



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**İNTERNET BANKACILIĞINDA
BANKALARIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

UĞUR KARA

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül SEZGİN HUYSAL

İSTANBUL – 2021



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**İNTERNET BANKACILIĞINDA
BANKALARIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

UĞUR KARA

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül SEZGİN HUYSAL

İSTANBUL – 2021

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarında etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynakçaya aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Uğur KARA

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	viii
ÖZET.....	xii
ABSTRACT	xiii
GİRİŞ	1
I. KONUNUN ÖNEMİ	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
III. KONUNUN TAKDİMİ.....	3

Birinci Bölüm

İNTERNET BANKACILIĞINDA

BANKALARIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. ÖZEN KAVRAMI ve BANKALARIN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI.....	5
A. Özen Kavramı.....	5
B. Bankaların Hukuki Sorumluluğunun Kaynakları.....	6
1. Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Bankacılık Mevzuatı	6
2. Bankacılık Örf ve Adetleri ile Teamüller.....	8
3. Sözleşme Hükümleri	8
4. Vekalet Sözleşmesinin Kıyasen Uygulanması.....	9
II. BANKALARIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AĞIRLAŞMASI.....	10
A. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı	10
1. Genel Olarak	10
2. Doğrudan Yapılan İşlemlerde Özen Yükümlülüğü.....	10

3.	Vekaleten Yapılan İşlemlerde Özen Yükümlülüğü	11
a.	Vekilin Özen Yükümlülüğü	11
b.	Vekilin Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü.....	13
B.	Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği	14
1.	Objektif Özen Yükümlülüğü – Subjektif Özen Yükümlülüğü	14
2.	Özen Borcunun Asli Niteliği – Özen Borcunun Tali Niteliği.....	16
C.	Bankalara Duyulan Güvenin Özen Yükümlülüğüne Etkisi ve Özen Yükümlülüğünün Ağırlaşması	17
1.	Bankalara Duyulan Güvenin Özen Yükümlülüğüne Etkisi	17
2.	Bankaların Özen Yükümlülüğünün Ağırlaşması	20
D.	Bankaların Sözleşmelerinde Yer Verdiği Sorumsuzluk Kayıtlarının Özen Yükümlülüğüne Etkisi.....	26
1.	Genel İşlem Koşullarının Ortaya Çıkış Süreci.....	26
a.	Tarihsel Süreç.....	26
b.	Devletin Sözleşmelere Müdahalesi	27
2.	Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği ve Unsurları	29
a.	Hukuki Niteliği	29
b.	Unsurları.....	30
3.	Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi.....	33
a.	Genel Olarak	33
b.	Yürürlük Denetimi	35
c.	Yorum Denetimi.....	37
d.	İçerik Denetimi.....	37

İkinci Bölüm

İNTERNET BANKACILIĞINDA SORUMLULUK

I.	İNTERNET BANKACILIĞI KAVRAMI	42
----	------------------------------------	----

A.	Tanımı	42
B.	Tarihi Gelişimi	43
II.	ELEKTRONİK HAVALE	45
A.	Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları	45
1.	Tanımı	45
2.	Hukuki Niteliği	45
3.	Unsurları.....	47
B.	Banka Havalesinde Taraflar	47
1.	Havale Eden	47
2.	Havale Edenin Bankası	47
3.	Ara Bankalar	48
4.	Alıcının Bankası.....	49
5.	Havale Alıcısı.....	49
C.	Elektronik Havalenin Kurulması.....	49
1.	Elektronik İrade Beyanı	49
2.	Kabul Beyanı.....	50
D.	Havalenin Sona Ermesi	51
1.	Geri Alma.....	51
2.	İflas, Ölüm veya Ehliyet Kaybı.....	53
III.	ELEKTRONİK HAVALEDE BANKANIN SORUMLULUĞU	53
A.	Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Yöntemleri	53
1.	Phishing (Oltalama – Şifre Avcılığı) Yöntemi	53
2.	Key-Logger (Klavye Hareketleri) Yöntemi	58
3.	Screen Logger (Ekran Görüntüsü) Yöntemi	58
4.	Man In The Middle (Ortakdaki Adam) Yöntemi.....	58

5. Sim Kart Yöntemi	58
B. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Eylemlerinde Bankanın ve Müşterinin Sorumluluğu	60
1. Genel Olarak	60
2. Zarara Bankanın Katlanması.....	61
3. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Eylemlerinden Bankaların Sorumluluğu	63
a. İnternet Bankacılığı İçin Gerekli Sistemsel Yeterliliğe Sahip Olma ve Bu Yeterliliğin Devamı İçin Gerekli İyileştirmeleri Yapma	63
b. Müşteriyi Bilgilendirme	69
c. BS-EB Yönetmeliğinde Bankalara Getirilen Diğer Yükümlülükler....	72
4. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Eylemlerinden Hesap Sahibinin Sorumluluğu	78
a. Genel Olarak	78
b. Koruma Yükümlülüğü	78
c. Bilgilendirme Yükümlülüğü	81
d. Kontrol Yükümlülüğü	82
e. Yeterli Donanım Sahip Olma Yükümlülüğü.....	83

Üçüncü Bölüm

İNTERNET BANKACILIĞINDA

ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLAL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

I. HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI	85
A. Maddi Tazminat Davası	85
1. Genel Olarak	85
2. Zarar Tazmini Talebi.....	85
3. Faiz.....	86
4. Görevli Mahkeme.....	89

5.	Yetkili Mahkeme.....	90
B.	Manevi Tazminat Davası.....	91
1.	Genel Olarak	91
2.	İnternet Bankacılığı İşlemlerinde Manevi Zararın Doğup Doğmadığı Sorunu 93	
3.	Görevli Mahkeme.....	97
4.	Yetkili Mahkeme.....	98
C.	İspat	99
1.	Genel Olarak	99
2.	İspat Yükü	101
3.	Karinelerin İspat Yüküne Etkisi.....	102
a.	Karine Kavramı	102
b.	Kanuni Karineler	103
c.	Fiili Karineler	104
d.	İnternet Bankacılığı Uyuşmazlıklarında İspat Yükü.....	106
e.	Bankaların Tecrübe Kurallarına Dayanabilmesi	108
D.	Zamanaşımı	111
II.	CEZAİ BAŞVURU YOLLARI.....	113
A.	BDDK Şikayeti.....	113
1.	Başvuru Yöntemi	113
2.	Başvuru Sonucu	115
B.	Savcılık Şikayeti.....	115
1.	Genel Olarak	115
2.	Bilişim Sistemleri Kullanmak Suretiyle Hırsızlık – Bilişim Sistemleri Aracılığı ile Yarar Sağlama	116

3. Bilişim Sistemlerinin, Banka ve Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık.....	118
4. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme.....	119
SONUÇ.....	120
KAYNAKÇA	124



KISALTMALAR

AŞ	: Anonim Şirket
ATM	: Automatic Teller Machine (Bankamatik)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ANDÜHFD	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BankK.	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BS-EB Yönetmeliği	: Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
COBIT	: Bilgi Sistemleri Denetim ve Kontrol Birliği (ISACA) Bilgi Teknolojileri Yönetişim Enstitüsü (ITGI) tarafından yayınlanmış olan Bilgi Teknolojilerine

İlişkin Kontrol Hedefleri'nin (COBIT) güncel versiyonu

Değişiklik Tebliği : Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelere İlişkin Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E : Esas

EFT : Elektronik Fon Transferi

E-posta : Elektronik Posta

ET : Erişim Tarihi

EÜHFD : Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f. : fıkra

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HKÜHFD : Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İKÜHFD : İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K : Karar

Kaldırı Tebliği	: Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelere İlişkin Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ
KHÜHFD	: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KOÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KVKK	: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: madde
MÖ	: Milattan Önce
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OTP	: One Trick Pony (Tek Kullanımlık Şifre)
PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi
s.	: sayfa
S	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SMS	: Short Messaging Service (Kısa Mesaj Servisi)
T	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YÜHFD	: Yakındoğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

ÖZET

Teknolojik gelişmelerin hızla artması sonucu internet teknolojisi, buna bağlı olarak bankacılık alanında da internet bankacılığı tüm dünyada yaygın bir kullanıma kavuşmuştur. İnternet bankacılığı kullanan banka müşterilerinin üçüncü kişilerin internet bankacılığı yoluyla haksız müdahalelerine maruz kalabildikleri sıklıkla görülmektedir. Bankalar ile müşterileri internet bankacılığı yoluyla gerçekleştirilen bu eylemler nedeniyle hukuki açıdan uyumsuzluk yaşayabildiğinden internet bankacılığına üçüncü kişilerin haksız müdahalesi nedeniyle bankaların sorumluluklarının tespiti ve bankaların özen yükümlülüklerinin çerçevesinin çizilmesi önem kazanmaktadır. Bu nedenle tezde internet bankacılığında bankaların özen yükümlülüğü, bankaların ve hesap sahiplerinin internet bankacılığında doğan yükümlülükleri ile hesap sahiplerinin bankalara karşı başvurabilecekleri hukuki yolların neler olduğu üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Banka, İnternet Bankacılığı, Özen, Sorumluluk, Vekilin Özen Yükümlülüğü

ABSTRACT

In line with internet technology, online banking have gained widespread use all over the world with the rapid increase in technological developments. It is usually observed that bank customers who use internet banking are exposed to illegal intervention by third parties through online banking. Since banks and their customers may have legal disputes because of these actions that were carried out through online banking, determining the responsibilities of banks and outlining the duty of care of banks due to the illegal intervention of third parties in internet banking is important. Accordingly, in this thesis, banks duty of care in online banking, the obligations of banks and account holders arising from online banking and legal procedures to be followed by account holders against banks are discussed.

Keywords: Bank, Online Banking, Care, Responsibility, The Attorney's Duty of Care

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

Teknolojik gelişmelerin günümüzde hızla artması ile birlikte günlük yaşamda teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan ürünler fazlasıyla yer bulmuştur. Özellikle herkes tarafından kullanılmaya başlanmasıyla birlikte internet teknolojisi günlük hayatta önemli bir yer edinmiştir. İnternet teknolojisinin günlük hayata bu denli etkisi göz önünde bulundurulduğunda hukuki işlemlerde de kullanılması kaçınılmaz olmuş ve internet teknolojisi hukuki açıdan da önemli bir yere sahip olmuştur.

Ticari hayatta birçok sektör gibi bankalar da internet teknolojisini hızı ve hesap sahiplerinin kullanım yoğunluğunu dikkate alarak bankacılık işlemlerinde de kullanmak istemiş, bu şekilde diğer bankalarla aralarındaki rekabette bir adım öne geçmeye çalışmışlardır. Günlük hayata bu kadar etki eden teknolojileri kullanmayan bankaların bir süre sonra hesap sahipleri tarafından tercih edilmeyeceğinin farkında olan bankalar, hesap sahiplerinin internet aracılığı ile işlemlerini yapabilmesi amacıyla “internet bankacılığı” işlemlerini yaygınlaştırmak için gerekli altyapıyı kurmuş ve çalışmalar yapmışlardır.

İnternet bankacılığının hesap sahipleri ve bankalar için ne kadar yararı olsa da saldırganlar tarafından internet bankacılığı kullanılarak çeşitli yöntemlerle hesap sahiplerinin hesaplarına müdahalede bulunmaktadır. Hesap sahipleri ile aralarındaki mevduat sözleşmesi gereğince hesaptaki parayı istenildiği anda hesap sahibine vermekle yükümlü olan bankaların, uygulamada hesap sahibinin korumakla yükümlü olduğu şifre gibi bilgileri koruyamadığından bahisle parayı vermekten imtina ettiği görülmektedir. Bu hallerde ise bankalar ile hesap sahipleri arasında çeşitli hukuki ihtilaflar meydana gelmektedir. Hesap sahiplerinin internet bankacılığı yoluyla hesaplarına müdahale edilmesi halinde sorumlulukların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği, hesap sahiplerinin hangi hukuki yollara başvurabilecekleri, hangi görevli ve yetkili mahkemede davalarını açmaları gerektiği, manevi tazminat talebinde bulunup bulunmayacakları gibi hesap sahiplerini yakında ilgilendiren konular üzerinde ayrıca durulması ve bu konuların derli toplu şekilde ele alınması da önemlidir.

Bankalar hesap sahipleri ile internet bankacılığına saldırganların müdahalesi sonucu yaşadıkları bu ihtilafta genelde sistemlerinin sorunsuz çalıştığını, saldırgan eylemin banka sistemlerine müdahale yoluyla gerçekleşmediğini, işlemin hesap sahibine verilen ve korumakla yükümlü olduğu şifre bilgisi ile yapıldığını ve bu nedenle eylemin gerçekleşmesinde kusurlarının olmadığını ileri sürmektedirler. Hesap sahiplerinin bankaları aleyhine açtıkları davalarda bankaların özen yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıkları, uygun davrandıklarının nasıl ispat edileceği gibi konular gündeme gelmekte ve davalarda genel olarak bankaların hesap sahibinin saldırgan eyleme maruz kalarak şifresini verdiğini ispatlayamadığı gerekçesi ile bankaların aleyhine sonuçlanmaktadır. Bu nedenle bu tür ihtilaflarda sorumlulukların tespitinin ardından ispatsızlık riski ve ispat yükü üzerinde de ayrıca durmak gerekmiştir.

Bankalarla müşterileri arasında yaşanan bu ihtilafta bankaların ve müşterilerin sorumluluğunun hangi durumlarda doğacağı, objektif özen yükümlülüğü altındaki bankaların sorumluluğunun ağırlaştırılmasının internet bankacılığındaki görünümünün ne şekilde gerçekleştiği, görevli ve yetkili mahkeme, ispat, zamanaşımı ve faiz gibi konularda yaşanan tereddütlerin neler olduğu gibi konuların üzerinde durulması ve bu konuların açıklığa kavuşturulması gerekmiştir.

İnternet bankacılığı gibi günümüzde yaygın şekilde kullanılan bir bankacılık işlem kanalında sıklıkla meydana gelen sorunlar üzerinde durulması, özellikle saldırgan eylemler sonucu hesaplarındaki paraya müdahalede bulunan müşterilerin bu durumda ne şekilde hareket edeceği ve bankaların bu gibi hallerde sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği gibi konuların incelemeye değer olduğunu düşünmekteyiz. Bankaların internet bankacılığındaki sorumluluğunu özen yükümlülüğü çerçevesinde değerlendiren ayrıntılı bir çalışma bulunmaması ve Yargıtay kararlarında sıkça “bankaların özen yükümlülüğü” kavramına atıf yapılması nedenleriyle ayrıntılı bir inceleme yapılmasının değerli olacağını düşündüğümüzden “İnternet Bankacılığında Bankaların Özen Yükümlülüğü” konusu tez konusu olarak seçilmiştir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Kanunda tanımına yer verilmeyen “özen” kavramı borçlunun borcunun ifa ederken göstermekle yükümlü olduğu “çaba, itina, ihtimam” olarak tanımlanabilmektedir. Buna göre tüm tacirlerin olduğu gibi bankaların da faaliyetlerini yürütürken belirli düzeyde bir özen yükümlülüklerinin bulunduğu söylenebilecektir. Bankalar özellikle kimlik tespiti, çek, havale, akreditif, kiralık kasa ve tahsile aracılık gibi birçok işlemlerinde müşterilerine karşı özen yükümlülüğü altındadırlar.

Ruhsata dayalı şekilde riskli bir alanda faaliyet gösteren bankaların özen yükümlülükleri ise ağır takdir edilmeli, her somut olayda özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadıkları tespit edilmelidir. Bu nedenle bankaların yürüttükleri çeşitli faaliyetlerde müşterilerine karşı ağırlaştırılmış bir özen yükümlülüğü altında oldukları kabul edilmelidir.

Bankaların özen yükümlülüğünün derecesi, tespiti ve özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığı her faaliyet özelinde ayrıca değerlendirilmelidir. Bankaların her faaliyetine ilişkin ayrı ayrı özen yükümlülüğünün incelenmesi ise çok daha kapsamlı bir çalışmayı gerekli kılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda teknolojisinin gelişmesi, yaygınlaşması ve saldırganların çeşitli yöntemlerle müşteri hesaplarına müdahalesi nedeniyle internet bankacılığında bankaların özen yükümlülüğü üzerinde durulmuştur.

III. KONUNUN TAKDİMİ

Birer güven kurumu olan bankalar ruhsata dayalı şekilde, riskli bir alanda faaliyet gösterdiklerinden bankaların özen yükümlülüklerinin diğer tacirlere nazaran daha ağır takdir edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle internet bankacılığında tarafların sorumluluklarını incelemeyen önce ilk bölümde bankaların özen yükümlülüğü kavramı, bankaların özen yükümlülüğünün neden objektif özen ölçüsü çerçevesinde değerlendirilmesi ve ağır takdir edilmesi gerektiği üzerinde durmak gerekmiştir. İlk bölümde ayrıca bankaların internet bankacılığı aracılığı ile yapılan para transferi de dahil olmak üzere para transferi faaliyetlerini vekalet sözleşmesi niteliğindeki ciro sözleşmesine dayanarak yapmaları nedeniyle vekaleten yapılan işlemlerde özen

yükümlülüğü konusuna da yer verilmiştir. Bankaların genel işlem koşulları şeklinde sözleşmelerinde yer verdikleri sorumsuzluk kayıtları ile özen yükümlülüğünden kurtulma imkanının olmaması hususunun gerekçeleri de çalışmamızın ilk bölümünde ortaya konmuş ve bu şekilde bankaların özen yükümlülüğü kavramı incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise öncelikle internet bankacılığı ile elektronik havale kavramına, çeşitli saldırı yöntemlerine ve bankaların ve müşterilerin internet bankacılığı konusundaki sorumluluklarına değinilmiştir. Bu şekilde her iki tarafın da hangi yükümlülüğüne aykırı davranması halinde sorumlu tutulabileceği ortaya konmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise bankalar ile müşterileri arasında internet bankacılığında saldırganlar tarafından gerçekleştirilen eylemler nedeniyle müşterilerin başvurabileceği hukuki ve cezai yollar iki ayrı başlık altında incelenmiştir. “Hukuki başvuru yollarında” müşterinin maddi ve manevi tazminat talepleri incelenmiş olup özellikle müşterinin manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı üzerinde durulmuştur. Ayrıca her iki dava yönünden de görevli ve yetkili mahkeme, faiz, zamanaşımı ve ispat yükü konularına değinilmiştir. İspat yükü konusunda özellikle Yargıtay kararlarında yer bulan “müşterinin saldırgan eylemlere maruz kaldığının banka tarafından ispatlanması gerekliliğinin” ispat güçlüğü hali oluşturup oluşturmadığı hususu üzerinde durulmuştur. “Cezai başvuru yolları” ise BDDK şikayeti ve savcılık şikayeti olmak üzere iki başlık altında incelenmiş olup çalışmamızın özünden uzaklaşmamak adına bu konuya daha çok Yargıtay kararları çerçevesinde kısaca değinilmiştir.

Birinci Bölüm

İNTERNET BANKACILIĞINDA

BANKALARIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bankaların ruhsata dayalı şekilde riskli bir alanda faaliyet göstermeleri ve birer güven kurumu olmaları nedenleriyle hizmet verdikleri alanlarda özen yükümlülüklerinin diğer tacirlere göre daha farklı takdir edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülüğü altında olan bankaların sorumluluklarının sınırlarının ne şekilde tespit edilmesi gerektiği önemlidir. İnternet bankacılığında çeşitli dolandırıcılık yöntemlerine maruz kalan banka müşterilerinin hesaplarına üçüncü kişilerce yapılan müdahale nedeniyle zararları doğabilmekte ve bu zararın doğumunda bankaların kusurunun tespiti önem arz etmektedir. İnternet bankacılığında bankaların özen yükümlülüğünün tespitinden önce genel olarak özen yükümlülüğü kavramına ve bankaların özen yükümlülüğünün kapsamına değinmemiz gerekmiştir. Ayrıca özen yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesinde genel işlem koşullarının etkisine de değinilerek çalışmamızda internet bankacılığında özen yükümlülüğünü açıklamadan önce bankaların özen yükümlülüğünün çerçevesi oluşturulmaya çalışılmış, bankaların özen yükümlülüğünün ağırlaştırılmasının gerekçeleri üzerinde durulmuştur.

I. ÖZEN KAVRAMI ve BANKALARIN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN KAYNAKLARI

A. Özen Kavramı

Türk Dil Kurumunun güncel Türkçe sözlüğünde özen kavramı “*bir işin elden geldiğince iyi olması için gösterilen çaba, itina, ihtimam*” olarak yer almaktadır.¹ Özen kavramı, kanunda sıklıkla yer almasına rağmen tanımına yer verilmemiş, bu konu doktrine ve uygulamaya bırakılmıştır. Özen kavramının tanımına kanunda yer

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 16.02.2020).

verilseydi ilerleyen zamanlarda bu tanım yetersiz kalabileceğinden kanunkoyucunun bu kavramı tanımlamaması isabetlidir.²

Özen kavramı “*asıl borcun ifası için zorunlu dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi borçludan istenilen özelliklerin tamamı*” olarak tanımlanabilir. Gerçekten de özen kavramının anlamında bir işin yapılmasında bir kimsenin olağandan daha fazla dikkat ve çaba göstermesi gereği yatmaktadır.³

Özen borcunu içeren iş görme sözleşmelerinde, borçlu sonucun elde edilmesi için gerekli özenli davranma borcu altına girer. Kısaca borçlu, sonucun gerçekleşmemesinden değil, sonucun gerçekleşmesini sağlayacak hareketlerin yapılmamasından sorumlu olacaktır.⁴

B. Bankaların Hukuki Sorumluluğunun Kaynakları

1. Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Bankacılık Mevzuatı

Bankalar, TTK anlamında tacir sıfatını haizdirler ve TTK m.18 uyarınca tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Bankalar yasal otoritelerden alınan izinle kurulabildiğinden ve denetime tabi olduğundan bankalar “nitelikli” tacir sıfatını haizdirler ve basiretli tacir ölçüsünde

² Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s.123; Tiftik, Mustafa/ Bolat, Elif, “Uygulamada Vekilin Özen Borcu”, KHÜHFD, C.5, S.2, Aralık 2017, s.165-180, s.169; Gümüş’e göre yasal tanımlamanın bulunmaması hukuksak değerlendirme için yeterli açıklığı sağlamamaktadır. Gümüş, Mustafa Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s.46 (Özen Borcu).

³ Başpınar, s.123-124; Başpınar, Veysel, “Avukatın Özen Borcu”, GÜHFD, C.12, Y.2008, S.1-2, s.39-62, s.42 (Avukatın Özen Borcu); Tiftik/ Bolat, s.168; Tok, Ahmet/ Gün Tok, Sabiha, “Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.90, S.2016/5, Eylül-Ekim 2016, s.15-45, s.18-19.

⁴ Başpınar, s.137; Yarg. 3. HD, 2020/4766 E, 2020/4256 K, 16.09.2020 T; Yarg. 13. HD, 2016/7079 E, 2019/4053 K, 27.3.2019 T (www.kazanci.com.tr, ET: 31.10.2020); Özen kavramı ile ilgili iç özen – dış özen, objektif özen – subjektif özen, iyi bir aile babasının gösterdiği özen, kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen, en yüksek derecede özen, mutlak özen, şahsi özen gibi ayrımlar yapılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Başpınar, s.171-179; Gümüş, Özen Borcu, s.48-52.

özen göstermeleri yeterli değildir. Ayrıca bankalar güven kurumu olmaları sebebiyle de işlerinde basiretli tacirden çok daha fazla özenli olmalıdırlar.⁵

Bankalar internet bankacılığı kullanımı nedeniyle ayrıca bir ücret almasalar da internet bankacılığı daha çok bankaların yararına olduğundan ve kar marjlarını artırdığından internet bankacılığı alanında özen yükümlülüğü belirlenirken ağırlaştırılmış objektif ölçü esas alınacaktır.⁶

TBK'ya göre sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme başlıca borç kaynaklarıdır. Bir de bu üç grup dışında doğrudan kanundan doğduğu varsayılan, ancak gerçekte doğrudan kanundan değil de kanunun kendisine önem atfettiği hususlardan doğan borçlar bulunmaktadır. Bankaların sorumluluğu da bu dört kaynaktan ibarettir. Kısaca bankaların TBK açısından sorumluluğun kaynakları açısından diğer özel hukuk tüzel kişileri açısından bir farkı bulunmamaktadır. Ancak somut olayda birden fazla sorumluluk kaynağı söz konusu ise zarar gören hangi sorumluluk kaynağı kendisi için daha avantajlıysa bu sorumluluk sebebine dayanarak taleplerini öne sürebilir.⁷

BankK. ve alt düzenlemeleri de bankaların sorumluluğunun başlıca kaynaklarıdır. İnternet bankacılığında bankaların sorumluluklarını düzenleyen

⁵ Köse, Gülşen, Elektronik Havale ve Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2011, s.160; Bankalara duyulan güvenin sarsılması ekonomik krize yol açabilecektir. Doğanay, İsmail, “Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken, Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Oldukları Özen Borcu”, BATİDER, C.17, S.4, Aralık 1994, s.25-31, s.29 (Özen Borcu); Doğanay, İsmail, “Bankaların Mevduat Sahiplerine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar, 5-6 Nisan 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası AŞ Vakfı), s.175-204, s.187 (Banka Mevduatı); Açıköz, Osman, “Banka Hesabının İnternet Bankacılığı Yoluyla Boşaltılması Sonucu Meydana Gelen Zarardan Dolayı Bankanın Mevduat Sahibine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, KOÜHFD, C.6, S.12, Temmuz 2015, s.69-113, s.78 (Bankanın Hukuki Sorumluluğu).

⁶ İnternet bankacılığı ile birlikte müşteri dünyaya açıldığından ve banka hesabı üçüncü kişilerin müdahalesine daha açık hale geldiğinden özen yükümlülüğü daha ağır takdir edilmelidir. Yılmaz, Süleyman, Hukuki Açısından İnternet Bankacılığı, Ankara 2010, s.152.

⁷ Battal, Ahmet, Güven Kurumu Niteliğindeki İşlerinde Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001, s.5-6; Kaplan, İbrahim, “Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s.449-460, s.457; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020, s.740 (Özel Hükümler); Bankaların haksız fiil sorumluluklarının kapsamı daha dar olsa da müşteri haksız fiil sorumluluğuna dayandığında bankanın kusurunu ispat etmek durumunda kalacak iken sözleşmesel sorumluluğa dayandığında banka kusursuz olduğunu ispat etmek durumunda kalacağından sözleşmesel sorumluluğa dayanılması daha avantajlı olabilecektir. Köse, s.166;

BS-EB Yönetmeliği bankaların bu alandaki sorumlulukların en somut şekilde belirleyen düzenlemedir.

Bahsi geçen temel düzenlemeler dışında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun, 4208 sayılı Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun gibi düzenlemeler de bankacılık sektörünü yakından ilgilendirmektedir.

2. Bankacılık Örf ve Adetleri ile Teamüller

TTK m.1 uyarınca hakkında ticari hüküm bulunmayan hallerde mahkemeler ticari örf ve adete, ticari örf ve adet de bulunmuyorsa genel hükümlere göre karar verecektir.⁸ TTK m.2/3 uyarınca hukuki ilişkinin diğer tarafı tacir değilse, örf ve adet tacir olmayan tarafa kendisi kuralı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa uygulanır. Bankacılık mesleki örgütü Türkiye Bankalar Birliğinin görev ve yetkileri BankK. m.80 de düzenlenmiştir ve BankK. m.80/c uyarına üye bankaların uyacakları meslek ilkeleri ve standartlarını BDDK'nın uygun görüşünü alarak belirleme görevi bulunmaktadır.

Milletlerarası Ticaret Odası tarafından belirlenen teamüller de bankacılık ilkelerine kaynak oluşturmaktadır.⁹

3. Sözleşme Hükümleri

Özel hukukun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesi TBK m.26'da kendisine *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* ifadesiyle yer bulmuştur. Buna göre taraflar emredici hükümlere, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmamak kaydıyla dilediği gibi sözleşme akdedebilirler.¹⁰

⁸ Örf ve adet, bir ticaret alanında uzun süredir uygulanan ve deneyimlerin meydana getirdiği kurallardır. Teamül ise irade beyanlarının yorum aracı, fiili bir alışkanlıktır. Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009, s.61-62; Bankaların sorumluluğu için ikinci kaynak ticari örf ve adetler olacaktır. Açıkgöz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.79.

⁹ Battal, s.74.

¹⁰ Özsoker, Gökberk, “Türk Borçlar Kanunu'nun Emredici Hükümlerinin Sözleşme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, KHÜHFD, C.4, S.1, s.59-78, s.63-68; Ateş, Derya, “Sözleşme

4. Vekalet Sözleşmesinin Kıyasen Uygulanması

TBK m.506/2 uyarınca “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü*” olup kusur durumunun tespitinde objektif ölçü esas alınacaktır.¹¹ En yüksek ölçüde özenli davranışın belirlenmesinde ise bir mesleğin veya uzmanlık alanının standartlarından faydalanılabilecektir.¹²

Vekaletin ücretli ya da ücretsiz görülmesi beklenen özenin ölçüsüne etki etmemekle beraber bu ölçü tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır.¹³ Bankanın vekil sıfatıyla iş gördüğü durumların ücretli saklayanın sorumluluğu ile benzerliği bulunmaktadır.¹⁴

İnternet bankacılığında genel olarak havale işlemi yapılmakta olup bankalar havale işlemini müşterileri ile aralarındaki cari hesap sözleşmesi ve ciro sözleşmesi kapsamında yapmaktadır. *Ciro sözleşmesi*, iki tarafa borç yükleyen ve sürekli bir borç ilişkisi doğuran vekalet sözleşmesi niteliğinde bir iş görme sözleşmesi olup banka sonucu değil, iş görme edimini sadakat ve özenle yerine getirmeyi taahhüt eder.¹⁵ İşte banka havalelerine havale gönderen ile bankası arasında ve havale alıcısı ile bankası arasında vekalet sözleşmesi niteliğinde bir ciro sözleşmesi kurulur ve banka bu ciro sözleşmesi kapsamında sorumluluk üstlenir.¹⁶ Uygulamada bankalar “Bankacılık

Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.20, S.72, s.75-93, s.75; Bankaların sorumluluğunun bir diğer kaynağını sözleşmeler oluşturacaktır. Açıkgoz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.80.

¹¹ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Baskı, İstanbul 2014, s.159.

¹² Gümüş, s.153.

¹³ Aydoğdu, Murat /Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2014, s.785.

¹⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım’dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 425; Ücret almadan iş gören vekilden yapılan iş kendisi için bir fayda sağlamadığından daha az özen beklenir. Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s.419 (Mes’uliyet); Vekaletin ücretsiz olarak görülmesi halinde bu durum sorumluluğa etkili olmayıp tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınabilir. Özkaya, Erarşlan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Ankara 2016, s.487.

¹⁵ Türk, Ahmet, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007, s.216-218; Köse, s.161; İslamoğlu, Gülşah, “Havale”, EÜHFD, C.14, S.2, Y.2019, s.525-552, s.540; Tekinalp, ciro sözleşmesini “*nakit kullanılmadan yapılan havale, çek, kambiyo senedi verilmesi ve hesabın borçlandırılması gibi ödeme işlemlerini kapsayan bir çatı sözleşme*” olarak tanımlamıştır. Tekinalp, s.443.

¹⁶ Köse, s.162; Gümüş, Özen Borcu, s.235; Burada kıymetli evrak hukukundaki ciro kavramından farklı olarak bankaların nakdi olmayan ve çek, havale gibi ödeme işlemleri yapılabilen hesap açılışı ve açılan hesabın ödeme vekaleti ile idaresi kastedilmektedir. Gümüş, Özen Borcu, s.259.

Hizmetleri Sözleşmesi” adı altındaki çerçeve bir sözleşmenin içerisine bu hususta hükümler koymakta ve bu şekilde banka ile müşterisi arasında ciro sözleşmesi akdedilmiş olmaktadır.¹⁷

Yargıtay tarafından bilgisi ve onayı dışında hesabından internet bankacılığı yoluyla havale yapılan banka müşterisinin açtığı bir davada, bankanın internet bankacılığında her türlü güvenlik önlemini alması gerektiği, bu nedenle doğacak zarardan bankanın sorumlu olacağı, bankanın haksız eylemi ve vekalet akdine aykırı davranışı nedeniyle mevduatı iade ile yükümlü olduğu belirtilmiştir.¹⁸

II. BANKALARIN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AĞIRLAŞMASI

A. Özen Yükümlülüğünün Kapsamı

1. Genel Olarak

Bankalar birçok işlemlerini vekalet sözleşmesi niteliğindeki ciro sözleşmesine dayanarak gerçekleştirmektedirler. Tekinalp, ciro sözleşmesini nakit kullanılmadan yapılan ödeme işlemlerini kapsayan çatı bir sözleşme olarak tanımlamıştır.¹⁹ Bu nedenle çalışmamızda vekaleten yapılan işlemler haricindeki işlemler “doğrudan yapılan işlemler” olarak adlandırılmış ve hemen ardından vekaleten işlemlerde özen yükümlülüğüne yer verilerek bir inceleme yapılmıştır.

2. Doğrudan Yapılan İşlemlerde Özen Yükümlülüğü

Bankalar özel kuruluş ve faaliyet izni ile çalıştığından özel bir uzmanlığa sahip oldukları ve bu uzmanlık nedeniyle faaliyetlerinin güvenli bir şekilde yürütmesi için gerekli donanıma sahip oldukları kabul edilir.²⁰ Bankaların devletin verdiği izin ile faaliyet göstermeleri garanti niteliğindedir.²¹ Tacirlerin buldukları faaliyetlerde

¹⁷ Çerçeve sözleşme içerisinde diğer bankacılık faaliyetleri yanında internet bankacılığına ilişkin hükümler de yer almaktadır. Türk’e göre internet bankacılığı sözleşmesinin edimleri dışında farklı edimler de yer aldığından internet bankacılığı hizmet sözleşmesini ise “kendine özgü yapısı olan sözleşme” olarak nitelendirmek gerekmektedir. Türk, s.313.

¹⁸ Yarg. 11. HD, 2013/12210 E, 2014/2871 K, 19.02.2014 T (www.lexpera.com.tr, ET: 12.12.2020)

¹⁹ Tekinalp, s.443.

²⁰ Battal, s.148; Yılmaz, s.150.

²¹ Battal, s.99-100, 107-108; Yılmaz, s.150; Çeker, Mustafa, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004, s.275.

özen ölçüsü daha ağır olmakla beraber²² bankalar sıradan tacirlerden olmayıp riskli bir alanda faaliyet gösterdiklerinden basiretli bir tacirin gösterdiği özen yeterli değildir.²³ Banka ile müşteriler arasında oluşan bu güven ilişkisi nedeniyle bankaların hafif kusurları halinde dahi sorumlu olmaları sonucunu doğurmaktadır.²⁴

Bankaların sahip oldukları kabul edilen bu özellikleri başkalarının öngöremeyeceği tehlikeleri öngörmesini ve başkalarından daha özenli davranmasını gerektirir. Bu nedenle bankaların özen borcu ağırlaştırılmalıdır. Bankaların özen borcunun, internet bankacılığı alanında daha da ağırlaşması gerektiği açıktır. Zira internet bankacılığında müşterinin hesabı saldırganların müdahalesine daha açık hale gelmekte ve bankanın bu müdahaleyi engellemek için daha fazla özenli davranması beklenmektedir.²⁵ Banka internet bankacılığı sistemine giren müşterisini zarar görmemesi için her türlü özeni göstermek zorundadır. Bu kapsamda banka sisteminde yer alan bir virüs nedeniyle müşteri zarar gördüğünde bankanın sorumlu olacağı açıktır.²⁶

Bankaların müşterilerini dolandırıcılık yöntemleri ve korunma yolları ile internet bankacılığı şifresinin üçüncü kişilere verilmemesi konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün bulunması bankanın özen borcunun gereğidir.²⁷ BS-EB Yönetmeliği ile bankalara getirilen bazı yükümlülüklerin de özen borcunun görünümü olarak değerlendirilebilir.

3. Vekaleten Yapılan İşlemlerde Özen Yükümlülüğü

a. Vekilin Özen Yükümlülüğü

TBK m.502/1'e göre vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin bir işini yapmayı veya görmeyi üstlenir. **Başpınar**'a göre vekalet, vekilin müvekkilin isteğine

²² Tandoğan, Mes'uliyet, s.419.

²³ Köse, s.160; Yılmaz, s.152.

²⁴ Battal, s.104 vd.; Çeker, s. 275.

²⁵ Yılmaz, s.152; Karaman Coşgun, s.184.

²⁶ Yılmaz, s.203-204.

²⁷ Köse, s.156; Vekalet sözleşmesi gereği vekilin riskler konusunda vekil edeni bilgilendirmesi özen borcu içerisinde yer alır. Işıntan, Pelin, "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bankacının Bilgi Verme Yükümlülüğü ile İlgili 16 Ağustos 2011 Tarihli Kararının İncelenmesi", GÜHFD, C.10, S.1, Ocak 2011, s.503-520, s.506.

uygun sonuca, müvekkilin menfaatine olacak şekilde, nispeten bağımsız şekilde ve sonucun gerçekleşmemesi rizikosu müvekkile ait olmak üzere iş görmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir.²⁸

TBK m.502/2 uyarınca vekaletle ilişkin hükümler niteliği uygun düştüğü müddetçe kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine de uygulanmaktadır. Banka sözleşmelerinin akreditif, kiralık kasa, ödeme ve tahsile aracılık, internet bankacılığı işlemleri gibi bir kısım işlemleri de bu kapsamda kaldığından banka vekil konumunda olacaktır. Bankalar havale işlemlerini müşterileri ile arasındaki ciro sözleşmesine dayanarak yapmaktadırlar. Ciro sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen ve taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğuran bir iş görme sözleşmesidir. Ciro sözleşmesinde banka müşterisine talimatları doğrultusunda hesabından para aktarımının sağlanması için gerekli işlemleri yapmayı ve müşterisinin hesabına gelen parayı alacak kaydetmeyi taahhüt eder.²⁹ Ciro sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde bulunduğu savunulmakta olup³⁰ bu şekilde düşünüldüğünde banka sonucu değil, edimini özenle ve sadakatle ifa etmeyi üstlenmektedir. Ancak havale göndericisinin ve havale alıcısının bankalarının aynı banka olduğu basit banka havalelerinde bankanın sonucu üstlendiği kabul edilmelidir.³¹ Ciro sözleşmesi uyarınca yazılı veya internet bankacılığı aracılığı ile gerçekleştirilen havaleler nedeniyle bankanın özen yükümlülüğünün tespitinde vekilin özen yükümlülüğüne ilişkin hükümlere başvurulabilecektir.

Bu kapsamda TBK m.506/2 uyarınca “*vekil üstlendiği iş ve hizmetleri vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.* TBK m.506/3’te ise *vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas*

²⁸ Başpınar, s.70.

²⁹ Yılmaz, s.186; Bankalar birçok faaliyetini vekalet sözleşmesine dayandırmakta olup borçlarını özenle yerine getirmekle yükümlüdürler. Vekilin yeterli özeni gösterip göstermediği varılan sonuca bakılarak değil, sonuca giderken yapılan işlemlerde tüm yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği dikkate alınarak tespit edilir. Işıntan, s.503-505.

³⁰ Ciro sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme olduğu ve bu nedenle vekaletle ilişkin hükümlerin ancak sözleşmenin niteliğine uygun düşmekte ise kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde bazı görüşler de bulunmaktadır. Türk, s.217-218; Köse, s.162; Gümüş, Özen Borcu, s.235.

³¹ Türk, s.216-218; Köse, 161; Kocaman, Arif B., “Banka Havalesinde Ciro Sözleşmesi Çerçevesinde Verilen Ödeme Talimatının Hukuki Niteliği”, BATİDER, C.20, S.3, Haziran 2000, s.17-38, s.21-27.

alınacağı” düzenlenmiş olup gerçekten de en yüksek ölçüde özenin tespitinde bankacılık gibi bir uzmanlık alanının standartları esas alınabilecektir.³²

Özen borcu vekalet sözleşmesinde açıkça yer almasa ve vekil özenli davranmayı taahhüt etmese dahi vekilin sorumluluğu kapsamındadır.³³ Kısaca vekil edimin sonucundan değil, işi özenle görmekten sorumludur.³⁴ Bankaların da müşterilerine karşı yürüttükleri çeşitli hizmetler vekalet sözleşmesi niteliğindedir.³⁵

b. Vekilin Özen Yükümlülüğünün Ölçüsü

TBK m.506/2’de vekilin vekil edenin menfaatini gözeterek sadakat ve özenle iş göreceği düzenlenmiş ve TBK m.506/3’te vekilin benzer alandaki iş gören basiretli bir vekilin davranışının sorumluluğunun belirlenmesinde esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu şekilde sorumluluk açısından objektif özenin kriter olarak belirleneceği belirlenmiştir. TBK m.504/1’de vekaletin kapsamının sözleşmede açıkça gösterilmemişse görülecek işin niteliğine göre belirleneceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda vekilin üstlendiği işin özellikleri vekilin özen yükümlülüğünün derecesinin belirlenmesinde de etkili olacaktır.³⁶

BK m.390/1 vekilin özen yükümlülüğünün belirlenmesini işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıf yaparak belirlemekte ve işçinin sorumluluğu BK m.321/2 ile belirlenmekteydi. Ancak bu dönemde de bu hüküm kanun koyucu hatası olarak görülmekte ve vekilin sorumluluğunda subjektif özen ölçüsü yerine objektifleştirilmiş özen ölçüsü kabul edilmekteydi.³⁷ Yargıtay da BK döneminde her

³² Gümüş, s.160; Vekalet konusu iş zorsa veya vekil eden için ciddi önem taşıyorsa özenin derecesi de o denli fazla olmalıdır. Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Ankara 2019, s.615; Günay, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s.1431.

³³ Tok/ Gün Tok, s.16-17; Başpınar, s.75.

³⁴ Tiftik/ Bolat, s.166; Akıncı, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s.16.

³⁵ Kaplan, s.455.

³⁶ “Noterlik bir güven kurumudur. Buna paralel olarak noterlerin, ağır bir sorumluluğa tabi tutulması, kendilerine yüklenen işlerin önemi ve yanlış yapılmasından dolayı büyük zararların doğması tehlikesinin bulunması ve noterlik işlemlerinin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine garanti verme gerekliliği düşüncesine dayanmaktadır.” Yarg. HGK, 2013/335 E, 2013/1654 K, 06.12.2013 T: (www.lexpera.com.tr, ET: 08.03.2020).

³⁷ Gümüş, s.162; Gümüş, Mustafa Alper, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan ‘Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı’ Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki

ne kadar işçinin özen sorumluluğuna atıf yapsa da vekilin kusur tespitinde “mesleğe özgü ortalama vekil” kavramını kullanarak objektif sorumluluğu esas almaktaydı.³⁸ TBK m.506/3’te ise “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı*” düzenlendiğinden ve bu şekilde objektif ölçünün esas alınacağı açığa kavuşturulduğundan artık vekilin özen borcundan dolayı subjektif ölçünün kullanılması söz konusu olmayacaktır.³⁹ Bu nedenle özenin derecesi belirlenirken, vekilin uzmanlık bilgi ve deneyimi de göz önünde bulundurulmalı ve vekil, bilgi ve deneyim eksikliğini, uzmanlık alanındaki gelişmeleri takip edemediğini, işin ağırlığını, zamanın yetersizliğini, yorgunluğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁴⁰ **Gümüş**, vekilin mesleki bir faaliyet kapsamında vekalet görevini yerine getirmemesi halinde TBK m.506/3 hükmündeki objektif özen yükümlülüğünün uygulanmaması, mesleki faaliyet kapsamında iş görmeyen vekillere “*ortalama vekilin ortalama davranışı*” ölçüsünün uygulanması, mesleki faaliyet kapsamında iş gören vekilin ise basiretli vekilden daha fazla özen ölçüsü uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁴¹ Bankalar da bu açıdan değerlendirilmeli ve bilgi ve deneyim eksikliği, işlerin yoğunluğu, bankacılık sektöründeki gelişmeleri takip edemediği gibi hususları ileri sürerek sorumluluktan kurtulmamalıdır.

B. Özen Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği

1. Objektif Özen Yükümlülüğü – Subjektif Özen Yükümlülüğü

BK döneminde vekilin özen borcunun belirlenmesine işçinin özen borcuna atıf yapılmakta, işçinin özen borcu konusunda ise objektif ölçüde yapılacak işin

İşlevi”, MÜHFHAD, C.22, S.3, s.1221-1240, s.1235 (Basiretli İş Adamı); Başpınar, s.153-154, 162; Akıncı, s.17-18.

³⁸ “...hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK’nın 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.” Yarg. 13. HD, 2006/10068 E, 2006/13288 K, 10.10.2006 T (ET: 26.12.2020, www.lexpera.com.tr).

³⁹ Tiftif/ Bolat, s.167; Yavuz, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015, s.2684.

⁴⁰ Başpınar, s.162-167; Eren, Özel Hükümler, s.739-740.

⁴¹ Gümüş, s.164.

gerektirdiği nitelik ve yetenekler esas alınırken, subjektif ölçüde işçinin nitelik ve yetenekleri esas alınmaktaydı.⁴² Çoğu zaman talimatları sorgulamayan işçinin özen borcunun ölçüsünün belirlenmesinde subjektif ölçünün esas alınması doğru olabileceken aynı ölçünün vekilin sorumluluğunda kullanılması ise isabetli olmamıştır.⁴³ Buna göre vekilin özen derecesi tespit edilirken aynı durumda dikkatli bir vekilin iş görülürken göstermesi gereken özen esas alınmalı, meslek veya genel kabul gören kurallar özenin derecesinde dikkate alınır.⁴⁴

Objektif özen ölçüsünde makul, ortalama, objektif bir tipin aynı durumdaki davranışı esas alındığından burada öncelikle soyut bir tip oluşturulur. Subjektif ölçüde ise kişinin zeka, deneyim gibi şahsi özellikleri dikkate alınmaktadır.⁴⁵

Gümüş'e göre ise subjektif ölçü vekilin kusurunun belirlenmesinde uygulanamaz.⁴⁶ Gümüş'e göre mesleğinde bir uzmanlığa, yeteneğe sahip olan vekilin ortalama vekilden daha fazla özen yükümlülüğü bulunmalıdır. Buna paralel olarak malvarlığı yönetiminde uzmanlaşmış bir banka, genel bankacılık faaliyetlerini yürüten bir bankaya göre "bankalara özgü ortalama özen" değil, "uzmanlığın gerektirdiği ölçüde özen" göstermelidir.⁴⁷ Gümüş, objektif ölçünün esas alınması gerektiğini düşünen bazı yazarların mevcut objektifleştirilmiş ölçüyü yumuşattıklarını belirtmektedir. Yazara göre vekilin özeninin ölçüsünde "sert bir objektif özen" bulunmalı, özenin ölçüsünü indiren "eğitim derecesi, meslek veya uzmanlık bilgisi, yaş, yetenek ve nitelikler" gibi ölçüler subjektif ölçüler olup objektif özenin

⁴² Tandoğan, s.410-412; Makas, Recep, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre Özen Borcu", GÜHFD, C. 16, Y.2012, S.4, s.149-180, s.155.

