilgi değişimine yönelik uluslararası anlaşma imzalanmıştır.

2.3.1.5. Türk hukukunda

Türk hukukunda vergi alanında uluslararası idari yardımlaşma; iki taraflı, çok taraflı ve vergisel olmayan anlaşmalar yoluyla yapılmaktadır¹⁴⁶⁵.

İki taraflı anlaşmalara 29.07.2015 tarihinde ABD ile imzalanan FATCA anlaşması örnek gösterilebilir. FATCA Anlaşması 6627 sayılı Kanun ile onaylanarak 16.03.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴⁶⁶. BankK m. 73 f.3 kanunen yetkili mercilere yapılan

¹⁴⁶⁰ RS. 651.1.

¹⁴⁶¹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 293; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.**, 114.

¹⁴⁶² RS. 653.1.

¹⁴⁶³ 09.12.2014 tarihli “Finansal Alanda Otomatik Bilgi Değişimi Direktif’ine” uygun olarak, İsviçre ile Avrupa Birliği arasında imzalanan Anlaşma için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2016/5003.pdf> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁶⁴ İsviçre ve ABD arasında “FATCA Yasasının uygulanmasına Yönelik İşbirliği Anlaşması için bkz. <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/31588.pdf> (Erişim tarihi: 03.02.2019). Bu Anlaşma ile ABD’de yürürlükte olan “Yabancı Hesaplar Vergi Mevzuatına Uyum Yasası”nın, İsviçre iç hukuk düzenlemelerinde yer alarak, İsviçre banka ve finansal kuruluşlarının 01.07.2014 tarihinden itibaren, otomatik bilgi değişimi konusunda işbirliği yapmaları sağlanmıştır. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 312.

¹⁴⁶⁵ L. Ateş (2016). Türkiye’de vergi mahremiyetinin sınırları, yurtiçi ve yurtdışı bilgi paylaşımında: *Vergi hukukunda bilgi toplama ve açıklamanın sınırları*. (Ed: B. Yaltı). İstanbul: Beta Yayınları, s. 190.

¹⁴⁶⁶ RG 16.03.2016 tarih ve 29655 sayı.

açıklamaların sır saklama yükümlülüğüne aykırılık oluşturmadığını düzenlemektedir. Üstelik VUK vergi idaresine, yükümlü ile yükümlüyle herhangi bir işlem yapan üçüncü kişilerden, kamu idare ve müesseselerinden bilgi alma yetkisi tanımıştır. VUK m.152/A hükmü ile bu yetkinin uluslararası bilgi değişimi amacıyla kullanımı açıkça düzenlenmiştir¹⁴⁶⁷. Zira maddeye göre; “*Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası anlaşmalarda yer alan bilgi değişimi hükümleri çerçevesinde, Maliye Bakanlığınca tespit edilecek usullere göre Kanunun 1. maddesinde belirlenen şümulle sınırlı olmaksızın bilgi toplayabilir*”. Türkiye’deki bankaların, ABD kökenli gerçek ve tüzel kişileri ve hesaplarını bildirmesi, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁴⁶⁸.

Vergi bilgilerinin değişimine ilişkin hükümler barındıran çok taraflı vergi anlaşmaları da bulunmaktadır. Nitekim Türkiye “Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Anlaşması’nı” 03.11.2011 tarihinde imzalamış, Anlaşma 1078 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir¹⁴⁶⁹.

Devletler yapmış oldukları hukuki yardım anlaşmaları kapsamında, vergi suçu teşkil eden fiillere dair bilgi değişimi yapabilmektedir. Ülkemizde Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı’nca, uluslararası bilgi değişimini teminen, yabancı ülkelerdeki muadil kurumlarla imzalanan mutabakat zabıtları gereğince her türlü bilgi ve belgelerin değişimi sağlanabilmektedir¹⁴⁷⁰. Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un 22. maddesinin 3. bendine göre; “*yabancı ülkelerdeki muadil kuruluşlara Başkanlıkça bilgi verilmesi sırrın ifşası sayılmaz*”.

2.3.2. Ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma

Ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma; talepte bulunan devlet adına diğer devletin ceza soruşturma, kovuşturma veya cezaların yerine getirilmesiyle ilgili tüm tedbirleri kapsar.

¹⁴⁶⁷ Ateş, 2016, **a.g.k.**, 193.

¹⁴⁶⁸ Alıcı, 2017, **a.g.k.**, 1308.

¹⁴⁶⁹ RG 20.05.2017 tarih ve 30071 sayı.

¹⁴⁷⁰ Ateş, 2016, **a.g.k.**, 194-195.

2.3.2.1. Avrupa Birliği Anlaşmaları

Ceza alanında uluslararası adli yardımlaşmaya yönelik ilk düzenleme 20.04.1959 tarihli Avrupa Birliği Anlaşması'dır¹⁴⁷¹. Anlaşma'nın 3. maddesine göre, taraf Devletler, uluslararası adli yardımlaşma komisyonu aracılığıyla yapılan taleplere karşı müşteri sırrının saklanması yükümlülüğü hükümlerini ileri süremeyecektir. Söz konusu Anlaşma'da 1978¹⁴⁷² ve 2001¹⁴⁷³ yılındaki ek protokollerle değişiklikler yapılmıştır¹⁴⁷⁴. 2001 yılında kabul edilen Protokol'ün 8. maddesi; *“uluslararası adli yardımlaşmanın, taraf devletlerin uluslararası adli yardımlaşma komisyonu aracılığıyla yapılmasının zorunlu olmadığını”* düzenlemiştir. Bu yeni düzenleme ile, doğrudan doğruya taraf devlet yetkili makamları, uluslararası adli yardımlaşma talebinde bulunabilecektir. Fakat her iki durumda da bankalar, müşteri sırrına ilişkin hükümleri, bilgi verme taleplerini reddetmek amacıyla ileri süremeyecektir¹⁴⁷⁵.

2.3.2.2. Fransız hukukunda

Fransız hukukunda CPP art. 694 ile art. 696-47'te; uluslararası adli yardımlaşma düzenlenmiştir. CPP art. 695-9-51'de; *“müşteri sırrının saklanmasına dair hükümlerin, uluslararası adli yardımlaşma konusunda yetkili makamlara karşı ileri sürülemeyeceği”* açıkça hükme bağlamıştır. Ancak, CPP art. 694-4; *“uluslararası adli yardımlaşma kapsamında yapılan açıklamaların, kamu düzenine veya Fransız Halkı'nın temel yararına aykırılık teşkil etmemesi gerektiğini de düzenlemektedir*¹⁴⁷⁶.

2.3.2.3. İsviçre hukukunda

İsviçre hukukunda Ceza Alanında Uluslararası Adli Yardımlaşma Hakkında Federal Kanun'un (EIMP)¹⁴⁷⁷ 1. maddesi; *“İsviçre'nin ceza alanında uluslararası adli yardımlaşmayı, temel yararına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetme yetkisine sahip olduğunu”* düzenlemekle birlikte, *“temel yararın”* müşteri sırrını kapsamadığı kabul

¹⁴⁷¹ Anlaşma için bkz. <https://rm.coe.int/1680065725> (Erişim tarihi: 03.02.2019)

¹⁴⁷² bkz. <https://rm.coe.int/168007797e> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁷³ bkz. <https://rm.coe.int/168008156a> (Erişim tarihi: 03.02.2019).

¹⁴⁷⁴ Söz konusu protokol İsviçre tarafından 19.03.2004 tarihinde imzalanmış, 04.10.2004 tarihinde onaylanarak 01.02.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. bkz. RS. 0.351.12; Fransa tarafından 08.11. 2011 tarihinde imzalanan Protokol, 16.06.2012 tarihli ve 2012-813 sayılı Kararnamenin yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Alavi, 2017, **a.g.k.**, 316.

¹⁴⁷⁵ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 316.

¹⁴⁷⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 317.

¹⁴⁷⁷ RS. 351.1.

edilmektedir¹⁴⁷⁸. Üstelik EIMP art. 67 al. 1 ve 2; “ceza soruşturma veya kovuşturmasını yürüten makam, soruşturma sırasında topladığı delilleri ve bilgileri, kendiliğinden ceza soruşturmasında yetkili yabancı devlet makamına verebilir” hükmünü ihtiva etmektedir. Ancak bilgi ve delillerin verilebilmesi için, bu bilgi ve delillerin yabancı devlette ceza soruşturması açılmasına neden olacak nitelikte olması veya bilginin verilmesinin İsviçre’de yürütülen ceza soruşturmasına etkisinin olmaması gerekir. Sır alanına etkisi olan delil veya bilgiler bakımından 1. ve 2. fıkra hükümleri uygulanmaz (EIMP art. 67 al. 4). Fakat sır alanında bulunan bilgilerle ilgili, uluslararası adli yardımlaşma talebinin bulunması durumunda, ceza soruşturmasında yetkili yabancı makama verilebilir (EIMP art. 67. al. 5).

