

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'I- Hukuksal Düzenleme:

a) İptali İstenilen Düzenleme:

Bankacılık Kanunu

Zimmet

Madde 160- Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkum edilirler.

Madde 161- Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren maddesi uygulanır. ...

b) Aykırılık Oluşturduğu Anayasa Maddeleri:

Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Madde 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

,

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Madde 38 - Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

II- Anayasa'ya Aykırılık Gerekçesi:

a) Eşitlik İlkesi Yönünden:

Nitelikli Zimmet suçunun yaptırımı 5237 sayılı T.C.K.'nin 247/1, 2 maddelerinde 7,5 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişken, aynı suç için Bankacılık Kanununun 160/1, 2 maddelerinde banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları yönünden cezanın alt sınırının 12 yıl hapis cezasından az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

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

Bu yüzden, Bankacılık Kanununun 160'ıncı maddesinde 'banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri' şeklindeki ifadeden sonra 'diğer mensupları' sözcüklerine yer verilmek suretiyle sıradan bir banka çalışanının genel müdürler düzeyinde sorumlu kılınması, yani hukuksal deyişimiyle 'tipe uygun' aynı fiili icra eden diğer faillerden (zimmetine para geçiren herhangi bir kamu görevlisinden) daha ağır yaptırıma muhatap edilmesi negatif bir hak ihlalidir ve Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ifadesini bulan 'Eşitlik ilkesi'ne aykırıdır.

b) Hukuk Devleti İlkesi Yönünden:

Bankacılık Kanunu ile korunan hukuksal değer 'finansal piyasalara ve finansal kurumlara güven'dir. Türk Ceza Kanununun 247'nci maddesi ile korunan hukuksal değer ise 'kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi'dir. Finans kuruluşları ekonomik niteliklidir. Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ise kamu düzeni ve güvenliği ile ilgilidir. Hukuksal değerler hiyerarşisi bakımından kamu düzeni ve güvenliği, finansal kuruluşların güvenirliliğinden önce gelir. Daha yüksek bir değer alanının, kendisinden daha altta olan bir alana göre daha az korunuyor olması 'Hukuk Devleti ilkesi' ile de bağdaşmamaktadır.

c) Kanunilik İlkesi Yönünden:

Hukukumuzda 'Suçta Ve Cezada Kanunilik' olarak kavramlaştırılan ve 1982 Anayasası'nın 38/1 maddesinde düzenlenen ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde yer almaktadır. Maddede 'hiç kimsenin işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği ve suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmayacağı' hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu değerlendirdiği bir kararında şu görüşleri dile getirmiştir: 'Mahkemenin görüşüne göre aşağıdakiler 'kanun tarafından öngörülmüş olma' ifadesinden çıkan iki gerekliliktir. Öncelikle, hukuk yeterince erişilebilir olmalıdır: Yurttaşın elinde, yasa kurallarının uygun olanlarının eldeki olaya uygulanabildiğine dair bir gösterge olmalıdır, ikinci olarak, bir kural kişinin davranışını belirlemesine imkan verecek açıklıkla düzenlenmemiş olursa 'yasa' olarak kabul edilemez: birey, -eğer gerekiyorsa uygun bir tavsiye ile- makul bir dereceye kadar, belli koşullar altında, belli bir davranışın hangi sonuçları doğurabildiğini öngörebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Deneyimler bunun olanaklı olmadığını da göstermektedir. Ayrıca, kesin bir şekilde öngörebilme çok arzulanan bir şey iken, aşırıya kaçan bir sertliği beraberinde getirebilir, yasa değişime ayak uydurabilecek bir yapıda olmalıdır. Bu yüzden hukuk kuralları kaçınılmaz bir şekilde, az veya çok, belirsiz/muğlak bir şekilde ifade edilmiştir ki, bu hukuk kurallarının yorumu ve uygulanışı uygulamanın sorunudur.' (29.03.1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, parag.49)

Bu ilke gereğince öncelikle yasaya erişim kolay olmalıdır. Elbette ki temel ceza yasası dışında, özel kanunlarla da suç ihdas edilebilir. Ancak bu mevcut ceza yasasındaki belirli bir konudaki düzenlemenin yetersizliği nedeniyle, özel bir düzenleme yapma gerekliliğinin ortaya çıkması üzerine söz konusu olabilir. Aksi halde, her özel alanın özel bir düzenlemeye konu edilmesi halinde ceza mevzuatı dağınıklaşacağı için birey açısından erişilebilirliği zorlaşacağı gibi, uygulayıcılar alanında yaratabileceği zihin bulanıklığı nedeniyle uygulama birliğini bozabilecektir. Bütün bunlar ise 'Hukuk Devletinin' 'Kanunilik İlkesi' ile çelişeceğinden Anayasaya aykırılık oluşturur.

Bu ilke gereğince ikinci olarak, yasa hükmüne erişen bir bireyin bunu anlayabilmesi ve davranışlarını bu yasaya uygun şekilde düzenleyebilmesi için 'hangi fiillerin suç oluşturduğunun' ve 'hangi fiil için ne tür bir yaptırım belirlendiğinin' kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmesi gerekir.

Oysa 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 161'inci maddesinde 'bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirmesi halinde, fail hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanacağı' hükmüne yer verilmekle, banka görevlilerinin zimmeti yönünden 'hangi fiillerin suç kabul edileceği' ve 'suç kabul edilecek fiiller için ne tür bir yaptırım uygulanacağı' belirsiz bırakılarak 'Kanunilik İlkesi' açıkça çiğnenmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenler ile;

1) 5411 sayılı Bankacılık Kanununun; 160'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan 'ile diğer mensupları,' sözcüklerinin, Anayasa'nın 2'nci maddesi ile 10'uncu maddesinin 1 ve 5'inci fıkralarına aykırı olduğuna,

b) 161'inci maddesinin 1'inci cümlesinin, Anayasa'nın 38'inci maddesinin 1'inci fıkrasına aykırı olduğuna ve bu maddelerin iptalleri için AMKYUHK'nun 28/1 maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2) Kararın ve dosyanın konu ile ilgili belgelerinin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

3) Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince dosyamızın kaleme havale edildiğinin bildirildiği tarihten itibaren, görülmekte olan davanın incelemesinin AMKYUHK'nun 28/2 maddesi gereğince beş ay sonraya bırakılmasına,

İlişkin olarak dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu oybirliği ile karar verildi.
17/09/2010"