⁴³ Gümüş, Özen Borcu, s.311.

⁴⁴ Gümüş, Özen Borcu, s.327.

⁴⁵ Benli, mesleğin başındaki cerrahtan tecrübeli cerraha göre daha az özen ölçüsü beklenmesi gibi durumlarda bu halin özen ölçüsünün subjektif olarak belirlenmesi anlamına gelmediğini, yalnızca objektif özen ölçüsünün esnetildiğini ve geniş anlamda uygulanmaya çalışıldığını belirtmiştir. Benli, Erman, "İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", MÜHFHAD, C.26, S.1, Haziran 2020, s.300-316, s.304-308.

⁴⁶ Gümüş, Özen Borcu, s.322-323.

⁴⁷ Gümüş, Özen Borcu, s.326; Objektif özen ölçüsü ile aynı hukuki ilişkide tek bir özen ölçüsü olacağı kastedilmez. Burada "mesleğe özgü özen ölçüsü" uygulanır. Objektif özen ölçüsünde esas alınan soyut varlık "borçlunun kendi mesleğindeki ortalama borçlunun ortalama davranışı" olacaktır. Gümüş'e göre Türk yargısında sözleşmesel sorumlulukta ihmal ölçütü olarak "borçlunun kendi mesleğindeki ortalama borçlunun ortalama davranışı" esas alındığından TTK m.18/2'de yer alan basiretli tacir ölçütünün "tacir için ihmal ticaret alanının gerektirdiği özeni göstermektir" şeklinde yalnızca açıklayıcı işlev olarak görülmekte ve artık gereksiz bulunmaktadır. Gümüş, Basiretli İş Adamı, s.1226-1228.

belirlenmesinde dikkate alınmamalıdır. Gümüş, kural bu olmakla beraber somut olay esas alınarak vekaletin amacının, vekaletin ivazlı veya ivazsız oluşunun, ortalamanın üzerinde yetenek ve tahsil derecesi ve öğrenim derecesinin dikkate alınması gerektiğini de belirtmektedir.⁴⁸ Birer güven kurumu olan bankalar kendilerine duyulan güveni boşa çıkarmamalı ve bankalar hakkında subjektif ölçü uygulanmamalıdır.⁴⁹

2. Özen Borcunun Asli Niteliği – Özen Borcunun Tali Niteliği

Vekilin özen borcunun vekilin üstlendiği edimden bağımsız bir borç olarak kabul eden görüş ile vekilin asli borcunun gereği gibi ifasını sağlayan yan borç olduğu yönünde ikili bir görüş ayrımı bulunmaktadır.⁵⁰

Vekilin özen borcunun edimin sona ermesi için sözleşmeye uygun, doğru ve düzenli şekilde yerine getirilmesi gerektiği, ancak bu şekilde edimin ifası ile borcun sona ereceği savunulurken asıl yükümlülüğün yanında yüklenilen ve sözleşmenin amacının gerçekleşmesini sağlayan tali bir borç olduğu da savunulmaktadır. Özen borcunun tali bir borç olduğunu düşünenlerin bir kısmı özen borcunu sadakat borcunun somutlaşmış hali olarak değerlendirilmesi, bir kısmı koruma yükümlülüğünün içerisinde değerlendirilmesi, diğer bir kısmı da bir yan yüküm olarak değerlendirilmeyeceğini, ancak bağımsız bir borç da olmadığını savunmuşlardır.⁵¹

Başpınar'a göre ise vekilin özen borcu borçlunun sorumluluğunun özel bir uygulamasıdır.⁵²

Gümüş'e göre özen ve sadakat iki ayrı yükümlülük olduğundan özen yükümü, sadakat yükümünün somutlaşmış hali olarak düşünülmemelidir. Vekilin özen yükümü

⁴⁸ “Somut durum” ile vekilin bulunduğu mevcut hal ve şartlarda özenli bir meslek sahibi olarak bulunması gereken davranışlara sahip olmasının beklenmesi kastedilir. Örneğin, tedavinin bir kasaba hastanesinde yapılması ile üniversite hastanesinde yapılması arasında fark bulunacaktır. Kasaba hastanesinin araç ve imkanları ile tedavinin özenle yapılması beklenir. Bu nedenle somut durum esasen vekilin özen ölçüsünü subjektifleştirmez. Benzer şekilde vekilin ortalamanın üzerinde meslek bilgisi veya tahsil derecesi bulunması halinde de buna uygun davranmak zorundadır. “Mesleğe özgü ortalama vekil” ölçüsü “en düşük özen ölçüsü” olarak kabul edilir. Vekilin bunun üzerinde yetenek ve tecrübesi varsa ortalama vekilin üzerinde sahip olduğu özelliklere uygun özen göstermesi gerekir. Gümüş, Özen Borcu, s. 329-346; İvazsız vekalette vekilin bir menfaati olmadığından bu durum sadece tazminat takdir edilirken indirim sebebi olarak göz önüne alınmalıdır. Gümüş, s.165.

⁴⁹ Battal, s.99.

⁵⁰ Başpınar, s.147-154.

⁵¹ Görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, Özen Borcu, s.130-143; Başpınar, s.147-154.

⁵² Başpınar, s.153.

“vekilin yapma borcu niteliğindeki asli edim yükümüne ilişkin olarak, söz konusu özen yükümlerinin somutlaşmasından ibaret” olup yapma borcu içeren yan yükümlerin ihlali için de özen yükümünün ihlali gerekir.⁵³ Bir diğer görüşe göre ise özen borcunu yan yüküm olmayıp vekalet sözleşmesinden doğan iş veya hizmet yükümünü tamamlayan, gereği gibi ifasını sağlayan, yan yüküm niteliği taşımayıp bağımsız bir yükümdür.⁵⁴

Yargıtay da “Vekilin işin başarılı olması için mesleki bilgi ve deneyimleriyle hayat deneyimlerine ve işlerin normal oluşuna göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınıp, tedbirli ve basiretli olarak hareket etmesi, özen borcunun konusunu teşkil eder.” şeklinde vekilin özen borcu hakkında değerlendirme yapmıştır.⁵⁵

Vekilin faaliyeti, vekalet verenin vekil etmesindeki arzuladığı amaca ulaşmada sadece bir vasıtaadır. Vekil gösterdiği özene rağmen sonuç gerçekleşmezse bu durumdan vekil sorumlu tutulamaz ve burada rizikoyu vekalet veren üstlenir.⁵⁶

C. Bankalara Duyulan Güvenin Özen Yükümlülüğüne Etkisi ve Özen Yükümlülüğünün Ağırlaşması

1. Bankalara Duyulan Güvenin Özen Yükümlülüğüne Etkisi

Bankaların müşterilerine, müşterilerinin yakınlarına ve kendisine başvuran üçüncü kişilere karşı TMK m.2'den kaynaklanan koruyucu bir özen borcu bulunmaktadır. Başka hiçbir tüzel kişiye bu kadar geniş kapsamlı bir özen borcu yüklenmediğini açıkça görülebilir. Bunun genel sebebi ise bankaların faaliyet konusunun önemidir.⁵⁷

⁵³ Gümüş, Özen Borcu, s.142-143.

⁵⁴ Başpınar, 148-149.

⁵⁵ Yarg. HGK, 2012/311 E, 2012/599 K, 19.09.2012 T (www.hukukturk.com, ET: 05.04.2021).

⁵⁶ Yavuz, s.1164.

⁵⁷ Battal, s.105.

Bankaların güven kurumu olmalarının bir sonucu olarak özen borcunun diğer şirketlerden daha fazla olduğu söylenebilir.⁵⁸ Gerçekten de bankalar için basiretli bir tacirin gösterdiği özen yeterli değildir.⁵⁹

Bankalara duyulan güvenin başlıca sebepleri şunlardır:⁶⁰

- a. Ruhsata dayalı olarak, kendilerine verilen bir izinle faaliyet yürütmektedirler.
- b. Devletin denetimi ve kontrolü altındadırlar.
- c. Müşterileri karşısında genel olarak güçlü konumdadırlar ve buna rağmen bir sözleşme imzalandığında diğer insanlar kendilerinin de güvenebileceğini düşünüp sözleşme akdedebilirler.
- d. Kamu hizmetine yakın bir hizmet yürütmektedirler.

Bankalar güven kurumu olduklarından sorumlulukları genel olarak mevzuatta yer alan hükümlerle ağırlaştırılmaktadır. Sorumluluğun bu şekilde ağırlaştırılması bankaların itibarının da artması anlamına gelir. Gerçekten de insanlar sorumluluğunun ağır olduğunu bildikleri bir kuruluşa mevduatlarını rahatlıkla verebilir, sırlarının güvende olduğunu bildiklerinden bu husus da mevduat sahiplerinde bir rahatlık sağlar.⁶¹ Bankaların müşterileri ile ilişkisinde güven duygusu çok daha fazla rol oynamakta ve bu da bankaların sorumluluğunda değişiklik meydana getirmektedir. Buradan yapılan çıkarımla bankaların objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dahi sorumlu oldukları söylenebilir.⁶²

Müşterinin sınırsız tatmini anlamına gelen bazı uygulamalar da bankaların karının artmasına yol açacaktır. Örneğin, bir satıcının ürünlerinin beğenilmemesi halinde ücreti iade edeceğini taahhüt etmesi ve üstelik ürünün iadesini dahi istememesi halinde

⁵⁸ Karaman Coşgun, Özlem, “Bankaların, Telekomünikasyon Şirketlerinin ve Mevduat Sahiplerinin İnternet Bankacılığında Doğan Sorumlulukları”, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C.2, Samsun 2012, s.169-200, s.184; Battal, s.151.

⁵⁹ Eralp, Özgür, İnternet Bankacılığı ve Kredi Kartı Dolandırıcılığının Teknik, Hukuki ve Cezai Boyutu, Ankara 2012, s.165.

⁶⁰ Battal, s.107-108; Yılmaz, s.153-154; Bankaların kurulabilmesi BDDK'nın iznine bağlıdır. Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s.408-409; Bankalar birer güven kurumudur ve dürüstlük kuralı gereği özen yükümlülükler ağır takdir edilmelidir. Açıkgöz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.95-98.

⁶¹ Battal, s.109.

⁶² Eralp, s.166; Savaş, Abdurrahman, “İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri”, SÜHFD, C.19, S.2, Y.2011, s.137-166, s.160-161.

bu uygulama satıcının kârına olmaktadır. Bazı müşteriler ürünü beğenmediğini söyleyip iade talep etseler de sınırsız tatmin nedeniyle gerçekleşen satışlardan satıcı çok daha fazla para kazanabilmektedir.⁶³

Müşteriler, birçok sebepten dolayı bankalara güven duymakta, bu güven duygusu nedeniyle de banka ile birçok hukuki ilişkiye girmektedirler. Bankaların sahip olduğu *güvenilir kurum* sıfatının yansımaları da elbette sorumluluk değerlendirmesinde karşımıza çıkmakta ve bankaların özen yükümlülüğünün ağır şekilde takdir edilmesi gerekmektedir. Özen yükümlülüğünün ağır takdir edilmesinde ise belirli ölçüler kullanılmalıdır. Bu ölçülerin belirlenmemesi durumunda hukuk düzeni bozulabilecektir.⁶⁴

Bankaların sorumluluğunu kanun koyucu özel hükümlerle ağırlaştırabilecek iken bazı durumlarda da yorum yoluyla yargı kararları ile bu durum belirlenebilecektir. Yargı kararlarıyla bankaların sorumlulukları belirlenirken tarafların birbirlerine göre durumlarına da bakılmalıdır.⁶⁵ Örneğin, ihtiyaç kredisi için başvuran gerçek kişi ile faaliyetlerini finanse etmek amacıyla kredi başvurusunda bulunan tacirin banka ile işlem yapması halinde bankanın sorumluluğu farklı takdir edilebilmelidir. Zira bir tarafta banka ile arasında sosyoekonomik olarak çok güçsüz bir gerçek kişi varken diğer tarafta ticari hayatta faaliyet gösteren ve basiretli şekilde davranma yükümlülüğünde olan tacir karşısında bankanın sorumluluğunun aynı derecede ve ağır takdir edilmesi doğru olmayacaktır. Bankaların bireysel müşterileri ile ticari müşterileri arasında pek çok farklı düzenleme ve ayırım bulunmakta olup 10.02.2020 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 01.03.2020 tarihinde yürürlüğe giren “Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” ile ticari müşterilerden alınabilecek ücretlerde ayırma gidilmesi de

⁶³ Battal, s.109.

⁶⁴ Battal, s.109; Vekalet sözleşmesinde vekil ile vekil eden arasında özel bir güven ilişkisi oluşur. Vekalet sözleşmesi gereği yerine getirilen işin niteliği bunu gerekli kılmakta olup vekilin kişiliği, mesleki tecrübe ve yeteneği de güvenin oluşmasının sebeplerindedir. Buradan yola çıkarak bankalar ile müşterileri arasında da güven ilişkisi doğduğunu, ancak bankalar gibi kamu otoritesi denetimine sahip, ruhsat ile faaliyet gösteren kurumlara olan güvenin sıradan vekalet sözleşmelerine göre daha fazla olacağı kanaatindeyiz. Sarı, Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s.28-31.

⁶⁵ Battal, s.110.

bunlardan yalnızca biridir. **Battal** ise tacir olan ve olmayan gibi ikili bir ayırım yerine dörütlü bir ayırım yapmaktadır:⁶⁶

- a. **Örgütsüz ve Zayıf Vatandaşlar:** Banka ile girdikleri ilişkidenden doğacak zararları nispeten düşük olduğu için genelde sorgulamadan banka ile ilişki kurarlar.
- b. **Banka ile Eşit Şartlarda Pazarlık Yapma Gücü Bulunmayanlar:** Bankanın önceden hazırladığı sözleşmeleri aynen veya kısmen değiştirmeyi başararak imzalarlar.
- c. **Tacir Olanlar ve Olmayanlar:** Tacir olanların ticari örf ve adetleri bildiği ve dolayısıyla bankacılık teamüllerinin bu kişilere uygulanması gerektiği söylenebilir. Tacir olmayanlar açısından ise bankacılık teamüllerinin uygulanması için bunları bildikleri veya bilmesi gerektiğinin ispatlanması gerekir.
- d. **Banka ile Aynı veya Bankaya Yakın Ekonomik Güce Sahip Büyük İşletmeler:** Banka karşısında güçlü ve banka için itibar kaynağı durumundadırlar.

Bankalar ilk üç grup karşısında mali açıdan üstün konumda olduklarından bankaların bu üstünlüklerini kötüye kullanmaları önlenmeli ve borçlu korunmalıdır.⁶⁷

2. Bankaların Özen Yükümlülüğünün Ağırlaşması

Bankalar ruhsat ile faaliyet gösterdiklerinden yeterli ve düzenli bir yapılarının olduğu kabul edilebilecektir. Bu kapsamda yeterliliği kabul edilen bankaların özen yükümlülüğünün ağır takdir edilmesi gerekecektir.⁶⁸ Bankaların basiretli davranma yükümlülükleri herhangi bir tacirin basiretli davranmasına göre daha ağırdır.⁶⁹

⁶⁶ Battal, s.113-116.

⁶⁷ Karayalçın, Yaşar, "Kredi Düzeninin Korunması", BATİDER, C.6, S.3, Haziran 1972, s.539-573, s.542-543 (Kredi Düzeni).

⁶⁸ Battal, s.148-149; Başpınar, s.166-167; Zevkliler/Gökyayla, s.616.

⁶⁹ Karayalçın, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler V, Ankara 1997, s.85; Eralp, s.165.

Bankaların sahip oldukları veya sahip oldukları düşünölen tecrübe ve bilgileri başkalarının öngöremeyeceği sonuçları da öngörmelerini sağlayabileceğinden özen sorumluluğunun daha ağır takdir edilmesi gerekmektedir.⁷⁰

Bankaların göstermiş olduğu faaliyet alanı riskli bir alan olup bu özelliği gereği de bankaların özen yükümlölüğü ağır takdir edilmelidir.⁷¹

İlk olarak, bankaların özen yükümlölüğünü objektif ölçüye göre belirlendiğinde sorumlulukları artırılmış olacaktır. Buna göre bankalar kendi durumlarından yola çıkarak savunma yapamayacaklardır.⁷² Yargıtay da bankaların objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından dahi sorumlu olduklarını belirtmektedir.⁷³ Objektif ölçüye göre özenli kabul edilebilmek için ölçü alınacak bankanın aynı zamanda hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uygun davranması gerekir. Kısaca sırf başka bankalar da aynı şekilde davrandığından bir banka sorumluluktan kurtulamaz.⁷⁴

İkinci olarak, özen borcunun kapsamı genişletilerek hafif kusurdan dahi sorumlu tutularak bankanın sorumluluğu ağırlaştırılabilir. Bu da kanunda emredici olarak hafif kusurdan dahi sorumlu olunduğunun belirtilmesi veya TBK m.66'da yer alan adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinin belirlenmesi ile mümkün olabilir. Kanuni düzenlemelerin yanında mahkemeler de uygulamada özen yükümlölüğünü ağır takdir bankaların sorumluluğunu belirleyebilir.⁷⁵

Bankanın sorumluluğu değerlendirilirken illiyet bağı genişletilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu kapsamda ATM'lerde yeterli miktarda para bulundurmak zorunda

⁷⁰ Eralp, s.172.

⁷¹ Eralp, s.172.

⁷² Battal, s.111, s.145; Yılmaz, s.151; Açıkğöz, kusursuz sorumluluğun olağan sebep sorumluluğu (özen sorumluluğu) ve tehlike sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrıldığını, olağan sebep sorumluluğunun doğması için objektif özen ödevinin ihlali yeterli olduğunu, kusursuz olursa bile objektif özen yükümlölüğü yerine getirilmediğinden sorumlu olunacağını, ancak özen yükümlölüğünün yerine getirildiği veya yerine getirilmiş olsaydı dahi zararın gerçekleşeceği ispatlanırsa sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğunu, bankaların da bankanın olağan sebep sorumluluğuna dayalı objektif özen borcu bulunduğunu belirtmektedir. Açıkğöz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.100-105.

⁷³ Yarg. HGK, 2017/153 E, 2019/916 K, 19.9.2019 T (www.lexpera.com.tr, ET: 08.03.2020).

⁷⁴ Battal, s.112.

⁷⁵ Battal, s.112.

olan bankalar bu yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde paraya ulaşamadığı için kirasını yatıramayan kişinin muhatap olduğu icra takibi ve tahliye talebinden doğacak bu dolaylı zarardan da sorumlu olacaktır.⁷⁶ Virman talimatı veren müşterinin talimatında süre belirtmemesi halinde banka çalışanı virman işlemini en hızlı şekilde yapmasının gerekmesi de bu şekildedir. Virman işleminin gecikmeli yapılması nedeniyle doğan zararlardan da bankanın sorumluluğuna gidilebilecektir.⁷⁷ Banka kredi isteyen mali durumunu, kredi için başvuranın kredibilitesini ve kredilendirilen faaliyetin uygunluğunu özen yükümlülüğü kapsamında denetlemelidir.⁷⁸ Banka gerçek durumu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa sorumlu olacaktır. BankK. m.29 uyarınca bankalar zaten etkin bir iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi kurmak ve işletmekle yükümlüdürler. Bankaların kredi kullanırken özenle hareket etmeleri için ayrıca teminata dayalı şekilde işlem yapmaları gerekmektedir. Teminatsız da kredi kullanılabilsede kredinin aynı veya şahsi bir teminata dayanması esastır.⁷⁹

İnternet bankacılığında bankaların özen yükümlülüğünün ağır takdir edilmesinin en büyük nedeni ise müşterilerine nazaran daha fazla menfaatlerinin olmasıdır. **İnternet bankacılığının müşteriler açısından** avantajları şubeden yapılan işlemlere nazaran daha az maliyetli işlem yapma⁸⁰, haftanın her gün ve saatinde işlem yapıldığından zamandan tasarruf sağlama⁸¹, şubeye gidilmesi gerekmediğinden istenilen yerden işlem yapılması⁸², işlemleri hızlı şekilde gerçekleştirme⁸³ ve güncel

⁷⁶ Battal, s.129.

⁷⁷ Başpınar, s.61.

⁷⁸ Battal, s.77.

⁷⁹ Battal, s.81.

⁸⁰ Köse, s.155; Bakkal, Muharrem / Aksüt, Uğur, Türk Bankacılık Sisteminde Elektronik Bankacılık Uygulamaları, İstanbul 2011, s.23; Ünlü, Ufuk, "İnternet Bankacılığı Sisteminde Tüketicilerin Karşılaşacağı Olası Saldırıları ve Çözüm Önerileri", Bankacılar Dergisi, S.104, Y.2018, s.82-96, s.86; Kurban Mermeroğlu, Gamze, "İnternet Bankacılığının Banka ve Müşteri Açısından Yükümlülük ve Sorumluluklarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.35; Yılmaz, s.72; Savaş, s.145.

⁸¹ Bakkal/ Aksüt, s.16, 21; Ünlü, s.84; Karaman Coşgun, s.170; Yılmaz, s.72; Atamer, Yeşim M., "İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Hukuka Aykırı Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?", Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası AŞ Vakfı), s.15-37, s.15 (İnternet Bankacılığı); Savaş, s.145.

⁸² Köse, s.155; Bakkal/ Aksüt, s.22; Ünlü, s.84, 86; Kurban Mermeroğlu, s.36; Yılmaz, s.73; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.15.

⁸³ Kurban Mermeroğlu, s.36; Yılmaz, s.72; Karaman Coşgun, s.170.

ve anlık bilgiye ulaşma⁸⁴ şeklinde, **internet bankacılığının müşteriler açısından zararları ise** internet bankacılığının bilgisayar ve internet gerektirmesi nedeniyle ek maliyet gerektirmesi⁸⁵, internet bankacılığı kullanıcılarının özellikle sahte şekilde oluşturulan banka sitesi görünümü verilen internet sitelerine şifrelerini girdiklerinde çeşitli dolandırıcılık yöntemlerine maruz kalmaları⁸⁶ şeklinde sayılabilir. **İnternet bankacılığının bankalar açısından avantajları** düşük maliyetle işlem yapma⁸⁷, banka bilgi sistemlerinin standartlaştırılarak kısa zamanda fazla işlem yapılmasının sağlanması⁸⁸, bu şekilde müşterilere daha iyi hizmet sunarak rakip bankalara üstünlük sağlanması⁸⁹, daha fazla gelir elde edilmesi⁹⁰, iş yoğunluğunun azalması nedeniyle müşterilere danışmanlık yapıp katma değeri yüksek işler yapılması⁹¹, diğer müşterilere vakit ayrılabilmesi⁹², internette işlem yaparak iz bırakan müşterilerin iz kayıtlarının pazarlama faaliyetlerinde kullanılması⁹³, daha geniş alanda çeşitli ve kaliteli hizmet sunulması⁹⁴ şeklinde, **internet bankacılığının bankalar açısından zararları ise** internet bankacılığının piyasada rekabeti artırması ve müşterilerin diğer bankaların tekliflerine rahatça ulaşabilmesi nedeniyle kar marjının baskılanması⁹⁵, teknolojik gelişmelere ayak uyduramayan bankaların müşteri kaybının söz konusu olması⁹⁶, dolandırıcılığı önlemek için aktif davranma zorunluluğu altına girilmesi⁹⁷, teknolojiyi takip edemeyen müşterilerin bankadan uzaklaşarak müşteri kaybına neden olması⁹⁸, müşterinin internet bankacılığında kendisinin işlem yaptığını inkar etmesi halinde

⁸⁴ Ünlü, s.86; Kurban Mermeroğlu, s.35; Yılmaz, s.72; Savaş, s.145.

⁸⁵ Kurban Mermeroğlu, s.38; Yılmaz, s.75; Savaş, s.147.

⁸⁶ Yılmaz, s.75-76; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.15; Savaş, s.148, 160.

⁸⁷ Ünlü, s.86; Kurban Mermeroğlu, s.37; Özkan, Tuba, “İnternet bankacılığı kullanımını etkileyen faktörler: Atatürk Üniversitesi Personeli Üzerine Bir Uygulama”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s.64; Yılmaz, s.73-74; Savaş, s.145; Karaman Coşgun, s.171.

⁸⁸ Ceylan, Eyyup Ensar, “İnternet Bankacılığı ve Bankaların Hukuki Sorumlulukları”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s.86.

⁸⁹ Bakka/ Aksüt, s.24.

⁹⁰ Savaş, s.146; İnal, Emrehan, “İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s.365-375, s.365.

⁹¹ Bakka/ Aksüt, s.53-54; Yılmaz, s.74; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.15; Savaş, s.146.

⁹² Ünlü, s.84; Kurban Mermeroğlu, s.37; Yılmaz, s.74; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.15; Savaş, s.146.

⁹³ Kurban Mermeroğlu, s.37; Yılmaz, s.74-75; Savaş, s.146.

⁹⁴ Ceylan, s.87, s.92; Bakka/ Aksüt, s.22-23.

⁹⁵ Kurban Mermeroğlu, s.41; Yılmaz, s.76.

⁹⁶ Ünlü, s.87; Yılmaz, s.77.

⁹⁷ Ünlü, s.87; Kurban Mermeroğlu, s.41; Yılmaz, s.77.

⁹⁸ Ünlü, s.87; Kurban Mermeroğlu, s.41; Yılmaz, s.77.

müşteri ile ihtilafa düşülmesi⁹⁹ şeklinde sayılabilir. Görüleceği üzere internet bankacılığının bankalar açısından her ne kadar bazı zararları olsa da internet bankacılığı kullanımının yaygınlaşmasında bankaların daha yüksek menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle internet bankacılığı avantajlarından ciddi şekilde yararlanan bankaların özen yükümlülüğünün çok daha ağır takdir edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁰

Yargıtay'ın birçok kararında internet bankacılığında da bankaların özen yükümlülüğüne aykırı davrandığından bahisle sorumlu oldukları belirtilmektedir. Yargıtay tarafından internet bankacılığında gerçekleştirilen usulsüz işlemlerde bankaların objektif özen yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesi ile hafif kusurlarından dahi sorumlu oldukları,¹⁰¹ veya güven kurumu olan bankaların sahteciler karşı mevduatları korumakla yükümlü olduklarından objektif özen yükümlülüğü bulunan bankaların davacının kusurunu ispat edememesi halinde sorumlu olacakları¹⁰² gibi gerekçelerle bankaların internet bankacılığında sorumluluğuna gidilmesi gerektiği belirtilmektedir. İnternet bankacılığı, şube bankacılığından daha riskli bir alan olduğundan internet bankacılığında daha özenli olmaları gerektiği ifade edilebilecektir.¹⁰³

Yargıtay şifre ve parola gibi kişisel bilgilerin davacının kusuru ile ele geçirildiği ispatlanamadığından davacının hesabından bilgisi ve rızası dışında çekilen paranın ödenmesinden bankanın sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁴ Yargıtay başka bir kararında ise internet bankacılığı işlemleri sırasında davacının kullanıcı adı ve şifresinin kullanılması, bu bilgilerin davalı bankanın bilgisayar sisteminden öğrenilmemiş olmasının tespiti sonucunda müşterinin bu bilgilerin

⁹⁹ Kurban Mermeroğlu, s.41; Yılmaz, s.77.

¹⁰⁰ Yılmaz, s.152.

¹⁰¹ Yarg. 19. HD, 2017/4757 E, 2019/3286 K, 16.05.2019 T; Yarg. 11. HD, 2008/1977 E, 2009/5714 K, 12.5.2009 T; Yarg. 11. HD, 2018/3563 E, 2019/5115 K, 09.09.2019 T (www.kazanci.com.tr, ET: 01.11.2020).

¹⁰² Yarg. HGK, 2017/153 E, 2019/916 K, 19.09.2019 T; Yarg. 11. HD, 2018/3341 E, 2019/4515 K, 17.06.2019 T; Yarg. 11. HD, 2016/11264 E, 2018/3306 K, 08.05.2018 T (www.lexpera.com.tr, ET: 01.11.2020).

¹⁰³ Yılmaz, s.152; Karaman Coşgun, s.184.

¹⁰⁴ Yarg. 11. HD, 2008/13800 E, 2010/5642 K, 20.05.2010 T; Yarg. 11. HD, 2007/15122 E, 2009/4781 K, 21.04.2009 T (Bilgen, Mahmut, Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011, s. 763-764, 775-776).

üçüncü kişilerin eline geçmemesi için yeterli önlem alıp almadığını ispatlaması gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁵ Yargıtay tarafından benzer olayların müterafik kusur olarak değerlendirilmesi için mahkeme tarafından öncelikle bazı hususların tespitinin gerekli olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶

Yargıtay farklı bir kararında ise aynı konuya ilişkin bankaların **objektif özen borcu altında olan bankanın** tek kullanımlık şifre, telefon mesajı ile bilgi verme gibi ek güvenlik önlemi uygulamadığı için sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰⁷ Bu karardan gerekli güvenlik önlemlerini alan ve güvenlik açığı bulunmayan bankanın özen yükümlülüğüne uygun hareket etmesi nedeniyle sorumlu olmaması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Sıklıkla karşılaşılan bu tür durumlar karşısında uluslararası standartlarda güvenlik önlemlerinin alınmasının zorunlu olduğu ve bu yükümlülüklerini yerine getiren bankaların özen borcuna uygun davrandığının kabulü daha yerinde olacaktır. Yargıtay'ın uluslararası standartlara uygun güvenlik önlemlerini alan bankanın, müşterisinin şifrelerini üçüncü şahıslara vermesi durumunda kusurun tamamen müşteride olacağına dair sayıca az da olsa kararı bulunmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁵ "...bilirkişi raporunda davacının parola ve şifresini güvenli ortamlarda kullanmadığı gerekçesiyle kusurlu olduğu belirtilmiş ise de, mahkemece, davacının kişisel bilgilerini başkasına kullandığı hususunda soyut iddiayı destekleyecek delil olmadığı benimsenmiştir. Somut olayda, internet bankacılığı işlemi sırasında davacının kullanıcı adı ve şifresi kullanılmış bulunmasına ve bu bilgilerin davalı bankanın bilgisayar sisteminden öğrenilmediğinin belirlenmiş olması nedeniyle, davacı müşterinin şifrenin kötüniyetli üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli önlemleri almış olduğunu ispatlamış olması gerekir." Yarg. 11. HD, 2007/12559 E, 2009/1362 K, 09.02.2009 T (Bilgen, s.778-779).

¹⁰⁶ "...şifrenin ele geçirilmesinde davacının bir kusurunun olup olmadığı, şifrenin korunmasına ilişkin bilgilendirme de dahil olmak üzere uluslararası internet bankacılığının ulaştığı son aşama da dikkate alınarak davalı bankanın bilgisayar korsanlığı şeklinde yapılan bu işleme karşı alabileceği tedbirler olup olmadığı, varsa davacının müterafik kusuru ve işlem başına limitin aşılıp, aşılmadığı yönlerinde aralarında internet bankacılığı alanında uzmanın da bulunduğu bilirkişi kurulundan rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hatalı değerlendirme ve eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Yarg. 11. HD, 2007/1585 E, 2008/8779 K, 01.07.2008 T (Bilgen, s.808-810).

¹⁰⁷ Yarg. 11. HD, 2008/5526 E, 2010/1892 K, 18.02.2010 T; Yarg. 11. HD, 2008/2838 E, 2009/7126 K, 11.06.2009 T; Yarg. 19. HD, 2008/5878 E, 2009/505 K, 29.01.2009 T (Bilgen, s. 768-770, 773-774, s.779-780).

¹⁰⁸ Yarg.19. HD, 2007/7397 E, 2008/3029 K, 27.03.2008 T (Bilgen, s.792-793); "...internet bankacılığı işlemi sırasında davacının kullanıcı adı ve şifresi kullanılmış bulunmasına ve bu bilgilerin davalı bankanın bilgisayar sisteminden öğrenilmediğinin belirlenmiş olması nedeniyle, davacı müşterinin şifrenin kötüniyetli üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gerekli önlemleri almış olduğunu ispatlamış olması gerekir." Yarg.11. HD, 2007/12559 E, 2009/1362 K, 09.02.2009 T (www.hukukturk.com, ET: 08.04.2021).

D. Bankaların Sözleşmelerinde Yer Verdiği Sorumsuzluk Kayıtlarının Özen Yükümlülüğüne Etkisi

1. Genel İşlem Koşullarının Ortaya Çıkış Süreci

a. Tarihsel Süreç

Sözleşmeler hukukunda klasik anlayış eşit tarafların kendi aralarında birbirlerine uygun irade beyanları ile sözleşmeyi meydana getirmeleridir. Taraflar müzakereler sonucu anlaşılırsa sözleşmeyi akdedecekler, anlaşma olmazsa sözleşmeyi akdetmeyecekler ve diğer kişilerle aynı konuda sözleşme akdetmek için bir süreç başlatabileceklerdir. Bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olup bu ilke doğrultusunda taraflar sözleşme akdedip akdetmeme, sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme, sona erdirmeye ve şeklini belirleme gibi konularda kanunla sınırlanan durumlar haricinde serbesttirler.¹⁰⁹

18. yüzyılda başlayan Sanayi Devrimi sözleşmeleri de etkilemiş, seri üretime geçen işletme sahipleri sözleşmelerin şartlarının herkesle ayrı ayrı müzakere etmek yerine, aynı hükümler içeren sözleşmeler sunmak istemişlerdir. Bunun sonucunda da hükümlerinin karşılıklı müzakere sonucunda imzalanan sözleşmeler yerine herkese aynı şartlarda sunulan standart sözleşmeler ortaya çıkmıştır.¹¹⁰ Ülkemizdeki bankalar da 1980 öncesinde faaliyetleri günlük yaşamda sınırlı iken 1980 sonrası küreselleşme ve tüm topluma hitap edilmeye başlanmasıyla birlikte standart sözleşmeleri yoğun şekilde kullanmaya başlamışlardır.¹¹¹

¹⁰⁹ Girgin, Ömer Ali, “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi”, ANDÜHFD, C.5, S.1, Y.2019, s.135-155, s.137.

¹¹⁰ Girgin, s.138; Tekinalp, s.372; Atamer, Yeşim M., “Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2013, s.103-137, s. 106 (Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme); Atamer, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s.12-21 (GİŞ Denetimi); Havutçu, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s.2-3; İnan, Ali Naim / Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s.301.

¹¹¹ Bankalar 1980 öncesi de genel işlem koşulu içeren hükümler kullanmış olup bu dönemde henüz bir yasal düzenleme bulunmadığından yargı kararları ile ilgili hükümler denetlenmiştir. Kuntalp, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası AŞ Vakfı), s.79-102, s.83-84.

İşletmeler oluşturdukları standart sözleşme içeriklerine karlılıklarını artıracak kendi lehlerine olan hükümler eklediklerinden ve müzakere imkanını ortadan kaldırdıklarından “genel işlem koşulu” şeklinde tabir edilen sözleşme hükümleri ortaya çıkmıştır.¹¹² Güçsüzün korunmasının gerekmesi de genel işlem koşullarının denetiminin ortaya çıkmasını sağlamıştır.¹¹³

b. Devletin Sözleşmelere Müdahalesi

Genel işlem koşullarının olduğu sözleşmeler önceden, tek taraflı olarak, birden fazla kişi ile imzalanmak üzere hazırlandıklarından bu sözleşmelerle karşılaşan kişiler sözleşmeyi imzalamak veya imzalamamak seçenekleri arasında kalmaktadırlar.¹¹⁴

Liberal hukuk sistemlerinde devletin kişilerin haklarını serbestçe kullanıp kullanmamasına bakmadan eşit şekilde kişilere yaklaşması ve kişilerin özel hukuki ilişkilerine müdahaleden kaçınması söz konusudur.¹¹⁵ Hak ve özgürlüklerin serbestçe kullanıldığı ortamda bazı kişilerin güçsüz durumda kaldıkları görülmüştür. Bu ortamda sözleşme serbestisi ilkesinin katı şekilde uygulanması kişilerin istemedikleri sözleşmelere imza atmak zorunda kalmaları anlamına gelmektedir. Zira güçlü işletmeler karşısında güçsüz konumda bulunan kişilerin müzakere etme imkanı ortadan kaldırılarak sözleşme serbestisi ilkesinden tam anlamıyla yararlanamadıkları ortaya çıkmış ve sosyal hukuk devleti anlayışı sonuç olarak bu duruma müdahale etme gereksinimini ortaya çıkarmıştır.¹¹⁶ Bu açıdan genel işlem koşullarına karşı kanuni düzenlemeler yapıldığı gibi kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu gibi çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu doğrultuda TBK m.26 uyarınca taraflar kanunun çizdiği sınırlar içerisinde diledikleri gibi sözleşme akdedebileceklerdir.

¹¹² Girgin, s.139.

¹¹³ Tekinalp, s.373; Aydoğdu, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, s.20-21.

¹¹⁴ Girgin, s.142.

¹¹⁵ Girgin, s.144.

¹¹⁶ Girgin, s.144-145; Modern hukuk sistemleri 20’nci yüzyılda yaşanan savaşlar nedeniyle sözleşme özgürlüğü ilkesini yeniden ele almak istemişlerdir. Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İÜHFD, C.74, S.2, Y.2016, s.709-737, s.711; Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2. Baskı, Ankara 2019, s.474.

Sözleşme serbestisi ilkesi sonucunda herkesin kendi iradesi ile diğer taraf ile sözleşme yapabileceği kabul edilmektedir. Her sözleşmenin eşit taraflar arasında yapıldığı varsayılarak düzenleme yapılması ve bu şekilde sözleşmelerin geçerli kabul edilmesi halinde güçlü işletmeler karşısındaki zayıf kişilerin iradelerini yansıtmayan sözleşmelerin akdedilmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle her sözleşmenin tarafların özgür iradesi ile akdedildiği varsayımı hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacaktır.¹¹⁷

Atamer'e göre devletin müdahalesi olmadığında bir piyasa aksaklığı oluşur ve bu aksaklığı gidermek için bazı hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Arz tarafındaki aksaklık; hakim durum, uyumlu eylem ve monopol gibi rekabeti engelleyici oluşumlar olarak kabul edilebilmekte olup bu halde kaynaklar en uygun şekilde dağılmayacaktır. Talep tarafındaki aksaklık ise; bireylerin doğru seçim yapabilecek bilgiye sahip olmamaları, ayırt etme gücünden yoksunluk, tehdit, hata, hile, gabin, düşüncesizlik, deneyimsizlik olarak sayılabilir. Arz tarafındaki aksaklığı Rekabet Kurumu denetimi önleyebilecek iken, talep tarafında müşterinin ayırt etme gücünün bulunduğu, tehdit, hata, hile, gabin, düşüncesizlik, deneyimsizlik gibi bir durumun bulunmadığı halde arz tarafı bilgilendirme de yaptığında bir piyasa aksaklığının bulunmadığı düşünülebilir. Ancak bu durumda dahi bireyler pazarlık etmeden genel işlem koşulu içeren sözleşmeleri imzalayabilmektedirler. Tekrarlanan bu soruna çözüm de devletin yargısal denetimi kabul ettiği hükümlerle müdahaleyi sağlaması ile çözülebilecektir.¹¹⁸

Bireylerin zaman baskısı altında bulunmaları, okuma fırsatları olsa da hukuki metinleri anlayamaması, bir hukuk profesörü olsa da maliyetlerden kaçınmak için imzalamayı tercih edebilecek olması, bir avukata danışmasının sözleşmeyi imzalayarak üzerine düşecek risklerden daha maliyetli olabilmesi, metinlerdeki genel

¹¹⁷ Aydoğdu, s.21-24; Yeniocak, Umut, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, Y.2013, s.75-96, s.76; Eşit olmayanlar arasında yapılan sözleşme adil değildir. Bu nedenle sırf sözleşme serbestisi ilkesi ile yetinilmemeli ve güçsüz durumdakileri güçlü olanlara karşı korumak gerekmektedir. Bu da "şekli anlamda sözleşme serbestisi ilkesi" ile yetinmeyip "maddi anlamda sözleşme serbestisi ilkesini" geliştirmek yoluyla sağlanabilir. Kocayusufpaşaoğlu, Necip ve Diğerleri, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4'üncü Basıdan 7'nci Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s.506.

¹¹⁸ Atamer, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme, s.106-109.

işlem koşulunu tespit etmesinin ölçülü bir yol olmaması ve maliyet gerektirmesi gibi sebeplerle genel işlem koşulu içeren sözleşmeleri pazarlık etmeden imzaladıkları görülmektedir.¹¹⁹ Bu nedenlerle devletlerin sözleşmelere müdahale etme ihtiyacı hissetmişlerdir.

2. Genel İşlem Koşullarının Hukuki Niteliği ve Unsurları

a. Hukuki Niteliği

(1) Norm Teorisi

Norm teorisine göre genel işlem koşulları bir özel hukuk kişisi tarafından objektif hukuk normu olarak konular, karşı taraf da bunu benimser ve hukuk normu gibi uygulama alanı bulur.¹²⁰

Norm teorisi kabul edildiği takdirde genel işlem koşullarının geçerliliği için tarafların irade beyanlarının bu yönde olması aranmayacak ve diğer tarafın bu şartlardan haberi olmasa da kabul edilecektir. Ayrıca hukukta norm koyma yetkisi münhasıran devlete ait iken bir özel hukuk kişinin norm koyması meşruiyet sonunu ortaya çıkarabileceği gibi özel hukuk kişisi tarafından konulan bu norm devletin koyduğu norm gibi adaleti ve eşitliği tesis amacıyla da getirilmeyecektir. Karşı tarafın kabulüne bağlı olmaksızın genel işlem koşullarını sözleşme içerisinde kabul etmek adalet anlayışına aykırı olacaktır.¹²¹ Ayrıca güçlü işletmeler karşısındaki bireylerin genel işlem koşullarını kabul ettiği varsayımından hareket etmek de doğru değildir.¹²² Bu sebeplerle kanımızca norm teorisine katılmak mümkün olmamakla beraber günümüzde de geçerliliğini yitirdiği söylenebilecektir.¹²³

¹¹⁹ Atamer, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşmeler, s.115-118.

¹²⁰ Girgin, s.141; Havutçu, s.93-94; Oğuz, Cemal, “Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 1993, s.24-25; Karadağ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s.43; Atamer, GİŞ Denetimi, s.77-78.

¹²¹ Girgin, s.141-142; Atamer, GİŞ Denetimi, s.78; Havutçu, s.93-99.

¹²² Tekinalp, s.379.

¹²³ Karadağ, s.43.

(2) Örf, Adet ve Teamül Görüşü

Ticari bir örf ve adetin kabulü için bu kuralın uzun süredir uygulanıyor olması ve uygulanması gerektiğini herkesin kabul etmesi gerekmektedir. Ancak genel işlem koşullarının bu iki özelliği taşımadığı da göz önüne alındığında örf, adet ve teamül olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp aksinin kabulü halinde yürürlük denetimi yapılmadan bu hükümler sözleşme içeriğine dahil olacaklardır.¹²⁴

(3) Sözleşme Görüşü

Bu görüşe göre genel işlem koşullarının bir özel hukuk kişisi tarafından tek başına ve önceden hazırlanması genel işlem koşullarına norm niteliği kazandırmamalıdır. Bu nedenle sözleşmenin taraflarından biri tarafından sözleşmeye hazırlık çalışması olarak değerlendirilebilir ve iradeler uyduğunda değer kazanacaklardır.¹²⁵ Genel işlem koşullarına ilişkin TBK'daki hükümler ve diğer sözleşme hükümleri gibi yargısal denetime sahip olmaları nedeniyle genel işlem koşullarının sözleşme niteliğinde oldukları kabul edilebilecektir.¹²⁶

b. Unsurları

Genel işlem koşulları TBK m.20'de *“bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri”* olarak tanımlanmıştır. Genel işlem koşulları ayrıca taraflardan birinin önceden hazırlayarak karşı tarafın beklemeyeceği kadar tek yanlı hükümler içeren sözleşmeler olarak da tanımlanmaktadır.¹²⁷ Yüksek işlem hacmine sahip işletmeler önce kurulması düşünülen sözleşmeyi hazırlamakta ve hazırladığı bu yazılı metni kendisi ile hukuki ilişkiye girmek isteyen kişilere sunmaktadır. İşte bu şekilde düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak

¹²⁴ Tekinalp, s.380-381; Atamer, GİŞ Denetimi, s.105-108; Havutçu, s.99-102.

¹²⁵ Girgin, s.141; Karadağ, s.43-44, Atamer, GİŞ Denetimi, s.79-80; Havutçu, s.102-103.

¹²⁶ Karadağ, s.44.

¹²⁷ Tekinalp, s.371; Yılmaz, s.87; Türk, s.317; Atamer, GİŞ Denetimi, s.61; Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s.48; Meral, Ömer Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.1139-1206, s.1174; Başalp, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s.26; Karadağ, s.35-36; Havutçu, s.74.

karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerine *genel işlem koşulları* denir ve genel işlem koşulları TBK m. 21'e göre düzenleyen karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamamışsa veya öğrenme imkanı sağlamasına rağmen karşı taraf bu koşulları açıkça kabul etmemişse yazılmamış sayılır. Bankalar uygulamada birçok sözleşmeyi önceden, tek başına hazırlamakta ve ileride çok sayıdaki benzer ilişkilerde kullanmaktadır. TBK'nın bu hükmü sadece bankalar özelinde düzenlenmese de bankalara sıklıkla uygulanmakta ve bankaların sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarının sıklıkla yazılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Her iki tarafın da tacir olduğu sözleşmelerde ise düzenleyen karşıdaki tacirin tüketicilere göre daha makul durumda olduğu, pazarlık koşullarının tüketicilere nazaran daha iyi olduğu, genel işlem koşulları hakkında bilgi edinme ve bunları karşılaştırarak karar verme maliyetinin tacirler açısından makul düzeyde olduğu, hatta yüksek meblağlı işlemlerde tacirlerin bilgi sahibi oldukları kabul edilebilecektir. Bu nedenlerle tüketicilere nazaran az da olsa düzenleyen karşısında tacir bulunduğu hallerde sözleşmeye müdahale ihtiyacı doğabilecektir.¹²⁸

Buna göre genel işlem koşullarının; bir sözleşmenin koşulları olma, tek taraflı olma, ileride çok sayıda kişiyle imzalanmak üzere önceden hazırlanma, sözleşmenin kuruluşu esnasında sunulma, genel ve soyut olma ile müzakere edilmeme unsurlarının olduğu kabul edilmelidir.¹²⁹ Bankaların da müşterileri ile hukuki ilişkileri önceden hazırlanarak basılmış, çerçeve sözleşmelerle kurmak istediği görülmektedir. Bu sözleşmeler içerisinde müşterinin sorumlu olduğu faiz ve masraflara, bankanın

¹²⁸ Atamer, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşmeler, s.121-122, 126; Antalya'ya göre her iki tarafın da tacir olduğu sözleşmelerde genel işlem koşullarına ilişkin TBK hükümleri uygulanmamalı, uygulanması kabul edilse dahi içerik denetiminde her iki tarafın da tacir olduğu ve basiretli iş adamı oldukları göz önünde bulundurulmalıdır. Antalya, s.483-486; Kuntalp ise genel işlem koşullarını bankalar açısından değerlendirmiş ve bankaların TKHK'da yer alan haksız şart hükümler ile bağlı olduğu gibi TBK'daki genel işlem koşulları hükümlerinin ise tacirlerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanabileceğini belirtmektedir. Kuntalp, s.92.