Bunla birlikte, EIMP art. 3 al. 3; tarh edilecek vergiyi azaltmaya yönelik fiilleri, ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma kapsamı dışında tutarken, failin hileli davranışlarıyla, ödeyeceği verginin önemli miktarda eksik hesaplanmasına sebep olması fiilini uluslararası adli yardımlaşma kapsamında tutmuştur. İsviçre hukukunda, bir vergi kaçakçılığı türü olan, failin hileli davranışlarıyla ödeyeceği verginin önemli miktarda eksik hesaplanması fiili dışındaki vergi suçları için yapılan uluslararası adli yardımlaşma talepleri reddedilmiştir.

İsviçre her ne kadar 13.03.2009 tarihinden itibaren, vergi suç ve kabahatleri arasında ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, OECD Model Anlaşması’na uygun şekilde, uluslararası idari yardımlaşma anlaşmaları imzalamaya başlamış olsa da, ceza alanında uluslararası adli yardımlaşma bakımından, vergi suçları arasındaki ayrımı sürdürmüştür¹⁴⁷⁹.

Fakat 2008 yılında ABD, İsviçre UBS Bankası’nın müşterisi olan Amerikan vatandaşlarıyla ilgili bilgi almak üzere, uluslararası idari yardımlaşma talebinde bulunmuştur. ABD makamlarının banka için ceza yaptırımları uygulayabileceğini açıklamasının ardından¹⁴⁸⁰ İsviçre Finansal Piyasaları Denetleme Kurumu (FINMA), 255 müşterisiyle ilgili bilgileri ABD makamlarına teslim etmiştir. FINMA’nın bankanın müşterilerinin isimlerini vermesi, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 15.07.2011 tarihli kararına konu olmuştur. Kararda, FINMA’nın uluslararası idari yardımlaşma kurallarına

¹⁴⁷⁸ Aubert vd., 1995, **a.g.k.**, 318.

¹⁴⁷⁹ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 332; Lasserre-Capdeville, 2013, **a.g.k.** 112.

¹⁴⁸⁰ İ. Augsburger-Bucheli (2011). Le secret bancaire suisse à travers des pans choisis de son histoire. *Les enjeux Juridique du secret bancaire*. Genève: Schultess, s.25.

uymadan, müşterilerinin bilgilerini ABD makamlarına teslim etmiş olduğu tespit edilmiştir. Ancak Mahkeme, Anayasa'nın 36. maddesinde¹⁴⁸¹ düzenlenmiş olan “temel hakların ciddi, doğrudan ve muhakkak tehlike hâllerinde sınırlanabileceğine” dair hükmünü göz önünde bulundurarak, FINMA'nın UBS Bankası'nın iflâsı ve İsviçre ekonomisinin karşılaşıcağı tehlikeyi dikkate aldığı ve bu nedenle yaptığı açıklamalar nedeniyle sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir¹⁴⁸²

19.08 2009 tarihinde ABD ve İsviçre arasında imzalanan Anlaşma ile¹⁴⁸³, UBS Bankası'nda hesabı bulunan 4450 müşteriyle ilgili bilgiler, ABD yetkili makamlarına teslim edilmiştir¹⁴⁸⁴. 04.04.2012 tarihinde CP art. 271 al. 1'de¹⁴⁸⁵ değişiklik yapılarak, bankaların yararının korunması açısından gerekli ise, faaliyetleriyle ilgili bilgi sunulabilmelerinin yolu açılmıştır. Ancak bunun için bankaların, yetkili kurumdan bu yönde izin almaları gerekecektir. Böylece söz konusu tarihten itibaren, İsviçre bankaları, uluslararası idari veya adli yardımlaşma yoluna başvurmadan, doğrudan doğruya, ABD vergi idarelerince istenen bilgileri teslim etmeye başlamıştır¹⁴⁸⁶.

2.3.2.4. Türk hukukunda

Türk hukukunda ceza alanında uluslararası adli yardımlaşmada özel bir düzenleme bulunmadığından, genel esaslara ilişkin olarak TCK m. 18-29 arasında yer alan hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir.

Adalet Bakanlığı'nın 16.11.2011 tarih ve 69/2 sayılı “Uluslararası Ceza İstinabe İşlemlerinde Adli Makamlarımızca Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar” konulu genelgesinin 1. maddesinde; “*yardımlaşma işlemlerinin, ilgili devletlerle Türkiye arasında yürürlükte bulunan ikili anlaşma ya da çok taraflı sözleşmeler vasıtasıyla,*

¹⁴⁸¹ İsviçre Anayasası'nın 36. maddesi şu şekildedir: “*temel haklar ancak bir hukuki düzenlemeyle sınırlanabilir. Temel haklara dair ağır sınırlamalar ancak bir kanun hükmüyle olabilir. Ciddi, doğrudan ve muhakkak tehlike hâlleri saklıdır. Temel haklara dair sınırlamalar, kamu yararı veya başka bir kişinin temel hakkının korunması amacıyla sınırlanabilir. Temel haklara dair sınırlamalar, bu yöndeki amaca orantılı olmalıdır*”.

¹⁴⁸² bkz., 15.07.2011 tarih ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin 2C 127/2010 sayılı kararı

¹⁴⁸³ “İsviçre Konfederasyonu ile ABD arasında UBS Anonim Şirketi'yle ilgili ABD Gelir İdaresi'nin bilgi Talebi Hakkında Anlaşma” için bkz., RS 0.672.933.612.

¹⁴⁸⁴ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 334.

¹⁴⁸⁵ CP art. 271 al. 1'e göre; “*izin almadan İsviçre topraklarında yabancı bir devlet için kamu yetkisinin kullanılmasıyla ilgili işlem gerçekleştirenler, böyle bir işlemi yabancı bir taraf veya kuruluş için yapanlar veya işlemi övenler hakkında üç yıla kadar hapis veya para cezasına hükmolunur*”.

¹⁴⁸⁶ Alavi, 2017, **a.g.k.**, 335.

bunların bulunmaması hâlinde de, uluslararası teamül hukuku kuralları ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde yürütüleceği belirtilmiştir”¹⁴⁸⁷.

Türkiye “Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi”ni imzalamıştır. Sözleşme 118.03.1968 tarihinde 1034 sayılı Kanun¹⁴⁸⁸ ile onaylanmıştır. Bu sözleşme daha çok suçluların iadesine dair hükümler içermektedir. Bundan başka özellikle kara paranın aklanmasının ve terörizmin finansmanın önlenmesine yönelik sözleşmelere Türkiye taraftır¹⁴⁸⁹. İki ve çok taraflı sözleşmelerle ve karşılıklılık ilkesi gereğince verilen bilgiler sebebiyle, müşteri sırrının saklanması hükümleri ihlal edilmiş olmayacaktır.

¹⁴⁸⁷ Genelge bkz., http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/cz_istinabe.html (Erişim tarihi: 17.06.2019)

¹⁴⁸⁸ RG 16.10.1968 tarih ve 12856 sayı.

¹⁴⁸⁹ Bkz., http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/adli_yardimlasma/adli_isbirligi_ceza/cz_istinabe.html (Erişim tarihi: 17.06.2019)

SONUÇ

Fransız hukukunda müşteri sırrıyla ilgili temel hukuki düzenleme CMF art. L. 511-33'de, İsviçre hukukunda LB art. 47'de ve Türk hukukunda BankK m. 73'te yer almaktadır. Maddelerde müşteri sırrına ilişkin bir tanım bulunmamakta, sır saklama yükümlülüğüne tâbi olanlar ile yükümlülükle ilgili bazı istisnalar yer almaktadır. İsviçre hukukunda aynı madde içinde, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında uygulanacak ceza yaptırımlarına da yer verilmiştir. Buna göre, müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri kasıtlı olarak açıklayanlar, 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Fransız hukukunda mesleki sır niteliğindeki bilgileri açıklayanlar bir yıl hapis cezası ve 15.000 Avro para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Türk hukukunda müşteri sırrının ihlalinde uygulanacak ceza yaptırımları konusunda Bankacılık Kanunu'nun 159 maddesinin, Türk Ceza Kanununun 239 ve 136-137 maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bankacılık Kanunu'nun 159. maddesine bakıldığında, müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne uymayanlar için bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezasının öngörülmüş olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan Türk Ceza Kanunun 239. maddesinde de, sırların açıklanması fiili suç sayılmıştır. Bu yüzden adli para cezasının üst sınırı daha ağır olduğu için Türk Ceza Kanununun 239. maddesi asli norm olarak uygulanmaktadır. Müşteri sırrı aynı zamanda kişisel veri olabilir, bunların yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi durumunda, bu defa TCK'nın 239 maddesi ile 136-137. maddeleri arasında fikri içtima ilişkisi ortaya çıkar. Sonuç olarak, söz konusu maddelerden en ağır ceza yaptırımını içeren TCK m. 136-137 uygulama alanı bulur.

