

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**NAKİT DIŞI ÖDEME USULLERİ ÇERÇEVESİNDE
PARA BORCUNUN
BANKA HAVALESİ YOLUYLA ÖDENMESİ**

DOKTORA TEZİ

K. Ali SONAT

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

ŐUBAT 2010

ÖNSÖZ

Nakit dışı ödeme usulleri, temas ettiği ifa teorisi, iş görme sözleşmeleri, kusura dayanan ya da kusursuz sorumluluk gibi alanlar itibariyle, pek çok çetrefilli hukuki sorunu bünyesinde barındıran, zengin bir konu. Bu çalışmanın da çıkış noktası, her ne kadar nakit dışı ödeme usullerini salt ifa teorisi yönünden incelemek idiyse de, konu üzerinde derinleştikçe, çalışmanın kapsamının bu ödeme biçimlerinden salt birisi ile, temel nakit dışı ödeme biçimi olan banka havalesi ile sınırlandırılmasının yerinde olacağı düşünüldü.

Bu çalışmanın tamamlanmasında sabırla beni yönlendiren, değerli hocam, tez danışmanım Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca tezin araştırma ve yazım aşamalarında bana büyük destek olan, hocalarım, Prof. Dr. Serap Helvacı'ya ve pek çok kez değerli görüşlerine başvurduğum, tez süreci boyunca katkılarını esirgemeyen Prof. Dr. Atilla Altop'a teşekkürü borç bilirim. Her zaman kendisine danışma olanağı bulduğum ve fikirleri ile hep yol gösterici olan Prof. Dr. Yalçın Çakalır'a ve doktora tez konusunun seçiminden, bu çalışmanın tamamlanmasına kadar, beni sürekli aydınlatan, her alanda gösterdiği ilgi ve yardımlarla, bana büyük katkıları olan Doç. Dr. Burak Özen'e ve hukuki yaklaşımlarından her zaman yararlandığım Arş. Gör. Ayberk Çakalır'a ayrıca teşekkür etmek isterim.

Bu tez çalışmasının araştırma aşamasının bir kısmı İsviçre Lozan'daki İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsünde yürütülmüştür. Bana zengin kaynaklarından yararlanma fırsatı veren bu Enstitüye ve yurt dışında bu çalışmayı sürdürebilmemde önemli katkısı olan, hocam, Prof. Dr. Gökhan Antalya'ya teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
Önsöz	ii
İçindekiler	iii
Kısaltmalar	xv
Résumé.....	xix
Abstract	xxv
Özet	xxx
Giriş.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN HUKUKİ TEMELLERİ

I. TEMEL KAVRAMLAR	7
A. Para Borcu.....	7
1. Para Borcunun Konusu.....	7
2. Para Borcunun Hukuki Niteliği.....	8
B. Nakit Dışı Ödeme	10
C. Banka Havalesi	12
1. Kavram	12
2. Türleri.....	14
a. Havale Tutarının Aktarım Biçimine Göre	14
i. Salt Nakit Ödemeye Dayalı Banka Havalesi.....	14
ii. Nakit Dışı Banka Havalesi	15
iii. Karma Nitelikli Banka Havalesi.....	16
b. Havale İşlemine Katılan Banka Sayısına Göre.....	16
i. Kurum İçi Banka Havalesi	17
ii. Zincirleme Banka Havalesi	18
3. Banka Havalesinin Hukuki Niteliği	19
a. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Görüşü	19

b. Vekalet Sözleşmesi Görüşü	19
c. Alacağın Temliki ve Borcun Nakli Görüşleri	21
d. Havale Görüşü	22
II. BANKA HAVALESİ YOLUYLA ÖDEMENİN HUKUKİ KURGUSU	26
A. Genel Olarak Banka İle Müşterisi Arasındaki Hesap İlişkisi	26
1. Cari Hesap Sözleşmesi	27
2. Ciro Sözleşmesi	30
a. Ciro Sözleşmesinin Hesap Açma ve Cari Hesap Sözleşmeleri ile Olan İlişkisi	31
i. Cari Hesap Sözleşmesi ile Olan İlişki	31
ii. Hesap Açma Sözleşmesi ile Olan İlişki	33
b. Ciro Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	38
i. Öğretideki Görüşler	39
aa. Eser Sözleşmesi Görüşü	39
bb. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	39
cc. İsimsiz Sözleşme Görüşü	40
ii. Görüşlerin Değerlendirilmesi	41
B. Banka Havalesi Yoluyla Yapılan Ödeme Sürecinde Taraflar Arasında Kurulan İlişkiler	45
1. Havaleci Borçlu ile Bankası Arasındaki İlişki (Karşılık İlişkisi)	46
a. Ödeme Talimatı	46
i. Ödeme Talimatının Hukuki Niteliği	47
ii. Ödeme Talimatının Şekli	49
iii. Ödeme Talimatının İçeriği	50
iv. Ödeme Talimatının Yerine Getirilmesi	51
aa. Bankanın Ödeme Talimatını Yerine Getirme Yükümlülüğü	51
bb. Ödemeyi Talimatın İçeriğine Uygun Şekilde Yerine Getirme Yükümlülüğü	54
b. Havale Tutarının Havalecinin Hesabına Borç Kaydedilmesi	57
i. Borç Kaydı İşleminin Hukuki Niteliği	57
aa. Öğretideki Görüşler	57

aaa. Borç Kaydını Bankanın Masrafının Karşılanması ya da Bankaya Masraf Avansı Sağlanması Olarak Nitelendiren Görüş	58
bbb. Borç Kaydını Bankanın Hesap İlişkisinden Doğan Borcunu Ödemesi (Kaydi Paranın Lehdara Aktarılması) Olarak Nitelendiren Görüş	60
bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	63
ii. Borç Kaydı İşleminin Cari Hesap Bakiyesi Üzerindeki Etkisi	64
2. Banka ile Havale Lehdarı Alacaklı Arasındaki İlişki (Ödeme İlişkisi)	66
a. Bankanın Havale Tutarını Lehdara Aktarma Yükümlülüğü (Lehdarın Havale Tutarının Hesabına Aktarılmasına Yönelik Talep Hakkı)	67
i. Yükümlülüğün Dayandığı Hukuki İlişki	67
ii. Yükümlülüğün Tabi Olduğu Koşullar	68
b. Havale Lehdarının Banka Nezdinde Soyut Bir Alacak Hakkı (Havale Tutarı Üzerinde Tasarruf Olanağı) Elde Etmesi	71
i. Banka Nezdinde Soyut Alacak Hakkının Doğumu	71
aa. Öğretideki Görüşler	72
aaa. Banka Havalesini BK m. 457 Anlamında Havale Olarak Nitelendiren Görüş	72
bbb. Soyut Borç İkrarı Görüşü	75
ccc. Banka Havalesini BK m. 457 Anlamında Havalenin Özel Bir Türü Olarak Nitelendiren Görüş	76
bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	78
ii. Bankaya Karşı Elde Edilen (Soyut) Alacak Hakkının Banka ile Lehdar Arasındaki İlişki Bakımından Etkisi	82
c. Valör Kavramı ve Lehdarın Havale Tutarı Üzerinde Tasarruf Olanağı Elde Etmesi Bakımından Etkisi	85
3. Zincirleme Banka Havalesinde Havale Sürecine Katılan Bankalar Arasındaki İlişki (Takas İlişkisi)	85
a. Zincirleme Banka Havalesinin Hukuki Niteliği	86
i. Öğretide ve Yargı Kararlarında Benimsenen Görüşler	86
ii. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	89
b. Bankalar Arasında Kaydi Paranın Aktarılması ve Buna Olanak Sağlayan Hukuki İlişki	94

i. Karşılığın Havalecinin ve Lehdarın Bankası Arasındaki Doğrudan Hesap İlişkisi Sayesinde Aktarılması	95
aa. Bankalar Arasındaki Karşılıklı Hesap İlişkisinin Özellikleri.....	95
bb. Bankalar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	96
aaa. Öğretideki Görüşler	96
bbb. Değerlendirme ve Sonuç	98
ii. Karşılığın Muhabir Banka Aracılığıyla Aktarılması	100
aa. Karşılığın Muhabir Banka Aracılığıyla Aktarılmasının Arz Ettiği Özellikler	101
bb. Havalecinin ya da Lehdarın Bankası ile Muhabir Banka Arasındaki İlişki.....	102
iii. Karşılığın Clearing Sistemi Aracılığıyla Aktarılması	105
aa. Merkezi Ödeme (Clearing) Sisteminin Genel Özellikleri.....	105
bb. Türkiye’de Gerçekleşen Zincirleme Havaleler Bakımından Elektronik Fon Transferi (EFT) Sistemi.....	110
aaa. Katılımcı Banka ile Clearing Kuruluşu (TCMB) Arasındaki İlişki	113
bbb. Havalecinin Bankası ile Lehdarın Bankası Arasındaki İlişki	115
III. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN KESİNLEŞMESİ.....	118
A. Ödeme Talimatının Geri Alınması.....	118
1. Ödeme Talimatını Geri Alma Olanığı	118
a. BK m. 461/f. I Hükmünün Ödeme Talimatının Banka Karşısında Geri Alınması Olanığı Üzerindeki Etkisi (Havalecinin Lehdar Karşısında Geri Alınabilirliği)	120
b. Ödeme Talimatını Geri Alma Olanığının Sona Ermesi (Ödeme Talimatının Banka Karşısında Kesinleşmesi)	123
i. Kurum İçi Banka Havalesi Bakımından.....	124
ii. Zincirleme Banka Havalesi Bakımından.....	125
aa. Havaleci İle Bankası Arasındaki İlişkide Talimatın Kesinleşmesi.....	126
bb. Havalecinin Bankası ile Lehdarın Bankası Arasındaki İlişkide Talimatın Kesinleşmesi	128

aaa. Karşılığın Lehdarın Bankasına Doğrudan Havalecinin Bankası Tarafından Ya Da Muhabir Banka Aracılığıyla Aktarıldığı Havalede Kesinleşme Anı	128
bbb. Karşılığın Lehdarın Bankasına Ödeme Sistemi (EFT) Aracılığıyla Aktarıldığı Havalede Kesinleşme Anı	130
2. Ödeme Talimatının Geri Alınmasının Sonuçları	133
a. Bankaya Zamanında İletilmemiş Olan Geri Alma Talimatı Bakımından	133
b. Bankaya Zamanında İletilen Geri Alma Talimatı Bakımından	134
i. Banka İle Havaleci Arasındaki İlişkideki Sonuçlar.....	134
ii. Banka İle Havale Lehdarı Arasındaki İlişkideki Sonuçlar	135
aa. Öğretide ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler.....	135
aaa. Bankanın Lehdardan Havale Tutarının İadesini Talep Edebileceği Yönündeki Görüş (Kazandırmanın Geçerli Sebep Ten Yoksun Olduğu Yönündeki Görüş)	136
bbb. Bankanın Kural Olarak Lehdardan İade Talep Edemeyeceği Yönündeki Görüş (Alacak Kaydının Kural Olarak Geçerli Bir Kazandırma Teşkil Ettiği Yönündeki Görüş)	138
bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	140
B. Ödeme Talimatının İptali	143
1. Havalecinin Ödeme Talimatını İptal Etme Olanığı.....	144
2. Ödeme Talimatının İptal Edilmesinin Sonuçları.....	147
a. İptalin Banka ile Havaleci Arasındaki İlişkideki (Karşılık İlişkisindeki) Sonuçları.....	147
b. Ödeme Talimatının İptalinin Banka ile Lehdar Arasındaki İlişkideki Sonuçları (Alacak Kaydı İşlemi Üzerindeki Etkisi)	149
i. Öğretideki Görüşler	149
aa. Ödeme Talimatının İptalinin Alacak Kaydı İşlemi Üzerinde Etkili Olmayacağı Yönündeki Görüş	149
bb. Ödeme Talimatının İptalinin Alacak Kaydı İşlemini Geçersiz Kılacağı Yönündeki Görüş.....	151
ii. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	153

İKİNCİ BÖLÜM
BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN
BORCA UYGUNLUĞU

I. KAYDI PARANIN BORCA KONU İTİBARIYLA UYGUNLUĞU (BANKA HAVALESİ YOLUYLA ÖDEME OLANAĞI).....	158
A. Yasadan Kaynaklanan Kabul Yükümlülüğü.....	159
1. BK m. 83/f. I Anlamında Yasal Ödeme Aracı Kavramı	159
2. 4857 Sayılı İş Kanunu m. 32/f. II Uyarınca Kaydi Parayı Kabul Yükümlülüğü.....	163
3. Kaydi Para İle Yapılan Ödemeyi Kabul Yükümlülüğünün (TMK m. 2) Dürüstlük Kuralından Kaynaklandığı Durumlar.....	163
B. Kaydi Para İle Ödeme Yönünde Tarafların Anlaşması.....	165
1. Kaydi Para İle Ödeme Konusunda Tarafların Anlaştıkları ya da Anlaştıklarının Varsayıldığı Durumlar	165
a. Tarafların Gerçek İradelerine Dayanan Anlaşma	165
i. Açık İrade Beyanları Uyarınca.....	165
ii. Örtülü İrade Beyanları Uyarınca	166
aa. Alacaklının Bankada Ciro Hesabı Açtırması	166
bb. Alacaklı Tarafından Banka Hesap Bilgilerinin Borçluya İletilmesi	169
b. Tarafların Varsayılan İradelerine Dayanan Anlaşma	170
i. Genel Olarak Sözleşmeden Doğan Para Borçlarında Tamamlayıcı Yorum Yoluyla Tarafların Varsayılan İradelerinin Tespiti	170
ii. Tarafların Varsayılan İradelerinin Tespitinde Başvurulabilecek Unsurlar	172
aa. Hesaba Havale İle Ödeme Yönündeki İşlem Teamülü.....	173
bb. Vergi Mevzuatı Gereğince Ödemenin Banka Aracılığıyla Yapılması ve Tevsiki Zorunluluğu.....	175
2. Kaydi Para İle Ödeme Anlaşması Zemininde Gerçekleştirilen Havalenin (Para Borcunun Sona Ermesi Bakımından) Etkisi.....	179
a. Kaydi Paranın Aktarılmasının İfa Teşkil Edip Etmediği Sorunu	180
b. BK m. 458/f. I Hükümünün Etkisi.....	184
3. Alacaklının Ödeme Tartzını Tek Taraflı Olarak Belirleme Olanığı	187

II. BANKA HAVALESİ İLE YAPILAN ÖDEMEDE İFA YERİ BAKIMINDAN UYGUNLUK	191
A. Genel Olarak	191
B. Para Borcunun Yasal Ödeme Yeri	193
C. Banka Havalesi Yoluyla Ödeme Anlaşmasının Ödeme Yeri Ve Risk Dağılımı Üzerindeki Etkisi	194
III. ÖDEME ZAMANI BAKIMINDAN UYGUNLUK	199
A. Ödemenin Gerçekleşmesinin Gerekli Olduğu Anın Belirlenmesi	199
B. Banka Havalesinde Ödeme Anı	200
1. Ödeme Anı Bakımından Mukayeseli Hukukta Benimsenen Çözümler	201
a. İngiliz Hukuku	201
b. Amerikan Hukuku.....	205
c. Alman Hukuku.....	206
d. Model Kanunlarda Benimsenen Çözümler.....	207
i. Uluslararası Para Hukuku Komitesi'nin (MOCOMILA) Para Borçlarında Ödeme Anı Hakkındaki Model Kanunu	207
ii. Uluslararası Havalelere İlişkin Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu Model Kanunu (CNUDCI/UNCITRAL).....	208
iii. UNIDROIT İlkeleri	209
2. Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Ödeme Anı	210
a. Yargı Kararlarında Benimsenen Çözümler.....	210
b. Öğretideki Görüşler	212
i. Havale Tutarının (Karşılığın) Gönderildiği Anı Esas Alan Görüş.....	213
ii. Ödeme anının belirlenmesi bakımından havale türünü esas alan görüş	215
iii. Alacaklının Havale Tutarı Üzerinde Tasarruf Olanığı Kazandığı Anı Esas Alan Görüş.....	219
3. Görüşümüz	224
IV. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN KİŞİ UNSURU AÇISINDAN BORCA UYGUNLUĞU	226
A. Ödemeyi Yapması Gereken Kişi Bakımından	226
B. Ödemenin Yapılması Gereken Kişi Bakımından	228

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN BORCA UYGUN OLMAMASININ SONUÇLARI

I. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN ZAMANINDA GERÇEKLEŞMEMESİNE BAĞLI SONUÇLAR	234
A. Genel Olarak	234
B. Borçlunun Gecikme Zararından Sorumluluğu	236
1. Genel Olarak	236
2. Borçlunun Kendi Kusurlu Davranışından Kaynaklanan Gecikme Nedeniyle Sorumluluğu	238
3. Borçlunun Ödeme Sürecine Katılan Banka(lar)dan Kaynaklanan Gecikme Nedeniyle Sorumluluğu	239
a. Borçlunun Ödeme Talimatı Verdiği Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından	241
b. Aracı Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından.....	242
c. Lehdarın Hesabına Alacak Kaydını Gerçekleştiren Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından	243
i. Öğretide Savunulan Görüşler	243
ii. Değerlendirme	245
C. Bankanın Gecikmeden Doğan Zarardan Sorumluluğu	247
1. Genel Olarak	247
2. Bankanın Havaleci Müşterisi Karşısında Sorumluluğu	249
a. Ciro Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk	250
i. Bankanın Kendi Kusurlu Davranışının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluğu	251
aa. Ciro Sözleşmesinde Borca Aykırılık Bakımından Esas Alınan Ölçüt.....	252
aaa. Genel Olarak BK m. 390 Çerçevesinde Vekilin Özenli İş Görmeme Nedeniyle Sorumluluğu	252
bbb. Özenli İş Görme Yükümlülüğü Bakımından Ciro Sözleşmesinin Arz Ettiği Özellik	255
bb. Ciro Sözleşmesinde Borca Aykırılık Olarak Bankanın Özenli İş Görmemesi Nedeniyle Sorumluluğu	256
aaa. Bankanın Ödeme Talimatını Hiç İcra Etmemesi.....	257
bbb. Bankanın Ödeme Talimatını Zamanında İcra Etmemesi	258

ccc. Ödeme Talimatının Talimata Uygun Şekilde İcra Edilmemesi	260
aaaa. Havale Tutarındaki Hatadan Sorumluluk	260
bbbb. Havale Tutarının Yanlış Kişinin Hesabına Aktarılmasından Sorumluluk.....	261
aaaaa. Lehdara İlişkin Bilgiler Eksik İse	261
bbbbbb. Lehdara İlişkin Bilgiler Çelişkili İse.....	263
ii. Bankanın Elektronik Bilgi İşlem Sistemi Arızalarından Sorumluluğu	266
aa. Elektronik Bilgi İşlem Arızası Olarak Tanımlanan Durumlar	266
bb. Sorumluluğun Tabii Olduğu Rejimin Belirlenmesi	268
aaa. Öğretideki Görüşler	268
aaaa. Kusursuz Sorumluluk Görüşü.....	268
bbbb. Kusur Sorumluluğu Görüşü.....	270
bbb. Görüşlerin Bankanın Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi ve Sonuç	271
cc. Benimsenen Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Özensiz İş Görmeye Dayanan Tazminat Talebi.....	275
aaa. Sistemin Tasarlanmasından ve Organizasyonundan Sorumluluk	276
bbb. Programlama Hatasından Sorumluluk.....	280
ccc. Bakım ve Kullanım Hatasından Sorumluluk.....	281
ddd. Sisteme Kötüniyetli Müdahaleden Sorumluluk.....	282
iii. Bankanın Müşterisine Karşı Havale Zincirindeki Diğer Bankaların Davranışlarından Sorumluluğu	285
aa. Ciro Sözleşmesinde Bankanın Edim Yükümlülüğünün Kapsamı	285
aaa. Öğretide İleri Sürülen Görüşler	286
aaaa. Bankanın İş Görme Ediminin Ödeme Talimatını (Sonraki Bankaya) Gereği Gibi Aktarmakla Sınırlı Olduğu Yönündeki Görüş.....	287
bbbb. Bankanın İş Görme Ediminin Havale Tutarını Lehdarın Bankasına Aktarmakla Sınırlı Olduğu Yönündeki Görüş.....	288
cccc. Bankanın İş Görme Edimine Havale Tutarının Lehdarın Hesabına Aktarılmasının Dahil Olduğu Yönündeki Görüş.....	289
bbb. Değerlendirme	291

bb. Ciro Sözleşmesinde Havale Zincirinde Yer Alan Bankaların Karşılık İlişkisi Bakımından Nitelendirilmesi.....	295
aaa. Genel Olarak Öğretide Yardımcı Şahıs Alt Vekil Ayırımında Esas Alınan Ölçütler	295
bbb. Alt Vekil – Yardımcı Şahıs Ayırımında Esas Alınan Ölçütlerin Havale Zincirine Yer Alan Bankalar Bakımından Uygulanması.....	299
aaaa. Clearing Sistemini İşleten Olarak Merkez Bankasının Durumu	299
bbbb. Muhabir Banka(lar)nın Durumu	302
cccc. Lehdarın Bankasının Durumu.....	305
ccc. Benimsenen Nitelendirmenin Havalecinin Bankasının Gecikmeden Sorumluluğu Bakımından Sonuçları	306
aaaa. Aracı Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından.....	306
bbbb. Lehdarın Bankasından Kaynaklanan Gecikme Bakımından.....	307
b. Bankanın Sorumluluğunun Genel İşlem Şartları İle Sınırlandırılması.....	308
i. Bankanın Sorumluluğunun Kusur Unsuru Bakımından Sınırlandırılması	309
aa. Genel Olarak	309
bb. Bankanın Sorumluluğunu Kusur Unsuru Bakımından Sınırlandıran Anlaşmanın Geçerliliği	310
aaa. Özenli İş Görme Yükümlülüğü Bakımından.....	310
bbb. BK m. 99 ve m. 100’de Öngörülen Sınırlamalar Bakımından.....	313
ccc. Soyut Norm Denetimi.....	315
ii. Bankanın Sorumluluğunun Miktar Bakımından Sınırlandırılması	319
3. Bankanın Müşteri Olmayan Kişi Karşısında Sorumluluğu.....	323
a. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Teorisi Uyarınca Sorumluluk.....	324
i. Genel Olarak.....	324
ii. Bankanın Müşteri Olmayan Havaleci Karşısındaki Sorumluluğu	325

b. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi Uyarınca Sorumluluk.....	329
i. Üçüncü Kişi İle Edim Alacaklısı Arasındaki İlişkinin Esas Alınması	331
ii. Üçüncü Kişi ile Borçlunun Edimi Arasındaki İlişkinin Esas Alınması	334
c. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Uyarınca Sorumluluk.....	336
d. Sözleşme Ağı (<i>Netzvertrag</i>) Teorisi Uyarınca Sorumluluk.....	337
II. ÖDEMENİN HİÇ GERÇEKLEŞMEMİŞ OLMASINA BAĞLI SONUÇLAR	340
A. Havaleci Borçlu İle Lehdar Alacaklı Arasındaki İlişkideki Sonuçlar	340
1. Havaleci Borçlunun (Tekrar) Ödeme Yükümlülüğü.....	341
a. Genel Olarak Edim Hasarı Kavramı	341
b. Banka Havalesi Yoluyla Yapılan Ödeme Bakımından Edim Hasarının Geçişi	343
i. Genel Olarak Götürülecek Borç Niteliğindeki Para Borcunda Edim Hasarının Geçişine İlişkin Kural	343
aa. Öğretide İleri Sürülen Görüşler.....	343
bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	345
ii. Benimsenen Kuralın Banka Havalesi Bakımından Sonuçları (Edim Hasarının Alacaklıya Geçtiği An).....	347
aa. Kurum İçi Havalede Edim Hasarının Geçtiği An	348
bb. Zincirleme Havalede Edim Hasarının Geçtiği An	349
2. Havaleci Borçlunun Ödemenin Gecikmesinden Doğan Zarardan Sorumluluğu.....	351
B. Ödemenin Hiç Gerçekleşmemiş Olmasının Banka Ve Havaleci Müşteri Arasındaki İlişki Bakımından Sonuçları.....	352
1. Bankanın Havale Tutarını İade Yükümlülüğü	353
a. Bankanın Havaleci Müşterisine Karşı Olan İade Yükümlülüğü	355
i. Bankanın Müşteriden Masraf Talep Etme Olanığı Bakımından.....	355
ii. Bankanın Havaleci Müşterisine Karşı Olan Tazminat Talebi	359
b. Bankanın Müşterisi Olmayan Havaleciye Karşı İade Yükümlülüğü	363

i. Genel Olarak Vekâlet Sözleşmesinde Müvekkilin Alt Vekile Karşı Doğrudan Talep İmkânı (BK m. 391/f. III).....	363
ii. BK m. 391/f. III Temelinde Havale Tutarının İadesi Talebi.....	365
2. Havalecinin Bankasının Havalecinin Uğradığı Dolaylı Zarar Nedeniyle Sorumluluğu.....	366
Sonuç.....	368
Kaynakça.....	374
Özgeçmiş.....	390

KISALTMALAR

AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis (PJA)
Art.	: Artikel
art.	: Article
AT	: Allgemeiner Teil
ATF	: Recueil des arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
Aufl.	: Auflage
AÜHFİM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
b.	: Bent
B.	: Bası
BACS	: Banker's Automated Clearing Services
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
BB	: Betriebs Berater
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes
BK	: Borçlar Kanunu
bk.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CCS	: Code Civil Suisse

CEDIDAC	: Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CHAPS	: Clearin House Automated Payment System
CHIPS	: Clearing House Interbank Payment System
CISG	: United Nations Convention on Contracts For The International sale of Goods
CNUDCI	: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL)
CO	: Code des Obligations
dn.	: Dipnot
DTNS	: Designated Time Net Settlement System
DTA	: Datenträgeraustausch
E.	: Esas
EFT	: Elektronik Fon Transferi
H.	: Heft
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
hk.	: Hakkında
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
ILA	: International Law Association
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journal des Tribunaux
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
kıs.	: Kısaca
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

LCD	: Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986.
LP	: Loi fédérale du 11 Avril 1889 sur la poursuite pour dettes et faillite.
m.	: Madde
MOCOMILA	: The Committee on International Monetary Law of the International Law Association
mük.	: Mükerrer
N.	: Numara
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OJF	: Organisation Judiciaire Fédérale
OR	: Obligationenrecht
Q.B	: Queen's Bench
RDAI	: Revue de droit des affaires internationales
RDS	: Revue de droit suisse
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
RSDA	: Revue Suisse de Droit des Affaires
RSDIE	: Revue suisse de droit international et de droit européen (SZIER)
RSJ	: Revue Suisse des Juristes
RTGS	: Real Time Gross Settlement System
S.	: Sayı
sh.	: Sahife
SIC	: Swiss Interbank Clearing
SJ	: Semaine Judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SWIFT	: Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
UNIDROIT	: Institut International pour l'Unification du Droit Privé
vd.	: Ve devamı
vorbem.	: Vorbemerkungen
VUK	: Vergi Usul Kanunu
WM	: Wertpapier-Mitteilungen
WZG	: Neue Währungs- und zahlungsmittelgesetz
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenverein
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (RDS)

RESUME

Dans les transactions, que ce soit entre les profanes soit entre les commerçants, il y a toujours le problème de transfert d'une valeur. Ce qui est primordial pour les parties de cette transaction, c'est de la réaliser rapidement et d'une manière fiable et d'éviter le plus possible les frais supplémentaires. Lorsque cette transaction se réalise en vue d'une dette d'argent, le transfert de cette valeur dite "paiement", peut s'effectuer aussi bien qu'à travers de certains moyens qui ont une entité matérielle que par l'intermédiaire de certaines personnes, sans égard à l'utilisation de ces moyens matériels. Surtout le fait qu'une banque se trouve en position d'intermédiaire pour l'opération de paiement, aurait des effets tant pour les parties qui participent à l'opération tant sur l'opération elle-même.

Dans le cadre de service de paiement sans espèce, la particularité de l'activité d'intermédiaire effectuée par la banque, concerne le fait que ce processus du transfert s'effectue non pas par un échange physique des moyens portant cette valeur, mais d'une manière scripturale, c-à-d par le biais d'un jeu d'écriture sur des comptes en banque(s). Grâce au progrès dans ces systèmes de transfert employés par la banque, le coût de l'opération diminue et il permet à la banque d'accomplir le processus avec moins de frais, plus rapidement et de manière plus fiable. D'autre part, à la différence d'un quelconque intermédiaire, la banque vise à enrichir sa clientèle et à atteindre une masse plus large avec les prestations qu'il propose. Comme les autres services fournis par la banque, c'est surtout l'existence de cet objectif qui crée une certaine simplification et l'uniformisation dans le service de paiement sans espèce.

Quant au virement bancaire, parmi les autres moyens de paiement sans espèce, il est considéré comme un archétype. Même, il ne serait pas exagéré de dire que la plupart de moyens de paiement scripturaux modernes ont été dérivés du virement bancaire. Donc les principes juridiques de base qui régissent le virement bancaire et les solutions offertes aux problèmes juridiques créés par ce dernier, pourront servir de base à résoudre les problèmes juridiques engendrés par ces modes de paiement scripturaux dérivés.

Dans notre étude, au cas où on servirait du virement bancaire pour le paiement d'une dette d'argent, les effets du transfert de la monnaie scripturale sur la relation de valeur entre le créancier et le débiteur et les risques typiques créés lors de ce transfert pour les parties participantes ont été analysés. Les conséquences principales tirées et certains points à accentuer sont ci-dessous:

La première partie de notre thèse a été consacrée à la présentation de fondements juridiques du paiement par virement bancaire. Dans ce contexte, après avoir défini les notions de dette d'argent, paiement scriptural et virement bancaire, on a cherché à expliquer les relations juridiques qui permettent de transférer le montant du virement du compte du débiteur à celui du créancier.

De par sa nature juridique, même si le virement bancaire n'est pas une assignation au sens du BK m. 457 ss., le fait qu'il présente tant de similitudes quant à sa fonction et sa structure juridique avec l'assignation au sens du BK m. 457, nécessitent en même temps que les dispositions sur l'assignation soient appliquées par analogie.

La condition préalable du paiement par virement bancaire, c'est l'existence d'une relation de compte entre la banque et le client. En principe cette relation de compte se compose d'un contrat de giro et d'une convention de compte courant. D'ailleurs par l'ouverture d'un compte courant ou bien d'un compte soumis au régime de compte courant, on admet qu'un contrat de giro a été conclu tacitement entre la banque et le client, en vertu duquel la banque se charge des paiements du client par passation d'écritures. Par sa nature juridique, le contrat de giro est un contrat de service, et selon la doctrine dominante dont nous faisons parti, un contrat de mandat typique au sens du art. 389 CO ss.

Il faut préciser que concernant les relations formées entre la banque et les parties lors d'un processus concret de paiement, en particulier en ce qui concerne les droits et obligations réciproques de la banque et du client, soit les dispositions relatives à l'assignation au sens de l'art. 457 CO ss., soit le régime juridique du contrat de giro et de la convention de compte courant sont déterminantes. Dans le cadre de notre travail, on a préféré d'examiner ce processus en prenant en considération les relations bilatérales entre les parties.

Partant, dans la relation entre le donneur d'ordre-débiteur et la banque, l'élément déclencheur du processus de paiement, c'est l'ordre de virement transmis à la banque sur la base du contrat de giro. Suite à cet ordre, la banque débitera le compte du donneur d'ordre-débiteur et bonifiera le compte du bénéficiaire-crédancier ou le compte de la banque de ce dernier. L'inscription au débit du compte correspond au remboursement par avance des frais encourus par la banque mandataire au sens de l'art. 394/I CO.

En ce qui concerne la nature juridique de l'ordre de virement, c'est d'une part l'acte d'autorisation formant la relation du virement au sens de BK m. 457, d'autre part une instruction dans le cadre du contrat de mandat qui concrétise l'obligation de gestion d'affaire de la banque mandataire. L'obligation de faire de la banque en vertu du contrat de giro, lorsqu'il s'agit d'un virement interne c'est de bonifier le compte du créancier-bénéficiaire; lorsqu'il s'agit d'un virement en chaîne, la banque conserve les mêmes obligations que dans un virement interne, à savoir procéder aux écritures comptables nécessaires afin de procurer au bénéficiaire une somme d'argent par voie scripturale.

La relation entre la banque et le bénéficiaire-crédancier est également soumise au régime juridique du contrat de giro et aux dispositions relatives à l'assignation. Par l'inscription du montant viré au crédit du compte, le bénéficiaire acquiert une créance "abstraite" contre la banque. Toutefois, selon notre avis, l'inscription au crédit du compte ne doit pas être considérée comme la notification de l'acceptation au sens de art. 459/I CO mais l'exécution elle-même du virement par la banque.

Au cas où le compte du donneur d'ordre et du bénéficiaire se trouvent dans des banques différentes, le transfert de la couverture à la banque du bénéficiaire se réalise soit sur la base de relation de compte directe ou indirectement par l'intermédiaire d'une banque correspondante, soit par l'intermédiaire de système de clearing. Dans chacun de

ces hypothèses, la relation instaurée entre les établissements bancaires est une relation de compte impliquant le contrat de giro et la convention de compte courant. Par ailleurs, la participation de plusieurs banques dans le processus de virement ne modifie pas la qualification retenue concernant la relation triangulaire créée entre le donneur d'ordre, l'établissement bancaire et le bénéficiaire dans le virement interne. Dans le virement en chaîne, la situation juridique est identique à celle du virement interne; il n'y a qu'une seule relation d'assignation dont l'assignant est le donneur d'ordre, l'assignataire est le bénéficiaire. La relation entre la banque du donneur d'ordre et celle du bénéficiaire dépend d'une relation de sous assignation.

Pour que le processus du transfert de la monnaie scripturale ainsi décrit ci-dessus puisse éteindre la dette d'argent, ce processus doit être définitivement achevé, ce qui permet au bénéficiaire de disposer librement du montant. De ce point de vue, on a cherché à préciser la finalité du virement, autrement dit, la question de savoir à partir de quand l'ordre de virement devient irrévocable pour le donneur d'ordre ou bien s'il est possible pour le donneur d'ordre d'annuler l'ordre de virement.

Dans le cadre de la question de la finalité du virement, la révocation de l'ordre de virement est une contre instruction sur la base du contrat de giro qui vise à supprimer les effets juridiques d'un ordre de virement antérieur. Par conséquent, sauf convention contraire, le donneur d'ordre peut librement révoquer son ordre jusqu'au moment de l'exécution de cette dernière. Comme il ne s'agit pas de notification de l'acceptation dans le virement bancaire, l'art. 461/II ne s'applique pas. Si la révocation est tardive, elle ne produira pas d'effet à l'encontre de la banque. Par contre, si le donneur d'ordre a révoqué son ordre à temps, la banque ne pourra pas débiter le montant du virement au titre de remboursement des frais au sens de l'art. 394/I CO; en principe la banque a un droit à la restitution du montant viré contre le bénéficiaire sur la base d'enrichissement illégitime.

Une fois que l'ordre de virement est exécuté et devient irrévocable, on rencontre la question de savoir si le donneur d'ordre peut-il empêcher ce transfert en annulant cet ordre de virement. Par principe l'ordre de virement qui est elle-même une déclaration de volonté adressée à la banque et par conséquent soumise aux règles générales régissant des actes juridiques, est annulable en vertu de l'art 31 CO ss. Suite à l'annulation de l'ordre de virement, la banque est chargée de restituer le montant viré au donneur d'ordre dans la mesure où elle le récupère du bénéficiaire. Par ailleurs comme l'annulation produit des effets ex tunc et supprime la relation d'assignation en tant que cause de l'attribution, l'inscription du montant viré au crédit du compte du bénéficiaire constitue un enrichissement illégitime au profit de ce dernier.

Dans la seconde partie, on a analysé les conditions nécessaires pour que le paiement par virement puisse créer l'effet d'exécution dans la relation de valeur entre débiteur et créancier. D'une manière générale, l'effet d'exécution dépendrait du fait que la prestation effectuée par le débiteur soit conforme à la dette quant à l'objet, au lieu, au temps et à la personne.

Du point de vue de la conformité de la prestation au contenu de la dette, l'objet de la prestation du débiteur dans le virement bancaire, c'est la monnaie scripturale. En droit Turc, sauf dispositions particulières et à l'exception de principe de bonne foi, on ne saurait parler d'une obligation légale générale pour le débiteur d'accepter la monnaie scripturale. Autrement dit, la monnaie scripturale n'équivaut pas à la monnaie du pays

ayant cours forcé au sens de l'art. 83/I CO. C'est pourquoi, la conformité de la monnaie scripturale par rapport à l'objet de la dette dépend de l'accord des parties sur ce mode de paiement. Cet accord peut s'appuyer aussi bien sur la volonté réelle des parties que sur les volontés hypothétiques issue des particularités de la relation de dette d'argent concernée. En cas d'accord des parties quant au mode du paiement, le transfert du montant du virement au créancier sera considéré comme l'exécution elle-même, non pas une prestation à titre de paiement.

Quant au lieu d'exécution de dette, sur la base d'accord des parties, le fait que le débiteur soit autorisé à payer par virement bancaire, n'aura pas d'incidence sur le caractère portable de la dette d'argent. Par conséquent dans le virement bancaire, tant que le montant viré n'a pas été apporté au lieu d'exécution déterminé et que le créancier n'a pas eu la libre disposition sur ce montant, l'effet d'exécution n'aura pas lieu dans la relation de valeur. Toutefois, l'existence d'un tel accord n'est pas sans effet sur le lieu d'exécution de dette d'argent. Elle provoquera une modification sur le lieu d'exécution et en principe, c'est le lieu où se trouve la filiale de l'établissement bancaire qui gère le compte du bénéficiaire-créancier. Ainsi à partir du moment où le montant viré aura atteint au lieu de paiement, il faudrait considérer que le risque du retard ou de perte du montant sera à la charge du créancier.

Dans le virement bancaire, le moment du paiement doit être apprécié selon les dispositions relatives à l'assignation, surtout qu'il faut prendre en considération le moment où le bénéficiaire acquiert une créance abstraite et irrévocable contre la banque. Dans le virement bancaire, le bénéficiaire détient une telle position juridique, au plus tôt, lorsque le montant viré a été crédité au compte du bénéficiaire. Apart cela, la notification de cet inscription au bénéficiaire n'est pas déterminante pour le moment de l'accomplissement du paiement.

En ce qui concerne l'élément de personne dans l'exécution de dette, du fait que les dettes d'argent font parties des dettes dont l'exécution personnelle n'est pas obligatoire, l'identité de la personne qui a effectué le transfert de la monnaie scripturale sur le compte du créancier, n'est pas déterminant sur l'effet d'exécution. Par ailleurs, l'accord de paiement par virement bancaire n'aura pas d'incidence sur l'identité de la personne qui reçoit le paiement. Concrètement, l'effet d'exécution a lieu non pas à partir du moment où le montant viré a été transféré à la banque, mais au moment où la banque a crédité ce montant au compte du bénéficiaire.

La troisième partie de notre thèse a été consacrée aux conséquences de la non conformité du virement bancaire aux conditions précisées dans la partie précédente. Un paiement par virement bancaire qui n'est pas conforme à la dette, produirait deux risques essentielles dans la relation entre le créancier et le débiteur, à savoir le retard dans le paiement et le non paiement.

Dans le rapport de valeur, si le créancier a subi des dommages à cause du retard du paiement, le débiteur sera responsable contre le créancier dans la mesure où ce retard constitue le demeure du débiteur au sens de l'art. 101/II CO. Le débiteur sera tenu de payer des dommages-intérêts en vertu de l'art. 101/II CO. Lorsque le dommage subi n'est pas recompensable par dommage-intérêts, en principe le débiteur est responsable non seulement de sa propre faute mais aussi des comportements dommageables de la banque à qui l'ordre de virement est adressé – qui est considéré comme auxiliaire en vertu de l'art. 100 CO – et ceux des autres autres banques intermédiaires employées par

la banque du donneur d'ordre. Quant au retard imputable à la banque du bénéficiaire, le créancier devrait assumer les conséquences dommageables du retard, sauf que cette banque n'a pas été imposée au créancier par le débiteur.

En principe, le débiteur qui assume le risque de retard dans la relation de valeur, dirige son prétention en dommages-intérêts à la banque avec laquelle il est en relation de compte et à laquelle il a adressé l'ordre de virement. La responsabilité de la banque à l'encontre du donneur d'ordre-client dépend du fait que la banque a violé fautivement son obligation de diligence au sens de l'art. 390 provenant du contrat de giro. En ce qui concerne le retard causé par le dysfonctionnement des systèmes électroniques de fonds, la banque est responsable de ce dommage selon le principe de faute. Ainsi, en vertu de la présomption de faute, la banque est tenu responsable du dommage résultant du dysfonctionnement tant qu'elle a prouvé qu'elle a agit avec toute la diligence nécessaires dans la conception, la programmation, le maintien et l'utilisation du système.

S'agissant du retard imputable aux banques intermédiaires impliquées dans une virement en chaîne, la banque du donneur d'ordre est tenu responsable des comportements de ces banques contre le donneur d'ordre. A ce point là, il faut faire une distinction parmi les banques participantes au processus du virement. La banque correspondante est considérée comme l'auxiliaire de la banque du donneur d'ordre au sens de l'art. 100 CO dans le rapport de couverture. Il en va de même pour la banque centrale en tant que gestionnaire du système de clearing. Exceptionnellement, si le risque de retard est assumé par le débiteur dans la relation de valeur, la banque du donneur d'ordre est également responsable des comportements de la banque du bénéficiaire. Car dans le rapport de couverture, la banque du bénéficiaire est le sous mandataire de la banque du donneur d'ordre au sens de l'art. 389/III CO.

Dans la plupart des cas, la responsabilité de la banque à cause du retard dans le virement est tempérée par des clauses exonératoires impliqué dans les conditions générales des banques, tant selon le critère du degré de la faute commise, tant selon le montant du dommage subi. A préciser que les conventions d'exonération de responsabilité fondées sur le degré de la faute sont valables dans les limites prévues dans les articles 99/II et 100/III CO. Comme on retient que l'activité bancaire fait partie des industries concédées par l'autorité au sens de l'art. 99/II et 100/III CO, la banque ne peut s'exonérer que pour sa faute légère et pour toute faute de ses auxiliaires. Quant à la convention d'exonération de responsabilité fondée sur le montant du dommage, les restrictions légales des articles 99/II et 100/III CO sont également applicables, même si le donneur d'ordre n'a pas averti la banque à propos des risques particulières d'une exécution imparfaite. La banque ne sera pas responsable de la faute légère de son employé si le donneur d'ordre a négligé la mise en garde de la banque concernant le risque du retard. Toutefois, l'omission d'un tel avis à propos du risque extraordinaire pourrait constituer une faute réciproque et peut avoir pour conséquence de réduire le montant du dommage-intérêts, même en cas de faute grave de la banque.

Le donneur d'ordre-débiteur peut diriger sa prétention en dommages-intérêts à une tiers banque, celle dont le donneur d'ordre n'est pas le client. Sur ce sujet, en doctrine on cherche à expliquer le fondement juridique de cette prétention par des théories comme la théorie de réparation du dommage du tiers, du contrat avec l'effet protecteur pour le tiers, de la stipulation pour autrui et du réseau contractuel.

Une autre risque éventuelle qui peut surgir en cas de non conformité du virement à la dette, c'est la perte du montant viré qui peut causer le non paiement de la dette. Dans la relation de valeur entre le débiteur et le créancier, au cas où le montant viré est perdu, la question de savoir si le débiteur est obligé de payer une seconde fois ou non, se détermine par rapport au moment du transfert du risque de perte au créancier. S'agissant de paiement scriptural – à la différence de paiement en espèces – il faut admettre que la perte du montant doit être assumée par le créancier à partir du moment où le montant transféré a été acquis par la banque du bénéficiaire-crédancier. Dans cette hypothèse, bien que la dette d'argent n'ait pas été éteinte par l'exécution, le donneur d'ordre-débiteur est considéré quand même libéré de sa dette. À côté de non paiement, la perte du montant peut en même temps entraîner un retard dans le paiement. Dans la mesure où ce retard cause un dommage et le risque de perte du montant est assumé par le débiteur dans la relation de valeur, le débiteur sera également tenu responsable des conséquences dommageables de ce retard.

En cas de non paiement de dette d'argent, dans la relation de couverture entre la banque et le donneur d'ordre il s'agit du problème de restitution du montant viré au compte du donneur d'ordre client. Sur ce sujet, la question de savoir si la banque est obligée de restituer ou non le montant se décide selon les dispositions du Code des Obligations régissant le contrat de mandat. Ainsi en vertu de l'art 394/I et 392 CO, la banque n'est pas fondée à débiter et est tenue de restituer le montant litigieux au donneur d'ordre, à moins qu'elle ne prouve la régularité objective de l'exécution de son mandat dans le cadre du contrat de giro. Toutefois au cas où le donneur d'ordre est fautif, la banque aurait une prétention en dommages-intérêts contre le donneur d'ordre fondée sur l'art 394/II qui lui permettrait de libérer de son obligation de restitution. Dans certains cas exceptionnels, sur la base de l'art. 391/III CO, le donneur d'ordre choisit de se retourner contre la banque destinataire pour la restitution du montant perdu qui est considérée comme sous mandataire. Finalement dans la rapport de couverture, les explications précitées sur le régime juridique concernant la responsabilité de la banque dans le contrat de giro sont valables pour la responsabilité de la banque du donneur d'ordre du dommage causé par le retard lié au non paiement.

ABSTRACT

In the casual daily shoppings, the business life or the commercial relations, there is always the problem of conveying a value among people. The importance in this process for the parties is, that this conveying be carried out fast and securely with less cost as possible. Generally, it won't be wrong to begin with the money debt and a debt relation in the base of the conveying, it won't be wrong to begin with a debt relation and especially, a money debt, in the base of the conveying. On these conditions, it is necessary that the payment be made fast and securely and without cost for the parties to the money debt relation. The conveying of this value among the parties to the debt relation, in other words, the payment, can be performed with some agents having physical asset, and also with the participation of particular people as free of whether these agents are used or not. That there is a bank in the position of the agent performing the payment gives important results for the participant parties and actually the process itself.

The feature of this activity that the bank performs is not relating the value of the payment of the objects being transferred physically from somewhere to another place but through execution within the bank's record system. The development of the payment systems that the bank uses decreases the process costs and enables the transfer of value being made faster, safer and with less cost. Moreover, the bank, different from any other agent, aims to expand its customer network and address its service to the broader audience. This aim of the bank makes the payment in question become uniform and easy, as in the other banking services.

A bank transfer represents a basic payment type among the non-cash payment services, which is an archetype – first sample, and the other payment types derived from the bank transfer. In this aspect, the legal grounds to which the payment that is made via the credit transfer, and the solutions to the legal problems that occur due to this type of payment, will enlighten the solution to the problems that occur due to the non-cash payment type. Concretely in this work, the effect of deposit money transfer via credit transfer on the relationship of money debt and also the risks that arise for the parties from this payment transaction is evaluated. The subject is discussed in three main parts:

The first part includes the explanation of the legal grounds which are necessary for the payment via credit transfer. In this regard, money debt, non-cash payment and credit transfer concepts are mentioned in this part to further enlighten the explanations and later the legal structure which enables the transfer between the debtor and the creditor is analysed.

While credit transfer, due to its legal nature, is not a delivery order in respect of article 457 ff. of Turkish Law of Obligations, its similarities with the delivery order foreseen in art. 457 LO in respect of its nature and function require the application of the said statutory provisions on the credit transfer by analogy.

The prerequisite of payment via credit transfer is the account relation between the customer and the bank. This relation is composed of current account and giro agreements between the bank and the customer. The customer opens an account that works like a current account in the bank and thus, dependent on this current account relation, a giro agreement is assumed established between the bank and the customer covertly, the subject of which is the fulfillment of the payment orders of the customer. This giro agreement is in the nature of a service contract and according to the opinion that we agree with it is a typical agency agreement within the meaning of art. 389 ff. LO.

For the relations established between the bank and the parties during the individual payment transaction, especially in respect of the mutual rights and obligations of the bank and the customer, the current account and giro agreements as well as the statutory provisions on the delivery order (art. 457 ff. LO) are determinant. This individual payment via credit transfer has been examined in our study based on the bilateral relations between the parties participating in the transaction.

Accordingly, what starts the payment process via credit transfer is the order of payment that the debtor forwards to the bank based on the giro agreement. Upon this order, the bank transfers the amount of money to the account of the creditor or to the bank of the creditor after it has debited the amount of transfer to the account of the debtor. This debit transaction is the payment of cost that arises due to the service of the bank in respect of article 394/I LO, which corresponds to an advance payment for the cost of the bank. Payment order, on the other hand, is an act of authorization that establishes the delivery order relation in respect of art. 457 LO as well as a specifying instruction to the bank that embodies the performance obligation of the bank with respect to the giro agreement. While in in-house transfer the obligation of the bank based on this order is to credit the amount of transfer to the account of the creditor, in chain transfer, according to the opinion that we agree with, it is to mandate the bank of the beneficiary in order to credit the amount of the transfer to the account of the creditor.

The relation between the creditor and the bank is also subject to the agency agreement as well as statutory provisions on the delivery order. Upon the credit of the amount to the account of the creditor, the creditor acquires an "abstract" claim against the bank. But this credit transaction does not correspond to the acceptance of the delivery order by the bank in respect of art. 459/I LO, but to the execution of the actual delivery order.

If the accounts of the creditor and debtor are in different banks, the necessary coverage to the bank of the creditor is transferred via direct account relationship between two banks or indirectly via corresponding bank or clearing system. In both cases, the relation between the banks is based on current account and giro agreements since it is basically an account relation. On the other hand, participation of more than one bank in the payment process doesn't make any difference on the basic delivery order relationship between the parties. In case of chain transfer, just like the in-house transfer, there is only one delivery order relationship, where the debtor is the transferor and the creditor is the beneficiary.

In order to admit that the non cash payment discharge the debtor from his obligation, the transfer of the deposit money to the creditor has to become final. In this

work, the question of the finality of the payment via credit transfer is discussed in respect with the revocation and the cancellation of the transfer by the debtor.

The revocation of the payment order within the frame of the payment's becoming definite, is a counter instruction based on the giro agreement which cancels the previous payment order. Consequently, until the payment order is executed, the debtor can revoke his order. Since there is no notification of acceptance in the credit transfer at this point, the art. 461/II LO is not applicable in credit transfer. An order that is not revoked on time shall not have any consequences against the bank. On the other hand, if the transferor has revoked his order on time, the bank can not claim the amount of the transfer as a cost from the transferor; as a rule, the bank may request the return of the amount of credit transfer from the beneficiary based on the unjust enrichment.

As a rule, the payment order which is a declaration of intent, can be cancelled in accordance with the art. 31 LO by the transferor. Upon the cancellation of payment order, the bank shall be obliged to return the amount of transfer to the transferor to the extent that it can manage the return of the amount from the beneficiary. On the other hand, since this cancellation shall eliminate the transfer transaction retroactively, the allocation to the beneficiary by the bank becomes an unjust enrichment.

In the second part, the conditions which are required for the payment via credit transfer to create the effect of fulfillment on the value relationship between debtor and the creditor are determined. Generally the occurrence of the effect of fulfillment in payment via credit transfer depends on the fact that the performance is suitable to the debt in terms of object, place, time and person.

In the payment via credit transfer, the object of the performance of the debtor is deposit money. In Turkish law, with the exception of some cases foreseen in special laws and the principle of good faith there is no general obligation of acceptance in respect of the payment via deposit money. In this respect, deposit money can be suitable for the object of the money debt only if there's an agreement on it between parties. Such an agreement can be based on the actual will of the parties or on the presence of the hypothetical wills of parties depending on the characteristics of the solid payment transaction. A credit transfer based on such an agreement is viewed not as a performance in lieu of fulfillment but as a performance itself.

The fact that the debtor is authorized for payment via credit transfer does not create any difference in the character of "bringing obligation" of the money debt in respect of the place of payment of the debt. Unless the amount of transfer is taken to the place of performance, that is, unless the creditor obtains the opportunity of disposal on the amount of transfer, the effect of performance does not occur. However, presence of such an agreement changes the legal place of the performance of the money debt. Thus the place of performance of the debt is the branch where the account of the creditor is being held. The risks of delay or loss of transferred amount shall be attributed to the creditor starting from the moment that the amount of transfer reaches the place of performance. In terms of time of payment, the specific moment at which the creditor obtains an abstract (unconditional) and irrevocable claim according to the provisions of the delivery order against the bank should be taken as basis. In credit transfer, the creditor acquires this legal position as early as the moment at which the amount of transfer is credited in the account of the beneficiary. The notification of the credit to the creditor is not relevant with the time of the payment.

Since the money debts are the kind of debts that shouldn't be necessarily performed by the debtor, it is not the determinant in respect of performance effect who transferred the deposit money to the account of the creditor. On the other hand, the payment agreement via credit transfer does not create any difference in respect of the person to whom the payment shall be effectuated. In this regard, the effect of fulfillment takes place not at the moment of payment to the bank but at the moment that the transferred amount is credited into the account of the creditor.

The third part is reserved to the credit transfer which is not performed in accordance with the conditions determined in the previous part. In this aspect, results of non-convenience of the payment via credit transfer to the money debt are discussed in two subtitles as the "non timeliness of payment" and "non-execution of the payment".

If the creditor had damages due to delay of payment in the relation of value, the debtor is responsible against the creditor in accordance with the article 101/II LO. In case of a damage which can not be compensated with interest of delay, the debtor is responsible not only for his own fault but also for the delay that the bank which is considered as the special agent of the debtor in accordance with the art. 100 LO, to which he transmitted the payment order and for the corresponding bank which was instructed by the originating bank. The risk of delay that is caused by the beneficiary's bank falls within the creditor's scope of risk unless this bank is imposed upon to the creditor by the debtor.

As a rule the debtor who has undertaken the risk of delay in the relation of value, shall claim the indemnification of his damage from the bank to which he has transmitted the payment order. The responsibility of the bank against the transferor customer depends on the condition that the bank has breached its obligation of loyal and diligent execution at fault in accordance with the art. 390 LO which arises from the giro agreement. At this point the principle of fault responsibility is also valid for the delays caused by disfunctions in bank's electronic data processing system. Unless the bank can prove that it shows the required care for the design, programming, maintenance and use of its system, it will be responsible for a delay caused by a malfunction.

If the delay is caused by other banks in the chain of credit transfer, it is possible to keep the bank of the debtor for the behaviors of these banks. On the other hand, there is a distinction in respect of attribution within the frame of strict liability of the said bank against the bank of the debtor. Within the coverage relation, the corresponding bank which is instructed by the originating bank, is considered as the special agent of the originating bank in respect of art. 100 LO. Likewise, in the transfer which is performed by means of clearing system, the Central Bank that processes the system is also considered as the special agent of the originating bank. As an exception, if the transferor has undertaken the risk of delay caused by the beneficiary's bank in relation of value, then it is possible to keep the originating bank responsible for the behavior of the beneficiary's bank. The beneficiary's bank is a sub-agent in respect of the art. 389/III LO in coverage relation.

The responsibility of the bank in respect of delay is limited to the degree of fault and indemnification in the non-responsibility terms in the general bank conditions. In Turkish Law the contract terms which are limiting the responsibility of the debtor in respect of the degree of the fault, are subject to the limitation in art. 99/II and 100/III LO. At this point, it should be taken into account that the banking activity is being

conducted upon a prerogative granted by the government. Likewise the limitation of the responsibility in respect of the damage, are also subject to the limitations foreseen in art. 99/II and 100/III LO and the inability to keep the bank responsible for the damage exceeding the interest loss due to the non-performance of the obligation of the transferor to warn the bank is only valid in the possibility where the bank employees are negligent. In addition, it shall be deemed a reason of reduction in indemnification by the judge even in the possibility that the bank is heavily faulty if the transferor hasn't warned the bank about the extraordinary damage.

The transferor debtor may request the indemnification of his damage that he has been incurred in the relation of value from the third bank of which he is not a client. At this point, the theories of indemnification of the damage of the third party, contract in the advantage of the third party, contract with the effect of protecting the third party and network of contracts have been discussed as a legal basis on which the transferor debtor may base his claim for indemnification.

In money debts the second consequence of the unsuitability of the performance to the debt is the "non payment". In respect of the obligation of the debtor to effectuate payment in the relation of value, the moment at which the risk of loss is transferred to the creditor is determinant. The risk of loss in non-cash payments shall be attributed to the creditor starting from the moment that the amount of transfer reaches the beneficiary's bank. Although the money debt is not paid, the transferor debtor is considered as discharged from the money debt. As the money debt is fulfilled, the transferor debtor is freed from the money debt. If the transferred amount does not reach the designated account of the creditor, this might causes a delay at the same time. If the creditor has incurred a damage due to such delay, the debtor shall also be responsible for that damage in case that the risk of loss is attributed to the debtor.

In respect of the obligation of the bank to return the transferred amount to the account of the transferor, the statutory provisions of the agency contract is determinant. Accordingly, unless the bank proves that it has performed its obligation in respect of the art. 394/I LO, it has to return the transferred amount to the transferor client. In addition, if the bank has an indemnification claim against the transferor in respect of the art. 394/II LO, it can avoid returning the said amount. The transferor, exceptionally, may request the return of the transferred amount from the beneficiary's bank which is considered as sub-agent in respect of the art. 391/III LO. The responsibility of the bank for the indirect damage that the transferor has been incurred due to the non-performance of payment is subject to the regime of responsibility arising from the giro agreement.

ÖZET

Gerek ticari gerek ticari olmayan adi nitelikli ilişkilerde her zaman, kişiler arasında bir değer aktarılması sorunu ile karşılaşılır. İşlemin tarafları açısından önemli olan, bu aktarımın mümkün olduğunca masrafsız, süratli ve güvenli şekilde gerçekleştirilmesidir. Söz konusu aktarıma bir para borcu esas teşkil ettiğinde, borç ilişkisinin tarafları arasında bu değer aktarılması, diğer bir deyişle ödeme işlemi, maddi varlığı olan bazı araçlar sayesinde gerçekleştirilebileceği gibi, bu araçların kullanılıp kullanılmamasından bağımsız şekilde belirli aracı kişilerin katılımı ile de sağlanabilir. Bu aracılık faaliyetinin bir banka tarafından yerine getirilmesi, işleme katılan taraflar ve bizatihi işlemin kendisi için önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Nakit dışı ödeme hizmeti çerçevesinde bankanın gerçekleştirdiği bu aracılık faaliyetinin özelliği, ödemenin ilgili değeri içeren nesnelere fiziksel anlamda bir yerden başka bir yere taşınması suretiyle değil, bankanın kendi organizasyonu bünyesinde kaydi olarak gerçekleştirilmesidir. Bu aktarım sistemlerinin gelişmesi ise, bankanın işlem maliyetini azaltmakta ve gerçekleştirilen değer aktarımının daha az masrafla, daha süratli ve güvenli şekilde tamamlanmasını sağlamaktadır. Öte yandan, herhangi bir aracından farklı olarak, banka, müşteri çevresini genişletmeyi ve sunduğu hizmetin geniş kitlelere hitap etmesini hedefler. Bankanın bu hedefi, diğer bankacılık hizmetlerinde olduğu gibi, söz konusu ödeme işleminin yeknesaklaşmasını ve basitleşmesini sağlamaktadır.

Banka havalesi, nakit dışı ödeme hizmetleri arasında temel ödeme biçimini yani bir arketip – ilk örnek – teşkil etmekte olup, diğer kaydi paranın aktarılmasına hizmet eden diğer ödeme biçimlerinin banka havalesinden türetilmiş olduğu söylenebilir. Bu itibarla banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin tabi olduğu hukuki esaslar ve bu ödeme biçiminde ortaya çıkan hukuki sorunlara getirilecek çözümler, diğer nakit dışı ödeme biçimlerinden doğan sorunların çözümüne de ışık tutacaktır.

Bu çalışmada, banka havalesinin bir para borcunun ifasına hizmet ettiği durum esas alınmak suretiyle, kaydi paranın aktarılmasının para borcu ilişkisinin tarafları arasındaki bedel ilişkisi üzerindeki etkileri ve yine bu ödeme işleminden taraflar için doğan başlıca riskler ele alınmıştır. Bu kapsamda vardığımız başlıca sonuçlar ve vurgulanması gerektiğini düşündüğümüz konular şunlardır:

Çalışmamızın birinci bölümü, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin gerçekleştirilmesi için gerekli olan hukuki temellerin açıklanmasına ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle para borcu, nakit dışı ödeme ve banka havalesi kavramlarına değinildikten sonra, havale tutarının para borçlusundan para alacaklına aktarılmasına olanak sağlayan hukuki kurgu ortaya konulmuştur.

Banka havalesi, hukuki niteliği itibarıyla BK m. 457 vd. anlamında havale olmamakla birlikte, yapısı ve işlevi bakımından BK m. 457 vd. öngörülen havale ile arz ettiği benzerlikler, havale hükümlerinin banka havalesine kıyasen uygulanmasını

gerektirmektedir. Banka havalesi yoluyla ödeme işleminin gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu ise, müşteri ile banka arasındaki hesap ilişkisidir. Bu hesap ilişkisi, cari hesap ve ciro sözleşmelerinden oluşmaktadır. Banka nezdinde cari hesap şeklinde işleyen bir hesap açtırılması sonucunda, banka ile müşteri arasında örtülü olarak, konusu müşterinin ödeme talimatlarının yerine getirilmesi olan bir ciro sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir. Bu ciro sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi niteliğinde olup, benimsediğimiz görüşe göre, BK m. 389 vd. hükümleri anlamında tipik vekâlet sözleşmesidir.

Münferit ödeme işlemi sırasında banka ve taraflar arasında kurulan ilişkiler, özellikle banka ve müşterinin karşılıklı hak ve yükümlülükleri bakımından ise, BK m. 457 vd.'daki havale hükümlerinin yanı sıra cari hesap ve ciro sözleşmeleri belirleyicidir. Çalışmamızda bu münferit ödeme işlemi, işleme katılan taraflar arasındaki ikili ilişkiler esas alınarak incelenmiştir.

Buna göre, banka havalesi yoluyla ödeme sürecini başlatan, borçlunun ciro sözleşmesine dayanarak bankaya ilettiği ödeme talimatıdır. Bu talimat üzerine banka, havale tutarını öncelikle borçlunun hesabına borç kaydettikten sonra, söz konusu tutarı alacaklının hesabına ya da alacaklının bankasına aktarır. Söz konusu borç kaydı işlemi, BK m. 394/f. I anlamında bankanın iş görmeden doğan masraf alacağının önceden karşılanması, yani bankaya masraf avansı verilmesidir. Bu ödeme talimatı, bir yandan BK m. 457 anlamında havale ilişkisini kuran bir yetkilendirme işlemi, diğer yandan da bankanın ciro sözleşmesinden doğan edim yükümlülüğünü somutlaştıran bir iş görme talimatı niteliğindedir. Bankanın bu talimat zemininde somutlaşan edim yükümlülüğü, kurum içi havalede, havale tutarını alacaklı lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi, zincirleme havalede ise, katıldığımız görüşe göre, alacaklı lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirmeye yönelik olarak alacaklının bankasının aracılığına başvurmasıdır.

Alacaklı lehdar ile bankası arasındaki ilişki de, vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesi ile alacaklı lehdar, bankaya karşı “soyut” bir talep hakkı elde eder. Bununla birlikte, söz konusu alacak kaydı işlemi BK m. 459/f. I anlamında havalenin banka tarafından kabulü değil, bizatihi havalenin banka tarafından icra edilmesine karşılık gelir.

Alacaklı ve borçlunun hesapları farklı bankalarda bulunuyor ise, alacaklının bankasına gerekli karşılığın aktarılması, bankalar arasındaki doğrudan hesap ilişkisi üzerinden veya dolaylı olarak bir muhabir banka veyahut clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilir. Her iki durumda da bankalar arasında kurulan ilişki, esasen bir hesap ilişkisi olması itibarıyla cari hesap ve ciro sözleşmelerine dayanır. Öte yandan ödeme sürecine birden fazla bankanın katılması, temel havale ilişkisi üzerinde değişiklik yaratmaz. Zincirleme banka havalesinde de kurum içi havaledeki gibi, borçlunun havalesi, alacaklının ise, havale lehdarı konumunda olduğu tek bir havale ilişkisi söz konusudur.

Alacaklı lehdarın hesabına aktarılan kaydi paranın para borcunu sona erdirdiğinin kabul edilebilmesi için, bu aktarımın kesinleşmiş olması da gereklidir. Bu çerçevede kaydi para aktarımının borçlu havaleci tarafından geri alınabilir ya da iptal edilebilir olup olmadığı ele alınmıştır.

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin kesinleşmesi bakımından geri alma talimatı, önceki ödeme talimatının etkisini ortadan kaldıran, ciro sözleşmesi temelinde verilmiş bir karşı talimat niteliğindedir. Dolayısıyla ödeme talimatı icra edilene kadar borçlu talimatını geri alabilir. Bu noktada banka havalesinde bir kabul bildirim söz konusu olmadığından BK m. 461/f. II, banka havalesinde uygulanmaz. Zamanında geri alınmamış bir talimat banka karşısında hüküm doğurmayacaktır. Buna karşın havalesi borçlu ödeme talimatını zamanında geri almış ise, banka havale tutarını havalesi borçludan masraf olarak talep edemez; kural olarak banka havale tutarının iadesini sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak lehdar alacaklıdan iadesini talep edebilir.

Havalesi borçlunun bankaya verdiği ödeme talimatı, kural olarak BK m. 31 uyarınca iptal edilebilir bir irade açıklamasıdır. Ödeme talimatının havalesi tarafından iptal edilmesi üzerine banka, havale tutarının lehdardan iadesini sağlayabildiği ölçüde, bu tutarı havalesiye iade ile yükümlüdür. Öte yandan, iptal geriye etkili şekilde havale işlemini ortadan kaldıracığından, banka tarafından lehdara yapılan kazandırma sebepsiz zenginleşme teşkil eder.

İkinci bölümde, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin, borçlu ile alacaklı arasındaki bedel ilişkisi üzerinde ifa etkisi doğurması için bir araya gelmesi gereken koşullar incelenmiştir. Buna göre, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin ifa etkisi doğurması, yerine getirilen edimin, borca, konu, yer, zaman ve kişi unsurları bakımından uygun olmasına bağlıdır.

Borca konu bakımından uygunluk açısından, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede, borçlunun yerine getirdiği edimin konusu kaydi paradır. Türk hukukunda bazı özel yasalarda öngörülen ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlar hariç kaydi para ile ödeme bakımından genel bir kabul yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu itibarla kaydi paranın borcun konusuna uygun olabilmesi, borç ilişkisinin taraflarının bu konudaki anlaşmalarına bağlıdır. Böyle bir anlaşma tarafların gerçek iradelerine ya da somut ödeme işleminin özelliklerinden çıkartılan varsayılan taraf iradelerine dayandırılabilir. Böyle bir anlaşma zemininde gerçekleştirilen banka havalesi ise, ifa yerine edim değil ifa teşkil edecektir.

Borçlunun, yukarıda belritilen anlaşma zemininde banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili olması, borcun ifa yeri bakımından, para borcunun götürülecek borç niteliğinde değişiklik yaratmaz. Şu halde, banka havalesinde de, havale tutarı kararlaştırılan ifa yerine götürülüp, alacaklı havale tutarı üzerinde tasarruf olanağı elde etmedikçe ifa etkisi gerçekleşmiş olmaz. Bununla birlikte, banka havalesi yoluyla ödeme anlaşmasının varlığı, borcun ifa yerinde değişiklik yaratır. Kural olarak para borcunun ifa yeri, alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesinin bulunduğu yerdir. Havale tutarının alacaklıya geç ulaşması ya da hiç ulaşmaması riskleri, havale tutarının ifa yerine ulaşması anından itibaren alacaklıya yüklenir. Ödeme anı bakımından ise, havaleye hükümleri uyarınca, alacaklının bankaya karşı soyut ve geri alınamaz bir alacak hakkı elde ettiği an esas alınmalıdır. Banka havalesinde alacaklı bu hukuki konumu, en erken havale tutarı hesabına alacak kaydedildiği anda elde eder. Alacak kaydı konusunda alacaklıya bildirim yapılması ise, ödemenin tamamlandığı an bakımından belirleyici değildir.

Kişi unsuru bakımından, para borçları ifası bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olmayan borçlardan olduğundan, kaydi paranın alacaklının hesabına kim tarafından aktarıldığı ifa etkisinin doğumu bakımından belirleyici değildir.

Öte yandan banka havalesi yoluyla ödeme anlaşması, ödemenin yapılacağı kişi bakımından para borcunun niteliğinde bir değişiklik yaratmaz. Bu anlamda, ödeme bankaya yapıldığı anda değil, ödenen tutar alacaklının hesabına aktarıldığı anda ifa etkisi gerçekleşir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, havale tutarının alacaklıya aktarılmasının bir önceki bölümde belirlenen koşullara uygun şekilde gerçekleşmemesinin sonuçları ele alınmaktadır. Havale yoluyla yapılan ödemenin borca uygun olmaması, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide ödemenin gecikmesi ya da ödemenin hiç gerçekleşmemesi şeklinde iki temel sonuç doğurur.

Ödemenin zamanında gerçekleşmemesi bedel ilişkisinde alacaklının zarara uğramasına yol açmış ise, bu gecikme BK m. 101/f. II anlamında borçlu temerrüdü teşkil ettiği ölçüde, para borçlusu bu gecikme zararından sorumlu tutulur. Temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zarar söz konusu olduğunda borçlu, kural olarak kendi kusurlu davranışının yanı sıra, BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı sayılan ödeme talimatı verdiği bankanın ve bu bankanın başvurduğu aracı bankanın gecikmeye yol açan davranışlarından da sorumlu olur. Alacaklının hesabının tutulduğu bankadan kaynaklanan gecikme riskinin ise, bu banka bizzat borçlu tarafından belirlenmek suretiyle alacaklıya şart koşulmadıkça, alacaklı tarafından üstlenilmesi gerekir.

Bu şekilde bedel ilişkisinde gecikme riskini üstlenmiş olan para borçlusu, bu gecikme nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini kural olarak ödeme talimatı verdiği bankadan talep edecektir. Bankanın, havaleci müşterisi karşısında sorumlu tutulabilmesi, ciro sözleşmesinden doğan BK m. 390 anlamında özenli iş görme yükümlülüğünü kusurlu şekilde ihlal etmiş olmasına bağlıdır. Bu noktada kusur sorumluluğu ilkesi, bankanın bilgi işlem sistemindeki arızalarından kaynaklanan gecikme bakımından da geçerlidir. Banka, sistemin tasarlanmasında, programlanmasında, bakımından ve kullanımında gerekli özeni gösterdiğini ispat etmedikçe, bilgi işlem sistemi arızalarının yol açtığı gecikme zararından sorumlu olur.

Ödemenin gecikmesine havale zincirindeki diğer bankalar yol açmış ise, borçlunun bankasının bu bankaların davranışlarından sorumluluğu bakımından bir ayırım yapılması gerekir. Ödeme sürecinde borçlunun bankasının başvurduğu muhabir banka, karşılık ilişkisinde borçlunun bankasının BK m. 100 anlamında yardımcı şahsıdır. Keza clearing sistemi aracılığıyla gerçekleşen havalede, sistemi işleten Merkez Bankası da BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs konumundadır. İstisnai olarak bedel ilişkisinde borçlu, lehdar alacaklının bankasından kaynaklanan gecikme riskini de üstlenmiş ise, borçlunun bankasının lehdarın bankasının davranışından sorumlu tutulması söz konusu olur. Lehdarın bankası karşılık ilişkisinde 389/f. III alt vekil konumundadır.

Bankanın gecikmeden sorumluluğu banka genel işlem şartlarındaki sorumsuzluk kayıtlarında kusur ve tazminatın miktarı bakımından sınırlandırılmaktadır. Sorumluluğu kusur unsuru bakımından sınırlandıran sorumsuzluk kayıtları BK m. 99/f. II ve m. 100/f. III'teki sınırlamalara tabidir. Bu noktada bankacılık faaliyetinin devlet tarafından tanınan imtiyazla yürütülen faaliyet olduğunun dikkate alınması gerekir. Keza sorumluluğu miktar bakımından sınırlandıran kayıtlar da, BK m. 99/f. II ve m. 100/f. III'te öngörülen sınırlamalara tabi olup, havalecinin bankayı uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlı olarak bankanın faiz kaybını aşan zarardan sorumlu tutulmaması, yalnızca banka çalışanının hafif kusurlu olduğu olasılıkta geçerli

olur. Bununla birlikte havalecinin olağandışı zarar risk konusunda bankayı uyarmaması, bankanın ağır kusurlu olduğu olasılıkta dahi hakim tarafından tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır.

Havaleci borçlunun bedel ilişkisinde uğradığı zararın tazminini, müşterisi olmadığı, gecikmeye yol açan üçüncü bankadan talep etmesi söz konusu olabilir. Bu noktada havaleci borçlunun tazminat talebini dayandırabileceği hukuki esas olarak, üçüncü kişinin zararının tazmini, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve sözleşme ağı teorileri ele alınmıştır.

Para borçlarında edimin borca uygun olmamasının yol açtığı diğer bir risk ise, havale tutarının kaybedilmesi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ödemenin hiç gerçekleşmemesi olgusudur. Alacaklı ile borçlu arasındaki bedel ilişkisinde, para borçlusunun alacaklıya ödeme yapma yükümlülüğü bakımından, edim hasarının alacaklıya geçiş anı dikkate alınır. Kaydi para ile yapılan ödemede edim hasarı, havale tutarının lehdar alacaklının hesabının bulunduğu bankaya ulaştığı andan itibaren, alacaklı tarafından üstlenilmiş sayılır. Bu olasılıkta esasen para borcu ödenmiş olmamakla birlikte, havaleci borçlu para borcundan kurtulmuş olur. Öte yandan havale tutarının alacaklının belirlenen hesabına hiç ulaşmaması, aynı zamanda bir gecikme teşkil edebilir. Bu gecikme nedeniyle alacaklı zarara uğramış ise, edim hasarı borçluya yüklendiği ölçüde, borçlu, alacaklının uğradığı gecikme zararından da sorumlu tutulur.

Ödemenin hiç gerçekleşmemesi durumunda, bankanın havale tutarını havalecinin hesabına iade yükümlülüğü bakımından, vekâlet sözleşmesi hükümleri dikkate alınacaktır. Buna göre, banka BK m. 394/f. I anlamında vasıta borcunu gereği gibi ifa ettiğini ispat etmedikçe, havale tutarını havaleci müşterisine iade ile yükümlüdür. Bununla birlikte banka, BK m. 394/f. II uyarınca havaleciye karşı bir tazminat alacağına sahip ise, söz konusu tutarı iade etmekten kaçınabilir. Havaleci, istisnai olarak, alt vekil konumundaki lehdarın bankasından BK m. 391/f. III temelinde havale tutarının iadesini talep edebilir. Ödemenin hiç gerçekleşmiş olması nedeniyle havalecinin uğradığı dolaylı zarardan bankanın sorumluluğu ise, daha önce açıklanmış olan bankanın ciro sözleşmesinden doğan sorumluluğu rejimine tabidir.

GİRİŞ

Sıradan günlük alışverişlerde, iş yaşamında veya ticari nitelikli ilişkilerde her zaman, kişiler arasında bir değerin aktarılması sorunu ile karşılaşılır. İşlemin tarafları açısından önemli olan, bu aktarımın mümkün olduğunca masrafsız, süratli ve güvenli şekilde gerçekleştirilmesidir. Genel olarak, söz konusu aktarımın temelinde, bir borç ilişkisinin ve özellikle bir para borcunun bulunduğundan yola çıkmak da yanlış olmayacaktır. Şu halde para borcu ilişkisinin tarafları açısından, ödemenin masrafsız, hızlı ve güvenli şekilde yapılması ihtiyacı söz konusudur.

Borç ilişkisinin tarafları arasında bu değerin aktarılması, diğer bir deyişle ödeme işlemi, maddi varlığı olan bazı araçlar sayesinde gerçekleştirilebileceği gibi, bu araçların kullanılıp kullanılmamasından bağımsız şekilde belirli aracı kişilerin katılımı ile de sağlanabilir. İşte, ödeme işlemi gerçekleştirilen aracı konumunda, bir bankanın bulunuyor olması, işleme katılan taraflar ve bizatihi işlemin kendisi için önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Bankanın gerçekleştirdiği bu aracılık faaliyetinin özelliği, ödemenin ilgili değeri taşıyan nesnelere banka tarafından fiziksel anlamda bir yerden başka bir yere taşınması suretiyle değil, bankanın kendi organizasyonu bünyesinde kaydi olarak gerçekleştirilmesidir. Bankanın başvurduğu bu aktarım sistemlerinin gelişmesi ise, bankanın işlem maliyetini azaltmakta ve gerçekleştirilen değer aktarımının daha az masrafla, daha süratli ve güvenli şekilde tamamlanmasını sağlamaktadır. Öte yandan, herhangi bir aracıdan farklı olarak, banka, müşteri çevresini genişletmeyi, sunduğu hizmetin geniş kitlelere hitap etmesini de hedefler. Bankanın bu hedefi ise, diğer bankacılık hizmetlerinde olduğu gibi, söz konusu ödeme işleminin yeknesaklaşmasını ve basitleşmesini sağlamaktadır.

Her ne kadar bankanın katılımı, ödeme işlemi basitleştirmiş ve hızlandırmış olsa da, bankanın başvurduğu sistemler ve ilişkiler nedeniyle ödeme işleminin bu kez, hukuk yönünden karmaşık sorunlara açık hale geldiği söylenebilir. Bu sorunların çözümünde ise, banka havalesi büyük önem arz etmektedir. Öncelikle ticari hayatta

ödeme işlemlerinin büyük ölçüde banka havalesi biçiminde gerçekleştirildiğini söylemek abartılı olmaz. Öte yandan banka havalesi, nakit dışı ödeme hizmetleri arasında temel ödeme biçimini yani bir arketip – ilk örnek – teşkil etmekte olup, diğer ödeme biçimleri banka havalesinden türetilmiştir. Bu itibarla banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin tabi olduğu hukuki esaslar ve bu ödeme biçiminde ortaya çıkan hukuki sorunlara getirilecek çözümler, diğer nakit dışı ödeme biçimlerinden doğan sorunların çözümüne de ışık tutacaktır.

Banka havalesinin nakit dışı ödeme işlemleri arasındaki bu konumu, bu ödeme biçiminin diğer ödeme biçimlerinden ayrı ve bağımsız şekilde, özel olarak incelenmesini gerektirmektedir. Bugün nakit dışı ödeme işlemlerinin giderek yaygınlaştığı ve neredeyse, nakit dışı ödemenin kural haline geldiği de dikkate alındığında, konunun özellikle para borcunun ödenmesi perspektifinden ele alınması önem arz eder.

Hukukumuzda banka havalesi, özel bir yasa ile düzenlenmiş değildir. Bazı yabancı hukuklarda ise, son yıllarda bu konuda kapsayıcı kanunlaştırma hareketlerinin varlığı göze çarpmaktadır. Amerika’da Uniform Commercial Code Art. 4A (UCC) ve Electronic funds Transfer Act (EFTA), Avrupa Birliği ülkelerine yönelik olarak 97/5 sayılı Uluslararası Nitelikli Havalelere İlişkin Topluluk Yönergesi, Almanya’da ise, söz konusu Topluluk Yönergesi’de öngörülen esasları iç hukuka aktarmak üzere 21.07.1999’da kabul edilmek suretiyle 1.1.2002’de yürürlüğe banka havalesi yasası hükümleri, söz konusu yasal düzenlemelere örnek teşkil etmektedir. Böyle bir konunun yasakoyucu tarafından düzenlenmesinin ne ölçüde yerinde olduğu tartışılabilir bir konu olmakla birlikte, ilgili ülkelerde konunun özel yasa normları ile düzenlenmesi ihtiyacını doğuran olguların, hukukumuz açısından da geçerliliklerinin olup olmadığı, konunun önemini Türk hukuku açısından arttırmaktadır.

Öte yandan, yasada mevcut olan genel normların ise, banka havalesi işlemi çerçevesinde kurulan hukuki ilişkilere ve bu ilişkilerden doğan sorunlara ne ölçüde ve nasıl uygulanabileceği konusunda da öğretide ve yargı kararlarında yeterli açıklık söz konusu değildir. Alman ve İsviçre hukuklarında nakit dışı ödeme usulleri ve özellikle banka havalesi konusunda çok sayıda monografi mevcut olmasına karşın, Türk hukukunda, diğer nakit dışı ödeme usulleri bir kenara bırakılacak olduğunda, banka havalesi konusunda yapılan incelemelerin sayısı az ve yeterli olmaktan uzaktır. Keza

banka havalesine ilişkin Yargıtay kararları ise, belirli birkaç hukuki soruna ilişkin olup, bu kararlarda ilgili sorunların çözümü konusunda öğretide benimsenen çözümler ile bir mutabakat da söz konusu değildir.

Bu itibarla biz, bir para borcunun ifası amacı ile yapılan banka havalesinin, öncelikle para borcu ilişkisinin tarafları arasındaki bedel ilişkisi üzerindeki etkileri ve yine bu ödeme işleminden taraflar için doğan başlıca riskleri ele almak üzere, doktora tez çalışmamızı “Para Borcunun Banka Havalesi Yoluyla Ödenmesi” konusunda hazırlamış bulunuyoruz.

Birinci bölüm, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin gerçekleşebilmesi için gerekli olan hukuki temellerin açıklanmasına ayrılmıştır. Bu kapsamda öncelikle bu bölüm içinde yapılan açıklamalar esas teşkil etmesi bakımından para borcu ve banka havalesi kavramlarına değinildikten sonra, havale tutarının para borçlusundan para alacaklısına aktarılmasına olanak sağlayan hukuki kurgu belirlenmiştir. Bu amaçla, üç köşeli bir hukuki kurguya sahip banka havalesinde, ödeme sürecine katılan taraflar arasındaki hukuki ilişkiler ikili şekilde ele alınarak incelenmiştir. Bu bölümde ele alınan son konu ise, ödeme sürecini başlatan borçlunun, hangi ana kadar, ödeme talimatını geri almak ya da iptal etmek suretiyle havale tutarının alacaklıya aktarılmasını engelleyebileceği, diğer bir deyişle banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin kesinleştiği anın belirlenmesidir.

İkinci bölümde ise, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin, borçlu ile alacaklı arasındaki bedel ilişkisi üzerinde ifa etkisi doğurması bakımından bir araya gelmesi gereken koşullar incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle banka havalesi yoluyla aktarılan kaydi paranın, para borçlusun edim yükümlülüğü kapsamında yer alıp almadığı, ya da bunun para borcunun konusuna uygun olup olmadığı Türk hukukundaki özel yasal düzenlemelere de yer verilmek alınmak suretiyle değerlendirilmiştir. Daha sonra ise, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin borçlanılan edime yer ve zaman bakımından uygun olması bakımından gerekli koşullar ele alınmıştır. Özellikle borca zaman bakımından uygunluk kapsamında, mukayeseli hukuklarda varılan sonuçlara değinildikten sonra Türk ve İsviçre hukuklarında ödeme anına ilişkin benimsenen görüşler ortaya konulmuştur. Son olarak borca kişi unsuru bakımından uygunluk başlığı altında banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin ifa etkisi doğurması bakımından ödemenin kim tarafından ve kime yapılması gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölüm, havale tutarının alacaklıya aktarılmasının bir önceki bölümde belirlenen koşullara uygun şekilde gerçekleşmemesinin sonuçlarına ayrılmıştır. Bu kapsamda ödemenin borca uygun olamamasından doğan sonuçlar, esasen ödemenin zamanında gerçekleşmemesi ve ödemenin hiç gerçekleşmemesi şeklinde iki alt başlık altında incelenmektedir. Ödemenin zamanında gerçekleşmemesi başlığı altında, öncelikle, ödemenin gecikmesinin borçlunun alacaklının uğradığı gecikmeden doğan zarardan sorumluluğu açısından sonuçları tespit edilmiş, daha sonra bankanın, gecikmeden doğan zarardan sorumluluğu anlamında bu gecikmenin borçlu ve banka(lar) arasındaki ilişkideki sonuçlarına yer verilmiştir. Ödemenin hiç gerçekleşmemesi başlığı altında ise, edim hasarının alacaklıya geçişi anlamında para borçlusunun hangi durumda para borcundan kurtulmuş sayılacağı belirlenmeye çalışılmıştır. Son olarak, havaleci borçlu ile banka(lar) arasındaki ilişkide, alacaklının hesabına ulaşmayan havale tutarının borçluya iadesinin gerekip gerekmediği sorunu irdelenmiştir.

Sonuç bölümü ise, banka havalesi yoluyla yapılan ödeme bakımından bazı genel tespitlere ve yukarıda belirtilen üç ana bölümde varılan başlıca sonuçların hatırlatılmasına ayrılmıştır.

Vurgulamak gerekir ki, bu çalışmanın amacı banka havalesi yoluyla yapılan ödemeye ilişkin tüm hukuki sorunların kapsayıcı bir şekilde çözümlenmesi değildir. Bu itibarla, bu çalışmada banka havalesi, soyut bir bankacılık işlemi olarak değil, para borcunun ifasına hizmet eden bir araç olarak ele alınmış ve özellikle banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin alacaklı ve borçlu arasındaki bedel ilişkisindeki etkileri çalışmanın merkezine alınmaya çalışılmıştır.

Öte yandan, benzer bir işlem olan posta havalesi yoluyla ödeme kural olarak çalışmamız kapsamında yer almamakla birlikte, Türk ve İsviçre hukuklarında posta havalesine ilişkin yargı kararlarının çokluğu karşısında, konunun açıklamasına hizmet ettiği ölçüde bu kararlardan yararlanılmıştır. Keza, uluslararası nitelikli banka havalelerine ilişkin olarak kanunlar ihtilafından doğan hukuki sorunlar da çalışmamız kapsamı dışında bırakılmıştır. İnceleme konumuz, münhasıran yurt içinde gerçekleşen banka havaleleri olmamakla birlikte, yabancılik unsuru ve kanunlar ihtilafından doğan sorunlar bu bağlamda göz ardı edilmektedir. Birden fazla bankanın katılımı suretiyle gerçekleşen banka havalelerinde ise, bankalar arasındaki ilişkiye esasen, para borçlusu

ve para alacaklısı arasındaki bedel ilişkisine hizmet ettiği ölçüde değinilmiş, bunun ötesinde bankaların birbirlerine karşı olan sorumlulukları konusu ayrıca incelenmemiştir. Nihayet Türkiye'deki bankacılık rejimi ve dolayısıyla bankaların işleyişini düzenleyen kurallar ve mevzuat konumuz kapsamı dışındadır. Bu sınırlar dahilinde para borcunun banka havalesi yoluyla ödenmesinin incelenmesine geçilebilir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN HUKUKİ TEMELLERİ

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede, alacaklıya, hesabının tutulduğu banka ya da kredi kuruluşu nezdinde borç tutarında bir alacak hakkı kazandırılması söz konusudur. Para alacaklısının nakit ödemeye eşdeğer bir konum elde etmiş sayılabilmesi için ise, elde edilen bu alacak hakkının soyut bir alacak hakkı olması, diğer bir deyişle ödeme sürecine katılan kişiler arasındaki ilişkilerdeki (karşılık ve bedel ilişkisinden bağımsız olması) def'i ve itirazlara tabi olmaması gerekir. Tüm nakit dışı ödeme usullerinde olduğu gibi, banka havalesi yoluyla yapılan ödeme de, söz konusu alacak hakkı, alacaklının banka hesabına borç tutarında bir alacak kaydı yapılması ile gerçekleşir. Öte yandan para borcunun bu yolla ödenmiş sayılabilmesi için, hesaba alacak kaydı ile alacaklıya sağlanan hukuki durumun kesinleşmiş olması, başka bir deyişle borçlunun ödeme talimatını geri almak veya iptal etmek suretiyle alacaklıya kazandırdığı alacak hakkını ortadan kaldırma olanağının sona ermiş olması gereklidir¹.

Aşağıda öncelikle havale tutarının lehdar alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi ile tamamlanan ödeme süreci ve bu sürecin dayandığı hukuki yapı ortaya konulacak, daha sonra da havaleci borçlunun bu sürece müdahale etmek suretiyle ödemenin kesinleşmesini ne ölçüde engelleme olanağına sahip olduğu incelenecektir. Fakat bu süreç ve mekanizmaların incelenmesine geçmeden önce, genel olarak nakit dışı ödeme, banka havalesi ve ödeme işleminin temelinde yatan sebep olan para borcu kavramlarına değinilmesi zorunludur.

¹ HEINI, D.: Rechtsprobleme der bargeldlosen Zahlung, Zürich 1991, sh. 2; BETTSCHART, S.: Virement en chaîne et assignation bancaire, Zürich 2000, sh. 117 dn. 26.

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. PARA BORCU

Borçlar Kanunumuzda, para borcuna ilişkin herhangi bir tanım verilmediği gibi, para borcu açısından sistematik bir düzenleme de mevcut değildir. Bu duruma gerekçe olarak öğretide, kanunkoyucunun, kavramın içeriğinin ne olduğunun zaten bilindiğini varsaydığı²; ayrıca, çoğu zaman para borcunun borç ilişkilerinde karakteristik edime³ karşılık teşkil eden karşı edim olması nedeniyle sistematik bir düzenleme getirmekten kaçındığı belirtilmektedir⁴.

1. Para Borcunun Konusu

Öğretide genel kabul gören tanım uyarınca, bir para borcunun varlığından söz edebilmek için, borcun konusunu, belirli bir para birimi üzerinden belirli ya da belirlenebilir bir tutar⁵ ile ifade edilen soyut mali gücün alacaklıya kazandırılmasının teşkil etmesi gerekir⁶. Bu tanımda para, değer ölçüsü olma işlevi ile borcun konusunu

² **WEBER**, R.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, I.Abteilung - Allgemeine Bestimmungen, 4.Teilband Artikel 68–96, Bern 2005 (kis. Berner Kommentar), Art. 84, sh. 412 (N. 5)

³ Borçlar Kanunu sistematigi açısından genel durum bu olmakla birlikte, karz (BK m. 306), usulsüz tevdi (BK m. 472), kaydi hayat ile irat (BK m. 507) sözleşmelerinde bizzat paranın ödenmesi karakteristik edim niteliğindedir.

⁴ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 413 (N. 5); **SCHRANER**, M.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96, Zürich 2000, Art. 84, sh. 287 (N. 3).

⁵ Öğretide, borçlanılan meblağ, borcun doğumu esnasında sabit bir sayısal değer olarak – nominal olarak – belirlenmiş ise, bir “para meblağı borcu” (geldsummenschuld); başka bir değer unsuruna – örneğin yabancı para veya altın değerine – bağlanmak suretiyle, ancak ödeme anında belirleniyor ise, bir para değeri borcu “geldwertschuld” söz konusu olacağı yönünde bk. **BARLAS**, N.: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü Ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992 (kis. Temerrüt), sh. 13; **GERNHUBER**, Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Handbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., Tübingen 1994, sh. 201; **HEERMANN**, W. P.: Geld und Geldgeschäfte, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 2003, sh. 25 (Nr. 11).

⁶ **BARLAS**, Temerrüt, sh. 10; **BAYGIN**, C.: Yabancı Para Üzerinde Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 1997, sh. 15; **HELVACI**, M.: Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, sh. 45; **ALBAŞ**, H.: Paranın Değer Kaybından doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK.m.105), Ankara 2004, sh. 36; Alman hukukunda bu yönde bk. **SCHMIDT**, K.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 244-248 (Geldrecht), 13. Bearb., Berlin 1997, Vorbem. zu §§ 244, sh. 35 (A 23); **HEERMANN**, sh. 23 (Nr.1); soyut mali güç kavramını kullanmak yerine belirli miktarda değer fonksiyonlarının alacaklıya kazandırılması şeklindeki tanım için bk. **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 441 (Nr. 130)

belirlenmektedir⁷. Bu tanımın, paranın işlevi üzerinden para borcu kavramına ilişkin ortaya koyduğu ikinci boyut ise, söz konusu değeri taşıyan unsurlara ilişkindir. Diğer bir deyişle, para borcu kavramının bu ikinci boyutunda, esasen borcun ifası aşamasını ilgilendiren ve belirli bir ifa biçimi olarak somutlaşan “para” vurgulanmaktadır.

Bu ikinci işlevi ile para öncelikle, devletin kabulü zorunlu mübadele aracı olarak tanıdığı ve böylece kendisine mecburi tedavül niteliği verdiği belirli niteliklere sahip somut sembollere karşılık gelir⁸. Paranın bu somut semboller biçimindeki görünümünden ayrılan diğer bir biçimi ise, kaydi para olarak adlandırılan, banka ya da kredi kurumu nezdinde bulunan ve üzerinde hak sahibinin ödeme amacıyla her zaman tasarruf edebildiği hesap aktifi ya da kredi şeklindeki değerlerdir⁹. Devlet tarafından para niteliğinin tanınmamış olduğu bu para türünün hukuki anlamda para olup olmadığı konusu ise, öğretilerde tartışmalıdır¹⁰. Bu konuya aşağıda banka havalesi yoluyla aktarılan kaydi parayı kabul yükümlülüğüne ilişkin açıklamalarımızda değinilecektir¹¹.

2. Para Borcunun Hukuki Niteliği

Para borcunun hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır.

⁷ **BAYGIN**, sh. 9; **ALBAŞ**, sh. 36; **WIEGAND W. / HODEL, A.**: Die bargeldlose Zahlung im schweizerischen Recht, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Berne 2000, sh. 185.

⁸ Bu anlamı ile paranın, tedavüldeki kağıt ve madeni para anlamında yasal ödeme araçları olduğu hk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 6; **BAYGIN**, sh. 8.

⁹ **BARLAS**, Temerrüt, sh. 8; **HELVACI**, sh. 45; **HEERMANN**, sh. 17 (N. 19). Bu konuda verilen bir diğer tanıma göre kaydi para, kredi kuruluşları nezdinde ödeme işlemleri için açılmış hesaplarda bulunan ve konusu yasal ödeme araçlarının devrini talep yetkisi veren alacak hakkı şeklinde tanımlanmaktadır. Bk. **PUTZO**, E. L.: Erfüllung mit Buchgeld und die Haftung der Beteiligten wegen ungerechtfertigter Bereicherung, Berlin 1977, sh. 6. Keza, bir kıymetli evraka bağlı olmayan ve her zaman ödeme amacı ile üzerinde tasarruf edilebilen, kredi kuruluşuna karşı sahip olunan alacak hakkı şeklindeki tanım için bk. **GIOVANOLI**, M.: Bargeld-Buchgeld-Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff? Banken und Bankenrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, sh. 99. Öğretilerde vadesiz hesapta bulunan bakiyenin kaydi para teşkil ettiği oybirliği ile kabul edilmekle birlikte, tasarruf mevduatı hesabı (Sparguthaben) ya da vadeli hesap (Terminguthaben) bakiyesinin ve yine bankanın müşterisine tanıdığı limit çerçevesinde sahip olunan kredi çekme olanağının kaydi para teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bu konuda bk. **MÜNCH**, C.: Das Girogeld in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1990, sh. 25 vd. Kaydi paranın hukuki anlamda para sayılıp sayılmayacağı konusu için ayrıca bk. aşağıda İkinci Bölüm I. A. 1.

¹⁰ Bu tartışma hk. bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 8; **HEINI**, sh. 5; **SCHMIDT**, K.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 244-248 (Geldrecht), 13. Bearb., Berlin 1997, Vorbem. zu §§ 244, sh. 121 (N. C 39).

¹¹ Bk. aşağıda İkinci Bölüm I. A. 1.

Öğretideki bir görüşe göre, para borcunda borçlu – alacaklıya soyut mali gücü aktarma – yükümlülüğünü, kural olarak, yasal ödeme araçlarına karşılık gelen para sembolleri aracılığıyla yerine getirir. Söz konusu para sembollerinin, piyasadan her zaman temin edilebilir ve tedariki mümkün menkul eşya niteliğinde olmalarının sonucu olarak para borcu, konusu dikkate alındığında esasen cins (nevî) borcu niteliğindedir. Ancak borç ilişkisinin tarafları için, söz konusu para sembolünün eşya niteliğinden çok, içerdiği soyut mali güç önem arz ettiğinden, bu görüşte olan yazarlara göre, para borcunun cins borcunun özel bir türünü teşkil ettiği söylenebilir¹².

Buna karşılık öğretilerde diğer bir görüş ise, para borcunu kendine özgü bir borç türü olarak kabul ederek “değer sağlama borcu” (*wertbeschaffungsschuld*) olarak adlandırmaktadır¹³. Bu görüşün dayandığı gerekçelerden biri, BK. m. 70/c. 2’de (art. 71/II CO; BGB § 243 /I) cins borçlarına ilişkin olarak, borçlunun vereceği nesnenin orta kaliteden aşağı olamayacağı şeklindeki kuralın para borçları bakımından uygulanamayacağı; zira bu şekilde bir nitelik eksikliğinin para söz konusu olduğunda hukuken anlam ifade etmeyeceğidir¹⁴.

Naklettiğimiz ilk görüşün temelinde, para borcunun hukuki niteliğinin borcun ifa tarzından hareketle tanımlanması olgusu yatmaktadır. Kanımızca bu düşünce tarzına şu gerekçelerle karşı çıkılabilir:

Yukarıda belirtildiği gibi, kural olarak para borcunun konusu belirli bir para cinsinden ifade edilen değer aktarılmasıdır; bu hukuki nitelendirme açısından esas alınabilir bir unsurdur. Bu değer nasıl aktarılacağı ise, para borcu kavramına dahil bir unsur olmakla birlikte, nitelendirme bakımından esas alınmamalıdır. Somut ifade ile, para borcunun ödenmesi para sembolleri ile gerçekleşebileceği gibi bu bir yedek hukuk kuralı olduğundan, ödeme başka şekillerde de gerçekleştirilebilir. Bu olasılıkta ise, para borcunun hukuki niteliğinin değişikliğe uğradığı söylenememelidir. O halde yalnızca aksi kararlaştırılmadığı sürece zorunlu ifa şekli olan yasal ödeme araçlarına karşılık

¹² OĞUZMAN, M. K. /ÖZ, M. T.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 2009, sh. 221; EREN, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10. B., İstanbul 2008, sh. 932; BARLAS, Temerrüt, sh. 10; karşı. HELVACI, sh. 45.

¹³ SCHMIDT, sh. 104 (C 7); HEERMANN, sh. 24 (N. 5).

¹⁴ WIEGAND/HODEL, sh. 186; HEERMANN, sh. 24 (N. 4).

gelen sembol anlamında para ile ödemedene yola çıkarak para borcunun hukuki niteliği belirlenemez.

Öte yandan cins borcu – parça borcu şeklinde yapılan ayırım, esasen, konusu bir eşya olan maddi edimli verme borçlarını ilgilendirmektedir¹⁵. Para borcu ise, yukarıda ifade edildiği üzere, bir verme ediminden daha geniş bir anlam içeren, kazandırma ya da sağlama edimini konu alır. Diğer bir deyişle para borcundan doğan yükümlülük bir verme edimi dışındaki şekillerde de yerine getirilebilir¹⁶. Ayrıca para borçlarının karakteristik özelliği olan borçlanılan şeyin soyut nitelikli oluşu karşısında, borcun hukuki niteliğinin, daha çok maddi edimlerle ilişkilendirilen cins borcu kavramı ile açıklanması yerinde olmayacaktır¹⁷.

Sonuç itibariyle bize göre de, para borcunda borçlu, özünde, belirli para sembollerini ya da belirli bir para türü içinden seçeceği sembolleri alacaklıya vermeyi değil; ödeme yapma anlamında, belirli bir mali güce tekabül eden nicel büyüklüğü, onu içeren belirli değer taşıyıcıları (*Wertträger*) sayesinde alacaklıya aktarmayı borçlanır¹⁸. Bu itibarla para borcu kendine özgü nitelikli bir borç türü olup, öncelikle yasada para borcu için öngörülen özel hükümlere, böyle bir hükmün mevcut olmadığı durumlarda ise, borçlar hukukunun genel hükümlerine tabidir.

B. NAKİT DIŞI ÖDEME

Bilindiği üzere, ödeme, para borcunun ifa edilmesi amacı ile paranın alacaklıya aktarılmasıdır¹⁹. Aktarılan paranın türüne göre, ödemenin nakit ya da nakit dışı olarak yapıldığı söylenir. Buna göre, nakit ödeme, borçlanılan tutara karşılık gelen yasal ödeme aracı niteliğindeki para sembollerinin mülkiyetinin alacaklıya devredilmesi

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, sh. 6; EREN, sh. 103.

¹⁶ ALBAŞ, sh. 39.

¹⁷ Karş. HEERMANN, sh. 24 (N. 4).

¹⁸ WIEGAND/HODEL, sh. 187.

¹⁹ HEINI, sh. 4; DIETZI, H.: Zahlungsverkehr, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Berne 2000, sh. 142.

suretiyle gerçekleştirilir²⁰. Nakit dışı ödemenin (*bargeldlos Zahlung*) konusu ise, kaydi paradır²¹.

Kaydi para, yukarıda tanımlandığı üzere, kredi kuruluşu nezdindeki mevduat ya da kredi görünümünde olan, üzerinde her zaman ödeme amacı ile tasarruf edilebilen, kıymetli evraka bağlanmamış alacak hakkıdır²². Nakit ödemede, paranın aktarılmasını görünür kılan, zilyetliğin devri iken, nakit dışı ödemede bu işlevi hesaba yapılan kayıt işlemleri yerine getirir²³. Diğer bir deyişle, nakit dışı ödemede borçlanılan tutar, alacaklıya para sembollerinin mülkiyeti devredilmek yerine, hesaba alacak kaydedilmek suretiyle kazandırılır²⁴.

Sonuç itibariyle, para borcunun ifası amacı ile kaydi paranın borçludan alacaklıya aktarılmasını sağlayan tüm işlemler nakit dışı ödeme işlemi olarak tanımlanmak gerekir²⁵. Kredi kartı, doğrudan borçlandırma yöntemi²⁶, EFTPOS sistemi, akreditif, seyahat çeki ile yapılan ödemeler nakit dışı ödeme işlemleri kapsamında yer alır²⁷. Keza çekle yapılan ödemede de, TTK m. 717 anlamında çeke hesaba ödeme kaydı konulmuş ise (*Verrechnungsvermerk*), bir nakit dışı ödeme işlemi söz konusudur²⁸. Para borcunun banka havalesi yoluyla ödenmesi ise, nakit dışı ödeme işlemlerinin temel biçimidir²⁹. Bu nedenle de çalışmamızın esas konusunu bu ödeme biçimi teşkil etmekte olup, para borcunun bu yolla ödenmesi aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

²⁰ **PUTZO**, sh. 1; **SCHMIDT**, sh. 119 (N. C 37)

²¹ Öğretide, kaydi paranın yaygınlığı nedeniyle, hukuki anlamda para olup olmadığı özellikle para borcunun ifası sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışılmıştır. Bu noktada bazı yazarlar tarafından, paranın nesnel varlığından çok, yerine getirdiği işlevin esas alınması gerektiği ifade edilmiş ve bu noktadan hareketle, yasal ödeme aracı niteliğindeki paranın tüm işlevlerini yerine getiren kaydi paranın da hukuki anlamda para sayılması gerektiği savunulmuştur²¹. Bu konuda bk. **HEINI**, sh. 5 vd. Bu tartışmaya ileride ayrıca değinilecektir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, ifa sonucunu doğurması bakımından önemli olan kaydi paranın para olup olmadığı değil, kaydi paranın borçlanılan edime uygun olup olmadığıdır. Bu yönde bk. **SCHMIDT**, sh. 122 (C 39).

²² Bk. yuk. 9 no'lu dn.'taki açıklamalar.

²³ **HEINI**, sh. 6.

²⁴ **SCHMIDT**, sh. 122 (C 40).

²⁵ **HEINI**, sh. 7; **TÜRK**, sh. 181.

²⁶ Bu yöntem hk. aşağıda bk.

²⁷ **HEINI**, sh. 7

²⁸ **TÜRK**, sh. 181.

²⁹ **SCHMIDT**, sh. 122 (C 41).

C. BANKA HAVALESİ

1. Kavram

Banka havalesi³⁰, belirli bir para tutarının kaydi yoldan, yani hesaplar üzerinde gerçekleştirilen alacak ve borç kayıtları ile, bir hesaptan diğer bir hesaba aktarılması işlemi olarak tanımlanabilir³¹. Banka aracılığıyla bir miktar parayı bir başka kişiye aktarmak isteyen kişi, söz konusu tutarı ilgili kişinin hesabına geçirmesi yönünde bankaya bir talimat verir. Bu talimat banka havalesi sürecini başlatan ödeme talimatıdır³². Talimatın bankaya iletilmesi üzerine, banka söz konusu tutarı, talimat verenin hesabından düşükten sonra lehdarın hesabına alacak kaydedecektir. Şu halde banka havalesi işleminin esasen üç aşamadan oluştuğu söylenebilir: Ödeme talimatının bankaya iletilmesi, havale tutarının talimat verenin hesabına borç kaydedilmesi ve bu tutarın ödemenin yapılacağı kişinin hesabına alacak kaydedilmesi³³. Ödemenin yapılacağı kişinin hesabı, ödeme talimatının verildiği banka nezdinde tutulmuyor ise, talimat, borç ve alacak kaydı aşamalarına dördüncü bir aşama olarak, havale tutarının bankalar arasında aktarılması eklenir.

³⁰ Banka havalesini karşılamak üzere kullanılan Fransızca “virement”, Almanca “Überweisung”, İngilizce “credit transfer” İtalyanca “giro” terimleri hk. bk. **BETTSCHART**, sh. 11 dn. 2. Türkiye’deki bankacılık uygulamasında ise, “virman”, bir kişinin aynı bankada tutulan hesapları arasında gerçekleştirilen para transferini ifade eder. Öte yandan “havale”, farklı kişilerin aynı bankada bulunan hesapları arasında paranın aktarılmasına; “EFT” ise, paranın, aynı kişiye ya da farklı kişilere ait olan ve farklı bankalarda bulunan hesaplar arasında aktarılmasına karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu konuda bk. **ÇEKER**, M.: Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004, sh. 133 vd.

³¹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 12; **FAVRE-BULLE**, X.: Les paiements transfrontières dans un espace financier européen, Bale 1998, sh. 14; **BETTSCHART**, sh. 11; **TÜRK** (sh. 158) ise, banka havalesini, en geniş anlamı ile “havale ödeyicisinin bir banka olduğu her türlü havale” olarak tanımlamaktadır.

³² Banka havalesi, ödeme sürecini başlatan borçlunun ödeme talimatı olması yönüyle, benzer bir nakit dışı ödeme yöntemi olan “Doğrudan Borçlandırma” (recouvrement/Lastschriftverfahren/debit transfer) ayrılmaktadır. Zira doğrudan borçlandırma yönteminde borçlu alacaklısına bedel ilişkisinde ona borçlu olduğu tutarı, doğrudan banka hesabından çekme konusunda yetki vermektedir. Bu yetki genellikle borçlu tarafından imzalanan bir belgede yer alır. Para alacaklısı, bu yetki belgesini bizzat ya da hesabının tutulduğu banka aracılığıyla borçlunun bankasına ibraz etmek suretiyle, söz konusu tutarı borçlunun hesabından çekmektedir. Böylece bu yöntemde paranın hesaplar arasında aktarılması sürecini başlatan para alacaklısının talimatı olmaktadır. Uygulamada bu ödeme şeklinde genellikle, kira parası, kredi kartı borcu, çeşitli abonman ücretleri gibi düzenli aralıklarla yapılması gereken ödemelerde başvurulmaktadır. Bu konuda ayrıca bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 23; **FAVRE-BULLE**, sh. 18; **DIETZI**, sh. 147. Alman hukuku için ayrıca bk. **HÄUSER**, F.: Giroverhältnis, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, Köln 1981, (kis. Gutachten), sh. 1350; **HEERMANN**, sh. 238 vd.

³³ **BETTSCHART**, sh. 12.

Bu süreçte yer alan kişilerin adlandırılması bakımından ise, öğretide terim birliği mevcut değildir³⁴. Biz, banka havalesinin BK m. 457 vd. anlamında üç köşeli havale ilişkisi ile benzerliğini dikkate almak suretiyle, bankaya ödeme talimatı veren taraf (*donneur d'ordre/Überweisende*) için, “havaleci”; havale tutarının aktarıldığı taraf (*bénéficiaire/Empfänger*) için ise, “lehdar” terimlerini kullanmayı tercih ediyoruz³⁵. Bu noktadan hareketle, havaleci ve lehdarın hesaplarının farklı bankalarda bulunması durumunda, ödeme talimatının verildiği bankayı havalecinin bankası, havale tutarını lehdarın hesabına aktaracak olan bankasını ise, lehdarın bankası şeklinde adlandıracağız.

Son olarak belirtmek gerekir ki, elektronik banka havalesi ile anlaşılması gereken, ödeme talimatının bankaya elektronik haberleşme araçları ile iletildiği havaledir³⁶. Bugün, elektronik bilgi işlem sistemlerinin bankacılık hizmetlerinde kullanımının yaygınlaşması sonucu, bankaya ödeme bilgilerinin yazılı olarak belge aracılığıyla (*beleggebundene Banküberweisung*) iletildiği geleneksel yöntem yerini banka ile müşteri arasındaki iletişimin elektronik ortamda sağlandığı elektronik ya da belgesiz havaleye (*beleglose Banküberweisung*) bırakmıştır³⁷. Bununla birlikte, söz konusu değişiklik salt talimatın bankaya aktarılma biçimine ilişkin olup, havale tutarının taraflar arasında aktarılmasına esas teşkil eden hukuki ilişkiler üzerinde etkili değildir³⁸.

³⁴ Öğretide, bankaya ödeme talimatı veren taraf için, gönderen veya havale eden veyahut havaleci; havale tutarının aktarıldığı taraf için ise, havale alıcısı veya lehdar terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. İşleme katılan bankalar ise, gönderici banka ya da havalecinin bankası; alıcı banka ya da lehdarın bankası şeklinde adlandırılmaktadır. Bu konuda bk. **KOCAMAN, A.**: Banka Havalesi – Kavram ve İşlemin Köşeleri Arasında İlişkiler – Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, (kıs. Banka Havalesi), sh. 695; **TÜRK**, sh. 163.

³⁵ Kanımızca ilişkiye birden fazla bankanın katılması olgusu ve uygulamadaki hukuki sorunların da bu şekilde birden fazla bankanın katılımından kaynaklandığı dikkate alındığında, konunun hukuken incelenmesinde, üç köşeli havale kurgusuna ilişkin BK m. 457 vd. öngördüğü terminoloji de yetersiz kalmaktadır. Bu itibarla biz daha çok kıymetli evrak hukuku uygulamasında kullanılan terminolojiden yararlanmayı ve özellikle, “muhil” için, havaleci; “mühalünaleyh”e karşılık gelecek şekilde havale muhatabı; “mühalünleh” için ise, “havale lehdarı” terimlerini benimsiyoruz. Banka için, “havale muhatabı”, havale alıcısı için, “lehdar” terimlerinin tercih edilmesi için bk. **TEKİNALP, Ü.**: Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, sh. 664 (N. 52) vd.

³⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 14.

³⁷ **TÜRK**, sh. 166. **DIETZI**, sh. 143. Elektronik banka havalesi çerçevesinde bankaya ödeme talimatının iletirme biçimlerine ilişkin olarak bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 21; **FAVRE-BULLE**, sh. 14;

³⁸ Karş. **WETTSTEIN**, sh. 71; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 14

2. Türleri

Banka havalesinin, havale tutarının işleme katılan havaleci, banka ve lehdar arasındaki arasında aktarım biçimine³⁹ ve havale işlemine katılan banka sayısına göre olmak üzere iki ölçüte göre sınıflandırılması konunun incelenmesine katkıda bulunacaktır.

a. Havale Tutarının Aktarım Biçimine Göre

Banka havalesinde en az üç köşeli bir ilişki söz konusu olduğundan, tek bir ilişki esas alınarak yapılacak sınıflandırmanın karışıklığa yol açması mümkündür. Bu itibarla burada gerek havaleci – banka ilişkisini, gerek banka – lehdar ilişkisini esas almak suretiyle bir sınıflandırma yapmaya çalışacağız.

Banka ile havale lehdarı arasındaki ilişki esas alındığında; bazı banka havalesinde havale tutarı lehdara nakit ödenir iken, bazılarında nakit ödeme yerine havale tutarı lehdarın bankadaki hesabına alacak kaydedilmektedir. Havale tutarının havaleci tarafından bankaya aktarılma biçimi esas alındığında ise, bazı havalesinde havaleci, havale tutarını bankaya nakit yatırmak suretiyle sağlamakta; bazılarında ise, banka, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmektedir. Sonuç itibarıyla, banka havalesi, havale tutarının salt nakit ödemeye dayanan veya hesaptan hesaba veya bu iki türün birleşmesi ile oluşan karma nitelikli banka havalesi şeklinde üç ana kategoride incelenebilir.

i. Salt Nakit Ödemeye Dayalı Banka Havalesi

Bu havale türünde havale tutarının aktarımı gerek havaleci – banka ilişkisinde gerek banka – lehdar ilişkisinde nakit ödeme suretiyle gerçekleşmektedir. Şöyleki: Bedel ilişkisinin her iki tarafının da bankada hesabı bulunmamakta ya da tarafların banka hesapları mevcut olmakla birlikte, taraflar münferit havale işleminde bu hesabı ya

³⁹ Bu noktada havale tutarının bankalar arasındaki aktarım biçimi, yapılan tasnif bakımından göz ardı edilmektedir.

da hesapları kullanmamaktadırlar⁴⁰. Buna bağılı olarak, bu havale türünde havale sürecinin başlatılması ve tamamlanması nakit ödeme yapılmasına dayanır.

ii. Nakit Dışı Banka Havalesi

Bu havale türü, havale tutarının gerek havaleciden bankaya, gerek bankadan lehdara aktarılmasında, nakit ödemenin söz konusu olmaması itibariyle, nakit dışı banka havalesi (*bargeldlose Banküberweisung*) ya da hesaptan hesaba banka havalesi olarak adlandırılmaktadır. Nakit dışı banka havalesinde havale tutarının aktarımı, havalecinin ve lehdarın bankadaki hesapları üzerinde yapılan kaydi işlemlere dayanır⁴¹. Bu itibarla bu havale türünün konusunu kaydi para oluşturur. Bankaya ödeme talimatı veren havaleci, havale tutarını bankaya nakit olarak ödememekte, aksine bu tutar onun bankadaki hesabından düşülmektedir. Buna paralel şekilde banka, havale tutarını lehdara nakit olarak ödemek yerine, söz konusu tutarı lehdarın hesabına alacak kaydetmektedir. Diğer bir deyişle, havale tutarının havaleciden lehdara aktarılması, ödem talimatı üzerine havalecinin hesabına borç kaydedilen tutarın, lehdarın bu banka ya da diğer bir banka nezdindeki hesabına alacak kaydedilmesi suretiyle gerçekleştirilir⁴².

Biz çalışmamızda, para borcunun ödenmesinde arz ettiği özellikler itibariyle, bu havale türünü esas almaktayız.

⁴⁰ Vurgulamak gerekir ki, bu işlemde, tarafların bankada hesabının bulunmaması ve para aktarımının havaleciye ve lehdara ait hesaplara yansıtılan kaydi işlemlere dayanmaması, yukarıda banka havalesi için benimsenen tanıma aykırı olmadığı gibi, yapılan işlemin banka havalesi olarak nitelendirilmesine de engel teşkil etmemektedir. Zira paranın banka havalesi yoluyla aktarılabilmesi için havalecinin ya da lehdarın bankada hesabının bulunması şart değildir. Paranın aktarılmasını sağlayan kaydi işlemler ise, bankanın bu işleme tahsis ettiği geçici hesaplar üzerinde gerçekleştirilmektedir. Şöyle ki; havaleci tarafından bankaya nakit ödeme yoluyla aktarılan tutar, öncelikle “kasa” (caisse) hesabına alacak kaydettikten sonra yine bu banka nezdinde açılan “geçici hesap”a aktarılır. Lehdarın bankada hesabı olmadığı durum olan isme havale söz konusu olduğunda ise, banka, kendisine nakit ya da nakit dışı ödeme suretiyle aktarılan havale tutarını, “geçici” (Conto pro Divers/compte divers) hesaba lehdarın ismi ile birlikte alacak kaydedecek ve bu hesapta lehdar için hazır bulunduracaktır. Bu yönde bk. **HELBIG**, C.: Die giroüberweisung deren Widerruf und Anfechtung nach deutschem und schweizerischem Recht, Genève 1970, sh.7; **BILLOTTE-TONGUE**, I.: Aspects juridiques du virement bancaire, Zürich 1992, sh. 13; **TÜRK**, A.: Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007, sh. 159.

⁴¹ **TÜRK**, sh. 159.

⁴² **TÜRK**, sh. 178.

iii. Karma Nitelikli Banka Havalesi

Karma banka havalelerinde nakdi ve nakit dışı havalenin unsurları bir arada görülmektedir⁴³. Bunlardan ilkinde havalecinin bankaya nakit dışı olarak aktardığı tutar, lehdara nakit olarak ödenir. Bankada hesabı olan havaleci, hesabı olmayan lehdara ödeme yapılması yönünde bankaya talimat vermektedir. Hesaptan isme havale olarak adlandırılabilir bu havale türünde, havalecinin, – hesabı olmayan lehdara – ödeme yapılması yönünde bankaya verdiği talimat üzerine banka, havalecinin hesabına borç kaydettiği havale tutarını, lehdara nakit olarak öder⁴⁴. Buna yönelik olarak banka, havale tutarını “geçici” hesaba⁴⁵ aktardıktan sonra, lehdara, paranın kendisi için hazır tutulduğu konusunda yazılı bildirimde bulunacaktır⁴⁶. Diğer karma havale türünde ise, havalecinin bankaya nakit ödediği tutar lehdara nakit dışı olarak aktarılmaktadır. Somut ifade ile, banka hesabı olmayan ya da bu hesabı kullanmak istemeyen havaleci, bankaya bir defaya mahsus olarak verdiği ödeme talimatı ile birlikte, havale tutarını bankaya nakit olarak ödemekte; banka ise, kasa hesabına aktardığı bu tutarı daha sonra lehdarın hesabına alacak kaydetmekte ya da lehdarın hesabı diğer bir bankada ise, söz konusu tutarı ilgili bankaya aktarmaktadır⁴⁷.

b. Havale İşlemine Katılan Banka Sayısına Göre

İşleme katılan banka sayısı bakımından tek bir bankanın söz konusu olduğu kurum içi havale ve birden çok bankanın katıldığı zincirleme banka havalesi olmak üzere iki tip banka havalesi söz konusudur⁴⁸.

⁴³ İsviçre hukukunda öğretide bu tip havalelerin, yarı nakit dışı ödeme olarak adlandırıldığına da rastlanmaktadır, karş. **KOLLER**, A.: Rechtsprobleme der halbwaren Zahlung: Erfüllung durch Bareinzahlung am Postschalter auf das Postkonto des Gläubigers, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, (kıs. Zahlung), sh. 235.

⁴⁴ Karş. **TÜRK**, sh. 159.

⁴⁵ Bk. yukarıda 40 no’lu dn.’taki açıklamalar.

⁴⁶ **TÜRK**, sh. 159.

⁴⁷ Öğretide **TÜRK**, (sh. 159), nakdi havale terimi yalnızca bu havale türü için kullanılmaktadır.

⁴⁸ İsviçre ve Alman hukuklarında, işleme katılan banka sayısına göre yapılan bu sınıflandırmada, tek halkalı – çok halkalı banka havalesi (eingliedrige – mehrgliedrige Banküberweisung) ya da (institutsinterne – institutsübergreifende Banküberweisung) kurum (banka) içi – banka dışı havale şeklinde terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda bk. **TÜRK**, sh. 160 dn. 18.

i. Kurum İçi Banka Havalesi

Kurum içi banka havalesinde⁴⁹, havaleci ve lehdar aynı banka ile ciro sözleşmesi ilişkisi içinde⁵⁰ olup, havale tutarı, tarafların aynı banka nezdinde tutulan hesapları arasında aktarılır. Bu havale türünde önemli olan nokta, ödeme ilişkisinde tüzel kişilik olarak tek bir bankanın yer almasıdır. Bu itibarla, ilgili hesapların bankanın aynı şubesinde ya da farklı şubelerinde tutuluyor olması, bu nitelendirme bakımından farklılık yaratmaz⁵¹. Banka her iki taraf ile de hesap ve ciro sözleşmesi ilişkisi içinde olması itibariyle, havale tutarını havalecinin hesabından çekip (borç kaydedip), lehdarın hesabına aktarmak (alacak kaydetmek) için gerekli tüm kaydi işlemleri başka bir bankanın katılımına gerek olmaksızın tamamlamaktadır.

Bu durumu tarif etmek üzere öğretilerde basit banka havalesi (*einfache überweisung*)⁵², ya da şubeiçi ve şubelerarası havale⁵³ terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Kanımızca, şubenin, ait olduğu banka tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliği olmadığından, şube üzerinden yapılan bir sınıflandırma banka havalesinin hukuki kurgusu açısından bir anlam ifade etmemektedir. Basit banka havalesi terimi ise, ayırt edici bir ifade tarzı olmamanın ötesinde İsviçre öğretisinde nakdi havaleye karşılık gelmekte olup, karışıklığa yol açmaya elverişli bir terimdir. Bu noktada biz, bu havale türünün özelliği, ödeme işlemine tek bir tüzel kişiliğin aracılık etmiş olması ve kaydi işlemlerin tek bir organizasyon çatısı altında yürütülmesi olduğundan, bu iki ölçütü en uygun şekilde karşılayan ifade tarzının, kurum içi havale olduğu görüşünderiz.

⁴⁹ Öğretilerde tek bir banka aracılığıyla gerçekleştirilen havale için basit banka havalesi (*einfache überweisung*) teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde bk. **TÜRK**, sh. 160. Bu konudaki diğer bir adlandırma tarzı ise şube içi ve şubelerarası banka havalesi şeklindedir. Bk. **KOCAMAN**, Banka Havalesinde Ciro Sözleşmesi Çerçevesinde Verilen Ödeme Talimatının Hukuki Niteliği, *BATİDER*, c. XX, S. 3, 2000, (kıs. Ödeme Talimatı), sh. 20.

⁵⁰ **WIEGAND/HODEL**, sh. 191.

⁵¹ **GUGGENHEIM**, D.: *Les Contrats De La Pratique Bancaire Suisse*, 4^e éd. Genève 2000, (kıs. Contrats), sh. 501 dn. 55; **DIETZI**, sh. 155.

⁵² **TÜRK**, sh. 161.

⁵³ **KOCAMAN**, sh. Ödeme Talimatı, sh. 20.

ii. Zincirleme Banka Havalesi

Zincirleme banka havalesinde (*Kettenüberweisung/virement en chaîne*)⁵⁴ havale tutarının aktarılacağı lehdara ait olan hesap, havalecinin hesabının tutulduğu bankadan farklı bir bankada tutulmaktadır⁵⁵. Bu havale türünün özelliği, havalecinin ödeme talimatı verdiği ve lehdara ödemeyi yapan bankanın ayrı bankalar olmasıdır⁵⁶. Dolayısıyla en az iki bankanın katılımı ile gerçekleşen bir ödeme işlemi söz konusudur. Havalecinin hesabının bulunduğu banka, lehdar ile hesap ilişkisi içinde olmadığından, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi, havale tutarının öncelikle lehdarın hesabının tutulduğu bankaya aktarılmasını gerektirir⁵⁷. Havalecinin ve lehdarın bankası hesap ilişkisi içinde iseler, bu aktarım iki banka arasında doğrudan gerçekleşir⁵⁸. Bankalar arasında böyle bir hesap ilişkisi mevcut değil ise, havalecinin bankası havale tutarını dolaylı yoldan, yani, lehdarın bankası ile hesap ilişkisi içinde olan bir muhabir bankaya (*Zwischenbank/Korrespondenzbank*) ya da merkezi ödeme sistemine (*Zahlungsverkehrsystem*) başvurmak suretiyle aktaracaktır⁵⁹. Her iki durumda da, havale tutarının bedel ilişkisinde havaleci ile lehdar arasında aktarılmasından başka, salt bankalar arasındaki ilişkiyi ilgilendiren ikinci bir aktarım boyutu karşımıza çıkmaktadır⁶⁰.

⁵⁴ Öğretide, birden fazla banka aracılığıyla gerçekleştirilen havale kavramını karşılamak üzere kullanılan “*ausserbetriebliche, zwischenbetriebliche Überweisung*” “işletme dışı banka havalesi”; “*externebetriebliche, überbetriebliche Überweisung*”, “harici banka havalesi” terimleri hk. bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 17; **TÜRK**, sh. 163.

⁵⁵ **TEKİNALP**, sh. 665 (N. 55); **TÜRK**, sh. 163; **GUGGENHEIM**, sh. 500; **von der CRONE**, H. C.: *Rechtliche Aspekte der Direkten Zahlung Mit Elektronischer Überweisung (EFTPOS)*, Zürich 1988, sh. 44; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 17; **OBERSON**, P. A.: *Les moyens électroniques de paiement orientés vers le particulier*, Lausanne 1992, sh. 304; **DIETZI**, sh. 155; **BETTSCHART**, sh. 15; **BUIS**, E.: *Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen*, Zürich 2001, sh. 112;

⁵⁶ **WIEGAND/HODEL**, sh. 191.

⁵⁷ **BETTSCHART**, sh. 16; **KRAMER**, S.: *Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs : unter besonderer Berücksichtigung des Swiss Interbank Clearing (SIC und euroSIC)*, Zürich-Basel-Genf 2005, sh. 44.

⁵⁸ **BETTSCHART**, sh. 16; **TÜRK**, sh. 163.

⁵⁹ **TÜRK**, sh. 163; **DIETZI**, sh. 155, 156; **BETTSCHART**, sh. 16; **LOMBARDINI**, C.: *Droit Bancaire Suisse*, Zürich 2002, sh. 228 (N. 6) vd.

⁶⁰ Zincirleme banka havalesinde bankalar arasındaki ilişki için bk. aşağıda II. B. 3. b.

3. Banka Havalesinin Hukuki Niteliği

a. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Görüşü

İsviçre hukuku öğretisindeki bir görüş⁶¹, banka havalesinin, üçüncü kişi yararına sözleşme hukuki kurgusuna dayandığı yönündedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, banka havalesinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme teşkil etmesi mümkün gözükmemektedir⁶². Zira tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar konumundaki üçüncü kişi, vaadettiren konumundaki alacaklı ile vaadeden konumundaki borçlu arasında sözleşmenin kurulması anında – vaadedene karşı – bağımsız bir talep hakkı elde eder⁶³. Oysa banka havalesinde ödeme talimatının verilmesi ile lehdar, henüz bankaya karşı bağımsız bir talep hakkı elde etmemiştir. Bu hak en erken, havale tutarının lehdarın bankasına ulaştığı anda doğar⁶⁴. Öte yandan bu görüşe karşı ileri sürülebilecek temel gerekçe, lehdara kazandırılmak istenen talep hakkının soyutluk ya da bağımsızlık özelliğine ilişkindir⁶⁵. Tam ya da eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, vaadeden ile üçüncü kişi arasında kurulan ilişkinin varlığı ve geçerliliği, vaadettiren ile vaadeden arasındaki ilişkiye bağlı olup, vaadeden, vaadettirene karşı bu sözleşme uyarınca sahip olduğu bütün savunmaları üçüncü kişiye karşı ileri sürebilir⁶⁶. Bu ise, banka havalesinde lehdara, banka nezdinde alacak hakkı kazandırılmak suretiyle sağlanmak istenen hukuki konumla bağdaşmamaktadır⁶⁷.

b. Vekalet Sözleşmesi Görüşü

İsviçre hukukunda öğretilinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre, bankanın gerçekleştirdiği her münferit ödeme işleminde, banka ile havaleci arasında ayrı bir vekâlet sözleşmesinin kurulması ve bu sözleşmeden doğan iş görme borcunun banka

⁶¹ ENGEL, P.: *Traité des obligations en droit suisse*, 2éd., Berne 1997, sh. 422.

⁶² BETTSCHART, sh. 126; karş. BILLOTTE-TONGUE, sh. 32 (N. 63).

⁶³ AKYOL, Ş.: *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul 1976, sh. 184 vd.

⁶⁴ Havale lehdarının, bankaya karşı, havale tutarının hesabına aktarılmasına ilişkin talep hakkının doğduğu an konusunda bk. aşağıda II. B. 2. a.

⁶⁵ BETTSCHART, sh. 126.

⁶⁶ AKYOL, sh. 211 vd.; LOMBARDINI, sh. 232 (N. 23).

⁶⁷ LOMBARDINI, sh. 233 (N. 23).

tarafından yerine getirilmesi söz konusudur⁶⁸. Bu görüşe göre, müşterinin bankaya verdiği her ödeme talimatı, vekalet sözleşmesi kurmaya yönelik ayrı bir icap niteliğinde olup⁶⁹, talimatın icrası ile ilgili sözleşme örtülü şekilde kurulmuş olmaktadır. Bu yaklaşım esasen, hesap açılması sonucu banka ile kurulan çerçeve ilişkinin, banka tarafından sunulan tüm hizmetleri düzenlemek bakımından yeterli olmadığı; münferit bankacılık hizmetinden yararlanılmasının banka ile ayrı bir sözleşme kurulmasına bağlı olduğu düşüncesine dayanmaktadır⁷⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, benimsediğimiz görüşe göre, banka havalesi kurgusunda banka ile müşteri arasındaki temel borç ilişkisini ciro sözleşmesi teşkil etmekte olup, bizatihi bu sözleşme vekâlet hükümlerine tabidir⁷¹. Buna bağlı olarak, bankanın ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğünün doğumu bakımından taraflar arasında ayrı bir sözleşmenin kurulması gerekli değildir. Zira bankanın bu yükümlülüğü bankada hesap açılması vasıtasıyla kurulan ciro sözleşmesine dayanmakta olup, somut ödeme işleminde bankanın talimatı yerine getirmekle yükümlü olması için, hesapta yeterli karşılığın bulunması yeterlidir⁷². Ayrıca bankanın, münferit ödeme talimatını yerine getirilmekle yükümlü olması bakımından, ayrı bir kabul açıklamasının gerekli olduğu kabul edilir ise, bankanın keyfi olarak talimatı kabul etmekten kaçınabilmesi mümkün olacak, bu da ödeme işlemlerinin yürütülmesini zorlaştırıcı bir etki doğuracaktır⁷³.

⁶⁸ **WEBER, R.**: Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, RSJ 81 (1985), sh. 88; İsviçre hukukunda bu yaklaşımın benimsendiği yargı kararları için ayrıca bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 30 dn. 150; **BETTSCHART**, sh. 127.

⁶⁹ Bugün Alman hukukunda yürürlükte olan Banka Havalesi Yasasında bu modelin benimsendiği anlaşılmaktadır. BGB § 676 a I 1'e göre, bankanın münferit ödeme işlemini gerçekleştirme yükümlülüğünün doğumu, banka ile müşteri arasında havale sözleşmesinin (Überweisungsvertrag) kurulmasını gerektirir. Bu konuda bk. **TÜRK**, sh. 191 vd.; **HEERMANN**, sh. 204; **CASPER, M.**: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611-704, 4. Aufl., München 2005, Vor. § 676 a, sh. 2682 (N. 16) vd.; **DERLEDER, P./KNOPS, K-O/BAMBERGER, H. G.**: Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Berlin-Heidelberg 2004, sh. 929 (N. 2).

⁷⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 30.

⁷¹ Bu konuda bk. aşağıda II. A. 2. b.

⁷² **BETTSCHART**, sh. 128. Öte yandan, müşterinin, bankanın internet bankacılığı ya da kredi kartı gibi salt hesap ilişkisinin çerçevesini aşan bazı hizmetlerinden yararlanabilmesi için, ilgili banka ile ayrı bir sözleşmenin kurulmasının gerekli olduğu tartışmasızdır. Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 30.

⁷³ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 31 (N. 61).

c. Alacağın Temliki ve Borcun Nakli Görüşleri

Öğretideki diğer bir görüşe⁷⁴ göre, banka havalesinde, BK m. 162 vd. anlamında alacağın temliki ya da BK m. 173 vd. anlamında borcun nakli işlemi söz konusudur. Konuya alacağın temliki bakımından yaklaşıldığında, bankaya talimat veren müşteri, temlik eden, havale tutarının hesabına alacak kaydedildiği müşteri temlik alan, banka ise borçlu konumundadır. Müşterinin, bankaya karşı olan alacak hakkını lehdar konumundaki üçüncü kişiye temlik ettiği varsayılır. Borcun naklinde ise, bankaya ödeme talimatı veren kişi borçlu, talimatta lehdar olarak belirtilen kişi alacaklı, banka ise, borcu yüklenen konumundadır. Banka, lehdar ile yaptığı anlaşma ile talimat veren müşterisinin, lehdara olan borcunu BK m. 174 uyarınca borcun dış yüklenilmesi anlamında üstlenmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, alacağın temliki görüşü bakımından banka havalesi sürecinde, talimat veren müşteri ile ödeme lehdarı arasında nasıl olup da bir alacağın temliki sözleşmesinin kurulduğunun açıklanması güçlük arz etmektedir. Keza borcun nakli görüşünde bankanın, ödeme talimatı veren müşterisinin, lehdara karşı olan borcunu nasıl yüklediği de açıklanmaya muhtaç bir konudur. Bu anlamda gerek alacağın temliki gerek borcun nakli işleminin dayandığı hukuki kurgunun banka havalesi süreci sonunda lehdarın elde ettiği hukuki konumu açıklamaya elverişli olmadığı söylenebilir⁷⁵. Öte yandan alacağın temliki ve borcun nakli işlemlerinde, temel ilişkiden doğan bir alacak hakkı ya da bir borç üçüncü kişiye devredilmektedir. Buna bağlı olarak, gerek borcun naklinde gerek alacağın temlikinde, devredilen hukuki konunun bağlı olduğu temel ilişkideki savunmaların lehdara karşı ileri sürülmesi mümkün olur. Oysa banka havalesinde mevcut bir hakkın devri söz konusu olmayıp⁷⁶, havale lehdarı, havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesi ile bankaya karşı bağımsız bir alacak hakkı elde etmektedir⁷⁷. Bu itibarla banka, lehdara karşı, ödeme talimatı veren müşterisi ile arasındaki hesap ilişkisinden ya da borçlu konumundaki müşterisi ile

⁷⁴ Alman hukukunda bu görüşte bk. **PECKERT**, J.: Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, Göttingen 1985, sh. 70 vd.

⁷⁵ **BETTSCHART**, sh. 129.

⁷⁶ Bu nedenle bedel ilişkisindeki para borcu kamu hukukundan doğmuş olsa dahi, banka havalesinde lehdar konumundaki alacaklının bankaya karşı elde edeceği alacak hakkı özel hukuka tabi olduğu yönünde bk. **LOMBARDINI**, sh. 232 (N. 22).

⁷⁷ **BETTSCHART**, sh. 130; **LOMBARDINI**, sh. 232 (N. 22).

alacaklı konumundaki lehdar arasındaki borç ilişkisinden doğan savunmaları ileri süremez. Sonuç itibariyle, borcun naklinde borcu üstlenen kişinin ya da alacağın temlikinde borçlunun, alacaklıya karşı ileri sürebileceği savunmalar kapsamına temel ilişkiden doğan savunmaların da dahil olması, banka havalesinde lehdarın bankaya karşı elde ettiği alacak hakkının borcun nakli ya da alacağın temlik işlemi ile açıklanmasına engel teşkil etmektedir⁷⁸.

d. Havale Görüşü

Türk ve İsviçre hukuklarında baskın görüş, banka havalesinin hukuki niteliğinin – doğrudan havale şeklinde gerçekleşen – BK m. 457 anlamında havale olduğu yönündedir⁷⁹. Bu görüş uyarınca bankaya verilen ödeme talimatı, çift yetki verme işlemi⁸⁰ (*Doppelmächtigung*) niteliğinde olup, havaleci müşteri (*Anweisende/l'assignant*) tarafından havale muhatabı (*Angewiesene/l'assigné*) konumundaki bankaya yöneltilen onun hesabına bir miktar parayı lehdara ödemesi konusunda ödeme yetkisini (*Zahlungsermächtigung/l'autorisation de paiement*); ve yine havaleci tarafından havale lehdarı (*Anweisungsempfänger/l'assignataire*) konumundaki para alacaklısına yöneltilen, bu parayı bankadan kendi adına alması konusunda kabz yetkisini (*Empfangsermächtigung/l'autorisation de recevoir*) içerir⁸¹.

⁷⁸ **BETTSCHART**, sh. 130.

⁷⁹ **TEKİNALP**, sh. 663 (N. 41); **TÜRK**, sh. 199; İsviçre hukuku için bk. **KLEINER**, B.: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Giro- und Kontokorrentvertrag, Zürich 1964, sh. 40 vd.; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 492; **von der CRONE**, sh. 42; **HESS**, M.: Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonder Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrsystems Swiss Interbank Clearing (SIC), RSDA 3/1991, (kıs. Clearing) sh. 102; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 31; **BISCHOFF**, J.: The Factual Significance and Legal Regulation of international Funds Transfers in Switzerland, Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, sh. 329; **BUIS**, sh. 18; **KRAMER**, sh. 41.

⁸⁰ Bilindiği üzere, BK m. 457 vd. düzenlenen havalenin hukuki niteliği Türk ve İsviçre hukuklarında tartışmalı olup, bugün için öğretilde genel kabul gören görüş, havalenin, çift yetki veren (*Doppelmächtigung*) tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yönündedir. Bu konuda Türk ve İsviçre hukuku öğretisinde ileri sürülen diğer görüşler için ayrıca bk. **KOCAMAN**, Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001 (kıs. Havale), sh. 16 vd.; **TÜRK**, sh. 37 vd.; söz konusu çifte yetkinin, dolaylı temsil yetkisi niteliğinde olduğu yönündeki farklı görüş için bk. **YAVUZ**, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. B., İstanbul 2007 (kıs. Özel Hükümler), sh. 772. Yargıtay kararlarında da havalenin çifte yetki verme işlemi niteliğinde olduğu benimsenmektedir. Bu konuda bk. Y. 11. HD., T. 16.02.1988, E. 8306, K. 809. Bu karar için bk. **KOCAMAN**, A.: Yargıtay Kararları Açısından Havale, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XIV, Ankara 1997, (kıs. Yargıtay) sh. 355.

⁸¹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 31; **BETTSCHART**, sh. 130; **KRAMER**, sh. 42.

Öte yandan havalenin BK m. 457 vd.'da düzenleniş tarzından⁸² farklı olarak, banka havalesi doğrudan havale niteliğindedir⁸³. Zira banka havalesinde havale muhatabı konumundaki banka, havaleden – yani kendisine ödeme yetkisi verildiğinden – lehdar aracılığıyla değil, doğrudan doğruya havalecinin ödeme talimatı sayesinde haberdar olmaktadır. Havale lehdarı konumundaki para alacaklı ise, kabz yetkisinden kural olarak havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesi ile ya da bu işlemin gerçekleştiğine ilişkin banka tarafından yapılan bildirim ile haberdar olur⁸⁴. Bu kurguda⁸⁵ banka tarafından havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi, baskın görüşe göre⁸⁶, BK m. 459 anlamında – örtülü olarak – havalenin kabulü bidirimini teşkil eder ve lehdar bu anda bankaya karşı bir talep (alacak) hakkı elde eder.

Türk ve İsviçre hukukları öğretisindeki bazı yazarlar ise, banka havalesinin geniş anlamda havale⁸⁷ ya da kendine özgü bir havale türü⁸⁸ olduğu görüşündedirler. Bu yazarlara göre, banka havalesi ile BK. m. 457 vd. anlamında havale arasında mevcut olan bazı temel farklılıklar, banka havalesinin dar ve teknik anlamda havale olarak nitelendirilmesine engel teşkil eder. Bu konuda vurgulanan temel farklılıklardan biri, banka havalesinin doğrudan havale niteliğinde oluşuna bağlı olarak, banka havalesinde lehdarın, havale muhatabı konumundaki bankaya karşı BK m. 459/f. I anlamında bir talep hakkı elde etmesinin mümkün olmayışıdır⁸⁹. Öte yandan, BK m. 457 vd.

⁸² BK m. 457 vd.'da Yasakoyucu, havaleyi, dolaylı havale, yani havale muhatabının havaleden havale lehdarı aracılığıyla haberdar olduğu, diğer bir deyişle havalecinin ödeme yetkisini, havale muhatabına ibraz edilmek üzere öncelikle havale lehdarına ilettiği havale ilişkisi şeklinde düzenlemiştir. Bu yönde bk. **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 705; **TÜRK**, sh. 95; **BETTSCHART**, sh. 137.

⁸³ **HEINI**, sh. 15; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 31; **BETTSCHART**, sh. 138.

⁸⁴ Banka kabz yetkisini havale lehdarına haberci sıfatı ile aktarır. Bu, genellikle alacak kaydına ilişkin ihbarnamenin lehdara iletilmesi ile gerçekleşir. Bu yönde bk. **BUIS**, sh. 22.

⁸⁵ Öğretide havalecinin, ödeme yetkisi verdiği havale muhatabı ile arasındaki ilişki, karşılık ilişkisi; kabz yetkisi verdiği havale lehdarı arasındaki ilişki ise, bedel ilişkisi olarak adlandırılır. Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 131; **BUIS**, sh. 20; **KRAMER**, sh. 42.

⁸⁶ Bu görüş için bk. aşağıda II. B. 2. b. i. aa. aaa'daki açıklamalar.

⁸⁷ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 705, 712.

⁸⁸ **BETTSCHART**, sh. 179.

⁸⁹ Borçlar Kanununda öngörüldüğü şekli itibariyle dolaylı havalede lehdar, kendisine verilen kabz yetkisi sayesinde, – BK m. 459/f. I uyarınca havalenin havale muhatabı tarafından kabul edilmesi temelinde – , havale muhatabından edimi talep etme olanağı elde etmektedir. Oysa doğrudan havalede lehdar, havaleden ve özellikle kabz yetkisinden, en erken havale muhatabının edimde bulunması anında haberdar olur. Banka havalesinde de, havale lehdarı havaleden, kural olarak havale tutarı hesabına alacak kaydedildiği ya da banka tarafından kendisine buna ilişkin bildirim yapıldığı anda haberdar olduğundan, kabz yetkisini elde ettiği varsayılan bu anda, bankadan bu yetki temelinde talep edebileceği edim gerçekleşmiş durumdadır. Diğer bir deyişle, lehdar kabz yetkisini elde ettiği anda, zaten banka lehdara

anlamında havalenin konusunun, para, misli eşya ve kıymetli evraktan ibaret olduğu ve yine bu hükümde para ile kastedilenin TMK m. 990 (art. 935 CC) anlamında sembol para olduğu ifade edilmiş⁹⁰, havalecinin hesabından düşülen belirli bir tutarın lehdarın hesabına alacak kaydedilmesinin – yani kaydi paranın aktarılmasının – ise, yasada öngörülen şekilde bir miktar paranın havalesine eşdeğer olmadığı belirtilmiştir⁹¹. Bununla birlikte, bu yazarlara göre, banka havalesinin BK m. 457 vd. anlamında havale ile arasındaki yapısal ve işlevsel benzerlik, banka havalesine yasada düzenlenen havaleye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını gerektirir⁹². Bu benzerliklerin başında banka tarafından gerçekleştirilen edimin eş zamanlı olarak çift kazandırma etkisi doğurması gelir. Bu anlamda bankanın lehdara edası, hem bankanın ödeme talimatı veren müşteriye bir kazandırması şeklinde karşılık ilişkisinde, hem de ödeme talimatı veren para borçlusunun para alacaklısına bir kazandırması olarak bedel ilişkisinde sonuç doğurur⁹³. Bir diğer önemli benzerlik ise, genel olarak tüm nakit dışı ödeme usullerine özgü olan, banka tarafından lehdara yapılan edanın “soyut” nitelikli olmasıdır⁹⁴. Bu itibarla banka havalesinde de, banka tarafından havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi sonucu lehdar bankaya karşı, tıpkı BK m. 457 vd. anlamında havalede olduğu gibi, karşılık ve bedel ilişkilerinden bağımsız bir alacak hakkı elde etmektedir⁹⁵.

Bize göre de banka havalesi dar ve teknik anlamda bir havale değildir. Öğretide haklı olarak ifade edildiği gibi, banka havalesinin doğrudan havale şeklinde gerçekleşmesi, BK m. 457 vd. öngörüldüğü şekilde lehdarın banka nezdinde BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulüne dayanan bir talep hakkı elde etmesine engel

edimde bulunmuş olduğundan, lehdarın bu yetki uyarınca bankaya yönelteceği talep konusuz kalmış olur. Bu yönde bk. **KOCAMAN**, sh. Ödeme Talimatı, sh. 35; karş. **HELBIG**, C.: Die giroüberweisung deren Widerruf und Anfechtung nach deutschem und schweizerischem Recht, Genève 1970, sh. 45; **LOMBARDINI**, sh. 231 (N. 17,18).

⁹⁰ **BETTSCART**, sh. 149. Yazara göre, havalenin konusunu teşkil eden maddi para, BK m. 83/f. I (art. 84/I CO) anlamında yasal ödeme aracından daha geniş bir kavramdır.

⁹¹ **BETTSCART**, sh. 149; Alman hukukunda benimsenen bu yaklaşım için bk. **KOCAMAN**, sh. Ödeme Talimatı, sh. 29.

⁹² **KOCAMAN**, Ödeme talimatı, sh. 35; **BETTSCART** (sh. 151 vd.), İsviçre hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında bu konuda TMK 1/f. II (art. 1/II CCS) anlamında bir örf ve adet hukuku kuralının oluştuğunu ifade etmektedir.

⁹³ **KOCAMAN**, Ödeme talimatı, sh. 30 vd.; **BETTSCART**, sh. 132.

⁹⁴ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 30, 31.

⁹⁵ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 31; **BETTSCART**, sh. 151, 179.

teşkil etmektedir. Kaldı ki, bugün havale işlemlerinin elektronik olarak yürütüldüğü dikkate alındığında, havale sürecinde bankanın herhangi bir davranışını BK m. 459/f. I anlamında kabul bildirimini olarak nitelendirmek mümkün görünmemektedir⁹⁶. Bununla birlikte kanımızca BK m. 457'deki düzenleme, havalenin konusunu kaydi paranın teşkil etmesine engel değildir. Her ne kadar bu hüküm kapsamına, tarihi sebeplerle kaydi paranın dahil olmadığı ifade edilse dahi⁹⁷, bugün için söz konusu hükümdeki para ifadesinin, kaydi parayı da kapsayacak şekilde fonksiyonel anlamda para olarak anlamlandırılmasına herhangi bir engel görülmemektedir. Sonuç olarak banka havalesi dar ve teknik anlamda bir havale olarak nitelendirilemese dahi, yukarıda da belirtildiği gibi, eş zamanlı çift kazandırma etkisi ve lehdara kazandırılan alacak hakkının soyutluğu ya da bağımsızlığı özelliklerini barındırması, Türk ve İsviçre hukuklarında havale hükümlerinin banka havalesine kıyasen uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, katıldığımız görüşe göre, banka havalesi kurgusunda BK m. 459/f. I anlamında bir kabulün söz konusu olmaması, lehdarın banka karşısında, bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız olan bir alacak hakkı elde etmesine engel değildir. Zira BK m. 457 vd. anlamında havale ilişkisinde havale muhatabının lehdara edasının “soyutluğu”, havalenin BK m. 459/f. I uyarınca muhatap tarafından kabul edilmiş olmasının değil, bizatihi havale ilişkisinin, – yani çifte yetki verme işleminin – ona temel teşkil eden bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız ya da soyut olmasının sonucudur⁹⁸. Bu itibarla havale muhatabı ayrı bir kabul bildiriminde bulunmaksızın lehdara edimde bulunduğu

⁹⁶ Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bk. I. B. 2. b. aa.

⁹⁷ Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 148.

⁹⁸ Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 169 vd. Bu şekilde temel ilişkiden bağımsızlık ya da soyutluk özelliğinin varlığının kabul edildiği diğer bir durum BK m. 32 vd. anlamında (doğrudan) temsil ilişkisidir. Temsil ilişkisinin soyutluğu ile kastedilen, temsil yetkisi verme işleminin, dayandığı temel (iç) ilişkiden ayrı ve bağımsız bir hukuki işlem olmasıdır. Buna göre, her ne kadar temsil yetkisinin verilmesi ve bu yetkinin verilmesine esas teşkil eden temel hukuki ilişki arasında çoğu zaman fiili bir bağlantı mevcut olsa dahi, temel ilişkinin ve temsil ilişkisinin varlıklarının ve geçerliliklerinin kural olarak birbirinden bağımsız olması, somut ifade ile, temsil yetkisinin verilmesi için bir temel ilişkinin varlığına gerek olmaması, temel ilişkinin sona ermesinin ya da geçersiz olmasının temsil ilişkisinin varlığını ve geçerliliğini etkilememesi anlaşılır. Bu konuda bk. **EREN**, sh. 399; **AKYOL**, Ş.: Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, (kıs. Temsil) sh. 36 vd.; **İNCEOĞLU**, M. M.: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, (kıs. Temsil) sh. 28 vd.

Bununla birlikte, temsil ilişkisinde söz konusu bağımsızlığın ne ölçüde kabul edilebileceği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmaya ilişkin olarak ve özellikle temsil yetkisinin temel ilişkiden bağımsızlığının sınırlı olarak kabul edilebileceği yönündeki görüş için bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 172; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, N.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme, 4. B., İstanbul 2008, sh. 651 (N. 29) vd.; **AKYOL**, Temsil, sh. 37, 38; **İNCEOĞLU**, Temsil, sh. 33; karş. **BETTSCHART**, sh. 170 vd.

olasılıkta da, bedel ve karşılık ilişkisindeki geçersizlik sebeplerini ileri sürmek suretiyle söz konusu edimin iadesini lehdardan talep edemez. Bu noktadan hareketle, ödeme talimatı veren müşterinin yetkilendirme işlemlerine dayandığını kabul ettiğimiz banka havalesinde de, lehdarın hesabına alacak kaydedilen havale tutarının, lehdara yapılan soyut bir edim niteliğinde olduğu sonucuna varmak gerekir.

II. BANKA HAVALESİ YOLUYLA ÖDEMENİN HUKUKİ KURGUSU

Tüm nakit dışı ödeme yöntemlerinde olduğu gibi, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de kaydi paranın para borçlusunun malvarlığından alacaklının malvarlığına aktarılabilmesinin ön koşulu hem alacaklının hem de borçlunun banka nezdinde açılmış en az bir hesabının bulunmasıdır⁹⁹. Diğer bir deyişle banka havalesi yoluyla ödeme, banka ile para borcu ilişkisinin taraflarının hesap ilişkisi içinde olmasını gerektirir. Keza alacaklı ve borçlu farklı bankada hesap sahibi iseler, ödeme sürecine dahil olacak farklı bankaların da, birbirleri ile ya da diğer aracı banka ya da bankalar ile hesap ilişkisi içinde olmaları şarttır. Bu itibarla aşağıda sırasıyla havale tutarının borçlunun hesabından alacaklının hesabına aktarılması için gerekli olan hesap ilişkisi ve münferit ödeme işlemi sürecinde taraflar arasında kurulan ve kaydi paranın aktarılmasını sağlayan diğer ilişkiler incelenecektir.

A. GENEL OLARAK BANKA İLE MÜŞTERİSİ ARASINDAKİ HESAP İLİŞKİSİ

Banka ile hesap ilişkisi, uygulamada banka genel işlem şartlarını içeren matbu hesap açma sözleşmesinin müşteri tarafından imzalanması ve bu hesaba bir miktar para yatırılması ile kurulmaktadır¹⁰⁰. Bilindiği üzere, banka nezdinde açılan hesapta bulunan para, bankaya karşı sahip olunan alacak hakkını ifade eder¹⁰¹. Banka havalesi sürecinde müşterisinin ödeme talimatlarını yerine getiren ve müşterisi lehine gelen havaleleri kabul eden banka, bu işlemlerden doğan karşılıklı alacakları bu hesaba aktarmaktadır. Somut ifade ile, müşterisinin ödeme talimatını yerine getiren – yani müşterisi hesabına lehdara ödeme yapan – banka, havaleci müşterisine karşı (BK m. 392/f. I uyarınca) bir

⁹⁹ KOCAMAN, Ödeme Talimatı, sh. 19; TÜRK, sh. 207.; HEINI, sh. 10.

¹⁰⁰ HEINI, sh. 10; karş. KOCAMAN, Banka Havalesi, sh. 701.

¹⁰¹ BETTSCHART, sh. 148.

alacak hakkı elde etmekte¹⁰²; öte yandan bankaya ulaşan havale üzerine de, havale lehdarı müşteri, bankaya karşı – havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesine yönelik – (BK m. 394 uyarınca) bir alacak hakkı¹⁰³ elde etmektedir. Banka tarafından yürütülen bu işlemler tek bir hesap üzerinde gerçekleştirilen alacak ve borç kayıtları ile somutlaşır. Söz konusu alacak ve borç kaydı işlemlerinin tek bir hesap üzerinden yürütülmesi ise, banka nezdinde açılan hesabın cari hesap şeklinde tutulmasını gerektirmektedir. Bu itibarla bankanın nakit dışı ödeme hizmetinden yararlanmak isteyen müşterinin, kural olarak bankada cari hesap şeklinde işleyen bir hesap (*Kontokorrentkonto*) açtırması gerekir¹⁰⁴. Böylece taraflar arasında örtülü olarak bir cari hesap sözleşmesinin kurulduğu varsayılır¹⁰⁵. Öte yandan böyle bir hesabın açılması ile banka ile müşteri arasında örtülü şekilde, konusu müşterinin nakit dışı ödeme işlemlerinin yürütülmesi olan bir iş görme sözleşmesinin kurulduğu benimsenmektedir. Bu sözleşme ciro sözleşmesi şeklinde adlandırılmaktadır¹⁰⁶. Böylece bankada nakit dışı ödeme işlemlerine yönelik bir hesabın açılması ile, banka ile müşteri arasında, cari hesap ve ciro sözleşmeleri şeklinde birden fazla sözleşme ilişkisinden oluşan bir ilişki kurulur. Aşağıda bu ilişkiyi oluşturan sözleşmeler ayrı ayrı incelenecektir.

1. Cari Hesap Sözleşmesi

Nakit dışı ödeme işlemlerini gerçekleştirmeye yönelik olarak banka nezdinde açılan hesap, tacir kişi söz konusu olduğunda cari hesaptır. Tacir olmayan kişi için ise, yine cari hesap şeklinde işleyen, maaş hesabı vs. gibi diğer hesap türlerine başvurulur¹⁰⁷. Taraflar arasında cari hesap sözleşmesinin¹⁰⁸ varlığı, nakit dışı ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlamaz. Bu anlaşma, nakit dışı ödeme işlemlerinin

¹⁰² Bankanın havaleciye karşısında bu alacak hakkını elde etmesinin tabi olduğu koşullar hk. bk. aşağıda Üçüncü Bölüm II. B. 1. a.

¹⁰³ Müşterinin bankaya karşı elde ettiği bu alacak hakkının özellikleri için bk. aşağıda B. 2. a.

¹⁰⁴ **TÜRK**, sh. 207; **HEINI**, sh. 11; **BISCHOFF**, sh. 324 vd.; **ZEIDLER**, Risikotragung und Haftung im Videotex-Telebanking, Bern 1991, sh. 15.

¹⁰⁵ Bu olasılıkta taraf iradelerinin açılan hesabın banka tarafından tutulması ve cari hesap şeklinde işletilmesine yönelik olduğu konusunda bk. **HÄUSER**, Gutachten, sh. 1368.

¹⁰⁶ **BISCHOFF**, sh. 325.

¹⁰⁷ Karş. **TEKİNALP**, sh. 444 (N. 38); **OBERSON**, sh. 282.

¹⁰⁸ Cari hesap sözleşmesinin geçerliliği TTK m. 87/f. II vd. uyarınca yazılı şekle tabidir.

yerine getirilmesinden doğan karşılıklı alacak haklarının hesaba aktarılması üzerinde etkilidir¹⁰⁹.

Cari hesap sözleşmesi sözleşmenin her iki tarafı açısından, karşılıklı taleplerini cari hesaba tabi kılma (*Kontokorrentpflicht*), salt banka açısından ise, hesabı tutma yükümlülüğü (*Rechnungsführungspflicht*) doğurur. Bu yükümlülükler itibariyle taraflar arasında bir sürekli borç ilişkisi mevcuttur.

Bu sözleşme uyarınca taraflar, aralarındaki borç ilişkisinden doğacak karşılıklı alacakları, münferit olarak ileri sürmekten vazgeçerek, cari hesaba aktarmayı ve belirli hesap devreleri sonunda takas yoluyla sona erdirmeyi borçlanırlar¹¹⁰. Bu anlamda cari hesaba aktarılan alacak hakkının ileri sürülmesi bakımından bir tecil anlaşması söz konusudur. Cari hesaba dahil olan alacak hakları bağımsızlıklarını kaybetmektedir. Hesap devresi sonunda hesabın kapatılıp, bakiyenin tespit edilmesi ve bu bakiyenin karşı tarafça kabul edilmesi ile BK m. 115/f. II uyarınca yenileme gerçekleşir¹¹¹. Yenileme sonucunda cari hesap bakiyesindeki tutar, cari hesap ilişkisinden bağımsız tek bir alacak hakkına dönüşür.

Banka cari hesap sözleşmesi çerçevesinde ise, aksi kararlaştırılmadığı sürece bu tecil anlaşmasının hüküm ifade etmediği¹¹²; hesaba yapılan her bir – alacak ya da borç kaydı anlamında – kayıt işlemi anında takasın da gerçekleşeceği ve elde edilen bakiye tutarın, takas anından itibaren muaccel olmuş sayılacağı öğretide genel kabul gören görüştür¹¹³. Banka tarafından tespit edilen bakiyenin kabulü bakımından ise,

¹⁰⁹ TÜRK, sh. 92; BETTSCHART, sh. 91.

¹¹⁰ BETTSCHART, sh. 91.

¹¹¹ POROY, R./YASAMAN, H.: Ticari İşletme Hukuku 10. B. İstanbul 2004, sh. 266.

¹¹² Tecil anlaşmasının, banka ile müşteri arasında kurulan cari hesap sözleşmesi bakımından hüküm ifade edip etmediği öğretide tartışmalıdır. Bu tartışma özellikle, hesap bakiyesinden doğacak alacak hakkı için işleyecek zamanaşımının ve hesabın alacaklı ya da borçlu bakiyede olmasına göre işleyecek faizin başlangıç anı bakımından önem arz eder. Öğretideki bir görüşe göre, tecil anlaşması gereği takas işlemi, ancak hesap devresi sonunda, hesabın kapatılması ile birlikte hüküm ifade eder; cari hesap bakiyesi de, bu andan itibaren muaccel hale gelir. Cari hesap anlaşmasında öngörülen hesap dönemi sona ermedikçe, hesaba yapılan kayıtlar için faiz ve bakiye tutar için zamanaşımı işlemeye başlamaz. Diğer görüş ise, takas işleminin sürekli şekilde, hesaba yapılan her bir kayıt anında gerçekleştiği ve derhal hüküm ifade edeceği yönündedir. Bunun sonucu olarak cari hesap bakiyesi, takas işlemi anından itibaren muaccel olmuş sayılır. Hesaba yapılan alacak ya da borç kaydı için faiz de, banka tarafından belirlenen valör tarihi esas alınacaktır. Bu tartışma hk. bk. GUGGENHEIM, Contrats, sh. 484.

¹¹³ İsviçre hukukunda bu yönde bk. KLEINER, Bankkonto, sh. 276; OBERSON, sh. 284; GUGGENHEIM, Contrats, sh. 484; KRAMER, sh. 30. Buna karşılık, Alman hukukunda genel kabul

hesap bakiyesinin durumuna göre bir ayırım yapmak gerekir. Hesap banka lehine borçlu bakiyede ise, kabul, müşterinin kendisine gönderilen hesap dökümünü (*extrait de comptes / Kontoauszug*) imzalamak suretiyle açık irade açıklaması ile; ya da müşterinin hesap dökümüne cari hesap sözleşmesinde öngörülen süre içerisinde itiraz etmemesi sonucu örtülü irade açıklaması ile gerçekleşir¹¹⁴. Müşterinin bu kabul açıklaması, BK m. 17 anlamında bir borç ikrarı teşkil eder¹¹⁵. Hesap müşteri lehine alacaklı bakiyede olduğu takdirde ise, bankanın, müşteriye gönderdiği hesap dökümü ile BK m. 17 anlamında borç ikrarında bulunmuş olur ve böylece bakiyenin banka tarafından kabulü gerçekleşir¹¹⁶. Her iki olasılıkta da, bakiyenin kabulü yenileme sonucunu doğurur. Tacir olmayan kişi lehine açılan fakat cari hesap şeklinde işletilen bir hesap söz konusu ise, yenileme sonucunda tespit edilen bakiye tutar, bankaya yatırılan mevduat anlamında vedia sözleşmesi hükümlerine tabidir¹¹⁷.

Uygulamada banka nezdinde açılan cari hesap, banka ile müşteri arasındaki bir kredi sözleşmesine dayanıyor ise, “borçlu cari hesap”¹¹⁸; müşteri tarafından bankaya yatırılan mevduattan kaynaklanmış ise, borçlu cari hesap olarak adlandırılmaktadır¹¹⁹.

gören görüş, takas işleminin hesap devresinin kapatılması sonucu hüküm ifade edeceği, bu aşamadan önce banka tarafından (günlük olarak her bir hesap hareketinden sonra) tespit edilen hesap bakiyesinin salt, tarafları hesabın durumu konusunda bilgilendirmeye yönelik bir kayıttan ibaret olduğu, diğer bir deyişle, hesap bakiyesi aracılığıyla bankanın, müşterisinin hesap üzerinde tasarruf olanağını denetlemeyi ve müşterinin de hesap durumundan haberdar olmasını sağlamayı amaçladığı ifade edilmektedir. Bu konuda bk. **HÄUSER**, Gutachten, sh. 1369. Ayrıca bk. aşağıda “borç kaydı işleminin hesap bakiyesi üzerindeki etkisi” başlıklı bölümdeki açıklamalar.

¹¹⁴ **KLEINER**, Bankkonto, sh. 276; **BISCHOFF**, sh. 326; **KRAMER**, sh. 30; taraflar arasında hesap dökümünün müşteriye gönderilmeyip, bankada hazır bulundurulacağı (*banque restante*) yönünde anlaşma mevcut ise, kabul işleminin örtülü olarak gerçekleştireceği sayılacağı hk. bk. **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 480.

¹¹⁵ BK m. 17 anlamında borç ikrarının, maddi anlamda soyut bir alacak hakkı değil, alacaklının, borcun dayandığı hukuki ilişkiyi ispat etmek zorunda olmaksızın borçludan talepte bulunabilme olanağı elde etmesi anlamında ispat soyutluğu sağladığı yönünde bk. **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 481.

¹¹⁶ **BISCHOFF**, sh. 326; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 481.

¹¹⁷ **OBERSON**, sh. 286.

¹¹⁸ Yargıtay’ın bazı kararlarında ise, banka ile yapılan kredi sözleşmesi gereğince tutulan cari hesabın, kredi borçlusunu müşterinin hiçbir zaman alacaklı konuma geçmeyeceği gerekçesiyle TTK m. 87 anlamında cari hesap nitelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu kararlar için bk. **POROY/YASAMAN**, sh. 264 vd. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre ise, taraflar arasında cari hesap ilişkisinin varlığı bakımından esas alınması gereken, hesabın alacaklı bakiyede bulunup bulunmadığı değil, tarafların karşılıklı alacaklarını ayrı ayrı ileri sürmekten vazgeçmiş ve bunun yerine bu alacakların takas edilmesi sonucu ortaya çıkacak bakiye tutarın tek bir alacak hakkının konusunu oluşturması konusunda anlaşmış olmalarıdır. Bu yönde bk. **WETTSTEIN**, P.: Home Banking, Zürich 1989, sh. 55 dn. 104; **OBERSON**, sh. 282.

¹¹⁹ **POROY/YASAMAN**, sh. 209.

Yeterli karşılık mevcut olduğu sürece, her iki cari hesap da, ciro sözleşmesi temelinde bankaya ödeme talimatı verilmesine hizmet eder¹²⁰.