¹²⁹ Atamer, GİŞ Denetimi, s.62-73; Aydoğdu, s.46-47; Kuntalp, s.91; Doğanç, Doğa Ekrem, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul 2018, s.102-103; Girgin, s.139-140; Yılmaz, s.87-88; Atamer, Yeşim M., "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012, s.9-73, s.13-18 (GİŞ Sempozyumu); Yeniocak, s.78; Yılmaz, s.87-88; Yelmen, s.51-59; Genel işlem koşullarının denetlenme sebebi "tek başına hazırlanmaları" değil, "karşı taraf ile müzakere edilmemiş olmaları" unsurunun bulunmasıdır. Başalp, s.26; Karadağ, s.38-39; Havutçu, s.74-90; İnan/ Yücel, s.302; Sözleşmenin geri kalanı müzakere edilse de bu durum genel işlem koşulu içermediği anlamına gelmez. Ercoşkun Şenol, s.719; Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017, s.63-64.

kayıtlarının delil teşkil edeceğine, çeşitli sorumsuzluk kayıtlarına, yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin hükümler içermektedir.¹³⁰

Genel işlem koşullarının varlığı için ayrıntılı bir sözleşmenin bulunması gerekmemekte olup müzakere imkanının ortadan kaldırılması yeterlidir. Müşteri müzakere de edemediğinden sözleşme içerisinde yer alan aleyhine hususlara karşı koymak ve tedbir almak imkanından mahrum bırakılmasının yanında hangi tür aleyhine hususların bulunduğundan dahi habersiz şekilde sözleşmeyi imzalamaktadır.¹³¹ Bu sebeplerle de sıklıkla genel işlem koşullarının yazılmamış sayılmasına karar verilerek banka aleyhine kararlar verilmektedir. Banka aleyhine verilen kararların büyük çoğunluğu masraf ve komisyon iadelerine ilişkin olup Yargıtay özellikle ticari kredilerde bankanın masraf ve komisyonları ilan edip etmediğinin, masraf ve komisyonlar ilan edilmemişse emsal banka uygulamalarından daha fazla masraf alınıp alınmadığının tespit edilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir.¹³² Düzenleyenin müşterilerine genel işlem koşullarını açıklayıp bilgi vermesine rağmen sözleşmenin imzalanması genel işlem koşulunun varlığını ortadan kaldırmayacaktır.¹³³

Bankaların genel işlem koşullarını müşterilerine “okudum, anladım” yazdırarak imzalatması ise sözleşmede genel işlem koşulu olarak yer alan hükümlerin bu özelliğini ortadan kaldırmayacaktır. Banka bu halde yine hükümlerin tartışıldığını başka yollarla desteklemelidir.¹³⁴ Aynı şekilde bankaların aynı anda yaptıkları

¹³⁰ Tekinalp, s.370.

¹³¹ Battal, s.183-184; Tartışılarak kabul edilen sözleşme hükümleri genel işlem koşulu niteliğini kaybeder. Yelmen, s.60; Karadağ, s.39-40.

¹³² “Taraflar arasında akdedilen kredi sözleşmesinde davalı banka tarafından kullanılan kredi dolayısıyla komisyon, masraf, erken kapama ücreti vb. adlarla masraf alınabileceğine dair hüküm olmakla birlikte, miktar ya da oran belirtilmediğinden, banka tarafından alınan masraf tutarının dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı, bankanın 09.12.2006 tarihli Resmi Gazetede Merkez Bankası tarafından yayınlanan ve 2014/6 Sayılı Tebliğ ile güncellenen 2006/1 Sayılı Tebliğin 3., 4. ve 6/2 maddeleri uyarınca belirleyip ilan ettiği oranlar, bankanın bu yönde yapmış olduğu bir ilan bulunmadığının tespit edilmesi halinde ise emsal banka uygulamaları gözetilerek, belirlenmesi ve varsa fazladan tahsil edilen tutarların davacıya iadesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11. HD, 2018/4910 E, 2019/8174 K, 16.12.2019 T; Aynı yönde kararlar için bkz. Yarg. 11. HD, 2017/1380 E, 2019/239 K, 10.01.2019 T; Yarg. 11. HD, 2016/11653 E, 2018/4811 K, 26.06.2018 T (www.kazanci.com.tr, ET: 08.03.2020).

¹³³ Atamer, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşmeler, s.128; Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.22.

¹³⁴ Gümüşsoy, Güler, “Bankacılık İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları”, İKÜHFD, C.12, S.1, Y.2013, s.177-211, s.183 (Genel İşlem Koşulları); Sözleşmedeki tüm maddelerin müzakere edildiği ve bu

işlemlerde de bilgilendirme formu adı altındaki bir forma imza tarihinden önceki bir günün tarihinin yazılarak imzalatılması hallerinde de bu formun bilgilendirmenin önceden yapıldığı konusunda tek başına ispat gücü olmayabilecektir.¹³⁵

Genel işlem koşulu çok yüksek oranda sözleşmenin diğer tarafının aleyhine olsa da aleyhe olup olmaması¹³⁶, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, sözleşme metinlerinin özdeş olmaması¹³⁷, kapsamı, yazı türü ve şekli¹³⁸ genel işlem koşulunun tespitinde önem taşımaz.

Genel işlem koşulunun ileride çok sayıda kişiyle akdedilmek üzere hazırlanması ise genel ve soyut oldukları sonucuna ulaşılmasını sağlar. Burada sözleşmenin karşı tarafının kimliği önemli değildir.¹³⁹

3. Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi

a. Genel Olarak

Bankalar, işlemleri standart hale getirmek, hızlandırmak, müşterileri ile eşit işlem yapabilmek ve hukuki açıklığı sağlamak, işlemlerdeki rizikolarını en aza indirmek amaçlarıyla genel işlem koşullarına başvurabilmektedirler.¹⁴⁰ Bankacılık, sigortacılık, faktoring gibi yüksek müşteri hacmine sahip sektörlerde her müşteri ile tek tek tüm sözleşme maddelerinin müzakere edilmesi neredeyse imkansızdır. Her gün binlerce sözleşme akdeden bu sektörlerde faaliyet gösteren şirketler için işleyişin devamı amacıyla sözleşmeleri önceden hazırlama ihtiyacı doğmuş ve zorunluluklar nedeniyle genel işlem koşullarına başvurulmuştur.

Yüksek müşteri hacmine sahip işletmeler sözleşmeleri önceden hazırlayarak standartlaştırmakta ve kendisi için çeşitli risklerin önüne geçmiş olmaktadır. Bu şekilde hazırlanan sözleşmelerde geçmişin getirdiği tecrübeler de aktarıldığından

şekilde sözleşmenin imzalandığına dair kayıtların kendisi de genel işlem koşulu niteliğindedir. Karadağ, s.39.

¹³⁵ Yeniocak, s.84.

¹³⁶ Girgin, s.139-140.

¹³⁷ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.17; Yelmen, s.60-61.

¹³⁸ Atamer, GİŞ Denetimi, s.72; Doğancı, s.105; Havutçu, s.71.

¹³⁹ Girgin, s.140.

¹⁴⁰ Yılmaz, s.85-86.

hukuki belirsizlik ve güvensizliğin de önüne geçilir ve her konu düzenlenmiş olur. Tüm bunların yanında genel işlem koşulları ile zamandan tasarruf sağlanır.¹⁴¹ Yüksek müşteri kitlesine sahip bankacılık, sigortacılık ve faktoring gibi sektörlerde faaliyet gösteren ve her gün binlerce sözleşme akdeden şirketlerin sözleşmelerinin her birini karşı taraf ile müzakere etmelerinin neredeyse imkansız olduğu hususu göz önüne alındığında genel işlem koşullarının hayatımızın bir parçası haline geldiği ve bundan sonra da var olacağı açıktır. Bu nedenle genel işlem koşullarının yargısal denetimi daha fazla önem kazanmaktadır.

Genel işlem koşulları TBK m.20-25 maddelerinde düzenlenmekte olup yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamalı bir yargısal denetime tabi tutulmaktadır. TKHK m.6'da tüketicilere karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetimi sağlanmış iken TBK'da böyle bir ayrıma gidilmemiş herkese karşı kullanılan genel işlem koşullarının denetimi öngörülmüştür.

Genel işlem koşulları sırasıyla sözleşme içeriğine dahil olup olmadığı (yürürlük denetimi), sözleşme içeriğine dahilse açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi halinde yorumlanması (yorum denetimi) ve geçerli olup olmadığı (içerik denetimi) konularında denetlenmesi gerekmektedir.¹⁴²

İnternet bankacılığına ilişkin genel işlem koşullarının denetlenmesi diğer sektör sözleşmelerine kıyasla daha önemlidir. Bankalar müşterilerinin karşısına

¹⁴¹ Yelmen, s.62-64; Genel işlem koşullarının düzenleyenin karşı tarafı için ciddi yararları bulunmakla beraber "zamandan tasarruf" hususunu ise zedeleyeceği açıktır. Kuntalp, s.95.

¹⁴² Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.11; Aydoğdu, s.71; Karadağ, s.47-48; Domaniç'e göre birbirinin aynı olan banka kredi sözleşmeleri geçersizdir ve bu banka kredi sözleşmelerini BDDK'nın ve Türkiye Bankalar Birliği'nin denetlemesi gerekmektedir. Domaniç, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 76, 80 ve 93'üncü maddeleri ile Anayasa'nın 35, 48 ve 167'nci maddeleri gereği denetimi yapmayanların cezai sorumluluğu bulunduğunu da belirtmektedir. Domaniç, Hayri, Tüm Banka Kredi Sözleşmeleri İle Tüm Faktoring Sözleşmeleri Geçersizdir, İstanbul 2007, s.46; Doğancı kanun koyucunun içerik denetiminden tamamen bağımsız olmayan ve içerik denetiminin özel bir görünümü olan saydamlık denetimini TBK m.25 ile düzenlediğini belirtmektedir. Saydamlık kuralına göre sözleşmenin karşı tarafı olan ortalama bir müşterinin hak ve sorumlulukları saydam şekilde sözleşmede yer almalı ve müşteri hükmün etkilerini fark edebilmelidir. Doğancı, s.27-33, 446-447; Antalya, öncelikle sözleşmenin genel işlem koşulu içerip içermediği yönünde bir ön kontrol aşamasından sonra yürürlük denetimi aşamasında öncelikle ilişkilendirme denetiminin yapılmasını, ilişkilendirme denetiminde genel işlem koşulları hakkında açık bir bilgilendirmenin yapılması gerektiği ve karşı tarafın öğrenme imkanının sağlanması gerektiğini, ilişkilendirme denetiminden sonra ise karşı tarafın genel işlem koşullarını kabul edip etmediği noktasında bir denetim yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu aşamadan sonra yorum ve içerik denetimine geçilecektir. Antalya, s.490-495.

güvenilen taraf olarak tek taraflı hazırlanan internet bankacılığı hizmet sözleşmesi ile çıkmaktadır ve bu nedenle müşteriye koruyucu önlemler alınmalıdır. Bankaların internet bankacılığına ilişkin hükümleri içeren sözleşmelerde genellikle internet bankacılığı aracılığı ile uğranılan zarardan sorumlu olmadıklarına ve bunun gibi banka lehine olan birçok hüküm koydukları görülmektedir.¹⁴³

b. Yürürlük Denetimi

TBK m.21’de “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*” denilerek genel işlem koşulunun taraflar arasında bağlayıcı olup olmayacağına, yürürlüğe girip girmeyeceğinin denetiminin kapsamı belirlenmiştir.¹⁴⁴

Genel işlem koşulu denetimine tabi tutulan hükmün taraflar arasında bağlayıcı olabilmesi için düzenleyenin diğer tarafa bu konuda açık bilgi vermesi, düzenleyenin diğer tarafın bu koşulları öğrenmesine olanak sağlaması ve bu koşulların diğer tarafça kabulü gerekmektedir. Sayılan şartlardan birinin dahi yerine getirilmemesi halinde genel işlem koşulları yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutulur.¹⁴⁵ Burada hakim genel işlem koşulunun kimin menfaatine olduğu konusu üzerinde inceleme yapmayacaktır.¹⁴⁶ Müşteri genel işlem koşulu kullanıldığından habersiz ise tarafların

¹⁴³ Yılmaz, s.91-92.

¹⁴⁴ Girgin, s.146; Yeniocak, s.81; Yelmen, s.81; Karadağ, s.48; Havuççu, s.105; İnan/ Yücel, s.303-304.

¹⁴⁵ Atamer, GİŞ Denetimi, s.86-90; Yeniocak, s.82; Yelmen, s.82-92; Başalp, s.33-34; Karadağ, s.49-50; Müşterinin toplu onayı söz konusu olması halinde ise kabul edilen kayıtların şaşırtıcı kayıt olup olmadığı ayrıca denetlenir. Şaşırtıcı hükümler yürürlük, belirsiz hükümler yorum, haksız hükümler ise içerik denetimine takılacaktır. Meral, s.1176; Bilgi verme, öğrenme imkanı sağlama ve kabul etme denetimlerinden ilgili genel işlem koşulu ayrı ayrı geçmelidir. Burada genel işlem konusu hükmün karşı tarafın menfaatine aykırı olup olmadığına bakılmaz. Şeker, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, 1. Basıdan 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2019, s.38; Atamer’e göre burada hakim nötr bir inceleme yapmalı ve bir tarafın menfaatine aykırı olup olmadığını dikkate almamalıdır. Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.28; Doğancı burada yer verilen kontrol noktalarını ilişkilendirme denetimi (bilgi verme ve içeriğini öğrenme imkanı tanıma) ile yürürlük denetimi (ilişkilendirme sözleşmesine yönelik kabul beyanı) olarak incelemiştir. Doğancı, s.137-146.

¹⁴⁶ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.28.

iradeleri uyuşmadığından diğer denetimleri yapmaya gerek kalmayacaktır.¹⁴⁷ Müşteri bilgilendirilmesine ve sözleşmeyi kabul etmesine rağmen müşterinin bu kabulü sözleşmeye yabancı olan koşulları kabul ettiği anlamına gelmeyecektir.¹⁴⁸ İnternet bankacılığı sözleşmesinde müşteri rahatlıkla genel işlem koşullarına ulaşabilmeli ve irade beyanının genel işlem koşullarını da kapsadığı kabul edilmelidir. Bu hususa uyulmadığı takdirde genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil olmayacağı kabul edilmelidir.¹⁴⁹

Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği konusunda kanun koyucu tanım yapmadığından öğretide “eksiklik”, “iptal edilebilirlik”, “kesin hükümsüzlük” ve “yokluk” olduğu ve “kendine özgü yaptırım” olarak değerlendirilmesi gerektiği noktasında görüşler oluşmuştur.¹⁵⁰ **Doğancı**, yazılmamış sayılma yaptırımının kesin hükümsüzlüğün yokluğa yaklaşan, kesin hükümsüzlükten daha da ağır bir geçersizlik türü olarak kabul etmektedir.¹⁵¹ **Girgin ile Aydoğdu**’ya göre burada genel işlem koşullarına yönelik kısmi bir yokluk söz konusu iken¹⁵² **Atamer**, sözleşme içeriğine hiç dahil olmayan hükmün geçersizliğinden bahsedilemeyeceğini, buradaki sorunun bir geçersizlik sorunu olmadığını ve sözleşmenin baştan eksik şekilde kurulmuş olması olduğunu belirtmektedir.¹⁵³ **Şeker**, kanun koyucunun iradesine bakıldığında yazılmamış sayılmanın yokluk veya kesin hükümsüzlük olduğunu söylemenin çok zor olduğunu, ancak TBK m.22’den dolayı daha çok kısmi yokluk olduğunu kabul ettiklerini, bu açıdan kesin hükümsüzlük nitelendirmesini yapan görüş ile irade beyanları uyuşmadığından bahisle yokluk olduğunu belirten görüşten ayrıldıklarını,

¹⁴⁷ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.27.

¹⁴⁸ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.30; Başalp, s.34; Şeker, s.41-56.

¹⁴⁹ Türk, s.319.

¹⁵⁰ Yelmen, s.97-102; Şeker, s.137-172; Arıkan, Mustafa, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, EÜHFD, C.7, S.3-4, Ocak 2012, s.19-28, s.22-26.

¹⁵¹ Doğancı, s.214.

¹⁵² Girgin, s.147; Aydoğdu, esasen sözleşme açısından kısmi yokluk bulunduğunu, ancak genel işlem koşulunun sözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin olması ve bunların sözleşmeye alınmaması halinde iradelerin uyuşmaması nedeniyle sözleşme yokluğu söz konusu olacağını, bu nedenle asli edimlere ilişkin hükümlerin genel işlem koşulu denetimi dışında bırakıldığını, ancak müzakere edilmeyen asli edimlerin de genel işlem koşulu denetimine tabi tutulmasının olması gereken hukuk açısından daha yararlı olacağını belirtmektedir. Aydoğdu, s.75-77.

¹⁵³ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.30-32; Arıkan’a göre ise kanunkoyucunun TBK m.22’deki iradesi kesin hükümsüzlüğü işaret ettiğinden genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması ile kesin hükümsüzlüğün kastedildiğinin kabulü gerekir. Arıkan, s.26-27.

burada genel işlem koşulunu düzenleyen tarafın irade beyanı kabul edilmediğinden yokluğun bulunduğunu belirtmektedir.¹⁵⁴ **Yeniocak** ise yazılmamış sayılma yaptırımını yokluk yaptırımına benzeyen, ancak kendine özgü bir yaptırım olduğunu ifade etmiştir.¹⁵⁵

c. Yorum Denetimi

TBK m.23'te "*Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*" denilerek genel işlem koşullarının nasıl yorumlanacağı hükme kavuşturulmuştur. Buna göre açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen hüküm mevcut ise bu hükümler düzenleyenin aleyhine yorumlanacaktır. Bu düzenleme ile bankalar güven kurumu olmalarının da gerektirdiği şekilde sözleşmelerin yoruma açık ve anlaşılmasız hükümlere yer vermemeye özen göstereceklerdir.¹⁵⁶

Yorum denetiminde tarafların sözleşmedeki gerçek iradeleri tespit edilmeye çalışılır ve onların sözcüklere, cümlelere verdikleri anlam tespit edilmeye, mevcut durum anlamlandırılmaya çalışılır.¹⁵⁷ Sözleşmedeki bir hükmün içeriğinde bir tereddüt oluşması halinde yorumlardan en fazla müşteri lehine olan yorum tercih edilmelidir.¹⁵⁸

d. İçerik Denetimi

Yürürlük denetimi ve yorum denetimi yapılması çoğu zaman yeterli olmayabilir ve adaletli sözleşmelerin ortaya çıkması konusunda yetersiz kalabilir.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Şeker, s.172; Hatemi/ Gökyayla'ya göre ise taraf iradeleri sözleşmenin esaslı unsurlarında uyuştuktan sonra yokluktan söz edilemeyecek ve genel işlem koşulları kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmalıdır. Hatemi/ Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017, s.66; Kırkbeşoğlu da yazılmamış sayılma yaptırımını kısmi hükümsüzlük temelinde değerlendirmektedir. Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s.63-74.

¹⁵⁵ Yeniocak, s.86; Yelmen de yazılmamış sayılma yaptırımının kendine özgü bir yaptırım türü olduğunu ve diğer yaptırım türlerinden farklı hüküm ve sonuçları bulunduğunu belirtmektedir. Yelmen, s.104-106.

¹⁵⁶ Kuntalp, s.96.

¹⁵⁷ Atamer, GİŞ Denetimi, 130-131; Yelmen, s.113, 115; Yürürlük denetiminden geçen genel işlem koşullarının irade beyanlarının anlamlarının ne olduğu yorum denetiminin konusudur. Yorum denetiminde gerçek iradeler ortaya konulmaya çalışılır. Doğanç, s.226-227.

¹⁵⁸ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.35; Başalp, s.32, 119-120.

¹⁵⁹ Atamer, GİŞ Denetimi, s.143; Yeniocak, s.93.

Bu nedenle TBK m.25'te sözleşmelere karşı taraf aleyhine, karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı dürüstlük kuralına aykırı hükümler konulamayacağı hükmüne bağlanmıştır. İçerik denetimi bir hakkaniyet denetimi olup genel işlem koşulları sözleşme kapsamında değerlendirildiğinde bu denetime tabi tutulacaktır.¹⁶⁰

İçerik denetiminde TMK m.2'deki dürüstlük kuralı gözetilmeli ve genel işlem koşulunun karşı tarafın aleyhine olması ve bu aleyhe durum dürüstlük kuralına aykırılık ile yaratılmış olmalıdır. Genel işlem koşulunu denetlemeye esas ölçü daha çok içerikle ilgili olduğundan bunun temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır.¹⁶¹

TBK m.25 gerekçesinde içerik denetimine tabi tutulan hükmün kesin hükümsüzlük sonucu ile karşılaşacağı ve diğer hükümlerin geçerliliklerini koruyacağı açıkça belirtilmiştir. TBK m.25 gerekçesinde ayrıca bu durumda TBK'da "Kesin Hükümsüzlük" başlığını taşıyan m.27/2'nin ilk cümlesi olan "*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez.*" hükmü uygulama alanı bulacağı, TBK m.27/2'nin ikinci cümlesi olan "*Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.*" hükmünün uygulanmayacağı da düzenlenmiştir. Bu şekilde düzenleme yapılmasının sebebi ise düzenleyenin bu hükmeye dayanarak sözleşmeden geri dönmesini önleme amacıdır.¹⁶²

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği m.4'te haksız şart "*Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek*

¹⁶⁰ Girgin, s.148; Karadağ, s.60; Yürürlük denetiminden ve yorum denetiminden geçen genel işlem koşulu hükümleri yine de dürüstlük kuralına aykırı şekilde müşteri aleyhine menfaat dengesini bozuyorsa içerik denetimine tabi tutulur. İçerik denetiminde esasen hükmün adil olup olmadığı değerlendirildiğinden "hakkaniyet denetimi" olarak da değerlendirilmektedir. İçerik denetiminin altında irade serbestisi zarar gören müşterinin korunma ihtiyacı yatmaktadır. Doğancı, s.298-301.

¹⁶¹ Tekinalp, s.378; Yelmen, s.124-132; Karadağ, s.60; TMK m.2'de "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." denilerek herkesten uyulması beklenen dürüstlük kuralına yer verilmiştir. Yelmen'e göre dürüstlük kuralını uygularken bazı ölçütlerden yararlanılmalıdır. Buna göre "*a) kanuni düzenlemenin temel düşüncesinden farklılaşmış, bununla uyumuyor ise, b) sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülükleri, onun amacına ulaşılmasını tehlikeye sokacak derecede sınırlıyorsa*" söz konusu düzenlemenin dürüstlük kuralına aykırı bir düzenleme olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yelmen, s.132; Doğancı'ya göre TBK m.25'te dürüstlük kuralından bahsedilmesi yerinde olup bu şekilde içerik denetiminin dayanağına açıklık getirilmiştir. Doğancı, s.305.

¹⁶² Girgin, s.149.

biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları” olarak tanımlamakta ve bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi ve yükümlülüklerin dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması şartlarının beraber aranması gerektiği belirtmektedir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin haksız şartlara örnek niteliğinde bir eki bulunmakta olup Ek-1/a’da düzenleyenin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran şartlar bu örnekler içerisinde sayılarak sorumsuzluk kayıtları haksız şart olarak kabul edilmiştir. **Atamer**’e göre TBK m.25’te hakimin eline tek ölçü olarak dürüstlük kuralı verilmiş olup bu durum hukuk güvenliğine aykırı olduğundan hakim tacirler arası ilişkilerde de Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliği ekindeki örneklerden faydalanmalıdır.¹⁶³

Bankaların sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin hükümleri ise buradaki içerik denetimine tabi olacaktır. Zira sorumsuzluk kayıtları dürüstlük kuralına aykırı şekilde diğer tarafın durumunu ağırlaştırıcı hükümlerdir.¹⁶⁴ Bankaların sözleşmelerinde sorumsuzluk kayıtları dışında yer verdikleri krediyi dilediği an muaccel hale getirebilme yetkisi gibi hükümler de dürüstlük kuralına aykırı olup yine içerik denetimine takılacaklardır.¹⁶⁵

Sözleşme içerisinde yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki kayıtların geçerliliği konusundaki hükümlerle taraflar arasındaki adaletsizlik giderilmeye çalışılmıştır.¹⁶⁶ Bankaların sözleşmelerinde yer verdikleri sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olması ile ilgili ise çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan biri vekalet

¹⁶³ Atamer, GİŞ Sempozyumu, s.41-42; Doğanç, s.335.

¹⁶⁴ Atamer, Yeşim M., Genel İşlem Koşullarının Denetimi – BK, TK ve TKHK, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/yesimatamersunum0217.pdf> (ET: 01.01.2020); Domaniç, s.31; Başalp, s.284-285; Meral’e göre ise sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin denetim daha çok yorum denetimi ile yapılmaktadır. Sorumsuzluk kaydının yorumlanmasında öncelikle tarafların gerçek iradesi ortaya çıkarılır. Tarafların gerçek iradesi ortaya çıkarılamazsa belirsizlik olduğundan TBK m.23 uyarınca düzenleyen aleyhine, diğer taraf lehine yorumlanır. Yorum yoluyla denetimden sonra ise sözleşmeye dahil olan bu klozun içerik denetimine geçilir ve haksız şart teşkil ettiği tespit edilirse hüküm uygulanmaz. Meral, s.1178; Karayalçın’a göre sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olduğunun kabulü halinde bankacılık sektörü güven ilkesi ile bağdaşmayan, kusurlu davranışları teşvik edilmiş ve bunun sonucunda banka işlemlerinde “*tahammül edilemez bir keşmekeşe*” sebep olunur. Karayalçın, s.86.

¹⁶⁵ Kuntalp, s.102.

¹⁶⁶ Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977, s.210; Karadağ, s.64; Havutçu, s.154.

sözleşmesinde vekilin özen borcuna uygun davranması gerektiği, özen borcuna sınırlayıcı kayıtların vekalet sözleşmesinin niteliğine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁶⁷ Vekalet sözleşmesi niteliğindeki ciro sözleşmesi ile internet bankacılığı aracılığı ile para transferi hizmeti veren bankaların internet bankacılığında meydana gelen sorunlardan sorumlu olmadıklarına ilişkin kayıtlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Diğer taraftan bankaların fiili tekel konumunda oldukları, bu nedenle sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz olduğu ileri sürülmüştür. Diğer bir görüşte ise bankaların devletin verdiği yetki ile faaliyet gösterdiklerinden hafif kusurlarından sorumsuzluğuna ilişkin kayıtların da geçersiz olacağını savunulmuştur.¹⁶⁸ Türk hukukunda ise TBK m.115/3 uyarınca uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüz olup konu bu hükümle netleştirilmiştir. TBK ile bankaların da içinde olduğu bu hüküm ile bankaların hafif kusurlarından sorumlu olmayacakları hakkında dahi sorumsuzluk anlaşması yapamayacakları ortaya konmuş ve hakime takdir yetkisi verilmeyerek sorumsuzluk kayıtlarının doğrudan hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Bankalar çerçeve sözleşmelerinde yer alan internet bankacılığına ilişkin düzenlemelerde *“müşterilerin internet bankacılığı hizmetini kullanacakları cihazların güvenliğini temin ettiklerine, üçüncü kişilerin bu cihazlara izinsiz erişimini engellemek için gerekli güncel güvenlik önlemini almayı müşterilerin taahhüt ettiklerine, aksi halde meydana gelen zararlardan müşterilerin sorumlu olacağına”* ilişkin ibarelere yer vermektedirler. Bankalar, müşteri ile arasındaki sözleşmedeki bu türde sorumsuzluk kaydına dayanarak internet bankacılığındaki saldırganlar tarafından gerçekleştirilen eylemlerden sorumlu olmadığı iddiasında bulunamaz.¹⁶⁹ Bir güven

¹⁶⁷ Tekinalp, s.402.

¹⁶⁸ Tekinalp, s.403; Baş, Büşra, “Sorumsuzluk Anlaşması”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.11, S.111, Şubat 2019, s.757-765, 761-762.

¹⁶⁹ Köse, s.157; Özdilek, Ali Osman, “İnternet Bankacılığında Çalınmadan Kim Sorumlu?”, Bilişim ve Hukuk Dergisi, S.7, Y.2008/2, s.6-8, s.7; Başalp’e göre üçüncü kişilerin haksız müdahalesi sonucu banka hesaplarında meydana gelen zarardan bankanın sorumlu olmadığına ilişkin kayıtlar geçersiz olup banka kusursuz da olsa zarar banka bünyesinde gerçekleştiğinden müşterinin alacak hakkı aynen devam

kurumu olan bankaların müşterilere karşı hafif kusurlarından sorumlu olmadığına ilişkin kayıtları ileri sürmesi mümkün değildir.¹⁷⁰

Taraflar arasındaki eşitsizlik devamlı bir hal aldığına Yargıtay sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliğini bir kural gibi uygulamaktadır. Yargıtay birçok kararında bankaların hafif kusurundan sorumlu olmadıklarına dair kaydın TBK m.115 uyarınca geçersiz olduğuna hükmetmiştir.¹⁷¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin ise sorumsuzluk kaydının geçersiz olduğunu iddia edenin tacir olması halinde belirli şartlarda bu konudaki iyiniyetine bakılması gerektiğine yönelik kararı bulunmaktadır.¹⁷²

eder. Müşterinin kusurunun bulunması halinde ise banka oluşan zararını müşteriye tazminat talebi olarak ileri sürebilecektir. Başalp, s.281-284.

¹⁷⁰ Köse, s.159; Yılmaz, s.157-158; Eren, Özel Hükümler, s.741; Zevkliler/ Gökyayla, s.617.

¹⁷¹ “O hâlde, bankalar, ağırlaştırılmış sorumluluğun bir gereği olarak objektif özen yükümlülüğü altında bulunmakta olup, buna karşılık hafif kusurlarından dahi sorumludurlar. Ayrıca, bu sorumluluğu kaldırmaya yönelik sözleşmeler de geçerli değildir. Zira sorumsuzluk sözleşmesi hükümlerine sınırlama getiren ve somut olaya uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun (818 sayılı BK) 99/2’nci ve 100/3’üncü (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (6098 sayılı TBK) 115/3’üncü ve 116/3’üncü) maddeleri gereğince, özel yasa ile kuruldukları ve kendilerine alanlarında çeşitli imtiyazlar tanıdığı için bankaların, hafif kusurlarından dolayı ortaya çıkan sorumluluğunu kaldıran sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır.” Yargıtay HGK, 2017/153 E, 2019/916 K, 19.09.1029 T (www.lexpera.com.tr, ET: 08.03.2020).

“Her ne kadar kredi sözleşmesinin 36. maddesinin ... paragrafı ‘Müşteri, bankaya teminat olarak verilecek senetlerden görüldüğünde ödemeli olanlarla ilgili olarak ödeme için ibraz konusunda bankaya yazılı bir talimat vermediği takdirde bankanın bu senetleri dilediği tarihte ödeme için ibraz etme ve protesto ettirmeye yetkili olduğunu, ancak bankanın ödeme için ibraz zorunluluğunun bulunmadığını, senetlerin yasal süresi içinde ödeme için ibraz edilmemesi ya da protesto edilmiş olsa dahi yasal takibe geçirilmemesi nedeniyle bu senetlere bağlı hakların kaybolması nedeniyle bankanın sorumlu olmayacağını kabul ve taahhüt eder’ hükmünü haiz ise de 115/3. maddesi gereğince özen yükümlülüğü bulunan davalı bankanın borçluların durumunu ağırlaştırmaması, ağırlaştırması halinde ağırlaştırma oranınca sonucuna katlanması gerektiğinden sözleşmenin anılan hükmüne dayanarak bankanın sorumlu olmayacağı sonucuna varılması doğru olmamıştır.” Yargıtay 11. HD, 2016/1754 E, 2017/885 K, 16.02.2017 T (www.lexpera.com.tr, ET: 08.03.2020).

¹⁷² “Aracı kurumun hesap ekstresini aylık dönemler itibarıyla izleyen 7 gün içinde müşterinin adresine iadeli taahhütlü mektupla gönderileceğinin belirtildiğini, hesap ekstresindeki bilgilerin belirli süre geçtikten sonra müşteri tarafından kabul edilmiş sayılacağına ilişkin sorumsuzluk kaydının genel işlem koşullarına aykırı olduğunu ileri sürmüş ise de işlemlerin büyüklüğü nazara alındığında her iki tarafın tacir olduğu anlaşıldığından ‘hesap ekstresindeki bilgilerin belirli süre geçtikten sonra müşteri tarafından kabul edilmiş sayılacağına ilişkin’ sorumsuzluk kaydının genel işlem koşullarına aykırılığının ileri sürülemeyeceği, davalı (birleşen davacının) kendi bilgisi ve talimatı doğrultusunda gerçekleşen işlemlere itiraz etmediği halde işlemler nedeniyle zarar gördüğünü ileri sürmesinin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu, nazara alındığında birleşen dosyanın davacısının bu hususlara yönelik istinaf sebebi de yerinde değildir.” İstanbul BAM 12. HD, 2018/82 E, 2018/704 K, 07.06.2018 T (www.lexpera.com.tr, ET: 08.03.2020)

İkinci Bölüm

İNTERNET BANKACILIĞINDA SORUMLULUK

Bankaların özen yükümlülüğünün sınırlarını tespit ettikten sonra internet bankacılığında bankaların ve müşterilerin sorumluluklarının neler olduğu üzerinde durulması gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle internet bankacılığı ile elektronik havale kavramından ve çeşitli dolandırıcılık yöntemlerinden bahsedilmiştir. Dolandırıcılık yöntemlerinden bahsedilmesinin ardından üçüncü kişilerin internet bankacılığı yolu ile hesaba müdahalesinde bankalar ile müşterilerin yükümlülüklerinin neler olduğu, buna rağmen üçüncü kişilerin internet bankacılığı yoluyla hesaba müdahale gerçekleştirmesi sonucunda zarara kimin katlanacağı, bankaların bu zararı müşterilerine yansıtıp yansıtamayacağı üzerinde durulmuştur. Gerçekten de uygulamada çeşitli dolandırıcılık yöntemlerine maruz kalan müşteriler hesabındaki paraya üçüncü kişilerin müdahalesinden bankayı sorumlu tutmakta ve doğrudan bankalara karşı dava açmaktadırlar. İnternet bankacılığı yoluyla hesaba müdahalelerde bankaların ve müşterilerin hangi durumlarda sorumlu tutulacağına tespiti önem arz ettiğinden bu bölümde ayrı ayrı sorumluluklara değinilmiştir.

I. İNTERNET BANKACILIĞI KAVRAMI

A. Tanımı

Elektronik bankacılık geniş anlamda banka dışında otomatik banka veznelere müşterinin verdiği komutlarla para çekilmesini, yatırılmasını, avans, havale ve diğer işlemlerin yapılmasını ifade eder.¹⁷³ Elektronik bankacılık aynı zamanda, geleneksel bankacılık hizmetlerinin elektronik yöntemlerle gerçekleştirilmesi ile internet bankacılığı, telefon bankacılığı, ATM, mobil bankacılık gibi uygulamaları da kapsar.¹⁷⁴

¹⁷³ Bilgen, Mahmut, "İnternet Bankacılığında Kaynaklanan Zararlarda Bankaların Sorumlulukları", Bankacılar Dergisi, S.71, Y. 2009, s.78-96, s.78 (İnternet Bankacılığı).

¹⁷⁴ Bakkal/ Aksüt, Türk Bankacılık Sisteminde Elektronik Bankacılık Uygulamaları, İstanbul 2011, s.16-17; Savaş, s.139; Ceylan, s.90.

İnternet bankacılığı için farklı tanımlar bulmak mümkündür. İnternet bankacılığı, banka şubelerinden yapılan nakit çekme işlem dışındaki tüm işlemlerin internet üzerinden gerçekleştirilmesini ifade eder.¹⁷⁵ Bunun yanında internet bankacılığı, elektronik bankacılığın bir uzantısı olan, bireysel ve ticari tüm bankacılık işlemlerinin yapıldığı, bankaların şube dışında hizmetlerini sunduğu alternatif dağıtım kanalı olarak tanımlanabilmektedir.¹⁷⁶ İnternet bankacılığı, zaman ve yer sınırı olmaksızın internet üzerinden bankacılık hizmetlerinden yararlanılan alternatif dağıtım kanalı¹⁷⁷ yahut müşteri numarası ve şifre ile sisteme giriş yapılarak hesap üzerinde tasarruf edilebilen bankacılık yöntemi¹⁷⁸ olarak da tanımlanabilmektedir.

BS-EB Yönetmeliğinin 3/r maddesinde internet bankacılığı “*Bankaların kendi ticaret unvanı, işletme adı ya da herhangi başka bir ad altındaki bir web sayfası üzerinden sundukları hizmetlere müşterilerin, kullandıkları cihaz ya da platformdan bağımsız olarak, internet yoluyla ulaşabildiği ve kendilerine ait finansal veya kişisel verileri görüntüleyebildiği, değiştirebildiği ya da finansal sorumluluk yaratacak işlemler gerçekleştirebildiği elektronik dağıtım kanalları*” olarak tanımlanmıştır. Tanımdaki finansal işlemlerin ve finansal sorumluluk yaratacak işlemlerin tanımı BS-EB Yönetmeliğinde yapılmamış olup internet bankacılığında genel olarak her türlü hesap işlemi, yatırım işlemi, fatura ödeme, başvuru işlemleri gibi birçok işlem yapılabilmektedir.¹⁷⁹

B. Tarihi Gelişimi

Elektronik bankacılığın ilk görünümü 1970’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmıştır. Buna göre banka müşterileri telefonları ile hesaplarına erişme olanağı elde etmiştir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Ünlü, s.84; Kurban Mermeroğlu, s.4; Ceylan, s.37; Yılmaz, s.66; Açıkgoz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.75.

¹⁷⁶ Ceylan, s.35.

¹⁷⁷ Savaş, s.144; Ceylan, s.35.

¹⁷⁸ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.15.

¹⁷⁹ Yılmaz, s.66.

¹⁸⁰ Yılmaz, s.64.

Dünyada 1980’li yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler bankacılık sektöründe de kendisini göstermiş ve bankalar arasında teknolojinin etkili olduğu bir rekabet ortamı oluşmuştur. Buna göre 1980’li yıllarda kablolu televizyon ile görüntülü doğrulama yapılabilmektedir.¹⁸¹

1990’lı yıllarda ise kişisel bilgisayarların yaygınlaşması ile bilgisayarların bankalar için bir dağıtım kanalı olabileceği fikri ortaya çıkmış ve bilgisayar bankacılığı ortaya çıkmıştır. Bu yöntemde eş zamanlı işlem yapılamadığından kısa süre sonra kullanılmamaya başlamıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nde bir banka tarafından 1995 yılında ise internetin yaygınlaşması ve eş zamanlı işlem yapmaya imkan vermesi nedeniyle internet üzerinden bankacılık işlemleri yapılmaya başlanmıştır.¹⁸²

Ülkemizde ise 1987 yılında Türkiye İş Bankası ATM’ler kullanmaya başlamış, 1996 yılında ise telefon ve bilgisayarlar çeşitli bankalarda kullanılmaya başlanmıştır. İlk internet bankacılığı uygulamasını ise 1997 yılında Türkiye İş Bankası yapmıştır.¹⁸³ Günümüzde ise ülkemizdeki bankalar teknolojiyi kullanma konusunda uluslararası standartları yakalamıştır.¹⁸⁴ BankK. m.76/2 uyarınca hazırlanan Bankalarca Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmeliğin¹⁸⁵ 01.05.2021 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bankalarca uzaktan kimlik tespiti ile yeni müşteri kazanımı ve müşteri kimliğinin tespiti sonrası yazılı şekline yerine geçilebilecek işlemler yapılmaya başlanacaktır. Bankalarca Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmeliğin 8/4 maddesinde her ne kadar müşteri temsilcisinin kimlik tespiti sırasında gözlemleri ile inandırıcı ve yeterli olduğuna kanaat getirmesi ve kimlik avı, sosyal mühendislik, başkasının zorlaması gibi riskleri göz önünde bulunduracağı hükme bağlansa da bankacılık sektörüne kazandırılan bu teknolojik gelişme ile birlikte yeni dolandırıcılık yöntemlerinin ortaya çıkacağı açıktır.

¹⁸¹ Yılmaz, s.63-64; Bakkal/ Aksüt, s.10.

¹⁸² Yılmaz, s.64-65; Bakkal/ Aksüt, s.10.

¹⁸³ Yılmaz, s.65.

¹⁸⁴ Bakkal/ Aksüt, s.14.

¹⁸⁵ https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0851_01.pdf (ET: 28.02.2021).

II. ELEKTRONİK HAVALE

A. Tanımı, Hukuki Niteliği ve Unsurları

1. Tanımı

TBK m.555'te havale "*Havale, havale edenin, kendi hesabına, para, kıymetli evrak ya da diğer bir misli eşyayı havale alıcısına vermek üzere havale ödeyicisini; bunları kendi adına kabul etmek üzere havale alıcısını yetkili kıldığı bir hukuki işlemdir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Havale ile havale ödeyicisi para, kıymetli evrak veya diğer misli eşyayı havale eden hesabına havale alıcısına vermeye, havale alıcısı da bunu almaya yetkili kılınmaktadır.¹⁸⁶ Banka havalesi ise, talimat verenin hesabından talimat sahibinin bildirdiği hesaba kaydi olarak paranın devredilmesidir.¹⁸⁷

Günümüzde bankalar aracılığı ile yapılan havaelerde fiziken para veya kıymetli evrak havalesi neredeyse kalmamıştır. Çoğu zaman da çifte yetkilendirme değil, para yatıranla bankası arasında cari hesap anlaşması ve ciro sözleşmesi bulunmakta olup TBK m.555 uyarınca bir havaleden bahsetmek tam olarak mümkün değildir.¹⁸⁸

2. Hukuki Niteliği

BK m.457'te havale "*Havale, bir akittir ki onunla muhalünaleyh, bilve kale kendi namına kabza salahiyettar olan muhalünlehe muhil hesabına nakit veya kıymetli evrak veya sair misli şeyler itasına mezun kılınır.*" şeklinde tanımlanmaktaydı. TBK m.555'in gerekçesinde ise havalenin tanımında BK'da "akit" olarak nitelendirmenin hatalı olduğu, bu nedenle BK'daki tanımdan farklı olarak TBK'da havalenin "hukuki işlem" olarak yer aldığı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde "*havale bir sözleşme olmayıp, çifte yetkilendirme içeren bir hukukî işlemdir.*" denilerek kanun koyucu

¹⁸⁶ Türk, s.51.

¹⁸⁷ İslamoğlu, s.527; Çeker, Mustafa, "Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar", GÜHFD, C.12, Y.2008, S.1-2, s.63-76, s.64 (Havale).

¹⁸⁸ Para yatırmak istenen hesap da aynı bankada ise hem para yatıran ile banka arasında hem de parayı alan ile banka arasında cari hesap sözleşmesi ve ciro sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir. Para başka bir bankadaki hesaba yatırılacaksa bu sözleşmelerin yanında iki banka arasında da cari hesap sözleşmesi ve ciro sözleşmesi olduğu kabul edilmelidir. Günümüzde ise tüm bankalar TCMB bünyesinde gerçekleştirilen EFT sistemi ile transferi gerçekleştirmekte olup burada da havele edenin bankası ile havale alıcısı banka arasında cari hesap ilişkisi bulunmaktadır. Öz, Turgut, "Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme", KHÜHFD, C.5, S.1, Haziran 2017, s.139-148, s.142-144.

havalenin hukuki niteliğini belirtmiştir.¹⁸⁹ Yargıtay da TBK m.555'teki havale tanımına ve hukuki niteliğine kararlarında yer vermektedir.¹⁹⁰

Havale, soyut bir hukuki ilişki meydana getirir ve bir sebebe ve amaca bağlı değildir. Karşılık veya bedel ilişkisindeki bir sakatlık havaleyi etkilemez. Kısaca havale, ifanın kendisi olmayıp ifayı gerçekleştiren bir araçtır.¹⁹¹

Havale ile bir iş görme ilişkisi kurulur ve bu ilişki kural olarak ticari bir iş değildir. Ancak havale ödeyicisi banka bir ticari işletme olduğundan banka havalesi ticari bir iş olarak nitelendirilebilir.¹⁹²

Havale, bir borç ikrarı niteliğinde olmayıp aynı zamanda kayıt ve şarta bağlanabilir.¹⁹³ Öz'e göre ise günümüzde sıkça kullanılan elektronik havalelerde havale edenin belli miktarda alacağını azaltılmasını istemesi TBK m.132 çerçevesinde ivazlı ibra anlaşması, havale alıcısının bankasının alıcının rızasını

¹⁸⁹ Havaleyi vekalet sözleşmesi, üçüncü kişi yararına sözleşme ve temsil yetkisi ile çifte yetki çerçevesinde açıklayan ayrıntılı görüşler için bkz. Türk, s. 37-51; Köse, s.64-82; İslamoğlu, s.528-530.

¹⁹⁰ Yarg. 11. HD, 2018/3303 E, 2019/7866 K, 05.12.2019 T; İstanbul BAM 43. HD, 2020/45 E, 2020/173 K, 30.11.2017 T (www.lexpera.com.tr, ET: 13.12.2020).

¹⁹¹ İslamoğlu, s.539.

¹⁹² Türk, s.57.