Müşteri sırrını saklama yükümlülüğü özel hukuk bakımından, müşterinin sır çevresiyle ilgili olması nedeniyle, kişiliğin korunması hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktadır. Kişilik hakları içinde kişinin maddi, manevi ticari ve ekonomik alanları bulunmaktadır. Kişinin gizli alanı, kendisinin hayat alanı içinde bulunmakta ve bu alana yönelik saldırılar kişiliğin korunması hükümleri kapsamında korunmaktadır. Müşteri sırrı niteliğinde olan tüm kişisel ve ekonomik bilgiler de, kişinin gizli alanı içinde yer almaktadır. Böylece müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün ihlalinde, kişiliği koruyucu davalar, maddi, manevi tazminat davası ve vekâletsiz iş görme davası açılabilmektedir.

Sırrın ihlali bankanın sözleşmesel sorumluluğuna da sebep olabilmektedir. Taraflar arasındaki banka sözleşmesine, bankanın ve banka çalışanının sırrı saklamakla yükümlü olduğuna dair hüküm konabilir. Bu durumda gizlilik yükümlülüğünün, sözleşmenin asli değil yan edimi olduğu söylenebilir.

Sözleşmede gizlilik yükümlülüğüne dair hükmün bulunmaması durumunda ise, sözleşmenin niteliğine bakmak gerekecektir. Müşteri ve banka arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliği, her sözleşme türüne göre değişiklik göstermektedir. Fakat banka sözleşmeleri çoğunlukla vekâlet sözleşmesine dair en az bir unsur barındırmaktadır. Vekâlet sözleşmesi vekil için, sadakat ve özen yükümlülüğü gerektirdiğinden, sadakat ve özen borcunun aynı zamanda gizlilik yükümlülüğünü içereceği açıktır.

Banka sözleşmesinde gizlilik yükümlülüğüne dair açık bir hüküm olmadığında veya sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelenmesi mümkün olmadığında, bu defa gizlilik yükümlülüğünün sözleşmeye bağlı bir yan yükümlülük olarak, tüm banka sözleşmelerinde bulunduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Zira aynı zamanda bir koruma ve davranış yükümlülüğü olarak gizlilik yükümlülüğü, bir sözleşme yapmak için bir araya gelen, sosyal teması başlatan kişilerin, bu andan itibaren, birbirlerinin mal ve kişi varlıklarına zarar vermemek için gereken çabayı göstermelerini zorunlu kılmaktadır. Banka sözleşmesi temelinde yer alan bir yan yükümlülük ve koruma/davranış yükümlülüğü olarak gizlilik yükümlülüğü, “dürüstlük kuralına” ve “güven teorisine” de dayanmaktadır.

Fransız hukukunda sözleşmesel sorumluluk hükümleri yalnızca, banka ve müşteri arasında sözleşmenin olduğu hâllerde uygulanmaktadır. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığında, haksız fiil hükümleri, banka bakımından müşteri sırrını saklama yükümlülüğünün kaynağı olarak kabul edilmektedir.

İsviçre-Türk hukukunda ise, taraflar arasında sözleşme ilişkisine varmayan özel bağlantılar bir başka deyişle, sözleşme benzeri ilişkiler sebebiyle, zarar göreni haksız fiil hükümlerine tabi kılmak yerine, sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlamak üzere, dürüstlük kuralına dayanan bazı teoriler geliştirilmiştir. “Culpha in contrahendo sorumluluğu borca aykırılığa dayandıran teori”, “sözleşmenin ard etkisi teorisi”, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi” ve “edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi teorisi” bunlardan bazılarıdır. Böylece “müşteriyle bağlantılı

edime yakın kişiler” veya “sözleşme öncesi görüşmelerinin tarafı olan kişiler” için, bankanın sorumluluğunun kaynağı, sözleşmesel sorumluluk hükümleri olabilmektedir.

Bankanın müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sebebiyle sözleşmesel sorumluluğu organlarının (temsile yetkili kişilerin) fiilleri sebebiyle gerçekleşebilir. Bu durumda bankanın sorumluluğunun şartları “bankanın sözleşmeye aykırı olarak müşteri sırrını açıklaması”, “zararın meydana gelmesi” ve “hukuka aykırı olarak yapılan açıklama ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması” olarak sıralanabilir. Müşteri bankanın kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Ağırlaştırılmış özen sorumluluğuna tâbi olan banka, sözleşmeye aykırı fiili nedeniyle kusurlu olmadığını ispat etmekle yükümlüdür.

Sözleşmesel sorumluluğa aykırılığın bazı sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle bankanın hukuka aykırı olarak yapılan açıklama nedeniyle, meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmektedir.

Ayrıca koşulları varsa, banka sözleşmesi sona erdirilebilmektedir. Esasen Fransız hukukunda sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunduğunda, sırrın açıklanması sözleşmeye ağır aykırılık teşkil ettiğinde veya mahkeme kararıyla sözleşmeden dönülebilir. Fakat hâkim, hâlin icabına göre, sözleşmeden dönme talebini reddedebilir, sözleşmeden dönmeye ya da sadece meydana gelen zararın tazminine karar verebilir.

İsviçre-Türk hukukunda ise, gizli nitelikteki bilgilerin açıklanması sebebiyle, müşterinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır. Müşteri sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir. Zira tıpkı banka sözleşmeleri gibi, “güven ilişkisi temeline dayalı” iş, acenta, şirket sözleşmeleri gibi bazı sürekli sözleşmelerin haklı nedenle feshedilebilmesi mümkündür.

Bankanın müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sebebiyle sözleşmesel sorumluluğu, yardımcı kişilerinin fiilleriyle de gerçekleşebilir. Bu durumda banka ancak yardımcı kişinin hareket tarzında kendisi bulunsaydı, bu hareket tarzının kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Müşteri sırrının saklanması hükümlerinin bir diğer kaynağı haksız fiil hükümleridir. Fransız hukukunda banka sözleşmesinin olmaması, geçerli bir sözleşmenin olmaması, sözleşme öncesi görüşmelerinin yapılması ve sözleşmenin sona ermesi hâlinde açıklanan müşteri sırları için, haksız fiil hükümleri zorunlu olarak uygulanmaktadır.

İsviçre-Türk hukukunda ise, hukuka aykırı olarak açıklanmış olan müşteri sırrı için, sözleşmesel sorumluluk hükümlerine veya haksız fiil hükümlerine başvurulabilir. Bu iki sorumluluk türü için taleplerin yarışmasından bahsedilir. Fakat sırrın açıklanması nedeniyle meydana gelen zararın tazmininde, sözleşmesel sorumluluk hükümleri, haksız fiil hükümlerine göre daha elverişlidir. Zira sözleşmesel sorumluluk sebebiyle açılacak davalarda zamanaşımı süresi daha uzundur. Ayrıca adam çalıştıran olarak banka aleyhine açılacak haksız fiile dayalı tazminat davasında banka; çalışanını seçerken, talimat verirken, gözetim ve denetimde kendisinden beklenen tüm özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Diğer taraftan bankanın organizasyon sorumluluğu da bulunmaktadır. Bu sebeple banka, çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 66 f.3).

Müşteri sırrı kapsamında yer alan bilgiler “bir sıfat veya görev dolayısıyla öğrenilen” ve “gizli nitelikte olan” bilgilerden oluşmaktadır. Bu bilgilerin “kişisel veya ekonomik” nitelikli olması arasında fark bulunmamaktadır. Buradan hareketle müşteri sırrını dair bazı örnekler verilebilir: Müşterinin kimlik bilgileri, hesaplarının durumu ve sayısı, hesap hareketleri, menkul kıymetlerle ilgili işlemleri, ödenen çeklerin toplamı ve mahiyeti, müşterinin ekonomik durumu hakkında bir başka banka veya kişi tarafından verilen bilgiler, kasa kirasına ait bilgiler, müşteri tarafından yapılan ödemeler ve havale talimatları, şahsi ve ayni teminat sözleşmeleri, ticari sırra ilişkin bilgiler bu örneklerden bazılarıdır.

Ancak İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda gizli nitelikteki bilginin “belirli bilgi” olması da gerekmektedir. Belirli bilgi niteliğinde olmayan düzenli ödemeler, ödenmemiş çekler gibi müşterinin “genel mali durumu ile ilgili bilgiler” gizli bilgi olarak kabul edilmemektedir. Bankanın “müşterisinin özel hayatını etkileyecek bilgilerin anlamlandırılmasına olanak sağlayan sayısal verilerini” açıklaması ise, belirli bilginin açıklanması anlamına gelmektedir. Fransız hukukunda, banka tarafından, bir kişinin düzenli ödemelerinin olup olmadığı sorusu cevaplanabilir. Fakat evli bir müşteri tarafından, evlilik dışı çocuğuna yapılan düzenli ödemelerin öğrenilmesine sebep olacak şekilde açıklama yapmak, müşteri sırrına dair hükümlerin ihlal edildiği anlamına gelmektedir.