Banka ile müşteri arasındaki cari hesap sözleşmesinde, hesabın banka tarafından tutulacağına örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edilir¹²¹. Hesabın tutulması kapsamında banka, karşılıklı alacakları hesaba kaydetmeyi, bakiye tutarı hesaplamayı, belirli hesap devreleri sonunda hesap dökümünü (hesap cetvelinin) düzenleyerek müşteriye göndermeyi ve nihayet hesabın tutulması hakkında müşteriye bilgilendirmeyi üstlenmektedir. Öğretide bankanın hesabı tutma yükümlülüğünün, bir iş görme faaliyeti olması itibarıyla, BK m. 386/f. II (CO art. 394/II) gereği, vekâlet hükümlerine tabi olduğu ifade edilmektedir¹²².

Bu yükümlülükler ek olarak, cari hesap yabancı para üzerinden açılmış ise, banka, müşterinin hesap bakiyesi tutarı kadar yabancı parayı, ilgili para biriminin tedavülde olduğu ülkedeki bir muhabir banka nezdinde açılmış hesapta hazır bulundurmaya yükümlüdür¹²³.

2. Ciro Sözleşmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, salt bir cari hesabın açılması ile banka, müşterinin nakit dışı ödeme işlemlerini yerine getirme borcu altına girmez; diğer bir deyişle müşterinin hesabı üzerinden kaydi para aktarımına ilişkin işlemleri gerçekleştirmeye yetkili sayılmaz¹²⁴. Bankanın söz konusu iş görme borcunun doğması için, taraflar arasında ciro sözleşmesi olarak adlandırılan iş görme sözleşmesinin kurulması gereklidir¹²⁵. Kural olarak bu sözleşmenin, banka nezdinde cari hesap şeklinde işleyen bir hesabın açılması ile örtülü olarak kurulduğu kabul edilmektedir¹²⁶. Zira banka nezdinde cari hesap şeklinde işleyen bir hesap açtıran ve bu hesaba para yatıran

¹²⁰ TÜRK, sh. 208.

¹²¹ KLEINER, sh. 277; BISCHOFF, sh. 326; KRAMER, sh. 31.

¹²² TÜRK, sh. 208; İsviçre hukukunda bu yönde bk. KLEINER, Bankkonto, sh. 277 vd. WETTSTEIN, sh. 54; OBERSON, sh. 283.

¹²³ BISCHOFF, sh. 327.

¹²⁴ Bk. yuk. dn. 108'a bağlı metin.

¹²⁵ TÜRK, sh. 209, 214.

¹²⁶ TEKİNALP, sh. 443 (N. 34); KOCAMAN, Banka Havalesi, sh. 694 vd.; KOCAMAN, Ödeme Talimatı, sh. 19; TÜRK, sh. 215; İsviçre hukukunda bu yönde bk. HEINI, sh. 11; GUGGENHEIM, Contrats, sh. 487; BILLOTTE-TONGUE, sh. 11; BUIS, sh. 40;

müşterinin kural olarak iradesinin bankanın nakit dışı ödeme hizmetinden yararlanmak olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu noktada öncelikle, hesap açma işlemi sonucu taraflar arasında kurulduğu varsayılan sözleşmelerin hesap açma sözleşmesi ile ve kendi aralarındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Bu sözleşmeler arasındaki bağlantı ortaya konulduktan sonra, münferit bir banka sözleşmesi olarak ciro sözleşmesinin, hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Ancak bu sayede karşılık ilişkisi çerçevesinde ciro sözleşmesinin banka ile havaleci müşteri açısından hangi hak ve yükümlülükleri doğurduğu tespit edilebilecektir.

a. Ciro Sözleşmesinin Hesap Açma ve Cari Hesap Sözleşmeleri ile Olan İlişkisi

i. Cari Hesap Sözleşmesi ile Olan İlişki

Cari hesap sözleşmesi, yöneldiği amaç ve işlev gereği¹²⁷ her zaman, temel bir borç ilişkisini ve bu ilişkiden doğan karşılıklı taleplerin varlığını gerektirir. Banka ile müşteri arasındaki ilişkide ise, bu temel borç ilişkisini kural olarak ciro sözleşmesi teşkil eder¹²⁸. Diğer bir deyişle banka ile müşteri arasında kurulan cari hesap ilişkisi, taraflar arasında ciro sözleşmesine hizmet eden, ona yardımcı bir araç niteliğindedir. Gerçekten de, cari hesap sözleşmesinin belirtilen bu fer'i niteliği gereği, banka ile müşterinin cari hesap sözleşmesini kurmak suretiyle bir yandan ileride doğacak karşılıklı taleplerini sona erdirme tarzını belirledikleri kabul edilip, diğer yandan bu talepleri doğuracak hukuki ilişkiyi kurma iradesine sahip olmadıklarının savunulamaması gerekir¹²⁹. Sonuç itibarıyla, banka ile müşteri arasındaki cari hesap ilişkisi, her zaman taraflar arasında buna esas teşkil eden bir ciro sözleşmesinin varlığını

¹²⁷ Cari hesap ilişkisinin, temel bir borç ilişkisinden doğan karşılıklı taleplerin yerine getirilmesinde başvurulacak yardımcı bir araç niteliği hk. bk. yukarıda "cari hesap sözleşmesi" başlıklı bölümdeki açıklamalar.

¹²⁸ WETTSTEIN, sh. 55.

¹²⁹ KLEINER, sh. 278; GUGGENHEIM, Contrats, sh. 488; KOCAMAN, Ödeme Talimatı, sh. 19; TÜRK, sh. 215.

gerektirmesi anlamında ciro sözleşmesine bağımlıdır¹³⁰; banka nezdinde cari hesap açılması ile birlikte, örtülü olarak bir de ciro sözleşmesi kurulmuş olur¹³¹.

Öğretide bazı yazarlar tarafından ise, banka nezdinde açılan hesap türüne göre bir ayırım yapılmak suretiyle, banka nezdinde cari hesap açılmış ise, taraflar arasında örtülü olarak bir ciro sözleşmesinin kurulacağı benimsenmekle birlikte; tasarruf mevduatı hesabı (*Depositenkonto*) açıldığı takdirde, ciro sözleşmesinden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür¹³². Bu yaklaşım çerçevesinde, banka ile müşteri arasında ciro sözleşmesinin kurulması, banka nezdinde dar anlamda¹³³ cari hesap açılmasına karşılık gelir.

Kanımızca ciro sözleşmesinin kurulması bakımından, tasarruf mevduatı hesabı ile cari hesap arasında yapılan bu ayırım, bankacılık uygulamasında banka hesaplarının çok işlevliliği olgusu dikkate alındığında bugün için geçerli değildir¹³⁴. Zira bankacılık uygulamasında, cari hesap dışında şahsi hesap ya da maaş hesabı şeklinde adlandırılan diğer hesap türlerinde de müşteri, nakit dışı ödeme işlemlerini gerçekleştirebilmektedir. Bu hesap türleri, hesap sahibinin hesaptaki para üzerindeki tasarruf olanağının asgari düzeyde sınırlandırılmış olması ve düşük yüzdeli faiz öngörülmesi itibariyle, bir anlamda tacir olmayan kişilerin ihtiyaçlarına uygun şekilde düzenlenmiş cari hesap niteliğindedirler¹³⁵. Şu halde, somut olayda ciro sözleşmesinin kurulması bakımından belirleyici olan, banka nezdinde açılan hesabın cari hesap olup olmadığı değil, bu hesabın cari hesap şeklinde işletilen bir hesap olup olmadığıdır. Salt bir tasarruf mevduatı hesabı açılmış olmasından hareketle taraflar arasında ciro sözleşmesinin kurulmadığı sonucuna varılamaz. Sonuç itibariyle, ciro sözleşmesinin kurulup

¹³⁰ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 19.

¹³¹ **KLEINER**, sh. 18 vd.; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 487; **BUIS**, sh. 40; **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 19; **TÜRK**, sh. 215.

¹³² Bu yönde bk. **KLEINER**, sh. 18; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 487; **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 19; **TÜRK**, sh. 215.

¹³³ Vurgulamak gerekir ki, dar anlamda cari hesap ile tacir kişiler için salt ödeme işlemlerine tahsis edilen hesap türü kastedilmektedir. Geniş anlamda cari hesap ilişkisi ile ise, BK m. 115 ve TTK m. 87 vd. düzenlenen tarafların karşılıklı alacaklarını sona erdirmeye tarzını düzenledikleri sözleşme anlaşılmalıdır. Bu konuda bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 10 dn. 15.

¹³⁴ **WETTSTEIN**, sh. 49; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 10.

¹³⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 11.

kurulmaması bakımından, seçilen hesap türü belirleyicidir¹³⁶. Açılan hesap dar anlamda bir cari hesap ya da cari hesap şeklinde işletilen bir hesap ise, örtülü şekilde ciro sözleşmesinin kurulduğu varsayılır; cari hesap şeklinde dahi işletilmeyen bir tasarruf mevduatı hesabı açılması durumunda ise, kural olarak taraflar arasında ciro sözleşmesinin mevcut olmadığı kabul edilir¹³⁷.

Yukarıda belirtilen bağımlılık ilişkisi tek yönlü değildir¹³⁸. Banka ile müşteri arasında ciro sözleşmesiyle birlikte bir de cari hesap sözleşmesinin kurulduğu varsayılır¹³⁹. Aslında teorik olarak ciro sözleşmesinin, cari hesap ilişkisinden bağımsız şekilde kurulmasına herhangi bir engel mevcut değildir. Bununla birlikte, ciro sözleşmesinin taraflar arasında kural olarak¹⁴⁰ sürekli bir borç ilişkisi doğurduğu dikkate alındığında, yerine getirilen her ödeme talimatı sonrasında bankadan, yaptığı ödeme için havaleciden ayrıca karşılık talebinde bulunmasını beklemek, tarafların varsayılan iradelerine uygun değildir¹⁴¹. Diğer bir deyişle, banka ile müşterisinin ciro sözleşmesini, ancak bu sözleşmeden doğan karşılıklı talepler cari hesap ilişkisine tabi olması koşuluyla kurmak istedikleri varsayılmalıdır.

ii. Hesap Açma Sözleşmesi ile Olan İlişki

Uygulamada banka nezdinde hesap açılması kural olarak, müşteri tarafından, matbu bankacılık hizmetleri sözleşmesi formunun doldurularak imzalanması ve bu forma eklenen banka genel işlem şartlarının kabul edilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Banka nezdinde cari hesap şeklinde işleyen bir hesap açılmış ise, bankanın bu hesabı işletme ve müşterinin nakit dışı ödeme işlemlerini yerine getirme borcunun doğacağı yukarıda ifade edilmişti.

Bu noktada gündeme gelen sorun, hesap açma işlemi sonucunda banka ile müşteri arasında kurulan hukuki ilişkinin, genel bir banka sözleşmesine mi yoksa

¹³⁶ **BUIS**, sh. 40.

¹³⁷ **BUIS**, sh. 40 dn. 236.

¹³⁸ Bu bağımlılık ilişkisinin karşılıklı olduğu yönünde bk. **KLEINER**, Bankkonto, sh. 279; **WETTSTEIN**, sh. 55 dn. 107.

¹³⁹ **WETTSTEIN**, sh. 55.

¹⁴⁰ Ciro sözleşmesinin banka ile hesap ilişkisi olmadan dahi kurulabileceği konusunda bk. yukarıda II. A. 2. a.

¹⁴¹ **WETTSTEIN**, sh. 55.

konusu nakit dışı ödeme işlemlerinin yerine getirilmesi ile sınırlı olan bir ciro sözleşmesine mi tabi olacaktır. Özellikle, hesap açma sözleşmesine banka genel işlem şartlarının da dahil edildiği ve bu şartlara ilişkin metinde bankanın sunduğu tüm bankacılık hizmetlerine ilişkin hükümlere yer verildiği dikkate alındığında, taraf iradelerinin tüm bankacılık faaliyetlerini kapsayan genel bir sözleşme kurmak yönünde olup olmadığı sorunu gündeme gelir. Diğer bir ifade ile, nakit dışı ödeme işlemlerinin yerine getirilmesinin, banka ile müşteri arasında ayrı ve bağımsız bir irade uyuşmasının konusunu teşkil edip etmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu sorun genel olarak, banka ile müşteri arasında belirli bir bankacılık faaliyetini gerçekleştirmeye yönelik anlaşmanın, hesap açılması dolayısıyla banka ve müşteri arasında kurulan hukuki ilişkinin bir unsurunu mu yoksa bu ilişkiden ayrı ve bağımsız bir hukuki işlem mi teşkil ettiği ile ilgilidir.

Özellikle Alman hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında savunulan bir görüşe göre, banka nezdinde hesap açılması sonucu banka ile müşteri arasında genel bir banka sözleşmesi (*Allgemeinen Bankvertrag*) kurulmuş olur¹⁴². Bu sözleşme uyarınca banka, müşterisine karşı genel bir koruma ve özenli davranma yükümlülüğü üstlenmiş olup, bir görüşe göre, mutad bankacılık faaliyeti kapsamına dahil olan ve müşteri için gerekli sayılabilen tüm işlemleri müşterinin talebi (talimatı) üzerine yerine getirmeyi; diğer bir görüşe göre ise, banka, bu sözleşmenin çerçeve ya da ön sözleşme niteliği gereği, müşterinin talebi üzerine – kredi sözleşmesi hariç – ileride münferit banka sözleşmelerini kurmayı borçlanmaktadır¹⁴³. Bu görüş uyarınca ciro sözleşmesi de, diğer banka sözleşmeleri gibi banka ile müşteri arasındaki genel banka sözleşmesinin içinde yer alan bir unsurdan ibarettir.

Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde ise, hesap açılması sonucu banka ile müşteri arasında kurulan hukuki ilişkinin genel ve tek bir banka sözleşmesine

¹⁴² Bu yaklaşıma Alman banka genel işlem şartlarının başlangıç bölümünde yer alan, "...banka ile müşteri arasındaki ilişkinin karşılıklı bir güven ilişkisi olup, banka, müşteriye karşı tüm bankacılık hizmetlerini yerine getirmek üzere, sahip olduğu altyapıyı hazır bulundurur" ("*Das Geschäftsverhältnis zwischen Kunden und Bank ist ein gegenseitiges Vertrauenverhältnis. Die Bank ihrem Kunden ihre Geschäftseinrichtung zur Erledigung verschiedenartigster Aufträge zur Verfügung stellt.*") şeklindeki ifadenin esas teşkil ettiği konusunda bk. **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 26; **KAPLAN**, İ.: Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996, (kıs. Banka) sh. 23. **TEKİNALP**, sh. 360 (N. 06); Söz konusu ifade, genel işlem şartlarının bugünkü metinde yer almamaktadır.

¹⁴³ Bu görüşler hk. bk. **HELBIG**, sh. 16 vd.; **WETTSTEIN**, sh. 46; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 26; Alman hukuku için ayrıca bk. **CANARIS**, C.-W.: Bankvertragsrecht, 3. Bası, Berlin - New York 1988, sh. 3 (N. 2) vd.; **HÄUSER**, Gutachten, sh. 1137.

dayandırılması genellikle reddedilmekte; bu ilişkinin, birbirinden bağımsız münferit banka sözleşmelerinin bir araya gelmesinden oluştuğu şeklindeki yaklaşım benimsenmektedir¹⁴⁴. Bu görüş uyarınca, banka ile müşteri arasındaki münferit sözleşmeler, taraflarının banka ve müşteri olması itibariyle ortak özellikler gösterebilirler de, genel bir banka sözleşmesi çatısı altında birleşmezler¹⁴⁵. Bu anlamda kural olarak tüm bankacılık işlemlerinin tabi olduğu, genel geçer bir banka sözleşmesinden sözü edilemeyeceğinden, somut olaydaki bankacılık işleminde, bu işlemi düzenleyen münferit banka sözleşmesinin ve bu sözleşmeden doğan hukuki ilişkinin esas alınması gerekir.

Bu görüşte olan yazarlara göre, hesap açılması sırasında banka ve müşterinin bu kapsamda bir borçlanma iradesine sahip oldukları söylenemez¹⁴⁶. Ayrıca Alman hukukunda genel banka sözleşmesi görüşüne esas teşkil eden banka genel işlem şartlarının içeriği de, Türk ve İsviçre banka uygulamalarından farklıdır. Gerek Türk gerek İsviçre bankaları tarafından kullanılan genel işlem şartlarının içeriğinin yeknesak olmaması bir yana, söz konusu genel işlem şartlarında, münferit bankacılık işlemlerine ilişkin detaylı düzenlemeler yer almamakta, bunun yerine, bankacılık işlemlerinden doğabilecek münferit sorunlara ilişkin (özellikle risk dağılımı ve organizasyon konusunda) hükümlerin düzenlenmesi ile yetinilmektedir¹⁴⁷. Bunun sonucu olarak, öğretide tarafların genel işlem şartları üzerinde anlaşmaları sonucunda, genel bir banka sözleşmesinin kurulmuş sayılamayacağı; söz konusu genel işlem şartlarının kendisinden beklenen hukuki etkiyi ancak, somut olayda kurulmuş olan bir

¹⁴⁴ **KAPLAN**, Banka, sh. 29; karşı. **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 19; İsviçre hukukunda bu yönde bk. **KLEINER**, Bankkonto, sh. 275; **HELBIG**, sh. 20; **WETTSTEIN**, sh. 48; **OBERSON**, sh. 278; **GUGGENHEIM**, Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, 3ème éd., Zürich 1986, (kis. Bankpraxis), sh. 11; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 34; **BETTSCART**, sh. 92.

¹⁴⁵ **GUGGENHEIM**, sh. 11; **OBERSON**, sh. 279.

¹⁴⁶ **TEKİNALP**, sh. 362 (N. 11); **KLEINER**, Bankkonto, sh. 275; **HELBIG**, sh. 18; **von der CRONE**, sh. 20; **HEINI**, sh. 12.

¹⁴⁷ **TEKİNALP**, sh. 362 (N. 11); **HELBIG**, sh. 17 dn. 42.

münferit banka sözleşmesinin içeriğine “*lex contractus*” anlamında¹⁴⁸ dahil olmak suretiyle doğurabileceği ifade edilmiştir¹⁴⁹.

Bize göre de, banka ile müşteri arasındaki hukuki ilişki, genel bir banka sözleşmesine değil, ilgili bankacılık işlemini düzenleyen münferit banka sözleşmesi ya da sözleşmelerine dayanır. Bununla birlikte öğretide von der Crone¹⁵⁰ tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde banka ile müşterinin aralarındaki hukuki ilişkiyi, genel banka sözleşmesi şeklinde tüm bankacılık hizmetlerini talep etme yetkisi veren bir sözleşme ile düzenlemelerine herhangi bir engel yoktur. Ancak tarafların bu yöndeki iradeleri tespit edilemediği takdirde kural olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkinin genel bir banka sözleşmesine değil, münferit banka sözleşmesine tabi olacağı sonucuna varmak gerekir.

Öte yandan kanımızca bu tartışma, bankanın sunduğu hesap türlerindeki ve buna bağlı olarak bankacılık hizmetlerindeki çeşitlilik dikkate alındığında, pratik önemini yitirmiştir¹⁵¹. Zira bugünkü bankacılık uygulamasında, seçilen hesap türüne göre müşteriye sunulan bankacılık hizmetleri büyük çeşitlilik arz etmektedir. Bu çeşitlilik dikkate alındığında, müşterisine herhangi bir hesap türünü açan bankanın, tüm bankacılık hizmetlerini ya da hesap üzerinden gerçekleştirilebileceği tüm ödeme hizmetlerini borçlanma iradesine sahip olduğu söylenemez. Aksine müşteri, belirli bir hesap türünü seçmekle, bankadan talep edebileceği edimlerin kapsamını da sınırlandırmış olmaktadır. Sonuç itibarıyla, bugün için müşteriye sunulan hesap çeşitliliği ve seçilen hesap türüne göre sunulan hizmetlerin belirli olması karşısında, banka ile müşteriye bir ön sözleşme ya da çerçeve sözleşme kurmaya yönelten, ileride

¹⁴⁸ Banka genel işlem şartlarında münferit bankacılık işlemlerine ilişkin düzenlenmelere yer vermek suretiyle taraflar, ileride aralarında kurulacak sözleşmelere uygulanacak kuralları mümkün olduğunca netleştirmeyi amaçlamaktadırlar.

¹⁴⁹ **KLEINER**, Bankkonto, sh. 275; **WETTSTEIN**, sh. 47; karş. **TEKİNALP**, sh. 361 (N. 09); hesap açılması esnasında sözleşme metnine eklenmiş olan genel işlem şartlarına, daha sonra kurulan banka sözleşmesinde işaret edilmemiş olsa dahi, bu şartların yeri kurulan banka sözleşmesinde de uygulama alanı bulacağı, zira dürüstlük kuralı uyarınca, bankanın genel işlem şartlarının kurulacak her yeni sözleşmede uygulanması yönündeki iradesinin, müşteri tarafından bilindiğinin varsayılacağı konusunda bk. **von der CRONE**, sh. 21; **HEINI**, sh. 12.

¹⁵⁰ **von der CRONE**, sh. 20

¹⁵¹ Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 93.

gerçekleştirmeyi düşündükleri işlemlere ilişkin işlem iradelerindeki bir belirsizlikten söz edilemez¹⁵².

Bu noktadan hareketle, kural olarak, bankanın kendisinden talep edilen bankacılık işlemini yerine getirme yükümlülüğünün doğumu, taraflar arasında bu işlem için öngörülen, münferit banka sözleşmesinin kurulmuş olmasını gerektirir. Nakit dışı ödeme hizmeti söz konusu olduğunda özellikle havale yoluyla ödeme bakımından bu sözleşme, öncelikle ciro ve cari hesap sözleşmeleri ve bu sözleşmelere eklenen ve ödeme tekniğini (örneğin internet üzerinden ödeme talimatı verilmesini) düzenleyen diğer yan anlaşma(lar)dır¹⁵³. Keza vedia ya da ödünç sözleşmeleri de, ödeme için bankaya gerekli karşılığın sağlanması noktasında uygulama alanı bulur. Bu sözleşmeler ortak ekonomik amaç olan nakit dışı ödeme faaliyeti çerçevesinde bir araya gelen ve birbirlerinden hukuken bağımsız sözleşmelerdir. Diğer bir deyişle banka ile müşteri arasındaki hukuki ilişki bir bütün teşkil etmekle birlikte, bu hukuki ilişki tek bir sözleşmeden değil, birbirine ekonomik olarak bağlanmış birden fazla münferit banka sözleşmesinden kaynaklanır¹⁵⁴.

Sonuç itibarıyla ciro sözleşmesi de, genel bir banka sözleşmesinin yardımcı ya da bir alt sözleşmesi değil; cari hesap sözleşmesi ile birlikte hesap açma sözleşmesine ekonomik olarak bağlanmış olan, fakat ondan (hesap açma sözleşmesinden) hukuken bağımsız, ayrı bir sözleşmedir¹⁵⁵. Şu halde önceden hesap ilişkisi olmayan taraflar arasında dahi, ciro sözleşmesinin kurulması mümkündür. Diğer bir deyişle banka havalesi yoluyla kaydi paranın lehdarın hesabına aktarılması için, havalecinin bankada bir hesabının olması gerekli değildir. Örneğin banka nezdinde (cari) hesabı olmayan müşteri havale edilecek tutarı bankaya nakit olarak yatırmak suretiyle ödeme talimatı vermiş ise, bankanın ödeme talimatını işleme koyması ile taraflar arasında bir ciro sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. Zira katıldığımız görüş uyarınca, sürekli borç ilişkisi doğurması ciro sözleşmesinin ayırt edici bir niteliği olmadığından¹⁵⁶, hesap

¹⁵² **HELBIG**, sh. 18; **WETTSTEIN**, sh. 49; karş. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 10 (N. 14)

¹⁵³ **ZEIDLER**, sh. 15.

¹⁵⁴ **OBERSON**, sh. 278.

¹⁵⁵ **HELBIG**, sh. 20; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 11 (N. 15); **BETTSCART**, sh. 91; karş. **OBERSON**, sh. 279.

¹⁵⁶ Bu konuda aşağıda bk. II. A. 2. b.

ilişkisi olmadan gerçekleştirilen havalenin dayandığı hukuki ilişkinin ciro sözleşmesi olarak nitelendirilmesine de herhangi bir engel görülmemektedir¹⁵⁷. Bununla birlikte hesap ilişkisine dayanan ciro sözleşmesinden farklı olarak, bu olasılıkta, banka genel işlem şartları kurulan ciro sözleşmesinin içeriğine dahil değildir¹⁵⁸.

b. Ciro Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Ciro sözleşmesi ile banka, müşterisinin nakit dışı ödeme işlemlerini gerçekleştirmeyi, somut ifade ile, müşterisinin ödeme talimatlarını yerine getirmeyi üstlenir¹⁵⁹. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi kapsamında gerçekleştirilen faaliyetlerden, havale tutarının havlecinin hesabından düşülmesi ve lehdara aktarılması faaliyeti, ciro sözleşmesinin aktif yönünü; müşteri lehine gelen havaleleri kabz etmek ve havale tutarını müşterisinin hesabına alacak kaydedilmesi ise, bu sözleşmenin pasif yönünü ilgilendirir¹⁶⁰. Bankanın müşteriye karşı olan alacak ve borçları arasındaki faiz farkı, müşterinin cari hesabında bulunan bakiyenin banka tarafından kullanılması ve hesap açma işlemi sırasında alınan harç ise, bankanın yerine getirdiği bu faaliyetler için müşterisinden elde ettiği ivazı teşkil eder¹⁶¹. İşte bu yönleri itibariyle ciro sözleşmesi, konusu iş görme edimi olan, tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Bununla birlikte, ciro sözleşmesinin yasada düzenlenen iş görme edimli sözleşmelerden birini teşkil edip etmediği ya da hangi tipe dahil edilebileceği konusunda öğretide görüş ayrılığı mevcuttur.

¹⁵⁷ Bu yönde bk. **TÜRK**, sh. 216, 208 dn. 277; **BETTSCHART**, sh. 91; **BUIS**, sh. 40; Alman hukukunda bu görüşte bk. **CANARIS**, sh. 206 (N. 316); İsviçre hukukunda aksi görüş için bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 13; **KRAMER**, sh. 31.

¹⁵⁸ **BUIS**, sh. 41; **TÜRK**, sh. 216.

¹⁵⁹ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 700

¹⁶⁰ **BETTSCHART**,. 98 vd.

¹⁶¹ **HELBIG**, sh. 36; **BETTSCHART**, sh. 96 vd.; **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 22; **TÜRK**, sh. 157; Alman hukuku açısından bk. **BREUNIG**, B.: Nichtablehnbarkeit von Giralgeld und Einlagensicherung, Würzburg 1986, sh. 25.

i. Öğretideki Görüşler

aa. Eser Sözleşmesi Görüşü

Özellikle Alman hukuku öğretisinde savunulan bu görüş¹⁶² uyarınca, ciro sözleşmesinde bankanın üstlendiği pasif yükümlülük olan, kabz edilen havalelerin lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi, eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilecek bir eser ya da sonuç teşkil eder. Alman hukukunda ivazlı iş görme sözleşmelerinin genellikle eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin de etkili olduğu¹⁶³ bu görüş çerçevesinde, bankanın, yerine getirdiği iş görme faaliyetinde müşterisi karşısında ekonomik anlamda bağımsız oluşunun, iş görme sözleşmeleri içinde eser sözleşmesine özgü bir nitelik olduğu; bu anlamda ciro sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirdiği ifade edilmiştir.

bb. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Türk ve İsviçre hukukları öğretisindeki baskın görüş¹⁶⁴, ciro sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran BK m. 389 anlamında tipik bir vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir. Buna göre vekil konumundaki banka müvekkil konumundaki müşterisinin menfaatine ve onun iradesine uygun şekilde belirli bir amaca yönelik özenli şekilde faaliyette bulunmayı borçlanmaktadır¹⁶⁵. Öte yandan yine bu görüş çerçevesinde, ciro sözleşmesinin her zaman bir hesaba bağlı olarak kurulması ve bankanın üstlendiği edimin, belirli bir süreye yayılan ve tekrarlanan bir faaliyet olması itibariyle sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme niteliğinde olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁶.

¹⁶² Bu görüş hk. açıklamalar için bk. **HELBIG**, sh. 28; **PUTZO**, sh. 26.

¹⁶³ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 22, 24.

¹⁶⁴ **KLEINER**, sh. 20; **KLEINER**, Bankkonto, sh. 280; **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 234; **von der CRONE**, sh. 54; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 29; **BETTSCART**, sh. 107; öğretilerde **HELBIG** (sh. 27) ise, BK m. 386/f. II hükmünün emredici nitelikli olduğundan hareket etmek suretiyle Türk ve İsviçre hukuklarında ciro sözleşmesinin zorunlu olarak vekâlet hükümlerine tabi olacağı görüşündedir.

¹⁶⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 29.

¹⁶⁶ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 24; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 29; **BETTSCART**, sh. 97; Alman hukukunda bu yönde bk. **PUTZO**, sh. 26; **BREUNIG**, sh. 27.

cc. İsimli Sözleşme Görüşü

Öğretide¹⁶⁷ bazı yazarlar ise, ciro sözleşmesinin BK m. 386 vd. anlamında vekâlet sözleşmesi bakımından atipik sayılabilecek unsurlar içermesi itibariyle isimli bir iş görme sözleşmesi niteliğinde olduğunu, bu itibarla vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin ciro sözleşmesine ancak – bünyesine uygun düştüğü ölçüde – kıyasen uygulanabileceği görüşündedirler. Bu görüşte olan yazarlar, BK m. 386/f. II (art. 394/II CO) hükmü ile Türk ve İsviçre hukuklarında işgörme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı – ve tipe bağlılık – ilkesinin öngörülmediği, isimli iş görme sözleşmelerin kurulmasının olanaklı olduğu şeklindeki genel kabul gören yaklaşımdan¹⁶⁸ hareket etmektedirler. Bu yaklaşım uyarınca BK m. 386/f. II, iş görme sözleşmeleri alanında sınırlı sayı ilkesi getiren, sözleşme özgürlüğünü bertaraf eden bir hüküm değildir¹⁶⁹. İş görme sözleşmeleri alanında yasal hiçbir tipe dahil edilemeyen, vekalet sözleşmesinin özelliklerine de uygun olmayan dolayısıyla da vekalet hükümlerinin doğrudan uygulanmayacağı¹⁷⁰ isimli sözleşmeler mevcut olabilir. Bu anlamda ciro sözleşmesi de, vekalet sözleşmesine kıyasen atipik sayılabilecek unsurlar içermesi nedeniyle isimli bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Özellikle, ciro sözleşmesinde vekil konumunda olan bankanın işi şahsen görmesinin zorunlu olmamasının, yani ödemenin gerçekleştirilmesi ya da kabulü için gerekli edimin kim tarafından yapıldığının müşteri açısından önem arz etmemesinin; banka ile müşteri arasındaki güven ilişkisinin ekonomik nitelikli olup, kişisel güven ilişkisinin arka planda kalmasının; ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesinin tipik vekâlet konusu iş görmeden farkı olarak sürekli bir borç ilişkisi doğurmasının ve nihayet ciro sözleşmesi uyarınca

¹⁶⁷ HEINI, sh. 15; bazı yazarlar ise, ciro sözleşmesini de içeren banka ile müşteri arasındaki hesap ilişkisini isimli sözleşme olarak nitelendirmektedirler. Örneğin KLEINER'e (Bankkonto, sh. 279) göre, banka ile müşteri arasındaki banka cari hesap sözleşmesi (Bankkontokorrentvertrag) olarak adlandırılan sözleşme ilişkisi, cari hesap sözleşmesi, hesabın tutulmasına ilişkin anlaşma ve ciro sözleşmesinden oluşan atipik bir karma sözleşme niteliğindedir; karş. BISCHOFF, sh. 327;

¹⁶⁸ Bu konuda bk. TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 4. Bası, İstanbul 1989 (kıs. Borç İlişkileri), sh. 384 vd.; YAVUZ, Özel Hükümler, sh. 614; ÖZEN, B.: Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. I, İstanbul 2001, sh. 598 vd.

¹⁶⁹ BK m. 386/f. II hükmünün bir nitelendirme normu değil, uygulanacak hükümleri belirleyen bir yardımcı norm niteliğinde olduğu görüşü için bk. ÖZEN, sh. 606, 609.

¹⁷⁰ Bu yaklaşım çerçevesinde, somut olaydaki sözleşme ilişkisinin BK m. 386/f. II uyarınca vekâlet hükümlerine tabi olması için, sözleşme ilişkisinin yasada düzenlenen iş görme sözleşmesi tiplerinden birine uygun olduğunun söylenememesi ve ayrıca bu sözleşme ilişkisinin tabi olacağı hukuki rejimin gerçek ya da varsayılan taraf iradelerinin yorumu yoluyla tespit edilemiyor olması gerekir. Bu yönde ÖZEN, sh. 624 vd.; HEINI, sh. 13.

bankanın özenli iş görmesinin ötesinde, bir sonuç borcu üstlenmiş olmasının¹⁷¹, ciro sözleşmesini vekalet sözleşmesine göre atipik kılan unsurlar olduğu ifade edilmektedir¹⁷².

ii. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, ciro sözleşmesinde banka, müşterisinin nakit dışı ödeme işlemlerini gerçekleştirmeyi, somut ifade ile müşterisinin ödeme talimatlarının icrasını borçlanmaktadır. Kanımızca bu borcun ifası sürecinde banka tarafından yerine getirilen faaliyetin, bir eser sözleşmesinin varlığını kabul bakımından gerekli olan bir sonucun ya da BK m. 355 anlamında bir eserin meydana getirilmesi niteliğinde söylenemez¹⁷³. Zira banka, müşterisine karşı, koşullar ne olursa olsun havale tutarının lehdara aktarılacağını ve bu anlamda ödeme sonucunu garanti etmemektedir¹⁷⁴. Bankanın üstlenmiş olduğu faaliyet, bu aktarımın gerçekleşebilmesi için gerekli kaydi işlemlerin yapılmasından ibarettir¹⁷⁵. Banka bu girişimlerde bulunmuş olmasına rağmen, lehdar, kendisine isnat edilebilir sebeplerle – örneğin lehdar, banka ile hesap ilişkisine son vermiş olduğundan – söz konusu tutarı elde etmemiş ise, banka söz konusu tutarı lehdara başka surette kazandırmakla yükümlü değildir¹⁷⁶. Bankanın müşteriden ödeme hizmetleri karşılığında aldığı komisyon tutarının azlığı da bu sonucu desteklemektedir. Zira ekonomik açıdan bankanın ödemenin gerçekleşmemesi riskini üstlenme iradesine sahip olduğunun söylenebilmesi için, ivaz olarak müşteriden talep edilen komisyonun, ödemenin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesinin banka açısından doğuracağı zarar ile orantılı bir miktara karşılık gelmesi gerekir¹⁷⁷.

¹⁷¹ Bu görüşte olan **HEINI** (sh. 14)'ye göre, kurum içi havalede banka, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi; zincirleme banka havalesinde ise, ödeme talimatının ve gerekli karşılığın lehdarın hesabının tutulduğu bankaya ulaştırılması şeklinde bir sonucu gerçekleştirmeyi üstlenir.

¹⁷² **HEINI**, sh. 14.

¹⁷³ Bu görüşte bk. **HELBIG**, sh. 29 vd.; **KLEINER**, sh. 21; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 25; **BETTSCHART**, sh. 98 vd. Buna karşın Alman hukukunda yürürlükte olan havale yasası uyarınca, banka, havaleciye karşı bir sonuç borcu üstlenmektedir. BGB § 676a (1)'e göre bankanın borçlandığı sonuç, kurum içi havalede havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi; zincirleme banka havalesinde ise, havale tutarının lehdarın bankasına ulaştırılması şeklinde tanımlanmaktadır.

¹⁷⁴ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 25.

¹⁷⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 25.

¹⁷⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 26.

¹⁷⁷ **BETTSCHART**, sh. 99.

Öte yandan söz konusu kaydi işlemlerin gerçekleştirilmesi, özellikle aktarılan ya da kabz edilen havale tutarının hesaba alacak kaydedilmesi yükümlülüğü de, bir sonuç ya da bir eser taahhüdü olarak görülemez. Banka söz konusu işlemi her koşulda gerçekleştirmeyi değil, salt bunu gerçekleştirmeye yönelik teknik ve lojistik altyapı olanaklarını müşterisine hizmetine sunmayı borçlanmıştır. Örneğin, alacak kaydı ödeme talimatının verildiği bankaya isnat edilemeyen sebeplerle örneğin lehdarın bankasının iflası nedeniyle gerçekleşmez ise, banka yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaz¹⁷⁸.

Havale tutarının hesaba alacak kaydedilmesinin bir sonuç taahhüdü niteliğinde olup olmadığı konusunda özellikle ciro sözleşmesinin pasif yönü, yani müşteri lehine gelen havalelerin kabul edilmesi yükümlülüğü bakımından tereddüt söz konusu olabilir¹⁷⁹. Fakat bu olasılıkta da bir eser sözleşmesinin varlığı reddedilmelidir. Zira öğretilde, BK m. 355 anlamında bir eserden söz edebilmek için, gerçekleştirilen sonucun devamlılık taşıyacak (kalıcı) şekilde, maddi bir nesnede kendini göstermesi (*Körperlichkeit*) gerektiği ifade edilmekte olup¹⁸⁰, müşterinin hesabına yapılan alacak kaydında ise, bu nitelik mevcut değildir¹⁸¹. Öte yandan, geçerli bir eser sözleşmesi kurulmuş sayılabilmesi bakımından, sözleşmenin konusunun belirli ya da belirlenebilir olması şarttır. Oysa lehdarın bankasının lehdarın hesabına ne tutarda bir alacak kaydı yapacağı, havalecinin ödeme talimatına göre belirlenmekte olup, ciro sözleşmesinin kurulması – ya da bankada hesap açılması – esnasında gelecekte yapılacak alacak kaydının sayısı ve tutarı ciro sözleşmesinin tarafları açısından belirli ya da belirlenebilir değildir. Bu itibarla, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesinin BK m. 355 anlamında bir eser teşkil ettiği kabul edilse dahi, ciro sözleşmesinin tarafları için bu

¹⁷⁸ Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 26.

¹⁷⁹ Karş. **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 22.

¹⁸⁰ Türk ve İsviçre hukuklarında BK m. 355 anlamında eser kapsamına maddi varlığı olmayan edim sonuçlarının dahil olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, eser sözleşmesinin konusunu yalnızca maddi varlığı olan iş görme sonuçları teşkil edebilir iken, öğretilde baskın olan görüş, maddi niteliği olmayan iş görme sonuçlarının da eser sözleşmesi konusunu oluşturabileceği yönündedir. Bu baskın görüş çerçevesinde bazı yazarlar ise, maddi varlığı olmayan, yani fikri yönü ağır basan iş görme faaliyetinin eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi için, edim sonucunun maddi olarak sürekli şekilde cisimleştirilebilir olması gerektiği görüşündedirler. Genel olarak Türk ve İsviçre öğretisindeki bu tartışma hk. ve özellikle maddi olarak cisimleştirilmeye elverişli olmayan iş görme ediminin borçlanıldığı sözleşmelere kural olarak eser değil, vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bk. **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 19; karş. **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 493, 494; Türk hukukunda eser kavramının maddi varlığı olan şeylerle sınırlandırılması yönünde bk. **GÜMÜŞ**, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010 (kıs. Özel C. 2), sh. 5 vd. Bu konuda ayrıca bk. **BETTSCHART**, sh. 102 dn. 40'ta zikredilen yazarlar.

¹⁸¹ **BETTSCHART**, sh. 102.

aşamada sözleşme konusu eser belirlenebilir dahi olmadığından, geçerli bir eser sözleşmesinin kurulduğundan söz edilememek gerekir¹⁸².

Bize göre de ciro sözleşmesi, isimsiz bir iş görme sözleşmesi olmayıp, BK m. 386 vd. anlamında tipik bir vekalet sözleşmesidir. Banka bu sözleşme ile müşterisinin menfaatine ve onun iradesine uygun şekilde bir iş görme faaliyetini üstlenir. Söz konusu iş görme faaliyeti bazı yazarlarca ileri sürülenin aksine bir sonuç borcuna ilişkin değildir. Yukarıda belirtildiği üzere bankanın yükümlülüğü nakit dışı ödeme işlemlerinin özenli şekilde yürütülmesi ile sınırlıdır. Öte yandan vekâlet sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin başlıca tipik unsurlar ciro sözleşmesi zemininde banka ile müşteri arasında kurulan ilişkide de mevcuttur. Özellikle vekilin müvekkilin talimatı ile bağlılığı, vekilin iş görme için avans talep etme olanağı, vekilin görülen iş dolayısıyla yaptığı masrafının karşılanmasını talep edebilmesi, ciro sözleşmesi temelinde banka ile müşteri arasındaki ilişkide de geçerli olan söz konusu tipik unsurları teşkil eder¹⁸³.

Bu noktada, bir iş görme sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmesi bakımından belirleyici diğer bir ölçüt olarak, söz konusu sözleşme ilişkisinin taraflar arasında özel bir güven temeline oturup oturmadığının da dikkate alınması gerekir¹⁸⁴. Böyle bir güven ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda vekâlet sözleşmesinin varlığı daha kolay kabul edilebilir. Kanımızca, isimsiz sözleşme taraftarlarınca ileri sürülenin aksine, ciro sözleşmesinde banka ile müşteri arasında böyle bir güven ilişkisi yoğun olarak mevcuttur. Zira ödeme işlemlerini banka aracılığıyla gerçekleştirilmesi bakımından bankada hesap açılması ve bu hesaba para yatırılması zorunludur. Müşteri malvarlığına dahil değerlerden bir kısmını saklanmak ve idare edilmek üzere bankaya devretmektedir. Müşterinin para üzerindeki mülkiyet hakkını banka lehine kaybettiği ve bunun karşılığında bankaya karşı salt bir alacak

¹⁸² **BETTSCHART**, sh. 103.

¹⁸³ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 25.

¹⁸⁴ **ÖZEN**, sh. 612; güven ilişkisinin vekalet sözleşmesinin emredici yapısal unsurlarından biri olduğu görüşünde bk. **GÜMÜŞ**, Özel C. 2, sh. 245.

hakkına sahip olmakla yetindiği dikkate alındığında, bu sürecin taraflar arasında özel bir güven ilişkisine dayanmaması düşünülemez¹⁸⁵.

Kanımızca, sürekli borç ilişkisi kurması, ciro sözleşmesinin ayırt edici niteliği değildir¹⁸⁶. Zira her ne kadar, ciro sözleşmesi, hesap açılması ile birlikte örtülü şekilde kurulmakta ve böylece kural olarak bir hesap ilişkisine bağlı olsa da, havaleci ya da lehdar konumunda olan kişi ile banka arasında hesap açılmasından bağımsız şekilde ciro sözleşmesi ilişkisinin kurulması da mümkündür. Örneğin, havalecinin banka nakit yatırmak suretiyle verdiği ödeme talimatı üzerine gerçekleştirilen havalede, banka ile havaleci arasında ya da bankada hesabı olmayan kişi lehine yapılan bir havalede, lehdar ile banka arasındaki ilişkinin münferit bir ödeme işlemine yönelik kurulan bir ciro sözleşmesine dayandığı kabul edilmesi gerekir¹⁸⁷.

Nihayet ciro sözleşmesinin, içerdiği banka genel işlem şartları itibariyle, bir çerçeve sözleşme¹⁸⁸ niteliğinde olduğu da ifade edilmektedir¹⁸⁹. Buna göre, müşterinin münferit ödeme hizmetinden yararlanabilmesi, müşteri ile banka arasında ayrı bir irade uyuşmasının varlığını gerektirmekle birlikte, ciro sözleşmesinin içeriğine dahil sayılan genel işlem şartlarındaki düzenlemeler, banka ile müşteri arasında gelecekte kurulacak olan diğer bankacılık hizmetlerine ilişkin sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulur. Banka ile ciro sözleşmesi kuran müşterinin, ciro sözleşmesinin içeriğine dahil olan banka genel işlem şartlarındaki düzenlemelerin, ileride banka ile arasında kurulacak münferit bankacılık hizmetine ilişkin sözleşme ilişkisinde de geçerli olacağını hesaba katması dürüstlük kuralının bir gereğidir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 99.

¹⁸⁶ **BUIS**, sh. 38; Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 216 (N. 316).

¹⁸⁷ **BUIS**, sh. 38, 93.

¹⁸⁸ Kavram için bk. **BARLAS**, N.: Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, sh. 807 vd.

¹⁸⁹ **ZEIDLER**, sh. 18; karşı. **HEINI**, sh. 12; buna karşın öğretilerde **TÜRK** (sh. 218) tarafından, çerçeve sözleşme görüşünün ciro sözleşmenin müşterinin münferit ödeme talimatlarına dayanak teşkil ettiği şeklinde gerekçelendirilmesi kanımızca yerinde değildir. Zira benimsediğimiz görüş uyarınca bankaya verilen ödeme talimatı ciro sözleşmesinden doğan iş görme edimini somutlaştıran BK m. 389 anlamında işin görülmesine yönelik talimat niteliğinde olup, ciro sözleşmesinin çerçeve sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Bu konuda ayrıca bk. aşağıda II. B. 1. a.

¹⁹⁰ Örneğin müşterinin internet bankacılığı hizmetinden yararlanabilmesi için gerekli olan sözleşmenin kurulması sırasında bankanın, ciro sözleşmesinden kaynaklanan – art. 400 CO anlamında – bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüklerinin olduğu kabul edilir. Bu yönde bk. **ZEIDLER**, sh. 18 dn. 28.

B. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEME SÜRECİNDE TARAPLAR ARASINDA KURULAN İLİŞKİLER

Yukarıda banka havalesi yoluyla ödemenin gerçekleşmesi için gerekli temel koşul olan tarafların banka ile hesap ilişkisi içinde olmaları ve özellikle bankaya bu konuda iş görme borcu yükleyen ciro sözleşmesi incelenmişti. Bu bölümde ise, bankaya verilen ödeme talimatı ile başlayıp, havale tutarının lehdar alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi ile sonuçlanan süreç ve bu süreçte taraflar arasında kurulan ilişkiler ele alınacaktır. Havaleci borçlunun ve lehdar alacaklının hesaplarının aynı bankada bulunduğu kurum içi havale şeklinde gerçekleşen ödeme, banka ile taraflar arasında kurulan iki farklı ilişki söz konusudur. Bunlardan ilki havaleci ile bankası arasındaki kurulan ve ödeme talimatına esas teşkil eden karşılık ilişkisi (*le rapport de couverture/Deckungsverhältnis*); diğeri ise, banka ile lehdar alacaklı arasında kurulan ve havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesine esas teşkil eden ödeme ilişkisidir¹⁹¹ (*le rapport de paiement/Leistungsverhältnis*). Vurgulamak gerekir ki, gerek karşılık gerek ödeme ilişkilerine banka ile müşteri arasındaki ciro sözleşmesi esas teşkil etmektedir. Öte yandan havaleci ile lehdarın aynı banka nezdinde hesabı olmadığı durum olan zincirleme banka havalesinde ise, belirtilen bu iki ilişkiye, havale tutarının havalecinin bankasından lehdarın bankasına aktarılmasını (*virement interbancaire*) sağlayan bankalararası ilişki (*le rapport entre banques/ Interbankverhältnis*) eklenir¹⁹². Bu ilişkiye de, bankalar arasında doğrudan ya da dolaylı şekilde kurulmuş hesap ve ciro sözleşmeleri esas teşkil eder. Aşağıda belirtilen bu ilişkiler ödeme sürecinin zamansal işleyişine paralel şekilde incelenecektir. Bu itibarla öncelikle havaleci ile bankası arasındaki ilişki ele alınacak, zincirleme banka havalesine özgü olan bankalar arasındaki ilişkiye ise, banka ile havale lehdarı arasındaki ilişkiden sonra yer verilecektir.

¹⁹¹ Havale lehdarı ile banka arasındaki ilişki için Tahsil ilişkisi (Inkassoverhaeltnis) terimi de kullanılmaktadır. Bu yönde bk. **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 695.

¹⁹² Öte yandan bu süreçte, havaleci ile lehdarın bankası arasında ya da lehdar ile havalecinin bankası arasında ve yine bu kişiler ile olası aracı bankalar arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulmaz. Bu yönde bk. **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 695; **BUIS**, sh. 152, 155, 157. Bununla birlikte Merkezi ödeme (clearing) sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen zincirleme havalede, salt sisteme katılmanın sonucu olarak bankalar arasında doğrudan sözleşme ilişkilerinin kurulduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bk. aşağıda B. 3. b. bbbb.

1. Havaleci Borçlu ile Bankası Arasındaki İlişki (Karşılık İlişkisi)

Kaydi paranın havalecinin hesabından lehdarın hesabına aktarılması sürecinde, havaleci borçlu ile bankası arasındaki ilişki karşılık ilişkisi olarak adlandırılır. Bu ilişkinin temelini yukarıda¹⁹³ açıklanan şekilde hesap ilişkisi temelinde kurulduğu kabul edilen ciro sözleşmesi teşkil etmektedir¹⁹⁴. Ciro sözleşmesinde bankanın üstlenmiş olduğu asli yükümlülük olan müşterinin ödeme talimatlarının yerine getirilmesi, bankanın havaleci ile olan (karşılık) ilişkisine ait bir yükümlülük olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde banka aktif konumdadır¹⁹⁵. Münferit ödeme işlemi bakımından bankanın bu yükümlülüğü, havaleci müşterinin bankaya iletildiği ödeme talimatı ile somutlaşır¹⁹⁶. Ödeme talimatının bankaya iletilmesinin ödeme sürecinde, karşılık ilişkisini ilgilendiren diğer sonucu ise, banka tarafından havale tutarının havalecinin hesabına borç kaydedilmesidir. Aşağıda esasen, söz konusu borç kaydı işleminin niteliğinin ve doğurduğu sonuçlarının yanı sıra, ciro sözleşmesinin ve banka havalesinin hukuki niteliği konusunda benimsenen görüş dikkate alınmak suretiyle, bankaya verilen ödeme talimatının, havaleci ile banka arasındaki ilişki bakımından sonuçları ele alınacaktır.

a. Ödeme Talimatı

Ödeme talimatı müşteri ile banka arasında ciro sözleşmesi kurulduktan sonra, havaleci müşterinin münferit ödeme işleminin gerçekleştirilmesine yönelik olarak açıkladığı irade beyanıdır¹⁹⁷. Somut olarak havalecinin bankaya yönelttiği bu beyanda belirli bir miktar paranın kendi hesabından çekilerek, talimatta belirtilen kişiye hesaba alacak kaydedilmek suretiyle ödenmesi talep edilmektedir.

¹⁹³ Bk. yuk. dn. 124'e bağlı metin.

¹⁹⁴ **TÜRK**, sh. 235.

¹⁹⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 40 (N. 79); **TÜRK**, sh. 222;

¹⁹⁶ **HELBIG**, sh. 39.

¹⁹⁷ **TÜRK**, sh. 236.

i. Ödeme Talimatının Hukuki Niteliği

Daha önce ifade edildiği üzere¹⁹⁸, ciro sözleşmesi ile banka, müşterisinin nakit dışı ödeme işlemlerini gerçekleştirmeyi, özellikle müşterisinin gelecekte kendisine iletilecek olan ödeme talimatlarını yerine getirmeyi üstlenmektedir. Buna bağlı olarak müşteri de, ciro sözleşmesi temelinde bankaya ödeme talimatı vermeye yetkili sayılır. Müşteri, bankaya ödeme talimatı vermek suretiyle, bankanın genel, soyut nitelikli iş görme yükümlülüğünü tek taraflı iradesi ile (tek taraflı olarak) münferit ödeme işlemi bakımından – ödemenin yapılacağı kişi, ödeme tutarı ve ödeme zamanı konusunda – somutlaştırmaktadır¹⁹⁹. Ciro sözleşmesinden doğan ilişkinin vekâlet hükümlerine tabi olduğu da dikkate alındığında, belirtilen bu işlevi itibariyle ödeme talimatı, – işin görülmesi tarzını belirleyen – BK m. 389 (art. 397/I CO) anlamında talimat niteliğindedir²⁰⁰. Şu halde müşteri, bankaya ödeme talimatı vermekle, ciro sözleşmesinden doğan talimat verme yetkisini kullanmış olur. Banka ile müşteri arasında ciro sözleşmesi mevcut değil ise, bankaya iletilen ödeme talimatı, BK m. 389/f. I anlamında bir talimat değil, müşterinin, banka ile ciro sözleşmesi kurma amacıyla bankaya yönelttiği bir icap teşkil eder; banka, ödeme talimatını icra etmek suretiyle kabul beyanında bulunmuş olur²⁰¹.

Müşteri, ciro sözleşmesi çerçevesinde sahip olduğu, BK m. 389/f. I anlamında bankaya (ödeme) talimat(ı) verme yetkisini, muhataba ulaşması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile kullanır²⁰². Diğer bir deyişle müşterinin bankaya ilettiği ödeme talimatı, tek taraflı bir irade açıklaması niteliğinde olup, talimatın hüküm ifade etmesi – yani

¹⁹⁸ Bk. yukarıda II. A. 2. a.

¹⁹⁹ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 28; **KLEINER**, sh. 40; **ZEIDLER**, sh. 21;

²⁰⁰ **TÜRK**, sh. 237; İsviçre hukukunda bu yönde bk. **HELBIG**, sh. 46; **HEINI**, sh. 16; **ZEIDLER**, sh. 21; **BETTSCHART**, sh. 181; **KRAMER**, sh. 32; Alman hukukunda havale yasası yürürlüğe girmeden önceki dönemde, ödeme talimatının BGB § 665 anlamında talimat olarak nitelendirilmesi hk. bk. **CANARIS**, sh. 207 (N. 320); **PUTZO**, sh. 46; **BREUNIG**, sh. 34; Alman Havale Yasasında ise, bankanın münferit ödeme işlemi gerçekleştirme yükümlülüğünün doğumu, banka ile müşteri arasında ciro sözleşmesinden ayrı bir havale sözleşmesinin kurulmasını gerektirmektedir. Bu hukuki kurgu çerçevesinde bankaya iletilen ödeme talimatı, havale sözleşmesini kurmaya yönelik icap teşkil eder. Bu konuda bk. **HEERMANN**, sh. 204 (N. 1) vd.

²⁰¹ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 27.

²⁰² BK m. 389/f. I anlamında vekile verilen talimatın, ulaşması gereken tek taraflı irade açıklaması niteliğinde olduğu hk. bk. **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 436; **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 648; **FELLMANN**, W.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 397, sh. 317 (N. 20).

bankanın somut ödeme işlemini gerçekleştirme yükümlülüğünün doğması – bankaya ulaşmasına bağlıdır²⁰³. Bu irade açıklaması, bankaya ulaştığı andan itibaren bankanın münferit ödeme işlemini gerçekleştirme yükümlülüğünü doğurması ve müşterinin iradesinin de bu sonuca yönelik olması itibariyle, aynı zamanda tek taraflı bir hukuki işlem teşkil eder²⁰⁴.

Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul gören görüş²⁰⁵ uyarınca ödeme talimatı, çift karakterli bir yapıya sahip olup, ciro sözleşmesi temelinde verilen bir iş görme talimatı olmanın yanı sıra, (gerek kurum içi gerek zincirleme havalede), ödeme sürecine katılan taraflar arasında havale ilişkisi kuran bir çifte yetkilendirme işlemi, diğer bir deyişle BK m. 457 anlamında havale teşkil eder. Zira müşteri, bankaya, belirli bir miktar parayı talimatta lehdar olarak gösterdiği ve bu bankada ya da bir başka bankada hesabı bulunan bir kişiye ödemesi yönünde talimat vermekle, bankayı, onun hesabına bu kişiye ödeme yapma konusunda yetkilendirmiş olmaktadır. Keza yukarıda benimsediğimiz görüş uyarınca banka havalesinde müşteri, aynı işlemle bankaya, lehdara iletilmek üzere kabz yetkisi de vermektedir²⁰⁶. Buna bağlı olarak, talimatın bankaya ulaşması ile ödeme sürecine katılan taraflar – yani müşteri, banka(lar) ve lehdar – arasında bir doğrudan havale ilişkisi kurulur.

Öğretide bazı yazarlarca, müşterinin ödeme talimatı aracılığıyla (tek taraflı irade beyanı ile) ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğün içeriğini belirlemesinden hareketle, ödeme talimatı verilmesinin ciro sözleşmesinden doğan yenilik doğurucu

²⁰³ **HELBIG**, sh. 46; **HEINI**, sh. 17; **ZEIDLER**, sh. 23; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 32; **BUIS**, sh. 45.

²⁰⁴ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 28; Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 208 (N. 321); ödeme talimatının hukuki işlem benzeri fiil olduğu yönünde bk. **PUTZO**, sh. 46. Hukuki işleme ilişkin hükümler kıyasen hukuki işlem benzeri fillere de uygulanacağından, bu nitelendirmenin pratik bir fayda sağlamayacağı öğretilde haklı olarak ifade edilmiştir. Bu konuda bk. **CANARIS**, sh. 208 (N. 312); karşı. **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 28. Genel olarak vekâlet sözleşmesi çerçevesinde müvekkilin vekile verdiği talimatın tek taraflı hukuki işlem niteliğinde olduğu hk. bk. **FELLMANN**, Berner Kommentar, Art. 397, sh. 317 (N. 20)

²⁰⁵ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 704; **TÜRK**, sh. 236; **KLEINER**, sh. 41; **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 234; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 492; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 31; **HAHN**, Die Rückerstattung Fehlgeschlagener Überweisungen – Vertragrechtliche und Bereicherungsrechtliche Aspekte – , La Défaillance de Paiement. Retard et Défaut de Paiement, Fribourg 2002, sh. 58; Alman hukukunda ise, BGB 783 anlamında havale, yazılı olarak ve havale lehdarına verilmesi gereken bir yetki belgesinin varlığını gerektirdiğinden, havale hükümlerinin banka havalesine doğrudan uygulanamayacağı hk. bk. **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 29.

²⁰⁶ Bu konuda bk. yuk. I. B. 3.

hakkın kullanılması niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür²⁰⁷. Zira vekalet sözleşmesinde de vekile verilen talimatın yenilik doğurucu işlem niteliğinde olduğu ifade edilmektedir²⁰⁸. Kanımızca bankaya ödeme talimatı verilmesi yenilik doğurucu hakkın kullanılması olarak nitelendirilmemelidir. Her ne kadar ödeme talimatının bankaya iletilmesi sonucu, bankanın iş görme yükümlülüğü somutlaşsa dahi, bu talimatın verilmesi müvekkil (iş sahibi) konumundaki banka müşterisinin hukuki durumunda dar ve teknik anlamda bir değişiklik meydana getirmez. Öte yandan, kural olarak yenilik doğuran hak kullanılmakla tükenir ve geri alınamaz nitelikli iken, müşteri, ödeme talimatını BK m. 470 çerçevesinde geri almaya yetkilidir²⁰⁹.

ii. Ödeme Talimatının Şekli

Ödeme talimatının, hüküm doğurması bakımından bankaya ulaşması gerekmektedir birlikte, geçerliliği herhangi bir şekil koşuluna tabi değildir²¹⁰. Müşteri, ödeme talimatını bankaya, yazılı veya sözlü olarak, telefon veya faks aracılığıyla veyahut modern iletişim araçlarıyla, örneğin internet üzerinden elektronik ortamda iletebilir²¹¹. Uygulamada bankalar, bankacılık hizmetlerine yönelik talimatlarda telefon, faks, internet gibi iletişim araçlarından yararlanılmasını, müşterinin, bunların kullanılmasından doğabilecek riskleri üstlendiğini yazılı olarak bankaya bildirmesi ön şartına bağlanmaktadır²¹².

Banka genel işlem şartlarında öngörülen kural ise, talimatın, banka tarafından hazırlanan matbu formun doldurulup imzalanarak banka görevlisine verilmesi yoluyla iletilmesidir²¹³. Banka, meşruiyet denetimi çerçevesinde, söz konusu talimattaki imza

²⁰⁷ **HELBIG**, sh. 46.

²⁰⁸ **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, 436; **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 648.

²⁰⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 32; **BETTSCHART**, sh. 182 vd.

²¹⁰ **KOCAMAN**, Ödeme Talimatı, sh. 28; **TÜRK**, sh. 240; Alman hukuku açısından bk. **SCHÖN**, W.: Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 198 (1998), sh. 422; internet üzerinden verilen ödeme talimatı hk. ayrıntılı bilgi için bk. von **SCHÖNBORN**, K. G.: Die Bankhaftung bei der Überweisung im Internet, Berlin 2001, sh. 45 vd; **LOMBARDINI**, sh. 206 (N. 6) vd. **TÜRK**, sh. 312 vd.

²¹¹ **HEINI**, sh. 17; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 33; **BUIS**, sh. 10; **LOMBARDINI**, sh. 205 (N. 2) vd.

²¹² **LOMBARDINI**, sh. 206 (N. 5).

²¹³ **TÜRK**, sh. 240; **LOMBARDINI**, sh. 205 (N. 2), 233 (N. 25).

ile müşterinin bankaya daha önce vermiş olduğu imza örneğini karşılaştırmakla yükümlüdür²¹⁴.

iii. Ödeme Talimatının İçeriği

Ödeme talimatının içeriği bakımından, gerçekleştirilmesi yönünde bankanın faaliyette bulunmakla yükümlü olduğu münferit ödeme işlemi belirleyicidir.

Ödeme talimatında kural olarak, havale lehdarının ismi ve hesap numarası, bu hesap talimatın verildiği banka dışında bir banka nezdinde tutuluyor ise, bu bankanın ismi, ticaret ünvanı ve clearing numarası (ya da IBAN), havale edilecek tutar ve bunun ifade edildiği para birimi, ödeme talimatı veren müşterinin ismi ve havale tutarının borç kaydedileceği hesap numarası yer alır²¹⁵.

Bu bilgilere ek olarak müşteri, ödeme talimatında, talimatın yerine getirilmesini istediği tarihi belirtebileceği gibi, ödemenin hangi amaçla ya da aralarındaki hangi borcun ifası kastı ile yapıldığına ilişkin, lehdarı bilgilendirmeye yönelik açıklamalara da yer verebilir²¹⁶. Keza müşteri, bu talimatta lehdara yapılacak ödemeyi şarta bağlayabilir²¹⁷. Talimatın içeriğinde yer verilen bu şartın açık olarak belirtilmiş olması gerekir.

Bireysel bankacılık (*retail banking*) hizmeti çerçevesinde bankaya verilen ödeme talimatının içeriği ise çoğu zaman sınırlıdır. Müşteri çoğu zaman salt, lehdarın hesap bilgilerini, havale edilen tutarı ve talimatın işleme konulacağı tarihi belirtmekle yetinir²¹⁸. Genellikle müşteri, talimatın yerine getirilmesinde bankanın başvuracağı araçları bankanın seçimine bırakır.

Bu talimat ile bankadan talep edilen faaliyetin konusunu ise, müşterinin iradesine bağlı olarak, tek bir ödeme işlemi ya da “dönemsel ödeme talimatı”

²¹⁴ **TÜRK**, sh. 241.

²¹⁵ **TÜRK**, sh. 238; **BUIS**, sh.10; **LOMBARDINI**, sh. 233 (N. 26).

²¹⁶ **TÜRK**, sh. 238; **BUIS**, sh. 10; **LOMBARDINI**, sh. 233 (N. 26).

²¹⁷ **TÜRK**, sh. 239. Örneğin talimatta, bankanın ödeme yapması, lehdar tarafından belirli belgelerin bankaya ibraz edilmesi şartına bağlanmış olabilir.

²¹⁸ **BETTSCHART**, sh. 182.

(*Dauerauftrag*) olarak adlandırılan, aynı lehdar için belirli dönemlerde tekrarlanacak birden fazla ödeme işlemi teşkil edebilir²¹⁹.

iv. Ödeme Talimatının Yerine Getirilmesi

aa. Bankanın Ödeme Talimatını Yerine Getirme Yükümlülüğü

Yukarıda ifade edildiği üzere ciro sözleşmesi ile banka, genel anlamda, müşterisinin nakit dışı ödeme işlemlerini yerine getirmeyi üstlenmiş olup²²⁰, müşterinin ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğü, ciro sözleşmesinin aktif yönünü ilgilendirir. BK m. 389/f. I anlamında talimat olarak nitelendirilen ödeme talimatı, bankanın bu genel nitelikli iş görme yükümlülüğünü, münferit ödeme işleminde somutlaştırmaktadır²²¹.

Ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğünün konusunu, bankanın, kaydi paranın lehdara aktarılması yönünde faaliyette bulunması teşkil eder. Kurum içi banka havalesi söz konusu olduğunda bu faaliyet, öğretilerde genel kabul gören görüş uyarınca²²², havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesidir²²³. Zincirleme banka havalesinde ise, bankanın yerine getirmesi gereken faaliyetin kapsamı tartışmalıdır²²⁴. Benimsediğimiz görüşe göre, zincirleme banka havalesinde bankanın edim yükümlülüğü, kurum içi havaleden farklı değildir. Diğer bir deyişle banka, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi için gerekli olan kaydi işlemleri gerçekleştirmeyi borçlanır. Bununla birlikte, havalecinin bankası lehdar ile hesap ilişkisi içinde olmadığından, kaydi para aktarımının bizzat yerine getiremeyeceği kısmını alt

²¹⁹ HEINI, sh. 17; BUIS, sh. 46; TÜRK, sh. 239.

²²⁰ KOCAMAN, Banka Havalesi, sh. 702; BILLOTTE-TONGUE, sh. 45 (N. 89).

²²¹ KOCAMAN, Banka Havalesi, sh. 702.

²²² GUGGENHEIM, Bankpraxis, sh. 236 dn. 20; HEINI, sh. 18; BILLOTTE-TONGUE, sh. 45; KRAMER, sh. 32. Havale teorisi çerçevesinde, bankanın havale tutarını hesaba alacak kaydetmesi, havalenin kabulü bildirim niteliğinde olup, banka, ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü havaleyi kabul etmekle yerine getirmektedir. Benimsediğimiz görüşe göre ise, banka havalesinde ayrı bir kabul bildirim söz konusu olmadığından, hesaba alacak kaydını gerçekleştiren banka, ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü, havaleyi kabul ederek değil, doğrudan doğruya havaleyi icra etmek suretiyle, yani lehdara ödeme yaparak yerine getirmiş olur. Bu konuda ayrıca bk. yukarıda I. B. 3.

²²³ Vurgulamak gerekir ki, kurum içi havalede banka, müşterisine bir sonucu taahhüt etmiş sayılmaz. Havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilemez ise, bankanın havaleci müşterisine karşı sorumlu olup olmadığı, bankanın özenli iş görme yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine göre belirlenir. Bu yönde bk. BETTSCHART, sh. 98 vd.

²²⁴ Öğretilerdeki bu tartışma için aşağıda bk. Üçüncü Bölüm I. C. 2. a. cc.

vekâlet ilişkisi temelinde lehdarın bankasına devretmekle yükümlüdür. Buna göre, zincirleme banka havalesinde havalecinin bankasının ciro sözleşmesi uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu faaliyet, ödeme talimatının lehdarın hesabının tutulduğu bankaya aktarmak ve bu bankanın havale tutarını lehdarın hesabına aktarmasını sağlamaktır. Bu konu aşağıda zincirleme banka havalesinde havalecinin bankasının sorumluluğu başlığı altında ayrıca incelenecektir.

Ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğünün doğumu için, – banka, ciro sözleşmesi ile müşterisinin nakit dışı ödeme işlemlerini yerine getirmeyi üstlenmiş olduğundan – talimatın bankaya ulaşması yeterli olup, bankanın her bir münferit ödeme işlemi için ayrı bir kabul açıklamasında bulunması gerekli değildir²²⁵. Bununla birlikte, müşterinin hesabında münferit ödeme talimatı için yeterli bakiyenin bulunması ya da banka ile müşteri arasındaki kredi ilişkisi çerçevesinde kararlaştırılan kredi limitinin aşılmamış olması, kısaca hesapta yeterli karşılığın mevcut olması şarttır²²⁶. Hesapta yeterli karşılık mevcut değil ise, banka ödeme talimatını yerine getirmekle yükümlü olmaz. Zira ciro sözleşmesinde bankanın, – somut olayda ciro sözleşmesine eklenen bir kredi sözleşmesi söz konusu olmadıkça – , müşterisine kredi kullandırmayı üstlendiği söylenemez²²⁷. Öğretide bazı yazarlarca BK m. 468/f. II’de öngörülen, borç üzerine havalede, havale muhatabının kendisi için daha külfetli olduğu takdirde, lehdara ödeme yapmaktan kaçınabileceği şeklindeki kuralın, bu sonucu desteklediği ifade edilmektedir²²⁸. Kanımızca bu hüküm banka havalesi bakımından önem arz etmemektedir. Zira bu hükümde havale muhatabının lehdara herhangi bir sebeple borçlu olması durumunda, havalecinin talebi üzerine bu borcunu havaleci yerine lehdar konumundaki üçüncü kişiye ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Oysa banka havalesinde bankanın lehdara ödeme yapması, bizzat banka ile müşteri arasındaki ciro sözleşmesinin konusunu teşkil eder. Bu olasılıkta, bankanın ödeme talimatını yerine getirmekle ilgili yükümlü olmamasının sebebi, bankanın havaleciye borçlu olmaması ya

²²⁵ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 703; **WETTSTEIN**, sh. 52; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 31; **BUIS**, sh. 56.

²²⁶ **TÜRK**, sh. 210; **von der CRONE**, sh. 54; **HEINI**, sh. 19; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 42.

²²⁷ **HELBIG**, sh. 22; **WETTSTEIN**, sh. 53; **BUIS**, sh. 57. Alman hukukunda bu yönde bk. **PUTZO**, sh. 18; **HÄUSER**, Gutachten, sh. 1365. Kural bu olmakla birlikte, öğretide bankanın, uzun süredir hesap ilişkisi içinde olduğu hatırlı müşterisi söz konusu olduğunda, müşterinin zarara uğramamasını temine yönelik müşterisine kısa süreli kredi kullandırmakla yükümlü olabileceği konusunda bk. **HELBIG**, sh. 23 dn. 62; **PUTZO**, sh. 19 dn. 5.

²²⁸ Bu görüşte bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 42; **BUIS**, sh. 57.

da talimatın icrasının daha külfetli olması değil, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğumu için bizatihi ciro sözleşmesinde öngörülen koşulun gerçekleşmemiş olmasıdır²²⁹.

Müşterinin hesabında karşılığın kısmen mevcut olması, bankayı ödeme talimatını hesapta bulunan karşılık oranında yerine getirmekle yükümlü kılmaz²³⁰. Yani hesapta yeterli karşılık mevcut değil ise, banka, ödeme talimatını yerine getirmekten kaçınabilir. Keza, talimatın icrası için gerekli karşılığın havalecinin talimatta belirttiği hesap dışındaki bir hesabında mevcut olması da bankayı talimatı yerine getirmekle yükümlü ya da yetkili kılmaz²³¹. Öte yandan, aynı anda yerine getirilmesi gereken birden çok ödeme talimatı söz konusu olup, havalecinin hesabındaki tutar ya da kredi limiti bunların tamamını karşılamaya yetmiyor ise, katıldığımız görüş uyarınca banka, talimatları – kendi seçimine göre – icra etmekten kaçınmalı ve hangi talimatın icra edileceği konusunda havaleciden ek açıklama talep etmelidir²³². Banka genel işlem şartlarında ise, bankaya bu yönde takdir yetkisinin tanındığı görülmektedir²³³.

Havalecinin hesabında yukarıda belirtilen şekilde yeterli karşılık mevcut değil ise, öğretide genel kabul gören görüşe göre, banka talimatı yerine getirip getirmemekte serbesttir²³⁴. Bu görüş uyarınca, hesapta yeterli karşılık mevcut değil iken müşterinin bankaya verdiği ödeme talimatı, banka ile bir kredi sözleşmesi kurulmasına yönelik bir icap niteliğindedir; banka böyle bir talimatı icra eder ise, taraflar arasında örtülü şekilde bir kredi sözleşmesi kurulmuş olur²³⁵. Müşterisi ile kredi ilişkisine girmek istemeyen

²²⁹ Karş. **BETTSCHART**, sh. 137.

²³⁰ **BUIS**, sh. 57.

²³¹ **BUIS**, sh. 57. Bununla birlikte havalecinin bankada hisse senedi, tahvil gibi aktifleri mevcut olup, bunların toplam değeri ödeme talimatındaki tutarı karşılamaya yeterli ise, bankanın ödeme talimatını yerine getirmekten kaçınamayacağı görüşünde bk. **LOMBARDINI**, sh. 238 (N. 44)

²³² **LOMBARDINI**, sh. 238 (N. 41); aksi kararlaştırılmadığı sürece, hangi talimatın yerine getirileceğini belirleyemeye bankanın yetkili olduğu görüşü için bk. **BUIS**, sh. 57.

²³³ **WETTSTEIN**, sh. 52 dn. 97; **BUIS**, sh. 57.

²³⁴ **EMCH, U./RENTZ, H./ARPAGUS, R.**: Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, sh. 747 (N. 2376); **WETTSTEIN**, sh. 53; **BUIS**, sh. 58; karş. **TÜRK**, sh. 210.

²³⁵ **WETTSTEIN**, sh. 53; **TÜRK**, sh. 210; Alman hukukunda bu görüşte bk. **HÄUSER**, Gutachten, sh. 1365.

banka ise, ödeme talimatını yerine getirmeyeceğini derhal müşterisine bildirmekle yükümlüdür²³⁶.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, bankanın hesapta yeterli karşılık olmasa dahi, talimatı yerine getirmeye yetkili olduğu kural olmakla birlikte, taraflar arasında hâlihazır bir kredi sözleşmesi mevcut ise, bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre, taraflar arasındaki kredi sözleşmesinde kredi limiti açıkça belirlenmiş ise, bankaya ödeme talimatı veren havalecinin iradesinin, söz konusu talimatın kredi limiti aşılarak yerine getirilmesi ve bu tutarda kendisine kredi kullanırılması yönünde olduğu doğrudan doğruya söylenemez. Zira taraflar arasında bir kredi ilişkisi mevcut ise, havaleci müşterinin beklentisi, bankanın ödeme talimatlarını kararlaştırılan kredi limiti dahilinde yerine getireceği, bu limit aşıldığı takdirde bankanın talimatı yerine getirmekten kaçınacağı şeklindedir. Şu halde bu olasılıkta banka, ödeme talimatını icra etmeden önce havaleciden, ek açıklama talep etmek suretiyle havaleci müşterisinin iradesinin kendisine fazladan kredi kullanırılması yönünde olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür²³⁷. Buna karşın, kredi sözleşmesinde herhangi bir limit belirlenmemiş ise, banka ödeme talimatını yerine getirmeye yetkili sayılmalıdır²³⁸.

bb. Ödemeyi Talimatın İçeriğine Uygun Şekilde Yerine Getirme Yükümlülüğü

BK m. 389/f. I uyarınca vekil, kural olarak müvekkilin talimatında açıkladığı iradeye uygun hareket etmekle yükümlüdür. Vekilin, talimatın içeriği ile bağlılığı (*prinzip der formalen Auftragstreng*) şeklinde ifade edilen bu ilke, ciro sözleşmesi çerçevesinde iş gören banka için de geçerlidir. Bankanın, iş görme yükümlülüğü çerçevesinde ödeme talimatını yerine getirirken, ödeme talimatının içeriğine sıkı surette

²³⁶ TÜRK, sh. 210; WETTSTEIN'a göre (sh. 53), bu bildirim yapmayan bankanın, BK m. 6 ve m. 387 (art. 6, 395 CO) uyarınca müşterisinin icabını kabul ettiği varsayılır; aksi görüşte olan LOMBARDINI'ye (sh. 237 (N. 41)) göre ise, banka, müşterisinin hesap durumundan haberdar olduğunu ve hesapta yeterli karşılık olmadığına kendisine kredi kullanırılmayacağını bildiğini varsaymaya yetkili olup, talimatın yerine getirilmeyeceği konusunda havaleciyi uyararakla yükümlü değildir.

²³⁷ BUIS, sh. 58.

²³⁸ BUIS, sh. 58.

bağlı kalması, özellikle havale tutarını, gerçek anlamda hak sahibi olduğunu düşündüğü kişinin değil, talimatta lehdar olarak gösterilen kişinin hesabına aktarması gerekir²³⁹.

Öte yandan ödeme talimatının içeriği, bankanın edim yükümlülüğünün sınırı bakımından da belirleyicidir. Banka, ödeme talimatına esas teşkil eden hukuki ilişkiye yabancı olduğundan, kural olarak²⁴⁰ ödeme talimatının yerindeliliğini (amaca uygunluğunu) denetlemek ve bu konuda havaleciye bilgi vermek ya da onu uyarmakla yükümlü de değildir²⁴¹. Ayrıca bankanın yerindelik denetimi ile yükümlü olması, ödeme sürecini yavaşlatması ve ek masrafa neden olması nedeniyle, banka aracılığıyla ödeme işlemlerinin işlevi ve amacıyla da bağdaşmaz²⁴².

Bankanın ödeme talimatının içeriği ile bağlılığı ilkesi, havale tutarının alacak kaydedileceği hesap bakımından da geçerlidir. Uygulamada²⁴³ havale formlarında ya da genel işlem şartlarında, bankanın, havale tutarını lehdarın talimatta belirtilen dışındaki bir hesabına alacak kaydedebileceğine ilişkin koşula (*Fakultativklausel*) yer verildiği görülmektedir²⁴⁴. Bu koşul banka açısından, özellikle, lehdarın banka nezdinde birden fazla hesabı olup, bu hesaplardan biri borçlu bakiyede ise, önem arz eder. Zira bu olasılıkta banka, söz konusu koşula dayanmak suretiyle, havale tutarını lehdarın borçlu bakiyedeki hesabına alacak kaydederek, lehdardan olan alacağını – alacak kaydı işleminden doğan borcu ile – takas yoluyla sona erdirme olanağı elde etmiş olur²⁴⁵. Öğretide bu kaydın etkisi²⁴⁶ ve geçerliliği tartışmalı olmakla birlikte, genel kabul gören

²³⁹ **BUIS**, sh. 61; Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 211 (N. 327) vd.; **BREUNIG**, sh. 34; **WIMMER-LEONHARDT**, S.: Die Haftung gegenüber den Bankkunden im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, Baden-Baden 1996, sh. 54.

²⁴⁰ Bankanın havaleciyi aydınlatma yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlar hk. bk. **CANARIS**, sh. 212 (N. 328).

²⁴¹ **CANARIS**, sh. 212 (N. 328).

²⁴² **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 54.

²⁴³ Havale formunun lehdarın hesap numarasına ayrılan bölümünün altında “ya da lehdarın diğer bir hesabına” şeklinde bir ibare mevcut olup, uygulamada havalecinin bu ibarenin üzerini çizmek suretiyle bu kaydı kabul etmeme iradesini açıklayabileceği yönünde bk. **HÖLSCHIEDT**, sh. 103.

²⁴⁴ Özellikle Alman bankacılık uygulamasında yer verilen bu kayıt, daha çok yazılı belge üzerinden gerçekleşen havaleler bakımından önem arz etmektedir.

²⁴⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 50 (N. 99).

²⁴⁶ Öğretideki bir görüşe göre söz konusu koşulun anlamı, bankaya havalecinin talimatından kısmen ayrılma konusunda yetki verilmesidir. Bu yönde **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 50 (N. 100). Diğer bir görüşe göre ise, bu bu koşul ile salt ödeme talimatının içeriği genişletilmektedir. Bu yönde **HÖLSCHIEDT**, N. H.: Die Haftung der Banken im Zahlungsverkehr, Köln 1991, sh. 104.

görüŖ, söz konusu kaydın geçerli olmadığı, bu kayıt aracılığıyla bankanın havalecinin talimatından ayrılma yetkisi elde etmiş sayılamayacağı yönündedir²⁴⁷. Zira BK m. 389/f. I uyarınca vekil, müvekkilin talimatından, ancak somut olayda müvekkilin iznini alma olanağı mevcut değil ise ve işin görülmesi tarzının müvekkilin varsayılan iradesine uygun olacağı söylenebildiği ölçüde ayrılabilir²⁴⁸. Oysa havale tutarının belirtilen hesap dışındaki bir hesaba alacak kaydedilmesinde, münhasıran bankanın menfaati söz konusudur²⁴⁹. Ciro sözleşmesi çerçevesinde havaleci müşterinin menfaati ise, kural olarak ödeme talimatında belirtilen hesaba alacak kaydı yapılmasındadır. Zira kaydi para aktarımının bedel ilişkisinde ifa etkisi doğurması, genel olarak alacaklının bu ödeme tarzına rıza göstermiş olmasının yanı sıra kaydi paranın, alacaklının – para borçlusuna – bildirdiği hesaba aktarılmış olmasına da bağlıdır²⁵⁰. Öte yandan, bankanın lehdarın herhangi bir hesabına alacak kaydı yapmaya yetkili sayılması, ödeme talimatında hesap numarası belirtilmesini işlevsiz olması sonucunu doğurur²⁵¹. Ŗu halde ciro sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmadıkça ya da ödeme talimatının verilmesi sırasında banka bu konuda açıkça bu yetkilendirilmedikçe, bankanın belirtilen hesap dışındaki bir hesaba alacak kaydı yapması, talimata uygun olmayan iş görme sayılması gerekir.

Vurgulamak gerekir ki, bankanın talimatın içeriğine bağlı kalma yükümlülüğü, talimatın içeriğinden havalecinin iradesi tespit edilebildiği sürece mevcuttur. Diğer bir deyiŖle bankanın talimata uygun davranmış sayılabilmesinin ön koŖulu, talimattan havalecinin iradesinin tespit edilebilir olmasıdır. Ödeme talimatının eksik ya da birbiri ile çelişkili bilgiler içermesi nedeniyle (ödemenin yapılacağı hesap konusundaki) havalecinin iradesi açık değil ve bu belirsizlik yorum yoluyla giderilemiyor ise, banka, ödeme sürecini durdurmak ve havaleciden belirsizliğin giderilmesine yönelik açıklama talep etmekle yükümlüdür²⁵². Ŗu halde banka talimatın içeriğini yorumlamak suretiyle

²⁴⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 50 (N. 100); **BUIS**, sh. 61; Alman hukukunda bu koŖulun genel işlem şartları yasası karşısında geçersiz olduğu yönünde bk. **BREUNIG**, sh. 36; **HÖLSCHIEDT**, sh. 105.

²⁴⁸ **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 445 vd.; **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 649; **GÜMÜŖ**, Özel C. 2, sh. 297.

²⁴⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 50.

²⁵⁰ Bu konuda ayrıca bk. aŖağıda İkinci Bölüm I. B.

²⁵¹ **HÖLSCHIEDT**, sh. 105.

²⁵² **BUIS**, sh. 62; karŖ. **TÜRK**, sh. 242 vd.; Alman hukukunda bu yönde bk. **HÖLSCHIEDT**, sh. 68; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 55.

lehdarı ve hesap numarasını kesin şekilde tespit edebiliyor ise, vardığı sonuç doğrultusunda ödemeyi gerçekleştirmeye yetkili ve bununla yükümlüdür. Buna karşın, talimattaki bilgilerdeki eksiklik ya da çelişki, lehdarı kesin şekilde teşhise olanak vermeyecek derecede ise, banka ödeme sürecini durdurmalıdır. Bu konu aşağıda bankanın havale tutarının yanlış hesaba aktarılması nedeniyle sorumluluğu²⁵³ başlığı altında incelenecektir.

Buna karşın, ödeme talimatına havaleci tarafından dahil edilen açıklamalar (*Angaben über den Verwendungszweck*), havale lehdarına yönelik olup, bankanın dikkate almakla yükümlü olduğu talimat içeriğinden değildir. Özellikle bir para borcu söz konusu olduğunda, bu açıklama ile havaleci, hangi borcu ödemek istediğini lehdar konumundaki alacaklısına bildirmeyi amaçlamaktadır²⁵⁴. Bununla birlikte, söz konusu bilgilerin lehdara iletilmesi banka açısından bir yan yükümlülük teşkil eder²⁵⁵. Zira ödeme talimatı formunda ödemeye ilişkin açıklamalara yönelik ayrı bir bölüm düzenleyen banka, havaleciye karşı bu bilgileri de lehdara aktarmayı üstlenmiş sayılır²⁵⁶. Ayrıca lehdarın ödemenin hangi borca ilişkin olduğunu belirleyebilmesi, havalecinin isminin yanı sıra ödemeye ilişkin bilgilerin de iletilmesi ile mümkün olur.

b. Havale Tutarının Havalecinin Hesabına Borç Kaydedilmesi

i. Borç Kaydı İşleminin Hukuki Niteliği

aa. Öğretideki Görüşler

Öncelikle belirtmek gerekir ki, – alacak kaydı işleminden farklı olarak – havale tutarının havalecinin hesabına borç kaydedilmesi ile banka lehine bağımsız ve yeni bir alacak hakkı doğmuş olmaz. Borç kaydı işleminin etkisi, bankanın, havaleciye bir edimde bulunduğunu ya da havaleciye karşı bir alacak hakkı elde ettiğini göstermekten ibarettir. Diğer bir deyişle havale tutarının hesaba borç kaydedilmesi, her zaman temel borç ilişkisinde yerine getirilmiş bir edimin ya da geçerli olarak doğmuş bir alacak hakkının varlığını gerektirir. Banka havalesinde söz konusu temel ilişkiyi banka ile

²⁵³ Havale tutarının yanlış hesaba aktarılmasından bankanın sorumluluğuna ilişkin olarak bk. Üçüncü Bölüm I. C. 2. a. i. bb. ccc. bbbb.

²⁵⁴ BUIS, sh. 61.

²⁵⁵ BREUNIG, sh. 35; HÖLSCHIEDT, sh. 52; WIMMER-LEONHARDT, sh. 55.

²⁵⁶ HÖLSCHIEDT, sh. 53.

müşteri arasındaki cari hesap ve ciro sözleşmeleri teşkil eder. Bu bağımlılık ilişkisi nedeniyle, borç kaydı işlemine esas teşkil eden borç ilişkisi, borç kaydı işleminin hukuki niteliği bakımından belirleyicidir. Banka havalesinde tarafların hangi temel borç ilişkisini ve bu borç ilişkisindeki hangi edimi ya da alacak hakkını esas aldıkları konusunda ise, öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

aaa. Borç Kaydını Bankanın Masrafının Karşılanması ya da Bankaya Masraf Avansı Sağlanması Olarak Nitelendiren Görüş

Öğretilerde baskın görüş, havalecinin hesabına yapılan borç kaydını, bankanın, ciro sözleşmesinden doğan iş görme yükümlülüğünü yerine getirmesi dolayısıyla yaptığı masrafı, havaleci müşterisinden, onun hesap bakiyesini eksiltmek suretiyle karşılması şeklinde nitelendirmektedir. Bilindiği üzere, BK m. 394/f. I (art. 402/I CO)'e göre vekil, işin gereği gibi görülmesi dolayısıyla yaptığı masrafı müvekkilden talep edebilir. Ciro sözleşmesi çerçevesinde iş gören banka açısından ise, lehdarın hesabına alacak kaydedilen tutar, BK m. 394/f. I anlamında bir masraf teşkil etmektedir²⁵⁷. Banka, alacak kaydını müşterisinin verdiği ödeme talimatı doğrultusunda gerçekleştirmiş ise, BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi iş görmüş sayılacağından²⁵⁸, lehdarın hesabına alacak kaydettiği tutar oranında havaleciye karşı, masrafının karşılanmasına yönelik bir alacak hakkı (*Anspruch auf Aufwendersatz*) elde edecektir. İşte, banka, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmekle, BK m. 394/f. I uyarınca sahip olduğu masraf alacağını, havaleci ile arasındaki cari hesap ilişkisine dahil etmiş olur²⁵⁹.

Henüz alacak kaydı gerçekleştirilmeden önce havale tutarının havalecinin hesabına borç kaydedilmesi ise, bankaya, – gerçekleştirilecek alacak kaydına bağlı olarak – ileride doğacak masraf göz önünde alınarak avans verilmesi²⁶⁰

²⁵⁷ İsviçre hukukunda bu yönde bk. **KLEINER**, sh. 42 vd.; **von der CRONE**, sh. 54; **BUIS**, sh. 78 vd.; Alman hukukunda bu yönde bk. **PUTZO**, sh. 34.

²⁵⁸ Kavram hk. bk. aşağıda Üçüncü Bölüm II. B. 1. a. aa.

²⁵⁹ İsviçre hukukunda bu görüşte bk. **KLEINER**, sh. 43; **HEINI**, sh. 24 vd.; esasen bu görüşe katılmakla birlikte, borç kaydı işleminin yenilik doğurucu işlem niteliğinde olduğu yönündeki görüş için bk. **von der CRONE**, sh. 36; **BILLOTTE -TONGUE**, sh. 41.

²⁶⁰ Bankaya havale için gerekli karşılığın sağlanmasının, havaleci açısından BK m. 91 anlamında bir hazırlık hareketi ya da bir külfet niteliğinde olduğu; bu anlamda yerine getirilmemesi durumunda

(*Vorschussbeschaffung*) olarak nitelendirilir²⁶¹. Bu görüşe göre, bankaya ödeme talimatı verilmesi ile birlikte, bankanın havale tutarı kadar, şarta bağlı bir avans alacağı doğar²⁶². Banka, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmek suretiyle söz konusu avans alacağını cari hesap ilişkisine dahil etmiş olur.

Türk ve İsviçre hukuklarında, Alman hukukundan²⁶³ farklı olarak, vekilin iş görme faaliyeti nedeniyle müvekkilden avans talep edebileceği yönünde genel bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, ciro sözleşmesinde tarafların bankanın bu konuda yetkili olduğu konusunda örtülü şekilde anlaşmış sayılacakları öğretide benimsenmektedir²⁶⁴. Zira ciro sözleşmesinin kurulması esnasında bankanın varsayılan iradesi, kural olarak²⁶⁵ hesapta karşılık olduğu sürece müşterinin ödeme talimatını yerine getirmek yönündedir. Bankanın hesapta karşılık olmamasına rağmen ödeme talimatını yerine getirmeyi üstlenmek ve gerektiğinde müşterisine kredi kullanırmak şeklinde bir iradeye sahip olduğu söylenemez²⁶⁶. Diğer bir deyişle, ciro sözleşmesinde tarafların, müşterinin hesabında yeterli karşılık olduğu sürece bankanın havale için gerekli olan karşılığı bu tutardan karşılamaya yetkili olduğu konusunda anlaşmış sayılacakları ifade edilmektedir. Alacak kaydı sonradan gerçekleşir ise, banka iş görme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olacağından, geçici ve şarta bağlı olan bu avans alacağı kesinleşir²⁶⁷ ve BK m. 394/f. I (art. 402/I CO; BGB § 670) anlamında

havalecinin borca aykırılık nedeniyle sorumluluğunu doğuracak dar ve teknik anlamda bir yükümlülükten söz edilemeyeceği yönünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 41.

²⁶¹ **KLEINER**, sh. 43; **von der CRONE**, sh. 55; **HAHN**, sh. 55.

²⁶² **KLEINER**, sh. 43; **von der CRONE**, sh. 55.

²⁶³ Alman hukukunda BGB § 675, 669'da vekilin avans talep etme hakkı açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca bk. **PUTZO**, sh. 32;

²⁶⁴ **KLEINER**, sh. 43; **von der CRONE**, sh. 55; **KRAMER**, sh. 32.

²⁶⁵ Taraflar arasında ciro sözleşmesinin yanı sıra ayrı bir kredi ilişkisi de mevcut ise, banka, söz konusu kredi limiti dahilinde havale talimatını yerine getirmekle yükümlü olacaktır.

²⁶⁶ **KLEINER**, sh. 43; **HELBIG**, sh. 49; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 42.

²⁶⁷ Alman hukukunda baskın görüş, kurum içi havalede havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedildiği anda; zincirleme havalede ise havale tutarının aracı bankanın hesabına alacak kaydedildiği anda avans talebinin kesinleşeceği ve masraf alacağına dönüşeceği yönündedir. Özellikle zincirleme havalede banka ödeme talimatını aracı bankaya gereği gibi aktarmakla ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayıldığından, aracı bankanın hesabına alacak kaydı yapılması anında bankanın müşteriye karşı olan masrafın karşılanması talebi de kesinleşir. Bu konuda bk. **CANARIS**, sh. 223 (N. 343).

masraf alacağına dönüşür. Buna karşın, lehdarın hesabına alacak kaydı gerçekleşmez ise, banka borç kaydedilen havale tutarını havaleciye iade ile yükümlü olur²⁶⁸.

Öğretide diğer bir görüşe²⁶⁹ göre ise, alacak kaydı gerçekleşmeden önce havale tutarının hesaba borç kaydedilmesi, bankaya ciro sözleşmesi ile tanınmış bir yetki olmakla birlikte, bu yetkinin tanınmasındaki amaç, bankanın masraf avansı elde etmesini sağlamak değil, tarafların hesap bakiyesinin gerçek durumundan mümkün olduğunca önceden haberdar etmektir. Banka, havale tutarını önceden borç kaydetmek suretiyle, bir yandan havalecinin hesap bakiyesini aşan tasarruflarda bulunmasını önlemiş diğer yandan da, ileride doğacak masraf alacağını teminat altına almış olur²⁷⁰.

bbb. Borç Kaydını Bankanın Hesap İlişkisinden Doğan Borcunu Ödemesi (Kaydi Paranın Lehdara Aktarılması) Olarak Nitelendiren Görüş

Öğretide bazı yazarlar tarafından, borç kaydı işleminin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, banka ile havaleci arasındaki mevduat ya da kredi ilişkisinin esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yaklaşıma göre, havalecinin hesabına borç kaydedilen tutar, bankaya sağlanan bir avans (ya da bankanın masrafinin karşılanması) değil, bizatihi ciro sözleşmesi uyarınca banka tarafından – alacak kaydı işlemi yoluyla – lehdarın malvarlığına aktarılması üstlenilen şeydir²⁷¹. Fiili olarak, banka havalesi yoluyla ödeme, borçlunun bir aracı kişiyi kendi hesabına alacaklıya ödeme yapması için yetkilendirmesine ve bu amaçla ödemenin gerçekleştirileceği nakit parayı bu aracı kişiye devretmesine benzetilebilir²⁷². Nakit ödemededen farklı olan nokta ise, aracı konumundaki bankaya aktarılanın kaydi para olmasından ibarettir. Bankanın lehdara yaptığı ödeme, bankanın kendi malvarlığından yaptığı bir kazandırma olmadığından, bankanın havaleciden masrafinin karşılanmasını talep etmesi de söz konusu olmaz²⁷³.

²⁶⁸ Havale tutarının havaleciye iadesi konusunda bk. aşağıda Üçüncü Bölüm II. B. 1.

²⁶⁹ **PUTZO**, sh. 33; ayrıca bk. **HELBIG**, sh. 48 dn. 156'da anılan yazarlar.

²⁷⁰ **PUTZO**, sh. 33.

²⁷¹ İsviçre hukukunda bu görüşte bk. **HELBIG**, sh. 47 vd.; Alman hukukunda bu görüşte olan yazarlar hk. ayrıca bk. **PECKERT**, sh.70; **BREUNIG**, sh. 38.

²⁷² **HELBIG**, sh. 50; **PUTZO**, sh. 32; **PECKERT**, sh. 70.

²⁷³ **PECKERT**, sh. 70.

Yine bu görüşe göre, havale sürecindeki işlemlerin zamansal sırası da borç kaydının bankaya sağlanan bir masraf avansı ya da bankanın masrafın karşılanması olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmektedir. Zira iş görme ilişkisi çerçevesinde vekil konumundaki bankaya bir masraf avansı sağlandığından söz edilebilmesi için, avans teşkil eden tutarın, lehdara ödeme gerçekleşmeden önce, belirli bir süre için bankanın malvarlığında bulunmuş olması gerekir. Keza bir masraftan söz edilebilmesinin ön koşulu, bankanın iş görme sırasında kendi malvarlığından bir harcamada bulunmuş olmasıdır. Oysa günümüzde havale işlemlerinin elektronik bilgi işlem sistemleri aracılığıyla yürütülmesinin bir sonucu olarak, gerek kurum içi gerek zincirleme havalede, havale tutarı havalecinin hesabına borç kaydedildikten hemen sonra lehdarın hesabına alacak kaydedilmekte, diğer bir deyişle borç kaydı ve alacak kaydı işlemleri hemen hemen eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir²⁷⁴. Söz konusu eş zamanlılık dikkate alındığında borç kaydı ile bankaya bir avans sağlandığından söz edilemeyeceği gibi, lehdara aktarılan kaydı para (ödeme) bankanın değil, doğrudan havalecinin malvarlığından çıkmış sayılır²⁷⁵.

Bu görüşe göre borç kaydı işlemi, – masraf avansı görüşünden farklı olarak – havaleci tarafından bankaya bir edimde bulunulduğunu değil, aksine bankanın ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve böylelikle banka tarafından havaleciye bir edimde bulunulduğunu gösterir²⁷⁶. Bu edimin konusunu, havalecinin hesabına borç kaydedilen tutar teşkil eder. Zira banka, ödeme talimatı üzerine havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle, lehdarın malvarlığına aktarılan havale tutarı oranında havaleciye borçlanmış olduğu edimi yerine getirmiş sayılır. Diğer bir deyişle banka, havale lehdarına – alacak kaydını gerçekleştirmek suretiyle – ödeme yaptığı ölçüde, (havaleci) müşterisi ile arasındaki hesap ilişkisinden²⁷⁷ doğan para

²⁷⁴ **HELBIG**, sh. 50; **HEINI**, sh. 26.

²⁷⁵ **HELBIG**, sh. 50.

²⁷⁶ **HELBIG**, sh. 51. Vurgulamak gerekir ki, bu yaklaşım esasen, gerek bankanın havaleci müşterisi ile arasındaki hesap ilişkisinden kaynaklanan borcunun konusunun, gerek alacak kaydı işlemi sonucu havale lehdarının banka nezdinde elde ettiği alacak hakkının konusunun bir miktar para olmasına dayanır. Böylece banka lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirmekle, hem ciro sözleşmesinden hem de hesap ilişkisinden doğan edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır.

²⁷⁷ Bankanın hesap ilişkisi çerçevesinde havaleciye karşı olan para borcunun hukuki sebebini, usulsüz tevdi olarak nitelendirilen hesaptaki mevduat ya da kredi sözleşmesi çerçevesinde bankanın havaleciye kullandırmayı borçlandığı kredi teşkil edebilir.

borcunu sona erdirmiş olur²⁷⁸. Borç kaydı işlemi, bu anlamda banka ile havaleci arasındaki borç ilişkisinde ifa etkisi (*Tilgungswirkung*) doğurması itibariyle, hukuki işlem benzeri fiil niteliğindedir²⁷⁹.

Henüz havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilmeden önceki aşamada gerçekleştirilen borç kaydı işlemi ise, havalecinin hesap bakiyesi üzerindeki tasarruf etme olanağını havale edilen tutar kadar sınırlandırmaya yönelik bir ön kayıttan (*Vorweggenommene Buchung*) ibarettir. Havale tutarının alacak kaydedilmesi ile birlikte, söz konusu ön kayıt kesinleşir ve banka ile havaleci arasındaki borç ilişkisinde ifa etkisi doğar.

Öte yandan borç kaydının, banka ile havaleci arasındaki karşılık ilişkisinde ifa etkisi doğurması, banka ile lehdar arasındaki ödeme ilişkisinde alacak kaydının gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Bir görüşe göre, borç kaydının ifa etkisi doğurması bakımından gerçekleşmesi gereken alacak kaydı, ciro sözleşmesinde kararlaştırılan bir geciktirici şart niteliğindedir²⁸⁰. Diğer bir görüş ise²⁸¹, ifa etkisinin alacak kaydı anında gerçekleşmesini borç üzerine havale kurgusu ile açıklamaktadır. BGB § 787/I (BK m. 459/f. II) borç kaydı işlemi bakımından kıyasen uygulanmak suretiyle, havale muhatabı konumunda olan bankanın havaleciye karşı olan borcunun, havale lehdarının hesabına alacak kaydedilen tutar oranında kendiliğinden sona ermiş sayılacağı ileri sürülmüştür.

²⁷⁸ Alman hukuku öğretisinde **PECKERT** (sh. 72 vd.) ise, kaydi paranın aktarılmasını, alacağın temlik hükümleri ile açıklamaktadır. Yazara göre, havaleci ödeme talimatı vermek suretiyle, hesap ilişkisi uyarınca bankadan olan alacak hakkının bir kısmını havale lehdarına temlik etmesi konusunda bankayı yetkilendirmekte ve söz konusu tasarruf işlemine BGB § 185/I anlamında rıza göstermiş olmaktadır. Banka, temlik işlemi bakımından havalecinin yardımcı şahsı sıfatı ile faaliyet gösterir. Kurum içi havale söz konusu olduğunda banka, havaleci ile havale lehdarı arasında kurulması gereken alacağın temlik sözleşmesi bakımından, ciro sözleşmesi uyarınca havale lehdarının temsilcisi sıfatıyla hareket etmeye yetkili ve hatta bununla yükümlü sayılır. Zincirleme havalede ise, havalecinin bankası, alacak hakkını öncelikle lehdarın bankasına (ya da bir aracı bankaya) temlik edecektir. Lehdarın bankası ise, lehdar ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca temlik aldığı alacak hakkını lehdara temlik etmekle yükümlüdür.

²⁷⁹ **HELBIG**, sh. 48.

²⁸⁰ **HELBIG**, sh. 50; karş. **MÖSCHEL**, Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS 1972, H. 6 (kis. Bereicherungsausgleich), sh. 298.

²⁸¹ Bu görüş hk. açıklamalar için bk. **DAE-İK**, J.: Erfüllung der Geldschuld per Überweisung und Lastschriftinzug unter besonderer berücksichtigung des Valutaverhältnisses und der Rechtstechnik, Bonn 2002, sh. 153.

bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Bize göre de, havale tutarının havalecinin hesabına borç kaydedilmesi, banka ile havaleci arasındaki ciro sözleşmesi çerçevesinde bankaya sağlanan bir masraf avansına ya da bankanın masrafının karşılanmasına karşılık gelir. Havale tutarı havalecinin hesabına borç kaydedilmesi sonucu, havalenin icra edilmesi için gerekli olan karşılık bankaya aktarılmış olmaktadır. Bu anda bankanın malvarlığı havalecinin malvarlığı aleyhine artmış olur.

Hukuki niteliği itibarıyla borç kaydı işlemi, havalecinin bankaya bir edimde bulunduğunu gösteren bir maddi fiildir. Bu maddi fiil sayesinde, havalecinin kaydı para üzerinde tasarruf olanağını kaybettiği an, nakit ödemeye benzer bir şekilde, maddi bir olguya bağlanmış olur. Zira nakit ödemede borçlunun tasarruf olanağının sona ermesi, sembol paranın zilyetliğinin devredilmesi ile gerçekleşmekte iken, nakit dışı ödemede borç kaydı anından itibaren havale tutarı havalecinin hesabında mevcut olmadığından, havalecinin aktarılan kaydı para üzerindeki tasarruf olanağı da sona ermektedir²⁸².

Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere²⁸³, borç kaydı işlemini, bankanın, havaleciye karşı hesap ilişkisinden doğan borcunun ifası, diğer bir deyişle, bankanın havaleciye bir edimde bulunması – kaydı paranın aktarılması – olarak nitelendirilmesi, ciro sözleşmesi uyarınca bankanın yerine getirmekle yükümlü olduğu edimin içeriğine ilişkin bir yanılgıdan kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, alacak ve borç kaydı işlemlerinin her ikisinin de konusu bir miktar para olsa dahi, ciro sözleşmesinde bankanın üstlendiği edim yükümlülüğünün konusu ile bankanın hesap ilişkisi nedeniyle havaleci müşterisine karşı borçlu olduğu edimin konusu aynı değildir.

Belirtmek gerekir ki, bankanın hesap ilişkisinden doğan borcu, bir miktar paranın havaleci müşteriye ödenmesidir. Bu para borcunun hukuki sebebinin, havaleci ile banka arasındaki usulsüz tevdi ilişkisi ya da kredi sözleşmesi teşkil edebilir. Oysa banka, lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirmekle, ciro sözleşmesinden doğan ve havalecinin ödeme talimatı ile somutlaşan iş görme yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Söz konusu iş görme yükümlülüğünün konusu ise, havale lehdarına bir miktar

²⁸² HEINI, sh. 24.

²⁸³ DAE-İK, sh. 154.

paranın ödenmesi değil, bu ödemenin nakit dışı olarak gerçekleşebilmesi için aracılık etmekten, diğer bir deyişle, kaydi paranın lehdara aktarılması için gerekli girişimlerde bulunmaktan ibarettir²⁸⁴. Bu itibarla, salt alacak kaydı ve borç kaydı işlemlerinin konusunu bir miktar paranın teşkil etmesinden hareketle, bankanın alacak kaydı işlemi ile havaleciye karşı hesap ilişkisinden doğan para borcunu ifa etmiş sayılacağı sonucuna varılamaz.

Öğretide masraf avansı nitelendirmesine karşı ileri sürülen, havale sürecinde alacak ve borç kaydı işlemlerinin günümüzde eş zamanlı olarak gerçekleşmesine bağlı olarak, alacak kaydı işlemi ile lehdara yapılan kazandırmanın doğrudan havalecinin malvarlığından yapılmış sayılması gerektiği; kendi malvarlığından herhangi bir harcama yapmayan bankanın da herhangi bir avans ya da masraf talebinin söz konusu olamayacağı şeklindeki gerekçe kanımızca, yalnızca yurt içinde gerçekleşen havaleler bakımından geçerlidir. Yurt dışına yapılan zincirleme banka havalelerinde ise, borç kaydı işleminin avans ya da masraf olarak nitelendirilmesine engel teşkil eden alacak ve borç kaydı işlemlerinin eş zamanlılık özelliğinin mevcut olduğu söylenemez. Zira bu havale türünde, kaydi paranın lehdarın bankasına aktarılması çoğu zaman birden fazla aracı bankanın katılımını gerektirmekte, bu da havale tutarının havalecinin hesabından çıktıktan sonra belirli bir süre için aracı bankanın ya da lehdarın bankasının malvarlığında kalması sonucunu doğurmaktadır²⁸⁵.

ii. Borç Kaydı İşleminin Cari Hesap Bakiyesi Üzerindeki Etkisi

Bir önceki bölümde benimsenen masraf (ya da masraf avansı) nitelendirmesi gereği, havalecinin cari hesabındaki bakiye, ciro sözleşmesi temelinde bankaya verilen bir ödeme talimatı söz konusu olduğunda, bu ödemenin yerine getirilmesi için gerekli

²⁸⁴ BREUNIG, sh. 39; DAE-İK, sh. 154.

²⁸⁵ DAE-İK, sh. 155.

olan karşılığı teşkil eder²⁸⁶. Banka, ödeme için gerekli olan karşılığı havalecinin cari hesap bakiyesini eksiltmek suretiyle elde etmektedir²⁸⁷.

Borç kaydı anından itibaren, söz konusu tutar hesapta gözükmediğinden, havaleci borç kaydedilen tutar üzerinde tasarruf olanağını kaybetmiş olur²⁸⁸. Bu andan itibaren borç kaydedilen tutar üzerinde tasarruf etme yetkisi bankaya geçmiş sayılır²⁸⁹. Böylece kaydi para yoluyla yapılan ödemede, borçlunun kaydi para üzerinde tasarruf olanağını kaybettiği an maddi bir olguya bağlanmış olmaktadır. Diğer bir deyişle, borçlunun para üzerindeki tasarruf olanağını kaybettiği an bakımından, nakit ödemede sembol paranın zilyetliğinin devri, nakit dışı ödemede ise, borç kaydı işlemi belirleyicidir.

Öte yandan havale tutarının hesaba borç kaydedilmesi, hesap bakiyesinde gerçekleşen eksilme kadar bir değer havalecinin malvarlığından bankanın malvarlığına aktarıldığını, böylece bankaya bir kazandırmada bulunulduğunu gösterir²⁹⁰.

Havalecinin cari hesap bakiyesindeki bu eksilme, borç kaydı işlemi anında kendiliğinden değil, bu işlem ile cari hesap ilişkisine dahil olan masraf (ya da masraf avansı) alacağının, havalecinin hesap bakiyesinden doğan alacak hakkı ile takas edilmesi sonucu gerçekleşir²⁹¹. Diğer bir deyişle, borç kaydı işlemi, hesap bakiyesi üzerinde kurucu²⁹² değil, açıklayıcı bir etkiye sahiptir. Sonuç itibarıyla borç kaydı,

²⁸⁶ Vurgulamak gerekir ki, cari hesaptaki bakiyenin somut işlem bakımından yerine getirdiği işlev, onun hukuki niteliğinden ayırt edilmesi gereken bir konudur. Daha önce belirttiğimiz gibi (bk. yukarıda ... no'lu dn.'a bağlı metin), cari hesap bakiyesi, hukuki niteliği itibarıyla BK m. 392/f. I anlamında hesap sahibinin bankaya karşı sahip olduğu bir alacak hakkıdır. Bu alacak hakkı, nakit dışı ödeme talimatı söz konusu olduğunda, talimatın yerine getirilmesi bakımından karşılık işlevi görür.

²⁸⁷ HEINI, sh. 24.

²⁸⁸ HELBIG, sh. 41.

²⁸⁹ HEINI, sh. 25.

²⁹⁰ HEINI, sh. 25.

²⁹¹ Bu konuda ileri sürülen temel gerekçe, cari hesap ilişkisinde, hesap bakiyesinden doğan alacak hakkının (*saldoforderung*) azalmasının kural olarak takas yoluyla gerçekleşmesidir; bu anlamda, taraflar arasında gerçekleşen bir hukuki işlemin hesap bakiyesi üzerinde doğrudan doğruya etkili olması – bakiyeyi azaltması – cari hesap ilişkisinin bağımsızlığı ile bağdaşmayan bir durumdur. Bu yönde bk. **VON DER CRONE**, sh. 55 dn. 80.

²⁹² Öğretide hesaba borç kaydı işlemini, bankanın hesap ilişkisinden doğan borcunu ifa etmesi olarak nitelendiren görüş çerçevesinde, banka tarafından ödeme talimatı icra edildiği (alacak kaydını gerçekleştirdiği) anda ayrıca bir takas işlemine gerek olmaksızın cari hesap bakiyesinin borç kaydedilen

havalecinin hesap bakiyesinin takas yoluyla eksildiğini gösteren bir işlem niteliğindedir²⁹³.

2. Banka ile Havale Lehdarı Alacaklı Arasındaki İlişki (Ödeme İlişkisi)

Ödeme ilişkisi ile havale kurgusuna dahil olan son banka ile havale lehdarı arasındaki ilişki anlaşılmalıdır. Bu ilişkinin konusunu havale tutarının lehdarın hesabına aktarılması teşkil eder.

Havale lehdarı ile bankası arasındaki hukuki ilişki de tıpkı havaleci ile bankası arasında olduğu gibi ciro ve cari hesap sözleşmelerine dayanır²⁹⁴. Giro ve cari hesap sözleşmelerinin hukuki niteliği ve içeriği bakımından havaleci ile bankası arasındaki karşılık ilişkisi çerçevesinde yapılan açıklamalar bu bölümde de geçerlidir.

Havale lehdarı ile banka arasındaki ilişki de, havaleci ile bankası arasındaki karşılık ilişkisinde olduğu gibi, cari hesap ve ciro sözleşmelerine dayanır. Karşılık ilişkisinden farklı olarak ödeme ilişkisinde banka, ciro sözleşmesinden doğan pasif yükümlülük kapsamında, kendisine ulaşan havale tutarını (ödeme talimatına uygun şekilde) havale lehdarı konumundaki müşterisine aktarmakla yükümlüdür. Banka bu yükümlülüğünü lehdara soyut bir alacak hakkı kazandırmak suretiyle yerine getirir²⁹⁵.

Havale lehdarı konumundaki müşteri açısından bakıldığında, havale tutarı bankaya ulaştığı andan itibaren lehdar, bankaya karşı havale tutarının (kendisine aktarılması) hesabına alacak kaydedilmesi yönünde bir alacak hakkı elde etmektedir. Aşağıda öncelikle lehdarın bankaya karşı elde ettiği, konusu kendisine soyut bir alacak hakkı kazandırılması olan alacak hakkı ele alınacak daha sonra da, banka tarafından bu

tutar oranında azalacağı ileri sürülmekte ve böylece borç kaydı işlemine kurucu etki tanınmaktadır. Bankanın lehdara yaptığı ödeme ölçüsünde havaleciye karşı borcundan kurtulması (karşılık ilişkisinde ifa etkisinin doğumu) ise, bazı yazarlar tarafından ciro sözleşmesinde borç kaydının hüküm ifade etmesinin geciktirici şarta (alacak kaydının gerçekleşmesi şartına) bağlanmış olduğu ileri sürülmüştür. Bu yönde bk. **HELBIG**, sh. 48. karş. **MÖSCHEL**, Bereicherungsausgleich, sh. 298. Bazı yazarlar ise, ifa etkisinin doğumunu, BGB § 787/I anlamında borç üzerine havale kurgusuna dayandırmaktadırlar. Bu görüş hk. bk. **CANARIS**, sh. 224 (N. 344); **PUTZO**, sh. 63; **DAE-İK**, sh. 158.

²⁹³ **HEINI**, sh. 25; **BUIS**, sh. 79.

²⁹⁴ Bk. yukarıda “banka ile müşteri arasındaki ilişki” başlıklı bölümdeki açıklamalar.

²⁹⁵ **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 237; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 493; **BUIS**, sh. 92; bankanın havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle yükümlü olduğu yönünde bk. **HELBIG**, sh. 64; **HESS**, Clearing, sh. 105; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 55; **TÜRK**, sh. 264.

yükümlülüğün yerine getirilmesi suretiyle lehdarın banka nezdinde elde ettiği soyut alacak hakkı incelenecektir.

a. Bankanın Havale Tutarını Lehdara Aktarma Yükümlülüğü (Lehdarın Havale Tutarının Hesabına Aktarılmasına Yönelik Talep Hakkı)

i. Yükümlülüğün Dayandığı Hukuki İlişki

Bankanın, müşterisi lehine kendisine ulaşan havale tutarını müşterisine aktarma yükümlülüğü müşteri ile banka arasındaki ciro sözleşmesinden kaynaklanır²⁹⁶. Ciro sözleşmesinden doğan iş görme ilişkisinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olmasının bir sonucu olarak, öğretideki genel eğilim, bankanın bu yükümlülüğünün BK m. 392/f. I (art. 400/I CO) uyarınca vekilin iş görme faaliyeti dolayısıyla elde ettiklerini müvekkile verme borcunun bir görünümü olduğu yönündedir²⁹⁷. Bu görüş uyarınca vekil konumundaki banka, alınanların verilmesi yükümlülüğü uyarınca, müşterisi lehine gelen havale tutarını müvekkil konumundaki lehdarın malvarlığına aktarmakla yükümlüdür. Vekâlete ilişkin yasa hükümlerine başvurulmadan dahi, salt ciro sözleşmesinde bankanın üstlendiği faaliyetin kapsamından hareketle aynı sonuca varılması mümkündür. Zira bankanın havale tutarını lehdara aktarmakla yükümlü olması, bankanın ciro sözleşmesinden kaynaklanan, müşteri lehine gelen ödemeleri kabul etme yükümlülüğünün zorunlu sonucudur²⁹⁸.

Ciro sözleşmesine eklenen cari hesap anlaşması gereği taraflar, bankanın bu yükümlülüğünü lehdara nakit ödeme yapmak suretiyle değil, havale tutarını lehdarın

²⁹⁶ Alman hukuku öğretisindeki, bankanın yükümlülüğünü BGB § 328 anlamında üçüncü kişi lehine sözleşme ilişkisine dayandıran yaklaşım İsviçre hukukunda taraftar bulmamıştır. Bu görüş hk. bk. **CANARIS**, sh. 261 (N. 398) vd.

²⁹⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 55; **BUIS**, sh. 97; **KRAMER**, sh. 33; Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 263 (N. 399); öğretideki diğer bir görüşe göre ise, borç kaydı sonucu bankanın elde ettiği ileri sürülen havale tutarı, alacak kaydının gerçekleşmesi ve havalecinin ödeme talimatını geri almaması şartlarına bağlı bir alacak hakkı olduğundan, nakit dışı banka havalesinde banka, BK m. 392 uyarınca müvekkil konumundaki lehdara iade ile yükümlü olduğu herhangi bir şey elde etmemektedir. Bankanın havale tutarını lehdarı konumundaki müşterisine aktarması, doğrudan doğruya bankanın İBK m. 398 anlamında iş görme yükümlülüğünün konusudur. Bu yönde bk. **KLEINER**, sh. 51; **von der CRONE**, sh. 56. Bize göre, bankanın karşılık ilişkisinde (borç kaydı sonucu) elde ettiği alacak hakkının şarta bağlı olması, kaydı paranın bankanın malvarlığına aktarıldığı sonucunu değiştirmez. Kaldı ki, bu tartışma pratik önemden de yoksundur. Zira her iki görüş çerçevesinde de lehdarın havale tutarının hesabına aktarılmasına yönelik talep hakkının doğduğu an bakımından aynı sonuca varılmaktadır.

²⁹⁸ **CANARIS**, sh. 263 (N. 399).

hesabına alacak kaydetmek suretiyle yerine getireceği konusunda anlaşmış sayılırlar²⁹⁹. Bu itibarla lehdarın bankaya karşı elde ettiği alacak hakkı, alacak kaydı işlemine yönelik talep hakkı (*Anspruch auf Gutschrift / prétention à la bonification*) şeklinde ifade edilmektedir³⁰⁰. Lehdarın banka nezdinde hesabı yok ise, banka havale tutarını öncelikle “değişik hesaba” alacak kaydettikten sonra lehdara nakit ödeme yapar³⁰¹.

ii. Yükümlülüğün Tabi Olduğu Koşullar

Anlaşılabacağı üzere, lehdarın havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesine yönelik talep hakkının doğumu, öncelikle bankanın müşterisi lehine, BK m. 392/f. I anlamında havale tutarını elde etmiş olmasına, diğer bir deyişle karşılığın bankanın malvarlığına dahil olmasına bağlıdır³⁰². Havale tutarının hangi andan itibaren bankanın malvarlığına dahil olmuş sayılacağı bakımından ise, havale türüne göre bir ayırım yapılması gerekir.

Kurum içi havalede, havale tutarı, havalecinin hesabına borç kaydedildiği anda, bankanın malvarlığına aktarılmış olur³⁰³. Zincirleme havalede ise, karşılığın aktarılma tarzı bakımından bir ayırım yapılması gerekir. Clearing sistemi üzerinden gerçekleşen havalede, bankalararası takas işleminin (*Interbankbuchung*) gerçekleştiği an esas alınır³⁰⁴. Zira bu anda havale tutarı, lehdarın bankasının (clearing sistemini işleten) Merkez Bankası nezdinde tutulan clearing hesabına alacak kaydedilmekte ve lehdarın bankası havale tutarı üzerinde tasarruf etme olanağı elde etmektedir. Havalecinin ve lehdarın bankasının birbirleri ile doğrudan (cari) hesap ilişkisi oldukları havalede ise, (cari) hesabın hangi banka nezdinde tutulduğu belirleyicidir. Bankalar arasındaki anlaşma uyarınca hesap lehdarın bankası tarafından tutuluyor ise, havale tutarının havalecinin bankasının hesabına borç kaydedildiği anda; hesap havalecinin bankası tarafından tutuluyor ise, lehdarın bankasının hesabına alacak kaydı işlemi anında

²⁹⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 55.

³⁰⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 55.

³⁰¹ **BETTSCHART**, sh. 193; **BUIS**, sh. 93.

³⁰² **HELBIG**, sh. 65; karşı. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 56.

³⁰³ **HELBIG**, sh. 65; **von der CRONE**, sh. 56; **BETTSCHART**, sh. 192 dn. 10; **KRAMER**, sh. 33; **BILLOTTE-TONGUE**, (sh. 56) ise, borç kaydının yanı sıra bankanın havale tutarını kendi hesabına alacak kaydetmesinin de gerekli olduğu görüşündedir.

³⁰⁴ **ZEIDLER**, sh. 44; **KRAMER**, sh. 33; havale tutarının clearing işlemine tabi tutulduğu anın esas alınması yönünde bk. **von der CRONE**, sh. 56.

karşılık lehdarın bankasının malvarlığına aktarılmış sayılır³⁰⁵. Karşılığın lehdarın bankasına muhabir banka aracılığıyla aktarıldığı havalede de, belirlenen bu ilkelere paralel şekilde, havale tutarının lehdarın bankasının muhabir banka nezdinde tutulan hesabına alacak kaydedildiği anın esas alınması gerekir.

Lehdarın alacak kaydı talep etme hakkının doğumu açısından, karşılığın (havale tutarının) bankaya kaydı olarak (*buchmassige Deckung*) ulaşılmış olması yeterli olup, havale tutarı kadar lehdarın bankasına fiilen ödeme yapılmış olması, diğer bir deyişle bankanın havale tutarı üzerinde fiilen tasarruf etme olanağı elde etmiş olması (*wertmassige Deckung*) gerekli değildir³⁰⁶. Buna karşın, karşılık kaydı olarak bankaya ulaştıktan sonra, fakat henüz lehdarın bankası bu tutarı lehdarın hesabına aktarmadan önce, karşılığı aktaran havaleci ya da önceki banka ödeme güçsüzlüğüne düşer ise, yani kaydı olarak aktarılan havale tutarı fiilen değersiz hale gelir ise, lehdarın bankaya karşı doğmuş olan (havale tutarının hesabına aktarılmasına ilişkin) talep hakkı da kendiliğinden sona erer³⁰⁷. Zira bankanın bu yükümlülüğü, müşterisi lehine bu tutarda bir soyut mali güç elde ettiği sürece mevcuttur. Banka, (lehdar konumundaki) müşterisi lehine fiilen bir değer elde etmemiş olmasına rağmen – zira önceki banka ya da havaleci ödeme güçsüzlüğü içindedir – , salt müşterisine ödeme yapabilecek konumda olması, yani müşterinin hesabına alacak kaydedilecek tutar açısından bankanın ödeme güçsüzlüğü içinde olmaması, bankanın alacak kaydını gerçekleştirme yükümlülüğünün devam ettiği anlamına gelmez³⁰⁸.

³⁰⁵ **HELBIG**, sh. 65 vd; **von der CRONE**, sh. 56 dn. 89; Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 263 (N. 401).

³⁰⁶ **HELBIG**, sh. 67; öğretide **BILLOTTE-TONGUE** (sh. 56) tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, bu sorun günümüzde clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen zincirleme havaleden söz konusu değildir. Zira bankaların doğrudan cari hesap ilişkisi içinde olduğu zincirleme havaleden farklı olarak, clearing sisteminde, yalnızca havalecinin bankasının clearing hesabında yeterli karşılığa sahip olan ödeme talimatının icra edildiği dikkate alındığında, lehdarın bankasının elde ettiği karşılık üzerinde fiilen tasarruf etme olanağı sorunu gündeme gelmez.

³⁰⁷ **SCHÖN**, sh. 416; **LANGENBUCHER**, K.: Die Rizikozuordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001, sh. 171;

³⁰⁸ Vurgulamak gerekir ki, bankanın ciro sözleşmesinden doğan (müşterisi lehine elde ettiği) havale tutarını müşterisinin hesabına alacak kaydetme yükümlülüğü, konusu itibariyle bir para borcudur. Benimsediğimiz görüşe göre, para borcu bir çeşit borcu değildir. Bk. yukarıda ... no'lu bölümdeki açıklamalar. Taraflar arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca, bankanın elde ettiği havale tutarını müşterisine hesaba alacak kaydı yoluyla aktarması da, bankanın bu borcunu bir çeşit borcu haline getirmez. Buna bağlı olarak, çeşit borçlarında geçerli olan, edimin konusu çeşit henüz ayırt edilmeden önce gerçekleşen edim hasarının borçluya ait olacağı kuralı, bankanın havale tutarını hesaba alacak kaydetme yükümlülüğü bakımından uygulanmaz. Şu halde, kaydı parayı lehdarın bankasına aktaran banka sonradan ödeme

Banka, havale tutarını ödeme talimatına uygun şekilde lehdarın hesabına alacak kaydetmekle, aynı zamanda karşılık ilişkisi çerçevesinde, havaleci ya da kendisinden önce gelen banka ile arasındaki ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü de yerine getirmiş olur³⁰⁹. Şu halde karşılık lehdarın bankasına ulaşmakla birlikte, henüz lehdarın hesabına alacak kaydedilmediği aşamada lehdarın bankası, gerek karşılık ilişkisinde havaleci ile arasındaki, gerek ödeme ilişkisinde lehdar ile arasındaki ciro sözleşmesi zemininde iş görmektedir. Diğer bir deyişle lehdarın bankası, BK m. 392/f. I anlamında alacak kaydına ilişkin yükümlülüğünün doğumu ile bu yükümlülüğünün ifa edilmesi arasındaki süreçte, lehdarın yanı sıra karşılık ilişkisinde havalecinin de vekili konumundadır. Karşılık ilişkisindeki vekil sıfatı devam ettiği ölçüde, lehdarın bankası BK m. 389/f. I uyarınca havalecinin talimatına uymakla yükümlüdür³¹⁰. Şu halde havaleci, ödeme talimatı yerine getirilmediği, yani banka alacak kaydını gerçekleştirmediği sürece, BK m. 461/f. II (İBK m. 470/II) çerçevesinde³¹¹ bankaya verdiği ödeme talimatını geri almak suretiyle, lehdarın bankaya karşı olan havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesine yönelik talep hakkını ortadan kaldıracaktır³¹². Bu anlamda, havale tutarının lehdarın bankasına ulaşması ile birlikte BK m. 392/f. I temelinde lehdarın bankaya karşı elde ettiği alacak hakkı, karşılık ilişkisinde ödeme talimatının havaleci tarafından geri alınmaması bozucu şartına bağlıdır³¹³. Diğer bir deyişle lehdarın BK m. 392/f. I anlamında bankaya karşı elde ettiği talep hakkının

güçsüzlüğüne düşer ise, edim hasarının bankaya ait olduğu ve bankanın havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle yükümlü olduğu sonucuna varılamaz. Bu olasılıkta banka müşterisi lehine fiilen soyut malî gücü elde etmiş olmadığından, bu tutarı müşterisinin hesabına aktarmakla da yükümlü değildir. Bununla birlikte, karşılık lehdarın bankasına aktarıldıktan sonra, bizzat lehdarın bankası ödeme güçsüzlüğüne düşmüş ise, çeşit borcuna ilişkin yukarıda belirtilen kural, kıyasen uygulama alanı bulur ve bankanın alacak kaydetme yükümlülüğü sona erer. Bu yönde bk. **LANGENBUCHER**, sh. 171.

³⁰⁹ **HELBIG**, sh. 64.

³¹⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 57.

³¹¹ Havalecinin ödeme talimatını hangi ana kadar geri alabileceği konusunda bk. aşağıda “ödeme talimatının geri alınması” başlıklı bölümdeki açıklamalar.

³¹² Bu olasılıkta banka, havaleciye karşı olan (geri alma talimatı anlamında) talimata uygun davranma yükümlülüğünü yerine getirmekle, lehdara karşı olan havale tutarını hesabına aktarma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Ödeme talimatının geri alınması nedeniyle lehdar zarara uğramış ise, banka BK m. 392/f. I anlamında alacak kaydını gerçekleştirme yükümlülüğünü ihlal etmiş olması nedeniyle lehdara karşı sorumlu olur. Bununla birlikte banka, lehdar karşısında sorumlu olmasına bağlı olarak uğradığı zararın tazminini, BK m. 394/f. II uyarınca havaleciden de çoğu zaman talep edemeyecektir. Zira banka, ödeme talimatını geri almakta havalecinin kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 57.

³¹³ **HELBIG**, sh. 103; **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 237; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 496; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 58; **BETTSCHART**, sh. 192; **KRAMER**, sh. 34.

varlığı ve geçerlilik koşulları bakımından, karşılık ilişkisine bağımlı bir hakır³¹⁴. Gerçekten de bankaya verilen ödeme talimatı sonucunda havaleci, banka ve lehdar arasında BK m. 110/f. II (art. 112/II CO) anlamında tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurulması söz konusu olmadığından, bankaya salt ödeme talimatı verilmesi ile lehdar, bankaya karşı doğrudan doğruya havale tutarının kendisine ödenmesini talep etme hakkı elde etmiş olmaz³¹⁵.

b. Havale Lehdarının Banka Nezdinde Soyut Bir Alacak Hakkı (Havale Tutarı Üzerinde Tasarruf Olanığı) Elde Etmesi

Bilindiğı üzere nakit ödemede alacaklının nakit para üzerinde tasarruf olanağı elde etmesi, nakit paranın zilyetliğinin alacaklıya devredilmesi anında gerçekleşir. Kaydi para ile yapılan ödemede alacaklının hukuki durumunun mümkün olduğunca nakit ödemedekine yaklaştırılması bakımından, lehdara banka nezdinde soyut bir alacak hakkı kazandırılması, diğer bir deyişle alacaklının banka nezdinde elde ettiği alacak hakkının, gerek lehdar ile havaleci arasındaki gerek banka ile havaleci arasındaki ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlara tabi olmaması gerekmektedir.

Aşağıda banka havalesi yoluyla yapılan ödeme bakımından, öncelikle havale lehdarı konumundaki para alacaklısının banka nezdinde hangi andan itibaren havale tutarında soyut bir alacak hakkı elde etmiş sayılacağı belirlenecektir. Daha sonra da banka nezdinde elde edilen bu alacak hakkının banka ile lehdar arasındaki ilişki bakımından etkisi ele alınacaktır.

i. Banka Nezdinde Soyut Alacak Hakkının Doğumu

Banka havalesi ile yapılan ödemede, kaydi paranın alacaklıya aktarılması anlamında alacaklı konumundaki havale lehdarının banka nezdinde – havale tutarı kadar – soyut bir alacak hakkı elde etmesi, bankanın bu yönde bir bağlanma (borçlanma) iradesine sahip olmasını ve bu iradeyi dışa açıklamış olmasını gerektirir³¹⁶. Bankanın hangi davranışı ile havale lehdarı karşısında nihai şekilde bağlanma iradesini açıklamış sayılacağı ve açıklanan bu irade temelinde lehdar ile banka arasında kurulan borç

³¹⁴ BILLOTTE-TONGUE, sh. 58.

³¹⁵ GUGGENHEIM, Contrats, sh. 496; BILLOTTE-TONGUE, sh. 58.

³¹⁶ von der CRONE, sh. 37; HEINI, sh. 29.

ilişkisinin hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda, para alacaklısına kaydi para üzerinde tasarruf olanağı sağlayan soyut alacak hakkının doğum anı ve dayandığı hukuki kurgu bakımından öğretide ileri sürülen bu görüşlere değinilecek ve bu görüşlerin değerlendirildikten sonra varılan sonuç ortaya konulacaktır.

aa. Öğretideki Görüşler

aaa. Banka Havalesini BK m. 457 Anlamında Havale Olarak Nitelendiren Görüş

Türk ve İsviçre hukuklarında öğretide baskın olan ve yargı kararlarında da kabul gören görüşe göre, banka havalesi BK m. 457 vd. anlamında bir havale niteliğinde olup, havale lehdarının banka nezdinde soyut alacak hakkı kazanması, bankaya ulaşan ödeme talimatının banka tarafından BK m. 459/f. I anlamında “kabulü” ile gerçekleşir. Banka havalesi kurgusunda söz konusu kabul beyanının hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı konusunda ise, hesaba alacak kaydı anının ya da alacak kaydına ilişkin lehdara bildirimde bulunulduğu anın esas alınması şeklinde başlıca iki görüş öne çıkmaktadır.

Havale nitelendirmesini benimseyen yazarların çoğunluğuna göre, banka tarafından havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi, kanaat verici davranış ile (örtülü şekilde) yapılan – ve bankanın lehdar karşısında bağlanma iradesini ortaya koyan – bir irade açıklaması niteliğinde olup, BK m. 459/f. I anlamında “havalenin kabulü bildirimine” karşılık gelir³¹⁷. Bankanın bağlanma iradesini ortaya koyan bu davranışın lehdara ulaşması gerekliliği bakımından ise, diğer bir görüş, banka havalesinde, irade beyanının hüküm ifade etmesi bakımından beyanın muhataba ulaşması zorunluluğunun bir istisnası söz konusu olduğu yönündedir³¹⁸. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, bilgi işlem sistemlerindeki gelişmeler dikkate alındığında bugün için kişinin hesap bilgilerine ulaşmasının her an mümkün hale geldiği, adeta hesap sahibi ile banka hesabı arasında maddi bir bağlantının mevcut olduğu, bu itibarla

³¹⁷ HELBIG, sh. 77; BILLOTTE-TONGUE, sh. 58.

³¹⁸ KLEINER, sh. 49.

da banka hesabının lehdarın egemenlik alanına dahil sayılması gerekir³¹⁹. Bu görüş çerçevesinde, lehdarın banka hesabındaki hesap hareketlerinden haberdar olma olanağına sahip olması, havalenin kabulü iradesinin lehdara ulaşıp sayılması açısından yeterlidir.

Bazı yazarlar ise, havalenin kabulünün yenilik doğuran bir hukuki işlem niteliğinde olduğu ve yenilik doğuran hukuk işlemlerde hukuki sonuç iradesinin işlemin muhatabına açıklanması zorunluluğu karşısında, salt alacak kaydı işleminin havalenin kabulü olarak nitelendirilebilecek bir irade beyanı teşkil etmediği görüşündedirler³²⁰. Bu görüşe göre, banka havalesinde kabul, lehdara alacak kaydı ihbarnamesi (*Gutschriftsanzeige*) ya da hesap özeti (*Kontoauszugs*) gibi yazılı bir belgenin gönderildiği³²¹ anda gerçekleşir; lehdar, bu anda banka nezdinde soyut bir alacak hakkı eder³²². Diğer bir deyişle banka, bağlanma iradesini kural olarak alacak kaydı işlemine ilişkin lehdara bildirimde bulunduğu – alacak kaydı ihbarnamesi gönderildiği – anda açıklamış sayılır; soyut alacak hakkını doğuracak olan havalenin kabulü de bu anda gerçekleşir. İstisnai olarak hesap hareketlerine ilişkin bildirimlerin yazılı belge ile yapılmayacağı konusunda banka ile müşteri arasında bir anlaşma mevcut ise, soyut alacak hakkının doğumu bakımından, bankanın müşteriye hesap bilgilerine ulaşma olanağı tanıdığı (*Abrufpräzens*) ya da alacak kaydı işlemine ilişkin elektronik bildirimde bulunduğu an esas alınacaktır³²³. Keza henüz ihbarname ya da hesap özeti gönderilmeden önce banka, havale lehdarını alacak kaydı işlemi konusunda başka bir surette haberdar etmiş ise, – örneğin banka çalışanı telefon aracılığıyla lehdara havale tutarının hesabına alacak kaydedildiğini bildirmiş ise – bu anda bankanın bağlanma

³¹⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 66 (N. 134).

³²⁰ **von der CRONE**, sh. 37; **BUIS** (sh. 99) ise, bankanın alacak kaydı ile ortaya koyduğu bağlanma/borçlanma iradesinin lehdara – alacak kaydına ilişkin – bildirimde bulunulması geciktirici şartına bağlanmış olduğunu ileri sürmek suretiyle aynı sonuca varmaktadır.

³²¹ Gönderme ile yazılı belgenin bankanın etki alanını terk etmesi kastedilmektedir.

³²² **von der CRONE**, sh. 44; **BUIS**, sh. 99.

³²³ Öte yandan internet bankacılığına ilişkin genel işlem şartlarında yer alan, müşterinin hesabına ilişkilerin bilgilerin nihai ve banka için bağlayıcı olmadığı şeklindeki kayıt geçerli olup, böyle bir kaydın varlığı halinde alacak kaydı işlemine ilişkin yazılı bildirim lehdara gönderildiği anın esas alınması gerektiği yönünde bk. **BUIS**, sh. 101

iradesinin dışı açıklanmış olduğu ve banka nezdinde soyut alacak hakkının elde edildiği kabul edilmelidir³²⁴.

Havale nitelendirmesini esas alan diğer bir görüşe göre ise, ciro sözleşmesindeki varsayılan taraf – yani bankanın ve havale lehdarının – iradeleri, ciro sözleşmesinde açıklanan havaleyi kabul iradesinin, hüküm ifade etmek bakımından lehdara ulaşması gereken bir irade açıklamasına bağlı olmaması yönündedir³²⁵. Bu görüşte olan yazarlara göre, soyut alacak hakkını doğuran bankanın havaleyi kabul iradesi, banka tarafından ciro sözleşmesinin kurulması esnasında toptan şekilde ve BK m. 149 (art. 151 CO) anlamında geciktirici şarta bağlı olarak açıklanmaktadır³²⁶. Böylece, gelecekte bankaya ulaşacak münferit havale talimatları bakımından bankanın lehdara ulaşması gereken ayrı kabul bildiriminde bulunması zorunluluğu ortadan kalkmış olur.

Bu görüş çerçevesinde kabul iradesinin bağlandığı geciktirici şartın hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı (yani bankanın bağlanma iradesinin hangi andan itibaren kayıtsız şartsız hale geldiği) noktasında ise, somut olayda başvuru havale tekniği bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Belge üzerinden manüel olarak yürütülen havalelerde, alacak kaydı işleminin³²⁷ yapılması anında söz konusu şart gerçekleşmiş sayılır³²⁸. Zira bu havale tarzında, banka gerekli denetimleri gerçekleştirdikten sonra havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydettiğinden, bu andan itibaren bankanın lehdara karşı sahip olduğu bağlanma iradesinin kayıtsız şartsız olduğu kabul edilir. Buna karşın, havale bilgilerinin belge üzerinden bankanın bilgi işlem sistemine aktarıldığı havalelerde (*belegbegleiteter Überweisungsverkehr*), hesaba alacak kaydı işlemi havale bilgilerinin bankanın bilgi işlem sistemine ulaştığı anda kendiliğinden gerçekleşmekte olup, banka gerçekleştirilen alacak kaydı üzerinde ön denetim yapma olanağına sahip değildir. Bu itibarla alacak kaydı işlemi anında bankanın kayıtsız şartsız

³²⁴ **VON DER CRONE**, sh. 38; **BUIS**, sh. 103.

³²⁵ **SCHÖNLE**, Ort und Zeit Bargeldloser Zahlung, Droit des obligations et droit bancaire : Etudes / Herbert Schönle. Faculté de Droit de Genève, Bale 1995 (kis. Ort und Zeit), sh. 111; **ZEIDLER**, sh. 45 dn. 13.

³²⁶ **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 111; **ZEIDLER**, sh. 45.

³²⁷ Bu görüş çerçevesinde alacak kaydı işlemi, bir hukuki fiil (l'action juridique/Realakt) olarak nitelendirilmektedir.

³²⁸ **ZEIDLER**, sh. 46.

bir bağlanma iradesine sahip olduğu söylenemez. Havalenin kabulü iradesinin bağlandığı geciktirici şart bu tür havalelerde, kural olarak alacak kaydının yapıldığına ilişkin hesap özeti lehdara gönderildiği ya da bankada lehdar için hazır bulundurulduğu³²⁹ (*banklagernde Bereitstellung/banque restant*) anda gerçekleşir. Nihayet, belge üzerinden yürütülmeyen – elektronik – havalelerde (*beleglosen Überweisungsverkehr*) ise, elektronik yolla aktarılan havale bilgileri bankanın bilgi işlem sistemine dahil olduğu anda, geciktirici şart gerçekleşmiş ve soyut alacak hakkı doğmuş sayılır³³⁰.

bbb. Soyut Borç İkrarı Görüşü

İsviçre hukuku öğretisinde bazı yazarlara göre³³¹, banka havalesinde lehdarın banka nezdinde elde ettiği – soyut – alacak hakkı, BK m. 459 anlamında havalenin banka tarafından kabul edilmesinden değil³³², havale kurgusundan bağımsız şekilde bankanın, lehdara soyut borç ikrarında bulunmuş olmasından kaynaklanır. Özellikle Alman hukuku öğretisinde³³³ genel kabul gören bu görüş uyarınca banka, lehdar konumundaki müşterisi karşısında kayıtsız şartsız bağlanma iradesini alacak kaydı işlemi ile değil, ciro sözleşmesinin kurulması esnasında açıklamaktadır. Bu anlamda ciro sözleşmesi, bankanın götürü (*globales Schuldversprechen*) şekilde açıklamış olduğu ve geciktirici şarta bağlı³³⁴ bir soyut borç ikrarını içerir. Diğer bir deyişle banka,

³²⁹ Bunun için banka ile müşteri arasında, banka hesabına ilişkin bildirimlerin müşteriye gönderilmek yerine bankada müşteri için hazır bulundurulacağı konusunda bir anlaşma mevcut olması gerekir.

³³⁰ **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 111 (N. 827); **ZEIDLER**, sh. 46.

³³¹ **HELBIG**, sh. 78; **HEINI**, sh. 36.

³³² Bu görüşte olan yazarlara göre, banka havalesinde lehdarın havale tutarı (kaydı para) üzerinde tasarruf olanağı elde etmesi, havale kurgusu ile açıklanamaz. Zira lehdar, ödeme talimatı aracılığıyla kendisine yöneltildiği iddia edilen kabz yetkisinden henüz haberdar olmadan önce, alacak kaydı işlemi anında, havale tutarı üzerinde tasarruf olanağı elde etmektedir. Lehdarın alacak kaydı anında bankaya karşı kayıtsız şartsız bir alacak hakkı elde etmesi kendisine para borçlusu tarafından kabz yetkisi verilmiş olmasından değil, ciro sözleşmesinde bankanın açıklamış olduğu borçlanma iradesinden kaynaklanır. Bu yönde bk. **HELBIG**, sh. 45 **HEINI**, sh. 36.

³³³ İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda havale, BGB § 783 uyarınca yazılı şekil şartına tabi ve dolaylı havale olarak, yani ödeme yetkisinin havale muhatabına, lehdara verilen yazılı (havale) belgesi aracılığıyla aktarılması şeklinde düzenlenmiş olduğundan, BGB § 783 anlamında havalenin kabulü, banka havalesinde uygulama alanı bulamaz. Bunun yerine, Alman hukukunda bankanın kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğünün doğumu, BGB § 780, 781'de düzenlenen ve herhangi bir yazılı şekil şartına tabi olmayan soyut borç ikrarı kurumuna dayandırılmaktadır. Bu yönde bk. **SCHÖN**, sh. 432.

³³⁴ Alman hukukunda soyut borç ikrarının hangi anda ve hangi hukuki kurgu temelinde hüküm doğuracağı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ciro sözleşmesinde – yukarıda da açıklandığı gibi – BGB § 158 anlamında geciktirici şarta bağlı bir soyut borç ikrarı söz konusu olup, söz konusu geciktirici şart hesaba alacak kaydı anında gerçekleşmiş sayılır. Alacak kaydı işlemi ise, bir hukuki fiil niteliğindedir.

ciro sözleşmesinin kurulması esnasında, kendisine aktarılan kaydi para tutarında, temeldeki karşılık ve bedel ilişkisinden bağımsız şekilde ödeme yapmayı müşterisine taahhüt etmektedir. Bu hukuki kurguda soyut borç ikrarının (hüküm ifade etmesi bakımından) bağlandığı geciktirici şart ise, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi ile gerçekleşmiş sayılır³³⁵. Alacak kaydı işlemi, ciro sözleşmesindeki borç ikrarını içerik ve tutar bakımından somutlaştıran bir hukuki fiil niteliğindedir.

Bu görüşte olan Heini tarafından, Alman hukukundan farklı olarak Türk ve İsviçre hukuklarında soyut borç ikrarının yasada düzenlenmemiş olmasının, hukuki işlem yoluyla soyut (bağımsız) bir alacak hakkı kazandırılmasına engel teşkil etmediği, zira hukuki işlemin taraflarının anlaşma yoluyla borç ilişkisinde def'i ve itirazlardan feragat etmelerinin, böylelikle de alacak hakkını temel ilişkiden bağımsız kılmalarının her zaman mümkün olduğu ileri sürülmüştür³³⁶. Şu halde ciro sözleşmesinde de, banka ile müşterinin, ciro sözleşmesi ile müşteriye vaadedilen alacak hakkının bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız olduğu konusunda anlaşmış sayılmalarına herhangi bir engel söz konusu değildir³³⁷.

ccc. Banka Havalesini BK m. 457 Anlamında Havalenin Özel Bir Türü Olarak Nitelendiren Görüş

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, banka havalesi BK m. 457 anlamında havale ilişkisinin özel bir türü olup, BK m. 457 vd. havale hükümleri banka havalesine ancak kıyasen uygulanabilir³³⁸. Zira banka havalesi, BK m. 457 anlamında havaleden, kazandırmanın konusu bakımından ve BK m. 459 anlamında bir kabul işleminin mevcut

Öğretideki baskın görüş ise, ciro sözleşmesinde bankaya yenilik doğurucu beyanda bulunmak suretiyle soyut borcun içeriğini ve tutarını belirleme hakkı tanındığı yönündedir. Banka tarafından lehdarın hesabına yapılan alacak kaydı ise, söz konusu yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır. Alacak kaydı işlemi ise, yenilik doğurucu bir hukuki işlem niteliğinde olup, ciro sözleşmesinde lehdar, söz konusu yenilik doğurucu beyanın hüküm ifade etmesi için beyanın kendisine ulaşması gerekliliğinden feragat etmiş sayılır. Alman hukukundaki bu görüşler hk. bk. **DAE-İK**, sh. 143 vd.

³³⁵ **HELBIG**, sh. 78; **HEINI**'ye göre (sh. 31), bankanın ciro sözleşmesindeki iradesi, karşılığı olan bir havale talimatının havale lehdarı tarafından da bilinebilir şekilde kendisine ulaştığı anda nihai şekilde bağlanmak yönündedir. Kurum içi havalede, havale talimatı bankanın bilgi işlem sistemine girildiği anda banka tarafından hesabına yapılan borç kaydı ile karşılık bankaya ulaşmış sayılır; zincirleme havalede ise, havale talimatının bankaya ulaşması ile aynı anda bankanın mutabakat hesabına alacak kaydı yapılmış olmakta ve karşılık bankaya ulaşmış olmaktadır.

³³⁶ **HEINI**, sh. 35.

³³⁷ **HEINI**, sh. 36.

³³⁸ **BETTSCHART**, sh. 141 vd.

olmaması noktasında ayrılmaktadır³³⁹. BK m. 457 anlamında havalenin konusunu sembol para, misli eşya ya da kıymetli evrak teşkil edebilir. Banka havalesinde lehdara yapılan kazandırmanın konusu olan kaydi para ise bu kapsama dahil değildir. Öte yandan havale ilişkisinden farklı olarak, banka havalesinde lehdara yöneltilen bir kabul bildirimini söz konusu değildir. Bununla birlikte banka havalesi ile havale kurumu arasındaki temel işlev ve hukuki kurgu benzerliği, havale hükümlerinin kıyasen uygulanmasını zorunlu kılar. Gerçekten de banka havalesinde lehdarın banka nezdinde elde ettiği alacak hakkının bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız olmasının yanı sıra banka tarafından lehdara yapılan ödemenin bedel ve karşılık ilişkilerinde (çifte) kazandırma etkisi doğurması, banka havalesi ile havale ilişkisi arasındaki temel yapısal benzerlikleri teşkil etmektedir.

Bu görüş çerçevesinde, banka havalesi süreci, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi ile tamamlanmış/icra edilmiş sayılır; soyut alacak hakkının doğumu bakımından bankanın BK m. 459/f. I anlamında bir kabul bildiriminde bulunması gerekli olmayıp, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi yeterlidir³⁴⁰. Zira banka ile lehdar arasındaki hesap ilişkisi çerçevesinde havale tutarı hesaba alacak kaydedilmekle, lehdarın banka nezdindeki alacağı havale tutarı kadar artmış olur³⁴¹. Banka tarafından ayrı bir kabul bildiriminde bulunulmamış olması ise, lehdara kazandırılan alacak hakkının soyut bir alacak hakkı olmasına engel teşkil etmez. Diğer bir deyişle banka nezdinde elde edilen alacak hakkının karşılık ve bedel ilişkilerinden bağımsız sayılması, banka tarafından ayrıca BK m. 459/f. I anlamında bir kabul beyanında bulunulmuş olmasına bağlı değildir. Zira havale ilişkisinde lehdarın havale muhatabı nezdinde elde ettiği alacak hakkının soyutluğu,

³³⁹ **BETTSCHART**, sh. 144, 147 vd.

³⁴⁰ **BETTSCHART**, sh. 205 vd. Buna karşın yazar (sh. 200), lehdarın havale muhatabı konumundaki banka nezdinde hesabı olmadığı takdirde, soyut alacak hakkının banka tarafından havale tutarının “değişik hesaba” alacak kaydedildiği anda değil, lehdara havale tutarının kendisi için hazır tutulduğuna ilişkin bildirim yapıldığı anda doğacağı görüşündedir.

³⁴¹ **BETTSCHART**'a göre (sh. 196), banka nezdinde tutulan hesap bankaya karşı sahip olunan alacak hakkını ifade eder. Hesaba alacak kaydı işlemi ile banka nezdinde ayrı bir alacak hakkının daha doğduğunun kabul edilmesi ise, taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi karmaşık hale getirmekten başka bir sonuç doğurmamaktadır. Öte yandan yazara göre (sh. 142), alacak hakkının doğumu için, alacak kaydı işleminin ötesinde bir de havalenin kabulü bildirimini zorunlu kılmak, havalenin kabulünün ratio legis'ine de aykırıdır. Zira havalede kabul bildiriminin işlevi, havale muhatabına edimini erteleme olanağı vermek suretiyle muhataba kredi sağlamaktan ibarettir. Oysa banka havalesinde öğretilerdeki baskın görüş çerçevesinde havalenin kabulü işleminin yüklendiği alacak kaydı işlemi ile zaten banka havalesi ile hedeflenen sonuç gerçekleşmekte, kaydi para aktarımı tamamlanmaktadır. Böylelikle kabul bildirimini havale kurgusunda başvuru bir araç iken, banka havalesinde yegâne amaç haline gelmiş olmaktadır.

havale muhatabı tarafından lehdara bir kabul açıklamasında bulunulmuş olmasından değil, havale ilişkisini oluşturan yetkilendirme işlemlerinin temel ilişkilerden bağımsız olmasından kaynaklanır³⁴².

bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Banka havalesini BK m. 457 anlamında havale ilişkisi olarak nitelendiren görüş çerçevesinde sorun arz eden konu, bankanın hangi davranışının havalenin kabulü olarak nitelendirilebilecek bir irade açıklaması teşkil edeceği noktasında toplanmaktadır.

Bu konuda, alacak kaydını kanaat verici davranış ile gerçekleşen bir kabul açıklaması olarak nitelendiren baskın görüş, esasen şu gerekçe ile eleştirilmektedir: Bilindiği üzere BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulü, ulaşması gereken irade açıklaması niteliğindedir. İrade açıklamasının muhataba ulaşmış sayılabilmesi bakımından ise, açıklanan iradenin muhatabın egemenlik alanına dahil olması esastır³⁴³. Bu anlamda, irade açıklaması teşkil eden kanaat verici davranışın da işlemin muhatabına ulaşmış olması gerekir. Banka havalesinde ise, salt alacak kaydı işlemi ile bankanın kabul iradesinin muhataba ulaştığı söylenemez. Öğretide bu noktada ileri sürülen, teknolojik olanaklar dahilinde bugün banka müşterisinin her an banka hesabındaki hareketlerden haberdar olabileceği, bu anlamda banka hesabının kişinin egemenlik alanına dahil sayılması gerektiği şeklindeki görüşe katılmak ise, mümkün gözükmemektedir. Zira bu görüş, her bir banka müşterisinin banka ile olan iletişimde modern haberleşme araçlarından etkin bir şekilde yararlandığı varsayımına dayanmaktadır. Oysa bilgi işlem sistemlerindeki gelişmeye rağmen banka ile müşteri arasındaki haberleşme yöntemi bakımından böyle bir genelleme yapılamaz³⁴⁴.

Öte yandan, havalenin kabulü bakımından alacak kaydına ilişkin lehdara bildirimde bulunulması esas alındığı takdirde, ciro sözleşmesinde tarafların – hesap

³⁴² **BETTSCHART**, sh. 169 vd.

³⁴³ **BETTSCHART**, sh. 201.

³⁴⁴ **BETTSCHART**'a (sh. 204) göre, banka ile müşterilerinin çoğunluğu arasında iletişim halen posta yoluyla gerçekleşmektedir.

hareketleri bakımından – farklı bildirim tarzları³⁴⁵ öngörmüş olabilecekleri dikkate alındığında, kabul iradesinin lehdara ulaşmış sayılması bakımından her somut olayda farklı bir olgunun esas alınması söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, bu görüş çerçevesinde, lehdarın soyut alacak hakkını elde ettiği anın belirlenmesi bakımından, somut olaydaki ciro sözleşmesinde öngörülen bildirim tarzının dikkate alınması zorunlu olup, bu durum, havaleci konumundaki para borçlusu için soyut alacak hakkının doğumu anı bakımından belirsizlik yaratmaktadır. Oysa soyut alacak hakkının doğum anının objektif bir ölçüte göre belirlenmiş olmasında, bedel ilişkisinde ödemenin hangi anda gerçekleşmiş sayılacağı ve karşılık ilişkisinde havale talimatının hangi ana kadar geri alınabileceği bakımından havalecinin menfaati söz konusudur. Öğretide de, havalenin kabul edildiği anın havaleciye yabancı sayılan ya da salt havale lehdarının egemenlik alanında yer alan ölçütlere göre belirlenemeyeceği genel kabul görüştür³⁴⁶.

Ciro sözleşmesinde bankanın, ister BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulü, ister soyut borç ikrarı niteliğinde olsun geciktirici şarta bağlı ve genel şekilde açıklanmış bir borçlanma iradesinin mevcut olduğu; bu iradenin bağlandığı geciktirici şartın ise, alacak kaydı işlemi anında gerçekleşmiş sayılacağı yönündeki görüşler – her ne kadar bu iki görüş çerçevesinde, bağlanma iradesinin dışa açıklanması ve lehdara ulaşması gibi sorunlar gündeme gelmese dahi – reddedilmelidir. Zira bu görüşler benimsendiği takdirde, banka nezdinde soyut alacak hakkı ciro sözleşmesinin kurulması esnasında doğacak ve havale tutarının (havale talimatı ile birlikte) bankaya ulaştığı anda söz konusu soyut yükümlülük hüküm ifade etmeye başlayacaktır. Alacak kaydı işlemi ise, bu yükümlülüğün ifası anlamına gelir. Fakat bu olasılıkta ciro sözleşmesinden doğan BK m. 392/f. I anlamında havale tutarını lehdara aktarma yükümlülüğünün doğduğu an ile bu yükümlülüğün ifasına karşılık gelen banka nezdinde soyut alacak hakkının doğduğu an arasındaki fark ortadan kalkmış olmaktadır³⁴⁷.

³⁴⁵ Örneğin ciro sözleşmesinde alacak kaydına ilişkin bildirim lehdara yazılı olarak gönderilmek yerine bankada lehdar için muhafaza edileceği veya bildirimlerin elektronik şekilde gönderilmesi veyahut banka tarafından lehdara her bir alacak kaydı için ayrı olarak veya dönem sonunda topluca bir bildirimde bulunulacağı kararlaştırılmış olabilir. Keza ayrı bir sözleşme ile banka tarafından müşteriye, internet, telefon gibi araçlar üzerinden hesap bilgilerine ulaşma olanağı tanınması da gündeme gelebilir. Bu yönde bk. **BETTSCART**, sh. 202.

³⁴⁶ **BETTSCART**, sh. 204.

³⁴⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 65; **BUIS**, sh. 104.

Öte yandan, bu görüşler, alacak kaydı işleminin – soyut alacak hakkının hüküm doğurması için kararlaştırılan – geciktirici şart olarak nitelendirilmesi itibariyle de yerinde değildir. Zira geciktirici şarta bağlanmış borçta, borç içerik itibariyle en baştan belirlenmiş olup, borcun hüküm ifade etmesi ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlanmıştır. Oysa alacak kaydı işlemi, yalnızca bankanın yükümlülüğünün hüküm doğuracağı anı değil, tutar bakımından bankanın yükümlülüğünün içeriğini de belirlemektedir³⁴⁸.

Banka havalesini, kabul bildirimini söz konusu olmadığı özel bir tür havale olarak nitelendiren görüşe karşı ise, şu eleştiriler yöneltilmiştir: Öncelikle kaydi paranın BK m. 457 anlamında havalenin konusuna dahil olmadığı yaklaşımının reddedilmesi gerekir. Zira BK m. 457’de havalenin konusunun para – kıymetli evrak ve misli eşya – olduğu ifade edilmekle birlikte, para ile ne anlaşılması gerektiği açıkça belirlenmemiştir. Benimsediğimiz görüş uyarınca, kaydi para da sembol anlamında paranın işlevini yerine getirdiğinden, havalenin konusunu oluşturmasına bir engel görülmemektedir³⁴⁹. Havale nitelendirmesi bakımından önemli olan, lehdara sembol paranın aktarılmış olup olmadığı değil, lehdara aktarılan kaydi para sayesinde karşılık ve bedel ilişkilerinde eş zamanlı birer kazandırmanın gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Öte yandan bu görüş çerçevesinde, bankada hesabı olmayan bir lehdara yapılan havale söz konusu olduğunda soyut alacak hakkının doğumu için bankanın lehdara bildirimde bulunmasının yani BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulü bildirimini gerekli olduğu savunulmaktadır. Böylelikle banka havalesinin türüne göre bir ayırım yapılmakta ve hesaba havale ile bankada hesabı olmayan lehdara yapılan havale arasında farklılık yaratılmakta; ikinci olasılıkta soyut alacak hakkının doğumunun ancak bankanın lehdara bildirimde bulunması yani havalenin kabulü bildirimi ile gerçekleşeceği sonucuna varılmaktadır. Kanımızca bankanın lehdara ne şekilde edimde bulunduğu banka havalesinin hukuki nitelik bakımından farklılık yaratmamalıdır.

Alman hukukundan esinlenen, bankanın ciro sözleşmesi ile lehdara soyut borç ikrarında bulunmuş olduğu şeklindeki görüş ise, havale ve soyut borç ikrarı

³⁴⁸ DAE-İK, sh. 146.

³⁴⁹ Banka havalesinin hukuki niteliği hk. bk. yuk. I. C. 3. d.

kurumlarının Türk – İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle – Türk ve İsviçre hukuklarında – doğrudan uygulanabilir değildir³⁵⁰.

Alman hukukunda geciktirici şarta bağlı soyut borç ikrarı görüşünün benimsenmesi, Alman hukukunda BGB § 783’de düzenlendiği şekli ile havalenin, banka havalesine uygun olmamasından³⁵¹ kaynaklanmaktadır³⁵². Türk ve İsviçre hukuklarında ise, BK m. 457 vd.’daki havale hükümlerinin banka havalesine uygulanması mümkün olup, lehdara alacak hakkının kazandırılması BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulü temelinde açıklanmaktadır.

Şarta bağlı soyut borç ikrarı görüşü çerçevesinde ise, havale görüşünde gündeme gelen bankanın bağlanma iradesini dışa açıklaması ve bu iradenin lehdara ulaşması sorunları gündeme gelmemektedir. Gerçekten de bankanın lehdar karşısında bağlanma iradesini daha en baştan ciro sözleşmesinin kurulması sırasında götürü şekilde açıklamış olduğu kabul edilmekle, banka havalesi sürecinde bankanın hangi davranışı ile kayıtsız şartsız bağlanma iradesini açıklamış – havaleyi kabul ettiğini lehdara bildirmiş – sayılacağı noktasında karşılaşılan güçlük bertaraf edilmiş olmaktadır³⁵³. Bununla birlikte, öğretide havale görüşünü savunan bazı yazarlarca da ifade edildiği üzere, lehdarın ciro sözleşmesinde kabul beyanının kendisine ulaşmasından feragat ettiğinin kabul edilmesi suretiyle aynı sonuca varılabilir.

Kanımızca banka nezdinde elde edilen alacak hakkını soyut borç ikrarı kurumu temelinde açıklayan görüşler Türk ve İsviçre hukuklarındaki havale kurumu karşısında, özellikle soyutluk niteliği bakımından pratik önem arz etmemektedir. Zira Alman hukukunun aksine, Türk ve İsviçre hukuklarında havale hükümleri, gerek doğrudan havalenin bu hükümlerin uygulama kapsamında yer alması, gerekse havalenin kabulü aracılığıyla lehdara – bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsızlık anlamında – soyut bir alacak hakkının kazandırılmasının mümkün olması itibarıyla, banka havalesinin hukuki kurgusu ve amacı ile uyumludur.

³⁵⁰ **BETTSCHART**, sh. 199.

³⁵¹ Özellikle BGB 783 vd.’da havalenin, dolaylı havale niteliğinde olup ve yazılı şekle tabi oluşu, banka havalesinin yasada tanımlanan dar ve teknik anlamda havale olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmektedir.

³⁵² **SCHÖN**, sh. 432.

³⁵³ **BETTSCHART**, sh. 199.

Bununla birlikte, banka havalesi sürecinde bankanın herhangi bir davranışına irade açıklaması niteliği atfedilmesi de kanımızca zorlama bir çabadır. Salt alacak kaydı işlemi ile bankanın kabul iradesinin lehdara ulaşmış olduğu kabul edilemeyeceği gibi, banka tarafından yapılan alacak kaydı bildiriminin havalenin kabulü olarak nitelendirilmesi de, havalecinin menfaatleri ile bağdaşan bir çözüm değildir. Bu itibarla banka havalesini, kabul açıklamasının söz konusu olmadığı özel bir havale türü (geniş anlamda havale) olarak nitelendiren ve havale hükümlerinin kıyasen uygulanacağı yönündeki görüşe katılınması gerekir.

Nihayet her iki görüşçe – gerek havale görüşü gerek geniş anlamda havale görüşü taraftarlarınca – de benimsenen ortak nokta, banka nezdinde kayıtsız şartsız bir soyut alacak hakkının, havale tutarının hesaba alacak kaydedildiği anda kazanıldığı ve bu andan itibaren lehdarın kaydı para üzerinde tasarruf olanağı elde etmiş sayılacağıdır. Alacak kaydı işleminin hukuken nasıl nitelendirileceği hariç, söz konusu görüşler arasında soyut alacak hakkının doğum anı bakımından herhangi bir fark söz konusu değildir.

ii. Bankaya Karşı Elde Edilen (Soyut) Alacak Hakkının Banka ile Lehdar Arasındaki İlişki Bakımından Etkisi

Öğretide baskın görüş uyarınca bankanın alacak kaydı işlemi ile havaleyi kabul bildiriminde bulunması üzerine banka ile lehdar arasında, üç köşeli havale ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi kurulur³⁵⁴. Lehdar, kurulan bu yeni hukuki ilişki temelinde bankaya karşı kayıtsız şartsız bir alacak hakkı elde etmektedir³⁵⁵. Lehdarın elde ettiği alacak hakkının bağımsızlığı (kayıtsız şartsız olması), bu alacak hakkının hukuki sebebini teşkil eden yeni borç ilişkisinin havale ilişkisinden bağımsız olmasından kaynaklanır.

Benimsediğimiz görüş uyarınca ise, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi ile banka, havaleyi icra etmiş olur. Havalenin icra edilmesi sonucu lehdar, banka nezdinde, bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız, (kayıtsız şartsız) havale tutarı

³⁵⁴ Gerek havalenin kabulü bildiriminin gerek bu bildirim sonucu havale muhatabı ile lehdar arasında kurulan borç ilişkisinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide bu konuda ileri sürülen görüşler için bk. **BETTSCHEIT**, sh. 175 vd.

³⁵⁵ **BUIS**, sh. 106.

kadar bir alacak hakkı elde eder. Söz konusu alacak hakkının bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsızlığı, bankanın lehdara kabul bildiriminde bulunmuş olmasından değil, bizatihi havale ilişkisini kuran yetkilendirme işlemlerinin, ona esas teşkil eden bedel ve karşılık ilişkilerinden ayrı ve bağımsız birer işlem olmalarından kaynaklanır³⁵⁶.

Lehdarın elde ettiği alacak hakkının bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız olması ile bankanın bu ilişkilerden kaynaklanan sebeplerle lehdara havale tutarını ödemekten kaçınmaması ya da lehdarın hesabına kaydettiği tutarı hesaptan çekmemesi anlaşılır. Bankanın bu savunmaları lehdara karşı ileri sürememesi lehdarın iyiniyetli olması şartına bağlı değildir³⁵⁷. Diğer bir deyişle, lehdar bedel ya da karşılık ilişkilerinin geçersiz olduğunu bilse dahi, banka lehdara ödeme yapmaktan kaçınmaz³⁵⁸.