¹⁹³ Türk, s.60-61; TBK'nın "Borçların İfası" ayrımındaki 102'nci maddesinde "*Kanunen geçerli bir açıklama yapılmadığı veya makbuzda bir açıklık bulunmadığı durumda ödeme, muaccel borç için yapılmış sayılır. Birden çok borç muaccel ise ödemenin, borçluya karşı ilk olarak takip edilen borç için yapılmış olduğu kabul edilir. Takip yapılmamış ise ödeme, vadesi ilk önce gelmiş olan borç için yapılmış olur. Birden çok borcun vadesi aynı zamanda gelmişse, mahsup orantılı olarak; borçlardan hiçbirinin vadesi gelmemişse ödeme, güvencesi en az olan borç için yapılmış sayılır.*" denilerek bir açıklama yapılmadığı sürece ödemenin vadesi gelmiş bir borcun ifası için yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Yargıtay da "...havale bir ödeme vasıtası olup, var olan bir borcun ödendiğini gösterir. Bu karinenin aksini havaleyi gönderen şahsın ispat etmesi gerekir. Davacının delil olarak dayandığı banka havalesinde paranın gönderiliş nedenine ilişkin herhangi bir şerh bulunmamaktadır. Yine, beyanı hükme gerekçe yapılan tanık ise, çekilen paranın davacıya verildiğine dair görgüye dayalı bir beyanda bulunmadığı gibi, davacı bu iddiasını başkaca bir delille de kanıtlayamamıştır. Hal böyle olunca, TMK'nın 6. maddesi ve HMK'nın ilgili hükümleri gereğince, paranın ödünç olarak verildiğini ispat yükü davacıya ait olup, davacı ödünç ilişkisini başka bir delille de kanıtlayamadığından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kısmen kabul kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." şeklinde hüküm kurarak havalenin ödeme vasıtası olduğunu, bir borcun ödenmesi amacıyla gönderildiği karinesinin davacı tarafından aksinin ispatlanması ve bu kapsamda davacı somut olayda bu durumu kanıtlayamadığından davacının reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 13. HD, 2019/3241 E, 2020/2042 K, 12.02.2020 T (www.karararama.yargitay.gov.tr, ET: 13.12.2020).

almadan havale konusu meblağı alacak kaydetmesi ise TBK m.18 uyarınca önceden yapılan soyut bir borç tanınmasıdır.¹⁹⁴

3. Unsurları

TBK m.555'te yer alan tanımından da anlaşılacağı üzere havale, havale eden, havale ödeyicisi ve havale alıcısı olmak üzere üç köşeli bir hukuki ilişkiden oluşmakta olup edimin sağlanmasında yalnızca araçtır. Havale ile havale ödeyicisine ödeme, havale alıcısına da ödemeyi kabul yetkisi verilir. Havale edenle havale ödeyicisi arasında **karşılık ilişkisi**, havale edenle havale alıcısı arasında **bedel ilişkisi** ve havale ödeyicisi ile havale alıcısı arasında **ödeme ilişkisi** kurulur.¹⁹⁵

B. Banka Havalesinde Taraflar

1. Havale Eden

Havale eden, havale ödeyicisine para, kıymetli evrak veya diğer bir misli eşyayı verme yetkisi, havale alıcısına da bunları alma yetkisi veren kişi olup ölümü veya ehliyetini kaybetmesi havalenin sona ermesi anlamına gelmez.¹⁹⁶

Havale eden bankası ile ciro sözleşmesi yapmış olmalı ve bu sözleşmeye dayalı olarak bankada bir cari hesap açtırmalıdır. Bu durumda banka havale edenin talimatını aldığı anda hesabından işlemi gerçekleştirecektir.¹⁹⁷

2. Havale Edenin Bankası

Havale edenin bankası, ciro sözleşmesi uyarınca havale edenden aldığı yetki ile havaleye konu parayı havale alıcısına ödeyen bankadır.¹⁹⁸ Banka havalesinde

¹⁹⁴ Öz, s.144; TBK m.132'de ibra "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir." şeklinde ifade edilmiştir. İvazlı ibra ise bir eda veya bedel karşılığı yapılan ibradır. Kutlu, Melis, "İbra Sözleşmesi", Fasikül Hukuk Dergisi, C.11, S.110, Ocak 2019, s.18-34, s.21.

¹⁹⁵ Türk, s.51-52; İslamoğlu, s.541-544.

¹⁹⁶ Türk, s.51-54.

¹⁹⁷ Türk, s.230; Köse, s.152; Tutumlu, Mehmet Akif, "Havale Yoluyla Yapılan Ödemede İspatın Konusu", THD, C.10, S.108, Ağustos 2015, s.126-130, s.126.

¹⁹⁸ Türk, s.55; Köse, s.152.

havale ödeyicisi banka olduğundan banka havalesi terimi kullanılabilir. ¹⁹⁹ TBK m.555'in gerekçesinde her ne kadar havalenin konusunu para, kıymetli evrak veya diğer bir misli eşya oluşturabilse de uygulamada genellikle para kullanıldığından "havale ödeyicisi" teriminin kullanılmasında sakınca görülmediği belirtilmiştir.

Havale edenin bankası basit bir haberci olmayıp talimatı ciro sözleşmesi uyarınca yerine getirmekle yükümlüdür. ²⁰⁰

Basit banka havalelerinde havale talimatını alan banka ile ödemeyi yapan banka aynı olup bu banka **havale ödeyicisi banka**, zincirleme banka havalelerinde ise ilişkiye ilk katılan banka **gönderici banka** olarak tanımlanabilir. Gönderici bankanın havale eden ve alıcı bankası ile aralarında ayrı ayrı ciro sözleşmesi bulunmaktadır. ²⁰¹

3. Ara Bankalar

Zincirleme banka havalelerinde havale talimatının gönderici bankadan alıcının bankasına gönderilmesi için bazı ara bankaların bulunması zorunlu olabilir. Gönderici banka bu halde ara bankanın seçiminde ve talimat vermede gerekli özeni göstermek zorundadır. ²⁰² Havale eden havalenin takas/kliring sistemi gibi daha kolay ve hızlı biçimde yapılmasını sağlayan bir sistem bulunmadığı takdirde ara bankaların işlem yapmasına itiraz edemez. ²⁰³

Ara bankalar, gönderici banka ile alıcının bankası arasında bir hukuki ilişki bulunmadığında önem kazanırlar. Gönderici banka, ara bankalar ve alıcı bankası silsilesinde her bankanın kendinden önce ve sonra gelen banka arasında hem ciro sözleşmesi hem de cari hesap ilişkisi bulunmalıdır. Burada ilişkiye katılan bankalar merkezi bir kliring/takas sistemine katılmış değildir. Merkezi kliring/takas sisteminde sistemi yöneten banka tüm bankalarla hukuki ilişki içerisindedir ve sisteme dahil olan her bankanın yönetici banka ile cari hesap ilişkisi vardır. ²⁰⁴

¹⁹⁹ Türk, s.55.

²⁰⁰ Türk, s.230.

²⁰¹ Türk, s.230-231.

²⁰² Türk, s.232; Köse, s.153.

²⁰³ Türk, s.232.

²⁰⁴ Türk, s.233; Köse, s.153.

Kliring sistemi, bankalar arasında veya aynı bankanın şubeleri arasında para aktarımını sağlayan merkezi bir sistemdir. Ülkemizde de elektronik fon transferi için merkezi bir sistemin kurulması gerekliliği doğmuş ve bu doğrultuda TCMB bünyesinde bu merkezi sistem kurulmuştur. Katılımcı bankalar TCMB ile bir ciro sözleşmesi imzalamış ve bu şekilde bir takas sistemi kurulduğundan sistemde takas işlemi TCMB nezdindeki cari hesap şeklinde işleyen mevduat hesaplarında gerçekleşir.²⁰⁵

4. Alıcının Bankası

Alıcının bankası, zincirleme banka havalelerinde havale tutarının alacak kaydedileceği hesabın bulunduğu bankayı ifade eder.²⁰⁶

5. Havale Alıcısı

Havale edenin, kendisine havaleyi alma yetkisi verdiği ve havale konusu bedel hesabına nihai olarak yatacak kişidir. Gerçekte mevcut olmayan bir kişinin havale lehtarını gösterilmesi halinde havalenin hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. Banka havalelerinde kendi hesapları arasında virman yapan havale ödeyicisi kendisini havale lehtarını gösterebilir.²⁰⁷

C. Elektronik Havalenin Kurulması

1. Elektronik İrade Beyanı

Havalenin meydana gelmesi için havale edenin tek taraflı irade açıklaması ile havale alıcısına ödemeyi kabul yetkisi ve havale ödeyicisine ödeme yetkisi vermesi gerekir. İrade beyanı, hukuki sonuca yönelmiş arzu ve bu arzunun açıklanması olmak üzere iki unsurdan oluşur.²⁰⁸ Beyan ise, irade beyanının objektif unsuru olup sözlü

²⁰⁵ Türk, 255-263.

²⁰⁶ Türk, s.233; Köse, s.154.

²⁰⁷ Türk, s.56-57, 233; Köse, s.154.

²⁰⁸ Köse, s.113; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020, s.132; Antalya, s.140-143; Havale ilişkisini kuran işlem tek taraflı bir hukuki işlem olup sözleşme değildir. Türk, s.62.

veya yazılı olarak, örf ve adetin kabul ettiği işaretlerle gerçekleşmesi mümkündür.²⁰⁹ İrade beyanının subjektif unsuru ise beyan bilinci ve işlem iradesidir.²¹⁰

Elektronik irade beyanı ile ise elektronik ortamda elektronik araçlarla yapılan irade beyanıdır. Elektronik vasıtalarla yapılan irade beyanları da klasik şekilde açıklanan irade beyanları gibi kabul edilmelidir.²¹¹

Hazırlar arası irade beyanında tarafların aynı mekanda aynı anda bulunmaları gerekmemekte olup tarafların birbirlerine anında yanıt verme imkanına sahip olmaları yeterlidir. Hazır olmayanlar arası irade beyanında ise tarafların birbirlerine anında yanıt verme imkanları bulunmamaktadır.²¹² İnternette anlık iletişim kurulabilen etkileşimli internet sitelerindeki irade beyanları hazırlar arasında sayılabilecek iken, anlık iletişim kurulamayan etkileşimsiz internet sitelerindeki irade beyanları hazır olmayanlar arasındaki irade beyanı olarak kabul edilmelidir.²¹³

2. Kabul Beyanı

Havale edenin, havale alıcısına ödemedede bulunma konusunda yetkili kıldığı havale ödeyicisinin kendisine verilen bu yetki ile havale alıcısına ödeme yapmayı bildirmesi “kabul beyanı” olarak adlandırılmakta olup kabul beyanı tek taraflı, varması gereken, yenilik doğurucu bir hukuki işlemdir.²¹⁴

²⁰⁹ Köse, s.114; Eren, Genel Hükümler, s.137; İnan/ Yücel, s.172.

²¹⁰ Köse, s.117.

²¹¹ Köse, s.116-117.

²¹² Köse, s.118-121; Yılmaz, s.103-104.

²¹³ Köse, s.120-121; Etkileşimli internet sitesine bankanın internet bankacılığı sözleşmesini koyması bir icap olarak değerlendirilebilirken etkileşimsiz internet sitesinde internet bankacılığı hizmet sözleşmesinin yer alması ise icaba davet olarak değerlendirilebilecektir. Etkileşimli internet sitelerinde müşteri makul sürede yanıt alamamaktaysa yine hazır olmayanlar arasında sözleşme kabul edilmelidir. Bu durumlar sözleşmenin kuruluş anına da etki edecektir. Buna göre etkileşimli, anlık iletişim kurulan bir internet sitesinden yapılan sözleşmeler müşterinin kabulü ile kurulurken, etkileşimsiz internet siteleri aracılığı ile kurulan sözleşmeler kabul beyanının icapta bulunanın hakimiyet alanına girmesi ile kurulur. Yılmaz, s.105-106, 110-111.

²¹⁴ Köse, s.143, 123-125; Türk, 62, 123-129; Yılmaz, s.106.

Kabul beyanı için açık bir irade beyanı bulabileceği gibi zımni bir beyan da olabilecektir. Kabul beyanı herhangi bir şekilde tabi olmadığından sözlü veya iradeyi gösterir herhangi bir şekilde gerçekleşebilir.²¹⁵

Havale eden ile havale ödeyicisi arasındaki sözleşmede havale ödeyicisi havaleyi kabul etmeyi üstlenmiş olabilir. Bu durumda havale ödeyicisi havaleyi kabul edip gerçekleştirmediğinde havale edenin zararını karşılamak durumunda kalabilir.²¹⁶ Bankalar havaleyi müşterileri ile aralarındaki ciro sözleşmesi kapsamında gerçekleştirirler ve banka havale edene karşı bu sözleşme gereği ödeme yükümlülüğü altına girer. Bu nedenle gayrinakdi banka havalelerinde ciro sözleşmesi uyarınca alıcının hesabına havale konusu parayı alacak kaydetmeyi yükümlenen bankanın işlemi yapması havalenin zımnen kabul edildiğini gösterir.²¹⁷

D. Havalenin Sona Ermesi

1. Geri Alma

TBK m.559'da havale edenin, havale alıcısına verdiği yetkiyi her zaman alabileceği, ancak özellikle havale alıcısının alacağını elde etmesi amacıyla onun yararına verilen yetkinin geri alınamayacağı düzenlenmiştir. Bu şekilde havalenin havale edenin bir borcunun ödenmesi, bağış gibi²¹⁸ havale alıcısı yararına yapıldığı haller haricinde her zaman geri alınabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde buradaki istisnanın adeta kural haline geldiği ileri sürülebilmektedir.²¹⁹

TBK m.559/2'de havale ödeyicisinin alıcıya havaleyi kabul ettiğini bildirmediği sürece havale edenin havale ödeyicisine verdiği yetkinin geri alınabileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde havale ödeyicisinin havaleyi kabul ettiğini açıklamasının ardından havalenin geri alınamayacağı, ancak bu ana kadar havalenin geri alınabileceği hükme bağlanmıştır. Burada havale talimatının verildiği andan havale ödeyicisinin kabul beyanı ana kadar havale eden geri alma beyanında

²¹⁵ Köse, s.125.

²¹⁶ Türk, s.124, 129.

²¹⁷ Türk, s.171, 264.

²¹⁸ Türk, s.149; İslamoğlu, s.546.

²¹⁹ Türk, s.148.

bulunabilir. Bu nedenle kabul beyanı gönderilmesine rağmen havale alıcısına ulaşmamışsa havale eden havaleyi yine geri alabilecektir.²²⁰ Ancak havale ödeyicisi doğrudan havale alıcısına kabul beyanında bulunmuşsa veya kabul beyanında bulunmadan doğrudan havale alıcısına ödeme yaparsa havale geri alınmaz.²²¹

Geri alma, bozucu yenilik doğuran, çift yönlü, ulaşması gereken ve tek taraflı bir irade beyanıdır.²²² Havale verenin, havale ödeyicisi veya havale alıcısına karşı sadece birine karşı geri alma hakkının olduğu ve diğerine karşı geri alma hakkının olmadığı durumlarda ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. **Ülgen**'e göre havale alıcısının havale ödeyicisinin ihbarı sonucu havaleden haberdar olmadığı durumlarda havale alıcısının menfaatine de olsa havalenin geri alınabileceğini²²³, havalenin havale eden tarafından havale alıcısına verilen "havale ödeyicisinden talep etme yetkisi" ile yapılması halinde ise havale alıcısının çıkarına yapılmadığı takdirde havalenin her zaman geri alabileceğini savunmaktadır.²²⁴ **Türk**'e göre geri alma bütünlük gösterir ve havale alıcısına karşı ve havale ödeyicisine karşı ayırmak doğru değildir. Burada yalnızca geri almanın havale alıcısına ve ödeyicisine ulaştırılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Ayrıca kabul beyanı henüz havale alıcısına ulaşmamışsa havale eden havaleyi geri alabilecektir. EFT sisteminde ise işlemin iptali olanağı bulunmamakta olup havale eden ile havale alıcısı sorunu kendi aralarında çözmeleri gerekmektedir.²²⁵

İnternet bankacılığı yolu ile yapılan havalde ise işlem çok hızlı gerçekleştiğinden bu ihtimalin gerçekleşme olanağı neredeyse bulunmamaktadır. Ancak internet bankacılığı aracılığı ile ileri tarihli havale talimatı verildiği takdirde bu husus uygulanabilecektir.

²²⁰ Türk, s.150-151; Köse, s.135.

²²¹ Türk, s.150; Köse, s.135-136.

²²² Köse, s.133; İslamoğlu, s.546.

²²³ Ülgen, Hüseyin, "Havalenin Geri Alınması", İÜHFİM, C.32, S.2-4, Y.1966, s.934-944, s.941; Türk'e göre bu görüş ilk bakışta doğru gözükse de havale ödeyicisi geri alma beyanını aldığı anda buna rağmen ödemede bulunursa geri alma nedeniyle geçersiz olacağı hususu irdelenmelidir. Buna göre havale alıcısı geri alma kendisine bildirilmediğinden ödemeye güvenebilir ve yapılan ödeme geçerli olacaktır. Burada havale eden, havalenin geri alındığını havale alıcısına bildirmedikinden yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Türk, s.145.

²²⁴ Ülgen, s.942.

²²⁵ Geri alma hem havale ödeyicisine hem de havale alıcısına bildirilmişse geçerli olacaktır. Türk, s.144-146, 150-151, 348.

2. İflas, Ölüm veya Ehliyet Kaybı

TBK m.559/3'te "*Havale edenin iflası hâlinde, henüz kabul edilmemiş olan havale kendiliğinden sona erer.*" denilerek kabul edilmeyen havalenin havale edenin iflası halinde sona ereceği düzenlenmiş olup bu hüküm havale edenin alacaklılarının çıkarlarını korumaya yönelik getirilmiş bir düzenlemedir.²²⁶ Bu halde havale ödeyicisi, havale edene rücu hakkını iflas masasına karşı ileri sürecektir.²²⁷

Havale ödeyicisinin ölümü veya ehliyet kaybının havaleye bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak havale ödeyicisi havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirmeden önce iflas etmesi halinde havaleyi kabul edemeyecek ve ödeme yapamayacaktır.²²⁸

Havale alıcısının ölümü veya ehliyet kaybının da havaleye bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak havale alıcısı iflas ederse havaleyi kabul yetkisi iflas masasına geçecektir.²²⁹ İnternet bankacılığı yolu ile yapılan havalede ise işlem çok hızlı gerçekleştiğinden bu ihtimalin gerçekleşme olanağı neredeyse bulunmamaktadır. Ancak internet bankacılığı aracılığı ile ileri tarihli havale talimatı verildiği takdirde bu husus uygulanabilecektir.

III. ELEKTRONİK HAVALEDE BANKANIN SORUMLULUĞU

A. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Yöntemleri

1. Phishing (Oltalama – Şifre Avcılığı) Yöntemi

Müşteri, banka internet sitesi görünümü verilmiş bir internet sitesine girip yahut yanıltıcı bir e-posta içeriği ile bu sahte siteye yönlendirilip gizli kalması gereken bilgilerini bu siteye girebilir ve bilgileri saldırganlarca elde edilmiş olabilir. Bu durumda saldırganlar, bilgileri bankanın asıl internet sitesinde kullanarak müşterinin

²²⁶ Türk, s.155-156; Köse, s.141.

²²⁷ Türk, s.156; Ülgen, s.943.

²²⁸ Türk, s.156; Köse, s.141; İslamoğlu, s.547.

²²⁹ İslamoğlu, s.547.

hesabındaki parayı bir başka hesaba aktarabilir. Bu dolandırıcılık yöntemi “**phishing – oltalama – şifre avcılığı yöntemi**” gibi isimlerle adlandırılan ve uygulamada sıkça görülen bir dolandırıcılık yöntemidir.²³⁰ Sözcük, İngilizce “password (şifre)” ve “fishing (balık avlamak)” sözcüklerinin birleşmesiyle oluşturulmuş phishing ifadesinin Türkçe karşılığıdır ve şifre avcılarını “**yemleyici**” olarak tanımlanır.²³¹

Phishing yönteminin dolandırıcılar tarafından en fazla kullanıldıkları mecra sosyal medya internet siteleri ve sahte içerikli e-postalardır. Türkiye Bankalar Birliği de 21.06.2018 tarihli duyurusunda SMS, e-posta ve sosyal medya yoluyla yönlendirmeler sonucu girilen internet sitesinin ve arama motorundan girilen internet sitesinin gerçekten bankaya ait olduğu konusunda emin olmak için güvenlik sertifikalarının²³² mutlaka kontrol edilmesi ve bankaların internet sitesine tarayıcı çubuğuna doğrudan bankanın sitesi yazılarak giriş yapılmasına özen gösterilmesi gerektiği hususları yer almıştır.²³³

Saldırganlar banka müşterilerine bankadan gönderildiği izlenimi uyandıran bir e-posta göndermekte ve e-posta içeriğinde bir internet sitesi adresi vererek müşterinin buraya tıklamasını sağlamaktadır. Hesap sahibi bu linke tıkladığında sahte bir siteye yönlendirilmekte ve burada banka internet sitesi görünümündeki siteye girdiği bilgilerle tüm internet bankacılığı bilgilerini saldırganlara vermiş olmaktadır.²³⁴ Sadece bunlarla sınırlı olmayan oltalama saldırılarında saldırganlar aciliyet

²³⁰ Köse, s.172; Bilgen, İnternet Bankacılığı, s.78-79, Ünlü, s.88; Eralp, s.71-73; Savaş, s.156-157; İnal, s.367; Alsayed, Alhuseen O./ Bilgrami, Anwar L., “E-Banking Security: Internet Hacking, Phishing Attacks, Analysis and Prevention of Fraudulent Activities”, International Journal of Emerging Technology and Advanced Engineering, ISSN 2250-2459, ISO 9001:2008 Certified Journal, Volume 7, Issue 1, January 2017, 109-115, s.110.

²³¹ Açıkgöz, Osman, “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilmesi ve İnternet Bankacılığında Kullanılması Sonucu Malvarlığı Zarara Uğratılan Bankaya Karşı Mevduat Sahibinin Hukuki Sorumluluğu”, MÜHFHAD, C.22, S.2, s.389-432, s.396; Ünlü, s.88;

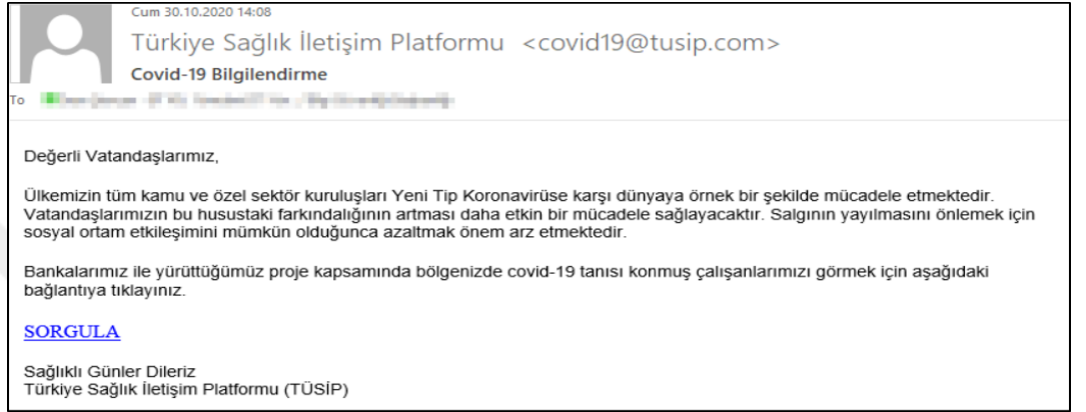
Ulusal Siber Olaylara Müdahale Merkezi, <https://www.usom.gov.tr/dosya/1418807122-USOM-SGFF-001-Siber%20Guvenlige%20Giris%20ve%20Temel%20Kavramlar.pdf> (ET: 11.10.2020).

²³² SSL adı verilen bu güvenlik sistemi kriptolu bir güvenlik protokolüdür. Savaş, s.149-150.

²³³ Türkiye Bankalar Birliği, 21.06.2018 tarihli duyuru (www.tbb.org.tr, ET: 04.11.2020).

²³⁴ Ünlü, s.89; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.23; Alsayed/ Bilgrami, s.110; Almahroos, Rasha, “Phishing for the Answer: Recent Developments in Combating Phishing”, A Journal Of Law And Policy for the Information Society, Volume 3:3, 2007-2008, 595-622, s.596; Sullins, Lauren L., “Phishing for a Solution: Domestic and International Approaches to Decreasing Online Identity Theft”, Emory International Law Review, Volume 20, Issue 1, Spring 2006, 397-434, s.400-401.

duygusundan²³⁵, güncel olaylardan ve insanların korkularından da faydalanabilmektedirler. Saldırganların son dönemde yaşanan yeni tip koronavirüs salgını nedeniyle insanların korkularından faydalandıkları bir örneğe aşağıda yer verilmiştir. Bu örnekte banka müşterisinden e-postada verilen adrese tıklamadan önce e-postayı gönderen bu unvanda bir kurum, platform olmadığını, var olsa dahi böyle bir platformun, kurumun çalışan sağlık bilgilerini paylaşmayacağını düşünerek hareket etmesi beklenmektedir.



Oltalama saldırıları her sektörden şirkete karşı yapılabilmekte olup son dönemde dünyada ses getiren en büyük oltalama saldırısı ise on yedi yaşındaki Graham Ivan Clark tarafından gerçekleştirildiği belirtilen **15 Temmuz 2020 tarihli “twitter.com” saldırısıdır**. Bu saldırı sonucunda Elon Musk, Bill Gates, Barack Obama gibi ünlü isimlere ait toplam yüz otuz “twitter” hesabından “hesaplarına ne kadar kripto para gönderilirse iki katının iade edileceği” yönünde paylaşımlar yapılmış ve saldırırganlar yaptıkları paylaşımlar sonrası yüz bin ABD dolarını aşan değerde kripto para elde etmişlerdir.²³⁶

Sosyal medya internet sitelerinden dolandırıcılar tarafından sanki banka kampanyası imiş gibi reklamlar verilmekte, paylaşımlar yapılmakta ve sosyal medya kullanıcıları da bu sitelere tıklamak suretiyle dolandırıcılar tarafından oluşturulmuş

²³⁵ Alsayed/ Bilgrami, s.110; Almahroos, s.596; Sullins, s.401.

²³⁶ <https://www.haberturk.com/twitter-i-hack-leyen-grubun-17-yasindaki-elebasisi-olan-genc-tutukland-i-2760960>; <https://tr.euronews.com/2020/08/01/abd-de-unlulerin-twitter-hesaplar-n-ele-geciren-17-yas-ndaki-bilgisayar-korsan-tutukland>; <https://shiftdelete.net/graham-ivan-clark-kimdir-iste-twitter-altusteden-kisi> (ET: 05.11.2020).

sahte banka sitelerine yönlendirilmektedirler. Sahte banka sitesinde işlemlerini yapan sosyal medya kullanıcıları aslında tüm internet bankacılığı şifrelerini arka planda dolandırıcılara vermektedir. Sosyal medya siteleri üzerinden yapılan dolandırıcılığın hızla artması üzerine BS-EB Yönetmeliğinin m.29/4 uyarınca bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre *“Banka, sunmakta olduğu bankacılık hizmetlerine yönelik reklam hizmeti almak istediği arama motoru, sosyal medya platformu gibi sağlayıcıların banka adına verilen sahte reklamları engellemeye yönelik tedbirleri alıp almadığını kontrol eder ve uygun tedbirleri almayan sağlayıcılardan reklam hizmeti alamaz. Banka, reklam hizmeti aldığı arama motoru, sosyal medya platformları gibi sağlayıcılarla yapacağı sözleşmelerde, sahte reklam yayımlanması durumunda, müşteriyi korumak adına, olaya özel gerekli bilgiyi alabileceğine dair hükümleri ekletmek zorundadır. Bankanın bu kapsamda reklam hizmeti almak üzere anlaştığı aracı firmalar ile yapılan sözleşmeler için de bu fıkra hükümleri geçerlidir.”* denilerek bankalara reklam hizmeti aldıkları platformlarla ilgili yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre bankalar, reklam hizmeti almak istedikleri platformların sahte reklamları önleyici gerekli önlemleri alıp almadığını kontrol etmeli ve bu platformlarla yaptıkları sözleşmelere sahte reklamlara ilişkin olaya özel bilgi alacaklarına ilişkin hükümler ekletmelidirler.

BS-EB Yönetmeliğinin 29/4 maddesi için BDDK tarafından bazı hususları netleştirmek adına açıklamalar yapılmıştır.²³⁷

- Maddede yer verilen *“gibi”* ifadesiyle bankaların reklam anlaşması yaptığı tüm dijital ortamların kastedildiği,
- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Basın İlan Kurumundan aldığı lisans ile faaliyet gösteren ve ülkemiz kanunlarına göre kurulan platformların bu kurumlar tarafından denetlenmesi nedeniyle BS-EB Yönetmeliği kapsamında olmadıkları,
- Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna ve Basın İlan Kurumuna tabi olmayan platformların ise sadece kendi reklam alanlarından sorumlu

²³⁷ BDDK Bilgi Sistemleri Uyum Daire Başkanlığının 77574904-010.03-E.7696 sayılı, 25.08.2020 tarihli, *“Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hakkında Yönetmelik 29/4 md.”* konulu yazısı.

oldukları, platformlarında yer alan “Google” reklam alanı gibi alanlardan kendilerinin sorumlu olmadıkları,

- Reklamın yayınlandığı platform ile bankanın bir anlaşması varsa, bankanın reklam verme hizmetini aracı bir kurumdan alması halinde bu aracı kurumla ayrıca sözleşme yapmasına gerek bulunmadığı, platformlarla banka arasında bir anlaşma yoksa aracı firmalarla da tek tek anlaşma yapılması gerekeceği,
- Maddede geçen “*uygun tedbirler*” ifadesi ile platformun büyüklüğüne, yapısına, alınan hizmetin kapsamında göre değişebilecek tedbirlerin kastedildiği, banka tarafından alınan önlemlerin istenmesi ve etkinlik ve yeterliliğinin değerlendirilmesinin gerektiği,
- Maddede geçen “*olaya özel gerekli bilgiler*” ifadesi ile olası mağduriyetin önlenmesine katkıda bulunabilecek IP²³⁸ bilgileri, sahte reklamın tıklanma sayısı, reklamın engellenememe sebebi gibi olaya ilişkin tüm teknik bilgilerin kastedildiği,
- Bankaların bu platformlardaki resmi hesaplarından takipçilerine gösterdikleri içeriklerin BS-EB Yönetmeliği kapsamında olmadığı, ancak müşterilerin ilgili hesabın bankanın resmi hesabı olduğu ve bu platform ile bankanın bir anlaşması yoksa müşterilerin resmi hesap dışında hiçbir hesabın paylaşımına tıklamaması müşterilerin bilinçlendirilmesi gerektiği

hususları bu açıklamada yer almıştır. BS-EB Yönetmeliği ile bankaların sosyal medya platformları üzerinden verdikleri reklamlara ilişkin usul belirlenerek sosyal medya kullanıcılarının dolandırıcılık eylemlerine maruz kalmalarının önüne geçmek için bir adım atılmıştır. Bunun yanında bankalar müşterilerine gönderdikleri e-postaları ve internet sitelerini kişiselleştirerek kişiselleştirilmiş bir yazı veya resmin müşteriye gösterilmesi yoluyla saldırıların azalmasını sağlayabileceklerdir. Bu şekilde

²³⁸ IP, internet servis sağlayıcı tarafından sayısal bir adres olup sabit veya değişken olabilmektedir. Savaş, s.152-153.

dolandırıcılar kişiselleştirilmiş yazıyı veya resmi bilemeyeceklerinden e-postaları veya internet sitelerini kopyalayamayacaklardır.²³⁹

2. Key-Logger (Klavye Hareketleri) Yöntemi

Müşteri bilgisayarına yönlendirilen truva atı, müşterinin klavye hareketlerini kaydederek saldırganların eline geçmesine neden olur. Bu dolandırıcılık yöntemine “**key logger – klavye hareketleri yöntemi**” adı verilmektedir.²⁴⁰

3. Screen Logger (Ekran Görüntüsü) Yöntemi

Müşteri bilgisayarında bir noktaya tıkladığından üçüncü kişinin sistemi devreye girer ve ekranın bir bölümünün veya tamamının görüntüsü üçüncü kişinin eline geçer. Bu şekilde sanal klavye kullanan müşterinin bilgileri de ele geçirilmiş olur. Bu dolandırıcılık yöntemine ise “**screen logger – ekran görüntüsü yöntemi**” adı verilmektedir.²⁴¹

4. Man In The Middle (Ortadaki Adam) Yöntemi

Genelde SSL²⁴² şifrelemesi yapılmayan ortamlarda müşteri ile banka iletişim halindeyken araya üçüncü kişi girerek müşterinin bilgilerini elde eder. Bu durumda üçüncü kişi tarafından elde edilen bilgiler kullanılarak hesabı üzerinde işlem yapılmaktadır. Bu dolandırıcılık yöntemine ise “**man in the middle – aradaki adam**” adı verilmektedir.²⁴³

5. Sim Kart Yöntemi

Banka ile telekomünikasyon şirketleri arasında tek kullanımlık şifrelerin iletilmesi konusunda kendine özgü yapıda bir sözleşme yapılmakta, mevduat sahipleri

²³⁹ Alsayed/ Bilgrami, s.113.

²⁴⁰ Bilgen, İnternet Bankacılığı, s.79; Köse, s.173; Açıkğöz, s.397; Ünlü, s.91; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.23; Eralp, s.70; Savaş, s.156; Brezilya’da gerçekleşen “Grebennikov” olayında keylogger saldırısı internet bankacılığı kullanıcılarının bilgilerini elde etmek amacıyla kullanılmış ve internet bankacılığı kullanıcıları büyük miktarda para kaybetmiştir. Alsayed/ Bilgrami, s.112.

²⁴¹ Bilgen, İnternet Bankacılığı, s.79; Köse, s.173; Açıkğöz, s.398; Ünlü, s.92.

²⁴² SSL adı verilen bu güvenlik sistemi kriptolu bir güvenlik protokolüdür. Savaş, s.149-150.

²⁴³ Bilgen, İnternet Bankacılığı, s.79; Açıkğöz, s.398; Ünlü, s.90; Kurban Mermeroğlu, s.38; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.23; Alsayed/ Bilgrami, s.110.

de telekomünikasyon şirketleri ile arasındaki abonelik sözleşmesi kapsamında bu tek kullanımlık şifreleri almaktadırlar.²⁴⁴ Kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından operatör şirketine gidilerek daha önce elde edilen kimlik fotokopisi ile aynı özelliklere sahip bir sim kart alınabilmekte ve bu sim kart sayesinde müşteri imiş gibi işlem yapılabilmektedir.²⁴⁵ Sahte kimlikle alınan sim kart nedeniyle yapılan dolandırıcılıklardan ise hesap sahibine karşı banka sorumlu olacaktır.²⁴⁶ Bankalar son birkaç gün içerisinde sim kart değişikliği yapılmış olması halinde asıl mevduat sahibinin sim kart değişikliği yaptığını tespit edene kadar işlem yapmayı durdurabilecektir. Bu şekilde sorgulama yapılmaması ve işlemin yapılmasına izin verilmesi durumunda bankanın kusurundan söz edilebilecektir.²⁴⁷

Mahkemece bu tür davalarda öncelikle telefon hizmetini veren operatör şirketine müzekkere yazılarak hesap sahibine ait sim kartın havale işleminin gerçekleştiği tarihlerde bir kopyalamaya maruz kalıp kalmadığını sorulması ve gelecek yanıtta göre karar verilmesi gerekmektedir.²⁴⁸ Sim kart kopyalanması nedeniyle üçüncü kişilerin müşterinin hesabından havale yaptığı bir olayda bankanın hesap sahibine olay tarihinden işleyecek reeskont faizi ile beraber ödeme yapmasına karar verilmiş, bankanın operatör şirketine karşı açtığı davada BAM tarafından operatör şirketi ile dava konusu olay arasında bir illiyet görülemediğinden ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak dava reddedilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay tarafından GSM operatörünün fotokopi sunan yetkisiz kişiye hattı vermeseydi banka müşterisinin hesabından para çıkışı olmayacağı, operatör ile eylem arasında illiyet bağı bulunduğu gerekçesiyle operatörün de sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.²⁴⁹

Yargıtay bu tür olaylarda hesap sahiplerinin husumeti yalnızca bankaya karşı yönelmeleri gerektiğini, operatör şirketlerine karşı husumeti mevduatı saklamakla

²⁴⁴ Karaman Coşgun, s.175-177.

²⁴⁵ Eralp, s.95-96; Savaş, s.153.

²⁴⁶ Alıcı, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.2, 2. Baskı, İstanbul 2017, s.1164-1165.

²⁴⁷ Karaman Coşgun, s.176.

²⁴⁸ Yarg. 11. HD, 2018/4400 E, 2019/5372 K, 16.09.2019 T (www.kazanci.com.tr, ET: 31.10.2020).

²⁴⁹ Yarg. 11. HD, 2017/5251 E, 2019/4658 K, 20.6.2019 T; Yarg. 11. HD, 2017/4652 E, 2019/1536 K, 25.02.2019 T (www.kazanci.com.tr, ET: 31.10.2020).

yükümlü olan ve zarar gören bankanın yöneltebileceğini de belirtmektedir.²⁵⁰ Yargıtay kararları değerlendirildiğinde sim kart dolandırıcılıklarında hesap sahibi talebini bankaya, banka da operatör şirketine yöneltmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

B. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Eylemlerinde Bankanın ve Müşterinin Sorumluluğu

1. Genel Olarak

İnternet bankacılığı hizmeti vermek isteyen bankalar bazı sorumlulukların altına girmekte, bu sorumluluklar yerine getirilmediği takdirde bankalar müşterileri ile karşı karşıya gelmektedirler. Bunun sonucu olarak da birçok müşteri kaybı ve davaların aleyhe sonuçlanması nedeniyle bankalar rekabet ortamının sertleştiği bu dönemde ciddi sorunlarla karşılaşmaktadırlar.

İnternet bankacılığına giriş anında müşteriye kimlik numarası, müşteri numarası, kendi belirlediği şifre bilgilerini girmesi ve güvenlik amacıyla çeşitli kişisel bilgi sorulabilmektedir. Bu kişisel bilgileri saldırganlar çeşitli yöntemlerle ele geçirebilmekte ve bu kişiler internet bankacılığı aracılığı ile hesap üzerine tasarrufla bulunabilmektedir.

Bankaların ve internet bankacılığı kullanıcılarının kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekmektedir. Zira her ne kadar internet bankacılığının yararları olsa da riskleri de barındırdığı kaçınılmazdır.²⁵¹

Saldırganların genel olarak internet bankacılığı kullanıcısı banka müşterisinin bilgisayarına çeşitli yazılımlar yükleyerek internet bankacılığı için gerekli bilgileri elde ettikleri görülmektedir. Bu işlemler nedeniyle çoğu zaman banka müşterileri bankaya karşı dava açmakta ve davaların büyük çoğunluğu mevduata ilişkin **paranın bankanın mülkiyetinde olması, suçun bankaya karşı işlenmesi, bankanın hesap sahibine karşı iade yükümlülüğünün devam etmesi ve bankanın özen**

²⁵⁰ Yarg. 11. HD, 2018/3227 E, 2019/4917 K, 26.6.2019 T; Yarg. 11. HD, 2013/18699 E, 2014/1888 K, 4.2.2014 T (www.kazanci.com.tr, ET: 01.11.2020).

²⁵¹ Ünlü, s.95.

yükümlülüğüne aykırı davranışı nedenleriyle bankalar aleyhine bitmektedir. Bu nedenle çeşitli dolandırıcılık yöntemlerinin ortaya konmasının ardından müşteri ile bankanın hangi durumlarda sorumlu olacaklarının çerçevesinin çizilmesi önem taşıdığından bu doğrultuda inceleme yapılmıştır.

2. Zarara Bankanın Katlanması

Türk Dil Kurumu mevduatı “*Belli bir süre sonunda veya istenildiğinde çekilmek üzere bankalara faizle yatırılan para*” olarak tanımlamaktadır.²⁵² Ancak mevduatın mutlaka “faizle yatırılan para” olarak tanımlanması doğru olmayabilir. Zira faiz getirisi olup olmasının paranın mevduat olarak kabulünde bir etkisi yoktur.²⁵³

BankK.’da ise mevduat “*Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle²⁵⁴ ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para*” olarak tanımlamaktadır.

Öğretide mevduat, gerçek ya da tüzel kişilerin bankalarla yaptıkları sözleşme uyarınca istenildiğinde veya belirli bir vade sonunda çekilmek üzere bankalara yatırılan para şeklinde ifade edilebilmektedir.²⁵⁵ Aynı zamanda mevduat, müşterinin dilediği miktarda parayı bankanın mülkiyetine geçirmeyi ve bankanın da aldığı parayı güvenli şekilde saklama ile istenildiğinde iadeyi üstlendiği sözleşme olarak da tanımlanmaktadır.²⁵⁶ Bankalar müşterileri tarafından kendilerine tevdi edilen bu paraları kredi olarak diğer müşterilerine verir, faiz geliri elde ederler ve mevduat karşılığı faiz ödemeyi taahhüt etmişse elde ettiği faizin bir kısmını mevduat sahibine ödeyerek kendisinde kalan kısmı ile kar sağlar.²⁵⁷

Mevduat sözleşmesinin unsurları arasında paranın mülkiyetinin bankaya geçtiği ve malikin artık bankanın olduğu hususları yer aldığından buna göre hasara da

²⁵² <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 11.10.2020).

²⁵³ Çeker, s.13; Altaş, Hüseyin, “Mevduat Hesabından Yetkisiz Para Çekilmesinde Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, Y.2001, s.37-45, s.37 (Mevduat Hesabı).

²⁵⁴ Çeker’e göre duyuru yapılması mevduatın değil, mevduatın kabulünün bir unsuru olup ne şekilde bir araya gelindiğine bakılmaksızın her iki tarafın daha sonradan geri verilmek üzere para toplanması yönünde anlaşmasıdır. Çeker, s.9.

²⁵⁵ Çeker, s.12; Altaş, s.37; Açıköz, s.402.

²⁵⁶ Yılmaz, s.213.

²⁵⁷ Açıköz, s.402.

banka katlanacaktır.²⁵⁸ **Tüketim ödücü ve usulsüz tevdi sözleşmesinde** rizikoyu ödünç alan veya saklayan taşıdığından bu hasara banka katlanacak; **vekalet sözleşmesi** açısından ise müşterinin irade beyanının bulunmadığı var olmayan bir talimat yerine getirildiğinden banka kendi malvarlığından ödemede bulunmuş olacak ve yine banka hasara katlanacaktır.²⁵⁹ Yargıtay da çeşitli kararlarında usulsüz şekilde çekilen paraların bankanın zararı olduğu ve mevduat sahibinin bankaya karşı alacağının devam ettiğini, müşterinin kusuru ispatlandığı takdirde müterafik kusurun²⁶⁰ söz konusu olabileceğini ve bu durumda bankanın müşterinin kusuru oranında mahsup yapabileceğini belirtmektedir.²⁶¹

Üçüncü kişilerin çeşitli yöntemlerle müşteri bilgilerini elde ettikten sonra mevduat sahibinin hesabından havaleler yaparak müdahalede bulunması hallerinde ortaya çıkan zarardan bankaların sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Daha önce de açıklandığı üzere bu tür durumlarda mevduat konusu paranın mülkiyeti bankada bulunduğundan eylem bankaya karşı işlenmektedir. Burada müşterinin kusurunu ve bankanın bu zararı ne oranda müşteriye yansıtılabileceği de tartışılabilir. Üçüncü kişilerin hesaba müdahalesi sonrası çıkan zararlarda bankanın ve müşterinin kusur oranlarının tespiti gerekir. Bankanın ve müşterisinin hiçbir kusurunun bulunmadığı durumlarda da internet bankacılığının daha çok banka çıkarlarına olması nedeniyle banka katlanmalıdır. Ancak bankalar, müşterilerinin kusurunu ispatlayarak rücu edebileceklerdir. Müşterinin kusuru mevcut ise kusur oranında müşterinin bankaya tazminat sorumluluğu doğacaktır.²⁶² Bu durumda bankanın kusurlu olup olmadığının araştırılmasına gerek bulunmamakta, bankanın kusuru zarar verenin ödeyeceği tazminatın belirlenmesi için önem arz etmemekte

²⁵⁸ Yılmaz, s.219; Kurban Mermeroğlu, s.32.

²⁵⁹ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.17-18.

²⁶⁰ Birlikte (müterafik) kusurda, zarar görenin kusurlu hareketi, zararın doğmasına etki etmiş olup bu hareket, zarar ile zararı doğuran eylem arasındaki nedensellik bağımlı kesebilecek, böylelikle zarar veren sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu yoğunlukta olmamakla beraber zarar görenin zararın doğumuna katkıda bulunan bir davranışı mevcutsa bu durum sadece tazminatta indirim nedeni olabilecektir. Baysal, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s.40; TBK m.52’de de “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” denilerek müterafik kusur düzenlenmiştir.

²⁶¹ Yarg. HGK, 2017/11-2224 E, 2018/1753 K, 22.11.2018 T (www.kazanci.com.tr, ET: 31.10.2020).

²⁶² Yılmaz, s.219-221; Çeker, s.264; Kurban Mermeroğlu, s.32; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.27; Köse, s.173-174.

olup²⁶³ **Atamer** bu durumu bankanın durumunu kendi evine hırsız giren kişiye benzetmektedir.²⁶⁴ **İnal**'a göre ise internet bankacılığı kullanıcısının kusurunun olup olmamasına göre rizikonun kime ait olduğu çözüme kavuşturulmalı, *internet bankacılığı kullanıcısının kusuru yoksa* riziko bankada olmalı, ancak üçüncü kişi müşteri bilgilerini doğru şekilde girdiğinde müşterinin bilgilerini saklayamadığı ve müşterinin *kusurlu olduğu tespit edildiğinde* rizikonun bankaya ait olduğu söylenmemeli ve bankanın ek güvenlik tedbiri almadığı için sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır.²⁶⁵ **Gümüş** ise ciro sözleşmesinin ödeme vekaletleri kapsamında değerlendirildiğini, ödeme vekaleti kapsamında bankaların yetkisiz kişilere ödeme yapması halinde müşterinin bir zararının olmadığını söylemenin doğru olmadığını, müşteri hesabında malvarlığı azalması olacağını, “müşterinin uğradığı zararın” tazmini açısından müşterinin ortak kusuru olabileceğini ve tazminatta indirim sebebi olacağını belirtmektedir.²⁶⁶

Banka bu durumda internet bankacılığına hukuka aykırı şekilde müdahalede bulunan üçüncü kişiye karşı haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunabilecek iken, şifresini saklamayan ve bu şekilde özen yükümlülüğünü ihlal eden müşterisine karşı sözleşme hükümlerine göre talepte bulunabilecektir.²⁶⁷

3. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Eylemlerinden Bankaların Sorumluluğu

a. İnternet Bankacılığı İçin Gerekli Sistemsel Yeterliliğe Sahip Olma ve Bu Yeterliliğin Devamı İçin Gerekli İyileştirmeleri Yapma

Bankaların müşterilerine kolaylık olmasının yanında müşteri sayısını artırma amacı ile hizmet verdiği internet bankacılığı sisteminde yalnızca kurulumun yapılması

²⁶³ Yılmaz, s.219-221; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.17-18.