Müşteri sırrının kişi bakımından kapsamında, sırrı saklamakla yükümlü olanlar ve sırrın saklanmasından yararlananlar bulunmaktadır. Türk hukukunda BankK m. 73’te;

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri ile Kurum personeli, Fon Kurulu başkan ve üyeleri ile Fon personeli, Kurumun dışarıdan destek hizmeti aldığı kişi ve kuruluşlar sır saklama yükümlülüğüne tâbi olan kişiler olarak sayılmıştır. Ayrıca sıfat ve görevleri dolayısıyla müşterilere ait sırları öğrenenlerin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda banka yönetim kurulu üyeleri, tasfiye memurları, bankanın çalışanları, bağımsız denetim, değerlendirme, derecelendirme, destek hizmetleri kuruluşlarında çalışanlar da, öğrendikleri sırları saklamakla yükümlüdürler.

Saydığımız kişiler dışında İsviçre ve Türk hukukunda müşteri sırrını açıklayan üçüncü kişiler için de ceza yaptırımını öngörüldüğünden, bankayla ilgili herhangi bir görev veya sıfatı olmayan üçüncü kişiler de öğrenmiş oldukları sırları saklamak zorundadır.

Müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünden yararlananlar, bankanın müşterileri ile bankanın hakkında bilgi sahibi olduğu üçüncü kişilerdir. Banka; müşterisinin eşi ve çocukları, yasal temsilcisi, mirasçıları, şirketin ortakları hakkında bilgi sahibi olabilir. Bu kişiler “müşteriyle bağlantılı edime yakın üçüncü kişiler” olarak, müşteri sırrının yararlananları arasında sayılmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkarak biz müşteri sırrını; “BDDK personelinin, Kurul başkan ve üyelerinin, Fon Kurulu başkan ve üyelerinin, Fon personelinin, destek hizmeti sunan kişi veya kuruluşların veya başkaca bir sıfatı ve görevi olan kişilerin bu sıfat veya görevi dolayısıyla öğrenmiş olduğu, bankanın müşterileriyle veya üçüncü kişilerle ilgili ekonomik veya şahsi nitelikteki bilgi” olarak tanımlıyoruz.

Müşteri sırrının saklanması yükümlülüğünün çok sayıda istisnası bulunmaktadır. CMF art. L. 511-33’e göre; sır saklama yükümlülüğü İhtiyati Denetim ve Çözümleme Kurumu’na, Fransa Merkez Bankası’na, Fransa Deniz Aşırı Bölgesi Merkez Bankasına, ceza soruşturması veya yargılamasını yürüten makama, meclis soruşturma komisyonuna karşı ileri sürülemez. Kredi kuruluşu ve finansman şirketleri sır kapsamındaki bilgileri, kredi derecelendirme kuruluşlarıyla derecelendirme işlemlerinin yapılması amacıyla paylaşabilir. Bankaların sözleşme öncesi görüşme yaptığı, sözleşme imzaladığı veya işlemini gerçekleştirdiği kişilere, söz konusu işlem veya sözleşmenin yapılması için zorunlu olarak verilmesi gereken bilgiler sebebiyle, müşteri sırrı hükümleri ihlâl edilmiş olmayacaktır. Maddede tahdidi olarak sayılan işlem veya sözleşmeler; doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla kredi kuruluşu veya finansman şirketince gerçekleştirilen kredi işlemleri, finansal araçlara ilişkin işlemler, kredi rizikosunu için

yapılan teminat veya sigorta işlemleri, bir kredi kuruluşu veya finansman şirketinde yönetim hâkimiyetini sağlayan veya sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların devri, aktiflerin veya ticari işletmenin devri, alacağın veya sözleşmenin devri, önemli bazı işlemlerin yapılmasının üçüncü kişilere bırakıldığı hizmet sözleşmeleri, müşteriyle ilgili banka işlem ve sözleşmelerinin, şirketler topluluğunca incelenmesi ve hazırlanması işlemleridir.

Türk hukukunda ise sır saklama yükümlülüğünün istisnalarına BankK m. 73'ün 2., 3. ve 4. fıkralarında yer verilmiştir. BankK m. 73 f.2'ye göre; BDDK, yurt dışındaki muadili denetim mercileri ile düzenlediği mutabakat zabıtları çerçevesinde, gizli nitelikteki bilgileri verebilir. Kurum'un yurt dışındaki muadili denetim mercileri aracılığıyla elde ettiği sır niteliğindeki belge ve bilgiler, ceza soruşturması ve kovuşturması kapsamında savcılıklar ile ceza mahkemelerine verilebilir. BankK m. 73 f.3'te sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenlerin, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamayacakları düzenlenmiştir. Bu mercilerden başlıcaları; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası, Sermaye Piyasası Kurumu ve Rekabet Kurumu olarak sıralanabilir. BankK m. 73 f. 4'te ise; kredi kuruluşları ile finansal kuruluşların gizlilik sözleşmesi yapılması ve sadece sözleşmede belirtilen amaçlarla sınırlı kalması koşuluyla kendi aralarında doğrudan doğruya, risk merkezi veya Kredi Kayıt Bürosu Anonim Şirketi aracılığıyla bilgi alışverişi yapabilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yolu ile sermayenin yüzde onunun ve daha fazlasının satışı amacıyla muhtemel alıcıların yapacakları çalışmalar için sırrın açıklanması, sır saklama yükümlülüğü dışında bırakılmıştır. Bankalar tarafından değerlendirme, derecelendirme, destek hizmeti veya destek hizmeti niteliğinde olmayan hizmet alınması ile bağımsız denetim faaliyetleri kapsamında bilgi ve belge taleplerinin karşılanması, gizlilik sözleşmesi yapılması ve belirtilen amaçlarla sınırlı kalınması şartıyla müşteri sırrını saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez. Bankaların kredileri de dâhil varlıklarının ya da bunlara dayalı menkul kıymetlerin satışı amacıyla yapılacak değerlendirme çalışmaları kapsamında yer alan bilgi ve belge alışverişi, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez.

Kanımızca BankK m. 73'e, tıpkı Fransız hukukunda CMF art. L. 511-33'te olduğu gibi, alacağın devri veya kredi rizikosu için yapılan teminat veya sigorta

işlemleri gibi sıklıkla gerçekleştirilen banka işlemleri için, daha açık bir istisna hükmünün eklenmesi uygun olacaktır. Ayrıca şirketler topluluğundaki şirketlerin, banka nezdinde yer alan belge ve bilgiler hakkında bilgi talep etmesine yönelik açık bir hüküm bulunmadığından, maddeye şirketlerden biriyle ilgili bir teminat ilişkisinin olması durumunda müşteri sırrının açıklanabileceğine yönelik bir ekleme yapılması da gerekmektedir. BankK m. 73'e; bankanın "taraf olduğu uyuşmazlıklarda, hukuk mahkemesince ibrazına karar verilen belgeleri mahkemeye sunmakla ve bilirkişi incelemesine izin vermekle yükümlü olduğu" yönünde açık bir hüküm de konulmalıdır. Fakat bankanın tarafı olmadığı bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, sır saklama yükümlülüğünün devam ettiği belirtilmelidir.



KAYNAKÇA

- Abdel Hamid, R. (1989). *Le secret bancaire: étude de droit comparé. France, Egypte*. Université de Rennes 1. Thèse de doctorat.
- Acuner, S. (2014). Avrupa Birliğinde vergiye tâbi bazı gelirler için otomatik bilgi değişimindeki son gelişmeler. *Vergi Sorunları Dergisi*. 2014(304). s. 142-154.
- Akçaal, M. (2018). İsviçre Medeni Kanunu'na göre kayyımlık türleri. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (2) , s. 63-87.
- Akgül, A. (2015). Kişisel verilerin korunması bağlamında biyometrik yöntemlerin kullanımı ve Danıştay yaklaşımı. *TBB Dergisi*. 2015 (118), s. 199-222.
- Akın, M. Y. (2002). *Şirketler hukukunda ve özellikle A.Ş.'lerde pay sahibinin sadakat borcu*. İstanbul: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası.
- Akıncı, A. (2017). Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün getirdiği yenilikler ve Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi. *İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı Çalışma Raporu*, N.6. s.1-37.
- Akipek, A. G., Akıntürk, T., Karaman, A. (2015). *Türk medeni hukuku. Başlangıç hükümleri. Kişiler hukuku* (12. Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Akman, G. S. (1976). *Sorumsuzluk anlaşması*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Akoffodji, R. (1996). *Le silence dans les rapports bancaires*. Tours: LGDJ.
- Aksoy, H. C. (2010). *Medeni hukuk ve özellikle kişilik hakkı yönünden kişisel verilerin korunması*. Ankara: Çakmak Yayınevi.
- Aksoy, E. (2015). Objektif dava birleşmesi. *TBB Dergisi*. 2015(117). s. 201-232.
- Alavi, A. (2017). *Le secret bancaire Etude de droit comparé (France-Suisse)*. Thèse Doctorat. Paris: Université Paris Est.
- Alıcı, Y. (2017). *Bankacılık Kanunu şerhi. C.II* (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Alıcı, Y. (2017). *Bankacılık Kanunu şerhi. C.I* (2. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık (2017a).
- Altay, A. (2008). Bankacılık Kanunu'nun temel esasları ve yeni kurumları. *Banka hukuku atölye çalışmaları:II*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s.5-73.