Bankanın lehdarın hesabına alacak kaydedilen tutarın kendisine ödenmesi talebine karşı hangi savunmaları ileri sürebileceği bakımından ise, BK m. 459/f. I (art. 468/I CO) esas alınacaktır³⁵⁹. Bu hükme göre banka, lehdara karşı, aralarındaki kişisel ilişkiden ya da havalenin içeriğinden doğan savunmaları ileri sürmek suretiyle ödemeden kaçınabilir. Lehdar ile banka arasındaki kişisel ilişkiden doğan savunmalara, bankanın lehdara karşı olan bir alacağına dayanarak takas def'inden bulunması örnek teşkil eder³⁶⁰. Kabul bildiriminin bağlanmış olduğu şartın gerçekleşmemiş olmasının veya kabul iradesinin açıklanmasındaki geçersizliğin ileri sürülmesinin ise, havalenin içeriğinden kaynaklanan savunmalar kapsamında yer aldığı konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur³⁶¹. Buna karşın, havale ilişkisinin karşılık ilişkisi çerçevesinde bankaya verilen ödeme talimatı ile kurulduğu – diğer bir deyişle yetki verme iradesinin bu şekilde dışa açıklandığı – dikkate alındığında, yetkilendirme işlemlerindeki geçersizliklerin lehdara karşı ileri sürülebilecek savunmalar kapsamında yer alıp

³⁵⁶ **BETTSCHART**, sh. 169 vd. Bu konuda ayrıca bk. yukarıda I. C. 3. d.

³⁵⁷ **von der CRONE**, sh. 52; **BUIS**, sh. 107.

³⁵⁸ **BUIS**, sh. 107.

³⁵⁹ BK m. 459/f. I (art. 468/I CO): « Mühalünaleyh, ...yalnız aralarındaki şahsi münasebetlerden veya havalenin münderacatından mütehassıl defilerde bulunabilir. Muhil ile olan münasebetinden mütevellit defilerde bunamaz. »

³⁶⁰ **BUIS**, sh. 107.

³⁶¹ **HESS**, Clearing, sh. 104; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 69; **BUIS**, sh. 107.

almayacağı öğretide tartışmalıdır³⁶². Yetkilendirme işleminin geniş anlamda geçersizliği, ödeme talimatının (havaleciye isnat edilememe anlamında) sahte ya da yetkisiz temsilci tarafından verilmiş olmasından, havalecinin verdiği ödeme talimatındaki irade sakatlığı ya da ehliyetsiz eksikliğinden veyahut veyahut ödeme talimatının geri alınmış olmasından kaynaklanabilir.

Öğretide bir görüşe göre, BK m. 459/f. I anlamında havalenin içeriği ifadesi ile bizatihi havalenin kabulü bildirimiminin içeriği anlaşılmalıdır³⁶³. Bankanın lehbara karşı ileri sürebileceği savunmalar, kişisel savunmalar ve kabul açıklamasının içeriğinden kaynaklanan savunmalar ile sınırlıdır. Yetki verme işlemindeki geçersizlik ise, havalenin kabulü bildirimine temel teşkil etse dahi, lehbara karşı ileri sürülebilir bir savunma teşkil etmez³⁶⁴. Zira havale yoluyla yapılan kazandırmanın bağımsızlığı ile lehbara nakit ödemeye eşdeğer hukuki konum kazandırılması amaçlanır; yetki verme işlemindeki geçersizliğin lehbara karşı ileri sürülebilmesi ise, bu amaçla bağdaşmaz³⁶⁵.

Buna karşın öğretide bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, havale ilişkisini kuran yetkilendirme işlemlerindeki geçersizlikler BK m. 459/f. I anlamında havalenin içeriğinden kaynaklanan savunmalardan olup, banka tarafından lehbara karşı ileri sürülebilir³⁶⁶. Daha önce de belirtildiği üzere, havale yoluyla lehbara yapılan kazandırmanın bedel ve karşılık ilişkilerindeki geçersizlik sebeplerinden etkilenmemesi, tıpkı temsil ilişkisinde olduğu gibi, havale ilişkisini kuran yetkilendirme işlemlerinin temel ilişkiden bağımsız ve ayrı olmalarından kaynaklanır. Yetkilendirme işlemi hukuki niteliği itibariyle bir irade açıklaması olduğundan, hüküm ifade etmesi bakımından irade açıklamalarının tabi olduğu genel kurallar geçerlidir³⁶⁷. Şu halde, havaleciye isnat edilebilir bir irade mevcut değil veya ödeme talimatı irade sakatlığı, ehliyetsizlik gibi sebeplerle geçersiz veyahut ödeme talimatı (zamanında) geri alınmış ise, yetki verme işlemleri hüküm ifade etmez. Geçerli bir havale ilişkisinin kurulmadığı bu gibi durumlarda dahi, bankanın lehbara ödeme yapmakla yükümlü olması ise, banka

³⁶² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 68.

³⁶³ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 69.

³⁶⁴ Bu görüşte olan yazarlara göre, koşulları gerçekleşmiş ise, banka lehbara karşı kabul bildirimini iptal etme olanağına sahiptir. Bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 214.

³⁶⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 69.

³⁶⁶ **von der CRONE**, sh. 51; **HESS**, sh. 104; **BUIS**, sh. 107.

³⁶⁷ **von der CRONE**, sh. 49.

havalesi ile yapılan ödemede para alacaklısına nakit ödemeye oranla daha elverişli bir konum sağlanması sonucunu doğurur. Bu itibarla banka havale ilişkisinin geçersizliğini doğuran tüm olgular, BK m. 459/f. I anlamında banka tarafından lehdara karşı ileri sürülebilen savunmalar kapsamında yer alır.

c. Valör Kavramı ve Lehdarın Havale Tutarı Üzerinde Tasarruf Olanığı Elde Etmesi Bakımından Etkisi

Bankacılık uygulamasında, alacaklıya gönderilen alacak kaydı bildiriminde yer alan valör tarihi ile havale tutarı için banka nezdinde faizin işlemeye başladığı an anlaşılır³⁶⁸. Bu tarih açısından lehdar ile bankası arasındaki anlaşma belirleyicidir. Uygulamada valör tarihi, hesaba borç kaydedilen havale tutarı için talimatın verildiği gün, hesaba alacak kaydedilen havale tutarı için ise, alacak kaydını takip eden iş günüdür. Diğer bir deyişle hesaba alacak kaydedilen havale tutarı için faiz, alacak kaydını takip eden günden itibaren işlemeye başlar (hesaplanır)³⁶⁹.

Lehdarın havale tutarı üzerinde tasarruf edebileceği an bakımından ise, valör tarihi belirleyici değildir³⁷⁰. Bununla birlikte bankacılık uygulamasında lehdar, valör tarihinden önce tasarruf ettiği takdirde bankaya faiz farkını ödemekle yükümlü tutulmaktadır³⁷¹.

3. Zincirleme Banka Havalesinde Havale Sürecine Katılan Bankalar Arasındaki İlişki (Takas İlişkisi)

Zincirleme banka havalesinde, para alacaklısı, havaleci borçlunun ödeme talimatı verdiği banka ile hesap ilişkisi içinde olmadığından, kaydi paranın alacaklının hesabına aktarılabilmesi bakımından, alacaklı ile hesap ilişkisi içinde olan bankanın ödeme sürecine dahil olması zorunludur. Bu bankanın ödeme sürecine dahil olması ise, ödeme talimatının ve gerekli karşılığın havalecinin bankası tarafından lehdar konumundaki para alacaklısının bankasına aktarılması ile gerçekleşir. Aşağıda havalecinin ve lehdarın bankası arasında bu aktarımın ne şekilde, hangi hukuki ilişki

³⁶⁸ HEINI, sh. 37; BILLOTTE-TONGUE, sh. 67; OBERSON, sh. 408; LOMBARDINI, sh. 230 (N. 14).

³⁶⁹ HESS, Clearing, sh. 109.

³⁷⁰ HEINI, sh. 40; BILLOTTE-TONGUE, sh. 68.

³⁷¹ HESS, Clearing, sh. 109.

temelinde gerçekleşebileceği incelenecektir. Fakat bankalar arasındaki bu ilişkiler ele alınmadan önce, zincirleme banka havalesinde kaydi paranın, havalecinin hesabından lehdarın hesabına aktarılmasını sağlayan hukuki ilişkinin ve ödeme sürecine katılan bankaların bu hukuki ilişkideki konumlarının belirlenmesi gerekir. Zira ancak, ödeme sürecine birden fazla bankanın katılımının kaydi paranın havaleciden lehdara aktarımını sağlayan hukuki ilişki üzerindeki etkisi belirlendikten sonra bankalar arasında karşılığın aktarılmasına temel teşkil eden hukuki ilişki(ler) incelenebilir.

a. Zincirleme Banka Havalesinin Hukuki Niteliği

Yukarıda kurum içi banka havalesinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde, para borçlusunun bankaya verdiği ödeme talimatı üzerine, para borçlusu, banka ve para alacaklısı arasında havale hükümlerine tabi olan bir hukuki ilişkinin kurulduğu ve havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydeden bankanın, havale muhatabı sıfatı ile lehdar konumunda olan müşterisine bir kazandırmada bulunmuş olacağı sonucuna varılmış idi.

Zincirleme banka havalesinde özellikle arz eden durum ise, para borçlusunun ödeme talimatı verdiği bankanın, havale tutarını para alacaklısının hesabına alacak kaydeden (ödemeyi yapan) bankadan farklı olmasıdır. Bu olasılıkta da, havale tutarının talimatta lehdar olarak gösterilen kişinin hesabına alacak kaydedilmesi, bu kişinin hesabının tutulduğu bankaya verilen bir talimat sonucu gerçekleştirildiğinden, bankanın müşterisine yaptığı bu kazandırmanın havale ilişkisine dayandığının kabul edilmesine herhangi bir engel mevcut değildir. Bununla birlikte, söz konusu havale ilişkisinin zincirleme banka havalesinde kimler arasında kurulduğu, diğer bir deyişle kaydi paranın havalecinin hesabından lehdarın hesabına aktarılmasını sağlayan havale ilişkisi(leri)nin taraflarının kimler olduğu konusunda Türk ve İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda önce bu görüşlere yer verilecek, daha sonra bu görüşlerin değerlendirilmesi çerçevesinde zincirleme havalenin hukuki niteliği hakkında benimsediğimiz görüş ortaya konulacaktır.

i. Öğretide ve Yargı Kararlarında Benimsenen Görüşler

Öğretideki bir görüşe göre, zincirleme banka havalesinde havale ilişkisi yalnızca, ödeme talimatında lehdar olarak gösterilen alacaklı, onun bankası ve bu bankaya ödeme talimatı veren banka (borçlunun bankası ya da aracı banka) arasında

kurulur. Söz konusu havale ilişkisinde borçlunun bankası, havaleci; alacaklının bankası, havale muhatabı; alacaklı ise, havale lehdarı konumunda olup, para borçlusu bu ilişkinin tarafı değildir. Bu görüş esasen, alacaklının bankasına doğrudan talimat vermek suretiyle alacaklıya havale yapanın bizzat borçlu olamayacağı düşüncesinden hareket etmektedir³⁷². Borçlu ile alacaklının bankası arasında ciro sözleşmesi mevcut olmadığından, alacaklının bankası havaleyi kabul (icra) etmekten kaçınabilir. Bu görüş çerçevesinde havale ilişkisinin de, taraflar arasındaki ciro ilişkilerine paralel şekilde kurulması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre alacaklının bankasına ödeme talimatı vermek suretiyle alacaklıya havale yapan, borçlunun bankasıdır. Para borçlusunun kendi bankasına verdiği ödeme talimatı ise, BK m. 456 anlamında havale ilişkisi kuran bir yetkilendirme işlemi değil, konusu talimatta lehdar olarak belirtilen kişiye havale yapılması olan BK m. 389/f. I anlamında bankaya yönelik bir iş görme talimatı niteliğindedir³⁷³.

Diğer bir görüşe göre ise³⁷⁴, alacaklıya havale yoluyla kazandırmada bulunan bizzat para borçlusudur. Havale ilişkisi, para borçlusu, alacaklının bankası ve alacaklı arasında kurulur. Havale ilişkisini kuran yetkilendirme işlemleri, para borçlusu tarafından doğrudan doğruya alacaklının bankasına yöneltmiştir. Bu itibarla borçlu havaleci, alacaklının bankası havale muhatabı, alacaklı da havale lehdarı konumundadır.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre³⁷⁵, zincirleme banka havalesinde, birbirine eklenen birden çok havale ilişkisi söz konusu olup, para alacaklısı, bu ilişkilerin yalnızca sonuncusunda havale lehdarı konumundadır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da³⁷⁶ benimsenen bu yaklaşım uyarınca, lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştiren bankaya verilen ödeme talimatının yanı sıra borçlunun kendi bankasına verdiği ödeme talimatı da, BK m. 456 anlamında havale ilişkisi kuran çifte yetki verme işlemi niteliğindedir. Örneğin, borçlunun ve alacaklının bankalarının katıldığı dört köşeli bir havale işleminde, kaydi paranın borçlunun hesabından

³⁷² von der CRONE, sh. 45.

³⁷³ KLEINER, sh. 52; GUGGENHEIM, sh. 238; HEINI, sh. 21.

³⁷⁴ Bu görüş hk. bk. KLEINER, sh. 52.

³⁷⁵ SCHÖNLE, Responsabilité, sh. 96 dn. 14; bu görüş hk. ayrıca bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 34; BUIS, sh. 113.

³⁷⁶ BGE 124 III 253 E. 3b, SJ 1996, sh. 549 vd.

alacaklının hesabına aktarılması en az iki farklı havale ilişkisinin kurulmasını gerektirir³⁷⁷. İlk havale ilişkisi para borçlusunu, borçlunun ödeme talimatı verdiği banka ve alacaklının bankası arasında kurulur. Para borçlusunun, kendi bankasına verdiği ödeme talimatı, alacaklının bankası lehine yapılan bir havale niteliğindedir. Bu ilişkide havale muhatabı konumunda olan borçlunun bankası, para alacaklısı lehine (ikinci) havale yapmak suretiyle havaleyi kabul bildiriminde bulunmuş olur³⁷⁸. Bu şekilde ilkin eklenen ikinci havale ilişkisinde ise, borçlunun bankası, havaleci; alacaklının bankası havale muhatabı; para alacaklısı ise, havale lehdarı konumundadır.

Nihayet, öğretide daha yeni olan bir görüşe göre, para borçlusunun, para alacaklısının ve bankaların dahil olduğu tek bir havale ilişkisi (*einheitliche Anweisung*) söz konusudur³⁷⁹. Bu görüşte olan yazarlara göre, zincirleme banka havalesinin hukuki niteliği bakımından, kurum içi havale için benimsenenden farklı bir sonuca varılmaması gerekir. Zira her iki havale türünde de, ödeme talimatı veren müşterinin iradesi aynı yönde³⁸⁰ olduğu gibi, zincirleme havalede salt borçlunun ve alacaklının bankalarının farklı olması olgusu, hukuki nitelik açısından farklı sonuçlara varılması bakımından yeterli değildir³⁸¹. Bu itibarla zincirleme banka havalesinde de, borçlunun kendi bankasına verdiği ödeme talimatı, tıpkı kurum içi havalede olduğu gibi, talimatta lehdar olarak belirtilen alacaklı lehine yapılan BK m. 456 vd. anlamında havale (çift yetki verme işlemi) niteliğindedir. Bankalar arasında ise, bir alt (ikame) havale

³⁷⁷ Bu görüş çerçevesinde, ödeme talimatı verenin ve ödeme lehdarının karşılıklı bankaları dışında, havale zincirine başkaca aracı banka ya da bankalar dahil olduğu takdirde, kurulan havale ilişkisi sayısı da artmaktadır. Örneğin tarafların bankalarının yanı sıra bir de aracı bankanın katıldığı beş köşeli bir zincirleme havale işleminde, üç farklı havale ilişkisinin söz konusu olacağı yönünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 34 dn. 68.

³⁷⁸ Bu yönde bk. BGE 124 III 253, sh. 255 E. 3b vd.; **BUIS**, sh. 114.

³⁷⁹ **TÜRK**, sh. 249 vd.; **von der CRONE**, sh. 47; **BUIS**, sh. 114; **KRAMER**, sh. 45. Vurgulamak gerekir ki, burada tek bir havale ilişkisi olarak nitelendirilen, kaydi paranın para borçlusundan para alacaklısına aktarılmasıdır. Bedel ilişkisinin taraflarını ilgilendiren bu hukuki ilişkiden, kaydi paranın bankalar arasında aktarılmasına esas teşkil eden hukuki ilişkinin ayırt edilmesi gerekir. Kaydi paranın bankalar arasında aktarılması, aktarımın tarzına göre, yalnızca bankaları ilgilendiren ikinci bir havale ilişkisinin kurulmasını gerektirebilir. Bu yönde bk. **BETTSCHEART**, sh. 247 vd.; aktarım tarzına göre ayırım yapmaksızın kaydi paranın bankalar arasında aktarılmasının havale ilişkisine dayandığı görüşünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 37.

³⁸⁰ Gerek kurum içi havalede gerek zincirleme havalede, ödeme talimatı veren borçlunun iradesi, bedel ilişkisindeki alacaklısına kazandırmada bulunmaktadır.

³⁸¹ **von der CRONE**, sh. 47.

(*anweisungsrechtlichen Substitution/assignation substituée*) ilişkisi mevcuttur³⁸². Bu alt havale ilişkisi temelinde alacaklının bankası, borçlunun bankasının yerine geçerek lehdar alacaklıya karşı havaleyi kabul (ya da icra) eder³⁸³. Böylece, para borçlusunun asıl havaleci; borçlunun bankasının hem havale muhatabı³⁸⁴ hem de alt havaleci; alacaklının bankasının, alt (ikame) havale muhatabı; para alacaklısının da havale lehdarı konumunda olduğu tek bir havale ilişkisi kurulmuş olur³⁸⁵. Borçlunun bankası, kendisine verilen ödeme talimatı uyarınca (müşterisi ile arasındaki) ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü, alacaklıya ödeme yapma yetkisini alacaklının bankasına (ya da aracı bankaya) devretmek suretiyle yerine getirmektedir. Alacaklının bankasının, bu (alt) ödeme yetkisi temelinde havaleyi kabul (ya da icra) etme, yani hesaba alacak kaydı yoluyla müşterisine (alacaklıya) ödeme yapma yükümlülüğü ise, borçlunun bankası (ya da aracı banka) ile arasındaki ciro sözleşmesinden kaynaklanır³⁸⁶.

ii. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Zincirleme banka havalesinde havale tutarının lehdarın hesabına aktarılmasını sağlayan hukuki kurgunun (havale ilişkisinin taraflarının) belirlenmesi bakımından,

³⁸² Zincirleme banka havalesinde bankalar arasında bir alt havale ilişkisinin mevcut olduğu şeklindeki yaklaşım, öğretide ilk olarak, havale ilişkisini vekâlet olarak nitelendiren GAUTSCHI tarafından ileri sürülmüştür. Bu yönde bk. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, Bern 1962, (kıs. Berner Kommentar), sh. 519 (N. 10a). Zincirleme banka havalesi bakımından bu yaklaşımı benimseyen diğer bazı yazarlara göre ise, alt havale ilişkisinin varlığını kabul bakımından, BK m. 456 anlamında havale ilişkisinin vekâlet olarak nitelendirilmesi şart değildir. Zira öğretide, asıl hukuki ilişkiye eklenecek şekilde bir alt ilişki kurma olanağının – BK m. 390/f. II’de öngörülen alt vekâlet ilişkisi şeklinde – vekâlet sözleşmesi dışında, temsil ilişkisinde de mümkün olduğu benimsenmektedir. Bu yönde bk. **EREN**, sh. 402. **AKYOL**, Temsil, sh. 51, 260 vd.; **İNCEOĞLU**, Temsil, sh. 243 vd. Şu halde, temsil yetkisi verme işlemi bakımından kabul edilen bu olanağın, çifte yetki verme işlemi olarak nitelendirilmesi itibarıyla benzer bir hukuki niteliğe sahip olan havale ilişkisi bakımından da benimsenmesine herhangi bir engel mevcut değildir. Bu görüş hk. bk. **von der CRONE**, sh. 46; **BETTSCHART**, sh. 240 dn. 21; **KRAMER**, sh. 45 dn. 296.

³⁸³ Bu görüşte olan bazı yazarlarca, ikame havale ilişkisinde alacaklının bankasının yalnızca borçlunun bankasının yerine geçerek havaleyi kabul ettiği (lehdara ödeme yaptığı), bu nedenle de borçlunun bankası ile alacaklının bankası arasında ikinci bir havalenin söz konusu olmadığı vurgulanmaktadır. Bu yönde bk. **HESS**, Clearing, sh. 104; karş. **von der CRONE**, sh. 47.

³⁸⁴ Öğretide **TÜRK** (sh. 249), ikame havale görüşünü benimsemekle birlikte, borçlunun bankasının havale muhatabı, alacaklının bankasının da alt havale muhatabı şeklinde nitelendirilmesini reddetmektedir. Yazara göre, zincirleme banka havalesinde borçlunun bankası tarafından yerine getirilen faaliyet, müşterinin havale talimatını alacaklının bankasına iletmekten ibaret olduğundan, havale muhatabı sıfatı münhasıran alacaklıya ödeme yapan alacaklının bankasına aittir.

³⁸⁵ **BETTSCHART**, sh. 240; **BUIS**, sh. 114.

³⁸⁶ **von der CRONE**, sh. 47; **BUIS**, sh. 114; **KRAMER**, sh. 45.

havale sürecine katılan tarafların iradelerinin yanı sıra BK m. 456 anlamında havalenin dolaylı kazandırmada bulunma işlevinin dikkate alınması gerekir.

Bu noktada konuya öncelikle havale sürecini başlatan müşterinin iradesi açısından yaklaşıldığında, alacaklıya havale yapanın borçlunun bankası olduğu, borçlunun bankaya verdiği ödeme talimatının ise, alacaklıya havale yapması konusunda bankaya verilmiş BK m. 389/f. I anlamında bir iş görme talimatından ibaret olduğu şeklindeki görüşün reddedilmesi gerekir. Zira öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere, bankasına ödeme talimatı veren müşterinin iradesi, banka aracılığıyla bedel ilişkisindeki alacaklısına bir kazandırmada bulunmak olup, kurum içi havalede müşterinin bankaya yönelttiği bu iradesine, BK m. 456 vd. anlamında havale sonucu bağlanıyor ise, aynı nitelendirmenin zincirleme banka havalesinde de geçerli olması gerekir³⁸⁷. Kaldı ki, bu görüşün benimsenebilmesi için, borçlunun bankasının alacaklıya bir kazandırmada bulunma iradesine sahip olması ve bu amaçla lehdara ödemeyi kabz yetkisi vermiş olması gerekirdi. Zira borçlunun bankasının alacaklıya havale yaptığının kabul edilebilmesi için, taraflar arasında bu kazandırmayı haklı kılan bir bedel ilişkisinin mevcut olması gerekir. Oysa zincirleme banka havalesinde kural olarak, borçlunun bankası ile lehdar konumundaki kişi arasında böyle bir kazandırmayı haklı kılan bir hukuki ilişki mevcut olmadığından, bankanın bu yönde bir iradeye sahip olduğu da söylenemez³⁸⁸. Lehdarın bankası tarafından lehdara gönderilen havale ihbarnamesi de bu sonucu desteklemektedir. Zira bu ihbarnamede çoğu zaman salt ödeme talimatını veren müşterinin ismi görünmekte, talimatın verildiği banka ise ayrıca belirtilmemektedir³⁸⁹.

Aynı gerekçeler, zincirleme banka havalesini birden çok havale ilişkisi ile açıklayan görüşün kabulüne de engel teşkil etmektedir. Öncelikle, yukarıda da belirtildiği üzere, borçlunun iradesi, alacaklının bankası (ya da aracı banka) lehine değil, bizzat kendi alacaklısı lehine havale yapmaktır³⁹⁰. Bankaya verilen ödeme talimatının içeriğinin yorumundan da aksi bir sonuca varılması kanımızca güçtür. Zira ödeme

³⁸⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 35; **BETTSCHART**, sh. 239 vd.

³⁸⁸ **BETTSCHART**, sh. 242; karşı. **BUIS**, sh. 115; **BILLOTTE-TONGUE**, (sh. 35 vd.) ise, borçlunun bankasının alacaklıya havale yapmasını gerektiren bir hukuki sebebin mevcut olmadığından hareketle aynı sonuca varmaktadır.

³⁸⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 36.

³⁹⁰ **BETTSCHART**, sh. 239, 246.

talimatında borçlunun, lehdarın hesabının tutulduğu bankanın bilgilerinin yanı sıra, lehdarın ismini ve hesap numarasını belirtmiş olması, havale tutarının aktarılmasını istediği nihai kişinin banka dışındaki bir kişi olduğunu yeterince ortaya koymaktadır³⁹¹. Öte yandan borçlunun ödeme talimatında kural olarak başvurulacak aracı bankaları belirtmediği, bunların seçimini bankaya bıraktığı dikkate alındığında, aracı bankanın dahil olduğu bir zincirleme havalede, borçlunun aracı banka lehine havale yapmak istediği de söylenememelidir³⁹². Ayrıca bu görüş çerçevesinde birden çok havale ilişkisinin varlığının kabulü, havale yoluyla kazandırmayı haklı kılan birden çok bedel ilişkisinin varlığını gerekli kılmaktadır. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, zincirleme banka havalesinde, ne borçlu ile alacaklının bankası arasında, ne de borçlunun bankası ile alacaklı arasında havale yoluyla kazandırmaya esas teşkil eden (bedel ilişkisi anlamında) bir hukuki ilişki mevcut değildir³⁹³. Nihayet bu görüş benimsendiği takdirde, havale zincirine borçlunun ve alacaklının bankalarının dışında başka aracı banka ya da bankaların katılımı durumunda, fazladan havale ilişkilerinin ve bunları haklı kılan bedel ilişkilerinin varlığının kabulü zorunlu hale gelir³⁹⁴. Bu karmaşık hukuki yapının ise, taraf iradelerini yansıttığını söylemek kanımızca güçtür.

Borçlunun, doğrudan doğruya lehdarın bankasına ödeme yetkisi vermek suretiyle alacaklı lehine havale yaptığı yönündeki bir çözüm de kabul edilebilir değildir. Zira, borçlunun kural olarak ödeme talimatını kendi bankasına yönelttiği olgusu bir yana bırakılacak olsa dahi, borçlu ile alacaklının bankası arasında ciro sözleşmesi ilişkisi mevcut olmadığından, bankanın kendisine ulaşan ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğü söz konusu olmayıp, banka havaleyi kabul (icra) etmekten kaçınabilir³⁹⁵.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, zincirleme banka havalesini, borçlunun bankasının alacaklı lehine havale yapması ya da borçlunun, alacaklının bankası lehine havale yapması ile açıklayan görüşler, belirtilen bu kişiler arasında havale yoluyla kazandırmayı haklı kılan bir bedel ilişkisinin mevcut olmadığı dikkate alındığında,

³⁹¹ Karş. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 35.

³⁹² Karş. **BETTSCHART**, sh. 246.

³⁹³ **BUIS**, sh. 116; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 36.

³⁹⁴ **BUIS**, sh. 116.

³⁹⁵ **von der CRONE**, sh. 45; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 35; **BETTSCHART**, sh. 239.

havale sürecine katılan tarafların iradelerini yansıtmamaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, bankaya ödeme talimatı veren müşteri kural olarak, talimatta lehdar olarak belirttiği, bedel ilişkisindeki alacaklısına kazandırmada bulunmak istemektedir. Kurum içi havale ile zincirleme havale arasında bu açıdan fark yoktur. Öte yandan müşteri, bu kazandırmanın (ödemenin) gerçekleşmesi için gerekli işlemlerin yapılmasını bankasına bırakmaktadır. Kurum içi havalede bunlar, bankanın kendi iç muhasebe işlemleridir. Zincirleme banka havalesinde ise, bu işlemlere karşılığın (kaydi paranın) alacaklının bankasına aktarılması eklenir. Fakat zincirleme havalede bu aktarımın gerçekleşmesini sağlayan hukuki ilişki yalnızca bankaları ilgilendirmekte olup, borçlu ile alacaklı arasında kaydi paranın aktarılmasını sağlayan hukuki ilişkiden ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır³⁹⁶.

Sonuç olarak zincirleme banka havalesini, kurum içi havaledeki gibi, ödeme talimatı veren borçlunun, havaleci; talimatta lehdar olarak belirtilen alacaklının da havale lehdarı konumunda olduğu tek bir havale ilişkisi olarak açıklayan görüşe katılmak gerekir. Böylece alacaklının bankasının lehdar alacaklıya yaptığı ödeme (hesaba alacak kaydı), borçlunun bankasının değil, doğrudan borçlunun iradesine dayanmış olur³⁹⁷. Öte yandan, bu kurguda bankalar arasında bir alt havale ilişkisinin kurulduğunun kabulü zorunludur. Zira borçlunun bankası, alacaklının hesabına alacak kaydını bizzat gerçekleştiremez. Bunun için, alacaklının bankasının havale sürecine katılımı zorunludur. Havalecinin kendi bankasından talep ettiği edim alacaklının bankası tarafından yerine getirilecektir. Havale sürecinde alacaklının bankası tarafından gerçekleştirilen bu edimin (hesaba alacak kaydının), kendisinden beklenen çifte kazandırma etkisini³⁹⁸ doğurabilmesi için, yani gerek borçlunun bankasının havaleci borçluya bir kazandırması olarak karşılık ilişkisinde, gerek havaleci borçlunun, lehdar alacaklıya bir kazandırması olarak bedel ilişkisinde sonuç doğurması için, alacaklının

³⁹⁶ Bu konuda bk. aşağıda II. B. 3. b.

³⁹⁷ **VON DER CRONE**, sh. 46; **BETTSCART**, sh. 242; karşı. **KRAMER**, sh. 45. Bu sayede havaledeki geçersizlik durumlarında (sahte, geri alınmış ya da irade sakatlığının söz konusu olduğu ödeme talimatı veren müşteri değil, müşterinin bankası olduğu kabul edilse idi, ödeme talimatındaki geçersizliğe rağmen kurulan havale ilişkisi ve havale ilişkisi temelinde lehdara yapılan ödeme geçerli bir kazandırma teşkil ederdi. Bu yönde bk. **VON DER CRONE**, sh. 47 dn. 31

³⁹⁸ Benimsediğimiz görüş uyarınca, banka havalesine havale hükümlerinin kıyasen uygulanmasını gerektiren unsur, tek bir edim ile çifte kazandırma etkisinin sağlanmasıdır. Bu konuda bk. yukarıda “banka havalesinin hukuki niteliği” başlıklı bölümdeki açıklamalar.

bankasının söz konusu edimi havale muhatabı sıfatı ile, borçlunun bankasının – havale ilişkisindeki yerine geçerek – yerine getirmiş olması şarttır³⁹⁹.

Borçlanılan edimi borçlu dışında bir üçüncü kişi yerine getirmiş olmasına rağmen, hukuki etkinin doğrudan borçlunun hukuk alanında doğması, söz konusu edimin bir alt ilişkiye dayanılarak yerine getirilmiş olmasını gerektirir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin, bir alt ilişki olarak nitelendirilebilmesi ise, bu ilişkinin hukuki nitelik itibarıyla kurulan ilk ilişki ile özdeş olmasına bağlıdır⁴⁰⁰.

Bu noktada kanımızca bankalar arasında kurulan alt havale ilişkisinin, dar ve teknik anlamda bir alt ilişki olduğu söylenemez. Zira bankalar arasında bir alt havale ilişkisinin kurulması bakımından, benimsediğimiz görüş uyarınca alt yetkilendirme işlemleri mevcut olmalıdır. Yani borçlunun bankasının alt havaleci sıfatı ile alacaklının bankasına (ya da aracı bankaya) bir alt ödeme yetkisi; alacaklıya ise, ödemeyi kabz için alt bir yetki vermiş olması şarttır⁴⁰¹. Bu alt yetkilendirme işlemleri ise, hizmet ettikleri amaç itibarıyla, işlemin tarafları arasında karşılık ve bedel ilişkilerinin varlığını gerektirir. Diğer bir deyişle borçlunun bankası ile alacaklının bankası arasında bir (alt) karşılık ilişkisi; havale lehdarı ile arasında ise, bir (alt) bedel ilişkisi mevcut olmalıdır⁴⁰². Bu noktada borçlunun bankasının alacaklının bankasına (ya da aracı bankaya) verdiği alt ödeme yetkisinin bankalar arasındaki ciro sözleşmesine dayandığı kabul edilebilir⁴⁰³. Alt kabz yetkisi bakımından ise, borçlunun bankası ile havale lehdarı

³⁹⁹ **BETTSCHART**, sh. 250.

⁴⁰⁰ BK m. 390/f. II'de öngörülen alt vekâlet ilişkisinde, müvekkil ile vekil arasında kurulan vekâlet sözleşmesine özdeş bir vekâlet sözleşmesi, vekil ile üçüncü kişi arasında kurulmaktadır. Böylece asıl vekâlet sözleşmesinde vekil konumunda olan kişi, alt vekâlet sözleşmesinde müvekkil konumundadır. Şu halde zincirleme banka havalesinde bankalar arasındaki ilişkinin alt havale olduğu kabul edildiği takdirde, havalecinin bankası tarafından ikinci bir havale yapılmış olması gerekir. Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 248 dn. 49. Oysa öğretilde, alt havale ilişkinin varlığını benimseyen yazarlar, havalecinin bankasının yalnızca havalecinin havale talimatını alacaklının bankasına iletildiğini, bu nedenle havalecinin bankasının iradesine dayanan ikinci bir havalenin mevcut olmadığını vurgulamaktadırlar. Bu görüşte bk. **TÜRK**, sh. 249; **HESS**, Clearing, sh. 104.

⁴⁰¹ Havalenin yetkilendirme işlemlerine dayandığı konusunda yukarıda bk. I. B. 3. d.

⁴⁰² **BETTSCHART**, sh. 249.

⁴⁰³ Bu görüşte bk. **BETTSCHART**, sh. 250 dn. 52.

konumundaki alacaklı arasında, bu yetkilendirme işlemini – ve böylece bir alt havale ilişkisinin kurulmasını – haklı kılan bir alt bedel ilişkisi⁴⁰⁴ mevcut değildir.

Bununla birlikte, katıldığımız görüş uyarınca, borçlunun bankası ile havale lehdarı arasında bir alt bedel ilişkisinin mevcut olmaması, bankalar arasında bir alt havale ilişkisinin varlığının kabul edilmesine engel teşkil etmemelidir. Zira havale ilişkisi üç köşeli bir ilişki olması itibarıyla, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi verme işleminden farklı olup, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde kurulan alt ilişki için geçerli olan ve temsil ilişkisi bakımından da uygulanacağı kabul edilen ilkeler, havale ilişkisi bakımından ancak kıyasen uygulanabilir⁴⁰⁵. Bu noktadan hareketle bankalar arasındaki ilişkiye alt ilişkinin sonuçlarının bağlanması bakımından, havalecinin bankasının, havale sürecinde bizzat yerine getiremeyeceği edim için lehdarın bankasını kendi yerine koymuş, diğer bir deyişle lehdarın bankasının havalecinin bankasını ikame etmiş olması yeterlidir.

b. Bankalar Arasında Kaydi Paranın Aktarılması ve Buna Olanak Sağlayan Hukuki İlişki

Kaydi paranın havalecinin bankasından lehdarın bankasına aktarılması, bu iki banka arasında doğrudan ya da dolaylı şekilde kurulan bir hukuki ilişkinin varlığını gerektirir. Böyle bir doğrudan hukuki ilişkiyi, havalecinin ve lehdarın bankası arasındaki (cari) hesap ilişkisi teşkil eder. Bankalar arasında dolaylı ilişki ise, her iki bankanın da doğrudan ilişki içinde olduğu bir üçüncü kişinin ödeme sürecine katılması ile kurulur. Bu anlamda, havalecinin ve lehdarın bankası arasında hesap ilişkisi mevcut değil ise, kaydi paranın aktarımı, bu bankaların doğrudan hesap ilişkisi içinde olduğu üçüncü kişinin aracılığı ile gerçekleşir. Söz konusu üçüncü kişi, havalecinin ve lehdarın bankasının doğrudan hesap ilişkisi içinde olduğu bir muhabir banka ya da münhasıran bankalar arasında karşılığın aktarılmasına hizmet eden clearing/ödeme sistemi çerçevesinde faaliyet gösteren clearing kuruluşu olabilir. Zincirleme banka havalesinde, bankalar arasında karşılığın aktarılması bakımından bankaların doğrudan hesap ilişkisi

⁴⁰⁴ Öğretide **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 36, havalenin hukuki sebebi (*cause de l'assignation*) ifadesini kullanmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında hukuki sebep kavramının tartışmalı olduğu dikkate alındığında, kanımızca burada, hukuki sebep terimi yerine, havalecinin lehdara kazandırmada bulunmasını gerektiren hukuki ilişki ifadesi tercih edilmelidir.

⁴⁰⁵ **BETTSCHART**, sh. 250.

içinde olmaları temel hukuki kurguyu teşkil etmesi itibariyle aşağıda öncelikle ele alınacaktır. Öte yandan, karşılığın muhabir banka ve clearing sistemi aracılığıyla aktarılmasında üç köşeli bir ilişkinin söz konusu olmasından hareketle bu iki yöntemin birlikte incelenebileceği düşünülebilirse de, kanımızca aracı konumundaki kuruluşların yerine getirdiği faaliyetlerdeki farklılık, bu iki yöntemin ayrı ayrı incelenmesini gerektirmektedir.

i. Karşılığın Havalecinin ve Lehdarın Bankası Arasındaki Doğrudan Hesap İlişkisi Sayesinde Aktarılması

aa. Bankalar Arasındaki Karşılıklı Hesap İlişkisinin Özellikleri

Merkezi ödeme (clearing) sistemleri kurulmadan önce, kaydi paranın bankalar arasında aktarılması, bankaların karşılıklı birbirleri nezdinde açtıkları hesaplar üzerinden gerçekleştirilmekte idi. Clearing sisteminin ortaya çıkışı ile birlikte yurt içindeki ödemeler bakımından önemini kaybetmiş olan doğrudan hesap ilişkisi yöntemine bugün için, yabancı para üzerinde gerçekleştirilen uluslararası ödemeler bakımından başvurulmaktadır⁴⁰⁶. Özellikle farklı para birimlerinin geçerli olduğu ülkelerde bulunan iki banka arasında, bankalardan birinin para birimi üzerinden gerçekleştirilecek bir ödeme söz konusu olduğunda bu yönetime başvurulur.

Özellikle havalecinin ve lehdarın bankası farklı ülkelerde bulunuyor ve söz konusu ülkelerde bu bankaların şubeleri de mevcut değil ise, clearing sistemine başvurulamadığından, bankalar arasında gerekli karşılığın aktarılması, bankaların birbirleri nezdinde açtırdıkları cari hesap şeklinde işletilen hesaplar üzerinden gerçekleşir⁴⁰⁷.

Bankaların birbirleri nezdinde açtırdıkları hesaplar, ödemenin yapılacağı para birimi ve gerçekleştirilecek alacak veya borç kaydı işlemi bakımından “nostro” ve “vostro/loro” hesap olarak adlandırılmaktadır⁴⁰⁸. Ödeme talimatını veren havalecinin bankası açısından, lehdarın bankasında tutulan hesap “nostro” hesap; lehdarın bankasına ait olup havalecinin bankası nezdinde tutulan hesap ise, “vostro/loro” hesap olarak

⁴⁰⁶ BILLOTTE-TONGUE, sh. 19.

⁴⁰⁷ BETTSCHART, sh. 19.

⁴⁰⁸ BILLOTTE-TONGUE, sh. 19.

adlandırılır⁴⁰⁹. Birbiri ile doğrudan hesap ilişkisi içinde olan bankalar farklı ülkelerde bulunuyor iseler, her banka söz konusu hesabı kendi yerli para birimi üzerinden işletir⁴¹⁰.

Hesap ilişkisi içinde olan bankalar farklı ülkelerde bulunmakta iseler, ödemenin yapılacağı para birimine göre bir ayırım yapmak gerekir. Havaleci, kendi bankasına verdiği ödeme talimatında, lehdara yerli (yani havalecinin bankasının bulunduğu ülkenin) para birimi üzerinden ödeme yapılmasını istemiş ise, havalecinin bankası lehdarın bankasına gerekli karşılığı, (lehdarın bankasının havalecinin bankası nezdinde tutulan ve yerli para birimi ile açılmış) vostro hesabına alacak kaydetmek suretiyle aktarır⁴¹¹. Lehdarın bankası ise, kendi hesabına alacak kaydedilen bu tutarı, müşterisi olan havale lehdarının hesabına aktaracaktır. Buna karşın, havalecinin kendi bankasına verdiği ödeme talimatı, lehdara yabancı (yani lehdarın bankasının bulunduğu ülkenin) para birimi üzerinden ödeme yapılması yönünde ise, lehdarın bankasına iletilen ödeme talimatında, havalecinin bankasının bu banka nezdinde tutulan “nostro” hesabına havale tutarı kadar borç kaydı yapılması ve söz konusu tutarın lehdarın hesabına aktarılması talep edilir⁴¹². Lehdarın bankası, havale tutarını havalecinin bankasının “nostro” hesabına borç kaydettiği anda gerekli karşılığı elde etmiş olur⁴¹³.

bb. Bankalar Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

aaa. Öğretideki Görüşler

Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğretide ve yargı kararlarında genel kabul gören görüş, bankanın ödeme sürecinde kendi adına ve müşterisi hesabına, yani dolaylı

⁴⁰⁹ **BETTSCHART**, sh. 19.

⁴¹⁰ **HADDING**, W.: *International Transfers under German Law*, sh. 13-31, *Legal Issues in International Credit Transfers*, Berlin 1993, sh. 19; **BETTSCHART**, sh. 20.

⁴¹¹ **TÜRK**, sh. 251; **HADDING**, sh. 20; **KRAMER**, sh. 16; örneğin, İsviçre’de bulunan havalecinin bankası, İngiltere’de bulunan lehdarın bankasına, lehdara İsviçre Frangı ile ödeme yapması talimatını vermiş ise, lehdar bankanın İsviçre Frangı üzerinden işleyen hesabını tutan havalecinin bankası, havale tutarını bu hesaba alacak kaydedecektir.

⁴¹² **BETTSCHART**, sh. 20.

⁴¹³ **TÜRK**, sh. 251; **HADDING**, sh. 21; **KRAMER**, sh. 16; yukarıda 4 no’lu dn.’taki örnekten hareket edildiğinde, İngiltere’deki banka, havale tutarını havalecinin bankasının İngiliz sterlini üzerinden işlettiği hesabına borç kaydedecektir.

temsilci sıfatı ile hareket ettiği yönündedir⁴¹⁴. Bu görüş çerçevesinde, özellikle, temsil olunan kişinin kimliğinin işlemin diğer tarafı için farksız olması durumunda doğrudan temsil ilişkisinin kurulmasına olanak sağlayan BK m. 32/f. II (OR Art. 32/II) hükmünün, bankalar arasındaki ilişki bakımından geçerli olmadığı, zira temsil olunanın bir banka mı, yoksa diğer bir bankanın belirsiz sayıda müşterisi mi olduğunun, ilişkinin diğer tarafı olan banka açısından kural olarak önem arz ettiği ifade edilmiştir⁴¹⁵. Şu halde, havalecinin ve lehdarın bankası arasında kaydi paranın aktarılmasına yönelik kurulan ilişkide de doğrudan temsil söz konusu değildir; havalecinin bankası, lehdarın bankasına kaydi parayı kendi adına ve havaleci hesabına aktarır, lehdarın bankası da kaydi parayı kendi adına ve lehdarın hesabına kabz eder.

Yine bu genel kabul gören görüş uyarınca, havalecinin ve lehdarın bankaları arasındaki hukuki ilişkiyi, banka ile müşteri arasında olduğu gibi, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olan ciro sözleşmesi teşkil eder⁴¹⁶. Bununla birlikte, bankalar arasında mevcut olduğu kabul edilen bu ciro sözleşmesinin, havaleci ile bankası arasındaki ciro sözleşmesi ile olan bağlantısı konusunda öğretide görüş ayrılığı söz konusudur⁴¹⁷. Bazı yazarlara göre⁴¹⁸, zincirleme banka havalesinde bankalar arasındaki ciro sözleşmesi, havaleci ile bankası arasındaki ciro sözleşmesi karşısında bir alt sözleşme niteliğinde olup, BK m. 390/f. III (CO Art. 398/III) anlamında caiz olan⁴¹⁹ alt vekâlet hükümlerine tabidir. Diğer bazı yazarlar⁴²⁰ ise, havalecinin bankasının, ödeme talimatını ve karşılığı

⁴¹⁴ **BUIS**, sh. 133; **BGE** 121 III 310, 3b; lehdarın bankasının, lehdar karşısında havalecinin bankasının doğrudan temsilcisi sıfatı ile hareket ettiği yönündeki aksi görüş için bk. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar, Art. 466, sh. 520 (N. 10b).

⁴¹⁵ **BGE** 121 III 310, 3b.

⁴¹⁶ **von der CRONE**, sh. 57; **HEINI**, sh. 41; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 90; **BETTSCHART**, sh. 235; **BUIS**, sh. 133; **KRAMER**, sh. 34.

⁴¹⁷ Bu tartışmaya ilişkin detaylı açıklama için bk. aşağıda “Bankanın diğer bankalardan sorumluluğu” başlıklı bölümdeki açıklamalar.

⁴¹⁸ **von der CRONE**, sh. 57; **HESS**, Clearing, sh. 106; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 91 (N. 188); **BETTSCHART**, sh. 329; **BUIS**, sh. 133; **KRAMER**, sh. 35.

⁴¹⁹ Kaydi paranın lehdara aktarılabilmesi bakımından lehdarın bankasının ödeme sürecine katılımının zorunlu olduğu ve bu zorunluluğun havaleci tarafından da bilindiği dikkate alındığında, işin üçüncü kişiye devredilmesinde halin icabından kaynaklanan bir mecburiyet söz konusu olduğu yönünde bk. **BUIS**, sh. 132; **KRAMER**, sh. 36.

⁴²⁰ **TÜRK**, sh. 246; **HEINI**, sh. 43; **KLEINER/SCHMID**, sh. 179; Alman hukukunda havale yasası yürürlüğe girmeden önceki dönem için bu görüşte bk. **CANARIS**, sh. 251 (N. 390); **HÖLSCHIEDT**, sh. 17. Havale yasasında ise, havalecinin bankasının borcu, ödeme talimatının ve karşılığın lehdarın bankasına aktarılması olarak tanımlanmış olup, bir sonuç taahhüdü niteliğindedir. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676 a, sh. 2693 (N.11) vd.

lehdarın bankasına aktarmakla havaleciye karşı ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirdiğini, bu itibarla bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin bir alt sözleşme olarak nitelendirilemeyip, havaleci ile bankası arasındaki ciro sözleşmeden tamamen bağımsız olduğu görüşündedirler.

bbb. Değerlendirme ve Sonuç

Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere, havale sürecinde bankalar doğrudan temsilci sıfatı ile hareket etmemektedirler. Zira doğrudan temsil ilişkisinin kurulması bakımından gerekli olan temsil iradesi ile hareket etme her iki banka açısından da söz konusu değildir⁴²¹. Keza söz konusu bankalar, havale yoluyla yapılan kazandırmanın yöneldiği hukuki sebeple de ilgili değildirler. Bu anlamda havalecinin bankası, kaydi parayı lehdarın bankasına aktarıırken havalecinin (bedel ilişkisindeki) borcunu ifa kastı ile hareket etmemektedir. Aynı şekilde lehdarın bankası da kaydi parayı ifayı kabul iradesi ile kabz ettiği söylenemez. Sonuç olarak zincirleme havalede, kural olarak havaleci ile lehdarın bankası ya da lehdar ile havalecinin bankası arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulmamaktadır. Öte yandan, müşteri ile banka arasındaki ciro sözleşmesinin iş görme sözleşmesi niteliği dikkate alındığında, gerek havalecinin gerek lehdarın bankasının, ödeme sürecinde dolaylı temsilci olarak, yani kendi adına ve müşterisi hesabına hareket ettiği yönündeki görüşe katılmak gerekir. Dolaylı temsil ilişkisi gereği, kaydi para aktarımı bizzat havalecinin ve lehdarın bankalarının tarafı olduğu bir hukuki ilişki temelinde gerçekleşir.

Bankalar arasındaki bu hukuki ilişkiyi ise, ciro sözleşmesinin teşkil ettiği kabul edilmelidir. Zira karşılıklı (cari) hesap ilişkisi içinde olan havalecinin ve lehdarın bankasının, tıpkı müşteri ile banka arasındaki cari hesap sözleşmesine eklenen ciro sözleşmesi gibi, birbirlerinin nakit dışı ödeme işlemlerini gerçekleştirmeyi örtülü olarak üstlendikleri, bu anlamda hesap ilişkisi ile birlikte bankalar arasında da ciro sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu söylenebilir⁴²². Katıldığımız görüşe göre, ciro sözleşmesi uyarınca havalecinin bankası, havaleciye karşı kaydi paranın lehdarın hesabına aktarılmasına yönelik faaliyette bulunmayı, somut olarak lehdarın bankasını hesaba alacak kaydını

⁴²¹ BUIS, sh. 132.

⁴²² von der CRONE, sh. 57; BILLOTTE-TONGUE, sh. 90; BETTSCHART, sh. 235; BUIS, sh. 133; KRAMER, sh. 34.

gerçekleştirmekle görevlendirmeyi borçlanmıştır. Bu noktadan hareketle, bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin, havaleci ve bankası arasındaki ciro sözleşmesi bakımından bir alt sözleşme niteliğinde olduğu şeklindeki görüşe katılmak gerekir. Alt sözleşme nitelendirmesi gereği, lehdarın bankası karşılık ilişkisinde havalecinin alt vekili konumundadır⁴²³.

Bankalar arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca hesabı tutan bankanın üstlendiği yükümlülüğün konusu, diğer bankanın ödeme talimatlarını yerine getirmek, somut olarak, kendi adına hareket etmek suretiyle, kendisine aktarılan havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmektir⁴²⁴.

Bu amaca yönelik olarak havalecinin bankasının lehdarın bankasına ilettiği ödeme talimatı hukuki niteliği itibariyle, ciro sözleşmesi temelinde verilmiş BK m. 389 anlamında bir iş görme talimatıdır⁴²⁵. Bu talimat uyarınca lehdarın bankasının iş görme (havale tutarını lehdarın hesabına aktarma) yükümlülüğünün doğumu, havalecinin bankası tarafından gerekli karşılığın kendisine aktarılmış olmasına (ya da lehdarın bankasını kendisine tanıdığı bir kredinin varlığına) bağlıdır⁴²⁶. Karşılığın lehdarın bankasına hangi anda aktarılmış olacağı bakımından, daha önce yukarıda yapılan açıklamaların dikkate alınması gerekir⁴²⁷.

Müşteri ile banka arasındaki ilişkide olduğu gibi, havale tutarını ödeme talimatına uygun şekilde lehdarın hesabına aktaran lehdarın bankası, söz konusu tutarı, BK m. 394/f. I (CO Art. 402/I) uyarınca havalecinin bankasından masraf olarak talep etmeye hak kazanır⁴²⁸. Banka ödeme talimatına uygun davranmaz ve havale tutarını lehdarın hesabına hiç ya da gereği gibi aktarmaz ise, havalecinin bankası ödemenin talimata uygun şekilde gerçekleştirilmesini talep edebilir⁴²⁹. Lehdarın bankası,

⁴²³ Lehdarın bankasının karşılık ilişkisi bakımından nitelendirilmesi hk. bk. aşağıda Üçüncü Bölüm I. C. 2. a. iii. bb. cccc.

⁴²⁴ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 91; **KRAMER**, sh. 34.

⁴²⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 91; **BUIS**, sh. 133; **KRAMER**, sh. 35.

⁴²⁶ **KLEINER**, sh. 54; **KRAMER**, sh. 35.

⁴²⁷ Hesap ilişkisinin özelliklerine ilişkin olarak bk. yukarıda Birinci Bölüm II. B. 3. b. i.

⁴²⁸ **BUIS**, sh. 134; **KRAMER**, sh. 35.

⁴²⁹ **BUIS**, sh. 134.

kendisine zamanında iletilen bir geri alma talimatı üzerine havale tutarını havalecinin bankasına iade etmekle yükümlüdür⁴³⁰.

Kaydi paranın havalecinin bankasından lehdarın bankasına aktarılması, kural olarak, salt bu ödeme talimatının icra edilmesinin bir sonucu olup, daha önce belirtildiği üzere, havalecinin bankası, lehdarın bankası ve lehdar arasında (ayrı) bir havale ilişkisi mevcut değildir. Zira havalecinin bankasının lehdara havale yoluyla kazandırmada bulunmasına esas teşkil edecek bir bedel ilişkisi, havalecinin bankası ile lehdar arasında mevcut değildir. Böyle bir bedel ilişkisinin yokluğunda, havalecinin bankasının lehdarın bankasına ilettiği ödeme talimatındaki iradesinin lehdara havale yapmak olduğu söylenemez⁴³¹.

Kaydi paranın havalecinin hesabından lehdarın hesabına aktarılması ise, benimsediğimiz görüş uyarınca, kural olarak⁴³² asıl havale ilişkisine bağlı bir alt havale ilişkisi zemininde gerçekleşir. Havalecinin bankası tarafından verilen ödeme talimatının lehdarın bankasına ulaşması ile bankalar arasında bir alt havale ilişkisi kurulur. Söz konusu ödeme talimatı, hukuki niteliği itibariyle alt havale ilişkisini kuran çifte yetki verme işlemi, yani havale niteliğindedir. Kurulan bu alt havale ilişkisinde, havalecinin bankası asıl havale muhatabı, lehdarın bankası ise, kendisine verilen (alt) ödeme yetkisi uyarınca alt havale muhatabı (*assigné substitué*) konumundadır⁴³³.

ii. Karşılığın Muhabir Banka Aracılığıyla Aktarılması

Havalecinin ve lehdarın bankası doğrudan hesap ilişkisi içinde değil ise, lehdarın bankasına karşılığın aktarılması, lehdarın bankası ile doğrudan ya da dolaylı olarak hesap ilişkisinde olan bir aracı (muhabir) bankanın ödeme sürecine katılımını gerektirir. Kaydi paranın lehdarın bankasına aktarılması, havalecinin ve lehdarın

⁴³⁰ BUIS, sh. 134; KRAMER, sh. 35; karş. von der CRONE, sh. 58.

⁴³¹ Bununla birlikte, örneğin X bankası, kendi alacaklısı A'ya olan borcunu ödemek amacıyla A'nın hesabının tutulduğu Y bankasına bir ödeme talimatı vermiş ise, Y bankasının söz konusu tutarı X'in hesabına borç kaydedip, A'nın hesabına alacak kaydetmesi, havale yoluyla yapılan bir kazandırma teşkil eder. Keza

⁴³² Bankanın diğer bankaya ilettiği ödeme talimatı, havalecinin bankaya verdiği bir ödeme talimatına dayanmıyor, yalnızca bankalar arasındaki ilişkiyi ilgilendiriyor – örneğin banka, diğer bankaya ilgili tutarın hesabından düşülmesi talimatını vermiş böylelikle bu bankaya olan kendi borcunu ödemeyi amaçlamış – ise, kaydi paranın bankalar arasında aktarılması havale ilişkisine dayanmaz. Bu yönde bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 91.

⁴³³ BETTSCHART, sh. 256.

bankası arasında kesintisiz bir ciro zincirinin kurulmasını gerektirdiğinden, bazı durumlarda ödeme sürecine birden fazla muhabir bankanın katılımı zorunludur⁴³⁴.

aa. Karşılığın Muhabir Banka Aracılığıyla Aktarılmasının Arz Ettiği Özellikler

Yukarıda belirtildiği üzere bankalar, doğrudan hesap ilişkisi içinde olduğu diğer bankalardan oluşan bir muhabir bankalar ağını müşterisinin yabancı para üzerinden gerçekleştirilecek ödeme işlemleri için hazır bulundurmaktadır. Çoğu zaman havalecinin ve lehdarın bankası arasındaki doğrudan hesap ilişkisi, gerekli karşılığın, muhabir banka konumundaki lehdarın bankasına aktarılması bakımından yeterlidir. Fakat bazı durumlarda ödemenin yapılacağı yabancı para birimi, lehdarın bankası dışında başkaca muhabir banka ya da bankaların ödeme sürecine dahil olmasını gerektirebilir.

Özellikle üçüncü ülke para birimi üzerinden (*Drittwährung*) gerçekleştirilecek uluslararası nitelikli ödemelerde böyle bir durum söz konusudur. Havalecinin ve lehdarın bankası farklı ülkelerde bulunmakta olup, ödeme bu bankaların bulunduğu ülkeler dışında, üçüncü bir ülkenin para birimi ile gerçekleştirilecek ise, karşılığın lehdarın bankasına aktarılmasında kural olarak, ilgili para biriminin ait olduğu ülkede bulunan, havalecinin ve lehdarın bankası ile hesap ilişki içinde olan bir muhabir bankaya başvurulur⁴³⁵. Örneğin Türkiye’de bulunan havalecinin bankası, İsviçre’de bulunan lehdarın bankasına, lehdara Amerikan doları üzerinden ödeme yapması yönünde talimat vermiş ise, lehdarın bankasına gerekli karşılık, Amerika’da bulunan muhabir banka tarafından, ilgili tutarının havalecinin bankasının – Amerikan Doları üzerinden işleyen nostro – hesabından düşülüp, lehdarın bankasının – Amerikan Doları üzerinden işleyen vostro/loro – hesabına alacak kaydedilmesi suretiyle aktarılır⁴³⁶. Bankalar bu amaçla, yabancı muhabir bankalar nezdindeki ilgili yabancı para üzerinden açılmış olan hesaplarında gerekli karşılığı hazır bulundururlar⁴³⁷.

⁴³⁴ **KRAMER**, sh. 39.

⁴³⁵ **BISCHOFF**, sh. 322; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 19; **HAHN**, sh. 56; **KRAMER**, sh. 17.

⁴³⁶ Benzer örnekler için bk. **HAHN**, sh. 56 dn. 14; **KRAMER**, sh. 17.

⁴³⁷ **BISCHOFF**, sh. 322; **KRAMER**, sh. 17.

Söz konusu üçüncü ülkede, her iki bankanın da hesap ilişkisi içinde olduğu, ortak bir muhabir banka mevcut değil ise, karşılık lehdarın hesap ilişkisi içinde olduğu muhabir bankaya, yine bu ülkede bulunan ikinci bir muhabir banka ya da bu ülkedeki clearing sistemi aracılığıyla aktarılır⁴³⁸. Buna karşın, bu ülkede havalecinin ya da lehdarın bankasının hesap ilişkisi içinde olduğu bir (muhabir) banka mevcut değil ise⁴³⁹, karşılığın aktarılmasında, diğer bankanın (yani havalecinin ya da lehdarın bankasının) bu ülkedeki muhabir bankası ile hesap ilişki içinde olan yerel bir muhabir bankaya başvurulur⁴⁴⁰.

Öte yandan karşılığın aktarılmasında muhabir bankaya başvurulması, yabancı para üzerinden gerçekleştirilmekle birlikte uluslararası nitelikli olmayan, yani havalecinin ve lehdarın bankasının aynı ülkede bulunduğu ödemelerde de söz konusu olabilir. Bu olasılıkta da, lehdarın bankasına gerekli karşılık, ilgili para biriminin ait olduğu ülkedeki muhabir banka aracılığıyla aktarılır⁴⁴¹. Örneğin, Türkiye’de bulunan havalecinin ve lehdarın bankası arasında, Amerikan Doları üzerinden yapılacak bir ödeme, kural olarak bu bankaların Amerika’da bulunan ortak muhabir bankası aracılığıyla gerçekleştirilecektir⁴⁴².

bb. Havalecinin ya da Lehdarın Bankası ile Muhabir Banka Arasındaki İlişki

Havalecinin bankası, lehdarın bankası ile doğrudan hesap ilişkisi içinde değil ise, kaydi parayı lehdarın bankasına aktarabilmek için, bu banka ile doğrudan hesap ilişkisi içinde olan bir muhabir bankaya başvurmak zorundadır⁴⁴³.

⁴³⁸ **KRAMER**, sh. 17.

⁴³⁹ Bu durumun genellikle, uluslararası ödeme işlemleri yoğunluğu düşük olması nedeniyle kendi muhabir bankalar ağı mevcut olmayan ya da belirli bir ülkedeki bankalarla hesap ilişkisi içinde olmayan bankalar açısından söz konusu olacağı yönünde bk. **BISCHOFF**, sh. 323.

⁴⁴⁰ **KRAMER**, sh. 17.

⁴⁴¹ Bazı ülkelerde ise, yabancı para üzerinden gerçekleştirilecek ödeme işlemlerinin de clearing sistemi kapsamına dahil edildiği ya da bu tür işlemlere yönelik ayrı bir clearing sistemi kurulduğu görülmektedir. Örneğin İsviçre’de bulunan bankalar arasındaki Avro üzerinden ödemeler, 1999’da hizmete giren euroSIC sistemi üzerinden gerçekleştirilmektedir. İsviçre’deki euroSIC sistemi hk. bk. **BUIS**, sh. 146 vd. ; **KRAMER**, sh. 63 vd.

⁴⁴² **KRAMER**, sh. 18.

⁴⁴³ **BUIS**, sh. 135; **KRAMER**, sh. 39.

Havale zincirinde tek bir muhabir bankaya başvurulmuş ise, muhabir banka ile havalecinin bankası ve lehdarın bankası arasındaki ilişki cari hesap ve ciro sözleşmesine dayanır⁴⁴⁴. Birden fazla muhabir bankanın katılımını gerektiren bir havale söz konusu olduğunda ise, bu bankaların kendi arasında da cari hesap ve ciro sözleşmeleri mevcuttur⁴⁴⁵. Böylece havalecinin bankasından lehdarın bankası arasında ciro sözleşmelerinden oluşan kesintisiz zincir oluşur.

Havalecinin bankası ile muhabir banka arasındaki ciro sözleşmesinin, havaleci ile bankası arasındaki ciro sözleşmesi ile olan ilişkisinin niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, havalecinin bankası ile muhabir banka arasındaki sözleşme bir alt sözleşme niteliğinde olup, muhabir banka, havaleci ile havalecinin bankası arasındaki ilişki bakımından (havalecinin bankasının) alt vekil(i)⁴⁴⁶ konumundadır. Havale zincirine birden çok muhabir banka dahil olmuş ise, aynı şekilde, havale zincirinde sonra gelen muhabir banka (ya da lehdarın bankası) önceki muhabir bankanın alt vekili sayılır⁴⁴⁷. Buna karşın, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, havale zincirine dahil olan muhabir banka(lar), havalecinin bankasının havaleci ile olan ilişkisinde, kural olarak bu bankanın BK m. 100 yardımcı şahsı konumundadır⁴⁴⁸. Zira ödeme sürecinde muhabir bankaya başvurulmasında havalecinin bankasının menfaatinin baskın oluşu⁴⁴⁹, muhabir banka ile arasındaki ciro sözleşmesinin bir alt sözleşme, muhabir bankanın da (havalecinin bankasının) alt vekili olarak nitelendirilmesine engel teşkil eder. Bununla birlikte somut olayda muhabir banka, bizzat havalecinin talimatı ile belirlenmiş ise, muhabir bankaya başvurulmasında havalecinin menfaatinin baskın olduğu ve buna bağlı olarak da, muhabir bankanın yardımcı şahıs değil alt vekil konumunda olduğu sonucuna

⁴⁴⁴ **BETTSCART**, sh. 19; **BUIS**, sh. 136; **KRAMER**, sh. 39;

⁴⁴⁵ **KRAMER**, sh. 39.

⁴⁴⁶ Bu görüşte olan yazarlara göre, lehdarın bankasının konumuna paralel şekilde, havale zincirinde muhabir bankaya başvurulması BK m. 390/f. III anlamında caiz olan alt vekâletin uygulama kapsamında yer alır. Bu konuda bk. **BUIS**, sh. 136 vd. Ayrıca bk. yukarıda ... no'lu dn.'a bağlı metin.

⁴⁴⁷ **BUIS**, sh. 137.

⁴⁴⁸ **HESS**, Clearing, sh. 106; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 106; **BETTSCART**, sh. 325; **KRAMER**, sh. 39. Alman hukukunda da, banka havalesi yasasında BGB § 676 c I 3 uyarınca, kural olarak havalecinin bankasının, aracı bankanın kusurlu davranışından havaleciye karşı sorumlu olduğu düzenlenmek suretiyle bu çözümün benimsendiği görülmektedir. Bu konuda bk. **LANGENBUCHER**, sh. 167.

⁴⁴⁹ Çoğu zaman havaleci müşteri açısından önem arz eden konu, ödeme talimatının ve karşılığın lehdarın bankasına nasıl ve hangi muhabir banka(lar) aracılığı ile aktarıldığı değil, kaydi paranın süratli ve güvenli şekilde lehdarı hesabına ulaştırılmasıdır. Buna karşın, havalecinin bankası kurduğu muhabir bankalar ağı sayesinde işlem kapasitesini artırma ve böylece daha fazla mevduat toplama olanağı elde ettiğinden, muhabir bankanın seçimi, ilk planda bankanın menfaatini ilgilendirir. Bu yönde bk. **KRAMER**, sh. 39.

varmak gerekir⁴⁵⁰. Muhabir bankanın havale zincirindeki konumu aşağıda bankanın sorumluluğu başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır⁴⁵¹.

Münferit ödeme işleminde, bankalar arasındaki kaydi para aktarımı, havalecinin bankasının muhabir bankaya verdiği ödeme talimatı ile gerçekleşir. Muhabir bankaya verilen bu talimat, muhabir bankanın ciro sözleşmesinden doğan iş görme borcunu somutlaştıran bir iş görme talimatı niteliğindedir⁴⁵². Bu borcun konusu ise, muhabir bankanın kaydi paranın lehdarın hesabına aktarılması yönünde faaliyette bulunmasıdır. Bu anlamda muhabir banka salt ödeme talimatını sonraki bankaya yani bir aracı bankaya ya da lehdarın bankasına aktarmakla ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz⁴⁵³.

Havaleci para borçlusu ile lehdar alacaklı arasındaki kaydi para aktarımı bakımından, muhabir bankaya verilen ödeme talimatı, bankaların da taraf olduğu bir alt havale ilişkisi kuran çifte yetkilendirme işlemi, yani BK m. 457 anlamında havale niteliğindedir. Zira benimsediğimiz görüş uyarınca⁴⁵⁴, kaydi para aktarımına birden fazla bankanın katılmış olması havaleci ve lehdar sıfatı bakımından değişiklik yaratmadığından, asıl havale ilişkisinde havaleci, bankaya ödeme talimatı veren para borçlusu; havale lehdarı da, bu talimatta bu talimatta lehdar olarak gösterilen para alacaklısıdır. Muhabir bankaya iletilen ödeme talimatı ile kurulan alt havale ilişkisinde ise, havalecinin bankası, asıl havale muhatabı; muhabir banka ise, alt havale muhatabı konumundadır⁴⁵⁵. Muhabir bankanın ödeme talimatını aktardığı sonraki bankalar da, kurulan bu alt havale ilişkisine alt havale muhatabı sıfatı ile dahil olurlar⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ **HESS**, Clearing, sh. 106; **KRAMER**, sh. 39.

⁴⁵¹ Bk. aşağıda Üçüncü Bölüm I. 2. a. iii. bb. bbb. açıklamalar.

⁴⁵² Alman hukukunda banka havalesi yasasına göre ise, aracı bankanın münferit ödeme işlemini yerine getirmekle yükümlülüğü, aracı banka ile havalecinin bankası arasında, ciro sözleşmesinden ayrı BGB § 676 d I anlamında bir ödeme anlaşmasının “Zahlungsvertrag” kurulması ile doğar. Bu ödeme anlaşması uyarınca aracı bankanın yükümlülüğü, ödeme talimatını ve karşılığı kendinden sonra gelen bankaya aktarmak şeklinde tanımlanmış olup, bir sonuç taahhüdü niteliğindedir. Böylece Alman hukukunda bankalar arasında kaydi paranın aktarılması, ciro sözleşmesi ve ödeme sözleşmesi olmak üzere iki farklı sözleşme ilişkisi zemininde gerçekleşmektedir. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676 d, sh. 2728 (N. 1) vd.

⁴⁵³ İsviçre hukukunda muhabir bankanın yükümlülüğünün ödeme talimatını havale zincirinde sonra gelen bankaya aktarmakla sınırlı olduğu şeklindeki aksi görüş için bk. **BUIS**, sh. 137.

⁴⁵⁴ Zincirleme havalenin hukuki niteliği hk. bk. yuk. II. B. 3. a. ii.

⁴⁵⁵ **BETTSCHART**, sh. 257; **BUIS**, sh. 137.

⁴⁵⁶ **BUIS**, sh. 137.

Bu noktada, muhabir banka tarafından kaydi paranın lehdarın bankasının hesabına aktarılması işleminin, tarafları havalecinin bankası, muhabir banka ve lehdarın bankası (ya da sonraki aracı banka) olan ayrı bir havale ilişkisi teşkil edip etmediği, diğer bir deyişle, bankalar arasındaki kaydi para aktarımının gerçekleşmesi bakımından ikinci bir havale ilişkisinin gerekli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ödeme talimatının iletilmesi sonucunda bankalar arasında, havalecinin bankasının havaleci, muhabir bankanın havale muhatabı, lehdarın bankasının (ya da sonraki aracı bankanın) da, havale lehdarı konumunda olduğu ikinci bir havale ilişkisi kurulur⁴⁵⁷. Bu anlamda, kaydi paranın bankalar arasında aktarılması, banka müşterisini ilgilendirmeyen, salt bankaların taraf olduğu ikinci bir havale ilişkisinin varlığını gerektirmektedir. Buna karşın, bizim de katıldığımız öğretideki diğer görüşe göre, kaydi paranın muhabir banka aracılığıyla aktarılmasında, bankalar arasında ikinci bir (bankalararası) havale ilişkisi kurulmaz. Zira üçüncü kişi tarafından yapılan kazandırmanın havale olarak nitelendirilebilmesi için, havaleci ve lehdar olarak nitelendirilecek kişiler arasında bu kazandırmayı haklı kılan bir bedel ilişkisi mevcut olmalıdır. Oysa kural olarak havalecinin bankası ile lehdarın bankası (ya da diğer aracı banka) arasında havalecinin bankasının lehdarın bankasına kazandırmada bulunmasına esas teşkil eden bir ilişki ya da hukuki sebep mevcut değildir⁴⁵⁸. Sonuç itibarıyla, muhabir banka aracılığıyla kaydi paranın aktarılması da, tıpkı doğrudan hesap ilişkisi içinde olan bankalar arasında kaydi paranın aktarılmasında olduğu gibi, salt muhabir banka tarafından iş görme talimatının icra edilmesi ile gerçekleşir⁴⁵⁹.

iii. Karşılığın Clearing Sistemi Aracılığıyla Aktarılması

aa. Merkezi Ödeme (Clearing) Sisteminin Genel Özellikleri

Merkezi ödeme sistemi, kavram itibarıyla, birden çok banka ya da finans kuruluşunun kendileri ya da müşterileri hesabına gerçekleştirecekleri ödeme işlemlerine yönelik olarak aralarındaki kaydi para aktarımını düzenledikleri anlaşmalar

⁴⁵⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 37.

⁴⁵⁸ **BETTSCHART**, sh. 253, 254; **BUIS**, sh. 137.

⁴⁵⁹ Bununla birlikte, havalecinin ve lehdarın bankası arasında ciro sözleşmesi mevcut olmasına rağmen, bu bankalar doğrudan hesap ilişkisi içinde olmadıklarından, muhabir bankaya başvurmuşlar ise, kaydi paranın muhabir banka aracılığıyla aktarılmasının havale ilişkisi teşkil edeceği yönünde bk. **BETTSCHART**, sh. 255 dn. 73.

bütünüdür⁴⁶⁰. Bu bütün içerisinde, sistemi işleten kuruluş ile katılımcı bankalar arasındaki anlaşmaların⁴⁶¹ yanı sıra bizzat katılımcı bankaların kendi aralarındaki anlaşmalar⁴⁶² yer alır. Bu anlaşmalarda, bir yandan, ödeme talimatlarının bankalar arasında iletilmesinin ve işlenmesinin tabi olduğu kurallar, diğer yandan ise, kaydi paranın aktarılabilmesini sağlayan, sistemi işleten kuruluş tarafından hesaba kayıt işlemleri düzenlenmektedir⁴⁶³. Merkezi ödeme sistemi, bu düzenlemeler çerçevesinde ilgili kuruluş tarafından, muhasebe işlemleri ve elektronik bilgi işlem uygulamaları aracılığıyla ve bunları mümkün kılan teknik altyapı sayesinde işletir.

Diğer aktarım yöntemleri karşısında merkezi ödeme sisteminin ayırt edici özelliği, tüm ödeme işlemlerinin tek bir merkez nezdinde tutulan hesaplar üzerinden yürütülmesidir. Bu sayede, ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesinde, her bir banka için, tek bir para birimi üzerinden işletilen tek bir hesabın açılması yeterli olmakta; buna bağlı olarak da, ödeme işlemlerinin muhabir banka yöntemine göre daha rasyonel şekilde yürütülmesi ve işlem maliyetinde azalma sağlanmakta, ayrıca katılımcı bankaların likiditelerini kontrol etmeleri kolaylaşmaktadır⁴⁶⁴.

Bugün için, merkezi ödeme sistemine kural olarak yerel nitelikli ödeme işlemlerinde başvurulmakla birlikte, bazı ülkelerde uluslararası nitelikli ödeme işlemlerine hizmet eden merkezi ödeme sisteminin oluşturulduğu görülmektedir⁴⁶⁵. Bu noktada, merkezi ödeme sisteminin, uluslararası bankacılık işlemlerinde kullanılan haberleşme sistemlerinden ayırt edilmesi gerekir. Bugün için uluslararası bankacılık işlemlerinde kullanılan SWIFT sistemi⁴⁶⁶, bir merkezi ödeme sistemi olmayıp, bankalar arası ödeme işlemleri çerçevesinde, yalnızca ödeme talimatlarının, diğer bir deyişle

⁴⁶⁰ **BETTSCHART**, sh. 21.

⁴⁶¹ Bu konuda aşağıda bk. 3. b. iii. aa. aaa.

⁴⁶² Yine bu konuda bk. aşağıda 3. b. iii. aa. bbb.

⁴⁶³ **BETTSCHART**, sh. 21 vd.

⁴⁶⁴ **KRAMER**, sh. 19.

⁴⁶⁵ **BETTSCHART**, sh. 23; İsviçre’de Avro üzerinden gerçekleştirilen ödemeler için kurulan euroSIC sistemi hk. ayrıca bk. **BETTSCHART**, sh. 53 vd.; **KRAMER**, sh. 19; **EMCH/RENZ/ARPAGUS**, sh. 752 (N. 2393).

⁴⁶⁶ SWIFT şeklinde kısaltılan “Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication” sistemi aracılığıyla bankalar arasındaki ödeme mesajlarının standardizasyonu sağlanmakta, böylece hata riskinin azalmasının yanı sıra, mesajların otomatik olarak işleme konulabilmesi mümkün olmaktadır. Sisteminin işleyişi hk. ayrıca bk. **HOLZWARTH**, sh. 103 vd.; **BUIS**, sh. 149 vd.; **LOMBARDINI**, sh. 257 (N. 111).

ödeme işlemine ilişkin bilgilerin aktarılmasına hizmet etmektedir. Bu anlamda SWIFT sisteminin kullanılması, bankalar arasında karşılığın aktarılmasını ilgilendirmeyip, uluslararası nitelikli bir ödeme işleminde karşılığın aktarılması bakımından bankaların birbirleri ile hesap ilişkisi içinde olmaları zorunluluğu üzerinde etkili değildir⁴⁶⁷.

Buna karşın merkezi ödeme sistemleri, bankalar arasında ödeme talimatının iletilmesinin yanı sıra bankaların söz konusu ödeme talimatlarından doğan alacaklarının, ödeme yoluyla doğrudan şekilde ya da takas yoluyla dolaylı olarak sona erdirilmesine de hizmet ederler. Ödeme sistemlerinin işleyişi çerçevesinde katılımcı bankaların alacak ya da alacakların bu şekilde sona erdirilmesi, mutabakat işlemi (ödeme) olarak adlandırılmakta olup, somut olarak, ödeme talimatında belirtilen tutarda kaydi paranın, havalecinin bankasının (merkezi sistemi işleten kuruluş nezdinde tutulan) hesabından lehdarın bankasının yine bu merkez nezdindeki hesabına aktarılması ile gerçekleştirilir⁴⁶⁸. Böylece ödeme talimatının icrası için gerekli karşılık lehdarın bankasına aktarılmış olmaktadır. Söz konusu mutabakat işleminin icra edilmesi bakımından toptan/birebir mutabakat ya da net mutabakat olmak üzere başlıca iki yöntem söz konusudur.

Toptan ya da birebir mutabakat esasına göre işletilen ödeme sisteminde, sisteme iletilen her ödeme talimatı münferit olarak, diğer bir deyişle aynı katılımcıyı ilgilendiren olası diğer ödeme talimatlarından bağımsız şekilde icra edilir. Bununla kastedilen, her bir ödeme talimatının ayrı bir mutabakat işlemine konu olmasıdır⁴⁶⁹. Söz konusu mutabakat işleminin gerçekleşmesi ise, talimatı veren bankanın clearing kuruluşu nezdinde tutulan ciro hesabında yeterli karşılığın mevcut olması koşuluna bağlıdır⁴⁷⁰. Bu koşulun yerine gelip gelmediğinin denetimi clearing kuruluşu tarafından, ödemeye ilişkin bilgilerin işleme konulması ile eş zamanlı gerçekleştirildiğinden⁴⁷¹, uygulamada RTGS (*Real-Time-Gross-Settlement-System*) yani, “gerçek zamanlı birebir

⁴⁶⁷ BETTSCHART, sh. 24; LOMBARDINI, sh. 257 (N. 110).

⁴⁶⁸ BETTSCHART, sh. 26.

⁴⁶⁹ BETTSCHART, sh. 26; LOMBARDINI, sh. 256 (N. 108).

⁴⁷⁰ LOMBARDINI, sh. 256 (N. 108).

⁴⁷¹ BETTSCHART, sh. 26; KRAMER, sh. 20.

mutabakat sistemi” terimi kullanılmaktadır. Tanım gereği, karşılıklı alacakların takas edilmesi söz konusu değildir⁴⁷².

Net mutabakat esasına göre işletilen sistemde ise, belirli bir zaman dilimi – örneğin bir işlem günü – içerisinde sisteme iletilen ödeme talimatları birbirlerinden bağımsız olarak değil, topluca mutabakat işlemine tabi tutulurlar⁴⁷³. Bu amaçla sistemi işleten kuruluş tarafından tarafların sisteme yönelttikleri ödeme talimatlarından doğan karşılıklı alacak ve borç kalemleri hesaplanır ve ikinci bir işlemle hesaplanan bu tutarlar takas edilir⁴⁷⁴. Gerçek zamanlı mutabakattan farklı olarak, bu sistemde mutabakat işlemi ödeme talimatı ile eş zamanlı olarak değil, talimatın iletilmesinden belirli bir süre sonra gerçekleştirilmesi nedeniyle, bu sistem için “gecikmeli net mutabakat sistemine” karşılık gelen DTNS (*Designated-Time-Net-Settlement-System*) terimi kullanılmaktadır.

Bu sistem çerçevesinde gerçekleştirilen takas işlemi bankacılık uygulamasında “netting” olarak adlandırılmaktadır. Hukuki niteliği itibarıyla “netting” işlemi bir sözleşme olup⁴⁷⁵, bu sözleşmede taraflar, karşılıklı ödeme talimatlarının biriktirilmesi; biriken bu talimatlardan doğan karşılıklı alacak ve borçların Clearing kuruluşu tarafından belirli periyotlarda takas edilmek suretiyle, net bakiyenin tespit edilmesi ve eksi bakiyede olan tarafın, söz konusu tutarı ödemekle yükümlü olacağı konusunda anlaşmaktadırlar⁴⁷⁶. Taraflar arasında mutabakat işlemi ise, bu şekilde netting işlemi sonucunda belirlenen tutarın ödenmesi anında gerçekleşir.

Bu şekilde genel hatları belirlenen bu iki sistemin, katılımcı bankalar açısından arz ettiği avantaj ve dezavantajlar mevcuttur.

Gerçek zamanlı birebir mutabakat sisteminde, her bir ödeme talimatının münferit olarak, kısa bir zaman dilimi içinde ve nihai şekilde icra edilmesi, karşılığın

⁴⁷² **KRAMER**, sh. 20.

⁴⁷³ **KRAMER**, sh. 21.

⁴⁷⁴ **BETTSCHART**, sh. 26; **LOMBARDINI**, sh. 256 (N. 109).

⁴⁷⁵ Bilindiği üzere netting işlemi ikili şekilde yani iki katılımcı banka arasında ya da çok taraflı şekilde yani her bir katılımcı banka diğer tüm katılımcı bankalar arasında gerçekleşebilir. Bu yönde bk. **GÜZEL**, Ödeme Sistemlerinde Risk Yönetimi ve Gözetim: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Tarafından İşletilen Elektronik Fon Transfer Sisteminin Analizi, Uzmanlık Tezi, 2004, <http://www.tcmb.gov.tr/>, sh. 9. Bu noktada kanımızca netting işleminin çok taraflı şekilde de gerçekleşebilmesi, işlemin sözleşme ilişkisine dayanmasına engel teşkil etmemektedir.

⁴⁷⁶ **BETTSCHART**, sh. 27.

aktarımını katılımcı bankalar açısından daha güvenli hale getirmektedir⁴⁷⁷. Yine bu sistemde, yalnızca (havalecinin bankasının) ciro hesabında yeterli karşılığı olan ödeme talimatları icra edildiğinden, kural olarak ödeme lehdarı konumundaki banka için kredi riski⁴⁷⁸ de söz konusu değildir⁴⁷⁹. Bununla birlikte, bu sistemde ödeme talimatının icra edilmesinin hesapta yeterli karşılığın mevcut olması koşuluna bağlı oluşu nedeniyle, sistemin kilitlenmesi riski mevcuttur⁴⁸⁰. Ayrıca her bir ödeme talimatı münferit olarak işleme konulduğundan, sistemin işlevsel olabilmesi katılımcı bankaların geniş likiditeye sahip olmasına bağlıdır⁴⁸¹. Yine bu sistemde her bir ödeme talimatı için ayrı bir mutabakat işleminin gerçekleştirildiği dikkate alındığında, sistemde kullanılan bilgi işlem araçlarının, bu yoğunluğa cevap verebilecek, yani aynı işlem günü içinde çok sayıda işlemi yerine getirebilecek teknolojik özelliklere sahip araçlar olması gereklidir. Bu tür niteliklere sahip bilgi işlem araçlarının hazır bulundurulması zorunluluğu ise, birebir mutabakat sistemlerinin işletme maliyetinde artışa yol açmaktadır⁴⁸².

Bunun aksine, net mutabakat sisteminde, gerçekleştirilecek işlem sayısının azlığı sistemin işletme maliyetini düşürmektedir. Keza, karşılıklı alacakların takas edilmesinin bir sonucu olarak, ödeme talimatlarının yerine getirilmesi bakımından katılımcı bankaların hesapta hazır bulundurmaları gereken likidite miktarı da, birebir mutabakat sistemine göre daha azdır⁴⁸³. Özellikle yüksek tutarlı bir ödeme söz konusu olduğunda, toptan mutabakat sisteminde ödeme talimatının yerine getirilebilmesi için havalecinin bankasının hesabında yeterli karşılığın mevcut olması gerekmekte iken, net

⁴⁷⁷ **BETTSCHART**, sh. 28; **LOMBARDINI**, sh. 256 (N. 108).

⁴⁷⁸ Ödeme sisteminde kredi riski, sisteme ödeme talimatı veren katılımcı bankanın daha sonra ödeme güçsüzlüğü içinde olması nedeniyle mutabakat işleminin kesinleşmemesini, yani ödeme lehdarına gerekli karşılığın hiç aktarılmamasını ifade eder. Bu konuda ayrıca bk. **GÜZEL**, sh. 54; **KIRDABAN**, Ödeme Sistemlerindeki Gelişmeler ve Ödeme Sistemlerinin Finansal Sistem İstikrarı Üzerindeki Etkileri, Uzmanlık Tezi, <http://www.tcmb.gov.tr/>, 2005, sh. 90; **KRAMER**, sh. 25.

⁴⁷⁹ **BETTSCHART**, sh. 28; toptan mutabakat sisteminde de lehdar banka açısından kredi riskinin gerçekleşebileceği yönünde bk. **KIRDABAN**, sh. 90.

⁴⁸⁰ Sistemin kilitlenmesi “Gridlock / situation de grippage / Abwicklungsstaus” ile kastedilen, hesapta yeterli karşılık olmadığı için bir ya da birden çok katılımcı bankanın ödeme talimatlarının yerine getirilememesine bağlı olarak, bu ödemelerin lehdarı konumunda olan banka ya da bankaların da kendi ödemeleri için gerekli olan karşılığı elde edememeleri ve böylece sistemde karşılıklı olarak ödeme işlemlerinin tıkanmasıdır. Bugün bazı toptan mutabakat sistemlerinde, Merkez Bankası tarafından katılımcı bankaya kısa vadeli kredi kullanılmak suretiyle söz konusu kilitlenme riski azaltılmak istenmektedir. Bu konuda bk. **BETTSCHART**, sh. 28 dn. 27; **KRAMER**, sh. 22.

⁴⁸¹ **LOMBARDINI**, sh. 256 (N. 108).

⁴⁸² **BETTSCHART**, sh. 30.

⁴⁸³ **GÜZEL**, sh. 57; **BETTSCHART**, sh. 30; **LOMBARDINI**, sh. 256 (N. 109); **KRAMER**, sh. 21.

mutabakat sisteminde böyle bir zorunluluk mevcut değildir. Diğer bir deyişle, talimat anında bankanın ciro hesabında aktarılacak tutarın tam karşılığının bulunmaması, talimatının icra edilmesine engel teşkil etmez.

Net mutabakat sistemi ile gerçekleştirilen ödeme işlemlerinde katılımcı bankaların maruz kalabileceği temel sorun ise, mutabakatın iptali riski (*unwinding risk*)⁴⁸⁴ şeklinde ortaya çıkar. Sistemin işleyişi gereği, netting işlemi tamamlanmadığı sürece lehdarın bankasına kaydi para aktarımı kesinleşmiş olmadığından, bu aşamaya kadar, ödeme talimatı veren bankanın netting sonucu tespit edilecek bakiyeyi ödeyememe riski, ödeme lehdarı konumundaki banka tarafından üstlenilir⁴⁸⁵. Söz konusu riskin azaltılmasına yönelik, örneğin katılımcı bankanın önceden teminat vermesi gibi bazı tedbirlerin alınması mümkün olsa da, bugün için çoğu Merkez Bankası ve katılımcı banka tarafından, gerçek zamanlı birebir mutabakat esasına göre işletilen ödeme sistemleri tercih edilmektedir⁴⁸⁶.

bb. Türkiye’de Gerçekleşen Zincirleme Havaleler Bakımından Elektronik Fon Transferi (EFT) Sistemi

Türkiye’de bankalar arasında TL cinsinden ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesini sağlayan EFT sistemi 1 Nisan 1992’de hizmete girmiş, 24 Nisan 2000’den itibaren de yerini EFT II. Nesil Sistemine bırakmıştır⁴⁸⁷. Bugün için EFT sisteminin yasal dayanağını, 1211 sayılı TCMB Kanunu m. 4’de TCMB’ye tanınan “

⁴⁸⁴ Kavram için bk. **KIRDABAN**, sh. 93 vd.

⁴⁸⁵ Net mutabakat sisteminde, sisteme ödeme talimatı veren katılımcı bankanın ödeme güçsüzlüğü içinde olması, diğer tüm katılımcı bankaların netting sonucunda ortaya çıkan karşılıklı hesap durumlarının – ödeme güçsüzlüğü içinde olan katılımcı bankanın verdiği ödeme talimatları dikkate alınmaksızın – yeniden belirlenmesi sonucunu doğurur. Belirlenen bu yeni hesap durumu ise, ödeme lehdarı konumundaki katılımcı bankanın, ödemenin hiç gerçekleşmemesi yani ödeme güçsüzlüğü anlamında kredi riskine ya da ödemenin gecikmesinden nedeniyle uğranılan gecikme zararı anlamında likidite riskine maruz kalması sonucunu doğurabilir. Bu yönde bk. **KRAMER**, sh. 22; karşı. **BETTSCHART**, Virement, sh. 30. Ödeme sistemleri çerçevesinde gerçekleşen kredi ve likidite riski kavramları hk. ayrıca bk. **GÜZEL**, sh. 54; **KIRDABAN**, sh. 90 vd.; **BETTSCHART**, sh. 31; **KRAMER**, sh. 25 vd.

⁴⁸⁶ **KRAMER**, sh. 22.

⁴⁸⁷ **GÜZEL**, sh. 102; **TÜRK**, sh. 257. EFT sisteminden devreye girmesinden önceki dönemde ise, bankalar arasında kaydi paranın aktarımı, bankaların TCMB’ye ilettikleri ödeme talimatları uyarınca, TCMB nezdinde tutulan mevduat hesaplarına yapılan alacak ve borç işlemi sayesinde gerçekleştirilmekte idi. Bu konuda bk. **KIRDABAN**, sh. 67.

...ödeme, menkul kıymet ve mutabakat sistemleri kurma ..." yetkisi teşkil etmekte olup, sistem bizzat T.C Merkez Bankası tarafından işletilmektedir⁴⁸⁸.

EFT sistemine katılım, ilgili kuruluş tarafından EFT-II/EMTK Sistemi Katılımcı Taahhütnamesinin kabul edilmesi ve TCMB'nin Ankara şubesi nezdinde cari hesap şeklinde işleyen, TL cinsinden bir mevduat hesabı açtırılması ile gerçekleşir⁴⁸⁹. Katılımcı olmanın ön koşulu ise, Bankalar Kanunu çerçevesinde Türkiye'de faaliyet gösteren banka ya da finans kuruluşu olmaktır⁴⁹⁰.

Katılımcı banka ile TCMB arasındaki ilişki çerçevesinde EFT sisteminin işleyişinin tabi olduğu esasların, tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından en başta, tarafların EFT-II/EMTK Sistemi Katılımcı Taahhütnamesinde yer verdikleri düzenlemeler esas alınır⁴⁹¹. Öte yandan bu taahhütname ile TCMB, belirli konularda katılımcı bankalar ile olan ilişkiyi tek taraflı olarak belirlemeye yetkili kılınmıştır. Buna yönelik olarak, TCMB'nin yayınladığı "İşletim Kuralları Kitabı"nda, sistemin işleyişine, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur⁴⁹². Yine bu taahhütnameden doğan yetki çerçevesinde TCMB, katılımcı bankalara gönderdiği talimat yazıları ile sistemin işleyişini düzenleyebilmektedir⁴⁹³.

EFT sistemi, gerçek zamanlı birebir mutabakat esasına göre işletilen bir sistem olup, her katılımcı bankanın, TCMB nezdinde açılmış olan mevduat hesabına ek olarak, EFT merkezi nezdinde tutulan ve münhasıran mutabakat işlemlerine tahsis edilmiş bir mutabakat hesabı (*Verrechnungskonto/compte de compensation*) mevcuttur⁴⁹⁴. Her işlem günü başında⁴⁹⁵, bankanın mevduat hesabında bulunan bakiyenin bir kısmı, bu mutabakat hesabına aktarılır⁴⁹⁶. Gün boyunca sisteme ulaşan ödeme talimatlarının

⁴⁸⁸ **GÜZEL**, sh. 103; **KIRDABAN**, sh. 67; İsviçre'de ise, SIC sistemi, Merkez Bankası ile bu banka ve katılımcı bankalar tarafından kurulmuş olan SIC Telekurs tarafından işletilmektedir.

⁴⁸⁹ **TÜRK**, sh. 261.

⁴⁹⁰ **GÜZEL**, sh. 112; **KIRDABAN**, sh. 70; **TÜRK**, sh. 261.

⁴⁹¹ **TÜRK**, sh. 260.

⁴⁹² **GÜZEL**, sh. 112; **TÜRK**, sh. 260.

⁴⁹³ **TÜRK**, sh. 260.

⁴⁹⁴ **GÜZEL**, sh. 103; **KIRDABAN**, sh. 67 vd.; **TÜRK**, sh. 257, 261.

⁴⁹⁵ Resmi tatil günleri hariç hafta içi her gün çalışan EFT sisteminde, işlem günü saat 08.00'de başlayıp saat 17.30'da sona ermektedir.

⁴⁹⁶ **TÜRK**, sh. 261

mutabakatı – yani kaydı para aktarımı – , bu hesap üzerinde yapılacak alacak ve borç kaydı işlemleri aracılığıyla gerçekleştirilir. İşlem günü sonunda ise, mutabakat hesabındaki bakiye tutar, katılımcı bankanın mevduat hesabına iade edilir⁴⁹⁷.

Gerçek zamanlı birebir mutabakat esasına göre işletilmesi itibariyle, EFT sisteminde her bir talimat diğerlerinden bağımsız olarak işleme konulur ve yalnızca mutabakat hesabında yeterli karşılığı olan ödeme talimatları icra edilir⁴⁹⁸. Yeterli karşılığı bulunmayan ödeme talimatları bakımından ise, sistemde kuyruklama düzeneği öngörülmüştür. Bu düzenek uyarınca, katılımcı bankanın mutabakat hesabında yeterli karşılık oluşuncaya kadar, ödeme talimatı bekletilmekte, yeterli karşılığın oluşması ile birlikte, talimat sisteme ulaşma önceliğine göre yeniden işleme konulmaktadır⁴⁹⁹. Ödeme talimatının salt beklemeye alınmış olması, TCMB'nin lehdar bankaya ödeme yapma vaadinde bulunduğu anlamına gelmez⁵⁰⁰.

Havalecinin bankasının sisteme ilettiği ödeme talimatı, mutabakat işlemi tamamlandığı anda kesinleşir⁵⁰¹. Bu itibarla, sisteme ulaşmış ve işleme konulmuş olmakla birlikte, henüz bekleme kuyruğunda bulunan bir ödeme talimatının havalecinin bankası tarafından geri alınması mümkündür⁵⁰². Mutabakat işleminin tamamlanması ise, havale tutarının havalecinin bankasının (mutabakat) hesabında düşülüp (hesaba borç kaydedilip), lehdarın bankasının mutabakat hesabına alacak kaydedilmesi ile gerçekleşir⁵⁰³. Havalecinin bankasının hesabında yeterli karşılık mevcut olduğu sürece, söz konusu alacak ve borç kaydı işlemleri ödeme talimatının sisteme ulaşması ile eş

⁴⁹⁷ GÜZEL, sh. 112, 113; KIRDABAN, sh. 68; aynı ilkeye göre çalışan SIC sistemi hk. bk. BUIS, sh. 140.

⁴⁹⁸ TÜRK, sh. 262.

⁴⁹⁹ TÜRK, sh. 261; beklemeye alınan talimatların sisteme ulaşma önceliğine göre icra edilmesi anlamında "Fifo" yani "first in first out" ilkesi hk. bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 21.

⁵⁰⁰ KOCAMAN, Banka Havalesi, sh. 711; TÜRK, sh. 262.

⁵⁰¹ Karş. TÜRK, sh. 263.

⁵⁰² SIC sistemi açısından bu görüşte bk. BUIS, sh. 141.

⁵⁰³ Vurgulamak gerekir ki, EFT sistemi birebir mutabakat esasına göre işletilen bir sistem olduğundan, katılımcı bankalar arasında dar ve teknik anlamda bir takas işlemi gerçekleşmez. Burada mutabakat işlemi ile kastedilen havale tutarının ödeme talimatı veren bankanın hesabına borç kaydedilmesi, lehdar bankanın hesabına ise alacak kaydedilmesidir. SIC sistemi bakımından bu yönde bk. BETTSCHART, sh. 40 dn. 70; BUIS, sh. 141.

zamanlı olarak gerçekleşecektir. Havale tutarının hesaba alacak kaydedildiği lehdarın bankasına bir mesaj ile bildirilir⁵⁰⁴.

Havale tutarının lehdarın bankasının hesabına, ödeme talimatının verildiği gün içinde aktarılması isteniyor ise, ödeme talimatın kapanış saatinden önce sisteme ulaşmış olması gerekir. Ödeme talimatı kapanış saatinden sonra sisteme ulaşır ise, havale tutarı lehdarın bankasının hesabına takip eden iş günü içerisinde aktarılacaktır⁵⁰⁵.

aaa. Katılımcı Banka ile Clearing Kuruluşu (TCMB) Arasındaki İlişki

Katılımcı banka ile clearing kuruluşu arasındaki hukuki ilişki, banka ile müşteri arasındaki ilişkide olduğu gibi, özel hukuka tabi olan bir hesap ilişkisine dayanır. EFT sistemi bakımından bu hesap ilişkisi TCMB nezdinde açılmış olan bir mevduat (*kök/stammkonto*) hesabının yanı sıra bir de mutabakat hesabını (*Verrechnungskonto*) içermektedir. Her bir işlem günü başlangıcında katılımcı banka mevduat hesabından belirli bir tutarı mutabakat hesabına aktarır; işlem gününün sona ermesi ile de, mutabakat hesabındaki bulunan bakiye tutar mevduat hesabına geri aktarılır.

Bu şekilde TCMB nezdinde iki farklı hesabın açılmış olması, katılımcı banka ile clearing kuruluşu arasında birden fazla hesap ilişkisinin mevcut olduğu anlamında gelmez. Zira kaydi para aktarımının mevduat ve mutabakat hesabı şeklinde iki farklı hesabın varlığını gerektirmesi, yalnızca sistemin teknik işleyişi ile ilgilidir. Kaydi para aktarımı öncelikle mutabakat hesabında gerçekleştirilmekte, bu işlem daha sonra mevduat hesabına yansıtılmaktadır. Bu yönüyle mutabakat hesabı geçici bir hesap niteliğindedir. Hukuki açıdan ise, bu iki hesap bütünlük arz eder⁵⁰⁶; diğer bir deyişle söz konusu iki hesap bir araya gelmek suretiyle tek bir hesap ilişkisini oluştururlar.

Katılımcı banka ile TCMB arasındaki bu hesap ilişkisi, banka ile müşteri arasındaki hesap ilişkisinde olduğu gibi, cari hesap ve (vekâlet sözleşmesi hükümlerine

⁵⁰⁴ KIRDABAN, sh. 68; TÜRK, sh. 261.

⁵⁰⁵ BUIS, sh. 141.

⁵⁰⁶ İsviçre’de SIC sisteminde bakımından bu görüşte bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 93.

tabi olan) ciro sözleşmesine dayanır⁵⁰⁷. Bu ilişkinin tabi olduğu kurallar ise, genellikle clearing kuruluşu ile katılımcı banka arasındaki katılım anlaşmasında düzenlenir. EFT sisteminde bu hak ve yükümlülükler, TCMB ile katılımcı bankalar arasındaki EFT-II/EMKT Sistemi Katılımcı Taahhünamesi'nde ve bu taahhütname uyarınca TCMB'nin yayınladığı "İşletim Kuralları Kitabı"nda düzenlenmektedir⁵⁰⁸.

TCMB'nin ciro sözleşmesinden doğan iş görme borcunun konusunu, havale tutarının havalecinin bankasının mutabakat hesabından düşülüp, lehdarın bankasının mutabakat hesabına alacak kaydedilmesi teşkil eder. Katılımcı bankanın TCMB'ye ilettiği ödeme talimatı ise, söz konusu iş görme borcunu somutlaştıran BK m. 389 anlamında iş görme talimatı niteliğindedir⁵⁰⁹. Bu talimat üzerine TCMB'nin iş görme yükümlülüğünün doğumu, katılımcı bankanın mutabakat hesabında yeterli karşılığın bulunmasına bağlıdır⁵¹⁰. Hesapta yeterli karşılık mevcut değil ise, ödeme talimatı beklemeye alınır⁵¹¹.

Türk ve İsviçre hukuku öğretisindeki genel kabul gören görüş uyarınca, kaydi paranın clearing sistemi aracılığıyla bankalar arasında aktarılması, kurum içi havale görünümünde olup, lehdarın bankasına yapılan kazandırma, havalecinin bankası, clearing kuruluşu ve lehdarın bankası arasında kurulan bir havale ilişkisine dayanır⁵¹². Havalecinin bankasının clearing kuruluşuna ilettiği ödeme talimatı, bu görüş çerçevesinde, katılımcı banka ile clearing kuruluşu arasındaki ciro sözleşmesine dayanan bir iş görme talimatı olmanın yanı sıra bankalar arasında havale ilişkisi kuran BK m. 457 (CO Art. 466) anlamında çifte yetkilendirme işlemidir⁵¹³. Tıpkı havaleci borçlunun bankaya ödeme talimatı vermesinde olduğu gibi, havalecinin bankası da clearing kuruluşuna ilettiği ödeme talimatı ile clearing kuruluşunu kendi hesabına

⁵⁰⁷ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 710; İsviçre'de SIC sistemi için bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 92vd.; **BETTSCHART**, sh. 39; **BUIS**, sh. 143; **KRAMER**, sh. 40.

⁵⁰⁸ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 711; **TÜRK**, sh. 260; İsviçre'de SIC sisteminde ise, söz konusu hak ve yükümlülükler Merkez Bankası ile katılımcı banka arasında kurulan SIC-ciro anlaşmasında (SIC-Girovertrag) düzenlenmektedir. Bu konuda bk. **BUIS**, sh. 139.

⁵⁰⁹ **BUIS**, sh. 143.

⁵¹⁰ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 711; SIC sistemi bakımından bu yönde bk. **KRAMER**, sh. 41.

⁵¹¹ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 711; **TÜRK**, sh. 261; EFT sisteminde ödeme talimatının beklemeye alınması için "talimatın kuyruklanması" terimi kullanılmaktadır.

⁵¹² **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 710; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 94; **BUIS**, sh. 143.

⁵¹³ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 94; **KRAMER**, sh. 41.

lehdarın bankasına ödeme yapma konusunda yetkilendirmektedir⁵¹⁴. Böylece kaydi paranın havalecinin hesabından lehdarın hesabına aktarılması sürecinde, havalecinin bankasının havaleci, clearing kuruluşunun havale muhatabı, lehdarın bankasının ise, havale lehdarı konumunda olduğu ikinci bir havale ilişkisi kurulur⁵¹⁵. Asıl (temel) havale ilişkisinde yer alan havaleci para borçlusu ve lehdar para alacaklısı ise, salt bankalar arasında karşılığın aktarılmasını ilgilendiren bu ikinci havale ilişkisinin tarafı değildirler. Havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında örtülü şekilde kurulduğu kabul edilen ciro sözleşmesi, bu kurguda bedel ilişkisini teşkil eder⁵¹⁶.

Havale nitelendirilmesinin sonucu olarak, kaydi para aktarımının tamamlanma anı bakımından da, clearing kuruluşunun BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulü bildiriminde bulunması esas alınır. Öğretide genel kabul gören görüş uyarınca, havale tutarının lehdarın bankasının clearing hesabına alacak kaydedilmesi BK m. 459/f. I anlamında havalenin kabulü bildirimine karşılık gelmektedir⁵¹⁷. Bu andan itibaren, havalecinin bankasının BK m. 461/f. II uyarınca ödeme talimatını geri alma olanağı sona ermiş ve kaydi para aktarımı kesinleşmiş olur⁵¹⁸.

bbb. Havalecinin Bankası ile Lehdarın Bankası Arasındaki İlişki

Yukarıda belirtildiği üzere, clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen ödemede, havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında (cari) hesap ilişkisi mevcut değildir. Bankalar arasındaki hesap ilişkisinin clearing kuruluşunun katılımı ile sağlandığı bu olasılıkta, havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasındaki hukuki ilişki bakımından, bu iki banka arasında lehdarın bankasına iletilen ödeme talimatına esas teşkil eden bir ciro sözleşmesinin mevcut olup olmadığı önem arz eder. Zira havalecinin

⁵¹⁴ HESS, Clearing, sh. 108.

⁵¹⁵ BILLOTTE-TONGUE, sh. 94; BETTSCHART, sh. 243; BUIS, sh. 143.

⁵¹⁶ BUIS, sh. 143. Clearing sistemine katılan bankalar arasında kurulduğu varsayılan ciro sözleşmesi aşağıda bir sonraki alt bölümün konusunu oluşturur.

⁵¹⁷ SIC sistemi bakımından bu görüşte bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 94; BUIS, sh. 143. Banka havalenin hukuki niteliğine ilişkin benimsediğimiz görüş uyarınca, clearing kuruluşu tarafından lehdarın bankasının mutabakat hesabına yapılan alacak kaydı, havalenin kabulü bildirimine değil, bizzat havalenin icrasını teşkil eder. Banka havalenin hukuki niteliği konusunda bk. yukarıda I. B. 3. d.

⁵¹⁸ EFT sisteminin işleyişine ilişkin kurallarda, ödeme talimatının mutabakat, yani lehdarın bankasının hesabına alacak kaydı anından itibaren iptal edilmesinin mümkün olmadığı konusunda bk. KIRDABAN, sh. 68; karş. KOCAMAN, Banka Havalesi, sh. 710; TÜRK, sh. 263; aynı kurala İsviçre’de SIC sistemini düzenleyen (Technischen Weisungen) Teknik Talimatlar’da yer verildiği görülmektedir. Bu konuda bk. HESS, Clearing, sh. 111; BILLOTTE-TONGUE, sh. 94; BUIS, sh. 144; KRAMER, sh. 118 vd.

bankası ile lehdarın bankası arasında, ciro sözleşmesi mevcut ise, lehdarın bankasının lehdara yaptığı ödeme, havalecinin bankasının kendi adına lehdarın bankasına vermiş olduğu ödeme talimatına dayanacaktır. Bu olasılıkta münferit ödeme işlemi sonucu havalecinin ve lehdarın bankası arasında kurulan ilişki, bankaların doğrudan hesap ilişkisi içinde oldukları durumda gerçekleştirilen ödemedeki durumdan farksızdır⁵¹⁹. Buna karşın, ödeme talimatına esas teşkil eden ciro sözleşmesinin⁵²⁰ tarafının havalecinin bankası değil clearing kuruluşu olduğu benimsenir ise⁵²¹, havale sürecinde havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında doğrudan hukuki ilişki kurulmamış olur⁵²².

Bu noktada, havalecinin ve lehdarın bankası arasında ödeme talimatına esas teşkil eden bir ciro sözleşmesinin mevcut olup olmadığı bakımından, havale sürecinde clearing kuruluşunun yerine getirdiği faaliyetin dikkate alınması gerekir. Bilindiği üzere, bankaların clearing sistemine başvurmakta temel amaçları, karşılığın lehdarın bankasına, doğrudan hesap ilişkisine göre daha hızlı ve rasyonel şekilde aktarılabilmesini sağlamaktır. Bu çerçevede clearing kuruluşu tarafından yerine getirilen temel faaliyet, lehdarın bankasına gerekli karşılığın aktarılması ile sınırlıdır⁵²³. Yukarıda açıklandığı üzere, karşılığın (kaydi paranın) lehdarın bankasına aktarılması, clearing kuruluşunun havale muhatabı konumunda olduğu bir havale ilişkisi zemininde gerçekleşmektedir. Clearing kuruluşunun yerine getirdiği bu faaliyet, salt bankalar arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir. Dış ilişkide, yani kaydi paranın lehdara aktarılması bakımından ise, clearing kuruluşu haberci konumunda olup, yerine getirdiği faaliyet,

⁵¹⁹ Her iki durumda da havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında alt vekâlet ve alt havale ilişkisi kurulmaktadır. Bu konuda ayrıca bk. II. B. 3. b. i.

⁵²⁰ Vurgulamak gerekir ki, bankanın clearing sistemine dahil olması ile clearing kuruluşu ile katılımcı banka arasında kurulduğu kabul edilen ciro sözleşmesi, bankanın clearing kuruluşuna talimat vermesine ve böylece kaydi paranın bankalar arasında aktarılmasına hizmet eder. Bu bölümde incelenen ise, clearing kuruluşu ile lehdarın bankası arasında, clearing kuruluşunun lehdarın bankasına ödeme talimatı vermesine esas teşkil eden bir ciro sözleşmesinin var olup olmadığıdır.

⁵²¹ Bu olasılıkta, aralarındaki ciro sözleşmesi uyarınca lehdarın bankasına ödeme talimatı veren clearing kuruluşudur. Bu talimat üzerine kurulan havale ilişkisinde clearing kuruluşu, alt havale muhatabı konumundadır.

⁵²² Bankalar arasında doğrudan ciro sözleşmesi olmadığı gibi, zincirleme havale ilişkisi bakımından da havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında doğrudan bir alt havale ilişkisi mevcut değildir. Diğer bir deyişle, havalecinin ve lehdarın bankasının doğrudan hesap ilişkisi içinde olmasından farklı olarak, bankalar arasındaki ciro ve havale ilişkileri, clearing kuruluşunun ödeme sürecine dahil olması ile kesintiye uğramıştır.

⁵²³ von der CRONE, sh. 59; HESS, Clearing, sh. 110; BILLOTTE-TONGUE, sh. 95; Alman hukukunda bu yönde bk. CANARIS, sh. 223 (N. 343).

salt havale bilgilerinin lehdarın bankasına iletilmesinden ibarettir⁵²⁴. Bunun ötesinde clearing kuruluşu – muhabir bankadan farklı olarak⁵²⁵ – aktardığı kaydi paranın, (lehdarın) banka(sı)nın hangi müşterisinin hesabına alacak kaydedileceği ile ilgilenmemektedir⁵²⁶. Şu halde, lehdarın bankasına aktarılan ödeme talimatı, bizzat havalecinin bankası tarafından verilmiş olan talimat olduğundan, dış ilişki, yani ödeme talimatı zemininde kurulan (alt) havale ilişkisinin tarafları, doğrudan doğruya havalecinin bankası ile lehdarın bankasıdır. Buna göre, havalecinin bankası asıl havale ilişkisi bakımından havale muhatabı, bankalar arasındaki havale ilişkisi bakımından ise, havaleci konumundadır. Lehdarın bankası da, asıl havale ilişkisinde alt havale muhatabı, bankalar arasındaki havale ilişkisinde ise, havale lehdarı sıfatına sahiptir. Clearing kuruluşu ise, lehdarın bankasına kendi adına ödeme talimatı vermiş olmadığından, söz konusu dış ilişkinin tarafı, yani alt havale muhatabı konumunda değildir; yalnızca bankalar arasındaki havale ilişkisinde havale muhatabı sıfatına sahiptir⁵²⁷.

Öte yandan clearing sisteminde, bankaların birbirlerine verdikleri ödeme talimatlarına esas teşkil etmek üzere, tüm katılımcı bankalar arasında ciro sözleşmesinin kurulduğu öğretilde benimsenmektedir⁵²⁸. Zira bankalar arasında kaydi para aktarımını kolaylaştırmaya hizmet eden böyle bir sisteme dahil olan bankanın, diğer katılımcı bankalar ile doğrudan sözleşme ilişkisi içinde olma yönünde bir iradeye sahip olduğu, yani kaydi parayı talimatta belirtilen lehdarın hesabına aktarmayı diğer bankaların ödeme talimatlarını yerine getirmeyi kabul ettiği varsayılabilir⁵²⁹. Diğer bir deyişle clearing sistemine katılan bankanın tek amacının clearing kuruluşu ile sözleşme ilişkisine girmek olduğu söylenemez. Bu itibarla somut ödeme işleminde havalecinin ve lehdarın bankası arasında cari hesap ilişkisi içermeyen bir ciro sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Clearing sistemine başvurulmasındaki başlıca amacın, hesabın

⁵²⁴ **KLEINER**, sh. 55; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 95 dn. 339; Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 249 (N. 387)

⁵²⁵ Bu konuda ayrıca bk. 3. b. ii. bb.

⁵²⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 95.

⁵²⁷ **BETTSCHART**, sh. 254; **BUIS**, sh. 144.

⁵²⁸ **KOCAMAN**, Banka Havalesi, sh. 712; **KLEINER**, sh. 55; **HEINI**, sh. 41; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 95; **BETTSCHART**, sh. 39, 236; **BUIS**, sh. 143; **KRAMER**, sh. 40.

⁵²⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 95; **KRAMER**, sh. 40.

tutulmasının merkezi clearing kuruluşuna devredilmesi olduğu dikkate alındığında⁵³⁰, bankaların doğrudan cari hesap ilişkisi içinde olmaması, bankalar arasında ciro sözleşmesinin kurulduğunun kabul edilmesine engel teşkil etmez. Sonuç itibarıyla, havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasındaki ilişki bakımından, ödemenin clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmesi, bankaların doğrudan hesap ilişkisi içinde oldukları ödemenin farksızdır⁵³¹.

III. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN KESİNLEŞMESİ

Ödeme sonucunu doğuracak şekilde – banka havalesi yoluyla – kaydi para aktarımının tamamlanması, alacaklının havale tutarı üzerinde tasarruf etme olanağını nihai şekilde elde etmiş olmasına bağlıdır. Diğer bir deyişle, alacaklının bankaya karşı soyut bir alacak hakkı elde etmesinin yanısıra, alacaklıya sağlanan bu hukuki durumun kesinleşmiş (*endgültigkeit/finalité*) olması da gereklidir. Söz konusu hukuki konunun kesinleşmesi ise, havaleci konumundaki borçlunun havaleyi geri almak ya da iptal etmek suretiyle alacaklıya kazandırılan alacak hakkını ortadan kaldırma olanağının sona ermiş olması ile gerçekleşir. Bu itibarla aşağıda öncelikle borçlunun, hangi ana kadar havale talimatını geri almak olanağına sahip olduğu belirlenecek daha sonra da, ödeme talimatını geri almak suretiyle ödemenin kesinleşmesinin önüne geçemeyen borçlunun, ödeme talimatını iptal etmek suretiyle bu sonucu – kaydi paranın lehdar alacaklıya aktarılmasını engellemeyi – elde edip edemeyeceği incelenecektir.

A. ÖDEME TALİMATININ GERİ ALINMASI

1. Ödeme Talimatını Geri Alma Olanağı

Havale talimatının geri alınması, havalecinin ciro sözleşmesi zemininde bankaya yönelttiği, havale talimatının icra edilmesini (yani bankanın lehdara kazandırmada/edimde bulunmasını) önlemeye yönelik İBK m. 397/f. I (BK m. 389/f. I)

⁵³⁰ KLEINER, sh. 55.

⁵³¹ KLEINER, sh. 55; von der CRONE, sh. 59; HEINI, sh. 41; katılımcı bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin varlığı ciro sözleşmesinin varlığı ödeme talimatının geri alınması ve hatalı ödeme talimatı bakımından önem arz etmektedir. Buna göre, havalecinin bankası geri alma talimatını merkezi clearing kuruluşuna başvurmadan, doğrudan lehdarın bankasına iletme olanağına sahiptir; keza hatalı ödeme talimatına bağlı olarak havale tutarının iadesi de, doğrudan katılımcı bankalar arasında gerçekleşir. Bu yönde bk. BETTSCHART, sh. 236 dn. 7.

anlamında karşı talimat⁵³² (*gegenweisung*) niteliğindedir. Kural olarak, icrası mümkün olduğu sürece, havaleci havale talimatını her zaman geri alabilir; banka da, geri alma talimatını yerine getirmekle yükümlüdür⁵³³.

Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde banka havalesinin BK m. 457 vd. anlamında havale niteliğinde olduğu benimsendiğinden, bankaya yöneltilen geri alma talimatı, havale muhatabı karşısında havaleyi geri alma açıklaması olarak nitelendirilmekte ve bu talimatın banka karşısında BK m. 461/f. II (art. 470/II CO)'de öngörülen sınır dahilinde hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir⁵³⁴.

Benimsediğimiz görüşe göre ise, banka havalesinde BK m. 457/f. I anlamında bir kabul bildirimini söz konusu olmadığından, bankaya iletilen geri alma talimatının kesinleştiği an bakımından da BK m. 461/f. II esas alınmamalıdır. Bu konu, geri alma talimatının ciro sözleşmesi zemininde verilen bir karşı talimat olma niteliği çerçevesinde çözümlenecektir. Öte yandan, katıldığımız görüşe göre, havale hükümlerinin banka havalesine kıyasen uygulanması söz konusu olduğundan⁵³⁵, havale talimatının geri alınması olanağını bedel ilişkisinin niteliği itibariyle sınırlandıran BK m. 461/f. I hükmünün dikkate alınması zorunludur.

Bu itibarla aşağıda öncelikle BK m. 461/f. I hükmünün banka havalesinde havale talimatının geri alınması olanağını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusu ele alınacaktır. Bu hükmün, havale talimatının geri alınmasına engel teşkil etmediği sonucuna varıldığı takdirde, havaleci borçlunun geri alma olanağını banka karşısında hangi ana kadar kullanılabileceği belirlenecektir.

⁵³² **HELBIG**, sh. 101; **ZEIDLER**, sh. 42; **HEINI**, sh. 48; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 109; Alman Hukukundaki Banka Havalesi Yasasında ise, banka havalesi, banka ile havaleci arasındaki ciro sözleşmesine ek olarak somut ödeme işlemi gerçekleştirilmeye yönelik bir havale sözleşmesi (*Überweisungsvertrag*) temelinde gerçekleştiğinden, ödeme sürecinin durdurulması, havale sözleşmesinin feshedilmesi yoluyla gerçekleşir. Bu itibarla, havalecinin bankaya yönelttiği irade açıklaması bir karşı talimat değil, bozucu yenilik doğuran hukuki işlem niteliğindeki fesih bildirim niteliğindedir. Bu konuda ayrıca bk. **CASPER**, § 676a, sh. 2706 (N. 41) vd. **EINSELE**, D.: Das neue Recht der Banküberweisung, JZ 1/2000, (kıs. Recht) sh. 12; Alman hukukunda Banka Havalesi Yasası yürürlüğe girmeden önceki durum için ayrıca bk. **CANARIS**, sh. 229, (N. 352)

⁵³³ **HEINI**, sh. 49; Alman hukuku için bk. **VOLLRATH**, H. J.: Die Endgültigkeit bargeldloser Zahlungen : zivilrechtliche Gestaltungsvorgaben für grenzüberschreitende Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Berlin 1997, sh. 63.

⁵³⁴ **BUIS**, sh. 69.

⁵³⁵ Yukarıda banka havalesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak bk. I. B. 3. d.

a. BK m. 461/f. I Hükümünün Ödeme Talimatının Banka Karşısında Geri Alınması Olanığı Üzerindeki Etkisi (Havalenin Lehdar Karşısında Geri Alınabilirliği)

BK m. 461/f. I'de, havale yoluyla lehdara yapılmak istenen kazandırma ile havalecinin lehdara karşı olan bir borcunun ifası amaçlandığı (ifa uğruna) ya da söz konusu kazandırmada lehdarın menfaati söz konusu olduğu takdirde, havalecinin lehdara karşısında havaleyi geri alma geride alamayacağı öngörülmektedir⁵³⁶. Banka havalesi de, para borcunun ifası amacıyla gerçekleştirildiği takdirde, bu hüküm kapsamında yer alacağından⁵³⁷, havaleci konumundaki borçlunun, lehdar konumundaki para alacaklısı karşısında havaleyi geri alamayacağı sonucuna varmak gerekir. Diğer bir deyişle, havaleci konumundaki para borçlusunu, bankaya verdiği havale talimatı ile alacaklısına olan para borcunu ödemeyi amaçladığından, banka havalesi BK m. 461/f. I'de öngörülen havalenin geri alınamayacağı istisnai durumlar kapsamında yer almaktadır; bu anlamda borçlunun havale lehdarı konumundaki alacaklıya ilettiği geri alma açıklaması hüküm doğurmayacaktır. Bu noktada yanıtlanması gereken soru, geri alma açıklamasının lehdar karşısında hüküm ifade etmediği bu olasılıkta havalecinin, bankaya karşı havale talimatını geri almak suretiyle, lehdara kaydi paranın aktarılmasını engelleyip engelleyemeyeceğidir.

Bilindiği üzere havale ilişkisi, havale muhatabına ödeme yetkisi, lehdara ise, kabz yetkisi verilmesi ile kurulur. Havalenin geri alınmış sayılabilmesi için ise, havale ilişkisini kuran ödeme ve kabz yetkilerinin her ikisinin de geri alınabilir olması ve kural olarak geri alma konusunda havale muhatabına ve lehdara bildirimde bulunmuş olması gereklidir⁵³⁸. Vurgulamak gerekir ki, BK m. 461/f. I hükmünde düzenlenen konu, havaleci tarafından lehdara verilen kabz yetkisinin hangi durumlarda geri alınamayacağıdır⁵³⁹. Bu anlamda banka havalesinde bankaya verilen geri alma talimatının hüküm doğurabilmesi için, kural olarak lehdara verilen kabz yetkisinin geri alınabilir olması ve lehdara geri alma bildiriminde bulunulması gerekir.

⁵³⁶ KOCAMAN, Havale, sh. 74 vd.; TÜRK, sh. 148 vd.

⁵³⁷ GUGGENHEIM, sh. 504.

⁵³⁸ BUIS, sh. 69; TÜRK, sh. 144 vd.

⁵³⁹ OBERSON, sh. 419.

Öğretide genel kabul gören görüş, BK m. 461/f. I hükmünün dolaylı havalenin geri alınmasına ilişkin bir hüküm olduğu ve doğrudan havale niteliğindeki banka havalesinde – havalenin lehdar karşısında geri alınması teorik olarak mümkün olmakla birlikte – uygulama alanı bulmayacağı yönündedir⁵⁴⁰. Zira BK m. 461/f. I çerçevesinde kabz yetkisinin geri alınabilirliği bakımından ön koşul, lehdarın ödemeyi kabul konusunda yetkilendirilmiş olmasıdır. Henüz kabz yetkisinin lehdara iletilmediği aşamada, bu yetkinin geri alınabilirliği sorunu da gündeme gelmez. Doğrudan havale niteliğindeki banka havalesinde, kabz yetkisinin lehdara, banka tarafından kural olarak en erken hesaba alacak kaydı anında ulaştırıldığı, lehdarın kabz yetkisinden bu anda haberdar olduğu, öğretide genel kabul gören görüştür⁵⁴¹. Şu halde, banka havalesinde havaleci, havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilene kadar kabz yetkisini serbestçe geri alabilir⁵⁴². Havaleci ödeme yetkisini (BK m. 461/f. II çerçevesinde) geri aldığı takdirde kabz yetkisini de geri almış sayılır⁵⁴³.

Öte yandan banka havalesinde istisnai olarak kabz yetkisi lehdara doğrudan iletilmiş ise, bu yetkinin geri alınması bakımından BK m. 461/f. I'de öngörülen sınırlama uygulama alanı bulur ve havaleci kabz yetkisini lehdar karşısında geri alamaz⁵⁴⁴. Bununla birlikte, kabz yetkisinin geri alınmaması yalnızca havaleci ile lehdar arasındaki bedel ilişkisinde sonuç doğurur. Havaleci ile bankası arasında ciro sözleşmesine dayanan karşılık ilişkisi ise, bedel ilişkisinden bağımsızdır. Bu anlamda, havaleci, lehdar karşısında kabz yetkisini geri alamasa dahi, bankaya tanımış olduğu

⁵⁴⁰ **HELBIG**, sh. 99 vd.; **BISCHOFF**, sh. 337; **von der CRONE**, sh. 67; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 116 (N. 235).

⁵⁴¹ **BILOTTE-TONGUE**, sh. 115; **BUIS**, sh. 70.

⁵⁴² **BUIS**, sh. 70.

⁵⁴³ Ödeme yetkisinin geri alınmasına rağmen, lehdara ödeme yapan bankanın kabz yetkisini lehdara bildirmiş olacağı; kendisine geri alma iradesi ayrıca bildirilmeyen lehdarın ise, havalenin varlığına olan güveninin korunacağı ve ödemenin bu anlamda geçerli olduğu görüşü için bk. **TÜRK**, sh. 145.

⁵⁴⁴ **BUIS**, sh. 70; **TÜRK**, sh. 352. Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, banka havalesinde, bankaya yöneltilmiş bir geri alma bildirimini söz konusu olmadan, salt lehdar karşısında (kabz yetkisinin) geri alınması, kaydi paranın lehdara aktarılmasını engellemez. Diğer bir deyişle, banka havalesinde alacaklıya yöneltilen geri alma açıklaması yoluyla bankanın lehdara ödeme yapmasının (zamanında) önlenmesi mümkün değildir. Zira banka, ciro sözleşmesi uyarınca havaleci tarafından kendisine yöneltilen aksi yönde bir talimat (geri alma talimatı) olmadığı sürece, havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle ya da alacaklının bankasına aktarmakla yükümlüdür. Bu yönde bk. **HEINI**, sh. 47; **ZEIDLER**, sh. 48; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 504; karşı. **TÜRK**, sh. 352.

ödeme yetkisini – BK m. 461/f. II'nin ya da ciro sözleşmesinin izin verdiği ölçüde⁵⁴⁵ – geri almak suretiyle kaydi paranın lehdara aktarılmasını önleyebilir⁵⁴⁶. Fakat bu olasılıkta havaleciyi haksız şekilde geri almış sayılan havaleci, bankanın ödeme yapmaması nedeniyle lehdarın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır⁵⁴⁷. Havalecinin geri alma talimatı karşısında bankanın, bedel ilişkisinde kabz yetkisinin geri alınabilir olup olmadığını denetleme yetkisi ya da yükümlülüğü yoktur⁵⁴⁸. Bu anlamda banka, havalecinin geri alma talimatı üzerine havale sürecini durdurmakla yükümlüdür. Salt havale talimatının verilmesi ile lehdar, bankaya karşı bir alacak hakkı elde etmiş sayılmadığından, havalecinin geri alma talimatı üzerine kaydi parayı lehdara aktarmaktan kaçınan banka, lehdara karşı sorumlu olmaz.

Sonuç itibariyle, doğrudan havale niteliğindeki banka havalesinde BK m. 461/f. I'de öngörülen sınırlama uygulama alanı bulmaz. İstisnai olarak kabz yetkisinin doğrudan havale lehdarına bildirildiği banka havalesinde ise, BK m. 461/f. I hükmü havalenin havale muhatabı karşısında geri alınmasına engel teşkil etmez. Banka havalesinde havaleci borçlu, her ne kadar kabz yetkisini lehdar karşısından geri alamasa dahi, banka karşısında havale talimatını geri almak suretiyle kaydi paranın lehdar alacaklıya aktarılmasını önleyebilir.

⁵⁴⁵ Bu konuda bk. aşağıda bankaya verilen havale talimatının kesinleşme anına ilişkin “b” bölümündeki açıklamalar.

⁵⁴⁶ **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 504; **OBERSON**, sh. 419; **TÜRK**, sh. 152, 352; genel olarak havale ilişkisi bakımından bu yönde bk. **GAUTSCHI**, Berner Kommentar. Art. 470, sh. 572 (N. 3d); **TERCIER**, Les Contrats spéciaux, Art. 470, sh. 561 (N. 4595); **du PASQUIER**, S. T.: Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 467, Titre dix-huitième: De l'assignation, Genève-Bale-Münich 2003, (kis. Commentaire Romand). Art. 470, sh. 2439 (N. 7); **KOLLER**, T.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl. (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand) Basel Art. 470, (kis. Basler Kommentar), sh. 2498 (N. 5).

⁵⁴⁷ **KLEINER**, sh. 56; **TÜRK**, sh. 146, 152, 352; buna karşın, öğretilde, havaleci ile lehdar anlaşmak suretiyle bedel ilişkisinde havalenin geri alınması olanağını bertaraf etmiş olmadıkları sürece, bu yükümlülüğe esas teşkil edecek taraflar arasında başka bir borç ilişkisinin mevcut olmadığı; bu nedenle de BK m. 461/f. I hükmüne rağmen banka karşısında havale talimatını geri alan havalecinin lehdarın uğradığı zarardan kategorik şekilde sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu yönde bk. **HELBIG**, sh. 99 dn. 342; **GUGGENHEIM**, Verträge, sh. 241 dn. 42. Öğretilde diğer bir görüş ise, bu konuda bedel ilişkisinde havale yoluyla ödemenin borçlu açısından yetki ya da yükümlülük teşkil etmesine göre bir ayırım yapmakta ve bir yükümlülüğün söz konusu olduğu durumda havaleciyi geri alan borçlunun borca aykırı davranmış sayılacağı ve alacaklının uğradığı zararı tazminle yükümlü olacağı sonucuna varmaktadır. Bu görüş için bk. **MAYER**, P.: Die Anweisung auf Schuld, Zürich 1927, sh. 102. Öğretilde **TÜRK** (sh. 146 dn. 259, sh. 152) tarafından haklı olarak ifade edildiği üzere, taraflarca bedel ilişkisinde havaleciyi geri alma olanağı bertaraf edilmiş olmasa dahi, BK m. 461/f. I'de, kabz yetkisi verilmesi suretiyle lehdara kazandırılan hukuki durumu kötüleştirme şeklinde yasadan kaynaklanan bir yükümlülük söz konusudur. Diğer bir deyişle, havalecinin lehdara karşı sorumluluğu doğrudan yasa hükmünden kaynaklanmaktadır.

⁵⁴⁸ **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 504; **TÜRK**, sh. 146.

b. Ödeme Talimatını Geri Alma Olanığının Sona Ermesi (Ödeme Talimatının Banka Karşısında Kesinleşmesi)

Yukarıda, banka havalesi ile yapılan ödeme bakımından, BK m. 461/f. I hükmünün, havalecinin bankaya geri alma talimatı vermesine engel teşkil etmediği ortaya konulmuştu. Bu noktada ayrıca belirlenmesi gereken, havalecinin havale talimatını geri alma olanağını hangi ana kadar kullanılabileceğidir.

Türk ve İsviçre hukukları öğretisindeki baskın görüş, bankaya yöneltilen geri alma talimatının banka karşısında hangi ana kadar hüküm doğuracağı – geri alma olanağının zamansal sınırı – bakımından BK m. 461/f. II'nin esas alınması gerektiği yönündedir. Bilindiği üzere, BK m. 461/f. II'de, havale muhatabı havaleyi kabul ettiğini lehdara bildirene kadar – ya da doğrudan doğruya lehdara edimde bulunana kadar⁵⁴⁹ – havale muhatabı karşısında havalenin geri alınabileceği öngörülmüştür. Böylece, havale muhatabına tanınan ödeme yetkisinin kesinleşme anı yasada havalenin kabulünü düzenleyen BK m. 457/f. I'e atf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Banka havalesinde ise, söz konusu kabul bildiriminden para alacaklısı konumundaki havale lehdarının hesabına yapılan alacak kaydı ile gerçekleşeceği öğretilde benimsenmektedir⁵⁵⁰.

Öğretilde bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, banka havalesi ilişkisinde BK m. 459/f. I anlamında bir kabul bildiriminden söz edilemeyeceğinden, geri alma olanağının zamansal sınırı bakımından BK m. 461/f. II hükmü uygulama alanı bulmaz. Geri alma talimatının hüküm ifade etmesi bakımından belirleyici olan, havale ilişkisine

⁵⁴⁹ Ayrı bir kabul bildiri söz konusu olmaksızın, havale muhatabı doğrudan doğruya lehdara edimde bulunduğu takdirde de havale talimatını geri alma olanağı sona ermiş sayılacağı yönünde bk. **TÜRK**, sh. 150.

⁵⁵⁰ **TÜRK**, sh. 351; İsviçre hukuku için bk. **KLEINER**, sh. 55; **ZEIDLER**, sh. 43; **BISCHOFF**, sh. 336; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 109; **OBERSON**, sh. 413; **KRAMER**, sh. 48; Y. 11. HD. T. 22. 04. 2004 E. 10593, K. 4362 (KİBB)' da, "...Borçlar Kanunu'nun 461/2 nci maddesi hükmünde "kendisine havale gönderilen havaleyi kabul ettiğini beyan edinceye kadar havaleyi gönderen ona karşı bu havaleden rücu edebileceği" öngörülmüştür. Somut olayda havale gönderilen, ... havale hesabına geçtiği andan itibaren kendi hakimiyet alanına geçmiş olup, tasarruf hakkı bu andan sonra sadece kendisine aittir. Bu durumda havaleyi gönderenin işlemin yanlışlığına dayanarak bankadan bu işlemi düzeltmesini isteyemeyeceği gibi, davalı bankanın da, üçüncü kişinin talimatına dayanarak davacı hesabından para çekmeye yetkisi bulunmamaktadır..." şeklinde ifade edilmek suretiyle bu sonucun benimsendiği görülmektedir. Havalenin geri alınması hk. Yargıtay kararları için ayrıca bk. **KOCAMAN**, Yargıtay, sh. 365 dn. 87'de zikredilen kararlar. Öğretilde **BUIS** ise (sh. 71), banka havalesinde kabul bildiriminden önce gerçekleştiği anın havale tekniğine göre belirlenmesi gerektiği ve buna bağlı olarak da havale talimatının kesinleştiği an bakımından kategorik olarak, alacak kaydı işleminin esas alınamayacağı görüşündedir.

dahil olan taraflar arasındaki ciro sözleşmesi ilişkisidir⁵⁵¹. Bu anlamda geri alma talimatı, ciro sözleşmesine dayanan ve konusu havale talimatının icra edilmemesi olan bir karşı talimat niteliğinde olup, bu (karşı) talimatın yerine getirilmesi banka için mümkün olduğu sürece, yani banka, havale talimatını icra etmedikçe – alacaklıya kaydı para aktarımı tamamlanana kadar – geri alma talimatı banka için hüküm ifade edecektir⁵⁵². Bankaya verilen havale talimatının hangi anda yerine getirilmiş sayılacağı noktasında ise, kurum içi banka havalesi ile zincirleme banka havalesi arasında bir ayırım yapılmalıdır.

i. Kurum İçi Banka Havalesi Bakımından

Kurum içi havalede, havalecinin havale talimatını, havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilinceye kadar geri alabileceği konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur. Havalecinin geri alma olanağının BK m. 461/f. II'ye tabi olduğu yönündeki baskın görüş çerçevesinde, banka, havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle havaleyi kabul bildiriminde bulunmuş olduğundan, hesaba alacak kaydı gerçekleşmediği sürece, havalecinin ödeme talimatını geri alabileceği sonucuna varılmaktadır⁵⁵³. Keza benimsediğimiz görüş uyarınca da banka, havale tutarını alacaklının hesabına alacak kaydetmekle ödeme talimatını icra etmiş olduğundan, bu andan itibaren havalecinin geri alma talimatı banka karşısında hüküm ifade etmez⁵⁵⁴.

Havaleci ve lehdar aynı bankanın farklı şubelerinin müşterisi oldukları takdirde de (yani farklı şubeler nezdinde tutulan hesaplar arasında gerçekleşen bir havale söz

⁵⁵¹ HEINI, sh. 48.

⁵⁵² HEINI, sh. 48. Alman hukukunda Banka Havalesi Yasası yürürlüğe girmeden önce öğretide genel kabul gören görüş de bu yönde idi. Bu konuda bk. VOLLRATH, sh. 66.

⁵⁵³ TÜRK, sh. 351; İsviçre hukuku için bk. KLEINER, sh. 55; BILLOTTE-TONGUE, sh. 109; BISCHOFF, sh. 336; du PASQUIER, Commentaire Romand, Art. 470, sh. 2438 (N. 5); KOLLER, Basler Kommentar, Art. 470, sh. 2489 (N. 6); KRAMER, sh. 48; öğretide BUIS ise (sh. 71), banka havalesinde kabul bildiriminin gerçekleştiği anın havale tekniğine göre belirlenmesi gerektiği ve buna bağlı olarak da havale talimatının kesinleştiği an bakımından kategorik olarak, alacak kaydı işleminin esas alınmayacağı görüşündedir; karşı. ZEIDLER, sh. 43.

⁵⁵⁴ Alman hukukunda bu yönde bk. HÄUSER, F.: Der Widerruf des "Überweisungsauftrags" im Giroverhältnis, NJW 1994, H. 48 (kıs. Widerruf) sh. 3122.

konusu ise), lehdarın hesabının tutulduğu banka şubesi lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirene kadar, havaleci ödeme talimatını geri alabilir⁵⁵⁵.

Şu halde, geri alma talimatının, ulaşması gereken bir irade açıklaması olduğu da dikkate alındığında⁵⁵⁶, havaleci, geri alma talimatını bankaya, alacak kaydı gerçekleşmeden önce ulaşacak şekilde göndermekle yükümlüdür. Bu anlamda, talimatın gecikmesi riski havaleci borçlu tarafından üstlenilmiş sayılır⁵⁵⁷. Öte yandan, geri alma talimatı bankaya ulaştıktan sonra, talimatın işleme konulması ve havale sürecinin durdurulması için bankaya makul bir işlem süresi tanınmış olmalıdır⁵⁵⁸. Geri alma talimatı bankaya ulaştığı anda henüz alacak kaydı gerçekleşmemiş olsa dahi, bankaya, işlemi durdurmaya yetecek makul süre tanınmamış ya da işlemin durdurulması banka için aşırı masraflı ise, geri alma talimatı bankaya zamanında ulaşmamış (gecikmiş) sayılacaktır⁵⁵⁹.

Banka özenli iş görme borcu temelinde geri alma talimatını zamanında işleme koymuş olmasına rağmen, geri alma talimatı gecikir ise, söz konusu gecikme riski havaleci tarafından üstlenilecektir⁵⁶⁰. Banka kendisine zamanında ulaşan havale talimatını hiç işleme koymaz ise, yine BK m. 389/f. I anlamında özenli iş görme borcunun ihlali temelinde havaleciye karşı sorumlu olur⁵⁶¹.

ii. Zincirleme Banka Havalesi Bakımından

Zincirleme banka havalesinde ödeme sürecine katılan kişilerin, birbirinden bağımsız ciro sözleşmeleri temelinde birbirlerine verdikleri talimatlar söz konusu

⁵⁵⁵ **KLEINER**, sh. 56; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 504. Buna karşın havalecinin geri alma talimatını hangi bankanın şubesine yöneltmesi gerektiği öğretide tartışmalıdır. Kurum içi havalede kaydı paranın tek bir tüzel kişi nezdinde aktarıldığı, bu nedenle geri alma talimatının bankanın herhangi bir şubesine verilebileceği yönünde bk. **BUIS**, sh. 72, 73; havalecinin geri alma talimatını, alacaklının hesabının tutulduğu veya havale talimatının verildiği veyahut merkez şubeye verebileceği, fakat bankanın bunların dışında kalan herhangi bir şubesine geri alma talimatı veremeyeceği yönünde bk. **CANARIS**, sh. 233 (N. 368).

⁵⁵⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 110.

⁵⁵⁷ **BUIS**, sh. 72

⁵⁵⁸ **BUIS**, sh. 72; geri alma talimatı için gerekli işlem süresinin belirlenmesinde, bankanın havale talimatını işleme koyması bakımından gerekli olan sürenin esas alınacağı yönünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 111.

⁵⁵⁹ **HEINI**, sh. 48; **BISCHOFF**, Transfers, sh. 337; **BUIS**, sh. 72.

⁵⁶⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 111.

⁵⁶¹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 111.

olduğundan, geri alma olanağının sona ermesi bakımından hangi ilişkideki talimatın geri alınmak istendiği önem arz eder. Bu itibarla, talimatın icra edilmiş sayıldığı ve böylece kesinleştiği an bakımından, söz konusu talimatın hangi ciro sözleşmesi çerçevesinde verildiğine göre bir ayırım yapılması gerekir.

aa. Havaleci İle Bankası Arasındaki İlişkide Talimatın Kesinleşmesi

Geri alma talimatı bir karşı talimat niteliğinde olduğundan, zincirleme banka havalesinde borçlu, geri alma talimatını kural olarak, ciro sözleşmesi zemininde havale talimatı vermiş olduğu bankaya, yani hesabının tutulduğu bankaya yöneltilir.

Borçlunun bankası, havale tutarını havale zincirinde kendinden sonra gelen bankanın (aracı bankanın ya da alacaklının bankasının) hesabına aktardığı andan itibaren, ödeme talimatı borçlu havalecinin bankası karşısında kesinleşmiş sayılır⁵⁶². Diğer bir deyişle, borçlunun geri alma talimatı kendi bankası karşısında hüküm ifade etmez. Zira karşılığın havale zincirinde aktarılması ile borçlunun bankasının egemenlik alanında gerçekleşen havale süreci tamamlanmıştır. Buna karşın borçlu, henüz havale talimatı ve karşılık havale zincirinde aktarılmadan önce, geri alma talimatını kendi bankasına iletmış ise, tıpkı kurum içi havalede olduğu gibi, borçlu havalecinin bankası kendi nezdinde devam eden havale işlemini (sürecini) durdurmak ve havale tutarını borçluya iade etmekle yükümlü olur⁵⁶³.

Her ne kadar havaleci borçlunun ödeme talimatını geri alma olanağı kendi bankası karşısında sona ermiş olsa dahi, ciro sözleşmesi uyarınca borçlu havalecinin bankası, müşterisinin geri alma talimatını lehdar alacaklının bankasına aktarmakla yükümlüdür⁵⁶⁴. Zira zincirleme banka havalesinde borçlunun bankası, ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü⁵⁶⁵ kısmen alacaklının hesabının tutulduğu bankaya devrettiğinden, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi yönündeki bir karşı

⁵⁶² **BISCHOFF**, sh. 336; **LOMBARDINI**, sh. 242 (N. 55).

⁵⁶³ **HELBIG**, sh. 106; **BUIS**, sh. 123; **LOMBARDINI**, sh. 242 (N. 56).

⁵⁶⁴ **HELBIG**, sh. 108; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 504; **ZEIDLER**, sh. 43.

⁵⁶⁵ Bu yükümlülük, havale lehdarı olarak gösterilen kişiye havale kaydı paranın aktarılması yönünde faaliyette bulunmadır. Bu konuda bk. aşağıda ciro sözleşmesinde bankanın edim yükümlülüğünün kapsamına ilişkin olarak Üçüncü Bölüm I. C. 2. a. iii. aa.

talimatı da alacaklının bankasına aktarmakla yükümlü sayılmalıdır⁵⁶⁶. Keza havaleci konumundaki borçlunun, varsayılan iradesinin de geri alma talimatının havale zincirindeki bankalara aktarılması yönünde olduğu söylenebilir. Havaleci borçlunun geri alma talimatının aktarılması ile kastedilen ise, bankanın havale zincirinde kendisinden sonra gelen bankaya, bu banka ile arasındaki ciro sözleşmesi temelinde ayrı bir geri alma talimatı vermesidir.

Havalecinin, kendi bankası ve diğer aracı bankalar tarafından geri alma talimatının havale zincirinde aktarılmasını beklemek yerine, doğrudan doğruya lehdar bankaya geri alma talimatı verip veremeyeceği ise, öğretilen tartışmalıdır. Bu konuda genel kabul gören görüş⁵⁶⁷, geri alma talimatının, ciro sözleşmesi çerçevesinde bir karşı talimat olarak, yalnızca havale talimatının verildiği ciro ilişkisinin tarafları için sonuç doğuracağı; havaleci ile lehdarın bankası arasında geri alma talimatına esas teşkil eden bir ciro sözleşmesi mevcut olmadığından⁵⁶⁸, lehdarın bankası kendisine havaleci tarafından iletilen bir geri talimatı ile bağlı olmadığı yönündedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, lehdarın bankası, karşılık ilişkisinde – yani havaleci ile bankası arasındaki ilişki bakımından – BK m. 391/III anlamında alt vekil konumunda olduğundan, müvekkil konumundaki havalecinin geri alma talimatı ile bağlıdır⁵⁶⁹. Vurgulamak gerekir ki, bu olasılıkta lehdarın bankası, çoğu zaman, sözleşme ilişkisi içinde olmadığı bir kişi tarafından kendisine iletilen geri alma talimatının meşruiyetini denetleme olanağından yoksun olacaktır. Bu itibarla lehdarın bankasının havalecinin doğrudan talimatı ile bağlılığını, talimatı veren kişinin meşruiyetinin banka için kesin şekilde tespit edilebildiği durumla sınırlandırmak gerekir⁵⁷⁰. Banka açısından bu ölçüde bir kesinlik söz konusu olmadığı takdirde ise, kanımızca banka, havale sürecini

⁵⁶⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 111.

⁵⁶⁷ **HEINI**, sh. 48; **ZEIDLER**, sh. 49; **LOMBARDINI**, sh. 242 (N. 57); **BILLOTTE-TONGUE**'a göre (sh. 112), havalecinin bankası geri alma talimatını alacaklının bankasına ulaştırmak konusunda havaleciye göre daha elverişli bir konumdadır, zira havaleci çoğu zaman, lehdarın hesabının tutulduğu banka şubesinden habersiz olup, talimatı vermeden önce ya kendi bankasından ya da alacaklıdan bu konuda bilgi almak zorundadır.

⁵⁶⁸ **HELBIG**'e göre (sh. 107), havalecinin aynı zamanda, talimatın aktarıldığı muhabir bankanın ya da lehdarın bankasının müşterisi (bu banka nezdinde hesap sahibi) olması da, bu sonucu değiştirmez. Zira havaleci tarafından alacaklının bankasına yöneltilmiş herhangi bir havale talimatı söz konusu olmaksızın, taraflar arasında salt (rastlantısal) bir sözleşme ilişkisinin varlığından hareketle, lehdarın bankasının havalecinin tüm talimatları ile bağlı olduğu sonucuna varılamaz.

⁵⁶⁹ **BUIS**, sh. 125; **KRAMER**, sh. 49; aksi görüşte **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 112.

⁵⁷⁰ **BUIS**, sh. 125; **KRAMER**, sh. 49.

durdurmak ve geri alma talimatının havale zinciri üzerinden kendisine ulaşmasını beklemekle yükümlüdür⁵⁷¹.

bb. Havalecinin Bankası ile Lehdarın Bankası Arasındaki İlişkide Talimatın Kesinleşmesi

Bilindiği üzere zincirleme banka havalesinde lehdar alacaklıya kaydi parayı aktaran lehdarın bankasıdır. Havaleci borçlu, kendi bankası nezdinde ödeme talimatını geri almasa dahi, havale zincirinde aktarılan geri alma talimatı lehdar alacaklının bankası nezdinde kesinleşmedikçe, diğer bir deyişle, ödeme talimatının alacaklının bankasına karşı geri alınması mümkün olduğu sürece, para borçlusu ile para alacaklısı arasında kaydi para aktarımı kesinleşmiş olmaz. Aşağıda ödeme talimatının lehdarın bankası karşısında kesinleştiği an, ödeme talimatının bu bankaya aktarılma tarzına göre bir ayırım yapılmak suretiyle incelenecektir.

aaa. Karşılığın Lehdarın Bankasına Doğrudan Havalecinin Bankası Tarafından Ya Da Muhabir Banka Aracılığıyla Aktarıldığı Havalede Kesinleşme Anı

Yukarıda da ifade edildiği gibi, havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında doğrudan bir hesap (ciro) ilişkisi mevcut olduğu takdirde, havalecinin bankası geri alma talimatını doğrudan lehdarın bankasına iletme olanağına sahiptir. Muhabir banka aracılığıyla gerçekleştirilen havalede ise, havalecinin bankası geri alma talimatını öncelikle havale zincirindeki muhabir bankaya aktarır⁵⁷². Muhabir banka, havalecinin bankası ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca geri alma talimatını havale zincirinde – lehdarın bankasına ya da sonraki muhabir bankaya – aktarmakla yükümlüdür⁵⁷³. Bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmiş sayılması bakımından, kurum içi havale çerçevesinde benimsenen ilkeler kıyasen uygulanabilir.

⁵⁷¹ Bu olasılıkta havaleci tarafından, lehdarın bankasına ulaştırıldığı irade açıklamasının, gönderilen geri alma talimatına ilişkin bir bildirim etkisi doğuracağı yönünde bk. **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3124.

⁵⁷² Öte yandan, lehdarın bankasının doğrudan doğruya havalecinin bankası tarafından iletilen – havale zincirinde kendinden önce gelen aracı banka tarafından değil – geri alma talimatı ile bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretide genel kabul gören görüş⁵⁷², geri alma talimatının, ciro sözleşmesi çerçevesinde bir karşı talimat olarak, yalnızca ödeme talimatının verildiği hukuki ilişkinin tarafları için sonuç doğuracağı, bu nedenle de, lehdarın bankasına doğrudan iletilen bir geri alma talimatının lehdarın bankası karşısında hüküm ifade etmeyeceği yönündedir. Bu görüş için bk. **ZEIDLER**, sh. 49; **LOMBARDINI**, sh. 242; Alman hukukunda bu yönde bk. **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3124.

⁵⁷³ **KRAMER**, sh. 50.

Bu şekilde alacaklının bankasına aktarılan geri alma talimatının alacaklının bankası karşısında hangi ana kadar hüküm ifade edeceği konusunda öğretide görüş ayrılığı mevcuttur.

Bir görüşe göre⁵⁷⁴, zincirleme banka havalesinde ödeme talimatını geri alma olanağı, havale tutarının alacaklının bankasının hesabına alacak kaydedildiği (yani karşılığın lehdarın bankasının malvarlığına dahil olduğu) anda sona erer ve bedel ilişkisinde kaydi para aktarımı kesinleşmiş sayılır. Bu görüşün temelinde, bir irade açıklamasının, muhatabı aleyhine (üçüncü kişiler karşısında) bir yükümlülük doğurmadığı sürece geri alınabileceği ilkesi yatmaktadır⁵⁷⁵. Zincirleme banka havalesinde, ödeme talimatı, karşılık lehdarın bankasına ulaştığı anda böyle bir etki doğurmakta, alacaklı kendi bankasına karşı – havale tutarının hesabına aktarılmasına yönelik – bir alacak hakkı (*Anspruch auf Gutschrift*) elde etmektedir. Zira alacaklının bankası ciro sözleşmesi uyarınca alacaklının vekili sıfatı ile hareket etmekte olup, müvekkil konumundaki para alacaklısı lehine elde ettiği havale tutarını BK m. 392/f. I uyarınca alacaklıya aktarmakla yükümlüdür. Şu halde, karşılığın alacaklının bankasına ulaştığı andan itibaren havaleci borçlunun ödeme talimatını geri alamaması, diğer bir deyişle lehdar alacaklının banka nezdinde elde ettiği hukuki konuma müdahale edememesi gerekir. Ayrıca, lehdarın bankası ile havaleci borçlu arasında ciro sözleşmesi ilişkisi mevcut olmadığı dikkate alındığında, lehdarın bankası havaleci borçlunun geri alma talimatına uymakla yükümlü olmadığı gibi, lehdar alacaklı karşısında buna yetkili de değildir⁵⁷⁶.

Buna karşın, Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde baskın görüş⁵⁷⁷, havaleci borçlunun ödeme talimatını geri alma olanağının kural olarak lehdarın bankası

⁵⁷⁴ Bu görüş hk. açıklamalar için bk. **HELBIG**, sh. 102 vd.; **LOMBARDINI**, sh. 243. Bu yaklaşımın Alman hukukunda kanunkoyucu tarafından Banka Havalesi Yasasında açıkça benimsendiği görülmektedir. BGB § 676a IV'e göre, muhabir banka aracılığıyla gerçekleşen bir zincirleme banka havalesinde, kaydi para aktarımını önlemeye yönelik olan havalecinin kendi bankasına ilettiği fesih açıklamasının lehdarın bankasına karşı hüküm ifade edebilmesi için, havale tutarı lehdarın bankasına aktarılmaya kadar – yani lehdarın bankasının hesabına alacak kaydedilme anına kadar – havalecinin bankası tarafından, söz konusu fesih açıklamasının lehdarın bankasına bildirilmiş olması gerekir. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676a, sh. 2706 (N. 41); **LANGENBUCHER**, sh. 153.

⁵⁷⁵ **HELBIG**, sh. 102.

⁵⁷⁶ **GAUCH**, P. / **SCHLUEP**, W. R. / **SCHMID**, S. / **REY**, H.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 8. Aufl., Zürich 2003, sh. 57 (N. 2368).

⁵⁷⁷ İsviçre hukuku öğretisinde bu sonuca varan yazarların çoğunluğu, kurum içi havalede olduğu gibi, havale talimatının kesinleşme anı bakımından BK m. 461/f. II hükmünü esas almaktadırlar. Buna göre,

tarafından havale tutarının lehdar alacaklının hesabına alacak kaydedildiği anda sona ereceği yönündedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, lehdarın bankasının, kendisine ulaşan havale tutarını, lehdar ile arasındaki ciro sözleşmesinden kaynaklanan vekil sıfatı gereğince müşterisine aktarmakla yükümlü olması, bu andan itibaren müşterinin, banka nezdinde elde ettiği bu hukuki konuma müdahale edilemeyeceği anlamına gelmez. Zira lehdarın bankası, henüz lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirmeden önce, havale tutarını, havalecinin bankası ya da muhabir bankaya karşı ciro sözleşmesi ile üstlendiği iş görme edimini ifa etmek amacıyla ve vekil sıfatı ile elinde bulundurmaktadır. Buna göre, lehdarın bankası, havale tutarının kendisine ulaşması ile lehdarın hesabına ulaşması arasındaki süreçte, iki farklı ciro ilişkisinde vekil sıfatı⁵⁷⁸ ile hareket eder⁵⁷⁹. Şu halde, havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilmediği sürece⁵⁸⁰, lehdarın bankasının ciro sözleşmesinden doğan iş görme yükümlülüğü de sona ermiş sayılmayacağından, müvekkil konumundaki havalecinin bankası, geri alma talimatı ile vekil konumundaki lehdarın bankasının edim sonucunu gerçekleştirmesini önleyebilmelidir⁵⁸¹.

bbb. Karşılığın Lehdarın Bankasına Ödeme Sistemi (EFT) Aracılığıyla Aktarıldığı Havalede Kesinleşme Anı

Daha önce açıklandığı üzere, karşılığın EFT sistemi aracılığıyla lehdarın bankasına aktarılması, havale tutarının lehdarın bankasının Merkez Bankası nezdinde tutulan mutabakat hesabına alacak kaydedilmesi ile gerçekleşmektedir. Bu havale türünde özellik arz eden durum ise, sisteme dahil olan bankalar ile Merkez Bankası

lehdarın bankası zincirleme banka havalesi kurgusunda alt havale muhatabı (*Unterangewiesene*) konumunda olup, havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle BK m. 459/f. I anlamında kabul bildiriminde bulunmuş sayılır; alacak kaydı anında havalecinin havale talimatını lehdarın bankası karşısında geri alma olanağı sona erer. Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 112; **FAVRE-BULLE**, X.: Les paiements transfrontières dans un espace financier européen, Bale 1998, sh. 390; **KRAMER**, sh. 49; karş. **ZEIDLER**, sh. 43; **BUIS**, sh. 123; Alman hukukunda da, lehdarın hesabına alacak kaydı anının esas alınması baskın görüştür. Bu konuda bk. **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3123.

⁵⁷⁸ Lehdarın bankası bir yandan, havale lehdarı konumundaki alacaklı ile arasındaki ciro sözleşmesi temelinde, kaydı parayı alacaklı hesabına kabul ederken; diğer yandan da, karşılığı aktaran banka (havalecinin bankası ya da muhabir banka) ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca, kaydı parayı alacaklıya aktarma yönünde faaliyet gösterir.

⁵⁷⁹ **HELBIG**, sh. 104; **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3123.

⁵⁸⁰ Havale tutarının lehdarın bankasına ulaşması ile lehdarın bankaya karşı elde ettiği talep hakkının (*anspruch auf Gutschrift*), havale talimatının geri alınmaması bozucu şartına bağlı olduğu yönünde bk. **HELBIG**, sh. 103; Alman hukukunda bu yönde bk. **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3123.

⁵⁸¹ **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3123; **LOMBARDINI**, sh. 243 (N. 60)

arasındaki anlaşma uyarınca⁵⁸², EFT sistemi tarafından icra edilen ödeme talimatının kesin – geri alınamaz – olmasıdır⁵⁸³. Bu anlamda, muhabir banka aracılığıyla gerçekleştirilen havaleden farklı olarak, EFT sisteminde karşılığın lehdarın bankasına aktarıldığı andan itibaren, havalecinin bankasının sistem üzerinden geri alma talimatı verme olanağı sona erer. Keza İsviçre’deki SIC sisteminde⁵⁸⁴ de, havalecinin bankası tarafından verilen ödeme talimatı, ancak lehdarın bankasının Merkez Bankası nezdindeki SIC hesabına alacak kaydı yapılmadığı⁵⁸⁵ sürece geri alınabilir⁵⁸⁶. Bu noktada, bankalar arasındaki kaydi para aktarımında geri alma olanağının bu şekilde sınırlandırılmasının, borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkide kaydi para aktarımının kesinleşme anı üzerinde etkili olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir.

İsviçre hukukunda bazı yazarlar tarafından, SIC sisteminde verilen ödeme talimatının bankalar arasındaki ilişkide kesinleştiği andan itibaren havaleci ile lehdar arasındaki bedel ilişkisinde havale talimatını geri alma olanağının sona ermiş sayılacağı⁵⁸⁷ ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca havaleci ile lehdar arasındaki bedel

⁵⁸² Merkez Bankası ile katılımcı bankalar arasındaki EFT-II/EMKT Sistemi Katılımcı Taahhütnamesi hk. bilgi için bk. **TÜRK**, sh. 263 dn. 171.

⁵⁸³ **TÜRK**, sh. 263.

⁵⁸⁴ SIC sisteminde, EFT sistemine benzer şekilde, havale tutarının lehdar bankanın Merkez Bankası nezdinde tutulan SIC Takas Hesabına (SIC Verrechnungskonto) alacak kaydedilmesi anında karşılık lehdarın bankasına aktarılmış ve ödeme işlemi tamamlanmış sayılır; bu andan itibaren SIC sistemi aracılığıyla Merkez bankasına verilen ödeme talimatı geri alınamaz. Sistemin işleyişini düzenleyen “Teknik Talimatlarda” da, clearing işlemi tamamlandıktan sonra Merkez Bankasının, kendisine ulaşan geri alma talimatını lehdar bankaya aktarmakla yükümlü olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda bk. **HESS**, Clearing, sh. 111.

⁵⁸⁵ Bu anlamda borçlu, henüz clearing işlemi tamamlanmadığı aşamada, geri alma talimatını kendi bankasına ulaştırmış ise, borçlunun bankası clearing sistemi üzerinden Merkez Bankasına aktardığı ödeme talimatını geri alabilir. Yine borçlunun bankası, alacaklının bankasına da geri alma talimatını bildirmek suretiyle bu bankanın karşılık henüz kendisine ulaşmadan alacaklının hesabına alacak kaydı yapmasını engelleyebilir. Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 112.

⁵⁸⁶ **HESS**, Clearing, sh. 111; **HEINI**, sh. 49; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 112; **KRAMER**, sh. 50.

⁵⁸⁷ Öğretide, kural olarak havalecinin havale talimatını geri alma olanağının, ödeme talimatının sisteme dahil olduğu anda sona ereceği; beklemeye alınan ödeme talimatının ise, bekleme süresi boyunca geri alınmasının mümkün olduğu yönünde bk. **GAUCH**, P./**SCHLUEP**, W. R./**SCHMID**, J./**REY**, H.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl. Zürich 2003 (kıs. Bd. II), sh. 57 (N. 2368); geri alma olanağının SIC hesabına alacak kaydı yapıldığı anda (yani karşılığın lehdarın bankasına ulaştığı) sona erdiği yönündeki benzer görüş için bk. **KOLLER**, T. / **KISSLING**, C.: Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Berne 2000, sh. 67.

ilişkisi, havale talimatının kesinleşme anı bakımından, bankalar arasındaki ilişkiye bağımlıdır⁵⁸⁸.

Öğretideki baskın görüş ise, karşılığın ödeme sistemi aracılığıyla aktarıldığı havalede, kaydi paranın para borçlusundan para alacaklısına aktarılmasını sağlayan havale ilişkisinin, kaydi paranın bankalar arasında aktarılmasını sağlayan ilişkiden bağımsız olduğu yönündedir. Buna göre, bankalar arasındaki ilişkide kaydi para aktarımı kesinleşmiş – yani havalecinin bankasının ödeme talimatını geri alma olanağı sona ermiş – olsa dahi, havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilmedikçe, havale talimatı bedel ilişkisi bakımından kesinleşmiş sayılmaz⁵⁸⁹.

Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, havalecinin bedel ilişkisindeki hukuki durumunun, tarafı olmadığı bankalar arasındaki ilişki nedeniyle kötüleşmemesi gerekir. Bu anlamda bankalar tarafından tercih edilen kaydi parayı aktarım tekniği, havalecinin havale talimatını geri alma olanağı üzerinde belirleyici olmamalıdır⁵⁹⁰. Bazı yazarlarca savunulanan aksine, havaleci ile lehdarın bankası arasında ciro sözleşmesi ilişkisinin mevcut olmaması ve havalecinin bankasının ödeme sistemi üzerinden geri alma talimatı verme olanağının sona ermiş olması, bu yönde bir gerekçe teşkil etmez. Zira clearing işlemi tamamlandıktan sonra, her ne kadar geri alma talimatının havale zinciri üzerinden – Merkez Bankası aracılığıyla – alacaklının bankasına aktarılması mümkün değilse de,

⁵⁸⁸ Yabancı hukuklarda da bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda BGB § 676a IV’te, yine bu hükümde öngörülen havalenin, havale tutarının lehdarın bankasına ulaşması ile kesinleşmesi kuralına bir istisna getirilmiş ve ödeme (clearing) sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen havale söz konusu olduğunda, havalenin kesinleşme anı bakımından, ilgili ödeme sisteminin işleyişine ilişkin bankalar arasındaki anlaşma esas alınacağı düzenlenmiştir. Böylece, ödeme sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen havalede, havalecinin havale sözleşmesini feshetme olanağının, havale tutarının lehdarın bankasına ulaşmasından önceki bir aşamada sona ermesi mümkün kılınmıştır. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676a, sh. 2708 (N. 44).

Amerikan hukukunda ise, CHIPS sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen bir zincirleme havalenin söz konusu olduğu *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust*, 609 F. 2d 1047 (2nd Cir. 1979) kararında, havale tutarının CHIPS sistemi üzerinden lehdarın bankasına aktarıldığı anda havale talimatının kesinleşeceği sonuca varılmıştır. Söz konusu olayda, havale lehdarı konumundaki “Herstatt”ın iflas etmesi üzerine, havaleci konumundaki “Delbrueck” tarafından, havale talimatının geri alındığı lehdarın bankasına (Chase Manhattan Bank) bildirilmiştir. Her ne kadar bu bildirim gerçekleştirildiği sırada henüz havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilmemiş ise de, CHIPS sisteminde karşılığın lehdarın bankasına ulaştığı andan itibaren lehdarın bankasına bildirilen geri alma talimatının (lehdarın bankası karşısında) hüküm doğurmayacağı kabul edilmiştir. Bu karar hk. bk. **VASSEUR**, M.: *Les Transferts Internationaux de Fonds. La loi type des Nations Unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit, Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye 1993-II*, Dordrecht-Boston- Londres 1994, sh. 208 vd.; **BUIS**, sh. 124 dn. 705.

⁵⁸⁹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 112 (N. 230); **KRAMER**, sh. 49.

⁵⁹⁰ **du PASQUIER**, *Commentaire Romand*, sh. 2439 (N. 5).

havalecinin bankası, lehdarın bankası ile arasındaki ciro sözleşmesi temelinde, geri alma talimatını doğrudan doğruya lehdarın bankasına aktarmaya yetkili ve hatta havaleci karşısında bununla yükümlüdür⁵⁹¹. Lehdarın hesabına alacak kaydı yapılmadan önce, geri alma talimatı kendisine ulaşan lehdarın bankası, clearing sistemi üzerinden havalecinin bankası lehine vereceği ödeme talimatı ile havale tutarının iadesini gerçekleştirecektir⁵⁹².

2. Ödeme Talimatının Geri Alınmasının Sonuçları

a. Bankaya Zamanında İletilmemiş Olan Geri Alma Talimatı Bakımından

Geri alma talimatı, bankaya (zincirleme havalede lehdarın bankasına) zamanında iletilmemiş ise, banka karşısında hüküm doğurmaz ve havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesinin geçerli bir ödeme talimatına dayandığı kabul edilir⁵⁹³. Buna bağlı olarak, havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydeden banka, ciro sözleşmesinden doğan iş görme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olur ve BK m. 394/f. I (art. 402/I CO) uyarınca havale tutarını masraf olarak havaleciden talep edebilir⁵⁹⁴. Banka bu masrafı, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmek suretiyle karşılar.

Havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedildiği esnada, taraflar arasında geçerli bir havale ilişkisi mevcut olduğundan, bankanın lehdara edimde bulunması, havalecinin doğrudan lehdara edimde bulunması gibi sonuç doğuracaktır⁵⁹⁵. Bu anlamda kaydi para aktarımı bedel ilişkisinde havaleci ile lehdar arasında gerçekleşir. Bedel ilişkisinin tarafları arasında geçerli bir para borcu mevcut ise, havalecinin geri alma talimatına (yani havalecinin aksi yöndeki iradesine) rağmen ifa etkisi gerçekleşir ve havale edilen tutar oranında para borcu sona erer⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 113 (N. 230); **KRAMER**, sh. 51.

⁵⁹² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 113 (230).

⁵⁹³ **HEINI**, sh. 49.

⁵⁹⁴ **HEINI**, sh. 50; **BUIS**, sh. 181; **KOLLER/KISSLING**, sh. 66 dn. 192.

⁵⁹⁵ **HONSELL**, H.: Keine direkte Kondiktion der Bank gegen den gutgläubigen Anweisungsempfänger bei Ausführung der Überweisung trotz Widerrufs des Bankkunden, AJP/PJA 1995/9, sh. 1210.

⁵⁹⁶ **HEINI**, sh. 50.

Bedel ilişkisinde geçerli bir para borcu mevcut olmadığı takdirde ise, havale tutarı lehdarın malvarlığında BK m. 62 anlamında sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, geçerli bir havale talimatı söz konusu olduğu sürece bankanın edimi havalecinin edimi sayılacağından, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebi de, geçersizliğin söz konusu olduğu bedel ilişkisinin tarafları, yani havaleci ile lehdar arasında gündeme gelir⁵⁹⁷. Diğer bir deyişle lehdara, havaleci yerine bankanın edimde bulunmuş olması, havalecinin malvarlığından lehdarın malvarlığına belirli bir tutarın aktarıldığı sonucunu değiştirmez. Havaleci, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebini lehdara yöneltecektir⁵⁹⁸. Bu noktada kaydi paranın tek bir banka ya da birden fazla banka aracılığıyla aktarılmış olması ise, iade ilişkisi üzerinde etkili değildir⁵⁹⁹.

b. Bankaya Zamanında İletilen Geri Alma Talimatı Bakımından

Bankaya zamanında iletilmiş olan geri alma talimatı, gerek banka ile havaleci borçlu arasındaki karşılık ilişkisi, gerek banka ve lehdar alacaklı arasındaki ödeme ilişkisi bakımından sonuçlar doğurur.

i. Banka İle Havaleci Arasındaki İlişkideki Sonuçlar

Ödeme talimatı zamanında geri alınmış olmasına rağmen, banka havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmiş ya da zincirleme banka havalesinde ödeme talimatını havale zincirinde aktarmış ise, geçerli – havaleciye isnat edilebilir – bir ödeme talimatı olmaksızın hareket etmiş olur⁶⁰⁰. Bu olasılıkta vekil konumundaki banka, ciro sözleşmesinden doğan iş görme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olmadığından, müvekkil konumundaki havaleciden BK m. 394/f. I uyarınca masraf talebinde bulunamaz⁶⁰¹. Banka, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmiş ise, BK m. 394/f. I'de öngörülen koşul gerçekleşmediğinden, havale tutarının havalecinin

⁵⁹⁷ **OBERSON**, sh. 423; **BUIS**, sh. 173, 179.

⁵⁹⁸ Bu olasılıkta havaleci, bedel ilişkisindeki geçersizlikten – lehdara borçlu olmadığından – bahisle, bankadan, hesabına borç kaydedilen tutarın iadesini talep edemez. Zira havaleci ile bankası arasındaki karşılık ilişkisi, bedel ilişkisinden bağımsız olup, bankanın ciro sözleşmesinden doğan masraf talebi üzerinde belirleyici değildir. Bu konuda bk. **HONSELL**, sh. 1210; **BUIS**, sh. 180.

⁵⁹⁹ **BUIS**, sh. 173.

⁶⁰⁰ **HEINI**, sh. 50.

⁶⁰¹ **von der CRONE**, sh. 68; **HEINI**, sh. 50; **KOLLER/KISSLING**, sh. 47; Alman hukukunda da BGB § 675, 670 temelinde varılan bu sonuç için bk. **HÄUSER**, Widerruf, sh. 3126.

hesabına borç kaydedilmesi ciro sözleşmesine aykırılık teşkil eder. Banka, ciro sözleşmesi temelinde, havalecinin hesabına borç kaydetmiş olduğu havale tutarını, BK m. 390/f. I uyarınca (art. 400/I CO) havalecinin hesabına yeniden alacak kaydetmek suretiyle havalecinin malvarlığına iade etmekle yükümlüdür⁶⁰². Bankanın, havale lehdarından ya da havale zincirinde kendisinden sonra gelen bankadan söz konusu havale tutarının iadesini sağlayamamış olması, bankanın bu iade yükümlülüğü üzerinde etkili değildir⁶⁰³. Diğer bir deyişle, zamanında verilen geri alma talimatında havale tutarının kaybı riski banka tarafından üstlenilir.

ii. Banka İle Havale Lehdarı Arasındaki İlişkideki Sonuçlar

Banka, zamanında verilmiş bir geri alma talimatına rağmen lehdara ödeme yapmış – havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmiş – ve daha sonra havalecinin hesabına borç kaydettiği bu tutarı havalecinin hesabına iade etmiş ise, bankanın malvarlığında iade ettiği tutar kadar bir eksilme meydana gelmiş olur. Bankanın, bu eksilme nedeniyle, doğrudan havale lehdarına yönelteceği, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep hakkına (*Direktkondiktion*) sahip olup olmadığı İsviçre hukukunda tartışmalıdır.

aa. Öğretide ve Yargı Kararlarında İleri Sürülen Görüşler

Geçerli şekilde – zamanında – geri alınmış ödeme talimatına rağmen lehdara ödeme yapan bankanın, ödediği tutarın iadesini lehdardan talep edip edemeyeceği konusunda İsviçre hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında iki temel yaklaşım mevcuttur. Birinci yaklaşım çerçevesinde lehdara yapılan ödemenin hukuki sebepten yoksun olduğu kabul edilip, bankaya lehdardan – sebepsiz zenginleşmeye dayanan – iade talep etme olanağı mutlak olarak tanınırken, diğer yaklaşım çerçevesinde bu olanak lehdarın iyiniyetli olmadığı durum ile sınırlandırılmaktadır. Bu iki yaklaşım arasındaki temel farklılık ise, havalenin geri alınmasının, bankanın lehdara yaptığı kazandırmanın geçerliliği üzerindeki etkisi bakımından, havale ilişkisinin en baştan hiç kurulmamış

⁶⁰² HEINI, sh. 51; OBERSON, sh. 421; KOLLER/KISSLING, sh. 47; THÉVENOZ, L.: Le banquier, son client et l'ordinateur, Reflexions sur la prestation de services en masse, SJ 1993, (kis. Banquier), N. 2, sh. 28.; Alman hukukunda bu yönde bk. HÄUSER, Widerruf, sh. 3126.

⁶⁰³ HÄUSER, Widerruf, sh. 3126.

sayıldığı durumlardan birini mi yoksa kendine özgü bir geçersizlik durumu mu teşkil ettiği ile ilgilidir.

aaa. Bankanın Lehdarkan Havale Tutarının İadesini Talep Edebileceği Yönündeki Görüş (Kazandırmanın Geçerli Sebepden Yoksun Olduğu Yönündeki Görüş)

İsviçre hukuku öğretisindeki baskın görüş⁶⁰⁴, havaleci tarafından zamanında iletilen geri alma talimatına rağmen lehdara ödeme yapan bankanın, sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebini doğrudan havale lehdarına yöneltebileceği yönündedir.

Bu görüşe göre, BK m. 457 vd. anlamında havale ilişkisinde, havale muhatabının lehdara yaptığı kazandırmayı haklı kılan olgu (*rechtfertigender Grund*), havaleci tarafından, havale muhatabına ödeme yetkisi ve lehdara ise bu ödemeyi kabz yetkisinin verilmiş olması, yani geçerli bir havalenin varlığıdır⁶⁰⁵. Banka havalesinde de havale hükümlerinin doğrudan ya da kıyasen uygulanacağı benimsendiği ölçüde, geçerli bir ödeme talimatı olmaksızın banka tarafından lehdara yapılan ödeme, hukuki sebepten yoksun bir kazandırma olarak lehdarın malvarlığında bir sebepsiz zenginleşme teşkil eder. Banka, havale tutarının iadesini doğrudan lehdardan talep edebilir⁶⁰⁶. Bu noktada, baştan itibaren geçersiz⁶⁰⁷ olan bir ödeme talimatına dayanan ödeme ile zamanında geri alınmış bir havale üzerine yapılan ödeme arasında fark yoktur. Her iki durumda da havaleciye isnat edilemeyen bir ödeme talimatı üzerine yapılan ödeme söz konusudur. Zira bankaya zamanında iletilen geri alma talimatı da, bankaya ve lehdara (havale talimatı ile) verilen ödeme ve kabz yetkilerini, kısaca havale ilişkisini ortadan kaldırdığından, geri almaya rağmen banka tarafından gerçekleştirilen kazandırma

⁶⁰⁴ HONSELL, sh. 1210; du PASQUIER, Commentaire Romand, sh. 2440 (N. 9); BUIS, sh. 202; LOMBARDINI, sh. 252 (N. 92); bu görüşün kural olarak benimsenmesi için bk. KOLLER, Basler Kommentar, Art. 467, sh. 2482 (N. 12); KOLLER/KISSLING, sh. 69.

⁶⁰⁵ BETTSCHART, sh. 134.

⁶⁰⁶ KOLLER/KISSLING, sh. 48 vd.

⁶⁰⁷ Baştan itibaren geçersiz olan ödeme talimatına dayanan alacak kaydı ile, en baştan mevcut olmayan veya havaleciye isnat edilebilir olmayan bir ödeme talimatı anlaşılmalıdır. Bu kapsamda banka tarafından aynı ödeme talimatının birden çok kez icra edilmesi, havale tutarının ödeme talimatında belirtilen dışındaki bir hesaba alacak kaydedilmesi veyahut lehdarın hesabına ödeme talimatında belirtilenden fazla bir tutarın alacak kaydedilmesi, keza bankanın ödemeyi, sahte veya tahrif edilmiş veyahut yetkisiz temsilcinin verdiği bir talimat üzerine gerçekleştirmiş olması düşünülebilir. Bu yönde bk. KOLLER, Basler Kommentar, Art. 467, sh. 2481 (N. 10); LOMBARDINI, sh. 251.

esnasında geçerli bir hukuki sebep mevcut değildir⁶⁰⁸. BK m. 62 uyarınca, banka lehdardan havale tutarının iadesini talep edebilir⁶⁰⁹. Bedel ilişkisinde lehdarın, (sözde) havaleci den havale edilen tutar kadar alacaklı olması⁶¹⁰ ve lehdarın, bu tutarın havaleci tarafından kendisine ödendiği konusunda iyiniyetli olması da bu sonucu değiştirmez⁶¹¹.

Lehdarın iyiniyeti ise, ancak BK m. 63/f. I'de (art. 64/I CO) öngörülen koşullar mevcut ise, iade yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinden dikkate alınır. Bu hüküm uyarınca, iyiniyetli⁶¹² iade borçlusunun yükümlülüğü, iade anında elinde kalan zenginleşme miktarı ile sınırlıdır⁶¹³. Şu halde, havale lehdarı, havale tutarı üzerinde iyiniyetli şekilde tasarrufta bulunmuş ise, bankaya karşı zenginleşmenin eksildiği savunmasını ileri sürebilir ve bu ölçüde iade borcundan kurtulur. Bununla birlikte, zenginleşmenin eksilmesi sonucunu doğuran tasarruf işleminin, zenginleşme ile nedensellik bağı içinde olması, diğer bir deyişle iade borçlusu konumundaki havale lehdarının, banka tarafından kendisine geçerli bir ödeme (kazandırma) yapıldığına güvenmek suretiyle harcamada bulunmuş olması gerekir⁶¹⁴. Söz konusu nedensellik bağını ispat yükü ise, iade borçlusuna aittir⁶¹⁵. Bu anlamda, iade borçlusu lehdar, banka

⁶⁰⁸ **BUIS**, sh. 170, 202.

⁶⁰⁹ **HEINI**, sh. 51.

⁶¹⁰ **KOLLER/KISSLING**, sh. 49. Buna karşın Alman hukukunda FLUME tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, bankanın lehdardan iade talep edip edemeyeceği bakımından, lehdarın iyiniyetinden bağımsız şekilde, bedel ilişkisinde geçerli bir borcun var olup olmadığı esas alınmalıdır. Yazara göre, bedel ilişkisinde havaleci lehdara borçlu ise, bankanın lehdara yaptığı ödeme, BGB § 267 anlamında üçüncü kişinin ifasını teşkil eder ve – lehdarın iyiniyetli olup olmamasından bağımsız olarak – ifa etkisi gerçekleşir. Bu olasılıkta banka sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebini havaleciye yöneltecektir. Bedel ilişkisinde geçerli bir borç mevcut olmadığı takdirde ise, banka, lehdar dan havale tutarının iadesini talep edebilir. Öğretide bu yaklaşım, bankanın BK m. 68 (BGB § 267) anlamında üçüncü kişi sayılamayacağı zira uygulamada bankanın bedel ilişkisinde geçerli bir borcun var olup olmadığından haberdar olmadığı, bu anlamda, havalecinin lehdara olan bir borcunu ifa kastı ile değil, havaleciye karşı karşılık ilişkisindeki (ciro sözleşmesinden doğan) kendi borcunun ifa kastı ile edimde bulunduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Bu konuda bk. **KOLLER/KISSLING**, sh. 48; **VOSER**, N.: Bereicherungsansprüche in Dreieckverhältnissen: erläutert am Beispiel der Anweisung, Basel 2006, sh. 375.

⁶¹¹ **LOMBARDINI**, sh. 251 (N. 88).

⁶¹² BK m. 63/f. I anlamında iade borçlusunun iyiniyetinin, yapılan kazandırmanın haklı ve nihai olduğuna, diğer bir deyişle malvarlığındaki artışın geçerli bir hukuki sebebe dayandığına ve kazandırmayı iade ile yükümlü olduğunu bilmemeye ilişkin olduğu konusunda bk. **EREN**, sh. 851; karşı. **KOLLER/KISSLING**, sh. 52 dn. 117.

⁶¹³ **EREN**, sh. 850; **SEROZAN**, R.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002, sh. 322 (N. 10).

⁶¹⁴ **HEINI**, sh. 52; **KOLLER/KISSLING**, sh. 52.

⁶¹⁵ **EREN**, sh. 855; **KOLLER/KISSLING**, sh. 53.

tarafından kendisine ödeme yapılmamış olsa idi, havale tutarında eksilmeye sebep olan harcamayı gerçekleştirmeyeceğini ispat yükü altındadır. Lehdarın havale tutarı ile daha önceden doğmuş olan ve zenginleşme olmasa dahi ödemekle yükümlü olduğu bir para borcunu ödemesi ise, BK m. 63/f. I anlamında iade yükümlülüğünden indirilmesi gereken bir tasarruf (harcama) niteliğinde değildir⁶¹⁶.

bbb. Bankanın Kural Olarak Lehdardan İade Talep Edemeyeceği Yönündeki Görüş (Alacak Kaydının Kural Olarak Geçerli Bir Kazandırma Teşkil Ettiği Yönündeki Görüş)

İsviçre hukuku öğretisinde Heini tarafından savunulan ve İsviçre Federal Mahkemesinin de bazı kararlarında benimsediği⁶¹⁷ görüş çerçevesinde, bankanın doğrudan lehdardan havale tutarının iadesini talep edebilmesi kural olarak reddedilmekte, istisnai olarak, lehdarın havalenin geri alındığı konusunda iyiniyetli olmadığı olasılıkta, bankanın bu olanağa sahip olacağı kabul edilmektedir.

Alman hukukunda⁶¹⁸ da genel kabul gören bu görüş esasen, havalenin havaleci tarafından geri alınması ile ortaya çıkan durumun, havalenin baştan itibaren mevcut olmadığı durumlardan biri sayılmayacağı; aksine, kendisine özgü bir geçersizlik durumu teşkil ettiği düşüncesine dayanmaktadır⁶¹⁹. Zira ödeme sürecinin havaleci tarafından başlatılmış olmasının yanı sıra, geri alma talimatının yalnızca bankaya yöneltilip, lehdara ise bu konuda herhangi bir bildirimde bulunulmamış olması⁶²⁰, geri

⁶¹⁶ HEINI, sh. 52; SEROZAN, sh. 323 (N. 10).

⁶¹⁷ ATF 121 III 109, JdT 1996 I 62. Karara konu olan olayda, banka, kendisine zamanında iletilen geri alma talimatına rağmen hataen havale tutarını lehdara nakit olarak ödemiştir. Olayda özellik arz eden durum, havalecinin, yazılı şekilde düzenlediği ödeme talimatını bankaya ibraz edilmek üzere lehdara vermesinden kaynaklanmaktadır. Banka ödemeyi, lehdar tarafından söz konusu yazılı ödeme talimatının kendisine ibraz edilmesi üzerine gerçekleştirmiştir. Bununla birlikte, havaleci ödeme talimatını geri aldığı yalnızca bankaya bildirmiş, bu konuda lehdara herhangi bir bildirimde bulunmamıştır. Banka, havalecinin hesabına borç kaydettiği tutarı, havalecinin itirazı üzerine havalecinin hesabına iade etikten sonra, söz konusu tutarın iadesini lehdardan talep etmiştir. Federal Mahkeme ise, zamanında verilen bir geri alma talimatına rağmen, bankanın iyiniyetli lehdardan havale tutarının iadesini talep edemeyeceği sonucuna varmıştır. Federal Mahkemenin bu kararı hk. ayrıca bk. KOLLER, T.: Der Widerruf einer Anweisung und seine Folgen : Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil (BGE 121 III 109 ff.), ZBJV Bd. 131 (1995), H. 11 (kıs. Widerruf), sh. 797; HONSELL, sh. 1209; BUIS, sh. 198 vd.; VOSER, sh. 414.

⁶¹⁸ Bu konuda bk. HÄUSER, Widerruf, sh. 3126; KOLLER/KISSLING, sh. 70 dn. 217; VOSER, sh. 387.

⁶¹⁹ VOSER, sh. 386.

⁶²⁰ KOLLER/KISSLING, sh. 68; VOSER, sh. 387.

alınmış havale üzerine gerçekleştirilen ödemeyi diğer geçersizlik durumlarından farklı kılmaktadır. Bu noktadan hareketle, havaleci tarafından lehdar nezdinde hukuki bir görüntü yaratıldığı, iyiniyetli lehdarın ödemenin geçerliliğine güveninin korunması gerektiği ileri sürülmüştür. Şu halde, bankanın lehdara karşı iade talep edip edemeyeceği bakımından, lehdarın – geri alma talimatı konusunda – iyiniyetli olup olmadığı belirleyicidir.

Bu görüş uyarınca bankanın lehdardan BK m. 62 anlamında iade talebinde bulunabilmesi için, ödeme anında lehdarın, havale talimatının geri alındığından haberdar olması, diğer bir deyişle, yapılan ödemenin geçerli bir havale talimatına dayandığı konusunda iyiniyetli sayılmaması gerekir⁶²¹. Havale tutarı hesabına alacak kaydedildiği esnada lehdar, havale talimatının geri alınmış olduğunu biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise, banka tarafından yapılan ödemeyi, havalecinin bir kazandırması olarak elde etmiş sayılmaz⁶²². Bu olasılıkta lehdara kazandırmada bulunan havaleci değil, banka olduğundan, lehdardan havale tutarının iadesini doğrudan doğruya talep etmeye de banka yetkilidir.

Buna karşın, lehdar, geçerli bir havale talimatının mevcut olmadığı konusunda iyiniyetli sayılabiliyor ise, banka lehdardan havale tutarının iadesini talep edemez. Diğer bir deyişle havale tutarı lehdarın hesabında bulunmasına rağmen banka söz konusu tutarı lehdarın hesabından çekip havaleciye iade edemez⁶²³. Bu olasılıkta banka sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebini havaleciye yöneltecektir. Söz konusu iade talebinin niteliği ve koşulları bakımından ise, bedel ilişkisinde geçerli bir borcun var olup olmadığı önem taşır⁶²⁴. Bedel ilişkisinde geçerli bir borç mevcut ise, bankanın yaptığı ödeme oranında bedel ilişkisinde ifa etkisi gerçekleşir⁶²⁵; havaleci konumundaki borçlu, lehdara olan borcundan kurtulur. Bu olasılıkta banka, havaleci ile arasında geçerli bir ciro sözleşmesi mevcut olduğu sürece, söz konusu tutarı havaleciden BK m.

⁶²¹ HEINI, sh. 52.

⁶²² Bu yönde bk. ATF 121 III 109, sh. 114; karşı. HÄUSER, Widerruf, sh. 3126.

⁶²³ GUGGENHEIM, Contrats, sh. 499.

⁶²⁴ du PASQUIER, Commentaire Romand, art. 470, sh. 2440 (N. 9); KOLLER, Widerruf, sh. 800.

⁶²⁵ Vurgulamak gerekir ki, bu olasılıkta, ödeme yapan bankanın üçüncü kişi sıfatı ile havalecinin borcunu ifa kastı ile hareket ettiği söylenemeyeceği gibi, havale talimatı geri alındığı için, havalecinin de ifa kastının varlığından söz edilemez. İfa kastındaki bu eksikliğe rağmen bankanın ediminin bedel ilişkisinde ifa etkisi doğurması, öğretide hukuki görünüş sorumluluğu çerçevesinde açıklanmaktadır. Bu yönde bk. KOLLER/KISSLING, sh. 72 dn. 225.

394/f. I anlamında masraf olarak talep edebilir; banka, söz konusu tutarı havalecinin hesabına borç kaydetmiş ise, iade ile yükümlü olmaz⁶²⁶. Buna karşın, bedel ilişkisinde geçerli bir borç mevcut değil ise, bankanın havaleci müşterisine yönelteceği talebin konusunu, havalecinin lehdara karşı sahip olduğu sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacağının kendisine temlik edilmesi (*Kondiktion der Kondiktion*) teşkil eder⁶²⁷.

bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bankanın sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebini yönelteceği kişinin belirlenmesinde lehdarın iyiniyetli olup olmamasını esas alan görüş, beraberinde banka açısından önemli ispat zorlukları getirmektedir. Bu ispat zorluklarının başında, bankanın iade talebini havale lehdarına yöneltmesi durumunda, lehdarın ödeme talimatının geri alındığı konusunda iyiniyetli olmadığını ispat etmekle yükümlü olması gelir⁶²⁸. Öte yandan banka iade talebini havaleciye yönelttiği takdirde, bedel ilişkisinde geçerli bir borcun varlığını ve bunun lehdara yapılan ödeme ile sona erdiğini ispatlamakla yükümlüdür⁶²⁹. Her iki durumda da banka, tarafı olmadığı bir borç ilişkisindeki maddi olguları ispat etmek yükümlülüğü ile karşı karşıya olup, bu olguları ispat edebilme olanağından çoğu zaman yoksundur⁶³⁰.

Bu itibarla kanımızca, kural olarak banka, havale tutarının iadesini sebepsiz zenginleşme temelinde doğrudan havale lehdarından talep edebilmelidir. Buna göre, kurum içi banka havalesi söz konusu olduğunda, zamanında iletilen geri alma talimatına rağmen lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştiren banka, havale tutarının iadesini lehdardan talep edebilir. Zincirleme banka havalesi söz konusu olduğunda ise,

⁶²⁶ HEINI, sh. 52; banka ile havaleci arasında geçerli bir ciro sözleşmesi mevcut olduğu sürece, bankanın havaleciye yönelteceği talebin, BK m. 394/f. I anlamında masrafın karşılanması talebi niteliğinde olacağı; sebepsiz zenginleşme dayalı bir iade talebinin (Rückgriffskondiktion) ise, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığı olasılıkta gündeme geleceği yönünde bk. KOLLER/KISLING, sh. 72. Bize göre, bankanın ciro sözleşmesi temelinde masraf talebinde bulunabilmesi için taraflar arasında geçerli bir ciro sözleşmesinin varlığının ötesinde, iş görmenin BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi olması da gereklidir. Geri alınmış bir havale talimatına rağmen ödeme yapan banka ise, gereği gibi iş görmüş sayılamayacağından, bankanın havaleciye yönelttiği talep, masrafın karşılanması talebi olarak nitelendirilemez.

⁶²⁷ KOLLER, Basler Kommentar, Art. 467, sh. 2482 (N. 12); du PASQUIER, Commentaire Romand. Art. 470, sh. 2440 (N. 8).

⁶²⁸ KOLLER, Widerruf, sh. 800.

⁶²⁹ KOLLER, Widerruf, sh. 800.

⁶³⁰ LOMBARDINI, sh. 252 (N. 94); karş. BUIS, sh. 203.

lehdardan sebepsiz zenginleşme temelinde iade talep etme hakkının, lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştiren bankaya, yani lehdarın bankasına ait olduğu kategorik olarak söylenemez; bu hak havale zincirinde aksaklığa sebep olan ve bu nedenle malvarlığı eksilen bankaya aittir⁶³¹. Örneğin, havalecinin bankası, havalecinin kendisine zamanında ilettiği geri alma talimatını dikkate almamış ise, havale tutarını havaleciye iade ile yükümlü olur. Öte yandan, havale zincirinde havalecinin bankasından sonra gelen aracı banka ya da lehdarın bankası, havale talimatını yerine getirmek suretiyle gereği gibi iş görmüş sayılacağından, – BK m. 394/f. I anlamında masraf talebi teşkil eden – karşılığı havalecinin bankasının hesabına borç kaydeder ve bu ölçüde de havalecinin bankasının malvarlığı eksilir. Malvarlığı eksilen havalecinin bankası ile havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesi suretiyle malvarlığı artan havale lehdarı arasında, söz konusu malvarlığı aktarımına esas teşkil eden herhangi bir hukuki ilişki de mevcut olmadığından, bu olasılıkta sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade ilişkisi havalecinin bankası⁶³² ile lehdar arasında ortaya çıkar⁶³³. Havalecinin bankası sebepsiz zenginleşme temelinde doğrudan lehdardan havale tutarının iadesini talep edebilir.

Bununla birlikte, havalenin geri alınmasının, havalenin geçersizliği sonucunu doğuran diğer sebeplere göre arz ettiği özellik de göz ardı edilmemeli, özellikle lehdar alacaklının ödemenin geçerliliğine olan güveninin korunmasını haklı kılan olgular mevcut olduğu durumlarda, bankanın sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebini lehdar alacaklı yerine havaleci borçluya yöneltmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶³⁴.

Bu noktada kanımızca, lehdar alacaklının havalenin geri alındığı konusundaki iyiniyeti, ödemenin geçerliliğine olan güveninin korunması bakımından tek başına yeterli bir sebep teşkil etmez. Türk ve İsviçre hukuklarında, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasına yönelik genel bir ilke mevcut olmadığı dikkate alındığında, havale ilişkisi çerçevesinde salt lehdarın iyiniyetine bu şekilde genel geçer bir sonuç bağlanması

⁶³¹ **VOSER**, sh. 354.

⁶³² Benzer şekilde geri alma talimatı havalecinin bankası tarafından aracı bankaya zamanında iletilmiş, ancak aracı banka, talimatı dikkate almamış ya da lehdarın bankasına geç iletmemiş ise, havale lehdarının malvarlığı lehine malvarlığı eksilmesi bu aracı bankanın malvarlığında gerçekleşir; bu olasılıkta lehdardan sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebinde bulunma hakkı da bu aracı bankaya aittir.

⁶³³ Clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen zincirleme havalede bu yönde bk. **HEINI**, sh. 53.

⁶³⁴ Bu yönde bk. **KOLLER**, Widerruf, sh. 800; **KOLLER/KISSLING**, sh. 70; **VOSER**, sh. 406.

yerinde olmayacaktır⁶³⁵. Diğer bir deyişle salt lehdarın iyiniyetli olmasından hareketle, bankanın lehdardan iade talep edemeyeceği, sebepsiz zenginleşmeye dayanan talebin banka ile havaleci arasındaki karşılık ilişkisinde gündeme geleceği sonucuna varılamaz. Zira lehdarın salt iyiniyetli olması, onun menfaatinin havalecinin menfaatine üstün tutulmasını gerektirmez. Bu anlamda, yasanın ve ciro sözleşmesinin kendisine tanıdığı bir hakkı gereği gibi kullanan, yani geri alma talimatını zamanında bankaya ileten havalecinin, bankanın sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebine maruz bırakılabilmesi için, somut ödeme ilişkisinde – sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca havale tutarını bankaya aktarma yükümlülüğü anlamında – bu riskin havaleci tarafından üstlenilmesini haklı kılan ek olgu ya da olguların mevcut olması gerekir.

Lehdar alacaklının, geri alma talimatına rağmen gerçekleşen ödemeye olan güveninin ne ölçüde korunacağına ise, hukuki görünüş sorumluluğu (*Rechtsscheinhaftung*) çerçevesinde belirlenmesi gerektiği öğretilerde ifade edilmektedir⁶³⁶. Buna göre, somut olayda lehdar alacaklının ödemenin geçerliliğine olan güveninin korunabilmesi için, onun, geçerli bir ödeme talimatının varlığı konusunda iyiniyetli sayılabilmesinin ötesinde, havaleci borçlu tarafından – ya da ona isnat edilebilir şekilde – lehdar alacaklı nezdinde gerçeğe uygun olmayan bir hukuki görünüşün (*Rechtsschein*) yaratılmış olması gerekir⁶³⁷. Söz konusu hukuki görünüş, geri alınmış bir ödeme talimatına rağmen gerçekleştirilen ödemede, bedel ilişkisindeki para borcunu ifa kastının (*Tilgungsbestimmung*) varlığı konusundadır⁶³⁸. Diğer bir deyişle, lehdar alacaklı nezdinde, yapılan ödemenin bedel ilişkisindeki borcu ifası kastı ile gerçekleştirildiği şeklinde bir kanının uyandırılmış olması gerekir.

Söz konusu yanıltıcı görünüşün hangi durumlarda havaleci borçluya isnat edilebileceği (*Zurechnungstatbestand*) bakımından ise, somut olayın özelliklerinin

⁶³⁵ Bu yönde bk. **BUIS**, sh. 204; **LOMBARDINI**, sh. 252 (N. 93).

⁶³⁶ Öğretilerde üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması bakımından hukuki görünüş sorumluluğunun yasada açıkça öngörüldüğü durumlar arasında temsile ilişkin BK m. 33/f. II ve m. 34/f. III'ün yanı sıra alacağı temlikine ilişkin BK m. 165 gösterilmektedir. Bu yönde bk. **İNCEOĞLU**, sh. 525 vd. **KOLLER/KISSLING**, sh. 70 dn. 218 ; **VOSER**, sh. 390. Bununla birlikte Türk ve İsviçre hukuklarında hukuki görünüş sorumluluğunun genel bir sorumluluk şekli olarak var olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışmanın detaylarına girilmesi konumuzun sınırlarını aştığından, biz burada, bu sorumluluğa ilişkin ilkelerin banka havalesinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme ilişkisi bakımından uygulanabileceği görüşünde olduğumuzu belirtmekle yetineceğiz.

⁶³⁷ **KOLLER**, Basler Kommentar, Art. 467, sh. 2482 (N. 12); **KOLLER/KISSLING**, sh. 54;

⁶³⁸ **VOSER**, sh. 396.

dikkate alınması gerekir. Bu anlamda, doğrudan havale şeklinde gerçekleşen bir banka havalesi söz konusu olduğunda, salt havaleci borçlu tarafından bankaya ödeme talimatı verilmesi suretiyle ödeme sürecinin başlatılmış olması, bu anlamda tek başına, havaleci borçluya isnat edilebilir bir yanıltıcı görüntü olarak nitelendirilemez. Zira salt bankaya ödeme talimatı verilmiş olması, havaleci tarafından gerçekleştirilen, lehdara yönelik ve lehdar nezdinde haklı bir güven uyandırmaya elverişli aktif bir davranış teşkil etmez⁶³⁹. Buna karşın, Federal Mahkemenin kararına konu olan bir olayda, havalecinin bankaya iletmek üzere lehdara yazılı şekilde verdiği ödeme talimatı, lehdar nezdinde havaleciye isnat edilebilir bir hukuki görüntü yaratmaktadır⁶⁴⁰. Bu olasılıkta, havale talimatının geri alındığı kendisine bildirilmeyen lehdarın, banka tarafından yapılan ödemeye güveninin korunması gerekir. Bu anlamda, banka tarafından lehdara yapılan ödeme geçerli bir havale talimatı varmış gibi sonuç doğuracak, banka sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebini havaleciye karşı yöneltecektir.

Buna karşın, somut olayda dolaylı havale şeklinde gerçekleşen banka havalesi söz konusu olup, havaleci aktif bir davranış ile lehdar nezdinde geçerli bir havale talimatının varlığı konusunda yanıltıcı bir görünüş oluşturmuş ise, iyiniyetli lehdarın ödemenin geçerliliğine olan güveninin korunması gerekir. Banka bu olasılıkta, bedel ilişkisinde geçerli bir borcun var olup olmamasına göre, sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebini havaleciye yöneltecektir.

B. ÖDEME TALİMATININ İPTALİ

Ödeme talimatının iptali, havaleci için, bankaya geri alma talimatı vermek suretiyle lehdara ödeme yapılmasını engelleme olanağı sona ermiş ise, önem arz eder⁶⁴¹. Zira havaleci, havaleyi (geçerli şekilde) geri alma olanağı devam ettiği sürece, herhangi bir gerekçe göstermeksizin kullanabileceği bu yöntem başvuracaktır. Bununla birlikte, bankacılık hizmetlerinde elektronik sistemlerin kullanılmasına bağlı olarak havale işlemlerinin hızlanması, havalecinin bankaya geri alma talimatını zamanında iletmesini

⁶³⁹ **VOSER**, sh. 398.

⁶⁴⁰ Zira olayda banka havalesi yoluyla yapılan ödeme, hukuki kurgusu itibarıyla, havaleci konumundaki para borçlusunun bedel ilişkisindeki para borcunu ödemeye yönelik para alacaklısına çek vermesi ve sonradan keşideci sıfatı ile söz konusu çek için bankaya geri alma talimatı vermesi ile benzerlik arz etmektedir. Bu yönde bk. **KOLLER/KISSLING**, sh. 74; **VOSER**, sh. 408, 415.

⁶⁴¹ **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 505; **HEINI**, sh. 53.

güçleştirmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere, havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilinceye kadar havaleci, havaleyi geri almak suretiyle ödemenin gerçekleşmesini engelleyebilir. Alacak kaydı işlemi ile bankaya karşı lehdara alacak hakkının kazandırılması anından itibaren havalecinin havaleyi geri alma suretiyle ifa etkisinin gerçekleşmesini engelleme olanağı da sona ermiş olur. Havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedildikten sonraki aşamada, bedel ilişkisinde gerçekleşen ifa etkisinin bertaraf edilmesi ve lehdara aktarılan havale tutarının – kaydi paranın – havalecinin hesabına iadesinin sağlanması, havalecinin havale talimatını banka karşısında iptal etmek suretiyle lehdarın banka karşısında elde ettiği hukuki konuma müdahale etme olanağına sahip olmasına bağlıdır. Bu itibarla aşağıda öncelikle havalecinin banka ile arasındaki karşılık ilişkisinde havale talimatını iptal etme olanağına sahip olup olmadığı incelenecektir. Havale talimatının banka karşısında iptal edilebileceği sonucuna varılır ise, söz konusu iptal beyanının, banka ile lehdar arasındaki ödeme ilişkisinde alacak kaydı işlemi ile lehdara yapılan kazandırma üzerinde sonuç doğurup doğurmayacağı ele alınacaktır⁶⁴².

1. Havalecinin Ödeme Talimatını İptal Etme Olanağı

Borçlar Kanununda öngörülen iptal beyanı ile, irade beyanının doğuracağı hukuki sonuçların bertaraf edilmesi amacıyla, BK m. 23 vd. anlamında işlem iradesinin yanlış oluştuğunun ya da muhataba yanlış aktarıldığının, kısaca irade sakatlığının sonradan işlemin muhatabına karşı ileri sürülmesi anlaşılır. Her ne kadar irade sakatlığı nedeniyle iptal hakkı yasakoyucu tarafından, BK m. 23 vd. hükümlerinde, sözleşme esas alınmak suretiyle düzenlenmiş olsa dahi, bu düzenlemenin genel olarak tek taraflı hukuki işlemlerin irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmelerine engel teşkil etmediği, bu itibarla, tek taraflı bir hukuki işlem niteliğinde olan ödeme talimatının da BK m. 23 vd. hükümleri çerçevesinde iptal edilebilir olduğu öğretilerde benimsenmektedir⁶⁴³. Yasada öngörülen irade sakatlığı durumlarından biri gerçekleştiği takdirde havaleci BK m. 31 uyarınca, iptal sebebini öğrendikten itibaren bir yıl içinde bankaya, ödeme talimatı ile bağlı olmadığını bildirmek suretiyle ödeme talimatını iptal edebilir.

⁶⁴² ZEIDLER, sh. 57.

⁶⁴³ TÜRK, sh. 352; KLEINER, sh. 60; ZEIDLER, sh. 59; BISCHOFF, sh. 338.

Bankaya verilen ödeme talimatını iptal olanağı bakımından belirleyici olan diğer unsur, ciro sözleşmesine yansıyan taraf iradeleridir. İptal hakkının taraf iradeleri zemininde bertaraf edilmiş sayılabilmesi için, ciro sözleşmesinin yorumundan, taraf iradelerinin ödeme talimatını iptal edilebilir bir irade açıklaması olarak kabul etmeme yönünde olduğu sonucuna varılması gerekir. Bu noktada öğretide bazı yazarlarca, banka ile ciro sözleşmesi ilişkisine giren (havaleci) müşterinin, iptal hakkını kullanmaktan örtülü olarak feragat etmiş sayılacağı ileri sürülmüştür⁶⁴⁴. Öğretide genel kabul gören görüş ise, banka ile salt bir ciro sözleşmesinin kurulmuş olmasının havalecinin iptal hakkından feragat etme yönündeki iradesini ortaya koymak bakımından yeterli olmadığı yönündedir⁶⁴⁵. Bu görüşte olan yazarlarca haklı olarak vurgulandığı üzere, iptal hakkını, hak henüz doğmadan önce bertaraf eden böyle bir işlemin açık irade beyanına dayanması gerekir⁶⁴⁶. Öte yandan, banka genel işlem şartlarında böyle bir feragat beyanına yer verilmiş olunmasının açık irade beyanının varlığı bakımından yeterli olacağı öğretide kabul edilmektedir⁶⁴⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, banka ile havaleci arasındaki anlaşmada aksi açıkça kararlaştırılmadığı sürece, havalecinin bankaya verdiği havale talimatını BK m. 23 vd. uyarınca iptal edebileceği sonucuna varmak gerekir.

Havalecinin bankaya ilettiği ödeme talimatında hataya düşmesi farklı şekillerde gerçekleşebilir⁶⁴⁸: Örneğin havaleci, havale talimatında alacaklı yerine üçüncü kişiyi havale lehdarı olarak göstermiş, borçlu olduğundan fazla bir miktarı havale tutarı olarak belirtmiş, borçlu olmamasına rağmen kendisini borçlu sanarak ödeme talimatı vermiş ya da borcu ödemiş olmasına rağmen olmasına aynı tutarda birden çok kez ödeme talimatı vermiş olabilir.

Belirtilen bu olasılıklarda hatanın türü, havalecinin iptal olanağına sahip olup olmadığı bakımından belirleyicidir. Zira BK m. 24/f. I b.1–3 anlamında bir beyan

⁶⁴⁴ Bu görüş hk. bk. **HELBIG**, sh. 112 vd.

⁶⁴⁵ **HELBIG**, sh. ; **ZEIDLER**, sh. 59.

⁶⁴⁶ **HELBIG**, sh. 113; **GUGGENHEIM**, sh. 505; **ZEIDLER**, sh. 59; Öğretide **TÜRK** (sh. 353), iptal hakkından feragat havalecinin açık irade beyanına dayansa dahi, TMK m. 23 karşısında hüküm ifade etmeyeceği görüşündedir.

⁶⁴⁷ **HELBIG**, sh. 112, 114; **GUGGENHEIM**, sh. 505; **ZEIDLER**, sh. 59.

⁶⁴⁸ Bu konuda örnekler için bk. **HELBIG**, sh. 115 vd.; **GUGGENHEIM**, sh. 505; **TÜRK**, sh. 352 vd.

hatasının mevcut olması, havalecinin iptal hakkına sahip olması bakımından yeterli iken, saik hatası söz konusu olduğunda havalecinin iptal hakkı, söz konusu saik hatasının BK m. 24/f. I b. 4 uyarınca temel hatası niteliğinde olmasına bağlıdır⁶⁴⁹.

Ödeme talimatında havale tutarının yanlış gösterilmesi, BK m. 24/f. I b. 3 anlamında miktarda hata anlamında bir beyan hatası teşkil eder ve havaleciye iptal olanağı verir. Buna karşın, havaleci lehdarın kimliğinde hataya düşmüş ise, beyan hatalarından biri sayılan BK m. 24/f. I b. 2 anlamında kişide hata değil, bir saik hatası söz konusu olur⁶⁵⁰. Zira BK m. 24/f. I b. 2 anlamında kişide hata, irade açıklamasının yöneldiği kişinin kimliğindeki yanılmaya ilişkindir. Ödeme talimatının yöneltildiği işlem muhatabı ise, havale lehdarı değil, bankadır. Bu olasılıkta havalecinin ödeme talimatını iptal edebilmesi, BK m. 24/f. I b. 4'te temel hatası bakımından aranan koşulların bir araya gelmiş olmasına bağlıdır. Keza, havalecinin borcun miktarında yanılması veya borçlu olduğunu sanarak talimat vermesi veyahut aynı borç için birden çok kez talimat vermesi⁶⁵¹ birer saik hatası niteliğinde olup⁶⁵², BK m. 24/f. I b. 4 anlamında temel hatası teşkil ettiği ölçüde havaleciye iptal olanağı sağlar.

Havalecinin bankaya ödeme talimatı vermesine bizzat bankanın ya da üçüncü kişinin, BK m. 28 anlamında hile ya da BK m. 29 anlamında ikrah teşkil eden davranışı etkili olmuş olabilir. Bu noktada ikraha dayanan iptal hakkının kabul edilmesi bakımından, ikrah teşkil eden davranışın bizzat banka ya da bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması farksızdır. Her iki durumda da havaleci, ödeme talimatını iptal edebilir. Havalecinin ödeme talimatını hile nedeniyle iptal edebilmesi için ise, hile teşkil

⁶⁴⁹ Bilindiği üzere BK m. 23/f. I b. 4 anlamında bir temel hatasından söz edilebilmesi için, somut olayda hakkında hataya düşülen olgunun, iradesi sakatlanmış taraf açısından (sübjektif unsur) sözleşme yapma iradesini şekillendiren, sözleşmenin zorunlu ve temel unsuru niteliğinde olmasının yanı sıra bu durumun sözleşmenin diğer tarafınca bilinmesi ya da "iş hayatındaki dürüstlük kuralının" hataya düşen tarafın söz konusu olguya böyle bir önem atfetmesini haklı kılması (objektif unsur) gereklidir. Bu yönde bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 89; **EREN**, sh. 350.

⁶⁵⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 239 (N. 529); **BUIS**, sh. 77; lehdarın kimliğinde yanılmanın beyan hatası olarak nitelendirilmesi için bk. **von der CRONE**, sh. 65.

⁶⁵¹ Banka görevlisi tarafından icra edilen bir ödeme talimatı söz konusu olduğunda, talimatın doğruluğu konusunda havaleciden onay alınmaksızın aynı içeriğe sahip ikinci bir talimatın doğrudan doğruya işleme konulması banka açısından özensiz iş görme teşkil edebilir. Zira söz konusu durum, bankanın müşterinin verdiği talimatın makul olup olmadığını denetleme yükümlülüğü kapsamında yer alır. Buna karşın, söz konusu talimat elektronik bankacılık çerçevesinde gerçekleştirilen bir havale söz konusu olduğunda, banka talimatın makul olup olmadığını denetleme olanağından yoksun olduğundan, bankanın özensiz iş gördüğü söylenememelidir. Bu görüşte bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 241.

⁶⁵² **HELBIG**, sh. 116; **TÜRK**, sh. 353.

eden davranışın ya bizzat banka tarafından gerçekleştirilmiş olması⁶⁵³ ya da hile bu davranış üçüncü kişiye ait ise, bankanın hileli davranış konusunda iyiniyetli sayılamaması, örneğin bankanın üçüncü kişinin hileli davranışına katılmış olması gerekir⁶⁵⁴.

2. Ödeme Talimatının İptal Edilmesinin Sonuçları

a. İptalin Banka ile Havaleci Arasındaki İlişkideki (Karşılık İlişkisindeki) Sonuçları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, havaleci tarafından iptal hakkının kullanılması ile birlikte, daha önce verilen ödeme talimatının banka için bağlayıcılığı geçmişe etkili şekilde sona erer⁶⁵⁵.

Banka çoğu zaman alacak kaydını gerçekleştirmeden önce, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, borç kaydı işlemi ile banka BK m. 394/f. I anlamında havaleciye karşı elde ettiği masraf alacağını cari hesap ilişkisine dahil etmiş olur. Ciro sözleşmesi çerçevesinde BK m. 394/f. I uyarınca masraf alacağının doğumunun ön koşulu ise, işin görülmesi esnasında havaleci tarafından verilmiş geçerli bir talimatın varlığıdır. Bu anlamda iş görmenin gereği gibi olup olmadığı bakımından münhasıran işin görüldüğü an esas alınır⁶⁵⁶. İşin görülmesi esnasında geçerli bir talimat mevcut değil ise, BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi iş görmenin ön koşulu gerçekleşmemiş sayılacağından, banka borç kaydetmiş olduğu tutarı havalecinin hesabına iade ile yükümlü olur. Şu halde, ödeme talimatının iptal edilmesi üzerine, bankanın alacak kaydı işlemini yerine getirmekle elde ettiği masraf alacağının sebepten yoksun hale gelip gelmediği; somut ifade ile havale tutarı havalecinin hesabına borç kaydedilmiş ise, bankanın bu tutarı havalecinin hesabına iade etmekle yükümlü olup olmadığı, işin görüldüğü sırasında geçerli bir ödeme talimatının mevcut olup olmadığına bağlıdır. Bu da, irade sakatlığına hangi yaptırımın bağlandığı, diğer bir deyişle, irade sakatlığının söz konusu olduğu hukuki işlemin, BK m. 31'de

⁶⁵³ Banka, havaleciyi, hesabı eksi bakiyede olan bir müşterisi lehine ödeme talimatı vermeye sevkemiş ve böylece havaleciden elde ettiği havale tutarı ile lehdardan olan alacağını takas etmiş ise, bankanın hilesinin söz konusu olacağı görüşü için bk. **LOMBARDINI**, sh. 235 (N. 33).

⁶⁵⁴ **HELBIG**, sh. 117; **LOMBARDINI**, sh. 235 (N. 33).

⁶⁵⁵ **ZEIDLER**, sh. 60.

⁶⁵⁶ **von der CRONE**, sh. 66.

öngörülen iptal hakkının kullanıldığı ana kadar hüküm doğurup doğurmayacağı ile ilgili bir konudur.

Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde, BK m. 23 vd., m. 28 ve m. 29’da “tek taraflı bağlamazlık” şeklinde tanımlanan hukuki yaptırım ile ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır⁶⁵⁷. Genel kabul gören, bizim de katıldığımız “iptal teorisi”ne göre, irade sakatlığının söz konusu olduğu hukuki işlem, BK m. 31 uyarınca iptal hakkı kullanılıncaya kadar geçerli bir hukuki işlem gibi hüküm ifade eder. İptal hakkının kullanılması ise, işlemin geçerliliğinin bağlandığı bozucu şartın gerçekleşmesine karşılık gelir⁶⁵⁸. Ödeme talimatının iptali bakımından da bu görüş esas alındığı takdirde, bankanın havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydettiği ya da ödeme talimatını lehdarın bankasına aktardığı – kısaca ciro sözleşmesinden doğan iş görme yükümlülüğünü yerine getirdiği – sırada, geçerli bir iş görme talimatı zemininde hareket ettiği sonucuna varmak gerekir. Diğer bir deyişle bankaya iletildiği anda geçerli olmakla birlikte, iptal hakkının kullanılması ile geçmişe etkili şekilde geçersiz hale gelen bir iş görme talimatı söz konusudur⁶⁵⁹. Ödeme talimatı, ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğün icrası anında hüküm ifade ettiğinden, talimatın iptal edilebilir olmasına rağmen, banka havaleciye karşı masraf talebinde bulunabilir; talimatın iptal edilmiş olması, bankanın elde ettiği masraf alacağını sebepten yoksun hale getirmez⁶⁶⁰.

Ödeme talimatının iptali üzerine banka, lehdardan havale tutarının iadesini sağlamış ise, bu tutarı havalecinin hesabına yeniden alacak kaydetmekle yükümlüdür. Banka, – havale tutarı hesaptan çekildiği ya da lehdarın ödeme güçsüzlüğü nedeniyle – lehdardan iadeyi sağlayamamış ise, havale tutarını havalecinin hesabına yeniden alacak kaydetmekle yükümlü olmaz. Zira banka, borç kaydı işlemini gerçekleştirdiği anda ciro sözleşmesi çerçevesinde verilen geçerli bir iş görme talimatı mevcut olduğundan, banka BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi iş görmüş ve havale tutarını havaleciden masraf

⁶⁵⁷ Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde savunulan başlıca üç görüş, iptal teorisi, geçersizlik teorisi ve bölünmüş geçersizlik teorisi olarak adlandırılmakta olup, bu teoriler arasındaki temel farklılık, iptal hakkı kullanılana kadar geçen askı süresi içinde, hukuki işlemin (hüküm ifade edip etmeyeceği) hak ve borç doğurup doğurmayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu konuda ayrıca bk. **EREN**, sh. 370 vd.

⁶⁵⁸ Bu görüşte **EREN**, sh. 370.

⁶⁵⁹ **von der CRONE**, sh. 66; **ZEIDLER**, sh. 60.

⁶⁶⁰ Karş. **von der CRONE**, sh. 66; **ZEIDLER**, sh. 60. Buna karşın, geçersizlik ya da bölünmüş geçersizlik teorisi benimsendiği takdirde, havale talimatı baştan itibaren geçersiz olacağından, işlem tarafları açısından hak ve borç doğurmaz; havale talimatını icra eden banka da, ciro sözleşmesi temelinde havaleciye karşı masraf alacağı elde etmiş olmaz.

olarak talep etmeye hak kazanmıştır⁶⁶¹. Bu anlamda havale tutarının kaybı riski havaleci tarafından üstlenilir⁶⁶².

Ödeme talimatını hata nedeniyle iptal eden havaleci ise, hataya düşmekte kusurlu ise, BK m. 26/f. I uyarınca, müşterisinin bu hatası konusunda iyiniyetli sayılan bankanın, iptal nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁶⁶³. BK m. 26/f. I'de öngörülen koşullar oluştuğu takdirde, banka, havaleciye karşı olan iade borcu ile havaleciden olan tazminat alacağını takas edebilir.

b. Ödeme Talimatının İptalinin Banka ile Lehdar Arasındaki İlişkideki Sonuçları (Alacak Kaydı İşlemi Üzerindeki Etkisi)

Havalecinin lehdarın hesabına alacak kaydedilen havale tutarının iadesini sağlayabilmesi, karşılık ilişkisinde ödeme talimatının iptal edilmesinin, banka ile lehdar arasındaki ödeme ilişkisi üzerinde sonuç doğurmasına bağlıdır. Ancak, ödeme talimatının iptalinin, alacak kaydı işlemi ile lehdera yapılan kazandırmayı sebepten yoksun hale getirdiği sonucuna varılabildiği durumda, havale tutarının banka tarafından lehdarın hesabından çekilmesi ve havaleciye iade edilmesi mümkün olur. Bu olasılıkta söz konusu tutar lehdarın hesabında bulunmuyor ise, – kazandırmanın sebepten yoksun hale geldiği kabul edildiği ölçüde – banka lehdardan sebepsiz zenginleşme temelinde iade talep edecek ve elde ettiği tutarı havaleciye iade ile yükümlü olacaktır. Aşağıda öğretilerde bu konuda ileri sürülen görüşlere yer verildikten sonra benimsediğimiz çözüm ortaya konulacaktır.

i. Öğretilerdeki Görüşler

aa. Ödeme Talimatının İptalinin Alacak Kaydı İşlemi Üzerinde Etkili Olmayacağı Yönündeki Görüş

Türk ve İsviçre hukuku öğretilerinde genel kabul gören görüş, ödeme talimatının havaleci tarafından irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmesinin, alacak kaydı işlemi – ve bu işlem ile lehdarın banka nezdinde elde ettiği alacak hakkı – üzerinde

⁶⁶¹ von der CRONE, sh. 66; ZEIDLER, sh. 60.

⁶⁶² von der CRONE, sh. 66.

⁶⁶³ von der CRONE, sh. 66; ZEIDLER, sh. 63 dn. 24; BUIS, sh. 77; LOMBARDINI, sh. 235 (N. 33).

etkili olmadığı yönündedir⁶⁶⁴. Bu sonuç esasen, alacak kaydı işlemi ile bankanın, lehdar karşısında havaleyi kabul bildiriminde bulunduğu; bu bildirim sonucunda lehdarın BK m. 459/f. I (art. 468/I CO) anlamında bankaya karşı “soyut” (bağımsız) bir alacak hakkı elde ettiği ve havalecinin, lehdara kazandırılan bu soyut alacak hakkına sonradan müdahale edebilmesinin banka havalesinin ödeme işlevi ile bağdaşmayacağı düşüncesine dayandırılmaktadır. Zira BK m. 459/f. I uyarınca, havale muhatabı, lehdara karşı, aralarındaki kişisel ilişkiden (ciro sözleşmesi vs..) ya da havalenin içeriğinden kaynaklananlar hariç, havale ilişkisine esas teşkil eden karşılık ya da bedel ilişkisinden kaynaklanan savunmaları (def’i ve itirazları) ileri süremez. Banka havalesinde de, lehdara kazandırılan alacak hakkına esas teşkil eden ödeme talimatının karşılık ilişkisinde iptal edilmesinin, söz konusu alacak kaydının geçersizliği sonucunu doğurmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁶⁶⁵. Zincirleme banka havalesi söz konusu olduğunda bu sonuç evleviyetle kabul edilmelidir. Zira zincirleme havale kurgusunda, lehdarın bankasına ulaşan talimatın, havale zincirinde lehdarın bankasından önce gelen bankaya ait olan ve havalecinin talimatından ayrı (bağımsız) bir talimat olduğu dikkate alındığında, havalecinin iptal açıklamasının bu talimat üzerinde etki doğurmaması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶⁶.

Bu görüş çerçevesinde, ödeme talimatı karşılık ilişkisinde iptal edilse dahi, söz konusu iptal işlemi havaleci açısından pratikte herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Bankanın lehdara yaptığı kazandırma, geçerli bir havale ilişkisine dayandığından, bedel ilişkisinde havaleci tarafından lehdara yapılan bir kazandırma gibi sonuç doğurur ve banka, talimatın iptal edildiği gerekçesi ile, havale tutarını lehdarın hesabından çekemez ya da havale tutarının iadesini sebepsiz zenginleşme temelinde lehdardan talep

⁶⁶⁴ **TÜRK**, sh. 354 vd.; **HELBIG**, sh. 125, 128; **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 242; **GUGGENHEIM**, Contrats, sh. 499; **ZEIDLER**, sh. 61, 63; **HEINI**, sh. 54; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 240; **BISCHOFF**, sh. 338; **LOMBARDINI**, sh. 235 (N. 33).

⁶⁶⁵ Bu konuda ileri sürülen diğer bir gerekçe, banka havalesinin hukuki kurgusu itibarıyla birbirinden – ekonomik olarak olmasa dahi – hukuken bağımsız ve tarafları farklı olan işlemlerden oluşmasıdır. Buna göre, havaleci ile banka arasındaki işlemin (havale talimatının) geçersiz hale gelmesi, tarafları farklı olan alacak kaydı işleminin geçersiz olması sonucunu doğurmaması gerekir. Keza bu görüşte olan yazarlara göre, BK m. 20/f. II’nin kıyasen uygulanması suretiyle de alacak kaydının geçersiz olacağı sonucuna varılamaz. Zira BK m. 20/f. II tek bir hukuki işlemi oluşturan unsurlardan birinin hükümsüzlüğünün sonuçlarına ilişkin olup, birden fazla sözleşmeden müteşekkil bir işlem görünümündeki havale kurgusu bakımından uygulama alanı bulamaz. Bu yönde bk. **HELBIG**, sh. 121; **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 242; **ZEIDLER**, sh. 61.

⁶⁶⁶ **TÜRK**, sh. 354; **HELBIG**, sh. 128; **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 243; **ZEIDLER**, sh. 62.

edemez⁶⁶⁷. Bu itibarla, sebepsiz zenginleşme ilişkisi ancak, bedel ilişkisinde geçerli bir hukuki sebep mevcut değil ise, havaleci ile lehdar arasında gündeme gelecektir⁶⁶⁸. Bedel ilişkisinde havaleci, lehdara borçlu değil ise, havale tutarının iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca lehdardan talep edebilir. İptal işlemi havaleci için ancak, geçerli bir geri alma talimatı verme olanağı mevcut olduğu sürece ya da banka, alacak kaydı işlemine rağmen, bir şekilde havale tutarının iadesini sağlamış ise pratik sonuç doğurur. Bu olasılıkta banka, BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi iş görmüş ve masraf talep etmeye hak kazanmış olmayacağından, kendisine iade edilen tutar oranında havaleci karşısında zenginleşmiş sayılır ve söz konusu tutarı havalecinin hesabına iade etmekle yükümlüdür⁶⁶⁹.

bb. Ödeme Talimatının İptalinin Alacak Kaydı İşlemini Geçersiz Kılacağı Yönündeki Görüş

Öğretide diğer bir görüş ise, ödeme talimatının iptalinin, alacak kaydı işlemi hükümsüz kılmak suretiyle, ödeme ilişkisinde lehdarın hukuki durumu üzerinde doğrudan etkili olacağı yönündedir⁶⁷⁰.

Bu görüş esasen, havalenin havaleci tarafından iptal edilmiş olmasının, lehdara karşı ileri sürülemeyecek savunmalardan biri olmadığı, bu anlamda BK m. 459/f. I'de belirtilen kural kapsamı dışında kaldığı düşüncesine dayanır⁶⁷¹. Diğer bir deyişle, bizzat havalenin içeriğinden kaynaklanan bir savunma söz konusudur. Zira ödeme talimatının iptal edilmesi sonucunda, ödeme ve kabz yetkileri geçmişe etkili şekilde hükümsüz hale gelir⁶⁷². Havale ilişkisinin bu şekilde sonradan ortadan kalkması, BK m. 459/f. I anlamında kabul bildirimine karşılık gelen alacak kaydı işlemi hükümsüz kılar ve lehdar, banka nezdinde alacak hakkı elde etmemiş sayılır⁶⁷³. Bu olasılıkta banka, havale

⁶⁶⁷ ZEIDLER, sh. 63;

⁶⁶⁸ ZEIDLER, sh. 66; VOSER, sh. 455.

⁶⁶⁹ HEINI, sh. 54.

⁶⁷⁰ von der CRONE, sh. 65.

⁶⁷¹ HESS, Clearing, sh. 111; BUIS, sh. 76.

⁶⁷² BUIS, sh. 76.

⁶⁷³ von der CRONE, sh. 65.

tutarını lehdarın hesabından çekebilir ya da lehdardan sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebinde bulunabilir⁶⁷⁴.

İsviçre hukuku öğretisindeki bazı yazarlar bu kuralın, iptal beyanının geçmişe etkili hükümsüzlük sonucunu doğurduğu tüm irade sakatlıkları bakımından geçerli olduğu görüşündedirler⁶⁷⁵. Diğer bazı yazarlar tarafından ise, irade sakatlığını BK m. 23 vd. anlamında hatanın teşkil ettiği durum bakımından bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu ayırım çerçevesinde, havaleci açısından BK m. 23/f. I b. 1–3 anlamında bir beyan hatası söz konusu olduğunda, iptal beyanının havale ilişkisini geriye etkili şekilde ortadan kaldıracığı kabul edilmektedir. Buna karşın, BK m. 23/f. I b. 4 anlamında bir temel hatası⁶⁷⁶ (*Grundlagenirrtum*) söz konusu olduğunda ise, iptal beyanının ödeme ilişkisi bakımından – yani havale ilişkisinin ve alacak kaydı işleminin hükümsüzlüğü anlamında – sonuç doğurmayacağı; zira temel hatasının, tanımı gereği bedel ve karşılık ilişkisi ile bağlantılı bir geçersizlik sebebi olması nedeniyle, BK m. 459/f. I uyarınca lehdara karşı ileri sürülebilen savunmalar kapsamı dışında tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷⁷. Keza, temel hatasına dayanan iptalin, lehdarın hukuki durumu üzerinde etkili olmasının, yasakoyucunun BK m. 461/f. I ile kabz yetkisinin geri alınması bakımından getirmek istediği sınırlama ile de bağdaşmayacağı bu görüşte olan yazarlarca ileri sürülen bir diğer gerekçedir⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ **VON DER CRONE**, sh. 66, 67; **BUIS**, sh. 230; **VOSER**, sh. 456; buna karşın **HESS** (Clearing, sh. 111), havale talimatının iptal edilmesi ile havale ilişkisinin geriye etkili şekilde hükümsüz olacağını benimsemekle birlikte, bankanın lehdardan sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebinde bulunamayacağı (ya da havale tutarını havalecinin hesabından çekemeyeceği) görüşündedir. Zira yazara göre, talimatın iptaline rağmen banka, havaleci karşısında art. 402/I CO (BK m. 394/f. I)'e dayanan masrafın karşılanmasına yönelik alacak hakkı elde etmiş olduğundan, malvarlığında, sebepsiz zenginleşme talebine esas teşkil edebilecek bir eksilme söz konusu değildir.

⁶⁷⁵ **KOLLER/KISSLING**, sh. 66.

⁶⁷⁶ Bilindiği üzere BK m. 23/f. I b. 4 anlamında bir temel hatasından söz edilebilmesi için, somut olayda hakkında hataya düşülen olgunun, iradesi sakatlanan taraf açısından (sübjektif unsur) sözleşme yapma iradesini şekillendiren, sözleşmenin zorunlu ve temel unsuru niteliğinde olmasının yanı sıra bu durumun sözleşmenin diğer tarafınca bilinmesi ya da “iş hayatındaki dürüstlük kuralının” hataya düşen tarafın söz konusu olguya böyle bir önem atfetmesini haklı kılması (objektif unsur) gereklidir. Bu yönde bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 86.

⁶⁷⁷ **VON DER CRONE**, sh. 65; **VOSER**, sh. 457; **BUIS** (sh. 77) ise, havalecinin hatası bedel ilişkisindeki borcun varlığı ya da içeriğine ilişkin olmadığı sürece temel hatasına dayanan iptal beyanının alacak kaydı üzerinde etkili olduğunu ileri sürmek suretiyle benzer bir sonuca varmaktadır.

⁶⁷⁸ **VON DER CRONE**, sh. 51.

ii. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Banka havalesinde havalenin kabulünden doğan hakkın BK m. 459/f. I anlamında soyut nitelikli olmasından hareketle, ödeme talimatının iptalinin ödeme ilişkisindeki alacak kaydı işlemi üzerinde etkili olmadığı sonucuna varan görüş, havale ilişkisinin temelinde yatan yetkilendirme işlemlerini göz ardı etmesi nedeniyle reddedilmelidir. Bankaya verilen ödeme talimatının, BK m. 397 anlamında bir talimat olmasının yanı sıra havale ilişkisini kuran ödeme ve kabz yetkilerini de ihtiva ettiği dikkate alındığında, BK m. 31 uyarınca iptal edilebilirlik yaptırımının, ödeme talimatının belirtilen her iki yönü üzerinde de etkili olması gerekir⁶⁷⁹.

Bilindiği üzere Türk ve İsviçre hukuklarında irade sakatlığına bağlanan yaptırım tartışmalı olmakla birlikte, bu tartışma çerçevesinde ileri sürülen görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin, iptal hakkının kullanılması ile hukuki işlemin geçmişe etkili şekilde hükümsüz hale geleceği konusunda öğretide oybirliği mevcuttur⁶⁸⁰. Bu kural bankaya verilen ödeme talimatının iptali bakımından da geçerlidir. Ödeme talimatının iptal edilmesi ile ödeme ve kabz yetkileri ve bu yetkiler zemininde kurulan havale ilişkisi geçmişe etkili şekilde (*ex tunc*) hükümsüz hale gelecektir. Bu anlamda iptal edilen bir havale ilişkisine dayanan ödeme, havaleciye isnat edilebilir bir ödeme talimatı mevcut değil iken yapılan ödemeden farksızdır⁶⁸¹. Daha önce de belirtildiği üzere, geçerli bir havale ilişkisinin yokluğunda sözde havale muhatabı tarafından lehdara yapılan kazandırma, BK m. 62 temelinde iadesi talep edilebilir, sebepten yoksun bir kazandırma teşkil eder. Benimsediğimiz görüş uyarınca banka havalesinde BK m. 459/f. I anlamında kabul bildirimini söz konusu olmayıp, alacak kaydı işlemi ile banka havalesi icra edilmiş ve lehdara kazandırmada bulunulmuş olunur⁶⁸². Geçerli bir havale ilişkisi mevcut olmaksızın havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi ise, lehdar açısından sebepten yoksun bir kazandırma⁶⁸³ teşkil eder.

⁶⁷⁹ von der CRONE, sh. 65 dn. 143; karş. TÜRK, sh. 154.

⁶⁸⁰ BUIS, sh. 76.

⁶⁸¹ VOSER, sh. 456.

⁶⁸² Bk. yukarıda I. C. 3. d.

⁶⁸³ Geçerli bir havale ilişkisi mevcut olmamasına rağmen alacak kaydı işlemi ile bankaya karşı alacak hakkının doğup doğmadığı, buna bağlı olarak da söz konusu alacak kaydının lehdar açısından bir

Varılan bu sonuç zincirleme banka havalesi bakımından da geçerlidir. Zira benimsediğimiz görüş uyarınca⁶⁸⁴, lehdarın bankası havale ilişkisinde alt havale muhatabı konumunda olduğundan, ödeme talimatının iptali, lehdarın bankasının hukuki durumu üzerinde de doğrudan etki doğurur. İptal beyanı, ödeme ve kabz yetkilerini geriye etkili şekilde hükümsüz kılıp, havale ilişkisini ortadan kaldırdığından, havalecinin bankasının ya da havale zincirindeki aracı bankanın, lehdarın bankasına karşı ayrı bir iptal beyanında bulunması gerekli değildir⁶⁸⁵.

Şu halde, havaleci ödeme talimatını irade sakatlığı nedeniyle iptal ettiği takdirde, banka alacak kaydettiği tutarı havaleciye iade etmek üzere, sebepsiz zenginleşme temelinde lehdarın hesabından çekmeye ya da – havale tutarı lehdarın hesabında bulunmuyor ise – lehdardan iade talep etmeye yetkili ve aynı zamanda havaleciye (ya da havalecinin bankasına) karşı bununla yükümlüdür⁶⁸⁶.

Öğretide ileri sürülenin aksine⁶⁸⁷, bankanın karşılık ilişkisinde havaleciye karşı BK m. 394/f. I anlamında masraf alacağı elde etmiş olması, ödeme ilişkisinde lehdara karşı sebepsiz zenginleşmeden doğan bir iade alacağına sahip olmasına engel teşkil etmez. Bu noktada belirtmek gerekir ki, benimsediğimiz görüş uyarınca, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi bakımından, iade talep edenin malvarlığında fakirleşme anlamında bir eksilmenin meydana gelmiş olması zorunlu bir koşul değildir⁶⁸⁸. Öte yandan bankanın, havaleci karşısında elde ettiği alacak hakkının sözleşme ilişkisinden doğması da, banka lehine – lehdar karşısında – sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir alacak hakkının doğumunu engellemez⁶⁸⁹. Bilindiği üzere, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebin ikincilliği ilkesi uyarınca, taraflar arasında sözleşmeden doğan bir alacak hakkı mevcut olduğu sürece, söz konusu alacak hakkı için geçerli bir hukuki sebep mevcut olacağından, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir alacağın doğumu mümkün olmaz. Bununla birlikte, bu kural sözleşmeden doğan alacak

kazandırma teşkil edip etmediği konusunda bk. yukarıda havale talimatının geri alınmasına ilişkin ... no'lu dn.'a bağlı metindeki açıklamalar.

⁶⁸⁴ Zincirleme banka havalesinde lehdarın bankasının konumu için bk. yukarıda II. B. 3. a.

⁶⁸⁵ **BUIS**, sh. 125.

⁶⁸⁶ Bankanın bu yükümlülüğünün, ciro sözleşmesinden doğan bir yan yükümlülük olan havalecinin uğradığı zararın azaltılması yükümlülüğünün bir görünümü olduğu yönünde bk. **VOSER**, sh. 456.

⁶⁸⁷ Bu yönde bk. **HESS**, Clearing , sh. 111.

⁶⁸⁸ Bu konuda bk. **VOSER**, sh. 179 vd.

⁶⁸⁹ **VOSER**, sh. 457.

hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan alacak hakkının taraflarının aynı olduğu bir hukuki kurguda geçerlidir. Oysa banka havalesinde, bankanın ciro sözleşmesinden doğan alacak hakkının borçlusu havaleci iken, havale ilişkisinin geçersizliğinden doğan sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade alacağının borçlusu, havale lehdarıdır⁶⁹⁰.

Kural olarak havalecinin iptal beyanına tanınan – lehdara kazandırılan alacak hakkı üzerindeki – bu etki, BK m. 23/f. I b. 4 anlamında temel hatası⁶⁹¹ söz konusu olduğunda reddedilmelidir. Bu anlamda, öğretilde beyan hatası ile temel hatası arasında ayırım yapılması yönündeki görüşe katılmak gerekir. Zira temel hatasının ödeme ilişkisinde lehdarın hukuki durumu üzerinde etkili olması, banka havalesinin dolaylı bir ödeme aracı olma işlevi ile, özellikle kaydi para ile yasal ödeme araçları arasında yaratılmak istenen işlevsel denklik ile bağdaşmaz. Bilindiği üzere, kaydi para ile ödemede alacaklıya nakit ödemedekine denk bir hukuki konum sağlanabilmesi, alacaklıya kazandırılan alacak hakkının bağımsız nitelikli olmasına, diğer bir deyişle, alacaklının bankaya karşı elde ettiği talep hakkının bedel ve karşılık ilişkilerindeki geçersizlik sebeplerinden etkilenmemesine bağlıdır⁶⁹². Hukuki işlemin temel hatası nedeniyle iptalinde ise, işlemin geçerliliği ile işlem iradesini şekillendiren olgu – saik – arasında bağlantı kurulmakta ve bu olgu hakkında yanılmaya hukuki sonuç bağlanmaktadır⁶⁹³. Havale ilişkisinde ise, havalecinin işlem iradesini şekillendiren, bedel ve karşılık ilişkileridir. Diğer bir deyişle, bedel ve karşılık ilişkilerindeki olgular, havaleci açısından kabz ve ödeme yetkilerinin verilmesinde birer saik teşkil eder. Şu halde, temel hatası nedeniyle bankaya verilen ödeme talimatının iptal edilmesinin⁶⁹⁴, havale ilişkisini ortadan kaldıracığı ve lehdara yapılan kazandırma üzerinde etkili olacağı kabul edilir ise, banka nezdinde lehdarın elde ettiği talep hakkına havale kurgusu aracılığıyla tanınmak istenen bağımsızlık niteliği, dolaylı yoldan bertaraf

⁶⁹⁰ **VOSER**, sh. 458.

⁶⁹¹ Havalecinin bedel ilişkisinde lehdara karşı borcunu ödemiş olmasına rağmen halen borçlu olduğunu sanmasının ya da havale edeceği tutarı hesaplamada yanılmış olmasının, temel hatasına örnek teşkil ettiği hk. bk. **ZEIDLER**, sh. 58 dn. 3.

⁶⁹² Havalecinin ya da havale sürecindeki bankaların, havale ilişkisinin temelindeki borç ilişkilerinden kaynaklanan sebeplerle, lehdara kazandırılan alacak hakkına müdahale edebilmeleri banka havalesinin ödeme işlevi ile bağdaşmayacağı yönünde bk. **von der CRONE**, sh. 50.

⁶⁹³ **EREN**, sh. 342.

⁶⁹⁴ Bu olasılıkta banka ile havaleci arasında, BK m. 23/f. I b. 4 anlamında temel hatasının varlığı bakımından gerekli olan objektif ve sübjektif anlamda esaslı sayılma koşullarının gerçekleşmiş olduğu varsayılmaktadır.

edilmiş olunur. Sonuç olarak, havaleci ödeme talimatını karşılık ilişkisinde temel hatası nedeniyle iptal etse dahi, söz konusu iptal beyanı havale ilişkisinin geçersizliği sonucunu doğurmaz ve alacak kaydı işlemi ile lehdara kazandırılan alacak hakkı üzerinde etkili olmaz. Banka, ödeme talimatının temel hatası nedeniyle iptal edildiği gerekçesi ile havale tutarını lehdarın hesabından çekemez.

Ödeme talimatı beyan hatası nedeniyle iptal edilmiş ise, talimatın geri alınmasından farklı olarak, havalecinin yaratılan hukuki görünüş uyarınca sorumlu tutulması gündeme gelmeyecektir. Zira yasakoyucu BK m. 26/f. I'de hata nedeniyle iptal edilen işlemin muhatabına kusurlu şekilde hataya düşen taraftan tazminat talep etme olanağı tanımak suretiyle, işlem muhatabının güveninin ne şekilde korunacağını özel hüküm ile açıkça düzenlemiştir⁶⁹⁵. Şu halde havaleci, ödeme talimatını beyan hatası nedeniyle iptal etmiş ise, lehdar nezdinde yanıltıcı bir görüntü yaratılmış olsa dahi, bedel ilişkisinde ifa etkisi gerçekleşmez; havaleci, banka aracılığıyla havale tutarının kendisine iade edilmesini sağlayabilir. Bu olasılıkta BK m. 26/f. I'de öngörülen koşullar gerçekleşmiş ise, lehdar, havaleciden tazminat talep edebilir.

Ödeme talimatının lehdarın hilesi ya da ikrahta bulunması nedeniyle iptal edilmesi, beyan hatasında olduğu gibi, lehdara yapılan kazandırma üzerinde sonuç doğurur. Bunun sonucunda banka, havale tutarını lehdarın hesabından çekebilir ya da sebepsiz zenginleşme temelinde lehdardan iade talep edebilir. Öte yandan, beyan hatasında olduğu gibi, hile ya da ikrah nedeniyle iptal durumunda, havale lehdarı irade sakatlığını doğuran davranışa katılmamış olsa dahi, lehdarın ödemenin geçerliliğine olan güveninin korunması söz konusu değildir⁶⁹⁶. Bu olasılıklarda havalecinin hukuki görünüş nedeniyle sorumlu tutulmamasının temelinde yatan düşünce, üçüncü kişinin hukuka aykırı davranışı aracılığıyla lehdarın bir menfaat elde etmesinin engellenmesidir⁶⁹⁷.

⁶⁹⁵ VOSER, sh. 458.

⁶⁹⁶ VOSER, sh. 458.

⁶⁹⁷ VOSER, sh. 458.

İKİNCİ BÖLÜM

BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN BORCA UYGUNLUĞU

Bilindiği üzere ödeme ile para borcunun ifası anlaşılır⁶⁹⁸. Bu noktada borcun yasadan ya da sözleşmeden doğmuş olması önem arz etmez. Önemli olan borcun konusunun, alacaklıya bir miktar soyut mali gücün kazandırılması olmasıdır⁶⁹⁹. Genel olarak, borcun ifa edilmiş ve borçlunun bu surette borcundan kurtulmuş sayılabilmesi için, alacaklının ifa menfaatinin tam olarak gerçekleşmiş olması gerekir⁷⁰⁰. Bu da, somut olayda borçlanılan edimin borca uygun şekilde (*gehörig*) veya gereği gibi (*ordnungsgemäss*) yerine getirilmiş olması ile mümkündür. Diğer bir deyişle borçlu, borcun konusu olan edimi, doğru yerde ve zamanda⁷⁰¹, doğru kişiye karşı yerine getirmiş olmalı, yani yerine getirilen edim ile borçlanılan edim arasında konu, yer, zaman ve kişi unsurları bakımından uygunluk bulunmalıdır⁷⁰². Banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin de para borcunun gereği gibi ifasını teşkil etmesi, öncelikle kaydi

⁶⁹⁸ **WEBER**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 68, sh 7 (N. 10); **SCHRANER**, M.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen, 3. Aufl. Art. 68-96, Zürich 2000, sh. 7 (N. 7); **HEINI**, sh. 59.

⁶⁹⁹ Para borcunun konusu hk. bk. yuk. Birinci Bölüm I. A. 1.

⁷⁰⁰ **WEBER**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 68, sh. 15 (N. 41); **SCHRANER**, sh. 18 (N. 71); **KOLLER**, A.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, OR AT, Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen, Bd. II, Bern 2006 (kıs. Erfüllung), sh. 3 (N. 1) vd.

⁷⁰¹ Gerçekleştirilen edim, konu, yer ve kişi unsurları itibarıyla gereği gibi olmakla birlikte, bu edimin zaman unsuru bakımından borca uygun olmaması, diğer bir deyişle edimin gecikmeli şekilde yerine getirilmiş olması ifa etkisinin gerçekleşmesine engel teşkil etmez. Ancak, borçlu gecikmeden sorumlu tutulabiliyor ise, alacaklının gecikme dolayısıyla uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacağından, borçlunun borcunu tam anlamıyla ifa ettiğinin söylenemeyeceği konusunda bk. **MEDICUS**, D.: Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13. neubearbeitete Aufl., München 2002, (kıs. Schuldrecht), sh. 236.

⁷⁰² **SEROZAN**, sh. 9 (N. 4b); **WEBER**, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 68, sh. 15 (N. 41); **SCHRANER**, Vorbem art. 68, sh. 7 (N. 7); **KELLER**, M./**SCHÖBI**, C.: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, 2. Aufl., Basel-Frankfurt am Main 1985, sh. 97; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 3 (N. 2007); **HUGUENIN**, C.: Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2006, sh. 121 (N. 757).

paranın borcun konusuna uygun olmasına ve bu koşulun gerçekleştiği durumda⁷⁰³, kaydi paranın doğru yerde ve zamanda, doğru kişiye aktarılmış olmasına bağlıdır. Bu itibarla aşağıda banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin sırasıyla konu, yer, zaman ve kişi unsurları bakımından borçlanılan edime uygunluğu incelenecektir⁷⁰⁴. Her ne kadar ödemenin doğru yerde ve zamanda yapılması organik olarak birbirine bağlı olsa da, biz aşağıdaki açıklamalarımızda ödemenin yer ve zaman açısından uygunluğunu ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

I. KAYDI PARANIN BORCA KONU İTİBARIYLA UYGUNLUĞU (BANKA HAVALESİ YOLUYLA ÖDEME OLANAĞI)

Yukarıda belirtildiği gibi, borcun sona ermesi, ifa sonucunun doğması ve borçlunun borcundan kurtulması için, gerçekleştirilen edimin öncelikle borca konu itibariyle uygun olması, diğer bir deyişle edimin, borcun içeriğine dahil sayılabilmesi gerekir. Edimin konu itibariyle borca uygunluğu, borçlu açısından söz konusu edim ile borcu sona erdirebilme yetkisine; alacaklı açısından ise, teklif edilen edimi kabul yükümlülüğüne karşılık gelir. Bu anlamda banka havalesinin ödeme teşkil etmesi, diğer bir deyişle ifa etkisi yoluyla para borcunu sona erdirebilmesi, somut olayda kaydi paranın konu itibariyle borca uygun ya da borcun içeriğine dahil sayılabilmesine; alacaklı açısından da, kaydi para ile yapılan ödeme teklifini kabul etmek yükümlülüğünün mevcut olmasına bağlıdır.

Edimin konu itibariyle borca uygunluğu, ya da alacaklının edimi kabul yükümlülüğü bizzat yasa tarafından öngörülmüş olabileceği gibi tarafların anlaşmasından da kaynaklanabilir. Türk ve İsviçre hukuklarında, para borçlarının ifası çerçevesinde memleket parası bakımından yasadaki kaynaklanan böyle bir genel kabul yükümlülüğü mevcuttur.

⁷⁰³ Somut olayda borçlu banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili değil, yani kaydi para konu itibariyle borçlanılan edime uygun değil ise, alacaklının hesabına aktarılan tutar ifa etkisi doğurmaz. Bu konuda bk. aşağıda Üçüncü Bölüm II. A.

⁷⁰⁴ Buna karşın, edimin borca uygun şekilde yerine getirilmemiş olması, ihlal edilen unsurun niteliğine bağlı olarak borcun hiç ifa edilmemesi (Nichterfüllung) ya da gereği gibi ifa edilmemesi (nicht richtige Erfüllung) sonucunu doğurur. Bu konuda bk. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 3 (N. 2007). Banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin bu anlamda borca uygun bir ödeme teşkil etmemesinin doğurduğu sonuçlar ise, çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenmektedir.

Aşağıda öncelikle, kaydi para bakımından yasadan kaynaklanan bir kabul yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı belirlenecektir. Öte yandan kaydi para ile yapılan ödemenin borçlanılan edime uygun olduğu bu şekilde bizzat yasa koyucu tarafından düzenlenmemiş ise, borçlunun banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili, alacaklının da bu yöndeki teklifi kabul ile yükümlü sayılabilmesi – kısaca banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin borçlanılan edime uygunluğu – borç ilişkisinin taraflarının ödemenin kaydi para ile yapılması konusunda anlaşmış olmalarını gerektirir. Bu anlaşma her durumda, alacaklı tarafından ödemenin kaydi para ile yapılmasına rıza gösterilmesi zemininde gerçekleşir.

A. YASADAN KAYNAKLANAN KABUL YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kaydi para açısından yasadan kaynaklanan kabul yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı, diğer bir deyişle kaydi paranın yasa gereği borca uygun olup olmadığı konusunda öncelikle Türk ve İsviçre hukuklarında yerli para borçları bakımından ödeme şeklini düzenleyen BK m. 83/f. I hükmünün dikkate alınması gerekir. Bu hükümde memleket parası ile yapılan ödeme bakımından genel bir kabul yükümlülüğünün düzenlendiği dikkate alındığında, kaydi paranın bu hüküm kapsamında memleket parası sayılıp sayılamayacağı konumuz bakımından önem arz etmektedir. Öte yandan 4857 sayılı İş Kanununda kaydi para ile ödemeye ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Nihayet bazı durumlarda alacaklı açısından kaydi para ile yapılan ödemeyi kabul yükümlülüğü TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralından kaynaklanır.

1. BK m. 83/f. I Anlamında Yasal Ödeme Aracı Kavramı

Bilindiği üzere Türk ve İsviçre hukuklarında, para borcunun ödenme şekli⁷⁰⁵ (*mode du paiement*) BK m. 83/f. I (art. 84/I CO) hükmü ile düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir yerli para borcu söz konusu olduğunda borçlu, ödemeyi kural olarak memleket parası ile yapmakla yükümlüdür. Memleket parası ile ülkede tedavülde olan yasal ödeme araçları (*gesetzliche Zahlungsmittel/moyens de paiement legaux*) kastedilmektedir⁷⁰⁶. Yasal ödeme araçları ise, bir ülkedeki hukuk düzeni tarafından para

⁷⁰⁵ LOERTSCHER, D.: Commentaire Romand, Code des obligations I, Genève · Bâle · Munich, 2003, Art. 84, sh. 504 (N. 11); karş. BAYGIN, sh. 37 dn. 16.

⁷⁰⁶ Zira 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'a dayanılarak Bakanlar Kurulunca kabul edilen (RG. 11.08.1989 – 20249) 32 sayılı Karar'ın 2/c maddesinde "Türk parası,

borcunun ödenmesinde alacaklı tarafından kabulü zorunlu olan (*Annahmezwang*), devletin veya devletin yetkili kıldığı makam tarafından ihraç edilen ödeme araçlarıdır⁷⁰⁷. Bugün için, Türkiye’de yasal ödeme araçları kâğıt ve madeni paralardan ibarettir⁷⁰⁸. Bu itibarla, kural olarak para borcunun ifası, borç tutarını karşılayacak nominal değerdeki kâğıt veya madeni paranın alacaklıya devredilmesi yoluyla, diğer bir deyişle nakit olarak⁷⁰⁹ gerçekleştirilecektir⁷¹⁰.

Söz konusu hüküm çerçevesinde, alacaklının nakit, yani kâğıt ve madeni para ile yapılan ödeme teklifini kabul yükümlülüğü (*Annahmeobligation*) ise, borçlunun ödemeyi memleket parası ile yapma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁷¹¹. Şu halde yasal ödeme araçlarının devri suretiyle gerçekleştirilen ödemenin borçlanılan edimin içeriğine uygunluğu bizzat yasadan kaynaklanır. Diğer bir deyişle, memleket parası ile

Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre Türkiye’de tedavülde bulunan veya tedavülden kaldırılmış olsa bile değiştirme süresi dolmamış olan paraları ifade eder” şeklinde bir tanım mevcuttur.

Keza İsviçre Borçlar Kanunu’nun 84. maddesinin 1. fıkrası, 22.12.1999 tarihli “Para Birimi ve Ödeme Araçları” isimli yasa tarafından, “konusu bir miktar para olan borç, borçlanılan ülke parasının yasal ödeme araçları ile ödenir” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile ilgili olarak ayrıca bk. **KLAUSER**, P.: Das Neue Währungs- und zahlungsmittelgesetz (WZG), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2000, sh. 15 vd.

⁷⁰⁷ Bu yönde bk. **KLAUSER**, 24; **BREUNIG**, sh. 164; **MÜNCH**, sh.79.

⁷⁰⁸ 25.04.2001 tarihli ve 4651 sayılı kanunla değiştirilen 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Kanunu’nun 36. maddesinin (a) bendinde, Merkez Bankası tarafından tedavüle çıkarılan banknotların sınırsız ödeme gücüne sahip olduğu ve kabul (tedavül) zorunluluğu açıkça düzenlenmiştir. Madeni paralar bakımından ise, sınırlı olmakla birlikte kabul zorunluluğunun mevcut olduğu 1264 sayılı Madeni Ufaklık ve Hatıra Para Basılması Hakkında Kanun hükümlerinden anlaşılmaktadır. Zira 1264 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre, madeni paraları tedavüle çıkarmaya yetkili kılınan kurum Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı olup, yine bu Kanun’un 3. maddesi uyarınca madeni paraların kabul zorunluluğuna ilişkin hadleri Başbakanlık Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı belirlemeye yetkilidir. Ancak 08.06.1984 tarih ve 234 sayılı KHK ile madeni paraları tedavüle çıkarma görevi, Müsteşarlığa bağlı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü’ne bırakılmıştır. Bu konuda ayrıca bk. **BAYGIN**, sh. 31 vd; **ALBAŞ**, sh. 26 vd.

⁷⁰⁹ Öğretide, memleket parası ile ödemeyi karşılayacak şekilde nakit ödeme tabirinin kullanılması kanımızca yerinde değildir. Zira nakit ödeme tabiri eşya niteliği olan para (sachgeld) ile yapılan ödemeye karşılık gelmekte iken, memleket parası ile ödeme, eşya olan paranın yanı sıra maddi varlığı olmayan kaydi parayı da içerebilecek bir kavramdır. Zira İsviçre’de 22.12.1999 tarihli yasa (WZG) ile, yasal ödeme araçları kapsamına İsviçre Merkez Bankası nezdinde açılmış olan hesaptaki vadesiz mevduatın da dahil edilmiş olması, nakit – nakit dışı ödeme ayırımının BK m. 83/f. I (art. 84/I CO) hükmünün uygulaması açısından esas alınmaması gerektiğini göstermektedir.

⁷¹⁰ **BAYGIN**, sh. 37; karş. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 86.

⁷¹¹ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 443 (N. 143); **SCHRANER**, sh. 324 (N. 160, 161); görüşümüze göre, yasal ödeme araçları ile yapılan ödeme teklifini kabul yükümlülüğü, BK m. 83/f. I hükmünden değil, bu ödeme araçları bakımından tedavül ve kabul zorunluluğunu öngören ilgili yasa hükümlerinden kaynaklanmaktadır. Şu halde BK m. 83/f. I hükmü mevcut olmasaydı dahi, Türk hukukunda yasal ödeme araçlarını düzenleyen 1211 ve 1264 sayılı yasalar gereği, borçlunun kâğıt veya madeni para ile yaptığı ödeme teklifinin haklı sebep olmaksızın reddedilmesinin kural olarak BK m. 90 anlamında alacaklı temerrüdüne yol açabileceği görüşündeyiz.

ödeme, borçlu açısından bir yükümlülük, bu şekilde yapılan ödemeyi kabul ise, alacaklı açısından bir külfet teşkil ettiğinden, memleket parası ile ödemenin borçlanılan edime uygun olduğu ve bu ödeme şeklinin ifa etkisi doğuracağı tartışmasızdır.

Bu hüküm uyarınca söz konusu külfet yalnızca memleket parası ile yapılan ödeme bakımından söz konusudur. BK m. 83/f. I anlamında memleket parası sayılmaması, yani yasal ödeme araçlarından biri olmaması nedeniyle kaydi para ile yapılan ödeme bakımından yasadaki kaynaklanan bir kabul yükümlülüğünden söz edilemez⁷¹². Vurgulamak gerekir ki, bankalar arasında gerçekleştirilen kaydi para aktarımları bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Türkiye’de EFT sistemi⁷¹³ Merkez Bankası tarafından işletildiğinden ve Merkez Bankası, yasal ödeme aracı ihracına yetkili kurum olduğundan, bankaların Merkez bankası nezdinde tutulan EFT sistemi çerçevesinde gerçekleştirilen ödeme işlemleri bakımından kaydi para ile yapılan ödemeyi kabul zorunluluğunun mevcut olduğu söylenebilir⁷¹⁴.

Bununla birlikte, öğretilerde bazı yazarlarca⁷¹⁵, kaydi para ile yapılan ödemelerin yaygınlığı ve kaydi paranın soyut mali gücü aktarma fonksiyonundan hareketle, kaydi parayı kabul külfetinin – ya da yükümlülüğünün – örf ve adet hukuku kuralından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.

Öğretilerde bu görüş, kaydi para ile yasal ödeme araçları arasındaki maddi farklılıkların ötesinde, kaydi para ile yapılan ödemenin alacaklı için elverişsiz bir hukuki durum yarattığı gerekçesiyle haklı olarak eleştiriye uğramıştır. Şöyleki: Öncelikle kaydi para ile ödemenin gerçekleşebilmesi bakımından alacaklının, bankada hesap açtırma yönünde genel bir yükümlülüğü mevcut değildir⁷¹⁶. Öte yandan kaydi para

⁷¹² İsviçre hukuku açısından bu yönde bk. **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 444 (N. 145); **WEBER**, H. R.: Probleme bei der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, SJZ 1982, H. 9, (kıs. Geldschulden), sh. 139; **SCHRANER**, Art. 84, sh. 322 (N. 155); **TERCIER**, sh. 198 (N. 994); **KRAMER**, sh. 11.

⁷¹³ EFT sistemi hk. bk. yukarıda Birinci Bölüm II. B. 3. b. iii. bb.

⁷¹⁴ İsviçre hukukunda, yasal ödeme araçlarını düzenleyen 22.12.1999 tarihli yasada (WZG) bu sonuç açıkça öngörülmektedir. Bu konuda bk. yuk. dn. 709’daki açıklamalar. Bu yasa yürürlüğe girmeden önce dahi, bankalar arasında SIC sistemi bakımından bu sonucun benimsenmesi gerektiği yönünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 74.

⁷¹⁵ Bu yönde bk. **THYWISSSEN**, Sind Bankguthaben Geld im Rechtsinne?, BB 1971, sh. 1349; **HELBIG**, sh. 88 vd; karş. **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 235.

⁷¹⁶ **WEBER**, Geldschulden, sh. 139; **SCHÖNLE**, H.: La responsabilité des banques et de leurs clients en cas d’utilisation abusive et frauduleuse des nouveaux moyens électroniques de paiement et de mauvaise

üzerinde tasarruf imkânı da bankanın katılımını gerektirdiğinden nakit paradaki gibi değildir⁷¹⁷. Bu anlamda kaydi paranın mutlak olarak bir kredi kuruluşunda açılmış bir hesaba bağımlı olması, onu, başta bu kredi kuruluşunun olmak üzere, üçüncü kişilerin ya da resmi makamların müdahalelerine⁷¹⁸ açık hale getirmektedir. Örneğin hesabın tutulduğu banka, kendisine aktarılan havale tutarını lehdarın hesabı eksi bakiyede olduğu takdirde ya da lehdara karşı sahip olduğu bir başka alacak hakkı ile takas edebilir. Diğer taraftan kaydi para, kredi kuruluşuna karşı sahip olunan bir alacak hakkından ibaret olması itibariyle, alacaklı, bankanın aciz hali ve iflas riskini de üstlenmiş olmaktadır⁷¹⁹. Alacaklının banka hesabındaki kaydi paranın üçüncü kişiler tarafından haczi de nakit paraya göre daha kolaydır⁷²⁰. Nihayet bankadaki mevduatın çeşitli sahtecilik risklerine açık olması da öğretilerde kaydi para ile yapılan ödemeyi kabul bakımından genel bir yükümlülüğün söz konusu olamayacağına ilişkin diğer bir gerekçedir⁷²¹.

Şu halde kaydi para, yasal ödeme aracı sayılmadığı ve kaydi parayı kabul yükümlülüğü yönünde bir örf ve adet hukuku kuralı söz konusu olamayacağı dikkate alındığında, alacaklının kaydi parayı kabul ile yükümlü olması, diğer bir deyişle kaydi paranın borçlanılan edimin içeriğine dahil sayılması, yasadan kaynaklanan istisnai durumlar dışında, alacaklının bu ödeme yöntemine rıza göstermesine⁷²² ve böylece borç ilişkisinin taraflarının bu yönde bir anlaşma yapmış olmalarına bağlıdır.

fonctionnement du système automatisé d'opérations bancaires, Les Nouveaux Moyens Electroniques de Paiement, Lausanne 1986 (kıs. Responsabilité), sh. 68; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 73.

⁷¹⁷ **GIOVANOLI**, M.: Bargeld-Buchgeld-Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff? Banken und Bankenrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, sh. 99.

⁷¹⁸ Bu kapsamda bankadaki mevduat üzerinde devlet makamlarınca, kara paranın aklanması ile mücadele, döviz rejimi ya da vergi denetimi gibi çeşitli amaçlarla gerçekleştirilen müdahaleler hk. açıklamalar için bk. **GIOVANOLI**, sh. 104.

⁷¹⁹ **WEBER**, Geldschulden, sh. 139; **SCHÖNLE**, Responsabilité, sh. 68; **GIOVANOLI**, sh. 103.

⁷²⁰ **BUIS**, sh. 3.

⁷²¹ **WEBER**, Geldschulden, sh. 139.

⁷²² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 74; **BETTSCHART**, sh. 109.

2. 4857 Sayılı İş Kanunu m. 32/f. II Uyarınca Kaydi Parayı Kabul Yükümlülüğü

4857 sayılı İş Kanunu⁷²³ m. 32/f. II'de işveren tarafından işçi ücretinin "... özel olarak açılan bir banka hesabına..." ödenebileceği açıkça öngörülmektedir⁷²⁴. Bu anlamda işçi ücretinin kaydi para ile ödenmesinde yasadan kaynaklanan bir kabul yükümlülüğü söz konusudur. Bu hüküm uyarınca işveren, işçi ücretini, nakit olarak işyerinde ya da bankada işçi adına açılmış hesaba yatırmak suretiyle kaydi para ile ödeyebilir⁷²⁵.

3. Kaydi Para İle Yapılan Ödemeyi Kabul Yükümlülüğünün (TMK m. 2) Dürüstlük Kuralından Kaynaklandığı Durumlar

Ödemenin kaydi para ile yapılabilmesi taraflarca kararlaştırılmamış ya da bu yönde özel bir yasal düzenleme mevcut değil ise, alacaklı, borçlunun banka havalesi yoluyla ödeme teklifini reddedebilir. Para borçlusunun edim yükümlülüğü de nakit paranın alacaklıya aktarılmasından ibarettir. Diğer bir deyişle, BK m. 83/f. I hükmü para borcu ilişkisinin her iki tarafı için sonuç doğurduğundan, alacaklı da kural olarak borçlusundan nakit ödeme dışında bir şekilde ödeme yapması talebinde bulunamaz⁷²⁶. Kural bu olmakla birlikte, bazı durumlarda alacaklının, borçlunun kaydi para ile ödeme

⁷²³ Bu yasadan önce, 1175 sayılı İş Kanunu yürürlükte idi. Bu kanunun ücretin ödenmesine ilişkin 26. maddesinin 1. fıkrasında, ücretin ne şekilde ödenebileceği konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değil idi. Bu itibarla öğretide haklı olarak, işçinin ücretin banka hesabına yatırılması suretiyle ödenmesini kabul ile yükümlü sayılabilmesi için, toplu iş sözleşmesinde ya da bireysel iş sözleşmesinde bu yönde bir düzenlenmenin mevcut olması; ücretin hesaba yatırma yoluyla ödenmesi yönünde bir işyeri uygulaması söz konusu olduğu ya da bu ödeme şeklinin işyeri iç yönetmeliğinde yer aldığı olasılıklarda ise, işveren tarafından tek taraflı olarak belirlenen ödeme şeklinin, işçinin örtülü rızası ile bireysel iş sözleşmesinin içeriğine dahil olmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır. Bu yönde bk. **BAŞBUĞ, A.**: İşçi Ücretlerinin ATM İle Ödenmesinden Doğan Sorunlar, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, sh. 213 vd.; **AKIN, L.**: İşçi ücretlerinin otomatik Para Çekme Makineleri İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 3, 1996, sh. 351 vd.

⁷²⁴ Aynı şekilde 2008 yılında, 17.04.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'un 82. maddesi ile Borçlar Kanununun 323. maddesinin I ve II. fıkralarında yapılan değişiklik ile, işveren açısından, işçinin ücret, prim, ikramiye vs. istihkakını işçinin banka hesabına ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

⁷²⁵ Öğretide işverene tanınan hesaba yatırma yoluyla ödeme olanağının, genellikle "ödeme yeri" başlığı altında incelendiği görülmektedir. Bu yönde bk. **ÇELİK, N.**: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004, sh. 138 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU, H.**: İş Hukuku, sh. 395 vd.; Kanımızca ödeme banka hesabına yatırma suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, nakit ödemeye kıyasen yalnızca BK m. 73 anlamında ödeme yeri bakımından değil BK m. 83/f. I anlamında ödemenin konusu bakımından da bir değişiklik söz konusu olmaktadır. Bu konuda bk. aşağıda I. B. 1.

⁷²⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 76.

teklifini reddetmek suretiyle nakit ödemede ısrar etmesi⁷²⁷ dürüstlük kuralına aykırı sayılabilir. Öğretide, özellikle yüksek tutardaki para borcunun kaydi para ile ödenmesi yönünde bir teamülün mevcut⁷²⁸ ya da borç ilişkisinin taraflarını bankaların oluşturuyor ise, alacaklının borçlunun kaydi para ile ödeme teklifini reddetmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir⁷²⁹. Zira nakit ödeme somut olayda makul sayılabildiği sürece borçludan talep edilebilir. Diğer bir deyişle borçlu edim yükümlülüğünü makul sayılabilecek bir tarzda yerine getirebilmelidir. Bu olasılıklarda borçlu, para borcunu banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili sayılacaktır. Keza bankada hesap açtırma yönünde genel bir yükümlülüğün mevcut olmadığı, bu itibarla alacaklının bankada hesabı olmadığı durumlarda borçlunun fiilen nakit ödeme yapmakla yükümlü olacağı şeklindeki yaklaşım da bu olasılıkta reddedilmelidir. Zira alacaklı, mutad olarak yüksek tutarlı para borcu ilişkilerine taraf oluyor ise⁷³⁰, ödeme işlemini kolaylaştırmak anlamında ödemenin kaydi para ile yapılmasını sağlamaya yönelik hesap açtırmakla yükümlüdür⁷³¹. Şu halde, somut olayda ödemenin nakit olarak yapılması dürüstlük kuralı uyarınca borçludan beklenemiyor ise, borçlanılan edimin kaydi paranın aktarılması olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla, banka havalesi yoluyla yapılan ödemeyi reddeden ya da borçlunun havale yoluyla ödeme teklifi karşısında banka hesap numarasını borçluya bildirmeyen veyahut banka hesabı açtırmaya yanaşmayan alacaklı, ifaya yönelik hazırlık fiillerini gerçekleştirmekten kaçınmış sayılacağından alacaklı temerrüdüne düşer⁷³².

⁷²⁷ Borçlunun, alacaklının ödemenin kaydi para ile yapılmasına ilişkin talebini reddetmek suretiyle ödemeyi nakit olarak yapmakta ısrar etmesinin de TMK m. 2/f. II anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği yönünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 76; **WIEGAND/HODEL**, sh. 194.

⁷²⁸ Somut olayda kaydi para ile ödeme yönünde bir işlem teamülü söz konusu ise, para borcunun tutarına bakılmaksızın, borçlunun, banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili olacağı konusunda bk. aşağıda B. 1. b. ii. aa.

⁷²⁹ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 446 (N. 157); **SCHÖNLE**, Responsabilité, sh. 69; **HEINI**, sh. 63; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 74; **WIEGAND/HODEL**, sh. 193; **BUIS**, sh. 27; **LOERTSCHER**, Art. 84, sh. 505 (N. 13).

⁷³⁰ Uluslararası ticaret kapsamında yurt dışına yapılan havaleler bu duruma örnek teşkil etmektedir.

⁷³¹ **WIEGAND/HODEL**, sh. 193.

⁷³² **WIEGAND/HODEL**, sh. 194.

B. KAYDI PARA İLE ÖDEME YÖNÜNDE TARAFLARIN ANLAŞMASI

Türk – İsviçre hukukunda, BK m. 83/f. I (art. 84/I CO) hükmü emredici nitelikli olmadığından, borç ilişkisinin tarafları anlaşma yoluyla, nakit ödeme dışında bir ödeme tarzı ya da tarzları belirlemeleri mümkündür. Bu anlamda borç ilişkisinde taraflar, ödemenin kaydi para ile yapılacağını açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırmış olabilirler. Keza kaydi para ile ödemenin mümkün olduğu yönünde tarafların açık ya da örtülü şekilde açıkladıkları gerçek iradeleri mevcut olmasa dahi, tamamlayıcı yorum yoluyla tarafların varsayılan iradelerinin bu yönde olduğu tespit edildiği takdirde, banka havalesi yoluyla yapılan ödeme konu itibariyle borca uygun sayılacaktır. Bu şekilde tarafların gerçek ya da varsayılan iradelerine dayanan bir anlaşmanın mevcut olduğu durumda, para alacaklısının hesabına aktarılan tutarın ifa teşkil edip etmeyeceğinin ise ayrıca incelenmesi gerekir.

1. Kaydi Para İle Ödeme Konusunda Tarafların Anlaştıkları ya da Anlaştıklarının Varsayıldığı Durumlar

a. Tarafların Gerçek İradelerine Dayanan Anlaşma

i. Açık İrade Beyanları Uyarınca

Uygulamada sık rastlanmamakla birlikte borç ilişkisinin tarafları ödemenin banka havalesi yoluyla (kaydi para ile) yapılacağını açıkça kararlaştırmış olabilirler⁷³³. Para borcunun sözleşmeden ya da sözleşme dışı bir borç kaynağından doğmuş olması bu konuda herhangi bir fark yaratmaz. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan bir para borcu söz konusu olduğu takdirde, ister sözleşmenin kurulması esnasında ister sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşsin, nakit dışı ödeme anlaşması bir yan anlaşma (*pactum adiectus*) teşkil eder.

Bu anlaşma çerçevesinde kaydi para ile ödeme, borçlu açısından seçimlik ya da münhasır ödeme tarzı teşkil edecek şekilde kararlaştırılmış olabilir. Diğer bir deyişle, taraflarca borçlanılan edimin içeriğine yasal ödeme araçlarının yanı sıra kaydi para da dahil edilmiş olabileceği gibi, borçlunun nakit ödeme olanağı bertaraf edilmek suretiyle borçlanılan edimin kaydi paraya indirgenmiş olması da mümkündür. Bu şekilde, kaydi

⁷³³ BILLOTTE-TONGUE, sh. 74; WIEGAND/HODEL, sh. 192; BUIS, sh. 27; BREUNIG, sh. 184; MÜNCH, sh. 181

para ile ödeme münhasır ödeme tarzı olarak kararlaştırılmış ise, borçlu açısından kaydi para ile ödeme aynı zamanda bir yükümlülük teşkil edecektir. Somut olayda kaydi para ile ödemenin münhasır mı yoksa seçimlik ödeme tarzı mı teşkil ettiği, taraf menfaatleri göz önüne alınmak suretiyle yapılacak bir yorum ile belirlenir⁷³⁴. Her iki olasılıkta da alacaklı, bankada hesap açtırma külfeti altındadır. Alacaklı bu külfeti yerine getirmeyen ise, ifaya ilişkin hazırlık fiillerini yerine getirmemiş olur ve borçlunun havale yoluyla ödeme teklifi karşısında alacaklı temerrüdüne düşer⁷³⁵.

ii. Örtülü İrade Beyanları Uyarınca

Uygulamada çoğu zaman taraflar ödeme tarzını açık bir anlaşma ile düzenlemezler. Bu itibarla, önem arz eden sorun alacaklının hangi davranışlarının hesaba havale yoluyla ödemeyi kabul anlamında örtülü bir irade açıklaması teşkil edeceğidir. Öğretide genellikle, alacaklının, hesabına aktarılan havale meblağını ödeme olarak kabul etmediğini makul süre içinde borçlusuna bildirmemesinin ya da hesabına aktarılan tutar üzerinde herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin tasarrufta bulunmasının bu anlamda örtülü bir kabul teşkil edeceği ifade edilmektedir⁷³⁶. Bu noktada alacaklının borçluya banka hesap bilgilerini bildirmemesinin veya söz konusu hesap bilgilerinin dışarıdan ulaşılabilir kılmasının veyahut alacaklının salt bir ciro hesabı açtırmasının örtülü bir irade beyanı teşkil edip etmediğinin, ayrıca incelenmesi gerekir.

aa. Alacaklının Bankada Ciro Hesabı Açtırması

Alacaklının salt, bankada bir ciro hesabına sahip olmasının – borçluya herhangi bir şekilde bildirim yapılmaksızın – kaydi para ile ödemeye örtülü rıza olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği öğretide tartışmalıdır.

⁷³⁴ Bu yönde bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 89 dn. 264; kaydi para ile ödemenin münhasır ödeme tarzı teşkil ettiği açıkça düzenlenmediği sürece, borçlunun nakit ödeme yetkisini koruyacağı yönünde bk. **BUIS**, sh. 27; buna karşın banka havalesinin ticari iş söz konusu olduğunda münhasır ödeme tarzı; adi işlerde ise seçimlik ödeme tarzı teşkil edeceği şeklindeki ayırım için bk. **SCHÖN**, sh. 455.

⁷³⁵ Buna karşın öğretide **SCHRANER** (sh. 325 N. 169), alacaklının bankada hesap açtırma külfetinin bulunmadığı düşüncesinden hareketle, kaydi para ile ödemenin seçimlik ödeme tarzı olarak kararlaştırıldığı ve alacaklının bankada hesabının olmadığı olasılıkta, borçlunun ödemeyi nakit para ile yapmakla yükümlü olacağı; bankada hesap açtırmayan alacaklının ise, borçlunun kaydi para ile ödeme teklifi karşısında alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılmayacağı görüşündedir.

⁷³⁶ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 447 (N. 159); **SCHRANER**, Art. 84, sh. 154 (N. 95); **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 75; **WIEGAND/HODEL**, sh. 192; karşı. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 91 dn. 270; karşı. **CANARIS**, sh. 312 (N. 471). Yargıtay'ın kira parasının ödenmesine ilişkin bu yöndeki kararları hk. bk. **TÜRK**, sh. 273.

Alacaklının hesap açtırmış olmasının kaydi para ile ödemeye rıza şeklinde nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, İsviçre hukukunda öncelikle posta çeki hesabına yapılan ödemeler bakımından gündeme gelmiştir. Öğretide genel kabul gören⁷³⁷ ve Federal Mahkeme⁷³⁸ tarafından da benimsenen yaklaşıma göre, alacaklı, posta çeki hesabı açtırmakla, ödemenin bu hesaba yapılması yönünde borçluyu yetkilendirmiş olur; ve alacaklı, ödemenin bu hesaba yapılmasını kabul etmediğini borçluya bildirmediği sürece, borçlunun bu hesaba ödeme yapmaya yetkili olduğu kabul edilir⁷³⁹.

Posta havalesi yoluyla ödeme bakımından benimsenen bu görüşten esinlenen bazı yazarlar tarafından, bankada ciro hesabı açtıran alacaklının da, ödemenin bu hesaba yapılmasını istemediğini – veya ödemenin nakit olarak yapılması talebini – borçlusuna bildirmediği sürece⁷⁴⁰, ödemenin bu şekilde yapılmasına örtülü olarak rıza göstermiş sayılacağı ileri sürülmüştür⁷⁴¹. Keza İsviçre Federal Mahkemesi de, yayınlanmayan yakın tarihli bir kararında bu görüşü benimsemiştir⁷⁴².

Buna karşın İsviçre ve Alman Hukuklarında baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, salt ciro hesabı açtırılması olgusundan, alacaklının ödemenin

⁷³⁷ Bk. **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 447 (N. 161)'de anılan yazarlar.

⁷³⁸ Alacaklının posta çeki hesabına nakit yatırma suretiyle yapılan ödemeye ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 55 II 201 no'lu kararında bu yaklaşım benimsenmiştir. Bu karar için ayrıca bk. **JEANPRETRE**, Le payement de la dette au compte de chèques postaux du créancier, SJZ 1968, H. 10, sh. 145.

⁷³⁹ İsviçre hukukunda “Verbotstheorie” olarak anılan ve posta havalesi ile yapılan ödemeler bakımından genel kabul gören görüşe göre, posta çeki hesabı olan alacaklı, ödemenin bu hesaba yapılmaması yönünde iradesini açıklamadığı sürece, borçlu ödemeyi alacaklının posta çeki hesabına yapmaya yetkili sayılır. Buna karşın “Ermächtigungstheorie” olarak anılan diğer görüşe göre ise, kural olarak borçlu alacaklının posta çeki hesabına ödeme yapmaya yetkili değildir. Bu konuda borçlunun alacaklı tarafından ayrıca yetkilendirilmiş olması gerekir. Öte yandan, posta çeki hesabı açtıran alacaklının, Posta idaresi nezdinde tutulan posta çeki hesapları listesine dahil olmasının, borçlunun yetkilendirilmiş sayılması bakımından yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bk. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 99 (N. 50) vd.

⁷⁴⁰ Öğretide **SCHÖNLE**, Ort und Zeit (sh. 104)'ye göre, alacaklının, sözleşmeden doğan bir para borcu söz konusu olduğu takdirde, en geç borcun doğumu esnasında; sözleşme dışı bir borç kaynağından doğan para borcu söz konusu olduğunda ise, borcun doğumundan itibaren gecikmeksizin borçluya ödemenin nakit olarak yapılması konusunda bildirimde bulunması gerekir; yine bu yönde bk. **SCHÖNLE**, Responsabilité, sh. 68; alacaklı böyle bir bildirimde bulunmasa dahi, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin alacaklı için risk arz ettiğini borçlunun bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda, borçlunun kaydi para ile ödemeye yetkili sayılmayacağı yönünde bk. **SCHMIDT**, sh. 127 (C 47).

⁷⁴¹ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 447 (N. 161); **WEBER**, Geldschulden, sh. 140; **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 104; aynı yönde bk. **SCHÖNLE**, Responsabilité, sh. 68.

⁷⁴² Bu karar için bk. BGer SemJud 1997, 253.

kaydi para ile yapılmasına – örtülü şekilde – rıza gösterdiği sonucu çıkarılamaz⁷⁴³. Zira somut olayda alacaklının ciro hesabını, ödemelerin kabulü dışında bir amaca yönelik olarak açtırmış olması mümkündür. Diğer bir deyişle müşteriye banka ile ciro sözleşmesini kurmaya yönelten saik somut olaydaki para borcu ilişkisi ile bağlantılı değildir⁷⁴⁴. Keza alacaklının, somut olayda ödemenin bu hesaba yapılmamasında korunmaya değer bir menfaati de mevcut olabilir. Örneğin nakit paraya ihtiyacı olan alacaklının, ödemenin eksi bakiyede olan ya da üzerinde haciz mevcut olan ciro hesabına yapılmamasında menfaati olduğu açıktır⁷⁴⁵. Bu noktada öğretide azınlık görüşü çerçevesinde ileri sürüldüğü şekilde, ödemenin banka hesabına yapılmamasında menfaati olan alacaklıyı, ödemenin nakit olarak yapılması yönünde bildirimde bulunmakla yükümlü kılmak ise, borçlu sayısının birden çok olduğu durumlarda, alacaklıyı makul sayılamayacak bir masrafi üstlenmek zorunda bırakmak anlamına gelecektir⁷⁴⁶. Ayrıca, alacaklıya ait birden fazla banka hesabı mevcut olduğu olasılıkta, alacaklının ödemenin bu hesaplardan tercih ettiği birine yönlendirmek istemesi de pekâlâ mümkündür.

Kaldı ki, hesap açma olgusunda alacaklının bu yönde bir iç iradesinin mevcut olduğu kabul edilse dahi, söz konusu iradenin hukuki sonuç doğurması için gerekli koşul yerine gelmiş sayılamaz. Zira taraflar arasında ödeme tarzına yönelik bir anlaşmanın kurulduğunun söylenebilmesi için, alacaklının iradesini dışa açıklamış ve bu iradenin muhataba ulaşmış olması şarttır. Salt hesap açtırma işlemi ile bu irade dışa açıklanmış ya da muhataba ulaşmış sayılamayacağından, taraflar arasında ödemenin kaydi para ile yapılmasına yönelik örtülü bir anlaşmanın kurulmuş olduğu

⁷⁴³ **SCHRANER**, Art. 84, sh. 324 (N. 168); **LOERTSCHER**, Art. 84, sh. 504 (N. 13); **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 75; **KOLLER**, Erfüllung, sh. 99 (N. 52); öğretide **BUIS** (sh. 28), hesap açtırmanın kaydi para ile yapılan ödeme teklifini kabul iradesi şeklinde yorumlanması durumunda, İsviçre’de bugün için hemen hemen herkesin bir banka hesabına sahip olduğunu dikkate almak suretiyle, kaydi para ile yapılan ödemenin kural haline geleceğini haklı olarak vurgulamaktadır; Alman hukukunda bu yönde bk. **BREUNIG**, sh. 187; **MÜNCH**, sh. 182; **SCHÖN**, sh. 454

⁷⁴⁴ **BREUNIG**, sh. 187.

⁷⁴⁵ **SCHRANER**, Art. 84, sh. 324 (N. 168); **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 74; **CANARIS**, sh. 311 (N. 470); keza ödemenin yapılacağı hesap müşterek hesap olduğu takdirde, alacaklı sıfatına sahip olmayan diğer hesap sahibinin, alacaklının hesap üzerinde tasarruf etmesini engellemesi ya da havale tutarı üzerinde tek başına tasarrufta bulunması gibi risklerin de gündeme gelebileceği yönünde bk. **BUIS**, sh. 29

⁷⁴⁶ **KOLLER**, Erfüllung, sh. 98 (N. 52).

söylenemeyecektir⁷⁴⁷. Nihayet vurgulamak gerekir ki, posta havalesinde müşterinin hesap bilgileri, PTT şubesi nezdinde tutulan liste ya da internet aracılığıyla üçüncü kişilerin bilgisine sunulmuş iken, banka müşterisinin hesap bilgileri bakımından böyle bir olanak söz konusu değildir. Bu itibarla alacaklı, banka hesap bilgilerini borçlusuna herhangi bir şekilde iletmemiş iken, borçlunun alacaklının banka hesabına havale yapması uygulamada gerçekleşmesi zor bir olasılıktır⁷⁴⁸.

bb. Alacaklı Tarafından Banka Hesap Bilgilerinin Borçluya İletilmesi

Öğretide genel kabul gören görüşe göre, alacaklının borçlusuna ilettiği havale formunun (*Einzahlungsscheins*) yanı sıra fatura, irsaliye, mektup⁷⁴⁹, ihbarname vs. belgelerde banka hesap bilgilerinin bulunması, ödemenin hesaba havale yoluyla yapılması yönünde örtülü bir irade açıklaması teşkil eder⁷⁵⁰.

Para alacaklısı, borcun doğumu esnasında – ki bu durum yalnızca sözleşmeden doğan para borçları bakımından söz konusu olabilir – yukarıda belirtilen şekillerde banka hesap bilgilerini borçluya iletmış ise, borçlunun sözleşmenin kurulması yönünde açıkladığı genel kabul iradesi, ödeme tarzını da kapsar ve banka havalesi yoluyla ödeme olanağı borçlanılan edimin içeriğine dahil sayılır⁷⁵¹.

Bununla birlikte, alacaklı banka hesap bilgilerini borçluya para borcu doğduktan sonra iletmış ise – bu durum, alacaklı, borçlusuna yukarıda zikredilen belgeleri sözleşme kurulduktan sonra göndermiş ya da sözleşme dışı bir borç kaynağından doğan para borcu söz konusu ise gündeme gelir – alacaklının bu şekilde örtülü olarak açıkladığı iradesi temelinde taraflar arasında ödeme tarzına ilişkin bir

⁷⁴⁷ Bu yönde bk. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 98 (N. 50); Alman hukukunda irade beyanının hüküm ifade etmesi BGB § 130/I'de beyanın muhataba ulaşması şartına bağlandığından, tek başına hesap açtırma davranışının bu koşulu gerçekleştirilmeyeceği yönünde bk. **BREUNIG**, sh. 187; **MÜNCH**, sh. 182.

⁷⁴⁸ **BILOTTE-TONGUE**, sh. 75.

⁷⁴⁹ Faturadan farklı olarak, borçluya iletilen mektupta banka hesap bilgilerinin yer almasının örtülü irade beyanı teşkil etmesi için, söz konusu mektubun borçlu ile alacaklı arasındaki para borcuna ilişkin olması gerekli olduğu yönünde bk. **BUIS**, sh. 29.

⁷⁵⁰ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 447 (N. 158); **SCHRANER**, Art. 74, sh. 154 (N. 94); **BILOTTE-TONGUE**, sh. 75; **BUIS**, sh. 29; karşı. **WIEGAND/HODEL**, sh. 192; **BARLAS**, Temerrüt, sh. 91 dn. 270; Alman hukuku açısından bk. **CANARIS**, sh. 311 (N. 468); **MÜNCH**, sh. 182; **BREUNIG**, sh. 187.

⁷⁵¹ **BREUNIG**, sh. 187.

anlaşmanın kurulmuş sayılabilmesi için, borçlunun ayrıca uygun kabul açıklamasında bulunması şarttır. Bu olasılıkta, alacaklı tarafından borçluya fazladan bir ödeme olanağı tanınmasının borçlunun hukuki durumunu iyileştirdiği söylenebildiği ölçüde, taraflar arasında ödeme tarzına ilişkin bir anlaşmanın kurulması bakımından açık kabul beyanına gerek olmayan bir durumun mevcut olduğu ve BK m. 6 gereğince borçlunun susmasına kabul sonucunun bağlanabileceği söylenebilir. Bu itibarla alacaklı tarafından gönderilen belge borçlunun hakimiyet alanına ulaştığı anda, kaydi para ile ödeme borçlanılan edimin içeriğine dahil olmuş sayılacaktır⁷⁵².

b. Tarafların Varsayılan İradelerine Dayanan Anlaşma

Sözleşmeden doğan bir para borcu söz konusu olduğunda, taraflar, sözleşmede ödeme tarzına ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiş, özellikle, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılacağını açık veya örtülü şekilde kararlaştırmamış olsalar dahi, somut olaydaki sözleşmenin özellikleri TMK m. 2/f. I çerçevesinde yorumlanmak suretiyle belirlenen varsayılan taraf iradeleri gereğince, kaydi paranın borca konu itibariyle uygun olduğu sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, taraflar sözleşmede ödeme tarzını belirleselerdi, ödemenin hesaba havale yoluyla yapılmasını kararlaştıracakları dürüstlük kuralı uyarınca söylenebildiği ölçüde, banka havalesi yoluyla ödemenin münferit ödeme işlemi bakımından borçlanılan edimin içeriğine uygun olduğu söylenebilir.

i. Genel Olarak Sözleşmeden Doğan Para Borçlarında Tamamlayıcı Yorum Yoluyla Tarafların Varsayılan İradelerinin Tespiti

Bilindiği üzere, ödeme tarzı taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış ise, bu konuda sözleşmede bir boşluk⁷⁵³ söz konusu olur. Bu noktada konumuz açısından

⁷⁵² Alman hukukunda **BREUNIG** (sh. 188), açık bir kabul beyanına gerek olmayan durumların düzenlendiği BGB § 151'den hareket etmek suretiyle aynı sonuca varmaktadır. Öte yandan yazara göre, borçlunun bankaya verdiği havale talimatı kabul açıklaması olarak nitelendirilmek suretiyle, havale talimatının verildiği anda taraflar arasında kaydi para ile ödeme yönünde bir anlaşmanın kurulmuş ve bu anda kaydi para ile ödemenin borçlanılan edimin içeriğine dahil olmuş sayılması bu konuda benimsenebilecek bir diğer çözümdür.

⁷⁵³ Kavram için bk. **KRAMER, E. A./SCHMIDLIN, B.**: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berne 1986, Art. 18, sh. 87 (N. 213); **GAUCH, P./SCHLUEP, W. R./SCHMID, J./REY, H.**: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003 (kıs. Bd. I), sh. 275 (N.

cevaplandırılması gereken soru, hâkimin somut olayda ödeme tarzı konusundaki uyuşmazlığı, doğrudan BK m. 83/f. I hükmünü uygulamak yerine, tarafların varsayılan iradelerine öncelik vermek suretiyle çözümleyip çözümleyemeyeceğidir⁷⁵⁴. Sözleşme boşluklarının tarafların varsayılan iradelerine göre doldurulmasında hâkimin, TMK m. 2/f. I'de düzenlenen dürüstlük kuralına başvuracağı öğretide ifade edilmektedir⁷⁵⁵. Hâkim, başkaca araştırma yapmaksızın yedek hukuk kuralı niteliğindeki BK m. 83/f. I'i uyguladığı takdirde, ödemenin memleket parası ile yapılması gerektiğine hükmedecek ve alacaklının, borçlunun banka havalesi yoluyla ödeme teklifini reddedebileceği sonucuna varacaktır. Buna karşın hâkim, BK m. 83/f. I hükmünü uygulamadan önce, tamamlayıcı yorum yöntemine başvurmak suretiyle somut olaydaki borç ilişkisinin özelliklerinin ödemenin hesaba havale yoluyla yapılmasını gerektirdiğini tespit eder ise, alacaklının kaydi para ile ödeme teklifini kabul ile yükümlü olduğu sonucuna varabilecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, sözleşmedeki boşluğun öncelikle yasadaki ilgili yedek hukuk kuralının uygulanması suretiyle mi; yoksa bu yedek kurala başvurmadan önce, tamamlayıcı yorum yöntemi⁷⁵⁶ çerçevesinde, TMK m. 2/f. I'e göre belirlenecek varsayılan taraf iradeleri esas alınmak suretiyle mi doldurulacağı Türk – İsviçre hukuku öğretilerinde tartışmalıdır⁷⁵⁷.

1248); **EREN**, sh. 431 vd.; **ATAMER**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, sh. 174.

⁷⁵⁴ Alman hukukunda ise, para borcunun ödenme tarzını düzenleyen BK m. 83/f. I'a benzer bir yedek hukuk kuralı mevcut olmadığından, ödeme tarzı taraflarca sözleşmede düzenlenmemiş ise, hakimin doğrudan doğruya sözleşmeyi yorumlamak suretiyle ödeme tarzını belirlemesi gerektiği yönünde bk. **BREUNIG**, sh. 186;

⁷⁵⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 154; **OĞUZMAN**, M. K./**BARLAS**, N.: Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 15. B., İstanbul 2008 (kıs. Temel Kavramlar), sh. 246; **KAPLAN**, İ.: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, sh. 93.

⁷⁵⁶ Sözleşme boşluklarının doldurulmasında başvuru bu yöntemde tarafların gerçek iradelerinin yorumlanması söz konusu değildir. Hâkim, öncelikle somut olayın özelliklerini yorumlamak suretiyle, tarafların uyuşmazlık teşkil eden konuyu sözleşmede düzenleselerdi, varsayımsal olarak nasıl bir kural öngörmüş olacaklarını TMK m. 2/f. I gereğince tespit etmekte ve uyuşmazlığı tespit ettiği bu kuralı uygulamak suretiyle çözümlemekte, başka bir deyişle sözleşmeyi tamamlamaktadır. Tamamlayıcı yorum yöntemi hk. ayrıca bk. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sh. 338 (N. 1) vd.; **KAPLAN**, sh. 93 vd.

⁷⁵⁷ Hâkimin kural olarak, yedek hukuk kuralını uygulaması gerektiği yönünde bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. dn. 508; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sh. 339 (N. 2); **OĞUZMAN/BARLAS**, Temel Kavramlar, sh. 246; **KAPLAN**, sh. 96; somut olayın özelliklerine göre hâkimin yedek hukuk kuralına veya varsayılan iradeye öncelik verebileceği yönündeki uzlaştırıcı görüş için bk. **ATAMER**, sh. 183. Bu tartışma için ayrıca bk. **DURSUN**, S. A.: Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, sh. 110 vd.

Çalışmamızın sınırları bu tartışmanın detaylarına girilmesine olanak vermemekle birlikte, belirtmek gerekir ki, sözleşmedeki boşluğun öncelikle tamamlayıcı yedek hukuk kuralının uygulanması suretiyle doldurulması gerektiğini savunan yazarlar dahi, istisnai bazı durumlarda tarafların varsayılan iradelerine öncelik tanınması gerektiğini benimsemektedirler⁷⁵⁸. Bu görüş kapsamında, somut olayın atipik özellikleri nedeniyle ilgili yedek hukuk kuralı – yedek hukuk kuralı ortalama ve tipik sayılan durumu düzenlediği için – taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun bir çözüm sunamıyor ise, ilgili yedek hukuk kuralının uyuşmazlığa uygulanmak bakımından elverişli bir norm sayılamayacağı; hâkimin, uyuşmazlığı tarafların varsayılan iradelerine – halin icabına – göre çözmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁵⁹.

ii. Tarafların Varsayılan İradelerinin Tespitinde Başvurulabilecek Unsurlar

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, kanımızca, ödemenin memleket parası ile yapılması somut olaydaki taraf menfaatlerine uygun düşmediği ölçüde, hâkimin, somut olayın özelliklerini göz önüne alarak ödeme tarzını belirlemesi gerekir. Öğretide, tarafların varsayılan iradelerinin tespitinde başvurulabilecek yorum araçlarının sınırlayıcı olmayan şekilde ortaya konulduğu görülmektedir⁷⁶⁰. Aşağıda, bu yorum araçlarından – ödeme tarzını belirlemek bakımından doğrudan etkili olmaları sebebiyle – işlem teamülü ve tarafların özel menfaat durumları başlığı altında incelenebilecek olan, VUK mük. m. 257'e dayanılarak çıkarılan Maliye Bakanlığı Genel Tebliğlerinde öngörülen düzenleme(ler) incelenecektir. Bu anlamda bize göre, somut olayda ödemenin kaydi para ile yapılmasına ilişkin bir işlem teamülü mevcut ise ya da somut olayda vergi mevzuatı uyarınca banka aracılığıyla ödenmesi gereken bir para borcu söz konusu ise, kaydi para ile ödeme borçlanılan edimin içeriğine dahil sayılacağından, alacaklı, banka havalesi yoluyla yapılan ödemeyi kabul ile yükümlüdür.

⁷⁵⁸ Bu yönde bk. **JÄGGI/GAUCH**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5. Bd.: Obligationenrecht, 3. Aufl. Teilband V1b, Art. 18 OR, Zürich 1980, sh. 134 (N. 517); **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sh. 339; **KAPLAN**, sh. 95; Bu konuda ayrıca bk. **DURSUN**, sh. 125.

⁷⁵⁹ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Art. 18, sh. 98 (N. 237); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. I, sh. 276 (N. 1255); **ATAMER**, sh. 182; **KAPLAN**, sh. 97; **GÜMÜŞ**, M. A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2008, (kis. Özel C. I) sh. 28; **DURSUN**, sh. 128.

⁷⁶⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 152.

aa. Hesaba Havale İle Ödeme Yönündeki İşlem Teamülü

Sözleşme taraflarının dahil oldukları iş çevresinde ödemenin banka havalesi (kaydi para ile) yoluyla yapılması yönünde bir teamül mevcut olduğu takdirde, taraf iradelerinin ödemenin kaydi para ile yapılması yönünde olduğunun varsayılabileceği⁷⁶¹ ve özellikle tacirler arasındaki ödemeler bakımından bu yönde bir işlem teamülünün mevcut olduğu öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir⁷⁶².

Bilindiği üzere, belirli iş çevrelerindeki adi veya ticari nitelikli borç ilişkilerinde uygulanagelen kurallar bütünü olarak tanımlanabilecek olan işlem teamülü⁷⁶³, bir örf ve adet hukuku kuralı haline gelmediği sürece⁷⁶⁴, uyuşmazlığa doğrudan uygulanabilir bir hukuk kaynağı teşkil etmez⁷⁶⁵. Bu ilke, ticari teamüller bakımından TTK m. 2/f. I'de de ifade edilmiştir⁷⁶⁶. Belirtmek gerekir ki, bugün için tacirler arasında dahi, hesaba havale yoluyla ödemenin bir örf ve adet hukuku kuralı haline gelmiş sayılamayacağı öğretide genel kabul gören görüştür⁷⁶⁷. Bununla birlikte somut olayda işlem teamülünün, yedek hukuk kuralı tarafından ya da bizzat sözleşme taraflarınca sözleşmede yapılan atıf uyarınca sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş olması mümkündür. Böyle bir atıf mevcut olmadığı takdirde, Türk – İsviçre Hukuku öğretisinde genel kabul gören görüşe göre, işlem teamülü yalnızca, tarafların varsayılan iradelerini tespit ederken hâkimin dikkate alması gereken fiili bir durum teşkil edecektir⁷⁶⁸.

⁷⁶¹ **SCHÖNLE**, Ort Und Zeit, sh. 104; **WIEGAND/HODEL**, sh. 193.

⁷⁶² Alman hukuku öğretisinde bu yönde bk. **BREUNIG**, sh. 189; **MÜNCH**, sh. 184; **OLZEN**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362-396, Berlin 2000, Vorbem zu §§ 362ff, sh. 41 (N. 37); **WENZEL**, J.: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2. Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl., München 2007, § 362, sh. 2344 (N. 21); karş. **MÜNCH**, sh. 184; **BREUNIG**, sh. 189.

⁷⁶³ **KAPLAN**, sh. 58.

⁷⁶⁴ Öğretide, teamülün örf ve adet hukuku kuralı haline gelebilmesi için, toplumda bu kurala uyulmasının zorunlu olduğu kanaatinin yerleşmiş olması (opinio necessitatis) gerektiği konusunda bk. **OĞUZMAN/BARLAS**, Temel Kavramlar, sh. 97.

⁷⁶⁵ **ATAMER**, sh. 190.

⁷⁶⁶ TTK m. 2/f. I: « Kanunda aksine bir hüküm yoksa teamül, ticari örf ve adet olarak kabul edildiği tespit edilmedikçe, hükme esas olamaz. »

⁷⁶⁷ **MÜNCH**, sh. 186 vd.; aksi yönde bk. **HELBIG**, sh. 88 vd.

⁷⁶⁸ **DURŞUN**, sh. 152; **KRAMER/SCHMIDLIN**, Art. 18, sh. 102 (N. 244); **JÄGGI/GAUCH**, sh. 135 (N. 520); **KAPLAN**, sh. 58; **EREN**, sh. 428; buna karşın Alman hukukunda, sözleşmelerin

Öğretide, somut olaydaki işlem teamülünün, taraflarca kararlaştırılan sözleşme içeriği ile uyumlu olduğu ölçüde, kural olarak tarafların varsayılan iradelerini yansıtacağı ve bu nedenle de, hakimin uyuşmazlığı ilgili teamül uyarınca çözmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁶⁹. Şu halde, para borçlarının ifası bakımından, belirli bir iş çevresinde banka havalesi yoluyla ödeme teamül haline gelmiş ise, TMK m. 2/f. I gereği, tarafların varsayılan iradelerinin kural olarak ödemenin bu şekilde yapılması yönünde olduğu sonucuna varılabilir. Başka bir deyişle, somut olaydaki unsurlar, başka bir ödeme tarzını gerektirmediği ya da taraflar anlaşmak suretiyle kaydi para ile ödeme olanağını bertaraf etmedikleri sürece, banka havalesi alacaklı tarafından kabulü zorunlu ödeme tarzı sayılır.

Öte yandan, hakim somut olayda bu yönde bir işlem teamülünün varlığını tespit ederse, ödeme tarzının belirlenmesi bakımından artık BK m. 83/f. I hükmünü uygulamayacaktır. Zira, yedek hukuk kuralının uyuşmazlığa uygulanabilmesinin ön koşulu, ilgili kuralın somut olayda tipik ve ortalama taraf iradelerini yansıtıyor olmasıdır⁷⁷⁰. Oysa, belirli bir iş çevresinde kaydi para ile ödeme teamül haline gelmiş ise, borçlunun memleket parası (yasal ödeme araçları) ile ödemesi gerektiğini öngören BK m. 83/f. I hükmünün, bu iş çevresine dahil kişilerin ortalama ve tipik iradelerini yansıttığından söz edilemez. Teamül kuralı, ilgili yedek hukuk kuralına nispeten somut olayın özelliklerine daha uygun bir çözüm sağlıyor ise, uyuşmazlığın söz konusu teamül kuralına göre çözümlenmesi gerekir⁷⁷¹.

Tacirler arasındaki ödemeler bakımından bu yönde bir işlem teamülünün varlığı kabul edilmekle birlikte, somut olayda kaydi para ile ödemenin seçimlik mi yoksa münhasır ödeme tarzı mı teşkil ettiğinin ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, kaydi para ile ödemeye yetkili sayılan borçlunun, BK m. 83/f. I'den kaynaklanan nakit ödeme yetkisini koruyup korumadığı; ödemenin kaydi para ile yapılması yönündeki teamülün varlığına rağmen, alacaklının, borçlunun nakit ödeme teklifini kabul ile yükümlü olup olmadığı belirlenmelidir.

yorumlanmasında hakimin işlem teamülünü dikkate alması gerektiği, BGB § 157'de açıkça düzenlenmiştir.

⁷⁶⁹ JÄGGI/GAUCH, sh. 136 (N. 524); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. I, sh. 277 (N. 1258)

⁷⁷⁰ Karş. DURSUN, sh. 116.

⁷⁷¹ KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18, sh. 102 (N. 244)

Kanımızca kaydi para ile ödemenin münhasır ya da seçimlik ödeme tarzı teşkil edip etmediği konusunda da somut olaydaki işlem teamülünün esas alınması gerekir. Bu anlamda BK m. 83/f. I hükmünden hareketle, kategorik şekilde, borçlunun kaydi para ile ödemenin yanı sıra nakit ödeme yapmaya da yetkili olduğu; alacaklının da, borçlunun nakit ödeme teklifini kabul yükümlülüğünün devam ettiği söylenemez. Zira yukarıda belirtildiği üzere, işlem teamülünün varlığı karşısında, ödeme tarz veya tarzlarının belirlenmesinde BK m. 83/f. I hükmüne başvurulamayacağından, götürü şekilde borçlunun nakit ödeme yetkisinin koruduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu noktada öğretide bazı yazarlarca önerildiği şekilde, borcun meblağı⁷⁷² esas alınmak suretiyle bir ayırım yapılabilir. Ödeme ilişkisinin tarafları tacir ve ödeme tutarı yüksek ise, kaydi para ile ödeme münhasır ödeme tarzı teşkil edecektir⁷⁷³. Buna karşın düşük tutarlı – karşılıklı derhal ifanın kural olduğu (*geschäften mit sofortigen austausch*) – günlük alışverişlerde ise, tacirler arasında dahi teamül, ödemenin nakit olarak – memleket parası ile – yapılması yönünde olup, borçlu, kaydi para ile ödeme yapmaya yetkili değildir. Bunun dışındaki ihtimallerde ise, tacir borçlunun gerek nakit ödeme gerek kaydi para ile ödemeye yetkili olduğu kabul edilmelidir.

bb. Vergi Mevzuatı Gereğince Ödemenin Banka Aracılığıyla Yapılması ve Tevsiki Zorunluluğu

Somut olayda hesaba havale ile ödemenin borçlanılan edimin içeriğine dahil olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir başka unsur, VUK mük. m. 257 ve ona dayanılarak yayınlanan tebliğlerde öngörülen, ödemenin banka aracılığıyla gerçekleştirilmesi ve belgelenmesi (tevsik) zorunluluğudur.

Bilindiği üzere, VUK mük. m. 257/f. I b. 2⁷⁷⁴ hükmünde, mükelleflerin ödeme ve tahsil işlemlerini banka, finans kurumları ve PTT aracılığıyla gerçekleştirmelerine

⁷⁷² Alman hukukunda en çok 1000 DM'a kadar posta havalesi ile nakit ödenebileceğinin öngörüldüğü § 27 PostO (Posta Yasası m. 27)'nin esas alınabileceği yönünde bk. **BREUNIG**, sh. 190; **MÜNCH**, sh. 185.

⁷⁷³ Bu ihtimalde, alacaklının nakit ödeme teklifini kabule zorunlu olmadığına söylenebilmesi bakımından, nakit ödemenin, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek ölçüde yüksek meblağın söz konusu olması aranmamalıdır.

⁷⁷⁴ VUK mük. m. 257/f. I: « Maliye Bakanlığı;...(b. 2) Mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilat ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etmeleri zorunluluğu getirmeye ve bu zorunluluğun kapsamını ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslarını belirlemeye, ... yetkilidir. »

yönelik tevsik zorunluluğu öngörülmüş olup, bu zorunluluğun içeriğinin düzenlenmesi konusunda Maliye Bakanlığı yetkilendirilmiştir⁷⁷⁵. Bu yetki çerçevesinde, Maliye Bakanlığı tarafından 320, 323, 324 ve 332 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğlerinin yanısıra 268 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği yayınlanmış ve bu tebliğlerde, belirli tutarı aşan, vergiye esas ödeme ve tahsilat işlemlerinin banka, finans kurumları ve PTT tarafından düzenlenen dekont veya hesap bildirim cetvelleri ile belgelenmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Söz konusu tevsik zorunluluğunun kapsamlı şekilde düzenlendiği, 01.08.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve 320 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği⁷⁷⁶'nin 3'üncü paragrafına göre: "Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenler, defter tutmak zorunda olan çiftçiler, serbest meslek erbabı ile vergiden muaf esnafın, kendi aralarında yapacakları ticari işlemleri ile nihai tüketicilerden (Türkiye'de mukim olmayan yabancılar hariç) mal veya hizmet bedeli olarak yapacakları 5.000.000.000 Türk Lirasını aşan tahsilat ve ödemelerini 01.08.2003 tarihinden itibaren banka veya özel finans kurumları aracılığıyla yapılması ve bu kurumlarca düzenlenen dekont veya hesap bildirim cetvelleri ile tevsiki zorunludur."

Daha sonra yayınlanan 323 ve 324 sayılı Genel Tebliğler ile 320 sayılı Tebliğ'de belirlenen bazı esaslarda değişiklikler⁷⁷⁷ yapılmış; son olarak 01.05.2004'te yürürlüğe giren 332 sayılı Genel Tebliğ⁷⁷⁸ ile ödeme tutarının alt sınırı 8000 YTL olarak belirlenmiştir.

Özetle, ilgili tebliğlerde sayılan kategorilere giren yükümlülerin gerek kendi aralarındaki gerek nihai tüketicilerden tahsil edecekleri 8000 YTL'yi aşan ödemelerin, banka, finans kuruluşu veya PTT aracılığıyla, hesaba ödeme şeklinde gerçekleştirilmesi zorunlu kılındığı görülmektedir.

⁷⁷⁵ Söz konusu hüküm, VUK mük. m. 257'e, 29/07/1998 tarihinde yürürlüğe giren 4369 sayılı Kanun m. 5 ile eklenmiştir.

⁷⁷⁶ 04/07/2003 tarihli ve 25158 sayılı RG.

⁷⁷⁷ 01/08/2003 tarihli ve 26186 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 323 sayılı Genel Tebliğ ile ödeme tutarının alt sınırı 10.000.000.000 TL'ye yükseltilmiş ve ödemeye aracılık edecek kurumlar arasında PTT de eklenmiştir. 28.10.2003 tarihli ve 25273 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 324 sayılı Genel Tebliğ ise, işletmelerin kendi ortakları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle olan ve herhangi bir ticari içeriği olmayan nakit hareketlerini de bu kapsama almaktadır.

⁷⁷⁸ 27/04/2004 tarihli ve 25445 sayılı RG.

Keza, 01.11.2008 yürürlük tarihli 268 sayılı Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde⁷⁷⁹, kira paralarının ödenmesi bakımından, konut kiralarda aylık 500 YTL'nin üzerindeki kira bedelleri için; işyeri kiralarda ise, herhangi bir alt sınır olmaksızın her türlü kira bedeli için hesaba ödeme zorunluluğu öngörülmektedir.

Söz konusu tevsik zorunluluğuna uymayan mükelleflere ise, özel usulsüzlük cezası kesilmesi VUK mük. m. 355'te öngörülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, vergi mevzuatındaki bu hükümler, mükellef ile vergi idaresi arasındaki ilişki bakımından emredici nitelikli olmakla birlikte, alacaklı ve borçlu arasındaki özel hukuk ilişkisi bakımından maddi anlamda doğrudan bir etki doğurmaz. Bu düzenleme kapsamına giren para borçları bakımından, İş Kanunu m. 34'teki düzenlemeden farklı olarak, kaydi para ile yapılan ödeme için yasadaki kaynaklanan bir kabul zorunluluğu/yükümlülüğü söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, söz konusu hükümlerin BK m. 83/f. I hükmüne göre özel hüküm teşkil ettiği ve kapsamına giren borç ilişkileri bakımından ödemenin münhasıran banka vs. aracılığıyla yapılmasını maddi hukuk anlamında zorunlu kıldığı söylenemez. Zira ödemelerin kaydi para ile gerçekleştirilmesinin ve belirli belgelerle tevsikin zorunlu kılınmasının temelinde, vergi mükellefine vergiye tabi ödeme ve tahsil işlemlerini belirli belgelerle ispatlama/belgeleme ödevi yüklenmek suretiyle, mükellefin taraf olduğu ödeme işlemlerinin kayıt altına alınması⁷⁸⁰ ve kayıt dışı ekonominin engellenmesi düşüncesi yatmaktadır⁷⁸¹. Bu anlamda yasakoyucunun söz konusu yasal düzenleme ile borç ilişkisinin taraflarına belirli bir ifa tarzını dayatmak istediği, nakit ödemeyi borçlanılan edimin kapsamı dışında bırakmayı amaçladığı söylenemez. Nihayet yasal zorunluluğa uyulmamasının yaptırımı olarak, VUK m. 355'te yalnızca usulsüzlük cezasının⁷⁸² öngörülmüş olması da, varılan bu sonucu desteklemektedir.

⁷⁷⁹ 29/07/2008 tarihli ve 26952 sayılı RG.

⁷⁸⁰ Tevsik zorunluluğunun getirilme amacı, 320 sayılı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde, "Bu düzenleme ile ticari işlemler ve finansal hareketlerin taraflarının izlenmesi ve vergiyi doğuran olayların mali kurumların kayıt ve belgeleri yardımıyla tespit edilmesi amaçlanmaktadır" şeklinde ifade edilmektedir.

⁷⁸¹ Bk. **DOĞRUSÖZ**, A. B.: Kayıt Dışı Ekonomi İle Mücadele Açısından vergi Hukuku Özel Hukuk İlişkilerine Bakış, 19. Türkiye Maliye Sempozyumu, Antalya 2004, sh. 168 dn. 11'deki açıklamalar.

⁷⁸² Banka aracılığıyla yapılmayan ödemeler açısından vergi ziyanının söz konusu olmadığına ilişkin olarak bk. **DOĞRUSÖZ**, A. B.: Tahsilat ve Ödemelerin Banka, ÖFK veya PTT aracılığıyla Yapılma Zorunluluğu, Yaklaşım Dergisi, Eylül 2005, S. 153, sh. 46.

Kanımızca söz konusu düzenleme kapsamına giren para borçları bakımından kaydi para ile yapılan ödemeyi kabul yükümlülüğü (ve borçlunun kaydi para ile ödeme yükümlülüğü), tarafların varsayılan iradelerinden kaynaklanır. Özellikle ilgili yasal düzenlemenin ihlali durumunda mükellef(ler) için vergi mevzuatında öngörülen cezai yaptırımlar dikkate alındığında, kanımızca tevsik zorunluluğu, tarafların ödeme tarzına ilişkin varsayılan iradelerinin belirleyici olması anlamında maddi hukuk bakımından dolaylı bir etkiye sahiptir. Bilindiği üzere, MK m. 2/f. I, borçların ifası ve hakların kullanılması bakımından borç ilişkisinin taraflarına, birbirlerinin meşru menfaatlerini gözetme zorunluluğu yüklemektedir⁷⁸³. Şu halde tevsik zorunluluğu kapsamına giren bir ödeme söz konusu olduğunda, tarafların varsayılan iradelerinin, ödemenin hesaba havale yoluyla yapılması yönünde olduğu sonucuna varmak gerekir. Zira makul ve dürüst davranan tarafların, ödeme tarzını, birbirlerine zarar vermeyecek şekilde – öngörülen usulsüzlük cezasına sebebiyet vermeyecek şekilde – kararlaştıracakları varsayılır. Başka bir deyişle, tevsik zorunluluğuna tabi mükellef alacaklının veya borçlunun, diğer tarafın vergi cezasına muhatap olmasına sebep olacak şekilde nakit ödemeyi teklif veya talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Kaydi para ile yapılan ödeme teklifini kabul yükümlülüğü, somut olayda yalnızca para alacaklısının tevsik zorunluluğuna tabi olduğu olasılıkta⁷⁸⁴ – örneğin kira parasının ödenmesi bakımından – önem arz etmez. Zira bu olasılıkta yalnızca para alacaklısı cezai yaptırıma tabi olduğundan, para borçlusunun ödemeyi kaydi para ile yapmakta bu anlamda bir menfaatten söz edilemez. Buna karşın, yalnızca borçlunun ya da borç ilişkisinin her iki tarafının tevsik zorunluluğuna tabi olduğu para borçlarında, borçlunun, söz konusu usulsüzlük cezalarına tabi olduğu ölçüde, ödemenin kaydi para ile yapılmasında menfaatinin olduğu söylenebilir.

Yalnızca para borçlusunun tevsik zorunluluğuna tabi olduğu olasılıkta, borçlu için kaydi para ile ödeme, nakit ödemenin yanında seçimlik bir olanak teşkil edecektir.

⁷⁸³ **BARLAS**, N.: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFİM, c. LV S. 3, 1997 (kıs. Dürüstlük Kuralı), sh. 200.

⁷⁸⁴ 320 sayılı Genel Tebliğ'de sayılan mükellef grupları ile nihai tüketici arasında gerçekleşen bir ödemede veya konut kirası ilişkisinden kaynaklanan kira parasının ödenmesinde böyle bir durum söz konusudur.

Öte yandan, borç ilişkisinin her iki tarafının⁷⁸⁵ da tevsik yükümlülüğüne tabi olduğu bir ödeme söz konusu olduğunda, usulsüzlük cezasına her iki tarafın da tabi olduğu – mükelleflerden birisinin yapığı ödeme diğer tarafın tahsilâtı sayılacağından – dikkate alındığında, ödemenin banka aracılığıyla yapılması borçlu açısından yetkinin ötesinde bir yükümlülük teşkil eder. Belirtilen bu iki olasılıkta da, borçlunun hesaba havale yoluyla ödeme teklifini reddeden, hesap açtırmaktan veya hesap bilgilerini borçluya vermekten kaçınan alacaklı, alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılacaktır.

2. Kaydi Para İle Ödeme Anlaşması Zemininde Gerçekleştirilen Havalenin (Para Borcunun Sona Ermesi Bakımından) Etkisi

Yasada öngörülen ya da dürüstlük kuralından kaynaklanan durumlar hariç, alacaklının banka hesabına aktarılan havale tutarının para borcunu sona erdirebilmesi için, ödemenin kaydi para ile yapılması konusunda tarafların anlaşmalarının ya da bu anlaşmanın varsayılabilmesine olanak tanıyan bir durumun (yani borç ilişkisi uyarınca borçlunun kaydi para ile ödemeye yetkili ya da yükümlü kılınmış olmasının) gerekli olduğu yukarıda belirtilmişti. Somut olayda böyle bir anlaşma zemininde, alacaklının hesabına havale tutarının alacak kaydedilmesinin, para borcunun sona ermesi bakımından ifa mı yoksa ifa ikamesi mi teşkil edeceği ise, yanıtlanması gereken ayrı bir sorundur.

Bilindiği üzere ifa, borcun borçlanılan edimin yerine getirilmesi suretiyle sona erdirilmesi iken, borcun ifa ikamesi ile sona erdirilmesinde, alacaklının rıza göstermiş olması koşuluyla, borçlanılandan farklı bir edim ile alacaklının tatmini söz konusu olur. Borçlunun kaydi para ile ödeme yetkisi, alacaklının bu ödeme şeklini kabul etmesi ve böylelikle tarafların bu konuda anlaşmış olmalarından kaynaklandığından, diğer bir deyişle para borcunu sona erdirmek bakımından, ödemenin kaydi para ile yapılması alacaklının rızasını – ve bu rıza temelinde kurulan anlaşmanın varlığını – gerektirdiğinden, bu anlaşma zemininde gerçekleştirilen ödemenin para borçlusunun borçlandığı edim mi yoksa bunun dışında, bundan farklı bir edim mi olduğu sorunu gündeme gelmektedir. Diğer bir deyişle yerine getirilen edimin borçlanılan edim mi yoksa tarafların borcu sona erdirebilme etkisi tanıdıkları ikame bir edim mi olduğu

⁷⁸⁵ 320 sayılı Genel Tebliğ’de sayılan mükellefler grupları arasında gerçekleşen bir ödeme veya 268 sayılı Genel Tebliğ uyarınca işyeri kirası ilişkisinden kaynaklanan kira parasının ödenmesi bu duruma örnek teşkil edebilir.

sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda taraflar arasındaki kaydi para ile ödeme anlaşmasının işlevi, borçlanılan edimi somutlaştırılmaktan ibaret ise ifanın; veyahut borçluya borçlanılandan farklı bir edim ile borcu sona erdirmeye olanağı sağlamak olduğu takdirde ise, ifa yerine edimin mevcut olduğu sonucuna varılır⁷⁸⁶.

Bu itibarla aşağıda, öğretilerde ileri sürülen görüşler de dikkate alınmak suretiyle, alacaklının hesabına aktarılan havale tutarının (kaydi paranın) ifa teşkil edip etmeyeceği belirlenecektir. Banka havalesine BK m. 457 vd. yer alan havaleye ilişkin hükümlerin kıyasen uygulandığı düşünüldüğünde, havalecinin lehdara karşı olan borcunun ifası amacıyla gerçekleştirilen havalenin bedel ilişkisi üzerindeki etkilerini düzenleyen BK m. 458/f. I hükmünün, bu nitelendirme bakımından ayrıca dikkate alınması gerekir.

a. Kaydi Paranın Aktarılmasının İfa Teşkil Edip Etmediği Sorunu

Öğretilerdeki bir görüşe göre⁷⁸⁷, yasal ödeme araçları kapsamında yer almaması nedeniyle kaydi para, hukuki anlamda para değildir. Bu itibarla kaydi para, para borcunun ifası sonucunu doğurmaya da elverişli değildir. Yasa tarafından yalnızca memleket parasına/yasal ödeme araçlarına para borcunun ifası işlevi tanınmış olduğundan, yasal ödeme araçlarından olmayan kaydi paranın aktarılması, ifa sonucunu doğurmaya elverişli değildir ve ödeme teşkil etmez. Bu görüş çerçevesinde banka havalesi yoluyla yapılan ödeme, alacaklı bu ödeme şekline rıza göstermiş ise, ifa yerini tutan eda (*Leistung an Erfüllungsort; prestation à titre d'exécution*) teşkil eder.

Öğretilerde baskın olan görüşe göre ise, kaydi para da tıpkı yasal ödeme araçları gibi hukuki anlamda paradır ve banka havalesi yoluyla kaydi paranın aktarılması para borcunun ifasını teşkil eder⁷⁸⁸.

Nihayet öğretilerde bazı yazarlar⁷⁸⁹, ödemenin kaydi para ile yapılması konusunda tarafların anlaşmaları an bakımından bir ayırım yapılması gerektiği

⁷⁸⁶ OLZEN, Vorbem zu §§ 362 ff, sh. 40 (N. 35).

⁷⁸⁷ KLEINER, sh. 68.; SCHMELCHER, G.: Der Erfüllungsort von Geldschulden, Basel 1972, sh. 22; Alman hukukunda bu yönde bk. CANARIS, sh. 310 (N. 466) vd.

⁷⁸⁸ Bu görüşte olan yazarların çoğunluğu, kaydi para ile yapılan ödemenin ifa sonucunu doğurabilmesi için alacaklının bu ödeme şekline rıza göstermiş olmasını aramaktadır. Bu yönde bk. WEBER, Geldschulden, sh. 141; WEBER, Berner Kommentar, Art. 84, sh. 448 (N. 162); SCHÖNLE, Ort und Zeit, sh. 104; SCHÖNLE, Responsabilité, sh. 68; GUGGENHEIM, Bankpraxis, sh. 235; BILLOTTE-TONGUE, sh. 78. Öğretilerde diğer bazı yazarlar ise, ifa sonucunun doğmasının alacaklının rızasına bağlı olmadığı görüşündedirler. Bu görüşte HELBIG, sh. 88 vd.; HEINI, sh. 62.

görüşündedirler. Taraflar henüz borcun doğumu esnasında ödemenin kaydi para ile yapılması konusunda anlaşmışlar ise, havale tutarı alacaklının hesabına alacak kaydedilmekle, para borcu ifa edilmiş olunur. Buna karşın, borç doğduktan sonra alacaklının bu ödeme şekline rıza göstermesi (muvafakat etmesi) temelinde taraflar arasında bir anlaşma kurulmuş ise, havale tutarının hesaba alacak kaydedilmesi, ifa yerini tutan eda teşkil edecektir. Zira, ödemenin kaydi para ile yapılacağı borcun doğumu esnasında kararlaştırılmamış ise, BK m. 83/f. 1'deki para borcunun nakden ödenmesi kuralı devreye girer. Borcun doğumundan sonra – yani borcun ifası aşamasında – her ne kadar alacaklının muvafakati üzerine gerçekleştirilen kaydi para aktarımı, para borcunu sona erdirse de, söz konusu edimin borcun başlangıçtaki konusuna – yani memleket parası ile ödemeye – uygun olduğu söylenemeyeceğinden, borcun ifa ile değil ifa yerini tutan eda ile sona erdiği kabul edilmelidir⁷⁹⁰.

Bilindiği üzere ifa, borçlu tarafından borçlanılan edimin yerine getirilmesidir. İfa yerini tutan edada ise, tarafların anlaşmış olmaları koşuluyla, borçlanılandan farklı bir edimin yerine getirilmesi suretiyle borcun sona erdirilmesi söz konusudur⁷⁹¹. Bu anlamda ifa yerini tutan edanın ayırt edici özelliği, borcun içeriğine uygun olamayan bir edimin yerine getirilmiş olmasına rağmen, tarafların bu edimin ifa etkisi doğuracağı konusunda anlaşmış olmalarıdır⁷⁹². Bu itibarla, somut olayda gerçekleştirilen edimin ifa mı yoksa ifa yerini tutan eda olarak mı nitelendirileceği, borçlanılan edimin – bir para borcu söz konusu olduğunda hangi edim sonucunun borçlanıldığı – belirlenmesini gerektirir. Taraflar para borcunun banka havalesi yoluyla ödenmesini kararlaştırmış iseler, borçlanılan edim sonucu havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesidir; bunun gerçekleşmesi ile borç ifa edilmiş olur.

Bu itibarla, kaydi para ile yapılan ödemeyi kategorik şekilde ifa yerini tutan eda olarak nitelendiren görüş, tarafların borç ilişkisinin içeriğini, böylelikle de hangi edimin ifa teşkil edeceğini serbestçe belirleyebilecekleri olgusunu göz ardı etmesi

⁷⁸⁹ **VON DER CRONE**, sh. 60, 70; **BARLAS**, Temerrüt, sh. 89 vd.

⁷⁹⁰ Bu yönde bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 91.

⁷⁹¹ **ENGİN**, B. İ.: İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, sh. 841.

⁷⁹² **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 38 (N. 2306); **KOLLER**, Erfüllung, sh. 9 (N. 19); **EREN**, sh. 879.

nedeniyle reddedilmelidir⁷⁹³. Özellikle, banka havalesi yoluyla ödemenin borçlu için bir yükümlülük teşkil ettiği durumda (tarafarca münhasır ödeme şekli olarak kararlaştırılmış ise), ifa yerini tutan eda nitelendirmesinin kabul edilemeyeceği açıktır⁷⁹⁴. Zira bu olasılıkta taraflar diğer ödeme şekillerini borcun kapsamı dışında bırakmış ve kaydi paranın borcu sona erdirmek bakımından elverişli tek araç olduğu konusunda anlaşmış sayılırlar. Şu halde, havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi, ifa yerini tutan eda olarak nitelendirilir ise, borcun zorunlu olarak bir ifa ikamesi ile sona erdirileceği ve hiçbir zaman ifa ile sona erdirilemeyeceği şeklinde borçlar hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır⁷⁹⁵. Öte yandan ifa yerini tutan eda, borçlanılan edimde değişiklik yapılması anlamına geldiğinden, tanım gereği ikame edimden farklı, başlangıçtaki asıl edimin varlığı zorunludur. Başlangıçta böyle bir asıl edim mevcut değil ise, ikame edimden de söz edilemez. Şu halde, kaydi para ile ödeme ifa yerini tutan eda olarak nitelendirilirse, borcun doğumu esnasında kaydi paradan başka bir edim borcun konusunu oluşturuyor ve alacaklı kaydi para ile ödemeye rıza gösteriyor demektir. Bu anlamda banka havalesi münhasır ödeme tarzı olarak kararlaştırılmış ise, en baştan beri kaydi paradan farklı bir edim borçlanılmamış olduğundan, hesaba yapılan alacak kaydının ifa ikamesi yani ifa yerine edim olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz⁷⁹⁶.

Kanımızca, tarafların kaydi para ile ödeme konusunda anlaşmaya vardıkları an bakımından ayırım yapan⁷⁹⁷ görüşün de reddedilmesi gerekir. Zira borcun doğumundan sonra alacaklının rızası temelinde gerçekleştirilen kaydi para aktarımının ifa yerini tutan

⁷⁹³ Öğretide kaydi para ile yapılan ödemeyi kategorik şekilde ifa olarak nitelendirilen ve kaydi para ile yapılan ödeme teklifini reddeden alacaklının alacaklı temerrüdüne düşeceği şeklindeki yaklaşım da yerinde değildir. Zira sözleşme serbestisi gereğince taraflar anlaşma yoluyla kaydi para yoluyla ödemeyi borçlanılan edimin kapsamı dışında bırakmış olabilirler. Bu anlamda taraflar borçlunun nakit ödemekle yükümlü olduğunu (nakit ödemeyi münhasır ödeme şekli olarak) kararlaştırmışlar ise, TMK m. 2'den kaynaklanan istisna hariç, kaydi para ile yapılan ödemenin borca uygun edim sonucu olduğundan ve ifa teşkil edeceğinden söz edilemez.

⁷⁹⁴ **BREUNIG**, sh. 174; karş. **WIEGAND/HODEL**, sh. 194.

⁷⁹⁵ **BREUNIG**, sh. 174.

⁷⁹⁶ **BREUNIG**, sh. 174; karş. **MÜNCH**, sh. 177.

⁷⁹⁷ Öğretideki bu görüş çerçevesinde, borcun doğumundan sonra alacaklının ödemenin kaydi para ile yapılmasına muvafakat etmesi – örneğin alacaklının borçluya gönderdiği faturada banka hesap bilgilerinin bulunması – ifa yerini tutan eda anlaşmasını kuran irade beyanlarından biri olarak nitelendirilmektedir. Diğer bir deyişle, ödemenin kaydi para ile yapılmasına muvafakat eden alacaklının, borcun, ifa ikamesi ile (ifa yerini tutan eda ile) sona erdirilmesine yönelik bir irade açıklamasında bulunmuş olacağı varsayılmaktadır

eda olarak nitelendirilmesi, ifa yerini tutan edadaki zamansal kurgu ile bağdaşmamaktadır. Bilindiği üzere, ifa yerini tutan eda nitelendirmesinde belirleyici olan, ikame edimin gerçekleştirilmesine, borcun konusunu (asıl edimi) değiştirmeye yönelik bir anlaşmanın⁷⁹⁸ eşlik etmesidir. Diğer bir deyişle ifa yerini tutan edada, borcu sona erdiren ikame edim ile borcun konusunda değişiklik yaratan anlaşma aynı anda gerçekleşir⁷⁹⁹. Borcun konusunu değiştiren bu anlaşma ikame edimden önce gerçekleşmiş ise, artık ifa yerini tutan eda anlaşmasından değil borcun konusunda değişiklik meydana getiren alelade bir anlaşmadan söz edilmesi gerekir⁸⁰⁰. Özetle, gerçekleştirilen edimin ifa ikamesi olarak nitelendirilebilmesi için, bu edimin borcu sona erdireceği konusunda taraflar arasındaki irade uyuşmasının en erken edimin yerine getirilmesi sırasında meydana gelmiş olması şarttır⁸⁰¹. Bu noktadan hareketle, borç doğduktan sonra alacaklı tarafından ödemenin kaydi para ile yapılmasına rıza gösterilmesi de, borcun ifa yerine edim ile sona erdirilmesi yönünde bir irade açıklaması olarak nitelendirilemez. Bu olasılıkta, taraflar arasında, BK m. 83/f. I gereği başlangıçtaki konusu memleket parası ile ödeme olan para borcunu değiştiren ve borcun konusunu kaydi para ile ödeme şeklinde yeniden tanımlayan bir anlaşma meydana gelmiş sayılır. Bu anlaşma temelinde alacaklının hesabına aktarılan havale tutarı ise, borcun içeriğine uygun edim sayılacağından ifa yerine edim değil, ifa teşkil edecektir⁸⁰².

Kanımızca, öğretilerde bazı yazarlar⁸⁰³ tarafından haklı olarak vurgulandığı üzere, kaydi para ile yapılan ödemenin borcu sona erdirmek bakımından nasıl nitelendirileceği konusunda belirleyici olan, kaydi paranın hukuki anlamda para sayılıp sayılmayacağı değil, somut olayda borçlunun neyi – yani hangi edim fiilini – borçlandığı, diğer bir

⁷⁹⁸ Bu anlaşmanın hukuki niteliği konusunda bk. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 44 (N. 2306); **SEROZAN**, sh. 81 (N. 21)

⁷⁹⁹ **SEROZAN**, sh. 80 (N. 20); Alman hukukunda bu yönde bk. **GERNHUBER**, J.: Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Handbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., Tübingen 1994, sh. 184.