²⁶⁴ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.17-18.

²⁶⁵ İnal, s.368-370.

²⁶⁶ Gümüş, Özen Borcu, s.251-252, s.260; Gümüş ayrıca, ibraz edilen sahte veya tahrif edilmiş senede istinaden bankanın yetkisiz kişiye ödemede bulunması halinde bankanın en yüksek ölçüde özenden ayrılmış olacağını, bu durumun çoğu zaman fiili karine olarak kabul edildiğini, bu durumun sözleşme ihlali sayılacağını belirtmektedir. Gümüş, Özen Borcu, s.253.

²⁶⁷ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.20.

yeterli olmayıp²⁶⁸ müşterilerine ait internet bankacılığı kullanımına yarayan şifre ve diğer bilgilerin üçüncü kişilerin eline geçmesini önleyici tedbirleri almaları²⁶⁹, bu konuda çok yüksek bir standardı yakalamaları²⁷⁰ ve teknolojinin gelişmesine bağlı olarak aldıkları önlemleri de geliştirmeleri²⁷¹ gerekmektedir. Bankaların internet bankacılığı hizmet sözleşmesinde yer alan asli yükümlülüğü internet bankacılığı işlemlerinin bankanın internet sitesinden yapılmasının sağlanması²⁷² ve güven kurumu olarak güncel saldırılara karşı önlemlerini almaları gerekmektedir.²⁷³ Gerçekten de bankaların sahip oldukları özel uzmanlık nedeniyle faaliyetlerinin güvenli bir şekilde yürütmesi için gerekli donanımına sahip oldukları kabul edilir.²⁷⁴

Bankalar internet bankacılığı hizmeti verebilmek için ciddi teknolojik yatırımlar yapmakta, kurdukları bu sistemde müşterilerine ait bilgileri tutmaktadırlar. Bankaların müşterilerine ilişkin bilgileri içeren bu sisteme yalnızca yetkili banka personellerinin erişim yetkisi olup üçüncü kişilerin banka sistemine sızarak müşteri bilgilerini almaları ve sonrasında işlem yapmaları halinde bu eylem nedeniyle banka sorumlu olacaktır. Zira üçüncü kişinin yetkisiz erişimi için gerekli sistem altyapısını kurmayan, güvenliğini sağlayamayan ve söz konusu eylem kendi hakimiyet alanında gerçekleşen bankayı sorumlu tutmak doğru olacaktır.²⁷⁵ Burada riskin kimin alanında gerçekleştiği bu noktada önem arz etmekte olup genel ağ problemlerinden internete erişimin mümkün olmaması nedeniyle bankayı sorumlu tutmak doğru olmayacaktır.²⁷⁶

Bankalar, internet bankacılığında yararlanan müşteri sayılarına göre gerekli altyapıyı kurmalı ve sistemi yeterli kapasitede bulundurmalıdır. Bankalar internet bankacılığı hizmetlerini 7/24 kesintisiz kullanıma açık bulundurdıklarına yönelik reklamlar verdiğinden bu hizmette kesinti yaşanması nedeniyle müşteri zararı doğması halinde banka sorumlu olacaktır. İnternet bankacılığı hizmeti verilen sitenin bakımı ve

²⁶⁸ Savaş, s.149.

²⁶⁹ Yılmaz, s.147; Alıcı, s.1154; Açıkgöz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.87-88.

²⁷⁰ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.24.

²⁷¹ Eralp, s.186.

²⁷² Eralp, s.191.

²⁷³ Savaş, s.151.

²⁷⁴ Battal, s.148; Yılmaz, s.150.

²⁷⁵ Yılmaz, s.147; Çeker, Havale, s.75; Eralp, s.186.

²⁷⁶ Yılmaz, s.149-150.

güncellemesi için belirli süre hizmet verilemeyecekse bankanın koruma ve bilgilendirme yükümlülüğü gereği müşterilerin mutlaka önceden bilgilendirilmesi gerekmektedir.²⁷⁷

Bankaların bilgi sistemleri hakkındaki risk yönetimi, kontrollerin yapılması, bilgi güvenliğinin sağlanması, bilgi sistemleri sürekliliği, bilgi sistemleri iç denetim faaliyetleri ile ilgili sorumlulukları BS-EB Yönetmeliğinin 4'üncü ve devamı maddelerinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

BS-EB Yönetmeliğinin 36'ncı maddesinde bankaların elektronik bankacılık hizmetlerinde olağan dışı, sahtekarlık ve dolandırıcılık riski bulunan işlemleri tespit etmeleri gerektiği²⁷⁸ ve bunları önlemeye yeterli takip mekanizmalarını kurmaları gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda bankaların internet bankacılığında **asgari olarak**

Finansal sonuç doğuran işlemlere yönelik bilinen dolandırıcılık yöntemleri,

Gerçekleştirilen her bir bankacılık işleminin tutarı ve bu tutarlara göre müşterinin konum bilgisi de kullanılarak normal dışı bir ödeme, fon transferi ya da davranış deseni gösterip göstermediği,

Kaybolmuş, çalınmış ya da yetkisiz kişilerce ele geçirilmiş kimlik doğrulama unsurlarının listesi

Her bir kimlik doğrulama oturumuna yönelik zararlı yazılımların bulaşmış olabileceğini gösteren belirtiler

takip edilir.

²⁷⁷ Köse, s.155-156; Yılmaz, s.201.

²⁷⁸ "...15 dakika içinde 16 ayrı işlemle internet yolu ile davacının haberi olmadan davalı bankanın Konak Şubesi'ne aktarılmasında bu tür bilgisayar korsanlığı yöntemiyle işlemler yapılmasını önleme yolunda ek güvenlik tedbirleri almayan ve olaydan sonra bu yola tevessül eden davalının kusurlu ve sorumlu bulunduğu, davacının sanal klavye kullanması halinde dahi bunun yapılan bilgisayar korsanlığını engellemeye teknik olarak yetmeyeceğinin anlaşılmasına, işlemi yapan kişi hakkındaki ceza soruşturması sonucunun hafif kusurundan dahi sorumlu olan davalı banka bakımından etkili görülmemesine göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir." Yarg. 11. HD, 2005/4748 E, 2006/7341 K, 22.06.2006 T (www.legalbank.net, ET: 16.11.2020).

Bankalar BS-EB Yönetmeliğinin 36'ncı maddesine uyabilmek amacıyla teknolojilerini müşterilerinin davranışsal alışkanlıklarını ve olağanın dışında hareketlerini tespit edebilecek şekilde tasarlamalıdır. Banka müşterisinin yüklü miktarda varlığının tamamını tek seferde banka dışına çıkarmak istemesi, kredili mevduat limiti bulunmasına rağmen uzun süredir kredili mevduat hesabını kullanmayan müşterinin tüm kredili mevduat limitini kullanmak istemesi, ilgili bankadan daha önce hiç EFT yapılmayan bir hesaba EFT yoluyla para gönderilmek istenmesi işlemin şüpheli olabileceğini belirten örnekler olabilecektir. Bu gibi hallerde bankalar daha dikkatli olmalı ve gerekirse müşterinin kendisinin bu işlemi yaptığından emin olacak önlemleri almalıdır.

BS-EB Yönetmeliğinin 36/2 maddesinde bankanın riskli işlemleri filtrelemesi ve filtreye takılan müşterilerini daha yakından incelemesi gerektiği de belirtilmektedir. Bu durumda bankaların sistemlerine giriş yapmaya çalışan IP bilgilerini tarayarak dolandırıcıları ve şüpheli işlemin gerçekleştirildiği cihazları tespit etmesi beklenebilir. Ancak IP adresi, internet servis sağlayıcı tarafından cihaza atanan benzersiz bir kimlik numarası olup servis sağlayıcının her bağlantıda değiştirdiği değişken (dinamik) IP adresi ve durağan (statik) IP adresi olmak üzere iki türdür. IP adresinin dinamik olması veya statik de olsa gizlenebilir yahut kopyalanabilir olması nedenleriyle IP adresi doğrudan bir kişiyi veya cihazı işaret etmez. IP adresi araştırma için bir başlangıç kabul edilir ve diğer delillerle desteklenmelidir.²⁷⁹ Yargıtay ceza daireleri tarafından verilen çeşitli kararlarda da faillerin planlı ve organize hareket ettiği, isimlerinin tespit edecek önlemleri aldıkları, çoğu zaman kendi bilgisayarlarından değil de başkasının bilgisayarına truva atı göndermek suretiyle işlem yaptıkları ve gerçek IP numaralarını gizledikleri, bu nedenle IP adresi tespit edilen bilgisayarların incelenmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁸⁰ Bankalar da bu nedenlerle bir IP adresini

²⁷⁹ Gedik, Doğan, “Bilişim Suçlarında IP Tespiti ile Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri” Bilişim Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Y.2019, s.51-84, s.55, 56, 64-66.

²⁸⁰ Yarg. 13. CD, 2014/22471 E, 2015/8491 K, 06.05.2015 T; Aynı yönde bkz. Yarg. 13. CD, 2012/26779 E, 2014/3799 K, 11.02.2014 T (www.hukukturk.com, ET: 08.05.2021); “...IP adreslerinin yeterli olmadığı hallerde GSM şirketleri tarafından bir IP adresi, birden fazla kişiye PORT yapılarak verilebilmektedir. Bilgisayar içindeki her program, iletişim için ayrı birer port kullanmaktadır. Bu nedenle bilgisayardaki programların iletişimi için IP ve port numarası olmak üzere iki tane adres numarası gerekmekte, IP adresi Port numarası olarak gösterilmektedir. Tutulmasında yasal zorunluluk bulunmayan PORT bilgisine ulaşıldığında, birden fazla kişiye verilen IP nin, suçun işlendiği saatte kim

doğrudan saldırganlara ait kabul ederek engelleyemeyebilir. Bankaların ilgili cihazdan girişi engelleyebilmesi için IP adresinin farklı delillerle desteklenmesi gerekir. Saldırganların her zaman bir adım önünde olması gereken bankalar saldırgan eylemleri tespit edebilmek amacıyla tarayıcı parmak izinden faydalanabilirler. Tarayıcı parmak izi, çeşitli bilgileri toplayıp analiz ederek şüpheli cihazları tespit etmeye yarayacaktır. Tarayıcının türü, tarayıcının sürümü, ekran boyutu, ekran çözünürlüğü, saat dilimi gibi bilgilerle bir araya gelen IP bilgisi “yüksek ihtimalle” bir anlam ifade edebilecektir. Yalnızca müşterinin korunması amacıyla kullanılmak üzere kişisel verilerin korunması mevzuatına uygun şekilde elde edilen tarayıcı parmak izi kullanılarak saldırganlar tespit edilecek ve tamamen olmasa da yüksek ihtimalle engellenebilecektir.²⁸¹ Dolayısıyla bankaların özen yükümlülüklerini yerine getirip getirmedikleri tespit edilirken yalnızca IP bilgisinin kişiye veya cihaza işaret etmediğinden saldırganların tespitinin mümkün olmadığı, IP bilgisinin tarayıcı parmak izin bilgisi ile bir araya geldiğinde “yüksek ihtimalle” saldırganların tespit edilebileceği hususları göz önünde bulundurulmalıdır.

Sızma testi BS-EB Yönetmeliğinin 3/ğğ bendinde “*Sistemin güvenlik açıklarını istismar edilmeden önce tespit etmek ve düzeltmek amacıyla gerçekleştirilen güvenlik testleri*” olarak tanımlanmış olup bankalar BS-EB Yönetmeliğinin 18’inci maddesi uyarınca yılda en az bir kez sızma testi yaptırmak zorundadırlar. Sızma testi yapılmasının amacı Bilgi Sistemlerine İlişkin Sızma Testleri Hakkında Genelge

tarafından kullanıldığının belirlenmesi mümkün olmaktadır. M... Corporation'den de erişimin engellediği iddia olunan tarih/tarihler ve takip eden günlerde e-mail adresinin aktif olup olmadığı, bu adrese giriş yapıp yapılmadığı, erişim sağlanmışsa IP bilgileri, bu tarihler itibarıyla e-mail adresine ait şifrenin değiştirilip değiştirilmediği, değiştirilmiş ise değişikliğin ne zaman ve hangi IP numarası ile yapıldığı araştırılmalıdır. IP adresi kayıt bilgilerinden, ilgili Telekom Müdürlüklerinden, sisteme giriş yapan veya başarısız olan IP numaraları kullanıcılarının adres ve telefon bilgileri istenmeli ve loglar üzerinde inceleme yapılmalı, ayrıca IP adresini kullanan bilgisayarların MAC numaraları araştırılmalıdır.” Yarg. 8. CD, 2013/4668 E, 2014/9860 K, 16.04.2014 T (www.hukukturk.com, ET: 08.05.2021).

²⁸¹ Kadar, Tamas, “Device Fingerprinting- What is It And How Can it Reduce Fraud?”, <https://seon.io/resources/device-fingerprinting/> (ET: 08.05.2021); Kadar, Tamas, “Browser Fingerprinting – Good for Fraud Detection, But Is It Enough?”, <https://seon.io/resources/browser-fingerprinting-good-for-fraud-detection-but-is-it-enough/> (ET: 08.05.2021); Cao, Yinzhil/ Li, Song/ Wijmans, Erik, “(Cross-)Browser Fingerprinting via OS and Hardware Level Features”, NDSS’17, 26 February - 1 March 2017, San Diego, CA, USA, 1-15, s.1, 13-14 (https://www.ndss-symposium.org/wp-content/uploads/2017/09/ndss2017_02B-3_Cao_paper.pdf, ET: 08.05.2021).

(2012/1) ile “banka bilgi sistemlerinde yetkisiz erişim elde edilmesine veya hassas bilgilere ulaşılmasına neden olabilecek güvenlik açıklarının istismar edilmeden önce tespit edilmesi ve düzeltilmesi” şeklinde ortaya konmuş olup aynı zamanda sızma testlerine ilişkin teknik detaylara da yer verilmiştir.

Yargıtay’ın çeşitli kararlarında “...davacı banka bir güven kurumu olup, müşterilerince kendilerine tevdi edilen mevduatı koruma ile yükümlü olup, bunu sağlamak için gerekli güvenlik önlemlerini almak durumunda olduğu, bu bağlamda interaktif bankacılık işlemleri sırasında şifre bilgilerinin üçüncü kişilerce ele geçirilmesini önleyecek bir güvenlik mekanizması oluşturması, kendi web sayfasından başka yerlere yönlendirmelere engel olması ve herhangi bir usulsüz işlemle karşılaştığında gerekli önlemleri almanın yanı sıra, mevduat sahiplerini de bilgilendirmesi gerektiği, dolandırıcılık yöntemlerinin engellenebilmesi için davalı banka tarafından güvenlik duvarları oluşturmak, kimlik belirlemede ek önlemler almak ve bu alınacak ek önlemlerde birbirini doğrulayacak şekilde birden fazla değişken bileşenlerin kullanılması gerektiği...” denilerek bankaların bu yükümlülüğüne atıfta bulunmaktadır.²⁸²

Yürürlükten kaldırılan Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ’de bilgi sistemlerinde COBIT’in esas alınacağı belirtilmesine rağmen BS-EB Yönetmeliğinde COBIT’e atıfta bulunulmamış, BS-EB Yönetmeliği m.7/7’de “BS risklerinin bankacılık faaliyetlerinden kaynaklanan diğer risklerin de bir çarpanı olabileceği dikkate alınarak banka genelinde, bilgi sistemlerinden kaynaklanan riskleri de içerecek şekilde, bütünlük bir risk yönetim metodolojisi uygulanır.” denildiğinden bu konunun bankalara bırakıldığı söylenebilecek, ancak bu konuda yine ciddi bir standardın kabulü gerektiği belirtilebilecektir.

²⁸² Yarg. 11. HD, 2017/4652 E, 2019/1536 K, 25.02.2019 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2016/12135 E, 2018/3966 K, 28.05.2018 T (www.lexpera.com.tr, ET: 22.10.2020).

b. Müşteriyi Bilgilendirme

BankK. m.76 ile bankalar müşterilerinin, “*verilen hizmetlerden kaynaklanan her türlü sorularına cevap verecek bir sistem kurmakla ve bu hizmetle ilgili bilgiyi müşterilerine bildirmekle*” yükümlü kılınmıştır. Bu maddeye ilişkin gerekçede de bankacılık faaliyetlerinin sürekli geliştiği ve çeşitlilik gösterdiği, verilen hizmetlerden kaynaklı her türlü soruna çözüm bulunabilecek bir sistemin kurulması ve müşterinin bu hizmetler hakkında bilgilendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Özen borcu, bankanın internet bankacılığı kullanmak isteyen müşterisini bilgilendirme yükümlülüğünü doğurmakta olup²⁸³ bankalar müşterilerini alınması gereken önlemler hakkında bilgilendirdiğinde müşteriye bir özen yükümlülüğü de getirmektedir.²⁸⁴ Bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen bankalar, internet bankacılığında üçüncü kişilerin hesaba müdahalesi halinde müşterinin kusurunun bulunduğu yönünde savunma yapamayacaklardır.²⁸⁵

Banka, internet bankacılığı hizmetini verdiği tüm süre boyunca müşterilerini düzenli olarak bilgilendirmeli, bir kez bilgilendirdiğinden bahisle bilgilendirme yükümlülüğünün sona ermediğini bilmelidir.²⁸⁶ Bankaların ileri düzey teknolojiye sahip bir alt yapıya sahip bulunmaları müşterilere nazaran bankaları daha bilgili kıldığından bankaların müşterilerini uyarma yükümlülüğü bulunmaktadır.²⁸⁷ Bankaların bilgilendirme yükümlülüğü TMK m.2’den kaynaklanmaktadır.²⁸⁸

Bankalar, sözleşme görüşmeleri sırasında teknik bilgileri ve bu hususun mevcut olmaması halinde ne tür zararlar doğabileceği konusunda müşterilerini bilgilendirmelidirler.²⁸⁹ Aynı zamanda bankalar müşterilerini internet bankacılığındaki dolandırıcılık eylemlerinden bilgisayarlarında antivirüs ve antitrojen

²⁸³ Eralp, s.173; Işintan’a göre vekalet sözleşmesi gereği vekilin müşterisini bilgilendirmesi özen yükümlülüğü gereği olup bu görüşün internet bankacılığı işlemlerinin vekalet sözleşmesi niteliğindeki ciro sözleşmesi kapsamında yapılması nedeniyle internet bankacılığı açısından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Işintan, s.506.

²⁸⁴ Eralp, s.177.

²⁸⁵ İnal, s.373.

²⁸⁶ Yılmaz, s.145; Eralp, s.176-177; Savaş, s.152.

²⁸⁷ Yılmaz, s.145-146; Özdilek, s.8; Eralp, s.176.

²⁸⁸ Yılmaz, s.143.

²⁸⁹ Yılmaz, s.143.

programlarını kurarak korunabilecekleri yönünde gerekli bilgilendirme ve yönlendirmeleri yapmalıdırlar.²⁹⁰ Bankalar müşterilerini aynı zamanda kolay şifre belirlememeleri ve şifrelerin üçüncü kişilere verilmemesi gibi konularda da uyarmalıdırlar.²⁹¹ Yine müşteriler internet bankacılığında yaptıkları işlemleri yapmadan önce uyarılmalı, uyarıları okumadan işlem yapmamaları sağlanmalıdır.²⁹²

İnternet ortamında sürekli olarak farklı dolandırıcılık yöntemleri ortaya çıkmakta, internet bankacılığı kullanıcıları bu yeni dolandırıcılık yöntemlerine karşı savunmasız kalmaktadırlar. Bu nedenle de müşteriler düzenli olarak uyarılmalıdırlar.²⁹³ BS-EB Yönetmeliğinin 18/8 maddesinde bankaların yeni siber tehditlere, zararlı yazılımlara ve yeni ortaya çıkan dolandırıcılık yöntemlerine ilişkin bilgilendirmeleri yapmaları gerektiği yer almıştır. Aynı maddede bankaların dolandırıcılıkla mücadelede erken müdahaleyi sağlamak için 7/24 irtibat kurulabilecek bir görevli ataması gerektiği de belirtilmiştir. Bankaların müşterilerini dolandırıcılık yöntemleri ve korunma yolları ile internet bankacılığı şifresinin üçüncü kişilere verilmemesi konusunda bilgilendirme yükümlülüğünün bulunması bankanın özen yükümlülüğünün gereğidir.²⁹⁴

BS-EB Yönetmeliğinin 18/5 maddesinde de bankalar kişisel verilerin sızmasına veya ifşasına neden olan bir siber olayın²⁹⁵ meydana gelmesi halinde banka tarafından yapılan değerlendirme sonrasında müşterilerin bilgilendirilmesi gerektiği yer almıştır. Aynı yönetmeliğin 36/2 maddesinde bankanın riskli işlemler gerçekleştirildiğinin tespiti durumunda en kısa sürede telefon veya kısa mesaj gibi uygun yöntemlerle müşterisini bilgilendirmesi gerektiği de belirtilmektedir.

²⁹⁰ Köse, 155-156.

²⁹¹ Köse, s.159.

²⁹² Yılmaz, s.146.

²⁹³ Yılmaz, s.146; İnal, s.374.

²⁹⁴ Köse, s.156.

²⁹⁵ “Siber Olay”, 11.11.2013 tarihli ve 28818 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Siber Olaylara Müdahale Ekiplerinin Kuruluş, Görev ve Çalışmalarına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin 3’üncü maddesinde “Bilişim ve endüstriyel kontrol sistemlerinin veya bu sistemler tarafından işlenen bilginin gizlilik, bütünlük veya erişilebilirliğinin ihlal edilmesini veya teşebbüste bulunulması” şeklinde tanımlanmıştır.

BS-EB Yönetmeliğinin 37'nci maddesinde müşterilerin hizmete ve risklere ilişkin bilgilendirmeleri gerektiği de yer almıştır. Buna göre bankalar risklerin etkisini azaltmaya yönelik benimsediği güvenlik prensiplerine ve bu risklerden korunmak için alınması gereken önlemlere bu bilgilendirmede açık ve anlaşılır şekilde yer vermelidir. Buna göre müşterilerin bilgilendirilmesi bankanın kendi internet sitesinde ve internet bankacılığı hizmeti verdiği internet sitesinde müşteri erişimine sürekli olarak açık tutulmalı ve erişilen sitelerin bankaya ait olduğunu gösteren teknikler kullanılmalıdır.

BS-EB Yönetmeliğinin 37'nci maddesine göre yapılacak bilgilendirmelerin internet sitesinde dikkat çekici bir yerde olması ve elektronik bankacılık hizmetinden yararlanmaya başlamadan önce müşterilerin en az bir kez okuması garanti edilecek şekilde kısıtlamalar getirilmesi gerekir. Hizmetten yararlanmaya başladıktan sonra da müşterilerin güvenlik bilgilendirmelerini okuması sağlanmalıdır.

BS-EB Yönetmeliğinin 37'nci maddesine göre yapılacak bilgilendirmelerin,

- “Bankanın kimliği, ticaret unvanı, genel müdürlük adresi, kanuni statüsü, bankanın denetiminden sorumlu olan BDDK’ya ilişkin iletişim bilgilerini,
- Elektronik bankacılık hizmetlerinin kullanımının taşıdığı riskler, bu risklerden korunmak için müşterilerin kullanması gereken yöntemler, müşteri farkındalığını artıracak yönlendirici güvenlik kılavuzları ile bu hizmetlerden yararlanacak müşterilerin sorumluluk ve haklarını,
- Bankanın sunduğu elektronik bankacılık hizmetlerine, bu hizmetlerin ve bu hizmetler dâhilinde gerçekleştirilebilecek bankacılık işlemlerinin erişime açık olduğu gün ve saatleri ve hizmetlere ilişkin diğer koşulları,
- Elektronik bankacılık hizmetlerinde iki saatten daha uzun süreli bir kesinti öngörülen planlı bakım ve değişikliklerde müşterilerin önceden bilgilendirilmesini sağlayacak duyuruları,

- Verilen hizmetlerle ilgili olarak müşterilerin herhangi bir sorunla ya da dolandırıcılık vakasıyla karşılaşması durumunda neler yapması gerektiğine ilişkin yönlendirici bilgileri,”

kapsaması gerekir.

BS-EB Yönetmeliği m.37/7 uyarınca bilgilendirmenin hizmetin verildiği kanaldan ya da müşterinin cihazından kaynaklanan sebeplerle yapılamaması halinde banka müşterinin farklı kanallardan bilgilendirmelere ulaşması için yönlendirmeleri yapmalıdır.

Görüleceği üzere BS-EB Yönetmeliği ile bankaların bilgilendirme yükümlülüklerini nasıl ve hangi içerikte yerine getirecekleri ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ve asgari bir standarda kavuşturulmuştur.

Yargıtay’ın bazı kararlarında²⁹⁶ “...davacının internet bankacılığına ilişkin kişisel bilgilerini koruması konusunda ve alınabilecek ek güvenlik önlemleri konusunda davalının bilgilendirme ve tavsiyelerde bulunulup bulunulmadığı, eğer bu yönde bir bilgilendirme varsa davacının bu bağlamda tavsiyelere uyup uymadığı, ...” denilerek müşteriye bilgilendirme yükümlülüğüne değinilmiştir.

c. BS-EB Yönetmeliğinde Bankalara Getirilen Diğer Yükümlülükler

(1) Genel Olarak

15.03.2020 tarihli, 31069 sayılı Resmi Gazete’de BS-EB Yönetmeliği yayımlanmış ve aynı tarihli Resmi Gazete’de Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İkelere İlişkin Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ (“Kaldırı Tebliği”) yayımlanmıştır. Kaldırı Tebliği ile **Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İkelere İlişkin Tebliğin** 01.07.2020 tarihinde yürürlükten kaldırılacağından bahsedilse de 20.06.2020 tarihli, 31161 sayılı

²⁹⁶ Yarg. 11. HD, 2008/4142 E, 2009/7717 K, 23.06.2009 T; Yarg. 11. HD, 2008/233 E, 2009/4242 K, 07.04.2009 T; Yarg. 11. HD, 2007/7339 E, 2009/2075 K, 24.02.2009 T (www.lexpera.com.tr, ET: 22.10.2020).

Resmi Gazete’de Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İkelere İlişkin Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ (“Değişiklik Tebliği”) yayımlanmış ve yürürlükten kaldırma tarihi 01.01.2021 tarihi olarak değiştirilmiş ve bu tarihte yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Müşterilerin Şikayetlerini İletebileceği Takip Mekanizmasının Oluşturulması (BS-EB Yönetmeliği, m.37/3)

Müşterilerin elektronik bankacılık hizmetlerinde yaşadıkları sorunları ve şikayetlerini iletebilecekleri ve takip edebilecekleri bir mekanizma oluşturulur. Çağrı merkezlerinde elektronik bankacılıkla ilgili yaşanan dolandırıcılık olaylarının bildirilmesi için buna ilişkin işlemin ana menüde ve en üst sıralarda olması ve şikayetin en kısa sürede sonuçlanması sağlanır. Ayrıca 20 Mayıs 2020 tarihli, 31132 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Banka Çağrı Merkezlerinin Hizmet Seviyesinin ve Kalitesinin Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik ile bankaların çağrı merkezi hizmet kalitesi açısından bir denetim ve standart getirilmiştir.

(3) Müşterinin Yanlış İşlem Yapması İhtimalini En Aza İndiren Kontrollerin Bulunması (BS-EB Yönetmeliği, m.37/4)

Müşterilerin yanlış işlem yapmalarını en aza indirecek mekanizmaların kurulması ve özellikle her türlü tutar, komisyon ve ücret bilgilerinin işlem anında müşterinin bilgisine sunulması onayının alınması gerekmektedir.

(4) Elektronik Bankacılık Hizmetlerini Kapatın Müşterinin Yeni Talebi Olmadan Elektronik Bankacılığın İlişkin Hizmetlerin Açılmaması (BS-EB Yönetmeliği, m.37/5)

Müşterinin talebi olmadan elektronik bankacılık hizmeti müşteri kullanımına açılmaz veya elektronik bankacılık hizmetlerinden yararlanan müşteri elektronik bankacılık işlemleri kullanımını kapatmışsa yeni talebi olmadığı sürece açılmaz.

(5) Elektronik Bankacılık Hizmetlerinde Hiçbir Riskin Bulunmadığı İzlenimi Yaratılmaması (BS-EB Yönetmeliği, m.37/6)

Özellikle pazarlama faaliyetlerinde bankalar elektronik bankacılık hizmetlerinin hiçbir risk içermediği yönünde algı oluşturabilecek ifadelerden kaçınmalıdırlar.

(6) Hassas Veri²⁹⁷ veya Sır Niteliğindeki Verilerin E-Posta ile Gönderilmemesi/Elektronik Bankacılık Kanallarından Gönderilmesi (BS-EB Yönetmeliği, m.37/8)

Her türlü ekstre, dekont, hesap özeti gibi işlemlerin elektronik bankacılık kanalları ile gönderilmesi gerekmekte, e-posta ile gönderim yapılmaması gerekmektedir.

BDDK, bu hükme ilişkin bazı açıklamalar yaparak tereddütleri gidermiştir. Buna göre bankalar:²⁹⁸

- Hassas veri ve sır niteliğindeki verilerin dolandırıcılık eylemlerinde kullanılabilmesinden yurt dışına çıkmamasının öneminin göz önünde bulundurulması gerektiği,
- Müşterilerin kolay erişebileceği ve farklı cihazlarla uyumlu, kullanıcı dostu özelliklerin bulunması gerektiği,
- Elektronik bankacılık kullanan müşterilerin, sır niteliğindeki bilgilerini içeren belgeleri e-posta yerine daha güvenli olan bankanın elektronik dağıtım kanallarından almasının temin edileceği konusunda müşterilere gerekli yönlendirmelerin yapılması gerektiği,

²⁹⁷ “Hassas Veri”, BS-EB Yönetmeliğinin 3’üncü maddesinde “Kimlik doğrulamada kullanılan veriler başta olmak üzere; müşteriye ait olan, çeşitli sebeplerle bankaca muhafaza edilen ve üçüncü kişilerce ele geçirilmesi halinde, bu kişilerin müşteri olan kişilerle ayırt edilebilme mekanizmalarının zarar göreceği ve dolandırıcılık ya da müşteriler adına sahte işlem yapılmasına imkân verebilecek nitelikteki veriler” olarak tanımlanmıştır.

²⁹⁸ BDDK Bilgi Sistemleri Uyum Daire Başkanlığının, 77574904-101.02.02-E.5768 sayılı, 25.06.2020 tarihli, “Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğe İlişkin Açıklama” konulu yazısı.

- Bankanın yönlendirmelerine rağmen müşteri hassas veri ve sır niteliğindeki bilgileri içeren belgeleri e-posta ile almak istemesi halinde müşterilerin kendi taleplerini oluşturarak talepte bildirilen e-posta adresinin doğrulanması akabinde bu bilgileri içeren belgelerin gönderiminin e-posta ile yapılabileceği,
- Mevcut müşterilerin kayıtlı e-posta adreslerini herhangi bir elektronik dağıtım kanalından teyit etmeleri halinde e-posta doğrulamanın gerçekleşmiş sayılabileceği,
- E-posta doğrulamanın e-posta ile bilgilendirmeyi talep eden doğru kişiye gönderimi garanti altına alacak şekilde yapılması gerektiği,
- Elektronik bankacılık kullanmayan ve e-posta ile bu bilgileri alan müşterilerin gönderilen e-postalarda bu bilgilere ve belgelere elektronik dağıtım kanallarından da ulaşılabileceği konusunda bilgilendirme yapılması ve müşterinin bu konudaki farkındalığının artırılması gerektiği,
- Ticari müşterilerin kayıtlı elektronik posta adreslerine bildirimlerin yapılabileceği,
- Türkiye’de faaliyetleri bulunan operatörlerden alınan hizmet kapsamında cep telefonu numarası doğrulanan müşterilere bu bildirimlerin yapılabileceği,
- E-posta veya SMS metinlerinde elektronik dağıtım kanalındaki menüye ulaşılması için bağlantıya yönlendirme yapılmasının uygun olmayacağı

konularında bilgilendirilmişlerdir.

(7) İnternet Bankacılığında Kimlik Doğrulama ve İşlem Güvenliği (BS-EB Yönetmeliği, m.34, m.38)

Kimlik doğrulama mekanizmasının ne şekilde işleyeceği BS-EB Yönetmeliğinin 11’inci maddesinde ayrıntılı şekilde açıklanmakla beraber 8’inci madde internet bankacılığında kimlik doğrulamaya ilişkin hükümleri içerdiğinden bu başlıkta elektronik bankacılık ve internet bankacılığına ilişkin kısma yer verilmiştir.

Müşteri bilgilerinin görüntülenmesi gibi finansal bir sonuç doğurmayan işlemler de dahil olmak üzere elektronik bankacılık hizmetlerinde bankalar birbirinden bağımsız en az iki bileşenli bir kimlik doğrulama mekanizması

oluşturmalıdırlar. Bu iki bileşenin, “müşterinin bildiği”, “müşterinin sahip olduğu” veya “biyometrik bir karakteristiği olan” unsurlarından farklı ikisini içermesi gerekir. Bileşenin bağımsız olması ile, bir bileşenin üçüncü kişinin eline geçmesiyle diğer bileşenin tehlikeye atılmaması ifade edilir. İki faktörlü kimlik doğrulama ile gerçekleştirilmeyen işlemlerin müşteri tarafından gerçekleştirildiğinin ispatı bankaya aittir (BS-EB Yönetmeliği m.34/1, m.34/3). Banka kendi risk değerlendirmesi çerçevesinde bunun dışında ilave güvenlik önlemleri belirleyebilecektir (BS-EB Yönetmeliği m.34/12). Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartının kart PIN’i veya biyometrik veri ile birlikte kullanılması veya elektronik imzanın kullanılması hallerinde kimlik doğrulama yapılmış sayılır. (BS-EB Yönetmeliği m.34/2)

İnternet bankacılığında bu kimlik doğrulama için müşteriye atanan bir şifreleme gizli anahtarı ile imzalanacak şekilde tek kullanımlık bir doğrulama kodu üretilmeli, bu doğrulama kodu aracılığı ile kimlik doğrulama unsurlarından hiçbiri hakkında bilgi edinilememesi, bilinen doğrulama kodu ile başka kodların türetilmemesi, doğrulama kodlarının taklit edilmemesi sağlanmalıdır.

Başarısız kimlik doğrulama teşebbüsleri müşteri ilk elektronik bankacılık kanalına girdiği anda kendisine bildirilir ve başarısız kimlik doğrulamaların devamı halinde müşterinin elektronik bankacılığa erişimi engellenmelidir. (BS-EB Yönetmeliği m.34/6)

Banka, müşterisine mobil bankacılık uygulamasından kimlik doğrulama için SMS ile OTP ya da doğrulama kodu göndermemelidir. Yalnızca mobil bankacılık uygulamasının ilk kurulumu, aktifleştirilmesi veya yeniden aktifleştirilmesi gerekmekte ise veya uygulama kullanılamaz hale gelmişse SMS ile OTP ya da doğrulama kodu gönderilebilir. (BS-EB Yönetmeliği m.34/7)

Tek kullanımlık parolaların tahmini zor, yeterli uzunlukta, rastgele, değişken ve eşsiz olarak üretilmesi ve sadece belirli süre geçerli olması sağlanmalıdır. (BS-EB Yönetmeliği m.34/9)

Kimlik belgesi üzerinde yer alan bilgiler ile anne kızlık soyadı elektronik bankacılıkta hiçbir şekilde kimlik doğrulama için kullanılamaz. Banka müşterinin bildiği bir hususu kimlik doğrulama için sormak istemekte ise, bu bilgi kimlikte yer alan bilgilerden olmamalı ve cevabı müşteri tarafından belirleniyor olmalıdır. (BS-EB Yönetmeliği m.34/10)

Varsayılan ve müşteri tarafından güncellenebilen şekilde günlük işlem limiti, güvenli alıcı listesi gibi ilave kısıtlamalar getirilerek önlem alınabilir. (BS-EB Yönetmeliği m.34/12)

Banka, elektronik bankacılık hizmetlerinde sunduğu yazılım veya uygulamanın kaynağının banka olduğunun doğrulanabiliyor olmasını sağlamalıdır. (BS-EB Yönetmeliği m.34/14)

Kimlik doğrulama işlemi çevrimdışı değil, banka nezdinde çevrimiçi gerçekleşmeli, internet tarayıcısı tarafından müşterinin bildiği unsur hatırlanmalı ve bu unsur başka kimlik doğrulama yöntemlerine bağlanarak otomatik şekilde gönderilmemeli, müşterinin bildiği unsur müşteri tarafından girilmelidir. (BS-EB Yönetmeliği m.38)

(8) İnkâr Edilemezliğin Sağlanması (BS-EB Yönetmeliği m.35)

Banka, elektronik bankacılık hizmetlerinde kendisi ve müşterisi için inkâr edilemezliği ve sorumlu atamayı sağlayan, hem işlemi başlatan hem de işlemi sonuçlandıran tarafın gerçekleştirdiği işlemleri inkâr edememesi sağlamalı²⁹⁹ ve bunu sağlayacak teknikler kullanmalıdır. Kullanılan tekniklerin iz kayıtlarının güvenli delil elde edilmesini sağlayan şekilde tutulması sağlanmalıdır.

²⁹⁹ Alıcı, s.1154.

4. Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen Dolandırıcılık Eylemlerinden Hesap Sahibinin Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Bankalar, internet bankacılığı için sanal klavye, giriş işareti, tek kullanımlık şifre, mobil imza, SMS giriş şifresi, çeşitli giriş kısıtlamaları gibi önlemler almaktaysa da bu önlemler özellikle müşterinin hakimiyet alanında meydana gelen olaylarda yeterli olmayabilmektedir.³⁰⁰ Üçüncü kişilerin hesaba müdahalesi bazen hesap sahiplerinin gerekli özeni göstermemesinden kaynaklanabilmektedir.³⁰¹ Bu nedenle hesap sahiplerinin de bazı sorumlulukları bulunmaktadır.

b. Koruma Yükümlülüğü

İnternet bankacılığı alanında müşterilerin işlem yapabilmesi için bankalar sadece bu tür işlemlerde kullanması için şifreler vermekte ve müşteri şifreyi aldıktan sonra kendi şifresini belirlemektedir. Müşterinin bu şifreleri banka ile aralarındaki sözleşme gereği üçüncü kişilerden özenle saklama yükümlülüğü bulunmaktadır.³⁰²

Üçüncü kişiler, müşterilere ait bilgileri müşterilerin bilgisayarlarından yine çeşitli dolandırıcılık yöntemleri ile almakta veya müşterinin kusuru ile bu bilgiler üçüncü kişilere geçmektedir.³⁰³ Müşterilerin gizli bilgilerini korumaması, bilgisayarını virüslere karşı korumaması, antivirüs programının kullanmaması veya güncellememesi, internet kafe gibi güvenli olmayan alanlardan internet bankacılığına girmesi gibi sebeplerle müşterilerin sorumluluğuna çeşitli olaylarda gidilebilmektedir.³⁰⁴

³⁰⁰ Ünlü, s.93-94.

³⁰¹ Alıcı, s.1154.

³⁰² Çeker, Havale, s.74; Köse, s.174; Yılmaz, s.162; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.20; Eralp, s.223, 254; Karaman Coşgun, s.185; Çeker, Mustafa, “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Münasebetiyle)”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.247-261, s.250 (Bankaların Hukuki Sorumluluğu).

³⁰³ Köse, s.172.

³⁰⁴ Köse, s.172-173; Eralp, s.256; Savaş, s.157-158; Yargıtay’ın bu yönde az da olsa kararları bulunmaktadır: “...internet bankacılığı işlemi sırasında davacının kullanıcı adı ve şifresi kullanılmış bulunmasına ve bu bilgilerin davalı bankanın bilgisayar sisteminden öğrenilmediğinin belirlenmiş olması nedeniyle, davacı müşterinin şifrenin kötüniyetli üçüncü kişiler eline geçmemesi için gerekli

İnternet bankacılığı kullanan müşterinin bilgisayarında virüs ve zararlı diğer yazılımlara karşı kendisini koruması için gerekli antivirüs ve güvenlik duvarı programlarını kullanması ve güncellemelerini yapması, bu konudaki özen yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Bankanın müşteri bilgisayarındaki virüs nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmamalı, bankalar kendi kontrollerindeki sistemleri ve ağlarındaki güvenlik açıklarından sorumlu olmalıdır.³⁰⁵ Müşterinin kendi bilgisayarındaki güvenliği sağlaması gerekmekte olup abartılı önlemler alması ise beklenemez.³⁰⁶ Gerçekten de her bilgisayar kullanıcısı antivirüs kullanmaktayken antitrojen kullanması her kullanıcıdan beklenemez. Bu kapsamda internet bankacılığı kullanıcısı müşterisini bankalar bilgilendirmeli ve yönlendirmelidir.³⁰⁷

Müşterilerin kişisel bilgisayarlarına antivirüs veya firewall gibi yazılımları kurması zararlı yazılımların bilgisayarlarına bulaşmasını büyük ölçüde engelleyebilecek ise de tam bir koruma sağlanmayacaktır. Antivirüs gibi programları müşterilerin sürekli güncellemeleri mümkün olmayabileceğinden yeni geliştirilen zararlı yazılımlara karşı yine savunmasız olacaklardır. Bu nedenle müşterileri üçüncü kişilere karşı korumak daha çok bankanın sorumluluğudur.³⁰⁸ **Savaş**'a göre de ekonomik olarak ve tecrübe açısından bankaya göre güçsüz olan müşteriden ciddi önlemler alması beklenmesi hakkaniyetli olmayacaktır. Ayrıca en güncel antivirüs türü programlar dahi yeni çıkan ve o güne kadar bilinmeyen bir virüse karşı etki edemeyebilir. Zira bu tür programların koruma sağlayabilmesi için saldırıyı tanıması gerekmektedir.³⁰⁹ **İnal** ise burada müşterinin tacir olup olmamasına göre bir ayırım yapmakta, *müşterinin tüketici, esnaf veya küçük işletme sahibi olması halinde* bilgisayarında koruma yükümlülüğünün doğması için banka tarafından bilgilendirilmiş olması gerektiğini ve bu bilgilendirilmenin genel nitelikte olmaması, bilgilendirme yapılması halinde müşterinin belli düzeyde bir koruma sağlaması gerektiğini, *müşterinin ticari bir iş ile uğraşması halinde* ise banka tarafından

önlemleri almış olduğunu ispatlamış olması gerekir.” Yarg.11. HD, 2007/12559 E, 2009/1362 K, 09.02.2009 T (www.hukukturk.com, ET: 08.04.2021); Aynı yönde Yarg.19. HD, 2007/7397 E, 2008/3029 K, 27.03.2008 T (Bilgen, s.792-793).

³⁰⁵ Özdilek, s.7; Yılmaz, s.164, 205.

³⁰⁶ Yılmaz, s.221; Atamer, İnternet Bankacılığı, s.26-27; Karaman Coşgun, s.186.

³⁰⁷ Köse, s.155-156.

³⁰⁸ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.24; Savaş, s.157-158.

³⁰⁹ Savaş, s.154, 158.

bilgilendirme yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın koruma yükümlülüğü doğduğunu ve kusurun derecesinin somut olaya göre belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir.³¹⁰ İnternet bankacılığında daha çok bankalara rizikonun yüklenmesinin sebeplerinden bazıları “*rizikoyu kontrol etme imkanına müşteriden daha çok sahip olması ve zararı müşterisine göre sigorta ettirebilme*” imkanına sahip olmasıdır.³¹¹ Bankalara ve ekonomik anlamda güçlü bulunan diğer şirketlere riski sigortalatabilmeleri nedeniyle riziko yüklenmesinin doğru olmadığını, çalışmamızın ilk bölümünde açıklanan sebeplerle bankaların ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü altında olduklarının kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira bu sebeple rizikoyu banka, sigorta, faktoring gibi alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin taşıdığı kabulü halinde hemen hemen her uyuşmazlıkta bu husus ileri sürülebilecek ve kusur durumu ile tazminatın belirlenmesi konularında hatalı kararlar verilebilecektir.

Müşterinin koruma yükümlülüğünün gereği olarak şifreyi bir yere kaydetmeleri, yazmaları, şifrelerini başka kişilere vermeleri gibi nedenlerle üçüncü kişiler müşterinin hesabına internet bankacılığı yoluyla müdahalede bulunursa bu durumda da müşterinin sorumlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira burada da risk müşterinin çevresinde meydana gelmektedir.³¹²

İnternet bankacılığı kullanıcıları aynı zamanda şifrelerini güvendikleri kişilere vererek internet bankacılığını kullanılabilmekte ve sonrasında internet bankacılığı şifrelerini verdikleri bu kişiler hesap sahibinin talimatları dışında işlem yapabilmektedirler. Bu durumun tespiti halinde de hesap sahibinin de sorumlu olduğu açıktır.³¹³

Hesap sahibinin internet bankacılığında işlemlerini yaptıktan sonra internet bankacılığında çıkış yapmayarak açık bırakması halinde de hesap saldırganların

³¹⁰ İnal, 372.

³¹¹ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.35-36.

³¹² Yılmaz, s.163; Eralp, s.255-256.