- Altop, A. (1996). *Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında bankaların verdikleri banka bilgilerinden dolayı hukuki sorumlulukları*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Antalya, O. G. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.1. Temel kavramlar sözleşmeden doğan borç ilişkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Antalya, O. G. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.2. Haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri*. İstanbul: Legal Yayıncılık (2018a).
- Antalya, O. G. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.3. Borçların ifası borçların ifa edilmemesinin sonuçları*. İstanbul: Legal Yayıncılık (2018b).
- Antreasyan, S. ve Müller, V. (2013). Les secrets d'affaires des fonds d'investissement alternatifs en droit suisse. *GesKR: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, s.252-259.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2018). *Borçlar hukuku. Özel borç ilişkileri* (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aral, N. Z. (1961). Bankalarda mesleki sır. *Türkiye Bankalar Birliği Yayınları*. N.10. s. 7-42.
- Arkan, S. (2018). *Ticari işletme hukuku* (24. Basıdan Tıpkı Basım). Akara: BTHAE Yayınları.
- Aşıkoğlu, Ş. İ. (2018). *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda kişisel verilerin korunması ve büyük veri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Atabek, R. (1982). Banka sırrı. *Batider*, 11 (4), s.95-117.
- Ateş, L. (2015). Vergisel bilgilerin otomatik değişimi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (özel sayı), s. 665-682.
- Ateş, L. (2016). Türkiye’de vergi mahremiyetinin sınırları, yurtiçi ve yurtdışı bilgi paylaşımında. B. Yaltı (Editör), *Vergi hukukunda bilgi toplama ve açıklamanın sınırları* içinde (s. 168-198). İstanbul: Beta Yayınları.
- Aubert, M., Beguin, P., Bernasconi, P., Graziona-Von Burg, J., Schwob, R., Treuillaud, R. (1995). *Le secret bancaire suisse*. Berne: Staempfli.
- Aubert, M. (1991). Procuration encore valable après le décès, mandat post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après le décès du client à l’égard des héritiers, *Semaine Judicaire*, s.285-297.
- Augsburger-Bucheli, İ. (2011). Le secret bancaire suisse à travers des pans choisis de son histoire. *Les enjeux Juridique du secret bancaire*. Genève: Schultess, s.19-30.

- Ayan, Ö. (2013). *Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ihlalinin sonuçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, G. S. (2017). *Kişilik hakkı ihlalinden doğan vekâletsiz işgörme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Aydın Ünver, T. (2017). *Müşterek hesap*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Ayhan, R. ve Çağlar, H. (2018). *Ticari işletme hukuku. Genel esaslar* (11. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Ayözger, A. Ç. (2016). *Kişisel verilerin korunması. Elektronik haberleşme Sektörüne ilişkin özel düzenlemeler dâhil*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Aytaç, Z. (1979). Denetçilerin sır saklama yükümlülüğü. *Batider*, 10 (1), s.177-218.
- Aytekin İnceoğlu, A. (2008). 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçların değerlendirilmesi. *Banka hukuku atölye çalışmaları:II*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s.73-147.
- Bağrıaçık, S. N. (2017). *Üretim ve iş sırlarının korunması (özellikle haksız rekabet hukuku açısından)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Bahar Sayın, H. (2015). *Pay sahibi haklarının korunması kapsamında anonim şirket yönetim kurulu kararlarının butlanı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Bahtiyar, M. (2011). Yeni Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun ticari işletmenin devri konusunda getirdikleri. *Legal Hukuk Dergisi*. 2011 (106), s.3889-3910.
- Bahtiyar, M. (2018). *Ticari işletme hukuku* (19. Bası). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Bahtiyar, M. (2018). *Kıymetli evrak hukuku* (16. Bası). İstanbul: Beta Yayınları (2018a).
- Bahtiyar, M. (2019). *Ortaklıklar hukuku* (13. Bası). İstanbul. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Bahtiyar, M. (2019). *Sermaye piyasası hukukuna giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. , (2019a).
- Barmann, J. (1973). *Le Secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*. Paris: Publications de l'Universite de Paris I: Pantheon-Sorbonne .
- Başalp, N. (2010). Sözleşmenin nisbiliği ilkesi ile sorumluluk hukukunun ikili yapısının beraberinde getirdiği sonuçlar karşısında sözleşmenin üçüncü kişiye etkisi: Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı ile edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi hakkında bazı

- değerlendirmeler. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 441-472.
- Başalp, N. (2011). *Sorumsuzluk anlaşmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Başer Doğan, Z. (2018). *Türk ve Alman hukukunda anonim şirketlerde denetçinin sır saklama yükümlülüğü*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Başpınar, V. (2008). Avukatın özen borcu. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XII (1-2)*, s.39-62.
- Battal, A. (2001). *Güven kurumu nitelendirmesi ışığında bankaların hukuki sorumluluğu*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Battal, A. (2007). *Bankacılık Kanunu Şerhi: 5411 sayılı Kanun metni ve açıklaması* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Baysal B (2006). Fransız Borçlar Hukuku Reformuna ilişkin ön tasarıya (avant-projet de réforme du droit des obligations) genel bir bakış. *İHFM. 64 (2)*. s.215-234.
- Baysal, B. (2017). Cayma hakkının sözleşme hukukundaki yeri. *İÜHFM. LXXV (1)*. s. 273-292.
- Beguın, P. (1996). Secret bancaire et successions, *Les nouveaux défis au secret bancaire suisse*. Lausanne: Presses universitaire de Lyon. s. 23-32.
- Bernasconi, P. (2011). *Secret bancaire et autres secrets professionnels selon les nouveaux codes suisse de procédure pénale et civile*. Les enjeux juridiques du secret bancaire. Genève: Schulthess, s.51-86.
- Bilge, M. E. (2005). *Ticari sırların korunması*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2016). *Ticari işletme hukuku* (6. Baskı). Bursa: Dorsa Basım Yayım.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2018). *Şirketler hukuku dersleri* (6. Baskı). Bursa: Dora Basım Yayım.
- Bonneau, T. (2015). *Droit bancaire*. Paris: Ed. LGDJ.
- Bouzat, P. (1950). La protection juridique du secret professionnel en droit pénal comparé. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, s. 541-548.
- Bozer, A. ve Göle, C. (2018). *Ticari işletme hukuku*. Ankara: BTHAE Yayınları.

- Bozer, A ve Göle, C. (2018). *Kıymetli evrak hukuku*. Ankara: BTHAE Yayınları (2018a).
- Bozkurt, T. (2019). *Şirketler hukuku* (10. Baskı). Ankara: Legem Yayıncılık.
- Bucher, A. (2009). *Personnes physiques et protection de la personnalité*. Bâle: Helbing Lichtenhahn.
- Capitaine, G. (1933). *La question du secret des banques en droit suisse*: Genève: Imprimerie Atar.
- Capitaine, G. (1936). *Le secret professionnel du banquier en droit suisse et en droit comparé*. Genève: Imprimerie Atar.
- Crédot, F. J. (1994). Le secret bancaire: son étendue et ses limites. *Les Petites Affiches* no: 35, s.8-15.
- Cornu, G. (2014). *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Cozian, M., Viandier A., Deboissy, F. (2012). *Droit des sociétés* (27e édition). Paris: LexisNexis SA.
- Çabri, S. (2016). Konut finansmanı sözleşmelerinde erken ödeme hakkı, refinansman (yeniden finansman), faiz değişikliği, vadenin kısaltılması veya uzatılmasına ilişkin anlaşmalar ile erken ödeme tazminatı. *Sektörel Bazda Tüketici Uygulamaları Semineri*. Ankara: Bilge Yayınevi, s.41-65.
- Çelikboya, K. (2017). *Ticari işletmenin devri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Çiftçiöğlu, C. T. (2017). *Sırrın korunması boyutuyla ticari sır bankacılık sırrı veya müşteri sırrının açıklanması suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Decocq, G., Gérard, Y., Morel-Maroger, J. (2014). *Droit bancaire*. Paris : Ed. Revue banque.
- Değerli, İ (2010). Avrupa Birliği Tasarruf Direktifi. *T. C. Maliye Bakanlığı Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Başkanlığı Mayıs Bülteni*, (5), s. 6-10.
- Delachaux, F. (1939). *Le secret professionnel du banquier en droit suisse et comparé*. Neuchâtel: Ed. Commerciale de la these de Neuchâtel.
- Demirayak, E., B., (2014). *Hayat ve sağlık sigortası sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılması*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Demirayak, E. B. (2018). Limited şirketlerde ortakların şirkete karşı bağlılık yükümlülüğü. *Ankara Barosu Dergisi*, 2018 (3), s.24-54.
- Deschanel, J. P. (1977). L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit, *Revue Banque* no.365. Paris. s. 972-978.