⁸⁰⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 217 dn. 87; **OLZEN**, § 364, sh. 83 (N. 5); ifa yerini tutan eda anlaşmasının ikame edimin gerçekleştirilmesinden önce de yapılabileceği görüşü için bk. **EREN**, sh. 878; **WENZEL**, § 364, sh. 2350 (N. 2).

⁸⁰¹ **BREUNIG**, sh. 176.

⁸⁰² **BREUNIG**, sh. 176; **MÜNCH**, sh. 177.

⁸⁰³ **BARLAS**, Temerrüt, sh. 89; karş. **WIEGAND/HODEL**, sh. 195; Alman hukukunda bu görüşte bk. **PUTZO**, sh. 69; **BREUNIG**, sh. 177, 178; **MÜNCH**, sh. 176; **SCHMIDT**, sh. 121 (N. C39).

deyişle borçlanılan edimin içeriğinin ne olduğu ve borçlanılan bu edimin, içerik itibarıyla para borcunda hedeflenen edim sonucunu gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığıdır.

Bilindiği üzere para borcunda borçlanılan edim sonucu, borç tutarında soyut mali gücün alacaklıya kazandırılmasıdır. Bu itibarla BK m. 83/f. I uyarınca nakden ödemede de hedeflenen sonuç, madeni ya da kâğıt paranın mülkiyetinin alacaklıya devredilmesi değil, bu nesnelere içerdiği değer alacaklıya kazandırılmasıdır. Kaydi para da, tıpkı nakit para gibi bu işlevi yerine getirebilir. Her iki olasılıkta da gerçekleştirilen edim, soyut mali güç anlamında bir miktar paraya ilişkin olduğundan, kaydi para nakit paradan farklı bir edim sayılmamalıdır⁸⁰⁴. Bu iki ödeme şekli arasındaki farklılık ise, soyut mali gücün nasıl aktarıldığından ibarettir⁸⁰⁵.

Bu itibarla, öğretide baskın olan görüşe katılmak gerekir. Taraflar gerek borcun doğumu esnasında gerek borç doğduktan sonra, ödemenin kaydi para ile yapılabileceği konusunda anlaşmış iseler ya da anlaşmışları varsayılabilir ise – yani öğretide genellikle kullanılan tabir ile kaydi para ile ödeme caiz ise – , alacaklının hesabına aktarılan havale tutarı para borcunun ifasını teşkil edecektir. Yalnızca taraflar arasında bu konuda bir anlaşma mevcut olmadığı ve borç ilişkisinin yorumundan da kaydi paranın borçlanılan edime uygun olduğu sonucu çıkmadığı olasılıkta, alacaklı hesabına yapılan alacak kaydına muvafakat eder ise, borcun bir ifa ikamesi ile sona erdirilmiş olduğundan söz edilebilir.

b. BK m. 458/f. I Hükümünün Etkisi

Banka havalesi kurgusunda havaleci borçlunun bankaya verdiği ödeme talimatının, BK m. 457 vd. anlamında havale olarak nitelendirileceği daha önce ifade edilmişti⁸⁰⁶. Bu itibarla, havalecinin havale lehdarına olan bir borcunun ifası için (*causa solvendi*) gerçekleştirilen bir havalenin, bedel ilişkisi üzerindeki sonuçlarını düzenleyen BK m. 458/f. I (art. 467/I CO) hükmü, para borcunun ödenmesi amacıyla yapılan banka havalesi bakımından uygulama alanı bulacaktır.

⁸⁰⁴ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 78; karş. **WIEGAND/HODEL**, sh. 196.

⁸⁰⁵ **HEINI**, sh. 61; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 78; **OBERSON**, sh. 429.

⁸⁰⁶ Ödeme talimatının hukuki niteliği hk. bk. yukarıda Birinci Bölüm II. B. 1. a. i. no'lu bölüm.

BK m. 458/f. I (art. 467/I CO)'e göre, "Havalenin mevzuu, muhilin muhalünlehe olan borcunun tediyesi ise bu borç ancak muhalünaleyh tarafından vuku bulacak tediye ile sâkıt olur". Hükümde havaleci borçlunun hangi anda borcundan kurtulmuş sayılacağı düzenlenmektedir. BK m. 458/f. III'e göre, alacaklı kural olarak borçlunun havale yoluyla borcu sona erdirme teklifini kabul etmekle yükümlü değildir⁸⁰⁷. Ancak alacaklı, borçlunun bu teklifini (havaleci borçlu tarafından kendisine verilen kabz yetkisini) kabul etmiş ise, birinci fıkradaki düzenlemeye göre, bedel ilişkisindeki borç, havalecinin yetki verme işlemi veya alacaklının havale yoluyla ödeme teklifini kabul etmesi veyahut havale muhatabının havaleyi kabul etmesi anında değil, havale muhatabının edimde bulunduğu anda ve ölçüde sona erecektir⁸⁰⁸.

Bu hükümdeki düzenleme uyarınca, borcun ifasına yönelik gerçekleştirilen havalenin (yetki verme işleminin) ifa uğruna edim teşkil ettiği, diğer bir deyişle ifanın kendisi ya da ifa yerini tutan eda değil, bir ifa girişiminden ibaret olduğu öğretide genel kabul gören görüştür⁸⁰⁹. Bu yaklaşım banka havalesi yoluyla yapılan ödeme bakımından benimsendiği takdirde, bankaya verilen havale talimatı, para borçlusunun borçlandığı edimden farklı bir edim olup, alacaklı tarafından nakit paraya çevrilmek ve elde edilen değer para borcuna mahsup edilmek üzere kabul edilmiş sayılacaktır⁸¹⁰. Bununla birlikte kanımızca, havalecinin havale girişiminin bu şekilde ifa uğruna edim olarak nitelendirilmesi, yukarıda benimsediğimiz görüş çerçevesinde, tarafların anlaşması mevcut olduğu takdirde banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin para borcunun ifası sayılmasına engel teşkil etmemektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanununun havaleye ilişkin hükümleri emredici nitelikte olmadıklarından, banka havalesi yoluyla ödeme bakımından borç

⁸⁰⁷ Buna karşın havale yoluyla sona erdirilmek istenen borcu doğuran borç ilişkisinde taraflar, borcun havale yoluyla ifa edileceğini kararlaştırmış iseler, havale muhatabının edimini reddeden havale lehdarı alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılır. Bu yönde bk. **KOCAMAN**, Havale, sh. 51. Örneğin taraflarca para borcunun çekle ödeneceğini kararlaştırılmış ise, havale lehdarı konumundaki para alacaklısı, borçlunun çekle ödeme teklifini reddederse, alacaklı temerrüdü söz konusu olur.

⁸⁰⁸ **KOCAMAN**, Havale, sh. 41, 42; **DU PASQUIER**, Art. 467, sh. 2425 (N. 2)

⁸⁰⁹ **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 776; **KOCAMAN**, Havale, sh. 42; **TÜRK**, sh. 114; İsviçre hukukunda bu yönde bk. **MAYER**, sh. 31; **GAUTSCHI**, G.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, Bern 1962, Art. 467, sh. 530 (N. 3b); **ENGEL**, sh. 579; **DU PASQUIER**, sh. 2425 (N. 2)

⁸¹⁰ **SCHÖNLE**, sh. 69; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 79.

ilişkinin taraflarınca BK m. 458/f. I hükmünün bertaraf edilmiş olduğu⁸¹¹ söylenebilir⁸¹².

Öte yandan BK m. 458/f. I hükmü, konusu itibariyle de, kaydi para ile yapılan ödemenin ifa olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Vurgulamak gerekir ki, öğretide benimsenen ifa uğruna edim nitelendirmesi, BK m. 458/f. I hükmünde, bedel ilişkisindeki borcun yetkilendirme işlemi (havale) anında ya da havale muhatabı tarafından havalenin kabul edildiği anda değil, havale muhatabı tarafından lehdara edimde bulunulduğu anda gerçekleşeceğinin öngörülmüş olmasından kaynaklanmaktadır⁸¹³. Oysa söz konusu hükümde düzenlenen konu, bedel ilişkisindeki borcu sona erdiren edimin borçlanılan edime uygun olup olmadığı – bir ifa ikamesi sayılıp sayılamayacağı – değil, havaleci borçlunun borcundan hangi anda kurtulduğudur. Şu halde bedel ilişkisinde borcun sona erme anını belirleyen bu hükümden hareketle, kategorik şekilde, havale muhatabı tarafından gerçekleştirilen edimin, ikame bir edim teşkil edeceği, yani bu edimin havalecinin bedel ilişkisinde borçlandığı edimden farklı bir edim olduğu sonucuna varılmaması gerekir⁸¹⁴.

İfa uğruna edim anlaşmasında, tanım gereği, alacaklıya borçlanılan edimden farklı ve onun yanında ek bir edim ile tatmin olanağı⁸¹⁵ sağlanmaktadır. Oysa havale kurgusunda lehdar tarafından havalecinin havale teklifinin kabul edilmesi ile taraflar, borçlanılan edimin üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi konusunda anlaşmış sayılırlar. Diğer bir deyişle havale anlaşmasında, borçlanılan edim aynı kalmakla birlikte, edimi gerçekleştirecek kişi yönünden bir değişiklik söz konusu iken, ifa uğruna

⁸¹¹ Bu yöndeki bir anlaşmanın tarafların açık irade beyanlarına dayanması gerektiği yönünde bk. **GAUTSCHI**, Art. 467, sh. 531 (N. 4a).

⁸¹² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 79.

⁸¹³ Zira havalenin kabulü ile havale lehdarına havale muhatabı nezdinde kazandırılan (soyut) alacak hakkı, ifa uğruna edim anlaşması çerçevesinde borcu sona erdirmek bakımından alacaklıya sağlanan fazladan talep olanağına paralellik arz etmektedir. Keza her iki olasılıkta da alacaklı, başlangıçtaki talep hakkını kaybetmemekte, alacağını öncelikle kendisine fazladan sağlanan talep olanağı yoluyla elde etme yükümlülüğü altına girmektedir.

⁸¹⁴ Buna karşın öğretide **MAYER** (sh. 31 vd.), borçlunun havalenin her zaman bir ifa ikamesi teşkil edeceği görüşündedir. Yazara göre, havale lehdarına tanınan kabz yetkisinin amacı, lehdarın havaleciden olan alacağına mahsup edilmek üzere lehdara bir olanak sağlamaktan ibarettir. Her ne kadar havale muhatabı tarafından yerine getirilen edim tarafların anlaşması gereği borcu sona erdirse dahi, borçlunun bedel ilişkisinde borçlandığı edimden farklı bir edim olduğu için, ifa teşkil etmesi de söz konusu değildir. Karş. **KOCAMAN**, Havale, sh. 42.

⁸¹⁵ Bu edimin bizzat borçlu ya da üçüncü kişi tarafından üstlenilmiş olmasının ifa uğruna edim nitelendirmesi bakımından belirleyici olmadığı yönünde bk. **BREUNIG**, sh. 171.

edim anlaşmasında bu değişiklik zorunlu olarak edim yönünden gerçekleşir⁸¹⁶. Bu anlamda banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de, taraflar arasındaki anlaşma, edimin bizzat borçlu tarafından değil, üçüncü kişi konumundaki banka tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin olup, bu anlaşma ile borçlanılan edimden başka bir edim ile borcun sona erdirilmesinin kararlaştırılmış olduğu söylenemez. Zira banka havalesinde, gerek bedel ilişkisinde havaleci konumundaki para borçlusunun, gerek edim ilişkisinde havale muhatabı konumundaki bankanın ediminin konusu soyut mali güç anlamında bir miktar paradır⁸¹⁷.

Nihayet söz konusu hüküm lafzı itibariyle de, lehdarın hesabına alacak kaydı yapılmasının ifa olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Hükümde, borcun havale muhatabının edimde bulunduğu anda sona ereceği öngörülmüştür. Taraflar ödemenin banka havalesi yoluyla yapılması konusunda anlaşmışlar ise, bu anlamda ifa etkisi doğuracağı öngörülen edim, bankaya havale talimatının verilmesi değil, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesidir. Banka havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle aynı anda BK m. 459/f. I anlamında havaleyi kabul etmiş ve bu kabul beyanından doğan borcunu yerine getirmiş olmaktadır. Havale tutarı banka tarafından lehdarın hesabına herhangi bir nedenle aktarılmadığı takdirde ise, lehdar havaleciden BK m. 458/f. II gereği ifa talebinde bulunabilir.

3. Alacaklının Ödeme Tarzını Tek Taraflı Olarak Belirleme Olanığı

Taraflar arasında ödemenin kaydi para ile yapılacağına ilişkin bir anlaşma mevcut olduğu sürece, alacaklının, borçlunun nakit dışı ödeme teklifini kabul ile yükümlü olduğu; bankada hesap açtırmayan ya da hesap bilgilerini borçluya iletmeyen alacaklının alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılacağı yukarıda ifade edilmişti.

Bununla birlikte para borcunun doğumu ya da genel olarak kaydi para ile ödeme anlaşması sırasında taraflarca öngörülemeyen ve bu ödeme şeklini para alacaklısı için elverişsiz kılan bazı olgular ortaya çıktığı takdirde, alacaklının söz konusu anlaşma ile bağlı sayılıp sayılmayacağı, diğer bir deyişle alacaklının, borçlunun kaydi para ile ödeme teklifini söz konusu olguların varlığına rağmen kabul etmekle yükümlü olup

⁸¹⁶ Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 79.

⁸¹⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 79.

olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Özellikle, alacaklının bankasının iflas etme riskinin ortaya çıkması, banka hesabının sonradan eksi bakiyeye düşmesi ya da hacedilmiş olması, kaydi para ile yapılacak ödemenin nakit ödemeye kıyasen alacaklı için elverişsiz sayılacağı durumlara örnek teşkil etmektedir. Bu tür durumlarda alacaklının, kaydi para ile ödeme teklifini reddetmek suretiyle, ödemenin nakit olarak yapılmasını ya da kaydi para ile ödemenin bir başka hesaba yapılmasını borçludan talep etme olanağına sahip olup olmadığı özellikle Alman hukuku öğretisinde tartışılmıştır⁸¹⁸.

Öğretide, alacaklının ödemenin kaydi para ile yapılması yönündeki rıza açıklamasını, taraflar için bağlayıcı bir sözleşme ilişkisini kuran irade açıklamalarından biri olarak değil, tek taraflı olarak geri alınabilir bir yetki verme işlemi olarak nitelendiren bir görüş⁸¹⁹, söz konusu rızanın, ödeme işlemi tamamlanana kadar geri alınabileceği yönündedir⁸²⁰. Bu görüş çerçevesinde alacaklının, havale yoluyla ödeme sonradan kendisi için elverişsiz bir ödeme tarzı haline geldiği takdirde, önceden açıklamış olduğu rızasını geri alabileceği ve ödemenin nakit olarak yapılmasını talep edebileceği açıktır. Alacaklının, bankası ile arasındaki hesap ilişkisine son vermek suretiyle ödemenin kaydi para ile yapılmasını fiilen engelleme olanağına sahip olması da, bu sonucu desteklemektedir.

Buna karşın, havale yoluyla ödeme anlaşmasını bağlayıcı bir borç sözleşmesi olarak nitelendiren, bizim de katıldığımız öğretilerdeki diğer bir görüşe⁸²¹ göre ise, tarafların anlaşması ile belirlenen borcun içeriği, yine ancak tarafların anlaşması ile değiştirilebilir. Bu itibarla alacaklı, açıkladığı rızasını geri almak ya da borçluya talimat vermek suretiyle borcun içeriğini tek taraflı olarak değiştirme, diğer bir deyişle, anlaşma yoluyla edimin kapsamına dahil edilen kaydi parayı, tek taraflı beyanı ile bu kapsamın dışında bırakma olanağına sahip değildir.

⁸¹⁸ Bu tartışma hk. bk. **BREUNIG**, sh. 192 vd. Vurgulamak gerekir ki, öğretilerde soruna bazı yazarlar, alacaklının ödemenin kaydi para ile yapılması yönünde açıkladığı rızasını sonradan geri alıp alamayacağı yönünden; bazıları ise, alacaklının ödeme tarzını nakit ödeme ile sınırlandırmak anlamında ödeme tarzını tek taraflı olarak belirleyip belirleyeme olanağına sahip olup olmadığı yönünden yaklaşmaktadırlar.

⁸¹⁹ **CANARIS**, sh. 313 (N. 472); **DAE-İK**, sh. 11.

⁸²⁰ Borçlunun havale sürecinde üstüne düşen edim fillerini tamamladığı yani gerekli karşılık ile birlikte havale talimatının alacaklının bankasına ulaştığı andan itibaren, alacaklının açıkladığı rızayı geri alamayacağı yönünde bk. **DAE-İK**, sh. 11.

⁸²¹ **BREUNIG**, sh. 192 vd.; **SCHÖN**, sh. 455.

Bu ilkeden hareket eden bazı yazarlara göre, nakit ödeme borçlunun edim yükümlülüğünü ağırlaştırmadığı sürece borçlu, alacaklının ödemenin nakit olarak yapılması teklifini kabul etmekle yükümlüdür. Bu anlamda, ödemenin kararlaştırılan banka hesabı dışındaki bir banka hesabına yapılması borçlunun edim yükümlülüğünü ağırlaştırmış sayılmayacağından, borçlu alacaklının bu yöndeki teklifini kabul etmekle yükümlü olur⁸²². Öte yandan, ödeme tarzına ilişkin değişikliğin alacaklının edim yükümlülüğünü ağırlaştırdığı olasılıkta dahi, BGB § 270/III hükmünün⁸²³ kıyasen uygulanabileceği; bu hüküm uyarınca, ödeme şeklindeki değişiklikten kaynaklanan fazladan masraf ve risk alacaklı tarafından üstlenildiği takdirde, borçlunun değişiklik teklifini kabul ile yükümlülüğü olduğu ileri sürülmüştür. Her iki olasılıkta da, para borcu ilişkisinin tarafları arasında borcun içeriğini değiştirmeye yönelik ayrı bir anlaşmanın (*Änderungsvertrag*) yapıldığı varsayılmaktadır⁸²⁴. Diğer bir deyişle, borç ilişkisinin ödemeye ilişkin koşulu yeni bir anlaşma ile değiştirilmekte ve böylece kaydi para, borçlanılan edimin kapsamı dışında bırakılmakta, yani edimin içeriği münhasıran sembol para ile sınırlandırılmaktadır.

Diğer bazı yazarlar ise, – havale yoluyla ödeme anlaşmasının varlığına rağmen – alacaklının, ödemenin nakit olarak yapılmasını talep edebilmesi için, sonradan ortaya çıkan olgunun, kaydi para ile ödemeyi reddetmek bakımından haklı sebep teşkil etmesi, diğer bir deyişle alacaklının ödemedenden beklediği menfaatleri önemli ölçüde tehlikeye düşürecek nitelikte olması ve ödeme tarzına ilişkin değişikliğin borçlunun edim yükümlülüğünü ağırlaştırmayacak olması gerektiği düşüncesindedirler⁸²⁵. Alacaklının hesabının tutulduğu bankanın iflas riskinin bulunması, ödemenin yapılacağı hesabın

⁸²² **SCHÖN**'e göre (sh. 456), alacağın temlikinin geçerliliğinin, borcun içeriğinde değişiklik söz konusu olmadıkça, borçlunun rızasına bağlı olmadığı yönündeki BGB § 399'de düzenlenen kural kıyasen, alacaklı tarafından, ödemenin yapılacağı banka hesabında değişiklik yapılması halinde de evleviyetle uygulama alanı bulur. Buna göre borçlu, alacaklının, ödemenin yapılacağı banka hesabında değişiklik yapılması teklifini kabul etmekle yükümlüdür.

⁸²³ BGB § 270/III'e göre, para borcunun doğumundan sonra ödeme yeri anlamında alacaklının yerleşim yeri (iş yeri) değişmiş ise, ödeme yerindeki değişiklikten kaynaklanan fazladan masraf ve taşıma riski alacaklıya ait olmak koşuluyla, borçlu parayı alacaklıya yeni yerleşim yerinde aktarmakla yükümlüdür. Bu konuda bk. **SCHMIDT**, sh. 110 (C 24); **BITTNER**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304, Neubearbeitung 2004, § 270, sh. 175 (N. 25); bu ilkenin, masraf ve risk artışının ödeme yerindeki coğrafi değişiklikten değil, ödeme tarzındaki değişiklikten kaynaklandığı durumda da uygulanabileceği yönünde bk. **SCHÖN**, sh. 456.

⁸²⁴ **BREUNIG**, sh. 194.

⁸²⁵ Bu yönde bk. **BREUNIG**, sh. 195.

borçlu bakiyede veya hacizli olması veyahut alacaklının ödeme işlemini gizlemek ihtiyacında olması gibi durumlar, bu anlamda haklı sebep teşkil etmez. Zira tüm bu olasılıklarda, ödeme havale yoluyla yapılsa dahi, alacaklıya havale tutarı üzerinde serbestçe tasarruf etme olanağı sağlayan çeşitli olanaklar mevcuttur⁸²⁶. Bu görüş çerçevesinde, alacaklının nakit ödemeyi talep etme olanağı bakımından, taraflar arasında borcun içeriğini değiştirme bir anlaşmanın varlığı reddedilmekte; bunun yerine tarafların anlaşması zemininde alacaklıya borcun içeriğini değiştirme yetkisinin tanındığı varsayılmaktadır⁸²⁷. Öte yandan para borçlusunun ödemeyi belirli bir banka hesabına yapmakta korunmaya değer bir menfaatinin olduğu söylenemeyeceğinden, alacaklı ödemenin, kararlaştırılan dışındaki bir hesabına yapılmasını talep etme olanağına sahip olduğu kabul edilmelidir⁸²⁸.

Bize göre de, alacaklının hesabının tutulduğu bankanın iflas etme riski, bu hesabın eksi bakiyede ya da hacizli olması, alacaklının borçludan nakit ödeme talep etmesi (kaydi para ile ödeme teklifini reddetmesi) bakımından, haklı sebep teşkil etmez. Tüm bu olasılıklarda alacaklının bir başka bankada hesap açtırmak suretiyle ödemenin havale yoluyla yapılmasını sağlama ve böylece havale tutarı üzerinde serbestçe tasarruf edebilme olanağı mevcut olduğundan, para borçlusu, alacaklının ödemenin nakit olarak yapılmasını teklifini kabul etmekle yükümlü değildir. Buna karşın, alacaklı, ödemenin kararlaştırılan banka hesabı dışındaki bir hesaba yapılmasını teklif etmiş ise, kural olarak bu, borçlunun durumunu ağırlaştırıcı bir sözleşme değişikliği teşkil etmeyeceğinden, borçlu, alacaklının bu teklifini kabul etmekle yükümlüdür.

⁸²⁶ Örneğin bankanın iflas riskine karşı, bankadaki mevduat sigortası sisteminin (Einlagensicherungssystem) güvence teşkil edeceği; havalenin yapılacağı hesap borçlu bakiyede ise, borçlunun bankaya havale talimatı verirken talimata “bloke” (sperrvermerk) kaydını ekleme ya da hesap üzerinde haciz mevcut olduğu takdirde, alacaklının başka bir bankada hesap açtırmak suretiyle ödemeyi bu hesaba yönlendirme olanağına sahip olduğu yönünde bk. **BREUNIG**, sh. 195 vd.

⁸²⁷ **BREUNIG**, sh. 195.

⁸²⁸ **BREUNIG**, sh. 196.

II. BANKA HAVALESİ İLE YAPILAN ÖDEMEDE İFA YERİ BAKIMINDAN UYGUNLUK

A. GENEL OLARAK

Ödeme yeri (*zahlungsort/lieu de paiement*) para borcunun ifa yeridir⁸²⁹. Genel olarak ifa yeri (*Erfüllungsort/lieu d'exécution*), borçlunun borçlandığı edim sonucuna yönelik edim fiillerini tamamladığı yerdir⁸³⁰. Bu itibarla, para borcunun ödeme yeri de, para borçlusunun ya da onun yardımcı şahsının edim sonucunu gerçekleştirmeye yönelik son edim fiilini (*leistungshandlung*) gerçekleştireceği yerdir. Bu yer, borçlunun bir sonucu borçlandığı borç ilişkilerinde⁸³¹, söz konusu edim sonucunun (*leistungserfolg*) meydana geldiği yerden farklı olabilir⁸³². Edimin yer itibariyle gereği gibi ifa edilmesi bakımından belirleyici olan ise, edim sonucunun nerede gerçekleştiği değil, edim fiillerinin ifa yeri olarak belirlenen yerde tamamlanmış olmasıdır.

Borçlu, ifa yerinden başka bir yerde edimde bulunmayı teklif eder ve alacaklı da bu şekilde teklif edilen edimi kabul etmez ise, borçlu borcundan kurtulmayacağı (ifa etkisi gerçekleşmeyeceği) gibi, borç muaccel ise, temerrüde düşmesi de söz konusu olabilir⁸³³. Bu noktada, tarafların ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasını kararlaştırmalarının, ödeme yeri bakımından bir değişiklik yaratıp yaratmadığı önem arz

⁸²⁹ **EREN**, sh. 899; **HEINI**, sh. 64; Alman hukukunda para borçlarının ifa yerinin düzenlendiği AMK m. 270'nin başlığında "ödeme yeri" (*Zahlungsort*) terimi kullanılmıştır.

⁸³⁰ **SEROZAN**, sh. 37 (N. 1); **EREN**, sh. 899; **MEIER**, sh. 6; **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 217, (N. 7); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, Bd. II, sh. 14 (N. 2101); karşı. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 32 (N. 4); ifa yeri ile edim sonucunun gerçekleştiği yerin anlaşılması gerektiği yönündeki karşı görüş için bk. **SHMELCHER**, sh. 26. Alman hukukunda ise, edim fiillerinin gerçekleştirildiği yer için BGB § 269'da yasakoyucu tarafından "leistungsort" ifadesi tercih edilmiştir. Alman hukukundaki bu düzenleme için bk. **WIAECKER**, Leistungshandlung und leistungserfolg im Bürgerlichen schuldrecht, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München-Berlin 1965, sh. 796; **MEDICUS**, Schuldrecht, sh. 82 (N. 142); **ESSER, J./SCHMIDT, E.**: Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Heidelberg 1995, sh. 250; **BITTNER**, § 269, sh. 152 (N. 2).

⁸³¹ Borçlunun bir sonucu gerçekleştirmeyi taahhüt durumlarda edim fiili – edim sonucu ayrımı anlam taşıyacağından, somut olayda öncelikle bir sonuç borcunun (obligation de résultat) mu yoksa vasita borcunun (obligation de moyens) mu söz konusu olduğunun belirlenmesi gerekir. Öğretideki bu ayrım için bk. **WERRO, F.**: La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la repartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, ZSR/RDS 1989, Bd. 130, (kıs. Moyen), sh. 252 vd.

⁸³² **KOLLER**, Erfüllung, sh. 31 (N. 2); **SCHÖNLE**, sh. 105.

⁸³³ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 218 (N. 16); **SCHRANER**, Art. 74, sh. 141 (N. 5); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, Bd. II, sh. 20 (N. 2149); **HOHL, F.**: Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 73, Titre deuxième: De l'effet des obligations, Genève-Bale-Münich 2003, Art. 74, sh. 476 (N. 3).

etmektedir. Zira para borçlusunu, borçlandığı edimi ifa yerinden bir başka yerde gerçekleştirirse, ancak alacaklı ödemenin bu yerde gerçekleştirilmesine rıza gösterdiği takdirde borç sona erer; alacaklı ödemenin teklif edilen yerde yapılmasına rıza göstermez ise, borçlu, ödemenin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesinin sonuçlarından sorumlu olur.

Öte yandan, borcun ifa yeri, edimin gecikmesi veya hiç gerçekleşmemesi risklerinin hangi andan itibaren alacaklıya ait olacağı bakımından da belirleyicidir⁸³⁴. Diğer bir deyişle, borçluya yüklenemeyen sebeplerle borçlanılan edim hiç veya zamanında yerine getirilmediği takdirde, borçlunun hangi ana kadar bu risklerden sorumlu tutulacağı konusunda ifa yeri esas alınır. Banka havalesi yoluyla ödemenin kararlaştırıldığı durumda da, ödeme yerinin belirlenmesi, gecikme ve kayıp risklerinin hangi andan itibaren alacaklıya geçmiş sayılacağı bakımından önem arz etmektedir. Biz gecikme ve kayıp risklerinin bedel ilişkisindeki dağılımı konusunu, aşağıda üçüncü bölümde ödemenin hiç veya zamanında gerçekleşmemesinin borçlu açısından sonuçları başlığı altında ayrıntılı olarak incelediğimizden, bu konuya ifa yeri başlığı altında yalnızca genel hatlarıyla değineceğiz.

Aşağıda, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasının kararlaştırılmasının, para borcunun yasal ifa yeri ve taraflar arasındaki gecikme ve kayıp riski dağılımı bakımından bir değişiklik yaratıp yaratmayacağı belirlenecektir. Bu itibarla öncelikle para borcunun ifa yerini düzenleyen BK m. 73/b. 1 hükmü ve bu hükümden kaynaklanan risk dağılımına değinilmesi gerekir.

⁸³⁴ **SCHMELCHER**, sh. 36; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, Bd. II, sh. 20 (N. 2154); **SCHRANER**, Art. 74, sh. 141 (N. 9); bu yaklaşımın temelinde, ifa yerinde edim fiillerini tamamlamak suretiyle edim sonucunun gerçekleşmesi için üstüne düşen faaliyeti yerine getiren borçlunun, bu andan sonra gerçekleşecek risklerden sorumlu tutulmaması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Bu konuda bk. **MEIER**, sh. 20.

B. PARA BORCUNUN YASAL ÖDEME YERİ

BK m. 73/b. 1'e uyarınca, para borçlarında ödeme yeri kural olarak alacaklının ifa zamanındaki yerleşim yeridir⁸³⁵. Bu itibarla, Türk – İsviçre hukukunda para borçları götürülecek borç⁸³⁶ niteliğindedir.

Götürülecek borçlarda, borçlunun edim yükümlülüğüne, edimin alacaklının yerleşim yerine götürülmesi (veya masraf ve hasarı borçluya ait olmak üzere gönderilmesi) ve ifa amacıyla alacaklının yerleşim yerinde hazır bulundurulması da dahildir⁸³⁷. Diğer bir deyişle, götürülecek borçlarda edim konusunun alacaklıya bizzat borçlu ya da borçlunun yardımcı şahsı tarafından götürülmesi, borçlunun edim fiillerinin bir parçasını teşkil eder⁸³⁸. Borçlu, ifa sonucuna yönelik son edim fiilini alacaklının yerleşim yerinde gerçekleştirmekle yükümlü olduğundan, aranılacak borç kurgusunda olduğu gibi, son edim fiili ve edim sonucu aynı yerde gerçekleşir⁸³⁹. Bu nedenle gecikme ve kayıp riski, edim sonucu gerçekleşene kadar borçlu tarafından üstlenilmiş sayılır.

Yasa gereği götürülecek borç niteliğindeki para borcunda da, alacaklı ve borçlunun ödeme amacıyla bir araya geldiği varsayımından yola çıkılmakta ve ödeme fiili ile ödeme sonucu arasında mekânsal bir birliktelik söz konusu olmaktadır⁸⁴⁰. Para borcu nakit olarak ödenecek ise, borçlu, edim fiillerini, nakit parayı alacaklının yerleşim yerine götürmek ve (alacaklıya soyut mali gücü kazandırmak amacıyla) burada onun

⁸³⁵ 2004 tarihli UNIDROIT ilkeleri m. 6.1.6/f. I b.1'de "alacaklının işyerinin" para borçlarının ifa yeri olarak düzenlenmesi hk. bk. *Principes D'Unidroit Relatifs aux Contrats du Commerce International*, Rome 2004, sh. 164.

⁸³⁶ Para borcunun yasakoyucu tarafından götürülecek borç olarak düzenlenmesinin temelinde, paranın borçlu tarafından alacaklıya götürülmesinin, alacaklının parayı tahsil etmek üzere borçlunun ayağına gelmesinden daha az külfetli ve ödeme sürecinin ağırlık noktasının alacaklının soyut mali gücü elde ettiği yer olmasının yanı sıra alacaklının yerleşim yerinin, para borcunun doğuran çeşitli hukuki sebepler bakımından ortak ifa yeri teşkil etmesi düşüncesinin yattığı konusunda bk. **von CAEMMERER**, E.: *Zahlungsort*, Ernst von Caemmerer, *Gesammelte Schriften*, Bd. III 1968-1982, Tübingen 1983, sh. 109; **SCHÖNLE**, sh. 102; **WEBER**, *Berner Kommentar*, Art. 74, sh. 239, (N. 107); **HEINI**, sh. 64; **WIEGAND/HODEL**, sh. 196;

⁸³⁷ **WIEGAND/HODEL**, sh. 188.

⁸³⁸ **WEBER**, *Berner Kommentar*, Art. 74, sh. 222, (N. 38); **SCHRANER**, Art. 74, sh. 144 (N. 36); Alman Hukukunda ise, para borçlarında ödeme yerini düzenleyen BGB § 270/IV'un BGB § 269'a yaptığı atıf dolayısıyla, para borcunun ifa yeri borçlunun yerleşim yeri olduğundan, borçlunun edim yükümlülüğü paranın gönderilmesi ile tamamlanır.

⁸³⁹ **SCHRANER**, Art. 74, sh. 145 (N. 36); karş. **KOLLER**, *Erfüllung*, sh. 32 (N. 2).

⁸⁴⁰ **SCHMELCHER**, sh. 34; **SCHÖNLE**, sh. 101; **HEINI**, sh. 64.

zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrini alacaklıya fiilen teklif etmekle tamamlar; kural olarak bu ana kadar ödemenin gecikmesi ve ödeme için ayrılan paranın kaybı riski borçluya aittir. Şu halde, borçlu, nakit parayı alacaklının yerleşim yerine zamanında götürmüş ve alacaklıya devir için burada hazır bulundurmuş ise, borca yer itibariyle uygun hareket etmiş sayılır.

C. BANKA HAVALESİ YOLUYLA ÖDEME ANLAŞMASININ ÖDEME YERİ VE RİSK DAĞILIMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Bilindiği gibi, BK m. 73/b. 1’de öngörülen para borcunun ifa yerine ilişkin düzenleme, emredici nitelikli değildir; diğer bir deyişle, para borcunun ifa yeri taraflarca açık ya da örtülü olarak kararlaştırılmadığı ya da somut olayın koşulları – yani varsayılan taraf iradeleri – uyarınca belirlenemediği takdirde uygulanır⁸⁴¹. Bu noktada, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasının kararlaştırılmasının, para borcunun yasal ifa yeri ve götürülecek borç niteliği bakımından (borçlunun edim yükümlülüğünün kapsamı anlamında) değişiklik yaratıp yaratmayacağı Türk ve İsviçre hukuklarında tartışmalıdır.

İsviçre hukukunda bu konu öncelikle, banka havalesine benzer bir hukuki kurguya sahip olan posta havalesi ile yapılan ödeme bakımından gündeme gelmiştir. Öğretideki bir görüşe göre, ödeme alacaklının posta çeki hesabına nakit para yatırmak suretiyle gerçekleştiriliyor ise, ifa yeri itibariyle aranılacak borç söz konusu olur⁸⁴². Diğer bir görüşe göre ise, borçlu, alacaklının posta çeki hesabına ödeme yapmaya yetkili olduğu takdirde, götürülecek borç niteliğindeki para borcu ifa yeri itibariyle gönderilecek borca dönüşmüş sayılır⁸⁴³. Zira posta havalesi, kurgusu itibariyle, alacaklının posta çeki hesabına nakit para yatıran ya da havale talimatı veren para borçlusunun, parayı masrafı alacaklıya ait olmak üzere, alacaklı tarafından belirlenen bir aracı (Posta idaresi) ile, yine alacaklı tarafından belirlenen bir yere (posta çeki hesapları merkezine) göndermiş olması gibi unsurlar bakımından gönderilecek borca paralellik

⁸⁴¹ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 228 (N. 60); **SCHRANER**, Art. 74, sh. 146 (N. 41); **HOHL**, Art. 74, sh. 476 (N. 5).

⁸⁴² **RYCHNER**, sh. 220.

⁸⁴³ **JEANPRETRE**, sh. 147.

arz etmektedir⁸⁴⁴. Bu ikinci görüş çerçevesinde, para borcunun ifa yeri, borçlunun yerleşim yeri olup, borçlu borçlandığı tutarı PTT veznesine yatırmakla ya da borçlunun da PTT nezdinde posta çeki hesabı varsa, PTT'ye havale talimatı vermekle⁸⁴⁵ – ya da havale tutarı borçlunun posta çeki hesabına borç kaydedilmekle – edim fiillerini tamamlamış olur. Bu andan sonra gerçekleşecek gecikme ve havale tutarının kaybı riski para alacaklısı tarafından üstlenilmiş sayılır. Özellikle gecikme riski bakımından, belirlenen süre dolmadan borçlu nakit parayı PTT veznesine yatırmış ise, para borcunu zamanında ödemiş sayılacaktır⁸⁴⁶.

İsviçre hukukunda bazı yazarlar, posta havalesi bakımından benimsenen bu ikinci yaklaşımın banka havalesi bakımından da geçerli olduğu görüşündedirler. Bu yazarlara göre, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılması kararlaştırılmış ise, borcun yasal ifa yeri örtülü şekilde değiştirilmiş ve borç gönderilecek borca dönüşmüş olur⁸⁴⁷. Sonuç itibarıyla posta havalesinde olduğu gibi, ifa yeri borçlunun hesabının tutulduğu banka şubesi olup; borçlunun edim fiilleri paranın alacaklıya ulaştırılmak üzere bağımsız bir aracı olan bankaya devredilmesi veya bankaya havale talimatı verilmesi ile tamamlanır. Havale tutarının gönderilmesi anından itibaren, gecikme ve kayıp riski alacaklıya geçer. İsviçre hukukundaki bu görüş, Alman hukukunda BGB § 270/I ve § 269/I uyarınca tüm para borçları bakımından geçerli olan “nitelikli gönderilecek borç” düzenlemesine yaklaşmaktadır⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ **JEANPRETRE**, sh. 147.

⁸⁴⁵ Bu yönde bk. **JEANPRETRE**, sh. 148.

⁸⁴⁶ Ödeme için belirlenen sürenin son günü nakit paranın PTT veznesine yatırılmasının zamanında ödeme teşkil edeceği yönünde bir işlem teamülünün var olduğu, bu görüş çerçevesinde ileri sürülen diğer bir gerektir. Bu konuda bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 82.

⁸⁴⁷ **HELBIG**, sh. 92; **GAUSCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, sh. 19 (N. 2146); öte yandan adı geçen yazarlarca aynı eserde (sh. 55 N. 2360) nakit dışı ödemede para borcunun götürülecek borç olmaya devam ettiğinin ifade edilmesi çelişki teşkil etmektedir.

⁸⁴⁸ Alman hukukunda para borcunun ifa yerinin borçlunun yerleşim yeri olduğu öngörülmekle birlikte, kayıp riski bakımından bu kurala bir istisna getirilmektedir. Alman Hukuku'ndaki baskın görüş, para borçlarını, BGB § 270 ve 269 gereğince nitelikli gönderilecek borç (qualifizierte Schickschuld) olarak nitelendirmektedir. Buna göre, BGB § 270/IV'ün borcun ifa yerine ilişkin genel kuralın düzenlendiği BGB § 269'ya yaptığı atıf dolayısıyla, kural olarak para borcunun ödeme yerinin borçlunun yerleşim yeri olduğu sonucuna varılır. Bununla birlikte, aranacak borçlarda olduğu gibi gecikme rizikosuna alacaklıya ait olmakla birlikte, göndermeye ilişkin hasar (kayıp) rizikosuna BGB § 270/I hükmü gereğince borçluya aittir. Bu itibarla Alman Hukuku'ndaki nitelikli gönderilecek borç düzenlemesi, gecikme rizikosunun alacaklıya ait olması bakımından gönderilecek borca; hasar rizikosunun borçluya ait olması itibarıyla de götürülecek borca yaklaşmaktadır. Borçlu parayı alacaklıya aktarılmak üzere – zamanında – yola çıkartmakla (taşıyıcıya devretmekle) edim fiillerini tamamlamış olup, bu andan sonra gerçekleşecek gecikmelerden

Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, somut olayda borçlu, anlaşma ile banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili kılınmış ise, “alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesinin bulunduğu yer”, örtülü şekilde ödeme yeri olarak kararlaştırılmış olur⁸⁴⁹. Bu olasılıkta hesabın tutulduğu banka şubesi, borçlu açısından, BK m. 73/b. 1’de öngörülen “alacaklının yerleşim yeri”nin yanında seçimlik bir ifa yeri teşkil edecektir⁸⁵⁰. Diğer bir deyişle, borçlu banka havalesi yoluyla ödemeye yetkilendirildiği takdirde, yasadan ya da sözleşmeden doğan ifa yerine ek bir ifa yeri daha söz konusu olur. Buna karşın, banka havalesi yoluyla ödeme borçlu açısından yetkinin ötesinde bir yükümlülük teşkil ediyor – yani banka havalesi somut olayda münhasır ödeme tarzı – ise, para borcunun yasal ifa yerinde değişiklik söz konusu olur; bu olasılıkta alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesi, alacaklının yerleşim yerini dışlayacak şekilde para borcunun tek ifa yeridir⁸⁵¹.

Bununla birlikte, banka havalesi yoluyla ödeme anlaşması – para borcunun (yasal) ifa yerini değiştirmiş ya da borçluya yasal ifa yerine alternatif bir ifa yeri sağlamış olsa dahi – kural olarak borcun ifa yeri açısından sınıflandırılmasında herhangi bir değişiklik yaratmaz. Diğer bir deyişle ödemenin banka havalesi yoluyla yapılması

sorumlu tutulamayacaktır. Öte yandan, Alman öğretisindeki bir diğer görüşe göre, para borçları değiştirilmiş götürülecek borç (modifizierte Bringschuld) niteliğinde olup, ödeme yeri kural olarak alacaklının yerleşim yeridir. BGB § 270/IV’ün dar yorumlanması gerektiği fikrinden hareket edilen bu görüş çerçevesinde, edim fiillerinin ve edim sonucunun gerçekleşmesi gereken yer alacaklının yerleşim yeridir. BGB § 270/IV’ün BGB § 269’a yaptığı atıf ise, para borcunun ödeme yeri bakımından değil, yalnızca yetkili mahkeme, uygulanacak hukuk, ticari teamüller, tevdi yeri gibi noktalar açısından belirleyicidir. Bu yönde bk. **BITTNER**, § 270, sh. 169 vd. (N. 2). Alman hukukunda nitelikli gönderilecek borç görüşü şu gerekçelerle eleştirilmektedir: Para borcu gönderilecek borç olarak nitelendirilir ise, öncelikle, gecikme rizikosunun ne zaman hasar rizikosuna dönüştüğü belirli olmayacağı ölçüde, sorumluluğun alacaklı ile borçlu arasında risk türüne göre dağıtılması belirsizlik yaratır. Öte yandan, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olduğunda, paranın gönderilmesi ile alacaklının kendi borcu bakımından ödemezlik def’ini ileri sürme imkânı sona ermesine rağmen, paranın taşınması esnasında kayıp rizikosunun gerçekleşmesi durumunda bu def’inin yeniden canlanması gibi çelişkili bir durumun ortaya çıkacaktır. Nihayet hasar rizikosunun henüz alacaklıya geçmediği dönemde – para ferdileştirilmemiş iken – gecikme rizikosunu alacaklının taşınmasının hakkaniyete aykırı olacağı da bir başka gerekçedir. Bu görüş lehine ileri sürülen gerekçeler için bk. **SCHÖN**, sh. 443; karş. **BITTNER**, § 270, sh. 170 (N. 3).

⁸⁴⁹ **SCHÖNLE**, Responsabilité, sh. 69; **OBERSON**, sh. 395; **HEINI**, sh. 64; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 81; **BETTSCART**, sh. 114; **SEROZAN**, sh. 39 (N. 3); Yargıtay’ın, ödeme yerinin alacaklının banka hesap numarası olduğu şeklindeki isabetsiz ifade tarzına rağmen aynı sonuca varıldığı kararı için bk. Y. 6. HD. E. 2002/3079 K. 2002/3242 (bk. KİBB).

⁸⁵⁰ **BUIS**, sh. 36; **TÜRK**, sh. 272; alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesinin bulunduğu yerin yasal ifa yerinin yerine geçtiği yönünde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 83; **HEINI**, sh. 64.

⁸⁵¹ **BUIS**, sh. 36. Bununla birlikte, bu varsayımda dahi, kaydı paranın alacaklının başka bir bankadaki veya aynı bankanın başka bir şubesindeki hesabına ödenmesi imkanı mevcut olduğu sürece, ifa yerinin borcun ifası açısından asli bir unsur haline geldiği söylenemeyecektir. İfa yerinin borç ilişkisinin asli unsuru haline geldiği durumlar için bk. **SEROZAN**, sh. 37 (N. 1a).

yönündeki anlaşma, para borcunun götürülecek borç niteliği üzerinde etkili değildir⁸⁵². Zira para borcunun gönderilecek borca dönüştüğü kabul edildiği takdirde, borçlu süre içinde kendi bankasına havale talimatı vermekle edim fillerini tamamlamış, yani para borcunu doğru yerde ve zamanda ödemiş olur. Şu halde ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasına rıza gösteren alacaklı, havale sürecindeki gecikme ve kayıp riskinin yanı sıra havale masraflarını da üstlenmiş sayılacaktır. Bu olasılıkta alacaklının yalnızca kendi bankasından değil bizzat borçlunun hesabının tutulduğu bankadan kaynaklanan gecikmeyi ve kaybı da üstlenmiş olduğu dikkate alındığında, ödemenin borca uygun şekilde gerçekleşmesi tamamen borçlunun tercih edeceği bankaya bağlı hale gelmiş olur. Bu sonuç benimsendiği takdirde, alacaklının hukuki durumu nakit ödemeye kıyasla önemli ölçüde kötüleşmiş olacağından, ödemenin banka hesabına yapılmasına rıza gösteren alacaklının güven ilkesi uyarınca, aynı zamanda para borcunun gönderilecek borca dönüşmesine de rıza göstermiş olduğu varsayılamamalıdır⁸⁵³.

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede para borçlusunun parayı alacaklıya götürme yükümlülüğü, kaydi paranın belirlenen ifa yerine, yani alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesine götürülmesine ilişkindir. Bu anlamda borcun ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olmaması para borcunun götürülecek borç sayılmasına engel teşkil etmez. Bunun sonucu olarak da, edim sonucunu gerçekleştirmeye yönelik olarak borçlunun yerine getirmesi gereken son edim fiili, alacaklıya söz konusu banka nezdinde soyut bir alacak hakkı kazandırılmasıdır⁸⁵⁴. Söz konusu soyut alacak hakkı ise, benimsediğimiz görüş uyarınca⁸⁵⁵ havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi ile doğar.

⁸⁵² SCHÖNLE, sh. 105; GUGGENHEIM, Bankpraxis, sh. 235 dn. 17; WEBER, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 242 (N. 122); HEINI, sh. 103; BILOTTE-TONGUE, sh. 83; OBERSON, sh. 392; KOLLER, Erfüllung, sh. 40 (N. 37); WIEGAND/HODEL, sh. 197; karşı. BETTSCHART, Exécution d'une dette d'argent par virement postal ou bancaire, Bulletin d'information / CEDIDAC, 1998, No. 30, (kıs. CEDIDAC), sh. 5. Buna karşın BK m. 457 vd. hükümleri anlamında bir havale söz konusu ise, havale lehdarı alacaklı parayı tahsil için havale muhatabının bulunduğu yerde hazır bulunmakla yükümlü olduğundan, para borcunun götürülecek borç niteliğinin değişmiş sayıldığı, aranılacak borcun söz konusu olduğu yönünde bk. WEBER, Geldschulden, sh. 142.

⁸⁵³ BILOTTE-TONGUE, sh. 82; WIEGAND/HODEL, sh. 197; karşı. HEINI, sh. 66.

⁸⁵⁴ SCHÖNLE, sh. 106; HEINI, sh. 65; posta çeki hesabına nakit yatırma yoluyla ödeme bakımından aynı sonuç için bk. KOLLER, Zahlung, sh. 237.

⁸⁵⁵ Bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 2. b. i. bb.

Gecikme ve kayıp riskleri ise, tıpkı nakit ödemede olduğu gibi, kural olarak borçlu tarafından üstlenilmiş sayılacaktır. Vurgulamak gerekir ki, benimsediğimiz görüşe göre, nakit ödemeden farklı olarak, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede gecikme ve kayıp riski, havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi anından – yani ifa etkisi henüz gerçekleşmeden – önce, havale tutarının alacaklının bankasına ulaşması anında alacaklıya geçer⁸⁵⁶. Bu anlamda borçlu, havale tutarını ödeme için belirlenen süre dolmadan alacaklının bankasına ulaştırmış ve havale sürecinin olağan işleyişi dikkate alındığında, süre dolmadan havale tutarının alacaklının hesabına aktarılması makul olarak bankadan beklenebiliyor ise, edim fiillerini doğru yerde ve doğru zamanda tamamlamış sayılır⁸⁵⁷. Diğer bir deyişle borçlu, havale tutarını alacaklının bankasına alacak kaydı işleminin gerektirdiği olağan süreyi dikkate alarak yeterince önceden ulaştırmış ise, alacaklının bankası nezdinde gerçekleşen gecikme ve kayıptan sorumlu olmaz⁸⁵⁸.

Özetle, taraflarca ödemenin alacaklının banka hesabına yapılmasının kararlaştırılması, para borcunun ifa yeri itibariyle götürülecek borç niteliğinde değişiklik yaratmaz. Öte yandan, bu anlaşma uyarınca BK m. 73 uyarınca alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesinin bulunduğu yer, BK m. 73/b. 1’de öngörülen alacaklının yerleşim yerine alternatif ya da onu bertaraf edecek şekilde para borcunun ifa yeri olur. Bu itibarla, para borçlusunun edim fiillerine kaydi paranın alacaklının hesabına ulaştırılması da dahildir; şu kadar ki, havale tutarı borçlu tarafından alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesine ulaştığı andan sonra gerçekleşen gecikme ve kayıp nedeniyle borçlu sorumlu tutulamaz.

⁸⁵⁶ Bu konuda bk. aşağıda gecikme riski için bk. Üçüncü Bölüm I. B. 3; kayıp riski için bk. Üçüncü Bölüm II. A. 1. Karş. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 82; **HEINI**’ye göre (sh. 65 vd.) ise, para borçlusu nakit ödemede olduğu gibi, alacaklı para üzerinde tasarruf etme olanağı elde edene kadar, yani havale tutarı alacaklının hesabına alacak kaydedildiği ana kadar gecikme ve kayıp risklerini taşır.

⁸⁵⁷ **KOLLER**, Erfüllung, sh. 100 (N. 56) vd.; Alman hukukunda – para borcunun nitelikli gönderilecek borç sayılmasına rağmen – bu sonuç için bk. **CANARIS**, sh. 318 (N. 480).

⁸⁵⁸ Risk dağılımı bakımından gönderilecek borç ile götürülecek borç ayırımı özellikle borçlunun, alacaklının hesabının tutulduğu bankaya nakit yatırma suretiyle ödediği durumda önem arz eder. Zira bu olasılıkta, gerek gönderilecek borç gerek götürülecek borç kurgusunda gecikme ve kayıp riski nakit paranın bankaya (veya PTT’ye) yatırıldığı anda alacaklıya geçmiş sayılır. Bununla birlikte gönderilecek borç söz konusu olduğunda, borçlunun zamanında ödemiş (gecikmemiş) sayılabilmesi için, havale tutarını (nakit parayı) ödeme için belirlenen süre dolmadan aracıya (bankaya) ulaştırmış olması yeterli iken, götürülecek borç söz konusu olduğunda, borçlu ancak havale tutarını ödeme zamanında alacaklının hesabına geçmesine yetecek makul süre öncesinde bankaya (PTT’ye) yatırmış olması gerekir. Bu yönde bk. **KOLLER**, Zahlung, sh. 237, 242.

III. ÖDEME ZAMANI BAKIMINDAN UYGUNLUK

Borçlunun banka havalesi yoluyla gerçekleştirdiği ödemenin zamanında gerçekleşmiş – diğer bir deyişle zaman unsuru açısından borca uygun – olup olmadığı, somut olayda para borcunun ödenmesi gereken zamanın ve havale yoluyla yapılan ödemede, ödeme teşkil eden fiilin bilinmesini gerektirir. Zira ancak, ödeme olarak tanımlanan işlemin tamamlaması için gerekli olan (son) hareket, borçlu ya da borçlunun yardımcı şahsı tarafından, ödeme zamanı olarak belirlenen süre dolmadan yerine getirilmiş ise, para borcu zamanında ödenmiş olur⁸⁵⁹. Diğer bir deyişle banka havalesi yoluyla yapılan ödemede “ifâ” sonucunu doğuran hareket, ifâ için öngörülen süre dolmadan gerçekleşmiş ise, ödemenin zaman unsuru açısından gereği gibi olduğu söylenebilir. Bu itibarla aşağıda öncelikle, borçlanılan edim sonucunun gerçekleşmesi gereken anın nasıl belirleneceği ele alınacaktır. Daha sonra ise, banka havalesi kurgusunda, para borçlusunun ödeme sonucunu doğuran son hareketinin ne olduğu ve hangi anda gerçekleştiği⁸⁶⁰ belirlenecektir.

A. ÖDEMENİN GERÇEKLEŞMESİNİN GEREKLİ OLDUĞU ANIN BELİRLENMESİ

Borçlunun, borcunu ifâda gecikmiş sayılmaması bakımından, borçlanılan edim sonucunun en geç hangi ana kadar gerçekleşmiş olması gerektiği, öncelikle borç ilişkisindeki taraf iradelerine göre belirlenir. Buna göre borç ilişkisinde para borçlusu ve para alacaklısı tarafından bir süre kararlaştırılmış ise, borçlu, öngörülen bu sürenin sonuna kadar ödemeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür⁸⁶¹. Taraflar arasında böyle bir anlaşma mevcut değil ise, – özellikle haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan bir para borcu söz konusu ise – , ödeme sonucunun gerçekleşmesinin gerekli olduğu anın belirlenmesinde, BK m. 74 hükmünün esas alınması gerekir⁸⁶². Bu hüküm

⁸⁵⁹ HEINI, sh. 69; BILLOTTE-TONGUE, sh. 84.

⁸⁶⁰ Ödeme anı, ifâ etkisinin gerçekleştiği ve borçlunun borcundan kurtulmuş sayılacağı ana karşılık geldiğinden, ödemenin zamanında gerçekleşip gerçekleşmediğinin yanı sıra gecikme söz konusu ise, temerrüt faizinin hangi ana kadar işleyeceğini de belirler. Bu yönde bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 83.

⁸⁶¹ HEINI, sh. 69; BILLOTTE-TONGUE, sh. 83.

⁸⁶² Vurgulamak gerekir ki, BK m. 74’te öngörülen düzenleme, alacaklı tarafından edimin hangi andan itibaren talep edilebilir olduğuna ilişkin olup, borçlunun en geç hangi anda edimde bulunmuş olması gerektiği ile ilgili değildir. Bu itibarla söz konusu hüküm, ödemenin zamanında olup olmadığı bakımından dolaylı şekilde belirleyici olmakta, borçlunun borcunu zaman unsuru açısından gereği gibi ifâ edip etmediğine ilişkin doğrudan bir ölçüt sunmamaktadır. Bu yönde bk. SCHENKER, F.: Die

uyarınca, taraflarca kararlaştırılan ya da işin niteliğinin gerektirdiği bir vade söz konusu olmadıkça, alacaklı, borçludan edimi yerine getirmesini borcun doğumu anından itibaren derhal talep edebilir⁸⁶³. Borçlu da, borçlanılan edimi alacaklının ifa talebinden itibaren, dürüstlük kuralı uyarınca makul ve olağan sayılabilecek bir süre içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür⁸⁶⁴. Şu halde banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de, edim sonucunun gerçekleşmesinin gerekli olduğu an, somut olayda alacaklı tarafından ödeme talebinde bulunulmasından itibaren borçlunun edim sonucunu gerçekleştirmesine yetecek makul ve olağan süre esas alınmak suretiyle belirlenecektir⁸⁶⁵. Diğer bir deyişle, para borçlusu edim sonucunu alacaklının ödeme talebi anında değil, bu talepten itibaren geçecek makul bir sürenin sonuna kadar – soyut mali gücü aktarmak suretiyle – gerçekleştirmekle yükümlüdür.

B. BANKA HAVALESİNDE ÖDEME ANI

Para borcu ifa yeri itibariyle gönderilecek borç olarak nitelendirildikten sonra, ödemenin gerçekleştiği anın da kendiliğinden ortaya çıktığı şeklinde bir sanı uyanabilir. Zira götürülecek borç kurgusunda ödeme, borçlu, ödeme araçlarını alacaklıya onun yerleşim yerinde devrettiği anda gerçekleşir. Fakat bu yaklaşım, alacaklı ve borçlunun şahsen veya temsilcileri aracılığıyla aynı mekânda buldukları durum olan nakit ödemede geçerlidir. Buna karşın nakit dışı ödemelerde ve özellikle banka havalesinde, kaydî paranın alacaklıya devredilme anının tespiti güçlük arz etmektedir. Bu bölümde, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede ödeme sonucunun – yani borçlanılan edim sonucunu gerçekleştiren davranışın – havale sürecinin hangi aşamasında, hangi olgu ile ve hangi anda gerçekleştiği belirlenecektir. Vurgulamak gerekir ki, ödeme anı, havale

rechtzeitige und verspätete Erfüllung von verbindlichkeiten, Recht 1989, H. 2, sh. 48; **DE FEO**, R. A.: Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Zürich 2001, sh. 12.

⁸⁶³ **BARLAS**, Temerrüt, sh. 27.

⁸⁶⁴ **BARLAS**, Temerrüt, sh. 27.

⁸⁶⁵ **HEINI**, sh. 69; **WIEGAND/HODEL**, sh. 198; öğretide **BARLAS** (Temerrüt, sh. 28) ise, ödemenin niteliği itibariyle zaman alıcı bir işlem olmadığı, büyük tutarlı ödemeler ya da piyasada kolayca bulunamayan yabancı para ile yapılacak ödemeler hariç, para borçlarının ifasında borçluya bu şekilde bir makul süre tanınmasının gerekli olmadığı görüşündedir. Öte yandan Uluslararası Taşınır Mal Satımına ilişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu m. 58 (3), alıcı satım bedelini, malın kendisine teslim edilmesi ve muayene edilmesinden sonra banka havalesi yoluyla (credit transfer) ödemenin gerçekleşmesi için gerekli olağan süre içinde ödemediği takdirde zamanında ödemiş sayılacağı yönündedir. Bu konuda bk. **HUBER**, The International Credit Transfer and the Underlying Obligation, Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, sh. 46.

yoluyla yapılan ödemede ifa etkisinin gerçekleştiği ana karşılık gelir. Borçlunun ifa etkisini gerçekleştirmek amacıyla edim fiillerini tamamlamış sayıldığı an ise, ödemenin gecikmesinden (gecikme riski) veya hiç gerçekleşmemesinden (kayıp riski) borçlunun sorumlu tutulup tutulamaması bakımından önem arz eder.

1. Ödeme Anı Bakımından Mukayeseli Hukukta Benimsenen Çözümler

a. İngiliz Hukuku

İngiliz Hukuku'ndaki yargı kararlarında, gerek uluslararası nitelikli gerek yurt içi havalelerde⁸⁶⁶ ödeme anı bakımından, genel olarak ödeme talimatının alacaklının bankasına ulaşması ve bankanın müşterisinin hesabına alacak kaydını gerçekleştirme yönünde iradesinin doğumu anının esas alındığı söylenebilir⁸⁶⁷. Bu yaklaşımın temelinde, bir yandan, alacaklının bankasının edimi kabule yetkili yardımcı şahıs (*agent*) olarak nitelendirilmesinin; öte yandan İngiliz banka uygulamasında bankaların birbirlerine verdikleri ödeme talimatlarının nakit para gibi kabul edilmesi olgusunun yattığı öğretilerde ifade edilmektedir⁸⁶⁸. Buna göre, alacaklının bankası, tıpkı kendisine nakit ödeme yapılmış gibi, müşterisi lehine kendisine ulaşan ödeme talimatını kayıtsız şartsız kabul ettiği anda ödeme gerçekleşmiş sayılmaktadır⁸⁶⁹.

Öte yandan vurgulamak gerekir ki, ödeme anını tespit eden yargı kararlarının bazılarında, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, ödemenin geri alınması; bazılarında ise doğrudan doğruya ödemenin zamanında gerçekleşip gerçekleşmediği teşkil etmektedir. Bu itibarla öğretilerde bir görüş, farklı menfaat durumlarının söz konusu olduğundan hareketle ödeme anı bakımından farklı ölçütlerin esas alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre; hukuki sorun olarak ödemenin geri alınabileceği en son anın irdelendiği yargı kararlarında, banka uygulaması dikkate alınmak suretiyle,

⁸⁶⁶ İngiltere'de, aynı gün içinde gerçekleşmesi istenen yurt içi ödemelerde CHAPS; aciliyet arz etmeyen ödemelerde ise BACS sistemine başvurulması konusunda bk. **BETTSCHART**, sh. 35; Özellikle CHAPS sistemi aracılığıyla yapılan ödemelerde ödeme zamanının belirlenmesi için bk. **PLEYER/WALLACH**, *Erfüllungszeitpunkt und Gefahrtragung bei grenzüberschreitenden Überweisungen nach deutschem und englischem Recht*, RIW 1988 H. 3, sh. 179 vd.

⁸⁶⁷ **PLEYER/WALLACH**, sh. 180.

⁸⁶⁸ **PLEYER/WALLACH**, sh. 178 ve özellikle bk. dn. 76'daki açıklamalar; **ELLINGER**, E. P./**LOMNICKA**, E./**HOOLEY**, R. J. A.: *Ellinger's Modern Banking Law*, 4th. Ed. Oxford New York, 2006, sh. 516.

⁸⁶⁹ **PLEYER/WALLACH**, sh. 178.

karşılığın alacaklının bankasına ulaştığı ve bankanın ödeme iradesinin doğduğu an esas alınmaktadır. Öte yandan, belirli bir tarihe kadar ödeme yapılmasının şart olduğu durumlara ilişkin olan yargı kararlarında, alacaklı ve borçlu arasındaki bedel ilişkisi ön plana çıktığından, nakit ödemeye ilişkin ilkelere başvurulduğu ve genel ölçüt olarak alacaklının havale tutarı üzerinde kayıtsız şartsız tasarruf olanağı elde ettiği anın belirleyici olduğu ifade edilmiştir⁸⁷⁰. Biz de bu görüşe paralel şekilde İngiliz Hukuku'nda ödeme anına ilişkin kararları iki gruba ayırarak inceleyeceğiz.

Ödemenin geri alınabileceği en son ana ilişkin olarak yukarıda belirtilen genel ilkenin, öncelikle, “*Momm v. Barclays Bank*” kararında⁸⁷¹ benimsendiği görülmektedir. Söz konusu kararda bankanın, kendisine ulaşan ödeme talimatı üzerine harekete geçtiği ve havale meblağını alacaklının hesabına geçirmeye yönelik olarak – kendi bilgisayar sisteminde – gerekli işlemi başlattığı anda ödemenin tamamlanmış sayılacağı; bankanın bu anda ödeme iradesinin mevcut olduğu; bu andan itibaren ödemenin kesinleştiği ve banka tarafından geri alınamayacağı (*irrevocable*) sonucuna varılmıştır⁸⁷².

Muhabir banka aracılığıyla gerçekleştirilen bir havalenin söz konusu olduğu “*Royal Products Ltd. v. Midland Bank Ltd.*” kararında ise; havale meblağı, lehdarın bankasının muhabir banka nezdinde tutulan hesabına geçirildiği ve lehdarın bankasına buna ilişkin bildirim gönderildiği anda ödemenin tamamlanmış sayılacağı sonucuna varılmıştır⁸⁷³.

⁸⁷⁰ **ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY**, sh. 525.

⁸⁷¹ [1977] 1 (Q.B 790): Karara konu olan olayda, bir kurum içi havale söz konudur. Almanya’da bulunan borçlu “Herstatt Bankası” hesabının tutulduğu bankaya ödeme talimatı vermiş; bunun üzerine banka, havale meblağını alacaklının hesabına geçirmek üzere gerekli işlemleri başlatmıştır. Aynı gün, borçlu “Herstatt Bankası” için ödemelerin durdurulması kararı alınır. Banka, havale meblağını alacaklının hesabına geçirdikten sonra fakat henüz bu konuda alacaklıya bildirim yapmadan önce, müşterisi lehine yaptığı alacak kaydını geri almıştır. Yüksek Mahkeme, banka görevlisinin alacak kaydı için gerekli işlemi başlattığı anda ödemenin kesinleştiği; alacaklının alacak kaydı yapıldığından haberdar olmasının veya alacaklıya bu konuda bildirim yapılmasının gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

⁸⁷² **VROEGOP**, The time of payment in paper-based and electronic funds transfer systems, LMCLQ 1990, sh. 82; davalı banka tarafından ileri sürülen, ödeme işlemlerinin başlatılmasının nihai bir ödeme kararı olarak değerlendirilmemesi gerektiği, zira bankanın aynı gün içinde bu kararını değiştirebileceği iddiası mahkeme tarafından böyle bir uygulamanın işlem hayatında belirsizlik yaratacağı gerekçesiyle reddedilmesi hk. bk. **PLEYER/WALLACH**, sh. 177; **ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY**, sh. 567.

⁸⁷³ [1981] 2 Lloyd’s Rep. 194.: Söz konusu olayda bir para borcunun ödenmesi söz konusu olmayıp, havale meblağı aynı kişinin farklı bankalardaki hesapları arasında aktarılmaktadır. “Royal Products” hesabının bulunduğu İngiltere’deki “Midland Bankası”na, Malta’daki “I.C.A.L.” Bankası’ndaki hesabına aktarılacak üzere havale talimatı vermiş; havale muhabir banka konumundaki Malta Merkez Bankası aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Muhabir banka, havale meblağını lehdar banka adına açılan bir süspan

Yukarıda belirtildiği üzere ödeme anına ilişkin yargı kararlarının bir diğer kısmı ise doğrudan doğruya ödemenin zamanında yapılıp yapılmadığını ilgilendiren kararlardır. Bu kararlarda özellikle, çarter sözleşmesinde navlun ücretinin ödenmesinde gecikilip gecikilmediği ve buna bağlı olarak donatanın çarter sözleşmesinden dönme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunu gündeme gelmiştir.

Bu çerçevede ilk olarak, alacaklı ve borçlunun bankalarının doğrudan hesap ilişkisi içinde olduğu bir ödemeye ilişkin olan “*Tenax Steamship Co. v. The Brimnes (Owners)*” kararında⁸⁷⁴, donatanın çarter sözleşmesinden dönme hakkını kullanması bakımından çartererin navlun ücretini zamanında ödeyip ödemediği uyuşmazlık konusudur. Bu kararda, borçlunun bankası tarafından – telex mesajı ile – gönderilen ödeme talimatının alacaklının bankasına ulaşmasının, zamanında ödeme bakımından yeterli olmadığı – zira bu anda henüz ödeme talimatının geri alınabilmesi mümkündür – ödemenin, alacaklının bankası tarafından, borçlunun bankasının hesabına borç kaydı ve alacaklı lehine alacak kaydı yapmaya yönelik karar alındığı anda gerçekleşeceği sonucuna varılmıştır⁸⁷⁵.

“*Zim Israel Navigation Co. v. Effy Shipping Corp.*” kararında ise, ödemenin tamamlanmış olması bakımından karşılığın alacaklının bankasına ulaşmasının – muhabir banka tarafından alacaklının bankası lehine alacak kaydı yapılmasının – yeterli olmayıp, karşılığın ulaştığı bilgisini içeren fax mesajının alacaklının bankasına ulaşması gerektiği; zira bankanın, ancak karşılığın kendisine ulaştığından haberdar olduğu ölçüde alacaklıya ödeme yapmak bakımından yeterli güvenceye – karşılığa – sahip ve havale meblağını alacaklının hesabına geçirme yönünde bir iradesinin mevcut olabileceği vurgulanmıştır⁸⁷⁶. Keza “*Mardorf Peach & Co. Ltd. v. Attica Sea Carriers Corp. of*

hesaba geçirip, bankaya buna ilişkin bildirimini gönderdikten sonra lehdar banka iflas etmiştir. Karara ilişkin detaylı bilgi için bk. **ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY**, sh. 519 vd.

⁸⁷⁴ [1975] (Q.B 929).

⁸⁷⁵ **VROEGOP**, sh. 81; **PLEYER/WALLACH**, sh. 177; karşı. **HEINI**, sh. 117;

⁸⁷⁶ [1972] 1 Lloyd’s Rep. 18 (Q.B. Com. Ct.): Karara konu olan olayda, borçlu çartererin İsrail’de bulunan bankası, alacaklının hesabının bulunduğu Londra’daki banka lehine New York’taki muhabir bankaya ödeme talimatı göndermiştir. Muhabir banka havale meblağını alacaklının bankasının hesabına geçirdikten sonra buna ilişkin faksı alacaklının Londra’daki bankasına göndermiştir. Karara ilişkin olarak bk. **PLEYER/WALLACH**, sh. 179; **VROEGOP**, sh. 83; karşı. **HEINI**, sh. 117. Keza ödeme anı olarak, alacak kaydına ilişkin telex ile yapılan bildirim alacaklının bankasına ulaştığı anın esas alındığı *Astro AMO Compania Naviera SA. v. Elf Union SA, “The Zographia M”* kararı için bk. [1976] 2 Lloyd’s Rep. 382; ayrıca bk. **HEINI**, sh. 117; **VROEGOP**, sh. 83.

*Liberia (The Laconia)*⁸⁷⁷ ve “*Afovos Shipping Co. v. R. Pagnan*”⁸⁷⁸ kararlarında, ödeme anı bakımından bankanın müşterisine ödeme yapma iradesinin ortaya çıktığı anın esas alınması gerektiği; hesaba alacak kaydı ve buna ilişkin alacaklıya yapılan bildirim gibi işlemlerin bankanı iç işleyişini ilgilendiren teknik olgular olduğu vurgulanmıştır⁸⁷⁹.

Buna karşın, “*A/S Awilko v. Fulvia S.p.A. di Navigazione (The Chikuma)*” kararında, ödeme anı olarak alacaklı lehine hesaba geçirilen havale meblağı için faizin işlemeye başlayacağı tarih olan valör tarihinin esas alındığı görülmektedir⁸⁸⁰. Kararda, nakit dışı ödemenin nakit ödemeye eşdeğer sayılabilmesi için alacaklının havale meblağı üzerinde kayıtsız şartsız tasarruf imkanı elde etmiş olması gerektiği vurgulanmaktadır. İngiliz Temyiz Mahkemesi, sözleşmede belirlenen tarihte henüz havale meblağı için faiz işlemeye başlamamış olduğundan, alacaklının havale meblağı üzerinde nakit ödeme ölçüsünde tasarruf edemediği; bu nedenle de ödemenin tamamlanmış sayılamayacağı sonucuna varmıştır.

Özetlemek gerekirse, İngiliz Hukuku’nda ödeme, bankanın havale meblağını alacaklının hesabına geçirme yönünde karar aldığı; başka bir ifade ile, ödeme talimatı

⁸⁷⁷ [1977] (A.C 850): Karara konu olan olayda, ödeme talimatı alacaklının bankasına sözleşmede öngörülen süre dolduktan sonra ulaşmıştır. Henüz havale meblağı alacaklının hesabına geçirilmeden önce alacaklı, bankasına ödemenin kabul edilmemesi talimatı vermiş, bunun üzerine havale meblağı borçlunun bankasına iade edilmiştir. Yüksek Mahkeme ise ödemenin geciktiği sonucuna varmıştır. Gerekçe olarak, alacaklının bankasının yalnızca zamanında yapılan ödeme talimatını kabul bakımından yetkili olduğu; geciken ödeme talimatını kabul bakımından ise bankanın yetkili sayılamayacağı ifade edilmiştir. Bu karar için bk. **PLEYER/WALLACH**, sh. 177; **ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY**, sh. 522 vd.; karş. **VROEGOP**, sh. 83.

⁸⁷⁸ [1980] 2 Lloyd’s Rep. 469: Kararda ödeme anı olarak teleks ile gönderilen ödeme talimatının alacaklının bankasına ulaşması anının esas alınması hk. bk. **VROEGOP**, sh. 83; **PLEYER/WALLACH**, sh. 178.

⁸⁷⁹ **PLEYER/WALLACH**, sh. 178; **ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY**, sh. 522.

⁸⁸⁰ [1981] 1 W.L.R 314: Söz konusu olayda borçlu çarterer, navlun ücretinin ödenmesi için belirlenen vade dolmadan bir gün önce, Norveç’te bulunan bankasına, alacaklı donatanın İtalya’da bulunan bankasındaki hesabı lehine ödeme talimatı vermiştir. Havale meblağı vade dolmadan alacaklının hesabına geçirilmişse de, söz konusu alacak kaydında valör tarihi olarak vadeden sonraki bir tarih – 4 gün sonrası – gösterilmiştir. İtalyan Hukuku’na göre, alacaklının (donatanın), valör tarihinden önce havale meblağı üzerinde tasarruf edebilmesi 4 günlük faiz tutarını ödemesini gerektirmektedir. Bu itibarla İngiliz Temyiz Mahkemesi, alacaklının nakit ödemeye eşdeğer bir durum elde edebilmesinin hesaba alacak kaydı anında değil, havale meblağı için faizin işlemeye başladığı anda gerçekleşeceğini vurgulamış ve ödemenin geciktiği sonucuna varmıştır. Buna bağlı olarak da donatanın çarter sözleşmesinden dönmesi haklı bulunmuştur. Öğretide ise, bu sonuç, alacaklının bankası ile alacaklı arasındaki valör (değer) kaydına ilişkin böyle bir uygulamanın (wertstellungspraxis) bedel ilişkisindeki ödeme anı bakımından belirleyici olmaması gerektiği gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiştir. Bu konuda bk. **PLEYER/WALLACH**, sh. 179; **VROEGOP**, sh. 85; **ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY**, sh. 524 vd.; karş. **BERGSTEN**, E.: Legal Aspects of International Funds Transfers, RDAI 1987, n. 7, sh. 662.

alacaklının bankasına ulaştıktan sonra ve banka tarafından kabul edildiği anda gerçekleşir. Bu itibarla, bankanın havale meblağı üzerinde alacaklıya tasarruf imkanı sağlama iradesinin mevcut olması yeterli olup, Türk-İsviçre hukuku'nda benimsenenin aksine, bu iradenin hüküm ifade etmesi bakımından dışa açıklanması veya alacaklıya ulaşması gerekmemektedir. Başka bir deyişle, İngiliz Hukuku bakımından havale tutarının hesaba alacak kaydedilmesi ifa etkisi bakımından kurucu değil açıklayıcı bir etkiye sahiptir⁸⁸¹.

b. Amerikan Hukuku

Amerikan Hukuku'nda banka havalesi ile yapılan ödemeler Art. 4A UCC'de son derece ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir⁸⁸². Yasanın uygulama alanına yurt içi ve uluslararası nitelikli havaleler dahildir⁸⁸³. Söz konusu yasa yürürlüğe girmeden önceki dönemde banka havalesi yoluyla yapılan ödemelere ilişkin ihtilaflarda, kıyasen Amerikan Ticaret Kanunu'nun çeke ilişkin hükümlerinin yanısıra Common Law ilkeleri uygulanmakta idi. Özellikle, ödemenin kesinleşme – geri alınamama – anıyla ilgili olarak *Delbrueck & Co. v. Manufacturers Hanover Trust* kararında, CHIPS sistemi aracılığıyla yapılan havalenin, alacaklının bankası lehine alacak kaydı yapıldığı, başka bir deyişle, karşılığın alacaklının bankasına ulaştığı andan itibaren geri alınamayacağı ve ödemenin bu anda kesinleştiği sonucuna varılmıştır⁸⁸⁴. Özellikle CHIPS sistemine

⁸⁸¹ PLEYER/WALLACH, sh. 180.

⁸⁸² Fon transferi (funds transfer) başlığını taşıyan 4A maddesi, 1989 tarihinde son halini almak suretiyle yürürlükteki Tektip Ticaret Kanunu'na (Uniform Commercial Code - UCC) eklenmiştir. Bu maddenin yürürlüğe girişi ve uygulama alanı hk. detaylı açıklama için bk. VASSEUR, sh. 168 vd.; BETTSCHART, sh. 65 vd.; KIENLE, F.: Die fehlerhafte Banküberweisung im internationalen Rechtsverkehr, Frankfurt am Main 2004, sh. 106 vd.

⁸⁸³ OBERSON, sh. 179.

⁸⁸⁴ 609 F. 2d 1047 (2d Cir. 1979): Karara konu olan olayda, borçlu konumundaki Alman Bankası "Delbrueck", hesabının bulunduğu New York'ta bulunan "Manufacturers Hanover Trust"a (borçlunun bankası), "Chase Manhattan Bankası"nda (alacaklının bankası) hesabı bulunan alacaklısı Alman "Herstatt" Bankası lehine bir ödeme talimatı vermiş; ödeme CHIPS sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Teleks ile verilen ödeme talimatını takip eden gün "Delbrueck" Bankasına resmi makamlarca el konulmuş ve bunun üzerine borçlu "Delbrueck" ödeme talimatını geri almışsa da; borçlunun bankası birkaç dakika sonra CHIPS aracılığıyla ödemeyi gerçekleştirmiştir. Öte yandan, karşılık alacaklının bankasına ulaşmakla beraber, henüz havale meblağı alacaklının hesabına geçirilmeden önce, borçlu, alacaklının bankasından da ödemenin durdurulmasını talep etmiş; buna rağmen havale meblağı aynı gün içerisinde alacaklının hesabına geçirilmiştir. Mahkeme, CHIPS sistemi bakımından, alacaklının bankasının bilgi – işlem sistemine alacak kaydına ilişkin yazılı bildirim (written credit slip) ulaştığı anda ödemenin kesinleştiğini ve bu andan itibaren ödeme talimatının geri alınamayacağına hükmetmiştir. Karara ilişkin ayrıca bk. VROEGOP, sh. 79; RENNPFERDT, P.: Die internationale Harmonisierung des erfüllungsrechts für Geldschulden, Baden-Baden 1993, sh. 49.

dahil olan bankalar nezdinde, elektronik ödeme mesajının gönderildiği anda ödemenin kesinleşeceği yönünde yerleşik bir kanunun varlığı, varılan bu çözüm açısından temel gerekçeyi teşkil etmektedir⁸⁸⁵.

Art. 4A–406 UCC’de ise ödemenin kesinleştiği ve bedel ilişkisi bakımından ifa etkisinin gerçekleştiği an açıkça hükme bağlanmıştır. Buna göre, alacaklının bankası ödeme talimatını kabul ettiği anda bedel ilişkisindeki para borcu ödenmiş sayılır⁸⁸⁶. Bankanın ödeme talimatını kabul etmiş sayılacağı durumlar ise, Art. 4A–209 (b) (1) UCC’de sayılmıştır⁸⁸⁷. Bu kapsamda havale tutarının lehdara nakit ödenmesi, havale tutarının hesaba alacak kaydedilmesi ve lehdara bildirim yapılması, havale tutarının eksi hesap bakiyesi ile takas edilmesi ya da karşılığın lehdarın bankasına ulaşması ve bunların dışında bir dizi başka olasılık mevcuttur⁸⁸⁸.

Lehdarın bankası havaleyi kabul etmeden önce, ödeme talimatının lehdarın bankası karşısında geri alınabileceği durumlar Art. 4A– 211 (c) (2)’de düzenlenmiştir. Yine bu hükümde havalenin kabul edilmesinden sonra, ödeme talimatının geri alınabilmesi, lehdarın bankasının rızasına bağlı olarak, yalnızca sahte ya da tahrif edilmiş olan ödeme talimatı, hataen birden çok kez verilen ödeme talimatı, ödeme talimatında lehdarın yanlış gösterilmesi veya ödeme talimatında bedel ilişkisindeki borcu aşan bir tutarın gösterilmiş olması durumlarında mümkündür⁸⁸⁹.

c. Alman Hukuku

Alman Hukuku’nda, Uluslararası Havalelere ilişkin 27 Ocak 1997 tarih ve 97/5 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin iç hukuka uyarlanmasına yönelik olarak⁸⁹⁰, yerel ve uluslararası nitelikli havaleler 21 Temmuz 1999’da yürürlüğe giren ve “Überweisungsgesetz” olarak adlandırılan, BGB § 676 a vd. hükümlerinde düzenlemiştir. Alman hukuku öğretisindeki bir görüş, bu yeni düzenlemenin bedel

⁸⁸⁵ ELLINGER/LOMNICKA/HOOLEY, sh. 518; VROEGOP, sh. 80.

⁸⁸⁶ KIENLE, sh. 131.

⁸⁸⁷ KIENLE, sh. 131.

⁸⁸⁸ KIENLE, sh. 119; karş. HEINI, sh. 115.

⁸⁸⁹ KIENLE, sh. 122; karş. HEINI, sh. 116.

⁸⁹⁰ 97/5 sayılı Yönerge’si ve Alman Hukuku’na uyarlanması hk. bk. EHMANN, H./HADDING, W.: EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung, WM Sonderbeilage, Nr. 3 H. 25/1999/1, sh. 3 vd..

ilişkisinde ödeme yeri ve buna bağlı olarak ödeme anı bakımından değişiklik yarattığı yönündedir. Bu görüşe göre, BGB § 676 a/I. 2 ve IV. gereği para borcu, değiştirilmiş götürülecek borç (*modifizierte Bringschuld*) niteliğinde olup, havale tutarı alacaklının bankasının hesabına alacak kaydedildiği – ulaştığı – anda ödenmiş olur⁸⁹¹. Bununla birlikte, baskın görüş, söz konusu yasal düzenlemenin para borcunun gönderilecek borç niteliğinde değişiklik yaratmadığı, bu nedenle ödeme anı bakımından paranın gönderilme anının esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Yeni Banka Havalesi Yasasına göre, paranın gönderilmesi anlamında borçlunun ödeme zamanı içinde tamamlamakla yükümlü olduğu edim ise, öğretide tartışmalı olmakla birlikte, genel kabul gören görüşe göre, banka ile ödemenin gerçekleştirilmesine yönelik havale sözleşmesinin (*Überweisungsvertrag*) kurulmasıdır⁸⁹². Bu sözleşme, havaleci ile bankası arasında öngörülen süre dolmadan önce kurulmuş ise, havaleci borçlu para borcunu zamanında ödemiş olur.

d. Model Kanunlarda Benimsenen Çözümler

i. Uluslararası Para Hukuku Komitesi'nin (MOCOMILA) Para Borçlarında Ödeme Anı Hakkındaki Model Kanunu

Uluslararası Hukuk Derneği (ILA)'ne bağlı Uluslararası Para Hukuku Komitesi tarafından 1988'deki Varşova Konferansı'nda, para borçlarında ödeme anına ilişkin olarak bir Model Kanun benimsenmiştir. Bu Model Kanun'da ödeme yeri itibariyle götürülecek borç kurgusunun esas alındığı anlaşılmaktadır⁸⁹³. Ödemenin gerçekleştiği an bakımından Model Kanun'un ilk kuralında (Rule 1), tüm ödeme biçimlerini içerecek şekilde, alacaklının para meblağı üzerinde fiilen tasarruf olanağı kazandığı an esas alınırken; özellikle banka havalesi ile yapılan ödemeleri düzenleyen ikinci kuralda (Rule 2), havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi ve bu işlemin kesinleşmiş

⁸⁹¹ **LANGENBUCHER**, sh. 159; **BITTNER**, § 270, sh. 178 (n. 38). Vurgulamak gerekir ki, bu görüş uyarınca, havale tutarının alacaklının bankasına ulaşması, borçlunun gecikmeden doğan zarardan sorumlu tutulup tutulmaması bakımından belirleyicidir. Diğer bir deyişle, havale tutarı alacaklının bankasına süre dolmadan önce ulaşmış ise, borçlu zamanında ödemiş olmakla birlikte, para borcu ifa ile sona ermiş olmaz.

⁸⁹² Bu konuda bk. **KRÜGER**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil § 241-432, 4. Aufl., München 2003, § 270, sh. 640 (N. 23); **BITTNER**, § 270, sh. 178 (N. 33).

⁸⁹³ **RENNPFERDT**, sh. 128.

olması esas alınmıştır⁸⁹⁴. Alacak kaydı işleminin kesinleşmesi ile alacak kaydının gerek borçlunun ödeme talimatını geri alması sonucu gerek alacaklı ile bankası arasındaki ilişkiden kaynaklanan sebeplerle ortadan kaldırılamaması (*rückgängig machen*) veya alacak kaydının hüküm ifade etmesi banka tarafından herhangi bir geciktirici şarta bağlanmış ise, bu şartın yerine gelmiş olması kastedilmektedir⁸⁹⁵. Öte yandan havalesi borçlu veya lehdarın bankası dışındaki üçüncü kişilerin, örneğin bizzat kendi alacaklılarının müdahalesi sonucu, lehdar alacaklıının hesabına aktarılan havale tutarı üzerinde fiilen tasarruf etme olanağı elde edememiş olması, ödemenin tamamlanmış sayılması bakımından etkili değildir⁸⁹⁶.

ii. Uluslararası Havalelere İlişkin Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu Model Kanunu (CNUDCI/UNCITRAL)

15 Mayıs 1992 tarihli Uluslararası Havalelere ilişkin Model Kanun'un 19'uncu maddesinde havale sürecinin tamamlanma ve bedel ilişkisinde ifa etkisinin gerçekleşme anı düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde, Art. 4A UCC'de benimsenen genel ilkeye paralel olarak, havale sürecinin, lehdarın bankasının ödeme talimatını kabul etmesi (*Annahme der zahlungsauftrag*) ile tamamlanacağı öngörülmüştür⁸⁹⁷. Lehdarın bankasının, ödeme talimatını "kabul etmesi" (*Annahme*) sonucunu doğuran çeşitli durumlar ise, Model Kanun'un 9. maddesinde sınırlayıcı olmayacak şekilde sayılmış ve bu sayede çeşitli hukuk sistemlerinde benimsenen çözümleri kapsayıcı nitelikte bir düzenleme yapılmak istenmiştir⁸⁹⁸. Bu kabul işlemi, lehdar ile bankası arasındaki ilişkide, lehdarın bankaya karşı, kabul edilen tutar oranında bir alacak hakkı elde etmesi sonucunu doğurur⁸⁹⁹. Aynı maddeye dipnot olarak eklenen fıkrada ise, ödeme talimatının bir para borcunun ifası amacıyla verildiği ve banka havalesi ile yapılan

⁸⁹⁴ « Rule 1: Payment is to be made at the moment when the amount due is effectively put at the disposal of the creditor ». « Rule 2: Payment by bank or giro transfer, including electronic funds transfer, is deemed to be made at the moment when the amount due has been unconditionally credited to the creditor's account ». Bk. Report of the 63rd Conference held at Warsaw, August 21st to August 27th 1988, ILA, London 1988, p. 457.

⁸⁹⁵ HEINI, sh. 133; karşı. RENNPFERDT, sh. 127.

⁸⁹⁶ HEINI, sh. 133; RENNPFERDT, sh. 127.

⁸⁹⁷ RENNPFERDT, sh. 112.

⁸⁹⁸ Lehdarın bankası tarafından havalenin kabul edilmesi sonucunu doğuran olgular için bk. VASSEUR, sh. 244.

⁸⁹⁹ WULFF, O.: Das UNCITRAL Modellgesetz über den grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr, Bielefeld 1998, sh. 142.

ödemenin somut olay bakımından caiz olması koşulu ile, bedel ilişkisinde ödeme sonucunun, alacaklının bankasının ödeme talimatını kabul ettiği anda gerçekleşeceği öngörülmektedir⁹⁰⁰. Şu halde, ödeme talimatının alacaklının bankası tarafından kabul edilmesi ile bir yandan havale işlemi tamamlanmakta ve bankanın alacaklıya havale meblağını kayıtsız şartsız ödeme borcu – havale meblağı üzerinde tasarruf imkânı sağlama borcu⁹⁰¹ – doğmakta⁹⁰², diğer yandan da bedel ilişkisini teşkil eden para borcu bakımından ödeme sonucu gerçekleşmektedir. Bu anlamda Model Kanun'da, bedel ilişkisinde ödeme sonucunun gerçekleşmesi ve para borcunun sona ermesi, havalenin tamamlanması olgusuna bağlanmakta; alacaklının havale meblağı üzerinde fiilen tasarruf imkânı elde etmesi aranmamaktadır⁹⁰³.

Ödeme talimatını geri alma olanağı ise, Model Kanun m. 12'de havaleci borçluya sınırlı şekilde tanınmıştır. Buna göre, havaleci borçlunun geri alma talimatının lehdarın bankası karşısında hüküm doğurabilmesi için, talimatın lehdarın bankasına, henüz lehdarın bankası havaleyi kabul etmeden önce kural olarak havale zinciri üzerinden ve iletilmiş olması gerekir⁹⁰⁴.

iii. UNIDROIT İlkeleri

1994 tarihinde yayınlanan UNIDROIT ilkeleri, gözden geçirilmek suretiyle 2004 tarihinde yeniden yayınlanmıştır. Model Kanun'un 6.'cı bölümü ifa ilkelerine

⁹⁰⁰ Art. 19 (2): « Si le virement avait pour objet l'acquiescement d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire pouvant être effectué par virement au compte indiqué par le donneur d'ordre, l'obligation est acquittée lorsque la banque du bénéficiaire accepte l'ordre de paiement et dans la mesure où elle serait acquittée par le versement d'une somme équivalente en espèces ». Bu hükmün m. 19'a eklenen bir dipnotta düzenlenmesinin gerekçesi ve genel olarak bedel ilişkisinin Model Kanun kapsamının dışında bırakılması hk. tartışmalar için bk. **GENNER**, J.: Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, Berlin 1995, sh. 168; **WULFF**, sh. 146 vd.

⁹⁰¹ **WULFF**, sh. 139, 142; alacaklının bankasının bu borcunu nasıl yerine getireceğinin ise, banka ile alacaklı müşterisi arasındaki sözleşme ilişkisi ve bu ilişkiye uygulanacak hukuk tarafından belirleneceğine ilişkin olarak bk. Model Kanun'un uygulanma şekline ilişkin Birleşmiş Milletler Sekreterliği'nin yayınladığı açıklayıcı bilgi notu N. 49.; aynı yönde bk. **GENNER**, sh. 109.

⁹⁰² **WULFF**'a göre (bk. sh. 148 dn. 38) söz konusu hüküm, Alman Hukuku'nun aksine zamanında ödeme bakımından edim sonucunun gerçekleştiği anı esas almaktadır.

⁹⁰³ **WULFF**, (sh. 137) bu düzenlemeyi şu gerekçelerle yerinde bulmaktadır: Öncelikle, lehdarın havale meblağı üzerinde ne zaman ve nasıl şekilde tasarruf imkânı elde edeceği, lehdar ile bankası arasındaki sözleşmede düzenlenen bir konudur. havaleci borçlunun üstlendiği risklerin ise, yabancı olduğu bu ilişki nedeniyle artmaması gerekir. Yine bankasını kendi seçen lehdar alacaklı da, bu bankadan kaynaklanan risklere kendisi katlanmalıdır. Öğretide bu düzenlemeye yöneltilen eleştiriler için bk. **BISCHOFF**, J.: Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen überweisungsverkehr, RSDIE 3/93, sh. 310.

⁹⁰⁴ **RENNPFERDT**, sh. 112.; havaleci borçlunun doğrudan lehdarın bankasına geri alma talimatı verebileceği yönünde bk. **VASSEUR**, sh. 204.

ayrılmıştır. 2004 tarihli Model Kanun'un 6.1.8 maddesinin ikinci fıkrasında⁹⁰⁵ havale ile ödeme bakımından ödeme anı düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre ödeme, havale meblağı alacaklının bankasına ulaştığı anda tamamlanmakta ve borçlu borcundan kurtulmaktadır. Bu düzenleme, alacaklının bankasının ödeme sürecinde alacaklının temsilcisi sıfatıyla yer aldığı düşüncesine dayanmaktadır. Öte yandan, havale meblağının alacaklının bankasına ne zaman ulaşmış sayılacağı konusunda açıklık getirilmekten özellikle kaçınılmış; böylece somut olayda gündeme gelebilecek farklı banka uygulamalarının dikkate alınabilmesi sağlanmak istenmiştir⁹⁰⁶.

2. Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Ödeme Anı

a. Yargı Kararlarında Benimsenen Çözümler

Türk hukukunda banka havalesi yoluyla yapılan ödeme bakımından doğrudan doğruya ödeme anını tespit eden herhangi bir yargı kararına rastlanmadığından, banka havalesine benzer bir hukuki kurguya sahip olan posta havalesine ilişkin yargı kararlarının⁹⁰⁷ ve yine İsviçre Federal Mahkemesinin posta ve banka havalelerinde ödeme anına ilişkin kararlarının dikkate alınması gerekmektedir.

Kira parasının posta havalesi yoluyla ödenmesine ilişkin Yargıtay kararlarında, kiracıyı koruma gayesiyle, ödemenin gerçekleştiği an olarak nakit paranın konutta ödemeli olacak şekilde PTT'ye yatırıldığı anın esas alındığı; sürenin son günü nakit parayı PTT veznesine yatıran borçlunun kira parasını zamanında ödemiş olacağı sonucuna varıldığı görülmektedir⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Bu maddeye karşılık gelen 1994 tarihli Model Kanun m. 5.1.15'deki düzenlemeye ilişkin olarak bk. **RENNPFERDT**, sh. 137.

⁹⁰⁶ Bk. Unidroit principles of international commercial contracts, Rome 2004, m. 6.1.8/f. II'ye ilişkin gerekçe metni.

⁹⁰⁷ Vurgulamak gerekir ki, posta havalesinde ödeme anına ilişkin olan bu kararlarda, para meblağı alacaklının hesabına kaydedilmeyip, alacaklıya – konutunda veya PTT şubesinde – nakit olarak ödendiğinden, nakit dışı bir ödeme söz konusu değildir.

⁹⁰⁸ "...Kira bedelinin konutta ödemeli olarak PTT'ye verilmiş tarihi yasal ödeme tarihi olup, kiralayanın eline geçme tarihi önem taşımaz...": Y 6. H.D. T. 15.12.2005 E. 11607 K. 11706; "...Kiracının ihtarnamede tanınan sürede kiralayanın adresine konutta ödemeli olarak kira parasını göndermesiyle sorumluluğu biter...": Y 6. H.D. T. 24.09.2001 E. 6772 K. 6914; "...Temmuz ayı kirası ise konutta ödemeli olarak 22.7.1988 tarihinde davacının adresine postalanmış ve böylece 30 günlük süreden önce borçlu kendisine ait yükümlülüğü yerine getirmiş olması nedeniyle bu ay içinde ihtar haklı olmakla beraber temerrüt olgusu gerçekleşmemiştir..." : Y 6. H.D. T. 14.04.1989. E. 2636 K. 6666 (Bk. KİBB).

Yargıtay'ın, HUMK m. 434/f. III⁹⁰⁹ hükmünün uygulanmasına ilişkin kararlarında da, bu ilkenin benimsendiği anlaşılmaktadır. Yargılama masraflarının PTT aracılığıyla⁹¹⁰ mahkemeye gönderilmesine ilişkin bir kararda⁹¹¹, borçluya gönderilen ihtarnamede, süre doluncaya kadar paranın mahkemeye ulaşmasının gerektiği açıkça belirtilmemiş ise, parayı süre zarfında posta havalesi ile gönderen borçlunun, söz konusu mahkeme masrafını zamanında ödemiş sayılacağı sonucuna varılmıştır. Daha sonraki bir kararda⁹¹² ise, borçlunun kural olarak, BK m. 458 gereği havale muhatabının havale lehdarına ödemesi anında borcunu ödemiş sayılacağı; diğer bir deyişle, PTT aracılığıyla gönderilen paranın süre dolmadan mahkeme vizesine veya dosyaya ulaşması gerektiği vurgulanmıştır. Kural bu olmakla birlikte, Yargıtay'ın diğer pek çok kararında, borçluya gönderilen ihtarnamede paranın “gönderilmesi”nin talep edilmiş olmasından hareketle, sürenin son günü PTT aracılığıyla nakit parayı gönderen borçlunun, para borcunu zamanında ödemiş olacağı; gönderilen para, mahkemeye süre dolduktan sonra ulaşsa dahi, borçlunun ödemedede gecikmiş olmayacağı ifade edilmektedir⁹¹³.

Keza İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında da, yargılama masraflarının posta havalesi ile mahkemenin posta çeki hesabına ödenmesine ilişkin olarak, benzer bir sonuca varılmıştır. Bu kararlarda Federal Mahkeme, yargılama usulüne ilişkin art. 32 al. 1 LP⁹¹⁴ ile art. 32 al. 3 OJF'de öngörülen, belirlenen sürenin son günü resmi makamlara – mahkemeye – gönderilmek üzere herhangi bir PTT şubesine verilen belgelerin, ilgili makama zamanında verilmiş sayılacağı şeklinde kuralı yargılama masraflarının ödenmesi bakımından esas almıştır. Buna göre, mahkemece belirlenen sürenin son

Bu yöndeki Yargıtay kararları için ayrıca bk. **BURCUOĞLU, H.:** Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993, sh. 239 vd.

⁹⁰⁹ “...verilecek yedi günlük kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hukuku temyiz edene yazılı olarak bildirilir. Verilen süre içinde harç ve giderler karşılanmadığı takdirde, mahkeme kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verir...”

⁹¹⁰ Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda yargılama masrafları mahkemenin posta çeki hesabına değil, mahkeme vizesine veya dava dosyasına nakit paranın gönderilmesi suretiyle ödenmesi söz konusudur.

⁹¹¹ YHGK T. 01.10.1969 E. 2-417 K. 719. (Bk. KİBB).

⁹¹² Y 2. HD. T. 06.06.1996 E. 1996/4772 K. 1996/6183. (Bk. KİBB).

⁹¹³ YHGK T. 13.04.2005, E. 2005/12-239 K. 2005/254; YHGK. T. 22.01.2003 E. 2003/11-10 K. 2003/19; YHGK T. 10.10.2001, E. 2001/2-924 K. 2001/683. (Bk. KİBB).

⁹¹⁴ Art. 32 al. 1 LP: « Les communications écrites au sens de la présente loi doivent être remises à l'autorité ou, à son intention, à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse le dernier jour du délai au plus tard. »

gününe kadar PTT şubesine havale talimatı vermen havaleci borçlu – hesapta yeterli karşılık olmak koşuluyla – yargılama masraflarına ilişkin para borcunu zamanında ödemiş sayılır⁹¹⁵.

Federal Mahkeme tarafından varılan bu sonuç, İsviçre öğretisindeki bazı yazarlarca da benimsenmiş olup, mahkemeye yapılacak ödemeler bakımından PTT'nin, tediye gişesi olarak tayin edilmiş olmasına dayandırılmaktadır⁹¹⁶. Vurgulamak gerekir ki, Federal Mahkeme, borçlunun kendi bankasına havale talimatı vermek suretiyle mahkemenin posta çeki hesabına ödeme yaptığı ihtimalde, borçlunun kendi bankasına ödeme talimatı verdiği anı değil, borçlunun bankasının PTT'ye ödeme talimatı verdiği anı esas almaktadır⁹¹⁷.

b. Öğretideki Görüşler

Öğretide ödeme anı olarak; bankaya ödeme talimatının verilmesi, havale tutarının borçlunun hesabından düşülmesi, havale tutarının alacaklının hesabının tutulduğu bankaya ulaşması, havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi ve nihayet havale tutarının hesaba alacak kaydedildiğine ilişkin bildirim alacaklıya gönderilme anının esas alınması gündeme gelmiştir.

⁹¹⁵ ATF 96 I 471, sh. 472; doğrudan doğruya PTT şubesine verilen havale talimatı açısından benimsenen bu kuralın, mektup zarfı içinde PTT'deki posta kutusuna bırakılan havale talimatı açısından da uygulanması gerektiği yönünde bk. ATF 105 Ia 51, sh. 54, JdT 1981 II 60; Federal Mahkeme, yargılama masraflarının SAD (ordres groupés / sammelauftragsdienst) olarak adlandırılan – elektronik – kollektif havale ile ödenmesine ilişkin kararlarında ise, havale talimatının, havale edilen tutar sürenin son günü mahkemenin posta çeki hesabına geçecek şekilde verilmesi gerektiğini benimsemiş; böylece hesaba alacak kaydı anını esas almıştır. Bu tür ödemelerde alacak kaydı anının esas alınması, borçlunun havale tutarının hesaba geçme tarihini belirleyebilme imkânına sahip olması gerekçesine dayandırılmaktadır. Bu çözüm için bk. ATF 110 V 218, JdT 1986 II 159; ATF 114 Ib 67. Sonradan bu içtihadını değiştiren Federal Mahkeme, söz konusu kollektif talimatta hesaba geçme tarihi olarak sürenin son günü belirtilmek şartıyla, talimatın sürenin son günü PTT şubesine verilmesini zamanında ödeme bakımından yeterli saymıştır. Bu kararlar için bk. ATF 117 Ib 220, SJ 1992, sh. 160; ATF 118 Ia 8. Söz konusu kararlar ile ilgili açıklamalar için bk. **OBERSON**, sh. 400 vd; **HEINI**, sh. 70 vd.; öğretide de, borçlunun PTT'ye posta çekini veya havale talimatını verdiği anın esas alınması yönünde bk. **JEANPRÉTRE** Le paiement de la dette au compte de chèques postaux du créancier, SJZ 1968, H. 10, sh. 148.

⁹¹⁶ **THALMANN**, C.: Die Rechtzeitigkeit von Überweisungen und Einzahlungen auf ein Bank- oder Postcheckkonto des Gläubigers, RSDA 6/1990, (kıs. Rechtzeitigkeit), sh. 264.

⁹¹⁷ ATF 96 I 471, sh. 472

i. Havale Tutarının (Karşılığın) Gönderildiği Anı Esas Alan Görüş

Öğretideki bir görüş, – gerek banka hesabına, gerek posta çeki hesabına – havale yoluyla ödemenin kararlaştırılmasının, para borcunu ifa yeri itibariyle gönderilecek borca dönüştürdüğü⁹¹⁸, borçlunun, havale tutarını süre dolmadan alacaklıya gönderdiği takdirde para borcunu zamanında ödemiş sayılacağı yönündedir⁹¹⁹. Böylece, para borcunun yasa gereği nitelikli gönderilecek borç olarak düzenlendiği Alman Hukuku'na paralel bir sonuca varılmaktadır⁹²⁰. Bu görüş çerçevesinde, gönderilecek borç nitelendirmesine bağlı olarak, para borcunun zamanında ödenmesi bakımından esas alınacak an ile ifa etkisinin gerçekleşeceği an birbirinden ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁹²¹.

Bilindiği üzere, gönderilecek borçlarda edim fiillerinin tamamlandığı yer ve zaman, ifa etkisinin gerçekleştiği yerden ve zamandan farklı olabilir. Şu halde gönderilecek borç niteliğindeki para borçları bakımından da, borçlu süre dolmadan edim fiillerini ifa yerinde tamamladığı takdirde, edim sonucu süre dolduktan sonra gerçekleşse dahi borcunu zamanında ödemiş sayılır. Başka bir deyişle para borçlusu,

⁹¹⁸ İfa yeri bakımından gerçekleşen bu değişikliğin, gerek nakit dışı ödemelerin yaygınlaşması ve nakit ödemenin geri plana itilmesi olgusuna; gerek hukuki kurgu itibariyle hesaba havale ile gönderilecek borç arasındaki benzerliğe dayandırılması yönünde bk. **HELBIG**, sh. 91; **JEANPRETRE**, sh. 147.

⁹¹⁹ **HELBIG**, sh. 92; yazarın hasar rizikosuna ilişkin açıklamalarında (sh. 91), para borcunun götürülecek borç niteliğinde olduğunu belirtmesi tutarlı değildir. Aynı çelişki **BILOTTE-TONGUE**, (sh. 86) tarafından da vurgulanmıştır. Gönderilecek borç sonucunun posta çeki hesabına yapılacak ödemeler bakımından benimsenmesi ve bu konudaki gerekçeler için bk. **JEANPRETRE**, sh. 147.

⁹²⁰ Alman Hukuku'nda para borçları ifa yeri itibariyle, baskın görüş tarafından gönderilecek borç olarak nitelendirilmekle birlikte, göndermeye ilişkin hasar rizikosunun borçluya ait olması nedeniyle nitelikli gönderilecek borç (qualifizierte schickschuld) ifadesi kullanılmaktadır. Bu yönde bk. **MEDICUS**, Schuldrecht, sh. 68 (N. 148). Ödeme yeri, borçlunun yerleşim yeri olduğundan, ödemenin zamanındalığı bakımından aranılacak veya gönderilecek borçlarda olduğu gibi borçlunun edim fiilleri esas alınır. Buna göre borçlu, kendi yerleşim yerinde edim fiillerini sürenin sonuna kadar tamamlamış; başka bir deyişle, edim konusunu alacaklıya göndermiş ise, edim sonucu süre dolduktan sonra gerçekleşse dahi, borcunu zamanında ifa etmiş sayılır. Bu konuda bk. **SCHÖN**, sh. 442. Alman Hukuku'nda bazı yazarlar ise, para borçlarını değiştirilmiş götürülecek borç (modifizierte bringschuld) olarak nitelendirmekte ve ifa yerinin alacaklının yerleşim yeri olduğunu görüşündedirler. Bu görüşe göre, gecikme rizikosunun ne zaman hasar rizikosuna dönüştüğü belirli olmayıp, sorumluluğun alacaklı ile borçlu arasında risk türüne göre dağıtılması belirsizlik yaratmaktadır. Öte yandan, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olduğunda, paranın gönderilmesi ile alacaklının kendi borcu bakımından ödemezlik def'ini ileri sürme imkânı sona ermesine rağmen, paranın taşınması esnasında hasar rizikosunun gerçekleşmesi durumunda bu def'inin yeniden canlanması gibi çelişkili bir durumun ortaya çıkacağı vurgulanmıştır. Nihayet hasar rizikosunun henüz alacaklıya geçmediği dönemde – para ferdileştirilmemiş iken – gecikme rizikosunu alacaklının taşımasının hakkaniyete aykırı olacağı da bir başka gerekçedir. Bu görüş lehine ileri sürülen gerekçeler için bk. **SCHÖN**, sh. 443; karş. **BITTNER**, § 270, sh. 170 (N. 3). Sonuç itibariyle, götürülecek borç görüşüne göre borçlu, edimin alacaklıya fiilen ifa amacıyla teklif edilmesine kadar gecikme rizikosunu taşıyacağı yönünde bk. **SCHÖN**, sh. 445.

⁹²¹ **HELBIG**, sh. 91, 92.

süre doluncaya kadar para meblağını alacaklıya gönderdiği takdirde, borcunu zamanında ödemiş olur.

Şu halde, ifa etkisinin doğması için havale meblağının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesinin şart olduğu belirtilmekle birlikte, zamanında ödeme bakımından, sürenin sonuna kadar, nakdi banka havalesinde nakit paranın bankaya yatırılması; nakit dışı banka havalesinde ise, havale tutarının borçlunun hesabından düşülmesi – hesaba borç kaydedilmesi – gerekli ve yeterli olduğu kabul edilmektedir⁹²². Özellikle nakit dışı havalede, ancak bu andan itibaren, vezneye nakit yatırılması durumuna paralellik arz edecek şekilde, havale meblağının borçlunun malvarlığından çıkmış ve gönderilmiş sayılabileceği vurgulanmıştır⁹²³. Alman Hukuku öğretisinde ise farklı çözümler söz konusudur⁹²⁴.

İfa yeri bakımından benimsediğimiz görüş uyarınca, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasının kararlaştırılması, para borcunu gönderilecek borca dönüştürmeyeceğinden, ödeme anı paranın gönderildiği an değildir. Kaldı ki, gönderilecek borç görüşü benimsense dahi, bu görüş çerçevesinde, hasar rizikosunun borçluya ait olduğu ve hasarın alacaklıya en erken hesaba alacak kaydı anında geçeceği

⁹²² **HELBIG**, sh. 93; PTT aracılığıyla yapılan hesaptan hesaba havalelerde, borçlu tarafından PTT şubesine süre dolmadan havale talimatının gönderilmesinin zamanında ödeme için yeterli olacağı yönündeki görüş için bk. **JEANPRETRE**, sh. 145.

⁹²³ Alman Hukuku bakımından aynı sonuca varan **PUTZO** (sh. 76), hesaba borç kaydının gerçekleşmesinin, borçlunun bankası nezdinde tasarruf edebileceği mevduatının veya kredisinin olduğunu ispatlaması bakımından da zorunlu olduğunu vurgulamaktadır.

⁹²⁴ Alman Hukukunda baskın olan “nitelikli gönderilecek borç” görüşü çerçevesinde borçlunun son edim fiilinin ne olduğu, başka bir deyişle, borçlunun havale meblağını ne zaman göndermiş sayılacağı tartışmalıdır. “Überweisungsgesetz” in yürürlüğe girmesinden önceki duruma ilişkin olarak öğretideki baskın görüş, hesapta yeterli karşılık bulunmak koşuluyla havale talimatının bankaya ulaşması anını esas almakta idi. Bununla birlikte öğretide, havale talimatının bankaya gönderilmesi; havale meblağının borçlunun hesabından düşülmesi; havale talimatının alacaklının bankasına veya aracı bankaya ulaştırılması ve nihayet, havale meblağının alacaklının bankasına ulaşması anının esas alınması şeklinde farklı görüşler de mevcut idi. Bu görüşler hk. detaylı açıklamalar ve eleştiriler için bk. **BITTNER**, § 270, sh. 177 vd.; **HUBER**, sh. 35 vd.; **DAE-İK**, sh. 108 vd. Alman hukukunda bugün yürürlükte olan Banka Havalesi Yasasında (Überweisungsgesetz) ise, banka ile müşterisi arasında bir havale sözleşmesinin kurulmasını gerektiği öngörülmektedir. Bu çerçevede, bankaya verilen havale talimatı, banka ile müşterisi arasında havale sözleşmesi kurulmasına yönelik bir icap olarak nitelendirilmektedir. Öğretideki baskın görüş, ödemenin zamanındalığı açısından havale talimatının bankaya ulaşması anının değil, banka ile havaleci arasında havale sözleşmesinin kurulması anının esas alınması gerektiği yönündedir. Havale sözleşmesinin ne zaman kurulmuş sayılacağına ilişkin olarak ayrıca bk. **KRÜGER**, § 270, sh. 641 (N. 24). Öte yandan, Alman Hukuku öğretisindeki “değiştirilmiş götürülecek borç” görüşü çerçevesinde, edim fiillerinin tamamlanma anı olarak, havale meblağının alacaklının bankasına ulaşması, başka bir deyişle alacaklının bankası lehine alacak kaydı yapılması esas alınmaktadır. Buna göre havale meblağı sürenin sonuna kadar alacaklının bankasına ulaştığı takdirde ödeme zamanında yapılmış sayılacaktır. Bu görüş için bk. **BITTNER**, § 270, sh. 179 (N. 38)

ileri sürülmüş ve gerekçe olarak, İsviçre Hukuku'nda para borçlarının art. 74 CO hükmünde götürülecek borç olarak düzenlenmiş olması gösterilmiştir. Bu yönüyle söz konusu görüşün kendi içinde tutarlı olduğu da söylenemez.

ii. Ödeme anının belirlenmesi bakımından havale türünü esas alan görüş

İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, ödeme anının belirlenmesi bakımından kurum içi ve zincirleme banka havalesi arasında ayırım yapmaktadırlar. Bu görüş incelendiğinde söz konusu ayırımda taraflar arasındaki risk dağılımının ve ödemenin geri alınması olanağının esas alındığı anlaşılmaktadır.

Bu görüşe göre, kurum içi havale söz konusu olduğunda, ödeme, havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedildiği anda gerçekleşir⁹²⁵. Zira banka, havaleci borçlu ile de ciro sözleşmesi ilişkisi içinde olduğundan, borçlunun ödeme talimatını geri alma olanağı en erken hesaba alacak kaydı anına sona erecektir. Ayrıca bu banka her iki tarafında da menfaatine iş gördüğünden bedel ilişkisinde bir risk dağılımı söz konusu değildir.

Zincirleme banka havalesinde (*kettenuberweisung/virement en chaîne*) ise, ödeme anı olarak havale tutarının alacaklının hesabının tutulduğu bankaya ulaştığı anın esas alınması gerekir. Bu yaklaşım, alacaklının hesabının tutulduğu bankaya yüklenebilecek sebeplerle ödemenin geciktiği veya hiç gerçekleşmediği durumlarda borçlunun bu aksaklıklardan sorumlu tutulmaması gerektiği fikrine dayanmaktadır⁹²⁶. Buna göre, havale meblağı alacaklının bankasına sürenin son günü ulaşmış, fakat alacaklının bankasından kaynaklanan sebeplerle havale meblağı alacaklının hesabına belirlenen süre dolduktan sonra geçmiş olsa bile, para borcu zamanında ödenmiş olur.

Merkezi ödeme (*Clearing*) sistemi aracılığıyla gerçekleşen zincirleme banka havalesinde ise, söz konusu ödeme anı, havale tutarının alacaklının bankasının Merkez Bankası nezdinde tutulan mutabakat hesabına (*verrechnungskonto*) geçtiği

⁹²⁵ **SCHRANER**, Art. 74, sh. 156 (N. 104); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 58 (N. 2370).

⁹²⁶ Aynı yönde bk. **HESS**, Clearing , sh. 112; **von CAEMMERER**, Zahlungsort, Ernst von Caemmerer – Gesammelte Schriften, Bd. III, Tübingen 1983, sh. 119.

(*comptabilisation interbancaire/interbankbuchung*) andır⁹²⁷. Buna göre, ödeme sistemi aracılığıyla yapılan havalelerde, havale meblağı süre dolmadan alacaklının bankasının hesabına geçmiş ise, ödeme zamanında yapılmış sayılacaktır⁹²⁸.

Ödeme anı bakımından bankalararası mutabakat anını esas alan bu görüş iki temel gerekçeye dayandırılmaktadır. Öncelikle, yukarıda açıklanan genel yaklaşıma paralel olarak, alacaklının ve borçlunun kendi etki alanları dışında gerçekleşen sebeplerle havale sürecindeki aksamalardan sorumlu olmamaları gerektiği ifade edilmektedir. Borçlu ve alacaklı, kendi bankalarından kaynaklanan kayıp ve gecikme risklerine katlanacak; böylece taraflar arasında dengeli bir risk dağılımı⁹²⁹ sağlanacaktır. Öte yandan, mutabakat işleminin tamamlanması anından itibaren borçlunun havaleyi geri alma imkânının sona erdiği ve bu nedenle bu anda ödemenin kesinleştiği ileri sürülmektedir⁹³⁰. Zira bu görüşe göre, bankalararası mutabakat gerçekleştikten sonra ne borçlunun bankasının ne de borçlunun doğrudan alacaklının bankasına talimat vermek suretiyle havaleyi geri alabilmesi mümkün değildir⁹³¹.

Bilindiği üzere bugün, gerek İsviçre’de – (*SIC*) – gerek Türkiye’de – (*EFT*) – yurt içi havalelerin tamamı ödeme sistemleri aracılığıyla gerçek zamanlı (*real time*) olarak gerçekleşmekte; başka bir deyişle, alacaklının bankasına ulaşan her ödeme talimatı, yeterli karşılığın alacaklının bankasının mutabakat hesabına kaydedildiği bilgisini de içermektedir. Bu sistemde, havale talimatının ve onun içerdiği karşılığın

⁹²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 56 (N. 2365); SCHRANER, Art. 74, sh. 157 (N. 105).

⁹²⁸ Bununla birlikte SIC aracılığıyla yapılan havalelerde; havale meblağının, alacaklının bankasına ulaşması ile alacaklının hesabına geçmesi eş zamanlı gerçekleştiğinden, gecikmenin alacaklının bankasından kaynaklanması ihtimalinin düşük olduğu bu görüşte olan yazarlarca vurgulanması için bk. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 57 (N. 2366).

⁹²⁹ Alacaklı ile borçlu arasında risk dağılımı bakımından alacaklının bankasının durumu aşağıda .. no’lu bölümde incelenecektir.

⁹³⁰ SCHRANER, Art. 74, sh. 157 (N. 108, 109); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 57 (N. 2368).

⁹³¹ Mutabakat işlemi anında karşılığın alacaklının bankasına aktarımı tamamladığı için, bu andan itibaren borçlunun bankasının, ödemeyi talimatını geri alamayacağı yönünde bk. HESS, Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, Recht 1996 H. 4, (kıs. Überweisung) sh. 149; borçlunun ise, alacaklının bankası ile arasında geri alma talimatına dayanak oluşturan doğrudan bir hukuki ilişki mevcut olmaması nedeniyle havale talimatını geri alamayacağı; böyle bir talimatı yerine getiren alacaklının bankasının, alacaklı konumundaki kendi müşterisi ile arasındaki ciro sözleşmesine aykırı davranmış olacağı yönünde bk. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, sh. 57 (N. 2368); bununla birlikte, bu yazarlarca havale talimatının geri alınması bakımından art. 404/I CO (BK m. 396/f. I)’nin zikredilmesi yerinde değildir; zira söz konusu hüküm havale talimatının değil vekâlet sözleşmesinin geri alınmasını düzenlemektedir.

alacaklının bankasına ulaşması ve havale meblağının alacaklının hesabına geçmesi eş zamanlı olarak gerçekleştiğinden, alacaklının bankasının, alacaklının yardımcı şahsı olmaktan çok borçlunun bankasının vekili gibi hareket ettiği öğretilerde haklı olarak vurgulanmıştır⁹³². Bununla birlikte alacaklının bankasının bilgi işlem sisteminden kaynaklanan arızalar nedeniyle alacak kaydı işleminin gerçekleşmediği durumlarda yukarıda ortaya konulan risk dağılımı önem arz edecektir.

Öte yandan, uluslararası nitelikli havalelerde çoğunlukla bir ödeme sistemine başvurulmadığından, karşılık, alacaklının bankasına ya alacaklının ve borçlunun bankası arasındaki doğrudan hesap ilişkisi sayesinde; ya da bir veya birden çok muhabir banka aracılığıyla ulaştırılmaktadır. Bu durumlarda ödeme talimatının ve karşılığın alacaklının bankasına eş zamanlı ulaşması söz konusu olmadığı gibi; bankanın, havale meblağını alacaklının hesabına geçirmesi çoğu zaman aynı gün içinde gerçekleşmemektedir. Bu nedenle alacaklının bankasının ödeme makamı niteliğinin özellikle uluslararası nitelikli havaleler bakımından önem kazandığı söylenebilir⁹³³.

Bununla birlikte, havale talimatı SIC çalışma saatleri dışında – saat 15.00'ten sonra verilmiş ise, havale meblağı alacaklının bankasının Merkez Bankası nezdindeki clearing (mutabakat) hesabına ve alacaklının hesabına talimatın verildiği günü takip eden iş günü geçecektir.

Bu yaklaşımın, borçlunun para borcunu alacaklının hesabının tutulduğu bankaya nakit yatırmak suretiyle ödediği durumda da benimsendiği görülmektedir. Buna göre, borçlu süre dolmadan nakit parayı alacaklının hesabına geçirilmek üzere bankaya devretmiş ise borcunu zamanında ödemiş olur⁹³⁴. Bu olasılıkta bankanın söz

⁹³² **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 260.

⁹³³ **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 259, SIC sistemi aracılığıyla yapılmayan ve belgeye dayalı gerçekleşen havalelerde, karşılığın alacaklının bankasına ulaşıp ulaşmadığının objektif bir olgu olmaktan çok alacaklının bankasının takdirine bağlı olduğunu; bankanın, yeterli karşılığın ulaştığı yönündeki iradesini, alacaklının hesabına alacak kaydı yapmakla ortaya koymuş sayılacağını; dolayısıyla, nakdi havaleler haricinde, karşılığın bankaya ulaşması anının esas alınmayacağı görüşündedir.

⁹³⁴ **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 263; **SCHRANER**, Art. 74, sh. 158 (Nr. 111); **BETTSCHART**, *Cedidac*, sh. 5; borçlu ile alacaklının bankası arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut olmamasına bağlı olarak bankadan kaynaklanan gecikmelere onunla sözleşme ilişkisi içinde bulunan alacaklının katlanması gerektiğinin vurgulanması için bk. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 59 (Nr. 2371). Bununla birlikte, paranın alacaklının hesabının tutulduğu şubeye yatırılmasının gerekli olup olmadığı öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, posta havalesi bakımından geçerli olan bu kuralın, banka havalesi bakımından dar yorumlanması gerektiği; borçlu, nakit parayı sürenin son gününe kadar ilgili bankanın herhangi bir şubesine değil, alacaklının hesabının tutulduğu şubeye yatırdığı takdirde

konusu tutarı, alacaklının temsilcisi olarak kabz ettiği ileri sürülmüştür⁹³⁵. Bununla birlikte bu kuralın banka havalesi bakımından dar yorumlanması gerektiği; borçlu, nakit parayı sürenin son gününe kadar ilgili bankanın herhangi bir şubesine değil, alacaklının hesabının tutulduğu şubeye yatırdığı takdirde zamanında ödemiş sayılacağı; buna karşın, nakit para, hesabın tutulduğu şubeden başka bir şubeye yatırılmış ise, zamanında ödeme bakımından havale meblağının hesaba geçmesi anının esas alınması gerektiği öğretide ileri sürülmüştür⁹³⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, kira parasının posta havalesi ile ödenmesine ilişkin bir kararında⁹³⁷ daha önceki kararlarından ayrılan şekilde bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Söz konusu kararda, borçlusuna hesabının tutulduğu bankanın posta çeki hesap no'sunu içeren PTT'nin matbu "havale formu"nu (*einzahlungsschein/bulletin de versement*) gönderen alacaklının, PTT'yi tediye gişesi olarak tayin ettiği; nakit paranın PTT veznesine yatırılmasının ödeme anı bakımından belirleyici olduğu ve süre dolmadan PTT veznesine parayı götürüp nakit olarak yatıran borçlunun zamanında ödemiş sayılacağı sonucuna varılmıştır.

zamanında ödemiş sayılacağı yönünde bk. **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 263; paranın hangi şubeye yatırıldığına farklılık yaratmayacağı görüşü için bk. **SCHRANER**, Art. 74, sh. 158 (N. 111)

⁹³⁵ **SCHRANER**, Art. 74, sh. 44 (N. 100); **HELBIG**, sh. 92; bankanın ödemeyi kendi adına alacaklı hesabına kabul ettiği yönünde bk. **BETTSCHART**, sh. 112 özellikle dn. 14; banka veya PTT'nin ödeme makamı olarak ödemeyi kabule yetkili temsilci sıfatına sahip olduğu ve yetkili temsilciye yapılan ifanın borcu sona erdireceği kuralının ödeme makamına yapılan ödeme bakımından da geçerli olması gerektiği yönünde bk. **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 259 dn. 14.

⁹³⁶ **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 263; paranın hangi şubeye yatırıldığına farklılık yaratmayacağı görüşü için bk. **SCHRANER**, Art. 74, sh. 158 (N. 111).

⁹³⁷ ATF III 145, sh. 147, 148. Söz konusu kararda kiralayan, kira parasını ödemekte geciken kiracılarına ihtar göndermek suretiyle 30 günlük mehil vermiş ve söz konusu ihtarnameye hesabının bulunduğu bankanın posta çeki hesap no'sunu içeren bir PTT havale formu eklemiştir. Öte yandan söz konusu ihtarnamede "verilen mehil sonuna kadar para alacaklının hesabına geçmediği takdirde sözleşmenin kendiliğinden fesholacağı" şeklindeki ifade mevcuttur. Kiracılar kira parasını mehilin son günü PTT veznesine yatırmakla birlikte, havale meblağı alacaklının ilgili bankadaki hesabına süre dolduktan sonra geçmiştir. Federal Mahkeme, kendisine PTT formu gönderilen kiracıların PTT'ye nakit yatırılmasını mehil içinde yerine getirmeleri gereken son edim olarak kabul etmekte güven ilkesi gereğince haklı oldukları sonucuna varmış ve bu gerekçeyle kiracıların kiralayanın fesih beyanının geçersiz olduğuna yönelik talebini kabul etmiştir. Federal Mahkeme tarafından varılan bu sonuç öğretide eleştirilmiştir. Bu yönde bk. **WIEGAND**, W.: *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998*, *Obligationenrecht*, ZBJV 1999, Bd. 135, (kis. *Rechtsprechung*), sh. 563; **WIEGAND/HODEL**, sh. 201; olayda PTT'nin değil alacaklının bankasının ödeme makamı olarak tayin edildiği; bu nedenle paranın PTT'ye yatırıldığı anın değil havale meblağının alacaklının bankasının posta çeki hesabına geçtiği anın esas alınması gerektiği yönünde bk. **BETTSCHART**, *Cedidac*, sh. 5; borçlunun kendisine gönderilen havale formunda alacaklının mı yoksa alacaklının bankasının mı posta çeki hesap numarasının yer aldığını araştırma yükümlülüğü olmadığı; bu nedenle paranın PTT veznesine yatırılmasının zamanında ödeme sayılması gerektiği görüşü için bk. **BUIS**, sh. 34.

iii. Alacaklının Havale Tutarı Üzerinde Tasarruf Olanağı Kazandığı Anı Esas Alan Görüş

Ödemenin gerçekleşmesi bakımından, alacaklının havale meblağı üzerinde tasarruf etme olanağı (*libre disposition des fonds*) elde ettiği anın esas alınması, İsviçre Hukukunda baskın olan görüştür⁹³⁸. Böylece, hesaba havale yoluyla yapılan ödemede ifa etkisini gerçekleştiren olgu aynı zamanda, ödemenin zamanında yapılıp yapılmadığı bakımından da belirleyici olmaktadır

Bu görüşte olan yazarlar, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasının, kural olarak borcun götürülecek borç niteliğinde değişiklik yaratmadığını, ödemenin hesaba havale ile yapılmasına rıza gösteren alacaklının, nakit ödemeye kıyasen daha elverişsiz bir konumda olmaması gerektiğini vurgulamaktadırlar⁹³⁹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, konutta ödemeli posta havalesi ile yapılan ödemeye ilişkin bir kararında, götürülecek borç niteliğinde bir para borcu söz konusu olduğunda, alacaklının belirlenen ifa zamanında para üzerinde tasarruf etme olanağını elde etmiş olmasının gerektiği sonucuna varmıştır. İlgili kararda borçlunun zamanında ödemiş sayılabilmesi bakımından, süre dolmadan önce ödeme işlemlerinin tamamlanmış ve paranın alacaklının egemenlik alanına ulaşmış olmasının gerektiği, bunu sağlamaya yönelik olarak borçlunun, ödeme talimatını yeterince önceden vermekle yükümlü olduğu ortaya konulmuştur.⁹⁴⁰

Para borcu nakit olarak ödenecek ise, BK m. 74/b. I'deki götürülecek borç düzenlemesi gereğince borçlu, yasal ödeme aracı anlamında parayı alacaklının yerleşim yerine götürmek ve orada mülkiyeti devir amacıyla alacaklıya teslim etmekle

⁹³⁸ WEBER, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 242 (N. 123); SCHRANER, Art. 74, sh. 156 (N. 102); WIEGAND/HODEL, sh. 203; BUIS, sh. 33; BILOTTE-TONGUE, sh. 84; HEINI, sh. 75; THALMANN, Rechtzeitigkeit, sh. 258; SCHÖNLE, sh. 110.

⁹³⁹ WIEGAND/HODEL, sh. 202; SCHRANER, Art. 74, sh. 156 (N. 102); THALMANN, Rechtzeitigkeit sh. 258; SCHÖNLE, sh. 112.

⁹⁴⁰ ATF 119 II 232, sh. 234, 235. Söz konusu kararda kiracılar, kira parasını mehilin son günü konutta ödemeli posta havalesi ile kiralayana göndermişler ancak nakit paranın süre dolduktan iki gün sonra kiralayanın eline geçmesi üzerine kiralayan kira sözleşmesini Art. 257d OR (BK m. 260) gereğince feshetmiştir.

yükümlüdür⁹⁴¹. Nakit ödemede paranın alacaklıya götürülmesi süreci, paranın ifa yerine götürülmesi ve burada mülkiyetinin alacaklıya devri için hazır bulundurulması ile tamamlanmaktadır. İfa yerine götürülen ve burada hazır bulundurulan nakit para, mülkiyeti devir amacıyla alacaklıya teslim edildiği anda alacaklı para üzerinde tasarruf olanağı elde etmekte ve ödeme gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle, nakit ödeme kurgusunda, edim sonucu, diğer bir deyişle ödeme olgusu edim fiillerinin tamamlandığı anda gerçekleşmektedir. Bu itibarla borçlunun zamanında ödemiş olması, süre dolmadan nakit parayı alacaklıya götürmüş ve paranın mülkiyetini alacaklıya devretmiş olmasına bağlıdır. Öğretide de, nakit ödeme olasılığında nakit paranın alacaklıya verilmek üzere taşıyıcıya teslim edilmesi ile borcun ödenmiş olmayacağı; zira paranın alacaklıya götürülmesi ediminin henüz tamamlanmadığı ve alacaklının para üzerinde tasarruf imkânı elde edemediği aşamada, borçlunun borcunu – zamanında – ödemiş sayılmasının götürülecek borç anlayışına yabancı olduğu ifade edilmiştir⁹⁴²

Bu noktadan hareketle, nakit ödeme ile paralellik sağlanabilmesi bakımından, banka havalesi ile yapılan ödeme de, alacaklının havale meblağı (kaydi para) üzerinde serbestçe tasarruf etme olanağı kazandığı anın esas alınması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁴³. Buna göre, ödemenin zamanında yapılmış sayılabilmesi için, öngörülen süre dolmadan önce lehdar alacaklı, havale tutarı üzerinde tasarruf etme olanağı elde etmiş olması gerekir. Bundan daha önceki bir anın ödeme anı olarak esas alınması ise, nakit ödemeye göre alacaklının durumunu önemli ölçüde kötüleştireceğinden, alacaklının buna rıza göstermiş olduğu düşünülemez. Gerçekten de zamanında ödeme bakımından daha önceki bir an esas alındığı takdirde, ifa zamanı olarak belirlenen süre dolduğu halde alacaklı havale meblağı üzerinde tasarruf edememesine bağlı olarak üçüncü kişilere karşı kendi parasal taahhütlerini yerine getiremeyebilecek; böylece

⁹⁴¹ **SCHÖNLE**, sh. 109; yasal ödeme aracı anlamında paranın mülkiyetinin devri, teslim ve alacaklı ile borçlu (veya temsilcisi) arasında aynı akdin yapılması ile tamamlanmasına ilişkin olarak ayrıca bk. **SCHÖNLE**, sh. 107.

⁹⁴² Öğretide, götürülecek borçlarda edim fiillerinin tamamlanması ile ifa etkisinin doğmasının zamansal açıdan farklı olamayacağı; bu nedenle de borçlunun, ifa etkisinin henüz gerçekleşmediği dönemde, ödeme sürecini ifa zamanı dolmadan önce başlatmakla ödemeyi zamanında yapmış sayılmasının götürülecek borç kavramına yabancı olduğu görüşü için bk. **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 258; buna karşın Alman hukukunda para borcunun BGB § 270 uyarınca gönderilecek borç olması gereği, edim fiillerinin tamamlanması ile edim sonucu farklı anlarda gerçekleşebilir.

⁹⁴³ **WIEGAND/HODEL**, sh. 202; **SCHRANER**, Art. 74, sh. 156 (N. 102); **SCHÖNLE**, *Ort und Zeit*, sh. 110.

alacaklı nakit ödemeye kıyasen daha elverişsiz bir duruma düşecektir⁹⁴⁴. Öte yandan ödemenin yalnız para borcunu değil onun fer'ilerini – örneğin para borcu için verilmiş teminatları – de sona erdireceğinin dikkate alınması gerekir. Ödeme süreci tamamlanmadığı ve alacaklı henüz havale tutarı üzerinde tasarruf edemediği bir aşamada para borcu sona ermiş sayılır ise, havaleci borçlu verdiği ödeme talimatını sonradan geri almak suretiyle havale tutarının lehdar alacaklıya aktarılmasını nihai şekilde engelleyebilir. Bu olasılıkta alacaklı borcun ferilerinden mahrum kalmış olacağından, ödemenin kaydi para ile yapılması, nakit ödemeye göre alacaklının durumunu önemli ölçüde kötüleştirilmiş olur. Bunun ise, ödemenin kaydi para ile yapılmasına rıza gösteren alacaklının iradesine uygun olduğu söylenemez⁹⁴⁵

Öte yandan, alacaklının, havale tutarı üzerinde tasarruf olanağını hangi anda kazanmış olduğu konusunda farklı görüşler mevcuttur. İsviçre Federal Mahkemesi'nin posta havalesi ile yapılan ödemeye ilişkin ATF 55 II 200 no'lu kararında, ödemenin en erken havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedildiği ve buna ilişkin olarak alacaklıya bildirimde bulunulduğu anda gerçekleşmiş sayılacağına hükmedilmiş; ancak daha sonraki tarihli iki kararda zamanında ödeme bakımından alacak kaydına ilişkin bildirim belirlenmediği görüşü benimsenmiştir⁹⁴⁶.

Bu konuda öğretilerde genel kabul gören görüş, lehdar alacaklının tasarruf olanağını, havale tutarı hesabına alacak kaydedildiği anda kazandığı yönündedir⁹⁴⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararında da bu çözüm açıkça

⁹⁴⁴ **WIEGAND/HODEL**, sh. 202; karşı. **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 259.

⁹⁴⁵ **WIEGAND / HODEL**, sh. 202.

⁹⁴⁶ ATF 55 II 200 no'lu karara konu olan olayda, sigorta prim borcunu ödemede gecikmesi nedeniyle sigorta koruması askıya alınan sigortalı, daha sonra söz konusu prim borcunu sigorta şirketinin posta çeki hesabına nakit yatırmak suretiyle ödemiş ve aynı gün sigorta edilen risk gerçekleşmiştir. Havale meblağı ise ertesi gün sigorta şirketinin hesabına geçmiş ve onu takip eden gün sigorta şirketine alacak kaydına ilişkin bildirim (coupon de bulletin de versement) yapılmıştır. Federal Mahkeme, hesaba alacak kaydı gerçekleşmediği ve alacaklıya bu konuda bildirim yapılmadığı sürece alacaklının havale meblağı üzerinde tasarruf imkânı elde etmiş sayılamayacağından ve bu ana kadar ödemenin geri alınmasının mümkün olduğundan hareketle ödemenin zamanında yapılmamış olduğuna hükmetmiştir. Bu kararın yanısıra yukarıda zikredilen ATF 62 III 12 ve yayınlanmamış diğer Federal Mahkeme kararı hk. bk. **JEANPRETRE**, sh. 145 vd.

⁹⁴⁷ **WEBER**, *Berner Kommentar Art. 74*, sh. 242 (N. 123); **BILOTTE-TONGUE**, sh. 87; **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 258; **HEINI**, sh. 72; elektronik havaletler bakımından aynı sonucun benimsenmesi için bk. **OBERSON**, sh. 409; havale işleminin borçlu tarafından geri alınamayacak şekilde nihai olarak tamamlanması gerektiğini vurgulayan görüş için bk. **BETTSCHART**, sh. 120.

benimsenmiştir⁹⁴⁸. Bu görüş çerçevesinde, tasarruf olanağı elde edilmesi, bankanın alacaklıya ayrıca bir bildirimde bulunması koşuluna bağlı değildir. Zira bugün için müşterinin elektronik yollarla her an banka hesap bilgilerine ulaşmasının mümkün olduğu, böylece lehdar alacaklının havale meblağının hesabına geçtiğini derhal öğrenebileceği ve böylece bu andan itibaren kaydı para üzerinde tasarruf etme olanağını elde edebileceği ifade edilmiştir⁹⁴⁹. Ayrıca, alacak kaydı işlemi anı esas alınmak suretiyle, değişik havale teknikleri bakımından yeknesak bir ödeme anının belirlenmiş ve hukuk güvenliğinin sağlanmış olacağı vurgulanmıştır⁹⁵⁰

Diğer bazı yazarlar ise, alacaklının havale meblağı üzerinde tasarruf imkânı elde etmesi bakımından, tek başına hesaba alacak kaydı anının esas alınamayacağı; banka tarafından, alacaklıya hesabına yapılan kayda ilişkin bildirim yapılmasının da gerektiği görüşündedirler⁹⁵¹. Zira nakit paradan farklı olarak, banka nezdinde alacaklıya bir alacak hakkı kazandırıldığından, bankanın alacaklı karşısında havale meblağı tutarında borçlanma iradesi kayıtsız şartsız mevcut olmalıdır. Şu halde, alacaklının havale meblağı üzerinde tasarruf imkânı elde etmesi bakımından belirleyici olan, bankanın alacaklıya karşı kayıtsız şartsız bir ödeme taahhüdünde bulunması; başka bir deyişle, alacaklının banka nezdinde bedel ve karşılık ilişkilerinden bağımsız bir alacak hakkı elde etmiş olmasıdır⁹⁵². Söz konusu kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğünün ise, art. 468/I CO (BK m. 459/f. I) gereğince bankanın havaleyi kabul bildirimi⁹⁵³ ile doğacağı öğretide genel kabul gören görüştür. Bununla birlikte, havalenin kabulü sonucunu doğuran bankanın bağlanma iradesinin ne zaman mevcut olduğu konusunda ise, ödeme için başvuru havale tekniği bakımından bir ayırım yapılmaktadır⁹⁵⁴

⁹⁴⁸ ATF 124 III 112, sh. 117.

⁹⁴⁹ **WIEGAND/HODEL**, sh. 203.

⁹⁵⁰ **HEINI**, sh. 75.

⁹⁵¹ **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 110; **BUIS**, sh. 31.

⁹⁵² **BUIS**, sh. 33; **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 110; **von der CRONE**, sh. 37, 44.

⁹⁵³ Öğretide **SCHÖNLE** (Ort und Zeit, sh. 110 dn. 23), banka havalesinde, BK m. 459/f. I anlamında münferit kabul beyanları yerine ciro sözleşmesinin kuruluşu esnasında banka tarafından açıklanan, geciktirici şarta bağlanmış, toptan bir kabulün söz konusu olduğu; **BUIS** (sh. 99) ise, hesaba alacak kaydının, – alacaklıya bildirim yapılması geciktirici şartına bağlı olarak – bizzat havalenin kabulü olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşündedir.

⁹⁵⁴ **BUIS**, sh. 31, 98; **HESS**, Clearing , sh. 103; **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 110.

Havalenin banka görevlisi tarafından müşterinin hesap kartına veya hesap cüzdanına işlendiği havale türünde (*manuellen buchungsverfahren*), yukarıda belirtilen baskın görüşe uygun olarak, hesap cüzdanına yapılan kayıt anında, alacaklının havale meblağı üzerinde tam tasarruf imkânı elde ettiği kabul edilmektedir⁹⁵⁵. Zira banka, havale meblağını alacaklının hesabına geçirmeden önce, müşterisi ile arasındaki hesap ilişkisini kontrol etme imkânına sahip olduğundan, alacaklının hesap cüzdanına yapılan alacak kaydının, bankanın kayıtsız şartsız bağlanma iradesini ortaya koyduğu ifade edilmiştir. Otomatik olarak gerçekleştirilen havale türünde (*automatisierten überweisungsverkehr*) ise, havalenin kabulünün, alacak kaydına ilişkin bildirim alacaklıya gönderilmesi geciktirici şartına bağlı olduğu ifade edilmektedir⁹⁵⁶. Buna bağlı olarak, hesaba alacak kaydı, kural olarak bankanın söz konusu alacak kaydını belgeleyen hesap dökümünü ya da yazılı havale bildirimini (*kontoauszugs/relevé de comptes; gutschriftanzeige/l'avis de crédit*) alacaklıya gönderdiği anda hüküm ifade edeceğinden, ödeme de en erken bu anda gerçekleşecektir⁹⁵⁷. Zira bu havale türünde hesaba yapılan kayıtlar bankanın bilgi-işlem sistemi tarafından otomatik olarak gerçekleştirilmekte olup; söz konusu hesap hareketleri banka tarafından ön denetime (*vorkontrolle*) tabi tutulamamaktadır. Bu itibarla, hesaba kayıt anında bankanın kayıtsız şartsız bağlanma iradesine sahip olduğunun kabul edilemeyeceği; bu iradenin en erken, hesap hareketleri üzerinde denetim mümkün hale geldikten sonra, bankanın hesaba kayıt işlemini takip eden bir davranışı ile ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür⁹⁵⁸. Nihayet banka ile müşterisi arasında genel olarak hesap bilgilerinin ve özellikle hesaba

⁹⁵⁵ **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 110, 111; **HÄUSER/WELTER**, Zur Rechtzeitigkeit einer fristgebundenen Zahlung durch Hausüberweisung am Kassenterminal, WM Nr. 18 1994, sh. 780.

⁹⁵⁶ **BUIS**, sh. 31, 99; karş. **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 111; alacak kaydını yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak nitelendiren **von der CRONE** (bk. sh. 36 vd.) ise, yenilik doğuran irade açıklamalarının hüküm ifade edebilmesinin beyan sahibinin hukuk alanını terk etme koşuluna bağlı olduğu ilkesinden yola çıkmak suretiyle zikredilen yazarlarla aynı sonuca varmaktadır. Bu yazara göre, otomatik havalelerde hesap hareketleri bankanın bilgi işlem sistemi nezdinde gerçekleştiğinden, bankanın hukuki sonuç iradesini (*rechtsfolgewille*) dışı açıklanmış sayılması ve bu sayede alacak kaydının hüküm ifade etmesi, kural olarak en erken alacaklıya yazılı havale bildirimini gönderilmesi anında gerçekleşecektir. Karş. **HESS**, Clearing, sh. 103; Alman Hukuku bakımından aynı sonuç için bk. **CANARIS**, sh. 275 (N. 420).

⁹⁵⁷ Banka ile müşterisi arasında, havale bildiriminin müşteriye gönderilmek yerine müşteri için bankada hazır tutulması (*banklagernd/bankrestant*) yönünde bir anlaşma mevcut ise, ödeme bakımından söz konusu bildirim bankadaki kasaya tevdi edilmesi anının esas alınacağına ilişkin olarak bk. **BUIS**, sh. 100; **von der CRONE**, sh. 38; **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 111; banka görevlisi tarafından alacaklıya telefon aracılığıyla sözlü yapılan bildirim dahi havalenin kabulü ve ödeme sonucunu doğuracağına ilişkin olarak bk. **von der CRONE**, sh. 38.

⁹⁵⁸ **BUIS**, sh. 99; bankanın alacaklıya havale bildirimini göndermesi gerekliliği bakımından aynı gerekçeye dayanan Alman Federal Mahkemesi kararına ilişkin açıklamalar için bk. **HÄUSER/WELTER**, sh. 781.

yapılan alacak kayıtlarının elektronik yollarla bildirileceği yönünde bir anlaşma mevcut ise; ödeme, alacaklıya elektronik ortamda veri taşıyıcısının gönderildiği veya alacaklıya söz konusu bilgilere elektronik ortamda ulaşma imkânı (*abrufpräzens*) sağlandığı anda gerçekleşmiş sayılır⁹⁵⁹. DTA (*beleglosen datenträgeraustausch*) ile yapılan havalelerde ise, veri taşıyıcısının bankanın bilgi-işlem sistemine dahil olduğu an esas alınmaktadır⁹⁶⁰

3. Görüşümüz

Bilindiği üzere, borçlunun belirli bir sonucu gerçekleştirmeyi üstlenmiş sayıldığı borç ilişkilerinde, salt belirli bir amaca yönelik faaliyette bulunmanın üstlenildiği borç ilişkilerinde farklı olarak, ifa etkisinin gerçekleştiği an bakımından, borçlunun edim fiillerini tamamladığı değil edim sonucunun gerçekleştiği an esas alınır. Borçlu, edim fiilleri tamamlamakla henüz borçtan kurtulmuş sayılmaz. Borcun sona ermesi ve borçlunun borcundan kurtulmuş sayılabilmesi için, yerine getirilen edim fiillerinden beklenen tipik ve belirli sonucun gerçekleşmesi aranır. Bu anlamda borcun ifa yeri, borçlunun borçlandığı edim fiillerini tamamlanması gereken yere ilişkin olduğundan, borcun bir götürülecek borç olup olmaması da, ifa etkisinin gerçekleştiği an bakımından önem arz etmez⁹⁶¹.

Para borcu da, borçlunun alacaklıya belirli tutarda soyut mali gücü aktarmayı borçlanmış sayılması itibariyle bir sonuç taahhüdü içermektedir. Şu halde, para borçlarında ifa etkisi, alacaklının kendisine aktarılan soyut mali güç üzerinde nihai şekilde tasarruf etme olanağı elde etmesi anında gerçekleşir. Para borcu nakit olarak ödeniyor ise, alacaklı nakit paranın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devri ile bu olanağa kavuşur. Genel olarak nakit dışı ödeme işlemlerinde ise, kaydi para üzerinde tasarruf etme olanağı, borçlanılan tutarda banka nezdinde soyut ve geri alınamaz bir alacak hakkı elde edilmesi ile gerçekleşir. Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede ise, söz konusu soyut ve geri alınamaz alacak hakkının kazanılması bakımından havale

⁹⁵⁹ **BUIS**, sh. 100; **von der CRONE**, sh. 38; bununla birlikte, müşterinin elektronik ortamda ulaştığı hesap bilgilerinin doğruluğuna ve bağlayıcına ilişkin banka tarafından ihtirazi kayıt konulduğu durumlarda, bankanın kayıtsız şartsız ödeme taahhüdünün genel kural uyarınca alacaklıya yazılı havale bildirimini gönderildiği anda hüküm ifade edeceği yönünde bk. **BUIS**, sh. 101

⁹⁶⁰ **SCHÖNLE**, Ort und Zeit, sh. 111.

⁹⁶¹ **WIEGAND**, Rechtsprechung, sh. 566.

hükümleri esas alınmalıdır. Buna göre, havalenin banka tarafından icra edilmesi olarak nitelendirdiğimiz hesaba alacak kaydı işlemi ile, gerek banka nezdinde – borç tutarı kadar – soyut bir alacak hakkı kazanılmış, gerek elde edilen bu soyut alacak hakkı – borçlu tarafından tek taraflı şekilde – geri alınamaz hale gelmiş olur⁹⁶².

Öte yandan kanımızca, alacaklının nakit ödemeye eşdeğer bir hukuki konum elde etmiş sayılabilmesi için, hesabına aktarılan kaydi paradan fiilen haberdar olması gerektiği düşüncesinden hareketle, ödemenin en erken banka tarafından alacaklıya alacak kaydı konusunda bildirimde bulunduğu anda gerçekleşmiş sayılacağı şeklindeki yaklaşım reddedilmelidir. Zira alacaklının para üzerinde ne zaman tasarruf olanağı kazanmış sayılacağı, ödeme şekli dikkate alınarak belirlenmesi gereken bir konudur. Nakit ödemede alacaklının kendisine aktarılan nakit paradan haberdar olması, soyut malî gücün aktarılmasının zilyetliğin devri yoluyla gerçekleştirilmesinin zorunlu bir sonucu iken, kaydi para ile yapılan ödeme, doğası gereği borç ilişkisinin taraflarının fiili katılımı gerekli olmaksızın, banka nezdindeki hesap hareketleri suretiyle gerçekleşir. Bu nedenle ödemenin kaydi para ile yapılmasına rıza gösteren alacaklının, banka hesabının egemenlik alanına dahil olduğunu kabul etmiş sayılmasına da herhangi bir engel görülmemektedir. Öte yandan, günün teknolojik olanaklarının bankacılık hizmetlerine yansması sayesinde banka müşterisinin hesap bilgilerine elektronik ortamda her zaman ve doğrudan ulaşabileceği (*elektronische Abfragemöglichkeit/Abrufpräsenz*) dikkate alındığında, müşterinin hesabındaki hareketlerden haberdar olma olanağına sahip olması, aktarılan kaydi para üzerinde tasarruf olanağının kazanılması bakımından yeterli kabul edilmelidir⁹⁶³.

Öte yandan yukarıda kural olarak benimsenen ödeme anını, tarafların anlaşmak suretiyle geriye çekmeleri her zaman mümkündür. Şu halde sözleşmenin yorumundan tarafların, ödemenin alacaklının kaydi para üzerinde tasarruf imkânı kazanması yani hesaba alacak kaydı anından daha önceki bir anda gerçekleşmiş sayılmasını kararlaştırdıkları anlaşıldığı takdirde, ödemenin tamamlanması bakımından bu an esas alınacaktır. Zira öğretilerde PTT havalesi bakımından, alacaklının borçluya posta havalesi formu göndermesi öğretilerde bu şekilde yorumlanmaktadır.

⁹⁶² WIEGAND/HODEL, sh. 203.

⁹⁶³ BISCHOFF, Transfers, sh. 355; WIEGAND/HODEL, sh. 203; Alman hukukunda bu yönde bk. WENZEL, § 362, sh. 2344 (N. 23).

Öte yandan borçlu, ödeme sürecini zamanında başlatsa dahi, ödeme gecikebilir. Gerçekleşen gecikmenin sonuçlarından borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağı ise ileride detaylı olarak incelenecektir.

IV. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN KİŞİ UNSURU AÇISINDAN BORCA UYGUNLUĞU

A. ÖDEMEYİ YAPMASI GEREKEN KİŞİ BAKIMINDAN

Türk ve İsviçre hukuklarında, edimin kim tarafından yerine getirildiği takdirde borca uygun sayılacağı ve gereği gibi ifa teşkil edeceği konusu BK m. 67'de (art. 68 CO) düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, yalnızca edim sonucunun gerçekleşmesi bakımından borçlunun kişiliğinin önem arz eden bir borç söz konusu olduğunda borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerekir⁹⁶⁴. Para borçları bu anlamda ifanın bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olmayan borçlardandır⁹⁶⁵. Genel olarak kaydi para ile yapılan ödemede ve buna paralel olarak banka havalesinde, borçlanılan edim sonucunu, alacaklıya hesabının tutulduğu bankaya karşı borç tutarında soyut bir alacak hakkı kazandırılması teşkil eder. Bu itibarla kaydi paranın alacaklının hesabına kimin hesabından aktarıldığı, diğer bir deyişle alacaklının hesabına alacak kaydedilen havale tutarı için gerekli karşılığın bankaya kim tarafından aktarıldığı önem arz etmez⁹⁶⁶. Şu halde, kaydi para ile yapılan ödemede, edim sonucunun gereği gibi gerçekleşmesinde para borçlusunun kişiliği belirleyici olmadığından, üçüncü kişi tarafından yapılan havale ifa etkisi doğurur⁹⁶⁷.

Bununla birlikte, banka havalesi yoluyla yapılan ödeme, BK m. 67'de öngörülen, ifanın üçüncü kişi tarafından gerçekleştirildiği durumlardan biri değildir⁹⁶⁸.

⁹⁶⁴ WEBER, Berner Kommentar, Art. 68, sh. 64 (N. 4).

⁹⁶⁵ SCHRANER, Art. 68, sh. 31 (N. 4)

⁹⁶⁶ Ödemenin banka havalesi yoluyla yapılması kararlaştırılmış ise, kaydi paranın kimin malvarlığından alacaklının malvarlığına aktarıldığının önemi yoktur. Bu anlamda, üçüncü kişi tarafından verilen havale talimatı ile gerçekleştirilen alacak kaydı da ifa etkisi doğurur.

⁹⁶⁷ HEINI, sh. 77.

⁹⁶⁸ Havale kurgusunda lehdarın hesabına kaydi parayı aktaran bankanın, BK m. 67 anlamında üçüncü kişi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu, özellikle para borçlusuna izafe edilebilir bir havale talimatı olmaksızın gerçekleştirilen havale bakımından önem arz etmektedir. Özellikle 3. kişi tarafından verilen sahte ya da tahrif edilmiş veyahut sistem arızasından kaynaklanan gerçek olmayan bir havale talimatı söz konusu olduğunda banka, lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirmiş ve bunun yanı sıra bedel ilişkisinde sözde havaleci konumunda olan kişi ile havale lehdarı arasında geçerli bir para borcu

Diğer bir deyişle havale lehdarının hesabına alacak kaydı yapmak suretiyle alacaklıya kaydi parayı aktaran banka, üçüncü kişi sıfatıyla bedel ilişkisinde para borçlusunun borcunu ödemiş sayılmaz⁹⁶⁹. Zira yapılan kazandırmanın BK m. 67 anlamında üçüncü kişinin ifası olarak nitelendirilebilmesi için, üçüncü kişinin ifa kastı⁹⁷⁰ ile hareket etmiş ve gerçekleştirdiği kazandırmanın hangi borcun ifasına yönelik olduğunu bizzat belirlemiş olması, yani bağımsız bir itfa iradesine (*Tilgungsbestimmung*) sahip olması gereklidir⁹⁷¹. Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede ise, banka, havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydederken havaleciye karşı ciro sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etme niyetiyle hareket etmekte olup, bu kazandırmanın hangi hukuki sebebe hizmet ettiği ile ilgilenmemektedir. Zira havale süreci banka tarafından başlatılmadığı gibi, banka ödemenin maddi anlamda yerindeliğini de denetleme olanağından yoksun olması da, bankanın lehbara kazandırmada bulunurken bedel ilişkisine yönelik bir edimde bulunma niyetinde olmadığını ortaya koymaktadır. Bu anlamda banka havalesi yoluyla yapılan ödemede banka, lehdar nezdinde gerçekleştirdiği kazandırmanın hangi borcun ifasına yönelik olduğunu bağımsız şekilde belirleyen bir kişi değil, havaleci

ilişkisi mevcut ise, banka tarafından gerçekleştirilen kaydi para aktarımı üçüncü kişinin – bankanın – ifası olarak nitelendirildiği takdirde, bedel ilişkisinde ifa etkisi gerçekleşmiş sayılacak ve buna bağlı olarak banka ile hesap sahibi para borçlusuna karşı sebepsiz zenginleşmeden – bankanın yaptığı ödeme ölçüsünde para borçlusu borçtan kurtulmuş olacağından – doğan bir alacak hakkı elde edecektir. Bu konuda ayrıca bk. **SEILER**, O.: Der Bereicherungsausgleich im Überweisungsverkehr: unter Berücksichtigung des Zurückweisungsrechts des Gutschriftempfängers und der Stornierungsbefugnis der Kreditinstitute, Berlin 1998, sh. 92 vd.; **LANGENBUCHER**, sh. 176 vd.

⁹⁶⁹ **HEINI**, sh. 77; Alman hukukunda bu yönde bk. **SEILER**, sh. 59, 95 vd.

⁹⁷⁰ Alacaklıya yapılan kazandırmanın ifa etkisi doğurması bakımından borçlunun ifa kastı ile hareket etmiş olmasının ve/veya tarafların ifa sebebi üzerinde anlaşmış olmalarının gerekli olup olmadığı Türk, İsviçre ve Alman hukuku öğretilerinde tartışmalıdır. Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul gören sınırlı sözleşme görüşü çerçevesinde, borçlunun ifa kastının yanı sıra kazandırmanın ifa sebebi ile yapıldığı konusunda tarafların anlaşmış olmaları yalnızca hukuki işlem niteliğindeki kazandırmalar bakımından gereklidir. Bu yönde bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 200 vd.; **WEBER**, Berner Kommentar, Vorbem. zu art. 68, sh. 22 (N. 74) vd.; karş. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 6 (N. 11); **SCHRANER**, Art. 68, sh. 16 (N. 57); kazandırmanın türü ne olursa olsun borçlunun ifa kastı ile hareket etmesinin gerekli olduğu yönünde bk. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 71 (N. 2506); maddi fiil görüşü çerçevesinde ifa kastının kural olarak gerekli olmadığı yönünde **SEROZAN**, sh. 16 (N. 13a); **İNCEOĞLU**, İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, 80. Yıl Armağanı, AÜHFD, c. 54 S. 4, sh. 181; Alman hukukunda baskın olan maddi fiil görüşü çerçevesinde ise, borçlunun ifa kastı ve taraflarca ayrı bir ifa anlaşması yapılması aranmamaktadır. Bu konuda bk. **WENZEL**, § 362, sh. 2340 (N. 11); **OLZEN**, Vorbem zu § 362, sh. 34 (N. 14).

⁹⁷¹ Öğretide, ifa etkisi doğumu bakımından, borçlunun kazandırmasından farklı olarak üçüncü kişinin kazandırmasında üçüncü kişinin ifa kastı ile hareket etmiş olmasının – bazı yazarlara göre ise, tarafların ayrıca ifa sebebi üzerinde de anlaşmış olmalarının – zorunlu olduğu konusunda oybirliği mevcuttur. Bu yönde bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 202; **SEROZAN**, sh. 17 (N. 13a); **İNCEOĞLU**, sh. 166; **SCHRANER**, Art. 68, sh. 32 (N. 7); Alman hukuku için bk. **WENZEL**, § 362, sh. 2340 (N. 13); **OLZEN**, Vorbem zu § 362 ff, sh. 33 (N. 10); **SEILER**, sh. 59.

tarafından ortaya konulan itfa iradesini salt aktaran kişi konumundadır⁹⁷². Bu şekilde tanımlanan sınırlı işlevi itibariyle banka, para borcunu borçlunun yerine ödeyen üçüncü kişi değil, borçlunun yardımcı şahsıdır⁹⁷³.

B. ÖDEMENİN YAPILMASI GEREKEN KİŞİ BAKIMINDAN

Bilindiği üzere ifa etkisinin gerçekleşmesi için, borçlunun alacaklıya edimde bulunması gerekir; kural olarak borçlunun üçüncü kişiye edimde bulunması, borçlu iyi niyetli olsa dahi, borcu sona erdirmez⁹⁷⁴ ve borçlu, alacaklıya yeniden edimde bulunmak zorunda kalır⁹⁷⁵. İstisnai olarak, borçlunun üçüncü kişiye ifada bulunmaya sözleşme veya yasa gereği yükümlü veya yetkili kılındığı durumlarda⁹⁷⁶, borçlu üçüncü kişiye edimde bulunmak suretiyle borcundan kurtulabilir.

Banka havalesi yoluyla ödemenin doğru kişiye yapılması kapsamında ele alınması gereken sorun, taraflar arasındaki banka havalesi yoluyla ödeme anlaşmasının, ödemede bulunulacak kişi bakımından para borcu ilişkisinde değişiklik yaratıp yaratmadığı, diğer bir deyişle, ödeme tarzına ilişkin böyle bir anlaşma zemininde para borçlusunun, alacaklının yanı sıra üçüncü kişiye ödeme yapma konusunda yetkili ya da yükümlü sayılıp sayılmayacağıdır⁹⁷⁷. Diğer bir deyişle lehdarın hesabının tutulduğu bankanın, bedel ilişkisindeki para alacaklısına alternatif ya da onun yerine geçecek şekilde ödemeyi kabul bakımından yetkili olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir.

⁹⁷² SEILER, sh. 59.

⁹⁷³ HEINI, sh. 77. Bu itibarla, bankaya ait bağımsız bir ifa iradesinden söz edilemeyeceğinden, havaleciye izafe edilemeyen ya da havaleci izafe edilmekle birlikte ifa iradesinin havaleci tarafından yeterince belirlenmediği bir havale talimatı üzerine gerçekleştirilen havale söz konusu olduğunda, banka tarafından lehdara yapılan kazandırma bedel ilişkisinde ifa etkisi doğurmaz.

⁹⁷⁴ WEBER, Berner Kommentar, Art. 68, sh. 90 (N. 121); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 12 (N. 2070)

⁹⁷⁵ GUGGENHEIM, D.: Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome II: Les effets des contrats, Genève 1995, sh. 25.

⁹⁷⁶ WEBER, Berner Kommentar, Art. 68, sh. 86 (N. 102) vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 13 (N. 2072) vd.; HUGUENIN, sh. 123 (N. 767 vd.).

⁹⁷⁷ Banka havalesi yoluyla ödeme anlaşmasının, ödemenin yapılacağı kişi üzerindeki etkisi, bedel ilişkisinde ödemenin tamamlanmış sayıldığı an bakımından belirleyicidir. Zira söz konusu anlaşma uyarınca borçlu, üçüncü kişiye – yani alacaklının hesabının tutulduğu bankaya – edimde bulunmak konusunda yetkilendirilmiş ve alacaklının hesabının tutulduğu banka da, ödemeyi kabule yetkili üçüncü kişi sayıldığı takdirde, para borçlusu, havale talimatını ve havale edilen tutarı ifa zamanında bankaya aktarmakla, doğru zamanda, doğru kişiye ödeme yapmış ve para borcundan kurtulmuş sayılır; bu andan itibaren, havale tutarının para alacaklısının hesabına aktarılması sırasında gerçekleşecek gecikme veya kayıp, para alacaklısı tarafından üstlenilecektir.

Bu noktada tediye gişesi⁹⁷⁸ (*zahlstelle/domicile de paiement*) kavramının banka havalesi ile ilişkisinin kurulması önem arz etmektedir. Bilindiği üzere tediye gişesi tayini, borçlunun alacaklı tarafından üçüncü kişiye edimde bulunma konusunda yetkilendirildiği durumlardan biri olup, bir para borcu söz konusu olduğunda bu üçüncü kişi, genellikle bir banka olmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul gören görüş⁹⁷⁹, ödemenin banka hesabına yapılması konusunda borçlusuna yetki veren alacaklının, hesabının tutulduğu bankayı “tediye gişesi” olarak tayin etmiş olacağı yönündedir. Bununla birlikte, banka havalesi yoluyla yapılan bir ödeme söz konusu olduğunda, lehdar alacaklının bankasının tediye gişesi olarak nitelendirilmesine bağlanan sonuçlar bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu görüş ayrılığı özellikle, alacaklının hesabının tutulduğu bankanın ödemeyi kabul bakımından yetkili üçüncü kişi sayılıp sayılmayacağı ve buna bağlı olarak da, borçlunun havale talimatını ve havale tutarını lehdar alacaklının bankasına ulaştırmasının ifa etkisinin gerçekleşmesi bakımından yeterli olup olmadığı – ifa etkisinin doğduğu an – noktalarında toplanmaktadır.

Bir görüşe göre, alacaklının bankasının, tediye gişesi olarak nitelendirilmesi ve borçlunun borçtan kurtulma anı bakımından, ödemenin nakdi havale ile nakit dışı havale yoluyla yapılması arasında bir ayırım yapılması gerekir⁹⁸⁰. Buna göre, nakdi havale yoluyla yapılan ödemede, lehdarın bankası tediye gişesi konumundadır; borçlu, borç tutarındaki nakit parayı, alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesine⁹⁸¹ nakit olarak yatırdığı anda, tıpkı alacaklının temsilcisine ödeme yapmış gibi, para borcundan

⁹⁷⁸ Roma hukukundaki “solutionis causa adiectus” kavramına karşılık gelen “tediye gişesi” tayini ile, borç ilişkisinin taraflarının anlaşması yoluyla borçlunun üçüncü kişiye edimde bulunma konusunda salt yetkili kılındığı durum anlaşılır. Bu anlaşma zemininde borçlu, edimini üçüncü kişi ya da alacaklı nezdinde yerine getirmek bakımından seçim yetkisine sahiptir. Tediye gişesi olarak belirlenen kişi, borçlunun edimini kendi adına, alacaklının hesabına kabul eder; borçluya anlaşma ile tanınan üçüncü kişiye edimde bulunma yetkisi ise, kural olarak alacaklı tarafından tek taraflı olarak geri alınamaz. tediye gişesine tanınan tahsil yetkisinin alacaklı tarafından geri alınıp alınamayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Kavram hk. ayrıca bk. **SEROZAN**, sh. 35 (N. 4a); **TÜRK**, sh. 87; **SCHRANER**, Art. 68, sh. 44 (N. 95) vd.; **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 68, sh. 88 (N. 110); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 15 (N. 2086);

⁹⁷⁹ **SEROZAN**, sh. 35 (N. 4a); **SCHRANER**, Art. 68, sh. 44 (N. 100); **KELLER/SCHÖBI**, sh. 212; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 15 (N. 2087); **HUGUENIN**, sh. 123 (N. 769); *Rechtzeitigkeit*, sh. 259; **BETTSCART**, sh. 111; **BETTSCART**, *Cedidac*, sh. 5.

⁹⁸⁰ **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 262 vd.

⁹⁸¹ Borçlu, nakit parayı hesabın tutulduğu şubeden farklı bir şubeye yatırmış ise, posta havalesinden farklı olarak ifa etkisi, havale tutarının alacaklının hesabına aktarıldığı anda gerçekleşeceği görüşü için bk. **THALMANN**, *Rechtzeitigkeit*, sh. 263.

kurtulmuş sayılır⁹⁸². Buna karşın, nakit dışı (hesaptan hesaba) havale yoluyla yapılan ödemede, lehdar alacaklının bankası ödemeyi kabul anlamında tediye gişesi olmaktan çok, ödeme sonucunu gerçekleştirmek bakımından borçlunun yardımcı şahsı olarak hareket eder. Söz konusu ödeme işlemi, ancak havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi ile tamamlanmış olur. Zira, nakdi havaleden farklı olarak nakit dışı havalede ödeme süreci, ödeme talimatı verilmesi ve gerekli karşılığın bankaya aktarılması şeklinde iki unsurdan oluşmaktadır. Clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen havalede, ödeme talimatının ve karşılığın (havale tutarı) alacaklının bankasına ulaşması ile eş zamanlı olarak, havale tutarı da alacaklının hesabına alacak kaydedildiğinden, karşılığın ve havale talimatının alacaklının bankasına ulaştığı an, ödeme anı olarak önem arz etmez. Clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilmeyen – yani muhabir bankanın aracılığına başvuru – havalede ise, her ne kadar havale talimatının alacaklının bankasına ulaşma anı net bir şekilde tespit edilse dahi, yeterli karşılığın bankaya ulaşmış sayılıp sayılmayacağı, bankanın takdirine kalmış bir konu olup, bankanın bu yöndeki iradesini somutlaştıran olgu, yine havale tutarının lehdar alacaklının hesabına alacak kaydedilmesidir⁹⁸³. Bu nedenle nakit dışı havalede ödeme anı bakımından havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi esas alınır; bu olasılıkta lehdarın bankası tediye gişesi değil, para borçlusunun yardımcı şahsıdır.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, alacaklının bankası tediye gişesi sayılsa dahi, alacaklının banka hesabına nakdi ya da nakit dışı banka havalesi ile yapılan ödeme, üçüncü kişiye değil hesabın sahibi alacaklıya edimde bulunma teşkil eder; bu anlamda alacaklının hesabının tutulduğu banka, banka havalesi kurgusunda edimi kabule yetkili üçüncü şahıs değil, edimi kabul bakımından alacaklının yardımcı şahsıdır⁹⁸⁴ ⁹⁸⁵ (*Empfangsgehilfin*). Zira banka havalesi yoluyla yapılan ödemede para

⁹⁸² THALMANN, *Rechtzeitigkeit*, sh. 263.

⁹⁸³ THALMANN, *Rechtzeitigkeit*, sh. 259.

⁹⁸⁴ KOLLER, *Erfüllung*, sh. 22 (N. 43); WIEGAND, *Rechtsprechung*, sh. 564; karşı. BETTSCHART, sh. 112 dn. 14; Alman hukukunda da, alacaklının bankasının tediye gişesi (zahlstelle) sıfatına sahip olduğu benimsenmekle birlikte, alacaklının bankasının BGB m. 362/f. II anlamında üçüncü kişi değil alacaklının yardımcı şahsı olarak nitelendirilmesi gerektiği; alacaklının hesabına havale yoluyla ödeme yapan borçlunun da, üçüncü kişiye edimde bulunmuş sayılmayacağı; para borcunda ifa etkisinin ise, edim sonucunun doğduğu, yani havale meblağı alacaklının hesabına geçtiği anda gerçekleşeceği vurgulanmaktadır. Bu yönde bk. GERNHUBER, sh. 492 vd.; SCHMIDT, *Vorbem zu § 244*, sh. 122 (C 42); WENZEL, sh. 2342 (N. 16); karşı. OLZEN, *Vorbem zu §§ 362 ff*, sh. 40 (N. 33); MÜNCH, sh. 172; TAUPITZ, *Vertragserfüllung durch Leistung an den "Vertreter" des Gläubigers*, JuS 1992, H. 6, sh. 450.

borçlusunun borçlandığı edimin konusu, para alacaklısına banka nezdinde soyut bir alacak hakkı kazandırmaktır. Borçlu bu edimini, havale tutarının lehdar alacaklının hesabına alacak kaydedilmesiyle ile tamamlar⁹⁸⁶. Borçlanılan edim bu şekilde tanımlandığı takdirde, ödemenin yapıldığı kişi alacaklının bankası değil, alacaklının bizzat kendisidir. Diğer bir deyişle, nakit parayı alacaklının hesabının tutulduğu bankaya yatıran ya da nakit dışı havale söz konusu olduğunda havale talimatını ve gerekli karşılığı bu bankaya aktaran borçlu, para borcunu bankaya ödemiş sayılmaz; yalnızca alacaklının yardımcı şahsı nezdinde bir edimde bulunmuş olur. Oysa yardımcı şahıs nezdinde gerçekleştirilen edimin ifa etkisi doğurabilmesi için, borçlanılan edim sonucunun gerçekleşmiş olması, diğer bir deyişle, edimin yardımcı şahıs tarafından alacaklıya aktarılmış olması gerekir⁹⁸⁷. Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de, edim sonucu, havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi ile, yani alacaklının kaydı para üzerinde tasarruf etme olanağı elde etmesi ile gerçekleşir. Bu görüş uyarınca alacaklının bankasının yardımcı şahıs anlamında tediye gişesi sıfatı ise, bedel ilişkisinde gecikme ve kayıp riskinin alacaklıya geçişi bakımından belirleyicidir⁹⁸⁸.

Bize göre de, havale yoluyla alacaklının banka hesabına yapılan ödemede bu hesabın tutulduğu banka, kural olarak edimi kabule yetkili üçüncü kişi konumunda değildir. Zira ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasına rıza gösteren alacaklı, borçluya yalnızca hesabının tutulduğu bankanın ismini değil bu banka nezdinde tutulan hesabına ilişkin bilgileri de iletmektedir. Taraflar, borçlunun havale tutarını banka nezdindeki alacaklıya ait belirli bir hesaba aktaracağı konusunda anlaşmakla, kural

⁹⁸⁵ Böylelikle lehdarın bankası alacaklı ile borçlu arasındaki bedel ilişkisi bakımından alacaklının yardımcı şahsı konumunda iken, havaleci ile bankası arasındaki karşılık ilişkisi bakımından alt havale edilen konumundadır.

⁹⁸⁶ **GERNHUBER**'e göre (sh. 493), nakit dışı ödemede, para borçlusunun malvarlığından doğrudan para alacaklısının malvarlığına aktarılan bir değer söz konusudur. Bu olgu, alacaklı ve borçlunun hesaplarının aynı bankada tutulduğu olasılıkta belirgin olmakla birlikte, tarafların hesaplarının ayrı bankalarda olduğu durumda da geçerlidir. Şöyle ki, kaydi paranın alacaklıya aktarılması sürecinde, karşılığın alacaklının bankasına aktarılması amacıyla zorunlu olarak aracı banka ya da alacaklının bankası lehine alacak kaydı yapılmış olmasından, borçlunun bu bankalara ödeme yaptığı sonucu çıkarılmamalıdır. Diğer bir deyişle kaydi paranın öncelikle aracı bankanın ve/veya alacaklının bankasının hesabına aktarılması, bütünlük arz eden nakit dışı ödeme sürecinin aşamalarından ibaret olup, bu şekilde banka(lar) lehine gerçekleştirilen kazandırma, borçlanılan edimin üçüncü kişiye karşı yerine getirilmesi olarak değerlendirilmemelidir.

⁹⁸⁷ **KOLLER**, Erfüllung, sh. 21 (N. 38, 43).

⁹⁸⁸ Bu yönde bk. **BETTSCART**, sh. 112 dn. 16.

olarak⁹⁸⁹ ödemenin yapılacağı kişinin de banka değil, hesap sahibi olan para alacaklısı olduğu konusunda anlaşmış sayılırlar. Öte yandan alacaklının hesabının tutulduğu bankanın üçüncü kişi sayılıp sayılmaması bakımından nakdi ve nakit dışı havale arasında ayırım yapan yaklaşım da reddedilmelidir. Zira gerekli karşılığı alacaklının hesabının tutulduğu bankaya kaydi para olarak aktaran borçlunun, bu yükümlülüğü söz konusu bankaya nakit para yatırmak suretiyle yerine getiren borçluya göre daha fazla risk üstlenmiş sayılmasını haklı kılan bir durum kanımızca mevcut değildir.

Sonuç itibariyle tarafların gerçek ortak iradeleri, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılması ise, lehdarın hesabının tutulduğu banka tediye gişesi değildir⁹⁹⁰. Buna bağlı olarak Banka havalesi yoluyla yapılan ödeme de, üçüncü kişiye değil, üçüncü kişi aracılığıyla yapılan bir ödeme tarzıdır⁹⁹¹. Dolayısıyla borcun ifa edilmesi gereken kişi, hesabın tutulduğu banka değil, ilgili banka hesabının ait olduğu kişidir. Öte yandan varılan bu sonuç somut olayda ifa etkisinin doğduğu anın tespitine de hizmet eder. Şöyle ki, tediye gişesi tayini söz konusu olduğunda kural olarak ifa etkisi, para borçlusunun banka nezdinde edimde bulunduğu anda gerçekleşir. Buna karşın, banka havalesinde ifa etkisi, kural olarak en erken havale tutarının lehdarın hesabına aktarıldığı anda gerçekleşir. Son tahlilde, borçluya banka hesap bilgilerinin verilmesinin, tediye gişesi tayini teşkil edip etmediği, para borcu ilişkisinin taraflarının iradeleri yorumlanmak suretiyle belirlenmelidir. Somut olayda banka havalesi yoluyla ödemenin kararlaştırıldığı söylenebilmesi için, borçlanılan tutar lehdar alacaklının hesabına aktarılmadıkça para borcunun ödenmiş sayılmayacağı yönündeki taraf iradelerinin tespit edilebilmesi gerekir⁹⁹².

⁹⁸⁹ Alacaklı borçlusunu salt bankasına ödeme yapma konusunda yetkilendirmiş ise, bankanın edimi kabule yetkili üçüncü şahıs ya da yardımcı şahıs olarak nitelendirilmesinin somut olayda değerlendirilmesi gerektiği görüşünde bk. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 21 (N. 38); karş. **TÜRK**, sh. 87. Havale tutarının aktarılacağı hesap eksi bakiyede ise, bankanın havale lehdarından olan bu alacağı ile lehdarın hesabına aktarması gereken havale tutarını takas etmesinin, ödemenin üçüncü kişiye (bankaya) yapılması olarak nitelendirilebileceği yönünde bk. **MÜNCH**, sh. 172.

⁹⁹⁰ Gerçi her iki durumda da para borcunun ifası bir bankanın katılımı ile üç köşeli bir ilişki zemininde gerçekleşmektedir. Bununla birlikte bu iki kavram para borçlusuna verilen ödeme yetkisi bakımından birbirinden ayrılmaktadır. Şöyle ki, tediye gişesinde, ödeme yetkisi para alacaklısı ile borçlusu arasındaki anlaşmaya dayanmakta iken, havale hükümlerinin kıyasen uygulanacağını kabul ettiğimiz banka havalesinde, havaleci tarafından bankaya verilen ödeme yetkisi tek taraflı bir hukuki işleme dayanır. Karş. **TÜRK**, sh. 87.

⁹⁹¹ **OBERSON**, sh. 424;

⁹⁹² **WIEGAND**, Rechtsprechung, sh. 563.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN BORCA UYGUN OLMAMASININ SONUÇLARI

Yukarıda açıklandığı üzere, bedel ilişkisini teşkil eden para borcunun gereği gibi ifa edilmiş olması için, kaydi paranın aktarılmasının, konu, yer, zaman ve kişi unsurları bakımından borca uygun olması gerekir. Diğer bir deyişle para borçlusu havale yoluyla ödemeye yetkili olup, havale tutarı alacaklının kararlaştırılan bankadaki hesabına zamanında alacak kaydedilmiş ise, (havale yoluyla) ödeme borca uygun şekilde gerçekleşmiş ve bedel ilişkisinde para borcu gereği gibi ifa edilmiş olur.

Daha önce de belirtildiği gibi, genel olarak borcun doğru şekilde ifa edilmesi, alacaklının tam olarak tatmin edilmiş olmasına, yani alacaklıya konu, yer, zaman ve kişi unsurları bakımından uygun şekilde edimde bulunulmuş olmasına bağlıdır. Borçlunun yerine getirdiği edimde bu unsurlara aykırılık söz konusu ise, ihlal edilen unsurun özelliğine göre borcun hiç ifa edilmediğinden ya da gereği gibi ifa edilmediğinden söz edilir⁹⁹³. Diğer borç türlerine göre özellik arz ettiğini birinci bölümde belirttiğimiz para borcunda ise, borcun kısmen ödendiği durumlar bir yana, ifanın gereği gibi olmaması ödemenin zamanında gerçekleşmemesine karşılık gelir. Zira alacaklıya yapılan ödemenin borç tutarından eksik olması anlamında kısmi ifa, alacaklının, borçlu tarafından yapılan kısmî ifa teklifini kabul edip etmemesine bağlı olarak ödemenin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesinin sonuçlarına tabî olması itibariyle, özellik arz etmemektedir⁹⁹⁴. Bu noktadan hareketle, para borcunun banka havalesi yoluyla ödenmesinde de, ödemenin borca uygun olmaması, ödemenin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesi sonucunu doğurur.

⁹⁹³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 3 (N. 2007).

⁹⁹⁴ Borçlunun kısmi ifada bulunabilme olanağı ve yükümlülüğü konusunda ayrıca bk. hk. bk. OĞUZMAN/ÖZ, sh. 221; TEKİNAY, S.S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 764; EREN, sh. 883; SEROZAN, sh. 99 (N. 1) vd.

İfa sebebi dışında borcu sona erdiren durumlar bir kenara bırakıldığında, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin borca uygun olmadığı tüm durumlarda ödemenin gecikmesine dayalı talepler gündeme gelecektir. Bununla birlikte ödemenin salt zaman unsuru bakımından borca uygun olmadığı durumlarda, alacaklının borçludan ifa talebinde bulunması söz konusu olamayacak iken, ödemenin hiç gerçekleşmediği durumlarda gecikmeye bağlı taleplerin yanında borçluya ifa talebi de yöneltilebilecektir. Buradan şu sonuca varılabilir ki, borca aykırılık halleri olarak ödemenin zamanında gerçekleştirilmemesi ile ödemenin hiç gerçekleştirilmemesi, birbirlerinden, para alacaklısının borçludan ifa talebinde bulunup bulunamayacağı sorunu üzerinde ayrılırken, diğer yandan her iki borca aykırılık halinde de ortak olan, alacaklının gecikmeye dayalı taleplerine imkân vermeleridir. Bu nedenle aşağıda öncelikle her iki borca aykırılık halini de ilgilendiren temel ve ortak sonuç olan ödemenin zamanında gerçekleşmemesi ve buna bağlanan sonuçlar ele alınacaktır.

I. BANKA HAVALESİ YOLUYLA YAPILAN ÖDEMENİN ZAMANINDA GERÇEKLEŞMEMESİNE BAĞLI SONUÇLAR

A. GENEL OLARAK

Bedel ilişkisinde ödeme için yasada veya sözleşmede bir süre öngörülmüş ve bu süre içinde ödeme gerçekleşmemiş, yani havale tutarı öngörülen süre içinde alacaklının hesabına aktarılmamış ise, – havale tutarı alacaklının hesabına sonradan ulaşsa⁹⁹⁵ dahi – ödeme gecikmiş olur.

Bu gecikme, para alacaklısının ya da para borçlunun zarara uğramasına sebep olabilir. Söz konusu gecikme nedeniyle uğranılan zarar, fiili zarar ya da kazanç kaybı şeklinde doğrudan alacaklının malvarlığında ortaya çıkabileceği gibi; bu zarar borçlunun borca aykırı sayılan davranışına bağlanan bir sonuç olarak bir hakkın kaybedilmesi⁹⁹⁶ şeklinde doğrudan borçlunun malvarlığında da gerçekleşebilir.

⁹⁹⁵ Örneğin havale sürecindeki bankalardan birinin ödeme talimatını işleme koymakta gecikmesi üzerine havale tutarı gecikmeli olarak – ödeme için öngörülen süre dolduktan sonra – alacaklının hesabına geçmiş ise, para borcu ifa ile sona ermiş olmakla birlikte, ifanın zamanında gerçekleşmemesine bağlı sonuçlar gündeme gelecektir. Gecikmeye yol açan durumlara ilişkin benzer örnekler için ayrıca bk. **THALMANN**, Überlegungen zur Haftung der Bank für indirekten Schaden aus Verspätungen im Zahlungsverkehr, Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, (kıs. Haftung), sh. 161.

⁹⁹⁶ **WIEGAND/HODEL**, sh. 208.

Doğrudan alacaklının malvarlığında gerçekleşen gecikmeye bağlı zarar, lehdar alacaklının, hesabına zamanında geçmeyen tutar için işleyecek faizden yoksun kalma şeklinde ortaya çıkar⁹⁹⁷. Ödenmesi gereken tutarının artmasına bağlı olarak uğranılan zararın da kapsamının genişlemesi söz konusu olacaktır. Öte yandan, enflasyona bağlı olarak paranın alım gücünün azalması anlamında ülke parasının değer kaybetmesi (*Geldentwertung*) veya bir yabancı para borcu söz konusu olduğunda, yabancı para biriminin ülke parası karşısındaki değer değişikliklerine (*Wechselkursänderung*) bağlı olarak kur kaybı da alacaklının uğradığı gecikme zararına örnek teşkil eder⁹⁹⁸. Bunun yanı sıra ödemenin zamanında gerçekleşmemesi, alacaklının taraf olduğu başka bir hukuki ilişkiyi olumsuz etkilemek suretiyle de alacaklının zarara uğramasına sebep olabilir. Özellikle, kendisine yapılması gereken ödemenin gecikmesine bağlı olarak alacaklının, başka bir hukuki ilişki çerçevesinde borçlu olduğu üçüncü kişiye – yani kendi alacaklısına – karşı yükümlülüğünü zamanında yerine getirememesi ve temerrüde düşmesi sonucunda, kendi alacaklısına temerrüt faizi veya sözleşme cezası ödemek zorunda kalması, ya da borç ilişkisinin sona erdirilmesine bağlı başkaca zararlara uğramış olması mümkündür. Keza alacaklının kendi yükümlülüklerini yerine getirememesi nedeniyle iflas etmesi veyahut aleyhine yapılan icra takibinde mallarının düşük bedelle satılması da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁹⁹⁹. Ödemenin gecikmesi sırasında borçlunun iflas etmesi nedeniyle havale BK m. 461/f. III uyarınca geri alma anlamında hükümsüz kalmış ise, söz konusu gecikme alacaklıyı havale tutarından mahrum bırakacağı ölçüde alacaklının uğrayabileceği olası bir diğer zarar tipini teşkil eder¹⁰⁰⁰.

Bu noktada aşağıda öncelikle, bedel ilişkisinde para borçlusunun, ödemenin gecikmesi nedeniyle para alacaklısının uğradığı zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı incelenecektir. Para borçlusunun, gecikme nedeniyle alacaklıya karşı sorumlu olduğu sonucuna varıldığı ölçüde, gecikmeye sebep olan banka veya bankalara

⁹⁹⁷ Bu kapsamda zarar, bir kazanç kaybı olarak, hesap bakiyesinin artmamasına bağlı olarak alacaklının işleyecek faiz gelirinden yoksun kalması (entgangener Zinsen) ya da alacaklının hesabı eksi bakiyede ise, fiili zarar şeklinde, işlemeye devam edecek faiz nedeniyle alacaklının pasifinin artması (belasteter Zinsen) şeklinde ortaya çıkabileceği yönünde bk. **THALMANN**, Haftung, sh. 161; **HEINI**, sh. 79.

⁹⁹⁸ **CANARIS**, sh. 317 (N. 479); **HEINI**, sh. 79; bu tip zararın BK m. 105 kapsamında munzam zarar olarak tazmin edilebilirliği hk. bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 210, 213; **ALBAŞ**, sh. 213, 222; **HELVACI**, sh. 87, 88.

⁹⁹⁹ **BARLAS**, Temerrüt, sh. 203; **ALBAŞ**, sh. 204; karş. **HEINI**, sh. 79.

¹⁰⁰⁰ **HEINI**, sh. 79.

ne ölçüde rücu etme olanağına sahip olduğu incelenmelidir. Bedel ilişkisinde gecikmenin borçluya isnat edilemediği durumda ise, alacaklının, uğramış olduğu zararın tazminini gecikmeye sebep olan bankadan talep etmesi de söz konusu olabilecektir. Keza bankanın sorumluluğu borçlunun gecikme nedeniyle uğradığı doğrudan zarar bakımından da gündeme gelebilir.

B. BORÇLUNUN GECİKME ZARARINDAN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Havale yoluyla yapılan ödemenin zamanında gerçekleşmemiş olması nedeniyle bedel ilişkisinde para alacaklısının zarara uğrayabileceği yukarıda belirtilmişti. Para borcunun zamanında ödenmemesinin yol açtığı bu zarardan borçlunun sorumluluğu, Türk ve İsviçre hukuklarında objektif şekilde borca aykırı gecikme (*objektiv pflichtwidrige Verspätung*) olarak tanımlanan BK m. 101 vd. anlamında borçlu temerrüdü hükümlerine tabidir¹⁰⁰¹. Buna göre, borçlanılan edimin ifası mümkün ise, borçlu edimini, bizzat yasada öngörülen veya borç ilişkisinin taraflarınca¹⁰⁰² – BK m. 101/f. II temelinde – veyahut alacaklının ihtarı çerçevesinde¹⁰⁰³ tespit edilen süre içinde yerine getirmediği takdirde, gecikmede kusurlu olup olmamasından bağımsız şekilde borçlu temerrüdüne düşer.

¹⁰⁰¹ **EREN**, sh. 1054; **BARLAS**, Temerrüt, sh. 17; **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 151 (N. 2936, 2951); **KOLLER**, Erfüllung, sh. 322 (N. 20); **FEO**, sh. 287; Alman Hukuku'nda ise, BGB § 286/IV uyarınca borçlunun temerrüde düşmesi için edimin gecikmesinde borçlunun kusurlu olması gerekir. Bu konuda ayrıca bk. **MEDICUS**, Schuldrecht, sh. 195; **EMMERICH**, V.: Das Recht der Leistungsstörungen, 5., neubearbeitete Aufl., München 2003, sh. 230 vd.

¹⁰⁰² Bu süre, taraflarca, belirli vade olarak kararlaştırılmış olabileceği gibi, taraflardan birine tanınan muacceliyet ihbarında bulunma yetkisi uyarınca da belirlenmiş olabilir. Bu konuda bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 54 vd.

¹⁰⁰³ Alacaklı tarafından BK m. 101/f. I uyarınca gönderilecek ihtarda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, edimin hangi andan itibaren gecikmiş, diğer bir deyişle, borçlunun temerrüdü düşmüş olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, borçlu temerrüdü ihtarın borçluya ulaştığı anda gerçekleşir. Bu görüş için bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 105; **HELVACI**, sh. 105; Buna karşın bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, borçlu temerrüdü ihtarın borçluya ulaştığı anda değil, ihtarın ulaşmasından itibaren işlemeye başlayacak tepki süresinin (Reaktionszeit) sonunda, diğer bir ifade ile somut olayda edimin gerçekleştirilmesi için gerekli makul sürenin (angemessene Zeit) geçmesi ile temerrüde düşer. Konumuz açısından, bu tartışmanın önemi, götürülecek borç niteliğindeki para borçlarında, ihtarın borçluya ulaşmasından sonra paranın alacaklıya götürülmesi için borçluya makul bir sürenin tanınması gerektiği noktasında önem taşır¹⁰⁰³. Benimsediğimiz görüş uyarınca, hesaba havale yoluyla ödeme yapan borçlu, alacaklının ihtarı üzerine gecikmeksizin bankaya havale talimatı vermiş ve havale tutarı olağan sayılabilecek süre içinde alacaklının hesabına geçmiş ise, para borcunu zamanında ödemiş – borçlu temerrüdüne düşmemiş – sayılmalıdır.

Bir para borcu söz konusu olduğunda, para alacaklısı da, yasa veya tarafların anlaşması uyarınca veyahut alacaklının ihtarı¹⁰⁰⁴ temelinde belirlenen süre içinde, borçlanılan para tutarı üzerinde tasarruf olanağı elde edemediği takdirde, ödeme zamanında gerçekleşmemiş sayılacaktır¹⁰⁰⁵. Bu noktada para borçlarında objektif anlamda ifa imkânsızlığının söz konusu olmadığı¹⁰⁰⁶ ve para borçlusunun borçlu olduğu para tutarını tedarikle yükümlü¹⁰⁰⁷ olduğu dikkate alındığında, öngörülen süre içinde gerçekleşmeyen ödeme sonucunda para borçlusu, kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak BK m. 101/f. I uyarınca temerrüde düşmüş olur. Temerrüde düşen para borçlusunun BK m. 103 gereği temerrüt faizi ödeme yükümlülüğü de, gecikmede kusurlu olmasına bağlı değildir¹⁰⁰⁸. Bununla birlikte öğretilerde vurgulandığı üzere, istisnaen, edimin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesine, genel hayat tecrübelerine göre – olağan hayat şartlarında – öngörülemeyecek ve önlenemeyecek olguların yol açması durumunda, borçlu temerrüde düşmüş olmaz¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁴ Öğretilerde **FEO** (sh. 303), ihtarın doğrudan doğruya temerrüdü gerçekleştirmeyeceği görüşünde olmakla birlikte, para borçları bakımından bu kurala bir istisna tanınmaktadır. Yazar, ödemenin hazırlık fiilli gerektirmediğinden ve borçlunun ödemeyi derhal gerçekleştirmesinin mümkün olduğundan hareketle, ihtarın borçluya ulaştığı anda temerrüdün gerçekleşeceği sonucuna varmaktadır. Türk hukukunda **BARLAS** (Temerrüt, sh. 105) tarafından da, aynı gerekçe ile bu görüşün para borçları alanında uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmekle birlikte, istisnaen büyük miktarda ödemeler söz konusu olduğunda dürüstlük kuralı gereği, temerrüdün ihtar anında değil, ihtardan uygun bir süre geçtikten sonra gerçekleşeceği benimsenmektedir. Kanımızca öğretilerde savunulanın aksine, kategorik şekilde para borcunun ifasının zamana yayılan bir edim gerektirmediği söylenemez. Nakit dışı ödemelerde, özellikle yurt dışına yapılan havale söz konusu olduğunda, havale tutarının birden fazla banka aracılığıyla aktarıldığı dikkate alındığında, ödeme süreci zamana yayılmaktadır.

¹⁰⁰⁵ **HEINI**, sh. 80; **WIEGAND/HODEL**, sh. 204. Ayrıca bk. yukarıda İkinci Bölüm III. A.

¹⁰⁰⁶ Öğretilerde genel kabul gören görüş, para borcunun konusunun alacaklıya soyut mali gücü kazandırmak olduğundan hareketle bir yerli para borcunun ödenmesinde, ülkede yasal ödeme araçları tedavül ettiği sürece, ödemenin objektif anlamda imkânsız hale gelmeyeceği yönündedir. Bir yabancı para borcu söz konusu olduğunda ise, ödemenin yapılacağı ülkedeki döviz mevzuatı tarafından söz konusu yabancı paranın ödeme amacıyla kullanılmasının yasaklanması olasılığında, objektif nitelikli bir ifa imkânsızlığının söz konusu olabileceğine öğretilerde işaret edilmekle birlikte; bu olasılıkta dahi, ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı ve borçlunun, ifası imkânsızlaşan yabancı para yerine aynı miktarda soyut mali güce karşılık gelen memleket parası ile ödeme yapmakla yükümlü olduğu benimsenmektedir. Bu yönde bk. **BARLAS**, Temerrüt, sh. 18, 19 dn. 42; **BAYGIN**, sh. 119; **ALBAŞ**, sh. 46, 49; karş. **HEINI**, sh. 80 dn. 10.

¹⁰⁰⁷ **MEDICUS**, D.: Geld muss man haben, AcP 188 (1988), (kıs. Geld), sh. 490.

¹⁰⁰⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 391.

¹⁰⁰⁹ Tedbirli bir borçlunun dahi öngöremeyeceği, savaş, grev, devlet müdahalesi vs. olgulardan kaynaklanmış ise, alacaklının borçluya yönleteceği gecikmeye ilişkin taleplerin MK m. 2'ye aykırı olacağı yönünde bk. **SCHÖNLE**, sh. 113; **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 244 (N. 126, 128); **BILOTTE-TONGUE**, sh. 87; karş. **HEINI**, sh. 80. ; **BUIS**, sh. 34; Benzer bir yaklaşımın alıcının satım parasını ödeme borcunun götürülecek borç olarak düzenlendiği 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi) m. 79/f. I ve f. II hükümlerinde de benimsendiği görülmektedir. CISG m. 79/f. I ve II uyarınca, borçlu, borcun ifası için üçüncü kişiye

Öte yandan ödemenin gecikmesi, temerrüt faizini aşan bir zarara yol açmış ise, borçlunun bu zarardan sorumlu tutulabilmesi, BK m. 105 uyarınca, gecikmeye yol açan olgu ya da davranış bakımından kusurlu olmasını gerektirir. Bu noktada kaydi para ile – banka havalesi yoluyla – ödeme, ödeme sürecine katılan bankalardan kaynaklanan gecikmenin, havaleci borçluya kusur olarak isnat edilip edilemeyeceği sorununun gündeme getirmektedir. Somut ifade ile, banka havalesi yoluyla yapılan ödeme gecikmiş ise, borçlunun sorumluluğu bakımından gecikmeye yol açan olgunun ne ölçüde, havaleci borçluya bir kusur olarak isnat edilebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla aşağıda öncelikle, havaleci borçlunun bizzat kendi davranışının yol açtığı gecikmeden sorumlu tutulmasının koşulları belirlenecek daha sonra da, ödeme sürecine katılan bankaların gecikmeye yol açan davranışlarının borçluya kusur olarak isnat edilip edilemeyeceği ele alınacaktır.

2. Borçlunun Kendi Kusurlu Davranışından Kaynaklanan Gecikme Nedeniyle Sorumluluğu

BK m. 105 uyarınca para borçlusu ödemenin gecikmesinde kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, alacaklının uğradığı temerrüt faizi ile karşılanamayan zararı da tazmin ile yükümlüdür¹⁰¹⁰. Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede, havale tutarının alacaklının hesabına ulaşması için gerekli makul/olağan süreyi dikkate almak suretiyle bankaya havale talimatı veren –ve/veya parayı nakit yatıran – ve ödeme sürecini başlatan havaleci borçlunun, gecikme bakımından kusurlu olmadığını ispat etmiş olacağı ve bu ölçüde sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmektedir¹⁰¹¹. Diğer bir deyişle

başvurmuş ise, hem kendisinin hem de başvurduğu üçüncü kişinin etki alanı dışında kalan bir ifa engeli nedeniyle ifanın hiç veya gereği gibi gerçekleşmediğini, söz konusu ifa engelinin sözleşmenin kurulması anında öngörülemez olduğunu ve bu engeli bertaraf ederek gereği gibi ifada bulunmanın mümkün olmadığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. CISG Art. 79/I: « A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences ». CISG Art. 79/II: « If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: a) he is exempt under the preceding paragraph... » Bu konuda bk. **ATAMER**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, (kis. CISG), sh. 456, 471 vd. Yine bu anlaşmaya tabi bir ödeme söz konusu olduğunda, hükümetçe ödemelerin dondurulması, grev, iç savaş vs. gibi sebeplere bağlı olarak ödemenin hiç yada zamanında gerçekleşmemesi durumunda para borçlusu sorumluluktan kurtulacağı yönünde bk. **HUBER**, sh. 48

¹⁰¹⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 398.

¹⁰¹¹ **TÜRK**, sh. 282; **WIEGAND/HODEL**, sh. 204.

kusur unsuru bakımından önem arz eden, münferit ödeme işleminde, ödeme anı bakımından esas olan havale tutarının lehdarın hesabına ulaşması ise, havaleci borçlunun ödeme sürecini havale tutarı öngörülen sürede alacaklının hesabına geçecek şekilde başlatıp başlatmadığıdır¹⁰¹². Buna karşın, havale tutarının alacaklının hesabına öngörülen süre içinde ulaşmasının makul olarak beklenemeyeceği kadar geç bir anda ödeme sürecini başlatan borçlunun, ödemenin gecikmesinde kusurlu olduğu kabul edilir¹⁰¹³. Borçlunu kusurlu olduğu ve alacaklının munzam zararını tazminle yükümlü olduğu olasılıkta, tazminat yükümlülüğünün kapsamı bakımından, borçlunun kusur derecesinin yanı sıra lehdar alacaklının da gecikmede ortak kusurunun olup olmadığı dikkate alınacaktır¹⁰¹⁴.

3. Borçlunun Ödeme Sürecine Katılan Banka(lar)dan Kaynaklanan Gecikme Nedeniyle Sorumluluğu

Havaleci borçlu bankaya ödeme talimatını kusurlu sayılmayacak kadar önceden vermiş olmasına rağmen, havale sürecine katılan banka ya da bankaların davranışları nedeniyle havale tutarı lehdarın hesabına zamanında ulaşmamış olabilir. Bu konuda, banka tarafından havale lehdarının kimliğinde hata yapılarak havale tutarının yanlış bir kişinin hesabına aktarılması ya da yetkili banka görevlisinin görev başında olmaması nedeniyle ödeme talimatının hiç ya da gecikmeli olarak işleme konulması, ödeme talimatındaki acil kaydının banka tarafından dikkate alınmaması¹⁰¹⁵ vs. durumlar akla gelebilir¹⁰¹⁶. Nihayet banka ya da bankalardan birinin elektronik bilgi işlem sistemindeki arıza nedeniyle ödeme talimatının hiç ya da zamanında icra edilememesine bağlı olarak havale tutarının lehdarın hesabına hiç ya da zamanında ulaşmaması, bedel ilişkisinde ödemenin zamanında gerçekleşmemesine sebep olan olgulara örnek teşkil eder¹⁰¹⁷.

¹⁰¹² **BUIS**, sh. 35. Vurgulamak gerekir ki, havaleci borçlu kusurlu sayılmayacak kadar önceden havale sürecini başlatmış, ancak ödeme bankalardan kaynaklanan sebeplerle gecikmiş ise, havaleci borçlunun bu gecikmeden sorumlu tutulup tutulamayacağı, bankalara ilişkin bedel ilişkisindeki risk dağılımına bağlı bir sorundur. Bu konu aşağıda detaylı şekilde ele alınacaktır.

¹⁰¹³ **WIEGAND/HODEL**, sh. 282.

¹⁰¹⁴ **BUIS**, sh. 35.

¹⁰¹⁵ Bk. BGE 114 Ib 67.

¹⁰¹⁶ Bu konuda örnek teşkil eden İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bk. **HEINI**, sh. 81 vd.

¹⁰¹⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 243.

Belirtilen bu ve benzeri durumlarda havaleci borçlunun gecikme bakımından bizzat kusurlu olmamasına rağmen gecikmeden doğan munzam zarardan sorumlu tutulabilmesi, gecikmeye yol açan bankanın kusurlu davranışının havaleciye varsayılan (farazi) kusur (*hypothetische Verschulden/Vorwerfbarkeit*)¹⁰¹⁸ olarak isnat edilebilir olmasına, diğer bir deyişle ilgili bankanın davranışından havaleci borçlunun ödeme işlemi bakımından BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulabilmesine bağlıdır¹⁰¹⁹. Bilindiği üzere BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs öğretide en genel şekli ile, borçlu tarafından borcun ifası sürecine dahil edilen üçüncü kişi olarak tanımlanmakta olup, bu tanım itibariyle yardımcı şahıs nitelendirmesinde, üçüncü şahsın borçlanılan edim fiillerini yerine getirmesi ve bu olgunun borçlunun bilgi ve iradesi dahilinde gerçekleşmesi şarttır¹⁰²⁰. Yardımcı şahsın davranışından sorumluluğun ölçüsünde esas alan (varsayılan) kusur kavramı ise, ifa sürecinde başvuru yardımı şahsın zarara yol açan davranışında kusurlu olup olmaması değil, aynı davranışın bizzat borçlu tarafından yerine getirildiği varsayımda borçluya kusur isnat edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Şu halde yapılan değerlendirme sonucunda gecikmeye yol açan bankanın, havaleci borçlunun para borcunun ifası bakımından yardımcı şahsı olduğu sonucuna varılır ise, ikinci aşamada havaleci borçlu, kendisine varsayılan bir kusur dahi isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe meydana gelen munzam zarardan sorumlu olacaktır¹⁰²¹. Söz konusu banka ya da bankalar, bedel ilişkisindeki para borcunun ifası bakımından havaleci borçlunun yardımcı şahsı olarak nitelendirilemez iseler ya da havaleci borçlu BK m. 100 uyarınca kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulur ise, bedel ilişkisindeki gecikme riski de lehdar alacaklı tarafından üstlenilmiş olur.

Bu itibarla aşağıda, borçlunun havale zincirindeki bankalardan kaynaklanan gecikme nedeniyle sorumluluğu, sırası ile ödeme talimatının verildiği banka, olası aracı

¹⁰¹⁸ Kavram için bk. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 142 (2884) vd; KOLLER, Erfüllung, sh. 290 (N. 110); OĞUZMAN/ÖZ, sh. 371; ŞENOCAK, Z.: Borçlunun İfa Yardımcısından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1995, sh. 210 vd; SEROZAN, sh. 237 (N. 4).

¹⁰¹⁹ BUIS, sh. 34; karş. WIEGAND/HODEL, sh. 204 vd.

¹⁰²⁰ Kavram için bk. OĞUZMAN/ÖZ, sh. 365; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, sh. 892 vd.; ŞENOCAK, sh. 104; KOLLER, Erfüllung, sh. 285 (N. 91);

¹⁰²¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 165 (N. 3033). Bize göre, ödemenin kaydı para ile (nakit dışı olarak) yapılması, borçlanılan edimin banka aracılığıyla yerine getirilmesi, yani borcun asli ifa biçimi olarak bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi anlamına geldiğinden, borçlunun yukarıda açıklanan şekilde bir kurtuluş kanıtı getirmesi söz konusu olamamalıdır.

banka(lar) ve havale tutarını alacaklının hesabına alacak kaydeden bankanın, borçlunun BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı niteliğinde olup olmadığı zemininde incelenecektir.

a. Borçlunun Ödeme Talimatı Verdiği Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından

Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde¹⁰²² ve bazı yargı kararlarında¹⁰²³, genel olarak bir para borcunun havale yoluyla ödenmesi çerçevesinde lehdara ödeme yapan havale muhatabının, para borçlusunun BK m. 100 (art. 101 CO) anlamında yardımcı şahsı sıfatı ile faaliyette bulunduğu benimsendiği görülmektedir. Bize göre de banka havalesinde, münferit ödeme işleminde başka sonuçlara varmayı gerektirebilecek özellik arz eden durumlar mevcut olmadığı sürece, borçlunun ödeme talimatı verdiği ve kaydi paranın lehdara aktarılmasını kendisine bıraktığı bankanın bedel ilişkisindeki para borcunun ifası bakımından borçlunun ifa yardımcısı konumunda olduğunun kabulü gerekir. Gerçekten de banka havalesinde, diğer nakit dışı ödeme usullerinde olduğu gibi, borçlu para borcunu şahsen ifa etmemekte, banka aracılığıyla edim sonucunu gerçekleştirmektedir.

Bu noktada kanımızca, ödemenin kurum içi ya da zincirleme banka havalesi şeklinde gerçekleşmesi, borçlunun ödeme talimatı verdiği bankadan kaynaklanan gecikmeden sorumlu olması bakımından herhangi bir fark yaratmaz. Diğer bir deyişle, ödemenin tek bir banka aracılığıyla gerçekleştirildiği olasılıkta da, borçlu, havale tutarının lehdarın hesabına geç aktarılmasındaki gecikmeden BK m. 100 uyarınca sorumlu olur¹⁰²⁴.

¹⁰²² TÜRK, sh. 85, 284; SEROZAN, sh. 240 (N. 6b); Posta havalesinde Posta idaresinin istisna teşkil ettiği konusunda bk. OĞUZMAN/ÖZ, sh. 365; banka havalesi için İsviçre hukukunda bu yönde bk. HEINI, sh. 81; BILOTTE-TONGUE, sh. 87; WIEGAND/HODEL, sh. 205; HESS, Clearing, sh. 105; BETTSCHART, sh. 263; BUIS, sh. 24; LOMBARDINI, sh. 229 (N. 13).

¹⁰²³ BGE 114 Ib 67 E. 2 c-e; BGE 111 II 504 E. 1; posta havalesi için ayrıca bk. BGE 119 II 232 E. 2.

¹⁰²⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, sh. 58 (N. 2370); karşı. SCHRANER, Art. 74, sh. 156 (N. 194); karşı görüşte olan KOLLER (Erfüllung, sh. 101 N. 60) ise, borçlunun bankadan kaynaklanan gecikmeden sorumluluğunun, bankanın ödeme sürecinde yerine getirdiği faaliyetin, taraflardan hangisinin baskın menfaatine olduğuna göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla yazar, havale tutarının borçlunun hesabından çekildiği andan itibaren bankanın alacaklının risk alanında faaliyet gösterdiği, bu andan itibaren gerçekleşecek gecikmeden borçlunun sorumlu olmayacağı görüşündedir. Kanımızca kurum içi havalede bankanın, hem borçlu hem de alacaklı ile hesap ve ciro sözleşmesi ilişkisi

b. Aracı Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından

Daha önce açıklandığı üzere, havalecinin bankası ile lehdarın bankası doğrudan hesap ilişkisi içinde değil iseler, havale tutarının lehdarın bankasına aktarımı muhabir bankalar aracılığıyla gerçekleşmektedir¹⁰²⁵. Öğretide genel kabul gören görüş, tıpkı ödeme talimatının iletildiği banka gibi, aracı bankanın da, para borcunun ifasında borçlunun BK m. 100 *anlamında* yardımcı şahsı olduğu; havaleci borçlunun bu bankadan kaynaklanan gecikme dolayısıyla lehdar alacaklıya karşı sorumlu olacağı yönündedir¹⁰²⁶. Bu görüşe temel teşkil eden gerekçeler incelenecek olduğunda, öncelikle, aracı bankanın, bedel ilişkisindeki para borcunun ifası – kaydi paranın lehdara aktarılması – sürecinde faaliyet gösteren bir kişi olduğu ve yerine getirilen bu faaliyetin havaleci borçlunun iradesi ve bilgisi dahilinde gerçekleştiği ya da bu bankaların ödeme sürecine katılmasının, havaleci borçlu tarafından hesaba katılması gereken bir durum olduğuna işaret edilmektedir¹⁰²⁷. Ayrıca borçlunun bu yönde bir iradesi mevcut olmasa dahi, ödeme sürecine havalecinin bankasının yardımcı şahsı olarak katılan aracı bankanın yol açtığı zarara aslında borçlunun, salt ilk yardımcı şahsa başvurmakla dolaylı şekilde sebep olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰²⁸. Öte yandan havale zincirine dahil olan fazladan her bir banka ödemenin gecikmesi ya da hiç gerçekleşmemesi riskini de arttırdığı ve bu riskin borçlu tarafından üstlenilmesinin menfaatler dengesine daha uygun olacağı vurgulanmıştır. Zira aracı banka kural olarak lehdar alacaklı tarafından seçilmediği gibi, çoğu zaman lehdar alacaklı bu bankaların ödeme sürecine dahil olduğundan haberdar dahi değildir. Lehdar ile aracı banka arasında sözleşme ya da hesap ilişkisi de mevcut olmadığından, lehdar alacaklı bu banka(lar) üzerinde etkide bulunma olanağına da sahip değildir¹⁰²⁹. Gerçi, havaleci borçlu da, çoğu zaman aracı banka(lar) ile doğrudan sözleşme ilişkisi

içinde olması, taraflar arasında bir risk dağılımının varlığını gerektirmemektedir. Zira burada banka ödeme işlemi tamamlanana kadar borçlunun talimatı altında hareket eder.

¹⁰²⁵ Bu konuda bk. Birinci Bölüm II. B. 3. b. bb.

¹⁰²⁶ **HEINI**, sh. 124; **HESS**, Überweisung, sh. 147 vd.; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 107, 262; **BETTSCHART**, sh. 263; buna karşın, para borcunun gönderilecek borç olarak düzenlendiği Alman hukukunda tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş, borçlunun, kendi bankasına ödeme talimatı vermekle edim fiillerini tamamlamış olacağı, bu nedenle ödeme talimatının verildiği banka ve muhabir bankaların borçlunun yardımcı şahsı olmadığı yönündedir. Bu görüş için bk. **HUBER**, sh. 35 ve dn. 12'de anılan yazarlar.

¹⁰²⁷ **HEINI**, sh. 125; **TÜRK**, sh. 285.

¹⁰²⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 365; **TÜRK**, sh. 284.

¹⁰²⁹ **HEINI**, sh. 125; **TÜRK**, sh. 285.

içinde değildir ve genelde bu bankanın seçimini talimat verdi bankaya bırakmaktadır¹⁰³⁰. Bununla birlikte, havaleci borçlu, talimat verdiği kendi bankası üzerinden aracı bankaya etkide bulunma olanağına sahip olduğundan, lehdar alacaklıdan farklı olarak aracı banka ile dolaylı bir ilişki içinde olduğu ve bu bankanın fiillerini etkileme olanağına sahip olduğu kabul edilebilir¹⁰³¹.

Bize göre de, banka havalesi yoluyla ödemede de para borcunun götürülecek borç niteliğinde olmasına bağlı olarak, borçlunun talimat verdiği bankanın başvurduğu aracı bankaların da, borçlunun yardımcı şahsı olduğu sonucuna varmak gerekir¹⁰³²; zira borçlu, alacaklının hesabına alacak kaydı yapılabilmesi için gerekli olan karşılığı bankası aracılığıyla yalnızca göndermeyi değil, alacaklının hesabının tutulduğu bankaya ulaştırmayı da üstlenmiştir; ki bu, temel borç ilişkisindeki banka havalesi yoluyla ödeme anlaşmasının içerdiği bir taahhüttür. Bu itibarla, borçlunun bu amaçla görevlendirdiği kendi bankasının ödeme talimatını ve karşılığı alacaklının bankasına ulaştırmak için başvurduğu yardımcı şahıs olan aracı banka ya da bankaların, dolaylı olarak borçlunun da yardımcı şahsı olarak nitelendirmesi gerekir¹⁰³³.

c. Lehdarın Hesabına Alacak Kaydını Gerçekleştiren Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından

i. Öğretide Savunulan Görüşler

İsviçre hukuku öğretisinde Schönle tarafından ileri sürülen görüş uyarınca¹⁰³⁴, para borcunun götürülecek borç niteliği gereği, borçlunun bankası ve muhabir bankaların yanı sıra alacaklının bankası da borçlunun yardımcı şahsıdır. Yazara göre, alacaklının bankası, borçlunun yardımcı şahsı olduğu kabul edilen borçlunun bankasının yardımcı şahsı olduğundan, aynı zamanda – dolaylı olarak – borçlunun da para

¹⁰³⁰ Zira havaleci açısından önemli olan ödeme işleminin olabildiğince çabuk, güvenli ve masrafsız şekilde gerçekleştirilmesi olup, kaydi paranın hangi aracı bankalar üzerinden aktarıldığı değildir. Bu yönde bk. **HESS**, Clearing, sh. 106.

¹⁰³¹ **TÜRK**, sh. 285.

¹⁰³² **HEINI**, sh. 125; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 107 (N. 219)

¹⁰³³ **BILOTTE-TONGUE**, sh. 107.

¹⁰³⁴ **SCHÖNLE**, sh. 107.

borcunun ödenmesi bakımından ifa yardımcısıdır. Başka bir deyişle alacaklının bankası, borçlunun alt ifa yardımcısı (*Untergehilfe*)¹⁰³⁵ sayılmalıdır.

Diğer bir görüş¹⁰³⁶ ise, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılmasının borçlu tarafından alacaklıya teklif mi edilmiş olduğu yoksa alacaklı tarafından borçluya dayatılmış mı olduğu üzerinden ortaya konulmaktadır. Buna göre alacaklı, ödemenin hesabına havale yoluyla yapılmasını borçlusuna dayatmış ise, alacaklının hesabının tutulduğu bankadan kaynaklanan gecikmeden borçlu sorumlu olmaz. Buna karşın, havale yoluyla ödeme alacaklının borçluya tanıdığı salt bir yetkiden ibaret ise, borçlu, alacaklının bankası nezdinde gerçekleşen gecikmeden sorumlu olur.

Öğretide baskın olan görüş¹⁰³⁷ ise, alacaklının hesabının tutulduğu bankanın borçlunun yardımcı şahsı olmadığı diğer bir deyişle bu bankanın davranışlarının genel olarak alacaklının risk alanına¹⁰³⁸ dahil olup, bu bankadan kaynaklanan gecikmeden borçlunun sorumlu tutulmayacağı yönündedir¹⁰³⁹. Buna göre borçlu, talimat verdiği

¹⁰³⁵ Kavram için bk. **ŞENOCAK**, sh. 123 vd.; **KOLLER**, Erfüllung, sh. 288 (N. 101).

¹⁰³⁶ **KLEINER**, sh. 69.

¹⁰³⁷ **HEINI**, sh. 84; **HESS**, Clearing, sh. 112, 114; **WIEGAND/HODEL**, sh. 206; **BETTSCHART**, sh. 263; **KOLLER**, Erfüllung, sh. 100 (N. 58), 103 (N. 67); karş. **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 57 (N. 2366, 2367); **LOMBARDINI**, sh. 230 (N. 14); Alman hukukunda, taraflarca para borcunun götürülecek borç olarak kararlaştırılmış olduğu olasılıkta bu çözümün geçerli olacağı yönünde bk. **VON CAEMMERER**, sh. 14.

¹⁰³⁸ Bizzat alacaklıdan kaynaklanan ifa engelleri nedeniyle borçlunun sorumlu tutulamayacağı CISG m. 80'de açıkça öngörülmektedir. CISG art. 80: « A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission ». Detaylı bilgi için bk. **MAGNUS**, U.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2005, Art. 79 CISG, sh. 792 vd. Öğretide bu ilkenin alacaklı tarafından ifa sürecinde üçüncü kişilere başvurulduğu ve bu kişiler nedeniyle ifanın gerçekleşmediği durumları da kapsadığı ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **HUBER**, sh. 49.

¹⁰³⁹ Öte yandan gecikmenin sonuçlarının borçlu üzerinde doğmaması öğretide farklı hukuki gerekçelere dayandırılmaktadır. Bazı yazarlara göre, alacaklının bankası, havale tutarı kendisine ulaştığı andan itibaren alacaklının yardımcı şahsı sıfatı ile faaliyette bulunur. Bu aşamadan sonra banka tarafından havale tutarının alacaklının hesabına aktarılmasındaki gecikme BK m. 90 (CO art. 91) anlamında bir alacaklı temerrüdü teşkil eder. Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 86; karş. **WIEGAND/HODEL**, sh. 206. Benzer bir görüşe göre ise, havale tutarı alacaklının bankasına ulaştığı andan itibaren bu banka nezdinde gerçekleşen gecikme, BK m. 95 (CO art. 96) anlamında alacaklının risk alanında gerçekleşmiş sayılır ve borçlu, gecikme dolayısıyla sorumlu olmaz. Bu yönde bk. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 101 (N. 58). Bu iki yaklaşım arasındaki temel fark ise, edim hasarının alacaklıya geçiş anı bakımındandır. Buna göre ilk yaklaşımda, edim hasarının alacaklıya geçişi için öncelikle bankanın havale tutarını makul süre içinde hesaba aktarmamış olması ve böylelikle alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş olması gerekli iken, ikinci yaklaşımda edim hasarı, havale tutarı bankaya ulaşır ulaşmaz alacaklıya geçmiş olur.

banka ve muhabir bankalar nezdinde gerçekleşen risklere, alacaklı ise hesabının tutulduğu kendi bankası nezdinde gerçekleşen risklere katlanmakla yükümlüdür.

Alacaklının bankasından kaynaklanan risklerin borçlunun sorumluluk alanının dışında kaldığı, Sınırötesi Havalelere İlişkin 97/5 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi¹⁰⁴⁰, CNUDCI/UNCITRAL Model Kanunu¹⁰⁴¹ ve Alman Hukukunda Banka Havalesi Yasası¹⁰⁴² tarafından da esas alınmıştır.

ii. Değerlendirme

Bize göre de, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede, alacaklının bankası kural olarak, bedel ilişkisindeki para borcunun ifası bakımından para borçlusunun BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı değildir. Öğretide belirtildiği üzere, BK m. 100'ün dayandığı ana düşünce, ifa sürecinde üçüncü kişiden yararlanmak suretiyle etki alanını

¹⁰⁴⁰ Directive 97/5/CE art. 8/I: « Si ... les fonds correspondants ne sont pas crédités sur le compte de l'établissement du bénéficiaire..., l'établissement du donneur d'ordre est tenu de créditer celui-ci, jusqu'à concurrence de 12.500 écus du montant du virement transfrontalier... » art. 6/II: « L'établissement du bénéficiaire doit metre les fonds... à la disposition du bénéficiaire dans le délai convenu avec celui-ci. Lorsque le délai convenu n'est pas respecté... l'établissement du bénéficiaire indemnise ce dernier ».

Yönerge'deki bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, borçlunun bankasının edim yükümlülüğünün havale edilen tutarın alacaklının bankasına ulaştırılması ile tamamlanmış olduğu ve alacaklının bankası nezdinde gerçekleşen gecikme nedeniyle borçluya karşı sorumlu olmayacağı; alacaklının bankası havale tutarını kararlaştırılan süre içinde alacaklının hesabına geçirmemiş ise, alacaklının gecikme dolayısıyla uğradığı zararı kendi bankasından talep etmesi gerektiği öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bk. **FAVRE-BULLE**, sh. 284; **BETTSCART**, sh. 264.

¹⁰⁴¹ CNUDCI art. 19/I: « Le virement s'achève lorsque la banque du bénéficiaire accepte un ordre de paiement en faveur de celui-ci. » Art. 14/I: « Si le virement n'est pas achevé, la banque du donneur d'ordre est tenue de lui restituer tout paiement reçu de lui, accru des intérêts courant à compter du jour du paiement jusqu'au jour de remboursement ». CNUDCI art. 19/I'de havale sürecinin ödeme talimatının alacaklının bankası tarafından kabul edilmesi – havale tutarının alacaklının bankasına ulaşması – anında tamamlanmış olacağı; art. 14/I'de ise, havale art. 19/I'de öngörülen şekilde tamamlanmadığı takdirde borçlunun bankasının havale tutarını borçluya iade etme yükümlülüğünün (Money-back guarantee) düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında, alacaklının bankasından kaynaklanan aksamaların borçlunun bankasının sorumluluk alanı dışında bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bu konuda bk. **VASSEUR**, sh. 299 vd.

¹⁰⁴² BGB § 676a/I (2)'e göre, zincirleme banka havalesinde borçlunun bankasının edim yükümlülüğü, karşılığın alacaklının bankasına ulaştırılmasından, başka bir deyişle, havale tutarının alacaklının bankasının hesabına alacak kaydedilmesini sağlamaktan ibarettir. Bu anlamda havale tutarının alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi, borçlunun bankasının borçluya taahhüt ettiği edim kapsamında yer almayıp, alacaklının bankası ile alacaklı arasındaki ciro sözleşmesinin konusunu teşkil eder. Karşılık alacaklının bankasına ulaştıktan – alacaklının alacak kaydına ilişkin talep hakkı doğduktan – sonra bu banka nezdinde hesaba alacak kaydı gecikmiş veya hiç gerçekleşmemiş ise, alacaklının bankası BGB § 676g uyarınca alacaklının zararını tazminle yükümlüdür. Bu yönde bk. **CASPER**, § 676a, sh. 2697 vd. (N. 21), sh. 2754 (N. 1, 2); **EINSELE**, D.: Das neue Recht der Banküberweisung, JZ 1/2000, (kis. Recht), sh. 10, 19; **von WESTPHALEN**, F. G.: Verspätete Überweisungen- einige Bemerkungen zur neuen rechtslage, BB 2000, H. 4, sh. 158, 159.

genişleten borçlunun, bu kişinin yol açtığı zarardan sorumlu tutulması gerekliliğidir¹⁰⁴³. Şöyle ki, söz konusu üçüncü kişiyi seçen ve aralarında kurulan doğrudan ilişki zemininde ona talimat verme ve onun üzerinde denetim uygulama olanağına sahip olan taraf borçludur. Kural olarak alacaklı ile üçüncü kişi arasında, alacaklının bu kişiye talimat vermesine ya da onu denetlemesine temel teşkil edecek bir doğrudan hukuki ilişkinin mevcut olmaması, bu kişiden kaynaklanan riskleri borçlunun üstlenmesini haklı kılar. Buna karşın, üçüncü kişi, ifa sürecine borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde katılmış olsa dahi, üçüncü kişi üzerinde borçlunun etki olanağı hiç yok ya da borçludan çok alacaklı bu olanağa sahip ise, üçüncü kişinin yol açtığı zarardan borçlunun sorumlu tutulamaması gerekir.

Bu noktadan hareketle, banka havalesinde kural olarak alacaklının bankasının borçlunun yardımcı şahsı olmadığı sonucuna varmak gerekir. Bu sonuca esas teşkil eden gerekçelerden biri, öğretilerde haklı olarak işaret edildiği gibi, ödeme talimatının verildiği banka ve aracı bankadan farklı olarak, bu bankanın seçiminde borçlunun etkili olmamasıdır. Ödemenin hangi bankadaki hesaba gerçekleştirileceği alacaklı tarafından belirlenir. Öte yandan borçlu, bu banka ile doğrudan bir sözleşme ilişkisi içinde olmaması nedeniyle, bu bankanın fiilleri üzerinde etkide bulunma olanağına da sahip değildir. Oysa alacaklı ile bu banka arasında doğrudan bir ciro sözleşmesi ilişkisi mevcuttur. Her ne kadar alacaklının bankası ile borçlu arasında, diğer bankalar üzerinden dolaylı bir ilişkinin kurulduğu düşünülebilirse de, alacaklının bankası ile alacaklı arasında çok daha yakın ve doğrudan bir ilişki söz konusudur. İşte bu yakın ilişkinin, bedel ilişkisindeki risk dağılımı ve özellikle gecikme riskinin üstlenilmesi bakımından para borçlusu ile alacaklının bankası arasındaki ilişkiye göre üstün tutulması gerekir. Diğer bir deyişle, alacaklının etki çevresinde¹⁰⁴⁴ bulunan alacaklının bankasından kaynaklanan gecikme riskine alacaklının katlanmalıdır.

Bu gerekçeler dikkate alındığında alacaklının bankası borçlunun yardımcı şahsı sayılmamalı ve havale tutarı alacaklının bankasına ulaştıktan sonra bu bankanın yol açtığı gecikmeden doğan zarardan borçlu sorumlu tutulmamalıdır. Öte yandan bu sonuç,

¹⁰⁴³ OĞUZMAN/ÖZ, sh. 365; SEROZAN, sh. 236 (N. 3); bu konuda ayrıca bk. ŞENOCAK, sh. 33 vd.

¹⁰⁴⁴ Alman hukuku öğretisinde geliştirilen “Sphärentheorie” ve bu teorinin dayandığı, borç ilişkisinin taraflarının kendi etki alanlarında gerçekleşen zarara katlanmakla yükümlü oldukları ilkesi hk. bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 141.

alacaklının bankasının ödemenin kabulü bakımından alacaklının yardımcı şahsı konumunda olması ile de desteklenebilir. Havale tutarı alacaklının yardımcı şahsı konumundaki hesabın tutulduğu bankaya ulaştıktan sonra, bu banka nezdinde gerçekleşen gecikmenin, BK m. 91 veya BK m. 95 uyarınca alacaklı temerrüdü teşkil edeceği, bu itibarla da borçlunun, söz konusu gecikmeden sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir.

Bununla birlikte borçlu, alacaklının hesabının tutulduğu bankayı bizzat belirlemiş ve para borcunun doğumu esnasında ödemeyi bu banka nezdinde tutulan hesaba yapacağını şart koşmuş – bir anlamda belirli bir bankayı alacaklısına dayatmış¹⁰⁴⁵ – ise, kanımızca, alacaklının hesabının tutulduğu banka da, münhasıran borçlunun yardımcı şahsı sayılır ve bu bankanın yol açtığı gecikme zararından borçlu sorumlu olur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, alacaklının bankasının borçlunun ödeme talimatı verdiği bankanın BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı olması nedeniyle, dolaylı yoldan, borçlunun da BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı olduğu şeklindeki görüşün de reddedilmesi gerekir. Zira benimsediğimiz görüşe göre, borçlunun bankası ile alacaklının bankası arasındaki ilişkinin karşılık ilişkisi bakımından – havaleci müşteri karşısında – BK m. 390/f. III anlamında alt vekâlet ilişkisine dayandığını benimsediğimizden¹⁰⁴⁶, borçlu ile alacaklının bankası arasında bu şekilde bir alt yardımcı şahıs ilişkisi kurulması söz konusu değildir.

C. BANKANIN GECİKMEYEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

Bir önceki bölümde, havale yoluyla yapılan ödemenin zamanında gerçekleşmemesine bağlı olarak bedel ilişkisinde para borçlusunun ve para alacaklısının ödeme sürecine katılan bankalardan kaynaklanan gecikme riskini ne şekilde üstlenecekleri belirtilmişti. Bedel ilişkisinde gecikme riskinin üstlenilmesi, riski üstlenen tarafın zarar uğramasına yol açar. Bu zarar, havaleci borçlunun malvarlığında ödemenin gecikmesine bağlı doğrudan ya da dolaylı zarar şeklinde ortaya çıkabilir.

¹⁰⁴⁵ Karş. yukarıda 1035 no'lu dn.'a bağlı metinde açıklanan görüş.

¹⁰⁴⁶ Lehdarın bankasının karşılık ilişkisindeki konumu hk. bk. aşağıda C. 1. a. cc.

Ödemenin gecikmesi öncelikle müşterinin doğrudan bir zarara uğramasına sebep olabilir. Para borçlusunu konumundaki havalecinin, gecikme nedeniyle, bedel ilişkisinde borçlu temerrüdünün sonuçlarına maruz kalmak suretiyle, alacaklıya BK m. 103 uyarınca ödediği temerrüt faizinin yanı sıra, bunu aşan olası gecikme zararı için BK m. 105 uyarınca ödemiş olduğu tazminat, borçlunun malvarlığında gerçekleşen doğrudan zarara örnek teşkil eder¹⁰⁴⁷.

Bedel ilişkisinde ödemenin gecikmesi havaleci borçlunun dolaylı şekilde zarara uğramasına yol açmış olabilir¹⁰⁴⁸. Örneğin bedel ilişkisinde ödeme için bir süre öngörülmüş olup, bu süre içinde ödemenin gerçekleşmemesi üzerine borç ilişkisi para alacaklısı tarafından sona erdirilmiş ise, para borçlusunu bir avantajı ya da bir hakkı kaybettiği ölçüde, borçlunun malvarlığında dolaylı bir eksilme söz konusu olacaktır¹⁰⁴⁹. Uygulamada bu tip zararlar genellikle, navlun ücretinin, kira parasının, sigorta priminin ya da yargılama masraflarının (zamanında) ödenmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Kira parasının¹⁰⁵⁰ mehil zarfında ödenmemesi nedeniyle kira sözleşmesinin kiralayan tarafından; yine benzer şekilde, navlun ücretinin zamanında ödenmemesi üzerine charter sözleşmesinin donatan tarafından sona erdirilmesi; sigorta priminin ya da yargılama masraflarının ödenmesindeki gecikmeye bağlı olarak sigortalının sigorta korumasından yoksun kalması veya yargı sürecinde ileri sürülen talebin yargı merci tarafından reddedilmesi¹⁰⁵¹ durumlarında, havaleci borçlu açısından hep bir hakkın ya da avantajın kaybedilmesi söz konusudur. Keza gecikme nedeniyle borçlunun bir indirim (*Skontoabzug*) avantajını kaybetmesi¹⁰⁵² ya da taksitle satımda alıcının taksitleri ödemekte gecikmesi dolayısıyla muacceliyet koşulunun gerçekleşmiş sayılması da bu kapsamda yer alır.

¹⁰⁴⁷ **BILOTTE-TONGUE**, sh. 245.

¹⁰⁴⁸ **THÉVENOZ**, Banquier, sh. 50.

¹⁰⁴⁹ Belirtilen bu durumlarda borçlunun uğradığı zarar miktarı genellikle, gecikme nedeniyle borçlunun uğradığı doğrudan zararın (öncelikle alacaklının malvarlığında gerçekleşip, borçlunun tazmin etmek sorunda kaldığı zararın) ve havale tutarının kendisinin çok üzerindedir. Örneğin “Evra Corporation v. Swiss Bank Corporation” kararında, havale tutarı 27.000 USD iken, charter sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle uğranılan havaleci borçlunun uğradığı zarar 2.1 milyon USD idi. Bu konuda ayrıca bk. **THÉVENOZ**, Banquier, sh. 51; **THALMANN**, Haftung, sh. 162; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 245; **GUTMANS**, sh. 1397.

¹⁰⁵⁰ BGE 124 III 145, (bk. www.bger.ch); bu karara ilişkin olarak ayrıca bk. **WIEGAND/HODEL**, sh. 200; yuk. 941 no’lu dn.’a bağlı metin.

¹⁰⁵¹ **HEINI**, sh. 79; **WIEGAND/HODEL**, sh. 208.

¹⁰⁵² **GUTMANS**, sh. 1397.

Aşağıda, esasen bedel ilişkisinde banka(lar)dan kaynaklanan gecikme riskini üstlenen havaleci borçlunun, bu ölçüde uğradığı zarar nedeniyle havale zincirine dahil olan banka ya da bankaları hangi şartlarda ve ne ölçüde sorumlu tutabileceği incelenecektir. Bankanın havaleci müşterisi karşısındaki sorumluluğu bu itibarla bir rücu ilişkisi görünümündedir¹⁰⁵³.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, her ne kadar bir önceki bölümde bedel ilişkisinde alacaklının hesabının tutulduğu bankadan kaynaklanan gecikmeden borçlunun sorumlu olmayacağı sonucuna varılmışsa da, bu kuraldan ayrılan durumların mevcut olabileceği belirtilmişti. Böyle durumlarda bedel ilişkisinde borçlu, alacaklının bankasından kaynaklanan gecikme riskini de üstlendiğinden, söz konusu rücu talebi kapsamına para borçlusunun bu şekilde uğramış olduğu zarar da dahil olur.

Kural olarak bedel ilişkisinde ödemenin zamanında gerçekleşmemesi nedeniyle zarara uğrayan havaleci borçlu, uğradığı bu zararın tazminini, müşterisi bulunduğu ve aynı zamanda ciro sözleşmesi ile bağlı olduğu bankadan talep edebilecektir. Bununla birlikte, zarara, borçlunun müşterisi bulunmadığı üçüncü bir bankanın davranışının yol açtığı hallerde, zarara uğrayan havalecinin, bu zararın tazmini için doğrudan sözleşme ilişkisi içinde olmadığı, üçüncü bankadan tazminat talep etmesi gündeme gelebilir¹⁰⁵⁴.

2. Bankanın Havaleci Müşterisi Karşısında Sorumluluğu

Havalecinin bankasına yönelttiği, ödemenin zamanında gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebine, kural olarak, banka ile arasındaki ciro sözleşmesi esas teşkil eder¹⁰⁵⁵. Her ne kadar bankanın müşterinin zararını tazmin

¹⁰⁵³ Bankanın sorumluluğunun bir “*Rückgriffshaftung*” olarak nitelendirilmesi için bk. **BUIS**, sh. 86.

¹⁰⁵⁴ Örneğin banka ile arasındaki ciro sözleşmesine eklenen sorumsuzluk anlaşması gereği kendi bankasını sorumlu tutamayan müşterinin, zarara yol açan üçüncü bankaya yönelteceği tazminat talebi bu kapsamda değerlendirilebilecek bir durumdur.

¹⁰⁵⁵ **HEINI**, sh. 86; **BUIS**, sh. 86 vd.; Alman hukukunda yürürlükte olan havale yasasında ise, ödemenin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesi nedeniyle bankanın sorumluluğunun temelini, müşteri ile arasındaki havale sözleşmesi (*Überweisungsvertrag*) teşkil eder. BGB § 676b uyarınca banka, kusurundan bağımsız şekilde havaleciye gecikme faizi ödemekle; BGB § 676c’de ise kusur şartına bağlı olarak havalecinin uğradığı diğer gecikme zararını tazminle yükümlüdür. Keza BGB § 676g’de bankanın lehdar konumundaki müşterisine karşı kusur şartından bağımsız olarak gecikme faizi ödeme, ve kusur şartına bağlı olarak lehdarın uğradığı gecikme faizini aşan zararı tazmin yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676b, sh. 2710 vd.; **LANGENBUCHER**, sh. 164 vd.

yükümlülüğü bakımından ciro sözleşmesinin yanı sıra haksız fiil¹⁰⁵⁶ ya da vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilirse de¹⁰⁵⁷, aşağıdaki açıklamalarımız, bankanın ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin ihlali temelinde sözleşmesel sorumluluğu ile sınırlı olacaktır.

Bankanın ciro sözleşmesi temelinde havaleci müşterisi karşısında hangi koşullarda ve ne ölçüde sorumlu olduğu belirlendikten sonra bu sorumluluk rejiminin ciro sözleşmesine eklenen banka genel işlem şartları aracılığıyla ne ölçüde değiştirilebileceği, bankanın sorumluluğunu sınırlandıran bu kayıtların geçerliliği bakımından ele alınacaktır.

a. **Ciro Sözleşmesinden Doğan Sorumluluk**

Ciro sözleşmesi temelinde bankanın müşteri karşısındaki sorumluluğu, sözleşmeden doğan bir sorumluluk olması itibariyle kusur sorumluluğu ilkesine tabidir. Bilindiği üzere genel olarak kusur sorumluluğu rejiminde sorumluluğun doğumu, borçlunun kusurlu olmasına, diğer bir deyişle zarara sebep olan borca aykırı davranışın borçlu açısından (sübjektif olarak) kınanabilir nitelikte olmasına bağlıdır¹⁰⁵⁸. İstisnai olarak yasada borçlu açısından kusursuz sorumluluğun (sebeb sorumluluğunun) öngörüldüğü durumlarda, borçlu zarara yol açan davranıştan, kendisine herhangi bir kusur isnat edilemese dahi, sorumlu tutulur¹⁰⁵⁹. Şu halde ciro sözleşmesi temelinde bankanın sorumluluğu bakımından da, havale sürecindeki ödeme talimatının hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesine sebep olan davranış ya da olgulardan (müşterinin ciro sözleşmesi içinde olduğu) hangilerinin bankaya kusurlu davranış ya da kusursuz sorumluluk rejimi çerçevesinde kusurdan bağımsız olarak isnat edilebileceğinin belirlenmesi gerekir. Diğer bir deyişle, müşterinin bankaya yönelteceği tazminat talebinin, kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk rejimine dayanması

¹⁰⁵⁶ Keza bankanın, BK m. 55/f. II uyarınca, organ sıfatına sahip kişilerin haksız fiil niteliğindeki davranışlarından ya da BK m. 55/f. I uyarınca, banka çalışanı sıfatına sahip kişilerin haksız fiil niteliğindeki davranışlarından sorumluluğu çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

¹⁰⁵⁷ **BUIS**, sh. 86; nakit dışı ödemenin hiç ya da zamanında gerçekleşmemesinin aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmesinin uygulamada gerçekleşmesinin zor bir olasılık olduğu yönünde bk. **HEINI**, sh. 86 dn. 34.

¹⁰⁵⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 526 vd.; **EREN**, sh. 529; **von der CRONE**, sh. 92; **ZEIDLER**, sh. 120.

¹⁰⁵⁹ Bu konuda ayrıca bk. **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 587 vd.; **EREN**, sh. 574 vd.

bakımından, bizatihi zarara yol açan olayın niteliği ya da bu davranışın kim tarafından gerçekleştirildiğinin dikkate alınması gerekir.

Bu itibarla aşağıda öncelikle, zararın bankanın kendi kusurlu davranışının yol açtığı olasılık ele alınacaktır. Öte yandan, bazı durumlarda zarara, banka nezdinde gerçekleşmekle birlikte, davranış olarak nitelendirilemeyen, bir olgu yol açmış olabilir. Bu kapsamda, özellik arz eden bir durum olarak, bankanın havale sürecinde başvurduğu elektronik bilgi işlem sistemindeki arıza nedeniyle ödeme talimatının hiç, zamanında ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin yol açtığı zarardan, bankanın hangi koşullarda ve ne ölçüde sorumlu tutulabileceği incelenecektir. Son olarak da, zincirleme banka havalesi söz konusu olduğunda, havale sürecine dahil olan diğer bankalardan¹⁰⁶⁰ sorumluluk anlamında, söz konusu banka ya da bankaların zarara yol açan davranışlarının ciro sözleşmesi temelinde ilgili bankaya ne ölçüde isnat edilebileceği, diğer bir deyişle müşterinin tazminat talep ettiği bankanın diğer bankaların davranışlarından sorumlu olup olmadığı belirlenecektir.

i. Bankanın Kendi Kusurlu Davranışının Yol Açtığı Zarardan Sorumluluğu

Sözleşmeden doğan sorumluluk rejiminde, alacaklının uğradığı zarar nedeniyle borçlunun sorumlu tutulabilmesinin ön koşulu, kuşkusuz – kusurun sorumluluğun kurucu unsuru olup olmamasından bağımsız olarak – zarara yol açan davranışın, sözleşme ile üstlenilen borca aykırılık teşkil etmesidir. Ciro sözleşmesinden doğan kusur sorumluluğunda da, bankanın kusurlu davrandığının ve müşterinin uğradığı zarardan sorumlu olduğunun söylenebilmesi için, bankanın zarara yol açan davranışının borca aykırı olarak nitelendirilebilmesi, diğer bir deyişle ciro sözleşmesinden doğan edim yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi gerekir.

Bu itibarla öncelikle, ciro sözleşmesinin hukuki niteliği dikkate alınmak suretiyle, bankanın üstlendiği edim yükümlülüğü ve buna bağlı olarak ciro sözleşmesinde borca aykırılık bakımından esas alınması gereken ölçüt belirlenmelidir.

¹⁰⁶⁰ Lehdarın bankasının gecikmeye yol açan davranışları bedel ilişkisinde kural olarak alacaklının risk alanında sayıldığından, havaleci borçlunun kendi bankasından tazminini talep edebileceği herhangi bir zararı söz konusu olmaz. Bununla birlikte, bedel ilişkisinde lehdarın bankasının da havaleci borçlunun yardımcı şahsı konumunda olabileceğini benimsediğimizden, lehdarın bankasının karşılık ilişkisindeki konumunun belirlenmesi önemini yitirmiş olmaz.

Daha sonra tespit edilen bu ölçüt doğrultusunda ödeme talimatının icrası bakımından bankanın hangi davranışının ciro sözleşmesinde borca aykırılık teşkil ettiği belirlenecektir.

aa. Ciro Sözleşmesinde Borca Aykırılık Bakımından Esas Alınan Ölçüt

Daha önce de değinildiği üzere Türk ve İsviçre hukuklarında genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüş, banka ile müşteri arasındaki ciro sözleşmesinin BK m. 386 vd. hükümlerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu yönündedir¹⁰⁶¹. Şu halde, bankanın ciro sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu bakımından da, vekilin sorumluluğunu düzenleyen hükümler uygulama alanı bulur. Bu kapsamda, bankanın ödeme talimatının hiç, zamanında ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumluluğu bakımından esas alınması gereken temel norm, vekilin özenli iş görme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğunu düzenleyen BK m. 390 hükmüdür.

aaa. Genel Olarak BK m. 390 Çerçevesinde Vekilin Özenli İş Görmeme Nedeniyle Sorumluluğu

Vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğuna ilişkin genel hüküm¹⁰⁶² niteliğindeki BK m. 390/f. II'de, vekilin, "...müvekkile karşı vekâleti iyi bir surette ifa ile mükellef..." olduğu öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, vekâlet sözleşmesinde vekilin borçlandığı asli edim yükümlülüğü, iş görme ile hedeflenen sonuç üzerinden değil, bu sonuca yönelik faaliyette bulunulması sırasında gösterilecek özen üzerinden tanımlanmaktadır¹⁰⁶³. Bu noktadan hareketle vekalet sözleşmesinde vekilin borçlandığı

¹⁰⁶¹ Ciro sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda bk. yuk. Birinci Bölüm II. A. 2. b. İsviçre Hukuku öğretisinde ciro sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendiren **HEINI** (bk. sh. 14, 94), bu sözleşme ile bankanın bir sonuç borcu üstlendiği görüşündedir. Bu sonuç, kurum içi havalede havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi; zincirleme havalede ise, havale tutarının lehdarın bankasına ulaştırılmasıdır. Alman hukukunda yürürlükte olan banka havalesi yasası BGB § 676 a 1'de benimsenen kural da bu yöndedir. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676 a, sh. 2693 (N. 11).

¹⁰⁶² Vekâlet sözleşmesinde BK m. 390 hükmünün, gereği gibi olmayan ifa (nichtgehörige Erfüllung) anlamında özensiz iş görmenin yanı sıra hiç ifa etmeme (Nichterfüllung) anlamında işin hiç görülmemesi ya da temerrüt anlamında işin zamanında görülmemesi (Verzug) gibi borca aykırılık durumlarını da kapsayan, BK m. 96'ya paralel genel bir sorumluluk normu teşkil ettiği; bu iki hüküm arasındaki farklılığın ise, yalnızca lâfzî olduğu yönünde bk. **FELLMANN**, sh. 419 (N. 185), sh. 455 (N. 330); **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 181, 202.

¹⁰⁶³ **von der CRONE**, sh. 91; **ZEIDLER**, sh. 119.

asli edim, sözleşme ile hedeflenen belirli bir sonucun elde edilmesi değil, bu sonucu gerçekleştirmek bakımından genel hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli/elverişli davranışlarda bulunma ve yine bu sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınma, kısaca üstlenilen faaliyetin özenli şekilde yerine getirilmesidir¹⁰⁶⁴. Diğer bir deyişle vekilin vekalet sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılması bakımından, sözleşme ile hedeflenen sonucun gerçekleşmesi değil, bu sonucun gerçekleşmesi için üstüne düşeni yapıp yapmadığı esas alınır. Bu tanımlamaya bağlı olarak vekilin sorumluluğu bakımından da belirleyici olan, iş görme faaliyetinin yöneldiği sonucun elde edilip edilmemesi değil, bu sonuca ulaşmak için vekilin gerçekleştirdiği faaliyette gerekli özeni gösterip göstermediğidir¹⁰⁶⁵. Sonuç olarak, vekilin asli edim yükümlülüğünü işin belirli bir özen standardında görülmesi teşkil ettiğinden, borca aykırılık¹⁰⁶⁶ bakımından belirleyici olan, işin bu standartta bir özenle görülüp görülmediğidir.

Vekilin vekâlet konusu işi görürken göstermekle yükümlü olduğu özenin¹⁰⁶⁷ ölçüsü bakımından ise, BK m. 390/f. I'de vekilin sorumluluğu bakımından hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yapılan genel atıf uyarınca, işçinin göstermekle yükümlü olduğu özeni belirleyen BK m. 321/f. II hükmü esas alınır¹⁰⁶⁸. Bu hükme göre, vekilin vekâlet konusu işi görürken göstermekle yükümlü

¹⁰⁶⁴ **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 642; **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 209.

¹⁰⁶⁵ **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 642.

¹⁰⁶⁶ Genel olarak, konusu bir yapma edimi olan sözleşmelerde, gereği gibi ifa etmemenin, işin görülmesinde gerekli özenin gösterilmemesine karşılık geldiği hk. bk. **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 75 vd.

¹⁰⁶⁷ Türk ve İsviçre hukuklarında öğretisinde bugün için genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre, vekâlet sözleşmesinde (borcun ihlali) edim yükümlülüğü ihlali anlamında özensizlik ile vekilin kusurlu sayılması anlamındaki özensizliğin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bu yönde bk. **FELLMANN**, Berner Kommentar, Art. 398, sh. 494 (N. 462) vd.; **GÜMÜŞ**, Özel C. 2, sh. 302. Buna karşın öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, edim yükümlülüğü ihlali ve kusur kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi borçlunun belirli bir sonucu gerçekleştirmeyi borçlandığı borç ilişkilerinde bir anlam ifade etmekle birlikte, bir vasıta borcunun söz konusu olduğu borç ilişkilerinde ve bu anlamda vekâlet sözleşmesinde, (vekil açısından) sorumluluğun bu iki unsuru – işin özenli görülmemesi ve kusur – aynı olguya karşılık gelir. Zira, bizatihi kusur kavramı objektif – makul ve bilinçli bir kişinin somut olayın şartlarında göstereceği davranış model olarak alınmak suretiyle – özen yükümlülüğü ihlali (özensiz davranış) şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamda baskın görüşçe benimsenen, somut olayda birinin ihlali borca aykırılık, diğerinin ihlalinin ise kusur teşkil edecek şekilde birbirinden farklı iki davranış normunun mevcut olduğu şeklindeki yaklaşım reddedilmelidir. Aksine, somut olayda borçlu tarafından uyulması gereken bir davranış normu var ise, buna uyulmamış olması aynı anda hem borca aykırılık hem de kusur teşkil eder. Bu görüş hk. bk. **WERRO**, F.: Le Mandat et Ses Effets, Fribourg 1993, (kis. Mandat), sh. 289.

¹⁰⁶⁸ **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 410; bununla birlikte öğretide, BK m. 390/f. I'deki atfın özen ölçüsü bakımından değil yalnızca sorumluluğun koşullarına ilişkin olduğu, vekilin göstereceği özen

olduğu özen, öğretide objektif ölçüt olarak tanımlanan, somut olaydaki vekâlet konusu işin özelliklerinin (işin zorluğu, gerektirdiği öğrenim derecesi ve mesleki uzmanlık) yanı sıra sübjektif ölçüt anlamında işçinin işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken bazı yetenek ve nitelikleri de dikkate alınmak suretiyle belirlenir¹⁰⁶⁹. Bununla birlikte, öğretide genel kabul gören görüş, vekilin iş görme faaliyetinin işçinin iş görme faaliyetine göre arz ettiği farklılıklar nedeniyle, BK m. 321/f. II'deki sübjektif ölçütün vekilin sorumluluğu bakımından uygulanmaması ve vekilin göstereceği özenin belirlenmesinde salt objektif ölçütün esas alınması gerektiği yönündedir¹⁰⁷⁰.

Buna göre, vekalet sözleşmesinde borca aykırılık anlamında özenli iş görme yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği – vekilin edim yükümlülüğüne uygun davranmış sayılabilmek bakımından işi görürken göstermeyi borçlandığı özenin kapsamı – somut olayda üstlenilen faaliyet çerçevesinde vekilin dahil olduğu meslekten olan bir vekilden beklenebilecek ideal davranış esas alınmak suretiyle belirlenecektir¹⁰⁷¹.

Öte yandan işin görülmesinde gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle vekilin sorumlu tutulabilmesi için, özensiz sayılan davranış ile uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağının varlığının yanı sıra, vekilin, gerekli özeni göstermemek bakımından kusurlu olması diğer bir deyişle söz konusu özensiz davranışın somut olaydaki vekil için kınanabilir bir davranış (sübjektif olarak isnat edilebilir) olması da gerekir. Bu anlamda vekilin sorumluluğunun koşulları bakımından, BK m. 390/f. I'in işçinin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 321'e yaptığı atıf gereği, vekil işin özensiz

ölçüsünün ise, işin niteliğine göre belirleneceği yönünde bk. **WERRO**, Mandat, sh. 300 (N. 885) vd.; **TERCIER**, sh. 491 (N. 4014). Buna karşın öğretide bazı yazarlar ise, BK m.321/f. II hükmünde, davranışın edim yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmemesi bakımından gösterilmesi gereken özenin ölçüsünün değil, işçinin kusurlu sayılmamak bakımından göstermesi gereken özenin ölçüsünün düzenlediğinden hareketle, bu hükme atıf yapan BK m. 390/f. I'i vekâlet sözleşmesinde vekilin kusuru anlamında özensizliğine ilişkin bir hüküm olarak nitelendirmektedirler. Bu yönde bk. **FELLMANN**, sh. 500 (N. 479); **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 289 vd.

¹⁰⁶⁹ **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 642; **von der CRONE**, sh. 91; **ZEIDLER**, sh. 119; **HONSELL**, sh. 298.

¹⁰⁷⁰ **TERCIER**, sh. 491 (N. 4014); **WERRO**, Commentaire Romand, Art. 398, sh. 2056 (N. 40); **HUGUENIN**, sh. 119 (N. 789); **WERRO**, Mandat, sh. 300 (N. 886); **FAVRE-BULLE**, sh. 374 dn. 1490; **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 322 vd.

¹⁰⁷¹ **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 210 vd.; karş. **FELLMANN**, sh. 497 (N. 473).

görülmesinde kusurlu olmadığını ispat edemedikçe sorumlu olur¹⁰⁷². Vekilin kusurlu sayılmamak bakımından göstermekle yükümlü olduğu özen bakımından ise, aynı meslek grubundan bir vekilin göstereceği ortalama davranış esas alınır¹⁰⁷³.

bbb. Özenli İş Görme Yükümlülüğü Bakımından Ciro Sözleşmesinin Arz Ettiği Özellik

Ciro sözleşmesinin konusunu, müşterinin nakit dışı ödeme işlemlerinin – havaleci bakımından ödeme talimatlarının yerine getirilmesi, havale lehdarı bakımından ise gelen ödemelerin kabulü – gerçekleştirilmesi teşkil eder¹⁰⁷⁴. Banka havalesi yoluyla yapılan nakit dışı ödeme söz konusu olduğunda, banka, havaleci müşterisine karşı, kendisine ulaşan ödeme talimatını, zamanında ve talimatın içeriğine uygun şekilde icra etmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, kural olarak ödeme talimatının banka tarafından hiç, zamanında ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, yani havale tutarının lehdarın hesabına zamanında geçmemiş olması, ciro sözleşmesi açısından başlı başına borca aykırılık teşkil etmez. Diğer bir deyişle, banka, müşteriye karşı, havale edilen tutarın lehdarın hesabına belirli bir zamanda geçmesi şeklindeki belirli bir sonucun gerçekleşmemesi nedeniyle değil, bu sonucu gerçekleştirmeye yönelik olarak havale talimatının icarsında BK m. 390/f. II anlamında gerekli özeni göstermemiş olması

¹⁰⁷² Öğretideki baskın görüşe göre, işinin sorumluluğuna yapılan bu atıf uyarınca vekilin sorumluluğunun koşulları bakımından, BK m. 96'de düzenlenen genel borca aykırılık rejimi uygulanır. Bu itibarla, vekilin sorumlu tutulabilmesi bakımından müvekkil, uğradığı zararın yanı sıra borca aykırılık (Vertragsverletzung; l'inexécution du contrat) anlamında özen yükümlülüğü ihlalini (Sorgfaltswidrigkeit) ve uygun illiyet bağıını ispatlamakla yükümlüdür. Buna karşın, özen yükümlülüğünün ihlalinde vekilin kusurlu olduğu karinedir. Diğer bir deyişle, vekil sorumluluktan kurtulmak için somut olayda gerekli özeni gösterdiğini ispatlamakla yükümlüdür. Bu görüş için bk. **FELLMANN**, sh. 456 (N. 332); **TERCIER**, sh. 498 (N. 4072), sh. 312 (N. 2623); **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 643; **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 381. Buna karşın öğretide bir diğer görüşe göre, vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğu BK m. 41'deki sorumluluk rejimine tabi olmalıdır. Bu itibarla kusur anlamında objektif özen eksikliğinin müvekkil tarafından ispat edilmesi gerekir. Zira bu görüşe göre, borçlunun bir sonucu gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği sonuç borçlarında, borçludan sonucun gerçekleşmemesinde kusurlu olmadığını ispat etmesini beklemek haklı görülebilir iken, borçlunun belirli bir sonucun elde edilmesi için özenli şekilde faaliyette bulunmayı borçlandığı vasıta borçlarında, sonucun gerçekleşmesi borçlunun etki alanı dışındaki olgulara da bağlı olduğundan, bizatihi sonucun gerçekleşmemesi olgusundan borçlunun kusurlu olduğu sonucu çıkarılamaz. Öte yandan yine bu görüş çerçevesinde, borcun konusunu özenli iş görmenin teşkil ettiği vasıta borçlarında, gerek edim yükümlülüğü ihlali gerek kusur, özen eksikliği üzerinden tanımlanan kavramlar olduklarından, vekilin edim yükümlülüğünün ihlali anlamında gerekli özeni göstermediği müvekkil tarafından ispat edildiği takdirde, vekil ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ispat etmediği sürece, kusurlu sayılacaktır. Bu yönde bk. **WERRO**, Commentaire Romand, Art. 398, sh. 2056 (N. 38) vd.

¹⁰⁷³ **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 311 vd.

¹⁰⁷⁴ Bu konuda bk. yukarıda Birinci Bölüm II. A. 2. a.

nedeniyle sorumlu olur¹⁰⁷⁵. Şu halde ciro sözleşmesinde bankanın borca aykırı davrandığından söz edilebilmesi için, talimatın hiç, zamanında ya da gereği gibi icra edilmemesinin banka açısından özensiz iş görme teşkil etmesi gerekir.

Öte yandan, bankanın müşterinin uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi, özensiz iş görme teşkil eden davranışın, bankaya kusur olarak isnat edilebilmesine bağlıdır. Ödeme talimatının icrasında bankanın organı sıfatıyla iş gören kişilerin kusuru bu anlamda bankanın kusuru sayılır¹⁰⁷⁶. Bankanın, ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin ifası konusunda görevlendirdiği diğer kişiler ise, müşteri karşısında BK m. 100 anlamında bankanın yardımcı şahsı sayılırlar¹⁰⁷⁷. Havale talimatının hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi bankanın çalışanının özensiz davranışından kaynaklanmış ise, banka çalışanı kusurlu olmasa dahi, banka bu davranıştan BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulur.

bb. Ciro Sözleşmesinde Borca Aykırılık Olarak Bankanın Özenli İş Görmemesi Nedeniyle Sorumluluğu

Bankanın kusurlu şekilde özensiz iş görmüş olması, müşterinin uğradığı her türlü zarardan sorumlu olması sonucunu doğurmaz. Banka yalnızca, özensiz iş görme ile uygun illiyet bağı içinde meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, müşterinin uğradığı zarar ile bankanın özensiz iş görmesi arasında uygun illiyet bağı mevcut olması gerekir. Uygun illiyet bağının varlığı bakımından ise, havale talimatının özensiz şekilde icra edilmesinin somut olayda gerçekleşen türden bir zararı doğurmasının genel hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı esas alınacaktır¹⁰⁷⁸. Buna göre, havalecinin bedel ilişkisinde para alacaklısı konumundaki havale lehdarına ödemek zorunda kaldığı temerrüt faizi ve bunu aşan gecikme zararı bakımından uygun illiyet bağının varlığı kabul edilmelidir¹⁰⁷⁹. Keza, bedel ilişkisinde ödemenin gecikmesine bağlı olarak havalecinin uğradığı kazanç mahrumiyeti şeklinde ortaya çıkan dolaylı zarar bakımından da, uygun illiyet bağı

¹⁰⁷⁵ ZEIDLER, sh. 120; WETTSTEIN, sh. 52, 123; BILLOTTE-TONGUE, sh. 51; FAVRE-BULLE, sh. 374; BUIS, sh. 39, 87; karşı LOMBARDINI, sh. 236 (N. 37).

¹⁰⁷⁶ FAVRE-BULLE, sh. 374; BUIS, sh. 88.

¹⁰⁷⁷ FAVRE-BULLE, sh. 376.

¹⁰⁷⁸ BUIS, sh. 88.

¹⁰⁷⁹ BILLOTTE-TONGUE, sh. 246.

mevcuttur. Zira para borcunun zamanında ödenmemesinin bu para borcunu doğuran borç ilişkisinin sona ermesine sebep olabileceği ya da borçlu konumundaki havaleci açısından bir hak kaybına sebep olabileceği genel hayat tecrübelerine uygun bir sonuçtur¹⁰⁸⁰. Buna karşılık mücbir sebep ya da havalecinin ağır kusuru, uygun illiyet bağını kesen sebeplere¹⁰⁸¹.

Bankanın ödeme talimatını icra ederken BK m. 390/f. II uyarınca göstermekle yükümlü olduğu özen objektif ölçüte göre belirlenir. Objektif ölçüt ile kastedilen, somut olayda ideal bir vekilin göstereceği davranış tipinin esas alınmasıdır. Bu anlamda ciro sözleşmesi çerçevesinde iş gören banka açısından da, somut olaydaki ödeme işlemi bakımından ortalama bir bankanın değil, ideal bir bankanın göstereceği davranış tipinin esas alınması gerekir. Ödeme talimatının verildiği banka, somut olayda, ideal bir bankanın göstereceği asgari özeni göstermemiş ise, borca aykırı davranmış olur. Söz konusu borca aykırılık bakımından esas alınması gereken ideal davranış tipinin belirlenmesinde ise, talimatın icrasında gerçekleşen aksaklığın türüne göre, yani talimatın hiç, zamanında ya da talimatın içeriğine uygun şekilde yerine getirilmemesi bakımından bir ayırım yapılması gerekir.

aaa. Bankanın Ödeme Talimatını Hiç İcra Etmemesi

Havale tutarının lehdarın hesabına aktarılmaması, havalecinin hesabında yeterli karşılık mevcut olmasına ve taraflar arasında geçerli bir ciro sözleşmesinin varlığına rağmen¹⁰⁸² banka tarafından ödeme talimatının hiç işleme konulmamasından kaynaklanmış ise, banka, BK m. 389 (art. 397 CO) anlamında talimatı hiç yerine getirilmemiş olması nedeniyle iş görme edimini hiç ifa etmemiş sayılır. Bu anlamda havale talimatının hiç yerine getirilmemesi, geniş anlamda özensiz iş görme teşkil eder¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 246.

¹⁰⁸¹ **BUIS**, sh. 88.

¹⁰⁸² Bankanın ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğünün tabi olduğu koşullar hk. bk. Birinci Bölüm II. B. 1. a. iv. aa.

¹⁰⁸³ **FELLMANN**, Art. 398, sh. 419 (N. 185).

bbb. Bankanın Ödeme Talimatını Zamanında İcra Etmemesi

Bankanın havale tutarının lehdarın hesabına zamanında aktarılmamasından sorumlu tutulabilmesinin ön koşulu, havalecinin ödeme talimatını bankaya, banka talimatı olağan özenle icra ettiği takdirde havale tutarının lehdarın hesabına zamanında aktarılmasına yetecek süre kadar önceden ulaştırmış olmasıdır¹⁰⁸⁴.

Bunun ötesinde, bankanın havale talimatını icra etmekte gecikip gecikmediğinin belirlenebilmesi, bankanın alacak kaydını gerçekleştirmesi için gerekli olan sürenin ve bu sürenin işlemeye başlayacağı anın bilinmesini gerektirir.

Ödeme talimatı bankaya zamanında iletilmiş ise, bankanın talimatı hangi süre içinde icra etmesi gerektiği konusunda bir ayırım yapılması gerekir. Ödeme talimatının hangi süre içinde icra edileceği taraflarca kararlaştırılmış olabilir¹⁰⁸⁵. Bu olasılıkta, kararlaştırılan süre içinde alacak kaydının gerçekleşmemesi banka açısından talimatın icrasında gecikme ve başlı başına özensiz iş görme teşkil eder.

Taraflarca böyle bir süre kararlaştırılmamış ise, banka, kendisine ulaşan ödeme talimatını derhal icra etmekle yükümlüdür¹⁰⁸⁶. Öğretide¹⁰⁸⁷ ve yargı kararlarında¹⁰⁸⁸ genel kabul gören görüşe göre, bankaya havale talimatını icra etmesi için makul bir süre tanınması gerekir. Katıldığımız görüş uyarınca, bu süre, kurum içi havale söz konusu olduğunda bir iş günüdür. Kurum içi havalede banka, ödeme talimatı kendisine ulaştıktan itibaren bir iş günü içinde havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmediği takdirde, talimatın icrasında gecikmiş ve özensiz davranmış

¹⁰⁸⁴ HEINI, sh. 86; LOMBARDINI, sh. 234.

¹⁰⁸⁵ Alman hukukunda BGB § 676a Abs. 2'de ise, talimatın icra edilmesi gereken süreyi kararlaştırma olanağı taraflara sınırlı olarak tanınmıştır. Zira bu hüküm uyarınca, her ne kadar talimatın zamanında icra edilip edilmediği bakımından taraflarca kararlaştırılan süre esas alınacak olsa dahi, taraflarca kararlaştırılan süre, yine bu hükmün devamında öngörülen azami sürelerden fazla olamaz. Bu konuda bk. CASPER, § 676 a, sh. 2689 (N. 22); FELDHahn, P.: Die bankenhaftung des neuen Überweisungsrechts, Baden-Baden, 2003, sh. 76 vd.

¹⁰⁸⁶ BUIS, sh. 68; bu ilke Alman hukukunda BGB § 676a Abs. 2'de açıkça düzenlenmiştir.

¹⁰⁸⁷ BILLOTTE-TONGUE, sh. 54; BUIS, sh. 68; TÜRK, sh. 406; bu sürenin önceden kesin bir şekilde belirlenemeyeceği, her somut olayda teamül çerçevesinde tespit edilmesi gerektiği yönünde bk. WETTSTEIN, sh. 124.

¹⁰⁸⁸ Makul sürenin somut olayda yedi gün olduğu yönünde bk. Y. 11 HD. T. 10.05.1994 E. 1994/20 K. 1994/4119 (KİBB); (telefon aracılığıyla verilen havale talimatı üzerine) şubeler arası kurum içi havalede, havale tutarı lehdarın hesabına havale talimatının verildiği gün içinde geçmediği takdirde bankanın gecikmiş sayılacağı yönünde bk. YHGK T. 18.10.1995 E. 1995/11-666 K. 1995/836 (KİBB)

sayılacaktır¹⁰⁸⁹. Zincirleme havalede ise, bankanın yükümlülüğü kendisine ulaşan ödeme talimatını makul süre içinde sonraki bankaya ya da lehdarın bankasına aktarmaktan ibarettir¹⁰⁹⁰. Havalecinin bankası, lehdarın hesabına alacak kaydını gerçekleştirme olanağından yoksun olduğundan, lehdarın hesabına alacak kaydı, kural olarak ödeme talimatının sonraki bankaya aktarıldığı iş gününden sonraki bir tarihte gerçekleşecektir¹⁰⁹¹.

Havaleci tarafından, ödeme talimatında işlem tarihi (*Ausführungsdatum / date d'exécution*) belirlenmiş ise, banka, havale talimatını bu tarihte işleme koymakla yükümlüdür. Bu olasılıkta havale talimatı bankaya belirlenen bu işlem tarihinde ulaşmış olsa dahi, havale tutarı işlem tarihini takip eden günün sonuna kadar lehdarın hesabına geçmemiş ise, banka talimatı yerine getirmekte gecikmiş sayılır¹⁰⁹².

Havale yoluyla yapılacak ödemenin zamanında gerçekleşmesi havaleci müşteri için olağanüstü önem taşıyor ise, TMK m. 2/f. I gereğince¹⁰⁹³ havaleci, ciro sözleşmesinden kaynaklanan bir yan yüküm olarak, bu konuda bankayı uyarmakla yükümlüdür¹⁰⁹⁴. Havaleci tarafından bu bildirim yapılmaması, bankanın müşteriye ödeyeceği tazminatın miktarında dikkate alınacak bir ortak kusur teşkil eder¹⁰⁹⁵. Bununla birlikte, havalecinin bu yükümlülüğü yalnızca banka tarafından bilinmeyen riskler bakımından mevcuttur. Somut olayda banka, ödemenin zamanında gerçekleşmemesinin havaleci açısından önemli zarara doğurabileceğini, talimatın

¹⁰⁸⁹ **BUIS**, sh. 68; Alman hukukunda ise, BGB § 676a Abs. 2 Nr. 3'te, yerli para üzerinden gerçekleştirilen kurum içi havalede havale tutarının, havalecinin ve lehdarın hesapları aynı merkez ya da şube nezdinde tutuluyor ise, en çok bir işgünü içinde; farklı şubeler nezdinde tutuluyor ise, en çok iki iş günü içinde lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu süre, talimatın icrası için gerekli havale bilgilerinin bankaya verildiği ve hesapta yeterli karşılığın bulunduğu andan itibaren işlemeye başlar. Bu konu hk. bk. **CASPER**, § 676a, sh. 2700 (N. 26).

¹⁰⁹⁰ Alman hukukunda BGB § 676a Abs. 2'ye göre, ülke içinde yerli para üzerinden gerçekleşen zincirleme havalede, banka havale tutarını üç işgünü içinde lehdarın hesabının tutulduğu bankanın hesabına aktarmakla yükümlüdür. Bu süre Avrupa Birliğine üye ülkelerde bulunan bankalar arasındaki zincirleme havalede beş iş günüdür. Bu konuda bk. **CASPER**, § 676a sh. 2700 (N. 26); **FELDHAN**, sh. 71 vd.

¹⁰⁹¹ **BUIS**, sh. 122.

¹⁰⁹² **BUIS**, sh. 67.

¹⁰⁹³ Zira bankaya ihbarda bulunmak suretiyle zararın önlenmesi ya da azaltılması mümkün olduğu takdirde, dürüstlük kuralı gereği, havaleci, gerçekleşebilecek zararın (riskin) kapsamını en iyi bilebilecek kişi konumunda olduğundan böyle bir ihbar bulunmakla da yükümlüdür.

¹⁰⁹⁴ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 44, 246; **LOMBARDINI**, sh. 234 (N. 30)

¹⁰⁹⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 247.

içeriğinden anlayabiliyor ise, havalecinin söz konusu risk konusunda bankayı uyarmamış olması, ortak kusur teşkil etmez. Örneğin, sigorta priminin ödenmesi için verilen bir ödeme talimatı söz konusu olduğunda, banka, ödemenin zamanında gerçekleşmemesinin havaleci için önemli zarar tehlikesi arz ettiğinin havaleci tarafından kendisine bildirilmediğini ileri sürememelidir¹⁰⁹⁶.

ccc. Ödeme Talimatının Talimata Uygun Şekilde İcra Edilmemesi

Daha önce belirtildiği üzere, banka ödeme talimatını yerine getirirken havalecinin talimatta açıkladığı iradesine bağlı kalmakla, bu anlamda talimatın içeriğine uygun şekilde icra etmekle yükümlüdür¹⁰⁹⁷.

aaaa. Havale Tutarındaki Hatadan Sorumluluk

Banka havale talimatını icra ederken, talimatta belirtilen tutar yerine daha çok ya da az bir tutarı lehdarın hesabına alacak kaydetmiş ya da ödeme talimatını bu hatalı tutar üzerinden sonraki bankaya aktarmış, kısaca ödeme talimatını hatalı tutar üzerinden icra etmiş olabilir. Her iki olasılıkta da banka, BK m. 390/f. II anlamında özensiz iş görmüş sayılacaktır.

Bununla birlikte, havale tutarındaki hata, talimatta belirtilenden daha çok bir tutarın lehdarın hesabına aktarılmasından ibaret olduğu takdirde¹⁰⁹⁸, bedel ilişkisinde para borcu tam olarak ödenmiş olacağından, kural olarak havalecinin bankadan tazminini isteyebileceği herhangi bir zararı söz konusu değildir. Buna karşın, havale tutarındaki hata, ödeme talimatının talimatta belirtilenden daha az bir tutar üzerinden icra edilmesi şeklinde ortaya çıkar ise, havaleci, bedel ilişkisinde kısmi ödemenin

¹⁰⁹⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 247.

¹⁰⁹⁷ Bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 1. a. iv. bb.

¹⁰⁹⁸ İstisnai olarak banka, havale talimatının içeriğinden, ödenmek istenen para borcunun havalecinin talimatında belirttiği miktardan daha fazla ve havalecinin iradesinin bu borcun tamamının ödenmesine yönelik olduğunu kesin şekilde anlayabiliyor ise, havalecinin talimatından ayrılmak suretiyle daha fazla miktarı lehdarın hesabına aktarması BK m. 389/f. I anlamında müvekkilin talimatından caiz şekilde ayrılma teşkil edeceği yönünde bk. **TÜRK**, sh. 404.

sonuçlarına maruz kalacağından, bu surette uğradığı zararın tazminini bankadan talep edebilir¹⁰⁹⁹.

bbbb. Havale Tutarının Yanlış Kişinin Hesabına Aktarılmasından Sorumluluk

Havaleci, ödeme talimatında lehdara ilişkin bilgileri doğru ve eksiksiz biçimde bankaya iletilmiş olmasına rağmen, banka havale tutarını yanlış bir kişinin hesabına örneğin gerçek hak sahibi olduğunu düşündüğü kişinin hesabına¹¹⁰⁰ ya da lehdarın ödeme talimatında belirtilenden farklı bir hesabına¹¹⁰¹ alacak kaydetmiş ya ödeme talimatını havale zincirinde bu şekilde aktarmış olabilir. Her iki durumda da, bankanın davranışı talimata aykırı ve başlı başına özensiz iş görme teşkil eder¹¹⁰².

Öte yandan havale tutarının yanlış hesaba aktarılması, talimatta belirtilen hesap numarasının hatalı olmasından kaynaklanmış olabilir. Talimatı bu (hatalı) hesap numarasına aktaran bankanın talimata uygun davranmış olup olmadığı ve bu şekilde yanlış hesaba yapılan kaydi para aktarımının özensiz iş görme teşkil edip etmediği konusunda, talimatta lehdarın nasıl gösterildiği belirleyicidir.

aaaaa. Lehdara İlişkin Bilgiler Eksik İse

Talimatın içeriğindeki lehdara ilişkin bilgilerde eksiklik söz konusu olduğunda, banka talimatın içeriğini yorumlamak suretiyle lehdarın kimliğini kesin bir şekilde belirleyebiliyor ise, havale tutarını kimliğini belirlediği lehdarın hesabına aktarabilir. Bu olasılıkta banka talimata uygun davranmış olacaktır. Bununla birlikte, havale talimatında yer alan bilgilerin yorumlanması ile lehdarın kimliği tespit edilemiyor ise, bankanın, talimata bağlılık ilkesi gereğince, havale sürecini durdurması ve havaleciden lehdarın kimliği hakkında ek talimat talep etmesi gerekir¹¹⁰³. Zira BK m. 389/f. I

¹⁰⁹⁹ TÜRK, sh. 405.

¹¹⁰⁰ Zincirleme havalede lehdarın bankası tarafından, havale tutarının havalecinin talimatına aykırı şekilde, talimatta belirtilen hesaba değil, bu hesabın sahibinin acentası sıfatına sahip olan bir başka kişinin hesabına geçirilmesi hk. bk. Y 19. HD. T. 07.02.2005 E. 2004/4197 K. 2005/825 (KİBB)

¹¹⁰¹ Uygulamada "Fakultativklausel" olarak adlandırılan, bankanın alacak kaydını gerçekleştireceği hesabı seçme hakkını saklı tutmasına ilişkin olarak bankanın talimata uygun davranma yükümlülüğü konusunda bk. yukarıda Birinci Bölüm II. B. 1. a. iv. bb.

¹¹⁰² BUIS, sh. 61; WIMMER-LEONHARDT, sh. 66.

¹¹⁰³ BUIS, sh. 62; Alman hukukunda bu yönde bk. HÖLSCHIEDT, sh. 68.

uyarınca vekil ancak müvekkilden izin alma imkânı mevcut olmadığı ve vekilin davranışı müvekkilin varsayılan iradesine uygun sayıldığı takdirde müvekkilin talimatından ayrılabilir. Bu anlamda, yorum yoluyla havalecinin talimatta yer alan iradesinden lehdarın kimliği teşhis edilememesine rağmen banka havaleyi gerçekleştirir ise – BK m. 389/f. I’de öngörülen koşullar mevcut olmadığı varsayımında – havalecinin talimatından caiz olmayan şekilde ayrılmış yani talimata uygun davranmamış olur.

Buna göre, havaleci bankaya ilettiği talimatta salt lehdarın ismini belirtmiş, hesap numarasına yer vermemiş ise, banka özenli iş görmenin gereği olarak, lehdarın kimliğinin teşhis edilebilir olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Banka lehdarın kimliğini talimatın içeriğinden şüpheye yer bırakmayacak şekilde, kesin olarak tespit edebiliyor ise; örneğin, banka nezdinde bu isme açılmış tek bir hesap söz konusu ise, banka havale tutarını bu hesaba alacak kaydetmekle talimata uygun iş görmüş olur¹¹⁰⁴.

Keza, talimatta salt bir hesap numarası belirtilmiş ve banka yaptığı denetim sonucunda bu hesap numarası ile açılmış hesabın tek bir müşteriye ait olduğu sonucuna varır ise, – diğer bir deyişle aynı hesap numarası ile açılmış farklı kişilere ait birden fazla hesap söz konusu olmadığı sürece – lehdarın kimliğinde belirsizlik söz konusu olmadığından, bankanın ödemeyi bu hesaba yapması talimata uygun iş görme teşkil eder¹¹⁰⁵.

Her iki durumda da, havale tutarını talimatta gösterilen hesap numarasını ya da ismi esas almak suretiyle icra eden bankanın, özenli iş görmüş ve talimata uygun davranmış sayılabilmesi için, talimatın içeriğinden lehdarın kimliğinin kesin şekilde anlaşılabilir olması gerekmektedir. Şu halde, talimatın içeriğindeki bilgileri denetlemeden ya da bu denetimi gerçekleştirmekle birlikte, söz konusu hesap numarası ile açılmış, farklı kişilere ait birden fazla hesap söz konusu olmasına rağmen havaleciden ek bilgi talep etmeksizin havale tutarını talimatta kişiye ya da belirtilen hesaba aktaran banka, özensiz iş görmüş ve talimata uygun davranmamış olur.

¹¹⁰⁴ **BUIS**, sh. 63.

¹¹⁰⁵ **BUIS**, sh. 64; karş. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 51; **LOMBARDINI**, sh. 245 (N. 66).

Havaleci ödeme talimatında ne hesap numarası ne de lehdarın ismini belirtmemiş ise, banka talimatı icra etmekten kaçınmak ve havaleci den ek açıklama talep etmekle yükümlüdür¹¹⁰⁶.

bbbb. Lehdara İlişkin Bilgiler Çelişkili İse

Ödeme talimatının bankaya yazılı olarak iletildiği (yazılı belge üzerinden yürütülen) havalede, havaleci talimatında hesap numarası ile birlikte lehdarın ismini de belirtmiş ise, banka – talimatın içeriğine bağlı kalma adına – özenli iş görme yükümlülüğünün gereği olarak, bu bilgilerin birbirine uyumunu denetlemekle yükümlüdür¹¹⁰⁷. Zira benimsediğimiz görüş uyarınca, hesap numarası ve isim havale lehdarını teşhis bakımından eşdeğer ölçütler olup¹¹⁰⁸, bu bilgiler arasında çelişki mevcut ise, havale lehdarının kimliğinde belirsizlik söz konusu olur. Bu denetim sonunda banka talimatta belirtilen hesap numarasının lehdara ait olmadığını tespit ederse, kural olarak havale sürecini durdurup, çelişki havaleci – ya da talimatı aktaran banka – tarafından giderilene kadar talimatı icra etmekten kaçınmalıdır¹¹⁰⁹. Şu halde, talimatta hesap numarası ile birlikte isim de belirtilmiş olmasına rağmen, bu hesap numarasının ismen belirtilen kişiye ait olup olmadığını denetlemeksizin, talimatı hesap numarasını esas almak suretiyle icra eden banka, özensiz ve talimata aykırı iş görmüş sayılacaktır.

Talimatın bankaya elektronik olarak iletildiği havalede ise, bankanın isim ve hesap numarası uygunluğunu denetlemekle yükümlü olup olmadığı, diğer bir deyişle,

¹¹⁰⁶ **BUIS**, sh. 66.

¹¹⁰⁷ **GUGGENHEIM**, Bankpraxis, sh. 246; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 54; **BUIS**, sh. 64; Alman hukukunda bu yönde bk. **HÖLSCHIEDT**, sh. 85; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 56.

¹¹⁰⁸ Bu yönde bk. **BUIS**, sh. 64; **HÖLSCHIEDT**, sh. 87; buna karşın Alman hukukunda yazılı talimatta ismin esas alınması gerektiği görüşü hakimdir. Buna gerekçe olarak, bankanın müşterisinin bir hesap numarası değil, bir kişi olduğu; bu itibarla da lehdarın kimliğini tespit bakımından ismin esas alınmasının daha güvenli bir teşhis imkânı sağlayacağı; ayrıca havalecinin, lehdarın ismini belirtirken hata yapma olasılığının hesap numarasına göre daha düşük olduğu yönünde bk. **HÖLSCHIEDT**, sh. 88; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 56; karş. **CANARIS**, sh. 213 (N. 331)

¹¹⁰⁹ **BUIS**, sh. 64; **LOMBARDINI**, sh. 243 (N. 66); **TÜRK**, sh. 243, 401; öğretilde (yazılı talimatta) ismin esas olduğu görüşünde olan yazarlara göre ise, isim ve hesap no'su arasında çelişki tespit eden bankanın, kural olarak kaydı para aktarımını talimatta belirtilen ismi esas alarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu yönde bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 51; kanımızca bankanın havaleci den ek talimat talep etmek yerine, talimatı ismi esas alarak icra etmesi istisnai olarak lehdarın isim üzerinden kesin olarak teşhis edilebilmesi durumunda mümkündür. Örneğin, banka nezdinde talimatta belirtilen şekilde bir hesap numarası mevcut değil ve talimatta belirtilen isme ait banka nezdinde açılmış tek bir hesap söz konusu ise, bankanın havale tutarını bu isme karşılık gelen hesaba aktarabileceği yönünde bk. **BUIS**, sh. 65.

havale tutarını doğrudan doğruya belirtilen hesaba aktaran bankanın talimata uygun davranmış sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışmalıdır.

Özellikle Alman hukukunda benimsenen bir görüşe göre, elektronik havalede banka, ödeme talimatında belirtilen hesap numarasının ismen belirtilen kişiye ait olup olmadığını denetlemekle yükümlü değildir¹¹¹⁰. Yazılı ödeme talimatından farklı olarak, elektronik olarak iletilen ödeme talimatında, hesap numarası esas alınır. Zira bankanın elektronik havalede belge üzerinden yürütülen havaledeki gibi bir içerik denetimi yürütmesi, masraf – risk dengesi ve nakit dışı ödeme işlemlerinde elektronik bilgi işlem sistemine başvurulmasının temelinde yatan rasyonalizasyon düşüncesi ile bağdaşmaz¹¹¹¹. Ayrıca, ödeme talimatını bankaya elektronik veri halinde ileten müşterinin bankadan, yazılı bir ödeme talimatının yerine getirilmesinde gösterilen ile aynı ölçüde özen gösterilmesini beklemesi de makul değildir¹¹¹². Bu görüş uyarınca elektronik bilgi işlem sistemi aracılığıyla yürütülen havalede bankanın ödeme talimatında belirtilen hesap numarasına uygun şekilde havale işlemini gerçekleştirmiş, diğer bir deyişle havale tutarını talimatta belirtilen hesaba alacak kaydetmiş olması, özenli iş görmüş sayılması bakımından yeterlidir. Sonuç olarak elektronik havalede, havale tutarını doğrudan doğruya belirtilen hesaba aktaran banka, aktarılan hesap, yanlış hesap olsa dahi, banka talimata uygun davranmış olur.

Öğretide diğer bir görüş çerçevesinde ise, elektronik havalede bankanın denetim yükümlülüğü bakımından kurum içi havale ile zincirleme havale arasında bir ayırım yapılması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹¹³. Bu görüş uyarınca kurum içi havale söz konusu olduğunda, gerek yazılı gerek elektronik havalede banka, talimatta belirtilen hesap numarasının isme uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Bu denetimi yapmaksızın havale tutarının hesaba aktarılması özensiz iş görme teşkil eder. Zincirleme havalede ise, lehdarın bankasının denetim yükümlülüğü yalnızca yazılı olarak iletilen ödeme talimatı bakımından söz konusudur. Elektronik olarak iletilen yani EFT sistemi aracılığıyla iletilen ödeme talimatında lehdarın bankası, isim hesap numarası uygunluğunu denetlemekle yükümlü değildir. Lehdarın bankası EFT

¹¹¹⁰ CANARIS, sh. 349 (N. 523); HÖLSCHIEDT, sh. 77; WIMMER-LEONHARDT, sh. 56.

¹¹¹¹ HÖLSCHIEDT, sh. 77.

¹¹¹² WIMMER-LEONHARDT, sh. 56.

¹¹¹³ TÜRK, sh. 243, 401 vd.

sisteminde havale tutarını doğrudan hesap numarasına aktarmakla, talimata uygun davranmış olur.

Nihayet öğretide bazı yazarlara göre, isim ve hesap numarası uygunluğunu denetleme yükümlülüğü bakımından, talimatın yazılı ya da elektronik olarak iletilmesi arasında fark yaratılmaması gerekir¹¹¹⁴. Bu görüş uyarınca, ödeme talimatı bankaya ister yazılı ister elektronik olarak iletilmiş olsun, banka, belirtilen hesap numarasının isme ait olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Elektronik havalede bankanın, bilgi işlem sistemini, ödeme talimatında belirtilen isim ile hesap numarasının uygunluğunu denetleyecek ve bu denetim sonucunda talimatın içeriğinde çelişki tespit edildiği takdirde, sistemin havale sürecini durdurmasını sağlayacak şekilde tasarlamış ve organize etmiş olması özenli iş görme yükümlülüğünün bir gereğidir.

Bize göre, ödeme talimatının elektronik olarak iletildiği olasılıkta, bankanın özenli iş görme yükümlülüğünün kapsamı, yazılı havaledeki gibi değildir. Zira ödeme talimatını elektronik olarak bankaya iletmeyi tercih eden müşterinin, bu yöntemle içkin olan belirli riskleri üstlendiğinin kabul edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, elektronik havalede müşteri, bankadan, yazılı talimatın icrasından uygulanabilecek tüm önlemlere başvurmasını, özellikle talimatın içeriğini aynı özenle denetlemesini bekleyememelidir.

Bununla birlikte, kanımızca bankanın hesap numarasının isme uygunluğunu denetlemesi elektronik havalede de bankanın özenli iş görme yükümlülüğü kapsamına dahildir. Diğer bir deyişle banka, elektronik bilgi işlem sistemini, kendisine ulaşan talimatta gösterilen isim ismi ile hesap numarasının uygunluğunu denetleyecek şekilde organize etmelidir. Zira ciro sözleşmesinden doğan özenli iş görme yükümlülüğü, ödeme işleminin havalecinin iradesine uygun şekilde gerçekleşebilmesi için, bankanın elindeki teknik olanaklardan mümkün olduğunca yararlanmasını gerektirir. Şu halde banka, lehdarın hesap bilgilerine teknik olarak erişim olanağına sahip olduğu sürece¹¹¹⁵,

¹¹¹⁴ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 51; **BUIS**, sh. 64.

¹¹¹⁵ Zincirleme banka havalesinde ise, hesap numarasının isme uygunluğunu denetim yükümlülüğü kural olarak lehdarın hesabının tutulduğu bankaya, yani lehdarın bankasına aittir. Havalecinin bankasının denetim yükümlülüğü ise, lehdarın hesap bilgilerine erişim olanağından yoksun olduğu ölçüde, lehdarın bankasının hesap bilgileri ile sınırlıdır. Bu anlamda zincirleme havalede havalecinin bankası, ödeme talimatında belirtilen lehdarın bankasının swift ya da clearing numarasının bu bankaya ya da bu bankanın belirtilen şubesine ait olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür. Söz konusu bilgiler arasında çelişki olmasına rağmen havalecinin bankasının havale sürecini durdurup havaleciden açıklama (ek talimat)

bu denetimi gerçekleştirmeye yönelik olarak bilgi işlem sisteminde gerekli tedbirleri almakla da yükümlü olması gerekir¹¹¹⁶.

Öte yandan böyle bir denetimin fazladan masrafa ve zaman kaybına yol açacağı ve bilgi işlem sistemi başvurulmak suretiyle gerçekleştirilmek istenen işlem rasyonalizasyonu ile bağdaşmayacağı düşüncesi de, kanımızca yerinde değildir. Aksine, elektronik bilgi işlem sistemi sayesinde bankanın bu denetimi yazılı belgeye göre çok daha rasyonel şekilde gerçekleştirme olanağı elde ettiği savunulabilir.

ii. Bankanın Elektronik Bilgi İşlem Sistemi Arızalarından Sorumluluğu

Bilindiği üzere, bankacılık hizmetlerinde ve özellikle ödeme talimatının icrasında elektronik bilgi işlem sisteminin kullanılması, işlemi hızlandırması ve daha güvenli hale getirmesi gibi avantajlar sağlamanın yanı sıra, işlemlerin hızı ve elektronik ortamda gerçekleştirilmesi, kaynağının belirlenmesi güç olan bazı arıza risklerini de beraberinde getirmiştir.

Aşağıda bankanın elektronik bilgi işlem sisteminde meydana gelen arıza sonucu ödeme talimatının hiç, zamanında ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin yol açtığı zarardan bankanın sorumluluğu ele alınacaktır. Bankanın sistem arızalarından kaynaklanan zarardan sorumluluğunun tabi olduğu sorumluluk rejimi konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bu tartışmaya ve ileri sürülen görüşlere yer vermeden önce bilgi işlem sistemi arızasını doğuran sebeplere değinilecektir. En son olarak da, benimsediğimiz sorumluluk rejimi çerçevesinde bankanın gerçekleşen teknik arızadan ne ölçüde ve hangi koşullarda sorumlu tutulacağı incelenecektir.

aa. Elektronik Bilgi İşlem Arızası Olarak Tanımlanan Durumlar

Genellikle banka genel işlem şartlarında, teknik sebepler ve diğer sebeplere bağlı olarak bankanın bilgi işlem sistemi tarafından ödeme talimatının hiç ya da gereği gibi yerine getirilememesinden bankanın hiç sorumlu olmayacağı ya da salt ağır

istememesi ve talimatı sonraki bankaya aktarılması, özensiz iş görme teşkil edeceği yönünde bk. **BUIS**, sh. 121.

¹¹¹⁶ Bu yönde bk. BGE 126 III 20, sh. 24.

kusurundan sorumlu olacağı şeklinde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹¹¹⁷. Bu kayıtlarda yer verilen teknik sebepler kavramı, talimatın icrası sürecinde salt sisteme dahil olan unsurlarda gerçekleşen işlev bozukluklarına karşılık gelir¹¹¹⁸. Sistemde kullanılan donanımın ya da yazılımın (programlanmasının) hatalı¹¹¹⁹ (*Programmierungsfehler*) ya da bunların dışında bizatihi sistemin kendisinin hatalı tasarlanmış¹¹²⁰ (*Auslegungsfehler*) olması bu kapsamda yer almaktadır¹¹²¹. Keza sistemdeki bakım eksikliği (*Wartungsfehler*) ya da sistemin yeterince denetlenmemesi arızanın temelindeki teknik sebebi teşkil edebilir¹¹²².

Sisteme bilgi girişinde ya da sistemin kullanılmasında¹¹²³ (*Bedienungsfehler*) banka çalışanı tarafından yapılan hatalar ise, yukarıda tanımlanan şekilde teknik aksaklık teşkil etmez. Zira bu olasılıklarda sistem içi teknik bir hata değil, sistemin kullanılmasındaki insan hatası söz konusudur.

Sistem arızasının üçüncü kişilerin sisteme kötüniyetli müdahalelerinden¹¹²⁴ (*missbräuchliche Eingriffe Dritter*) ya da voltaj dalgalanması, elektrik kesintisi, yangın,

¹¹¹⁷ Bk. Garanti Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi, 6. Otomatik Havale/Otomatik Ödeme İle İlgili Hükümler, 6.4.: "... yapılacak işlemlerde teknik nedenlerden veya haberleşmeden ya da benzeri nedenlerden doğabilecek gecikme, aksama ve kaybolmalardan dolayı Banka hiçbir sorumluluk taşımayacak..."; 7. Şubesiz Bankacılık Kanalları, 7.1.14.: "...Banka, teknik arıza veya herhangi bir sebeple işlemin yapılmamasından ve bunun sonuçlarından sorumlu değildir."

Fortis Genel Hizmet Sözleşmesi, 11. Telefon, İnternet Bankacılığı ve/veya Sair Elektronik Ortamlar Aracılığı İle Sunulan Bankacılık Hizmetleri, 11.8.: "Müşteri, ...yazılım, donanım, telefon hatlarındaki arızalar ve teknik aksaklıklar nedeniyle işlemlerin yapılamaması, eksik gerçekleşmesi...ve sair durumlarda Bankanın hiçbir sorumluluğu olmadığını kabul ve beyan eder."

¹¹¹⁸ **ZEIDLER**, S. E.: Risikotragung und Haftung im Videotex-Telebanking, Bern 1991, sh. 74.

¹¹¹⁹ Örneğin bilgi işlem sisteminde kullanılan yazılım (*software*) programı baştan hatalı olduğu için sistem hatalı sonuç vermektedir.

¹¹²⁰ Sistemin tasarlanmasındaki hata ile voltaj dalgalanması, elektrik kesintisi, üçüncü kişilerin sisteme müdahaleleri gibi öngörülemeyen bazı dış faktörlere karşı bilgi işlem sisteminde gerekli önlemlerin (örneğin gerektiğinde devreye girecek yedek ya da paralel bir sistemin hazır bulundurulması) alınmamış olunması kastedilmektedir.

¹¹²¹ **KÖHLER**, sh. 158; **ZEIDLER**, sh. 70.

¹¹²² **KÖHLER**, sh. 159; **von der CRONE**, sh. 95; **ZEIDLER**, sh. 70; **ŞENER**, O. H.: Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer sistemi (EFTPOS) ve Hukuki Niteliği, İstanbul 2000, sh. 590.

¹¹²³ Kullanım hatası banka çalışanı tarafından havale bilgilerinin bankanın bilgi işlem sistemine girilmesi sırasında gerçekleşebilir; bununla birlikte gerçek zamanlı çalışan bilgi işlem sisteminde böyle bir hata söz konusu olmaz.

¹¹²⁴ Yalnızca "bilgisayar korsanı" (hacker) olarak tabir edilen ve sisteme dışarıdan müdahale eden kişilerin değil, bankanın kendi çalışanlarının da bu kapsamda yer alacağı konusunda bk. **ZEIDLER**, sh. 76.

nem gibi tamamen rastlantısal dış faktörlerden kaynaklanmış olması da mümkündür¹¹²⁵. Keza bu tür olgular¹¹²⁶ da banka genel işlem şartlarında belirtilen teknik sebeplerin dışında kalan, “diğer sebepler” kapsamında yer alır.

Hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, bilgisayar sistemlerinin yol açtığı zarardan sorumluluk kapsamında bugün genel kabul gören yaklaşım mutlak anlamda hatasız çalışan bir elektronik sistem yaratılmasının kural olarak mümkün olmadığı yönündedir¹¹²⁷. Bu nedenle, sistem arızaları bakımından yanıtlanması gereken soru, belirtilen risklere karşı bankanın ne ölçüde önlem almakla yükümlü olduğu ve bu önlemlere rağmen gerçekleşen riskin kim tarafından yüklenileceğidir. Aşağıda bu konulara sırasıyla değinilecektir.

bb. Sorumluluğun Tabi Olduğu Rejimin Belirlenmesi

aaa. Öğretideki Görüşler

aaaa. Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Öğretide bazı yazarlarca, borçlunun ifa sürecinde başvurduğu elektronik bilgi işlem sistemi arızaları bakımından genel kusur sorumluluğu rejiminin yetersiz kaldığı ve sistemin alacaklıya verdiği zarardan, borçlunun, herhangi bir kusuru olmasa dahi sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu yaklaşımın temelinde yatan ana düşünce, elektronik bilgi işlem sisteminin teknik işleyişinin münhasıran sistemi işletenin – konumuz açısından bankanın – egemenlik alanında olmasına bağlı olarak, sistemin işleyişindeki aksaklıklardan kaynaklanan tüm zararın da yine sistemi işleten tarafından karşılanmasını haklı kılacağıdır¹¹²⁸.

¹¹²⁵ von der CRONE, sh. 96; ZEIDLER, sh. 70; ŞENER, sh. 590.

¹¹²⁶ Bu tür dış faktörlerin ayırt edici özelliği, bizatihi bünyesinde banka açısından kınanabilirlik unsuru barındıran teknik sebeplerden farklı olarak, bankaya ya da müşteriye isnat edilememeleridir. Bu yönde bk. ZEIDLER, sh. 75.

¹¹²⁷ ZEIDLER, sh. 71; ŞENER, sh. 592.

¹¹²⁸ BILLOTTE-TONGUE, sh. 270. Öğretide bu konuda ileri sürülen diğer gerekçeler arasında, borçlunun, ifa sürecinde yardımcı şahıs yerine bilgisayar sistemine başvurmak suretiyle – normalde – tabi olduğu kusursuz sorumluluk rejimini bertaraf edememesi gerektiği; bilgisayar sistemi kullanmak suretiyle işlem hacmini arttırmak ya da işçi maliyetini azaltmak gibi önemli avantajlar elde eden borçlunun, sistemden kaynaklanan risklere de katlanması gerekeceği; sistemi işleten borçlunun alacaklıya oranla sistemdeki riskleri daha ucuza sigorta ettirebileceği; nihayet bilgisayar sistemini denetleme olanağından yoksun olan alacaklı müşterinin psikolojik bir zorunluluk durumunda olması yer almaktadır. Bu yönde

Bu görüş çerçevesinde, bilgisayar sistemi arızasından sorumluluk bakımından borçlunun kusurlu olmasının gerekli olmadığı kabul edilmekle birlikte, sorumluluğun hangi kusursuz sorumluluk ilkesine dayanacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Özellikle Alman hukuku öğretisinde savunulan bir görüşe göre, bilgisayar sistemi işletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu esasına dayanır¹¹²⁹. Zira yasada bazı zarar verici olguların tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmesinin temelinde yatan düşünce olan, zarara uğrayan tarafın zarar doğuran fiile/faaliyete etkide bulunma imkânından yoksun olmasının, elektronik bilgi işlem sisteminin yol açtığı zararlar bakımından da tipik bir unsur olduğu ifade edilmiştir¹¹³⁰.

Bu konuda bazı yazarlar ise, ifa sürecinde başvuru bilgisayar sisteminin yol açtığı zarardan sorumluluk bakımından bir yasa boşluğunun söz konusu olduğu ve yasadaki bu boşluğun, borçlunun BK m. 100 (art. 101 CO/BGB § 278) anlamında yardımcı şahsı sayılan kişinin fiilinden sorumluluğuna ilişkin ilkelerin kıyasen uygulanması suretiyle doldurulması gerektiği görüşündedirler¹¹³¹. Bu görüşte olan yazarlara göre, BK m. 100’de öngörülen kusursuz sorumluluğun temelinde yatan düşünce (*ratio legis*), bu hükmün bilgisayar sistemi arızalarından sorumluluk bakımından kıyasen uygulanmasını haklı kılar¹¹³². Zira, bilindiği üzere, BK m. 100 uyarınca borçlunun ifa sürecinde başvurduğu üçüncü kişinin yol açtığı zarardan kusuru olmasa dahi sorumlu tutulması, öğretide “yarar ve tehlike ilkesi”¹¹³³ olarak ifade edilen, ifa sürecinde yardımcı şahıs aracılığıyla işbölümünün avantajlarından yararlanan

bk. **KÖHLER**, H.: Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182, 1982, sh. 157.

¹¹²⁹ Bu görüş hk. ayrıca bk. **von der CRONE**, sh. 87; **ŞENER**, sh. 594.

¹¹³⁰ Zira bilgisayar sisteminin kullanılmasının, ifa sürecinde taraflar arasında bir konum farklılığı meydana getirdiği, alacaklıyı tamamen denetimi dışında olan bir sürece tabi kıldığı, bu itibarla da sistem arızalarının alacaklı nezdinde birer tehlike teşkil ettiği yönünde bk. **von der CRONE**, sh. 87, 98; **ŞENER**, sh. 594.

¹¹³¹ **ŞENOCAK**, sh. 109; **von der CRONE**, sh. 87 dn. 8’de anılan yazarlar; Alman hukukunda bu görüşte bk. **CANARIS**, sh. 238 (N. 367);.

¹¹³² **CANARIS**, sh. 238 (N. 367); **ŞENOCAK**, sh. 109; **ŞENER**, sh. 597.

¹¹³³ Bu konuda bk. **ŞENOCAK**, sh. 28 vd; öğretide bu ilkenin yanı sıra, borçlunun yardımcı şahsın fiillerinden kusursuz sorumluluğunun “etki alanı ilkesi” olarak ifade edilen, borçlunun etki ve egemenlik alanında gerçekleşen yardımcı şahsın faaliyetlerinden doğan risklere, bu faaliyetler üzerinde müdahale ve denetim imkânından yoksun olan alacaklının değil, borçlunun katlanması gerektiği düşüncesi ile de açıklanabileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **SEROZAN**, sh. 236 (N. 3); **ŞENOCAK**, sh. 33 vd; **ŞENER**, sh. 597 dn. 328.

borçlunun, bu işbölümünün yarattığı riskleri de üstlenmekle yükümlü – yani yardımcı şahsın sebep olduğu zarardan sorumlu – olması ile açıklanmaktadır. İfa sürecinde bilgisayar sistemine başvurulmasının da, benzer bir iş bölümü etkisi yaratıp, borçlunun faaliyet alanını genişlettiği dikkate alındığında, üçüncü kişi yerine bilgisayar sistemine başvurulmuş olmasının, borçlunun sorumluluğunu hafifletmemesi ve alacaklının durumunu kötüleştirmemesi gerekir¹¹³⁴.

bbbb. Kusur Sorumluluğu Görüşü

Türk ve İsviçre hukuklarındaki baskın görüş, borçlunun borcun ifasında başvurduğu elektronik bilgi işlem sistemi arızalarının yol açtığı zarardan kusur sorumluluğu uyarınca sorumlu olduğu; kusursuz sorumluluk rejiminin bilgisayar arızasından sorumluluk bakımından uygulanamayacağı yönündedir¹¹³⁵. Zira bilgisayar sistemi, bazı teknik özellikler arz etmekle birlikte, borçlunun sorumluluğu bakımından ifa sürecinde başvuru alan diğer araçlardan farklı değildir. Şu halde, sistem arızası bakımından borçlunun kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulması, bu konuda özel bir yasal düzenlemenin varlığını gerektirir¹¹³⁶. Bilgisayar sistemi kullanan borçlunun sistem arızasının yol açtığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için, borçlunun, borcun ihlalini teşkil eden bir davranışta bulunmuş ve bu davranışın kusur olarak borçluya isnat edilebilir olmasına bağlıdır. Borçluya herhangi bir kusur isnat edilemiyor ise, meydana gelen zarara alacaklı katlanır. Kusursuz sorumluluk söz konusu olmadığından, bilgi işlem sistemi arızalarında borçlunun sorumluluğu bakımından önem arz eden, sistemin organizasyonunda, bakımında ve denetiminde borçlunun kusurlu davranmış olup olmadığıdır.

¹¹³⁴ **KÖHLER**, sh. 167; **von der CRONE**, sh. 87; **ŞENOCAK**'a göre (sh. 109), yardımcı şahsı seçmede olduğu gibi, kullanılacak makineleri seçmede de gerekli kararı verenin borçlu olması, varılan bu sonucu destekler

¹¹³⁵ **ŞENER**, sh. 603; **TÜRK**, sh. 371; İsviçre hukukunda bu görüşte bk. **von der CRONE**, sh. 98 vd.; **ZEIDLER**, sh. 137 vd.; **HEINI**, sh. 95; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 271; **BUIS**, sh. 88; Alman hukukunda bu yönde bk. **KÖHLER**, sh. 157, 171.

¹¹³⁶ **KÖHLER**, sh. 169; **ŞENER**, sh. 598

bbb. Görüşlerin Bankanın Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi ve Sonuç

Öncelikle belirtmek gerekir ki, borçlunun sorumluluğunun kural olarak kusur sorumluluğu olduğu, borçlunun kusursuz olarak sorumlu tutulmasının ise, istisna teşkil ettiği ve ancak yasada özel hükümlerle düzenlenen durumlarda kabul edilebileceği; buna bağlı olarak da, kıyas yoluyla kusursuz sorumluluğun, özellikle de bir tehlike sorumluluğunun yaratılamayacağı öğretide çoğunlukla kabul görmektedir¹¹³⁷.

Ayrıca yasada tehlike sorumluluğu kapsamında korunan hukuki değerlerin niteliği de, – bilgisayar sistemleri her ne kadar alacaklı açısından bir tehlike unsuru gibi görülse dahi –, bilgisayar arızalarının yol açtığı zararın tehlike sorumluluğu uyarınca tazmin edilmesine engel teşkil etmektedir. Bu anlamda yasada tehlike sorumluluğunun, genellikle vücut bütünlüğü, hayat, sağlık gibi kişi varlığına dahil değerlere yönelik tipik tehlike arz eden faaliyetlere ilişkin olarak öngörüldüğü; ifa sürecinde bilgisayar sistemine başvurulmasının ise, bu anlamda tehlike arz eden ya da mevcut tehlikeyi arttıran¹¹³⁸ bir faaliyet olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹¹³⁹. Bankanın sunduğu havale hizmetinde başvurduğu bilgi işlem sistemindeki ya da ATM cihazındaki arızaların, bu anlamda müşterinin kişi varlığı değerleri bakımından bir tehlike arz ettiği söylenemez¹¹⁴⁰.

Bilgisayar sisteminin borçlunun yardımcı şahsı olarak nitelendirilmek suretiyle borçlunun sistem arızalarından BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulması yönündeki görüşe karşı ise, öğretide şu eleştiriler yöneltilmiştir:

Bilgisayar sistemi arızaları bakımından BK m. 100 anlamında kusursuz sorumluluk kurallarının kıyasen uygulanabilmesi, ifa sürecinde bilgisayar sistemi kullanılmasından doğan riskler ile yardımcı şahsa başvurulmasından kaynaklanan

¹¹³⁷ ŞENER, sh. 594.

¹¹³⁸ Havale sürecinde elektronik bilgi işlem sisteminin kullanılmasının, klasik yöntemle – yazılı belge üzerinden – yürütülen havaleye göre hata sıklığını azalttığı gibi, gerçekleşen hatanın sebep olduğu zararın kapsamı bakımından da, klasik yöntemde ortaya çıkan hatalara göre herhangi bir farklılığın söz konusu olmadığı, özetle bankanın bilgisayar sistemi kullanmasının gerek nicelik gerek nitelik bakımından zarar tehlikesini arttırdığının söylenemeyeceği yönünde bk. von der CRONE, sh. 98.

¹¹³⁹ KÖHLER, sh. 157; von der CRONE, sh. 98; ŞENER, sh. 594.

¹¹⁴⁰ ŞENER, sh. 594.

risklerin – bunun uzantısı olarak da tarafların menfaat durumlarının – benzerlik arz etmesine bağlıdır¹¹⁴¹. Oysa söz konusu sistemlerin kullanımında ortaya çıkan riskler ile yardımcı şahıstan kaynaklanan risklerin bu anlamda aynı sorumluluk rejimine tabi olmayı gerektirecek şekilde benzer olduğu söylenemez¹¹⁴².

Bilindiği üzere, BK m. 100 uyarınca yardımcı şahsın fiillerinin borçluya isnat edilmesinin temelinde yatan düşüncelerden biri, borçlu tarafından en üst düzeyde organizasyon yapılsa ve denetim uygulansa dahi, ifa sürecinde yardımcı şahıs olarak başvurulmuş kişi ya da kişilerin davranışlarının mutlak anlamda hâkimiyet altına alınamaması; yardımcı şahıs olarak başvurulmuş kişilerde her zaman insana özgü, önceden öngörülemeyen ve bu nedenle de denetlenemeyen borca aykırı davranma ve zarara yol açma olasılığının mevcut olmasıdır¹¹⁴³. İşte BK m. 100 hükmü ile hedeflenen, ifa sürecinde borçlunun gerekli tüm özeni göstermiş olmasına rağmen, üçüncü kişilerin öngörülemeyen ve engellenemeyen tarzda zarara yol açan davranışlarının yine de borçluya yüklenmesidir¹¹⁴⁴.

Oysa borcun ifasında kullanılan bilgisayarın ya da elektronik bilgi işlem sisteminin böyle bir hata eğilimi barındırdığı söylenemez. Bu anlamda bilgi işlem sistemi kullanılmasından doğan riskler, yardımcı şahsa başvurulmasından doğan risklerden farklılaşmaktadır¹¹⁴⁵. İnsan davranışından farklı olarak ifa sürecinde başvurulmuş bilgisayar sistemi, (borçluyu kusursuz olarak sorumlu tutmayı gerektirecek seviyede) öngörülemeyen ve denetlenemeyen bir hata riski arz etmemektedir. Her ne kadar bilgisayarın hata/arıza riski tamamen ortadan kaldırılamasa dahi, borçlu tarafından sistemin organizasyonda ve denetiminde en üst düzeyde özen gösterildiği takdirde hata olasılığı, yardımcı şahsın hatalı (borca aykırı) davranma olasılığından çok daha düşüktür¹¹⁴⁶. Öte yandan borçlu, bilgi işlem sistemini, ifa organizasyonunda yer alan yardımcı şahıslara oranla çok daha etkili şekilde denetleme olanağına sahiptir¹¹⁴⁷.

¹¹⁴¹ ZEIDLER, sh. 137.

¹¹⁴² ŞENER, sh. 601.

¹¹⁴³ von der CRONE, sh. 99; ZEIDLER, sh. 138.

¹¹⁴⁴ von der CRONE, sh. 100; ŞENER, sh. 601.

¹¹⁴⁵ von der CRONE, sh. 100; ŞENER, sh. 601.

¹¹⁴⁶ von der CRONE, sh. 101; ZEIDLER, sh. 138.

¹¹⁴⁷ von der CRONE, sh. 100; ŞENER, sh. 601.

Bu anlamda insan davranışına (*menschliches Verhalten*) bağlı risklerin esas alındığı yardımcı şahıstan sorumluluk rejiminin, geleneksel anlamda eşyadan kaynaklanan risklere benzerlik arz eden elektronik bilgi işlem sistemi riskleri bakımından kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır¹¹⁴⁸.

Öğretide genellikle sistem risklerinin sistemi işleten borçlu tarafından üstlenilmesine gerekçe olarak, bilgisayar sisteminin münhasıran sistemi işletenin menfaatine olduğu, zira bu sayede sistemi işleten borçlunun yarattığı işbölümünden yararlandığı ve etki alanını genişlettiği, bunun olağan sonucunu ise, riskin onu yaratan tarafından üstlenilmesi olduğu ifade edilmektedir. Nakit dışı ödeme hizmeti bakımından elektronik bilgi işlem sistemine başvuran banka açısından bakıldığında ise, ileri sürülen bu gerekçenin aksine banka ve müşterinin menfaat durumları, sistem arızaları bakımından BK m. 100'in kıyasen uygulanmasına engel teşkil eder. Zira bankacılık hizmetlerinde bilgisayar sistemi kullanılması, bankanın menfaatine olduğu kadar, nakit dışı ödeme hizmetini ucuzlatması ve hızlandırması bakımından müşterinin de menfaatindedir¹¹⁴⁹. Şu halde, yardımcı şahsın verdiği zararın borçlu tarafından üstlenilmesine gerekçe teşkil eden işbölümü ve tehlike – yarar ilkelerinin bankacılık hizmetlerinde elektronik bilgi işlem sistemine başvuran bankanın durumu için geçerli değildir.

Yine kusursuz sorumluluk görüşü çerçevesinde öğretilerde bazı yazarlarca, hizmet sözleşmesi ilişkisindeki (iş hukukunda) işletme riski (*Betriebsrisiko*) teorisinin bankanın bilgi işlem sistemi arızalarından sorumluluğu bakımından kıyasen uygulanması önerilmiştir¹¹⁵⁰. Bu teori esasen, işletme nezdinde ortaya çıkan bir sebeple çalışmanın durduğu takdirde işverenin işçiye ücret ödemekle yükümlü olup olmadığı sorununa ilişkindir. Temelini art. 324 CO' te düzenlenen işverenin temerrüdünde bulan bu teori çerçevesinde, işyerinde işçinin çalışması ne işverene ne de işçiye isnat edilebilen bir sebeple mümkün olmadığı takdirde, risk işveren tarafından üstlenileceği, bu itibarla işverenin işçiye ücret ödemekle yükümlü olduğu benimsenmektedir.

¹¹⁴⁸ von der CRONE, sh. 101; ZEIDLER, sh. 138.

¹¹⁴⁹ Özellikle EFT/POS sistemi ile yapılan ödeme bakımından, elektronik POS sisteminden yalnızca kartı çıkaran bankanın değil, aynı zamanda üye işyerinin ve kart hamilinin de yararlandığı konusunda bk. ŞENER, sh. 602.

¹¹⁵⁰ Bu görüş hk. bk. BILLOTTE-TONGUE, sh. 271.

Kanımızca banka ile müşteri ilişkisinin, işçi ile işveren ilişkisine göre arz ettiği farklılıklar dikkate alındığında, işletme riski teorisi de, bankanın bilgi işlem sistemi arızalarından sorumluluğu bakımından kıyasen uygulanabilir bir sorumluluk rejimi değildir. Her ne kadar her iki olasılıkta da bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olsa dahi, işyerinde çalışmanın mümkün olamaması işçinin geçim olanaklarını tehlikeye soktuğu ölçüde riskin işveren tarafından üstlenilmesini haklı kılmakta iken, bankacılık hizmetlerinde ve özellikle havale sürecindeki aksaklıkta müşterinin uğradığı zarar – banka müşterisinin ekonomik anlamda geçimi ile ilgili bir ödeme söz konusu olmadığından – sistemden kaynaklanan riskin tamamen banka tarafından üstlenilmesini gerektirecek önemde bir zarar değildir¹¹⁵¹.

Bu açıklamalardan hareketle kanımızca, bilgi işlem sisteminden kaynaklanan teknik arızalarda kusur sorumluluğu ilkesinden ayrılmayı – kusursuz sorumluluk rejimini uygulamayı – haklı kılan herhangi bir sebep mevcut değildir. Banka, elektronik bilgi işlem sisteminin yol açtığı zarardan ancak kendisine kusur isnat edilebildiği ölçüde sorumlu olur. Somut olaydaki arıza bakımından bankaya herhangi bir kusur isnat edilemiyor ise, arıza riski müşteri tarafından üstlenilmiş sayılır. Somut olayda gerçekleşen arıza hiçbir şekilde bankaya isnat edilemeyen (bankanın özensiz sayılamayacağı) bir olgudan kaynaklanmış ise, bedel ilişkisinde ödemenin gecikmesi bakımından havaleci borçlu çoğu zaman, BK m. 105 çerçevesinde kusurlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğinden, banka tarafından tazmini gerekli bir dolaylı zarardan da söz edilemeyecektir¹¹⁵².

Yukarıda belirtildiği üzere, banka için sistem arızasından doğan sorumluluk şeklinde yeni bir kusursuz sorumluluk rejimi yaratmak yerine, sorunun ciro sözleşmesindeki özenli iş görme yükümlülüğü kapsamında çözümlenmesi gerekir. Aşağıda bankanın göstermekle yükümlü olduğu özenin ölçüsü, teknik arıza yol açan olgu esas alınmak suretiyle yakından incelenecektir. Şimdiden belirtmek gerekir ki, bankanın sorumluluğunun ağırlaştırılması bakımından, bankanın öngörmekle ve önlemekle yükümlü olduğu risklerin kapsamının genişletilmesi yolu tercih

¹¹⁵¹ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 271.

¹¹⁵² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 272.

edilmelidir¹¹⁵³. Bunun ötesinde, banka açısından tamamen öngörülemez ve önlenemez riskler söz konusu olduğunda, kusur sorumluluğu ilkesi geçerlidir. Bu anlamda bankanın herhangi bir şekilde üzerinde etkide bulunma olanağından yoksun olduğu risklerden dolayı bankanın sorumlu tutulmasını haklı kılan bir gerekçe mevcut değildir.

Belirtmek gerekir ki, havalecinin uğradığı zarar da, çoğu zaman sistemdeki arıza riskinin banka tarafından üstlenilmesini gerektirecek önemde değildir. Öte yandan havale sürecindeki aksaklık sonucu, havale tutarı lehdara ulaşmadığı takdirde banka söz konusu tutarı BK m. 394/f. I zemininde havaleciye iade etmekle yükümlüdür¹¹⁵⁴. Ödemenin gecikmesine bağlı olarak ortaya çıkabilecek zarar bakımından ise, havale sürecindeki aksaklık, mutlak anlamda öngörülemeyen ya da önlenemeyen bir olgudan kaynaklandığı takdirde, bedel ilişkisinde havale lehdarı konumundaki para alacaklısı uğradığı zarardan havaleci konumundaki borçlusunu sorumlu tutamayacağından¹¹⁵⁵, havaleci borçlunun da rücu ilişkisi çerçevesinde bankadan tazminini talep edilebileceği bir zararı mevcut olmayacaktır¹¹⁵⁶.

cc. Benimsenen Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Özensiz İş Görmeye Dayanan Tazminat Talebi

Bankaya iletilen ödeme talimatı, bankanın bilgi işlem sistemindeki arıza nedeniyle hiç, zamanında ya da gereği gibi icra edilmemesinin yol açtığı zarardan sorumluluğu, yukarıda benimsediğimiz görüş uyarınca ciro sözleşmesinden doğan edim yükümlülüğünün kusurlu ihlaline dayanır. Daha önce de belirtildiği üzere, ciro sözleşmesinde borca aykırılığı, bankanın özenle iş görmemiş olması teşkil eder. Şu halde, bankanın, sistem arızasının yol açtığı zarardan sorumlu tutulabilmesi, bankanın ciro sözleşmesi açısından özensiz iş görme teşkil eden bir davranışının mevcut olmasına ve bu davranışın kusur olarak bankaya isnat edilebilmesine bağlıdır.

Bu noktada vurgulamak gerekir ki, havale sürecinde banka tarafından elektronik bilgi işlem sistemi kullanılıyor ise, bankanın BK m. 390/f. II anlamında

¹¹⁵³ Karş. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 271.

¹¹⁵⁴ Bankanın havale tutarını havaleciye iade yükümlülüğü konusunda bk. aşağıda II. B. 1.

¹¹⁵⁵ Bu olasılıkta havaleci borçlu BK m. 102/f. II uyarınca gecikme bakımından kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

¹¹⁵⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 272.

göstermekle yükümlü olduğu özen, geleneksel olarak yazılı belge üzerinden yürütülen havale işlemlerine – klasik banka havalesindeki – göre özellik arz eder. Zira belge üzerinden yürütülen havalede, ödeme talimatı bankanın çalışanı ya da organı sıfatına sahip kişiler tarafından icra edilir. Elektronik havalede ise, bu faaliyet bankanın elektronik bilgi işlem sistemi tarafından yerine getirilmektedir. Şu halde, klasik banka havalesinde bankanın özenli iş görüp görmediği bakımından bankanın çalışanının ya da organının yürüttüğü havale işleminde göstermesi gereken özen dikkate alınması gerekir iken, elektronik havalede ciro sözleşmesi uyarınca gösterilecek özen, elektronik bilgi işlem sisteminin organizasyonunu ve tasarlanmasını ilgilendirir¹¹⁵⁷. Diğer bir deyişle, bilgi işlem sistemi kullanan bankanın göstermesi gereken özen, sistemin tasarlanması, programlanması, kullanılması vs. gibi konularda gösterilmesi gereken özen olarak somutlaşır.

Şu halde, kaydi para aktarımı hiç, zamanında ya da gereği gibi gerçekleşmemiş ise, bankanın özenli iş görüp görmediği bakımından, elektronik havalede bankanın, kullandığı bilgisayar sisteminin tasarlanmasında, programlanmasında, bakımında, ya da kullanımında gerekli özeni gösterip göstermediği esas alınacaktır¹¹⁵⁸. Kısaca, ciro sözleşmesi uyarınca bankanın yükümlülüğü, müşterinin ödeme talimatını gereği gibi yerine getirmesini sağlayan elektronik bilgi işlem sistemini teknik açıdan hazır bulundurmaktır. Bankanın kullandığı bilgi işlem sisteminde asgari teknik altyapıyı ve organizasyonu oluşturmaması nedeniyle ödeme talimatının hiç ya da gereği gibi icra edilmemesi, bu anlamda ciro sözleşmesi ilişkisinde borca aykırılık teşkil eder. Bankanın borca aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için ise, ayrıca söz konusu özensiz davranışın kusur olarak bankaya isnat edilebilir olmasını gerektirir.

aaa. Sistemin Tasarlanmasından ve Organizasyonundan Sorumluluk

Banka özenli iş görme yükümlülüğü çerçevesinde öncelikle, sistemi gereği gibi çalışacak şekilde tasarlamak ve organize etmekle yükümlüdür. Bu anlamda sistemin tasarlanmasında ve organizasyonunda bankanın göstereceği özen, kapsamlı bir risk analizi yapmak suretiyle, teknik arızaya sebep olabilecek elektrik kesintisi, voltaj

¹¹⁵⁷ ZEIDLER, sh. 120.

¹¹⁵⁸ ZEIDLER, sh. 120.

dalgalanması, yangın, rutubet, su baskını gibi dış etkenlere (*technischen Störfaktoren*) karşı elektronik bilgi işlem sisteminde koruma önlemlerinin alınmasına karşılık gelir¹¹⁵⁹. Keza üçüncü kişilerin sisteme haksız müdahalelerine (*unbefugten Eingriffen*) karşı sistemde gerekli teknik güvenlik önlemlerinin alınması da sistemin özneli şekilde organize edilmesinin bir gereğidir¹¹⁶⁰. Örneğin bankanın, elektronik bilgi işlem sistemine girişi ve erişimi bazı kontrollere (*Zutritts- und Zugriffskontrollen*) tabi tutması ya da bazı önemli verileri şifrelemesi bu kapsamda düşünülebilir¹¹⁶¹.

Sonuç itibariyle banka, elektronik bilgi işlem sistemini, olağan koşulların ötesinde, olağandışı koşullarda da işlevini sürdürebilecek –yani bankaya ulaşan ödeme talimatının kaydedilip, işleme konulabilmesi mümkün olacak – şekilde organize etmemiş ise, özensiz davranmış sayılır¹¹⁶². Şu halde, bu tür risklere karşı banka tarafından gerekli önlemlerin alınmamış olması, ciro sözleşmesi ile üstlenilen edim yükümlülüğü bakımından başlı başına özensiz davranış teşkil edeceğinden, söz konusu özensizlik bankaya kusur olarak isnat edilebildiği ölçüde, banka müşterinin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır.

Bankanın bilgi işlem sisteminin tasarlanması ve organizasyonu bakımından borçlandığı özenin ölçüsü – yani ciro sözleşmesinin sistemde hangi önlemlerin alınmasını gerekli kıldığı – ise, somut olayda bankanın kullandığı elektronik sisteme, büyüklük, etkinlik ve kullanım tarzı bakımından eşdeğer bir sistemdeki (son) teknolojik standartlar (*gegenwärtig möglichen Standart der Technik*) ve bankanın işletme organizasyonundaki masraf – risk dengesi dikkate alınarak belirlenmelidir¹¹⁶³. Belirtmek gerekir ki, elektronik sistemlerde risklerin büyük çoğunluğunun teorik olarak önlenilebilir olması¹¹⁶⁴, bankanın her türlü masrafı yaparak söz konusu riski önlemekle yükümlü olduğu anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, somut olayda öngörülebilir ve

¹¹⁵⁹ Örneğin banka, elektrik kesintisi durumunda devreye girebilecek bir yedek sistem hazır bulundurmaz ya da ani sistem arızalarında havale bilgilerinin geri getirilemez şekilde kaybolmasını önleyecek bazı koruma önlemleri almaz ise, özensiz davranmış sayılacağı yönünde bk. **ZEIDLER**, sh. 122; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 270; karşı. **ŞENER**, sh. 609.

¹¹⁶⁰ **von der CRONE**, sh. 93; **ZEIDLER**, sh. 121; **ŞENER**, sh. 610

¹¹⁶¹ **von der CRONE**, sh. 96; **ZEIDLER**, sh. 130.

¹¹⁶² **ZEIDLER**, sh. 121 vd.

¹¹⁶³ **von der CRONE**, sh. 94; **ZEIDLER**, sh. 123; karşı. **HEINI**, sh. 94.

¹¹⁶⁴ Bununla birlikte bugün için mutlak anlamda hatasız bir bilgisayar sistemin yaratılmasının mümkün olmadığı yönünde bk. **KÖHLER**, sh. 159 vd.; **ZEIDLER**, sh. 122.

günün teknolojik olanakları dâhilinde önlenebilir bir risk söz konusu olsa dahi, bankanın buna karşı önlem almamış olmasından hareketle, doğrudan doğruya bankanın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılmamalıdır¹¹⁶⁵. Bankanın somut olayda teknik olarak önlenebilir risklerden hangilerine karşı önlem almakla yükümlü olduğu noktasında başvurulacak ölçüt, masraf – risk değerlendirmesi anlamında, söz konusu riskin gerçekleşme olasılığı ve bu riskin önlenmesi için yapılması gereken masraf arasındaki dengedir¹¹⁶⁶. Buna göre bankanın, gerçekleşme olasılığı düşük olan ve aşırı masraf gerektiren bir riske karşı, bilgi işlem sisteminin organizasyonunda önlem almamış olması, diğer bir deyişle bankanın bu konuda teknik standartlardan ayrılmış olması – kısaca bankanın riski göz ardı etmiş olması – başlı başına özensiz davranış teşkil etmez.

Nihayet, bankanın müşterinin uğradığı zarardan sorumlu tutulabilmesi için, bilgi işlem sisteminde gerekli koruma önlemlerin alınmamasının bankaya kusur olarak isnat edilebilir olması da gereklidir. Bununla birlikte, sistemin organizasyonundaki özensizlik bakımından bankanın kusurlu olmadığını ispat etmek suretiyle kurtuluş kanıtı getirmesi uygulamada gerçekleşmesi zor bir olasılıktır¹¹⁶⁷.

Şu halde banka, bilgi işlem sistemini bilgisayar alanındaki günün son teknolojik olanaklarına (*aktuellen Stand der Technik und Informatik*) uygun şekilde organize etmiş, özellikle, yukarıda zikredilen dış etkenlere karşı teknolojik olanaklar dahilinde gerekli önlemleri almış olmasına rağmen, risk yine de gerçekleşmiş ise, bankanın BK m. 390/f. II anlamında özen yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenemeyeceğinden, müşterinin uğradığı zarar nedeniyle banka sorumlu tutulamaz; bu riskin müşteri tarafından üstlenilmesi gerekir¹¹⁶⁸. Buna karşın banka, koruma

¹¹⁶⁵ ZEIDLER, sh. 123.

¹¹⁶⁶ ZEIDLER, sh. 123.

¹¹⁶⁷ Öğretide ZEIDLER (sh. 135), bankanın özen yükümlülüğünü ihlal bakımından kusurlu sayılmamasına örnek olarak, bankanın sistemin organizasyonunda teknik standarda uymamış olmasının, herhangi bir kusuru olmadan masraf risk dengesi analizinde yapmış olduğu hatadan kaynaklanmış olmasını örnek göstermektedir.

¹¹⁶⁸ von der CRONE, sh. 94; ZEIDLER, sh. 134; karş. BILLOTTE-TONGUE, sh. 270; Öğretide BUIS (sh. 89) ise, her ne kadar son teknolojiye göre öngörülemez ya da makul masraf ile önlenemeyecek bir arıza konusu olsa dahi, arızaya bilgi işlem sistemini yanlış kullanmak suretiyle bizzat havaleci sebep olmadığı ya da arıza mücbir sebep niteliğindeki bir olgudan kaynaklanmadığı sürece, bankanın kusurlu sayılması gerektiği görüşündedir; GUGGENHEIM (Bankpraxis, sh. 249) ise, ne bankaya ne de müşteriye kusur isnat edilemeyen teknik arızalar bakımından, bilgi işlem sisteminin kullanılmasının bankanın menfaatine olduğundan hareketle, riskin banka tarafından üstlenilmesi gerektiği görüşündedir.

önlemleri bakımından yukarıda belirtilen standarda uymamış ise, gerçekleşen riskin önlenmesi teknolojik olarak mümkün olmakla birlikte aşırı masraf gerektirmediği sürece, banka özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılır¹¹⁶⁹.

Sonuç itibariyle söz konusu riskler bakımından bankaya herhangi bir özensizlik isnat edilemediği takdirde müşterinin uğradığı zarardan bankanın sorumlu tutulamayacağı – gerçekleşen riskin müşteriye ait olacağı – sonucuna varmak gerekir. Bununla birlikte öğretide¹¹⁷⁰, bilgi işlem sisteminin organizasyonunda gerekli özeni gösterdiğini bankanın ispatlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir¹¹⁷¹. Bu yaklaşım uyarınca banka, somut olayda riski önlemek bakımından elektronik bilgi işlem sistemini bilgisayar alanındaki son teknolojiye uygun şekilde organize ettiğini, özellikle, yukarıda belirtilen dış etkenlere karşı teknolojik olanaklar çerçevesinde ve makul bir masraf gerektiren tüm koruma önlemlerini aldığını ispat edemediği sürece müşterinin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır. Böylelikle her ne kadar kural olarak – bankaya özensizlik isnat edilemeyen – teknik aksaklık riski müşteriye ait olsa dahi, özen yükümlülüğü ihlali bakımından ispat yükü yer değiştirmek suretiyle söz konusu risk bankaya yüklenmiş olunmaktadır.

¹¹⁶⁹ **von der CRONE**, sh. 94; **ZEIDLER**, sh. 123, 134. Yine bu yazarlarca, bankanın özenli davranmış sayılabilmek bakımından – dürüstlük kuralı uyarınca müşteri tarafından bilinebilir bir riskin söz konusu olmadığı sürece – müşterisine karşı söz konusu risk konusunda aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerektiği ayrıca vurgulanmaktadır. Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ve ihlali hk. ayrıca bk. **ZEIDLER**, sh. 123 dn. 11.

¹¹⁷⁰ Bilgi işlem sistemindeki aksaklığın bankanın özensiz davranışından kaynaklandığı, diğer bir deyişle bankanın özen yükümlülüğünü ihlal ettiği şeklinde bir karinenin (natürliche Vermutung) kabul edilmesi gerektiği yönünde bk. **von der CRONE**, sh. 102; konuya kusur unsuru bakımından yaklaşmakla birlikte aynı sonucun benimsenmesi açısından bk. **BILOTTE-TONGUE**, sh. 269; yine konuya kusur unsuru bakımından yaklaşan **HEINI** (sh. 94 vd.) ise, özen yükümlülüğü ihlali yönünde bir karinenin kabul edilmesine ihtiyaç olmadığı görüşündedir. Yazara göre, isimsiz sözleşme niteliğinde olan ciro sözleşmesi uyarınca banka, müşterisine karşı bir sonuç borcu üstlenmektedir. Ciro sözleşmesi ile üstlenilen – kurum içi havalede lehdarın hesabına alacak kaydı, zincirleme havalede ise havale talimatının lehdarın bankasına aktarılması şeklindeki – sonuç gerçekleşmediği takdirde, bankanın ciro sözleşmesinden doğan borcunu ihlal etmiş sayılacağı ve sözleşmesel sorumluluktaki ispat yükü dağılımı gereğince, bankanın kusurlu olmadığını ispatlayamadığı sürece havalecinin uğradığı zararı tazminle yükümlü olur.

¹¹⁷¹ Bilgi işlem sisteminin münhasıran bankanın hakimiyet alanında bulunmasının ve yalnızca bankanın sistemin işleyişine ilişkin ispat araçlarına sahip olmasının, ispat yükünün bankanın üzerinde olmasını haklı kıldığı; buna göre, müşteri tarafından bankanın özensiz iş gördüğü ispatlanmak yerine, bankanın sistemin organizasyonunda gerekli özeni gösterdiğini ispatlamakla yükümlü olması gerektiği yönünde bk. **von der CRONE**, sh. 97; **HEINI**, sh. 94.

bbb. Programlama Hatasından Sorumluluk

Elektronik bilgi işlem sisteminde kullanılan yazılım, özel olarak bankanın ihtiyaçları doğrultusunda, banka bünyesinde çalışan uzman kişiler tarafından hazırlanmış ya da banka tarafından bankadan bağımsız olarak iş gören uzman kişilere hazırlanmış ise¹¹⁷², yazılımın hazırlanmasında genel kabul gören programlama tekniklerinin hiç uygulanmamış ya da yanlış uygulanmış olması ciro sözleşmesi bakımından başlı başına özenli iş görme yükümlülüğüne aykırı davranış teşkil eder.