³¹³ “... tarafların evlilik birliği içerisinde, davacının hesabında bulunan bütün işlemleri davalının yaptığı, hesabın internet şifresini davalının bildiği, davacının da bu kullanımdan haberdar olduğu anlaşılmaktadır. Davacının, gerekli güvenliği almayarak, davalının, hesabındaki parayı çekmesine neden olduğu hususu dikkate alındığında; davacının da olayda müterafik kusurunun bulunduğu kabul edilmelidir.” Yarg. 3. HD, 2015/12258 E, 2015/18224 K, 17.11.2015 T (www.legalbank.net, ET: 01.11.2020).

kullanımına açık hale gelmektedir. Bu nedenle hesap sahipleri işlerini tamamladıktan sonra sistemden çıkış yapmalıdırlar. Bu durumda bankaların da belirli süre işlem yapılmaması halinde otomatik olarak internet bankacılığı işlemini kendiliğinden kapanması yönünde sistem geliştirmeleri gerekmektedir. Bu şekilde müşteri internet bankacılığını kapatmadan bilgisayarın başından kalkması halinde dahi belirli süre işlem yapılmadığında internet bankacılığı kendiliğinden kapanacaktır.³¹⁴

Yargıtay tarafından müşterilere ilişkin bu yükümlülük, müşterilerin kendilerine verilen internet bankacılığına ilişkin özel bilgileri özenle koruma ve saklama yükümlülüğü altında oldukları, bu yükümlülüğe aykırı davranmaları halinde kusuru oranında sorumluluğa katlanacakları şeklinde ifade edilmektedir.³¹⁵

Mevduat üzerinde gerçekleştirilen üçüncü kişinin eyleminin sonuçlarına banka katlanacağından müşteri bankadan mevduatını talep edebilecek, banka da müşterinin aralarındaki sözleşmeden kaynaklı koruma yükümlülüğüne aykırılığı nedeniyle müşterinin kusuru nispetinde tazminat talep edebilecektir. Bu durumda alacakların takas - mahsup edilmesi söz konusu olabilecektir.³¹⁶

c. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Müşteri şifresinin ve diğer bilgilerinin başkalarının eline geçtiğini öğrenir öğrenmez banka ile iletişime geçip bu durumu bildirmeli ve hesabını internet bankacılığını kapatmalıdır.³¹⁷ Banka bu bildirime rağmen hesabı internet bankacılığına kapatmamışsa veya kapatma işlemi için gecikme göstermişse bildirimden sonra yapılan işlemlerde banka sorumlu olacaktır. Bu durumda banka görevlilerinin gecikme nedeniyle ağır kusuru bulunduğundan banka müterafik kusur olduğunu iddia ederek ödeyeceği meblağdan indirim de yapamayacaktır.³¹⁸

³¹⁴ Çeker, Havale, s.75; Çeker, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s.256; Yılmaz, s.163-164.

³¹⁵ Yarg. HGK, 2017/11-2224 E, 2018/1753 K, 22.11.2018 T (www.kazanci.com.tr, ET: 01.11.2020); Yarg. 11. HD, 2003/8280 E, 2003/7705 K, 12.09.2003 T (www.kazanci.com.tr, ET: 15.04.2021).

³¹⁶ Yarg. HGK, 2017/11-2224 E, 2018/1753 K, 22.11.2018 T; Yarg. 11. HD, 2015/5905 E, 2015/13435 K, 14.12.2015 T (www.kazanci.com.tr, ET: 31.10.2020).

³¹⁷ Çeker, Havale, s.74; Yılmaz, s.164; Eralp, s.257; Karaman Coşgun, s.186.

³¹⁸ Çeker, Havale, s.74; Çeker, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s.256; Yılmaz, s.165; Eralp, s.257.

Türkiye Bankalar Birliğinin yayımladığı “Dolandırıcılık Eylemleri ve Korunma Yöntemleri” kitapçığında da müşterilerin güvenlikle ilgili herhangi bir tereddüt yaşanması halinde bankaya bilgi verilmesi gerektiği de yer almıştır.³¹⁹

d. Kontrol Yükümlülüğü

Müşteriler, internet bankacılığında yapmak istedikleri havale işlemlerinde para göndermek istedikleri hesap bilgilerini ve meblağı doğru ve açık şekilde yazmakla yükümlüdürler. Bankalar da havale işleminden önce müşterilerini uyarmalıdır. Buna rağmen müşteri havaleyi gerçekleştirmişse, artık bankanın sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.³²⁰

Müşterinin şubeden yaptığı havalelerde doğru bilgileri vermesine rağmen banka çalışanları da hatalı şekilde parayı başkasının hesabına yatırabilmektedirler. Bu durumda bankanın müşterisine karşı iade yükümlülüğünde kusurlu olup olmamasının önemi yoktur. Bankanın hatalı şekilde hesabına para yatırılan kişiden bu paranın iadesini talep edebileceği hukuki yol ile ilgili ise çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre banka hesabına hatalı şekilde para yatırdığı kişiden bu bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilecektir.³²¹ **Yılmaz**'a göre ise banka hesabına para yatırılan kişi ile banka arasında varsa ciro sözleşmesine dayalı olarak iade talebinde bulunmalıdır ve sözleşmeye dayalı bir ilişki varsa sebepsiz zenginleşme davası açılamaz. Hesabından yanlış kişinin hesabına para yatırılan müşteri ise, bu üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurarak talepte bulunabilir.³²²

Bankalar internet bankacılığı giriş anında kullanıcı adı ve şifre bilgilerinin birkaç kez üst üste giriş denemelerinde hatalı bilgi verilmesi durumunda müşteri yeni

³¹⁹ Türkiye Bankalar Birliği, Dolandırıcılık Eylemleri ve Korunma Yöntemleri, Aralık 2015, s.40 (www.tbb.org.tr, ET: 04.11.2020).

³²⁰ Yılmaz, s.204; Eralp, s.223.

³²¹ Yılmaz, s.202-203; Banka ile hesabına yanlışlıkla para yatırılan kişi arasında sözleşme mevcut olduğundan bankanın öncelikle bu sözleşmeye dayalı talepte bulunulması gerekir. Sözleşmeye dayalı talep hakkı mevcut iken sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz. Havale eden ise havale alıcısına karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talepte bulunabilir. Zira havale eden ile hesabına yanlışlıkla para yatırılan alıcı arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Türk, s.358-359.

³²² Yılmaz, s.203.

şifre belirleyene kadar internet bankacılığına girişi engellemektedirler. Bu halde de müşteriler internet bankacılığına giremediklerinden veya geç giriş yaptıklarından bahisle bankaları sorumlu tutamazlar.³²³

e. Yeterli Donanım Sahip Olma Yükümlülüğü

İnternet bankacılığından işlem yapmak isteyen banka müşterilerinin internete erişimi olan bir bilgisayarlarının olması ve bu bilgisayarlar sistemlerine virüs girmemesi gerekmektedir. Aksi halde bankanın sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.³²⁴ Ancak bu durum tam bir korum sağlamadığından ve müşteriler antivirüs gibi programları sürekli güncel tutamayabileceğinden müşterileri üçüncü kişilere karşı korumanın daha çok bankaların sorumluluğunda olması gerekmektedir.³²⁵ Hatta Yargıtay internet bankacılığında hesap sahiplerinin güvenliğini sağlayacak programların kullanımını bankanın zorunlu kılmadığı ve hesap sahibinin inisiyatifine bıraktığı gerekçesiyle bankanın sorumlu olacağı sonucuna ulaşmıştır.³²⁶ Bankaların müşterilerine bu şekilde güvenlik enstrümanlarını zorunlu tutması ve bu güvenlik enstrümanlarının ücretini üstlenmesi ise uygulamada mümkün değildir. Zira bir süre sonra ciddi bir maliyet yükü altında bulunan bankalar zor durumda kalabilecek ve antivirüs için ödedikleri ücretleri müşterilerine yansıtmak zorunluluğunda bulunacaklardır. Gerçekten de milyonlarca müşterisi bulunan bankaların müşterilerine antivirüs yazılımı satın alarak bilgisayarlarına kurmasının beklenmesi uygulamada mümkün olmayacaktır. Ek maliyete katlanmak istemeyen müşteriler de internet bankacılığı kullanmak istemeyeceklerdir. Bu nedenlerle müşterilerden yüksek tedbirler beklenmese de ortalama düzeyde antivirüs programı kullanması beklenmelidir.

³²³ Yılmaz, s.204-205.

³²⁴ Yılmaz, s.205.

³²⁵ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.24; Savaş, s.157-158.

³²⁶ Yarg. 11. HD, 2012/3694 E, 2013/3356 K, 25.02.2013 T (www.kazanci.com.tr, ET: 12.12.2020).

Üçüncü Bölüm

İNTERNET BANKACILIĞINDA ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLAL EDİLMESİNİN SONUÇLARI

Çalışmamızın ilk bölümünde bankaların özen yükümlülüğünün çerçevesinin çizilmesinin ardından ikinci bölümünde internet bankacılığında bankaların ve hesap sahiplerinin yükümlülüklerinin neler olduğuna değinilmiştir. Bu bölümde ise önemi nedeniyle internet bankacılığında bankaların özen yükümlülüğünün ihlali sonrasında hesap sahiplerinin bankaya karşı hangi hukuki ve cezai yollara başvurabilecekleri üzerinde durulmuştur.

Hesap sahiplerinin başvuru yollarından “Hukuki Başvuru Yolları” başlığı altında maddi tazminat ve manevi tazminat davalarına değinilmiş, bu davalar için faiz, görevli mahkeme, yetkili mahkeme, ispat ile zamanaşımı konularına değinilerek açılan davalar için yol göstermesi amaçlanmıştır. İnternet bankacılığı yoluyla hesaba üçüncü kişilerin müdahalesi sonucunda manevi tazminat talep edebilmenin şartlarının oluşup oluşmadığı üzerinde durularak hesap sahibi davacıların taleplerinde manevi tazminat talep ederken daha dikkatli düşünmeleri gerektiği üzerinde durulmuştur.

Hesap sahipleri tarafından açılan davalarda Yargıtay, bankalar tarafından hesap sahibinin bilgisayarında gerçekleşen dolandırıcılık eyleminin varlığını ispat etmesini beklemektedir. Bu nedenle internet bankacılığı aracılığı ile üçüncü kişilerin hesaba müdahalesi sonrası zarara uğrayan hesap sahiplerinin açtığı davalarda Yargıtay’ın belirttiği ispat kuralına yer verildikten sonra ispat güclüğü nedeniyle bankaların karinelere ve tecrübe kurallarından yararlanıp yararlanamayacakları hususundan bahsetmek gerekmiştir.

Hesap sahiplerinin başvuru yolları içerisinde “Cezai Başvuru Yolları” başlığı altında ise BDDK şikayetinden ve sonuçlarının neler olduğundan bahsedildikten sonra savcılık şikayet yolundan bahsedilmiştir. Çalışmamızın özünden uzaklaşmamak adına cezai başvuru yollarına genel hatlarıyla değinilmiştir.

I. HUKUKİ BAŞVURU YOLLARI

A. Maddi Tazminat Davası

1. Genel Olarak

Saldırganların internet bankacılığı aracılığı ile gerçekleştirdiği eylemler genel olarak hesap sahibinin mevduatı üzerinde gerçekleşmekte ve hesap sahibinin hesabındaki paralar üzerinde yetkisiz üçüncü kişilerce tasarrufta bulunmaktadır. Mevduat üzerinde yetkisiz üçüncü kişilerce gerçekleştirilen eylemler nedeniyle oluşan hasara bankanın katlanacağı, zararın bankanın mülkiyetinde bulunan para üzerinde gerçekleştiği konusuna daha önce değinilmişti.³²⁷ Buna göre zarar banka bünyesinde gerçekleşecek ve hesap sahibi mevduat sözleşmesi gereğince dilediği an parasının iadesini talep edebilecektir. Ancak uygulamada bankalar hesap sahibinin yetkisiz üçüncü kişilerce gerçekleştirilen eylemlerde kusurlu olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabildiklerinden bu durumda hesap sahibinin dava açması gerekecektir.

2. Zarar Tazmini Talebi

Hesap sahibi, hesabından bilgisi dışında çekilen paranın banka tarafından iade edilmediğini ileri sürerek maddi tazminat talebinde bulunabilecektir. Yargıtay bir kararında sahtecilik eyleminin bankaya karşı yapıldığını, şifrenin hesap sahibinin kusuruyla ele geçirildiğinin ispatlanamadığını, bankanın hesaptan çekilen paranın tamamından sorumlu olduğunu belirterek yerel mahkemenin eşit oranda kusur kabul ederek verdiği kararı bozmuştur.³²⁸

Yargıtay son dönemde de istikrarlı şekilde aynı yönde karar vermekte olup bir kararında internet bankacılığı yoluyla hesabına hukuka aykırı müdahalede bulunulan

³²⁷ bkz. İkinci Bölüm, III, B.

³²⁸ Yarg. 11. HD, 2008/5369 E, 2009/9715 K, 28.09.2009 T (www.kazanci.com.tr, ET: 02.01.2021).

hesap sahibinin talebinde bankanın gerekli güvenlik önlemini almadığından bahisle maddi tazminat davasının kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.³²⁹

Ayrıca yetkisiz üçüncü kişilerin internet bankacılığına müdahalesinde kredili mevduat hesabının kullanılması sonucu hesap sahibi bu parayı ödeyebilmek için bir faiz ve masraf ödemek durumunda kalmışsa bu değerlerin de kendisine ödenmesini isteyebilecektir.³³⁰

3. Faiz

Temerrüt faizi, borcun vaktinde ödenmemesi halinde alacaklıya alacağından yoksun kaldığı sürede uğradığı zarar karşılığında ödenen karşılık olarak tanımlanmaktadır.³³¹

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 2/2 maddesinde ise TCMB'nin önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz

³²⁹ Yarg. 11. HD, 2018/5154 E, 2020/2559 K, 02.06.2020 T (karararama.yargitay.gov.tr, ET: 02.01.2021).

³³⁰ "...kredili mevduat hesabından üçüncü kişilerce para ve kredi kartı hesabından ise nakit avans çekildiği hususu şüphesiz olup davacı bu miktarı masrafı ve faiziyle birlikte davalı bankaya iade etmiştir. O halde, mahkemece kusuru ile söz konusu meblağların çekilmesine sebebiyet veren davalı bankanın, hesaptan çekilen para için kendisine ödenen faiz ve masraflardan sorumlu olduğunun kabulü ile sonucuna göre karar vermesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." Yarg. 11. HD, 2012/4135 E, 2013 / 4856 K, 13.03.2013 T (www.hukukturk.com, ET: 17.01.2021).

³³¹ Bilgen, Mahmut, İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku Munzam Zarar ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2001, s.8 (Faiz); Deynekli, Emel/ Kısa, Sedat, Açıklamalı – İçtihatlı Faiz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2003, s.40; Özdamar, Emine, "Temerrüt Faizi Kavramı ve Çeşitli Dava ve Takiplerde Başlangıç Zamanı", THD, C.9, S.96, Ağustos 2014, s.60-69, s.61; Pınar Uzun Şenol, "Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiil Kavramı ve Uygulanacak Faiz", HKÜHFD, C.6, S.11, Ocak 2016, s.285-299, s.290; Yağcı, Kürşad, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, C.71, S.2, Y.2013, s.421-437, s.422; Ortaç, Nurdan Orbay, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz", Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2014, s.117-134, s.123; Şen, Mustafa Serhat / Şen, Mustafa Kamil, "Türk Borçlar Kanunu'nda Faiz Hükümleri ve Sınırları Adi İşlerde Faiz Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz", TAAD, S.35, Y.9 - Temmuz 2018, s.469-516, s.477; Demir, Şamil, "Türk Borçlar Kanunu'nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar", Ankara Barosu Dergisi, S.4, Y.2012, s.207-234, s.218; Arslan, Çetin/ Kırmızı, Mustafa, Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s.88; Helvacı, Mehmet, Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s.102; 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1'inci maddesinde kanuni faiz "Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde on iki oranı üzerinden yapılır." denilerek tespit edilmiş, bu oran "4/12/1984 Tarihli ve 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunun 1 inci Maddesinde Öngörülen Kanuni Faiz Oranının 1/1/2006 Tarihinden Geçerli Olmak Üzere Yıllık %12'den %9'a İndirilmesi Hakkında Karar" ile 30.12.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Bakanlar Kurulu tarafından %9'a indirilmiştir.

oranının uygulanabileceğini, 30 Haziran'da önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş veya daha fazla puan farklı ise yılın ikinci yarısında bu oranın geçerli olacağı, özetle ticari işlerde avans faiz oranı talep edilebileceği düzenlenmiştir.³³²

TTK m.3 uyarınca TTK'da düzenlenen konularla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün iş ve işlemler ticari iş olarak kabul edilmektedir. TTK m.19/2'de ise bir taraf için ticari iş olan sözleşmelerin kanunda aksine hüküm olmadığı takdirde diğeri için de ticari iş sayılmaktadır. İnternet bankacılığında doğan uyuşmazlıkların da ticari iş olarak kabulü ile avans faizi talep edilebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay da internet bankacılığı uyuşmazlıklarında avans faiz talep edilebileceği yönünde hüküm kurmaktadır.³³³

Yargıtay tarafından internet bankacılığı yoluyla gerçekleştirilen usulsüz işlemlerden doğan davalarda faiz başlangıcını farklı şekillerde belirlediği görülmektedir:

- Yargıtay, yetkisiz üçüncü kişilerin hesaba müdahalesinin gerçekleştiği olay tarihinden paranın hesap sahibince bankadan istendiği tarihe kadar geçen sürede paranın bulunduğu hesap türüne o bankaca uygulanan mevduat faizinin, bu tarihten sonra da ticari temerrüt faizinin uygulanması gerektiği,³³⁴

³³² Gözütok, Zeki, Faiz Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Yeniden Basılmış 3. Baskı, Ankara 2015, s.7; Deyneklî/ Kısa, s.52; TBK m.88 ve m.120 ile TTK m.8 ve m.1530/7'de de çeşitli faiz düzenlemeleri bulunmaktadır. TBK'da anapara faizinin akdi faizin yüzde ellisini, temerrüt faizinin ise yüzde yüzünü aşamayacağı yönünde sınır getirilmiş iken bu sınırlamalar ticari işlerde uygulanmayacaktır. Ticari işlerde faizin belirlenmesinde bir serbesti olmasına rağmen ahlak kuralları ve aşırı yararlanma hallerinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilebilir. Uzun Şenol, s.291; Uzun Şenol ile aynı yönde Demir, s.223; TBK'daki sınırlamaların ticari işlerde dürüstlük kuralı ve geçersizlik sebepleri dışında uygulanmaması gerekir. Yağcı, s.432; Faizin serbestçe takdiri TTK'nın temel ilkelerinden biri olduğundan ticari işlerde TBK'daki sınırlar uygulanamaz. Ortaç, s.126.

³³³ Yarg. 11. HD, 2012/900 E, 2013/1093 K, 21.01.2013 T (www.kazanci.com.tr, ET: 02.01.2021); "Avans kredisi belli bir faiz veya komisyon karşılığı kullanılmakta olup bu faiz ve komisyon rehne kabul edilen senet bedelinden belli oranda yapılan kesinti ile karşılır. Bu işlemlerde uygulanan faize oranına avans faiz oranı denir." Arslan/ Kırmızı, s.163.

³³⁴ "Dava konusu ve benzer olaylarda dairemizin yerleşik uygulamaları ile de sabit olduğu üzere, mevduat hesabı sahibi tarafından bankaya başvurularak **hesaptaki paranın istendiği tarihe kadar paranın bulunduğu hesap türüne o bankaca uygulanan mevduat faizinin, bu tarihten sonra da 3095 Sayılı Kanun uyarınca ticari temerrüt faizinin** uygulanması gerekmekte olup, hükmün açıklanan bu sebeple bozulması gerekmiştir." Yarg. 11. HD, 2012/1186 E, 2012/4263 K, 20.03.2012 T (www.hukukturk.com, ET: 17.01.2021)

- Olay tarihinden paranın hesap sahibince bankadan istendiği tarihe kadar geçen sürede kanuni faiz, paranın talep edildiği tarihten sonra ise temerrüt faizi uygulanması gerektiği,³³⁵
- Birçok kararında ise olay tarihinden itibaren avans faizi uygulanması gerektiği yönünde içtihat geliştirmiştir. Buna göre Yargıtay çeşitli kararlarında olay tarihinden itibaren avans faizine hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir.³³⁶

Temerrüt faizi, taraflar arasında akdedilen sözleşmede faizin başlangıç anını kararlaştırmışlarsa bu tarihi, kararlaştırılmamışsa aksine bir düzenleme bulunmadığında borçlunun temerrüde düştüğü günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar.³³⁷ Hesap sahibinin bankaya karşı talebi mevduat sözleşmesinden kaynaklandığından Yargıtay'ın yetkisiz üçüncü kişilerin hesaba müdahalesinin gerçekleştiği olay tarihinden paranın hesap sahibince bankadan istendiği tarihe kadar geçen sürede paranın bulunduğu hesap türüne o bankaca uygulanan mevduat faizinin,

³³⁵ “Davacı vekilinin temyizine gelince, mahkemece hükmedilen alacağın **banka hesabından çekildiği 04/10/2010 tarihinden itibaren davalının temerrüde düştüğü 03/05/2012 tarihine kadar akdi faiz oranında tahsiline şeklinde hüküm tesisi kurulması gerekirken** faiz başlangıcının infazda tereddüt oluşturacak şekilde hükümde belirtilmemiş olması bozmayı gerektirmiş ise de bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden HUMK 438/7 maddesi uyarınca kararın düzelterek onanmasına karar vermek gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 2016/11291 E, 2018/3701 K, 17.05.2018 T (karararama.yargitay.gov.tr, ET: 02.01.2021); Olay tarihinden temerrüt tarihine kadar kanuni faiz, temerrüt tarihinden sonra avans faizi uygulanması gerektiğine yönelik diğer bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, 2018/4654 E, 2020/1607 K, 18.02.2020 T (karararama.yargitay.gov.tr, ET: 09.05.2021)

³³⁶ Yarg. 11. HD, 2012/900 E, 2013/1093 K, 21.01.2013 T; Yarg. 11. HD, 2018/4322 E, 2020/1374 K, 13.02.2020 T (www.kazanci.com.tr, ET: 02.01.2021); Yargıtay birçok kararında hangi gerekçe ile olay tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiğini belirtmese de bir kararında olayın özünü haksız fiil teşkil ettiği gerekçesiyle olay tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerektiğini belirtmiştir. Oysa burada uyuşmazlığın özünü mevduat sözleşmesi ve internet bankacılığı hizmet sözleşmesi oluşturmaktadır. Yargıtay da internet bankacılığı yoluyla üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği müdahalelere ilişkin davalarda zamanaşımı açısından yapılan değerlendirmelerde uyuşmazlığın özünün mevduat sözleşmesinden kaynaklandığını ve bu nedenle on yıllık sözleşmelere ilişkin genel zamanaşımının uygulanması gerektiği yönünde isabetli şekilde karar vermektedir. Bu nedenle haksız fiilin üçüncü kişi tarafından bankaya karşı işlendiği, hesap sahibinin bankaya karşı talebinin sözleşmeden kaynaklandığını düşünmekle beraber, uyuşmazlığın özünü haksız fiilin oluşturduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız. Yarg. 11. HD, 2011/5607 E, 2013/7417 K, 16.04.2013 T (www.karararama.yargitay.gov.tr, ET: 09.05.2021).

³³⁷ Deynekli/ Kısa, s.63; Gözütok, s.177-185; Aynı şekilde borçlu ödeme yapmayacağını açıkça bildirmişse veya borçlunun hal ve hareketlerinden ihtarin gereksiz olduğu anlaşılmaktaysa ihtara gerek bulunmamaktadır. Bilgen, Faiz, s.49-51; Arslan/ Kırmızı, s.167-180; Helvacı, s.147; TTK m.9'da ise “*Aksine sözleşme yoksa, ticari bir borcun faizi, vadenin bitiminden ve belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar*” denilerek ticari işlerde faizin başlangıcına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

bu tarihten sonra da ticari temerrüt faizinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşüne katılmaktayız.

4. Görevli Mahkeme

HMK m.1 uyarınca mahkemelerin görevine ilişkin kurallar kamu düzeninden olup HMK m.114/1-c'e göre mahkemenin görevli olması dava şartıdır. HMK m.115 uyarınca ise hakimin dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında resen gözetmesi gerekir. Davanın görevsiz mahkemede açılması halinde mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle usulden ret kararı verilecektir.

TTK m.4'te ise ticari davalar düzenlenmiş olup buna göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK'dan doğan davalar ve TTK m.4/1-f uyarınca bankalara ilişkin düzenlemeler ticari dava sayılır. TTK m.5 uyarınca aksine bir düzenleme olmadığı takdirde dava konusunun değerine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir.

İnternet bankacılığına ilişkin düzenlemelerden doğan uyuşmazlıklar da mutlak ticari dava olarak kabul edilmekte ve asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu belirtilmektedir. Yargıtay da "*Dava konusu uyuşmazlık niteliği itibariyle mutlak ticari davadır. Bu nedenle, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilip hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.*"³³⁸ diyerek ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay aynı zamanda bankaların karşısındakinin tacir olmaması halinde de TKHK'nın uygulanmasının mümkün olmadığını, burada yine ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu belirtmektedir.³³⁹ Yargıtay'ın tüketici mahkemelerinin görevli

³³⁸ Yarg. 11. HD, 2019/635 E, 2019/1532 K, 25.02.2019 T (www.kazanci.com.tr, ET: 02.01. 2021); İnternet bankacılığında doğan uyuşmazlıklar TKHK uyarınca ayıplı hizmetten doğan zararın giderilmesi olarak da değerlendirilemez. Lale, Muktedir, "İnternet Bankacılığında Hukuki Sorumluluk", THD, C.5, S.42, Şubat 2010, s.21-28, s.23.

³³⁹ Yarg. 11. HD, 2014/17084 E, 2015/1504 K, 09.02.2015 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2012/10548 E, 2013/9187 K, 07.05.2013 T; Yarg. 11. HD, 2016/12617 E, 2018 / 4214 K, 04.06.2018 T (www.hukukturk.com, ET: 02.01. 2021).

olduğu yönünde aynı tarihli iki kararı da bulunmakta olup az sayıda bulunan bu kararlara katılmamakta ve ticaret mahkemelerinin görevli olduğu kanısındayız.³⁴⁰

5. Yetkili Mahkeme

HMK m.6 uyarınca davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri genel yetkili mahkemedir. Şubeler ve tüzel kişilerle ilgili davalarda yetki ise HMK m.14’te düzenlenmiş olup buna göre bir şubenin işleminden doğan davalarda davacı şubenin bulunduğu yerde de dava açabilecektir.

İnternet bankacılığında kaynaklanan uyuşmazlıkların temelinde internet bankacılığı hizmet sözleşmesi ile mevduat sözleşmesi yer aldığından HMK m.10 uyarınca sözleşmenin ifa yerinde de dava açılabilir. TBK m.89’a göre taraflar sözleşmenin ifa yerini açık veya örtülü olarak belirleyebilirler. Taraflar böyle bir belirleme yapmamışlarsa para borçlarında alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri, parça borçlarında ise sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yer ifa yeridir. İnternet bankacılığı uyuşmazlıklarının temelinde bir para borcu yattığından alacaklının yerleşim yeri de yetkili mahkeme olarak kabul edilmelidir.

HMK m.10’da sözleşmeden doğan davalarda yetkiyi düzenleyen madde, diğer mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmadığından kesin yetki kuralı söz konusu değildir.³⁴¹

İnternet bankacılığında yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen eylemler müşterinin hesap açtığı şubede bulunan hesabı üzerinde işlenmektedir. Yargıtay da çeşitli kararları ile internet bankacılığı aracılığı ile gerçekleştirilen eylemler nedeniyle açılan

³⁴⁰ “...müvekkilinin 15/06/2006 tarihinde davalı bankanın mevduat hesabında bulunan parasının bilgisi ve rızası dışında kötü niyetli kişilerce mevduat hesabına internet bankacılığı üzerinden giriş yapılarak başka hesaplara gönderilen meblağın tahsiline ilişkin talepte bulunmuştur. ...mahkemece, tüketici konumundaki davacı tarafından açılan işbu davada tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın esası hakkında kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 2016/14366 E, 2017/4328 K, 13.09.2017 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2016/1775 E, 2017/4327 K, 13.09.2017 T (karararama.yargitay.gov.tr, ET: 02.01.2021).

³⁴¹ Süzen, Begüm, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 10’uncu Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki”, BAÜHFD, C.11, S.145-146, Eylül - Ekim 2016, s.1111-1146, s.1113.

davalarda müşterinin banka hesabının yer aldığı şubenin bulunduğu yerde de dava açılabileceğine işaret etmektedir.³⁴²

B. Manevi Tazminat Davası

1. Genel Olarak

Manevi zarar, genel itibariyle kişilik haklarına yapılan saldırı sonucunda kişinin duyduğu acı ve üzüntü olarak tanımlanmaktadır.³⁴³ Manevi tazminat ise zarara uğrayanın duyduğu acıyı bir nebze de olsa dindiren bir araç olup³⁴⁴ zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen zararın giderilmesi amaçlanır.³⁴⁵

Kişinin haksız eylemler sonucunda maddi zararı doğabileceği gibi ruhsal olarak hissettiği acı ve sarsıntılar manevi zarara konu olacaktır. Maddi zarar kişinin malvarlığında meydana gelen azalmalar ve kayıplar iken manevi zarar kişinin manevi yönünde, duygularında meydana gelen tahribattır.³⁴⁶ Türk hukukunda kişilik hakkının ihlali ile birlikte kişinin acı, elem içinde olması da aranır. Dolayısıyla manevi tazminat daha çok kişinin bu acısını dindirmek amacını taşımaktadır.³⁴⁷

Manevi tazminat talebinde bulunulabilmesi için borca aykırı bir davranışın bulunması, borçlunun kusurlu ve alacaklının zararının olması, zarar ile borca aykırı davranış arasında bir illiyet bağının bulunması ve alacaklının kişilik hakkının zedelenmesi gerekmektedir.³⁴⁸

TBK m.58 uyarınca “*kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini*”

³⁴² Yarg. 11. HD, 2009/14127 E, 2011/6842 K, 06.06.2011 T; Yarg. 11. HD, 2005/2326 E, 2006/2222 K, 06.03.2006 T (www.kazanci.com.tr, ET: 03.01.2021); Uyuşmazlık mevduat sözleşmesinden kaynaklandığından sözleşmenin kurulduğu şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Lale, s.23.

³⁴³ İnceoğlu, Murat, “Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat”, BATİDER, C.24, S.4, Y.2008, s.78-121, s.79.

³⁴⁴ Yarg. 11. HD, 2012/5160 E, 2013/22764 K, 12.12.2013 T (www.hukukturk.com, ET: 27.02.2021).

³⁴⁵ Yarg. HGK, 2001/993 E, 2001/1019 K, 14.11.2001 T (www.hukukturk.com, ET: 27.02.2021).

³⁴⁶ Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru, “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, THD, C.11, S.115, Mart 2016, s.39-55, s.39-40; Tekçe, Fatma Nur, “Manevi Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, Özel Sayı, C.22, S.3, 2016, s.2623-2641, s.2624.

³⁴⁷ Tekçe, s.2628.

³⁴⁸ İnceoğlu, s.79.

isteyebilir. Bu şekilde hakime manevi tazminatın belirlenmesinde bir takdir yetkisi verilmiştir. TBK m.56 kişinin fiziksel bütünlüğü zarar görmesi halinde manevi tazminatı düzenlemekte olup TBK m.58 ise kişinin duygu durumunun ihlali durumunda uygulanacaktır. Bu hükümlerin yanında kişilik hakkı ihlallerinden doğan davalar TMK m.25'te düzenlenmiştir.

Kişinin manevi zararı doğması halinde lehine manevi tazminat hükmedilir. Ancak manevi zarar kişinin iç dünyasında gerçekleştiğinden tespiti ve ne miktarda tazminata hükmedileceğinin tespiti oldukça güçtür.³⁴⁹ Hakim olayın özelliklerini göz önüne alarak manevi tazminatı takdir edecek, manevi tazminatı takdir ederken TMK m.1/3 uyarınca bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanacaktır. Hakim ayrıca dosyasındaki maddi olguları esas almalı ve tazminatın belirlenmesine esas teşkil eden gerekçeyi açıkça ortaya koymalıdır.³⁵⁰ Manevi tazminat belirlenirken bir tarafın fakirleşmemesine, diğer tarafın zenginleşmemesine dikkat edilmelidir.³⁵¹

³⁴⁹ Gül, İbrahim, "Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?", HKÜHFD, C.6, S.11, Ocak 2016, s.121-157, s.126.

³⁵⁰ Antalya, O. Gökhan, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması – Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi", BAÜHFD, C.11, S.145-146, Eylül – Ekim 2016, s.35-47, s.40 (Manevi Zarar).

³⁵¹ "...kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Manevi tazminat bozulan manevi dengenin yerine gelmesi için Kanunun öngördüğü bir telafi şeklidir. Bir yönüyle de insanlardaki kırgınlık ve kızgınlığı, hatta intikam duygusunu tatmin etmek aracıdır. Amacı, **olaydan duyulan acı, ızdırap, elem ve kızgınlığı kısmen olsun dindirmek, olayı unutturarak tekrar normal hayata dönüşü sağlamaktır.** Hükmedilecek para zarara uğrayanda manevi huzur doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır ve bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin bir zararın giderilmesini de amaç edinmemiştir (YİBK, 22.6.1966 -7/7). **Sayılan bu ana özellikleri nedeniyle de manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir.** Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur durumu, sıfatı, işgal ettiği makam, diğer sosyal ve ekonomik durumlarının dikkate alınması, bunun yanında da olaya göre değişebilecek hal ve şartların bulunacağına gözetilmesi, sonuçta **takdir hakkının tüm bu unsurlar nazara alınarak kullanılması gereği de unutulmamalıdır.** Kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hak ve nisfetle hüküm verileceği de Medeni Kanunun 4. maddesinin amir hükmüdür. ... Burada menfaatler arasındaki ince dengenin yakalanması, manevi tazminatın amacına uygun değerlendirilmesi, hak ve nesafet kurallarına uygun olması ve daha da önemlisi toplumsal anlamda ve anayasa karşısında hassas ve apayrı öneme sahip aynı meslek mensupları arasında biri yararına zenginleşme, diğeri zararına da fakirleşme ölçüsüne varacak bir takdirden de kaçınılması gerekir. Bu bağlamda, yüksek mahkemece davacının istediği tazminatın tamamına hükmedilmesi yukarıda açıklanan gerekçelerle yerinde görülmemiş, tazminat miktarı fazla bulunmuştur. Somut olayın ve manevi tazminatın açıklanan özellikleri nazara alınarak manevi tazminat miktarının davalıyı müzayakaya düşürmeyecek ve davacıyı da tatmin edecek miktarda olmak üzere yeniden belirlenmesi için kararın bu noktadan bozulması gerekmiştir." Yarg. HGK, 2001/4-1016 E, 2001/757 K, 24.10.2001 T (www.kazanci.com.tr, ET: 16.01.2021).

Tüzel kişinin ekonomik hayattaki saygınlığı kişisel değerleri içinde yer aldığından tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilmektedir.³⁵²

Yargıtay “*Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. ...hâkim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.*” diyerek manevi tazminatın takdirinde etkili olan nedenlerin objektif şekilde ortaya konması gerektiğini de vurgulamıştır.³⁵³

İnternet bankacılığı kullanılmak suretiyle hesabındaki parayı kaybeden banka müşterisinin manevi bir zararının doğup doğmadığı sorunu bu bölümde Yargıtay’ın yaklaşımı doğrultusunda incelenmiştir.

2. İnternet Bankacılığı İşlemlerinde Manevi Zararın Doğup Doğmadığı Sorunu

Zarar görenin manevi tazminat taleplerinde zarar ile sözleşmeye aykırı fiil arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Özellikle para borcu gibi borcun zamanında veya hiç yerine getirilmemesi hallerinde illiyet bağının nasıl kurulacağı konusuna özenle yaklaşılmalıdır. Para borcunun yerine getirilmemesi tek başına kişilik hakkını zedelemes ve manevi zarara yol açmaz.³⁵⁴ İnternet bankacılığı aracılığı ile yetkisiz üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı hesaptaki paranın alınması ve banka tarafından hesap sahibine ödenmemesi hallerinde kişilerin malvarlığında bir azalma veya kayıp olduğu, maddi bir zararın olduğu açıktır. Ancak bu durumda hesap sahibinin manevi bir acı duyup duymadığı konusunu doğru yorumlamak gerekmektedir.

Kişilerin malvarlığına yönelen haksız eylem nedeniyle manevi dünyasında da zarar oluşabilir. Bir kişinin evcil hayvanının öldürülmesi halinde evcil hayvanının

³⁵² İnceoğlu, s.86; Yarg. HGK, 2011/687 E, 2012/26 K, 01.02.2012 T; Yarg. HGK, 2014/213 E, 2016/70 K, 22.01.2016 T (www.hukukturk.com, ET: 31.01.2021).

³⁵³ Yarg. 4. HD, 2019/2830 E, 2020/3960 K, 16.11.2020 T (www.kazanci.com.tr, ET: 16.01.2021).

³⁵⁴ İnceoğlu, s.88-89.

değeri kadar maddi zarara uğrayabileceği gibi bu kişinin duygu dünyasında da zarar meydana gelebilir.³⁵⁵ TBK m.114/2 uyarınca “*haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı*” belirtildiğinden sözleşmeye dayalı sorumluluğun doğduğu hallerde de manevi zararın doğabileceği kabul edilmelidir. Düğün gecesi gelinliğin teslim edilmemesi, düğünde kayıtların yapılmaması, cenaze ilanı için başvurulup ödeme yapılmasına rağmen gerekli ilanın yapılmaması nedeniyle cenazeye az kişinin katılması, işverenin iş güvenliğini almaması nedeniyle işçinin iş kazasına maruz kalması gibi hallerde hukuki ilişkinin temelinde sözleşmesel bir sorumluluk olsa da zarara uğrayanın duygu dünyasında da zararın oluştuğu kabul edilmelidir.³⁵⁶

Bankaların bireysel bankacılık hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerinin içerisinde yer verdikleri internet bankacılığına ilişkin hükümlere aykırılık halinde sözleşmesel sorumluluğun doğabileceği söylenebilir. Bu göz önüne alındığında internet bankacılığında yetkisiz üçüncü kişilerin meydana getirdiği eylemlerin kişilerin duygu dünyasında -gelinliğin düğün gibi teslim edilmemesinde veya cenaze ilanının yayınlanmamasında olduğu gibi- bir manevi zararın meydana getirip getirmeyeceği tartışılmalı ve maddi zarara uğrayanın duygu dünyasında zararın olup oluşmadığı, oluşmuşsa ne şekilde bir zarar meydana geldiği dikkatle tespit edilmelidir. Zira internet bankacılığı hizmetinde ne düğün günü ne de cenaze töreni gibi kişilerin duygularının ön planda olduğu bir hizmet bulunmamaktadır.

Sözleşmeden doğan para borcunun ödenmemesi gibi hallerde kişilik hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmese de bir takım ek unsurların varlığı halinde manevi zararın doğabileceği kabul edilmelidir. Alacaklının alacağına kavuşmaması halinde **aleyhine icra takibine geçilmesi, ticari itibarının zedelenmesi, ameliyat olamaması ve vücut bütünlüğünün bu nedenle zarara uğraması** gibi hallerde uygun illiyet bağının bulunduğu ve manevi tazminat istenebileceği kabul edilmelidir. Hayatın olağan akışında yalnızca alacağa kavuşulmaması halinde bu durumların

³⁵⁵ Kılıçoğlu Yılmaz, s.41.

³⁵⁶ Kılıçoğlu Yılmaz, s.42; İnceoğlu ölüm ilanının yayınlanmaması nedeniyle cenazeye az katılım olması hali ile düğün fotoğraflarının yanması sonucu teslim edilememesi halini ayrı olarak ele almış, her ne kadar bu eylemlerin manevi boyutunun çok yoğun olsa da kişilik hakkına saldırı olmadığından bahisle manevi tazminatın şartlarının oluşmadığını belirtmiştir. İnceoğlu, s.93-94.

oluşmayacağı açıktır. Bu nedenle bu ek unsurların yanında ayrıca kavuşulamayan **alacağın miktarının çok yüksek olması** gibi bir durumun da söz konusu olması halinde illiyet bağının kurulduğu kabul edilmelidir.³⁵⁷ Mevduat sözleşmesinin niteliği gereği internet bankacılığı yoluyla hesaba üçüncü kişilerin müdahalesi halinde de maddi zarar banka bünyesinde gerçekleşecek ve müşteri mevduat sözleşmesi uyarınca ödemeyi istediğinde banka parayı iade ile yükümlü olacaktır. Bu nedenle banka tarafından hesap sahibinin kusuru nedeniyle ödeme yapmaktan kaçındığında müşterinin sözleşmeden doğan manevi tazminat talep edebilmesi için bu ek şartların varlığı aranmalı, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığı özenle tespit edilmelidir.

Yargıtay, internet bankacılığı aracılığı ile yetkisiz üçüncü kişilerin hesabına müdahale gerçekleştirdiği hesap sahiplerinin bankalara karşı açtığı ve manevi tazminat talep ettiği davalarda **kişilik hakkı ihlalden bahsedilemeyeceği gerekçesi ile** manevi tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir.³⁵⁸ Yargıtay ayrıca **internet bankacılığına yetkisiz kişilerce müdahale edilmesi yönündeki haksız fiilin bankaya karşı işlendiği, haksız eylemin mağdurunun banka olduğu, bu nedenle hesap sahibinin kişilik haklarına saldırı bulunmadığı**³⁵⁹ veya **salt bankadaki parasını istediğinde çekememe hesap**

³⁵⁷ İnceoğlu, s.110-111.

³⁵⁸ “Dava, internet bankacılığından kaynaklanan alacak istemine dair olup, mahkemece yazılı gerekçelerle davacı yararına manevi tazminata hükmedilmiştir. Ancak, somut uyuşmazlıkta internet bankacılığı yoluyla usulsüz olarak davacı hesabından para çekilmesi eyleminde davacının kişilik haklarının ihlalden söz edilemeyeceğinden davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın manevi tazminata yönelik olarak davalı yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 2015/12785 E, 2017/932 K, 20.02.2017 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2018/5154 E, 2020/2559 K, 02.06.2020 T; Yarg. 11. HD, 2014/11121 E, 2014/18235 K, 24.11.2014 T; Yarg. 11. HD, 2012/900 E, 2013/1093 K, 21.01.2013 T (www.kazanci.com.tr, ET: 03.01.2021).

³⁵⁹ “Dava, davacının davalı banka nezdindeki hesabındaki mevduatının bilgi ve talimatı dışında internet bankacılığı yolu ile çekilmesinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkin olup, mahkemece, davacının dava konusu olaydan dolayı duyduğu endişe, güvensizlik nedeniyle manevi tazminat istemi koşullarının oluştuğu sonucuna varılarak bu istemi de kabulüne karar verilmiştir. Oysa, usulsüz işlemle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, bu bağlamda haksız eylem esasen davalı Bankaya karşı işlenmiştir. Başka bir deyişle, dava dışı şahıslar tarafından gerçekleştirilen haksız eyleminin mağduru bizatihi davalı Banka olup BK'nın 49. maddesi gereğince kişisel çıkarları (hakları) halele uğrayan kimse manevi tazminat isteyebilir. Manevi tazminat, mal varlığı dışındaki, hukuksal değerlere yapılan saldırılar ile meydana getirilen eksilmenin giderilmesi olup, haksız saldırı, kişinin psikolojik varlığı üzerinde etki doğurur. Uğradığı tecavüz nedeniyle, fizik ya da manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden kişi manevi tazminat isteyebilir. Davacının ileri sürdüğü ve mahkemece kabul edildiği şekli ile somut olayın oluş biçiminde, TMK'nın 24. maddesi anlamında davacının doğrudan kişilik haklarına tecavüz söz konusu olmadığı gibi, BK'nın 49. maddesinde belirtilen manevi tazminat isteme koşulları da oluşmamış olup, mahkemece, manevi tazminata ilişkin, kanıtlanamayan istemin reddine karar verilmek gerekirken,

sahibinin doğrudan kişilik haklarına tecavüz oluşturmadığı³⁶⁰ gerekçeleri ile de manevi tazminat talebinin reddine karar vermiştir.

Yargıtay, davacının kaybettiği nüfus cüzdanına üçüncü kişilerin kendi fotoğrafını yapıştirarak hesap açtığı ve dava dışı bir kişinin hesabından sahte kimlikle açılan bu hesaba internet bankacılığında havale gerçekleştirildiği, bu nedenle davacı hakkında başlatılan adli süreç nedeniyle havaalanında gözaltına alındığı bir olayda manevi tazminata hükmedilebileceği, ancak davacının nüfus cüzdanını kaybetmek suretiyle olaya kendisinin sebebiyet verdiği hususu gözetildiğinde hükmedilen manevi tazminatın yüksek olduğundan ilk derece mahkemesinin kararını bozduğu bir kararı da mevcuttur.³⁶¹ Bozma sonrası yerel mahkeme daha önce 15.000 TL olarak verdiği manevi tazminat miktarını, 3.000 TL'ye düşürmüştü ve karar onanmıştır.³⁶²

Yargıtay tarafından yine hesaptan internet bankacılığı aracılığı ile yetkisiz üçüncü kişiler tarafından hesabına para gönderilen hesap sahibinin hakkında başlatılan soruşturma nedeniyle manevi zarara uğradığını iddia eden hesap sahibinin davasında ilk derece mahkemesinin hükmettiği manevi tazminat, somut olayda dava dışı bankada gerçekleşen internet bankacılığı işleminde davalı bankanın ne gibi bir kusur ve sorumluluğunun olduğu karar gerekçesinde açıklanmadığından bozulmuştur.³⁶³ Bu karar doğrultusunda internet bankacılığında yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen eylemler nedeniyle hesabına para gönderilen hesap sahibinin bir soruşturmaya maruz kalması halinde açılan manevi tazminat davalarında bankanın kusurunun değerlendirilmesi ile karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Kısaca, internet bankacılığı kullanılarak yetkisiz üçüncü kişilerin eylemleri nedeniyle hesabındaki paraya müdahalede bulunulan hesap sahibinin manevi bir zararının doğup doğmadığı somut olaya göre değerlendirilmeli, hesap sahibinin bu durumu kişilerin düğün günü ve cenaze töreni gibi özel günlerinde yaşadığı üzüntü gibi değerlendirilmemeli ve manevi zarar talep edilmeden önce salt internet

yazılı gerekçelerle manevi tazminata hükmedilmesi doğru olmamıştır.” Yarg. 11. HD, 2019/568 E, 2019/7134 K, 13.11.2019 T (www.kazanci.com.tr, ET: 17.01.2021).

³⁶⁰ Yarg. 11. HD, 2012/7489 E, 2013/7947 K, 22.04.2013 T (www.hukukturk.com, ET: 17.01.2021).

³⁶¹ Yarg. 11. HD, 2015/3579 E, 2015/10303 K, 12.10.2015 T (www.hukukturk.com, ET: 03.01.2021).

³⁶² Yarg. 11. HD, 2019/1917 E, 2020/144 K, 08.01.2020 T (www.hukukturk.com, ET: 03.01.2021).