- Dessemonte, F. (2011). *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*. Lausanne: CEDIDAC.
- Develioğlu, H. M. (2017). *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile karşılaştırmalı olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca kişisel verilerin korunması hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Doğrusöz, H. (2010). *Banka yöneticilerinin ve hâkim ortaklarının şahsi sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Dolu, A. M. (2017). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Donay, S. (1978). *Meslek sırrının açıklanması suçu*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Donay, S. (2007). *Bankacılık ceza hukuku: çekle ödemelerin düzenlenmesi ve çek hamillerinin korunması yasasındaki banka sorumluluğu, banka kartları ve kredi kartlarındaki ceza sorumluluğu*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Dondero, B (2016). La réforme du droit des contrats- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 19, 12 Mai 2016*, 1283.
- Dural, M. ve Öğüz, T. (2018). *Türk özel hukuku. C.II. kişiler hukuku* (19. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, M. ve Sarı, S. (2018). *Türk özel hukuku. C. I. Temel kavramlar ve Medeni Kanunun başlangıç hükümleri*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. A (2019). *Türk özel hukuku. C. III . Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Durgut, R. (2012). *Cari hesap sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Dülger, M. V. (2019). *Kişisel verilerin korunması hukuku*. İstanbul: Yaylacık Matbaası.
- Edis, S. (1997). *Medeni hukuka giriş ve başlangıç hükümleri* (6.Basım). Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Ekici, A. (2007). Bankacılık mevzuatı kapsamında banka ve müşteri sırrı. *Bankacılar Dergisi*. 2007(63). s. 51-70.
- Emch, U., Montavon, P., Renz, H., de Werra, A., Bosch, F., Bizzozero, A., Wermelinger, A. (1995). *Le monde et la pratique bancaire suisse*. Lausanne: éd. juridiques AMC Alpha.
- Erdönmez, G. (2014). *Medeni usul hukukunda belgelerin ibrazı mecburiyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Erem, F., Altınok, A., Tandoğan, H. (1971). *Bankalar Kanunu Şerhi* (5. Bası). BTHAE Yayınları
- Erem, F., Altınok, A., Tandoğan, H. (1989). *Bankalar Kanunu Şerhi* (7. Bası) Ankara: BTHAE Yayınları.
- Eren, F. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler* (23. baskı). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2018). *Borçlar hukuku. Özel hükümler* (6. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları (Eren 2018a).
- Eriş, G. (2004). *Açıklamalı içtihatlı uygulamalı çek hukuku*. Ankara: Seçkin Kitabevi.
- Eriş, G. (2014) . *Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kıymetli evrak*. Ankara: Seçkin Kitabevi.
- Erman, S. (1985). *Ticari ceza hukuku. Cilt V. 3098 ve 3182 sayılı kanunlar açısından bankacılık suçları. Ek I*. İstanbul: Nazım Terzioğlu Basımevi.
- Erman, S. (1993). *Şirketler ceza hukuku*. İstanbul: İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi.
- Ersan, A. (2013). Ticari sır bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanmasına dair Türk Ceza Kanunu ve Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemelerin karşılaştırılması. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 8 (84), s. 9-56.
- Erten, A. (1977). *Türk sorumluluk hukukunda sorumsuzluk şartları*. Ankara: Olgaç Matbaası.
- Etienney-de Sainte Marie, A. (2018). La résolution unilatérale pour inexécution: une prérogative sans entraves. *La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 16 Avril 2018*, 453, s.1-5.
- Evik, A. H. ve Evik, V. S. (2005). İçeriden öğrenenlerin ticareti suçu. *İÜHFM*. LXIII (1-2), s. 3-56.
- Farhat R. (1980). *Le secret bancaire: étude de droit comparé: (France, Suisse, Liban)*. Paris: LGDJ.
- Garinot, J. M. (2013). *Le secret des affaires*. Dijon: LexisNexis.
- Gavalda, C. ve Stoufflet, J. (1973). Le secret bancaire en France. *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en suisse*. Paris: Presses universitaires de France. s. 77-121.
- Gavalda, C. ve Stoufflet, J. (2010). *Droit bancaire*. Paris: Litec.
- Grosser, P. (2016). L'exécution forcée en nature. *Réforme du droit des obligations: Impacts sur les contrats d'affaires et informatiques*. s-116-118.

- Gönen, D. (2011). *Tüzel kişilerde kişilik hakkı ve korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Guggenheim, D. ve Guggenheim, A (2014). *Les contrats de la pratique bancaire suisse*. Genève: Stämpfli.
- Günergök, Ö. (2003). Avukatın sır saklama yükümlülüğü. *AÜEHFD*. 7 (1-2), s. 655-667.
- Güngör, S. Ş. (2011). *Türk hukukunda bankaların birleşmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Gürbüz Usluel, A. (2009). *Türk özel hukukunda özellikle anonim şirketlerde ticari sırların korunması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gürpınar, D. (2017). Kişisel verilerin korunamamasından doğan hukuki sorumluluk. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 19 (özel sayı), s. 679-694.
- Güzel, A. ve Ugan Çatalkaya, D. (2012). İşverenin iş kazasından sorumluluğunun niteliği ve sınırları. *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*. 2012(3), s.157-188.
- Hamel, J. (1933). *Banques et opérations des banques*. Paris: Ed. Rousseau.
- Hänni, L. (2017). *La responsabilité des administrateurs hors de la faillite de la société anonyme*. Bâle: Helbing Lichtenhahn.
- Hatemi, H. (2017). *Medeni hukuka giriş* (8. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Hatemi, H. (2019). *Aile hukuku* (7. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Helvacı, M. (1995). *Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu*. Ankara: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Helvacı, S. (2001). *Türk ve İsviçre hukuklarında kişilik hakkını koruyucu davalar*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Helvacı, S. ve Erlüle, F. (2018). *Medeni hukuk*. (5. Bası). İstanbul: Legal Yayıncılık.
- İmre, Z. (1974). Şahsiyet haklarından şahsın özel hayatının ve gizliliklerinin korunmasına ilişkin meseleler. *İÜHFM*. 39 (1-4), s. 147-168.
- İnan, A. N. (2014). *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- İzmirli, Y. (2001). *Anonim şirketlerde yönetim kurulunun organ niteliğini kaybetmesi ve hukuki sonuçları*. Ankara: Nobel Yayınları.

- İzveren, A. (1955). Bankalarda mesleki sır ve bunun ifşasının hukuki neticeleri. *Adalet Dergisi*, 3 (4), s. 321-330.
- Jeandin, N (2013). La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile. *Journées 2003 de droit bancaire et financier*. Berne: Staempfli, s. 107-142.
- Kalender, E. (2017). *Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kalkan Oğuztürk, B. (2008). *Güven sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kandırallıoğlu, P. Ç. (2011). *Türk Hukukunda bankaların sır saklama yükümlülüğü*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Kangal, Z. T. (2014). Ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu. *Ceza Hukuku Dergisi*. 2014 (24). s. 9-56.
- Kaplan, İ. (1996). *Banka sözleşmeleri hukuku, C.1*. Ankara: Dayınlarlı Yayınları.
- Kaplan, İ. (1990). Banka gizliliği-bankanın sır saklama borcu. *Batider*, 15 (4), s. 3-22.
- Kaplan, İ. (1996). Banka sözleşmelerinin yorumu ve tamamlanması. *Batider*. 14 (2), s.5-24.
- Kaplan, İ. (2018). İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) yetişkinlerin korunmasına ilişkin yeni hükümlerinin değerlendirilmesi. *TBB Dergisi* 2018 (137), s. 377- 404.
- Kara Kılıçarslan, S. (2015). *Kişilik hakkına saldırıda üstün nitelikte özel ve kamusal yarar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Kara Kılıçarslan, S. (2017). *Adam çalıştırmanın sorumluluğu*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Karacan, İ. (1987). *Bankacılık hukuku*. İstanbul: Yapı ve Kredi Bankası Bankacılık Araştırmaları Dizisi.
- Karasu, R. (2004). Limited şirketlerde idare yetkisi olmayan ortakların şirketle rekabet etme yasağı. *Batider*, 22 (3), s. 141-174.
- Kartal, M. T. (2018). Kişisel verilerin korunması: Türk bankacılık sektörü üzerine kavramsal bir değerlendirme. *Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi*, 4 (1), s. 1-18.
- Kaya, A. (2001). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin bilgi alma hakkı*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Kaya, A. (2012). Ticaret hukukunda ticari sır ve 4982 sayılı Kanun kapsamında bilgi edinme hakkı. *Makalelerim I*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 27-42.
- Kayıhan, Ş. (2018). *Ticari işletme hukuku* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Kayıhan, Ş. ve Ünlütepe M. (2014). Vekâlet sözleşmesinin kendine özgü sona erme sebepleri. *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*. 2014 (3). s.171-212.
- Kendigelen, A. (2019). *Çek hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, A. M. (1993). *Şeref haysiyet ve özel yaşama basın yoluyla saldırılardan hukuksal sorumluluk*. Ankara: AÜHF Yayınları.
- Kılıçoğlu, A.M. (2017). *Medeni hukuk temel bilgiler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2018). *Borçlar Hukuku. Genel hükümler*. (Genişletilmiş 22. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, A. M. (2019). *Aile hukuku* (4. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılınç, A. N. (2018). *Adam çalıştıranın organizasyon sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kırca, Ç. (1998). Know-how sözleşmesinin hukuki niteliği. *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 243-268.
- Kırca, Ç. (2004). *Bilgi vermeden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluk*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Kırca, İ. / Şehirali Çelik, F. H./ Manavgat, Ç. (2013). *Anonim şirketler hukuku. c.1. temel kavram ve ilkeler, kuruluş, yönetim kurulu*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Kleiner, C. (2015). La CJUE limite le secret bancaire en faveur des droits de propriété intellectuelle et d'accès à la justice: un message pour les juridictions françaises? *Recueil Dalloz*, 2015 (37). s. 2168-2175.
- Kleiner, C. (2018) Le secret bancaire enfin confronté au droit à la preuve. *Recueil Dalloz*, 2018 (11), s. 603-609.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2017). *Borçlar hukuku, genel bölüm, Cilt 1*. (4. Basıdan 7. Tıpkı Bası) İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1998). *Borçlar hukuku genel bölüm, sözleşme dışı sorumluluk hukuku. Cilt 2*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Korkmaz, İ. (2016). Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hakkında bir değerlendirme. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2016 (124), s. 81-152.
- Korkut, Ö. (2006). Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesinin şirkete ait belgelerin kopyasını alma yetkisi. *EÜHFD*, 10 (3-4), s.521-531.