Söz konusu yazılımı hazırlayan kişinin özensiz sayılan bu davranışından (programlama hatasından) bankanın BK m. 100 uyarınca sorumlu olup olmayacağı konusunda, somut olayda ciro sözleşmesi ilişkisi ile yazılımın hazırlanması faaliyeti arasındaki, zaman ve konu itibarıyla bağlantı eksikliği dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle, sistemde kullanılan yazılımın – somut olayda zarara uğrayan banka müşterisi ile – ciro sözleşmesinin henüz kurulmadığı bir aşamada ve belirsiz sayıda havale işleminde kullanılmak üzere hazırlanmış olmasının, yazılımı hazırlayan programcının BK m. 100 uyarınca bankanın yardımcı şahsı sayılmasına engel teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesi gerekir¹¹⁷³.

Öğretide borçlunun, borçlanılan edim fiillerini ifa sürecinde yerine getiren kişinin – edimin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararın – yanı sıra, bu edim fiillerine ilişkin hazırlık faaliyetini (*Vorbereitungshandlungen/actes préparatoires*) yerine getiren kişinin sebep olduğu zarardan da BK m. 100 uyarınca sorumlu olacağı benimsenmektedir¹¹⁷⁴. Bu anlamda, elektronik bilgi işlem sisteminde kullanılacak yazılımın hazırlanması da, banka için havale talimatının yerine getirilmesi bakımından bir hazırlık faaliyeti olarak nitelendirildiği takdirde, banka, çalışanın (bilgisayar programcısının) yazılım hatalarından kaynaklanan aksaklık nedeniyle zarara

¹¹⁷² Sistemde önceden hazırlanmış standart bir yazılım kullanılmış ise, bankanın bu yazılımın hatalı olması nedeniyle sorumluluğu sistemin tasarlanması ve organizasyonundan sorumluluğuna tabi olur.

¹¹⁷³ **KÖHLER**, sh. 160; **ZEIDLER**, sh. 124.

¹¹⁷⁴ **ZEIDLER**, sh. 125; borçlanılan edime ilişkin hazırlık fiillerinden yalnızca bir yan yükümlülüğün ifasını teşkil edenlerin borçlunun BK m. 100 uyarınca sorumluluğunu doğuracağı, bunun ötesinde borcun ifasının subjektif şartını oluşturan bir hazırlık fiilinden kaynaklanan zarar bakımından BK m. 100'ün uygulanamayacağı görüşü için bk. **ŞENOCAK**, sh. 162; yalnızca borçlunun edim programına dahil sayılabilen hazırlık fiilleri bakımından BK m. 100'ün uygulanabileceği görüşünde bk. **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 101, sh. 351 (N. 99); Alman hukuku bakımından **KÖHLER** (sh. 161) ise, söz konusu hazırlık faaliyetinin etkisini edimin ifası anında sürdürüyor olmasını BGB § 278'in uygulanması bakımından ek bir koşul olarak aramaktadır.

uğrayan banka müşterisine karşı BK m. 100 uyarınca sorumlu olacaktır¹¹⁷⁵. Programın hazırlanması esnasında bankanın hangi müşteri ile ciro sözleşmesi ilişkisine gireceğinin henüz belirli olmaması ise, BK m. 100 hükmünün bu şekilde geniş yorumlanması karşısında – kapsamına hazırlık fiillerinin de dahil edilmesi nedeniyle – bankanın BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulmasına engel teşkil etmeyecektir; bu noktada zararın söz konusu hazırlık fiili temelinde kurulan bir borç ilişkisinden kaynaklanmış olması yeterlidir¹¹⁷⁶.

Öte yandan yazılımı hazırlayan programcının banka çalışanı değil, bankadan bağımsız iş gören bir uzman üçüncü kişi olması, bankanın hazırlanan yazılımdaki hatalardan BK m. 100 uyarınca sorumlu olması bakımından farklılık yaratmaz¹¹⁷⁷. Zira yazılımın bağımsız uzman kişi tarafından hazırlanmasında da ciro sözleşmesi ile üstlenilen edim bakımından bir hazırlık fiili söz konusudur. Öte yandan, bağımsız programcının, bankaya karşı yerine getirdiği edimin aynı zamanda bankanın ciro sözleşmesi uyarınca üstlendiği edim için bir hazırlık fiili teşkil ettiğinden haberdar olup olmaması, bu kişinin BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez^{1178 1179}.

ccc. Bakım ve Kullanım Hatasından Sorumluluk

Havale talimatının hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, sistemin bakımındaki eksiklik ya da düzenli bakım yapılmaması, bilgilerin sisteme hatalı girilmesi ya da sistemin yanlış kullanılmasından kaynaklanmış ise, söz konusu hataların, daha eğitimli personel çalıştırılması ya da çalışma koşullarının iyileştirilmesi

¹¹⁷⁵ ZEIDLER, sh. 124, 126.

¹¹⁷⁶ ZEIDLER, sh. 125.

¹¹⁷⁷ von der CRONE, sh. 94, 96; ZEIDLER, sh. 126; karş. ŞENER, sh. 610.

¹¹⁷⁸ SEROZAN, sh. 239 (N. 6); ZEIDLER, sh. 126.

¹¹⁷⁹ Öğretide, bilgi işlem sisteminin programlanmasında başvuru bağımsız programcının alt vekil olarak nitelendirilemeyeceği, bu itibarla da bankanın programlama hatalarından sorumluluğunun BK m. 391/f. II'ye (art. 399/II CO) tabi olmayacağı (bankanın yalnızca programcıcıyı seçmede ve talimat vermede özen göstermediği takdirde sorumlu tutulması) genel kabul gören görüştür. Bu görüşü savunan yazarlara göre, üçüncü kişinin (programcının) bankadan bağımsız şekilde faaliyet gösteriyor olması, diğer bir deyişle söz konusu programı bankanın talimatı ve denetimi olmaksızın hazırlamış olması, bu kişinin banka müşterisinin alt vekili olarak nitelendirilmesi bakımından yeterli olmadığı gibi, bağımsız bir programcıya başvurulmasının münhasıran vekil konumundaki bankanın menfaatine olması da, bu kişinin alt vekil değil, BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs olarak nitelendirilmesini haklı kılar. Bu yönde bk. von der CRONE, sh. 94; ZEIDLER, sh. 127 dn. 22.

suretiyle önlenebilir ya da azaltılabilir oldukları göz önüne alındığında, bu tür davranışlar başlı başına BK m. 390/f. II (art. 398/II CO) anlamında ciro sözleşmesinde özensiz iş görme teşkil eder¹¹⁸⁰. Banka, çalışanlarının özensiz iş görme teşkil eden bu davranışlarından BK m. 100 uyarınca sorumlu olacaktır¹¹⁸¹.

ddd. Sisteme Kötüniyetli Müdahaleden Sorumluluk

Havale talimatı elektronik bilgi işlem sistemi aracılığı ile icra edildiği sırada, bankanın çalışanı¹¹⁸² sıfatına sahip, bilgi işlem sistemi uzmanı kişiler tarafından, sistemde kullanılan yazılım manipüle edilmek suretiyle sisteme müdahale edilmesi sonucu, havale talimatı hiç ya da gereği gibi yerine getirilememiş ve bu nedenle de bedel ilişkisinde havaleci müşteri zarara uğramış ise, banka çalışanın bu davranışından bankanın sorumlu tutulabilmesi, BK m. 100 anlamında yardımcı şahsın davranışından sorumluluk rejimi çerçevesinde mümkündür¹¹⁸³.

BK m. 100 uyarınca borçlunun yardımcı şahsın davranışından sorumlu tutulabilmesinin ön koşulu ise, yardımcı şahsın davranışının yalnızca bir haksız fiil olarak değil, borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi dikkate alındığında borca aykırılık teşkil eden bir davranış olarak nitelendirilebilmesidir. Öte yandan, BK m. 100/f. I'de borçlunun yalnızca, üçüncü kişinin "...işlerini icra esnada ika ettikleri zarar..."dan sorumlu olacağı düzenlendiği dikkate alındığında, bankanın, çalışanın kasten/kötüniyetli şekilde bilgi işlem sistemine müdahalesinden kaynaklanan zararın BK m. 100/f. I anlamında işin görülmesi esnasında meydana gelen zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

¹¹⁸⁰ **KÖHLER**, sh. 159, 163; **ZEIDLER**, sh. 124; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 53; **von der CRONE** (sh. 95) ise bu sonucu, bankacılık hizmetlerinde elektronik banka işlem sistemi kullanan bankanın özen yükümlülüğünün ağırlaşmasına dayandırmaktadır.

¹¹⁸¹ **von der CRONE**, sh. 95; **ZEIDLER**, sh. 124; hatta POS cihazlarının bakımını yapan cihazın imalatçısının fiillerinden de bankanın BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulabileceği yönünde bk. **ŞENER**, sh. 609 dn. 371.

¹¹⁸² Sisteme kötüniyetli şekilde müdahale etmek suretiyle zarar yol açan kişi, banka çalışanı sıfatına sahip olmayan üçüncü kişi olduğu takdirde bankanın sorumluluğu, sistemin tasarlanmasına ve organizasyonunda gerekli özeni gösterip göstermediğine bağlıdır. Bu konuda bk. yukarıda "sistemin tasarlanmasından ve organizasyonundan sorumluluk" a ilişkin C. 2. a. ii. cc. aaa'deki açıklamalar.

¹¹⁸³ Öte yandan banka, kötüniyetli müdahalelere karşı bilgi işlem sisteminde gerekli güvenlik önlemlerini almamış ise, sistemin organizasyonunda bankaya isnat edilebilir bir özensizlik söz konusu olacağından, bankanın sorumluluğu BK m. 100'e değil, BK m. 389'a – özen yükümlülüğünün kusurlu şekilde ihlaline – dayanacaktır. Bilgi işlem sisteminin organizasyonunda gösterilecek özen hk. bk. yukarıda 1158 no'lu dn.'a bağlı metin.

Bilgi işlem sistemine müdahalenin borca aykırılık teşkil edip etmediği bakımından öncelikle, ciro sözleşmesi ile bankanın üstlendiği yükümlülüklerin dikkate alınması gerekir. Bilindiği üzere müşteri, ciro sözleşmesi ile ödeme işlemlerinin görülmesi faaliyetini bankaya devrederken, malvarlığının bir kısmını teşkil eden kaydi parayı bankaya devretmektedir. Bu noktadan hareketle ciro sözleşmesi uyarınca banka, müşterisinin ödeme işlemlerini özenli şekilde gerçekleştirmek şeklinde tanımladığımız asli edim yükümlülüğünün yanı sıra, bu ödeme işlemlerini gerçekleştirirken, iş görme ilişkisinden kaynaklanan güven temelinde, konusu müşterisinin kişi ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme olan koruma yükümlülükleri¹¹⁸⁴ de üstlenmiş sayılır¹¹⁸⁵. Diğer bir deyişle, ciro sözleşmesi uyarınca müşteri, yalnızca ödeme işlemlerinin gereği gibi yerine getirileceğine değil, ödeme sürecinde banka tarafından kendisinin başka şekilde zarara uğratılmayacağına da güvenmektedir. Bu anlamda, banka ile müşteri arasındaki borç ilişkisi, ihlali olumlu bir davranış ile gerçekleşebilecek kaçınma/yapmama yükümlülükleri¹¹⁸⁶ (*Unterlassungspflichten*) de içerir. Şu halde banka, bizzat – yani bankanın organı sıfatına sahip kişi tarafından – müşteriyi zarara uğratabilecek şekilde bilgi işlem sistemine müdahale ettiği takdirde, bu davranış yalnızca BK m. 41 anlamında bir haksız fiil olarak nitelendirilmeyecek, aynı zamanda ciro sözleşmesinden kaynaklanan koruma yükümlülüğünün ihlalini teşkil eden borca aykırı bir davranış olarak nitelendirilecektir¹¹⁸⁷.

Diğer yandan Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde, BK m. 100/f. I hükmündeki “işin icrası esnasında ika edilen zarar” kavramı ile ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Öğretide baskın olan görüşe göre¹¹⁸⁸, bu ifade ile yasakoyucu, ifa vesilesiyle¹¹⁸⁹ meydana gelen zararları hükmün kapsamı dışında bırakmayı ve borçluyu

¹¹⁸⁴ Borç ilişkisinden doğan koruma yükümlülükleri ile yan yükümlülüklerin birbirinden ayırt edilmesi hk. bk. **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 122 vd.; karş. **ŞENOCAK**, sh. 89.

¹¹⁸⁵ **ZEIDLER**, sh. 132.

¹¹⁸⁶ Genel olarak olumsuz edim yükümlülüklerinin üçüncü kişi tarafından ihlal edilip edilemeyeceği ve BK m. 100’ün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bk. **ŞENOCAK**, sh. 98 vd.

¹¹⁸⁷ **ZEIDLER**, sh. 132.

¹¹⁸⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, sh. 369; **SEROZAN**, sh. 242 (N. 9); bu görüş hk. ayrıntılı açıklama için bk. **ŞENOCAK**, sh. 172 vd. Ayrıca bk. **THÉVENOZ**, *Commentaire Romand, Code des Obligations I, Titre deuxième: De l’effet des obligations, Genève-Bale-Münich 2003*, (kıs. *Commentaire Romand*), Art. 101, sh. 601 (N. 23).

¹¹⁸⁹ İfa vesilesiyle uğranılan zarar ile, yardımcı şahsa bırakılan iş ile alacaklının uğradığı zarar arasındaki bağlantının zaman ve mekân bağlantısından ibaret olması kastedilmektedir.

yalnızca, yardımcı şahsa başvurduğu iş ile fonksiyonel bağlantı (amaç-görev bağlantısı) içinde olan zarardan sorumlu tutmayı amaçlamıştır. Fonksiyonel bağlantı ile kastedilen, yardımcı şahsın zarar verici davranışının alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisi açısından borçlunun üstlenmiş olduğu edim yükümlülüğüne aykırı bir davranış olarak nitelendirilebilmesi, diğer bir deyişle aynı davranış bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilse idi, bu davranışın borcun hiç ya da gereği gibi olmayan ifasını teşkil edecek olmasıdır¹¹⁹⁰. Bu görüş uyarınca, bankanın sisteme yapılan müdahaleden sorumlu tutulabilmesi için, banka çalışanının, havale talimatının icrası ile – yani bankanın edim yükümlülüğü ile – doğrudan ya da dolaylı şekilde bağlantılı olan bir faaliyet ile görevlendirilmiş – örneğin banka çalışanı bilgi işlem sisteminin denetiminden sorumlu kişi ise – , ya da en azından bilgi işlem sistemine erişim konusunda banka tarafından yetkilendirilmiş bir kişi olması gerekmektedir¹¹⁹¹.

Buna karşın bizim de katıldığımız, öğretilerdeki diğer görüş ise, yasadaki işin icrası esnasında ika edilen zarar kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, borçlunun yalnızca edim yükümlülüğü ile fonksiyonel bağlantı içinde olan değil, bu edim vesilesiyle meydana gelen zarardan da sorumlu olacağı, diğer bir deyişle yardımcı şahsın borç ilişkisinden doğan asli edim yükümlülüğünün ihlalinin yanı sıra yan yüküm ya da koruma yükümünün ihlalini teşkil eden davranışlarının da borçluya isnat edilebileceği yönündedir¹¹⁹². Bu görüşe göre, borçlunun sorumlu tutulması bakımından belirleyici olan, işin görülmesinin yardımcı şahsa devredilmesinin somut olayda zararın doğması bakımından – yardımcı şahsa – özel bir imkân, fırsat sağlamış olması, diğer bir deyişle, borç ilişkisi ve bunun ifası söz konusu olmasa idi, yardımcı şahsın alacaklıya hiç veya aynı şekilde bir zarar verme imkânına sahip olamayacak olmasıdır. Bu noktadan hareketle banka BK m. 100 uyarınca, yalnızca bilgi işlem sisteminin işleyişinde görevlendirdiği ya da yetkilendirdiği bir banka çalışanının

¹¹⁹⁰ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 140 (N. 2874); THÉVENOZ, Commentaire Romand, Art. 101, sh. 601 (N. 23); WEBER, Berner Kommentar, Art. 101, sh. 355 (N. 119); KOLLER (Erfüllung, sh. 292 N. 116) ise, yardımcı şahsın davranışının borca aykırılık teşkil etmesi gerekliliğinin, art. 101 CO (BK m. 100) hükmünün yasa sistematikindeki yeri itibarıyla kendiliğinden anlaşılır olduğu ve bu itibarla da yasada ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı gerekçesiyle, zararın işin icrası esnasında meydana gelmiş olması koşulunun, yardımcı şahsın davranışının borca aykırılık teşkil etmesi şeklinde anlaşılmasına karşı çıkmaktadır.

¹¹⁹¹ ZEIDLER, sh. 132 vd.

¹¹⁹² ŞENOCAK, sh. 189 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 140 (N. 2876); WEBER, Berner Kommentar, Art. 101, sh. 357 (N. 124).

gerçekleştirdiği müdahaleden değil, bünyesinde havale işlemleri için görevlendirdiği ve elektronik bilgi işlem sistemine erişim imkânına sahip olan tüm banka çalışanlarının müdahalelerinden sorumludur.

iii. Bankanın Müşterisine Karşı Havale Zincirindeki Diğer Bankaların Davranışlarından Sorumluluğu

Ödemenin gecikmesi – yani havale tutarının alacaklının hesabına zamanında ulaşmaması – , havale zincirindeki aracı banka ya da lehdarın bankasının davranışından kaynaklanmış ise, havalecinin, uğradığı gecikme zararından kendi bankasını sorumlu tutabilmesi, gecikmeye yol açan bankanın davranışının havalecinin bankasına isnat edilebilir olmasına bağlıdır.

Aracı banka ya da lehdarın bankasından kaynaklanan gecikmenin, havalecinin bankasına isnat edilebilmesinin ön koşulu ise, bu bankalar tarafından havale sürecinde yerine getirilen edimin, havalecinin bankasının ciro sözleşmesi uyarınca üstlendiği iş görme edimi kapsamına dahil olmasıdır. Diğer bir deyişle, ancak havalecinin bankasının edim yükümlülüğünün ödeme talimatını havale zincirinde kendinden sonra gelen bankaya aktarmaktan ibaret olmadığı sonucuna varıldığı takdirde, bu bankalardan kaynaklanan aksaklıkların havalecinin bankasına hangi koşullarda ve ne ölçüde isnat edileceği sorunu gündeme gelebilir. Bu sorun ise, aracı banka ve lehdarın bankasının karşılık ilişkisi bakımından nasıl nitelendirildiği ile ilgili olup daha sonra ele alınacaktır.

Şu halde, aşağıda öncelikle havalecinin bankasının edim yükümlülüğünün kapsamı belirlenecek; aracı banka ya da lehdarın bankasının yerine getirdiği edimin bu kapsama dahil olduğu sonucuna varıldığı ölçüde, söz konusu bankaların karşılık ilişkisindeki hukuki konumu ele alınacak ve buna bağlı olarak da, havalecinin tazminat talebini hangi banka ya da bankalara yöneltebileceği ortaya konulacaktır.

aa. Ciro Sözleşmesinde Bankanın Edim Yükümlülüğünün Kapsamı

Bilindiği üzere, kurum içi havalede banka, banka gerek havaleci gerek lehdar ile ciro sözleşmesi ilişkisi içinde olduğundan, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydedip, lehdarın hesabına da alacak kaydetmekle ciro sözleşmesinden doğan iş görme

edimini – bedel ilişkisinin her iki tarafına karşı da – gereği gibi ifa etmiş olur¹¹⁹³. Zincirleme banka havalesinde ise, birbirinden hukuken bağımsız sözleşmelerinin bir araya gelmesi ile oluşan bir zincir söz konusudur¹¹⁹⁴. Bu noktada kurum içi havalede benimsenen sonucun, zincirleme havalede de geçerli olup olmadığı, ciro sözleşmesinin yorumu sorunudur. Diğer bir deyişle, zincirleme havale kurgusunda bankanın havaleciye karşı, tarafı olmadığı, farklı bir ciro sözleşmesinin konusu olan bir edimi borçlanıp borçlanmadığı konusunda, bankanın üstlendiği faaliyete ilişkin ciro sözleşmesindeki taraf iradelerine başvurulması gerekmektedir. Bu konuda taraflar, aralarındaki ciro sözleşmesinde ya da genel işlem şartlarında açık bir düzenlemeye hemen hemen hiçbir zaman yer vermediklerinden, tarafların varsayılan iradelerinin belirlenmesi gerekecektir¹¹⁹⁵. Söz konusu varsayılan irade temelinde tespit edilen edim yükümlülüğü bakımından Türk, İsviçre ve Alman hukuku öğretilerinde farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu konuda benimsediğimiz görüşe geçmeden önce öğretilerde ileri sürülen bu görüşlere değinilecektir.

aaa. Öğretilerde İleri Sürülen Görüşler

Bankanın edim yükümlülüğü açısından zincirleme banka havalesi, öğretilerde bir görüş çerçevesinde, birbirine bağlı ve iç içe geçmiş sözleşmeler bütünü olarak algılanmakta iken; diğer bir görüş çerçevesinde, hukuki anlamda birbirinden tamamen bağımsız – ciro – sözleşmelerinin bir araya gelmesinden oluşan bir süreç olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda ileri sürülen bir üçüncü görüş ise, bu görüşler arasında ortalama bir yol tercih etmekte ve iç içe geçen sözleşmeler zinciri kurgusunu lehdar alacaklının bankası ile sınırlandırmaktadır. Öğretilerdeki bu görüş ayrılığının temelinde ise, ciro sözleşmesindeki varsayılan taraf iradelerinin tespitinde farklı unsurlara öncelik verilmesi yatmaktadır.

¹¹⁹³ Bankanın ödeme talimatını yerine getirme yükümlülüğü hk. bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 1. a. iv. aa.

¹¹⁹⁴ **HAHN**, sh. 66.

¹¹⁹⁵ **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 50; **HAHN**, sh. 67.

aaaa. Bankanın İş Görme Ediminin Ödeme Talimatını (Sonraki Bankaya) Gereği Gibi Aktarmakla Sınırlı Olduğu Yönündeki Görüş

İsviçre hukuku öğretisinde bazı yazarlara göre¹¹⁹⁶, zincirleme banka havalesinde birbirine eklenen ciro sözleşmeleri birbirinden tamamen bağımsız olup, havalecinin bankasının ciro sözleşmesi uyarınca üstlenmiş olduğu edim, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilebilmesi için bir başka bankayı vekil tayin etmekle (*mandat de mandater*) sınırlıdır. Alman hukukunda¹¹⁹⁷ havale yasası yürürlüğe girmeden önce öğretilde baskın olan bu görüşe göre, banka, ödeme talimatını havale zincirinde kendisinden sonra gelen bankaya (yani aracı bankaya ya da lehdarın bankasına) gereği gibi (talimata uygun ve zamanında) aktarmakla (*ordnungsgemäße Weiterleitung des Überweisungsauftrags*), ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş sayılır.

Bu görüş çerçevesinde, tarafların varsayılan iradelerini tespit bakımından, bankanın menfaat durumuna öncelik verilmektedir. Özellikle, banka, lehdarın hesabının bir başka banka nezdinde tutulması nedeniyle fiilen havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetme olanağından yoksundur. Ayrıca banka, kendisinden sonra gelen banka nezdinde gerçekleştirilen işlemleri denetleyemediği gibi, ödeme talimatını bir kez aktardıktan sonra aracı bankanın başvuracağı diğer aracı banka ya da bankaların seçiminde de söz sahibi de değildir¹¹⁹⁸. Bu konumu dikkate alındığında, bankanın – özellikle uluslararası nitelikli bir zincirleme havalelerde – havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmek gibi geniş kapsamlı bir edimi üstlenme iradesine sahip olduğunun varsayılamayacağı, zira bu olasılıkta bankanın makul olmayan bir riski üstlenmiş olacağı¹¹⁹⁹, aksine bankanın iradesinin sınırlı bir iş görme faaliyeti üstlenmek

¹¹⁹⁶ **HELBIG**, sh. 31; **KLEINER/SCHMID**, Substitution im Überweisungsverkehr, SAS 4/1985, sh. 179; **HEINI**, sh. 43; **BISCHOFF**, sh. 331; **LOMBARDINI**, sh. 240 (N. 50).

¹¹⁹⁷ Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bk. **CANARIS**, sh. 251 (N. 390); **HUBER**, sh. 55 ve dn. 97'de belirtilen yazarlar; **EINSELE**, sh. 174 vd. Öğretilerdeki bu tartışma havale yasasının yürürlüğe girmesi ile birlikte, Alman hukukunda önemini yitirmiştir. Zira BGB 676 c. 1'de havalecinin bankasının, aracı bankanın kusurundan sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Alman hukukundaki bu tartışma çerçevesinde ileri sürülen görüşlerin Türk – İsviçre hukuku bakımından önem arz etmeye devam ettiği söylenebilir.

¹¹⁹⁸ **CANARIS**, sh. 252 (N. 390); **HAHN**, sh. 67.

¹¹⁹⁹ **EINSELE**, sh. 175.

yönünde olduğu ileri sürülmüştür¹²⁰⁰. Söz konusu iş görme faaliyeti ise, salt kendi etki alanına dahil olan havale işlemlerini gereği gibi yerine getirmekten (*die überweisung ordnungsgemäss im eigenen Haus bearbeiten*)¹²⁰¹ ibarettir. Somut olayda bankanın kendi etki alanı içinde yerine getirdiği faaliyet, kurum içi havale söz konusu olduğunda havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesi iken; zincirleme havale söz konusu olduğunda, karşılığın ve ödeme talimatının havale zincirinde sonraki bankaya aktarılmasından ibarettir¹²⁰².

bbbb. Bankanın İş Görme Ediminin Havale Tutarını Lehdarın Bankasına Aktarmakla Sınırlı Olduğu Yönündeki Görüş

Öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise, havalecinin bankasının ciro sözleşmesi ile üstlendiği edim, havale talimatının sonraki bankaya aktarılması ile sınırlı olmasa dahi, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesini kapsamaz. Bu anlamda ciro sözleşmesi ile bankanın üstlendiği edim, havale talimatını ve karşılığı lehdarın bankasına gereği gibi ulaştırmaktan ibarettir¹²⁰³.

Bu görüşte olan yazarlar tarafından da, bankanın ciro sözleşmesindeki varsayılan iradesini tespit bakımından, lehdarın bankası nezdinde gerçekleşen işlemlerin havalecinin bankasının etki alanı dışında olması esas alınmaktadır¹²⁰⁴. Lehdarın bankası, havale talimatında bizzat havaleci tarafından belirlenmek suretiyle, bir anlamda havaleci tarafından (havalecinin bankasına) bankaya dayatılmış olmaktadır. Öte yandan

¹²⁰⁰ Alman hukukunda bu görüşe ilişkin açıklamalar için ayrıca bk. **MUCKE**, Die Haftung der Bank für zwischengeschaltete Banken, Köln 2004, sh. 142.

¹²⁰¹ **HELBIG**, sh. 31; karş. **KLEINER/SCHMID**, sh. 179; bu ilkeyi **BILOTTE-TONGUE** (sh. 46) “...correctement effectuer les operations au sein de sa sphere propre...” şeklinde ifade etmektedir; keza **BETTSCHART** (sh. 271), “...traitement correct du virement dans son propre etablissement...” ifadesini kullanmıştır.

¹²⁰² **KLEINER/SCHMID**, sh. 180; ayrıca bk. **BETTSCHART**, sh. 271. Öte yandan banka müşterisinin korunmaya değer, makul ve haklı bir beklentisi de söz konusu değildir. Zira ödeme talimatının verilmesi – örneğin havale formunun doldurulması – sırasında havalecinin, lehdarın hesabının başka bir banka nezdinde tutulduğunu, bu nedenle kendi bankasının alacak kaydını bizzat gerçekleştiremeyeceğini ve yerine göre aracı bankalara başvurmak zorunda olduğunu bildiği varsayılır. Bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 251 (N. 390); **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 51; karş. **HAHN**, sh. 67.

¹²⁰³ İsviçre hukukunda bu yönde bk. **HAHN**, sh. 71; Alman hukukunda bu görüş için bk. **HUBER**, sh. 55 vd.

¹²⁰⁴ **HAHN** (sh. 71)’a göre, lehdarın bankası nezdinde gerçekleşen işlemlerin havalecinin bankasının etki alanı dışında gerçekleşmesi, bu bankanın alt vekil ya da yardımcı şahıs olarak nitelendirilmesinden önce, havalecinin bankanın edim yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi bakımından dikkate alınması gerekir.

havalecinin bankasının, muhabir banka ya da clearing sistemine dahil olan bankalar ile sözleşme ilişkisi içinde olması sayesinde aracı bankalar nezdinde gerçekleşen havale sürecine bir ölçüde etki edebildiği söylenebilir. Buna karşın, havale talimatının ve havale tutarının lehdarın bankasına gereği gibi ulaşmasından itibaren, lehdarın bankası nezdinde gerçekleşecek işlemler, özellikle havale tutarının hesaba geçirilmesi işlemi, havalecinin bankasının etki alanı dışına çıkmakta, tamamen lehdar ile bankası arasındaki ilişkiye tabi konu haline gelmektedir. Örneğin, lehdarın bankasının, havale tutarını lehdara karşı sahip olduğu bir başka borç ilişkisinden kaynaklanan alacak hakkı ile takas etmek suretiyle hesaba geçirmemesi pekâlâ mümkündür. Özetle bu görüş çerçevesinde, havale tutarının lehdarın hesabına geçirilmesindeki bu belirsizlik dikkate alındığında, bankanın üstlendiği iş görme ediminin ödeme talimatının ve karşılığı lehdarın bankasına ulaştırılması ile sınırlı olması gerektiği; zira havalecinin bankasının, bizzat belirlemediği ve kendisinin etki alanı dışında olan bir bankanın (lehdarın bankasının) işlemini (lehdarın hesabına alacak kaydını) borçlanma iradesine sahip olamayacağı ileri sürülmüştür.

cccc. **Bankanın İş Görme Edimine Havale Tutarının Lehdarın Hesabına Aktarılmasının Dahil Olduğu Yönündeki Görüş**

İsviçre hukukundaki diğer bir görüşe göre, zincirleme banka havalesi, bankalar arasında birbirine eklenen alt sözleşmelerden oluşan ve bu özelliği ile bütünlük arz eden bir süreç (*einheitlichen Vorgang*)¹²⁰⁵ olup, ciro sözleşmesi uyarınca banka, salt havale talimatının havale zincirinde aracı bankaya ya da lehdarın bankasına aktarılmasını değil, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesini de borçlanmıştır¹²⁰⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında da bu sonucun benimsendiği görülmektedir¹²⁰⁷.

¹²⁰⁵ Bu görüş hk. bk. **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 48.

¹²⁰⁶ Bankanın lehdarın hesabına alacak kaydını borçlandığı yönünde bk. **BILOTTE-TONGUE**, sh. 45 (N. 89); **BETTSCHART**, sh. 280 vd; **KRAMER**, sh. 32, 36.; karşı. **THÉVENOZ**, Banquier, sh. 34 vd.

¹²⁰⁷ Bu yönde bk. ATF 121 III 310, sh. 314 (JdT 1996 I 359): «...Der Kläger durfte nach dem Vertrauensprinzip erwarten, dass auch der Vollzug der Gutschrift auf dem "Sperrkonto" zum Vertragsinhalt gehörte. Die Erstbank war deshalb gegenüber dem Kläger nicht nur dazu verpflichtet, der Empfängerbank seine Zahlungsbereitschaft anzuzeigen, sondern auch, die Gutschrift auf dem angegebenen Konto zu veranlassen...». Federal Mahkeme altın külçesi havalesine ilişkin ATF 110 II 183 (JdT 1985 I 223) sayılı kararında da lehdarın bankasını havalecinin alt vekili olarak nitelendirmek

Bu görüşte olan yazarlara göre, ciro sözleşmesinin yorumundan bankanın edim yükümlülüğünün havale talimatını sonraki bankaya aktarmakla sınırlı olduğu sonucu çıkmamaktadır. Zira ne ciro sözleşmesi ne de banka genel işlem şartları aracılığıyla banka, bu şekilde dar kapsamlı bir edim üstlenme yönündeki iradesini müşterinin öğrenebileceği şekilde dışa açıklamış değildir¹²⁰⁸. Aksine banka, müşterisine genel anlamda onun ödeme işlerini yürütmeyi ve havale türü bakımından ayırım yapmaksızın, standartlaşmış, tek tip bir hizmet sağlamayı taahhüt etmektedir¹²⁰⁹. Bu itibarla, ortalama bir banka müşterisinin haklı beklentisinin, bankanın havale tutarını lehdara veya lehdarın bankasına ulaştırılması yönünde olduğu ve bu haklı beklentinin ciro sözleşmesinin içeriğine dahil sayılması gerekir¹²¹⁰. Diğer bir deyişle, güven teorisi uyarınca müşteri, bankası tarafından ödeme talimatını ve karşılığı aktarmaktan daha kapsamlı bir edimin yerine getirilmesinin borçlanıldığını düşünmekte haklıdır.

Öte yandan, yine bu görüş çerçevesinde bankanın alacaklının hesabına alacak kaydını bizzat gerçekleştiremeyecek konumda olmasından, havale tutarını lehdarın hesabına aktarmayı üstlenme iradesine sahip olmadığı sonucu çıkarılmaması gerektiği vurgulanmıştır. Zira alacak kaydı işleminin gerçekleşmesi bakımından havale sürecine bir üçüncü kişinin – lehdarın bankasının – katılımının zorunlu oluşu, vekil konumunda olan banka açısından yalnızca bir subjektif ifa imkânsızlığı teşkil eder¹²¹¹. Oysa benzer

suretiyle bu yaklaşımı benimsemiştir. Bu kararlar ilgili açıklamalar için ayrıca bk. **KLEINER/SCHMID**, sh. 178; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 103; **BETTSCHART**, sh. 285 vd.

¹²⁰⁸ **BETTSCHART**, sh. 280 ve özellikle bk. dn. 52.

¹²⁰⁹ **BETTSCHART**, sh. 280 dn. 52; hesap açılması ve ciro sözleşmesinin kurulması sırasında bankanın, müşterisine havale türüne göre farklı edimler üstlendiği yönünde herhangi bir açıklamada bulunmayıp, tek tip bir hizmet sunmayı taahhüt ettiği; havaleci müşterinin, bankanın kapsamı daraltılmış böyle bir edim (amputierte Dienstleistung) sunmak istediğini bilse idi ciro sözleşmesini yapmayacağı Alman hukuku öğretisinde de savunulmuştur. Bu yönde ayrıca bk. **DIESTELMEIER**, L.: Die Stellung des Zwischengeschalteten Kreditinstituts im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Bochum 1992, sh. 104. Aksi görüşte olan **WIMMER-LEONHARDT**'a göre (sh. 51) ise, müşterinin varsayılan iradesinin bu yönde olduğu söylenemez. Yazara göre, gönderen ile taşıma işleri komisyoncusu arasındaki sözleşmede de, şüphesiz ki gönderen, taşıma konusunun alıcıya ulaşmasını amaçlamakla birlikte, bu sözleşme uyarınca komisyoncunun borçlandığı edim gönderen hesabına taşıyan ile bir taşıma sözleşmesi yapmakla sınırlıdır. Komisyoncu, gönderene taşıma konusunun alıcıya ulaştırmayı taahhüt etmemektedir. Bu itibarla, sözleşmenin ekonomik amacının, borçlunun üstlendiği edimden ayırt edilmesi gerekir.

¹²¹⁰ Müşterinin bu beklentisinin ciro sözleşmesinin içeriğine dahil olduğunun söylenebilmesi için bu beklentinin banka tarafından da bilinebilir olması gerektiği öğretide haklı olarak vurgulanmıştır. Bu itibarla, Alman hukukunda banka genel işlem şartlarındaki bankanın sorumluluğunu sınırlandırması ilişkin bazı kayıtların, bankanın müşterinin bu yöndeki beklentisinden haberdar olduğuna işaret ettiği ifade edilmektedir. Öğretide özellikle, bankanın sorumluluğunu aracı bankanın seçimindeki özen ile sınırlandıran NR. 3 Abs. 2 AGB-Banken hükmü, müşterinin bu beklentisinin bankalar tarafından bilindiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu yönde bk. **DIESTELMEIER**, sh. 112; **MUCKE**, sh. 124.

¹²¹¹ **BETTSCHART**, sh. 276 dn. 39.

bir hukuki kurguya sahip gezi sözleşmesi (*voyage à forfait / Reisevertrag*) veya genel müteahhitlik sözleşmelerinde (*contrat d'entreprise générale / Generalbauunternehmervertrag*), gezi düzenleyen kişi veya genel müteahhit, sözleşme kapsamına giren edimleri bizzat yerine getirme ve bu edimleri yerine getiren kişileri denetleme imkanından yoksun olsa dahi, sözleşme kapsamına giren edimlerin gereği gibi yerine getirilmemesinden alacaklıya karşı sorumludur¹²¹². Bu itibarla, bankanın alacak kaydını bizzat gerçekleştirememesi ve ödeme sürecine katılacak bankaların seçimine ve bu bankaların işleyişine etki etme imkânından yoksun oluşu, bankanın edim yükümlülüğünün kapsamı bakımından belirleyici değildir¹²¹³.

bbb. Değerlendirme

Öğretide bankanın ciro sözleşmesi ile – yani ödeme talimatını (ve karşılığı) havale zincirinde kendisinden sonra gelen bankaya ya da lehdarın bankasına aktarmak şeklinde – sınırlı bir faaliyet üstlendiği görüşü, varsayılan taraf iradelerinin belirlenmesinde, bankanın menfaat durumunu esas almaktadır. Özellikle havalecinin bankasının havale tutarını lehdarın hesabına bizzat alacak kaydetme olanağından yoksun olmasının yanı sıra havale zincirine dahil olan aracı banka(lar) üzerinde etki ve denetim olanağına sahip olmadığı dikkate alındığında, bu bankanın havaleciye karşı ancak sınırlı bir faaliyeti borçlanma iradesine sahip olduğu ifade edilmektedir.

Bu noktada kanımızca, bankanın aracı banka(lar) üzerinde denetim olanağından yoksun olmasından hareketle, bankanın iradesinin ödeme talimatını gereği gibi aktarmayı üstlenmek yönünde olduğu şeklindeki yaklaşım reddedilmelidir.

¹²¹² **BETTSCHART**, sh. 278; borçlunun başvurduğu kişilerden yardımcı şahsı gibi sorumlu olacağı yönünde bk. **DIESTELMEIER**, sh. 107, 108.

¹²¹³ **DIESTELMEIER**, sh. 109 vd.; buna karşın **WIMMER-LEONHARDT** (sh. 52), gezi ve genel müteahhitlik sözleşmelerinde sonuç taahhüdünün ağır bastığı gerekçesiyle, sorumluluk düzenine ilişkin ilkeler ciro sözleşmesine kıyasen uygulanamayacağı görüşündedir. Yazara göre, gezi sözleşmesinde geziyi düzenleyen, sözleşme kapsamına giren edimleri yerine getirecek kişileri önceden belirleyip organize ettiğinden, önceden hazırlamış olduğu bir ürünü (vorfabriziertes Produkt) borçlanmış olmaktadır. Genel müteahhitlik sözleşmesinde de, müteahhit, seçtiği alt müteahhitler aracılığıyla ve işbölümünden yararlanmak suretiyle bir eser meydana getirmeyi borçlanır; bu anlamda genel müteahhit, alt müteahhitlerden kaynaklanan riskleri üstlenmekle birlikte, bu riskleri alt müteahhit ile arasındaki sözleşme çerçevesinde her zaman teminat altına alma olanağına sahiptir. Buna karşın ciro sözleşmesinin kurulması veya ödeme talimatının verilmesi esnasında, ödeme sürecine katılacak aracı bankaların havalecinin bankası tarafından önceden belirlenmemiş olduğu ve havalecinin bankasının ödeme sürecine katılacak diğer bankaları seçmediği, bu itibarla da gerçekleşecek riskleri teminat altına alma olanağından yoksun olduğu dikkate alındığında, bankanın bu kapsamda bir borç üstlenme iradesine sahip olmadığı sonucuna varmak gerekir.

Özellikle clearing sistemi aracılığıyla gerçekleşen havalede, bankanın iradesinin sınırlı şekilde bir borç üstlenmek olduğu söylenemez. Zira clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen havalede, sisteme dahil olan her bir banka, diğer üye bankalar ile doğrudan ciro sözleşmesi ilişkisi içinde olup, bu sözleşmeler uyarınca bankalar gerek sistemi işleten Merkez Bankasına gerek birbirlerine karşı belirli davranış yükümlülükleri üstlendiğinden¹²¹⁴, bankanın aracı banka üzerinde denetim ve etki olanağından yoksun olduğu söylenemez. Bu anlamda clearing sistemine başvuran bankanın konumu –üstlenilen riskin kapsamı bakımından – gezi düzenleyicisinin ya da genel müteahhitlik hizmetleri üstlenen kişinin üstlendiği yükümlülükler için alt müteahhit ya da alt vekile başvurmasından farksızdır¹²¹⁵.

Muhabir banka(lar) aracılığıyla gerçekleşen havaleler bakımından ise, bankalar arasında karşılıklı sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından banka gerçekten de, muhabir banka üzerinde denetim ve etki olanağına sahip değildir. Bununla birlikte, bankanın havale zinciri üzerinde denetim ve etki imkânından yoksun olması, bankanın iradesinin sınırlı bir edim üstlenme yönünde olduğunu göstermez¹²¹⁶. Zira banka, ciro sözleşmesinin kurulması veya havale talimatının verilmesi sırasında müşterisine karşı, havale türüne göre yükümlülüğünün kapsamının dar ya da geniş olacağı yönünde hiçbir açıklama yapmamakta, aksine müşterisine genel olarak kurum içi zincirleme havale ayırımı yapmadan nakit dışı ödeme hizmeti kapsamında standart ve tek tip bir hizmet sunmayı vaat etmektedir¹²¹⁷.

Keza, bankanın havale tutarını lehdarın hesabına bizzat alacak kaydedemeyecek olması da, bankanın iradesinin ödeme talimatını lehdarın bankasına aktarmayı borçlanmak olduğunu göstermez. Zira bankanın alacak kaydı işlemi bizzat yerine getiremeyecek olmasından, bankanın bu sonucun gerçekleşmesi için gerekli özeni göstermekle yükümlü olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere, benzer hukuki kurguya sahip genel müteahhitlik ya da gezi sözleşmesinde, gezi düzenleyenin ya da genel müteahhidin, topluca taahhüt ettiği edimleri şahsen ifa etme olanağından yoksun oluşu, doğrudan doğruya onun bu

¹²¹⁴ Clearing sisteminde bankalar arasındaki ilişki hk. bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 3. b. iii.

¹²¹⁵ **HAHN**, sh. 68.

¹²¹⁶ **HAHN**, sh. 68.

¹²¹⁷ **HAHN**, sh. 69.

edimlerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumlu olmaması sonucunu doğurmamaktadır¹²¹⁸. Diğer bir deyişle, havalecinin bankasının lehdarın bankası nezdinde gerçekleşen işlemler üzerinde etki imkânından yoksun oluşu – özellikle havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesinin lehdar ile kendi bankası arasındaki ilişkiye tabi olması – bankanın havaleciye karşı üstlendiği iş görme faaliyetinin kapsamının sınırlandırılması için bir gerekçe teşkil etmez. Kanımızca bu görüşü savunan yazarların düştükleri hata, bankanın edim yükümlülüğünün kapsamını belirlerken bankanın üstlendiği borcun bir sonuç borcu değil bir vasıta borcu olduğunu, diğer bir deyişle bankanın asli edimi yükümlülüğünün özenli iş görme olmasının göz ardı edilmesinden kaynaklanmaktadır¹²¹⁹. Daha önce de ifade edildiği gibi, ciro sözleşmesinde banka, müşterisine karşı, havale tutarının lehdarın hesabına geçmesi şeklinde bir sonucu gerçekleştirmeyi değil, bu sonucu gerçekleştirmeye yönelik gerekli girişimlerde bulunmayı üstlenmektedir. Bu anlamda, sonucun gerçekleşmesinin bankanın etki alanı dışındaki etkenlere bağlı olması, genel olarak vekâlet sözleşmesinde vekilin borcunun ve ciro sözleşmesinde de bankanın borcunun bir vasıta borcu olarak nitelendirilmesi ile ilgili bir konu olup, bankanın iş görme faaliyetinin sınırları ile ilgili değildir. Şu halde, her ne kadar lehdarın bankası nezdinde gerçekleşen havale işlemleri havalecinin bankasının etki alanı dışında olsalar dahi, bankanın, müşterisine karşı havale tutarının lehdarın hesabına aktarmak yönünde özenli şekilde faaliyette bulunacağını taahhüt etmesine herhangi bir engel gözükmemektedir.

Öte yandan havaleci konumunda olan banka müşterisinin ciro sözleşmesinden beklentisi ve menfaat durumu da, bankanın üstlendiği iş görme faaliyetinin talimatın havale zincirinde aktarılmasından ibaret olamayacağını desteklemektedir.

Öğretide haklı olarak vurgulandığı gibi, bankanın, müşterisine karşı, hesap açılması ve ciro ilişkisinin kurulmasına yönelik yaptığı açıklamalar, ortalama banka müşterisi nezdinde, bankanın tek tip ve bütünsel bir hizmeti yerine getirmeyi vaat ettiği yönünde bir izlenim uyandırmaktadır¹²²⁰. Diğer bir deyişle, ciro sözleşmesinin

¹²¹⁸ **DIESTELMEIER**, sh. 107.

¹²¹⁹ Buna karşın öğretide **HAHN** (sh. 71), alacak kaydının gerçekleşmesindeki belirsizlikten yola çıkmak suretiyle bankanın borcunun bir sonuç borcu olmadığını vurgulamakla beraber, neden bankanın borcunun alacak kaydını gerçekleştirmeye yönelik özenli faaliyette bulunmak şeklinde tanımlanamayacağı konusunu açıklamamaktadır.

¹²²⁰ Bk. yukarıda 1209 no'lu dn.'a bağlı metindeki açıklamalar.

kurulması sırasında bankanın müşteri nezdinde yarattığı beklenti, ödeme talimatı üzerine bankanın kaydi parayı aracı bankaya ya da lehdarın bankasına değil, bizzat talimatta lehdar olarak gösterilen kişinin hesabına aktarmayı üstlendiğidir. Ayrıca müşterinin bu yöndeki beklentisi, ciro sözleşmesinin kurulması sırasında banka tarafından da bilinebilir olduğundan, sözleşme içeriğinin müşterinin bu iradesi yönünde şekillendiği, yani borçlanılan edimin kaydi paranın lehdarın hesabına aktarılması olduğu sonucuna varmak gerekir.

Keza müşterinin banka ile ciro sözleşmesi ilişkisine girmek istemesinin temelindeki menfaat durumu da, bankanın üstlendiği edimin ödeme talimatının aktarılması ile sınırlı olmamasını gerektirmektedir. Banka havalesinin çoğu zaman bir para borcunun ifasına hizmet ettiği ve Türk – İsviçre hukuklarında para borcunun götürülecek borç niteliğinde olduğu dikkate alındığında, havalecinin menfaati, bankanın kaydi parayı lehdarın hesabına aktarmasına yöneliktir. Zira götürülecek borç niteliği gereği havaleci para borcunu, bankaya havale talimatı verdiği anda değil, havale tutarı lehdarın hesabına geçtiği anda ifa etmiş sayılır¹²²¹. Bu itibarla, kural olarak lehdarın bankası hariç ödeme sürecine katılan tüm bankalar havaleci konumundaki borçlunun BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı konumundadır¹²²². Şu halde, havaleci bedel ilişkisinde havale tutarını lehdarın hesabına aktarmakla yükümlü olmasına ve lehdarın bankası hariç havale sürecine katılan tüm bankalardan kaynaklanan riskleri üstlenmiş olmasına karşın, ifa sürecinde yardımcı şahıs olarak başvurduğu bankanın kendisine (havaleciye) karşı ciro sözleşmesi çerçevesinde yalnızca havale talimatını havale zincirindeki bir sonraki bankaya aktarmayı üstlenmiş sayılması, banka müşterisinin menfaatlerini banka karşısında önemli ölçüde geri plana itmesi itibariyle, banka tarafından sunulan ödeme hizmetinin rağbet görmemesi sonucunu doğuracaktır¹²²³.

Sonuç itibariyle, ciro sözleşmesi uyarınca bankanın üstlendiği faaliyet, kurum içi havalede olduğu gibi, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmesidir. Lehdarın bu banka nezdinde hesabının olmaması ya da havale zincirine hukuken bağımsız aracı banka(lar)ın dahil olması ise, bankanın ciro sözleşmesinde müşterisine bu faaliyeti yerine getirmeyi taahhüt etmiş sayılmasına engel teşkil etmez.

¹²²¹ Ödeme anına ilişkin bk. yuk. İkinci Bölüm III. 2.

¹²²² Borçlunun ödeme sürecine katılan bankalardan sorumluluğu konusunda bk. yuk. I .b. 3.

¹²²³ **HAHN**, sh. 69; karş. **DIESTELMEIER**, sh. 106.

bb. Ciro Sözleşmesinde Havale Zincirinde Yer Alan Bankaların Karşılık İlişkisi Bakımından Nitelendirilmesi

Kural olarak, borcun ifası sürecine dahil olan bir üçüncü kişinin davranışlarından borçlunun herhangi bir kusuru olmasa dahi sorumlu tutulabilmesi, üçüncü kişinin BK m. 100 anlamında borçlunun yardımcı şahsı olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Bununla birlikte ciro sözleşmesinin vekâlet hükümlerine tabi olduğu dikkate alındığında, vekâlet sözleşmesinde vekilin müvekkile karşı iş görme sürecinde başvurduğu üçüncü kişilerin davranışlarından sorumluluğuna ilişkin BK m. 391/f. II'nin uygulanması söz konusu olabilir.

Bankanın başvurduğu diğer bankaların BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs mı yoksa BK m. 391/f. II anlamında alt vekil mi sayılacağı, bankanın sorumluluktan kurtulması bakımından önem arz eder. Gerçi her iki sorumluluk tipinde de, vekilin sorumluluğu bakımından, ne vekilin ne de üçüncü kişinin kusurlu davranmış olması gerekli olmamakla birlikte, yasada alt vekile kurtuluş kanıtı getirme olanağı tanınmış iken, yardımcı şahsın davranışından böyle bir kurtuluş kanıtı getirme olanağı mevcut değildir.

Aşağıda öncelikle öğretilerde genel olarak vekalet sözleşmesi ilişkisi çerçevesinde alt vekil yardımcı şahıs ayırımında esas alınan ölçüt(ler) ortaya konulacak, daha sonra, bu ölçütler esas alınmak suretiyle ciro sözleşmesinde havale zincirine dahil olan bankaların havalecinin bankasının alt vekili mi yoksa yardımcı şahsı mı sayılacağı belirlenecektir.

aaa. Genel Olarak Öğretilerde Yardımcı Şahıs Alt Vekil Ayırımında Esas Alınan Ölçütler

Türk – İsviçre hukuku öğretisinde vekilin ifa sürecinde başvurduğu kişilerin alt vekil mi yardımcı şahsı mı olarak nitelendirileceği konusunda çeşitli ölçütler¹²²⁴ geliştirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin vekilden bağımsız şekilde – yani vekilin sevk ve idaresi altında olmadan – iş görmesi alt vekil yardımcı şahıs ayırımında

¹²²⁴ Öğretilerde geliştirilen bu ölçütler hk. ayrıntılı bilgi için bk. **FELLMANN**, Art. 398, sh. 517 (N. 538); **ŞENOCAK**, sh. 140 vd.; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 98 vd.

tek başına belirleyici değildir¹²²⁵. Bilindiği üzere, borçlu ile üçüncü kişinin bağımlılık (tabiyet) ilişkisi içinde olması, borçlunun BK m. 100 anlamında yardımcı şahsın fiillerinden sorumlu tutulması bakımından da zorunlu bir koşul değildir. Bu itibarla, üçüncü kişinin vekilden bağımsız şekilde iş görmesi, onun alt vekil olarak nitelendirilmesi ve böylelikle yardımcı şahıstan sorumluluk rejimine tabi olmak yerine BK m. 390'da düzenlenen hafifletilmiş bir sorumluluk rejimine tabi olması bakımından yeterli sebep teşkil etmemektedir.

Bu ölçütlerden Türk ve İsviçre hukuku öğretisinde en yaygın biçimde kabul göreni ise, üçüncü kişinin ifa sürecine dahil edilmesinde taraflardan hangisinin menfaatinin olduğunun belirlenmesine dayanır¹²²⁶. Bu görüş çerçevesinde, vekil, işin görülmesinde – özellikle işin görülmesi vekilde olmayan bazı nitelikleri gerektirdiği için – üçüncü kişiye başvurmuş ise, üçüncü kişinin müvekkilin menfaatine olacak şekilde ifa sürecine dahil edilmiş olduğu kabul edilir ve üçüncü kişi alt vekil olarak nitelendirilir. Zira bu olasılıkta vekilin sorumluluğunun sınırlandırılmasını meşru kılan olgu, vekilin üçüncü kişiyi müvekkilin menfaatlerini gözeterek görevlendirmiş olmasıdır. Buna karşın vekil, üçüncü kişiye kendi menfaatine başvurmuş, özellikle bu sayede iş görme kapasitesini artırmayı veya faaliyet alanını genişletmeyi hedeflemiş ise, üçüncü kişi, vekilin BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs sayılır.

Bu yaklaşımın İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında da benimsendiği görülmektedir¹²²⁷. Bununla birlikte, üçüncü kişiye başvurulmasında hem vekilin hem de müvekkilin menfaatinin söz konusu olduğu bir olayda¹²²⁸ Federal Mahkeme, vekil ile

¹²²⁵ Bu yönde bk. **FELLMANN**, Art. 398, sh. 517 (N. 539) vd.; **ŞENOCAK**, sh. 141; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 99; **AKİPEK**, Alt Vekalet, Ankara 2003, sh. 143.

¹²²⁶ İsviçre hukuku öğretisinde Hofstetter tarafından geliştirilen bu ölçüt hk. ayrıca bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 99.

¹²²⁷ ATF 107 II 238, sh. 245 (JdT 1982 I 82); ATF 112 II 347, sh. 353 (JdT 1987 I 28). (www.bger.ch)

¹²²⁸ Federal Mahkeme'nin kararına konu olan olayda, bir sanat eşyasının değerini belirlenmesi, vekil konumunda olan Zürih'te bulunan bir şirket tarafından üstlenilmiştir. Söz konusu şirket, değer belirlenmesi için bünyesinde gerekli uzmanın bulunmaması nedeniyle, bağlı olduğu merkezi Londra'da bulunan ana şirket tarafından görevlendirilen bir uzmana başvurmuştur. Kararda Federal Mahkeme öncelikle, olayda vekil konumunda olan şirketin herhangi bir uzman kişi yerine, bağlı olduğu ana şirketin görevlendirdiği bir uzmana başvurduğunu vurguladıktan sonra, vekil ile üçüncü kişinin (ana şirketin) mümkün olan en az masrafla en fazla müşteri elde edecek şekilde organize olduklarına dikkat çekmiştir. Taraflar arasındaki sıkı ilişkiyi dikkate alan Federal Mahkeme, üçüncü kişinin fiillerinden sorumluluğu sınırlandırmak bakımından herhangi bir haklı sebebin mevcut olmamasından hareketle üçüncü kişinin alt vekil olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bk. ATF 112 II 347 (www.bger.ch). Bu karara

üçüncü kişinin sıkı ilişki içinde olması olgusunu esas almıştır. Söz konusu kararda, birbirlerine karşılıklı hizmet verecek şekilde organize olan vekil ile üçüncü kişinin sıkı ilişki içinde faaliyet gösterdikleri vurgulanmış, bu noktadan hareketle olayda vekilin sorumluluğunu sınırlandırmak için haklı bir gerekçenin mevcut olmadığı, vekilin başvurduğu üçüncü kişinin BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs sayılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Öğretide bir diğer görüş ise, işin üçüncü kişi tarafından görülmesinde hem müvekkilin hem de vekilin menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda baskın menfaatin (*l'intérêt prépondérant*) tespit edilmesi gerektiği yönündedir¹²²⁹. Bu görüşe göre, üçüncü kişiye başvurulmasında müvekkilin yanı sıra vekilin de menfaati söz konusu ise, vekilden bağımsız şekilde, müvekkilin baskın menfaatine olacak şekilde iş gören üçüncü kişi, alt vekil sayılmalıdır. Fakat somut olayda baskın menfaatin ayrıca belirlenmesi gerekeceği belirlenmesi gereken kavramının muğlak oluşu ve buna bağlı olarak somut olayda baskın menfaatin tespitinin tamamen hakimin takdirine bırakıldığı, alt vekil yardımcı şahıs ayırımında belirlenmesi gereken fazladan bir ölçüt getirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiş ve bu ölçütün tek başına belirleyici olamayacağı (ancak yol gösterici bir değer atfedilebileceği ifade edilmiştir¹²³⁰).

Bazı yazarlar ise, alt vekil yardımcı şahıs ayırımında üçüncü kişiye iş görme ediminin (*obligatio faciendi*) devredilmiş olup olmadığının esas alınması gerektiği görüşündedirler¹²³¹. Buna göre, vekilin iş görme edimini kısmen veya tamamen devrettiği, bağımsız şekilde iş gören ve kendisine bağımsız karar alma yetkisi tanınan üçüncü kişi alt vekil olarak nitelendirilir. Zira vekil, söz konusu edimi yükümlülük kapsamından çıkararak, aslında müvekkilin menfaatine olacak şekilde, hizmetin uzman bir kişi tarafından yerine getirilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Buna karşın, vekilin aslında iş görme kapasitesini arttırmak amacıyla kendi ifa organizasyonuna

ilişkin açıklamalar için ayrıca bk. **ŞENOCAK**, sh. 147 dn. 319; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 101; **BETTSCHART**, sh. 320.

¹²²⁹ Bu yönde bk. **BILOTTE-TONGUE**, sh. 102.

¹²³⁰ **BETTSCHART**, sh. 311, özellikle bk. dn. 152.

¹²³¹ **THÉVENOZ**, Commentaire Romand, Art. 101, sh. 600 (N. 16); **WERRO**, Mandat, sh. 190 (N. 555); **BETTSCHART**, sh. 318; kendisine devredilen işin görülmesi konusunda üçüncü kişiye bağımsız karar alma yetkisi tanınıp tanınmadığının belirleyici olduğu; bu anlamda vekil, işi devrettiği üçüncü kişiye müvekkilinin kendisine tanıdığı ölçüde karar alma yetkisi tanımış ise üçüncü kişinin alt vekil; işin görülmesi bakımından önceden belirli sınırlar getirmek suretiyle üçüncü kişiye bağımsız karar alma yetkisi tanımamış ise, üçüncü kişinin yardımcı şahıs olarak nitelendirileceği hk. bk. **HAHN**, sh. 72.

(*Erfüllungsorganisation*) dahil ettiği ve gerçekleştirdiği faaliyet itibariyle vekilin yerine geçmeksizin yalnızca ona (vekile) yardımda bulunan ve bağımsız karar alma yetkisi olmayan üçüncü kişi, vekilin yardımcı şahsı sayılır.

Bu konudaki bir diğer yaklaşıma göre, vekil üçüncü kişinin yerine getirdiği edimi kendi edimi gibi sunuyor veya başvurduğu üçüncü kişinin kimliğini dışı açıklamaktan kaçınıyor ve müvekkile üçüncü kişinin varlığını hiç zikretmiyor ise, vekilin bu kişinin fiillerinden BK m. 100 uyarınca sorumlu olması gerekir¹²³². Özellikle vekil, müvekkil nezdinde işi bir bütün halinde üstlendiğine ilişkin bir kanı yaratmış ise, daha sonra üçüncü kişiye başvurmasının bir zorunluluk olduğundan bahisle, gerçekleşen riskten sorumlu olmayacağını ileri sürememelidir. Bu durum öğretilde, vekilin müvekkile karşı toptan bir hizmet yerine getirmeyi vaat etmesi (*l'offre de service globale*) şeklinde ifade edilmiştir¹²³³.

Öğretilde Fellmann, tek bir ölçütü esas almak yerine, somut olayda vekilin sorumluluğunu sınırlandırmayı haklı kılan olguların mevcut olup olmadığının belirleyici olduğu görüşündedir¹²³⁴. Yazara göre, üçüncü kişinin, vekilin doğrudan etki ve kontrol alanı dışında faaliyet göstermesi ve müvekkilin menfaatine işi görme sürecine katılmış olması, vekilin sorumluluğunu sınırlandırmayı gerektiren haklı sebep teşkil edeceğinden, üçüncü kişi alt vekil olarak nitelendirilmek gerekir.

Kanımızca, üçüncü kişinin alt vekil olarak nitelendirilebilmesi ve bunun sonucu olarak vekilin BK m. 390/f. II'deki hafifletilmiş sorumluluk rejimine tabi olabilmesi, üçüncü kişiye görülecek işin kısmen dahi olsa devredilmiş olmasına ve somut olayda tarafların menfaat durumlarının, vekilin sorumluluğunun sınırlandırılmasını haklı kılmasına bağlıdır. Bu itibarla, bize göre de, üçüncü kişiye müvekkilin menfaatine başvurulmuş olup olmadığı alt vekil yardımcı şahıs ayırımında esas alınması gereken temel ölçüttür. Üçüncü kişiye başvurulmasında gerek müvekkilin gerek vekilin menfaatinin mevcut olduğu durumlarda ise, taraflardan hangisinin menfaatinin baskın olduğunun tespiti gerekecektir. Kanımızca bu noktada, öğretilde ve yargı kararlarında geliştirilen diğer ölçütlere başvurulması yerinde olacaktır. Bu

¹²³² **DERENDINGER**, P.: Die Nicht- und Die Nichtrichtige Erfüllung Des Einfaches Auftrages, Freiburg 1988, sh. 144 (N. 317, 318).

¹²³³ **BETTSCHART**, sh. 319.

¹²³⁴ **FELLMANN**, Art. 399, sh. 566 (N. 49).

çerçevede, üçüncü kişinin vekilin ifa organizasyonuna dahil olup olmadığı, vekilin üçüncü kişinin edimini kendi edimi gibi dışa yansıtıp yansıtmadığı ve vekil ile üçüncü kişinin sıkı ilişkisinin varlığı, somut olayda hangi tarafın menfaatinin ağır bastığı ve vekilin sorumluluğunun hafifletilmesini haklı kılıp kılmadığının belirlenmesi (somutlaştırılması) bakımından yardımcı ölçütler olarak dikkate alınması gerekir.

bbb. Alt Vekil – Yardımcı Şahıs Ayırımında Esas Alınan Ölçütlerin Havale Zincirine Yer Alan Bankalar Bakımından Uygulanması

İsviçre hukuku öğretisinde, bağımsız iş görme ölçütü esas alınmak suretiyle, teknik, ekonomik ve hukuki yönden bağımsız olan havale zincirindeki bankaların, alt vekil olarak nitelendirildiği görülmektedir¹²³⁵. Bazı yazarlar ise, herhangi bir gerekçe göstermeksizin havale zincirine katılan bankaları alt vekil olarak nitelendirmektedirler¹²³⁶. Öğretideki diğer bir görüş ise, yukarıda belirtilen baskın menfaat ölçütünü esas almak suretiyle, havale zincirindeki aracı bankaların BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs, lehdarın bankasının ise, alt vekil olarak nitelendirmektedir¹²³⁷. Biz aşağıda, muhabir banka, Merkez Bankası ve lehdarın bankası, alt vekil – yardımcı şahıs ayırımı bakımından benimsediğimiz ölçüt çerçevesinde ayrı ayrı nitelendireceğiz.

aaaa. Clearing Sistemini İşleten Olarak Merkez Bankasının Durumu

Öncelikle belirtmek gerekir ki, havale sürecinde clearing sisteminin kullanılmasında gerek havalecinin gerekse havalecinin bankasının menfaati söz konusu olduğundan, Merkez Bankasının karşılık ilişkisi bakımından nitelendirilmesinde (baskın) menfaat ölçütü tek başına yeterli değildir¹²³⁸. Zira bu sistem, kaydı para aktarımında masraf ve hata riskini azaltmak suretiyle bankanın sunduğu ödeme

¹²³⁵ SCHÖNLE, Ort und Zeit, sh. 823.

¹²³⁶ von der CRONE, sh. 57.

¹²³⁷ BILLOTTE-TONGUE, sh. 102 vd.; FAVRE-BULLE, sh. 378 vd; BETTSCHART, sh. 321 vd.

¹²³⁸ BETTSCHART, sh. 322.

hizmetini daha güvenli ve rasyonel hale getirmesi¹²³⁹ bakımından bankanın menfaatine; istenilen miktarda parayı aynı gün içinde, masrafsız ve en güvenli şekilde aktarma imkânını sağladığı ölçüde de banka müşterisinin (havalecinin) menfaatine¹²⁴⁰ de hizmet etmektedir. Öte yandan, öğretide ileri sürülenin aksine, havalecinin bankası açısından clearing sistemine başvurmak şeklinde bir zorunluluğun söz konusu olmadığı, havale tutarının lehdarın bankasına başka bir şekilde – örneğin bir başka ödeme sistemi veya muhabir banka aracılığıyla – aktarılması pekâlâ mümkün olduğu gibi gerekçelerden hareketle, clearing sistemine başvurulmasında bankanın menfaatinin baskın olduğu sonucuna da varılamaz¹²⁴¹. Zira yurt içinde gerçekleştirilen havalelerde clearing sisteminin ve onu işleten Merkez Bankasının tekel konumunda olması bir tarafa; bankalardan, karşılığın aktarılması için bu denli elverişli bir sistem varken başka bir yöntemi tercih etmelerini beklemek de makul sayılmamalıdır¹²⁴².

Bu noktada konuya, iş görme ediminin (*obligatio faciendi*) üçüncü kişiye devredilmiş olup olmadığı ölçütü bakımından yaklaşılması gerekir. Buna göre, ifa sürecine dahil olan üçüncü kişinin alt vekil sayılabilmesi için, iş görme ediminin yerine getirilmesi bu kişiye kısmen dahi olsa, bağımsız karar alma yetkisiyle birlikte devredilmiş olması ve bu kişinin borçlunun ifa organizasyonuna dahil sayılmaması gerekmektedir.

Bilindiği üzere, clearing sistemini işleten olarak Merkez Bankası, lehdarın hesabına alacak kaydı yapılması için gerekli olan karşılığı (kaydi parayı) ve havale bilgilerini bankalar arasında (lehdarın bankasına) aktarımını gerçekleştirmektedir¹²⁴³. Karşılığın bankalar arasında aktarılması ise, bankaların Merkez Bankası nezdinde tutulan mutabakat hesaplarına yapılan alacak ve borç kaydı ile gerçekleşir; hukuki

¹²³⁹ **HESS**, Clearing, sh. 110; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 105; **BETTSCHART**, sh. 322; özellikle bankanın menfaatinin, merkezi olarak tutulan ciro hesabı sayesinde bankanın nakit yönetiminin (Liquiditätsmanagement) kolaylaşması şeklinde tanımlanması için bk. **KRAMER**, sh. 41.

¹²⁴⁰ Müşterinin ancak dolaylı bir menfaatten söz edilebileceği yönünde bk. **HESS**, Clearing, sh. 110; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 105; **KRAMER**, sh. 41.

¹²⁴¹ **BILOTTE-TONGUE**, sh. 106; müşteriye sağladığı avantajlardan hareketle clearing sistemine başvurulmasında baskın olan menfaatin müşterinin menfaati olduğunun savunulmasına herhangi bir engel olmadığı yönünde bk. **BETTSCHART**, sh. 323.

¹²⁴² İsviçre’de SIC sistemi bakımından bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 322 dn. 194.

¹²⁴³ Bu işlevi itibarıyla Merkez Bankasının bir haberciye (Boten/messenger) benzediği yönünde bk. **HESS**, Clearing, sh. 110; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 105.

kurgu itibariyle tarafları, havalecinin bankası, lehdarın bankası ve Merkez Bankası olan bir kurum içi havale söz konusudur¹²⁴⁴.

Bu işlevi itibariyle Merkez Bankası, ciro sözleşmesinden doğan iş görme borcunun ifasında havalecinin bankasının yerine geçmemekte – Merkez Bankasının havalecinin bankasının yerine geçerek havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmesi söz konusu değildir –, onun yerine getirdiği faaliyet, yalnızca karşılığın ve havale bilgilerinin lehdarın bankasına aktarmakla sınırlı kalmaktadır¹²⁴⁵.

Kaldı ki, iş görme ediminin devredilmiş sayılabilmesi için gerekli diğer unsur olan, üçüncü kişinin bağımsız karar alma imkânına sahip olması da, Merkez Bankasının yerine getirdiği faaliyete yabancıdır. Zira Merkez Bankası, havale sürecinde daha çok bir haberci gibi hareket etmekte olup, bu anlamda, havalecinin bankasının mutabakat hesabında yeterli karşılığın bulunup bulunmadığını denetlemek hariç havale sürecinde yerine getirdiği işlemler bakımından bağımsız karar almamaktadır. Aksine, Merkez Bankası havale talimatının kendisine ulaşması üzerine, havalecinin ve lehdarın bankasının kendi nezdinde tutulan mutabakat hesaplarında gerekli borç kaydı ve alacak kaydı işlemlerinin yanı sıra talimattaki bilgilerin lehdarın bankasına aktarılması işlemini otomatik olarak gerçekleştirmektedir¹²⁴⁶. Bu işlevi itibariyle Merkez Bankasının, bağımsız karar alan bir alt vekilden çok bir yardımcı şahıs gibi faaliyet gösterdiği ya da (ciro sözleşmesinden doğan) borcun ifasında başvuru bir araçtan ibaret olduğu söylenebilir.

Nihayet, yurt içi havalelerin mutad olarak clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirildiği dikkate alındığında clearing sisteminin bankanın ifa organizasyonunun bir parçası olduğu da açıktır¹²⁴⁷. Öte yandan, bankalar ciro sözleşmesinin kurulması esnasında, havale sürecinde clearing sistemine başvuracaklarını ayrıca

¹²⁴⁴ **HESS**, Clearing, sh. 108; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 94; **BETTSCHART**, sh. 322; **BUIS**, sh. 143. Vurgulamak gerekir ki, Merkez bankası yalnızca bankalararası havale ilişkisinde (virement interbancaire) havale muhatabı/havale edilen konumunda olup, havaleci ile lehdar arasındaki temel havale ilişkisinde (virement proprement dit) herhangi bir rol üstlenmemektedir. Bu konuda bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 3. b. iii.

¹²⁴⁵ **BETTSCHART**, sh. 323.

¹²⁴⁶ **HAHN**, sh. 73.

¹²⁴⁷ **BETTSCHART**, sh. 324.

belirtmemekte¹²⁴⁸, müşteriye toptan bir ödeme hizmeti taahhüt etmektedirler¹²⁴⁹. Bu anlamda bankalar tarafından müşteri nezdinde yaratılan izlenim, ödemeyi gerçekleştirmeye yönelik kısmi bir faaliyetin değil, ödeme sonucu için gerekli tüm faaliyetlerin üstlenildiği yönündedir.

Kanımızca, havale sürecinde clearing sistemine başvurulmuş ise, iş görme ediminin devredilmiş sayılabilmesi bakımından gerekli unsurlar bir araya gelmediğinden, clearing sistemini işleten kişi olarak Merkez Bankası, karşılık ilişkisinde alt vekil değil, havalecinin bankasının BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı konumundadır.

bbbb. Muhabir Banka(lar)nın Durumu

Yurt dışına yapılan havalede veya yurt içindeki döviz aktarımında karşılığın lehdarın bankasına aktarılmasında muhabir bankaya başvurulması zorunludur. Muhabir banka aracılığıyla karşılığın aktarılması ise, clearing sisteminden farklı olarak, bankalararası bir havale ilişkisi çerçevesinde değil, bankaların birbirlerine verdikleri talimat aracılığıyla gerçekleşir¹²⁵⁰. Diğer bir deyişle, karşılığın bankalar arasında aktarılmasında, tarafları havalecinin bankası, muhabir banka ve lehdarın bankası olan bir kurum içi havale ilişkisi söz konusu değildir. Buna karşın, havaleci ile lehdar arasındaki temel havale ilişkisi bakımından, muhabir banka alt havale edilen konumundadır¹²⁵¹.

Öğretide, havalecinin yabancı muhabir bankaya başvurmaksızın karşılığı lehdarın bankasına ulaştırılmayacak olması esas alınmak suretiyle, muhabir bankanın havale sürecine dahil edilmesinde havalecinin menfaati baskın olduğu ve muhabir bankanın alt vekil sayılması gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁵². Diğer bir görüş¹²⁵³

¹²⁴⁸ Clearing sistemi aracılığıyla gerçekleşen zincirleme havalelerin uygulamada EFT olarak anılması, kanımızca havalenin Merkez Bankası aracılığıyla gerçekleştirileceğinin ortalama banka müşterisi tarafından bilindiği anlamına gelmeyecektir.

¹²⁴⁹ **BETTSCHART**, sh. 324.

¹²⁵⁰ Havale sürecinde muhabir bankaya başvurulmasına ilişkin olarak bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 3. b. ii.

¹²⁵¹ **BETTSCHART**, sh. 325; **BUIS**, sh. 137.

¹²⁵² **BILOTTE-TONGUE**, sh. 106; gerekçe göstermeksizin bu görüşte bk. **BUIS**, sh. 136; **LOMBARDINI**, sh. 240 (N. 51).

çerçevesinde ise, muhabir bankanın taraflardan hangisinin belirlediğine göre ayırım yapılmaktadır: kural olarak karşılığın (kaydi paranın) hangi muhabir banka ya da bankalar aracılığıyla aktarılacağı, havaleci açısından önem arz etmez iken, – zira havaleci için önemli olan havale tutarının güvenli, hızlı ve en az masrafla aktarılmasıdır – hangi muhabir bankaya başvurulacağı banka bankanın doğrudan menfaati söz konusudur. Zira bankanın kurduğu muhabir bankalar ağı, bankanın işlem hacmi doğrudan bağlantılıdır. Bu itibarla, havalecinin bankası tarafından belirlenen muhabir banka Bk.m. 100 anlamında yardımcı şahıs sayılacağı ifade edilmiştir. Buna karşın, havale sürecinde hangi muhabir bankaya başvurulacağı havaleci tarafından belirlenmiş ise¹²⁵⁴, baskın olanın havalecinin menfaatidir; bu itibarla muhabir banka alt vekil sayılır. muhabir bankaya başvurulmasında bankanın menfaati baskın olup, muhabir banka, havalecinin bankasının yardımcı şahsı sayılmalıdır.

Katıldığımız görüşe göre, yukarıda Merkez Bankasının nitelendirilmesinde olduğu gibi, muhabir bankanın karşılık ilişkisi bakımından nitelendirilmesi bakımından da menfaat ölçütü tek başına belirleyici değildir¹²⁵⁵. Zira yurt dışına yapılan havalede, havalecinin bankası açısından muhabir banka kullanmanın zorunlu oluşu, muhabir bankaya havalecinin menfaatine başvurulduğu anlamına gelmekle birlikte, muhabir bankalar ağı olmaksızın bankaların da nakit dışı ödeme hizmeti sunmasının mümkün olmadığı dikkate alındığında, muhabir bankaya başvurulmasında havalecinin olduğu kadar havalecinin bankasının da menfaati olduğu söylenebilir.

İş görme borcunun ifasının muhabir bankaya ne ölçüde devredilmiş olduğu da muhabir bankanın nitelendirilmesinde belirleyici olduğu kanımızca söylenemez. Zira muhabir bankanın yerine getirdiği edim, clearing sistemindeki Merkez Bankasına göre

¹²⁵³ **HESS**, Clearing, sh. 106; **KRAMER**, sh. 39; karşı. **FAVRE-BULLE**, sh. 378.

¹²⁵⁴ Bununla birlikte bankanın, müşterisinin talimatını yerine getirmek amacıyla muhabir bankalar ağına dahil olmayan bir banka ile ilişki kurmak zorunda kalmasının uygulamada gerçekleşmesi zor olduğu bir olasılık olduğu yönünde bk. **BETTSCHART**, sh. 326. Alman hukukunda ise, bankanın bizzat havaleci tarafından belirlenen aracı bankalar nezdinde gerçekleşen risklerden sorumlu olmayacağı BGB § 676 c. I 3'te açıkça ifade edilmiştir. Bu yönde bk. **LANGENBUCHER**, sh. 167.

¹²⁵⁵ Aynı görüşte bk. **BETTSCHART**, sh. 325; havaleci, muhabir bankayı bizzat belirlemek suretiyle kendi bankasına dayatmadığı sürece, muhabir bankaya başvurulmasında bankanın menfaatinin baskın olduğu yönünde bk. **HESS**, Clearing, sh. 106; **KRAMER**, sh. 39; karşı. **FAVRE-BULLE**, sh. 378; aksi görüş için bk. **BILOTTE-TONGUE**, sh. 106. Yazar, aynı ülkede bulunan bankalar arasında döviz aktarımı için yabancı bir muhabir bankaya başvurulması şeklindeki istisnai durumlar hariç baskın menfaatin havalecinin menfaati olduğu görüşündedir; gerekçe göstermeksizin aynı yönde bk. **BUIS**, sh. 136.

özellik arz etmektedir. Muhabir banka, bankalar arasında karşılığın aktarılmasını gerçekleştirmek bakımından – tıpkı Merkez Bankasında olduğu gibi – yardımcı bir rol üstlenmekle birlikte, temel havale ilişkisindeki alt havale edilen (*assigné substitué*)¹²⁵⁶ olması itibariyle iş görme borcunun ifasında havalecinin bankasının yerine geçmektedir. Bu itibarla, muhabir banka, karşılığın aktarılması işlevi dikkate alındığında yardımcı şahıs, lehdarın hesabına alacak kaydının gerçekleştirilmesi işlevi dikkate alındığında ise, alt vekil olarak nitelendirilebilir¹²⁵⁷.

Bize göre, üçüncü kişinin borçlunun ifa organizasyonuna dahil olup olmadığı ve borçlunun alacaklıya toptan bir iş görme vaat edip etmediği ölçütleri esas alındığı takdirde, muhabir bankanın karşılık ilişkisinde yardımcı şahıs niteliği ağır basmaktadır¹²⁵⁸. Zira havale sürecinde başvuru muhabir bankalar, havale talimatının verilmesinden önce banka tarafından belirlenmiş olmaları itibariyle havalecinin bankasının ifa organizasyonuna dahildirler¹²⁵⁹. Ayrıca, bankanın müşteriye sunduğu hizmetin kapsamı bakımından clearing sistemi için söylenenler muhabir banka aracılığıyla gerçekleşen havaleler için de geçerlidir. Bu anlamda bankalar, havale talimatının verilmesi sırasında müşterilerine havale sürecinde ne muhabir bankalara başvurma zorunluluğuna ne de muhabir bankalar ağında hangi bankaların bulunduğu ilişkin herhangi bir açıklama yapmamakta, bunun yerine müşteriye toptan bir ödeme hizmetini vaat etmektedirler¹²⁶⁰. Nihayet, havalecinin bankası ile muhabir banka arasında havaleler bakımından karşılıklı aracılık hizmeti vermeye yönelik bir düzen de söz konusudur; bu anlamda Federal Mahkemenin, ilgili kararında¹²⁶¹ yardımcı şahıs nitelendirmesi bakımından esas aldığı vekil ile üçüncü kişi arasındaki sıkı ilişki

¹²⁵⁶ Zincirleme banka havalesinde bankaların havale ilişkisindeki konumu için bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 3. a.

¹²⁵⁷ Bu işlevlerden baskın olanının belirlenmesi ise kanımızca makul bir çözüm değildir. Öğretide **BETTSCHART** ise (sh. 327), muhabir bankanın karşılığı aktarma işlevinin, alt havale edilen olarak gerçekleştirdiği işleve göre daha baskın olduğundan hareketle, bankanın yardımcı şahıs niteliğinin ağır bastığı sonucuna varmaktadır.

¹²⁵⁸ **BETTSCHART**, sh. 327; **HAHN**, sh. 72.

¹²⁵⁹ **BETTSCHART**, sh. 327.

¹²⁶⁰ **BETTSCHART**, sh. 328.

¹²⁶¹ Bk. yukarıda 1227 no'lu dn.'taki açıklamalar.

olgusunun, havalecinin bankası ile muhabir banka arasında da mevcut olduğu söylenebilir¹²⁶².

cccc. Lehdarın Bankasının Durumu

Bilindiği üzere zincirleme banka havalesinde havale tutarının aktarılacağı hesap havalecinin talimat verdiği banka nezdinde tutulmamaktadır. Ne havaleci ile lehdarın bankası arasında ne de lehdar ile havalecinin bankası arasında havale tutarının aktarımına temel teşkil edecek doğrudan (ciro) sözleşme(si) ilişkisi mevcut değildir. Lehdarın bankası, havalecinin bankasının talimatı üzerine havale sürecine dahil olmaktadır.

Bu hukuki kurgudan hareketle, öğretide¹²⁶³ ve yargı kararlarında¹²⁶⁴, lehdarın bankasına başvurulmasında havalecinin menfaatinin baskın olduğu, bu itibarla da lehdarın bankasının havalecinin alt vekili konumunda olduğu benimsenmektedir. Zira havalecinin bankası, hesap ilişkisi içinde olmadığı bir kişiye havale tutarını aktarabilmek amacıyla, bu kişinin hesabının tutulduğu bankanın hizmetine başvurmaktadır. Bu anlamda müşterinin talimatını yerine getirebilmek bakımından bir başka bankanın havale sürecine dahil edilmesi zincirleme havalede banka için bir zorunluluktur. Öte yandan, lehdarın bankası bizzat havaleci tarafından belirlenmekte olup, havalecinin bankasının bu bankanın seçiminde kural olarak bir etkisi yoktur¹²⁶⁵. Bu itibarla, havalecinin bankasının bu bankanın faaliyetlerini denetlemesi de beklenemez.

Öte yandan iş görme borcunun devri ölçütü de varılan bu sonucu desteklemektedir. Zira zincirleme havale kurgusunda lehdarın bankası, havale tutarını lehdarın hesabına alacak kaydetmekle, aslında havalecinin bankasının yerine geçerek,

¹²⁶² **BETTSCHART**, sh. 327.

¹²⁶³ **KOCAMAN**, Yargıtay, sh. 364; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 103; **FAVRE-BULLE**, sh. 263; **BETTSCHART**, sh. 328 vd.

¹²⁶⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin, clearing sistemi (SIC) aracılığıyla gerçekleştirilen zincirleme havaleye ilişkin ATF 121 III 310 no'lu kararında, havalecinin bankasının alacak kaydını bizzat gerçekleştiremeyecek olmasından hareketle, lehdarın bankasının havale sürecine dahil edilmesinde havalecinin menfaatinin söz konusu olduğu; bu itibarla da lehdarın bankasının alt vekil sayılması gerektiği benimsenmiştir. Bu karar hk. ayrıca bk. **FAVRE-BULLE**, sh. 381; **BETTSCHART**, sh. 289 vd.; havale konusunu külçe altının teşkil ettiği daha eski bir kararda varılan benzer bir sonuç için bk. ATF 110 II 183 (www.bger.ch).

¹²⁶⁵ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 103; **THÉVENOZ**, Banquier, sh. 27 dn. 39; **BETTSCHART**, sh. 329.

havalecinin bankasının havaleci ile arasındaki ciro sözleşmesinden doğan iş görme borcunu yerine getirmiş olmaktadır¹²⁶⁶. Diğer bir deyişle havalecinin bankası ciro sözleşmesi uyarınca üstlendiği iş görme yükümlülüğünü – zorunlu olarak – lehdarın bankasına devrettiğinden, lehdarın bankası BK m. 389/f. III anlamında alt vekil olarak nitelendirilecektir.

ccc. Benimsenen Nitelendirmenin Havalecinin Bankasının Gecikmeden Sorumluluğu Bakımından Sonuçları

aaaa. Aracı Bankadan Kaynaklanan Gecikme Bakımından

Ödemenin zamanında gerçekleşmemesi, havale zincirindeki aracı bankanın davranışından kaynaklanmış ise, aracı bankanın yol açtığı bu zarardan havalecinin bankası, havaleci müşterisine karşı BK m. 100 uyarınca sorumlu olur.

Bununla birlikte, aracı bankanın havalecinin bankasının yardımcı şahsı olması, bu bankadan her türlü gecikmenin mutlak surette havalecinin bankası tarafından üstlenileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bilindiği üzere, BK m. 100'ün *ratio legis*'i, ifa sürecinde salt üçüncü şahsa başvurulmuş olması nedeniyle alacaklının borçlu karşısında – borçlunun borcu şahsen ifa etmesine göre – daha elverişli ya daha elverişsiz konumda bulunmamasını sağlamaktır. Bu anlamda, yardımcı şahsın davranışına bağlanan yasal sonuçların borçlunun hukuk alanında doğması için varsayılan kusur¹²⁶⁷ kavramı esas alınır. Yardımcı şahıs, borçludan beklenebilecek özeni göstermiş ise, borçlu bu davranış sebebiyle sorumlu tutulmayacaktır.

Özenli iş görmenin, asli edim yükümlülüğünü oluşturduğu vekâlet sözleşmesinde ise, yardımcı şahsa başvurulmuş olmasının, vekilin sorumluluğunu bir sonuç sorumluluğuna dönüştürmemesi gerekir. Bu itibarla, vekâlet sözleşmesinde vekilin yardımcı şahsın davranışından sorumlu tutulabilmesi, yardımcı şahsın işin görülmesi esnasında BK m. 398/f. II uyarınca vekilden beklenebilecek özeni göstermemiş olmasına bağlıdır¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ BETTSCHART, sh. 329.

¹²⁶⁷ Kavram için bk. yukarıda 1017 no'lu dn.'taki açıklamalar.

¹²⁶⁸ BETTSCHART, sh. 330.

Şu halde, aracı bankanın yol açtığı gecikme zararından, havalecinin bankasının sorumlu tutulabilmesi için, aracı bankanın ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi icra etmemesinin, havaleci ile bankası arasındaki ciro sözleşmesi çerçevesinde bir yükümlülük ihlali teşkil etmesi, diğer bir deyişle bu davranış bizzat havalecinin bankası tarafından gerçekleştirilse idi, havaleci ile banka arasındaki ciro sözleşmesi bakımından BK m. 390/f. II anlamında özensiz iş görme teşkil edecek olması gerekir¹²⁶⁹.

bbbb. Lehdarın Bankasından Kaynaklanan Gecikme Bakımından

Lehdarın bankasından kaynaklanan gecikme nedeniyle havalecinin bankasının havaleciye karşı iş görme borcunun ihlali nedeniyle sorumluluğu, yukarıda benimsediğimiz alt vekil nitelendirmesi gereği BK m. 391/f. II hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir. Bilindiği üzere BK m. 391/f. II uyarınca vekilin sorumluluğu, alt vekili seçmede ve ona talimat vermede gösterilecek özen ile sınırlıdır. Zincirleme banka havalesinde de, havalecinin bankası, alt vekil olarak nitelendirdiğimiz lehdarın bankasını seçmekte ve bu bankaya havale talimatını aktarmakta gerekli özeni göstermiş ise, bu bankanın özensiz davranışından kaynaklanan zarardan sorumlu olmayacaktır¹²⁷⁰.

Havalecinin bankasının bu anlamda sınırlandırılmış sorumluluğu, lehdarın bankasının seçiminde gösterilecek özen bakımından özellik arz etmektedir. Zira zincirleme havale kurgusunda lehdarın bankası, bizzat havaleci tarafından belirlendiğinden, bu bankanın seçiminde havalecinin bankasının dar ve teknik anlamda özen eksikliğinden söz edilemez¹²⁷¹. Fakat bu noktadan hareketle, havalecinin bankasının lehdar bankanın seçiminde özen göstermekle yükümlü olmadığı, bankanın sorumluluğunun havale talimatının aktarılmasında gösterilecek özen ile sınırlı olduğu sonucuna da varılmamalıdır. Her ne kadar banka BK m. 389 uyarınca havalecinin talimatına uygun davranmakla, somut olarak, havale talimatını ve karşılığı havaleci

¹²⁶⁹ **BETTSCHART**, sh. 330.

¹²⁷⁰ Havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasında doğrudan ilişki mevcut olmadığı takdirde, diğer bir deyişle havale talimatının lehdarın bankasına aracı banka ile aktarıldığı olasılıkta, havalecinin bankası, BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs olarak nitelendirdiğimiz aracı bankanın, lehdar bankayı seçmede ve talimat vermede göstereceği özenden de sorumlu tutulacaktır.

¹²⁷¹ Zira havalecinin bankası, muhabir bankaya başvurulmuş hallerde lehdarın bankası ile doğrudan ilişki içinde olmamakta hatta uluslararası nitelikli havalede havalecinin bankası lehdarın bankasını hiç tanımamaktadır.

tarafından lehdar olarak belirlenen bankaya aktarmakla yükümlü olsa da, lehdar olarak belirlenen bankanın arz ettiği riskler konusunda havaleci müşterisini uyarmakla da yükümlüdür. Bu anlamda, bankadan beklenen özen, ödeme talimatında belirlenen lehdarın bankasının arz ettiği riskler konusunda müşterisini uyarmak şeklinde somutlaşır¹²⁷². Bu yükümlülük, esasen bankanın müşteriye görece, lehdarın bankası hakkında bilgi edinmek bakımından daha elverişli konumda¹²⁷³ olduğu düşüncesine dayanır¹²⁷⁴. Örneğin, havalecinin bankası, lehdarın bankası nezdinde daha önce meydana gelmiş aksaklıklardan haberdar olmasına ya da bu bankanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu bilmesine ya da bilmesi gerekmesine rağmen havaleci müşterisini uyarmamış ve ödeme talimatını işleme koymuş ise¹²⁷⁵, lehdar bankanın seçiminde özensiz davranmış sayılır¹²⁷⁶.

b. Bankanın Sorumluluğunun Genel İşlem Şartları İle Sınırlandırılması

Bankacılık uygulamasındaki, havalenin hiç ya da gereği gibi gerçekleşmemesi nedeniyle bankanın sorumluluğunu sınırlandıran banka genel işlem şartları iki ana başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki, genel işlem şartlarının elektronik bankacılığa ilişkin özel hükümleri arasında yer almakta olup, bankanın sorumluluğunu kusur unsurunu esas almak suretiyle sınırlandırmaktadır. Bu kayıtlarda, bankanın her türlü kusurundan sorumlu olmayacağı ya da bankanın ağır kusurlu olmadıkça, havalenin hiç ya da gereği gibi gerçekleşmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulamayacağı öngörülmektedir. Bir diğer kayıt ise, banka genel işlem şartlarının genel hükümleri arasında yer almakta ve bankanın sorumluluğunu zarar türü ya da zararın miktarı bakımından sınırlandırmaktadır. Bu kayıt ile, bankanın – kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak – belirli zarar tiplerinden sorumlu olmayacağı öngörülmektedir.

¹²⁷² **BETTSCHART**, sh. 331.

¹²⁷³ Bununla birlikte, müşteri de bankacılık alanında mesleki faaliyet gösteren bir kişi ise, bankanın müşteriyi uyarmakla yükümlü olmadığı söylenebilir.

¹²⁷⁴ **BETTSCHART**, sh. 332.

¹²⁷⁵ Clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen havale söz konusu olduğunda, talimatın verilmesi ve havale tutarının lehdar bankaya aktarılması neredeyse eş zamanlı olarak gerçekleştiğinden, başlatılan havale sürecinin havalecinin bankası tarafından durdurulması mümkün değildir. Ancak bekleme listesine alınan ya da ileri vadeli bir havale talimatı söz konusu olduğunda, bankadan bu talimatı yerine getirmemesi (havale sürecini durdurması) ve havaleciyi uyarması beklenebilir. Bu konuda bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 261.

¹²⁷⁶ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 261; **BETTSCHART**, sh. 332.

Aşağıda öncelikle bankanın sorumluluğunu kusur yönünden sınırlandıran genel işlem şartı ele alınacak, bu konuda yapılan açıklamalardan yeri geldikçe sorumluluğu zarar türü bakımından sınırlandıran genel işlem şartı incelenirken de yararlanılacaktır.

i. Bankanın Sorumluluğunun Kusur Unsuru Bakımından Sınırlandırılması

aa. Genel Olarak

Banka genel işlem şartlarının elektronik bankacılığa ilişkin özel hükümleri arasında, bankanın bilgi işlem sisteminde gerçekleşen aksaklıklar nedeniyle bankanın sorumlu tutulamayacağı ya da yalnızca ağır kusurlu olduğu takdirde sorumlu tutulabileceği¹²⁷⁷ şeklinde düzenlemeler mevcuttur. Bilgi işlem sisteminden kaynaklanan aksaklıklar ile, bankanın bilgi işlem sistemindeki teknik eksiklik (*défauts techniques/technischen Mängeln*) ya da bozukluktan (*dérangements/Störungen*), bilgisayar arızasından (*pannes d'ordinateur*) ya da bilgi işlem sistemine üçüncü kişilerin dıştan müdahalesinden (*rechtswidrigen Eingriffen*) kaynaklanan aksaklıklar kastedilmektedir¹²⁷⁸.

Genel işlem şartlarındaki bu düzenleme ile bankanın sorumluluğu, bankanın ciro sözleşmesi çerçevesinde özenli iş görmemiş – yani BK m. 398/f. II anlamında özen yükümlülüğünün ihlaline – olmasına ve söz konusu özensiz davranışın ağır kusur olarak bankaya isnat edilebilir olmasına bağlanmaktadır. Bu anlamda banka, özen yükümlülüğünü hafif kusurlu şekilde ihlal ettiği takdirde havaleciye karşı sorumlu olmayacaktır. Bilgi işlem sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen havalelerde, bankanın bilgi işlem sisteminde meydana gelen aksaklık banka tarafından öngörülebilir ve günün teknolojik imkanları dahilinde önlenemez bir risk olmasına rağmen, gerçekleşme olasılığının düşük olması nedeniyle bu risk banka tarafından dikkate alınmamış ise, banka özenli iş görme yükümlülüğünün ihlali bakımından hafif kusurlu sayılır¹²⁷⁹. Buna karşın, gerçekleşme olasılığı yüksek bir risk söz konusu olmasına rağmen, banka,

¹²⁷⁷ İsviçre bankacılık uygulamasındaki, bankanın bilgi işlem sistemi arızalarından sorumluluğunu ağır kusur şartına bağlayan sorumsuzluk kayıtları için bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 250 vd.

¹²⁷⁸ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 250.

¹²⁷⁹ **ZEIDLER**, sh. 147.

masraftan kaçınmak amacıyla gerekli güvenlik tedbirlerini almamış ise, banka ağır kusurlu sayılacaktır¹²⁸⁰.

bb. Bankanın Sorumluluğunu Kusur Unsuru Bakımından Sınırlandıran Anlaşmanın Geçerliliği

Kural olarak borçlunun sorumluluğu, borç ilişkisinin taraflarınca yasada öngörülen sınırlar dahilinde değiştirilebilir ya da tamamen kaldırılabilir. Bu anlamda sorumsuzluk anlaşmalarının kusur unsuru yönünden sınırları BK m. 99 ve m. 100 hükümlerinde öngörülmüştür. Bankanın sorumluluğunu her türlü kusurdan ya da yalnızca hafif kusurdan kaldıran kayıtların geçerliliğinin de bu hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte, ciro sözleşmesinde bankanın üstlendiği asli edim yükümlülüğünün özenli iş görme olduğu dikkate alındığında, bankanın ödeme talimatının hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğunun kusur unsuru yönünden sınırlandırılmasının caiz olup olmadığı bir ön sorun teşkil eder. Şu halde öncelikle ciro sözleşmesi ile üstlenilen asli edim yükümlülüğünün niteliğinin, bankanın sorumluluğunun kusur yönünden sınırlandırılmasına engel teşkil edip etmeyeceği belirlenmeli; ciro sözleşmesinden doğan sorumluluğun sınırlandırılabilmesi sonucuna varıldığı olasılıkta ise, söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının BK m. 99 ve m. 100'de öngörülen sınırlamalar karşısında ne ölçüde geçerli olacağı incelenmelidir. Nihayet, bankanın sorumluluğunu sınırlandıran kaydın banka genel işlem şartları arasında yer aldığı dikkate alındığında, söz konusu genel işlem şartının, soyut norm denetimi anlamında BK m. 19 ve m. 20'de öngörülen kamu düzenine aykırılık yaptırımına tabi olup olmadığı incelenmelidir.

aaa. Özenli İş Görme Yükümlülüğü Bakımından

Özenli iş görmenin asli edim yükümlülüğünü teşkil ettiği bir borç ilişkisinde, borçlunun sorumluluğunun kusur unsuru yönünden tarafların anlaşması ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, bankanın hafif kusurdan sorumluluğunu kaldıran anlaşmanın geçerliliği bakımından bir ön sorun teşkil etmektedir. Bu sorun öncelikle,

¹²⁸⁰ ZEIDLER, sh. 148.

asli edim yükümlülüğü olarak özenli iş görmenin borçlanıldığı vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğu bakımından gündeme gelmiştir¹²⁸¹.

Öğretide bazı yazarlar tarafından, vekilin belirli bir özen ölçüsünde¹²⁸² iş görmesinin vekâlet sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu ve vekilin müvekkile karşı hem özenli davranmayı taahhüt edip hem de özensiz davranışından kaynaklanan sorumluluğunu sınırlandırmasının vekâlet sözleşmesinin özünde yer alan güven unsuru ile bağdaşmayacağı; vekalet sözleşmesinin özü itibariyle, vekilin sorumluluğunun anlaşma yoluyla sınırlandırılmayacağı ileri sürülmüştür¹²⁸³.

Buna karşın Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde genel kabul gören görüş¹²⁸⁴, vekâlet sözleşmesinde asli edim yükümlülüğünün özenli iş görme olmasının vekilin sorumluluğunun kusur unsuru yönünden sınırlandırılmasına engel teşkil etmeyeceği yönündedir. Bu görüşe göre, sorumluluğun objektif unsurunu teşkil eden ve sözleşme ihlaline karşılık gelen özensizlik ile sorumluluğun subjektif unsurunu teşkil eden ve borçlunun kınanabilirliğine karşılık gelen özensizlik kavramları birbirinden ayırt edilmelidir¹²⁸⁵. Vekâlet sözleşmesinde asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifası anlamında gösterilmesi gereken özen ölçüsü (BK m. 389/f. I) ise, tarafların serbest iradelerine tabi değildir¹²⁸⁶. Buna karşın diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi vekâlet sözleşmesinde de taraflar – sorumluluğun subjektif unsurunu teşkil eden kusur anlamında – sözleşme ihlalinin isnat edilebilirliği (kusurlu sayılmak) bakımından vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsünü yasadaki sınırlar çerçevesinde serbestçe belirleyebilirler; bu anlamda taraflar, tıpkı vekaletin konusunu olan iş görme faaliyetini

¹²⁸¹ Bu tartışma hk. ayrıca bk. **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 365 vd.

¹²⁸² Vekilin özen yükümlülüğünü düzenleyen İBK m. 398, İBK m. 100'e göre özel hüküm (lex specialis) teşkil etmekte olup, yasakoyucu İBK m. 398'de vekilin işi görürken göstermesi gereken özenin ölçüsünü özel olarak düzenlemiş, bu itibarla da özen ölçüsünün tarafların anlaşması yoluyla indirgenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılması yönünde bk. **GAUTSCHI**, G.: Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der Einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Bern 1971, sh. Art. 398, sh. 383 (N. 25a).

¹²⁸³ **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 433 vd.; **YAVUZ**, Özel Hükümler, sh. 643.

¹²⁸⁴ Bu konuda bk. **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 366 dn. 1538'de anılan yazarlar; **BAŞPINAR**, V.: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, sh. 267; **FELLMANN** da, (sh. 510, N. 515), art. 398 CO hükmünün ne lafzından ne de – tarihsel – oluşum sürecinden vekilin sorumluluğun sınırlandırılmayacağı sonucunun çıkarılmayacağı; bunun aksine, hükümdeki vekilin genel olarak özensizliğinden sorumlu olacağı şeklindeki düzenlemeden, bu konuda istisnaların saklı tutulmak istendiğinin anlaşılması gerektiği görüşündedir.

¹²⁸⁵ **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 368.

¹²⁸⁶ **von der CRONE**, sh. 105; **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 368; **BAŞPINAR**, sh. 265.

sınırlandırmak¹²⁸⁷ suretiyle dolaylı olarak vekilin sorumluluğunu sınırlandırabilecekleri gibi, somut olayda BK m. 389/f. II anlamında kusurlu sayılıp sayılmamak bakımından vekilin göstermesi gereken özenin ölçüsünü yasadaki sınırlar dahilinde serbestçe belirlemek suretiyle de aynı sonucu elde edebilirler. Bu anlamda öğretide vekâlet sözleşmesi bakımından sorumsuzluk anlaşmasına engel teşkil eden herhangi bir emredici düzenlemenin de söz konusu olmadığı ifade edilmiştir¹²⁸⁸.

Şu halde vekâlet sözleşmesi bakımından öğretideki genel kabul gören bu görüşe paralel şekilde, ciro sözleşmesi çerçevesinde de bankanın hafif kusurundan sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların caiz olduğu kabul edilebilir¹²⁸⁹. Zira böyle bir anlaşma ile bankanın ciro sözleşmesi uyarınca üstlenmiş olduğu asli edim yükümlülüğünün gereği gibi ifası bakımından göstermesi gereken özen ölçüsünün sınırlandırılması ya da tamamen kaldırılması söz konusu olmayıp, bankanın sorumluluğu yalnızca BK m. 389/f. II anlamında kusur unsuru bakımından sınırlandırılmaktadır¹²⁹⁰. Diğer bir deyişle, elektronik bilgi işlem sisteminin organizasyonunda gerekli özenin gösterilmemesi nedeniyle havale talimatı hiç, zamanında ya da havalecinin talimatına uygun şekilde yerine getirilmemiş ise, banka ciro sözleşmesinden doğan özenli iş görme borcunu ihlal etmiş sayılacak; meydana gelen zarar nedeniyle bankanın sorumlu tutulabilmesi bakımından ise, özen yükümlülüğünün ihlalinde bankanın ağır kusurlu olması aranacaktır¹²⁹¹.

¹²⁸⁷ **VON DER CRONE**, sh. 105; **WERRO**, Mandat, sh. 314 (N. 939).

¹²⁸⁸ **VON DER CRONE**, sh. 105; **WERRO**, Mandat, sh. 314 (N. 937) vd.

¹²⁸⁹ Öğretide **THALMANN** (Haftung, sh. 176), vekilin özen yükümlülüğünün sorumsuzluk anlaşmasına engel teşkil ettiği şeklindeki yaklaşımın, müvekkilin vekile bağımlı olduğu uzmanlık gerektiren bazı mesleki faaliyetler – örneğin hekim ile hasta arasındaki ilişki – bakımından benimsenebileceği; oysa banka ile müşterisi arasında, bankanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına engel teşkil edecek ölçüde bir bağımlılık ilişkisinin söz konusu olmadığı görüşündedir; öğretide ciro sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendiren ve vekalet hükümlerinin ciro sözleşmesine ancak kıyasen uygulanabileceği görüşünde olan **HEINI** (sh. 92) ise, sorumsuzluk anlaşmasına engel teşkil ettiği ileri sürülen vekâlet sözleşmesindeki güven ilişkisinin ciro sözleşmesinde mevcut olmadığını, ayrıca ödeme işlemlerinin çoğunlukla elektronik olarak gerçekleştirildiğini vurgulamak suretiyle, vekalet sözleşmesindeki özen yükümlülüğüne ilişkin kuralların kıyasen ciro sözleşmesinde bankanın sorumluluğu bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmaktadır.

¹²⁹⁰ **ZEIDLER**, sh. 148 vd.

¹²⁹¹ **ZEIDLER**, sh. 148.

bbb. BK m. 99 ve m. 100'de Öngörülen Sınırlamalar Bakımından

Bilindiği üzere, Borçlar Kanununda borçlunun sorumluluğunun kusur unsuru yönünden borç ilişkisinin taraflarının anlaşması yoluyla ne ölçüde sınırlandırılacağı emredici nitelikli BK m. 99 ve m. 100 hükümleri ile düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre, borçlunun, kendi fiilleri bakımından BK m. 99/f. I uyarınca yalnızca hafif kusurdan, yardımcı şahsının fiilleri bakımından ise BK m. 100/f. II uyarınca – ağır kusur da dahil olmak üzere – her türlü kusurdan sorumlu tutulamayacağı kararlaştırılabilir. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulması esnasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise ya da borçlunun sorumluluğu kamusal bir imtiyaza dayalı olarak yürütülen bir faaliyetten kaynaklanıyor ise, BK m. 99/f. II'e göre hakim, MK m. 4'ten kaynaklanan yetkisi çerçevesinde borçlunun hafif kusurdan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmanın dahi – takdiri butlan anlamında – geçersizliğine hükmedilebilecek; m. 100/f. III'e göre ise, borçlunun yardımcı şahısların yalnızca hafif kusurlu fiilleri bakımından sorumlu olmadığı geçerli olarak kararlaştırılabilecektir.

Şu halde BK m. 99/f. I ve 100/f. II uyarınca, ciro sözleşmesi çerçevesinde bankanın, organ sıfatına sahip kişi ya da kişilerin yalnızca hafif kusurlu fiilleri bakımından, yardımcı şahıs olarak nitelendirilen banka çalışanın ise, ağır kusurlu fiilleri bakımından sorumlu olmayacağının kararlaştırılması mümkündür¹²⁹². Bu noktada, söz konusu sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği bakımından önem arz eden konu, banka tarafından sunulan havale hizmetinin ya da genel anlamda bankacılık faaliyetinin BK m. 99/f. II (ve m. 100/f. III) anlamında kamusal imtiyaza dayalı yürütülen bir faaliyet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Zira bankacılık faaliyeti bu kapsamda değerlendirildiği takdirde, bankanın bilgi işlem sistemindeki aksaklık, bankanın organına isnat edilebilir şekilde sisteminin organizasyonundaki özensizlikten kaynaklandığı durumda¹²⁹³, BK m. 99/f. II uyarınca hakim hafif kusurdan sorululuğu kaldıran anlaşmanın geçersizliğine hükmedebilecektir.

¹²⁹² SEROZAN, sh. 241 (N. 8) vd.

¹²⁹³ Buna karşın bilgi işlem sistemindeki aksaklık bankanın yardımcı şahsı sayılan kişinin fiilinden kaynaklanmış ise, BK m. 100/f. III çerçevesinde banka yardımcı şahısların hafif kusurdan sorumlu tutulamayacaktır.

Bu konuda öğretilerde¹²⁹⁴ ve yargı kararlarında¹²⁹⁵ genel kabul gören görüş, “hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanat” kavramının geniş yorumlanması gerektiği, idare hukuku anlamında imtiyaz ile faaliyet gösteren tekel işletmelerinin yanı sıra idari izin (*autorisation de police*) ya da ruhsat ile icra edilen avukatlık, mimarlık, doktorluk, bankacılık gibi sanat ve mesleklerin de BK m. 99/f. II anlamında kamusal imtiyaz ile yürütülen faaliyet kapsamında yer aldığı yönündedir. Bu yaklaşım esasen, anlaşma yoluyla sorumluluğun sınırlandırılmasının, idari izin ya da ruhsat yoluyla müşteri nezdinde yaratılan güven ile bağdaşmayacağı düşüncesine dayandırılmaktadır¹²⁹⁶.

Bankacılığın BK m. 99/f. II anlamında kamusal imtiyaz suretiyle icra edilen faaliyet olarak nitelendirilmesi, kural olarak bankanın hafif kusurundan sorumluluğunun kaldırılmasına engel teşkil etmese dahi, söz konusu hükümde hâkime sorumluluğu hafif kusurdan kaldıran anlaşmayı geçersiz saymak bakımından takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu anlamda hafif kusurdan sorumluluğu kaldıran anlaşmanın geçersizliğine hükmedilebilmesi bakımından belirleyici olan, somut olayda tarafların eşit konumda bulunmaması nedeniyle bankanın sorumluluğunun havaleci müşteri aleyhine haksız şekilde sınırlandırılmış olup olmadığıdır¹²⁹⁷. Diğer bir deyişle BK m. 99/f. II çerçevesinde hakim, banka lehine olan her türlü sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz saymamalı, somut olaydaki tüm koşulları dikkate almak suretiyle müşteri aleyhine makul olmayan bir risk dağılımı öngören sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliğine hükmetmelidir¹²⁹⁸. Oysa bankanın sorumluluğuna ilişkin Yargıtay kararlarında genellikle, somut olaydaki risk dağılımının müşteri için haksız sayılıp sayılmayacağı

¹²⁹⁴ TANDOĞAN, Mes’uliyet, sh. 457; GÜMÜŞ, Özen, sh. 374; TEKİNALP, sh. 404 (N. 87); WEBER, Berner Kommentar, Art. 100 (N. 120); HEINI, sh. 87; BUIS, sh. 90.

¹²⁹⁵ YHGK T. 04.11.1964 E. 1964/942 K. 1964/637; YHGK T. 14.06.1995 E. 1995/11–425 K. 1995/616 (bk. KİBB); YHGK T. 15.06.1994 E. 1994/11–178, K. 1994/398, YKD 1995, S. 4, sh. 532; sigortacılık faaliyetinde bulunan sigorta şirketinin de bu kapsamda değerlendirilmesi hk. bk. Y. 11. HD. T. 25.12.1996 E. 1996/6699 K. 1996/9192 (bk. KİBB); Federal Mahkeme tarafından da BGE 112 II 445 no’lu kararda bu sonuca varılmıştır.

¹²⁹⁶ BILLOTTE-TONGUE, sh. 164; BAŞPINAR, sh. 272.

¹²⁹⁷ WERRO, Mandat, sh. 315 (N. 940).

¹²⁹⁸ von der CRONE, sh. 110.

dikkate alınmaksızın, bankanın hafif kusurundan sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların geçersiz olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir¹²⁹⁹.

Elektronik bilgi işlem sisteminden kaynaklanan aksaklıklarda bankanın sorumluluğunu ağır kusur ile sınırlandıran anlaşmalar bakımından, katıldığımız görüş uyarınca, bilgi işlem sistemindeki aksaklık, organizasyondaki özensizlikten kaynaklandığı ve bu anlamda bankanın organına isnat edilebildiği takdirde, hâkim tarafından hafif kusurdan sorumluluğu kaldıran anlaşmanın geçersizliğine hükmedilebilmesi gerekir. Zira söz konusu riskin tamamen bankanın egemenlik alanında – bilgi işlem sisteminde – gerçekleştiği dikkate alındığında, bankanın hafif kusurundan sorumlu tutulmaması, müşteri aleyhine haksız bir risk dağılımı teşkil eder¹³⁰⁰.

ccc. Soyut Norm Denetimi

Türk ve İsviçre hukukları öğretisinde, genel işlem şartlarının içerik denetimi bakımından kamu düzenine aykırılık yaptırımına başvurulabileceği ifade edilmiştir¹³⁰¹. Yedek hukuk kurallarının asgari sözleşme adaletini sağlayan bir içeriğe sahip olduğu, bu anlamda bir düzenleme işlevi (*fonction d'ordre/Ordnungsfunktion*) yerine getirdiği düşüncesinden¹³⁰² hareket eden bu görüş çerçevesinde, taraflardan birinin, genel işlem şartları aracılığıyla sözleşme içeriğini diğerine dikte etmesinin ve bu surette yedek hukuk kurallarının kategorik/sistemik olarak devre dışı bırakılmasının¹³⁰³ (ekonomik anlamda) kamu düzenine aykırı olduğu savunulmaktadır. Diğer bir deyişle, yedek hukuk kurallarının genel işlem şartları aracılığıyla, sistemik şekilde ve taraflar

¹²⁹⁹ Bk. YHGK T. 15.06.1994 E. 1994/11–178, K. 1994/398, YKD 1995, S. 4, sh. 532; buna karşın bankanın sahte ya da tahrif edilmiş çekin ödenmesinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin Y. 11. HD'nin T. 07.02.1992 E. 1991/1137 K. 1992/5968 (bk. KİBB)'da, BK m. 99/f. II uyarınca sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması “riskin müşteriye yüklenmesinin adalet ve hakkaniyet ile bağdaşmayacağı” gerekçesine dayandırılmak suretiyle bu yaklaşımdan ayrılmıştır.

¹³⁰⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 251; aksi görüşte olan **ZEIDLER** (sh. 150) ise, bankanın, elektronik bilgi işlem sisteminin organizasyonundaki özensizliğinden kaynaklanan aksaklıkların çoğu zaman banka açısından ağır kusur teşkil edeceğini; bu itibarla da, bankanın sorumluluğunun ağır kusur ile sınırlandırılmasının müşteri aleyhine haksız bir risk dağılımı yaratmış sayılmayacağını ileri sürmektedir.

¹³⁰¹ **ATAMER**, sh. 187.

¹³⁰² **ATAMER**, sh. 189; **FAVRE-BULLE**, sh. 401.

¹³⁰³ **KRAMER/SCHMIDLIN**, Art 18, N. 277; **ATAMER** (sh. 189) de, yasakoyucunun bazı hukuk kurallarına yedek olma niteliği tanınmasındaki amacının, taraflara aralarındaki sözleşmeye en uygun içeriği belirleme olanağı vermek olduğunu, bunun dışında taraflardan sadece birine sözleşme koşullarını diğer tarafa dikte ettirme olanağını vermek olamayacağını vurgulamaktadır.

arasında gerçek anlamda bir irade uyuşması söz konusu olmadan, uygulama dışı bırakılması (bertaraf edilmesi) BK m. 19/f. II anlamında kamu düzenine aykırılık teşkil eder¹³⁰⁴ ve söz konusu genel işlem şartı BK m. 20/f. II uyarınca geçersiz¹³⁰⁵ sayılır.

Bu noktada, hangi genel işlem şartının kamu düzenine aykırı sayılacağı – yani yedek hukuk kuralı ile getirilen dengenin somut olayda ne zaman bozulmuş sayılacağı – bakımından ise, Türk ve İsviçre hukuklarında haksız sözleşme koşulları bakımından getirilen bazı pozitif düzenlemelerden yararlanılabileceği görüşü hâkimdir¹³⁰⁶.

Söz konusu pozitif düzenlemelerden öncelikle İsviçre hukukundaki, “Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun”un¹³⁰⁷ 8. maddesinde¹³⁰⁸ öngörülen ölçütlerin yön gösterici olduğu söylenebilir¹³⁰⁹. İlgili maddeye göre, somut olaydaki genel işlem şartının haksız sayılabilmesi için, öncelikle genel işlem şartındaki düzenlemenin

¹³⁰⁴ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 161; **ATAMER** (sh. 201), aynı düşüncüyü, “bazı yedek hukuk kurallarının sürekli olarak bazı sözleşme türleri açısından adeta yürürlükten kaldırılmış olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği” şeklinde ifade etmektedir.

¹³⁰⁵ Vurgulamak gerekir ki, BK m. 20/f. II’de düzenlenen kısmi butlan kuralı uyarınca taraflar arasındaki sözleşmenin tamamı ya da tüm genel işlem şartları değil yalnızca kamu düzenine aykırı sayılan ilgili genel işlem şartı geçersiz sayılacağı öğretilen genel kabul gören görüştür. Bu yönde bk. **ATAMER**, sh. 223 vd.; banka genel işlem şartları bakımından aynı sonuç için bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 161.

¹³⁰⁶ **ATAMER**, sh. 191, 201; İsviçre hukukunda, Haksız Rekabetin Önlenmesi hakkındaki Kanun m. 8’de (art. 8 LCD) öngörülen maddi ölçütlerin ekonomik kamu düzenini somutlaştırdığı ve bu hüküm uyarınca haksız sayılan genel işlem şartlarının aynı zamanda BK m. 19/f. II anlamında kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bk. **STAUDER**, B.: Les clauses abusives en droit Suisse: situation actuelle et perspectives, Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : actes de la table ronde du 12 décembre 1990, Paris 1991, sh. 290.

¹³⁰⁷ İsviçre’de 1 Mart 1988’de yürürlüğe giren 19 Aralık 1986 tarihli bu yasanın kapsamında, m. 1 ve 9 uyarınca rekabet halinde olan işletmelerin yanı sıra m. 10/f. I uyarınca bu işletmelerin ekonomik menfaatleri zedelenen müşterileri de yer almaktadır. Böylelikle bankalar tarafından hazırlanan genel işlem şartları m. 8’e aykırılık teşkil ettiği takdirde menfaatleri ihlal edilen banka müşterisi de bu yasadaki yararlanabilecektir. Söz konusu yasa ile genel işlem şartlarının içeriği bakımından soyut norm denetimi yapılması söz konusudur. Bk. **STAUDER**, sh. 286. Bununla birlikte gerek hükmün uygulanma koşullarının gerek bu hükmün ihlali durumunda öngörülen yaptırımın belirsiz oluşu nedeniyle, ilgili hüküm aracılığıyla genel işlem şartlarının etkin bir şekilde denetlenemeyeceği öğretilen ifade edilmektedir. Bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 166.

¹³⁰⁸ L’art. 8 LCD: «...agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d’une partie contractante et qui: dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou prévoient une répartition des droits et obligations s’écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat.». İsviçre hukuku öğretisinde bu hükmü ihlal eden genel işlem şartlarının BK m. 20’da öngörülen geçersizlik yaptırımına tabi tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Bu tartışma hk. bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 167 vd.

¹³⁰⁹ Art. 8 LCD hükmünü ihlal ettiği sonucuna varılan genel işlem şartının art. 20 CO hükmü uyarınca geçersiz sayılıp sayılmayacağı ise İsviçre hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Bu konuda bk. **ATAMER**, sh. 194; haksız olarak nitelendirilen genel işlem şartının BK m. 20’deki yaptırıma tabi olacağı görüşü için bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 167 vd.

“doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden ayrılması” veya “sözleşmenin doğasına aykırı düşen bir hak ve borç dağılımı öngörmesi” gereklidir.¹³¹⁰. Ayrıca, yasal düzenden ya da sözleşmenin doğasından sapmanın önemli ölçüde olması ve sözleşmenin tümü dikkate alındığında bu sapmanın sözleşmenin diğer tarafı aleyhine sonuç doğurması koşulları da ayrıca gerçekleşmelidir.¹³¹¹. Nihayet genel işlem şartının haksız olarak nitelendirilebilmesi için, bu koşullara ek olarak, söz konusu genel işlem şartının diğer tarafın yanıltılması suretiyle sözleşmenin içeriğine dahil edilmiş olması, diğer bir ifade ile yasadan ya da sözleşmenin doğasından önemli ölçüde gerçekleşen sapmayı gizlemeye elverişli bir genel işlem şartının kullanılmış olması gerekir.¹³¹².

Türk hukukunda ise, İsviçre hukukundakine paralel bir düzenleme, Sermaye Piyasası Kurulunun seri: V/19 “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği”nin¹³¹³ 47. maddesinin 3. fıkrasında mevcuttur. Buna göre, “Çerçeve sözleşmesinde, Kurul düzenlemelerine ve borsa mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici ve aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayana hükümlere (vba) ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez...”. Söz konusu hükümde aranan “aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü hakların tanınmış olması” koşulu, sözleşmede karşılıklı hak ve borç dengesinin önemli ölçüde bozulmuş olması olgusuna karşılık gelmektedir.¹³¹⁴.

Bu açıklamalardan hareketle, bankacılık uygulamasında kullanılan ve bankanın sorumluluğuna ilişkin genel işlem şartları bakımından da kamu düzenine aykırılık

¹³¹⁰ Buna göre, tipik bir sözleşme söz konusu olduğunda, genel işlem şartının haksız sayılıp sayılmayacağı açısından asgari sözleşme adaletini yansıttığı kabul edilen yedek hukuk kurallarındaki düzenlemeye başvurulması; isimsiz bir sözleşme söz konusu ise ya da tipik bir sözleşme söz konusu olmasına rağmen yasada boşluk mevcut ise, sözleşmedeki karakteristik edim esas alınmak suretiyle sözleşmenin doğasına aykırı düşen bir genel işlem şartının mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerektiği hk. bk. **STAUDER**, sh. 287; **FAVRE-BULLE**, sh. 399; karş. **ATAMER**, sh. 192 vd.

¹³¹¹ **ATAMER**, sh. 193.

¹³¹² İlgili genel işlem şartının haksızlığının bu şekilde “yanıltıcılık” koşuluna bağlanmış olmasının, hükmün uygulanabilirliğini ortadan kaldırdığı, zira içerik itibarıyla tamamen diğer taraf aleyhine olmasına rağmen açık seçik ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde kaleme alınan bir genel işlem şartı söz konusu olduğunda bu hükmün uygulanamayacağı hk. bk. **FAVRE-BULLE**, sh. 399; **ATAMER**, sh. 196.

¹³¹³ Söz konusu hüküm ile sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık eden aracı kurum ile müşteri arasında akdedilecek çerçeve sözleşmelerde müşteriler aleyhine olan hükümlerin denetlenmesi amaçlanmaktadır. Bu konuda bk. **ATAMER**, sh. 145.

¹³¹⁴ **ATAMER**, sh. 199.

yoluyla içerik denetimi yapılması mümkün olduğu sonucuna varılabilir. Somut olayda bankanın sorumluluğunu sınırlandıran ya da tamamen kaldıran genel işlem şartının kamu düzenine aykırılık nedeniyle geçersizliğine hükmedilebilmesi için, genel işlem şartında öngörülen düzenlemenin doğrudan ya da kıyasen uygulanacak mevcut yasal düzenlemeden – ya da hakimin sözleşmenin doğasına dikkate alarak belirleyeceği hak ve borç (risk) dağılımından¹³¹⁵ – kısaca genel işlem şartı olmasa idi uygulanacak olan hukuk kuralından – önemli ölçüde sapması ve önemli ölçüdeki bu sapmanın banka müşterisi aleyhine olması gereklidir¹³¹⁶.

Elektronik bankacılıkta havalenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda bankanın sorumluluğunu tamamen kaldıran ya da bankanın sorumluluğunu ağır kusur şartına bağlayan genel işlem şartları bakımından bu koşulların gerçekleştiği söylenebilir. Zira söz konusu genel işlem şartında, bilgi işlem sisteminden kaynaklanan aksaklık risklerini tamamen ya da yalnızca bankanın hafif kusurlu olduğu durumlarda müşteriye yüklemektedir. Bu anlamda söz konusu düzenlemeler, bankanın sorumluluğunu özen yükümlülüğünün ihlaline bağlayan ve bankanın her türlü kusurundan sorumlu olacağını öngören BK m. 390/f. II hükmünden havaleci müşterinin aleyhine olacak şekilde ve önemli ölçüde saptığından, BK m. 20/f. II uyarınca geçersiz sayılacaklardır¹³¹⁷.

Keza havale talimatının hiç ya da gereği gibi getirilmemesi durumunda bankanın sorumluluğunu faiz kaybı ile sınırlandıran genel işlem şartları bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. BK m. 390/f. II'deki sorumluluk düzeninden havalecinin aleyhine olacak şekilde ve önemli ölçüde sapan bu genel işlem şartı BK m. 20/f. II uyarınca geçersiz sayılmalıdır¹³¹⁸.

¹³¹⁵ Bu yönde bk. **ATAMER**, sh. 208.

¹³¹⁶ **ATAMER**, sh. 212 vd.

¹³¹⁷ Öğretide **ATAMER** (sh. 255), bankanın elektronik bilgi işlem sisteminden kaynaklanan aksaklıklardan BK m. 100 uyarınca sorumlu olacağı ve genel işlem şartlarındaki sorumsuzluğa ilişkin kaydın BK m. 100'deki sorumluluk düzeninden saptığı ölçüde geçersiz sayılması gerektiği görüşündedir.

¹³¹⁸ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 252; **ATAMER**'e göre ise (sh. 256), bankacılık işlemlerinde zarar riskinin büyük olduğu dikkate alındığında, taraf menfaatleri havaleciden böyle bir risk hakkında bankayı uyarmasını beklemeyi haklı kılmaktadır. Bu anlamda yazar, genel işlem şartı aracılığıyla uyarma yükümlülüğü öngörülmesinin banka ile havaleci müşteri arasındaki risk dağılımı bakımından kabul edilebilir bir düzenleme olduğunu vurgulamakta ve söz konusu genel işlem şartının geçersiz sayılamayacağı sonucuna varmaktadır. Diğer bir deyişle, genel işlem şartında havaleciye uyarma yükümlülüğü yüklenmek suretiyle aslında yasal risk dağılımından ayrılmış olunmadığından – söz

ii. Bankanın Sorumluluğunun Miktar Bakımından Sınırlandırılması

Türk bankacılık uygulamasında kullanılan banka genel işlem şartlarındaki, sorumluluğu miktar bakımından sınırlandıran hükümler, İsviçre banka uygulamasındakilere göre farklılık arz etmektedir. Türk bankacılık uygulamasında kullanılan genel işlem şartlarında genellikle bankanın doğrudan zararı aşan zarar miktarından sorumlu olmayacağını düzenlendiği görülmektedir. Buna karşın, İsviçre bankaları tarafından esas alan İsviçre Bankalar Birliğinin matbu/örnek genel işlem şartlarının 7. maddesinde, bankanın sorumluluğunun faiz kaybı ile sınırlandırıldığı ve bu sınırlı sorumluluğun, havalecinin bankayı uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması koşuluna bağlanmaktadır. Aşağıdaki açıklamalarımız, İsviçre bankacılık uygulamasındaki düzenlemeye ilişkin olacaktır.

Bankanın sorumluluğunu miktar olarak – faiz kaybı ile – sınırlandıran genel işlem şartlarının, bankaya ağır kusur isnat edilen hallerde geçerli olup olmayacağı İsviçre hukuku öğretisinde tartışmalıdır.

Öğretide Thalmann¹³¹⁹, söz konusu genel işlem şartı ile havaleciye, havalenin içerdiği olağanüstü zarar tehlikesi konusunda bir bildirim yükümlülüğü¹³²⁰ yüklendiği, bankanın sorumluluğunun sınırlandırılmasının ise, bu yükümlülüğün ihlalinin dolaylı bir sonucu olduğu, bu itibarla da, dar ve teknik anlamda sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olmayan böyle bir kaydın BK m. 99 ve m. 100'deki sınırlamalara tabi olmayacağı görüşündedir.

Bazı yabancı hukuklardan farklı olarak¹³²¹, alacaklının olağandışı zarar tehlikesi konusundan borçluyu uymaması, yalnızca zararın oluşumu bakımından BK m. 44 anlamında bir ortak kusur¹³²² teşkil eder ve borçlunun sorumlu olduğu tazminat

konusu genel işlem şartı ile yasadaki kaynaklanan yükümlülük somutlaştırılmış olduğundan – söz konusu genel işlem şartı geçersiz sayılmamalıdır.

¹³¹⁹ THALMANN, Haftung, sh. 168 vd.

¹³²⁰ Söz konusu bildirim dar ve teknik anlamda bir borç değil külfet teşkil ettiği zira kişiye kendisine zarar vermekten kaçınma şeklinde bir borç yüklenemeyeceği görüşü için bk. ZEIDLER, sh. 38 dn. 23.

¹³²¹ Bu konuda İngiliz ve Fransız hukuklarından verilen örnekler için bk. THALMANN, Haftung, sh. 171; HEINI, sh. 89 dn. 52.

¹³²² BK m. 44'teki, zarar görene isnat edilebilen olgunun "...zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde..." tazminatta indirim sebebi teşkil edeceği şeklindeki düzenleme, zarar görenin – ortak – kusuru olarak nitelendirilmektedir. Bu yönde bk. ZEIDLER, sh. 37 dn. 21. Alman hukukunda ise,

miktarının belirlenmesinde – bir indirim sebebi olarak – dikkate alınır. Bu görüş çerçevesinde de kural olarak, banka ile havaleci arasındaki ciro sözleşmesi ilişkisi bakımından, havalecinin olağandışı zarar tehlikesi konusunda bankayı uarmaması – bankanın özenli iş görme yükümlülüğünün ihlalden doğan zarar bakımından – ortak kusur olarak nitelendirilmektedir¹³²³. Zira havaleci, tarafı olduğu bedel ilişkisinde havalenin hiç ya da zamanında gerçekleştirilmemesinin bedel ilişkisinde yaratabileceği olağandışı sonuçları bilebilmek bakımından bankaya göre daha elverişli konumda bulunmaktadır¹³²⁴. Banka ise, ancak kendisine böyle bir bildirim yapıldığı takdirde ödeme talimatını reddetme, riski sigorta ettirme ya da talimatı yerine getirirken olağanın üzerinde özen gösterme imkânına sahip olabilir¹³²⁵. Öte yandan, söz konusu genel işlem şartı uyarınca bankanın faiz kaybını aşan zarardan sorumlu tutulamaması ise, bu görüş çerçevesinde taşıyanın sorumluluğuna ilişkin İBK m. 447 vd.¹³²⁶ hükümlerinin kıyasen¹³²⁷ bankanın sorumluluğuna uygulanması ile açıklanmaktadır. Bu hükümlerde, taşıma konusu eşyanın yüksek değerde olduğu taşıyana bildirilmediği takdirde, taşıyanın eşyanın geç tesliminin sebep olduğu olağandışı zarardan sorumlu

zarar gören alacaklının olağandışı zarar tehlikesi konusunda borçluyu uarmamasının kusur teşkil edeceğinin açıkça düzenlendiği “ortak kusur” (Mitverschulden) başlıklı BGB § 254/II hükmü şu şekildedir: «... wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste...».

¹³²³ **THALMANN**, Haftung, sh. 171; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 247; **ZEIDLER**, sh. 36 vd.; **GUTMANS**, sh. 1399.

¹³²⁴ **ZEIDLER**, sh. 36.

¹³²⁵ **THALMANN**, Haftung, sh. 171; karşı. **WETTSTEIN**, sh. 128.

¹³²⁶ Borçlar Kanunumuza alınmayan taşıma sözleşmesini düzenleyen hükümler arasında yer alan, taşıyanın sorumluluğuna ilişkin İBK m. 447/f. II’de, gönderen tarafından, taşıma konusu eşyanın yüksek değerde olduğunun taşıyana bildirilmemesinin, gönderen açısından kusurlu davranış teşkil edeceği; İBK m. 447/f. I’de ise, gönderenin uyarma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda taşıyanın, eşyanın uğradığı zarardan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Yine İBK m. 448’de, m. 447’deki ilkelerin taşınan eşyanın gecikmesinden doğan – olağandışı – zarar bakımından da geçerli olduğu öngörülmektedir. İsviçre hukukunda İBK m. 447 ve m. 448 hükümlerinin taşıyanın (ağır) kusurlu olduğu olasılıkta ne ölçüde uygulanabileceği konusundaki öğretideki görüşler için ayrıca bk. **ZEIDLER**, sh. 37 dn. 19 ve burada atf yapılan yazarlar. Türk hukukunda ise, TTK m. 786/f. I’deki “Mahiyet ve değerleri beyan edilmeksizin taşıyıcıya teslim olunan eşyanın ziyaandan doğacak tazminat, her hadisede halin icabına göre tayin olunur” ve f. II’deki “Taşıyıcı, kendisine teslim olunurken beyan edilmemiş olan kıymetli eşya, para, kıymetli evrak ve diğer vesikaların hasar ve ziyaandan mesul olmaz” şeklindeki düzenlemeler İBK m. 447 hükmüne paralellik arz etmektedir.

¹³²⁷ **THALMANN** (Haftung, sh. 174), taşıma sözleşmesindeki taşıyanın sorumluluğuna ilişkin kuralların kıyasen ciro sözleşmesi çerçevesinde bankanın sorumluluğu bakımından da uygulanabilirliğini, belirli bir eşyanın taşınmasından ibaret olan taşıyanın faaliyeti ile nakit dışı ödemede, ödeme araçlarının aktarılması olarak tanımladığı bankanın faaliyeti arasındaki benzerliğe dayandırmaktadır.

tutulamayacağı düzenlenmektedir¹³²⁸. Bu hükme paralel şekilde, havaleci tarafından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, havalecinin ortak kusuru olarak nitelendirilse dahi, BK m. 44 anlamında tazminatta bir indirim sebebi teşkil etmeyip, olağandışı zararlar bakımından bankanın sorumluluğunu tamamen kaldırıcı bir etkiye sahip olacaktır. Diğer bir deyişle taraflar, söz konusu genel işlem şartı aracılığıyla, havalecinin ortak kusuru halinde tazminat miktarının belirlenmesi bakımından BK m. 44'te hakime tanınan takdir yetkisini bertaraf etmektedirler¹³²⁹. Sonuç itibariyle, zarar gören konumundaki havaleci, bankaya havale talimatının arz ettiği riski bildirmediği ve bu nedenle – ortak – kusurlu sayıldığı ölçüde, banka özenli iş görme borcunun ihlali bakımından ağır kusurlu olsa dahi, bankanın sorumluluğunun belirli bir miktar ile sınırlı olacağı taraflarca geçerli olarak kararlaştırılabilir.

İsviçre hukukunda baskın görüş ise, genel işlem şartı ile bankanın sorumluluğunun faiz kaybı ile sınırlandırılmasının BK m. 99/f. II ve m. 100/f. III'te öngörülen sınırlamalara tabi olduğu, bu itibarla bankanın faiz kaybını aşan zarardan sorumlu tutulmamasının yalnızca banka çalışanının hafif kusurlu olduğu olasılıkta geçerli olabileceği yönündedir.

Bu görüşte olan bazı yazarlarca¹³³⁰, söz konusu genel işlem şartı ile havaleciye yüklenen bildirim yerine getirilmemesinin BK m. 44/f. I anlamında ortak kusur olarak dikkate alınabileceği, bankanın ağır kusurlu olmasının buna engel teşkil etmeyeceği benimsenmekle birlikte; bankanın ağır kusurlu olduğu olasılıkta sorumluluğunun faiz kaybı ile şematik olarak sınırlandırılmasının, BK m. 44/f. I'de hâkime tanınan takdir yetkisini tamamen bertaraf ettiği, böyle bir sonuca ise, BK m. 99 ve m. 100'ün emredici niteliğinin engel teşkil ettiği ifade edilmiştir¹³³¹.

¹³²⁸ Art. 447 CO vd. hükümlerinde, gönderenin ortak kusurunun BK m. 44'ten farklı olarak tazminatta bir indirim sebebi olarak değil, taşıyanın olağandışı zarardan sorumlu tutulamaması sonucunu doğuran bir olgu olarak düzenlenmesi, diğer bir deyişle taşıyanın sorumluluğunu tümünden kaldıran bir etkiye sahip olması nedeniyle, art. 447 ve 448 CO hükümlerinin, BK m. 44'e göre özel hüküm olarak nitelendirilmesi için bk. **HEINI**, sh. 90; **GUTMANS**, sh. 1401.

¹³²⁹ **HEINI**, sh. 90.

¹³³⁰ **ZEIDLER**, sh. 152; **HEINI**, sh. 91; karşı. **HARDEGGER**, sh. 150.

¹³³¹ Zira söz konusu genel işlem şartının borçlunun ağır kusurlu olduğu durumda da uygulanması durumunda, BK m. 44/f. I uyarınca hakime tanınan – tazminatın miktarını – takdir yetkisine, borçlunun sorumluluğunu belirli tür zararlar bakımından tamamen kaldıracak şekilde müdahale edilmiş ve ağır kusurun varlığına rağmen borçlunun sorumluluğu sınırlandırılmış olmaktadır.

Öğretide Gutmans ise, bankanın sorumluluğunun sınırlandırılmasının BK m. 44/f. I hükmü ile gerekçelendirilemeyeceği fikrinden hareketle aynı sonuca varmaktadır¹³³². Yazara göre, öncelikle, havalecinin bankaya bildirimde bulunmamasının, BK m. 44/f. I anlamında ortak kusur teşkil edeceği kategorik olarak söylenemez. Zira alacaklının böyle bir bildirim yükümlülüğünden söz edilebilmesinin ön koşulu, olağandışı bir zarar riskinin varlığı ve bu riskin borçlu tarafından öngörülemez olmasıdır. Oysa sözü geçen genel işlem şartında havalecinin bildirim yükümlülüğü, olağandışı olup olmaması dikkate alınmaksızın, faiz kaybı miktarını aşan her türlü zarar tehlikesi bakımından şart koşulmaktadır. Havale talimatında lehdarın kimliği ya da havale tutarı gibi unsurların ise, bedel ilişkisinde olağandışı bir zarar riskini çoğu zaman banka açısından öngörülebilir kılacağı söylenebilir¹³³³. Öte yandan banka tarafından öngörülemeyecek olağandışı bir zarar riskinin varlığı kabul edilse dahi, havalecinin bankayı uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin BK m. 44/f. I anlamında ortak kusur olarak nitelendirilebilmesi için, bizzat havalecinin söz konusu zarar riskini bilebilecek konumda olması – bu anlamda havaleciye ihmal seviyesinde kusur isnat edilebilmesi – ve söz konusu bildirim yapılmaması ile olağandışı zararın meydana gelmesi arasında uygun illiyet bağı mevcut olmalıdır¹³³⁴. Nihayet BK m. 44/f. I anlamında ortak kusurun varlığı kabul edilse dahi, art. 447 CO vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması ve böylelikle tazminat miktarını belirleme bakımından hâkimin takdir yetkisi genel işlem şartı aracılığıyla bertaraf edilememelidir¹³³⁵. Zira ciro sözleşmesinin tabi olduğu vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde, art. 447 CO vd. hükümlerinin kıyasen bankanın sorumluluğuna uygulanmasını gerekli kılan, müvekkilin ortak kusurunun sonuçları konusunda bir boşluk söz konusu değildir¹³³⁶. Sonuç olarak, havalecinin (zamanında) gerçekleşmemesi bakımından bankaya ağır kusur isnat edilebildiği takdirde, havaleci uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa dahi, banka kural olarak faiz kaybını aşan zarardan da sorumludur. Bununla birlikte, somut olayda havalecinin olağandışı zarar risk konusunda bankayı uyarmaması BK m. 44/f.

¹³³² GUTMANS, sh. 1400.

¹³³³ Yazara göre (sh. 1400), böyle bir öngörülebilirlik, havale lehdarı konumunda bir mahkeme ya da patent enstitüsünün bulunduğu hallerde mevcut olduğu kabul edilmelidir.

¹³³⁴ GUTMANS, sh. 1400.

¹³³⁵ HEINI, sh. 91.

¹³³⁶ GUTMANS, sh. 1401.

İ'n koşullarını oluşturduğu ölçüde, bankanın ağır kusurlu olduğu olasılıkta dahi hakim tarafından tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır¹³³⁷.

3. Bankanın Müşteri Olmayan Kişi Karşısında Sorumluluğu

Havale yoluyla yapılan ödemenin zamanında gerçekleşmemesi nedeniyle bedel ilişkisinde zarara uğrayan havaleci ya da lehdar, bu zararının tazminini kural olarak, gecikme nedeniyle sorumlu tutabileceği ve doğrudan borç ilişkisi içinde olduğu kişiden talep eder. Buna göre, gecikme nedeniyle zarara uğrayan lehdar alacaklı, gecikmeye kendi bankası yol açmış ise, bu zararının tazminini – hesabının bulunduğu – kendi bankasından; gecikme havalecinin bankası ya da bir aracı bankadan kaynaklanmış ise, benimsediğimiz görüş uyarınca havale zincirinde lehdarın bankası hariç tüm bankalar kural olarak bedel ilişkisinde havaleci borçlunun BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı konumunda olduğundan¹³³⁸, para borçlusu konumundaki havaleciden talep edecektir. Keza, bedel ilişkisinde gecikme riskini üstlenen ve böylece zarara uğrayan havaleci borçlu da, kural olarak – rücu talebi niteliğindeki – bu zararının tazmini talebini ödeme talimatını verdiği ve müşterisi bulunduğu bankaya yöneltir.

Kural bu olmakla birlikte, havalecinin müşterisi bulunduğu bankanın ödeme güçsüzlüğü içinde olması ya da havaleci ile olan sözleşme ilişkisinde bu bankanın gecikmeden doğan sorumluluğunu sınırlandırmış olması vs. durumlarda, havalecinin, müşterisi olduğu banka yerine doğrudan doğruya ödemenin gecikmesine yol açan ve müşterisi bulunmadığı bankadan tazminat talep etmekte menfaati mevcuttur.

İşte havalecinin, doğrudan sözleşme ilişkisi içinde olmadığı, ödemenin gecikmesine yol açan bankaya yönelteceği bu tazminat talebini hangi hukuki sebebe dayandırabileceği öğretide tartışmalıdır. Bu konuda özellikle Alman hukukunda, genel olarak borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle, borç ilişkisinin tarafı olmayan, fakat bu davranış nedeniyle zarara uğrayan kişi karşısındaki sorumluluğunu açıklamaya yönelik geliştirilen teorilere başvurulduğu görülmektedir. Biz de aşağıda, öğretide geliştirilen bu teoriler zemininde bankanın müşterisi olmayan havaleci karşısında sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığını inceleyeceğiz. Vurgulamak gerekir ki,

¹³³⁷ GUTMANS, sh. 1401.

¹³³⁸ Bk. yuk. I. B. 3.

bu açıklamalarımızda havalecinin tazminat talebi, bankanın salt sözleşmeye dayanan sorumluluğu çerçevesinde incelenecek, bunun ötesinde bankanın haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna değinilmeyecektir.

a. Üçüncü Kişinin Zararının Tazmini Teorisi Uyarınca Sorumluluk

i. Genel Olarak

Bilindiği üzere borçlunun tazminat yükümlülüğünün alacaklının edime olan menfaati ile sınırlı olması, sorumluluk hukukunun temel ilkelerindendir¹³³⁹. Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu ise, bu ilkeye bir istisna teşkil etmektedir.

Bu teori uyarınca tazmini talep edilebilecek zarar, borçlunun borca aykırı davranışından kaynaklanmakla birlikte, edim alacaklısının malvarlığı yerine borç ilişkisinin tarafı olmayan bir kişinin malvarlığında gerçekleşen zarardır. Üçüncü kişinin uğradığı bu zarardan borçlunun sorumlu tutulması, öğretilerde genellikle, zararın rastlantısal biçimde yer değiştirmiş olduğu (*Schadensverlagerung/déplacement du dommage*) düşüncesi ile açıklanmaktadır¹³⁴⁰. Bu düşünceye göre, zarara uğrayanın ve şekli anlamda tazminat talep etmeye yetkili olan konumundaki edim alacaklısının farklı kişiler olması, yani zararın borç ilişkisinin tarafı yerine bir üçüncü kişinin malvarlığında gerçekleşmesinin, borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurmaması gerekir¹³⁴¹. Zira borçlunun borca aykırı davranışına rağmen, alacaklının zarara uğramamış olması, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki iç ilişkide riskin üçüncü kişi tarafından üstlenilmiş olmasının bir sonucudur. Bu şekilde taraflar arasındaki iç

¹³³⁹ Alman hukukunda “Dogma vom Gläubigerinteresse” olarak ifade edilen bu ilke sayesinde, zarara yol açan kişinin sınırsız şekilde sorumluluk üstlenmemesi, böylece ekonomik özgürlüğünün ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasının önüne geçilmesi sağlanmış olmaktadır. Bu konuda bk. **SCHÜRMAN**, Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr, Berlin 1994, sh. 130; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 102 dn. 516.

¹³⁴⁰ **ALTOP**, A.: Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996, sh. 131; **ARMBRÜSTER**, C.: Drittschaden und vertragliche Haftung, Recht 1993, H. 3, sh. 86; üçüncü kişinin zararını tazmin teorisinin başkaca hukuki dayanakları konusunda ayrıca bk. **TANDOĞAN**, H.: Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (kıs. Üçüncü), sh. 225 vd.

¹³⁴¹ Bu gerekçeye ilişkin olarak bk. **TANDOĞAN**, Üçüncü, sh. 264; **ALTOP**, sh. 131.

ilişkiyi ilgilendiren bir konunun, borçlunun borca aykırı davranışından sorumlu tutulmaması sonucunu doğuracak şekilde dış ilişkide etkili olamaması gerekir¹³⁴².

Bu teori çerçevesinde kural olarak, üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini talep hakkı borç ilişkisindeki alacaklıya aittir. Alacaklı, söz konusu alacak hakkını üçüncü kişiye temlik etmekle yükümlüdür¹³⁴³.

Zararın yer değiştirmesi olgusunun diğer bir sonucu ise, borçlunun tazmin etmekle yükümlü olduğu zararın kapsamının, sınırlı olması gerekliliğidir¹³⁴⁴. Zira borçlunun sorumluluğunun, tarafı olmadığı bir hukuki ilişki nedeniyle öngörülemez şekilde ağırlaşmaması gerekir. Salt zararın gerçekleştiği kişide değişiklik olduğundan, borçlu birden fazla kişinin zararını tazmin etmek zorunda bırakılmamalıdır. Şu halde borçlunun borca aykırı davranışı üçüncü kişinin yanı sıra alacaklı da zarara uğramasına yol açmış ise, zararın yer değiştirmesi söz konusu olmadığından, borçlu üçüncü kişinin uğradığı zarardan sorumlu olmaz¹³⁴⁵.

Zararın yer değiştirmesine esas teşkil eden olgu ise, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkidir. Banka havalesinde ve genel olarak nakit dışı ödeme işlemlerinde, müşteri (üçüncü kişi) ile bankası (alacaklı) arasındaki hukuki ilişkiyi ciro sözleşmesi teşkil ettiğinden, zararın yer değiştirmesi olgusunun varlığı bakımından da, ciro sözleşmesinin ve bu sözleşme uyarınca bankanın yerine getirdiği faaliyetin esas alınması gerekir.

ii. Bankanın Müşteri Olmayan Havaleci Karşısındaki Sorumluluğu

Bilindiği üzere öğretide, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu temelinde tazmininin talep edebilecek zarar tiplerinden en genel kabul göreni, dolaylı temsil

¹³⁴² Haksız fiil sorumluluğunda mağdurun zararının üçüncü kişi tarafından karşılanmasının failini tazminat yükümlülüğünü sona erdirmemesi kuralına paralel şekilde, üçüncü kişinin zararının tazmini teorisinde de, taraflar arasındaki iç ilişkide alacaklının uğrayacağı riskin önceden üçüncü kişi tarafından üstlenilmiş olmasının da borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurmaması gerektiği hk. bk. **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 102.

¹³⁴³ **SCHÜRMAN**, sh. 130; öğretide bazı yazarlarca, söz konusu tazminat alacağının üçüncü kişiye temlik edilmesi yolunun arz edeceği güçlüklerden hareketle, üçüncü kişiye borçluya doğrudan talepte bulunma olanağının tanınması gerektiğinin ileri sürülmektedir. Bu konuda bk. ?

¹³⁴⁴ Bu konudaki tartışmalar için bk. **TANDOĞAN**, Üçüncü, sh. 302 vd.; **PIOTET**, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994, sh. 25 vd.

¹³⁴⁵ **BETTSCHART**, sh. 302.

ilişkisi nedeniyle temsil olunanın uğradığı zarardır¹³⁴⁶. Temsilcinin kendi adına, temsil olunanın hesabına hukuki işlem yapması şeklinde tanımlanan dolaylı temsil ilişkisinde¹³⁴⁷, dolaylı temsil olunanın, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle uğradığı zararının tazminini borçludan talep edebileceği öğretide genel kabul gören görüştür.

Zincirleme banka havalesi kurgusunda da, havalecinin bankasının havaleci müşterisinin dolaylı temsilcisi sıfatıyla iş gördüğü ve bu itibarla, üçüncü kişinin zararını tazmin kurumunun zincirleme banka havalesinde uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹³⁴⁸. Zira öncelikle, havalecinin bankası, karşılığın ve ödeme talimatının aktarılmasına yönelik olarak, aracı banka ya da lehdarın bankası ile arasındaki ciro sözleşmesini kendi adına kurar. Öte yandan somut ödeme işlemi çerçevesinde müşterinin ödeme talimatının aktarılması, havalecinin bankasının kendi adına verdiği ayrı bir ödeme talimatı ile gerçekleşmektedir¹³⁴⁹. Keza, havalecinin bankasının havale tutarını – masraf olarak – havalecinin hesabına borç kaydetmesi¹³⁵⁰ ve genel olarak ciro sözleşmesinde bankanın iş görme dolayısıyla elde ettiklerini müşteriye iade ile yükümlülüğü, bankanın ciro sözleşmesi zemininde havaleci müşteri hesabına faaliyette bulunduğunu ortaya koymaktadır¹³⁵¹. Nihayet, havale zincirinde aktarılan ödeme talimatında havalecinin ismi belirtilmiş olduğundan, havalecinin bankasının başkası – müşteri – hesabına hareket etme iradesi havale zincirindeki diğer banka(lar) tarafından da bilinen bir olgu olduğu söylenebilir¹³⁵².

Öte yandan dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde üçüncü kişinin zararının tazmininin talep edilebilmesi için, zararın yer değiştirmesi koşulunun gerçekleşmiş

¹³⁴⁶ **PIOTET**, sh. 45; **ARMBRÜSTER**, sh. 86; karş. **TANDOĞAN**, Üçüncü, sh. 129.

¹³⁴⁷ Kavram için bk. **YAVUZ**, C.: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983 (kıs. Temsil), sh. 34 vd.

¹³⁴⁸ **HUBER**, sh. 59; **SCHÜRMAN**, sh. 142; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 104; **EINSELE**, D.: Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen, AcP 198 (1998) (kıs. Haftung), sh. 149.

¹³⁴⁹ **CANARIS**, sh. 253 (N. 392); **SCHÜRMAN**, sh. 143; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 104; ayrıca zincirleme banka havalesinde bankalar arasında verilen ödeme talimatının hukuki niteliği hk. bk. yukarıda.

¹³⁵⁰ Hesaba borç kaydı işleminin hukuki niteliği hk. bk. yukarıda Birinci Bölüm II. B. 1. b. i.'deki açıklamalar.

¹³⁵¹ **SCHÜRMAN**, sh. 143; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 104.

¹³⁵² **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 105.

olması gerekir. Zararın yer değiştirmiş sayılabilmesinin ön koşulu ise, borçlunun sorumluluğu bakımından bir zarar yığılmasının söz konusu olmaması, diğer bir deyişle borçlunun borca aykırı davranış nedeniyle üçüncü kişinin yanı sıra bizzat edim alacaklısının da zarara uğramamış olmasıdır. Aksi takdirde borçlunun sorumluluk kapsamı öngörülemez şekilde genişlemiş olur.

Öğretide bazı yazarlar tarafından, genel olarak dolaylı temsil ilişkisinde temsil olunanın yanı sıra temsilcinin de zarara uğrayacağı, buna bağlı olarak ileri sürülen tazminat talebi bakımından zararın yer değiştirmesinin değil, yığılmasının söz konusu olduğu ileri sürülmüştür¹³⁵³. Bu noktadan hareketle, bu yazarlar, dolaylı temsil ilişkisine niteliğindeki ciro sözleşmesi ve nakit dışı ödeme işleminden doğan zarar bakımından¹³⁵⁴ da, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumunun esas alınamayacağı sonucuna varmaktadırlar.

Buna karşın, bizim de katıldığımız diğer bir görüş uyarınca, dolaylı temsil ilişkisinde temsil olunan konumundaki havalecinin yanı sıra temsilci konumundaki bankanın da zarara uğramış olması, üçüncü kişinin zararının tazmini kurumuna başvurulmasına engel teşkil etmez. Zira dolaylı temsil ilişkisinde tazmini gereken zarar bakımından ifa menfaatinin ihlali ölçütü esas alındığı takdirde, zarar yığılması söz konusu olmayacaktır¹³⁵⁵. Bu anlamda, rastlantısal olarak yer değiştiren ve tazmini gereken zarar tipi, ifa menfaatinin ihlal edilmesinden doğan zarar ile sınırlıdır. Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de ifa menfaatinin ihlaline bağlı olarak doğan ve tazmini gereken zarar, salt bedel ilişkisinde para borçlusunun ödemenin gecikmesi nedeniyle uğradığı zarardan ibarettir; bu anlamda zararın yığılması söz konusu değildir.

¹³⁵³ Bu görüşe ilişkin açıklamalar için bk. **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 108.

¹³⁵⁴ Alman Yüksek Mahkemesi'nin BGHZ 69, 82 no'lu kararına konu olan olayda, doğrudan borçlandırma yoluyla yapılan bir ödeme söz konusu olup, aracı banka borç belgesinin ödenmediğini zamanında alacaklının bankasına bildirmediğinden, bedel ilişkisinde para alacaklısı, borçlusuna kredi vermeye devam etmiş ve sonradan para borçlusunun sonradan iflas etmesi üzerine borçludan elde edemediği borç miktarı kadar zarara uğramıştır. Öte yandan, alacaklının bankası ise, borç belgesinin kendisine tahsil için devredilmesi üzerine alacaklının hesabına alacak kaydını gerçekleştirmiş fakat daha sonra – borç belgesinin ödenmemesi üzerine – bu tutarı alacaklıdan geri alamaması nedeniyle, alacak kaydettiği tutar kadar zarara uğramıştır. Böylece söz konusu olayda hem para alacaklısının hem de bankasının zarara uğraması anlamında bir zarar yığılması söz konusudur. Bu karar hk. bk. **CANARIS**, sh. 16 (N. 26).

¹³⁵⁵ **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 109.

Öte yandan, havalecinin, ödemenin gecikmesinden doğan zararının tazminini üçüncü bankadan talep edebilmesi için, zararın dolaylı temsil ilişkisinde rastlantısal şekilde yer değiştirerek, temsilcininki yerine temsil olunanın malvarlığında gerçekleşmiş olması gerekir.

Bazı yazarlara göre, nakit dışı ödemede (ve banka havalesinde) ödemenin zamanında gerçekleşmemesinden kaynaklanan zararın, işlemin niteliği gereği alacaklı konumundaki havalecinin bankasının malvarlığında değil, tipik olarak ve baştan itibaren havalecinin malvarlığında doğan, havalecinin kendi, bağımsız bir zarar olması itibariyle, zararın yer değiştirmesi koşulu gerçekleşmiş değildir¹³⁵⁶.

Gerçekten de, çoğu zaman¹³⁵⁷ nakit dışı ödemede ve banka havalesinde ödemenin gecikmesinden kaynaklanan zarar, doğrudan doğruya para borçlusu konumundaki banka müşterisinin malvarlığında doğar¹³⁵⁸.

Bununla birlikte, katıldığımız görüşe göre, üçüncü kişinin zararını tazmini kurumu çerçevesinde zararın yer değiştirmesi olgusunun lafzi olarak değerlendirilmemesi gerekir¹³⁵⁹. Zararın yer değiştirmesi koşulunun gerçekleşmiş sayılması bakımından, zamansal olarak önce alacaklının malvarlığında doğan ve alacaklının şahsına göre hesaplanan bir zararın, sonradan üçüncü kişinin malvarlığını etkilemiş olması, yani konu itibariyle aynı olan zararın alacaklının malvarlığından üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmış olması şart değildir. Önemli olan, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişki nedeniyle, borçlunun borca aykırı davranışından

¹³⁵⁶ CANARIS, sh. 256 (N. 395).

¹³⁵⁷ Örneğin, banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin aracı banka tarafından geciktirilmesi nedeniyle havalecinin, bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması ya da bir vergi avantajından mahrum kalması, bankanın değil doğrudan havalecinin malvarlığında gerçekleşen bir zarardır. Keza doğrudan borçlandırma yoluyla yapılan ödemede, (alacaklının tahsil için kendi bankasına devrettiği) borç belgesinin ödenmediği, aracı banka ya da borçlunun bankası tarafından alacaklının bankasına zamanında bildirilmemiş ve bu süreçte alacaklı borçlusuna kredi temin etmeye devam etmiş ise, sonradan borçlunun iflas etmesi üzerine alacaklının para borçlusundan elde edemediği alacak miktarı, doğrudan onun malvarlığında gerçekleşen bir zarar teşkil eder. Bu konuda bk. SCHÜRMAN, sh. 14.

¹³⁵⁸ İstisnai olarak, nakit dışı ödemede de gerçek anlamda zararın yer değiştirmesi söz konusu olabilir. Örneğin doğrudan borçlandırma yöntemi ile ödemede, alacaklının bankası kendisine tahsil için devredilen borç belgesini borçlunun bankasından tahsil edemez ise, alacaklının hesabına şartlı olarak alacak kaydettiği tutarı hesaptan geri çeker. Böylece önce bankanın malvarlığında gerçekleşen eksilme, sonradan alacaklının malvarlığına geçmiş olur. Bu konuda bk. SCHÜRMAN, sh. 144.

¹³⁵⁹ SCHÜRMAN, sh. 144; WIMMER-LEONHARDT, sh. 106.

zarara uğrama olasılığının yer değiştirmek suretiyle, alacaklıdan üçüncü kişiye geçmiş olmasıdır¹³⁶⁰.

Sonuç olarak, Türk ve İsviçre hukuklarında üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu dolaylı temsil ilişkisi bakımından benimsendiği ölçüde, kanımızca havalecinin, ödemenin gecikmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini doğrudan doğruya, ciro sözleşmesinden doğan yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle ödemenin gecikmesine yol açan üçüncü bankadan talep etmesine de herhangi bir engel gözükmemektedir^{1361 1362}. Havalecinin, üçüncü bankadan tazminat talep edebilmesi için, söz konusu talep hakkının havalecinin bankası tarafından kendisine temlik edilmesi gerekir¹³⁶³. Üçüncü bankanın havaleci karşısındaki sorumluluğu da, bankalar arasındaki ciro sözleşmesine tabidir. Bu itibarla, bankalar arasındaki anlaşmada yer alan ve aracı bankanın sorumluluğunu – dolaylı zarar bakımından – sınırlandıran kayıtlar havaleci karşısında da hüküm ifade edecektir¹³⁶⁴.

b. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi Uyarınca Sorumluluk

Üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu çerçevesinde, havalecinin bankasının, üçüncü bankaya karşı olan tazminat talep etme hakkını, havaleci müşterisine

¹³⁶⁰ **HUBER**, sh. 59 dn. 112; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 106.

¹³⁶¹ Öğretide **HEINI** (sh. 96) ise, elektronik bilgi işlem sistemi arızalarından kaynaklanan gecikme bakımından üçüncü kişinin zararının tazmini kurumu zemininde bankadan tazminat talep edilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, öncelikle clearing sisteminde Merkez Bankası ile katılımcı bankalar arasındaki sözleşmede Merkez Bankasının sistemdeki teknik arızalardan sorumluluğunu sınırlandıran ya da tamamen kaldıran kayıtlar buna engel teşkil etmektedir. Merkez Bankası bu kayıtları zarara uğrayan banka müşterisine havaleciye karşı ileri sürebilir. Öte yandan, bankanın teknik arızaya bağlı olarak, müşteri olmayan kişinin uğradığı zarardan sorumlu tutulması, havale sürecinde elektronik bilgi işlem sistemine başvurulması ile hedeflenen rasyonalizasyon düşüncesi ile bağdaşmaz.

¹³⁶² Buna karşın, havalecinin bankasının ya da aracı bankanın, lehdar alacaklı karşısında sorumluluğunun üçüncü kişinin zararını tazmin kurumuna dayandırılmayacağı Alman hukuku öğretisinde hakim görüştür. Bu görüşe göre, nakit dışı ödeme kurgusunda üçüncü kişinin zararının tazmin edilmesine esas teşkil eden dolaylı temsil ilişkisi ve bundan kaynaklanan zararın yer değiştirmesi olgusu, havale lehdarının uğradığı zarar bakımından mevcut değildir. Zira lehdarın bankasının, kendisinden önce gelen banka(lar) karşısında – yani aracı banka ya da havalecinin bankası karşısında – konumu, havalecinin bankasının aracı banka karşısındaki konumu ile aynı değildir. Her ne kadar lehdarın bankası, lehdar ile arasındaki ciro sözleşmesi uyarınca bir iş görme faaliyeti yerine getirmekle ve lehdarın menfaatlerini korumakla yükümlü olsa dahi, havale zincirindeki diğer bankaların, lehdarın bankasının talebi üzerine havale zincirine dahil olduğu ve lehdarın menfaatine iş gördüğü söylenemez. Aksine bu bankalar, havalecinin talebi üzerine havale zincirine dahil olmakta ve havalecinin menfaatine iş görmektedirler. Bu yönde bk. **SCHÜRMAN**, sh. 352 vd; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 198.

¹³⁶³ **HUBER**, sh. 59; **SCHÜRMAN**, sh. 130; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 114.

¹³⁶⁴ **HUBER**, sh. 59.

devretmesinin uygulama bakımından arz ettiği güçlükler karşısında¹³⁶⁵, havaleciye, zarara yol açan üçüncü bankaya doğrudan yöneltebileceği bağımsız bir talep hakkı tanınması ihtiyacı doğmuştur.

Bu noktada, banka havalesine katılan kişiler arasındaki ciro sözleşmesinin üçüncü kişiler için koruyucu etki doğurduğu benimsendiği ölçüde, bedel ilişkisinde zarara uğrayan havaleci, müşterisi olmadığı bankaya, doğrudan yöneltebileceği bağımsız bir talep hakkı elde etmiş olacaktır. Alman hukuku öğretisinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeye dayanan sorumluluk olarak adlandırılan teori uyarınca, borç ilişkinin koruyucu etkisinden, alacaklıdan başka, alacaklının yakın çevresinde bulunan ve bu ilişkiye taraf olmayan belirli üçüncü kişiler de yararlanır¹³⁶⁶. Borçlu, borca aykırı davranışının yol açtığı zarar nedeniyle alacaklının yanı sıra sözleşmenin koruma kapsamında yer alan üçüncü kişilere karşı da sorumludur.

Türk ve İsviçre hukukları öğretilerinde¹³⁶⁷ de kabul gören bu teori çerçevesinde borçlunun sorumluluğunun dayandığı hukuki temel tartışmalı¹³⁶⁸ olmakla birlikte, üçüncü kişinin, borçluya karşı, sözleşmesel sorumluluk¹³⁶⁹ rejimine tabi olan ve alacaklının talep hakkından bağımsız, ayrı bir talep hakkına sahip olacağı tartışmasızdır. Bu sorumluluk rejiminde borçlu, gerek alacaklının gerek üçüncü kişinin uğradığı zararı tazminle yükümlü olması itibariyle, üçüncü kişinin zararının tazmininden farklı olarak,

¹³⁶⁵ Çoğu zaman bankalar yakın işbirliği içinde hareket ettiklerinden, müşterisinin talebi karşısında bankanın, böyle bir talep hakkının varlığını yadsıması ve talep hakkını müşteriye temlik etmekten kaçınması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda, müşteri öncelikle talep hakkının temlik için kendi bankasına karşı, talep hakkı kendisine temlik edildikten sonra ise, zararının tazmini için aracı bankaya karşı olmak üzere iki kez yargı yoluna başvurmak zorunda kalacaktır. Bu konuda bk. **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 116 vd.

¹³⁶⁶ **BETTSCHART**, sh. 303.

¹³⁶⁷ İsviçre hukukunda bu teoriyi reddeden görüş için bk. **PIOTET**, sh. 32 vd.

¹³⁶⁸ Üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği için bk. **HUBER**, sh. 60; bugün Türk hukuku öğretisinde baskın olan görüş ise, borçlunun sorumluluğunun, MK m. 2 temelinde borçlu ile üçüncü kişi arasında kurulduğu varsayılan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklandığı yönündedir. Bu görüşte bk. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, sh. 21 (N. 32); **KIRCA**, Ç.: Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, sh. 103; karşı. **ALTOP**, sh. 132; İsviçre hukuku için bk. **ARMBRÜSTER**, sh. 90; **BETTSCHART**, sh. 302. Alman hukukunda baskın görüş ise, hakim dürüstlük kuralını (BGB § 242) esas almak suretiyle hukuk yaratmasına dayandırmaktadır. Bu konuda bk. **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 116.

¹³⁶⁹ Böylece üçüncü kişinin, alacaklının yakın çevresinde bulunması nedeniyle alacaklı ile aynı zarar verici davranışa maruz kalmış olmasına rağmen, tazminat talebinin dayandığı sorumluluk rejimi bakımından daha elverişsiz olan haksız fiil sorumluluğuna tabi olması önlenmek istenmektedir. Bu konuda bk. **KIRCA**, sh. 70.

zararın yer değiştirmesi değil, borçlunun sorumluluğunun ağırlaşması ya da genişlemesi (*Haftungserweiterung*) söz konusudur¹³⁷⁰.

Öte yandan borçlunun sözleşmeye dayanan sorumluluğunun ölçüsüz şekilde genişlememesi ve sözleşmesel sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğundan da ayırt edilebilmesi bakımından, korumadan yararlanan kişilerin kapsamının sınırlı olması gerekir¹³⁷¹. Alman hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında, sözleşmenin koruma kapsamına dahil olan kişilerin belirlenmesine yönelik bazı ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütler incelendiğinde, korumadan yararlanacak kişilere ilişkin koşulların yumuşatılması yönünde bir değişim gözlenmektedir. Aşağıda, borçlunun sorumluluğunun sınırlandırılmasına hizmet eden bu ölçütler, banka havalesinde ciro sözleşmesinden doğan sorumluluk bakımından ele alınacaktır.

i. Üçüncü Kişi İle Edim Alacaklısı Arasındaki İlişkinin Esas Alınması

Öğretide ve yargı kararlarında önceleri kabul gören bir görüşe göre, somut olayda üçüncü kişiyi koruyucu sözleşmenin varlığının kabul edilebilmesi için, zarara uğrayan üçüncü kişinin, borçlunun asli edimi ile yakınlık (*Leistungsnähe*) içinde olması, diğer bir deyişle borç ilişkisine taraf olmayan bu kişinin borç ilişkisinden doğan risk alanı içinde yer alması gerekir¹³⁷². Bu kapsamda yer alan kişilerden hangilerinin sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanacağı bakımından ise, başvuru ikinci bir ölçüt olarak, alacaklı ile üçüncü kişi arasındaki iç ilişi belirleyicidir. Bu yaklaşıma göre, yalnızca somut olayda sözleşme kapsamında korunmasında alacaklının haklı bir menfaatinin söz konusu olduğu kişiler, sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanma ve borçludan doğrudan tazminat talep etme olanağına sahiptirler¹³⁷³. Hangi durumlarda edim alacaklısının bu türden bir menfaatinin varlığının kabul edilebileceği konusunda ise, Alman Federal Mahkemesi'nin önceki kararlarında¹³⁷⁴, alacaklının zarara uğrayan kişi karşısında hukuken ya da ahlâken kişisel koruma ve bakım yükümlülüğü altında

¹³⁷⁰ ARMBRÜSTER, sh. 90; BETTSCHART, sh. 303; SCHÜRMAN, sh. 136.

¹³⁷¹ ARMBRÜSTER, sh. 91; BETTSCHART, sh. 303; SCHÜRMAN, sh. 134.

¹³⁷² KOCAYUSUFPAŞAOğLU, sh. 22 (N. 35); KIRCA, sh. 73 vd.

¹³⁷³ WIMMER-LEONHARDT, sh. 124.

¹³⁷⁴ Bu kararlar için bk. SCHÜRMAN, sh. 134 dn. 29.

olup olmadığı şeklindeki ölçüt (*Wohl-und-Wehe Kriterium*)¹³⁷⁵ esas alınmıştır. Bu türden bir koruma ve bakım yükümlülüğünün, tarafların kişiliğinin ön planda olduğu, aile hukukundan doğan ya da borçlar hukuku ilişkisi görünümündeki kira ya da hizmet sözleşmesine dayanan ilişkilerde söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹³⁷⁶.

Banka havalesinde, bankanın müşterisi olmayan havaleci (ya da lehdar) ile üçüncü bankanın yerine getirdiği edim arasında yakın ilişkinin mevcut olduğu açıktır¹³⁷⁷. Zira bu bankanın ediminin konusunu kaydi paranın aktarılması teşkil etmekte olup; somut ödeme işleminde havaleci, söz konusu kaydi paranın göndericisi, lehdar ise, onun alıcısı konumundadır. Keza, gerek havaleci gerek lehdar ödeme talimatında belirtildiğinden, ciro sözleşmesinin koruyucu etkisinden yararlanacak bu kişiler üçüncü banka(lar) tarafından bilinebilir durumdadır¹³⁷⁸. Bununla birlikte, havalecinin bankasının, havaleci müşterisinin korunmasında yukarıda belirtilen türden bir menfaati söz konusu olmadığından, bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin havaleci açısından bu anlamda bir koruyucu etki doğurduğu söylenemez. Zira her ne kadar havalecinin bankası, genel olarak müşterisinin malvarlığına ilişkin menfaatlerini korumakla yükümlü olsa dahi, bu yükümlülüğün kapsamına müşterinin şahsına ilişkin bir bakım ve koruma yükümlülüğü dahil değildir¹³⁷⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin daha sonraki kararlarında ise, alacaklının korunmaya değer haklı menfaatinin varlığını kabul bakımından, alacaklı ile üçüncü kişi arasında kişisel bakım ve koruma yükümlülüğü doğuran bir ilişkinin gerekliliğinden vazgeçilmiş, bunun yerine, sözleşmedeki edim alacaklısının, üçüncü kişinin sözleşme uyarınca korunmasına ilişkin salt bir menfaatinin varlığının yeterli olduğu kabul edilmiştir¹³⁸⁰.

¹³⁷⁵ Bu koşul Federal Mahkemenin kararlarında "wohl und wehe" şeklinde ifade edilmektedir.

¹³⁷⁶ **BETTSCHART**, sh. 301.

¹³⁷⁷ **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 123; **EINSELE**, sh. 158.

¹³⁷⁸ **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 123.

¹³⁷⁹ **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 124; **EINSELE**, sh. 158.

¹³⁸⁰ **SCHÜRMAN**, sh. 134.

Özellikle, Alman Federal Mahkemesinin, nakit dışı ödeme işlemleri nedeniyle bankanın sorumluluğuna ilişkin bir kararında¹³⁸¹, banka tarafından ciro sözleşmesi temelinde yerine getirilen hizmetin belirsiz sayıda müşteri için tekrarlanan, standartlaşmış, tek tip bir işlem olması itibariyle tipik riskler barındırdığı ve bu risklerin özellikle müşterinin menfaatini ilgilendirdiği belirtildikten sonra, bankanın bu risklere karşı müşterisinin menfaatlerini korumakla yükümlü olduğu ve bankanın bu yükümlülüğünün varlığının ödeme sürecine katılan diğer (aracı) bankalarca da bilindiğinin vurgulandığı görülmektedir. Mahkemeye göre, bankanın müşterisi karşısında bu türden bir koruma yükümlülüğünün varlığının diğer banka(lar) tarafından bilinmesi, bu banka(lar)ya da müşterisi olmayan üçüncü kişiler karşısında belirli davranış yükümlülükleri yükler; aksaklığa yol açan banka, müşterisi olmayan kişinin uğradığı zarardan, bu yükümlülüğünü ihlal etmiş olması nedeniyle sorumlu olur.

Bu noktadan hareketle, banka havalesinde de, bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin bu sözleşmeye taraf olmayan havaleci lehine koruyucu etki doğurduğu sonucuna varılabilir¹³⁸². Zira, diğer nakit dışı ödeme işlemlerinde olduğu gibi, banka

¹³⁸¹ BGHZ 69, 82; NJW 1977, sh. 1916. Bu karara konu olan olayda, taraflar arasında doğrudan borçlandırma yoluyla yapılması öngörülen bir ödeme söz konusudur. Borçlunun bankasına (alacaklının bankası tarafından) ibraz edilen borç belgesi, borçlunun hesabında yeterli karşılık olmaması nedeniyle geri çevrilmiş fakat ödemenin gerçekleşmediği borçlunun bankası tarafından, borç belgesini kendisine ibraz eden bankaya (alacaklının bankasına) gecikmeli olarak bildirilmiştir. Arada geçen sürede, para alacaklısı konumundaki satıcı, para borçlusu konumundaki alıcıya karşı kendi borçlarını yerine getirmeye devam etmiş, bir süre sonra alıcı iflas etmiştir. Federal Mahkeme tarafından, borçlunun bankasının ödemenin (hesapta yeterli karşılık olmadığı için) gerçekleşmediğini en geç iki iş günü içinde tahsile yetkili kılınan bankaya bildirmekle yükümlü olduğu ve bankalar arasındaki anlaşmada öngörülen bu yükümlülüğün bir koruma yükümlülüğü niteliğinde olup, bunu ihlal eden bankanın bu anlaşmaya taraf olmayan müşterinin uğradığı zararı tazminle yükümlü olacağı sonucuna varılmıştır. Bu karar hk. ayrıca bk. **KIRCA**, sh. 77 vd.; **HADDING**, W.: Drittschadensliquidation und 'Schutzwirkungen für Dritte' im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin-New York 1984, sh. 170 vd. **SCHÜRMAN**, sh. 149; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 125.

¹³⁸² Bu görüşte bk. **CANARIS**, sh. 255 (N. 395); Doğrudan borçlandırma yoluyla ödeme bakımından benimsenen bu sonucun banka havalesi için de geçerli olduğu yönündeki Düsseldorf İstinaf Mahkemesi kararı hk. bk. **HADDING**, sh. 188; aksi görüşte olan **EINSELE** (sh. 151)'ye göre, doğrudan borçlandırma yoluyla ödeme, banka havalesine göre farklılık arz etmektedir. Doğrudan borçlandırma yönteminde, ödemenin gerçekleşmemesi, gerek tahsile yetkili kılınan bankanın, gerek alacaklının zarara uğramasına yol açabilir. Buna karşın, banka havalesinde, ödemedeki aksaklık nedeniyle zarara uğrayacak olan kişi, tipik olarak bedel ilişkisindeki havaleci ya da lehdardır. Bu itibarla, banka havalesinde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin uygulanması bakımından gerekli olan zararın kapsamının genişlemesi olgusu mevcut değildir; keza öğretilde **HADDING**'e göre (sh. 188 vd), doğrudan borçlandırma yoluyla ödemede, bedel ilişkisinde taraflar sürekli borç ilişkisi içinde olduklarından, alacaklının, borçlunun mali durumu hakkında en erken şekilde bilgi sahibi olmakta korunmaya değer menfaati söz konusudur. Banka havalesi yoluyla yapılan ödeme ise, bu türden bir sürekli borç ilişkisine dayanmadığı gibi, sürekli ödeme talimatının söz konusu olduğu olasılıkta dahi, havaleci borçlunun, lehdar alacaklının mali durumu hakkında bilgi sahibi olmakta korunmaya değer bir menfaati olduğu söylenemez. Havalecinin menfaati, genellikle ödeme talimatının hızlı, masrafsız ve gereği gibi icra edilmesinden ibarettir.

havalesi de, belirsiz sayıda müşteri için yürütülen, standartlaşmış bir işlem olup, işlemin arz ettiği tipik riskler doğrudan doğruya bankanın müşterisini ilgilendirmektedir. Bankanın, müşterisi konumunda olan havalecinin menfaatlerini koruma yükümlülüğünün varlığı ve bu yükümlülüğün diğer bankalarca da bilinebilirliği bakımından da, banka havalesinde farklı sonuca varılmasını gerektiren herhangi bir durum söz konusu değildir.

ii. Üçüncü Kişi ile Borçlunun Edimi Arasındaki İlişkinin Esas Alınması

Bugün Alman hukukunda hakim olan görüş ise, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığı bakımından, üçüncü kişinin, edim alacaklısı yerine, edim konusu ile olan bağlantısının esas alınması yönündedir¹³⁸³. Bu görüşe göre, borç ilişkisinin koruyucu etkisinden, edimin gereği ifasında tıpkı alacaklı gibi menfaat sahibi olan üçüncü kişiler yararlanır. Diğer bir deyişle, borçlunun ediminin gereği gibi yerine getirilmesinde bizzat üçüncü kişinin kendi menfaati belirleyicidir. Bu anlamda önemli olan, üçüncü kişinin, borçlunun edimi ile temas/yakınlık içinde olması ve edimin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden edim alacaklısının etkilendiği şekilde etkilenmesidir¹³⁸⁴. Öte yandan bu yaklaşıma göre, somut olayda borçlunun ediminden tıpkı alacaklı gibi etkilenecek olan kişi ya da kişiler sınırlı ve belirli olduğundan, borçlunun sorumluluğunun ölçüsüz şekilde genişlemesi de söz konusu olmaz¹³⁸⁵. Alacaklı ile üçüncü kişinin menfaatlerinin zıt olması ise, üçüncü kişinin borç ilişkisinin koruyucu etkisinden yararlanmasına engel teşkil etmez¹³⁸⁶.

Banka havalesinde, bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin özelliği, bu sözleşme zemininde bankaların birbirlerine aktardıkları ödeme talimatlarının, sözleşmenin tarafı olmayan, bedel ilişkisindeki havalecinin ve lehdarın menfaatine hizmet etmesidir. Bu sözleşmenin tarafı olan bankaların talimatın gereği gibi icra edilmesindeki menfaatleri ise, bedel ilişkisindeki asli menfaatten türeyen ikincil nitelikli

¹³⁸³ Bu konuda bk. **EINSELE**, sh. 158; bankanın verdiği banka bilgilerinden sorumluluğuna ilişkin Alman hukukundaki bu görüş için bk. **ALTOP**, sh. 133.

¹³⁸⁴ **ALTOP**, sh. 133.

¹³⁸⁵ **EINSELE**, sh. 160.

¹³⁸⁶ **EINSELE**, sh. 159; üçüncü kişi ile alacaklının zıt menfaatlere sahip olmalarına rağmen, üçüncü kişinin borç ilişkisinin koruyucu etkisinden yararlanacağı kabul edildiği Alman Federal Mahkemesi kararları hk. bk. **KIRCA**, sh. 81 vd.

bir menfaattir¹³⁸⁷. Kaydi paranın zamanında aktarılmasında asli menfaatin bedel ilişkisinin taraflarına ait olduğu da, havale sürecine katılan tüm bankalarca bilinmektedir. Öte yandan yukarıda belirtildiği üzere, ciro sözleşmesinin koruyucu etkisinden yararlanabilmek bakımından, bedel ilişkisinde zarara uğrayan tarafın menfaatlerinin, bankanın borca aykırı davranışından tıpkı alacaklı gibi etkilemesi gerekir.

Bu itibarla öğretide, havalecinin, ödeme talimatının gereği gibi icra edilmesinde, ciro sözleşmesinin tarafı konumunda olan bankanın menfaatine eşdeğer ya da ondan üstün bir menfaatinin mevcut olduğu, bu nedenle ödeme sürecine katılan tüm bankalar karşısında iş sahibi konumunda olduğu¹³⁸⁸ kabul edilmektedir. Bu noktadan hareketle, bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin, havaleci lehine koruyucu etki doğuran sözleşme niteliğinde olduğu¹³⁸⁹, ödemenin gecikmesi nedeniyle bedel ilişkisinde zarara uğrayan havalecinin, bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin koruyucu etkisinden yararlanacağı sonucuna varılmaktadır¹³⁹⁰.

¹³⁸⁷ WIMMER-LEONHARDT, sh. 127.

¹³⁸⁸ WIMMER-LEONHARDT, sh. 127.

¹³⁸⁹ CANARIS, sh. 255 (N. 395); HUBER, sh. 61; WIMMER-LEONHARDT, sh. 127 vd.

¹³⁹⁰ Buna karşın, havale lehdarının, havaleci ile bankası arasındaki ya da bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin koruma kapsamında yer alıp almadığı öğretide tartışmalıdır. Alman hukukunda, öğretideki genel eğilim, havale lehdarının üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde üçüncü bankadan tazminat talep edemeyeceği yönündedir. Bu görüşe göre, aracı bankanın (ya da havalecinin bankasının) borca aykırı davranışı nedeniyle zarara uğrayan lehdarın havale kurgusundaki konumu, havalecininki gibi değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, borçlunun üçüncü kişi karşısında sorumlu olması için, üçüncü kişinin zarara uğramış olması yeterli olmayıp, bunun yanı sıra üçüncü kişinin, edimin yerine getirilmesinde alacaklının menfaatine eşdeğer bir menfaate sahip olması gereklidir. Oysa havale zincirinde, ödeme talimatını aktaran bankalar havalecinin menfaatine iş görmektedirler. Ödemenin zamanında gerçekleşmemesi nedeniyle havale lehdarının zarara uğramış olması ise, lehdar alacaklının (havaleci ile bankası ya da bankalar arasındaki) ciro sözleşmesinin koruma kapsamında yer alması bakımından tek başına yeterli değildir. Bu yönde bk. SCHÜRMANN, sh. 360; WIMMER-LEONHARDT, sh. 201, 203. Buna karşın, bizim de katıldığımız öğretideki diğer bir görüşe göre ise, ciro sözleşmesinin koruyucu etkisinden kural olarak havale lehdarı da yararlanır. Belirtmek gerekir ki, öğretide üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin varlığı bakımından esas alınan üçüncü kişinin borçlunun ediminden ne ölçüde etkilendiği şeklindeki ölçüt, özü itibarıyla, bedel ilişkisinde zarara uğrayan tarafın havaleci ile lehdar konumunda olmasına göre kategorik şekilde bir ayırım yapılmasına engel teşkil etmektedir. Bu anlamda, somut olayda, havale lehdarının talimatın gereği gibi icra edilmesindeki menfaati, pekala havalecinin ya da alacaklının menfaatine eşdeğer ya da ondan daha üstün olabilir. Öte yandan, her ne kadar havale zincirinde bankalar havalecinin menfaatine iş görseler dahi, ödemenin gecikmesinden doğrudan etkilenen taraf havale lehdarıdır. Diğer bir deyişle kaydi paranın banka havalesi yoluyla aktarılmasında gecikme, lehdar açısından tipik işlem riski teşkil eder¹³⁹⁰. Zira ödemenin gecikmesi her zaman öncelikle havale lehdarının zarara uğramasına yol açacaktır. Bedel ilişkisinde havalecinin, lehdarın uğradığı bu zararı tazminle yükümlü olup olmadığı ise, gecikme riskinin bedel ilişkisinde kim tarafından üstlenileceği ile ilgili bir konu olup, lehdarın ödemenin gecikmesinden ilk planda ne ölçüde etkilendiğinden bağımsızdır. Gecikme riskinin bedel ilişkisinde kim tarafından üstlenildiği, ödeme talimatının içeriğinden anlaşılabilen

c. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Uyarınca Sorumluluk

Bankanın, müşterisi bulunmadığı havaleci karşısındaki sorumluluğuna, bu bankanın tarafı olduğu ciro sözleşmesinin, BK m. 111 (art. 112 CO/BGB § 328) anlamında tam üçüncü kişi yararına kurulmuş sözleşme olarak nitelendirilmesi esas teşkil edebilir. Bu konuda öğretide genel kabul gören görüş, havaleci ile bankası arasındaki ya da bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin havale lehdarı konumundaki para alacaklısı yararına kurulmuş bir sözleşme şeklinde nitelendirilemeyeceği yönündedir¹³⁹¹. Bu görüş esasen şu gerekçelere dayandırılmaktadır: Üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığının ön koşulu, sözleşmedeki taraf iradelerinin üçüncü kişiye, borçlanılan edimin ifasını talep etme hakkı sağlamak yönünde olmasıdır. Oysa zincirleme banka havalesinde ciro sözleşmesinin taraflarının, bu sözleşmenin kurulması ile ya da ödeme talimatının bankaya ulaştığı anda, lehdarın bankaya karşı kaydi paranın kendisine aktarılması yönünde bir talep hakkı elde etmesini amaçladıkları söylenemez. Zira bankanın iradesi kural olarak yalnızca sözleşmenin diğer tarafı (yani havaleci ya da banka) karşısında bir yükümlülük üstlenmek yönündedir¹³⁹². Havalecinin ise, lehdarın bankaya karşı ayrı ve bağımsız bir talep hakkı elde etmesinde somut bir menfaati söz konusu değildir¹³⁹³. Keza bankaya verilen ödeme talimatının içeriği de bu sonucu destekler niteliktedir. Zira bu talimat ile bankadan, doğrudan doğruya lehdara ödeme yapması – diğer bir deyişle bankanın bir kazandırmada bulunmak suretiyle lehdarı

bir olgu da olmadığından, bankanın, müşterisi olmayan lehdar karşısındaki sorumluluğu üzerinde belirleyici rol oynamaz. Bununla birlikte, ödemenin gecikmesinin lehdarın zarara uğramasına yol açacağı ödeme sürecine katılan her banka tarafından öngörülebilir bir durumdur. Şu halde, kural olarak bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin havale lehdarı için de koruyucu etki doğurması için gerekli olan, üçüncü kişinin borçlunun edimi ile temas içinde olması ve borçlu tarafından korumadan yararlanacak kişilerin öngörülebilirliği koşullarının lehdarın uğradığı zarar bakımından mevcut olduğu sonucuna varılmalıdır. Öte yandan havalecinin konumundan farklı olarak, havale lehdarı gerek havaleci ile bankası arasındaki, gerek bankalar arasındaki ciro sözleşmesinin koruyucu etkisinden yararlanır. Bu görüş için bk. bk. **CANARIS**, sh. 257 (N. 396); **HUBER**, sh. 64 vd.

¹³⁹¹ **HUBER**, sh. 65; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 199.

¹³⁹² **SCHÜRMAN**, sh. 357; benzer şekilde bankanın verdiği banka bilgilerinden sorumluluğu çerçevesinde, banka bilgisini hazırlayan bankanın, bilgi talep eden kişiye, kural olarak doğrudan kendisine karşı ileri sürebileceği sözleşmesel talep hakkı kazandırmak yönünde bir iradeye sahip olmadığı konusunda bk. **ALTOP**, sh. 131; bununla birlikte banka havalesinde, istisnai olarak bankanın lehdara yazılı şekilde, onun lehine kendisine geri alınmaz bir ödeme talimatının ulaştığını bildirmesinin, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olmamakla birlikte, BGB § 780 anlamında bir soyut borç ikrarı teşkil edebileceği yönünde bk. **SCHÜRMAN**, sh. 356; **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 199.

¹³⁹³ **HUBER**, sh. 65.

tatmin etmesi – değil, ödeme aracıları sıfatıyla havale tutarını lehdarın hesabına ulaşacak şekilde havale zincirinde aktarması talep edilmektedir¹³⁹⁴.

d. Sözleşme Ağı¹³⁹⁵ (*Netzvertrag*) Teorisi Uyarınca Sorumluluk

Yukarıda açıklanan üçüncü kişinin zararını tazmin ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumuna dayanan sorumluluk çerçevesinde, zarara uğrayan tarafın tazminat talebine, bu kişinin tarafı olmadığı havale zincirindeki münferit ciro sözleşmesi dayanak teşkil etmekte iken, sözleşme ağı teorisine dayanan sorumlulukta, zarara yol açan banka ile zarara uğrayan taraf arasında ayrı bir ciro sözleşmesi ilişkisinin mevcut olduğu ve zarara yol açan bankaya yöneltilen tazminat talebinin bu sözleşme ilişkisinden doğduğu kabul edilmektedir¹³⁹⁶.

Alman hukuku öğretisinde Möschel tarafından ortaya atılan bu teoriye göre, birden fazla bankanın katılımı ile gerçekleşen nakit dışı ödeme sürecinde, ödeme işlemine katılan bankalar arasındaki münferit ciro sözleşmeleri, birbirlerine eklemlenmek suretiyle bir sözleşmeler sistemi oluştururlar¹³⁹⁷. Bu sistemde yer alan bankalardan biri ile ciro sözleşmesi ilişkisine giren müşteri, kendiliğinden bu sözleşmeler sistemine dahil olur. Bu anlamda banka ile müşteri arasında kurulan ciro sözleşmesinin diğer ciro sözleşmelerine eklenmesi sonucu, ödeme zincirinde yer alan her bir banka ile müşteri arasında doğrudan ciro sözleşmesi ilişkisi kurulmaktadır. Sonuç olarak nakit dışı ödeme sürecinde, işleme katılan tüm tarafların birbiri ile doğrudan ciro sözleşmesi ilişkisi içinde olduğu bir sözleşme ağı söz konusudur¹³⁹⁸.

¹³⁹⁴ HUBER, sh. 65; SCHÜRMAN, sh. 357; WIMMER-LEONHARDT, sh. 199.

¹³⁹⁵ Öğretide “Netzvertrag” terimini karşılamaya yönelik olarak, Fransızca “reseau contractuel”, İngilizce “network contract” ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu yönde bk. BETTSCHART, sh. 241 dn. 22; HUBER, sh. 58 dn. 110; Türk hukuku öğretisinde ise, TÜRK (sh. 256) “ağ sözleşmesi” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Kanımızca, “ağ sözleşmesi” ya da “ağ sözleşme” bu terimin birebir çevirisi olmakla birlikte, söz konusu terim ile birden fazla kişinin karşılıklı olarak sözleşme ilişkisi içinde oldukları kendine özgü bir hukuki ilişki kastedildiğinden, biz çalışmamızda bu terimi karşılamak üzere, “sözleşme ağı” ifadesini kullanmakta herhangi bir sakınca görmemekteyiz.

¹³⁹⁶ SCHÜRMAN, sh. 198.

¹³⁹⁷ MÖSCHEL, W.: Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP (186) 1986, sh. 211 vd. Vurgulamak gerekir ki, yazar (sh. 223) bu teorinin nakit dışı ödeme ile sınırlı olmayıp sözleşmelerin birbirine eklendiği benzer sistemlerde de uygulama alanı bulabileceği görüşündedir. Nakit dışı ödeme kurgusunun, birden fazla sözleşmenin bir araya geldiği diğer borç ilişkileri ile karşılaştırılması hk. bk. SCHÜRMAN, sh. 202 vd.

¹³⁹⁸ FELDHAHN, sh. 164.

Bu hukuki yapı temelinde, zarara uğrayan havaleci (ya da lehdar), borca aykırı davranışı ile ödemenin zamanında gerçekleşmemesine yol açan bankaya – örneğin aracı bankalardan birine ya da lehdarın bankasına – karşı, aralarında kurulduğu varsayılan ciro sözleşmesinden doğan bağımsız bir talep hakkına sahiptir. Öte yandan bu hukuki yapı çerçevesinde banka müşterisi, ödeme talimatı verdiği banka dışındaki bankalara doğrudan talimat verme, özellikle daha önce vermiş olduğu ödeme talimatını bu bankalar karşısında geri alma ve yine bu bankalardan ödeme ile ilgili bilgi talep etme olanağına sahip olmaktadır¹³⁹⁹.

Öğretide bu teori, gerek dogmatik yapısı gerek nakit dışı ödeme işlemine katılan taraflar açısından doğurduğu hukuki sonuçlar itibariyle eleştirilmiştir. Yöneltilen eleştiriler esas olarak şu noktalarda toplanmaktadır:

Öncelikle, banka müşterisi ile bankalar arasında kurulduğu ileri sürülen sözleşme ağının kapsamına hangi bankaların dahil olduğu belirli değildir. Zira banka ile ciro sözleşmesi kuran müşterinin, aynı zamanda, bu bankanın yurt içinde ve yurt dışında sözleşme ilişkisi içinde olduğu diğer tüm bankalarla ciro sözleşmesi ilişkisine girdiği düşünülebileceği gibi¹⁴⁰⁰, bu bankaların yalnızca somut olaydaki ödeme işlemine katılanlarla sınırlı olduğu da ileri sürülebilir¹⁴⁰¹.

Ayrıca sözleşme ağı teorisi, borçlar hukukunun sözleşmelerin kuruluşuna ilişkin ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır. Özellikle ödeme işlemine katılan taraflar arasında böyle bir sözleşmenin kurulmasına esas teşkil edecek irade açıklamaları mevcut değildir¹⁴⁰². Gerçekten de, banka ile ciro sözleşmesi kuran ve bankaya ödeme talimatı veren havaleci müşterinin iradesi, bu bankanın sözleşme ilişkisi içinde olduğu tüm bankalarla ciro sözleşmesi ilişkisine girmek yönünde değildir¹⁴⁰³. Keza, ödeme sürecine dahil olan aracı bankanın da, havale zincirindeki diğer bankaların tüm

¹³⁹⁹ CANARIS, sh. 253 (N. 393); SCHÜRMANN, sh. 198; WIMMER-LEONHARDT, sh. 159; SCHÖN, sh. 451.

¹⁴⁰⁰ CANARIS, sh. 252 (N. 393).

¹⁴⁰¹ WIMMER-LEONHARDT, sh. 160.

¹⁴⁰² CANARIS, sh. 253 (N. 393); SCHÜRMANN, sh. 198; WIMMER-LEONHARDT, sh. 161; EINSELE, sh.173; FELDHAHN, sh. 166

¹⁴⁰³ EINSELE, sh. 173; WIMMER-LEONHARDT, sh. 161; FELDHAHN, sh. 166.

müşterileri ile sözleşme ilişkisi kurma iradesine sahip olduğu söylenemez¹⁴⁰⁴. Havaleci müşterinin, bankasına verdiği ödeme talimatında, üçüncü bankalarla böyle bir sözleşme kurma iradesinin mevcut olduğu kabul edilse dahi, üçüncü banka, güven teorisi uyarınca bu davranışı kendisine yöneltilmiş bir icap olarak algılamakla yükümlü sayılamayacağından, sözleşmenin kurulması için gerekli, karşılıklı birbirine uygun irade açıklamaları mevcut değildir¹⁴⁰⁵.

Öte yandan kanımızca, zincirleme banka havalesinde üçüncü bankanın, müşterisi konumunda olmayan havaleci borçlu (ya da lehdar alacaklı) karşısındaki sorumluluğu bakımından, sözleşmeler hukukunun yerleşmiş ilkelerinden vazgeçilmesini gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, üçüncü kişinin zararının tazmini ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumları, bankanın müşteri olmayan kişi karşısındaki sorumluluğu bakımından gerekli hukuki dayanağı teşkil etmektedir. Bu kurumların sağladığı korumanın da ötesine geçilerek, bankanın sorumluluğunu daha da genişletebilmek için, kanımızca yasada buna esas teşkil edecek bir açıklığın bulunması şarttır.

Kaldı ki, bedel ilişkisinin tarafları ile üçüncü bankalar arasında doğrudan sözleşme ilişkilerinin kurulduğunun kabulü, banka müşterisinin havale zincirindeki hukuki konumunu tazminat talebi bakımından iyileştirmiş olsa dahi, müşterinin, aracı bankaya (ya da lehdarın bankasına) karşı elde ettiği doğrudan talimat verme ve talimatı geri alma olanağı, banka ile müşteri arasındaki menfaat durumuna uygun değildir. Zira uygulamada aracı banka, kendisine talimat veren ya da ödeme talimatını geri alan kişinin kimliğini denetleme ve teşhis olanağından çoğu zaman yoksun olacaktır¹⁴⁰⁶.

Nihayet söz konusu teori çerçevesinde kanunlar ihtilafı sorunları da gündeme gelmektedir. Bu anlamda uluslararası nitelikli bir ödeme işlemi söz konusu olduğunda, yani ödeme sürecine katılan bankalar farklı ülkelerde bulunmakta ise, bankalar ile

¹⁴⁰⁴ **EINSELE**, sh. 173; **FELDHAN**, sh. 166.

¹⁴⁰⁵ **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 161.

¹⁴⁰⁶ **EINSELE**, sh. 173.

kurulduğu varsayılan sözleşme ilişkilerinin hangi hukuka tabi olacağı da açık değildir¹⁴⁰⁷.

II. ÖDEMENİN HİÇ GERÇEKLEŞMEMİŞ OLMASINA BAĞLI SONUÇLAR

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede borca zaman unsuru bakımından uygun olmayan, yani para alacaklısının hesabına zamanında aktarılmayan havale tutarının, diğer koşulların varlığı halinde salt ödemenin zamanında gerçekleşmemesi sonucunu doğuracağı bir önceki bölümde ele alınmış idi. Aşağıda ise, gerçekleştirilen edimin borca konu, yer ve kişi unsurları itibariyle uygun olmamasının sonucu olan ödemenin hiç gerçekleşmemesi ve buna bağlanan sonuçlar ele alınacaktır.

A. HAVALECİ BORÇLU İLE LEHDAR ALACAKLI ARASINDAKİ İLİŞKİDEKİ SONUÇLAR

Genel olarak, bir sonucun gerçekleştirilmesini konu alan borçlarda, alacaklı tarafından beklenen ve taraflarca öngörülen edim sonucu gerçekleşmedikçe, borç ifa edilmiş olmaz¹⁴⁰⁸. Para borçları da, daha önce ifade edildiği üzere, sonuç borcu niteliğinde olup, bu borçlarda alacaklıya, borç tutarında soyut mali gücün kazandırılması amaçlanır¹⁴⁰⁹. Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de, alacaklıya bu soyut mali gücün kazandırılması, havale tutarının lehdar tarafından belirlenen hesaba alacak kaydedilmesi ve böylece lehdara, bankaya karşı soyut bir alacak hakkı elde etmesi suretiyle gerçekleşir. Havale tutarı lehdarın hesabına hiç ulaşmamış ya da taraflar arasında ödemenin kaydi para ile yapılacağı konusunda bir anlaşma mevcut değil veyahut bu anlaşmaya aykırılık söz konusu ise, borçlanılan edim sonucu gerçekleşmediğinden para borcu ifa edilmiş olmaz¹⁴¹⁰.

Ödemenin (ifa etkisinin) gerçekleşmemesi bir yana, ödeme için bedel ilişkisinde bir süre öngörülmüş ise, havale yoluyla yapılan ödemenin bu süre içinde gerçekleşmemesi, alacaklının gecikme dolayısıyla zarara uğramasına yola açabilir. Havaleci borçlunun, lehdar alacaklının uğradığı bu zarardan sorumlu olması ise,

¹⁴⁰⁷ **EINSELE**, sh. 174.

¹⁴⁰⁸ **WIEGAND**, Rechtsprechung, sh. 566.

¹⁴⁰⁹ Para borcunun konusu hk. bk. yuk. Birinci Bölüm I. A. 1.

¹⁴¹⁰ **BUIS**, sh. 24 vd.; **DAE-İK**, sh. 88. Bu konuda ayrıca bk. yuk. İkinci Bölüm I. B. 2.

havaleci borçlunun edim yükümlülüğünün sona ermemiş olmasına bağlıdır. Zira ödeme gerçekleşmemiş olmakla birlikte, havaleci borçlu başka bir surette borcundan kurtulmuş ise, gecikmenin borca aykırı olduğu söylenemeyeceğinden, havaleci borçlunun lehdar alacaklının uğradığı gecikme zararından sorumlu tutulması söz konusu olmaz. Bu itibarla aşağıda öncelikle, havale yoluyla yapılan ödemenin ifa etkisi doğurmadığı durumlarda para borçlusunun borcundan kurtulmuş olup olmayacağı, diğer bir deyişle ödeme yükümlülüğünün sona ermiş sayılıp sayılmayacağının belirlenmesi gerekir. Havaleci borçlunun ödeme yükümlülüğünün devam ettiği sonucuna varıldığı durumlarda, havaleci borçlunun gecikme zararından sorumluluğu gündeme gelecektir.

1. Havaleci Borçlunun (Tekrar) Ödeme Yükümlülüğü

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede, borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edim sonucu, kural olarak lehdarın hesabına borç tutarında alacak kaydı yapılmasıdır. Ödeme talimatının hiç ya da talimatın içeriğine uygun şekilde icra edilmemesi nedeniyle havale edilen tutar lehdarın hesabına geçmemiş ise, edim sonucu gerçekleşmemiş olacağından ödeme de gerçekleşmemiş, yani para borcu ifa edilmemiş olur.

Bu noktada, ödeme gerçekleşmemiş olmasına rağmen, havaleci borçlunun borcundan kurtulmuş sayılıp sayılmayacağı, diğer bir deyişle borçlunun aynı tutarda ikinci kez ödeme yapmakla yükümlü olup olmadığı, bedel ilişkisinde edim hasarının kim tarafından üstlenildiğine bağlı olarak yanıtlanması gereken bir sorundur¹⁴¹¹. Bedel ilişkisinde edim hasarı alacaklıya geçmiş ise, bu andan itibaren havale tutarı lehdarın hesabına ulaşmasa, yani borçlanılan edim sonucu gerçekleşmese dahi, borçlu borcundan kurtulmuş sayılır ve alacaklıya ödeme yapmakla yükümlü olmaz. Bu itibarla aşağıda öncelikle genel olarak edim hasarı kavramı ele alınacak, daha sonra da, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede edim hasarının lehdar alacaklıya hangi andan itibaren geçmiş sayılacağı belirlenecektir.

a. Genel Olarak Edim Hasarı Kavramı

Bilindiği üzere, dar ve teknik anlamda hasar kavramı, taraflar arasındaki borç ilişkisinde borcun doğumu ile ifa edilmesi arasındaki sürede ortaya çıkan, borçluya isnat

¹⁴¹¹ WEBER, Berner Kommentar, Vorbem. Art. 68-96, sh. 12 (N. 27).

edilemeyen ve borçlanılan edim sonucunun hiç ya da gereği gibi gerçekleşmemesi sonucunu doğuran olgu şeklinde tanımlanır¹⁴¹². Edim hasarının kim tarafından üstlenildiği ise, borçlanılan edim sonucu gerçekleşmediği takdirde borçlunun aynı edimi yerine getirmekle yükümlü olup olmadığı veya borçlunun hangi ana kadar, gerçekleşmeyen edim yerine yeniden edimde bulunmak zorunda olduğuna karşılık gelir¹⁴¹³.

Edim hasarının üstlenilmesinden ya da alacaklıya geçişinden söz edebilmenin ön koşulu ise, somut olaydaki borç ilişkisinde borçlunun, kaybedilen edim konusu yerine yenisini tedarik ile yükümlü olduğu bir borcun (*Schulden mit Beschaffungscharakter*) – örneğin bir çeşit borcunun – söz konusu olması, diğer bir deyişle, edim konusunun hasara uğraması ile birlikte, borçlunun asli edim yükümlülüğünün devam edebilir nitelikte olmasıdır¹⁴¹⁴. Şu halde, somut olayda bir parça borcu söz konusu ise, borçlu edim konusunu tedarik ile yükümlü olmadığından¹⁴¹⁵, edim hasarının geçişi sorunu da gündeme gelmeyecektir. Zira edimin konusu olan parçanın kaybedilmesi ile borçlu borcundan kurtulur ve asli edimin yerini borçlunun edim konusunun kaybı bakımından kusurlu olup olmamasına göre ikincil nitelikte tazminat yükümlülüğü alır.

Buna karşın, tedarik yükümlülüğünün mevcut olduğu borç türlerinde, edimin hasarından ve bunun geçişinden söz edilebilir. Edim hasarının geçiş anı bakımından belirleyici olan ise, somut olaydaki borcun yasa ya da taraf iradeleri uyarınca ifa yeri bakımından hangi borç kategorisine dahil olduğu ve borçlunun tedarik yükümlülüğünün sona ermesi için gerekli olan edim konusundaki ferdileştirmenin hangi olgu ile tamamlandığıdır¹⁴¹⁶.

¹⁴¹² KOÇ, N.: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992, sh. 278; ATAMER, CISG, sh. 259.

¹⁴¹³ SCHÖNLE, Réflexions Sur Le Transfert Des Risques Dans La Vente International, Droit des Obligations et droit bancaire: Etudes / Herbert Schönle. Faculté de Droit de Genève, Bale, sh. 150; ATAMER, CISG, sh. 259.

¹⁴¹⁴ VOLLRATH, sh. 121.

¹⁴¹⁵ SEROZAN, sh. 38. (N. 2).

¹⁴¹⁶ VOLLRATH, sh. 122.

b. Banka Havalesi Yoluyla Yapılan Ödeme Bakımından Edim Hasarının Geçışı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, para borcu, konusu belirli bir tutarda değer sağlanması olan kendine özgü bir borç türü¹⁴¹⁷ olduğundan – her durumda bir parça borcu söz konusu olmadığından – ve tedarik yükümlülüğü unsuru değer sağlama borçlarında da mevcut olduğundan, edim hasarının ve buna bağlı sonuçların para borcu bakımından gündeme gelmesine herhangi bir engel yoktur. Para borcunda edim hasarının geçiş anı bakımından ise, Türk ve İsviçre hukuklarında para borçlarının yasa gereği götürülecek borç olarak düzenlenmiş olması belirleyicidir. Benimsediğimiz görüşe göre, ödemenin banka havalesi yoluyla yapılması, para borcunun götürülecek borç niteliğinde değişiklik yaratmadığından, aşağıda öncelikle, götürülecek borç niteliğindeki para borcunda edim hasarının alacaklıya geçiş anı bakımından esas alınması gereken kural belirlenecek, daha sonra bu kuralın banka havalesi yoluyla yapılan ödeme bakımından sonuçları ele alınacaktır.

i. Genel Olarak Götürülecek Borç Niteliğindeki Para Borcunda Edim Hasarının Geçişine İlişkin Kural

Türk ve İsviçre hukuklarında BK m. 73 uyarınca götürülecek borç niteliğinde olan para borçlarında edim hasarının alacaklıya hangi anda geçmiş sayılacağı tartışmalıdır.

aa. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Öğretideki bir görüşe göre, para borcunda edim hasarı, alacaklıya en erken, alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi üzerine borçlunun borç tutarındaki parayı tevdi ettiği anda geçer. Diğer bir deyişle, ödemenin konusu olan paranın hasara uğraması üzerine, borçlunun para borcundan kurtulmuş sayılabilmesi için, borçlunun borç tutarında parayı alacaklının yerleşim yerine götürmesi ve ödemenin (alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle) gerçekleşmemesi üzerine, söz konusu tutarda parayı BK m. 91 (art. 92 CO) uyarınca tevdi etmiş olması gerekir¹⁴¹⁸. Bu görüşte olan yazarlara göre,

¹⁴¹⁷ Para borcunun hukuki niteliği hk. bk. yuk. Birinci Bölüm I. A. 2.

¹⁴¹⁸ OĞUZMAN, sh. 286; WEBER, Berner Kommentar, Art. 92, sh. 514 (N. 21); SCHRANER, Art. 92, sh. 457 (N. 18).

Türk ve İsviçre hukuklarında edim hasarının alacaklı temerrüdü anından itibaren alacaklıya geçeceği yönünde genel bir hüküm mevcut olmadığından¹⁴¹⁹, edim hasarının alacaklıya geçişi bakımından kategorik şekilde alacaklı temerrüdü anının esas alınması yerine, somut olayda alacaklı temerrüdünün borçlunun durumunu kötüleştirmemesi gerekliliği dikkate alınmak suretiyle bir çözüme varılmalıdır. Para borçları bakımından, salt alacaklı temerrüdü olgusu para borçlusunun durumunu kötüleştirmez. Zira olağan hayat tecrübelerine uygun olan durum, alacaklı temerrüdü üzerine borçlunun bu para tutarını daha sonra münhasıran belirli bir alacaklıya ödenmek üzere ayırıp koruma altına almak yerine, başka bir alacaklısına yapacağı ödeme için kullanmasıdır. Kaybedilen para tutarının ayırt edilen olduğunun ispat edilmesindeki bu güçlük nedeniyle, edim hasarı paranın tevdi edilmesi anına kadar borçluya ait sayılmalıdır¹⁴²⁰.

Diğer bir görüş uyarınca, edim hasarının alacaklıya geçmesi bakımından, borçlunun parayı alacaklının yerleşim yerine götürmesi ve borçlunun ifa teklifinin alacaklı tarafından reddedilmesi üzerine alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş olması yeterlidir¹⁴²¹. Bu görüşe göre, çeşit borcunda¹⁴²² olduğu gibi para borcunda da edim hasarı alacaklı temerrüdü ile birlikte alacaklıya geçer. Bu yönde genel bir hüküm olmaması edim hasarının alacaklıya geçişi bakımından Türk ve İsviçre hukuklarında alacaklı temerrüdü anının esas alınmasına engel teşkil etmez. Zira eser sözleşmesi bakımından BK m. 368/f. I'de (art. 376/I CO) açıkça düzenlenen bu ilke, kıyasen bütün verme borçlarında uygulanabilir niteliktedir.

Nihayet öğretilerdeki diğer bir görüş¹⁴²³, para borcunun çeşit borcunun özel bir türü olduğu ve çeşit borçlarında edim hasarının geçişine ilişkin kuralın¹⁴²⁴ para borçları

¹⁴¹⁹ Buna karşın Alman hukukunda, çeşit borçlarında edim hasarının alacaklı temerrüdü anından itibaren alacaklıya geçeceği BGB § 300/II hükmü ile açıkça düzenlenmiş olup, bu hükmün para borçları bakımından da uygulanması gerektiği öğretilerde ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **LÖWISCH**, M.: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, § 284-300, Buch 2., Berlin 2004, § 300, sh. 885 (N. 18); karşı görüşte **KRÜGER**, § 270 sh. 639 (N. 15).

¹⁴²⁰ **von TUHR**, A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983 (çev. C. EDEGE), sh. 539; **SCHRANER**, Art. 92, sh. 457 (N. 18); **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 92, sh. 514 (N. 21); **EREN**, sh. 976; **KOÇ**, sh. 283 vd.

¹⁴²¹ **GAUCH/SCHLUEP/SCHMIDT/REY**, Bd. II, sh. 187 (N. 3168); **LOERTSCHER**, Art. 91, sh. 521 (N. 3); **KOLLER**, Erfüllung, sh. 27 (N. 13), sh. 394 (N. 111); **WIEGAND/HODEL**, sh. 189; **SEROZAN**, sh. 71 (N. 6a), sh. 126 (N. 7);

¹⁴²² Götürülecek borç niteliğindeki bir çeşit satımında, edim hasarının alıcıya, satım konusunun alıcının yerleşim yerinde ifa olarak sunulması ile geçeceği yönünde bk. **GÜMÜŞ**, Özel C. I, sh. 71.

¹⁴²³ **KOLLER**, Zahlung, sh. 244.

bakımından da esas alınabileceği yönündedir. Bu görüş çerçevesinde çeşit borçlusu, edim sonucunu gerçekleştirmeye yönelik edim fiillerini borca uygun şekilde tamamlamış ise, bu andan itibaren gerçekleşen (edim) hasar alacaklıya ait olur. Götürülecek borç niteliğindeki para borçlarında edim fiillerinin tamamlanmış sayılabilmesi için, öncelikle borçlunun parayı ifa yerine götürmüş ve burada ifa için hazır bulundurmuş olması gerekir. Alacaklı, borçlu tarafından bu şekilde gerçekleştirilen ifa teklifini reddeder ve edim sonucunun gerçekleşmesi alacaklı tarafından engellenir ise, alacaklı temerrüdü söz konusu olur; bu andan itibaren edim hasarı alacaklıya geçmiş sayılacaktır. Keza paranın ifa yerine götürülmesinden ve alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesinden önceki aşamada borçlu parayı, edimi kabul için görevlendirilen alacaklının yardımcı şahsına devretmiş ise, borçlu edim fiillerini aynı şekilde gereği gibi tamamlamış olur ve yardımcı şahsa devir anından itibaren edim hasarı yine alacaklıya geçmiş sayılır; bu olasılıkta paranın ifa yerinde devredilmemiş olması, edim hasarının geçişi bakımından önem arz etmez.

bb. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Öğretide ileri sürülen görüşlerin birleştiği nokta, edim hasarının alacaklıya geçişi bakımından borçlunun edim fiillerini gereği gibi yerine getirmiş olması zorunluluğudur. Bu anlamda, edimin alacaklının yardımcı şahsına devredildiği, alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği ya da edimin tevdi edildiği anı esas alan görüşlerin temelinde, öğretilerde etki alanı teorisi¹⁴²⁵ (*Sphärentheorie*) çerçevesinde geliştirilen, kaynağını borçlunun etki alanının dışından alan, bu nedenle de borçlunun etki etme ya da önleme olanağına sahip olmadığı olguların onun durumunu kötüleştirmemesi

¹⁴²⁴ Alman hukukunda BGB § 243/II'deki düzenlemeyi esas aldığı anlaşılan bu yaklaşım çerçevesinde çeşit borcunda edim hasarı, çeşidin ayırt edildiği (Konkretisierung) anda değil, borçlunun edim sonucuna yönelik borçlandığı edim fiillerini tamamladığı (Erbringung der geschuldeten Leistung), diğer bir deyişle edim sonucunu gerçekleştirmeye yönelik üstüne düşeni yaptığı anda alacaklıya geçer. Bu yönde bk. **KOLLER**, Erfüllung, sh. 27 (N. 13). Buna karşın, Alman hukuku öğretisinde, çeşit borçları bakımından edim hasarının geçişini düzenleyen BGB § 243/II hükmünün para borçları bakımından uygulama alanı bulamayacağı, zira para borçlarında edim hasarının BGB § 270/I hükmü ile özel olarak düzenlenmiş olduğu genel kabul gören görüştür. Bu görüş hk. bk. **HELBIG**, sh. 91; karş. **SEROZAN**, sh. 71 (N. 6a).

¹⁴²⁵ Öğretilerde bu teori öncelikle eser sözleşmesi çerçevesinde geliştirilmiş ve sonradan risk dağılımı bakımından kıyasen tüm borç ilişkilerinde başvurulabileceği ileri sürülmüştür. Etki alanı teorisine ilişkin açıklamalar için bk. **SCHINKELS**, B.: Die Verteilung des Haftungsrisikos für Drittmissbrauch von Medien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Berlin 2001, sh. 106 vd.

gerektiği ilkesi yatmaktadır¹⁴²⁶. Şu halde, her ne kadar Türk ve İsviçre hukuklarında edim hasarının alacaklıya geçişine ilişkin genel bir hüküm mevcut olmasa dahi, MK m. 2 anlamında dürüstlük kuralından hareketle, alacaklının risk alanında gerçekleşen ifa engelleri nedeniyle borçlunun sorumlu tutulamaması; hasar alacaklının etki alanında gerçekleştiği takdirde borçlunun borcundan kurtulması¹⁴²⁷ genel bir ilke olarak benimsenebilir.

Söz konusu görüşler arasındaki farklılık ise, edimin hangi andan itibaren borçlunun etki alanından çıkmış sayılacağı, diğer bir deyişle, hasara sebep olan olgunun hangi andan itibaren borçluya isnat edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bu itibarla bize göre, yalnızca alacaklı temerrüdü gerçekleştikten sonra meydana gelen durumlarda değil – yani bizzat borçlunun kendi iradesi ile ifanın gerçekleşmesini önlediği durumda değil – zamansal bir ayırım yapılmaksızın münhasıran alacaklının risk alanında gerçekleşen tüm ifa engelleri, borçluya isnat edilememelidir.

Öte yandan, kanımızca götürülecek borç niteliğindeki para borcunda edim hasarının alacaklıya geçişi bakımından genel geçer bir ilke benimsemek yerine, somut olaydaki ödeme tarzına göre bir sonuca varmak gerekir. Ödeme nakit olarak, yani borçlu tarafından ifa yerinde, sembol paranın alacaklıya devri suretiyle gerçekleştiriliyor ise, nakit paranın borçlunun risk ve etki alanından çıkmış sayılabilmesi için, borçlanılan tutarda paranın tevdi edilmiş olması şarttır. Buna karşın, ödeme kaydi para ile yapılıyor ise, edimin borçlunun risk alanından çıkmış sayılması için, borç tutarında paranın tevdi edilmesi gerekmez. Zira bu olasılıkta ödeme bankalar aracılığıyla gerçekleştiğinden, borçlunun edim konusu üzerindeki hâkimiyeti nakit ödemedeki gibi değildir. Ödeme süreci borçlu tarafından bir kez başlatıldıktan sonra, edim sonucunun gerçekleşip gerçekleşmemesinde borçludan çok, ödeme sürecine katılan bankalar etkili olmaktadır. Bu itibarla, nakit dışı ödemede edim hasarı bakımından, nezdinde ifa engeli gerçekleşmiş olan banka veya bankaların alacaklı ve borçludan hangisinin münhasır

¹⁴²⁶ Türk ve İsviçre hukuklarında etki alanı ilkesinin genel olarak BK m. 95'te (art. 96 CO) ve özellikle eser sözleşmesi bakımından BK m. 368/f. III'de somutlaştığı söylenebilir. BK m. 95'teki "...alacaklının şahsına müteallik diğer bir sebep..." ifadesi ile alacaklının risk alanında gerçekleşen olguların anlaşılması gerektiği öğretilmiş ifade edilmektedir. Bu yönde bk. **SCHRANER**, Art. 96, sh. 513 (N. 2); **KOLLER**, Erfüllung, sh. 100 (N. 56). Keza, BK m. 368/f. III'te de "...iş sahibi tarafından verilen malzeme... gösterilen arsanın kusuru... imal ve inşa tarzı hakkında verilen emir..." alacaklının risk alanına ilişkin olması nedeniyle edim ve karşı edim hasarının alacaklı iş sahibine geçeceği düzenlenmiştir.

¹⁴²⁷ Alman hukukunda – TMK m. 2'ye karşılık gelen – BGB § 242'nin bu sonuca esas teşkil ettiği yönünde bk. **KRÜGER**, § 270, sh. 639 (N. 15)

egemenlik alanına dahil sayılacağı belirleyicidir. Diğer bir deyişle, nakit dışı ödemede edim hasarının geçişi bakımından borçlanılan tutarın tevdi edilme anı değil, kaydi paranın borçlunun etki ve risk alanından çıkıp, münhasıran alacaklının risk alanına dahil sayılan bankaya ulaştığı an esas alınmalıdır. Bu konu ise, ödeme sürecine katılan bankalardan kaynaklanan risklerin alacaklı ve borçlu arasındaki dağılımı, başka bir ifade ile, ödeme sürecine katılan banka(lar) nezdinde gerçekleşen ifa engellerinin borçluya ne ölçüde isnat edilebileceği ile ilgilidir.

ii. Benimsenen Kuralın Banka Havalesi Bakımından Sonuçları (Edim Hasarının Alacaklıya Geçtiği An)

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede de kaydi para aktarılır. Bu itibarla, kaydi paranın lehdarın hesabına aktarılmaması sonucunu doğuran her türlü olgu banka havalesi yoluyla yapılan ödemede edim hasarı teşkil eder. Bu kapsamda öncelikle, talimatın yanlış icra edilmesi, örneğin havale tutarının banka tarafından yanlış hesaba ya da yanlış bankadaki hesaba aktarılması veya havale sürecine katılan bankalardan birinin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi¹⁴²⁸ – örneğin bankanın iflas etmesi – nedeniyle ödeme talimatını hiç icra etmemesi ya da gerçekleştirilen alacak kaydının lehdara borçlanılan tutarda soyut mali gücü sağlamaması¹⁴²⁹ yer alır. Keza, ülkede gerçekleşen para reformuna (*Währungsreform*) bağlı olarak ödemenin yapıldığı para biriminin tedavülden kaldırılması (*Demonetisierung*) nedeniyle havale edilen tutarın lehdarın hesabına aktarılamaması da edim hasarı teşkil eder¹⁴³⁰. Söz konusu edim hasarının alacaklıya geçişi bakımından ise, yukarıda benimsenen ilke doğrultusunda, ödemenin gerçekleşmemesine yol açan bankanın, bedel ilişkisinin taraflarından hangisinin münhasır egemenlik alanında olduğu belirleyicidir. Havale tutarının lehdarın hesabına ulaşmaması, münhasıran alacaklının egemenlik alanında olan bir bankadan

¹⁴²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. II, sh. 57 (N. 2367); KOLLER, Erfüllung, sh. 103 (N. 67); Alman hukukunda bu yönde bk. PUTZO, sh. 72; CANARIS, sh. 317 (N. 478); SCHMIDT, sh. 113 (C. 27); DAE-IK, sh. 126; keza, bankaya resmi makamlarca el konulması nedeniyle alacak kaydının gerçekleşmemesinin de havale tutarının kaybı riski kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bk. SCHMIDT, sh. 113 (C. 27); KRÜGER, § 270, sh. 639 (N. 14); DAE-IK, sh. 127.

¹⁴²⁹ Alacaklının hesabının tutulduğu banka, iflas etmiş olmasına rağmen havale tutarını alacaklının hesabına geçirmiş ise, borcun nominal tutarına karşılık gelen kaydi para alacaklıya aktarılmış olsa dahi, söz konusu alacak kaydı ile alacaklıya kazandırılan, yalnızca iflas masasına karşı ileri sürebilecek bir alacak haktan ibarettir. Bu yönde bk. PUTZO, sh. 72.

¹⁴³⁰ CANARIS, sh. 316 (N. 477); SCHMIDT, sh. 113 (C. 28); BITTNER, § 270, sh. 175 (N. 24); DAE-IK, sh. 127.

kaynaklanmış ise, ödeme gerçekleşmemiş olmakla birlikte, borçlu borcundan kurtulur; alacaklı borçludan ödeme talep edemez¹⁴³¹. Bu noktada havalecinin ve lehdarın hesaplarının aynı banka nezdinde tutulup tutulmaması bakımından bir ayırım yapılması gerekir.

aa. Kurum İçi Havalede Edim Hasarının Geçtiği An

İsviçre Federal Mahkemesi'nin nakdi posta havalesi ile ödemeye ilişkin bir kararında¹⁴³² edim hasarının, nakit paranın PTT veznesine yatırıldığı – ya da bankaya borçlu tarafından havale talimatı verildiği – andan itibaren alacaklıya geçeceği sonucuna varılmıştır. Öğretide ise, bu yaklaşım, alacaklının ödemenin kaydi para ile yapılmasına göstermiş olduğu rızanın, kayıp riskinin üstlenmek yönünde bir iradeyi de içerdiğinin varsayılmayacağı gerekçesiyle reddedilmektedir¹⁴³³. Bu görüşte olan yazarlara göre, edim hasarının bankaya ödeme talimatı verildiği – ya da paranın yatırıldığı – anda alacaklıya geçtiği benimsendiği takdirde, ispat yükü ve usul hukuku bakımından da zorlukların söz konusu olacağı, özellikle bedel ilişkisinde para alacağını kaybeden alacaklının kayba neden olan aracıya (yani PTT idaresine karşı) ancak, para borçlusu bu aracıya karşı sahip olduğu talep hakkını kendisine temlik ettiği takdirde başvurma olanağına sahip olabileceği öğretide ifade edilmektedir¹⁴³⁴.

Belirtmek gerekir ki, nakdi posta havalesi bakımından kabul edilebilir olan bu gerekçe, kurum içi banka havalesi bakımından esas alınamaz. Zira kurum içi banka havalesinde lehdar konumundaki alacaklı da, banka ile hesap ilişkisi içinde olduğundan, edim hasarını üstlenmesi sonucu borçluya karşı olan alacak hakkını kaybetmiş olsa dahi, havale tutarının hesabına aktarılması talebini doğrudan bankaya yöneltebilir. Diğer bir deyişle, havale tutarının hesabına aktarılmasına yönelik olarak lehdarın bankadan talepte bulunabilmesi için, havalecinin bankaya karşı olan alacak hakkının lehdara temlik etmesine ihtiyaç yoktur.

Fakat kanımızca, kaydi para, aynı banka ya da aynı bankanın farklı şubeleri nezdinde tutulan hesaplar arasında aktarılıyor ise, gerek alacaklı gerek borçlu, banka ile

¹⁴³¹ Karş. **TÜRK**, sh. 283.

¹⁴³² RVJ 1926, sh. 426. Bu karar hk. bk. **WIEGAND/HODEL**, sh. 205.

¹⁴³³ **WEBER**, Geldschulden, sh. 144; **WIEGAND/HODEL**, sh. 205.

¹⁴³⁴ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 244 (N. 127); **WEBER**, Geldschulden, sh. 144.

ciro sözleşmesi ilişkisi içinde olduğundan, ödemenin gerçekleşmemesine yol açan bankanın münhasıran alacaklının egemenlik alanında olduğundan söz edilemez. Bu itibarla, kural olarak havale tutarı lehdarın hesabına alacak kaydedilinceye kadar gerçekleşen tüm riskler borçlu havaleci tarafından üstlenilmelidir. Bu ana kadar banka iflas eder, havalenin yapıldığı para birimi tedavülden kaldırılır ya da bankadan kaynaklanan senedeniyle havale tutarı lehdarın hesabına hiç geçmez ve bu nedenle ödeme gerçekleşmez ise, alacaklı lehdar, havaleci borçludan (tekrar) ödeme talep edebilir¹⁴³⁵. Bununla birlikte, ödeme talimatının verildiği banka münhasıran alacaklı tarafından belirlenmiş ise, istisnai olarak, banka münhasıran alacaklının egemenlik alanına dahil sayılır. Bu olasılıkta edim hasarı, karşılığın bankaya aktarıldığı anda lehdara geçer.

bb. Zincirleme Havalede Edim Hasarının Geçtiği An

Alacaklı ve borçlunun hesaplarının farklı bankalar nezdinde tutulduğu zincirleme banka havalesinde, havalecinin bankası ve clearing sistemini işleten banka da dahil olmak üzere, havale sürecine katılan diğer aracı bankalar borçlunun yardımcı şahsı olarak münhasıran borçlunun egemenlik alanında faaliyette bulunurlar. Bu nedenle bu bankalar tarafından ödeme talimatının hiç ya da gereği gibi icra edilmemesi riski borçluya aittir¹⁴³⁶. Bu bankalardan kaynaklanan sebeplerle havale tutarı lehdarın hesabına hiç aktarılmamış ise, borçlunun ödeme yükümlülüğü devam eder; alacaklı lehdar, borçlusu havaleciden ödeme talep edebilir.

Lehdar alacaklının hesabının tutulduğu banka ise, kural olarak münhasıran alacaklının egemenlik alanına dahildir. Zira lehdar bu bankayı bizzat kendisi seçmiş ve havaleciye bildirmiştir. Bu banka alacaklının ödemeyi kabul bakımından yardımcı şahsı konumundadır¹⁴³⁷. Borçlu ödeme talimatını ve havale tutarını (kaydi parayı) bu bankaya ulaştırmakla edim fiillerini tamamlamış olur. Havale tutarı (kaydi para) lehdarın hesabının tutulduğu bankaya ulaştığı andan itibaren, edim, borçlunun risk alanını terk

¹⁴³⁵ **SCHRANER**, Art. 74, sh. 156 (N. 104); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 58 (N. 2370); Alman hukukunda bu yönde **CANARIS**, sh. 317 (N. 478); **SCHMIDT**, sh. 113 (C. 27); **DAE-İK**, sh. 126.

¹⁴³⁶ **WEBER**, Berner Kommentar, Art. 74, sh. 244 (N. 127); **KOLLER**, Erfüllung, sh. 103 (N. 22); Alman hukukunda bu yönde bk. **DAE-İK**, sh. 126.

¹⁴³⁷ Bk. yuk. ödemenin yapılması gereken kişiye ilişkin İkinci Bölüm IV. B.

etmiş ve münhasıran alacaklının egemenlik alanına dahil olmuş sayılır¹⁴³⁸. Bu andan sonra, bankanın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi ya da ödemenin yapıldığı para birimi tedavülden kaldırılması gibi nedenlerle havale tutarı hesaba hiç ulaşmaz ise, borçlu ödeme yükümlülüğünden kurtulur¹⁴³⁹. Keza, lehdarın bankası ödeme talimatını hatalı şekilde icra eder ve havale tutarı yanlış hesaba aktarılır ise, lehdar, havaleciden yeniden ödeme yapmasını talep edemez¹⁴⁴⁰.

Clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilen banka havalesi söz konusu olduğunda, edim hasarının alacaklıya geçmiş sayıldığı an, bankalararası takaslaşma anıdır. Havale tutarı alacaklının bankasının Merkez Bankası nezdinde tutulan mutabakat hesabına aktarıldığı andan itibaren gerçekleşen risklere alacaklı lehdar katlanır¹⁴⁴¹.

Bununla birlikte, kanımızca, havale tutarının aktarılacağı bankanın belirlenmesinde, lehdarın iradesi herhangi bir şekilde etkili olmamış, aksine bu banka münhasıran havaleci tarafından belirlenmiş ise, lehdarın hesabının tutulduğu banka da havalecinin egemenlik alanına dahil sayılmalıdır. Bu olasılıkta lehdarın bankasının hatalı işlemleri ve ödeme güçsüzlüğüne düşme riski de havaleci borçlu tarafından üstlenilir. Sonuç itibariyle, havale tutarı lehdarın hesabına ulaşmadığı sürece, havaleci borcundan kurtulmuş olmaz; lehdar, havaleciden tekrar ödeme yapmasını talep edebilir.

Havale tutarının aktarılacağı banka münhasıran borçlu havaleci tarafından belirlenmemiş olmakla birlikte, havaleci bu bankanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğundan haberdar veya bu riskin gerçekleşebileceğini öngörebiliyor ise veyahut bizzat borçludan kaynaklanan sebeplerle ödemede geciktiği için, alacaklının bankası

¹⁴³⁸ **HESS**, Clearing, sh. 113; **KOLLER**, Erfüllung, sh. 103 (N. 67); Alman hukukunda bu yönde bk. **CANARIS**, sh. 317 (N. 478); **SCHMIDT**, sh. 113 (C. 27); **VOLLRATH**, sh. 131; **BITTNER**, § 270, sh. 175 (N. 21) karşı. **KRÜGER**, § 270, sh. 639 (N. 14); Alman hukukunda bazı yazarlar ise, banka havalesi yoluyla yapılan ödemede ifa etkisinin, havale edilen tutarın alacaklının bankasına ulaşması anında gerçekleşeceğini benimsemek suretiyle aynı sonuca varmaktadırlar. Bu yönde bk. **LANGENBUCHER**, sh. 159; buna karşın, bizzat alacaklı kendi kusuru ile güvenilir olmayan bir banka seçmiş olmadığı sürece edim hasarının alacaklıya hesaba alacak kaydı anında geçeceği görüşünde bk. **SCHÖN**, sh. 446; İsviçre hukuku öğretisinde **WIEGAND/HODEL**'e göre (sh. 206), banka havalesinde edim hasarı alacaklıya, havale tutarının alacaklının bankasına ulaştığı anda değil, havale tutarının banka tarafından alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi için gerekli olağan sürenin tamamlanması üzerine alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği anda geçer.

¹⁴³⁹ **CANARIS**, sh. 316 (N. 477); **DAE-İK**, sh. 127.

¹⁴⁴⁰ **BETTSCHART**, sh. 121.

¹⁴⁴¹ **SCHRANER**, Art. 74, sh. 157 (N. 107); **GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY**, Bd. II, sh. 57 (N. 2367); **KOLLER**, Erfüllung, sh. 103 (N. 67).

ödeme güçsüzlüğüne düşmüş ise, borçlu – borçlu temerrüdü ve BK m. 102 uyarınca kazadan sorumluluk anlamında – lehdarın bankası nezdinde gerçekleşen bu riskleri de üstlenir¹⁴⁴². Lehdarın bankasının ödeme güçsüzlüğü riskinin havalecinin bankası ya da havalecinin bankasının başvurduğu aracı banka tarafından bilinmesi ise, katıldığımız görüşe göre, bu riskin havaleci borçlu tarafından üstlenilmesi sonucunu doğurmaz¹⁴⁴³.

2. Havaleci Borçlunun Ödemenin Gecikmesinden Doğan Zarardan Sorumluluğu

Havale tutarının alacaklının belirlenen banka hesabına hiç aktarılmamış olmasının, bedel ilişkisindeki para borcunun ödenmesi bakımından bir gecikme teşkil ettiği hallerde, alacaklı, gecikme dolayısıyla zarara uğramış olabilir. Bu gecikme zararından borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağı ise, bedel ilişkisinde havale tutarının kaybı riskinin diğer bir deyişle edim hasarının alacaklı ve borçludan hangisi tarafından üstlenildiğine bağlı olarak yanıtlanması gereken bir sorundur.

Bedel ilişkisinde, edim hasarının para borçlusuna yüklendiği bir ödeme söz konusu ise, para borçlusu borcundan kurtulmamış olduğundan, diğer bir deyişle borçlunun alacaklısına ödeme yapma yükümlülüğü devam ettiğinden, havale tutarının alacaklının hesabına ulaşmamasının gecikme teşkil ettiği hallerde, borçlu, alacaklının gecikmeye bağlı uğradığı zararını tazminle yükümlü olacaktır. Bu sonuç, yukarıda benimsediğimiz görüş uyarınca, havale tutarının havaleci borçlunun ödeme talimatı verdiği bankadan ya da bu banka tarafından başvuru aracı banka(lar)dan kaynaklanan olgulara bağlı olarak alacaklının hesabına hiç aktarılmaması durumunda söz konusudur.

Buna karşılık bedel ilişkisinde edim hasarının para alacaklısına yüklendiği bir ödeme söz konusu ise, havale tutarının alacaklının belirlenen hesabına hiç aktarılmaması durumunda para borçlusu para borcundan kurtulmuş olur. Havale tutarının alacaklının hesabına ulaşmamış olmasının bedel ilişkisindeki para borcunun ödenmesi bakımından gecikme teşkil ettiği durumda, para borçlusu alacaklının uğradığı bu gecikme zararından sorumlu tutulmayacaktır. Benimsediğimiz görüşe göre, havale tutarı alacaklının bankasından kaynaklanan olgulara bağlı olarak alacaklının hesabına

¹⁴⁴² CANARIS, sh. 317 (N. 478); DAE-İK, sh. 126.

¹⁴⁴³ DAE-İK, sh. 126; bu olasılıkta da borçlunun kayıp riskini üstlenmesi gerektiği yönündeki aksi görüş için bk. CANARIS, sh. 317 (n. 478).

hiç aktarılmamış ise, kural olarak para borçlusu para borcundan kurtulmuş olacak, gecikme zararından da sorumlu tutulmayacaktır.

Üçüncü bölümün girişindeki açıklamalarımızda, borçlunun gecikme zararından sorumluluğu konusunun ödemenin zamanında gerçekleşmemesi ve hiç gerçekleşmemesi bakımından ortak sonuçlar doğurduğunu vurgulamıştık. Borçlunun gecikmeden doğan zarardan sorumluluğu hakkında vardığımız bu sonuçlar, yukarıda, ödemenin zamanında gerçekleşmemesinin sonuçlarına ayrılan bölümde ayrıntıları ile incelenmiş bulunduğundan, bu bölümün giriş kısmında yapılan açıklama da dikkate alındığında, yukarıda ödemenin zamanında gerçekleşmemesi çerçevesinde ortaya koyduğumuz sonuçlar, bu bölümde ödemenin hiç gerçekleşmemesi hallerinde söz konusu olan gecikme zararından sorumluluk hakkında da geçerlidir. Bu nedenle ödemenin zamanında gerçekleşmemesinin sonuçları başlıklı bölümde borçlunun gecikmeden doğan zarardan sorumluluğu hakkında ortaya konulan sonuçları bu başlık altında yinelemeyerek, yalnızca ilgili başlıkta yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

B. ÖDEMENİN HİÇ GERÇEKLEŞMEMİŞ OLMASININ BANKA VE HAVALECI MÜŞTERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN SONUÇLARI

Havale tutarının alacaklının öngörülen hesabına hiç geçmemiş olması nedeniyle bedel ilişkisinde ödeme gerçekleşmemiş ise, havalecinin dar ve teknik anlamda zarara uğradığından söz edilemez. Havaleci, bankasına karşı ciro sözleşmesi temelinde, aynı tutarda (kaydi) paranın lehdarın hesabına aktarılması veya bunun yerine, hesabına borç kaydedilmek suretiyle havale edilen tutarın kendisine iade edilmesi yönünde bir talep hakkına sahip olduğu sürece, malvarlığında bir azalma söz konusu olmayacağından, herhangi bir zarara uğramış sayılmaz¹⁴⁴⁴.

Bununla birlikte, havale tutarının lehdarın hesabına geçmemiş olmasına bağlı olarak para borcu zamanında ödenmemiş ve bu gecikme de havaleci müşterinin malvarlığında bir eksilmeye yol açmış ise, havaleci müşteri açısından dar ve teknik anlamda dolaylı bir zarar söz konusu olabilir.

¹⁴⁴⁴ BETTSCHART, sh. 215.

Aşağıda, öncelikle havale sürecinde yer alan banka ya da bankalar tarafından ödeme talimatının hiç ya da gereği gibi icra edilmemesi sonucunda, havale tutarı alacaklının hesabına hiç ulaşmamış ve böylece ödeme hiç gerçekleşmemiş ise, havaleci para borçlusunun hesabından çekilen bu havale tutarının banka ya da bankalar tarafından kendisine iade edilmesini sağlayıp sağlayamayacağı konusu incelenecektir. Daha sonra ise, havale tutarının alacaklının hesabına hiç aktarılmamasına bağlı olarak bedel ilişkisindeki para borcu zamanında ödenmemiş ve bu da havalecinin dolaylı bir zarara uğramasına yol açmış ise, havalecinin, uğradığı bu zarar dolayısıyla bankaya rücu etme olanağına sahip olup olmadığı, diğer bir deyişle, havaleci müşterisinin uğradığı gecikme zararından bankanın hangi koşullarda ve ne ölçüde sorumlu tutulabileceği ele alınacaktır.

Vurgulamak gerekir ki, havaleci ile bankası arasındaki ilişki bakımından ortaya konulacak bu esaslar, bedel ilişkisinde gecikme ve hasar riskinin lehdar tarafından üstlenildiği olasılıkta, lehdarın kendi bankasına yönelteceği talepler bakımından da geçerlidir.

1. Bankanın Havale Tutarını İade Yükümlülüğü

Bilindiği üzere, BK m. 394'te vekâlet sözleşmesinde vekilin iş görme sonucu malvarlığında meydana gelen eksilmeler nedeniyle müvekkile başvurabilme olanağı düzenlenmiştir¹⁴⁴⁵. Bu hüküm uyarınca vekil, işin görülmesi için yapmış olduğu masrafın karşılanmasını ya da işin görülmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini müvekkilden talep edebilir.

Bu kapsamda ciro sözleşmesi ilişkisinde banka tarafından lehdara aktarılan havale tutarının vekil konumundaki bankanın malvarlığında bir eksilme yarattığı ve bankanın müvekkil konumundaki havaleci müşterisine karşı olan taleplerinin bu hükme tabi olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁴⁶.

Havaleci müşterisinin ödeme talimatı üzerine banka, kural olarak havale tutarını lehdarın (ya da onun bankasının) hesabına geçirmeden önce, havalecinin hesabına borç kaydetmektedir. Öğretide genel kabul gören görüş, bankanın, havaleci ile

¹⁴⁴⁵ TANDOĞAN, Borç İlişkileri, sh. 576 vd.; GÜMÜŞ, Özel C. II, sh. 358.

¹⁴⁴⁶ ZEIDLER, sh. 85; BILLOTTE-TONGUE, sh. 41; BETTSCHART, sh. 212.

arasındaki cari hesap sözleşmesi temelinde, havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmesi, havalecinin BK m. 394/f. I (art. 402/I CO) anlamında ödemenin gerçekleştirilmesi için gerekli masrafı (karşılığı) bankaya sağlaması (*remboursement; Aufwendersatz*) olarak nitelendirmektedir¹⁴⁴⁷.

Buna karşılık ödemenin gerçekleşmemesi durumunda, bankanın vekil sıfatı ile üstlendiği işi BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi icra ettiği söylenemiyor ise, bankanın havale tutarını müşterisinin hesabından çekmesi haklı bir sebebe dayanmayacağından, banka bu tutarı müşteriye iade etmekle yükümlü, müvekkil konumundaki havaleci de, söz konusu tutarın kendisine iadesini talep etmeye yetkilidir. Müşterinin bu talep hakkının hukuki temelini ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin değil, banka ile müşteri arasındaki sözleşme ilişkisinin teşkil ettiği konusunda öğretide görüş birliği mevcuttur¹⁴⁴⁸. Keza bu noktada, vekilin "...işin hesabını vermeye ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile..." iade ile yükümlü olduğunun öngörüldüğü BK m. 392/f. I'in, bankanın havale tutarını havaleci müşterisine iade yükümlülüğüne temel teşkil ettiği de öğretide ifade edilmektedir¹⁴⁴⁹. Bize göre ise, ciro sözleşmesi bakımından, bankanın – havale tutarını – iade yükümlülüğü, BK m. 392'den çok, doğrudan doğruya BK m. 394/f. I hükmünden çıkarılabilecek bir sonuçtur. Zira ciro sözleşmesinde banka havale tutarını müşterisinin hesabından kural olarak önceden çektiği dikkate alındığında, bu şekilde şarta bağlı olarak bankaya kazandırılan bir değer, ilgili şart gerçekleşmediği takdirde, müşteriye iadesinin de yine bu sözleşmede öngörülmüş olduğu kabul edilmelidir.

¹⁴⁴⁷ Havalecinin hesabına yapılan borç kaydı işleminin hukuki niteliği hk. bk. yuk. Birinci Bölüm II. B. 1. b. i.

¹⁴⁴⁸ **SCHÖNLE**, sh. 79; **BETTSCHART**, sh. 224; **HAHN**, sh. 65; karş. **DU PASQUIER**, sh. 172; **BILOTTE-TONGUE**, sh. 134. Bununla birlikte söz konusu iade alacağının banka ile müşteri arasındaki hangi sözleşme ilişkisine dayandığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında ve öğretide de benimsenen bir görüşe göre, bankanın iade yükümlülüğü, müşteri ile banka arasındaki hesap ilişkisinden kaynaklanır. Buna göre, banka müşterisinin havale talimatını gereği gibi ifa ettiğini, başka bir deyişle hesapta bulunan mevduatı havale talimatına uygun şekilde ödediğini ve bu itibarla borç kaydının haklı olduğunu ispat edemediği sürece, müşteri bankadan hesabında bulunan mevduatın iadesini talep edebilecektir. Bu yönde bk. ATF 112 II 450, 3a; ATF 111 II 263, 1a. (www.bger.ch); müşteri ile banka arasındaki hesap ilişkisine temel teşkil eden sözleşmenin ise, vedia sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda iade talebinin art. 475 CO hükmüne (BK m. 466), ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda ise, art. 318 CO hükmüne (BK m. 312) dayanacağı hk. bk. **SCHÖNLE**, sh. 79.

¹⁴⁴⁹ **BILOTTE-TONGUE**, sh. 134; **DU PASQUIER**, sh. 172; **BETTSCHART**, sh. 224; **HAHN**, sh. 65.

Banka söz konusu iade yükümlülüğünü, müşteri ile arasında hesap ilişkisi söz konusu olduğundan ilgili kaydı düzeltmek (*contre-passer l'écriture*) suretiyle yerine getirebileceği gibi¹⁴⁵⁰, müşterinin talebi üzerine söz konusu tutarı yeniden (hesabına ikinci kez borç kaydedilmeksizin) havale etmek suretiyle de yerine getirebilir¹⁴⁵¹.

Aşağıda öncelikle havalecinin kendi bankasına yönelteceği iade talebinin tabi olduğu koşullar incelenecektir. Daha sonra, iadeyi kendi bankasından sağlayamayan havalecinin, söz konusu talebini havale zincirinde havale tutarının lehdara ulaşmamasına yol açan diğer banka ya da bankalara yöneltme olanağının incelenmesi gerekir.

a. Bankanın Havaleci Müşterisine Karşı Olan İade Yükümlülüğü

Ciro ve cari hesap sözleşmeleri çerçevesinde, bankanın havale tutarını havaleci müşterisinin hesabına borç kaydedebilmesi için öncelikle BK m. 394/f. I'de (*actio mandati contraria*) öngörülen vekilin masrafının karşılanması (*remboursement*) talebinin koşulları oluşmuş olmalıdır. Bu koşullar oluşmamış olmasına rağmen borç kaydı yapılmış ise, banka, borç kaydedilen tutarı havaleciye iade etmekle yükümlü olur. Bu itibarla aşağıda öncelikle bankanın havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydedebilmesi bakımından BK m. 394/f. I'de öngörülen koşullar incelenecektir.

Öte yandan havale tutarını masraf olarak havaleciden talep edemeyen ya da havaleciye iade ile yükümlü olan banka, bu tutar kadar zarara uğramış sayılacağından, bankanın BK m. 394/f. II uyarınca havaleciden havale tutarını tazminat olarak talep edip edemeyeceği sorunu gündeme gelir. Havaleci, bankanın uğradığı bu zararı tazmin ile yükümlü olduğu ölçüde, bu tazminat alacağı, borç kaydının hukuki sebebinin teşkil eder ve iade yükümlülüğü, havaleciden olan tazminat alacağı oranında ortadan kalkar.

i. Bankanın Müşteriden Masraf Talep Etme Olanağı Bakımından

BK m. 394/f. I uyarınca bankanın masraf alacağının doğumu için, taraflar arasında ödeme talimatının yerine getirilmesine esas teşkil eden bir ciro sözleşmesinin mevcut olması ve bankanın bu sözleşmede üstlendiği işi gereği gibi ifa etmiş (*richtige*

¹⁴⁵⁰ BILOTTE-TONGUE, sh. 134.

¹⁴⁵¹ BETTSCHART, sh. 224.

Ausführung des auftrags/l'exécution réguliere du mandat) olması gerekir¹⁴⁵². Ciro sözleşmesinde, banka henüz işi icra etmeden önce havale tutarını masraf avansı olarak havalecinin hesabından çektiği dikkate alındığında, işin gereği gibi icra edilmesi koşulunun gerçekleşmesi, bankanın müşteriye karşı elde ettiği alacak hakkını kesinleştirir iken, bu koşulun gerçekleşmemesi ise, şarta bağlanmış alacak hakkını banka açısından bir iade yükümlülüğüne dönüştürür.

BK m. 394/f. I'deki "...vekilin usulü dairesinde müvekkilünbihi ifa için yaptığı..." masraf kavramı öğretide tartışmalı¹⁴⁵³ olmakla birlikte, baskın görüş karşılanacak masrafın yalnızca işin gereği gibi görülmesinin objektif¹⁴⁵⁴ anlamda zorunlu kıldığı masrafla sınırlı olduğu yönündedir.

Bununla birlikte, vekilin masraf alacağının doğumu, vekâlet sözleşmesi ile hedeflenen sonucun gerçekleşmesine bağlı değildir. Zira vekâlet sözleşmesi vekile bir sonuç borcu değil, vasıta borcu¹⁴⁵⁵ (*obligation de moyen*) yüklemektedir. Buradan çıkarılması gereken sonuç ise, ciro sözleşmesi uyarınca bankanın, havale tutarını iade ile yükümlü olmaması için vasıta borcunu ihlal etmemiş olması gerektiğidir. Bu ölçütler

¹⁴⁵² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 133; **BETTSCHART**, sh. 212, 217; **BUIS**, sh. 78; **HAHN**, sh. 65; karşı. **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 582; konunun elektronik bankacılık açısından incelenmesi için bk. **ZEIDLER**, sh. 85 vd.

¹⁴⁵³ Banka ile müşteri arasındaki ilişki bakımından bu tartışma, bankanın sahte veya tahrif edilmiş bir talimat üzerine yaptığı ödeme sonrasında, söz konusu tutarı müşterisinin hesabına borç kaydedip kaydedemeyeceği sorunu çerçevesinde gündeme gelmiştir. Öğretideki bir görüşe göre, işin icrasının gerektirdiği masraf sübjektif olarak belirlenmeli, yani somut olaydaki vekilin işin görülmesi için gerekli olduğunu düşündüğü tüm masraflar müvekkil tarafından karşılanmalıdır. Şu halde sözde talimat üzerine bankanın yaptığı ödeme, banka ile hesap sahibi müşteri arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleştiği ve bu sözleşme ilişkisi mevcut olmasa idi, bankanın böyle bir ödemeyi hiç yapmayacağı dikkate alındığında, sahte ödeme talimatı hesap sahibine isnat edilmeli ve bu anlamda kusurlu sayılmayan, iyi niyetli şekilde iş gören banka BK m. 394/f. I uyarınca yaptığı tüm masrafı hesap sahibi müşteriden talep edebilmelidir. Bu konu bk. **KLEINER**, sh. 62.

¹⁴⁵⁴ Objektif ölçütü esas alan görüşe göre, belirleyici olan, vekilin yaptığı masrafı zorunlu sanmakta haklı görülüp görülemeyeceği – talimatın hesap sahibine ait olmadığını tespit etmek bakımından bankaya kusur isnat edilip edilmeyeceği – değil, somut olayda yapılan masrafın müvekkilin menfaatine olan bir iş görmenin sonucu olup olmadığıdır. Sahte talimat üzerine yapılan ödeme olasılığında, bankanın müşteri hesabına iş görmesinin ön koşulu olan müşteriye isnat edilebilecek bir talimat söz konusu olmadığından, iş görmenin gereği gibi olduğundan da söz edilemez. **TERCIER**, sh. 501 (N. 4102); **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 134 ve dn. 14'te zikredilen yazarlar; ayrıca bk. **ZEIDLER**, sh. 86 vd.; **BETTSCHART**, sh. 217; **FAVRE-BULLE**, sh. 372 dn. 1479; sahte kimlik ibrazı üzerine yapılan ödeme hk. bk. Y. 11. HD. T. 29.3.2004, E. 8725 K. 3250; yine internet bankacılığı alanında gerekli tedbirleri almayan bankanın özen yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacağı ve kusurlu olduğu yönünde bk. Y. 11 HD. T. 24.11.2006 E. 11943 K. 12226 (bk. KİBB).

¹⁴⁵⁵ Vasıta borcu söz konusu olduğunda borçlu, belirli bir sonucun gerçekleşmesini garanti etmeksizin, bu sonucu elde edilebilmesi için özenli şekilde davranmayı, başka bir deyişle sahip olduğu tüm imkânları alacaklının hizmetine sunmayı borçlanmış sayılır. Vasıta borcu sonuç borcu ayırımı ve bunun vekâlet sözleşmesi bakımından görünümü hk. bk. **WERRO**, Mandat, sh. 28 (N. 75) vd.

çerçevesinde bankanın baştan hesaba borç kaydettiği tutar, ödeme talimatı gereği gibi icra edilmiş ise kesinleşecek; buna karşılık talimat gereği gibi icra edilmediği nispette, banka hesaptan çektiği tutarı iade ile yükümlü olacaktır.

Kurum içi havale söz konusu olduğunda, bankanın vasıta borcunun ihlali, bankanın özenli iş görme yükümlülüğünün ihlaline karşılık gelir. Bu havale tipinin özelliği gereği, havale tutarının lehdarın hesabına alacak kaydedilmemesi, kural olarak özensiz iş görme teşkil eder¹⁴⁵⁶. Banka, havalecinin verdiği talimatı hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, örneğin havale talimatı hiç işleme koymamış ya da işleme koymakla birlikte lehdarın kimliğinde, hesap numarasında, hesabın tutulduğu bankada ya da havale tutarında hata söz konusu olmuş, kısaca banka, kişi, hesap numarası, hesabın tutulduğu banka, miktar, gibi unsurlar bakımından havalecinin talimatına aykırı davranmış ve bu nedenle lehdarın hesabına alacak kaydı gerçekleşmemiş ise, banka, vasıta borcunu ihlal anlamında özensiz iş görmüş olur ve havale tutarını BK m. 394/f. I uyarınca masraf olarak havaleciden talep edemez¹⁴⁵⁷.

Zincirleme havale şeklinde gerçekleşen bir ödeme söz konusu olduğunda ise, ödeme talimatının verildiği bankanın vasıta borcunun ihlalinin varlığı bakımından, havale zincirinde aksamaya sebep olan bankanın fiillerinin bu bankaya isnat edilebilir olup olmadığı belirleyicidir.

Ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi icra etmemiş olan banka bir aracı banka ise, yukarıda benimsediğimiz görüş uyarınca bu banka, havalecinin bankasının BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı olduğundan, bu bankanın havale tutarının lehdara ulaşmaması sonucunu doğuran davranışı havalecinin bankasına isnat edilecek ve havalecinin bankası, aracı bankadan kaynaklanan aksaklıkta, havale tutarını havaleciye iade ile yükümlü olacaktır¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁶ **BETTSCHART**, sh. 219.

¹⁴⁵⁷ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 256; **HAHN**, sh. 65.

¹⁴⁵⁸ Bu olasılıkta da bankanın iade yükümlülüğünün doğumu, aracı bankanın davranışının BK m. 394/f. I anlamında gereği gibi iş görmeme¹⁴⁵⁸ teşkil etmesine bağlıdır¹⁴⁵⁸. Diğer bir deyişle, aracı bankanın davranışı bizzat havalecinin bankası tarafından gerçekleştirilse idi, bu davranışın havaleci ile bankası arasındaki ciro sözleşmesi bakımından özensiz iş görme teşkil edecek olması gerekir. Bu yönde bk. **BETTSCHART**, sh. 330, 350. Alman hukukundaki Banka havalesi yasasında ise, farklı bir çözüm benimsenmiştir. BGB § 676 b III 1 uyarınca havalecinin bankası, havaleciye karşı, havale tutarının lehdarın bankasına ulaştırılması konusunda miktar bakımından sınırlı şekilde garanti sorumluluğu

Ödeme talimatı lehdarın bankası tarafından hiç ya da gereği gibi icra edilmemiş ise, yukarıda benimsediğimiz alt vekil nitelendirmesi gereği, havalecinin bankasının havale tutarını iade yükümlülüğü bakımından, BK m. 391/f. II' de öngörülen, vekilin, alt vekilden sorumluluğuna ilişkin ilkeler kıyasen uygulanacaktır. Şöyle ki, havalecinin bankasının BK m. 394/f. I anlamında vasıta borcunu ihlal etmemiş olması için, lehdarın bankasının seçiminde ve ödeme talimatının bu bankaya aktarılmasında gerekli özeni göstermiş olması gerekir¹⁴⁵⁹. Kural olarak lehdarın bankası bizzat havaleci tarafından belirlendiğinden, havalecinin bankasının göstermekle yükümlü olduğu özen çoğu zaman salt talimatın bu bankaya gereği gibi aktarılmasından ibaret olur. Havalecinin bankası bu anlamda özensiz iş görmüş ise, BK m. 392/f. I uyarınca havalecinin hesabına borç kaydedilen tutarı havaleciye iade ile yükümlü olur.

Vurgulamak gerekir ki, ödemenin gerçekleşmemesine bizzat havaleci sebep olmuş, örneğin havale talimatında lehdara ilişkin bilgileri yanlış ya da eksik vermiş ise¹⁴⁶⁰, bu bilgileri esas alarak havaleciyi gerçekleştiren banka, ciro sözleşmesinden doğan iş görme borcunu gereği gibi (talimata uygun ve özenli şekilde) ifa etmiş sayılacağından¹⁴⁶¹, BK m. 394/f. I uyarınca havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydedebilir; önceden borç kaydetmiş ise, bunu iade etmekle yükümlü olmaz¹⁴⁶².

Banka ödeme talimatını gereği gibi icra etmemiş olmakla birlikte, gerçekleştirilen ödeme havalecinin menfaatine ve gerçek iradesine uygun ise, özellikle havale tutarı aslında havalecinin gerçek iradesine uygun kişinin hesabına alacak kaydedilmiş ise, bankanın havalecinin menfaatine iş gördüğünden bahisle BK m. 394/f.

altındadır. Bu yönde bk. **LANGENBUCHER**, sh. 160 vd. CNUDCI Model Kanunu m. 14'te de buna benzer şekilde, havale tutarının iadesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu yönde bk. **THÉVENOZ**, Banquier, sh. 34.

¹⁴⁵⁹ **BETTSCHART**, sh. 350.

¹⁴⁶⁰ Havaleci, havale talimatında lehdarın ismini belirtmeksizin hataen alacaklıya ait olmayan bir hesap numarası vermiş ya da alacaklı dışında bir üçüncü kişiyi lehdar olarak belirtmiş ise, ödemenin gerçekleşmemesinin (havale tutarının yanlış lehdarın hesabına geçmesi) havaleciye isnat edileceği hk. bk. **BILLOTTE-TONGUE** sh. 238 vd.

¹⁴⁶¹ Havale talimatında yalnızca hesap numarası belirtilmiş ve söz konusu hesap numarası havale lehdarının teşhis edilmesi bakımından yeterli değil ise, örneğin belirtilen hesap numarası birden fazla müşteriye ait ise, bankanın havaleciden ek açıklama talep etmesi gerektiği, aksi takdirde özenli ve müşterisinin menfaatine davranmış sayılamayacağı ve bu itibarla gereği gibi iş görmüş sayılamayacağı ifade edilmiştir. Bu yönde bk. **BUIS**, sh. 64. Bu son olasılıkta havale, havalecinin verdiği hesap numarasına göre gerçekleştirilmiş olsa dahi, ödemenin gerçekleşmemesi münhasıran havaleciye isnat edilemez.

¹⁴⁶² **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 239; **THÉVENOZ**, Banquier, sh. 27.

I anlamında gereği gibi iş gördüğünü, dolayısıyla masraf talebine hak kazandığını ileri sürememesi gerektiği öğretide ileri sürülmüştür¹⁴⁶³. Buna karşın, katıldığımız görüş uyarınca, banka tarafından – talimata aykırı şekilde – gerçekleştirilen ödeme sayesinde havaleci, lehdarın hesabına aktarılan havale tutarı oranında bedel ilişkisindeki borcundan kurtulmuş ise, banka havaleci müşterisine karşı sebepsiz zenginleşmeden ya da gerçek vekâletsiz iş görmeden doğan bir alacak hakkı elde eder; bu alacak hakkı ile havalecinin BK m. 392/f. I'den kaynaklanan iade alacağını takas etmesi söz konusu olur¹⁴⁶⁴.

ii. Bankanın Havaleci Müşterisine Karşı Olan Tazminat Talebi

Bilindiği üzere, BK m. 394/f. II'de, müvekkilin – zararın doğumu bakımından – kusurlu¹⁴⁶⁵ olmadığını ispat edemediği sürece, vekilin vekâlet konusu işi görürken uğramış olduğu zararı tazminle yükümlü olduğu öngörülmektedir. BK m. 96'daki sözleşmesel sorumluluğa paralel şekilde düzenlenmiş olan bu hüküm çerçevesinde vekilin tazminat alacağının doğumu, zarar, sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlali, zarar ile yükümlülük ihlali arasında uygun illiyet bağı ve kusur koşullarının bir araya gelmesini gerektirir.

Havale edilen tutar kaybedilmiş ve banka, BK m. 394/f. I uyarınca objektif anlamda gereği gibi iş görmemiş olduğundan söz konusu tutarı havaleciden masraf olarak talep edemiyor – havalecinin hesabına borç kaydedemiyor veya borç kaydetmiş ise bu tutarı BK m. 392 gereğince havaleciye iade etmekle yükümlü – ise, söz konusu tutar bankanın malvarlığında irade dışı bir azalma teşkil edecek, tazminat alacağının doğumu bakımından zarar koşulu gerçekleşmiş sayılacaktır¹⁴⁶⁶. Havaleci, bankanın uğradığı bu zararı BK m. 394/f. II uyarınca tazminle yükümlü olduğu ölçüde, bankanın

¹⁴⁶³ HÖLSCHIEDT, sh. 39.

¹⁴⁶⁴ HÖLSCHIEDT, sh. 42 vd.

¹⁴⁶⁵ Öğretide ve yargı kararlarında, vekaletin ivazlı olup olmaması bakımından ayırım yapılmak suretiyle, kusur sorumluluğu ilkesine dayanan BK m. 394/f. II (art. 402/II CO) hükmünün yalnızca ivazlı vekâlette uygulanacağı; ivazsız vekâlette ise, iş sahibinin kusurunun aranmadığı, vekaletsiz iş görmeye ilişkin BK m. 413 hükmünün kıyasen uygulanması görüşü hakimdir. Bu konuda bk. TANDOĞAN, Borç İlişkileri, sh. 598 vd.; FELLMANN, Art. 402, sh. 727 (N. 140, 141); buna karşın öğretide WERRO (Mandat, sh. 229 N. 666), art. 402/II CO hükmünün uygulama alanının ivazsız vekâlet olduğu, ivazlı vekâlette ise, işi gören kişiyi iş sahibinin kusurlu olduğunu ispatla yükümlü kılan art. 328 CO hükmünün kıyasen uygulanacağı görüşündedir.

¹⁴⁶⁶ BILLOTTE-TONGUE, sh. 135; BETTSCHART, sh. 220 dn. 38.

havalecinin hesabına borç kaydetmiş olduğu tutarı iade yükümlülüğü de sona erecektir¹⁴⁶⁷.

Öte yandan ilgili fıkra uyarınca, vekilin zarara “... vekâleti ifa dolayısıyla...” uğramış olması gerekmektedir. Bu ifade ile zararın, vekâlet sözleşmesinin salt varlığı dolayısıyla değil, bu sözleşmeden doğan iş görme borcunun ifasına girilmiş olunması nedeniyle ortaya çıkması gerektiği öğretide benimsenmektedir¹⁴⁶⁸. Bununla birlikte, bu fıkra uyarınca vekilin tazminat alacağına doğumu bakımından, iş görme borcunun maddenin birinci fıkrasında öngörülen şekilde – objektif anlamda – gereği gibi ifa edilmiş olmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır¹⁴⁶⁹.

Katıldığımız görüş uyarınca¹⁴⁷⁰, öncelikle, vekilin iş görme borcunu maddenin birinci fıkrasında öngörülen şekilde, – objektif anlamda – gereği gibi ifa etmiş olması, tazminat alacağına doğumunun bir koşulu değildir. Zira vekil objektif anlamda işi gereği gibi görmüş, başka bir deyişle vasita borcunu gereği gibi (somut olaydaki sözleşmeye, müvekkilin talimatlarına ve özen yükümlülüğüne uygun şekilde) yerine getirmiş ise, malvarlığında meydana gelen eksilmeyi masraf olarak müvekkilden, BK m. 394/f. I uyarınca talep etmesi mümkündür. Bu olasılıkta müvekkil, kusurlu olmadığını ispatlamak suretiyle vekilin masrafını karşılamaktan kaçınmaz. Özetle,

¹⁴⁶⁷ Öğretide, havalecinin hesabına borç kaydının gerçekleşmiş olduğu olasılıkta, havalecinin iade alacağı ile bankanın tazminat alacağına BK m. 118 (art. 120 CO) uyarınca takas edileceği ve banka lehine olası bakiyenin havalecinin hesabında borç kaydı olarak korunacağı ifade edildiği görülmektedir. Bu görüş için bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 140. Buna karşın, **BETTSCHEART** (sh. 223) tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere, havalecinin havale tutarının iadesine ilişkin alacağı, bankanın BK m. 394/f. II’den doğan tazminat alacağı oranında sona ermiş sayılacağından, bu iki alacağın takasından söz edilemez.

¹⁴⁶⁸ **WERRO**, Commentaire Romand, Art. 398, sh. 2074 (N. 12).

¹⁴⁶⁹ Bu konuda bk. ATF 110 283 3b.

¹⁴⁷⁰ BK m. 394’ün ilk fıkrasında düzenlenen vekilin masraf talebi, doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir borcun ifası talebi niteliğinde olup, bizzat yasa tarafından işin gereği gibi ifa edilmesi koşuluna bağlanmış iken, maddenin ikinci fıkrasının vekile tanıdığı imkân, vekilin vekâlet sözleşmesi (iş görme borcunun ifası) nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminine yönelik, dar ve teknik anlamda bir tazminat talebidir. Tazminata ilişkin olan bu hüküm bir yanıyla, faaliyetten yararlanan kişinin onun zararlı sonuçlarına ve tehlikelerine katlanması, başkası yararına iş gören vekilin zarara uğramaması gerektiği düşüncesine, diğer yanıyla da, müvekkilin sözleşmesel yükümlülüklerini kusurlu şekilde ihlal ettiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu itibarla, söz konusu fıkra uyarınca müvekkilin sorumluluğu, vekilin işi gereği gibi yerine getirmiş olması ile ilgili olmayıp, bizzat vekilin iş görme faaliyetine girişmiş olmasından kaynaklanır. Bu görüş ve Federal Mahkeme’nin konuya ilişkin kararları için bk. **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 135 vd.; **WETTSTEIN**, sh. 140; **ZEIDLER**, sh. 88 vd. Vekilin iş görme borcunu gereği gibi ifa etmiş olmasının müvekkilin tazminat borcunun doğumunun bir koşulu olduğu yönündeki karşı görüş için bk. **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 599 vd.; **WERRO**, Mandat, sh. 235 (N. 688).

maddenin ikinci fıkrasında yalnızca, vekilin vasıta borcunu ihlal ettiği veya gereği gibi iş gördüğünü ispat edemediği olasılık düzenlenmektedir. Buna göre, banka ya iş görme borcunu objektif anlamda gereği gibi ifa etmiştir ve havale tutarını maddenin birinci fıkrası uyarınca masraf olarak havaleciden talep edebilir (havalecinin hesabına borç kaydedebilir); ya da gereği gibi iş görmemiş yani vasıta borcunu ihlal etmiştir ve havale tutarını, ancak diğer koşullar da mevcut ise, tazminat olarak havaleciden talep edebilir¹⁴⁷¹.

İşin gereği gibi görülmemesinde (vasıta borcunun ihlalinde) vekilin kusurunun, müvekkilin sorumluluğuna etkisi de öğretilerde tartışmalıdır. Katıldığımız görüş¹⁴⁷² uyarınca vekilin kusurlu olması, söz konusu kusurlu davranış zarar ile müvekkilin ihlal teşkil eden davranışı arasındaki uygun illiyet bağına kesmedikçe, vekilin tazminat alacağına doğumuna engel teşkil etmez¹⁴⁷³; fakat tazminat alacaklısının müterafik kusuru olarak tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Söz konusu hüküm BK m. 96'da öngörülen sorumluluk düzeninin vekâlet sözleşmesindeki özel bir hali olduğu dikkate alındığında, vekilin kusuru müvekkilin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep teşkil etmez.

Öğretilerde genel kabul gören görüşe göre, müvekkilin bu hüküm uyarınca sorumluluğu MK m. 2/f. I uyarınca vekâlet sözleşmesinin müvekkile yüklediği koruma yükümlülüklerinin¹⁴⁷⁴ (*Schutzpflichten*) ihlaline dayanmaktadır¹⁴⁷⁵. Söz konusu koruma yükümlülüğü konusunu, vekili uyarma ya da vekilin zarara uğramaması için gerekli ve makul (müvekkilden beklenebilir olan) koruyucu önlemlerin alınması oluşturur¹⁴⁷⁶. Şu

¹⁴⁷¹ **BETTSCHART**, sh. 222.

¹⁴⁷² **FELLMANN**, Art. 402, sh. 734 (N. 167) vd.; **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 139; **BETTSCHART**, sh. 221 dn. 45. Öğretilerde bazı yazarlar ise, vekilin kusurunun tazminat alacağına doğumuna etkili olmadığını benimsemekle birlikte, özen yükümlülüğünü ihlal eden vekilin bu fıkra uyarınca tazminat talep edemeyeceği görüşündedirler. Bu yönde bk. **HOFSTETTER**, sh. 68; **WETTSTEIN**, sh. 140. Bu yaklaşım esasen, BK m. 390/f. II anlamında objektif özen ile BK m. 390/f. I anlamında sübjektif özen yani kusur ayırımına dayanmaktadır. Öğretilerde **TANDOĞAN** ise (Borç İlişkileri, sh. 601), vekilin zararın meydana gelmesindeki kusurunun müterafik kusur olarak dikkate alınacağı, BK m. 390/f. II anlamında özen borcunu ihlal etmesindeki kusurunun ise tazminat alacağına doğumunu engelleyeceği görüşündedir.

¹⁴⁷³ Vekilin kusurlu olmamasının müvekkilin sorumluluğunun ön koşulu olduğu yönündeki görüş için bk. **TERCIER**, sh. 502 (N. 4112); **WERRO**, Mandat, sh. 235 (N. 688).

¹⁴⁷⁴ Kavram için bk. **GÜMÜŞ**, Özen, sh. 122.

¹⁴⁷⁵ **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 600 vd.; **FELLMANN**, Art. 402, sh. 730 (N. 153) vd.; **HUGUENIN**, sh. 122 (N. 814).

¹⁴⁷⁶ **WETTSTEIN**, sh. 138.

halde, vekilin tazminat alacağıının doğumu için, öncelikle müvekkilin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan koruma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması, başka bir ifade ile, iş görmenin muhtemel tehlikeleri konusunda vekili uyardırmış ya da vekilin zarara uğramaması için kendisinden beklenebilecek önlemleri almamış olması ayrıca koruma yükümlülüğünün ihlali ile vekilin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağının¹⁴⁷⁷ mevcut olması gereklidir. Ciro sözleşmesinin de havaleciye, havale talimatının gereği gibi verilmesi, örneğin bankaya verilen havale talimatında doğru bilgilerin yer alması şeklinde koruma yükümlülükleri yüklediği kabul edilmektedir¹⁴⁷⁸. Havaleci, bankaya havale talimatında eksik ya da yanlış bilgiler vermek suretiyle havale tutarının kaybına sebep olduğu takdirde ciro sözleşmesinden kaynaklanan koruma yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılacak ve bankanın uğradığı zararı tazminle yükümlü olacaktır. Buna karşın, havaleci havale talimatını gereği gibi vermiş olmasına karşın, ödeme banka çalışanının hatası nedeniyle veya banka çalışanlarına isnat edilebilecek herhangi bir davranış söz konusu olmadan – örneğin bankanın bilgi işlem sisteminden kaynaklanan teknik bir aksaklık nedeniyle – gerçekleşmemiş ise, banka havaleciden tazminat talep edemez.

Bununla birlikte, vekilin tazminat alacağıının doğumu bakımından vekilin kusurlu olmamasının şart olup olmadığı da öğretilerde tartışmalıdır. Katıldığımız baskın görüş uyarınca, vekilin ortak kusuru, koruma yükümlülüğünün ihlali ile zarar arasındaki illiyet bağını kesmedikçe, müvekkilin sorumluluğunu ortadan kalkması sonucunu doğurmayacak; fakat tazminattan bir indirim sebebi teşkil edecektir¹⁴⁷⁹.

BK m. 394/f. II uyarınca banka, havale sürecinde bir zarara uğradığını – kaybedilen havale tutarı ölçüsünde malvarlığında bir eksilme gerçekleştiğini – ispat ile yükümlü olup; havaleci, ciro sözleşmesinin kendisine yüklediği koruma yükümlülüğünü

¹⁴⁷⁷ Öğretilerde **TANDOĞAN** (Borç İlişkileri, sh. 509) ve diğer bazı yazarlar tarafından, tazminat borcunun şartlarından biri olarak vekilin uğradığı zarar ile vekâletin ifası arasında uygun illiyet bağı olması gerektiği ifade edilmişse de, katıldığımız görüşe göre uygun illiyet bağı, vekilin iş görme faaliyeti ile uğradığı zarar arasında değil, müvekkilin koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi ile zarar arasında mevcut olmalıdır. Bu görüş için bk. **FELLMANN**, Art. 402, sh. 732 (N. 157).

¹⁴⁷⁸ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 44; karşı. **SCHÖNLE**, Responsabilité, sh. 78; Alman hukukunda aynı yönde bk. **WIMMER-LEONHARDT**, sh. 71.

¹⁴⁷⁹ **TANDOĞAN**, Borç İlişkileri, sh. 601; **FELLMANN**, Art. 402, sh. 734 (N. 168).

ihlal etmekte kusurlu olmadığını ispat edemediği sürece bankanın bu zararını tazmin ile yükümlü olacaktır¹⁴⁸⁰.

b. Bankanın Müşterisi Olmayan Havaleciye Karşı İade Yükümlülüğü

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda benimsediğimiz görüşe göre, havale tutarı lehdarın bankasına aktarılmış ancak alacaklının hesabına hiç geçmemiş ise, kural olarak bedel ilişkisinde para borçlusu para borcundan kurtulmuş sayılacağından – yani alacaklıya tekrar ödeme yapmakla yükümlü olmayacağından – , borçlunun kendi bankasından havale tutarının iadesini talep etmesi söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte, alacaklının bankasının bedel ilişkisinde borçlunun risk alanına dahil olduğunun kabul edildiği hallerde, para borçlusu para borcundan kurtulmuş olmayacağından, hesabından çekilen ancak alacaklının hesabına aktarılmayan havale tutarının iadesini kendi bankasından talep eder. Bu talep karşısında havalecinin bankası da, BK m. 394 uyarınca vekâleti gereği gibi icra ettiğini ispat ettiği ölçüde¹⁴⁸¹ havale tutarını havalecinin hesabına borç kaydetmeye yetkili olacağından, karşılık ilişkisinde havale tutarının kaybı riski ilk bakışta havaleci borçlu tarafından üstlenilmiş olur¹⁴⁸². İşte bu olasılıkta, havaleci borçlu, havale tutarının iadesini, karşılık ilişkisinde alt vekil olarak nitelendirdiğimiz lehdarın bankasından BK m. 391/f. III temelinde talep edip edemeyeceği konusu gündeme gelecektir. Aşağıda öncelikle vekâlet sözleşmesinde müvekkile tanınan doğrudan talep olanağı ele alınacak daha sonra da banka havalesinde havalecinin bu hukuki olanakta ne ölçüde yararlanabileceği konusu ele alınacaktır.

i. Genel Olarak Vekâlet Sözleşmesinde Müvekkilin Alt Vekile Karşı Doğrudan Talep İmkânı (BK m. 391/f. III)

Bilindiği üzere BK m. 391/f. III'deki "...vekilin kendi yerine ikame ettiği şahsa karşı haiz olduğu bütün hakları müvekkil, doğrudan doğruya o şahsa karşı dermeyer edebilir." hükmü gereğince, müvekkil, vekil ile alt vekil arasındaki sözleşme ilişkisinden vekil lehine doğan tüm hakları doğrudan alt vekile karşı ileri sürebilir. Bu kapsamda BK m. 390/f. II'de öngörülen özen yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan

¹⁴⁸⁰ **BILLOTTE-TONGUE**, sh. 190.

¹⁴⁸¹ Havalecinin bankası, BK m. 391/f. II uyarınca lehdar bankasının seçiminde ve bu bankaya talimatın aktarılmasında gereken özeni göstermiş ise, BK m. 394/f. I anlamından gereği gibi iş görmüş sayılır.

¹⁴⁸² **BETTSCART**, sh. 333.

tazminat talebinin¹⁴⁸³ yanı sıra BK m. 392 uyarınca vekilin iş görme nedeniyle aldıklarını müvekkile iade etme yükümlülüğü de yer alır¹⁴⁸⁴.

BK m. 391/f. III'te müvekkile tanınan doğrudan talep imkânı, özellikle alt vekilin borca aykırı davranışı nedeniyle müvekkilin uğradığı zararın tazmini bakımından sorun arz etmektedir. Zira hükmün lafzı dikkate alındığında, müvekkilin alt vekile karşı ileri sürebileceği talepler, vekilin alt vekile karşı sahip olduğu taleplerle ile sınırlıdır. Şu halde tazminat talebinin ön koşulu olan zarar, vekilin malvarlığında gerçekleşmemiş olduğu için, müvekkilin kendi zararı bakımından alt vekile karşı ileri sürebileceği sözleşmeden doğan bir talep hakkına sahip olamayacağı sonucuna varmak gerekecektir¹⁴⁸⁵. Bununla birlikte öğretide ve yargı kararlarında, hükmün lafzı yorumunun esas alınmaması gerektiği, BK m. 391/f. III'te müvekkile tanınan doğrudan talep imkânının, müvekkilin uğradığı zararın tazminini de kapsadığı konusunda görüş birliği mevcuttur¹⁴⁸⁶. Tartışmalı olan konu ise, müvekkilin uğradığı zararın tazminine ilişkin alt vekile yönelteceği doğrudan talebin hangi hukuki gerekçe ile açıklanacağı noktasında toplanmaktadır. Bu konuda İsviçre hukuku öğretisinde, alt vekil ile vekil arasında art. 112/II CO anlamında tam üçüncü kişi lehine sözleşme teşkil ettiği; üçüncü kişinin zararını tazmin (*Drittschadensliquidation*) ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) teorisine başvurulması gerektiği ya da vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabileceği şeklinde görüşlerin

¹⁴⁸³ BK m. 391/f. III'ün lafzı dikkate alındığında, tazminat talebinin ön koşulu olan zarar, vekilin malvarlığında gerçekleşmemiş olduğu için, müvekkilin kendi zararı bakımından alt vekile karşı ileri sürebileceği sözleşmeden doğan bir talep hakkına sahip olamayacağı sonucuna varmak gerekse de, öğretide ve yargı kararlarında, hükmün lafzı yorumunun esas alınmaması gerektiği, BK m. 391/f. III'te müvekkile tanınan doğrudan talep imkânının, müvekkilin uğradığı zararın tazminini de kapsadığı konusunda görüş birliği mevcuttur. Bu yönde bk. **WERRO**, Commentaire Romand, Art. 399, sh. 2061 (N. 6); karşı. **FAVRE-BULLE**, sh. 382; **BETTSCHART**, sh. 291; **BUIS**, sh. 152. Bununla birlikte, müvekkilin uğradığı zararın tazminine ilişkin alt vekile yönelteceği doğrudan talebin hangi hukuki gerekçeye dayandırılacağı ise tartışmalıdır. Bu konuda İsviçre hukuku öğretisinde, alt vekil ile vekil arasında İBK m. 112/f. II anlamında tam üçüncü kişi lehine sözleşme teşkil ettiği; üçüncü kişinin zararını tazmin (*Drittschadensliquidation*) ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) teorisine başvurulması gerektiği ya da vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabileceği şeklinde görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ise, müvekkilin doğrudan talep imkânını güven sorumluluğu temeline dayandırdığı anlaşılmaktadır. İsviçre hukukundaki bu görüşler hk. bk. **FAVRE-BULLE**, sh. 382 vd.; **BETTSCHART**, sh. 336 vd.; **BUIS**, sh. 152 vd.

¹⁴⁸⁴ **FELLMANN**, Art. 399, sh. 579 (N. 101); **WERRO**, Commentaire Romand, Art. 399, sh. 2061 (N. 6); **BETTSCHART**, sh. 333 dn. 237; **AKİPEK**, sh. 205.

¹⁴⁸⁵ Bu yönde bk. **FELLMANN**, Art. 398, sh. 539 (N. 615) vd.

¹⁴⁸⁶ **WERRO**, Commentaire Romand, Art. 399, sh. 2061 (N. 6); karşı. **FAVRE-BULLE**, sh. 382; **BETTSCHART**, sh. 291; **BUIS**, sh. 152.

ileri sürüldüğü görülmektedir¹⁴⁸⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ise, müvekkilin doğrudan talep imkanını güven sorumluluğu temeline dayandırdığı anlaşılmaktadır¹⁴⁸⁸.

ii. BK m. 391/f. III Temelinde Havale Tutarının İadesi Talebi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, burada havaleci tarafından lehdarın bankasına karşı ileri sürülen talep, havale talimatının hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminine ilişkin olmayıp, havalecinin bankası ile lehdarın bankası arasındaki ciro sözleşmesinden doğan (alınanların iadesi borcunun) borcun ifası talebidir¹⁴⁸⁹. Zira havaleci, BK m. 391/f. III uyarınca, havale tutarının iadesine yönelik olarak lehdarın bankasına karşı bir alacak hakkına sahip olduğu sürece, karşılık ilişkisinde kayıp riskini üstlenmiş olmasına rağmen, malvarlığında bir eksilme söz konusu olmadığından, dar ve teknik anlamda zarara uğramış olmaz¹⁴⁹⁰. Bu itibarla yukarıda, müvekkilin BK m. 391/f. III uyarınca kendi zararının tazminini talep etmesinin hangi hukuki temele dayandırılacağına ilişkin öğretideki tartışma, havale tutarının iadesi talebi bakımından önem arz etmemektedir.

Buna göre, lehdarın bankasından kaynaklanan kayıp riski karşılık ilişkisinde havaleci tarafından üstlenildiği takdirde – yani havalecinin bankası havale tutarını havaleci müşterisinin hesabından çekmeye yetkili ise – , havaleci, BK m. 391/f. III temelinde, lehdarın bankasından havale tutarının iadesini talep edebilecektir. Zira lehdarın bankası ile havalecinin bankası arasındaki ilişkide BK m. 394'te öngörülen koşullar oluşmamış ise, yani lehdarın bankası, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş ise, havale tutarını BK m. 392 uyarınca havalecinin bankasına (ya da kendinden önceki aracı bankaya) iade ile yükümlü olur. Diğer bir deyişle, kendisine iletilen ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olan lehdarın bankası, havalecinin

¹⁴⁸⁷ Bu görüşlere ilişkin açıklamalar için bk. **FAVRE-BULLE**, sh. 383 vd.; **BETTSCHART**, sh. 337 vd.; **BUIS**, sh. 152 vd.

¹⁴⁸⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 121 III 310 no'lu kararında bu yaklaşım, “yalnızca ödeme tekniğine ya da organizasyon tarzına ilişkin sebeplerle havalecinin korumadan yoksun kalmasının kabul edilemeyeceği” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁴⁸⁹ **BETTSCHART**, sh. 335, 354. İsviçre Federal Mahkemesinin ATF 121 III 310 (bk. JdT 1996 I 359) no'lu kararına konu olan olayda ise, lehdarın bankası tarafından havalecinin talimatına aykırı şekilde havale tutarının yanlış hesaba aktarılması ve sonrasında da havale tutarının kaybı nedeniyle havalecinin art. 399/III CO hükmü temelinde lehdarın bankasına yönelttiği talebin, lehdarın bankasının sorumluluğuna ilişkin bir tazminat talebi olarak nitelendirildiği görülmektedir.

¹⁴⁹⁰ **BETTSCHART**, sh. 333.

bankası ile arasındaki ciro sözleşmesi çerçevesinde gereği gibi iş görmemiş olacağından, havale tutarını BK m. 394/f. I uyarınca havalecinin bankasının hesabından çekmeye yetkili değildir. Keza, havalenin hiç ya da gereği gibi gerçekleşmemesinde havalecinin bankası kusurlu da değil ise, lehdarın bankası, havale tutarını havalecinin bankasının hesabına BK m. 394/f. II uyarınca da borç kaydedemeyecektir. Sonuç olarak BK m. 394/f. ve f. II'de öngörülen koşullar gerçekleşmediği için lehdarın bankası, havale tutarını BK m. 392 uyarınca havalecinin bankasına iade ile yükümlüdür. İşte, havaleci borçlu tarafından BK m. 391/f. III temelinde doğrudan lehdar alacaklının bankasına ileri sürülen iade talebi, havalecinin bankasının lehdarın bankasına karşı BK m. 392 uyarınca sahip olduğu¹⁴⁹¹ sözleşmesel iade talebine karşılık gelir¹⁴⁹².

2. Havalecinin Bankasının Havalecinin Uğradığı Dolaylı Zarar Nedeniyle Sorumluluğu

Havale tutarının alacaklının belirlenen hesabına aktarılmamasının bedel ilişkisindeki para borcunun ödenmesi bakımından bir gecikme teşkil ettiği durumda, alacaklının bu gecikme nedeniyle zarara uğrayabileceği; bedel ilişkisinde, edim hasarının para borçlusuna yüklendiği durumlarda ise, para borçlusunun alacaklıya ödeme yapmanın yanı sıra alacaklının uğradığı bu gecikme zararını da tazminle yükümlü olacağı belirtilmişti.

Ödemenin hiç gerçekleşmemesine bağlı olarak bedel ilişkisinde alacaklısının uğradığı gecikme zararını tazminle yükümlü olan borçlunun, bu surette uğradığı dolaylı zararın tazminini, ödeme talimatı verdiği bankadan sağlayıp sağlayamayacağı, bankanın ciro sözleşmesinden doğan sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir sorundur.

Ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi icra etmemek suretiyle havale tutarının alacaklının hesabına aktarılmamasına, borçlunun ödeme talimatı vermiş olduğu banka yol açmış ise, bu bankanın havaleci müşterisine karşı sorumluluğu, müşterisi ile

¹⁴⁹¹ Havale tutarının bankalar arasında iadesi bakımından, lehdarın bankasının havalecinin bankasına (ya da kendinden önceki aracı bankasına) ait nostro hesabında havale tutarı kadar borç kaydı yapmış olması ile havalecinin bankasının (ya da aracı bankanın) lehdarın bankasının vostro hesabından havale tutarını düşmesi, hukuki kurgu itibarıyla kurum içi havalede havaleci ile bankası arasındaki iadesinden farklılık arz etmemektedir.

¹⁴⁹² **BETTSCHART**, sh. 334.

arasındaki ciro sözleşmesine ve bu sözleşmeden doğan kusur sorumluluğu rejimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada, havaleci müşterinin uğradığı zararın, banka açısından bir dolaylı zarar niteliinde olduğu dikkate alındığında, bankanın sorumluluğunun kapsamı bakımından, banka genel işlem şartlarındaki dolaylı zarardan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin etkili olacağı unutulmamalıdır.

Öte yandan, havale zincirinde ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi icra etmemek suretiyle ödemenin hiç gerçekleşmemesine ve havaleci borçlunun dolaylı zarara uğramasına yol açan banka, havaleci borçlunun ödeme talimatı verdiği, yani kendi bankası dışında bir banka ise, borçlunun uğradığı zarar nedeniyle kendi bankasını sorumlu tutabilmesi, aksamaya yol açan banka ya da bankaların fiillerinin ne ölçüde borçlunun bankasına isnat edilebilir olduğuna yani karşılık ilişkisindeki risk dağılımına göre cevaplandırılması gereken bir sorundur. Somut olarak, benimsediğimiz görüş uyarınca, karşılık ilişkisinde aracı banka BK m. 100 uyarınca yardımcı şahıs konumunda olduğundan, borçlunun bankası ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi icra etmeyen aracı bankadan müşterisine karşı sorumlu olur. Alacaklının bankası ise, karşılık ilişkisinde alt vekil konumunda olması itibariyle, borçlunun bankasının havaleci müşterisine karşı sorumluluğu BK m. 391/f. II hükmü çerçevesinde belirlenir.

Havaleci borçlunun bankasının, havaleci borçlunun uğradığı dolaylı zarardan sorumluluğu hakkında ortaya koyduğumuz bu genel sonuçlar, yukarıda, ödemenin zamanında gerçekleşmemesinin bankanın sorumluluğu açısından sonuçlarına ayrılan bölümde ayrıntıları ile incelenmiş bulunduğundan, bu başlık altında, ödemenin hiç gerçekleşmemesi nedeniyle bankanın dolaylı zarardan sorumluluğunun tabi olduğu hukuki rejim bakımından ilgili başlık altında yaptığımız açıklamalara gönderme yapılması ile yetinilecektir.

SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız başlıca sonuçlar ve vurgulanması gerektiğini düşündüğümüz bazı konular şunlardır:

Banka havalesi, hukuki niteliği itibariyle BK m. 457 vd. anlamında havale olmamakla birlikte, yapısı ve işlevi bakımından BK m. 457 vd. öngörülen havale ile arz ettiği benzerlikler, söz konusu havale hükümlerinin anka havalesine kıyasen uygulanmasını gerektirmektedir.

Banka havalesi yoluyla ödeme işleminin gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu, müşteri ile banka arasındaki hesap ilişkisidir. Bu hesap ilişkisi, cari hesap ve ciro sözleşmelerinden oluşmaktadır. Banka nezdinde cari hesap şeklinde işleyen bir hesap açtırmakta, böylece bu cari hesap ilişkisine bağlı olarak, banka ile müşteri arasında, konusu müşterinin ödeme talimatlarının yerine getirilmesi olan örtülü şekilde bir ciro sözleşmesi kurulmaktadır. Bu ciro sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi niteliğinde olup, hukuki niteliği itibariyle BK m. 389 vd. anlamında tipik bir vekâlet sözleşmesidir.

Münferit ödeme işlemi sırasında banka ve taraflar arasında kurulan ilişkiler, özellikle banka ve müşterinin karşılıklı hak ve yükümlülükleri bakımından ise, BK m. 457 vd.'daki havale hükümlerinin yanı sıra cari hesap ve ciro sözleşmeleri belirleyicidir. Çalışmamızda bu münferit ödeme işlemi, işleme katılan taraflar arasındaki ikili ilişkiler esas alınarak incelenmiştir.

Buna göre, banka havalesi yoluyla ödeme sürecini başlatan, borçlunun ciro sözleşmesine dayanarak bankaya ilettiği ödeme talimatıdır. Bu talimat üzerine banka, havale tutarını öncelikle borçlunun hesabına borç kaydettikten sonra, söz konusu tutarı alacaklının hesabına ya da alacaklının bankasına aktarır. Söz konusu borç kaydı işlemi, BK m. 394/f. I anlamında bankanın iş görmeden doğan masraf alacağının önceden karşılanması, yani bankaya masraf avansı verilmesidir. Ödeme talimatı ise, bir yandan BK m. 457 anlamında havale ilişkisini kuran yetkilendirme işlemi, ciro sözleşmesi bakımından ise, bankanın edim yükümlülüğünü somutlaştıran bir iş görme talimatı

niteliğindedir. Bankanın bu talimat zemininde somutlaşan edim yükümlülüğü, kurum içi havalede, havale tutarını alacaklının hesabına alacak kaydedilmesi, zincirleme havalede ise, bu sonucu gerçekleştirmeye yönelik alacaklının bankası aracılığına başvurulmasıdır. Bu yükümlülüğün doğumu ise, kural olarak borçlu havalecinin cari hesabında yeterli karşılığın bulunması geciktirici şartına bağlıdır.

Alacaklı ve banka arasındaki ilişki de vekâlet sözleşmesi ve havale hükümlerine tabidir. Havale tutarının hesabına alacak kaydedilmesi ile alacaklı, bankaya karşı “soyut” bir talep hakkı elde eder. Bununla birlikte, söz konusu alacak kaydı işlemi BK m. 459/f. I anlamında havalenin banka tarafından kabulü değil, bizatihi havalenin banka tarafından icra edilmesine karşılık gelir. Keza alacaklının havale tutarı üzerinde tasarruf olanağı elde etmesi bakımından kendisine bildirim yapılması da gerekli değildir. Bankanın havale tutarını müşterisinin hesabına aktarma yükümlülüğü ise, lehdar konumundaki müşterisi ile arasındaki ciro sözleşmesinden doğan, BK m. 392/f. I anlamında vekilin iş görme dolayısıyla elde ettiklerini müvekkile iade yükümlülüğüne dayanır.

Alacaklı ve borçlunun hesapları farklı bankalarda bulunuyor ise, alacaklının bankasına arasında gerekli karşılığın aktarılması, bankalar arasındaki doğrudan hesap ilişkisi üzerinden veya dolaylı olarak bir muhabir banka veyahut clearing sistemi aracılığıyla gerçekleştirilir. Her iki durumda da bankalar arasında kurulan ilişki, esasen bir hesap ilişkisi olması itibarıyla cari hesap ve ciro sözleşmelerine dayanır. Öte yandan ödeme sürecine birden fazla bankanın katılması, temel havale ilişkisi üzerinde değişiklik yaratmaz. Zincirleme banka havalesinde de kurum içi havaledeki gibi, borçlunun havaleci; alacaklının ise, havale lehdarı konumunda olduğu tek bir havale ilişkisi söz konusudur.

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin kesinleşmesi çerçevesinde geri alma talimatı, önceki ödeme talimatının etkisini ortadan kaldıran, ciro sözleşmesi temelinde verilmiş bir karşı talimattır. Dolayısıyla ödeme talimatı icra edilene kadar borçlu talimatını geri alabilir. Bu noktada banka havalesinde bir kabul bildirim söz konusu olmadığından BK m. 461/f. II, banka havalesinde uygulanmaz. Zamanında geri alınmamış bir talimat banka karşısında hüküm doğurmayacaktır. Buna karşın havaleci borçlu ödeme talimatını zamanında geri almış ise, banka havale tutarını havaleci

borçludan masraf olarak talep edemez; kural olarak banka havale tutarının iadesini sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak lehdar alacaklıdan iadesini talep edebilir.

Bankaya verilen ödeme talimatı, kural olarak BK m. 31 uyarınca iptal edilebilir bir irade açıklamasıdır. Ödeme talimatının iptali edilmesi üzerine banka, havale tutarının lehdardan iadesini sağlayabildiği ölçüde havaleciye iade ile yükümlü olur. Öte yandan iptal geriye etkili şekilde havale işlemini ortadan kaldıracığından, banka tarafından lehdara yapılan kazandırma sebepsiz zenginleşme teşkil eder.

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemenin borca uygun olması ve ifa etkisi doğurması bakımından ödemenin, borca, konu, yer, zaman ve kişi unsurları bakımından uygun olması gereklidir.

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede borçlunun yerine getirdiği edimin konusu kaydi paradır. Kaydi parayı ile yapılan ödeme bakımından, Türk hukukunda bazı özel yasa hükümleri ve dürüstlük kuralı istisnası hariç, yasadan kaynaklanan genel bir kabul yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu itibarla kaydi paranın borcun konusuna uygun olabilmesi, borç ilişkisinin taraflarının bu konudaki anlaşmalarına bağlıdır. Böyle bir anlaşma tarafların gerçek iradelerine dayanabileceği gibi, bazı durumlarda somut ödeme işleminin özelliklerinden hareketle varsayılan taraf iradelerinin varlığına dayandırılabilir. Bu noktada özellikle Türk hukukunda Vergi Mevzuatındaki bazı düzenlemelerin dikkate alınması gerekir. Taraflar arasında kaydi para ile ödeme konusunda bir anlaşma mevcut olduğu takdirde, havale tutarının alacaklının hesabına aktarılması ifa yerine eda değil, ifa teşkil edecektir. Bu anlaşma kural olarak her iki taraf için de bağlayıcı nitelikli olup, alacaklı, kaydi para ile yapılacak ödemeyi kabul iradesini tek taraflı geri almak suretiyle, sonradan ödemenin nakit olarak yapılması talep edemez.

Borçlunun banka havalesi yoluyla ödemeye yetkili olması, para borcunun ödeme yeri bakımından, götürülecek borç niteliğinde değişiklik yaratmaz. Bu itibarla borçlanılan edim kararlaştırılan ifa yerine götürülmedikçe, yani alacaklı havale tutarı üzerinde tasarruf olanağı elde etmedikçe ifa etkisi gerçekleşmiş olmaz. Bununla birlikte, banka havalesi yoluyla ödeme anlaşmasının varlığı, borcun ifa yerinde değişiklik yaratır. Kural olarak para borcunun ifa yeri, alacaklının hesabının tutulduğu banka şubesinin bulunduğu yerdir. Havale tutarının alacaklıya geç ulaşması ya da hiç

ulaşmaması riskleri, havale tutarının ifa yerine ulaşması anından itibaren alacaklıya yüklenir.

Banka havalesi yoluyla yapılan ödemede, ödemenin zamanında gerçekleşmiş sayılması bakımından esas alınacak ödeme anı, öncelikle taraf iradelerine göre belirlenir. Tarafların bu yöndeki iradeleri tespit edilemediği takdirde, havaleye hükümleri uyarınca, alacaklının bankaya karşı soyut ve geri alınamaz bir alacak hakkı elde ettiği an esas alınmalıdır. Banka havalesinde alacaklı bu hukuki konumu, en erken havale tutarı hesabına alacak kaydedildiği anda elde eder. Alacak kaydı konusunda alacaklıya bildirim yapılması ise, gerekli değildir.

Para borçları, ifası bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olmayan borçlardan olduğundan, kaydi paranın alacaklının hesabına kim tarafından aktarıldığı ifa etkisi bakımından belirleyici değildir. Öte yandan banka havalesi yoluyla ödeme anlaşması, ödemenin yapılacağı kişi bakımından bir değişiklik yaratmaz. Bu anlamda, ödeme bankaya yapıldığı anda değil, ödenen tutar alacaklının hesabına aktarıldığı anda ifa etkisi gerçekleşir.

Ödemenin borca uygun olmaması, esasen, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide ödemenin gecikmesi ya da ödemenin hiç gerçekleşmemesi şeklinde iki temel sonuç doğurur.

Ödemenin zamanında gerçekleşmemesi bedel ilişkisinde alacaklının zarara uğramasına yol açmış ise, para borçlusu bu gecikme zararından alacaklısına karşı BK m. 101/f. II uyarınca sorumludur. Temerrüt faizi ile karşılanamayan bir zarar söz konusu olduğunda borçlu, kural olarak kendi kusurlu davranışının yanı sıra, BK m. 100 anlamında yardımcı şahsı sayılan ödeme talimatı verdiği bankanın ve bu bankanın başvurduğu aracı bankanın yol açtığı gecikmeden de sorumlu olur. Alacaklının hesabının tutulduğu bankadan kaynaklanan gecikme riskini ise, bu banka bizzat borçlu tarafından belirlenmek suretiyle alacaklıya şart koşulmadıkça, alacaklı yüklenecektir.

Bu şekilde bedel ilişkisinde gecikme riskini üstlenmiş olan para borçlusu, bu gecikme nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini kural olarak ödeme talimatı verdiği bankadan talep edecektir. Bankanın, havaleci müşterisi karşısında sorumlu tutulabilmesi, ciro sözleşmesinden doğan BK m. 390 anlamında özenli iş görme yükümlülüğünü kusurlu şekilde ihlal etmiş olmasına bağlıdır.

Ödeme talimatını hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen bankanın özensiz iş görüp görmediği konusu ayrıca incelenmiştir. Ödemenin zamanında gerçekleşmesi havaleci için olağanüstü önem taşıyor ise, havaleci bankayı bu konuda uyarmalıdır. Havalecinin bu uyarıda bulunmaması ortak kusur olarak dikkate alınır. Ödemenin yanlış hesaba aktarılması konusunda ise, bankanın, ödeme talimatından lehdar teşhis edilememesine rağmen ya da ödeme talimatındaki hesap numarası ve isim uygunluğunu denetlemeksizin ödeme talimatını icar etmesi, özensiz iş görme teşkil eder.

Bankanın bilgi işlem sistemindeki arızalarından sorumluluğu bakımından, kusur sorumluluğu ilkesi geçerlidir. Öte yandan, gecikme zararından bankanın sorumlu tutulmaması için, bankaya, sistemin tasarlanmasında, programlanmasında, bakımından ve kullanımında herhangi bir özensizlik isnat edilememesi gereklidir.

Ödemenin gecikmesine havale zincirindeki diğer bankalar yol açmış ise, borçlunun bankasının bu bankaların davranışlarından sorumlu tutulması mümkündür. Zira borçlunun havaleci müşterisine karşı üstlendiği edimin kapsamına, tıpkı kurum içi havalede olduğu gibi, havale tutarının lehdara aktarılması da dahildir. Öte yandan söz konusu bankanın davranışının borçlunun bankasına kusursuz sorumluluk çerçevesinde isnat edilebilirliği bakımından bir ayırım yapılmıştır. Ödeme sürecinde borçlunun bankasının başvurduğu muhabir banka, karşılık ilişkisinde borçlunun bankasının BK m. 100 anlamında yardımcı şahıstır. Keza clearing sistemi aracılığıyla gerçekleşen havalede, sistemi işleten Merkez Bankası da BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs konumundadır. İstisnai olarak bedel ilişkisinde borçlu, lehdar alacaklının bankasından kaynaklanan gecikme riskini de üstlenmiş ise, borçlunun bankasının lehdarın bankasının davranışından sorumlu tutulması söz konusu olur. Lehdarın bankası karşılık ilişkisinde 389/f. III alt vekil konumundadır.

Bankanın gecikmeden sorumluluğu banka genel işlem şartlarındaki sorumsuzluk kayıtlarında kusur ve tazminatın miktarı bakımından sınırlandırılmaktadır. Sorumluluğu kusur unsuru bakımından sınırlandıran sorumsuzluk kayıtları BK m. 99/f. II ve m. 100/f. III'teki sınırlamalara tabidir. Bu noktada bankacılık faaliyetinin devlet tarafından tanınan imtiyazla yürütülen faaliyet olduğunun dikkate alınması gerekir. Keza sorumluluğu miktar bakımından sınırlandıran kayıtlar da, BK m. 99/f. II ve m. 100/f. III'te öngörülen sınırlamalara tabi olup, havalecinin bankayı uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemesine bağlı olarak bankanın faiz kaybını aşan zarardan

sorumlu tutulmaması, yalnızca banka çalışanın hafif kusurlu olduğu olasılıkta geçerli olur. Bununla birlikte havalecinin olağandışı zarar risk konusunda bankayı uyarmaması, bankanın ağır kusurlu olduğu olasılıkta dahi hakim tarafından tazminatta indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır.

Havaleci borçlu bedel ilişkisinde uğradığı zararın tazminini, müşterisi olmadığı, gecikmeye yol açan üçüncü bankadan talep etmesi söz konusu olabilir. Bu noktada havaleci borçlunun tazminat talebini dayandırabileceği hukuki esas olarak, üçüncü kişinin zararının tazmini, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme ve sözleşme ağı teorileri ele alınmıştır.

Ödemenin borca uygun olmamasının yol açtığı diğer sonuç ise, ödemenin hiç gerçekleşmemesidir. Bedel ilişkisinde para borçlusunun alacaklıya ödeme yapma yükümlülüğü bakımından, edim hasarının alacaklıya geçiş anı dikkate alınır. Kaydi para ile yapılan ödemede edim hasarı, havale tutarının lehdar alacaklının hesabının bulunduğu bankaya ulaştığı andan itibaren, alacaklıya yüklenecektir. Esasen para borcu ödenmiş olmamakla birlikte, havaleci borçlu para borcundan kurtulmuş olur. Havale tutarının alacaklının belirlenen hesabına hiç ulaşmaması, aynı zamanda bir gecikme teşkil edebilir., bu gecikme nedeniyle alacaklı zarara uğramış ise, edim hasarının borçluya yüklendiği durumda, borçlu, alacaklının uğradığı gecikme zararından da sorumlu olur.

Bankanın havale tutarını havalecinin hesabına iade yükümlülüğü bakımından ise, vekâlet sözleşmesi hükümleri dikkate alınır. Buna göre, banka BK m. 394/f. I anlamında vasıta borcunu gereği gibi ifa ettiğini ispat etmedikçe, havale tutarını havaleci müşterisine iade ile yükümlüdür. Bununla birlikte banka, BK m. 394/f. II uyarınca havaleciye karşı bir tazminat alacağına sahip ise, söz konusu tutarı iade etmekten kaçınabilir. Havaleci, istisnai olarak, alt vekil konumundaki lehdarın bankasından BK m. 391/f. III temelinde havale tutarının iadesini talep edebilir. Ödemenin hiç gerçekleşmiş olması nedeniyle havalecinin uğradığı dolaylı zarardan bankanın sorumluluğu ise, ciro sözleşmesinden doğan sorumluluk rejimine tabidir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent.** : İşçi ücretlerinin otomatik Para Çekme Makinaları İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu, Yargıtay Dergisi, C. 22, S. 3, 1996, sh. 340-363.
- AKİPEK, Şebnem.** : Alt Vekâlet, Ankara 2003.
- AKYOL, Şener.** : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976.
- AKYOL, Şener.** : Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009. (kıs. Temsil)
- ALBAŞ, Hakan.** : Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105), Ankara 2004
- ALTOP, Atilla.** : Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul 1996.
- ARMBRÜSTER, Christian.** : Drittschaden und vertragliche Haftung, Recht 1993, H. 3, sh. 84-91.
- ATAMER, M. Yeşim.** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
- ATAMER, M. Yeşim.** : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (kıs. CISG)
- BARLAS, Nami.** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992. (kıs. Temerrüt)
- BARLAS, Nami.** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, c. LV, S. 3, İstanbul 1997, sh. 191-208. (kıs. Dürüstlük Kuralı)

- BARLAS, Nami.** : Çerçeve Sözleşme Kavramı Ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, sh. 807-828.
- BAŞBUĞ, Aydın.** : İşçi Ücretlerinin ATM İle Ödenmesinden Doğan Sorunlar, İş Hukuku Dergisi, Nisan-Haziran 1993, sh. 209-224.
- BAŞPINAR, Veysel.** : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.
- BAYGIN, Cem.** : Yabancı Para Üzerinde Borçlanmalar ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 1997.
- BERGSTEIN, Eric.** : Legal Aspects of International Funds Transfers, RDAI 1987, n. 7 sh. 649-668.
- BETTSCHART, Sebastien.** : Virement en chaîne et assignation bancaire, Zürich 2000.
- BETTSCHART, Sebastien.** : Exécution d'une dette d'argent par virement postal ou bancaire, Bulletin d'information / CEDIDAC. - Lausanne/Dorigny : CEDIDAC/Université de Lausanne, 1998, No. 30, sh. 4-5. (kıs. CEDIDAC)
- BILLOTTE-TONGUE, Imogen.** : Aspects juridiques du virement bancaire, Zürich 1992.
- BISCHOFF, Jacques.** : The Factual Significance and Legal Regulation of International Funds Transfers in Switzerland, sh. 319-344, Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993. (kıs. Transfers)
- BISCHOFF, Jacques.** : Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen überweisungsverkehr, RSDIE 3/93, sh. 285-311.
- BITTNER, Claudia.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-304, Neubearbeitung 2004.
- BREUNIG, Bernfried.** : Nichtablehnbarkeit von Giralgeld und Einlagensicherung, Würzburg 1986.
- BUIS, Eric.** : Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Zürich 2001.

- BURCUOĞLU, Halûk.** : Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm.** : Bankvertragsrecht, 3. Aufl., Berlin - New York 1988.
- CASPER, Matthias.** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611-704, (Red. Martin Henssler), 4. Aufl., München 2005.
- ÇEKER, Mustafa.** : Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana 2004.
- ÇELİK, Nuri.** : İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2004.
- DAE-İK, Jung.** : Erfüllung der Geldschuld per Überweisung und Lastschriftinzug unter besonderer berücksichtigung des Valutaverhältnisses und der Rechtstechnik, Bonn 2002.
- DE FEO, Raniero Addorisio.** : Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Zürich 2001.
- DERENDINGER, Peter.** : Die Nicht- und Die Nichtrichtige Erfüllung Des Einfaches Auftrages, Freiburg 1988.
- DERLEDER, Peter. / KNOPS, Kai-Oliver. / BAMBERGER, Heinz George.** : Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, Berlin-Heidelberg 2004.
- DIESTELMEIER, Ludger.** : Die Stellung des Zwischengeschalteten Kreditinstituts im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Bochum 1992.
- DIETZI, Hanspeter.** : Zahlungsverkehr, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Berne 2000, sh. 139-177.
- DOĞRUSÖZ, A. Bumin.** : Tahsilat ve Ödemelerin Banka, ÖFK veya PTT aracılığıyla Yapılma Zorunluluğu, Yaklaşım Dergisi, Eylül 2005, S. 153, sh. 45-49.
- DOĞRUSÖZ, A. Bumin.** : Kayıt Dışı Ekonomi İle Mücadele Açısından vergi Hukuku Özel Hukuk İlişkilerine Bakış, 19. Türkiye Maliye Sempozyumu, Antalya 2004, sh. 159-178.
- DU PASQUIER, S. Tevini.** : Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 467, Titre dix-huitième: De l'assignation, Genève-Bale-Münich 2003.

- DURSUN, S. Aksoy.** : Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- EHMANN, Horst. / HADDING, Walther.** : EG-Überweisungs-Richtlinie und Umsetzung, WM Sonderbeil. Nr. 3 H. 25/1999/1, sh. 3-31.
- EINSELE, Dorothee.** : Das neue Recht der Banküberweisung, JZ 1/2000, sh. 9-19. (kıs. Recht)
- EINSELE, Dorothee.** : Haftung der Kreditinstitute bei nationalen und grenzüberschreitenden Banküberweisungen, AcP 198(1998), sh. 145-189 (kıs. Haftung)
- ELLINGER, E. P. / LOMNICKA, Eva. / HOOLEY, R. J. A.** : Ellinger's Modern Banking Law, 4th. Ed. Oxford New York, 2006.
- EMCH, Urs. / RENZ, Hugo. / ARPAGUS, Reto.** : Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004.
- EMMERICH, Volker.** : Das Recht der Leistungsstörungen, 5. neubearbeitete Aufl., München 2003.
- ENGEL, Pierre.** : Traité des obligations en droit suisse, 2éd., Berne 1997.
- ENGİN, B. İlkay.** : İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, sh. 841-862.
- EREN, Fikret.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 10 B., İstanbul 2008.
- ESSER, Josef. / SCHMIDT, Eike.** : Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. neubearbeitete Aufl., Heidelberg 1995.
- FAVRE-BULLE, Xavier.** : Le virement transfrontière en droit suisse (avec un aperçu de droit français et belge), Das Recht der grenzüberschreitenden Überweisung, Baden-Baden 2000.
- FAVRE-BULLE, Xavier.** : Les paiements transfrontières dans un espace financier européen, Bale 1998.
- FELDHAHN, Peer.** : Die bankenhaftung des neuen Überweisungsrechts, Baden-Baden, 2003.

- FELLMANN, Walter.** : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- GAUCH, Peter. / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg. / REY, Heinz.** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl. Zürich 2003. (k1s. Bd. I)
- GAUCH, Peter. / SCHLUEP, Walter R. / SCHMID, Jörg. / REY, Heinz.** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 8. Aufl. Zürich 2003. (k1s. Bd. II)
- GAUTSCHI, Georg.** : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 6. Teilband, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491 OR, Bern 1962.
- GAUTSCHI, Georg.** : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband, Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Bern 1971.
- GENNER, Jörg.** : Das UNCITRAL-Modellgesetz über den internationalen Überweisungsverkehr, Berlin 1995.
- GERNHUBER, Joachim.** : Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Handbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., Tübingen 1994.
- GIOVANOLI, Mario.** : Bargeld-Buchgeld-Zentralbankgeld: Einheit oder Vielfalt im Geldbegriff? Banken und Bankenrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, sh. 87-124.
- GUGGENHEIM, Daniel.** : Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome II: Les effets des contrats, Genève 1995.
- GUGGENHEIM, Daniel.** : Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, 3ème éd., Zürich 1986. (k1s. Bankpraxis)
- GUGGENHEIM, Daniel.** : Les Contrats De La Pratique Bancaire Suisse, 4eme éd. Genève 2000 (k1s. Contrats)

- GUTMANS, Alexander.** : Die Warnpflicht des Bankkunden bei verspätet ausgeführten Zahlungsaufträgen, AJP 11/95 (1995), sh. 1395-1402.
- GÜMÜŞ, M. Alper.** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2008. (kıs. Özel C.1)
- GÜMÜŞ, M. Alper.** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010 (kıs. Özel C.2)
- GÜMÜŞ, M. Alper.** : Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001. (kıs. Özen)
- GÜZEL, P. Akan.** : Ödeme Sistemlerinde Risk Yönetimi ve Gözetim: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Tarafından İşletilen Elektronik Fon Transfer Sisteminin Analizi, Uzmanlık Tezi, 2004, <http://www.tcmb.gov.tr/>
- HADDING, Walter.** : International Transfers Under German Law, Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, sh. 13-31.
- HADDING, Walter.** : Drittschadensliquidation und 'Schutzwirkungen für Dritte' im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin-New York 1984, sh. 165-199.
- HAHN, Anne-Catherine.** : Die Rückerstattung Fehlgeschlagener Überweisungen – Vertragrechtliche und Bereicherungsrechtliche Aspekte -, La Défaillance de Paiement. Retard et Défait de Paiement, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 2002, sh. 53-93.
- HÄUSER, Franz.** : Giroverhältnis, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. II, Köln 1981, sh. 1317-1426 (kıs. Gutachten).
- HÄUSER, Franz.** : Der Widerruf des “Überweisungsauftrags” im Giroverhältnis, NJW 1994, H. 48, sh. 3121-3128. (kıs. Widerruf).
- HÄUSER, Franz. / WELTER Reinhard.** : Zur Rechtzeitigkeit einer fristgebundenen Zahlung durch Hausüberweisung am Kassenterminal, WM Nr. 18 1994, sh. 775-782.
- HEERMANN, W. Peter.** : Geld und Geldgeschäfte, Handbuch des Schuldrechts, Tübingen 2003.

- HEINI, Daniel.** : Rechtsprobleme der bargeldlosen Zahlung, Zürich 1991.
- HELBIG, Claus.** : Die giroüberweisung deren Widerruf und Anfechtung nach deutschem und schweizerischem Recht, Genève 1970.
- HELVACI, Mehmet.** : Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000.
- HESS, Martin.** : Rechtliche Aspekte der Banküberweisung unter besonderer Berücksichtigung des Interbankzahlungsverkehrssystems Swiss Interbank Clearing (SIC), SZW/ RSDA 3/1991, sh. 101-116. (kıs. Clearing)
- HESS, Martin.** : Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehrsrecht?, Recht 1996 H. 4, sh. 144-155. (kıs. Überweisung)
- HOHL, Fabienne.** : Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 73, Titre deuxième: De l'effet des obligations, Genève-Bale-Münich 2003.
- HÖLSCHIEDT, H. Norbert.** : Die Haftung der Banken im Zahlungsverkehr, Köln 1991.
- HOLZWARTH, Winfried.** : International Interbank Funds Transfers, Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, sh. 97-117.
- HONSELL, Heinrich.** : Keine direkte Kondition der Bank gegen den gutgläubigen Anweisungsempfänger bei Ausführung der Überweisung trotz Widerrufs des Bankkunden, AJP/PJA 1995/9, sh. 1209-1211.
- HUBER, Ulrich.** : The International Credit Transfer and the Underlying Obligation, Legal Issues in International Credit Transfers, Berlin 1993, sh. 31-77.
- HUGUENIN, Claire.** : Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich- Basel-Genf 2006.
- İNCEOĞLU, M. Murat.** : İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu, 80. Yıl Armağanı, AÜHFD, c. 54 S. 4, sh. 149-183.

- İNCEOĞLU, M. Murat.** : Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009. (kıs. Temsil)
- JÄGGI, Peter. / GAUCH, Peter.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch 5. Bd: Obligationenrecht, 3. Aufl. Teilband V 1b, Art. 18 OR, Zürich 1980.
- JEANPRETRE, Raymond.** : Le payement de la dette au compte de chèques postaux du créancier, SJZ 1968, H. 10, sh. 145-148.
- KAPLAN, İbrahim.** : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.
- KAPLAN, İbrahim.** : Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, Ankara 1996. (kıs. Banka)
- KELLER, Max. / SCHÖBI, Christian.** : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. IV, 2. Aufl., Basel-frankfurt am Main 1985.
- KIENLE, Florian.** : Die fehlerhafte Banküberweisung im internationalen Rechtsverkehr, Frankfurt am Main 2004.
- KIRCA, Çiğdem.** : Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- KİRDABAN, M. İbrahim.** : Ödeme Sistemlerindeki Gelişmeler ve Ödeme Sistemlerinin Finansal Sistem İstikrarı Üzerindeki Etkileri, Uzmanlık Tezi, <http://www.tcmb.gov.tr/>, 2005.
- KLAUSER, Peter.** : Das Neue Währungs- und Zahlungsmittelgesetz (WZG), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2000, sh. 15-34.
- KLEINER, Beat. / SCHMID, Bernhard.** : Substitution im Überweisungsverkehr, SAS 4/1985, sh. 178-180.
- KLEINER, Beat.** : Bankkonto-Girokonto- und Kontokorrentvertrag, Innominarverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, sh. 273-284. (kıs. Bankkonto)
- KLEINER, Beat.** : Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Giro- und Kontokorrentvertrag, Zürich 1964.
- KOÇ, Nevzat.** : İsviçre ve Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992.
- KOCAMAN, Arif.** : Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001.

- KOCAMAN, Arif.** : Yargıtay Kararları Açısından Havale, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XIV, Ankara 1997, sh. 341-366. (kıs. Yargıtay)
- KOCAMAN, Arif.** : Banka havalesinde Ciro Sözleşmesi Çerçevesinde Verilen Ödeme Talimatının Hukuki Niteliği, BATİDER, c. XX S. 3, 2000, sh. 17-35. (kıs. Ödeme Talimatı)
- KOCAMAN, Arif.** : Banka Havalesi – Kavram ve İşlemin Köşeleri Arasında İlişkiler – Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, sh. 693-714. (kıs. Banka Havalesi)
- KOCAMAN, Arif.** : Türk Borçlar Hukukunda Havale, Ankara 2001. (kıs. Havale)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip.** : KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki işlem-Sözleşme, 4. B., İstanbul 2008.
- KÖHLER, Helmut.** : Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182, 1982, sh. 126-171.
- KOLLER, Alfred.** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil OR AT, Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen, Bd. II, Bern 2006. (kıs. Erfüllung)
- KOLLER, Alfred.** : Rechtsprobleme der halbbaeren Zahlung : Erfüllung durch Bareinzahlung am Postschalter auf das Postkonto des Gläubigers, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, sh. 235-245. (kıs. Zahlung)
- KOLLER, Thomas.** : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl. (Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand) Basel Art. 470, (kıs. Basler Kommentar)
- KOLLER, Thomas. / KISSLING, Christina.** : Anweisung und Dokumentenakkreditiv im Zahlungsverkehr, sh. 23-137, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Berne 2000.

- KOLLER, Thomas.** : Der Widerruf einer Anweisung und seine Folgen : Bemerkungen zu einem für den Zahlungsverkehr wichtigen Bundesgerichtsurteil (BGE 121 III 109 ff.), ZBJV Bd. 131 (1995), H. 11, sh. 797-802. (k1s. Widerruf)
- KRAMER, A. Ernst. / SCHMIDLIN, Bruno.** : Berner Kommentar : Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berne 1986.
- KRAMER, Stefan.** : Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs : unter besonderer Berücksichtigung des Swiss Interbank Clearing (SIC und euroSIC), Zürich-Basel-Genf 2005.
- KRÜGER, Wolfgang.** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil § 241-432, 4. Aufl. München 2003.
- LANGENBUCHER, Katja.** : Die Rizikozuordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001.
- LOERTSCHER, Denis.** : Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 91, Titre deuxième: De l'effet des obligations, Genève-Bale-Münich 2003 (k1s. Commentaire Romand)
- LOMBARDI, Carlo.** : Droit Bancaire Suisse, Zürich 2002.
- LÖWISCH, Manfred.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, § 284-300, Buch 2., Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 2004.
- MAGNUS, Ulrich.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Berlin 2005.
- MAYER, Paul.** : Die Anweisung auf Schuld, Zürich 1927.
- MEDICUS, Dieter.** : Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 13., neubearbeitete Aufl., München 2002.
- MEDICUS, Dieter.** : Geld muss man haben, AcP188 (1988), sh. 489-510.

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi.** : İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005.
- MÖSCHEL, Wernhard.** : Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP (186) 1986, sh. 187-236.
- MÖSCHEL, Wernhard.** : Fehlerhafte Banküberweisung und Bereicherungsausgleich, JuS 1972, H. 6, sh. 297-304. (kıs. Bereicherungsausgleich)
- MUCKE, Jörg.** : Die Haftung der Bank für zwischengeschaltete Banken, Köln 2004.
- MÜNCH, Christof.** : Das Giralgeld in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1990.
- OBERSON, Pierre Andre.** : Les moyens électroniques de paiement orientés vers le particulier, Lausanne 1992.
- OĞUZMAN, M. Kemal. / ÖZ, M. Turgut.** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 2009.
- OĞUZMAN, M. Kemal. / BARLAS, Nami.** : Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 15. B., İstanbul 2008. (kıs. Temel Kavramlar)
- OLZEN, Dirk.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362-396, Berlin 2000.
- ÖZEN, Burak.** : Borçlar Kanunu 386/II Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. I, İstanbul 2001, sh. 598-632.
- PECKERT, Joachim.** : Das Girokonto und der Kontokorrentvertrag, Göttingen 1985.
- PIOTET, Paul.** : Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994.
- PLEYER, Klemens. / WALLACH, Edgar.** : Erfüllungszeitpunkt und Gefahrtragung bei grenzüberschreitenden Überweisungen nach deutschem und englischem Recht, RIW 1988 H. 3, sh. 172-180.
- POROY, Reha. /YASAMAN Hamdi.** : Ticari İşletme Hukuku 10. B. İstanbul 2004.

- PUTZO, E. Ludwig.** : Erfüllung mit Buchgeld und die Haftung der Beteiligten wegen ungerechtfertigter Bereicherung, Berlin 1977.
- RENNPFERDT, Peter.** : Die internationale Harmonisierung des erfüllungsrechts für Geldschulden, Baden-Baden 1993.
- RYCHNER, Hans.** : Wann gilt eine Frist bei Zahlungen und Überweisungen im Postcheckverkehr als eingehalten? SJZ Bd. 45 (1949), sh. 218-223.
- SCHENKER, Franz.** : Die rechtzeitige und verspätete Erfüllung von verbindlichkeiten, Recht 1989, H. 2, sh. 47-53.
- SCHINKELS, Boris.** : Die Verteilung des Haftungsrisikos für Drittmissbrauch von Medien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Berlin 2001.
- SCHMELCHER, H. Günter.** : Der Erfüllungsort von Geldschulden, Basel 1972.
- SCHMIDT, Karsten.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 244-248 (Geldrecht), 13. Bearb., Berlin 1997.
- SCHÖN, Wolfgang.** : Prinzipien des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 198 (1998), sh. 401-456.
- SCHÖNLE, Herbert.** : Ort und Zeit Bargeldloser Zahlung, Droit des obligations et droit bancaire : Etudes / Herbert Schönle. Faculté de Droit de Genève, Bale 1995, sh. 101-123. (k1s. Ort Und Zeit)
- SCHÖNLE, Herbert.** : Réflexions Sur Le Transfert Des Risques Dans La Vente International, Droit des Obligations et droit bancaire: Etudes / Herbert Schönle. Faculté de Droit de Genève, Bale 1995, 149-165.
- SCHÖNLE, Herbert.** : La responsabilité des banques et de leurs clients en cas d'utilisation abusive et frauduleuse des nouveaux moyens électroniques de paiement et de mauvaise fonctionnement du système automatisé d'opérations bancaires, Les Nouveaux Moyens Electroniques de Paiement, Lausanne 1986, sh. 65-107. (k1s. Responsabilité)

- SCHRANER, Marius.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Obligationenrecht, Teilband VIe, Die Erfüllung der Obligationen, 3. Aufl. Art. 68-96, Zürich 2000.
- SCHÜRMAN, Thomas.** : Haftung im mehrgliedrigen bargeldlosen Zahlungsverkehr, Berlin 1994.
- SEILER, Oliver.** : Der Bereicherungsausgleich im Überweisungsverkehr: unter Berücksichtigung des Zurückweisungsrechts des Gutschriftempfängers und der Stornierungsbefugnis der Kreditinstitute, Berlin 1998.
- STAUDER, Bernd.** : Les clauses abusives en droit Suisse: situation actuelle et perspectives, Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : actes de la table ronde du 12 décembre 1990, Paris 1991, sh. 279-294.
- ŞENER, O. Hami.** : Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer sistemi (EFTPOS) ve Hukuki Niteliği, İstanbul 2000.
- ŞENOCAK, Zarife.** : Borçlunun İfa Yardımcısından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1995.
- SEROZAN, Rona.** : KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, Prof. Dr. Rona Serozan, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2002.
- TANDOĞAN, Haluk.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 4. Bası, İstanbul 1989. (kıs. Borç İlişkileri)
- TANDOĞAN, Haluk.** : Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963. (kıs. Üçüncü)
- TANDOĞAN, Haluk.** : Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961. (kıs. Mes'uliyet)
- TAUPITZ, Jochen.** : Vertragserfüllung durch Leistung an den "Vertreter" des Gläubigers, JuS 1992, H. 6, sh. 449-456.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi. / AKMAN, Sermet. / BURCUOĞLU, Haluk. / ALTOP, Atilla.** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993.

- TEKİNALP, Ünal.** : Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. B., İstanbul 2009.
- TERCIER, Pierre.** : Les contrats spéciaux, 2ème éd., Zürich 1995.
- THALMANN, Christian.** : Die Rechtzeitigkeit von Überweisungen und Einzahlungen auf ein Bank- oder Postcheckkonto des Gläubigers, SZW/RSDA 6/1990, sh. 257-265. (kıs. Rechtzeitigkeit)
- THALMANN, Christian.** : Überlegungen zur Haftung der Bank für indirekten Schaden aus Verspätungen im Zahlungsverkehr, Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht / hrsg. von Rudolf v. Graffenried. – Bern 1987, sh. 161-177. (kıs. Haftung)
- THÉVENOZ, Luc.** : Commentaire Romand, Code des Obligations I, Titre deuxième: De l'effet des obligations, Art. 101, Genève-Bale-Münich 2003. (kıs. Commentaire Romand)
- THÉVENOZ, Luc.** : Le banquier, son client et l'ordinateur, Reflexions sur la prestation de services en masse, SJ 1993, N. 2, sh. 17-52. (kıs. Banquier)
- THYWISSEN, Johann Heinrich.** : Sind Bankguthaben Geld im Rechtsinne ?, BB 1971, sh. 1347-1350.
- TÜRK, Ahmet.** : Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara 2007.
- VASSEUR, Michel.** : Les Transferts Internationaux de Fonds. La loi type des Nations Unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye 1993-II, Dordrecht-Boston- Londres 1994, sh. 117-405.
- VOLLRATH, Hans Joachim.** : Die Endgültigkeit bargeldloser Zahlungen : zivilrechtliche Gestaltungsvorgaben für grenzüberschreitende Zahlungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, Berlin 1997.
- Von CAEMMERER, Ernst.** : Zahlungsort, Ernst von Caemmerer, Gesammelte Schriften, Bd. III 1962-1982, Tübingen 1983, sh. 108-124.
- Von der CRONE, Hans Caspar.** : Rechtliche Aspekte der direkten zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS), Zürich 1988.

- Von SCHÖNBORN, Konstantin Graf.** : Die Bankhaftung bei der Überweisung im Internet, Berlin 2001.
- Von TUHR, Andreas.** : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983. (çev. C. EDEGE)
- Von WESTPHALEN, Friedrich Graf.** : Verspätete Überweisungen- einige Bemerkungen zur neuen rechtslage, Betriebs Berater 2000, H. 4, sh. 157-162.
- VOSER, Nathalie.** : Bereicherungsansprüche in Dreieckverhältnissen: erläutert am Beispiel der Anweisung, Basel 2006.
- VROEGOP, Johanna.** : The time of payment in paper-based and electronic funds transfer systems, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 1990, sh. 64-87.
- WEBER, H. Rolf.** : Berner Kommentar : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd. VI : Das Obligationenrecht, 2. Aufl., 1.Abteilung - Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Artikel 68-96, Bern 2005. (kıs. Berner Kommentar)
- WEBER, H. Rolf.** : Probleme bei der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, SJZ 1982, H. 9, sh. 137-145. (kıs. Geldschulden)
- WEBER, H. Rolf.** : Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, RSJ 81 (1985), sh. 85.
- WENZEL, Joachim.** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2. Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl., München 2007.
- WERRO, Franz.** : Le Mandat et Ses Effets, Fribourg 1993. (kıs. Mandat)
- WERRO, Franz.** : Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 467, Titre treizième: Du mandat, Art. 398, Genève-Bale-Münich 2003.
- WERRO, Franz.** : La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la repartition du fardeau de la prevue de la faute dans la responsabilité contractuelle, ZSR/RDS 1989, Bd. 130, sh. 252-299. (kıs. Moyen)
- WETTSTEIN, Peter.** : Home Banking, Zürich 1989.

- WIEACKER, Franz.** : Leistungshandlung und leistungserfolg im Bürgerlichen schuldrecht, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München-Berlin 1965, sh. 783-813.
- WIEGAND, Wolfgang. / HODEL, Annette.** : Die bargeldlose Zahlung im schweizerischen Recht, Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs, Berner Bankrechtstag 2000, Berne 2000, sh. 179-211.
- WIEGAND, Wolfgang.** : Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, Obligationenrecht, ZBJV 1999, Bd. 135, sh. 561-568 (k1s. Rechtsprechung)
- WIMMER-LEONHARDT, Susanne.** : Die Haftung gegenüber den Bankkunden im mehrgliedrigen Zahlungsverkehr, Baden-Baden 1996.
- WULFF, Oliver.** : Das UNCITRAL Modellgesetz über den grenzüberschreitenden Überweisungsverkehr, Bielefeld 1998.
- YAVUZ, Cevdet.** : Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983. (k1s. Temsil)
- YAVUZ, Cevdet.** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007. (K1s. Özel Hükümler)
- ZEIDLER, Sven-Erik.** : Risikotragung und Haftung im Videotex-Telebanking, Bern 1991.

ÖZGEÇMİŞ

09/07/1978'de Balıkesir'de doğdu. Ortaokul ve liseyi Balıkesir Sırrı Yırcalı Anadolu Lisesi'nde okudu. Liseyi bitirdikten sonra 1995 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girdi. 2001 yılında Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Daha sonra 2001-2002 yılları arasında Fransa'da, Paris II (Pantheon-Assas) Üniversitesi'nde Devletler Özel Hukuku alanında Yüksek Lisans yaptı. 2002 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk Doktora Programına başladı. "Tıbbi Müdahalelerde İradi Temsilci Tayini" başlıklı makale çalışması "Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler" (İstanbul 2009) adlı eserde yayınlandı. 2002 yılından beri Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı'nda Araştırma Görevlisi olarak görev yapmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : GALATASARAY
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER
Adı Soyadı : K. ALİ SONAT
Tez Başlığı : NAKİT DIŞI ÖDEME USULLERİ ÇERÇEVESİNDE PARA BORCUNUN
Savunma Tarihi : BANKA HAVALE Sİ YOLUYLA ÖDENMESİ
Danışmanı : 20.04.2010
Prof. DR. CEVDET YAVUZ

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ :

Prof. Dr. Atilla ALTOP :

Prof. Dr. Serap HELVACI :

Prof. Dr. Nami BARLAS :

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ :

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. V. Mehmet BOLAK