³⁶³ Yarg. 11. HD, 2012/5197 E, 2012/9507 K, 31.05.2012 T (www.hukukturk.com, ET: 03.01.2021).

bankacılığı kullanılarak hesaba yetkisiz üçüncü kişilerin müdahalesinin kişilik haklarını zedelemeyeceğinin Yargıtay tarafından kabul edildiği hususları göz önüne alınmalıdır. Aksi halde manevi tazminat talep eden davacı taraf aleyhine vekalet ücreti dahil yargılama giderlerine hükmedilebilmekte ve davanın davacı aleyhine maddi sonuçları doğabilmektedir.

3. Görevli Mahkeme

Manevi tazminat davası için görevli mahkeme tespitinde dava konusunun malvarlığına veya şahıs varlığına ilişkin olması önemli değildir.³⁶⁴ Zira HMK m.2’de *“Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.”* denilerek şahıs varlığına ilişkin davalarda da asliye hukuk mahkemesi görevli kabul edilmiştir.

TTK m.4’te ise ticari davalar düzenlenmiş olup her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK’dan doğan davalar ve TTK m.4/1-f uyarınca bankalara ilişkin düzenlemeler ticari dava sayılır. TTK m.5 uyarınca aksine bir düzenleme olmadığı takdirde dava konusunun değerine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalara bakmakla görevlidir.

İnternet bankacılığına ilişkin düzenlemelerden doğan uyuşmazlıklar da mutlak ticari dava olarak kabul edilmekte ve asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu, asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu belirtilmektedir. Yargıtay tarafından internet bankacılığı aracılığı ile usulsüz para çekilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat talep edilen uyuşmazlıklarda ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar verilmektedir.³⁶⁵ İnternet bankacılığı yoluyla hesaba üçüncü kişilerin yetkisiz

³⁶⁴ Tekçe, s.2631.

³⁶⁵ “Davacı vekili, müvekkilinin davalı banka nezdindeki hesabının internet bankacılığına açık olduğunu, 10.12.2010 tarihinde diğer davalı gsm operatörüne ait hattının kopyalanması suretiyle davalı banka hesabındaki 40.540,00 TL parasının dava dışı kişiler hesabına aktarıldığını, davalı banka ve gsm operatörünün gerekli önlemleri almayarak müvekkili zararına yol açtıklarını ileri sürerek şimdilik 10.000,00 TL maddi zararı ile 10.000,00 TL manevi zararının dava tarihinden itibaren işleyecek avans

müdahalesi sonucu hesap sahipleri bankaya karşı doğan maddi zararlarının yanında manevi tazminat da talep ettiklerinde ticaret mahkemelerinin yetkili olduğu kabul edilmektedir.

4. Yetkili Mahkeme

HMK m.6 uyarınca davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri genel yetkili mahkemedir. Tüzel kişilere ilişkin davalar tüzel kişinin genel merkezinin bulunduğu yerde açılabileceği gibi HMK m.14 uyarınca tüzel kişinin bir şubesinin işleminden doğan davalarda davacı şubenin bulunduğu yerde de dava açabilecektir. Yargıtay, bankacılık işlemlerinden kaynaklanan manevi tazminat davalarında da hesabın yer aldığı şubenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğunu belirtmektedir.³⁶⁶

Manevi tazminat davalarında zararın haksız fiilden veya sözleşmeden kaynaklanması yetki konusunda farklılıklara neden olabilmektedir. Manevi zarar sözleşmenin ihlalinden meydana gelmekte ise HMK m.10'da yer alan sözleşmenin ifa yerinde de dava açılabilir. Ancak manevi zarar haksız fiilden meydana gelmekte ise HMK m.16 uyarınca *“haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde”* de manevi tazminat davası açılabilir.³⁶⁷

faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiş, ıslah dilekçesi ile talebini 40.540,00 TL 'ye yükseltmiştir. Dava, internet bankacılığı aracılığıyla davacı hesabından usulsüz çekildiği iddia edilen paranın tahsili talebine ilişkin olup TTK'nın 4. ve 5. maddeleri gereğince dava, ticari dava olduğundan ve ticaret mahkemeleri bu davaya bakmakla görevli olduğundan, mahkemece görev itirazının reddi ile uyuşmazlığa tüketici mahkemesi sıfatıyla bakılması doğru olmamış hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 2013/17910 E, 2014/7732 K, 21.04.2014 T (www.hukukturk.com, ET: 13.02.2021); Banka havalesinin ticari iş olduğu ve ticari davaya konu olacağı hakkında bkz. Türk, s.170-171.

³⁶⁶ “...muris hesabının bulunduğu ve maaş ödemelerinin yapıldığı yer H.. Bankası Adana Şubesidir. HMK 14. maddesi düzenlemesine göre, bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Yargılamalara konu olan tüm bankacılık işlemlerinin H. Bankası Adana Şubesinde yapıldığı dikkate alındığında Adana Mahkemelerinin yetkili olduğu açıktır. Bu nedenle mahkemece yetki itirazının reddi ile işin esasına girilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle karar vermesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 11. HD, 2014/8728 E, 2014/11983 K, 24.06.2014 T (www.hukukturk.com, ET: 06.02.2021).

³⁶⁷ “...uyuşmazlığın haksız fiilden kaynaklanmış olmasına göre zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. HMK'nın 16. maddesi kapsamında zarar gören davacının seçimlik hakkını kullanarak yerleşim yeri olan ...'da dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek toplanacak delillere göre karar verilmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya

İnternet bankacılığında kaynaklanan uyuşmazlıkların temelinde internet bankacılığı hizmet sözleşmesi ile mevduat sözleşmesi yer aldığından davacı HMK m.10 uyarınca sözleşmenin ifa yerinde de davasını açabilecektir. TBK m.89'a göre taraflar sözleşmenin ifa yerini açıkça belirleyebilirler. Taraflar böyle bir belirleme yapmamışlarsa para borçlarında alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeri, parça borçlarında ise sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yer ifa yeridir. İnternet bankacılığı uyuşmazlıklarının temelinde bir para borcu yattığından alacaklının yerleşim yeri de yetkili mahkeme olarak kabul edilmelidir.

C. İspat

1. Genel Olarak

İspat, davada dava konusu hakkın veya savunmaların dayandığı olayların iddia edildiği gibi olduğu hakkında bazı araçlarla mahkemede kanaat uyandırma veya ikna etme işlemidir.³⁶⁸ Hukuki ispatın bilimsel ispat gibi bir kesinliği olmadığından buradaki amaç olasılık kanaatidir ve kanaat subjektiftir.³⁶⁹

Davada taraflar arasında çekişmeli olan unsurların ispatı gerekecek olup bu ispatın kim tarafından yapılacağına ilişkin sorun ise karşımıza ispat yükü kavramını çıkarmaktadır. İspat yükü, bir olayın taraflardan biri tarafından ispatı zorunluluğunu ifade etmektedir.³⁷⁰ İspat yükü ayrıca bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun ispatlanamaması halinde hakim aleyhte karar vermesi durumu ile karşılaşma tehlikesi olarak da tanımlanabilmektedir.³⁷¹

aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 4. HD, 2017/1302 E, 2017/3108 K, 22.05.2017 T; Aynı yönde Yarg. 20. HD, 2016/7939 E, 2016/8893 K, 13.10.2016 T (www.hukukturk.com, ET: 31.01.2021).

³⁶⁸ Taşpınar, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, C.45, S.1-4, s.533-572, s.543; Tekdemir, Faruk, “İspat Yükü ve İkrar”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.4, Temmuz 2017, s.200-213, s.200; Topuz, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s.31; Albayrak, Hakan, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s.27; Konuralp, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, s.9; Börü, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s.25; Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.5.

³⁶⁹ Taşpınar, s.543.

³⁷⁰ Taşpınar, s.546.

³⁷¹ Topuz, G., s.36.

İspat yükü üzerine düşen taraf kimi zaman vakiasını ispat zorluğu³⁷² yaşayabilmekte ve bu da davasını kaybetmesi, yani adaletsiz sonuçlar doğması anlamına gelebilmektedir. İspat kolaylığı kavramı ise bu gibi hallerde ispat yükü üzerinde bulunan tarafın daha düşük seviyede bir ispat faaliyetinde bulunmasını, ispat ölçüsünün düşürülmesi sağlayarak usul hukukunun adil hüküm verme amacının gerçekleşmesini sağlamaktadır. Kanun koyucu ve yargı kararları ispat zorluklarını göz önünde bulundurmuş ve çeşitli ispat kolaylıklarını hüküm altına almıştır.³⁷³ İspat yükü üzerine düşen taraf ise ispat faaliyetini olayı doğrudan ispatlayan delillerle gerçekleştirebileceği gibi dolaylı ispatın sonucu komşu bir olayın ispatı ile de gerçekleştirebilir.³⁷⁴ İspat yükü üzerine düşen taraftan her zaman bu şekilde delil beklendiği ve ispat kuralları katı şekilde uygulandığında bazı adil olmayan sonuçlar doğabilecektir. İşte bu nedenle ispat yükü üzerine düşen tarafın ispat güçlüğü yaşaması halinde çeşitli ispat kolaylıklarından yararlanabilmesi öngörülmüştür.

İnternet bankacılığı aracılığı ile mevduatın başka hesaba aktarıldığı ve zarara uğrandığı iddiası ile bankalara karşı açılan davalardaki manevi tazminata ilişkin talepler açısından Yargıtay davacı müşterinin ispat yükü altında olduğu çeşitli kararlarında belirtmiştir.³⁷⁵ Yargıtay tarafından maddi tazminat talepleri açısından ise bankaların davacı müşterisinin üçüncü kişilere koruması gereken kullanıcı adı ve şifresini dolandırıcılık faaliyeti sonucu üçüncü kişilere verdiğini, bu bilgileri müşterilerinin koruyamadığını ispatlamaları gerektiği yönünde kararlar verilmektedir. Bu bölümde internet bankacılığı yöntemi ile uğranılan zararlar nedeniyle müşterilerin

³⁷² İspat zorluğu, uyumsuzluk konusu olayla ilgili ispat yükü kendisinde olan tarafın kusuru bulunmadan uygun delil gösterememesi anlamına gelmektedir. Hakim somut olayda ispat zorluğu bulunup bulunmadığını tecrübe kuralları yardımıyla tespit etmelidir. Börü, s.43-44.

³⁷³ İlk görünüş ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları gibi kurumlar ispat kolaylıkları arasında yer almaktadır. Albayrak, s.33; İspat güçlüğü'nün aşılabilmesi için kanunun açıkça bu durumu yasaklamadığı hallerde ispat ölçüsünün düşürülmesi yoluna gidilebilmelidir. Bu durum ispat hakkının temini için önemli bir yöntemdir. Çiftçi, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s.377-386; İspat kolaylığı, uyumsuzluk konusu vakıa ile ilgili ispat yükü üzerinde bulunan tarafın ispat zorluğu bulunması halinde normalden daha düşük seviyede ispat faaliyetinde bulunmasıdır. İspat ölçüsünün düşürülmesi takdiri delille ispatın söz konusu olduğu hallerde mümkün olabilmelidir. Kanunun kesin delille ispatı zorunlu tuttuğu hallerde bu yola gidilemeyecektir. Börü, s.45, 50; Atalay, s.44-46, 128-138.

³⁷⁴ Taşpınar, s.544; Topuz, G., s.34-35.

³⁷⁵ "...davacının kişilik haklarının saldırıya uğradığını veya cismani zarara maruz kaldığını ispat edememesi sebebiyle manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiştir." Yarg. 11. HD, 2014/11121 E, 2014/18235 K, 24.11.2014 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2012/900 E, 2013/1093 K, 21.01.2013 T; Yarg. 11. HD, 2012/10769 E, 2013/9529 K, 09.05.2013 T (www.hukukturk.com, ET: 27.02.2021).

açtığı davalarda Yargıtay'ın ispat yüküne ilişkin kararlarından yola çıkılarak bankaların bir ispat güçlüğü yaşayıp yaşamadıkları ve çeşitli tecrübe kurallarından yararlanıp yararlanamayacakları üzerine durulacaktır.

2. İspat Yükü

TMK m.6 uyarınca kanunda aksine bir düzenleme bulunmamakta ise taraflar dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. HMK m.190/1'de de ispat yükünün vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan lehine hak çıkararak taraf üzerinde olduğu belirtilerek TMK m.6'ya paralel bir düzenleme yapılmıştır. İspat yükü konusunda hangi olayın hangi tarafça ispat edilmesi gerektiği ile ilgilenmekte olup³⁷⁶ belirsizliğin aşılmasından çok belirsizliğe rağmen bir karar verilmesi söz konusudur.³⁷⁷ Gerçekten de hakimin hiç karar vermemek yönünde bir seçeneği bulunmamaktadır ve ispat yükü kurallarına göre bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.³⁷⁸

Tarafların gösterdikleri deliller dava konusu olayın aydınlanması için yeterli olmamışsa hakim ispat yükünün hangi tarafta olduğunu doğru şekilde tespit etmelidir.³⁷⁹ İspat yükünün hangi tarafta olduğu kanunla belirlenmeyen hallerde normal durumun aksini ispat edende olacaktır. Normal bir hali iddia edenin bu hali ispat etmesi beklenmez.³⁸⁰

İnternet bankacılığı yoluyla hesabındaki paranın başka hesaplara aktarıldığını iddia eden müşteriler bankaların internet bankacılığı sistemlerinde gerekli güvenlik önlemini almadıkları ve özen yükümlülüklerine aykırı davrandıkları gerekçesi ile bankalara dava açmaktadırlar. Banka müşterisi tarafından internet bankacılığı yoluyla

³⁷⁶ Taşpınar, s.548.

³⁷⁷ Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.161 (İspat Sözleşmeleri); Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2020, s.242; İspat yükü, belli bir somut vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirsiz olduğu durumlarda hakimin aleyhte kararı ile karşılaşma tehlikesi olarak da tanımlanabilmektedir. Albayrak, s.383; Atalay, s.9; İspat yükü aynı zamanda uyuşmazlık konusu olayın varlığı veya yokluğu konusundaki şüphenin kim tarafından yok edilmesi gerektiğini gösteren kurallar olarak da tanımlanmaktadır. Karahacıoğlu, Ali Haydar/ Parlar, Aynur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s.66; Karahacıoğlu/ Parlar ile aynı yönde Börü, s.33.

³⁷⁸ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s.163; Alangoya, H. Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011, s.309-310.

³⁷⁹ Tekdemir, s201.

³⁸⁰ Örneğin işçinin fazla mesai yaptığını ispat etmesinin gerekmesi böyledir. Tekdemir, s.203.

hesabındaki paranın başka hesaba aktarıldığı iddiası ile açılan davada bankalar genel olarak dava konusu işlemde müşterinin kullanıcı adı ve şifresi ile giriş yapıldığını, bu bilginin müşterisine teslim edildiğini, müşterisinin korumakla yükümlü olduğunu, bu bilgileri müşterinin koruyamadığını ve üçüncü kişilerin eline geçmesine sebep olduğunu, bankanın kusurunun olmadığını ileri sürmektedir. TMK m.6 ve HMK m.190/1 göz önüne alındığında bankanın iddia ettiği ve lehine sonuç çıkaracağı olgunun varlığını ispat etmesi gerektiği söylenebilir. Banka müşterilerinin açtığı bu davalarda müşterinin ve bankanın bazı iddialarını ispatlamaları gerekmekte olup ispat güçlüğüne bulunduğu durumlarda bazı karinelere dayanabilecekleri kabul edilmelidir.

3. Karinelerin İspat Yüküne Etkisi

a. Karine Kavramı

Türk Dil Kurumu karineyi “*Karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu*” olarak tanımlamaktadır.³⁸¹ Hukukta karine ise, varlığı bilinen bir olaydan diğer olumlu veya olumsuz olayın, hukuksal durumun varlığı veya yokluğu sonucu çıkarılmasını sağlayan kural olarak tanımlanabilir.³⁸² Karineye dayanan taraf karine sonucunu değil, yalnızca karine temelini ispatlamalıdır.³⁸³

Kanun koyucu tarafından kanunda yer verilen karinelere kanuni karineler, kanunda düzenlenmeyen karineler ise fiili karineler olarak adlandırılabilir.³⁸⁴

³⁸¹ <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 24.01.2021).

³⁸² Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1980, s.165; Sema Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s.152; Taşpınar, s.534; Karakaş, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, AÜHFİD, C.62, S.3, Eylül 2013, s.729-759, s.731; Albayrak, s.45; Börü, s.51; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s.314; Budak/ Karaaslan, s.247.

³⁸³ Tekdemir, s.204.

³⁸⁴ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s.153; Taşpınar, s.534; Topuz, G., s.55-56; Albayrak, s.45.

b. Kanuni Karineler

Kanunda belli bir olaydan belli olmayan bir olayın çıkarıldığı sonuçlardır.³⁸⁵ TMK m.985 uyarınca taşınırın zilyedinin malik sayılacağı gibi bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu hakkında sonuca varan kanuni hak karineleri mevcuttur. Bunun yanında TMK m.31'de düzenlenen ölüm karinesinde yer aldığı gibi bir hukuksal sonucun doğumu için gerekli bir olayın gerçekleşmiş olduğu, var olduğu anlaşılan ancak başka bir olaydan bu sonucun çıkarılmasını sağlayan kanuni olay karineleri de bulunmaktadır.³⁸⁶ Kanun koyucunun kanuni karineler düzenlemesi yapmasındaki amacı ispat zorluğu bulunan ispatın ilgili vakıayı işaret eden başka bir vakıanın ispatı ile kolaylaştırması olup bu hususun yargı kararları ile geliştirilen fiili karineler için de söylenebilmesi mümkündür.³⁸⁷

Fiili karinelere farklı olarak, hakim kanuni karinenin öngördüğü sonuç ile bağlıdır. TMK m.166/3'te yer aldığı üzere hakim en az bir yıl süren evlilikte eşlerin birlikte başvurusu veya diğer eşin açılan davayı kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmelidir.³⁸⁸ Kanun koyucunun karinelere yer vermesinde hukuki açıklığı sağlama, hukuki görünüşe güveni sağlama, ispat güçlüğüne aşılması gibi amaçları bulunduğu söylenebilir.³⁸⁹

İnternet bankacılığında uğranılan zararlara ilişkin müşterilerin açtığı davalarla ilgili herhangi bir kanuni karine öngörülmediğinden burada kanuni karineler hakkında ayrıntıya yer verilmemiş olup daha çok fiili karineler üzerinde durmak gerekmiştir.

³⁸⁵ Umar/ Yılmaz, s.167, 170; Alangoya/ Yıldırım/ Deren Yıldırım, s.314-315; Taşpınar, s.534; Tekdemir, s.204; Topuz, G., s.59; Albayrak, s.45; Çiftçi, s.377; Atalay, s.46; Budak/ Karaaslan, s.247; Varsayım ise farklı iki olayın hukuken birbirine eşit sayılmasıdır. Buna göre A olayı için belirlenen hukuki sonuç, B olayına da bağlanır. Bu durumda A olayını B olayına eşit gören kurallar varsayımı ifade eder. Varsayımların kanuni karineler gibi ispatla bir ilgisi olmasa da ispatın konusunu değiştirirler. Ayrıca varsayımların da kesin karineler gibi aksi ispat edilemez. Topuz, G., s.63-64; Karakaş, s.752-754; Çiftçi, s.378; Börü, s.52.

³⁸⁶ Umar/ Yılmaz, s.167; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s.153-154; Taşpınar, s.535; Topuz, G., s.55-56, 66-67.

³⁸⁷ Börü, s.53, 55.

³⁸⁸ Karakaş, s.736.

³⁸⁹ Topuz, G., s.62;

c. Fiili Karineler

Bilinen vakıalardan bilinmeyen vakıalar hakkında sonucun kanun tarafından çıkarılmayan, hakim tarafından çıkarılan sonuçlardır. Hakim, yaşamdaki tecrübelerinden yararlanır ve belli olmayan konularda sonuç çıkarır.³⁹⁰ Fiili karineler söz konusu olayın gerçekten iddia edildiği gibi olup olmadığı noktasında hakime yardımcı olurlar.³⁹¹ Fiili karineye dayanan taraf iddiasını ispatlamış sayılır ve artık karşı taraf bunun aksini ispat etmelidir.³⁹²

Tecrübe kuralları da çok sayıda benzer münferit olaylardan bazı bilimlerden ve tekniklerden alınan genel kurallardır. Tecrübe kuralları kesinliği değil, olasılığı ifade ederler. Bazı durumlarda tecrübe kuralları yüksek olasılığı işaret eder ve bunlar genel tecrübe kuralı halini alır.³⁹³ Tecrübe kurallarını hakim kendiliğinden dikkate almalıdır.³⁹⁴

İlk görünüş ispatı, aksinin kabulü için özel bir hal bulunmadığında doğruluğu hakkında genel kabul bulunan, güvenilirliği tecrübe kuralları ile ispatlanan olaylardan hakimin sonuca ulaşmasını sağlayan ispat türüdür.³⁹⁵ İlk görünüş ispatı için ispat gücü yüksek tecrübe kuralları bulunmalıdır.³⁹⁶ Tecrübe kuralı yardımı ile sonuç çıkarılan her önermenin ise fiili bir karine olduğu, fiili karinelerle ilk görünüş ispatı arasında herhangi bir fark olmadığı, her ikisinin de dolaylı ispat niteliğinde olduğu kabul edilebilir.³⁹⁷

³⁹⁰ Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s.153; Taşpınar, s.536; Karakaş, s.744; Tekdemir, s.204; Topuz, G., s.121; Karahacıoğlu/ Parlar, s.67; Börü, s.54; Budak/ Karaaslan, s.247-248; Fiili karinelerin hakimin delilin güvenilirlik derecesinin tespiti ve delil bulunmasa da olayın varlığını veya yokluğunu kabul edebilmesi yönünde iki işlevi vardır. Umar/ Yılmaz, s.166.

³⁹¹ Taşpınar, s.537.

³⁹² Taşpınar, s.540.

³⁹³ Taşpınar, s.538-539; İlk görünüş ispatının, fiili karinelerin, emare ispatının temelini tecrübe kuralları oluşturduğundan tecrübe kurallarını bir ispat kolaylığı türü olarak değil de bunların temeli olarak değerlendirmek gerekmektedir. Albayrak, s.47-48.

³⁹⁴ Taşpınar, s.545; Albayrak, s.47.

³⁹⁵ Taşpınar, s.542; Fiili karinelerde ve ilk görünüş ispatında tecrübe kurallarından yararlanılarak ilgili vakıa ispat edilmiş sayılır. Ancak burada yalnızca ilk görünüş ispatının sadece kusurun ve illiyet bağının ispatında kullanıldığı, fiili karinelerin ise vakıaların ispatında kullanıldığına dikkat edilmelidir. Topuz, G., s.136-137; Gümüş, Özen Borcu, s.384.

³⁹⁶ Taşpınar, s.542; Topuz, G., s.138.

³⁹⁷ Topuz, G., s.138-139; Taşpınar, s.543; Albayrak'a göre ise fiili karine ile ilk görünüş ispatı aynı şekilde değerlendirilemez. Burada fiili karineler "yaşam deneyim kuralları" olarak ifade edilirken ilk

İspatı gereken iddianın doğrudan doğruya kanıtlanmasının mümkün olmaması halinde ise bir ispat güçlüğü bulunduğu söylenebilir. Bu halde ispat sorunu ispat kolaylıkları kavramı yardımı ile çözülebilir. Burada çıkarılan sonuç bir kesinlik arz etmeyip somut olaydaki olasılık değeri esas alınmalıdır. Örneğin, mali durumu bozulan ev sahibinin yüksek bedelle sigorta ettirdiği evinin yanması ve evin sahibine bidon ile benzin sattığını belirten benzin istasyonu çalışanı ifadesinin bulunması halinde emarelerden evin ev sahibi tarafından yakıldığı tecrübe kuralları ile kabul edilebilir. Kısaca hiç kimsenin doğrudan ispat imkanının bulunmadığı durumlarda bazı civar vakıalar tecrübe kurallarının yardımı ile ispatlanabilir.³⁹⁸ İlk görünüş ispatı da emare ispatının bir türü olup ilk görünüş ispatında olayın tamamı değil bir kısmının ispatı söz konusu iken yararlanılabilir. Emareye dayalı ispat ve ilk görünüş ispatı tecrübe kurallarına dayanır ve fiili karinelerin bir görünümünü oluşturur. İlk görünüş ispatında aksinin kabulü için özel bir neden yoksa hakim ağır basan olasılıklardan dolayı tecrübe yoluyla sonuç çıkarır. Bir aracın yaya kaldırımına çıkarak kazaya sebep olması araç sürücüsünün ilk görünüşte kusurlu olduğu sonucuna götürebilir.³⁹⁹ İlk görünüş ispatı aynı zamanda hakimin kimin kusurlu olduğuna ilişkin değerlendirme yapacağı her alanda kullanılabilir.⁴⁰⁰

Yasal ispat kuralları keyfi olarak ters çevrilmemelidir. Ancak HMK m.198’de yer verildiği üzere hakimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği davalarda ispat güçlüğü bulunan hallerde hakim tecrübe kurallarının yardımı ile ispatın gerçekleştiğini kabul edebilmelidir. Aksi halde ispat hukukuna tamamen şekli olarak bakılması ve şekli kuralların katı şekilde uygulanması söz konusu olacak ve ispat güçlüğüne düşen

görünüş ispatı yaşam deneyim kurallarının yanında “maddi hukuktan beslenmektedir”. Ayrıca fiili karinelerin aksini ispat tam ispat ile yapılabilirken ilk görünüş ispatında hakimde oluşan kanaat karşı ispat faaliyeti ile değiştirilebilir. Karşı ispat faaliyetinde bulunan tarafın ise hakimde oluşan kanaatin sarsılması, hakimde şüphe uyandırması yeterlidir. Albayrak, s.28, 46-47; Fiili karineye dayanarak karine temelinin ispat edilmesi halinde karşı tarafın karşı ispat faaliyetinde bulunması gerekecektir. Börü, s.56-57; İlk görünüş ispatı, fiili karine olarak ispat yükünü ters çevirmeyecektir ve diğer taraf karşı ispat yoluyla ilk görünüş ispatı ile ortaya konulan vakıa çürütülebilir. Gümüş, Özen Borcu, s.385; Dolaylı ispat konusu olarak görülen komşu vakıalar emare ve karine temeli olarak incelenebilecektir. Emare olarak belirtilen komşu vakıanın ispatı ile asıl vakıa ispatı da gerçekleşmekteyken, karine temeli olan komşu vakıanın ispatı ile karine sonucu asıl vakıa ispatlanmış sayılmakta ve ispat yükü üzerine düşen tarafın ispat riskini yok etmektedir. Çiftçi, s.385.

³⁹⁸ Taşpınar, s.540-541.

³⁹⁹ Taşpınar, s.541-542; Ordu, Ayten, “Medeni Usul Hukukunda Genel Olarak İspat ve İlk Görünüş İspatı”, YÜHFD, C.1, S.1, Mayıs 2018, s.153-184, s.167.

⁴⁰⁰ Taşpınar, s.558.

taraf aleyhine adaletsiz sonuçlar doğacaktır. Bu gibi hallerde ispat yükü üzerine düşen taraf ispat güçlüğü nedeniyle iddiasını tam olarak ispatlayamadığında davayı kaybedecektir. Bu zorluğu aşmak için fiili karineler, emare yoluyla ispat, ilk görünüş ispatı, genel tecrübe kurallarının kullanılması gibi kavramlar hakimler tarafından önemli bir araç olarak kullanılabilir. İspat güçlüğü bulunan hallerde ispat yükü üzerinde olan tarafa bu araçlarla yardımcı olunması ve “ispatsızlık riskinin” paylaşılması adaletli sonuçların doğmasını sağlayacaktır.⁴⁰¹

d. İnternet Bankacılığı Uyuşmazlıklarında İspat Yükü

İnternet bankacılığında doğan uyuşmazlıklarda davacı hesap sahibi bankanın objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle zararın oluştuğunu, bankalar ise genel olarak müşterilerinin kendilerine verilen şifre gibi özel bilgileri koruyamadığından zarara davacı hesap sahiplerinin yol açtığını iddia etmektedirler.

Yargıtay banka tarafından somut delillerle hesap sahibinin korumakla yükümlü olduğu bilgilerini koruyamadığını ve bu nedenle kusurlu olduğunu ispatlaması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁰² Ancak Yargıtay tarafından bu yönde verilen kararlarla ispat yükü üzerinde olan bankaların ispatı nasıl gerçekleştirebileceğine ilişkin değerlendirme yapılmamakta, bankalara sorumluluktan kurtulmalarını imkansız hale getirecek şekilde bir uygulama kabul edilmektedir. Bu durum söz konusu kararın muhalefet şerhinde eleştirilmiş ve bu durumun kötü niyetli müşteriler için bir suistimal kapısı aralayacağı hususuna vurgu yapılmıştır. Muhalefet şerhinde *“İspat kurallarına dair tüm bu temel hukuk ilkeleri bir tarafa bırakılarak bankaların birer güven kurumu olduklarından bahisle adeta ‘müşteri daima haklıdır’ algısını pekiştirecek tutum ve anlayışın sonucunda; emsal davalar yönünden de bankaların adeta sorumluluktan kurtulmasını imkansız hale getirecek uygulamalara kapı aralanmaktadır.”* denilerek ispat kurallarının temel ilkelerinden ayrılmamak gerektiği vurgulanmıştır. Gerçekten de Yargıtay’ın internet bankacılığında ispat yükü

⁴⁰¹ Taşpınar, s.558, 569.

⁴⁰² Yarg. 19. HD, 2013/5911 E, 2013/9915 K, 29.05.2013 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2016/8340 E, 2018/1913 K, 13.03.2018 T; Yarg. 11. HD, 2018/3341 E, 2019/4515 K, 17.06.2019 T; Yarg. 11. HD, 2018/3341 E, 2019/4515 K, 17.06.2019 T (www.hukukturk.com, ET: 23.01.2021).

değerlendirmesini bu şekilde uyguladığını bilen kötünietli müşterilerin bu durumu suistimal etmesi muhtemeldir.

Muhalefet şerhinde aynı zamanda bankanın hakimiyet alanında değil de müşterinin hakimiyet alanındaki bir bilgisayardan veya başka bir kanaldan müşterinin bilgilerine erişilmesi sonucunda üçüncü kişilerin hesaba müdahalesi halinde bankanın sorumluluktan tamamen kurtulma şansı bulunmadığında, müşterinin müterafik kusurunun değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmiştir.

Bankanın, hesap sahibinin kusurunu ispat etmesi gerektiğini belirten bir kararda da Yargıtay çoğunluk görüş ile karar vermiş olup bazı üyeler “...internet bankacılığı sisteminden yararlanmak için gerekli şifre ve parola benzeri kişisel bilgilerin bankanın bilgisayar sistemine dışarıdan girilerek elde edilemediğini, müşteri bilgisayarlarına dışarıdan müdahale yöntemleriyle bu bilgilerin ele geçirildiğini, dolayısıyla kişisel bilgisini gerektiği gibi muhafaza etmeyen müşterilerin bilgisayar korsanlıklarıyla oluşan zararlardan sorumlu olmalarının gerektiği” hususlarını belirtse de çoğunluğun bu görüşe katılmadığı kararda yer almıştır.⁴⁰³

Yargıtay’ın bir başka kararında ise hesap sahibinin kullanıcı adı ve şifresinin kullanılmasının ve bu bilgilerin bankanın sisteminden öğrenilmediğinin tespiti halinde davacı hesap sahibinin şifresini korumak için gerekli önlemleri aldığıın ispatlanması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰⁴ Aynı dairenin bir başka kararında ise dava konusu işlemlere ait IP numaralarının tespiti ile hangi bilgisayardan yapıldığının belirlenmesi ve müterafik kusur olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰⁵ Yargıtay’ın

⁴⁰³ Yarg. HGK, 2012/550 E, 2012/820 K, 21.11.2012 T (www.hukukturk.com, ET: 31.01.2021).

⁴⁰⁴ “...Somut olayda, internet bankacılığı işlemi sırasında davacının kullanıcı adı ve şifresi kullanılmış bulunmasına ve bu bilgilerin davalı bankanın bilgisayar sisteminden öğrenilmediğinin belirlenmiş olması nedeniyle, davacı müşterinin şifrenin kötünietli üçüncü kişiler eline geçmemesi için gerekli önlemleri almış olduğunu ispatlamış olması gerekir. O halde, mahkemenin davacının kusuruna yönelik gerekçesi yerinde olmayıp, somut olayda davacının müterafik kusurunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yarg. 11. HD, 2007/12559 E, 2009/1362 K, 09.02.2009 T (www.hukukturk.com, ET: 14.02.2021).

⁴⁰⁵ “...şifrenin ele geçirilmesinde davacının bir kusurunun olup olmadığı, şifrenin korunmasına ilişkin bilgilendirme de dahil olmak üzere uluslararası internet bankacılığının ulaştığı son aşama da dikkate alınarak davalı bankanın bilgisayar korsanlığı şeklinde yapılan bu işleme karşı alabileceği tedbirler olup olmadığı, davaya konu paraların çekildiği işlemlere ait IP numaralarının tespit edilerek bu işlemlerin hangi bilgisayardan yapıldığının belirlenmesi ve varsa davacının bu hususta müterafik kusurunun bulunup bulunmadığı yönlerinde aralarında internet bankacılığı alanında uzmanın da bulunduğu

bu kararlarında ispat yüküne ilişkin isabetli bir değerlendirme yapılmış olsa da son dönemde benzer olaylarda bu şekilde ispat yükünü belirlemediği ve bankaların hesap sahibinin şifresini koruyamadığını ispatlaması gerektiğine yer verilmektedir. Hatta son dönemde bankaların elektronik imza gibi bazı güvenlik önlemlerini almak yükümlülüğünde olduğu, bu nedenle davacının müterafik kusurunun ispatlanamaması nedeniyle zarardan bankaların sorumlu olduğu yönünde kararlar verilmektedir.⁴⁰⁶

İnternet bankacılığına üçüncü kişilerin müdahalesi genellikle üçüncü kişilerin çeşitli dolandırıcılık yöntemleri ile gerçekleşmektedir. Bunlardan en yaygını ise ortalama saldırıları olup müşteriler genel olarak saldırganlara ait sahte internet sitelerine bilgilerini girmekte veya kendilerine gönderilen e-postalardaki dosyaları indirmekte suretiyle saldırgan eyleme maruz kalmaktadırlar. Müşterinin bilgilerini koruyamadığı bu gibi durumlarda bankanın hakimiyet alanında gerçekleşmeyen bu vakıanın bankadan ispatının beklenmesi adaletsiz sonuçlara yol açabilmektedir.

İnternet bankacılığı internete girilebilen her cihazda kullanılabildiğinden müşterinin farklı bir cihazdan giriş yaptığının tespiti de doğrudan bankanın iddiasını ispatlamaya elverişli bir delil olmayacaktır. Bankaların, müşterilerin hakimiyet alanında gerçekleşen olayı doğrudan delil ile ispat etmelerinin beklenmesi ispat hukukunda adaletsizliğin doğmasına sebep olmakta, bahsedilen Yargıtay kararının muhalefet şerhinde de yer aldığı üzere bankaların sorumluluktan kurtulması imkansız hale getirilmektedir. Sonuç olarak bankalar bu durumda tecrübe kurallarının yardımı ile hesap sahiplerinin hakimiyet alanında gerçekleşen olayın ispatını gerçekleştirebilmeli, hakim de genel tecrübe kurallarından yararlanarak bankanın iddiasını ispatladığını kabul edebilmelidir.

e. Bankaların Tecrübe Kurallarına Dayanabilmesi

İspat zorluğu bulunan taraf, fiili bir karineye dayandığında fiili karinenin dayanağını oluşturan tecrübe kuralını hakim kendiliğinden dikkate almalı ve sonuç

bilirkişi kurulundan rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 2008/1977 E, 2009/5714 K, 12.05.2009 T (www.hukukturk.com, ET: 14.02.2021).

⁴⁰⁶ Yarg. HGK, 2012/550 E, 2012/820 K, 21.11.2012 T (www.hukukturk.com, ET: 14.02.2021).

çıkarmalıdır.⁴⁰⁷ Somutlaştırma yükü ise, ortaya konulan iddiaların kapsamını, detayını hükme elverişli olarak ortaya koymaktır. Bu kapsamda taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olayda somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın bilgi sahibi olamayacak durumda olduğu konularda somutlaştırma zorluğu bulunduğu kabul edilmeli, olaylar kendi egemenlik alanı dışında gerçekleşen bu taraftan aydınlatıcı bilgilerin ve belgelerin istenmesi beklenmemelidir.⁴⁰⁸ Banka hesabına üçüncü kişilerin haksız müdahalesi sonucu zarara uğrayan hesap sahiplerinin bankaya karşı açtıkları davada bankaların hesap sahibine verilen şifrenin, yine hesap sahibinin bilgisi dahilinde üçüncü kişiye kullanıldığı veya hesap sahibinden çeşitli saldırı yolları ile üçüncü kişilerce öğrenildiğini ispat etmesi neredeyse imkansızdır. Bu nedenle bankaların bir ispat güçlüğü içinde olup olmadıkları⁴⁰⁹, ispat kolaylıklarından yararlanıp yararlanmayacakları üzerinde durulmalıdır. **Atamer**'e göre internet bankacılığının yüzde yüz güvenilir olması halinde doğru şifre ile yapılan işlemlerde ilk görünüş ispatı yeterli kabul edilebilecek olup bugün yüzde yüz bir güvenlik söz konusu olmadığından ilk görünüş ispatı kabul edilemeyecektir.⁴¹⁰ **Karaman Coşgun**'a göre ise mevduat

⁴⁰⁷ Topuz, G., s.161.

⁴⁰⁸ Börü, s.184, 229-231; Somutlaştırma yükü, ilgili tarafın iddia ettiği vakıa hakkında yeterli bilgi vermesi anlamına gelmektedir. İddianın belirginleştirilmesi ve ispata elverişli olması sağlanır. Taraf kendi davranışını ilgilendirmeyen ve egemenlik alanında gerçekleşmeyen olaylarla ilgili bilmemeye dayalı inkarda bulunabilecektir. Yardımcı, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, s.3-4, s.260.

⁴⁰⁹ Yargıtay bazı kararlarında ispat güçlüğü yaşayan tarafın fiili karineye başvurabileceğini kabul etmektedir: "...maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden kaynaklandığının ispat güçlüğü ortadadır. İşverenin dış dünyaya yansıttığı görünüşteki iradesi (geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi) ile gerçek iradesi arasındaki perdeyi kaldırmanın ve gerçek iradesine (saikine) ulaşarak buna hukuki sonuçlar bağlamanın tek yolu fiili karinelere. Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafından işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacının sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hakimin çıkardığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi iş hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargıları feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını artırıyor ise sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmelidir şeklinde karar vermiştir." Yarg. 22. HD, 2018/15281 E, 2018/26318 K, 5.12.2018 T (www.hukukturk.com, ET: 03.04.2021).

⁴¹⁰ Atamer, İnternet Bankacılığı, s.27-28; Açık göz, kusursuz sorumluluğun olağan sebep sorumluluğu (özen sorumluluğu) ve tehlike sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrıldığını, olağan sebep sorumluluğunun doğması için objektif özen ödevinin ihlali yeterli olduğunu, kusursuz olursa bile objektif özen yükümlülüğü yerine getirilmediğinden sorumlu olunacağını, ancak özen yükümlülüğünün yerine getirildiği veya yerine getirilmiş olsaydı dahi zararın gerçekleşeceği ispatlanırsa sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğunu, bankaların da bankanın olağan sebep sorumluluğuna dayalı objektif özen borcu bulunduğunu belirtmektedir. Açık göz, mevduat sahibi bankanın kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağının büyük ihtimal bulunduğunu ispatlamalıdır. Banka da kendisine hiçbir kusur

sahibinin kusurunun ispatlanması konusunda Yargıtay'ın sert bir tutum takınması doğru olmayıp bankalar gerekli alt yapıyı kurduğunu ve sorunun sistemlerinden gerçekleşmediğini ispatlamalı, ardından mevduat sahibi bilgisayarında gerekli güvenlik önlemini aldığını ispatlamalı, mevduat sahibinin ispatında bankalar gibi teknolojik önlemler alamayacağı göz ardı edilmemeli, mevduat sahibinin de bu şekilde üzerine düşen önlemleri aldığının ispatı durumunda bankalar usulsüzlüğün gerçekleşme biçimini ve mevduat sahibinin kusurunu ispatlamalı ve mevduat sahibinin kusurunun ispatında daha esnek olunmalıdır.⁴¹¹ Karaman Coşgun'un görüşü ispatsızlık riskinin taraflara daha eşit şekilde dağıtılmasını sağladığından ve ispat zorluğunun aşılmasını sağlayabildiğinden bu görüşe katılmaktayız.

Bankaların internet bankacılığı aracılığı ile gerçekleşen usulsüz işlemler nedeniyle müşterilerinin açtıkları davalarda öncelikle internet bankacılığına ilişkin sorumluluklarını yerine getirdiklerinin ispatlamaları beklenir. Buna göre bankaların internet bankacılığı için gerekli sistemsel yeterliliğe sahip olduklarını ve bu yeterliliğin devamı için gerekli iyileştirmeleri yaptıklarını, müşterisini bilgilendirme yükümlülüğüne uygun davrandıklarını, BS-EB Yönetmeliği ile kendilerine getirilen yükümlülükler uygun davrandıklarını ortaya koymaları gerekir. Bundan sonra ise müşteri bilgisayarında gerekli önlemleri aldığını ispatlamalı ve burada müşterilerin bankalar gibi ciddi teknolojik imkanları olmadan önlemleri alabileceği göz ardı edilmemelidir. Müşterinin de bu durumu ispat etmesi halinde bankalar müşterilerinin koruma yükümlülüklerine uygun davranmadığını müşterinin hakimiyet alanında gerçekleşen bu olayın tam olarak ispatının güç, hatta imkansız olması nedeniyle tecrübe kurallarına dayanarak ispat edebilmeleri kabul edilmelidir.⁴¹²

Bankaların örneğin aynı IP'ye sahip ve tarayıcı parmak izi büyük ölçüde uyuşan cihazdan⁴¹³ on adet müşterisinin üst üste internet bankacılığına giriş yapmaya

atfedilemeyeceğini ispatlayarak illiyet bağıni kesebilir ve sorumluluktan kurtulabilir. Açıkgoz, Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.100-108.

⁴¹¹ Karaman Coşgun, s.195, 199-200.

⁴¹² Tecrübe kurallarına dayanılması hallerinde fiili karine aleyhine olan taraf hakimde tecrübe kuralları yardımıyla oluşan kanaati sarsmak, tecrübe kuralıyla ilgili şüphe uyandırmak için karşı ispat faaliyetine girişebilir. Topuz, G., s.186.

⁴¹³ IP bilgisi tarayıcı parmak izi ile birlikte anlam ifade edebilecektir. Konuyla ilgili detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 3, a.

çalıştığının tespit edildiğini, aynı cihazdan birden fazla müşterinin bu kadar sık aralıklarla işlem yapmasının mümkün olmadığını, aynı cihazdan giriş yapmaya çalışanların müşteri bilgilerini elde eden kötü niyetli üçüncü kişiler olması ihtimalinin çok yüksek olduğunu, bu nedenle işlemlerin sekiz adedinin engellendiğini, ancak iki işlemin engellenemediğini, aynı cihaza giriş yapan ve işlemi engellenen sekiz müşterisinden üçünün durumu fark edip internet bankacılığı işlemlerine erişimin doğrudan kapatılmasını talep ettiklerini, bu halde işlemi gerçekleştiren iki müşterinin de bu şekilde dolandırıcılığa maruz kalması nedeniyle şifrelerinin üçüncü kişilere verildiğinin tespit edildiğini savunma olarak ileri sürdüğünü varsaydığımızda tecrübe kuralları gereği aynı bilgisayardan üst üste bu kadar çok farklı müşteriye ait şifre ile internet bankacılığına girilmesinin normal olmadığı ve bu kişilerin dolandırıcılığa maruz kalmış olabilecekleri sonucunun çıkarılması gerekmektedir. Gerçekten de ortalama eyleminde bulunan dolandırıcılar hızlı şekilde banka müşteri bilgilerini elde edebilmekte ve bilgisayarlarından bu bilgilerle giriş yapmaya çalışmaktadırlar. İşte burada da ispat güçlüğü içerisindeki bankaların müşterinin bilgilerini koruyamadığını bu şekilde ispat edebilmeleri kabul edilmelidir. Zira genel hayat tecrübeleri bizi bu sonuca ulaşmamızı sağlamaktadır.⁴¹⁴

D. Zamanaşımı

Zamanaşımı, belirli süre içinde alacağın talep edilmemesi halinde söz konusu alacağın dava edilememesini, eksik borç halinde gelmesini ifade eder.⁴¹⁵

TBK m.146 uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece her alacak için zamanaşımı on yıldır. TBK m.72’de haksız fiillere ilişkin ise zararın ve tazminat

⁴¹⁴ Yerel mahkemenin müterafik kusurun varlığına yönelik kararın değerlendirildiği bir Yargıtay kararında ‘birden fazla bankada hesabı bulunan davacının bu hesaplarına aynı IP’ye sahip cihazdan saldırı düzenlenmesi, bu saldırıların diğer bankalar tarafından fark edilerek engellenmesi, bir bankanın ise engelleyememesi halinde saldırıyı engelleyemeyen banka tarafından o dönemde internet bankacılığında sektörde alınan tüm önlemlerin alınıp alınmadığı’ hususunun araştırılması ve sonuca göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yarg. HGK, 2017/2224 E, 2018/1753 K, 22.11.2018 T (www.hukukturk.com, ET: 14.02.2021).

⁴¹⁵ Topuz, Murat, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan ‘Zararın Öğrenilmesi’ Olgusu (TBK m.72)”, THD, C.14, S.157, Eylül 2019, s.1774-1782, s.1775; Arat, Ayşe, “Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı”, SÜHFD, C.12, S.3-4, s.193-228, s.194; Ertaş, Şeref, “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, Özel Sayı, Y.2014, s. 3093-3104, s.3093.

yükümlüsünün öğrenildiği andan itibaren iki yıl ve her halde fiilin işlendiği andan itibaren on yıl, ayrıca zarar ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı süresi öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa bu süre zamanaşımı olarak belirlenmiştir.

Banka ile müşterisi arasında internet bankacılığında doğan uyuşmazlığın hangi zamanaşımına tabi olduğu ise uyuşmazlığın sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti ile mümkündür. Uygulamada bazı yerel mahkeme kararlarında haksız fiil zamanaşımının uygulanması gerektiğinden bahisle davanın zamanaşımının dolması nedeniyle reddine karar verilse de bu kararlar uyuşmazlığın mevduat sözleşmesinden kaynaklanması nedeniyle TBK m.146 uygulanması gerektiğinden bahisle bozulmaktadır.⁴¹⁶ Mevduat sözleşmesi gereği banka mevduat sahibine dilediği an mevduatını vermek zorunda olduğundan hesap sahipleri mevduat sözleşmesine dayanarak talepte bulduklarından uyuşmazlıkların sözleşmeden kaynaklandığı, bu nedenle TBK m.146'da belirtilen on yıllık zamanaşımına tabi olduğu söylenebilecektir.