- Kortunay, A. (2015). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre anonim şirketlerde yönetim kurulu ve üyelerin bilgi edinme hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Köksal, A. (2010). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 ila 406. Maddeleri arasında düzenlenen denetçinin anonim ortaklığın bir organı olup olmadığı sorunu. *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1387-1408.
- Kubılay, H. ve Özcan, C. (2017). Ticari kredi sigortasının hukuki yapısı ve güncel sorunlar. *Ankara Barosu Dergisi*. 2017(3), s. 317-341.
- Kuntalp, E. ve Omağ, M. K. (2006). *Banka ve sigorta hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları.
- Kuru, B. (2013). *İcra ve iflas hukuku el kitabı* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kuru, B. (2019). *İstinaf sistemine göre yazılmış icra ve iflâs hukuku ders kitabı*. (2018). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Küzeci, E. (2019). *Kişisel verilerin korunması* (3. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Lasserre-Capdeville, J. (2006). *Le secret bancaire: étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*. Aix En Provence: Presses Universitaire D'aix-Marseille.
- Lasserre-Capdeville, J. (2013). *Le secret bancaire: approche nationale et internationale*. Paris: Edition Revue Banque.
- Lasserre-Capdeville, J. (2014). Transposition de la directive "CRD IV", *la semaine juridique- Edition General*, n. 10-11, mars 2014. s-470-471. (2014a).
- Lasserre-Capdeville, J. (2014). Le secret bancaire: approches française, suisse et luxembourgeoise, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2014, s. 3-10. (2014b).
- Lasserre-Capdeville, J. (2014). Le secret bancaire. *Banque& Droit, Hors Series, 30 Ans de Loi bancaire*, mars 2014, s.16-20. (2014c).
- Lasserre-Capdeville, J. (2015). La CJUE critique les excès du secret bancaire allemand. *Actualité Juridique Penal*, 2015 (11). 544-548.
- Lasserre-Capdeville, J. (2016). Le secret bancaire face au juge pénal en droit français. *RLDA*, mai 2016, n° 49, s. 64-68.
- Lécuyer, H. (2016). L'inexécution du contrat. *Contrats Concurrence Consommation*, n° 5, Mai 2016, dossier 7, s.1-8.
- Lemarchande, S. (2016). Le devoir général d'information: un impact majeur dans la formation des contrats informatiques. Réforme du droit des obligations: Impacts sur les contrats d'affaires et informatiques. *Dalloz IP/IT*, 2016 (5) s. 232-235.

- Lombardini, C. (2008). *Droit bancaire suisse*. Genève: Schulthess.
- Lombardini, C. (2012). Secret bancaire et droit à l'information des héritiers. *Revue de droit privé et fiscal du patrimoine*, no.3. s.93-107.
- Mariage, V. (2000). *Le secret et le droit: contribution à l'étude de la notion d'information*. Lille: ANRT
- Maral, M. (2015). TCK madde 239: ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçunun incelenmesi. *İstanbul Borosu Dergisi*, 92 (2), s. 116-138.
- Martin, P. (2008). *Le secret des affaires en droit Français*. Université Jean Moulin-Lyon 3. Thèse de doctorat.
- Mekki, M. (2016). Réforme du droit des obligations: pourparlers, offre et acceptation. *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*. n° 48, 2 Décembre 2016, act. 1278., s. 1-7.
- Michod, J. (1987). *Le secret de la procédure pénal en droit vaudois*. Lausanne: Schulthess.
- Molfessis, N. (2016). Droit des contrats: Que vive la réforme. *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 7, 15 Février 2016, 180.
- Molo, G. (2017). *Du secret bancaire à la transparence financière*. Genève: Schulthess.
- Moroğlu, E. ve Kendigelen, A. (2014). *İçtihatlı-notlu Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuat* (10. Bası). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Namlı, M. (2015). Külli takip sisteminin verimliliğini artırma bakımından bir romanist ülkenin geçirdiği değişim: Fransa örneği ve Türk hukuku bakımından düşündürdükleri. *İÜHFM*. LXXIII (2). s. 305-324.
- Neel, B. (2000). Le secret bancaire face aux exigences fiscales et douanières. *Revue Française des Finances Publiques*, n.72, s. 13-28.
- Nomer, N. F. (1999). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin sadakat yükümlülüğü*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş.
- Nomer Ertan, N. F. (2016). *Haksız rakabet hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Oğuzman, K. (1990). İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda şahsiyetin hukuka aykırı tecavüze karşı korunması ve özellikle manevi tazminat davası bakımından yapılan değişiklikler. *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*. Ankara: BTHAE Yayınları, s. 7-54.
- Oğuzman, M. K. ve Barlas, N. (2018). *Medeni hukuk dersleri. Giriş, kaynaklar, temel kavramlar* (24. Bası). İstanbul: Vedat kitapçılık.

- Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.1.* (Gözden geçirilmiş 16. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2018). *Borçlar hukuku. Genel hükümler. C.2.* (Gözden geçirilmiş 16. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık (2018a).
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö., Oktay-Özdemir, S. (2018). *Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler.* İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Okutan Nilsson, G. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre şirketler topluluğu hukuku.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Oktay, S. (1996). İsimli sözleşmelerin geçerliliği, yorumu ve boşluklarının tamamlanması. *İHFM*. LV. 263-296.
- Oral, T. (2018). *Tüzel kişilerin manevi zararlarının tazmini.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Öçal, A. (1972). Fransız hukukunda hesap denetçilerinin anonim şirketlerin denetlenmesindeki rolü. *Batider*, 6 (3), s. 491-501.
- Özen, B. (2017). 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde kefalet sözleşmesi* (4. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Özkaya, E. (2016). *Vekâlet sözleşmesi ve kötüye kullanılması* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özkorkut, K. (2013). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu açısından anonim şirketlerde bağımsız denetim* (2. Tıpkı Baskı). Ankara: BTHAE Yayınları.
- Öztaş, B. (1970). *Medeni hukuk tüzel kişilerinde organ kavramı ve organın fiillerinden doğan sorumluluk.* Ankara: AÜHF Yayınları.
- Öztaş, B. (2019). *Medeni hukukun temel kavramları* (43. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztaş, F. (1997). *Kıymetli evrak hukuku* (2. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztaş, F. (2017). *Kıymetli evrak hukuku* (21. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztek, S., Budak, A. C., Tunç Yücel, M., Kale, S., Yeşilova, B. (2019). *Yeni konkordato hukuku.* Ankara: Adalet Yayınevi.
- Paclot, Y. (2002). Secret et relations d'affaires les diverses facettes du secret des affaires. *Droit et patrimoine*, n°102, mars 2002, s. 70-75.

- Passa, J. (2013). La protection des secrets d'affaires en droit français. *La protection des secrets d'affaires. Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 18 janvier 2013*, s. 48-63.
- Paksoy, M. S. (2018). *Sözleşmeyi ihlale yöneltme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Pekcanıtez, H. ve Erdönmez, G. (2018). *7101 sayılı Kanun çerçevesinde konkordato*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Piedelièvre, S. ve Putman, E. (2011). *Droit bancaire*. Paris: Economica.
- Plantamp, D. (1987). *Contribution à la recherche de certaines responsabilités encourues en cas de défaillance d'une société commerciale*. Université Pierre Mendès France. Thèse de doctorat.
- Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E. (2019). *Ortaklıklar hukuku I (14. Bası)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Poroy, R./ Tekinalp, Ü./ Çamoğlu, E. (2017). *Ortaklıklar hukuku II (13. Bası)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Poroy, R./ Tekinalp, Ü. (2018). *Kıymetli evrak hukuku esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Poroy, R./ Yasaman, H. (2018). *Ticari işletme hukuku (17. Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Pulaşlı, H. (2017). *Şirketler hukuku genel esaslar (5. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi
- Pulaşlı, H. (2018). *Şirketler hukuku şerhi. C.2 (3. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi. (2018)
- Pulaşlı, H. (2018). *Şirketler hukuku şerhi. C.3 (3. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi. (2018a).
- Pulaşlı, H. (2018). *Şirketler hukuku şerhi. C.1 (3. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi. (2018b).
- Pulaşlı, H. (2019). *Kıymetli evrak hukuku esasları (7. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Rappo, A. (2002). *Le secret bancaire, sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés*, Berne: staempfli.
- Rappo, A. (2011). Les fondement juridiques actuels du secret bancaire. *Les enjeux Juridique du secret bancaire*. Genève: Schultess, s.31-49.
- Ratcliff, J. D. (1961). İsviçre bankalarının gizli dünyası. *Türkiye Bankalar Birliği Yayınları*. n.10. s. 73-77.
- Reisoğlu, S. (2015). *Bankacılık Kanunu Şerhi C. 2*. Ankara: Yaklaşım Yayınları.