⁴¹⁶ “Oysa, **davacı ile davalı banka arasındaki ilişki sözleşmeye dayalı bir ilişki olup**, uygulanması gereken zamanaşımı süresi 6098 sayılı TBK'nın 146. maddesi uyarınca on yıldır. Bu itibarla, mahkemece, işin esasına girilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11. HD, 2016/1272 E, 2016/9136 K, 28.11.2016 T; Aynı yönde Yarg. 11. HD, 2016/6730 E, 2018/720 K, 05.02.2018 T; Yarg. 11. HD, 2015/162 E, 2015/4704 K, 06.04.2015 T; Yarg. 11. HD, 2016/8769 E, 2017/5998 K, 01.11.2017 T (www.hukukturk.com, ET: 13.02.2021); “Dava, internet bankacılığı yolu ile davacı hesabından üçüncü kişiler tarafından çekildiği iddia edilen paranın iadesi istemine dair olup, mahkemece haksız fiillerden kaynaklanan alacaklara uygulanan zamanaşımı süresinin dolmasından sonra davanın açıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, **tarafklar arasında mevduat sözleşmesi bulunduğu**, bu durumda zamanaşımının, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan alacaklara uygulanan 818 Sayılı BK'nın 125. maddesi kapsamında değerlendirilerek, 10 yıl olduğu gözetilerek işin esasına girilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir.” Yarg. 11. HD, 2016/10259 E, 2018/2345 K, 03.04.2018 T (www.kazanci.com.tr, ET: 13.02.2021).

II. CEZAI BAŞVURU YOLLARI

A. BDDK Şikayeti

1. Başvuru Yöntemi

BDDK'nın 03.04.2020 tarihli ve 01.10.2020 tarihli basın açıklamalarında BDDK ismi ve logosu ile internet sitesinin arka planının taklit edilerek siteler oluşturulduğu ve bu sitelerden kredi başvurusu alındığı veya masraf iadesi başvurusu yapıldığı izlenimi verildiği, bu şekilde sahte sitelerde kişilerin kullanıcı adı ve parola gibi bilgilerin istendiği belirtilmiş olup BDDK'nın resmi internet sitesinin <https://www.bddk.org.tr> olduğu, bunun dışındaki internet sitelerine itibar edilmemesi, sahte siteler nedeniyle yaşanabilecek mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi için resmi internet sitesinde yer alan "E-Şikayet" bölümünden⁴¹⁷ ekran görüntüsü ve diğer belgelerle ihbarda bulunulması gerektiği duyurulmuştur.⁴¹⁸

İlgililer tarafından BDDK'ya yapılan başvurular, "E-Şikayet Sistemi" aracılığıyla yapılabildiği gibi, dilekçe, bilgi edinme sistemi, "cimer.gov.tr"⁴¹⁹ veya çağrı merkezi kanalı ile de yapılabilmektedir. Söz konusu başvurular, BDDK ilgili birimlerince ön değerlendirmeye tabi tutularak, değerlendirilmesini teminen kurum içi birimlere iletildiği gibi, söz konusu başvuruların bankalar ve diğer kuruluşları ilgilendirdiğinin anlaşılması halinde ilgili kuruluşlara iletilmektedir.⁴²⁰

BDDK ayrıca 06.08.2020 tarihli basın duyurusu ile BankK.'da düzenlenen faaliyetlerde bulunulması için BDDK'dan izin alınması gerektiği, ancak son dönemde banka adı veya banka gibi faaliyet gösterildiği izlenimi verilerek başta kredi kullandırım vaadi olmak üzere çeşitli bahanelerle vatandaşlardan para talep edildiği, vatandaşların ancak resmi internet sitesi <https://www.bddk.org.tr/> adresindeki "Kuruluşlar" sekmesinde yer alan yetkilendirilmiş kuruluşlar dışındaki kişi ve

⁴¹⁷ E-şikayet sistemine "<https://ebulten.bddk.org.tr/esikayet/>" adresinden ulaşılabilir. (ET: 24.04.2021).

⁴¹⁸ BDDK'nın 03.04.2020 tarihli ve 01.10.2020 tarihli basın açıklamaları (<https://www.bddk.org.tr>, ET: 01.01.2021).

⁴¹⁹ Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi internet sitesidir.

⁴²⁰ BDDK, 25.06.2020 tarihinde yayımlanan "BDDK Yıllık Faaliyet Raporu 2019", s. 84 (https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/hakkinda_0003_11.pdf, ET: 17.02.2021).

kuruluşlara itibar edilmemesi gerektiği, BDDK tarafından bu şekilde suç işleyen kişilere karşı Cumhuriyet Başsavcılıklarına başvuruda bulunduğu hususu yer almıştır.⁴²¹

Duyuruda yer verilen izinsiz faaliyette bulunma suçu BankK. m.150/1’de “*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. BankK. m.150/2 ise “*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belge, ilân ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.*” şeklinde düzenleme getirerek banka gibi faaliyet gösterdiği izlenimi uyandıranların da cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddeye 20.02.2020 tarihinde yapılan değiştirilen ve eklenen hükümlerle içerik ve yer sağlayıcı yurtiçinde ise sulh ceza hakimince veya dava açılmışsa davaya bakan mahkemece, içerik ve yer sağlayıcı yurtdışında ise BDDK talebi ile BTK tarafından erişimin engelleneceği belirtilmiştir.

Bankacılık suçlarında kovuşturma usulünü düzenleyen BankK. m.162 ile BankK.’da düzenlenen suçlar yönünden soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi BDDK veya TMSF tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması şartına bağlanmış olup bu husus bir muhakeme şartıdır. Bu düzenleme sonucunda açılan davalarda başvuru üzerine Kurum ve TMSF müdahil sıfatını kazanır. İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçları açısından ilgililerin dava hakkı saklı tutulmuş olup görüleceği üzere izinsiz faaliyette bulunma konusu kapsam

⁴²¹ BDDK’nın 06.08.2020 tarihli basın açıklaması (<https://www.bddk.org.tr>, ET: 01.01.2021).

dışında bırakılmamıştır. Bu nedenle izinsiz faaliyet suçu nedeniyle soruşturmaya veya kovuşturmaya başlanması BDDK'nın veya TMSF'nin başvuru şartının gerçekleşmesine bağlı olacaktır.

Basın duyurularından da anlaşılacağı üzere BDDK, kurumun kendi adı kullanılarak veya izinsiz şekilde BankK.'da yer alan faaliyetleri gösterdiği izlenimi uyandıran kişi ve kurumlara karşı hukuki yollara başvurmaktadır. BDDK'dan aldığı izinle faaliyet gösteren bankalara ilişkin şikayetler ise ilgili bankasına yönlendirilmektedir.

2. Başvuru Sonucu

BDDK tarafından bu ve benzeri şekilde dolandırıcılık eyleminde bulunduğu tespit edilen internet sitelerine erişimin engellenmesi, sorumluların tespiti ve cezalandırılması için gerekli hukuki süreçlerin işletileceği BDDK'nın 03.04.2020, 06.08.2020 ve 01.10.2020 tarihli basın duyurularında belirtilmiştir.

B. Savcılık Şikayeti

1. Genel Olarak

Banka müşterileri genel olarak bilgisayarlarındaki güvenlik açığından yararlanan üçüncü kişilerin müşterinin kişisel bilgilerinin elde edilmesi veya yine üçüncü kişilerin oltalama saldırıları sonucunda kişisel bilgilerinin elde edilmesi nedenleriyle çeşitli dolandırıcılık eylemlerine maruz kalabilmektedirler.

Mevduat sözleşmesinin özelliği gereği sözleşme konusu paranın mülkiyeti bankaya geçirildiğinden ve malik artık banka olduğundan hasara da banka katlanacaktır.⁴²² Mevduat üzerinde gerçekleşen bu dolandırıcılık eylemlerinde zarar banka bünyesinde gerçekleşecek ve hesap sahibi mevduat sözleşmesi gereğince dilediği an parasının iadesini talep edebilecektir. Ancak uygulamada bankalar hesap sahibinin yetkisiz üçüncü kişilerce gerçekleştirilen eylemlerde kusurlu olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabildiklerinden bu durumda hesap sahibinin bankaya

⁴²² Yılmaz, s.219; Kurban Mermeroğlu, s.32.

karşı dava açması gerekebilecek ve hesap sahibinin yargılama faaliyeti sırasında uzunca bir süre mevduatına kavuşamaması söz konusu olabilecektir. Yargılama sonucunda hesap sahibinin müterafik kusurunun bulunduğu tespit halinde hesap sahibi kusuru oranındaki mevduatına kavuşamayabilecektir. Bu nedenle hesap sahibi sorumluların tespiti ve cezalandırılması için şikayetçi olabilmelidir.

İnternet bankacılığı yoluyla müşterinin mevduatına müdahale çeşitli yollarla gerçekleşebildiğinden her olayda farklı suç tiplerinin oluşabileceği kabul edilmeli ve somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Hırsızlık suçunda mağdur malını teslim etmemekte ve rızası dışında elinden alınmakta iken, dolandırıcılık suçunda mağdur etki altındadır ve malı kendisi teslim etmektedir. Buna göre “*Suç hırsızlıkta çalarak, dolandırıcılıkta hile kullanılarak işlenmektedir. Hırsızlık suçunda suçun maddi konusu taşınabilir maldır. Dolandırıcılıkta ise suçun konusu hem insan iradesinin özgürlüğü ve malvarlığına dair varlık ya da menfaatlerdir.*” denilerek internet bankacılığı aracılığı ile üçüncü kişilerin mevduata müdahalesi yönünden somut olayda hangi suçun uygulanması gerektiğine yönelik bir ayrıma gidilmiştir.⁴²³ Bu bölümde çalışmanın özünden ayrılmamak amacıyla Yargıtay kararlarındaki ayrımlara temel olarak değinilmiştir.

2. Bilişim Sistemleri Kullanmak Suretiyle Hırsızlık – Bilişim Sistemleri Aracılığı ile Yarar Sağlama

TCK m.141’de hırsızlık “*Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alınması*” şeklinde tanımlanmıştır. TCK m.142’de ise bu suçun nitelikli hali düzenlenmiş olup TCK m.142/2-e’de bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçu nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Nitelikli halin oluşabilmesi için başkasının zilyetliğinde bulunan bir malın bilişim sistemleri kullanılarak bu kişiden alınması veya bu mal üzerinde fiili hakimiyet kurulması gerekmektedir. Burada hırsızlık konusu veriler değil, mevduat hesabındaki para gibi taşınabilir eşyalardır.⁴²⁴

⁴²³ Yarg. 15. CD, 2013/25269 E, 2016/2825 K, 30.03.2016 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021).

⁴²⁴ Parlar, Ali/ Akın, Mustafa/ Hatipoğlu, Muzaffer, Bankacılık Ceza Hukuku, Ankara 2010, s.526; Bilişim sistemleri kullanılarak verilerin çalınması halinde TCK m.244/3’te yer alan “Sistemi

Yargıtay'ın internet bankacılığı kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerde çeşitli kararlar verdiği gözükmektedir. Yargıtay bazı kararlarında hilenin müşteriye değil, doğrudan sisteme girilerek eylemin gerçekleşmesi halinde ise bilişim sistemleri aracılığı ile yarar sağlama suçunun oluşacağını belirtmektedir.⁴²⁵

Yargıtay bazı kararlarında ise banka müşterisinin şifresinin elde edilerek internet bankacılığına girilmesi ve mevduatın başka bir hesaba gönderilmesi halinde TCK m.244/4'te bulunan bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama suçunu oluşturmadığını, kastın doğrudan mevduatın ele geçirilmesine yönelmesi sebebiyle TCK m.142/2-e'de düzenlenen bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturacağını kabul etmektedir. Özellikle bu yönde verilen 17.11.2009 tarihli Yargıtay CGK kararından sonra internet bankacılığı kullanılarak gerçekleştirilen eylemlerin bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturacağı değerlendirilmektedir.⁴²⁶

Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme” suçu oluşacaktır. Parlar/ Akın/ Hatipoğlu, s.528.

⁴²⁵ “...sanığın, mağdurların bankalarda bulunan para hesaplarındaki var olan verileri (bilgileri) sahte kimliklerle açtığı hesaplara internet yoluyla göndererek, yine sahte kimliklerle bu paraları çekmek istemesinden ibaret eylemlerinin; paranın sanığın açtığı hesaplara intikaline kadar gerçek kişilere yöneltilmiş hile bulunmayıp eylemlerin tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirildiğinden, her bir mağdura karşı işlenmiş ayrı ayrı 5237 sayılı TCK'nın 244/4 maddesine uyan suçu oluşturduğu ve paranın açtığı hesaplara transferiyle suçun tamamlanacağı gözetilmeden, suçun vasıflandırılmasında yanlıya düşülerek nitelikli dolandırıcılığa teşebbüs suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması,...” Yarg. 11. CD, 2007/6709 E, 2007/6012 K, 27.9.2007 T (www.kazanci.com.tr, ET: 24.04.2021).

⁴²⁶ “...Sanık Volkan'ın; firari Saim ile birlikte hareket ederek, daha önceden haksız bir şekilde ele geçirdikleri katılan firmanın internet bankacılık şifresini kullanmak suretiyle, katılanın Ş bank Ankara K... Şubesindeki hesabından 10.750 YTL'yi Ş... bank- İstanbul Z Şubesinde sanık Volkan adına açtırdıkları hesaba havale edip, aynı gün banka şubesinden çekmek şeklinde gerçekleştirdiği eylemdeki kastı, katılan firmanın banka hesabında bulunan, taşınır nitelikteki parayı bilişim sistemini kullanmak suretiyle kendi banka hesaplarına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği parayı alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın katılanın internet bankacılık hesabında bulunan parasına ulaşmak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 sayılı TCK'nın 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan bilişim sistemi kullanılmak suretiyle hırsızlık suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Şu halde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 142/2-e maddesindeki nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi karşısında; 244. maddenin 4. fıkrası uyarınca uygulama yapma olanağı da bulunmamaktadır.” Yarg. CGK, 2009/193 E, 2009/268 K, 17.11.2009 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021); Yarg. 15. CD, 2013/25269 E, 2016/2825 K, 30.03.2016 T; Yarg. 15. CD, 2016/2335 E, 2017/18667 K, 20.09.2017 T; Yarg. 15. CD, 2017/8516 E, 2019/13483 K, 28.11.2019 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021); Hırsızlık suçu ile korunan hukuki menfaatin mülkiyet ve zilyetlik olması, mevduat sözleşmesi gereği bankaya yatırılan paranın malikinin ve zilyedinin banka olması, hesap sahibinin para üzerinde bir zilyetliğinin bulunmaması, ayrıca havale ile nesnel bir eşyanın yer değiştirmesinden ziyade hesaba alacak kaydı bulunması, alacak hakkının hırsızlık suçunun konusu olmayacağı nedenleriyle eylemin

3. Bilişim Sistemlerinin, Banka ve Kredi Kurumlarının Araç Olarak Kullanılması Suretiyle Nitelikli Dolandırıcılık

TCK m.157’de dolandırıcılık suçu *“hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanması”* şeklinde tanımlanmıştır. Suçun nitelikli halini düzenleyen m.158/1-f’de ise bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması bu suçun nitelikli hali olarak sayılmıştır. Bu halin neden nitelikli hal olarak sayıldığı ise madde gerekçesinde *“birer güven kurumu olan banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması, dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağlaması”* olarak belirtilmiştir.

Günümüzde bilişim sistemlerine yönelik teknolojik gelişmelerin hızla ilerlemesi ve bu doğrultuda çeşitli suç görünümlerinin ortaya çıkması nedeniyle bilişim sistemlerinin, banka ve kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle yapılan dolandırıcılık eylemleri nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.⁴²⁷

Yargıtay hileli davranışlarla banka müşterisinin iradesini etkileyerek internet bankacılığı aracılığı ile hesaba müdahale edilmesi hallerinde suçun TCK m.158/1-f maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun nitelikli halini oluşturduğundan bahisle hüküm kurulması gerektiğini belirtmektedir.⁴²⁸

hırsızlık suçunu oluşturmadığı, şifre kullanarak başkasına ait internet bankacılığına girilmesi halinde ilk olarak TCK m.243’te düzenlenen bilişim sistemine girme suçunun oluşacağı, bilişim sistemine müdahalede bulunmadan havale işlemi yapılması eylemi için ise herhangi bir suç tipi bulunmadığı ve düzenleme yapılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Başbüyük, İsa, “İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, CHD, C.8, S.21, Nisan 2013, s.197-214, s.206-212.

⁴²⁷ Parlar/ Akın/ Hatipoğlu, s.534-535.

⁴²⁸ “Sanığın, müştekiye ait cep telefonuna "...size özel hizmet yüzde on beş indirimli konuşmak için şifre yaz ...ye yolla gelen şifreyi ...'ye gönder bu servis ücretsizdir..." şeklinde mesaj gönderdiği, müştekinin mesajda belirtilen işlemleri yaptığı ve gelen şifreyi sanığa ait ... numaralı telefona gönderdiği, sanığın bu yolla müştekiye ait hattın bilgilerini internet üzerinden açmaya yarayan ve yine internet üzerinden gerekli işlemleri yapmasını sağlayan şifreyi ele geçirdiği, daha sonra müştekinin hattına internet üzerinden girerek başka hatlara 45 kontör transferi yaptığı, sanığın bu şekilde üzerine atılı suçu işlediğinin iddia edildiği olayda, sanık ve müşteki beyanları ile tüm dosya kapsamına göre atılı suçun, sanık tarafından işlendiği sabit olmakla, bu gerekçeye dayanan mahkemenin kabulünde isabetsizlik görülmemiştir.” Yarg. 15. CD, 2012/15262 E, 2014/5896 K, 31.03.2014 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021); “Sanığın olay tarihinde kendi adına kayıtlı cep telefonu hattı ile giriş yaparak katılan ...'ın e-mail adresini ve bu adrese bağlı facebook hesabının şifresini kırarak, hesaba giriş şifresini değiştirip, katılanın arkadaş listesinde olan katılan ...'dan acil olduğunu söyleyerek

4. Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme

KVKK m.3'te kişisel veriler, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmış olup banka müşterilerine ait internet bankacılığı bilgilerinin de kişisel veri niteliğinde olduğu tartışmasızdır. TCK m.136'da bu kişisel verileri hukuka aykırı şekilde başkasına verenlerin, yayanların ve ele geçirenlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Banka müşterisinin elektronik posta adresinin ve sosyal medya hesabı şifresinin kırılarak değiştirilmek suretiyle müşterinin arkadaşları ile müşterinin kendisiymiş gibi konuşup arkadaşlarının internet bankacılığı aracılığı ile para gönderilmesini sağladığı olayda Yargıtay tarafından nitelikli dolandırıcılık ve TCK m.244/2 uyarınca erişimin engellenmesi suçlarının oluştuğuna kanaat getirilmiştir.⁴²⁹

Oltalama saldırıları için bir bankanın internet sitesine benzer şekilde alan adı olarak ve görüntüsünün de bu banka internet sitesine benzetilmek suretiyle internet sitesi oluşturulmasının kişisel verileri ele geçirmeye teşebbüs oluşturacağı ve bu kapsamda sanığın cezalandırılması gerektiği Yargıtay tarafından ifade edilmiştir.⁴³⁰

280 TL para istediği, katılan ...'un da sanığın vermiş olduğu hesap numarasına 280 TL parayı yatırdığı, aynı gün katılan ...'e de mesaj atarak internet bankacılığı kullanıp kullanmadığını sorduğu, katılan ...'in durumdan şüphelenerek ne yapacağını sorması üzerine sanığın katılan ...'e sinkaflı küfürler ettiği, bu suretle sanığın katılan ...'ya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık, katılan ...'a karşı kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, katılan ...'e yönelik ise hakaret suçlarını işlediğinin iddia olduğu olayda sanığın temyiz itirazlarının reddi ile hükümlerin onanmasına karar verilmiştir” Yarg. 15. CD, 2017/7493 E, 2018/1371 K, 27.02.2018 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021); Aynı yönde Yarg. 15. CD, 2013/6187 E, 2014/21674 K, 22.12.2014 T; Yarg. 15. CD, 2017/5836 E, 2019/9694 K, 09.10.2019 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021).

⁴²⁹ “...sanığın, katılanın elektronik posta adresinin ve facebook hesabının şifresini kırarak, hesaba giriş şifresini değiştirerek erişimini engellemesi şeklinde gerçekleşen eyleminin TCK'nın 244/2. maddesi kapsamında kaldığı gözetilmeksizin suç vasfında hataya düşülerek aynı yasanın 136/1 maddesinden mahkumiyet hükmü kurulması...” Yarg. 15. CD, 2017/7493 E, 2018/1371 K, 27.02.2018 T (www.hukukturk.com, ET: 31.01.2021).

⁴³⁰ Yarg. 12. CD, 2013/24366 E, 2014/8999 K, 14.04.2014 T (www.hukukturk.com, ET: 30.01.2021).

SONUÇ

Ruhsata dayalı şekilde, riskli bir alanda, devletin denetimi altında kamu hizmetine yakın bir hizmet veren bankalar bu nedenlerle birer güven kurumu olup bu özellikleri nedeniyle diğer tacirlere kıyasla faaliyetlerinde ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülüğü altındadırlar. Bankaların özel bir uzmanlığa sahip oldukları ve bu uzmanlıkları nedeniyle faaliyetlerini yürütmeleri için gerekli yeterlilikleri bulunduğu kabul edilir. Bu nedenle hiçbir banka çalışan sayısı azlığı, organizasyon yapısındaki veya teknolojik altyapısında sorunları öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

Bankalar uygulamada “Bankacılık Hizmet Sözleşmesi” adı altında çerçeve bir sözleşme ile çeşitli faaliyetlerini yürütmekte bu çerçeve sözleşmenin içerisine internet bankacılığı ile ilgili hükümlere de yer vermektedirler. Çerçeve sözleşmede yer verilen internet bankacılığı aracılığı ile para transferi faaliyetleri ise vekalet sözleşmesi niteliğindeki ciro sözleşmesine dayanılarak yapılmaktadır. Ciro sözleşmesi ile banka, müşterisinin talimatları doğrultusunda hesaptan para aktarımının yapılması işini sadakat ve özenle yerine getirmeyi taahhüt eder.

TBK m.506/3’te ise “*vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı*” düzenlenmiş ve vekilin sorumluluğunda objektif özen ölçüsünün geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle özenin derecesi belirlenirken, vekili uzmanlık bilgi ve deneyimi de göz önünde bulundurulmalı ve vekil, bilgi ve deneyim eksikliğini, uzmanlık alanındaki gelişmeleri takip edemediğini, işin ağırlığını, zamanın yetersizliğini, yorgunluğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır.

Özen yükümlülüğünün derecesi belirlenirken tarafların birbirlerine karşı durumlarına da bakılmalıdır. Buna göre bankanın ihtiyaç kredisi kullanan bir tüketici ile ticari faaliyetini finanse etmek isteyen bir tacir karşısında özen yükümlülüğü daha farklı takdir edilmelidir.

İnternet bankacılığının kullanımında açıklanan nedenlerle bankaların müşterilere göre daha yüksek menfaati olduğu gözetildiğinde bankaların

ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmelidir. Ayrıca internet bankacılığı ile müşteriler tüm dünyaya açık hale geldiğinden ve saldırganların daha kolay hedefi olduklarından bu alanda özen yükümlülüğünün daha ağır takdir edilmesi gerektiği ve ağırlaştırılmış objektif özen yükümlülüğünden genel işlem koşulu niteliğindeki sorumsuzluk anlaşmaları ile kurtulamayacakları sonucuna ulaşılabilir.

Mevduat sözleşmesinin unsurları arasında paranın mülkiyetinin bankaya geçtiği ve malikin artık bankanın olduğu hususları yer almakta olup hesaptaki paranın hasarı bankaya ait olacak ve müşteri bankadan parasını talep edebilecektir. İnternet bankacılığı yoluyla hesaba saldırganların müdahalesi sonrasında hesap sahibi müşterinin parasını istediği durumda bankalar, müşterinin şifre gibi korumakla yükümlü olduğu bilgileri koruyamadığı, bu nedenle hasara müşterinin kusuru ile sebep olduğu, müterafik kusur bulunduğu sebepleriyle ödeme yapmaktan imtina edebilmektedirler. Bankaların internet bankacılığında kaynaklanan gerekli sistemsel yeterliliğe sahip olma ve yeterliliğin devamını sağlama, müşteriyi düzenli olarak bilgilendirmek ve BS-EB Yönetmeliğinde kendisine verilen yükümlülükleri yerine getirmek gibi sorumlulukları bulunmakta iken müşterilerin kendisine verilen gizli tutması gereken şifre gibi bilgileri koruma, bir saldırıya maruz kalındığının öğrenilmesi ile derhal bankayı bilgilendirme, havaleyi gerçekleştirmeden önce hesap bilgisi ve meblağı gibi bilgileri kontrol etme ve yeterli donanıma sahip olma gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Müşterilerin yeterli donanıma sahip olma yükümlülüğü değerlendirirken bankalar gibi önlemler alamayacakları ve müşterinin bilgisayarında ortalama bir antivirüs programının kurulu olmasının yeterli olacağı göz önünde bulundurulmalıdır.

Müşteriler saldırganların hesaba müdahalesi sonrası bankaya karşı hesabın bulunduğu şubenin veya bankanın genel müdürlüğünün bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde maddi ve manevi tazminat davalarını açabilecek ve avans faiz talep edebilecektir. İnternet bankacılığında kaynaklanan uyuşmazlıkların temelinde internet bankacılığı hizmet sözleşmesi ile mevduat sözleşmesi yer aldığından davacı HMK m.10 uyarınca sözleşmenin ifa yerinde de davasını açabilecektir. Ancak banka müşterisi manevi zarara uğradığını ayrıca ispat etmesi gerekmekte olup salt maddi

zararın meydana gelmesi manevi tazminat talep edilebileceği anlamına gelmeyebilecektir. Bunun yanında manevi tazminat talep etmeden önce Yargıtay'ın internet bankacılığına ilişkin birçok kararında manevi zararın ispatlanamadığı gerekçesi ile manevi tazminat taleplerinin reddine karar verdiği hususu göz ardı edilmemelidir.

Saldırganların çeşitli saldırı yöntemlerine maruz kalan müşterilerin bankalara karşı açtıkları davalarda Yargıtay tarafından “bankanın müşterinin saldırıya uğradığını ve bu nedenle şifresinin üçüncü kişilere verdiğini ispatlamaması” nedeniyle davanın kabulüne karar verilmektedir. Bankaların müşterilerinin hakimiyet alanında gerçekleşen saldırı eylemini ispatlamaları ise imkansızdır. Zira saldırı eylemi müşterinin saldırganlar tarafından oluşturulan sahte siteye girdiği veya saldırganlar tarafından kendisine gönderilen e-postadaki uzantıyı açtığı bilgisayarında meydana gelmektedir. Bankanın müşterinin bilgisayarına hiçbir müdahalesi olamayacağı gibi bu durumu ispat etmesinin beklenmesi de hukuken “ispat güçlüğü” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda bankaların internet bankacılığı aracılığı ile gerçekleşen usulsüz işlemler nedeniyle müşterilerinin açtıkları davalarda öncelikle internet bankacılığına ilişkin sorumluluklarını yerine getirdiklerinin ispatlamaları beklenir. Buna göre bankaların internet bankacılığı için gerekli sistemsel yeterliliğe sahip olduklarını ve bu yeterliliğin devamı için gerekli iyileştirmeleri yaptıklarını, müşterisini bilgilendirme yükümlülüğüne uygun davrandıklarını ve BS-EB Yönetmeliği ile kendilerine getirilen yükümlülüklerle uygun davrandıklarını ortaya koymaları gerekir. Bundan sonra ise müşteri bilgisayarında gerekli önlemleri aldığını ispatlamalı, ancak müşterilerin bankalar gibi ciddi teknolojik imkanları olmadan önlemleri alabileceği göz ardı edilmemelidir. Müşterinin de bu durumu ispat etmesi halinde bankalar müşterilerinin koruma yükümlülüklerine uygun davranmadığını müşterinin hakimiyet alanında gerçekleşen bu olayın tam olarak ispatının güç, hatta imkansız olması nedeniyle tecrübe kurallarına dayanarak ispat edebilmeleri kabul edilmelidir. Bankadan müşterisinin bilgilerini koruyamadığının tam olarak ispatının beklenmesi ispat kurallarının bir kenara bırakılarak sorumluluktan kurtulmanın imkansız hale geldiği bir uygulama yaratmak anlamına gelecektir. Ayrıca bu durum kötüniyetli müşterilerin suistimalini de beraberinde getirecektir.

Bankaların tecrübe kurallarına ne şekilde dayanabilecekleri konusunu somutlaştırmak gerekirse; örneğin bankaların aynı IP'ye sahip ve tarayıcı parmak izi büyük ölçüde uyuşan cihazdan on adet müşterisinin üst üste internet bankacılığına giriş yapmaya çalıştığının tespit edildiğini, aynı cihazdan birden fazla müşterinin bu kadar sık aralıklarla işlem yapmasının mümkün olmadığını, aynı cihazdan giriş yapmaya çalışanların müşteri bilgilerini elde eden saldırganlar olması ihtimalinin çok yüksek olduğunu, bu nedenle işlemlerin sekiz adedinin engellendiğini, ancak iki işlemin engellenemediğini, aynı cihaza giriş yapan ve işlemi engellenen sekiz müşterisinden üçünün durumu fark edip internet bankacılığı işlemlerine erişimin doğrudan kapatılmasını talep ettiklerini, bu halde işlemi gerçekleştiren iki müşterinin de bu şekilde dolandırıcılığa maruz kalması nedeniyle şifrelerinin üçüncü kişilere verildiğinin tespit edildiğini savunma olarak ileri sürdüğünü varsayalım. Bu halde tecrübe kuralları gereği aynı bilgisayardan üst üste bu kadar çok farklı müşteriye ait şifre ile internet bankacılığına girilmesinin normal olmadığı ve bu kişilerin dolandırıcılığa maruz kalmış olabilecekleri sonucunun çıkarılması gerekmektedir. Özetle ispat kurallarından ayrılmadan müşterinin korumakla yükümlü olduğu bilgileri koruyamadığı hususunun bankaların tecrübe kuralları yardımı ile ispatının mümkün olduğu ve özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığının ispat kurallarından ayrılmadan bu şekilde tespitinin uygun olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

AÇIKGÖZ, Osman, “Banka Hesabının İnternet Bankacılığı Yoluyla Boşaltılması Sonucu Meydana Gelen Zarardan Dolayı Bankanın Mevduat Sahibine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, KOÜHFD, C.6, S.12, Temmuz 2015, s.69-113. (Bankanın Hukuki Sorumluluğu)

AÇIKGÖZ, Osman, “Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilmesi ve İnternet Bankacılığında Kullanılması Sonucu Malvarlığı Zarara Uğratılan Bankaya Karşı Mevduat Sahibinin Hukuki Sorumluluğu”, MÜHFHAD, C.22, S.2, s.389-432.

AKINCI, Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004.

ALANGOYA, H. Yavuz/ **YILDIRIM**, Kamil/ **DEREN YILDIRIM**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011.

ALBAYRAK, Hakan, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.

ALICI, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.2, 2. Baskı, İstanbul 2017.

ALMAHROOS, Rasha, “Phishing for the Answer: Recent Developments in Combating Phishing”, A Journal Of Law And Policy For The Information Society, Volume 3:3, 2007-2008, 595-622.

ALSAYED, Alhuseen O./ **BILGRAMI**, Anwar L., “E-Banking Security: Internet Hacking, Phishing Attacks, Analysis and Prevention of Fraudulent Activities”, International Journal of Emerging Technology and Advanced Engineering, ISSN 2250-2459, ISO 9001:2008 Certified Journal, Volume 7, Issue 1, January 2017, 109-115.

ALTAŞ, Hüseyin, “Mevduat Hesabından Yetkisiz Para Çekilmesinde Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, S.3, Y.2001, s.37-45.

ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2. Baskı, Ankara 2019.

ANTALYA, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması – Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, BAÜHFD, C.11, S.145-146, Eylül – Ekim 2016, s.35-47. (Manevi Zarar)

ARAT, Ayşe, “Türk Borçlar Hukukunda Alacak Zamanaşımı”, SÜHFD, C.12, S.3-4, s.193-228.

ARIKAN, Mustafa, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşullarının Yazılmamış Sayılması ve Bunun Sözleşmeye Etkisi”, EÜHFD, C.7, S.3-4, Ocak 2012, s.19-28.

ARSLAN, Çetin/ **KIRMIZI**, Mustafa, Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2010.

ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

ATAMER, Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001. (GİŞ Denetimi)

ATAMER, Yeşim M., “Genel İşlem Koşulu mu, Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi?”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu – Makaleler, Tebliğler, İstanbul 2013, s.103-137, s. 106 (Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme).

ATAMER, Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 ile Karşılaştırmalı Olarak”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2012. (GİŞ Sempozyumu)

ATAMER, Yeşim M., “İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Hukuka Aykırı Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası AŞ Vakfı), s.15-37. (İnternet Bankacılığı)

ATEŞ, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.20, S.72, s.75-93.

AYDOĞDU, Murat, Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014.

AYDOĞDU, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2014.

BAKKAL, Muharrem/ **AKSÜT**, Uğur, Türk Bankacılık Sisteminde Elektronik Bankacılık Uygulamaları, İstanbul 2011.

BAŞ, Büşra, “Sorumluluk Anlaşması”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.11, S.111, Şubat 2019, s.757-765.

BAŞALP, Nilgün, Sorumluluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.

BAŞBÜYÜK, İsa, “İnternet Bankacılığı Aracılığıyla Yapılan Hukuka Aykırı Havalenin Bilişim Suçları Bakımından Değerlendirilmesi”, CHD, C.8, S.21, Nisan 2013, s.197-214.

BAŞPINAR, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.

BAŞPINAR, Veysel, “Avukatın Özen Borcu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, Y.2008, S.1-2, s.39-62. (Avukatın Özen Borcu)

BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.

BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012.

BENLİ, Erman, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü”, MÜHFHAD, C.26, S.1, Haziran 2020, s.300-316

BİLGEN, Mahmut, Banka Hukukunda Sözleşmeler, Uyuşmazlıklar, Hukuki Sorumluluk, Ankara 2011.

BİLGEN, Mahmut, İlmî ve Kazai İçtihatlar Işığında Faiz Hukuku Munzam Zarar ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2001. (Faiz)

BİLGEN, Mahmut, “İnternet Bankacılığında Kaynaklanan Zararlarda Bankaların Sorumlulukları”, Bankacılar Dergisi, S.71, Y. 2009, s.78-96. (İnternet Bankacılığı)

BÖRÜ, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.

BUDAK, Ali Cem/ **KARAASLAN**, Varol, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2020.

CEYLAN, Eyyup Ensar, “İnternet Bankacılığı ve Bankaların Hukuki Sorumlulukları”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

ÇEKER, Mustafa, Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004.

ÇEKER, Mustafa, “Banka Hukuku Açısından Havale İşlemi ve Karşılaşılan Sorunlar”, GÜHFD, C.12, Y.2008, S.1-2, s.63-76. (Havale)

ÇEKER, Mustafa, “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Münasebetiyle)”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.247-261. (Bankaların Hukuki Sorumluluğu)

ÇİFTÇİ, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018.

DEMİR, Şamil, “Türk Borçlar Kanunu’nun Para Borçlarında Faize İlişkin Getirdiği Yenilik ve Sınırlamalar”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, Y.2012, s.207-234.

DEYNEKLİ, Emel / **KISA**, Sedat, Açıklamalı – İçtihatlı Faiz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2003.

GEDİK, Doğan, “Bilişim Suçlarında IP Tespiti ile Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri” Bilişim Hukuku Dergisi, C.1, S.1, Y.2019, s.51-84.

DOĞANAY, İsmail, “Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken, Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Oldukları Özen Borcu”, BATİDER, C.17, S.4, Aralık 1994, s.25-31. (Özen Borcu)

DOĞANAY, İsmail, “Bankaların Mevduat Sahiplerine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar, 5-6 Nisan 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası AŞ Vakfı), s.175-204. (Banka Mevduatı)

DOĞANCI, Doğa Ekrem, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul 2018.

DOMANİÇ, Hayri, Tüm Banka Kredi Sözleşmeleri İle Tüm Faktoring Sözleşmeleri Geçersizdir, İstanbul 2007.

ERALP, Özgür, İnternet Bankacılığı ve Kredi Kartı Dolandırıcılığının Teknik, Hukuki ve Cezai Boyutu, Ankara 2012.

ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m.27”, İÜHFD, C.74, S.2, Y.2016, s.709-737.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020. (Genel Hükümler)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2020. (Özel Hükümler)

ERTAŞ, Şeref, “Sürekli Borç İlişkilerinde (Dauerschuldverhaeltnisse) Zamanaşımı”, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, Özel Sayı, Y.2014, s. 3093-3104.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977.

GİRGİN, Ömer Ali, “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi”, ANDÜHFD, C.5, S.1, Y.2019, s.135-155.

GÖZÜTOK, Zeki, Faiz Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Yeniden Basılmış 3. Baskı, Ankara 2015.

GÜL, İbrahim, “Manevi Tazminatın İşlevi Ne Olmalı?”, HKÜHFD, C.6, S.11, Ocak 2016, s.121-157.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Baskı, İstanbul 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001. (Özen Borcu)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan ‘Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı’ Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, MÜHFHAD, C.22, S.3, s.1221-1240. (Basiretli İş Adamı)

GÜMÜŞSOY, Güler, “Bankacılık İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları”, İKÜHFD, C.12, S.1, Y.2013, s.177-211. (Genel İşlem Koşulları)

GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

HATEMİ, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, İstanbul 2017.

HAVUTÇU, Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

HELVACI, Mehmet, Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.

İŞINTAN, Pelin, “İsviçre Federal Mahkemesi’nin Bankacının Bilgi Verme Yükümlülüğü ile İlgili 16 Ağustos 2011 Tarihli Kararının İncelenmesi”, GÜHFD, C.10, S.1, Ocak 2011, s.503-520.

İNAL, Emrehan, “İnternet Dolandırıcılığı Eylemlerine Karşı Bankanın Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2010, s.365-375.

İNAN, Ali Naim/ **YÜCEL**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

İNCEOĞLU, Murat, “Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat”, BATİDER, C.24, S.4, Y.2008, s.78-121.

İSLAMOĞLU, Gülşah, “Havale”, EÜHFD, C.14, S.2, Y.2019, s.525-552.

KAPLAN, İbrahim, “Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, 1990, s.449-460.

KARADAĞ, Özgür, Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar, 2. Baskı, Ankara 2015.

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar/ **PARLAR**, Aynur, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2014.

KARAKAŞ, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, AÜHFD, C.62, S.3, Eylül 2013, s.729-759.

KARAMAN COŞGUN, Özlem, “Bankaların, Telekomünikasyon Şirketlerinin ve Mevduat Sahiplerinin İnternet Bankacılığında Doğan Sorumlulukları”, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C.2, Samsun 2012, s.169-200.

KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler V, Ankara 1997.

KARAYALÇIN, Yaşar, “Kredi Düzeninin Korunması”, BATİDER, C.6, S.3, Haziran 1972, s.539-573. (Kredi Düzeni)

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, “Kişilik Hakkının İhlalinde Manevi Tazminat”, THD, C.11, S.115, Mart 2016, s.39-55.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011.

KOCAMAN, Arif B., “Banka Havalesinde Ciro Sözleşmesi Çerçevesinde Verilen Ödeme Talimatının Hukuki Niteliği”, BATİDER, C.20, S.3, Haziran 2000, s.17-38.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ **HATEMİ**, Hüseyin/ **SEROZAN**, Rona/ **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4’üncü Basıdan 7’nci Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

KONURALP, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.

KÖSE, Gülşen, Elektronik Havale ve Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2011.

KUNTALP, Erden, “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler – Tartışmalar, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Türkiye İş Bankası AŞ Vakfı), s.79-102.

KURBAN MERMEROĞLU, Gamze, “İnternet Bankacılığının Banka ve Müşteri Açısından Yükümlülük ve Sorumluluklarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

KUTLU, Melis, “İbra Sözleşmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C.11, S.110, Ocak 2019, s.18-34.

LALE, Muktedir, “İnternet Bankacılığında Hukuki Sorumluluk”, THD, C.5, S.42, Şubat 2010, s.21-28.

MAKAS, Recep, “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre Özen Borcu”, GÜHFD, C. 16, Y.2012, S.4, s.149-180.

MERAL, Ömer Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.1139-1206.

OĞUZ, Cemal, “Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 1993.

ORDU, Ayten, “Medeni Usul Hukukunda Genel Olarak İspat ve İlk Görünüş İspatı”, YÜHFD, C.1, S.1, Mayıs 2018, s.153-184.

ORTAÇ, Nurdan Orbay, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticari İşlerde Faiz”, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2014, s.117-134.

ÖZ, Turgut, “Banka Havalelerinde Sebepsiz Zenginleşme”, KHÜHFD, C.5, S.1, Haziran 2017, s.139-148.

ÖZDAMAR, Emine, “Temerrüt Faizi Kavramı ve Çeşitli Dava ve Takiplerde Başlangıç Zamanı”, THD, C.9, S.96, Ağustos 2014, s.60-69.

ÖZDİLEK, Ali Osman, “İnternet Bankacılığında Çalınmadan Kim Sorumlu?”, Bilişim ve Hukuk Dergisi, S.7, Y.2008/2, s.6-8.

ÖZKAN, Tuba, “İnternet bankacılığı kullanımını etkileyen faktörler: Atatürk Üniversitesi Personeli Üzerine Bir Uygulama”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.

ÖZKAYA, Erarslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Ankara 2016.

ÖZSÖKER, Gökberk, “Türk Borçlar Kanunu’nun Emredici Hükümlerinin Sözleşme Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi”, KHÜHFD, C.4, S.1, s.59-78.

PARLAR, Ali/ **AKIN**, Mustafa/ **HATİPOĞLU**, Muzaffer, Bankacılık Ceza Hukuku, Ankara 2010.

REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

SARI, Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.

SAVAŞ, Abdurrahman, “İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri”, SÜHFD, C.19, S.2, Y.2011, s.137-166.

SULLINS, Lauren L., “Phishing for a Solution: Domestic and International Approaches to Decreasing Online Identity Theft”, Emory International Law Review, Volume 20, No 1, Spring 2006, 397-434.

SÜZEN, Begüm, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 10’uncu Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki”, BAÜHFD, C.11, S.145-146, Eylül - Ekim 2016, s.1111-1146.

ŞEKER, Muzaffer, Yazılmamış Sayılma, 1. Basıdan 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2019.

ŞEN, Mustafa Serhat/ **ŞEN**, Mustafa Kamil, “Türk Borçlar Kanunu’nda Faiz Hükümleri ve Sınırları Adi İşlerde Faiz Ticari ve Tüketici İşlemi Olmayan İşlerde Faiz”, TAAD, S.35, Y.9 - Temmuz 2018, s.469-516.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım’dan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010. (Mes’uliyet)

TAŞPINAR, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001. (İspat Sözleşmeleri)

TAŞPINAR, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, AÜHFD, C.45, S.1-4, s.533-572.

TEKÇE, Fatma Nur, “Manevi Tazminat Davalarında Görevli ve Yetkili Mahkeme”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFHAD, Özel Sayı, C.22, S.3, 2016, s.2623-2641.

TEKDEMİR, Faruk, “İspat Yükü ve İkrar”, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.4, Temmuz 2017, s.200-213.

TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Baskı, İstanbul 2009.

TİFTİK, Mustafa/ **BOLAT**, Elif, “Uygulamada Vekilin Özen Borcu”, KÜHFD, C.5, S.2, Aralık 2017, s.165-180.

TOK, Ahmet/ **GÜN TOK**, Sabiha, “Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.90, S.2016/5, Eylül-Ekim 2016, s.15-45.

TOPUZ, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.

TOPUZ, Murat, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan ‘Zararın Öğrenilmesi’ Olgusu (TBK m.72)”, THD, C.14, S.157, Eylül 2019, s.1774-1782.

TUTUMLU, Mehmet Akif, “Havale Yoluyla Yapılan Ödemede İspatın Konusu”, THD, C.10, S.108, Ağustos 2015, s.126-130.

TÜRK, Ahmet, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007.

UMAR, Bilge / **YILMAZ**, Ejder, İspat Yükü, Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1980.

UZUN ŞENOL, Pınar, “Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiil Kavramı ve Uygulanacak Faiz”, HKÜHFD, C.6, S.11, Ocak 2016, s.285-299.

ÜLGEN, Hüseyin, “Havalenin Geri Alınması”, İÜHFM, C.32, S.2-4, Y.1966, s.934-944.

ÜNLÜ, Ufuk, “İnternet Bankacılığı Sisteminde Tüketicilerin Karşılaşacağı Olası Saldırı ve Çözüm Önerileri”, Bankacılar Dergisi, S.104, Y.2018, s.82-96.

YAĞCI, Kürşad, “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHFİM, C.71, S.2, Y.2013, s.421-437.

YARDIMCI, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017.

YAVUZ, Nihat, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015.

YELMEN, Adem, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

YENİOCAK, Umut, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.107, Y.2013, s.75-96.

YILMAZ, Süleyman, Hukuki Açından İnternet Bankacılığı, Ankara 2010.

ZEVKLİLER, Aydın/ **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Bası, Ankara 2019.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

ATAMER, Yeşim, Genel İşlem Koşullarının Denetimi – BK, TK ve TKHK, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/yesimatamersunum0217.pdf>

bddk.org.tr

CAO, Yinzhi/ **Lİ**, Song/ **WIJMANS**, Erik, “(Cross-)Browser Fingerprinting via OS and Hardware Level Features”, NDSS’17, 26 February - 1 March 2017, San Diego, CA, USA, 1-15 (https://www.ndss-symposium.org/wp-content/uploads/2017/09/ndss2017_02B-3_Cao_paper.pdf).

KADAR, Tamas, “Device Fingerprinting- What is It And How Can it Reduce Fraud?”, <https://seon.io/resources/device-fingerprinting/>

KADAR, Tamas, “Browser Fingerprinting – Good for Fraud Detection, But Is It Enough?”, <https://seon.io/resources/browser-fingerprinting-good-for-fraud-detection-but-is-it-enough/>

shiftdelete.net

sozluk.gov.tr

tr.euronews.com

www.haberturk.com

www.hukukturk.com

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.legalbank.net

www.lexpera.com.tr

www.tbb.org.tr

www.usom.gov.tr