- Richa A., Bizzozero A., Haldy, M. (2017). *Le mandat de gestion de fortune*. Zurich: Schulthess.
- Rives-Langes, J. L. ve Contamine-Raynaud, M. (1995). *Droit bancaire*. Paris: Dalloz.
- Routier, R. (2013). Quel secret en cas de d'etournement de chèques?. <http://www.lextenso.fr.scd-rproxy.u-strasbourg.fr/weblextenso/article/print?id=EDBA-81...> (Erişim tarihi: 05.09.2014).
- Sacker, A. (1933). *Le secret professionnel du banquier*: Paris: Ed. Rousseau.
- Samin, T. (1997). *Le secret bancaire*. Collection Techniques de la Banque. N. 15. Paris: AFB diffusion.
- Schaefer, A. (1945). *Le secret bancaire*. Union Des Banques Suisses. Zurich: Imprimerie Commerciale.
- Schlosser, R. (2013). Les secrets économiques dans les relations de travail, les collaborations et les procès civils. *La protection des secrets d'affaires. Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 18 janvier 2013*, s. 65-91.
- Schlumberger, E. (2018). Chronique de droit européen des sociétés (avril 2018 - octobre 2018). *Droit des sociétés n° 12, Décembre 2018, chron. 2*. <https://web.lexisnexis.fr/lnjcpro> (Erişim tarihi: 01.01.2019)
- Seçer, Ö. (2015). Vekâlet sözleşmesinin vekâlete özgü sebeplerle sona ermesi. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı. 6 (3)*, s.877-944.
- Serozan, R. (1968). Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi. *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2 (3). s. 108-129.
- Serozan, R. (1977). Kişilik hakkının korunmasıyla ilgili bazı düşünceler. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11 (14), s. 93-112.
- Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden dönme* (2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R. (2016). *Borçlar hukuku. ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Serozan, R. (2018). *Medeni hukuk. Genel bölüm. Kişiler hukuku* (8. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R., Baysal, B ve Sanlı, K. C. (2018). *Borçlar hukuku özel bölüm*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Soykan, İ. C. (2012). *Anonim ortaklıklarda organ yokluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- Soylu Ünver, G. (2018). *Güven teorisi ve güven sorumluluğu kapsamında yetkisiz temsilcinin ve temsil belgesini geri almayanın sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sulu, M. (2016). *Ticari sırların korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Şener, O. H. (2005). *Banka mevduatı ve hukuki niteliği*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şener, O. H. (2019). *Teorik ve uygulamalı ortaklıklar hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şenocak, K. (2009). *Üçüncü şahıs lehine hayat sigortası sözleşmesi (Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Açısından)*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Tandoğan, H. (1962). Şahsiyetin akit dışı ihlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması. *AÜHF Dergisi* 3 (2), s. 1-36.
- Tandoğan, H. (1974). *Türk Hukukunda bankacının hukuki sorumluluğu. Mukayeseli banka hukuku ihtisas dönemi, İstanbul 3-14 Aralık 1973*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, s.120-125.
- Tandoğan, H. (2010). *Türk mesuliyet hukuku* (1961 yılı birinci basıdan tıpkı bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Taşdelen, S. (2015). *Bankacılık kanunu Şerhi, Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Taştan, F. G. (2017). *Türk sözleşme hukukunda kişisel verilerin korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Taştan, M. (2019). *Krediye bağlı hayat sigortası*. İÜHF Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık.
- Teissier, A (1999). *Le secret professionnel du banquier*. Aix En Provence: Presses Universitaire D'aix-Marseille.
- Tekil, M. (1997). *Çekte muhatp bankanın hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tekinalp, Ü. (1986). İçeriden öğrenenlerin ticareti sorunu. *Maliye ve İktisat Dergisi*. 33 (9), s.310-318.
- Tekinalp, Ü. (2009). *Ünal Tekinalp'in banka hukukunun esasları (2. Baskı)* İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekinalp, Ü. (2015). *Sermaye ortaklıklarının yeni hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekinay, S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Tekşen, M. G. (2012). *Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Teoman, Ö. (1983). *Anonim ortaklıkta pay sahibinin oy hakkından yoksunluğu*. Ankara BTHAE Yayınları.
- Tercier, P. (1984). *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich: Schulthess.
- Tercier, P., Pichonnaz, P., Develioğlu, H. M. (2016). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Thévenoz, L. ve Gomez Richa, L. (2011). *Chronique de la jurisprudence civile. Journée 2010 de droit bancaire et financier*. s. 173-202.
- Topaloğlu, M. (2007). *İpoteğe dayalı ve ipotek teminatlı menkul kıymetler*. Adana: Karahan Kitabevi.
- Topaloğlu, M. (2010). İnternette kişisel verilerin korunması ve gizlilik. *PC LIFE*, 1 (7), s. 160-161.
- Törenli Çakıroğlu, M. (2010). Hekimin borçlarından özel olarak sır saklama borcu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12 (2), s. 159-181.
- Turanboy, A. (1990). *İnsider muameleleri, şirkete ait bilgilerin gizli kullanımı*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Turanboy, A. (2002). *Halka açık banka ve hissedarının korunması*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Turanboy, A. (2006). Ticari sır. *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, s.349-368.
- Ulusoy, E. (2013). Bankacılık sırrı kavramı, hukuki niteliği ve korunması. *Ersin Çamoğlu'na Armağan. C.1*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 509-543.
- Uşan, M. F. (2003). *İş hukukunda iş sırrının korunması (sır saklama ve rakebet yasağı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ülgen, H. ve Arıcı, F. (2010). İsviçre hukukunda yeniden yapılandırma türü olarak malvarlığı devri. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. Cilt II*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.1767-1805.
- Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A. (2014). *Kıymetli evrak hukuku (Güncellenmiş Yedinci Basıdan Dokuzuncu Tıpkı Bası)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Ülgen, H./ Helvacı, M./ Kendigelen, A./ Kaya, A./ Nomer Ertan, N. F (2015). *Ticari işletme hukuku* (5. Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- Ünlütepe, M. (2016). *Organizasyon sorumluluğu TBK m. 66/III*. İstanbul: Legal Yayınları.
- Weniger, O. (1994). *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how)*. Lausanne: Droz.
- Vural, G. (1991). *Türk banka hukuku*. Ankara: Gazi Üniversitesi Basım Yayın Yüksekokulu Matbaası.
- Yağcı, M. (2018). *Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yalman, S. (2006). *Türk İsviçre hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yavaş, M. (2009). Maaş ve ücret haczi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 2019 (84). s.93-120.
- Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2014). *Türk borçlar hukuku özel hükümler* (10. Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Yeşiltepe, S. Ö. (2006). Ticari sır- iş sırrı. *Doç Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, s. 403-422.
- Yiğit, U. (2006). *Bankacılık suçları*. İstanbul: Yaydağ Yayınları.
- Yongalık, A. (2002). *Hukuki açıdan kredi hayat sigortası*. Ankara: BTHAE Yayınları.
- Yüksel, A. S., Yüksel, A., Yüksel, Ü. (2004). *Bankacılık hukuku ve işletmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.
- Yünlü, S. (2019). *Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Yürük, A. T. (1993). *Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de pazarlama hukukunun anahatları*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Zen-Ruffinen, M. ve Bauen, M. (2017). *Le conseil d'administration*. Genève: Schulthess.
- Zevkliler, A./ Ertaş, Ş./ Havutçu, A./ Acabey, M. B./ Gürpınar D., (2018). *Yeni Medeni Kanun'a göre medeni hukuk* (10. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2018). *Borçlar hukuku. Özel borç ilişkileri* (18. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi.

Veri tabanları

www.dalloz.fr

www.lextenso.fr

www.kazanci.com

www.swisslex.ch



ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : İlknur Kaya
Yabancı Dil : Fransızca
Doğum Yeri ve Yılı : İzmir, 1978
E-Posta : ilknurkaya@anadolu.edu.tr

Eğitim ve Mesleki Geçmişi:

- 1989 – 1996, Buca Anadolu Lisesi
- 1997 – 2001, Anadolu üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 2001-, Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı