

**T.C.**  
**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**  
**ÖZEL HUKUK PROGRAMI**  
**DOKTORA TEZİ**

**KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNDE KARTIN**  
**KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN**  
**SORUMLULUK**

**Alper ÖZBOYACI**

**Danışman**  
**Prof. Dr. Ahmet TÜRK**

**İZMİR - 2018**

**DOKTORA**  
**TEZ ONAY SAYFASI**

**Üniversite** : Dokuz Eylül Üniversitesi  
**Enstitü** : Sosyal Bilimler Enstitüsü  
**Adı ve Soyadı** : ALPER ÖZBOYACI  
**Öğrenci No** : 2011800708  
**Tez Başlığı** : Kartlı Ödeme Sistemlerinde Kartın Kötüye Kullanılmasından Kaynaklanan Sorumluluk

**Savunma Tarihi** : 21/12/2018

**Danışmanı** : Prof.Dr.Ahmet TÜRK

**JÜRİ ÜYELERİ**

| <b><u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u></b> | <b><u>Üniversitesi</u></b>   |
|-----------------------------------|------------------------------|
| Prof.Dr.Ahmet TÜRK                | -Dokuz Eylül Üniversitesi    |
| Dr.Öğr. Üyesi Yaşar Can GÖKSOY    | -Dokuz Eylül Üniversitesi    |
| Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK                | -Dokuz Eylül Üniversitesi    |
| Prof.Dr.Huriye KUBİLAY            | - İzmir Ekonomi Üniversitesi |
| Doç.Dr.Özge AYAN                  | - Celal Bayar Üniversitesi   |

**İmza**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

ALPER ÖZBOYACI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği (x) / oy çokluğu ( ) ile kabul edilmiştir.

**Prof. Dr. Metin ARIKAN**  
**Müdür**

## YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Kartlı Ödeme Sistemlerinde Kartın Kötüye Kullanılmasından Kaynaklanan Sorumluluk” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Alper ÖZBOYACI

27/11/2018



**ÖZET**  
**Doktora Tezi**  
**Kartlı Ödeme Sistemlerinde**  
**Kartın Kötüye Kullanılmasından Kaynaklanan Sorumluluk**  
**Alper ÖZBOYACI**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Özel Hukuk Anabilim Dalı**  
**Özel Hukuk Programı**

Bu çalışmada kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk bahsi özel hukuk boyutuyla incelenmektedir. Çalışmanın teknik bir konu olması nedeniyle ilk etapta kartlı sistemler hakkında genel bilgiler ele alınmış, ardından kötüye kullanım rizikosunun taraflar arasında nasıl paylaştırılacağı hususu, kart kuruluşu ile kart hamili ve kart kuruluşu ile üye işyeri arasında olmak üzere ikili ilişkiler özelinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk bahsinde, hazırlar arası işlemlerdeki temel paradigma, yani prensip olarak kötüye kullanımdan kart kuruluşunu sorumlu tutma eğilimi, çalışmamızda da kabul görmüş; hatta kanun koyucuya rağmen bir adım daha ileri gidilerek bu paradigmanın mesafeli işlemler bakımından da kabul edilme gerekliliği üzerinde durulmuştur.

Hazırlar arası işlemler ile mesafeli işlemlerde kural olarak kart kuruluşu sorumlu tutulmakla birlikte, kötüye kullanımda kart hamilinin veya üye işyerinin de katkısının bulunması halinde onların da rizikoya katılmaları, hatta bazı durumlarda tamamen katlanmaları gerekir. Çalışmada üye işyerleri ile kart hamillerini hangi hallerde ve ne ölçüde sorumlu tutmak gerektiği hususu, cari mevzuat ve uygulamada karşılaşılan örnekler üzerinden açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. İkili ilişkiler özelinde yapılan analizlerde, özellikle kart hamilinin sınırlı sorumluluğunu düzenleyen 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 12’de kıstas olarak aranan 24 saatlik süre koşulu ile

**mesafeli işlemlerde hamilin sorumsuzluğunu öngören BKKKK m. 15/III kuralı eleştiri konusu olmuştur.**

**Anahtar Kelimeler: Banka Kartı, Kredi Kartı, Kart Kuruluşu, Kart Hamili, Üye İşyeri, Sahtecilik, Üç Boyutlu Güvenlik, İlk Görünüş İspatı.**



**ABSTRACT**  
**Doctoral Thesis**  
**Doctor of Philosophy (PhD)**  
**Responsibility for Card Abuse in Card Payment Systems**  
**Alper ÖZBOYACI**

**Dokuz Eylül University**  
**Graduate School of Social Sciences**  
**Department of Private Law**  
**Private Law Program**

The responsibility of misuse of the bank cards is analysed in this study in the scope of civil law. Because of the topic of card payment system is a technical issue, first of all, general information about card payment system is dealt with. After that, it is looked into the question about how the risk of misuse of bank cards will be shared between the aspects of the trade with especially bilateral relations between the payment card acquirer and the card holder and also between the payment card acquirer and the contracted merchant. To hold the payment card acquirer accountable for misuse of the card on the dealings between inters praesentes, is the essential principle. This essential principle also accepted in this study; even, despite the idea of the legislative authorities, it is emphasized that payment card acquirer should be hold accountable for misuse of the card on the distant sales.

Along with the rule that the payment card acquirer is responsible for the loss, the card holder or contracted merchant will be hold accountable for the loss if also they have a fault on misuse. The questions that in which cases the card holder or contracted merchant will be hold accountable for the loss and to the extent to which they will indemnify are researched in the light of the positive law and the samples of practice.

At the analyses within the frame of bilateral relations, two issues are criticized. First of all, the law no 5464 Bank Cards and Credit Cards Law,

Article 12 looks for the condition of 24 hours for the limited responsibility of the card holder. Second of all, the law no 5464 Bank Cards and

**Credit Cards Law, Article 15/III exculpates the card holder from the risk on distant sales.**

**Keywords: Bank Card, Credit Card, Payment Card Acquirer, Card Holder, Contracted Merchant, Fraud, Three Dimension Secure, Prima Facie Evidence.**



**KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNDE KARTIN KÖTÜYE  
KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

**İÇİNDEKİLER**

|                  |      |
|------------------|------|
| TEZ ONAY SAYFASI | ii   |
| YEMİN METNİ      | iii  |
| ÖZET             | iv   |
| İNGİLİZCE ÖZET   | vi   |
| İÇİNDEKİLER      | viii |
| KISALTMALAR      | xxi  |
| GİRİŞ            | 1    |

**BİRİNCİ BÖLÜM**

**KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNE İLİŞKİN TEMEL DÜZENLEMELERİN  
TANITILMASI, SİSTEM TARAFLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER  
VE KÖTÜYE KULLANIMLARIN ÖNLENMESİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN  
YÜKÜMLÜLÜKLER**

|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNE İLİŞKİN TEMEL HUKUKİ<br>DÜZENLEMELERİN TANITILMASI                                    | 4  |
| A. Türk Hukukunda                                                                                                  | 4  |
| 1. 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile Banka<br>Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik | 4  |
| 2. Kart Kavramı ve Kartlı Sistemde Yer Alan Søjeler                                                                | 6  |
| B. Alman Hukukunda                                                                                                 | 12 |
| 1. AB Ödeme Hizmetleri Yönergesi ve Yönerge'nin Alman Hukukuna<br>Uyarlanması                                      | 12 |
| 2. Yönerge'de Geçen Ödeme Aracı Kavramı ve Konumuz Bakımından<br>Önemi                                             | 16 |
| II. KATILIMCILARIN SAYISINA GÖRE KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNİN<br>İŞLEYİŞİ                                            | 20 |
| A. ÖN AÇIKLAMALAR                                                                                                  | 20 |
| B. İKİ TARAFLI SİSTEM                                                                                              | 21 |
| C. ÜÇ TARAFLI SİSTEM                                                                                               | 23 |



|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| D. TAKASA DAYALI SİSTEM                                                                                    | 27 |
| III. KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNDE TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER                                       |    |
| A. Kartlı Ödeme Sistemlerinin Havale Temeline Dayanması                                                    | 31 |
| B. Kartlı Ödeme Sistemlerinde Taraflar Arasındaki Takaslaşmaların Cari Hesap Üzerinden Gerçekleşmesi       | 35 |
| C. Taraflar Arasındaki Münferit Hukuki İlişkiler (Özellikle Karşılık ve İfa İlişkisindeki Durum)           | 37 |
| 1. Ön Açıklamalar                                                                                          | 37 |
| 2. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki Hukuki İlişki (Karşılık İlişkisi)                              | 40 |
| a. Taraflar Arasında İş görme (Vekâlet) Temeline Dayalı Bir İlişki Bulunması                               | 40 |
| b. Taraflar Arasındaki İlişkinin Vekâlet Temeline Dayanmasının Hukuki Sonuçları                            | 44 |
| (1) Hamilin Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında Kart Kuruluşuna Ödeme Talimatı Vermesi                           | 44 |
| (2) Hamilin Kural Olarak Vermiş Olduğu Ödeme Talimatını Geri Alamaması                                     | 47 |
| (a) Alman Hukukunda                                                                                        | 47 |
| (b) Türk Hukukunda                                                                                         | 50 |
| c. Bedel İlişkisinden Kaynaklanan Eksikliklerin Karşılık İlişkisinde İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi | 53 |
| 3. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki Hukuki İlişki (İfa İlişkisi)                                    | 56 |
| a. Üye İşyeri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği                                                                | 56 |
| (1) Üye İşyeri Sözleşmesinin Soyut Borç Vaadi Temeline Dayanması                                           | 56 |
| (2) Üye İşyeri Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Taraflarca Belirlenebilmesi                                | 59 |
| b. Üye İşyeri Sözleşmesinin Karakteristik Özellikleri ve Sözleşme Taraflarının Asli Yükümlülükleri         | 61 |

|                                                                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c. Bedel ve Karşılık İlişkisindeki Eksikliklerin İfa İlişkisinde İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi                                                            | 65 |
| (1) Temel Kural: Kart Kuruluşunun Bedel ve Karşılık İlişkisindeki Eksiklikleri Üye İşyerine Karşı İleri Sürememesi                                                | 65 |
| (2) İstisna: Kart Kuruluşunun Havaleden Kaynaklanan Savunma Araçlarını Üye İşyerine Karşı İleri Sürebilmesi ve Hakkın Kötüye Kullanıldığı İtirazına Dayanabilmesi | 66 |
| (a) Kart Kuruluşunun Havaleden Kaynaklanan Savunma Araçlarını İleri Sürebilmesi                                                                                   | 66 |
| (b) Kart Kuruluşunun Hakkın Kötüye Kullanıldığı İtirazına Dayanabilmesi                                                                                           | 68 |
| IV. KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNDE KÖTÜYE KULLANIMLARIN ÖNLENMESİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN YÜKÜMLÜLÜKLER                                                                        | 72 |
| A. Özen Yükümlülükleri ile Kötüye Kullanım Sorumluluğu Arasındaki Doğal Bağlantı                                                                                  | 72 |
| B. Külfet - Yükümlülük Sorunsalı                                                                                                                                  | 74 |
| C. Kanunda ve Münferit Sözleşmelerde Düzenlenen Yükümlülükler                                                                                                     | 75 |
| 1. Kart Kuruluşunun Yükümlülükleri                                                                                                                                | 75 |
| a. Kartın Bizzat Hamile Teslim Edilmesini Sağlamak ve Kart Kullanımına İlişkin Rizikolar Hakkında Hamili Bilgilendirmek                                           | 75 |
| b. Blokaj Bildirimleri için Kesintisiz Hizmet Sunulması ve Kartın Bloke Edilmesi                                                                                  | 77 |
| c. Kayıt Altına Alınan Blokaj Bildirimlerinin Saklanması ve Talep Üzerine Hamile İbraz Edilmesi                                                                   | 81 |
| d. Kartlı Ödeme Sisteminin Güvenliğinin Sağlanması                                                                                                                | 82 |
| e. Hamilinin Talebi Olmaksızın Kart Gönderilmemesi                                                                                                                | 87 |
| f. Kötüye Kullanım Şüphesi Doğduğunda Durumun Kart Hamili Aracılığıyla Soruşturulması                                                                             | 90 |
| 2. Kart Hamilinin Yükümlülükleri                                                                                                                                  | 91 |
| a. Ön Açıklamalar                                                                                                                                                 | 91 |
| b. Kartın Arka Yüzünün İmzalanması                                                                                                                                | 92 |

|                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------|-----|
| c. Kartın Özenli Bir Şekilde Saklanması                                    | 93  |
| (1) Kavram ve Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı                               | 93  |
| (2) Kartı Saklama Yükümlülüğü Bakımından Özellik Gösteren Durumlar         | 96  |
| (a) Kartın Evde Saklanması                                                 | 96  |
| (b) Kartın İşyerinde Saklanması                                            | 97  |
| (c) Kartın Motorlu Taşıtlarda Saklanması                                   | 99  |
| d. PIN'in Güvenli Bir Şekilde Korunması                                    | 100 |
| (1) Yükümlülüğün İçeriği                                                   | 100 |
| (2) Başka Bir Yere Not Edilen PIN Bilgisinin Güvenli Bir Şekilde Korunması | 102 |
| (3) PIN'in Başkalarıyla Paylaşılması                                       | 105 |
| (4) PIN'in Gizlice Gözetlenmesine Engel Olunması                           | 107 |
| e. Blokaj Bildiriminde Bulunulması                                         | 108 |
| f. Kart Kuruluşunca Düzenlenen Hesap Özeti'nin Kontrol Edilmesi            | 113 |
| 3. Üye İşyerinin Yükümlülükleri                                            | 114 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| V. KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINA İLİŞKİN UYGULAMADA KARŞILAŞILAN TİPİK DURUMLAR | 121 |
| A. Ön Açıklamalar                                                                               | 121 |
| B. Başkasına Ait Kimlik Bilgileri Kullanılarak Kart Çıkarılması                                 | 122 |
| C. Kartın veya Kart Verilerinin Üçüncü Kişilerce Ele Geçirilmesi                                | 123 |
| 1. Kartın Üçüncü Kişilerce Ele Geçirilmesi                                                      | 123 |
| 2. Kart Verilerinin Üçüncü Kişilerce Ele Geçirilmesi                                            | 125 |
| a. Kopyalama Yöntemi (Skimming)                                                                 | 125 |
| b. Oltalama Yöntemi (Phishing)                                                                  | 130 |
| c. Site Trafikini Yönlendirme Yöntemi (Pharming)                                                | 132 |
| D. Pin'in Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi                                                          | 133 |
| 1. Kart Hamilinin Pin'i Girerken Gizlice Gözetlenmesi                                           | 133 |

|                                                                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Pin Algoritmasının Çözümlemesi                                                                            | 135 |
| 3. Pin'in Deneme Yanılma Yöntemiyle Bulunması                                                                | 136 |
| 4. Dolandırıcıların Hamili Aldatarak Pin Bilgisini Öğrenmesi                                                 | 137 |
| E. Aradaki Adam Saldırılarıyla Pos'un Manipüle Edilmesi                                                      | 138 |
| VI. HAZIRLAR ARASINDAKİ İŞLEMLERDE KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK    | 139 |
| A. "Kötüye Kullanım" Kavramı ve Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılmasında Gözetilen Esaslar             | 139 |
| B. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması             | 143 |
| 1. Otorizasyonsuz Ödemeler ve Otorizasyonsuz Ödeme Rizikosunu Kural Olarak Kart Kuruluşunun Taşınması        | 143 |
| a. Otorizasyonsuz Ödeme Kavramı ve Otorizasyonsuz Ödemelerde Geçerli Bir Temsil İlişkisinden Bahsedilememesi | 143 |
| b. Otorizasyonsuz Ödeme Rizikosunu Kural Olarak Kart Kuruluşunun Taşınması                                   | 148 |
| 2. Otorizasyonsuz Ödemelere Hukuki Görünüşe Dayanan Temsil Yetkilerinin Uygulanabilirliği                    | 153 |
| a. Ön Açıklamalar                                                                                            | 153 |
| b. Katlanma Temsil Yetkisinin Uygulanabilirliği                                                              | 155 |
| c. İhmal Temsil Yetkisinin Uygulanabilirliği                                                                 | 158 |
| d. Beyaza İmza Kuralının Uygulanabilirliği                                                                   | 161 |
| 3. Kart hamilinin BKKKK m. 12 Kapsamında Sorumlu Tutulması                                                   | 164 |
| a. BKKKK m. 12 Kuralının Tanıtılması                                                                         | 164 |
| b. BKKKK m. 12 Kuralının Nispi Emredici Niteliği                                                             | 167 |
| c. Hamilin Sınırlı Sorumlu Tutulması (BKKKK m. 12/I c. 1)                                                    | 170 |
| (1) Ön Açıklamalar                                                                                           | 170 |
| (2) Sınırlı Sorumluluk için Aranılan Koşullar                                                                | 172 |
| (a) Ödeme Aracının Üçüncü Kişilerin Eline Geçmesi                                                            | 172 |
| (aa) Kartın Kaybolması, Çalınması veya Başka Herhangi Bir Şekilde Elden Çıkması                              | 174 |

|                                                                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (bb) Gizli Kodun Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi                                                                           | 176 |
| (b) Sınırlı Sorumluluğunun Kusura Bağlı Olmaması                                                                        | 181 |
| (aa) Kartın Kaybolması, Çalınması veya Herhangi Bir Şekilde Elden Çıkması Durumunda                                     | 181 |
| (bb) Gizli Kodun Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi Durumunda                                                                 | 183 |
| (c) Ödeme Aracının Üçüncü Kişilerin Eline Geçmesi ile Kart Kuruluşunun Uğradığı Zarar Arasında İliyet Bağının Bulunması | 189 |
| (d) Blokaj Bildiriminin Zamanında veya Hafif İhmale Dayanan Bir Gecikmeyle Yapılmış Olması                              | 191 |
| (e) Hukuka Aykırı Kullanımların Blokaj Bildiriminden Önceki 24 Saat İçinde Gerçekleşmiş Olması                          | 192 |
| (aa) 24 Saatlik Süre Sınırının Türk Hukukuna Özgü Oluşu                                                                 | 192 |
| (bb) Birinci İhtimal: Kötüye Kullanımın Üzerinden 24 Saat Geçmeden Bildirimin Yapılmış Olması                           | 196 |
| (cc) İkinci İhtimal: Kötüye Kullanımın Üzerinden 24 Saat Geçtikten Sonra Bildirimin Yapılmış Olması                     | 197 |
| d. Hamilin Sınırsız Sorumlu Tutulması (BKKKK m. 12/I c. 2)                                                              | 199 |
| (1) Ön Açıklamalar                                                                                                      | 199 |
| (2) Sınırsız Sorumluluk İçin Aranan Temel Şart: Hukuka Aykırı Kullanımın Hamilin Kastına veya Ağır İhmaline Dayanması   | 201 |
| (a) “Kast” ve “Ağır İhmal” Kavramları                                                                                   | 201 |
| (b) Hukuka Aykırı Kullanımın Hamilin Kastına Dayanması                                                                  | 203 |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| (c) Hukuka Aykırı Kullanımın Hamilin Ağır İhmaline                  |     |
| Dayanması                                                           | 204 |
| (aa) Ön Açıklamalar                                                 | 204 |
| (bb) Kartı Özenli Bir Şekilde Saklama veya PIN'i                    |     |
| Güvenli Bir Şekilde Koruma Konusunda Hamilin                        |     |
| Ağır İhmalinin Bulunması                                            | 205 |
| (cc) PIN'in Gizlice Gözetlenmesine Engel Olma                       |     |
| Konusunda Hamilin Ağır İhmalinin Bulunması                          | 210 |
| (dd) Blokaj Bildiriminde Bulunma Konusunda                          |     |
| Hamilin Ağır İhmalinin Bulunması                                    | 212 |
| (3) Kart Kuruluşunun Ortak Kusurunun Sınırsız Sorumluluğa           |     |
| Olan Etkisi                                                         | 216 |
| 4. Kart Hamilinin BKKKK m. 12 Kapsamında Sorumlu Tutulamayacağı     |     |
| Haller                                                              | 218 |
| a. Ödeme Aracı Hamile Ulaşmadan Önce Rizikonun Gerçekleşmiş         |     |
| Olması                                                              | 218 |
| b. Blokaj Bildiriminden Sonra Rizikonun Gerçekleşmiş Olması         | 220 |
| c. Kötüye Kullanıma Neden Olan Olayın Olağanüstü ve                 |     |
| Öngörülemez Nitelikte Olması                                        | 224 |
| d. Alman (AB) Hukukunda Getirilen Yeni Bir Sorumsuzluk Hali:        |     |
| Ödemenin Güçlü Müşteri Kimlik Doğrulaması Olmadan Otorize           |     |
| Edilmiş Olması                                                      | 225 |
| C. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım |     |
| Rizikosunun Paylaştırılması                                         | 231 |
| 1. Kural Yokluğu                                                    | 231 |
| 2. Otorizasyonsuz Ödemelerde Kart Kuruluşunun Rizikoyu Taşınması ve |     |
| Kart Kuruluşunun Genel İşlem Koşulları Aracılığıyla Rizikoyu Üye    |     |
| İşyerine Yıkma Çabaları                                             | 233 |
| a. Otorizasyonsuz Ödemelerde Prensip Olarak Kart Kuruluşunun        |     |
| Rizikoyu Taşınması                                                  | 233 |
| b. Kart Kuruluşunun Rizikoyu Üye İşyerine Yıkma Çabaları            | 235 |

|                                                                                                                                              |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1) Soyut Borç İkrarını Devre Dışı Bırakmaya Yönelik Klotlar                                                                                 | 235 |
| (2) Üye İşyeri Sözleşmeleri ile Ters İbraz Klotlarının Kararlaştırılması                                                                     | 236 |
| 3. Otorizasyonsuz Ödemeler Nedeniyle Üye İşyerinin Sorumlu Tutulması                                                                         | 240 |
| a. Ön Açıklamalar                                                                                                                            | 240 |
| b. Kimlik Tespitinin Usulüne Uygun Bir Şekilde Yapılmamış Olması                                                                             | 241 |
| (1) İmzalı Kullanımda Hukuki Durum                                                                                                           | 241 |
| (2) Gizli Kod Kullanımında Hukuki Durum                                                                                                      | 242 |
| c. Ödemenin Sahte Kartla Yapılmış Olması                                                                                                     | 243 |
| d. İşyeri Limitini (Floor Limit) Aşan Ödemelerde Provizyon / Otorizasyon Alınmamış Olması                                                    | 245 |
| VII. MO/TO İŞLEMLERİNDE KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK                                               | 248 |
| A. MO/TO İşlemlerinin Tanıtılması                                                                                                            | 248 |
| 1. Kavram                                                                                                                                    | 248 |
| 2. Teknik İşleyiş Hakkında Genel Bilgiler, Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkilerin Tesisi Ve Hazırlar Arasındaki İşlemlerle Olan Farklılıklar | 250 |
| a. Teknik İşleyiş ve Hukuki İlişkilerin Tesisi                                                                                               | 250 |
| b. Hazırlar Arasındaki İşlemlerle Olan Farklılıklar                                                                                          | 253 |
| B. MO/TO İşlemlerinde Kötüye Kullanım Rizikosunun Sistem Tarafları Arasında Paylaştırılması                                                  | 255 |
| 1. Ön Açıklamalar                                                                                                                            | 255 |
| 2. Kart Kuruluşu İle Kart Hamili Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması                                             | 258 |
| a. Otorizasyonsuz Ödemelerden Dolayı Kural Olarak Kart Kuruluşunun Sorumlu Tutulması                                                         | 258 |
| b. Otorizasyonsuz Ödemelerden Dolayı Hamilin Sorumlu Tutulması                                                                               | 260 |

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (1) Yalnızca Kart Bilgileri Kullanılarak Gerçekleşen İşlemlerde Sorumluluk                                                        | 260 |
| (a) Alman Hukukunda                                                                                                               | 260 |
| (aa) İlk Revizyon Dönemi                                                                                                          | 260 |
| (bb) İkinci Revizyon Dönemi                                                                                                       | 262 |
| (b) Türk Hukukunda                                                                                                                | 264 |
| (aa) BKKKK m. 12 Kuralının MO/TO İşlemlerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Meselesi                                                  | 264 |
| (bb) Hamilin Zarardan Sınırlı Olarak Sorumlu Tutulması                                                                            | 266 |
| (cc) Hamilin Zarardan Sınırsız Olarak Sorumlu Tutulması                                                                           | 268 |
| (2) Kart Bilgileriyle Birlikte Güvenli Ödeme Yöntemleri Kullanılarak Gerçekleşen İşlemlerde Sorumluluk                            | 270 |
| (a) 3D Secure (Üç Boyutlu Güvenlik) Platformunun Tanıtılması ve 3D Secure ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu          | 270 |
| (aa) 3D Secure Platformunun Tanıtılması                                                                                           | 270 |
| (bb) 3D Secure ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu                                                                     | 274 |
| (b) BKM Express Uygulaması Özelinde Dijital Cüzdanların Tanıtılması ve BKM Express ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu | 279 |
| (aa) BKM Express Uygulamasının Tanıtılması                                                                                        | 279 |
| (bb) BKM Express ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu                                                                   | 281 |
| (c) Sanal Kart Uygulamaları ve Sanal Kartla Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu                                            | 283 |
| 3. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması                                   | 285 |



|                                                                                                                                           |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a. Rizikoyu Prensipde Kimin Üstleneceği Konusunun Tartışmalı Olması                                                                       | 285 |
| b. Alman Hukukundaki Tartışmalar                                                                                                          | 286 |
| (1) Federal Mahkemenin 16.04.2002 Tarihli Manifesto Niteliğindeki Kararı                                                                  | 286 |
| (2) Federal Mahkeme Kararının Öğretiyi İkiye Bölmesi                                                                                      | 289 |
| (a) Kötüye Kullanım Rizikosunu Yalnızca Üye İşyerinin Taşınması Gerektiğini Savunan Görüşler                                              | 289 |
| (b) Kötüye Kullanım Rizikosunun Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasında Paylaşılması Gerektiğini Savunan Görüşler                           | 292 |
| (3) Revizyondan Sonra Tartışmaların Devam Etmesi                                                                                          | 294 |
| c. Türk Hukuku Bakımından Sorunun Ele Alınması                                                                                            | 296 |
| (1) Salt Kart Bilgileri Kullanılarak Gerçekleşen İşlemlerde Sorumluluk                                                                    | 296 |
| (a) Rizikoyu Kural Olarak Kart Kuruluşuna Yıkma Gerekliliği                                                                               | 296 |
| (b) BKKKK m. 32'deki İspat Kuralının Yorumlanması ve Kuralın Riziko Dağılımına Olan Etkisi                                                | 298 |
| (2) Üye İşyeri Sözleşmelerinde 3D Secure veya Benzeri Bir Güvenlik Platformunun Zorunlu Tutulması Durumunda Sorumluluk                    | 301 |
| VIII. EK KARTLA GERÇEKLEŞEN HARCAMALARDAN VE KÖTÜYE KULLANIMLARDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK                                                 | 303 |
| A. Ek Kart Kavramı ve Konumuz Bakımından Önemi                                                                                            | 303 |
| B. Ek Kartla Gerçekleşen Harcamalar ve Otorizasyonsuz Ödemeler Sebebiyle Asıl Kart Hamilinin Sorumlu Tutulması                            | 307 |
| C. Ek Kartla Gerçekleşen Harcamalar ve Otorizasyonsuz Ödemeler Sebebiyle Ek Kart Hamilinin Sorumlu Tutulması                              | 313 |
| D. Asıl Kartla veya Diğer Ek Kartlarla Gerçekleşen Harcamalar ve Otorizasyonsuz Ödemeler Sebebiyle Ek Kart Hamilinin Sorumlu Tutulamaması | 315 |

IX. KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASI DURUMUNDA  
HAMİLİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ OLANAKLAR VE  
OTORİZASYONSUZ ÖDEMELERİN HAMİLİN HESABINA İADE EDİLMESİ

|                                                                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Kötüye Kullanım Durumunda Hamilin Başvurabileceği Hukuki Olanaklar                                                     | 318 |
| 1. BKKKK m. 11 Çerçevesinde Hamilin Hesap Özetine İtiraz Etmesi ve Genel Hükümlere Göre Dava Açması                       | 318 |
| 2. Uluslararası Kurallar Çerçevesinde Hamilin Harcama İtirazında Bulunması ve Ters İbraz (Chargeback) Sürecini Başlatması | 320 |
| B. Otorizasyonsuz Ödemelerin Hamilin Hesabına İade Edilmesi                                                               | 325 |
| 1. İadenin Yapılmasında Hangi Hükümlerin Dikkate Alınacağı Sorunu                                                         | 325 |
| 2. İade Prosedürü ve Hamilin Hak Kaybının Önlenmesi                                                                       | 325 |

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

**KARTIN ÖDEME SİSTEMİ TARAFLARINCA KÖTÜYE  
KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK**

|                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| X. KARTIN KART HAMİLİ TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK                        | 331 |
| A. Hamilin Kartı Edinirken Kimliğiyle veya Mali Durumuyla İlgili Usulsüz Beyanlarda Bulunması          | 331 |
| B. Hamilin Kartı Bilerek Limitini Aşacak Şekilde Kullanması                                            | 333 |
| C. Hamilin Gerçeğe Aykırı Olarak Blokaj Bildiriminde Bulunması ve Harcama İtirazını İleri Sürmesi      | 335 |
| D. Hamilin Kartını Kötüye Kullanım Amacıyla Başkalarıyla Paylaşması                                    | 336 |
| E. Hamilin Üye İşyeri ile Anlaşarak Kartı Kötüye Kullanması                                            | 337 |
| XI. KARTIN ÜYE İŞYERİ TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK                        | 339 |
| A. Ön Açıklamalar                                                                                      | 339 |
| B. Üye İşyerinin Hamilin Bilgilerini Kullanarak Sahte Kart Üretmesi ve Harcama Belgesini Tahrif Etmesi | 341 |
| C. Üye İşyerinin İşlem Bedelini Aşacak veya Mükerrer Olacak Şekilde Kartı POS Terminalinden Okutması   | 343 |

|                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| XII. KARTIN KART KURULUŞU TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK | 344 |
|-------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### KARTIN KÖTÜYE KULLANILMASINA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA USÛL HUKUKU BAKIMINDAN ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR

|                                                                                        |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| XIII. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ                                       | 347 |
| A. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme | 347 |
| 1. Tüketici Kart Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görev ve Yetki           | 347 |
| 2. Firma Kart Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görev ve Yetki                    | 352 |
| B. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Ve Yetkili Mahkeme  | 353 |
| XIV. İSPAT YÜKÜNÜ KİMİN TAŞIYACAĞI MESELESİ                                            |     |
| A. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki Uyuşmazlıklarda İspat Yükünün Belirlenmesi | 354 |
| 1. Temel Prensip: İspat Yükünü Kart Kuruluşunun Taşınması                              | 354 |
| 2. Ödeme İşleminin Teknik Olarak Hatasız Bir Şekilde Gerçekleştiğinin İspatı           | 357 |
| 3. Otorizasyonsuz Ödemenin Hamilin Kusurundan Kaynaklandığının İspatı                  | 360 |
| a. Kart Kuruluşunun Hamilin Kastını veya Ağır İhmalini İspatlaması                     | 360 |
| b. Kart Kuruluşunun İlk Görünüş İspatına İlişkin Kolaylıktan Faydalanması              | 364 |
| (1) İlk Görünüş İspatının Tanıtılması                                                  | 364 |
| (2) İlk Görünüş İspatı için Aranan Koşullar                                            | 367 |
| (a) Tipik Olay Akışının Bulunması                                                      | 367 |
| (b) Orijinal Kartın Gizli Kodla Birlikte Kullanılmış Olması                            | 369 |

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (c) Kart Kuruluşunun Sistem Güvenliğine İlişkin Önlemleri Almış Olması                                     | 371 |
| (3) İlk Görünüş İspatının Hamil Tarafından Çürütülmesine Yönelik Çabalar                                   | 373 |
| (a) Hamilin Kartın Kaybolduğu veya Çalındığı İddiasını Öne Sürmesi                                         | 373 |
| (b) Hamilin Kartı Saklamada ve Gizli Kodu Güvenli bir Şekilde Korumada İhmalinin Bulunmadığını Öne Sürmesi | 374 |
| (c) Hamilin PIN'i Girerken Gizlice Gözetlendiğini Öne Sürmesi                                              | 375 |
| (d) Hamilin Yetersiz Güvenlik Önlemlerini ve Manipülatif Saldırıları Öne Sürmesi                           | 377 |
| (e) Hamilin İçerden Gerçekleşen Saldırıları (Innentäterattacke) Öne Sürmesi                                | 379 |
| 4. Ara Sonuç                                                                                               | 381 |
| B. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki Uyuşmazlıklarda İspat Yükünün Belirlenmesi                      | 381 |
| SONUÇ                                                                                                      | 384 |
| KAYNAKÇA                                                                                                   | 408 |

## KISALTMALAR

|                   |                                                                                                                    |
|-------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AB</b>         | Avrupa Birliği                                                                                                     |
| <b>AcP</b>        | Archiv für die civilistische Praxis                                                                                |
| <b>AmtG.</b>      | Amtsgericht (Alman Federe Sulh Hukuk Mahkemesi)                                                                    |
| <b>AnkBD</b>      | Ankara Barosu Dergisi                                                                                              |
| <b>b.</b>         | Bent                                                                                                               |
| <b>BDDK</b>       | Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu                                                                           |
| <b>BGB</b>        | Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)                                                                      |
| <b>BGH</b>        | Bundesgerichtshof (Federal Yüksek Mahkeme)                                                                         |
| <b>BIC</b>        | Bank Identifier Code (Banka Kimlik Kodu)                                                                           |
| <b>BKKKK</b>      | Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu                                                                            |
| <b>BKKKY</b>      | Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik                                                               |
| <b>BKM</b>        | Bankalar Arası Kart Merkezi                                                                                        |
| <b>BKR</b>        | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht                                                                        |
| <b>Bkz</b>        | Bakınız                                                                                                            |
| <b>BT-Drs.</b>    | Bundestagsdrucksache (Alman Federal Parlamento Matbuası)                                                           |
| <b>BUL</b>        | Birleşik Uyarı Listesi                                                                                             |
| <b>BVerfG</b>     | Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)                                                         |
| <b>C.</b>         | Cilt                                                                                                               |
| <b>c.</b>         | Cümle                                                                                                              |
| <b>Çev.</b>       | Çeviren                                                                                                            |
| <b>DES</b>        | Data Encryption Standard (Veri Şifreleme Standartı)                                                                |
| <b>DM</b>         | Deutsche Mark (Alman Markı)                                                                                        |
| <b>DRiZ</b>       | Deutsche Richterzeitung                                                                                            |
| <b>Ed.</b>        | Editör                                                                                                             |
| <b>EGBGB</b>      | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun) |
| <b>E- ticaret</b> | Elektronik ticaret                                                                                                 |
| <b>EWiR</b>       | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht                                                                                |
| <b>FBZ</b>        | Fehlbedienungs-zähler (Bankamatiklerde hatalı PIN girişlerini kayıt altına alan sayaç).                            |
| <b>FS</b>         | Festschrift (Armağan)                                                                                              |

|                    |                                                                                           |
|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>GmbH</b>        | Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Limitet Şirket)                                    |
| <b>GÜHFD</b>       | Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                                          |
| <b>GWR</b>         | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht                                                       |
| <b>Hrsg.</b>       | Herausgeber (Editör)                                                                      |
| <b>IBAN</b>        | International Bank Account Nummer (Uluslararası Banka Hesap Numarası)                     |
| <b>İAÜD</b>        | İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi                                                       |
| <b>İnÜHFD</b>      | İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                                                |
| <b>İİK</b>         | İcra ve İflas Kanunu                                                                      |
| <b>İzmBD</b>       | İzmir Barosu Dergisi                                                                      |
| <b>JbJZivRWiss</b> | Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler                                                |
| <b>JM</b>          | Juris Die Monatszeitschrift                                                               |
| <b>JuS</b>         | Juristische Schulung                                                                      |
| <b>Karş.</b>       | Karşılaştırınız                                                                           |
| <b>KOBİ</b>        | Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler                                                     |
| <b>KWG</b>         | Kreditwesengesetz – Gesetz über das Kreditwesen (Kredi İşleri Hakkında Kanun)             |
| <b>LG</b>          | Landgericht (Alman Federe Asliye Hukuk Mahkemesi)                                         |
| <b>m.</b>          | Madde                                                                                     |
| <b>MASAK</b>       | Mali Suçları Araştırma Kurulu                                                             |
| <b>MDR</b>         | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                         |
| <b>MERSİS</b>      | Merkezi Sicil Kayıt Sistemi                                                               |
| <b>MO/TO</b>       | Mail Order / Telefon Order (Elektronik Posta Siparişi / Telefon Siparişi)                 |
| <b>MMR</b>         | Multimedia und Recht                                                                      |
| <b>MÜHFD</b>       | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                                              |
| <b>N.</b>          | Nummer (Numara- Kenar Numarası)                                                           |
| <b>NFC</b>         | Near Field Communication (Yakın Alan İletişimi)                                           |
| <b>NJW</b>         | Neue juristische Wochenschrift                                                            |
| <b>OLG</b>         | Oberlandesgericht (Alman Federe Yüksek Eyalet Mahkemesi)                                  |
| <b>PIN</b>         | Personal Identifikation Number - persönlich Identifikationsnummer (Şahsi Kimlik Numarası) |

|                  |                                                                                                                                    |
|------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>POS</b>       | Point of Sale (Satış Noktası)                                                                                                      |
| <b>PTT AŞ</b>    | Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi                                                                                          |
| <b>QR</b>        | Quick Response (Seri Tepki)                                                                                                        |
| <b>RG.</b>       | Resmi Gazete                                                                                                                       |
| <b>S.</b>        | Sayı                                                                                                                               |
| <b>s.</b>        | Sayfa                                                                                                                              |
| <b>SAG</b>       | Schweizerische Aktiengesellschaft                                                                                                  |
| <b>SEPA</b>      | Single European Payments Area (Yeknesak Avrupa Ödeme Bölgesi)                                                                      |
| <b>TAN</b>       | Transaktionsnummer (İşlem Kodu)                                                                                                    |
| <b>TBBB</b>      | Türkiye Barolar Birliği Dergisi                                                                                                    |
| <b>TBK</b>       | Türk Borçlar Kanunu                                                                                                                |
| <b>TKHK</b>      | Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun                                                                                               |
| <b>TMK</b>       | Türk Medeni Kanunu                                                                                                                 |
| <b>TOBB</b>      | Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği                                                                                                 |
| <b>TTK</b>       | Türk Ticaret Kanunu                                                                                                                |
| <b>WM</b>        | Wertpapiermitteilungen                                                                                                             |
| <b>VuR</b>       | Verbraucher und Recht                                                                                                              |
| <b>ZAG</b>       | Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten-<br>Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (Alman Ödeme Hizmetleri Denetim<br>Yasası) |
| <b>ZBB</b>       | Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft                                                                                       |
| <b>ZDR</b>       | Zahlungsdiensterichtlinie (AB Ödeme Hizmetleri Yönergesi)                                                                          |
| <b>ZIP</b>       | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                                                                                                   |
| <b>ZvglRWiss</b> | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft                                                                                   |
| <b>3D Secure</b> | Three Dimention Secure (Üç Boyutlu Güvenlik)                                                                                       |

## GİRİŞ

### a. Araştırmanın Önemi, Yöntemi ve Amacı

Gelişen teknikle birlikte tüketiciler hem yanlarında nakit para taşıma sıkıntısını bertaraf etmek hem de ödemeleri bir ay kadar ertelemek veya onları taksitlendirmek gibi olanakları göz önünde tutarak kartlı ödeme sistemlerine bir hayli rağbet göstermektedir. Bu açıdan Bankalararası Kart Merkezinin (BKM), 2018 yılının altıncı aya ait verileri oldukça dikkat çekicidir. Kurumun yapmış olduğu istatistik göstermektedir ki ülkemiz piyasasında 64.829.970 adet kredi kartı ve 136.408.538 adet banka kartı (debit kart) tedavüldedir<sup>1</sup>.

Kartlı sisteme gösterilen bu yoğun ilgi, ister istemez beraberinde hukuka aykırı kullanımları gündeme getirmektedir. Uygulamada gerek yargıya intikal eden gerekse de medya aracılığıyla gün yüzüne çıkan hukuka aykırı kullanımların güncelliğini yitirmemesi, çalışmamızı oluşturmak adına ilham kaynağı olmuştur. Bu açıdan bakıldığında, araştırmanın odak noktasının debit / kredi kartlarının kötüye kullanılması durumu ve bunun bir sonucu olarak taraflar arasındaki hukuki sorumluluk sahasına ilişkin sınırların net bir biçimde belirlenmesi olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Kartın kötüye kullanılması eylemi genellikle kart hamilinin<sup>2</sup> sorumluluk sahasında gerçekleşse de bu tür kullanımların ortaya çıkardığı etkileri sistemde yer alan tüm taraflar bakımından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla riziko, kart hamilinin sorumluluk alanında gerçekleşse bile hukuk düzeninin taraflara çizmiş olduğu özen yükümleri dikkate alınarak kartlı sisteme dâhil tüm süjeler bakımından sorumluluk araştırması yapmak gerekir. Bu sebeple tarafların tümünün (kart kuruluşu - kart hamili - üye işyeri) sorumluluk sahasını teorik zeminde belirlemek çalışmamızın temel hedefi olacaktır. Şüphesiz bu tür belirlemelerde kuramsal gerçekler yanında, uygulamada karşılaşılan örnekler de göz önünde tutulmalıdır. Bu sebeple ilk tahlilde sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için mümkün olduğu ölçüde ülkemizde ve özellikle Alman hukuku özelinde AB hukukunda karşılaşılan ve

<sup>1</sup> Bkz. [https://bkm.com.tr/secilen-aya-ait-istatistikler/?filter\\_year=2018&filter\\_month=6&List=Listele](https://bkm.com.tr/secilen-aya-ait-istatistikler/?filter_year=2018&filter_month=6&List=Listele) (Son Erişim: 26.11.2018).

<sup>2</sup> Burada, ileride gerekçeli olarak açıklanacağı üzere, terminolojik bir hassasiyetle “kart sahibi” değil, “kart hamili” ifadesi kullanılmıştır.



konumuzla doğrudan ilgili olan özel durumlar karşılaştırmalı olarak aktarılmaya çalışılacaktır.

Ayrıca belirtelim ki araştırmayla nihai olarak, hali hazırda 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'ndan önce yazılmış bulunan yerel literatürü tazelemek amaçlanmamaktadır. Şüphesiz mevcut literatür, bu çalışmanın temellerine çok önemli katkılar sunmuştur. Ancak modern bankacılık uygulamalarının genç popülasyon tarafından hızlı bir biçimde benimsenmesiyle birlikte, bilhassa elektronik ticaretteki hızlı gelişmeler, kartın kötüye kullanılması vakalarının oldukça çeşitlenmesine neden olmuştur.

Bu konuyu cazip kılan bir diğer faktör, yukarıda belirtilen güncel gelişmelerin doğal sonucu olarak konuyla ilgili yerli / yabancı içtihatların da oldukça artmış olmasıdır. İçtihatlarda gözlemlenen bu artış, birtakım sorunların hâlâ yeterince çözümlenemediği izlenimi doğurmaktadır. Ancak içtihatların bu denli yoğun olması, ister istemez bir ayıklama sürecini de beraberinde getirmiştir. Bu açıdan çalışmamızda teorik tartışmaları gölgede bırakmaması adına yalnızca önemli görülen içtihatlar üzerinde durulmuştur.

## **b. Araştırmanın Tasarımı ve Kuramsal Çerçevenin Tasarımdaki Yeri**

Teorik açıdan çalışma, dört bölüm şeklinde tasarlanmıştır.

Birinci bölümde ilk olarak kartlı ödeme sistemlerine ilişkin temel düzenlemeler tanıtılmıştır. Bunun ardından, kartlı ödeme sistemlerinde taraflar arasındaki hukuki ilişkilere geçilmiş ve hemen devamında kötüye kullanımların önlenmesi için taraflarca uyulması gereken yükümlülükler üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümü, tam anlamıyla tezin odak noktasını oluşturmaktadır. Zira bölüm bütünüyle kötüye kullanım rizikosunun taraflar arasında nasıl paylaştırılacağı meselesini, yani tezin kuramsal çerçevesinin doldurulmasını konu edinmektedir. İkinci bölümde, kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk bahsi, hazırlar arasında ve mesafeli olarak gerçekleşen işlemler özelinde ele alınmaya çalışılmıştır. Yine bu bölümde ek kartlara ilişkin özellikli duruma ve kartın kötüye kullanıldığı hallerde hamilin başvurabileceği hukuki olanaklara değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise kartın ödeme sistemi

tarafklarınca kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk bahsi üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın son bölümü olan dördüncü bölüm, kötüye kullanım davalarında karşılaşılan usul hukuku sorunlarına ayrılmıştır. Burada ilk olarak davalardaki görevli ve yetkili mahkeme konusuna değinilmiş, ardından uyuşmazlıklarda ispat yükünü kimin taşıyacağı meselesine geçilmiştir.



**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNE İLİŞKİN TEMEL HUKUKİ**  
**DÜZENLEMELERİN TANITILMASI, SİSTEM TARAFLARI ARASINDAKİ**  
**HUKUKİ İLİŞKİLER VE KÖTÜYE KULLANIMLARIN ÖNLENMESİ İÇİN**  
**ÖNGÖRÜLEN YÜKÜMLÜLÜKLER**

**I. KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNE İLİŞKİN TEMEL HUKUKİ**  
**DÜZENLEMELERİN TANITILMASI**

**A. Türk Hukukunda**

**1. 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile Banka**  
**Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik**

Hukukumuzda kartlı ödeme sistemlerinin kuruluşu, işleyişi ve sistemde yer alan tarafların yükümlülükleri ile ilgili kurallar getiren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu<sup>3</sup>, 2006 yılında yasalaşarak yürürlüğe girmiştir<sup>4</sup>. Bu döneme kadar kartlı ödemeler konusunda sadece mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 10A’da özel bir düzenleme bulunmaktaydı<sup>5</sup>. Fakat bu düzenleme salt kredi kartlarıyla ilgili olması ve yalnızca tüketici konumundaki hamilleri ilgilendirmesi bakımından sınırlı bir uygulama alanına sahipti<sup>6</sup>. Dolayısıyla 2006 yılından önce, mevzuatımızda kartın kötüye kullanılmasıyla ilgili herhangi bir kural bulunmadığından, uyuşmazlıklar kart kuruluşlarınca tek taraflı olarak kaleme alınan standart koşullar ve genel hükümler dikkate alınarak çözülmeye çalışılmaktaydı<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Bundan böyle kısaca “BKKKK” olarak anılacaktır.

<sup>4</sup> RG. 01.03.2006 / 26095.

<sup>5</sup> Bkz. Ebru Tüzemen Atik, “Kredi Kartı Sözleşmelerinde Ek Kart Hamilinin Hukuki Durumu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2014, Sayı: 114, s. 106. Bu kural 4077 sayılı TKHK’ya, 4822 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile eklenmişti (RG. 14.03.2003 / 25048).

<sup>6</sup> Bkz. Mehmet, Bahtiyar, “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’na Göre Kartın Haksız Kullanımından Dolayı Hukuki Sorumluluk”, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İÜHF 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 71; Şükrü Saraç, **Yargıtay Kararları Işığında Banka Kredi Kartı Uyuşmazlıkları**, Sözkesen Matbaacılık, Ankara, 2013, s. 39.

<sup>7</sup> AB hukukuna bakıldığında, 1997 yılından önce kartlı sistemler konusunda bir dizi tavsiye metinleri yayımlanmış olmakla birlikte, bunlar üye ülkeleri bağlamamaktaydı. Bu anlamda 97/7 sayılı Mesafeli İşlemler Yönergesi (Fernabsatzrichtlinie) bir dönüm noktası olmuş ve Yönerge ile üye

5464 sayılı BKKKK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, asıl konumuz olan kötüye kullanımlar da dâhil olmak üzere kartlı sistemlere ilişkin temel meseleler düzenleme altına alınmıştır. Nitekim BKKKK m. 1'e bakıldığında da Kanun'un amacının bu olduğu açık bir şekilde görülmektedir. Kural uyarınca *"Bu Kanunun amacı; banka kartları ve kredi kartlarının çıkarılmasına, kullanımına, takas ve mahsup işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek suretiyle kartlı ödemeler sisteminin etkin çalışmasını sağlamaktır."* Bunun dışında yasal kurallar, "prensip olarak" hamilin tüketici olup olmadığına bakılmaksızın genel geçer bir şekilde kaleme alındığından, kapsam açısından ilke olarak oldukça geniş bir uygulama alanından bahsetmek mümkündür. Nitekim "Kapsam" üst başlığını taşıyan BKKKK m. 2/I'de, yasadaki kuralların, kartlı sistem kuran, kart çıkaran, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ile üye işyerleri ve kart hamillerine uygulanacağı açıkça vurgulanmıştır. Ancak bu maddeyi, tacirlere verilen kurumsal kredi kartlarını bazı kurallardan muaf tutan BKKKK m. 43 hükmüyle birlikte değerlendirmek gerekir<sup>8</sup>.

Konumuz özelinde BKKKK'da düzenlenen iki temel hususun ayrı bir öneme sahip olduğunu söyleyebiliriz. Birincisi, kart kuruluşunun özen yükümlülüklerine ilişkin getirilen düzenlemelerdir (BKKKK m. 8-14; m. 21). Zira uygulamada kart kuruluşları tarafından hazırlanan standart sözleşmelerde bu konuda -doğal olarak- herhangi bir kural getirilmediği gibi -BKKKK öncesi dönemde- genel hükümler yardımıyla kıyas alınan kurallar, bu boşluğu tam manasıyla doldurmaya yetmemiştir. İkinci önem arz eden husus, doğrudan konumuzu ilgilendiren ve kötüye kullanımlar sebebiyle kart hamilinin sorumluluğunu özel olarak ele alan BKKKK m. 12/I düzenlemesidir. Gerçi yasa yürürlüğe girmeden önce, kart sözleşmelerinde benzer içerikte sorumluluk düzenlemeleri yer almıştır; ancak yasayla birlikte en azından hamilin tüketici konumunda bulunduğu kart sözleşmelerine, çerçeve kuraldan daha

---

ülkeleri bağlayan kurallar getirilmiştir. Bilhassa Yönerge m. 8 ile üye ülkeler, kartlı ödemeler özelinde borç kaydının iptali ile alacak kaydının işlenmesine ve kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluğun belirlenmesine ilişkin kurallar getirmeye zorlanmıştır. Alman kanun koyucusu 2000 yılında bu yönde bir uygulamaya gitmiş ve mülga BGB §676h düzenlemesini (Ödeme Kartının Kötüye Kullanılması) yürürlüğe koymuştur (Bkz. Natalia Pavlenko, **Zahlungskarte- von §676h a. F. BGB über die Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG vom 13.11.2007 zum §675u BGB**, Dissertation, Mainz, 2010, s. 40).

<sup>8</sup> BKKKK m. 43'te hangi kuralların tacirlere verilen kurumsal kredi kartlarına uygulanamayacağı tek tek belirtilmiştir. Buna göre m. 8/II (asgari tutarın ödenmesinde temerrüde düşülmesinden ötürü kartın iptali), m. 9 (kredi kartı limiti), m. 12 (kartın haksız kullanımı ve sigortalıması), m. 24 (sözleşme şartları), m. 25 (sözleşme değişiklikleri), III. fıkrası hariç olmak üzere m. 26 (faiz hesaplaması) ve m. 44'te (yetkili mahkeme ve merciler) düzenlenen kurallar kurumsal kredi kartlarından doğan uyuşmazlıklara uygulanamaz.

ağır bir sorumluluk düzenlemesi getirme ihtimalinin önüne geçilmiştir (Karş. BKKKK m. 12/I ve m. 43).

Kartlı ödeme sistemleri bakımından son olarak BKKKK'nın uygulama esaslarını düzenlemek amacıyla 2007 yılında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından hazırlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir<sup>9</sup>. Bu Yönetmelikle özellikle Kanun'un dikkat çektiği hususlarda ve kartlı ödeme sisteminin teknik yapısına ilişkin konularda ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir. Çalışmamızda yeri geldikçe ve konumuzla ilgili olduğu ölçüde bu kurallara da dikkat çekilecektir.

## 2. Kart Kavramı ve Kartlı Sistemde Yer Alan Söjeler

Teknik bir konu olan kartlı ödeme sistemlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce, Kanun'da zikredilen temel kavramların açıklığa kavuşturulması isabetli olur. Çalışmamızda, terminolojik bütünlüğü sağlamak adına aynı anlama gelebilecek kavramlardan yalnızca biri üzerinde durulmuş, bunun dışındaki diğer kullanımlar ekseriyetle dışlanmıştır. Bu tercih yapılırken yer yer kanun koyucunun kullanmayı tercih ettiğı ifadeler yer yer de uygulamada ve özellikle yabancı öğretilerde yerleşik hale gelen kullanımlar üstün tutulmuştur.

Bu aşamada ilk olarak BKKKK'da kullanılan "kart" ifadesinden kastın ne olduğu açıklanmalıdır. Yasanın adından da anlaşılacağı üzere, "kart" ifadesiyle hem banka kartlarının hem de kredi kartlarının kastedilmek istendiğı açıktır (m. 1). BKKKK'da banka kartı, "*Mevduat hesabı veya özel cari hesapların<sup>10</sup> kullanımı dâhil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart...*" şeklinde tanımlanmıştır (m. 3/I-d)<sup>11</sup>. Kredi kartı ise "*Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı*

<sup>9</sup> RG. 10.03.2007 / 26458. Bundan böyle kısaca "BKKKY" olarak anılacaktır.

<sup>10</sup> "Özel cari hesap", esas itibarıyla katılım bankacılığına özgü bir kavramdır. Katılım bankacılığına para yatırmak isteyen mudi, parasını özel cari hesaba yatırdığında, dilediğı zaman kısmen veya tamamen bu hesaptan parasını çekebilir; fakat bunun karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri bedeli (katılım veya kâr payı) ödenmez. Katılım bankacılığında "özel cari hesap", bir bakıma ticaret bankacılığındaki "vadesiz mevduat hesabı"nın karşılığını oluşturur ve özel cari hesaplara, cari hesap sözleşmesi hükümleri uygulanmaz (Bkz. Ramazan Durgut, **Cari Hesap Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, ss. 68-69).

<sup>11</sup> Ancak biz çalışmamızda banka kartı yerine, bankacılık uygulamasında ve literatürde daha yaygın olarak kullanılan "debit kart" ifadesini yoğun olarak kullanacağız.

*bulunmayan kart numarası” şeklinde tanımlanmıştır (m. 3/I-e).*

Görüldüğü gibi kanun koyucu, düzenleme alanını yalnızca debit ve kredi kartlarıyla sınırlamış, buna karşılık nakit benzeri ödeme fonksiyonu bu kartlara nazaran daha belirgin olan ön ödemeli kartlar ile iki taraflı sistemin konusunu oluşturan müşteri kartlarını kapsam dışında tutmuştur. Ülkemiz uygulamasında da yaygın olarak banka kartı ve kredi kartı olmak üzere iki tip ödeme kartının kullanıldığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte debit kartıyla gerçekleşen işlemler ile kredi kartıyla gerçekleşen işlemler arasında önemli farklılıklar bulunur. En basitinden debit kart kullanımlarında, işlem tutarı hesapta bulunan miktardan derhal düşülürken; kredi kartlarında, kart kuruluşu aracılığıyla hamile işlem tutarı kadar kredi verildiği kabul edilir<sup>12</sup>. Ayrıca dikkat edilirse BKKKK m. 3/I-e’de kredi kartı, salt somut bir obje olarak görülmemiş, kart numarasının da kredi kartı kavramına dâhil olduğu özel olarak vurgulanmıştır.

Bunun dışında POS terminallerinde işlem görme bakımından debit kartlar ile kredi kartları arasında teknik açıdan farklılıklar bulunduğu söylenemez. Aradaki farklılık yalnızca ödeme talimatının birinde alacaklı cari (vadesiz mevduat) hesabı, diğerinde borçlu cari (kredi kartı) hesabı üzerinden verilmesinden ibarettir. Diğer bir deyişle debit kartlarda, ödeme talimatıyla birlikte kart kuruluşu doğrudan hamilin vadesiz mevduat hesabından ilgili miktarı üye işyerinin hesabına alacak kaydı olarak geçerken; kredi kartlarında, hamile ileride fatura etmek üzere kendi öz varlıklarından üye işyerine ödemede bulunur. Bu nedenle sistem içerisinde debit kartlar “hemen öde kartlar” (Pay-now-Karte); kredi kartları ise “sonra öde kartlar” (Pay-later-Karte) olarak da anılır<sup>13</sup>. Keza kredi kartlarından farklı olarak debit kartlarda yalnızca teknik aksaklık söz konusuysa, ödeme işlemi ile hamilin hesabına borç kaydı düşme işlemi

---

<sup>12</sup> Bu yönde bkz. Matthias Koch, **Missbrauch von Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten: Haftungsverteilung zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer**, Nomos, Baden Baden, 2012, s. 34; Adolf Baumbach ve Klaus J. Hopt, **Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)**, 38. neubearbeitete Bası, München 2018, (7) Bankgeschäfte, N. F/2.

<sup>13</sup> Bkz. Gerfried Kienholz, **Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz**, Verlag C.H Beck, München, 2000, s. 4; Olaf Grabe, **Die Risikozuordnung im US-amerikanischen Kreditverfahren**, V & R Unipress GmbH, Göttingen, 2006, s. 56; Dorothe Einsele, **Bank- und Kapitalmarktrecht**, 3. neu bearbeitete Bası, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 295; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Bası, München 2017 (Casper), §675f, N. 104; Dania Neumann ve Christian Bock, **Zahlungsverkehr im Internet, Rechtliche Grundzüge klassischer und innovativer Zahlungsverfahren**, Verlag C. H. Beck, München, 2004, ss. 31-32, N. 48-51; Neumann ve Bock, s. 123, N. 237.

arasında bir gecikme yaşanabilir<sup>14</sup>. Teknik kullanım şekli ve çok taraflı hukuki ilişki bağlamında tamamen benzer olan her iki kart tipi, güvenlik konseptleri -ve kimlik tespit işlemleri- bakımından ise birbirlerinden önemli ölçüde farklılaşır. Bunun doğal sonucu olarak, üçüncü kişilerce gerçekleşen kötüye kullanımlarda her iki kart tipi açısından hukuki durum da farklılaşabilir<sup>15</sup>. Söz gelimi, bankamatiklerde PIN bilgisi, e-ticaret işlemlerinde ise TAN (tek kullanımlık şifre) bilgisi olmadan debit kartla işlem gerçekleştirmek mümkün değildir. Otorizasyon için bu şekilde gizli kod kullanma zorunluluğu bulunması ve bu tür işlemlerde kötüye kullanım tartışmasının başlaması, ileride de görüleceği gibi aksi kanıtlanmadığı sürece tüm rizikonun hamile yıklılmasına neden olabilir (ilk görünüş ispatı).

Kanun koyucu, kartlı ödeme sisteminde yer alan taraflarıysa ileride değinilecek olan takas sistemine göre kategorize ederek tanımlama yolunu tercih etmiştir. Dolayısıyla BKKKK anlamında işleyiş, “kartlı sistem kuruluşu”, “kart çıkaran kuruluş”, “üye işyeri anlaşması yapan kuruluş”, “üye işyeri” ve “kart hamili” olmak üzere toplamda beş süjenin katılımıyla gerçekleşir.

Kartlı sistem kuruluşları, “*Banka kartı veya kredi kartı sistemi kuran ve bu sisteme göre kart çıkarma veya üye işyeri anlaşması yapma yetkisi veren kuruluşlardır*” (m.3/I-f). Bu tür kuruluşlar MasterCard ve VISA örneğinde olduğu gibi yalnızca sistemin altyapısını oluştururlar ve lisans sözleşmeleri aracılığıyla bu altyapıdan yararlanmak isteyen kart kuruluşlarına (genellikle bankalara<sup>16</sup>) kendi

<sup>14</sup> Bkz. Carsten Jungmann, **Bankrechtskommentar**, (Ed. Katja Langenbucher, Dirk H. Bliesener ve Gerald Spindler), Verlag C. H. Beck, 2. Bası, München, 2016, Kap. 6, Vor §675f ff., N. 24.

<sup>15</sup> Bu yönde bkz. Enno Stange, **Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchshaftung in Europa Eine rechtsvergleichende Betrachtung der deutschen, englische und spanischen Rechtsordnung mit besonderem Blick auf die europäische Zahlungsdiensterichtlinie 64/2007/EG**, Dissertation, Berlin, 2009, s. 42.

<sup>16</sup> Dünya genelindeki uygulamada kartlı sistem kuruluşları, kart çıkarma yetkisini ekseriyetle bankalara vermektedir (Bkz. Stange, s. 54). Bununla birlikte, bankalar dışında, ödeme hizmeti veya elektronik para kuruluşları da pekâlâ kart çıkarabilir. Ancak bunlar daha ziyade kredi kartı ihraç eder ve hamille aralarında ciro hesabına dayanmayan özel bir kart sözleşmesi bulunur (Bu yönde bkz. Pavalenco, s. 104).

Ülkemiz uygulamasında da dünyada olduğu gibi hem debit hem de kredi kartları bakımından yaygın olan yöntem, uluslararası kartlı sistem kuruluşlarının (VISA, MasterCard vs. ), ulusal ölçekte faaliyet gösteren ve üye işyerleriyle anlaşma yapan kart kuruluşlarıyla (genellikle bankalarla) çerçeve nitelikte lisans sözleşmesi imzalamasıdır. Böylece kartlı sistem kuruluşları, kendi logolarını kullanmaları kaydıyla yerel kart kuruluşlarına, kart çıkarma olanağı tanır. Lisans sözleşmelerinin bir diğer amacı, kredi kartlarının geniş bir bölgede ödeme aracı olarak kabul edilebilmesi için kart kuruluşlarının mümkün olduğunca sisteme üye işyeri kazandırmasıdır (Bkz. Carsten Jungmann, “Die Verteilung des Missbrauchsriskos beim Einsatz von Kreditkarten im ECommerce”, **Wertpapier Mitteilungen** 2005, s.1353). Kartlı sistem kuruluşları ile kart kuruluşları arasındaki ilişkinin lisans sözleşmesi dışında, yönetim sözleşmesi ve franchise temeline de dayanması konusunda bkz. Ünal Tekinalp, Ünal

logolarını kullanarak ülke içinde kart çıkarma yetkisi verirler<sup>17</sup>. Bunun dışında kartlı sistem kuruluşlarının temel olarak dört görevinin bulunduğu söylenebilir. İlk olarak bu tür kuruluşlar kimlerin üye işyerleriyle anlaşma yapacağına ilişkin kuralları ve ayrıca bu anlaşmalar kapsamında üye işyerlerinin uymak zorunda olduğu birtakım yükümlülükleri belirler. İkinci olarak takaslaşma gerektiren durumlarda -sınır aşan ödemelerde- ödeme ve takas sürecini yönetir. Üçüncü olarak bu gerçekleşen işlemlerdeki ücret kalemlerini, özellikle takaslaşma ücretini belirler. Dördüncü ve en önemli görevi ise kartlı sistemlerin ve özellikle sistem güvenliğinin gelişmesini sağlamak ve bunları pazarlamaktır<sup>18</sup>. Hazır yeri gelmişken ülkemiz uygulamasında kartlı ödemelerin yaygınlaşması konusunda üstlenmiş olduğu aktif rolün bir gereği olarak Bankalar Arası Kart Merkezine (BKM), Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun (BDDK) 31.03.2016 tarihli ve 6821 sayılı kararı uyarınca kartlı sistem kurma ve kart çıkarma konusunda özel yetki verildiğini belirtelim<sup>19</sup>. Böylece ülkemiz bankalarının ilerleyen dönemde, VISA ve MasterCard gibi uluslararası kartlı sistem kuruluşlarına olan bağımlılıklarının azalacağı söylenebilir. Nitekim BKM, kartlı sistem kuruluşu sıfatını edindikten sonra yoğun bir şekilde, Türkiye'nin Ödeme Yöntemi (TROY) markası altında ülkemizde faaliyet gösteren kart kuruluşları ile üye işyerleriyle anlaşmalar yapmaya başlamıştır. Hatta yakın bir gelecekte uluslararası ölçekteki üye işyerleriyle de anlaşmalar yapılması ve TROY markasının sınır aşan ödemelere de konu olması planlanmaktadır<sup>20</sup>.

Kartlı sistem kuruluşlarından lisans alan kart kuruluşları, BDDK'nın iznini de alarak kart ihraç etme ve üye işyerleriyle anlaşma yapma yetkisine kavuşur (BKKKK m. 4/I). Ancak bir ödeme işleminde her zaman hamilin anlaşmalı olduğu kart

---

**Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 503, N. 39-71.

<sup>17</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 3; Stange, s. 54. Özellikle VISA ve MasterCard gibi uluslararası kartlı sistem kuruluşları, dünya genelinde ve yaklaşık 150 ülkede kartlı ödemelerin gerçekleşmesini sağlayan yaygın bir altyapıya sahiptir. Yerel ölçekte faaliyet gösteren kart kuruluşları, kartlı sistem kuruluşlarıyla lisans anlaşması yaparak kart çıkarma yetkisine kavuştuğu gibi, bu kuruluşların dünya geneline yayılmış olan altyapı ve servis sağlayıcı hizmetinden faydalanma imkânına da kavuşur. Bu açıdan kartlı sistem kuruluşlarının bir bakıma kurmuş oldukları "ödeme sistemini" ve sistemin altyapısını lisans sözleşmeleriyle kart kuruluşlarına pazarladıkları söylenebilir. Ayrıca kartlı sistem kuruluşları ne kart hamilleriyle ne de üye işyerleriyle doğrudan (hukuki) bir ilişki içine girmezler ve lisans anlaşmasından ötürü yalnızca kart kuruluşlarıyla muhatap olurlar (Bkz. Micha Brechtel, **Die Tilgung von Geldforderungen bei Überweisung, Lastschrift und Kreditkartenzahlung**, Nomos, Baden Baden, 2013, s. 169).

<sup>18</sup> Bu yönde bkz. Grabe, s. 34

<sup>19</sup> Bu karar için bkz. RG. 06.04.2016.

<sup>20</sup> Bkz. <https://troyodeme.com/> (Son Erişim: 04.04.2018).



kuruluşu (kartı çıkaran kuruluş) ile üye işyerinin anlaşmalı olduğu kart kuruluşu aynı olmayabilir. Bu farklılığa dikkat çekmek isteyen kanun koyucu, kart çıkaran kuruluş ile üye işyeri anlaşması yapan kuruluşu ayrı ayrı tanımlama gereği duymuştur. Buna göre kart çıkaran kuruluş, banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz bankalar ile diğer kuruluşları ifade ederken (BKKKK m. 3/I-g); üye işyeri anlaşması yapan kuruluş, banka kartı veya kredi kartı kabulünü sağlamak amacıyla işyerleriyle anlaşma yapan bankalar ya da kuruluşları ifade eder (BKKKK m. 3/I-h)<sup>21</sup>.

Kanun'un sistemin bir diğer süjesini oluşturan kart hamilini de açıkça tanımladığı görülmektedir. Buna göre kart hamili, *“Kart kuruluşlarının çıkarmış olduğu banka kartı ile kredi kartı hizmetlerinden yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi... ifade eder”* (BKKKK m. 3/I-j). Kartın mülkiyeti esas itibariyle kartı çıkaran kuruluşa ait olduğundan, kanun koyucunun “hamil” kavramını bilinçli olarak tercih ettiği söylenebilir. Bu vesileyle kart sözleşmesiyle kartın mülkiyetinin değil, yalnızca zilyetliğinin hamile devredildiğini vurgulamak yerinde olur<sup>22</sup>.

Kanun'da kartlı ödeme sisteminin son süjesi olan üye işyeri de tanımlanmıştır. Buna göre üye işyeri, *“Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlarla imzaladığı sözleşme çerçevesinde kart hamiline mal ve hizmet satmayı veya nakit temin etmeyi kabul eden gerçek ve tüzel kişiyi... ifade eder”* (BKKKK m. 3/I-i). Tanımlamada dikkat çeken en önemli detay, üye işyerlerinin hamillere “nakit” tedarik etmesinden bahsedilmiş olmasıdır. Oysa bilindiği gibi ivaz karşılığı nakit tedariki devlete tanınmış bir imtiyazdır ve devlet bu yetkisini, kural olarak yalnızca bankalarla ve belirli finans kuruluşlarıyla paylaşmaktadır. Bu nedenle, tanımdaki “nakit temin etmeyi kabul eden üye işyerleri” ifadesini “bankalar” şeklinde yorumlamak isabetli olur. Aksi halde, banka konumunda bulunmayan alelade üye işyerlerinin kartın ibrazı karşılığında hamillere nakit tedarik etmesi, daha sonra değinilecek olan POS tefeciliğe ilişkin yaptırımları gündeme getirir. Bu nedenle bankalar gerek ATM'ler gerekse de şubelerindeki gişeler aracılığıyla nakit satan üye işyerleri olarak görülebilir. Gerçi teknik açıdan üye işyerinden bahsedebilmek için

<sup>21</sup> Buna ilişkin örnek aşağıda “Takasa Dayalı Sistem” başlığı altındaki açıklamalarda verilmiştir. Bkz. Aşa. II, D.

<sup>22</sup> Bu hususta bkz. Beatrix Weber, **Recht des Zahlungsverkehr**, 4. neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2004, s. 285; Mehmet Bahtiyar, “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar** (Ed. Taylan Özgür Kiraz), İstanbul, 2009, s. 73, dn. 8.

üye işyeri sözleşmesinin varlığı gerekir; ancak bankalara kart çıkarma yetkisi veren lisans sözleşmelerinin bu konuda yeterli hükümler içerdiği ve üye işyeri sözleşmesinin eksikliğini doldurduğu söylenebilir<sup>23</sup>.

Ödeme sisteminde yer alan süjeleri kısaca tanımladıktan sonra, konumuz bakımından önem teşkil eden bir diğer kavram olan harcama belgesine de kısaca değinelim. Uygulamada daha çok “slip” olarak bilinen harcama belgesi, BKKKK m. 3/I-k’da şu şekilde tanımlanmıştır: *“Banka kartı veya kredi kartı ile yapılan işlemler ile ilgili olarak üye işyeri tarafından düzenlenen, kart hamilinin işlemde doğan borcu ile diğer bilgileri gösteren ve kart hamilinin kimliğinin bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemle belirlendiği haller dışında kart hamili tarafından imzalanan belgeyi... ifade eder.”* Tanımdan, kartlı ödeme sistemlerinde kimlik tespitinin, gizli bir kod veya kimlik belirleyici başka bir yöntem (biyometrik imza, retina taraması vb.)<sup>24</sup> kullanılarak yapılabileceği gibi, harcama belgesi imzalanmak suretiyle de yapılabileceği anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi ödeme işlemlerinde kimlik tespitinin çeşitli şekillerde yapılması mümkündür. Online bankacılıkta ya da kartlı sistemde kimlik tespiti, yalnızca yetkili kimseler tarafından bilinen gizli bilgiler yardımıyla gerçekleştirilebilir. Bu hususta akla gelen bir diğer ihtimal, el yazılı imzada olduğu gibi bireysel işaretler kontrol edilerek kimlik tespitinin yapılmasıdır. Bu yöntemler sayesinde kart kuruluşu, vekâlet veren konumunda bulunan hamilin kimliğini tespit etmiş ve otorize edilen işlemin sıhhatini denetlemiş olur<sup>25</sup>.

Günümüz uygulamasındaysa kartlı sistemlerde, yetkili hamilin kimliğinin tespit edilmesi bakımından genel olarak üç değişik metottan veya bunların kombinasyonundan bahsetmek mümkündür. Bunlar; yetkili hamilin sahip olduğu şeyler (kart, kimlik), yalnızca hamil tarafından bilinen şeyler (şifre, gizli kod) ve hamilin kişiliğinin parçasını oluşturan şeyler (biyometrik işlemler) olarak

<sup>23</sup> Bu hususta bkz. İlhan Sungur, **Türkiye’de Banka ve Kredi Kartları Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi**, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul, 2013, s. 75.

<sup>24</sup> Kartlı ödemelerde kimlik tespitinin yakın bir gelecekte yalnızca biyometrik olarak yapılması, parmak izinin hızla PIN’in ve el yazılı imzanın yerini alması planlanıyor. Nitekim 2017 yılı itibarıyla yerleşik çiple birlikte parmak izi algılayıcı özellikteki kredi kartları, MasterCard öncülüğünde dünya genelinde ihraç edilmeye başlanmıştır. Bu yöntemde, harcama belgesine imza atmak veya POS terminaline PIN girmek yerine hamilin kartın üzerinde yer alan sensöre başparmağını yerleştirmesi yeterli oluyor. Bkz. <https://www.teknotalk.com/mastercard-biyometrik-kredi-karti-56633> (Son Erişim: 08.12.2017).

<sup>25</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, s. 24.

sıralanabilir<sup>26</sup>.

## B. Alman Hukukunda

### 1. AB Ödeme Hizmetleri Yönergesi ve Yönerge'nin Alman Hukukuna Uyarlanması

AB hukukunda, ödeme işlemlerinde yeknesaklığı sağlayabilmek için gelişen teknolojiyle doğru orantılı olacak şekilde birtakım değişikliklere gidilmiştir. Avrupa iç pazarında “elektronik ortamda” gerçekleşen tüm gayrinakdî ödemelerde hukuki yeknesaklık oluşturma girişiminin başlangıcı olarak 13.11.2007 tarihli ve 2007/ 64 sayılı AB Ödeme Hizmetleri Yönergesi (Zahlungsdiensterichtlinie)<sup>27</sup> gösterilebilir. Gerçekten de ZDR I’de, çek ve kambiyo işlemleri dışında kalan ödeme şekilleri, dolayısıyla banka havalesi, hesaba borç kaydı işlemi (Lastschrift), debit ve kredi kartıyla gerçekleşen ödemeler, hesaptan para çekme ve hesap üzerinden para yatırma işlemleriyle online bankacılık uygulamaları, kısaca bütün “elektronik ödeme işlemleri” hakkında hem hukuki esaslara hem de denetime yönelik önemli düzenlemeler getirilmiştir<sup>28</sup>. Tek tek ödeme yöntemleri özelinde kurallar getirmek yerine, genel kapsamlı ve tüm ödeme yöntemlerini kucaklayıcı düzenleme getirme ısrarının arka planında, ortak iç pazar oluşturma hedefinin ancak birlik içindeki ödeme trafiğinin serbest dolaşımıyla mümkün olabileceği algısı yatar. Dikkatli bir gözle bakıldığında, bu girişime kadar üye ülkeler arasında cari olan mevzuat farklılığının, yalnızca iç pazardaki uyuma engel olmadığı, aynı zamanda birlik içindeki ekonomik potansiyele de ket vurduğu görülebilir<sup>29</sup>. Bu nedenle Alman

<sup>26</sup> Bkz. Michael Bucher, **Die Risikoverteilung bei der Benutzung elektronischer kartengesteuerter Zahlungssysteme**, Peter Lang, Frankfurt am Main 1992, s. 173.

<sup>27</sup> Bundan böyle “ZDR I” olarak anılacaktır.

<sup>28</sup> Bkz. Pavalenco, s. 42; Gerd Nobbe, “Neuregelungen im Zahlungsverkehrsrecht, ein kritischer Überblick”, **Wertpapier Mitteilungen** 2011, s. 961; Gerald Spindler ve Kai Zahrt, “Zum Entwurf für eine Überarbeitung der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II)”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2014; Hans Brox ve Wolf Dietrich Wolker, **Besonderes Schuldrecht**, 40. Bası, Vahlen, München, 2016, s. 390, N. 53.

<sup>29</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Volker Wackwitz, **Die Zahlungsdiensterichtlinie und ihre Umsetzung**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2013, ss. 9-10, 32-33; Dimitrios Linardatos, **Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie**, Nomos, Baden Baden 2013, s. 23; Christian Koch, **Umsetzung des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie**, Deutscher Genossenschafts Verlag eG, Wiesbaden, 2009, ss. 11-12; M. Koch, s. 19; Dimitrios Linardatos, “Der Kommissionsvorschlag für

hukukunda ilk olarak Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen ZDR I'in özel hukuka ilişkin kısımları, 31.10.2009 tarihinde Medeni Kanuna (Bürgerliches Gesetzbuch)<sup>30</sup> uyarlanarak öngörülen süre içinde yürürlüğe girmiştir<sup>31</sup>. Yönerge'de yer alan “denetime” ilişkin kuralların uyumu ise 25.6.2009 tarihli Ödeme Hizmetleri Denetim Yasası (Zahlungsdienstaufsichtsgesetz)<sup>32</sup> ile BGB'deki terminoloji ve sistemle bağlantılı olacak şekilde gerçekleştirilmiştir<sup>33</sup>.

Ancak Avrupa Parlamentosu, sekiz yıl aradan sonra, dinamik bir işleyişe sahip olan ödeme sistemleri konusunda ikinci bir revizyona gitme gereği duymuş ve 25.11.2015 tarihli, 2015/2336 sayılı Ödeme Hizmetleri Yönergesi'ni kabul etmiştir<sup>34</sup>. ZDR II ile ZDR I'in temel anlayışına sadık kalınmış olsa da birçok konuda nokta

---

eine Zahlungsdiensterichtlinie II – Ein Überblick zu den haftungsrechtlichen Reformvorhaben”, **Wertpapier Mitteilungen** 2014, s. 300; Matthias Casper, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Aufl., (Ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg), Verlag C. H. Beck, München, 2017, Vor §§675c-676c, N. 2. Aslında ödeme işlemlerinde yaşanan bu zafiyet, finans sektörü tarafından önceden de bilinmekteydi. Nitekim sorunu giderme adına, 2002 yılının ortalarında kurulan Avrupa Ödeme Konseyi (European Payment Council) tarafından yapılan çalışmalar başarıyla sonuçlanmış ve 27 birlik üyesinin yanı sıra Norveç, İzlanda, Lihtenştayn ve İsviçre'nin de dâhil olduğu, kısaca SEPA (Single European Payment Area) olarak adlandırılan yeknesak bir Avrupa ödeme bölgesi kurulmuştur. Bu platformun amacı, ödeme işlemlerinde ortak araç, standart, işlem ve alt yapılar tesis ederek sınır aşan ödemeler ile ulusal ölçekli ödemeler arasında mümkün mertebe eşgüdümlü bir uygulama sağlamaktır. Bu doğrultuda ilk olarak 2003 yılında, IBAN ve “Banka Kimlik Kodu” (BIC) verileri kullanılarak SEPA bölgesindeki banka havalelerinde standart bir uygulama başlamış ve takip eden süreçte diğer gayri nakdî ödeme araçları (örneğin kartlı ödemeler) için de benzer çabalar ortaya konmuştur. Bu tür sınır aşan işlemler bakımından bir yeknesaklık oluşturulabilmesi, ancak üye ülkelerin ulusal hukuklarında eşgüdüm sağlamakla mümkün olacağından, daha sonraki süreçte Yönerge(ler) rehberliğinde üye ülkelerin iç hukuku dizayn edilmeye çalışılmıştır [Bu hususlarda genel olarak bkz. Wackwitz, s. 21; Boris Schinkel, **Zivilrecht unter europäischem Einfluss, die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze, Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen**, (Ed. Martin Gebauer ve Thomas Wiedmann), 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2010, ss. 795-796, N. 4; Einsele, s. 238; Stange, s. 153; Brox ve Wolker, ss. 389-390, N. 52].

<sup>30</sup> Bundan böyle “BGB” olarak anılacaktır.

<sup>31</sup> Bkz. Rüdiger Pamp, **AGB-Recht Kommentar**, (Ed. Manfred Wolf, Walter F. Lindachter ve Thomas Pfeiffer), 6. Bası, Verlag C. H. Beck, München, 2013, N. K 71; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), Vor §§675c-676c, N. 2; Stange, s. 15. ZDR I m. 94/I ile üye ülkelere uyumlaştırma için 01.11.2009 tarihine kadar mühlet tanınmıştır. Alman hukukunda BGB'ye bu kurallar 29.07.2009 tarihli Kanun (Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht) aracılığıyla eklenmiştir. Bu Kanun'un tam metnine ulaşmak için bkz. [https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/16\\_wp/verbraucherktreditrl/bgbl.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/16_wp/verbraucherktreditrl/bgbl.pdf?__blob=publicationFile). (Son Erişim: 07.09.2018).

<sup>32</sup> Bundan böyle “ZAG” olarak anılacaktır. Bu Kanun'un tam metnine ulaşmak için bkz. <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/116/1611613.pdf>. (Son Erişim: 07.09.2018).

<sup>33</sup> Bkz. Nobbe, WM 2011, s. 961; Spindler ve Zahrte, BKR 2014, s. 266; Sebastian Omlor, “Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Umsetzung der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie”, **Juristische Schulung** 2017, s. 626.

<sup>34</sup> Bundan böyle “ZDR II” olarak anılacaktır. 117 madde ve 6 başlıktan oluşan ZDR II'nin Almanca metnine ulaşmak için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TEXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2366&from=DE>. (Son Erişim: 07.09.2018).

değişikliklere gidilerek elektronik ödemelerde güvenlik sisteminin iyileştirilmesine ve tüketici haklarının güçlendirilmesine gayret edilmiştir<sup>35</sup>. Gerçekten de son revizyonla özellikle kartın kötüye kullanılması bakımından hamilin sorumluluğu daha da sınırlandırılmış ve güvenlik tedbirlerinin artırılmasıyla ilgili denetime ilişkin önemli kurallar getirilmiştir. Alman kanun koyucusu, bu değişiklikleri de benzer bir motivasyonla, yani uyumlaştırma için öngörülen süre henüz dolmadan<sup>36</sup> 17.07.2017 tarihli “İkinci Ödeme Hizmetleri Yönergesi’nin Uyumlaştırılmasına ilişkin Yasa” aracılığıyla gerçekleştirmiştir<sup>37</sup>. Ancak ZDR II m. 115/II ve Uyumlaştırma Yasası m. 15/IV uyarınca bu değişikliklerin büyük bir kısmı öngörülen sürede, yani 13.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>38</sup>.

Tüm bu sürecin sonunda, Alman hukuku ödemeler sisteminde köklü bir değişim yaşandığı söylenebilir. Bir kere değişikliklerden önce ödeme sistemleri açısından banka havaleleriyle sınırlı bir kural koyma eğilimi söz konusuysen, revizyonla birlikte getirilen kuralların kartlı ödemeler de dâhil olmak üzere “elektronik ortamda gerçekleşen” tüm gayrinakdi ödemelere uygulanabilmesine azami ölçüde dikkat gösterilmiştir<sup>39</sup>. Bilhassa Alman kanun koyucusunun BGB’ye

<sup>35</sup> Bkz. Diethelm Baumann, “Die Umsetzung der Payment Services Directive 2- Chance oder Risiko für Finanzdienstleister?” **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht** 2017, s. 275. Kanun tasarısında ve özellikle yeşil kitapta belirtilen düşüncelerde, son değişiklikle hedeflenen nihai amacın, kartla, internet aracılığıyla veya mobil yöntemle gerçekleşen ödemelerde iç pazardaki uyumu sağlamak; ödeme işlemlerinde karşılaşılan sıkıntılarda tüketicilerin konumunu güçlendirmek ve e-ticaret sektöründeki rekabeti artırmak olduğu belirtilmiştir (Bkz. Spindler ve Zahrt, BKR 2014, s. 266). Sonuç olarak, ikinci revizyonla hedeflenenin Avrupa pazarındaki gayrinakdi ödemeleri geliştirmek ve teknik yeniliklere uyum sağlamak olduğu söylenebilir (Aynı yönde bkz. Christoph Buchmüller ve Jens Burke, “Zahlungsmittelgelte im E-Commerce, Neurungen durch die Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie ab Januar 2018”, **Multimedia und Recht** 2017, s. 728).

<sup>36</sup> ZDR II ile üye ülkelere uyumlaştırma için 13.01.2018 tarihine kadar süre tanınmıştır (m. 115/I).

<sup>37</sup> Ödeme Hizmetleri Yönergesi II’nin Uyum Hakkında Kanun’un (Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie) tam metnine ulaşmak için bkz. <https://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2017/0451-17.pdf> (Son Erişim: 07.09.2018). Bu Kanun’un birinci maddesinde denetime ilişkin ZAG’de düzenlenen kurallar, ikinci maddesinde BGB’deki kurallar ve üçüncü maddesinde BGB’nin Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’daki (EGBGB) kurallar yeniden kaleme alınmıştır. Böylelikle daha önce olduğu gibi denetime (ZAG), özel hukuka (BGB) ve bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin (EGBGB) getirilen kurallar, üç farklı yasa aracılığıyla iç hukuka uyarlanmıştır (Bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), Vor §§675c-676c, N. 10; Baumann, GWR 2017, s. 275).

<sup>38</sup> Bkz. Jochen Hoffmann, “Kundenhaftung unter der Neufassung der Zahlungsdiensterichtlinie”, **Verbraucher und Recht** 2016, s. 243; Christian Hofmann, “Das neue Haftungsrecht im Zahlungsverkehr”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2018, s. 62.

<sup>39</sup> İlk revizyon öncesinde ödeme yöntemlerine ilişkin kurallar mülga BGB §§676a-h maddeleri arasında düzenlenmişti. Bu kapsamda, banka havale sözleşmesine (Überweisungsvertrag), ödeme sözleşmesine (Zahlungsvertrag / EFT) ve ciro sözleşmesine (Girovertrag) ilişkin esaslar ayrıntılı bir şekilde ele alınmışken (§§675a-g), kartlı ödemeler konusunda yalnızca kötüye kullanımla ilgili bir kurala (§676h) yer verilmişti (Bkz. M. Koch, s. 20).

adapte ettiği yeni kurallarda (§§675c - 676c) elektronik ortamda gerçekleşen gayrinakdî ödemeleri kategorik bir şekilde ayrı ayrı düzenlemek yerine, sistemdeki süreçleri (başlangıç, otorizasyon<sup>40</sup>, işleyiş) hedef alarak ödeme sistemlerine ilişkin tek tip bir normatif düzen amaçladığı görölmektedir. Bu açıdan Alman hukukundaki yeni kuralların odak noktasının gayrinakdî “ödeme türleri” değil, gayrinakdî ödemelerde işleyen “süreçler” olduğunu söylemek çok da yanlış olmaz<sup>41</sup>.

Diğer taraftan BGB §§675c - 676c’deki kurallara yakından bakıldığında, ödeme sisteminde yer alan tarafların aralarında yapacakları bireysel sözleşmelerde uymaları gereken sınırın oldukça ayrıntılı bir şekilde belirlendiği görölr. Ancak bu sınırlar dâhilinde çerçeve sözleşmelerin içeriğini doldurma görevi yine taraflara düşmektedir. Bu nedenle uygulamada, eskiden olduğu gibi kart kuruluşlarınca hazırlanan ve genel işlem koşulları şeklinde formüle edilen özel şartlar dikte edilmeye devam edilmektedir<sup>42</sup>. Bu konuda tek farklılık, revizyondan önce kartlı ödeme sistemleriyle ilgili herhangi bir çerçeve norm bulunmadığından anlaşmazlıklar genel hükümler ve özellikle genel işlem koşullarının denetlenmesine yönelik kurallarla özölürken; revizyonla birlikte artık BGB’deki kuralların (Bkz. BGB §§675c – 676c) dikkate alınmaya başlanmasıdır.

Çalışmamızda, Türk hukukuyla karşılaştırma yapmak adına, BGB’de düzenlenen (dolayısıyla BGB’nin referans olarak aldığı ZDR II’deki) ödeme sistemlerine ilişkin kurallara, konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde sık sık başvurulacaktır.

---

<sup>40</sup> Otorizasyon / yetkilendirme kavramı Anglo-Sakson hukukunda yalnızca kimlik tespitine özgü olarak kullanılırken, kara Avrupası hukukunda daha geniş anlamda kullanılır. Gerçekten de AB hukukunda otorizasyon kavramı, kartın kötüye kullanımlarına engel olmak adına öngörölen ve dört aşamada gerçekleşen denetim sürecinin tamamını karşılar. Bunlar: 1) PIN veya imza denetimi, 2) Limit denetimi, 3) Blokaj denetimi ve 4) Kartın gerçekliği denetimidir (Bkz. Oruç Hami Şener, Satış **Noktasından Elektronik Fon Transfer Sistemi ve Hukuki Niteliği**, Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2000, ss. 12-13; Pavallenco, ss. 62-63).

<sup>41</sup> Bkz. Nobbe, WM 2011, s. 961. Ancak istisnai olarak bazı kurallar yalnızca belirli ödeme yöntemlerine uygulanacak şekilde tasarlanmıştır. Örneğin BGB §675v (ödeme aracının kötüye kullanılmasında hamilin sorumluluğu) ile 675w (kimlik tespitinin ispatı) kuralı, yalnızca kartlı ödeme sistemlerine ve online bankacılık işlemlerine uygulanabilir [Bkz. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Cilt: 6: Bankvertragsrecht, 3. Bası, München 2014 (Haertlein), N. E 9; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), Vor §§675c-676c, N. 1; Andreas Piekenbrock, “Das Recht der Zahlungsdienste zwischen Unions- und nationalem Recht”, **Wertpapier Mitteilungen** 2015, s. 798].

<sup>42</sup> Bkz. Pavallenco, s. 58.

## 2. Yönerge’de Geçen Ödeme Aracı Kavramı ve Konumuz Bakımından Önemi

Alman hukukunda ödeme sistemlerinin yeni kurallarla tekrardan şekillenmesi, yasal terminolojide de esaslı değişikliklere sebep olmuştur. En basitinden BGB’de revizyon öncesi dönemde yalnızca “ödeme kartları” ifadesiyle yetinilmişken (Bkz. Mülga BGB §676h), ilk revizyon sürecinde ZDR’den farklı olarak “kimlik tespit aracı” (Zahlungsauffassungsinstrument) kavramı ortaya atılmış<sup>43</sup>; ancak ikinci revizyonda kavram ZDR’deki aslına uygun olarak “ödeme aracı” (Zahlungsinstrument) şeklinde formüle edilmiştir<sup>44</sup>. Alman öğretisinde bu kavramın kapsamlı olarak ele alındığı ve kavramın içeriğinin net olarak belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Konumuz bakımından meselenin önemi ise çalışmamızda ağırlıklı olarak Alman hukuku özelinde AB ödemeler sistemine ilişkin kurallarla karşılaştırma yapılacak olması ve Alman kanun koyucusunun tarafların yükümlülükleri ile sorumluluk bahsinde “ödeme aracı”nı merkez kavram olarak ele almış olmasıdır<sup>45</sup> (Bkz. BGB §§675k, 675l, 675m, 675v, 675w).

Ödeme aracı ifadesinin tam olarak neye karşılık geldiğini anlayabilmek için

<sup>43</sup> ZDR I’de “ödeme aracı” kavramından bahsedilmekten Alman uyarlamasında “ödemelerde kimlik tespit aracı” kavramının kullanılması oldukça şaşırtıcı olmuştur. Bununla birlikte, içerik olarak bir farklılık var gibi görülse de “ödeme aracı” ile “kimlik tespit aracı” kavramları pratikte özdeş olarak görülebilir. Zira buradaki söylem farklılığı yalnızca ZDR I’deki muğlak ifadenin açıklığa kavuşturulması çabasıyla kaynaklanmıştır. Gerçekten de Alman kanun koyucusunun, ZDR I’de kullanılan “ödeme aracı” kavramının yanlış anlaşılabilirliği ve bu ifadenin ödeme işlemleri (Zahlungstransaktionen) ile sınırlı bir algı oluşturacağı endişesinden hareketle böyle bir yola başvurduğu anlaşılıyor. Bu bakımdan hukuki ve bürokratik manada güzel bir kelime türetme örneği olan “kimlik tespit aracı” kavramının kullanılmasının arka planında, ödeme işleminin “kimlik tespiti” yoluyla gerçekleşmiş olduğunun daha iyi vurgulandığı öngörüsü yatar (Bkz. Matthias Casper ve Theresa Pfeifle, “Missbrauch der Kreditkarte im Präsenz- und Mail- Order- Verfahren nach neuem Recht”, **Wertpapier Mitteilungen** 2009, s. 2344; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675c, N. 36).

<sup>44</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 35; Kai Zahrt, “Neurungen im Zahlungsdienstrecht”, **Neue juristische Wochenschrift** 2018, s. 340. Türk hukukunda da 6493 sayılı “Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun”da (RG. 27.06.2013 / 28690) da tıpkı ZDR I ve II’de olduğu gibi “ödeme aracı” kavramı üstün tutulmuştur. Buna göre ödeme aracı, “*Ödeme hizmeti sağlayıcısı ile kullanıcı arasında belirlenen ve ödeme hizmeti kullanıcı tarafından ödeme emrini vermek için kullanılan kart, cep telefonu, şifre ve benzeri kişiye özel aracı... ifade eder.*” (m. 3/I-ö).

<sup>45</sup> Tarafların yükümlülükleri ile sorumluluk bahsinde “ödeme aracı” kavramının merkez olarak alınması konusunda bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 34.

öncelikle ZAG §1/XX’de belirtilen tanıma dikkat kesilmek gerekir<sup>46</sup>. Kurala göre *“Ödeme aracı, ödeme hizmeti kullanıcısı ile ödeme hizmeti sağlayıcısı arasında, ödeme yetkisinin verilebilmesi için kararlaştırılan ve hizmet kullanıcısı tarafından ödeme talimatı vermek amacıyla kullanılan kişiselleştirilmiş bir araç veya işlemdir.”*<sup>47</sup>

Görüldüğü gibi kural son derece bürokratik bir dille kaleme alınmıştır. Burada önemli olan nokta, kartlı sistemlerde hamilin ödeme talimatı verebilmesi için ödeme aracı olarak ifade edilen yapıya ihtiyaç duymasıdır. Nitekim hükümet tasarısının gerekçesinde de ödeme işlemlerinde, “ödeme aracı” ile kimlik doğrulaması yapılması karakteristik bir durum olarak betimlenmiştir. Buna göre ödeme talimatı, telefon bankacılığında parola (Passwort), online bankacılıkta hamilin mobil telefonuna kısa mesaj olarak gönderilen tek kullanımlık şifre (Mobil-TAN), kartlı sistemde kartla birlikte PIN veya imza benzeri bir “kişisel güvenlik bilgisi” (personalisiertes Sicherheitsmerkmal) aracılığıyla; temassız olarak ve QR kodla gerçekleşen ödemelerde ise bir “işlem” (Verfahren) yardımıyla verilebilir<sup>48</sup>. Dolayısıyla ortada birbiriyle iç içe geçmiş olması sebebiyle açıklığa kavuşturulmaya muhtaç iki kilit kavram bulunmaktadır. Bunlar, ödeme aracı ile kişisel güvenlik bilgisidir.

ZAG §1/XX’deki tanıma ve hükümet gerekçesine bakıldığında “ödeme aracı”nın hem bir araca (Instrument) hem de bir işleme (Verfahren) karşılık geldiği

<sup>46</sup> “Kredi İşleri Hakkında Kanun”da (KWG) ve ZAG’de yapılmış olan tanımlar, BGB’de düzenlenen ödeme sistemlerine ilişkin kurallardan da geçerlidir (Nitekim bkz. BGB §675c/III).

<sup>47</sup> Revizyon sonrası getirilen kuralların, elektronik olarak gerçekleşen gayri nakdî ödemelerin tamamına uygulanabilecek nitelikte genel kurallardan olduğunu belirtmiştik. Bu noktadan hareketle, yukarıda belirtilen ödeme hizmeti kullanıcısı (Zahlungsdienstnutzer) kavramının, kartlı ödeme sistemlerinde duruma göre hem ödeyen (Zahler) hem ödeme alıcısı (Zahlungsempfänger) kavramına karşılık gelebileceğini belirtelim (Bkz. BGB §675f/I). Örneğin bankamatik işlemlerinde ödeme hizmeti kullanıcısı olan müşteri, yapacağı işlemin niteliğine göre ödeyen veya ödeme alıcısı konumunda bulunabilir. Ödeme hizmeti sağlayıcısı (Zahlungsdienstleister) ise ticari olarak ödeme hizmetlerini sunan ve bu kapsamda ticari işletme işleten kuruluş olarak tanımlanabilir (Benzer yönlerde bkz. Einsele, s. 240).

Bunun dışında üst kavram olarak kullanılan ödeme hizmeti sağlayıcısının mutlaka banka olması da zorunlu değildir. Bankalar dışında bu amaçla kurulan özel kuruluşlar da yetkili kurumdan faaliyet izni almak kaydıyla ödeme hizmeti sunabilir. AB hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda 6493 sayılı Kanun kapsamında, bankalar dışındaki özel kuruluşların ödeme hizmeti sunmalarının önü açılmış ve hâlihazırda internette faaliyet gösteren özel ödeme kuruluşları yasal bir zemine oturtulmuştur. Anılan yasa uyarınca bundan böyle 5411 sayılı Kanun kapsamındaki bankalarla birlikte, elektronik para kuruluşları, ödeme kuruluşları ve PTT AŞ de ödeme hizmeti sağlayıcısı olarak faaliyet gösterebilecektir (m. 13). Keza BKKKK’da da bankalar dışındaki özel kuruluşların BDDK’nın izniyle “kart kuruluşu” sıfatıyla faaliyet göstermelerine cevaz verilmiştir (BKKKK m. 4 ve BKKKK Geçici m. 2).

<sup>48</sup> BT-Drs. 18/11495, ss. 110-111.



görülmektedir. Bu açıdan ödeme aracının kartlı sistemlerde olduğu gibi somut bir araçla (yani fiziki kartla) kombinasyon kurması ve bu kombinasyonda PIN veya imza gibi kişisel güvenlik bilgisi şeklinde karşımıza çıkması mümkündür. Ancak kişisel güvenlik bilgisini, ödeme aracının bir parçası olarak görmek ve ödeme aracını yalnızca kişisel güvenlik bilgisi kavramına indirgememek gerekir<sup>49</sup>. Bilakis ödeme aracını, somut (kart) ve soyut (kişisel güvenlik bilgisi) unsurları bir arada barındıran üst kavram olarak ele almak gerekir<sup>50</sup>. Buna karşılık ödeme aracı, BGB'deki bazı düzenlemelerde yalnızca kaybolmaya elverişli somut (fiziksel) bir madde olarak tasavvur edilmiş (Bkz. BGB §§675I/I c. 2, 675v/I)<sup>51</sup> ve bu tutum öğretide haklı

<sup>49</sup> Bkz. Lutz Haertlein, **Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 6: Bankvertragsrecht**, 3. Bası, (Ed. Karsten Schmidt ve Walter Hadding), Verlag C. H. Beck / Verlag Franz Vahlen, München, 2014, N. E 12; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2344; Friedrich Graf von Westphalen, **Handkommentar zum BGB**, Cilt: I, §§1-758 (Ed. Walter Erman ve Harm Peter Westermann), 14. Bası, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014 §675I, N. 2.

<sup>50</sup> Kişisel güvenlik bilgisi hakkında ne ZAG'de ne de BGB'de bir tanım bulunmamaktadır. Yalnızca BGB §675w c. 2'den, kişisel güvenlik bilgisinin ödeme işleminde kimlik tespitine yardımcı olduğu anlaşılıyor. O halde bu bilginin gizli veya çoğaltılması mümkün olmayan bir koda karşılık geldiğini söylemek yanlış olmaz. Yani aslında burada, ödeme hizmeti sağlayıcısının (kart kuruluşunun) ödeme kullanıcısına (hamile) sunduğu PIN vb. gizli kodlar kastedilmektedir. Bunun dışında bazı yazarlarca (el yazılı) imza veya parmak izi de kişisel güvenlik bilgisi olarak kabul görmektedir [Bu yönde bkz. Dirk Schmalenbach, **Kommentar zum BGB**, §661-1296, 2. Bası, Cilt: 2, (Ed. Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth), München 2012, §675I, N. 3; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 12; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 40-41]. Ancak öğretide, kişisel güvenlik bilgisini, gizli kalması gereken bir bilgi şeklinde dar yorumlayan ve el yazılı imzayı kişisel güvenlik bilgisi olarak kabul etmeyen görüşler de yok değildir [Bkz. Christian Hofmann, "Haftung im Zahlungsverkehr", **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2014, ss. 107-108; Hofmann, BKR 2018, s. 65; Hartwig Sprau, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, 75. Bası, Verlag C. H. Beck, München 2016, §675j, N. 7; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbacher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 13]. Türk hukukunda ise 6493 sayılı Kanun'a bakıldığında, Alman hukukundan farklı olarak kişisel güvenlik bilgisinin tanımlandığı, hatta Alman yazınındaki görüşlere kıyasla kavramın kapsamının daha geniş tutulduğu görülmektedir. Buna göre kişisel güvenlik bilgileri, "*Ödeme aracı ile işlem gerçekleştirirken kullanılabilecek şifre, son kullanma tarihi, güvenlik numarası gibi ödeme aracını ve ödeme aracı kullanıcısının kimliğini belirleyici bilgileri... ifade eder.*" (m. 3/I-ğ). Dikkat edilirse 6493 sayılı Kanun, kart üzerinde bulunan son kullanma tarihi ile birlikte güvenlik numarasını hem ödeme aracı hem de kişisel güvenlik bilgisi olarak kabul etmiştir. Bilindiği üzere güvenlik numarası, VISA (CVV2: Card verifikation Value 2) ve MasterCard (CVC2: Card Verifikation Code 2) logolu kartlarda, kartın arkasında, imza hanesinin olduğu yerde bulunan son üç rakamı ifade eder. Ancak bu sayı dizini, harcama belgesine işlenmediği gibi manyetik şeritte kayıt altında tutulmadığından, -yüz yüze gerçekleşen işlemlerde- CVV2 bilgisi ancak fiziksel olarak kontrol edilebilir. Diğer taraftan güvenlik numarası denetimi, internet işlemlerine özgüdür ve yüz yüze gerçekleşen işlemlerde böyle bir denetim zorunluluğu bulunmamaktadır [Bu yönde bkz. Tina Krügel, **Heise Online-Recht: Der Leitfaden für Praktiker & Juristen**, (Ed. Heidrich Joerg, Nicolaus Forgó ve Thorsten Feldmann), Hannover, 2011, C. I. 42]. Ancak sonuçta önemli olan nokta hukukumuzda son kullanma tarihi ile güvenlik numarasının kişisel güvenlik bilgisi teşkil etmesidir. Buna karşılık el yazılı imzayı hukukumuz açısından da kişisel güvenlik bilgisi seviyesinde görmemek daha akılcı bir yaklaşım olur. Bu konuya ilerde ayrıntılı olarak değineceğiz.

<sup>51</sup> Gerçekten de bu kurallara bakıldığında ödeme aracının ancak çalınan veya kaybolan bir obje olabileceği sonucu çıkıyor (Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675I, N. 4-5; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 13; M. Koch, ss. 29-30).

olarak eleştiriye konu olmuştur<sup>52</sup>. Son tahlilde, ZAG §1/XX kuralını gerekçesiyle birlikte ele alarak ödeme aracını üst kavram olarak kabul etmek ve kişisel güvenlik bilgisini onun bir parçası olarak görmek isabetli olur<sup>53</sup>.

Toparlamak gerekirse, kartlı ödeme sistemlerinde ödeme aracını, kart ve gizli koddan oluşan bütünleşik bir formül olarak düşünebiliriz. Kartlı sistemlerde ödeme aracı, ödeme talimatının verilmesinde “işlem”den ziyade bir “araç” (Instrument) olarak karşımıza çıkmakta ve ağırlıklı görüşün kabulüne göre kartla birlikte kişisel güvenlik bilgisine<sup>54</sup> karşılık gelmektedir. Bu nedenle hazırlar arasındaki işlemlerde<sup>55</sup>, ödeme talimatının verilebilmesi için kural olarak iki temel şartın arandığını söylenebilir. Bunlar, kartın zilyetliği ile birlikte karta bağlı PIN bilgisi veya hamilin şahsi imzasıdır<sup>56</sup>. Bu kuralın tek istisnasını, belirli bir limitin altında kullanıldığında herhangi bir kişisel güvenlik bilgisi gerekmeyen temassız kullanımlar oluşturur<sup>57</sup>. Telefon veya internet üzerinden yalnızca kart verileriyle gerçekleşen işlemlerde üye işyeriyle paylaşılan bilgilerin [kart numarası, son kullanma tarihi ve güvenlik

<sup>52</sup> Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2344.

<sup>53</sup> Bkz. Peter Frey, **Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht**, Finanz Colloquium, Heidelberg, 2010 (Ed. Jürgen Ellenberger, Michael Findeisen ve Gerd Nobbe), §675I, N. 4, 5; von Julius Staudinger ve Sebastian Omlor, **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 675c – 676c (Zahlungsdienstrecht)**, Sellier- De Gruyter, Berlin, 2012, §675v, N. 4; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 2; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2343; Einsele, s. 325. Benzer yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 12; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 39.

<sup>54</sup> Çalışmamızda bundan böyle ekseriyetle “kişisel güvenlik bilgisi” yerine “gizli kod” ifadesi kullanılacaktır. Her ne kadar gizli kod ifadesi, içerik olarak her neviden kişisel güvenlik bilgisini (yüz, retina ve parmak izi taraması vb. gibi bazı yeni nesil teknolojileri) karşılamada yetersiz kalsa da, günümüzde kartlı ödemelerde kimlik tespiti genellikle PIN ve TAN (tek kullanımlık şifre) türü kodlar yardımıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle çalışmamızda ifade kolaylığı açısından gizli kod kavramı üstün tutulmuştur.

<sup>55</sup> Kartlı sistemlerde “hazırlar arasında” (Präsenzgeschäft / Nahabsatz) ifadesi, hukuk tekniği açısından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 04.02.2011/27836) m. 4 anlamında “hazır olanlar arasında” ifadesinin bir karşılığı olarak değil, daha ziyade üye işyerinde fiziken, yani yüz yüze gerçekleşen işlemleri (Face-to-Face-Einsatz) ifade etmek üzere kullanılır (Bkz. Grabe, s. 26; Oliver Gras, **Zahlungszusagen im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Bestandsaufnahme-Analyse-Kritik**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, s. 38). Böylelikle yüz yüze gerçekleşen ödemeler ile telefon-internet aracılığıyla gerçekleşen ödemeler arasındaki farklılığa dikkat çekilir. Oysa TBK m. 4'teki “hazır olanlar arasında” ifadesi; yüz yüze, ses sese (telefon) ve söz söze (bilgisayarda hemen iletilen ve senkronize bir şekilde irade açıklamalarının teatisini sağlayan bir yazılım aracılığıyla) gerçekleşen görüşmeler olmak üzere daha geniş bir skalayı konu edinir [Bkz. Herdem Belen, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 32].

<sup>56</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, s. 27. İmzalı işlemler özelinde bkz. Gößmann, **Rws-Forum 12**, Bankrecht 1998, s. 80.

<sup>57</sup> BKM 01.03.2018 tarihi itibarıyla 50 TL olan temassız işlem limitini, 90 TL'ye çıkarmıştır. Gerçi bu limitin üzerindeki harcamalarda da ödeme talimatı temassız olarak verilebilir; ancak bu durumda otorizasyon için hamilin ayrıca POS'a PIN girmesi gerekir.

numarası (CVV2/CVC2)] ödeme aracı niteliğinde olup olmadığı hususu ise oldukça tartışmalıdır. Ancak Alman öğretisindeki ağırlıklı görüş, bu tür bilgileri ödeme aracı olarak dikkate almamaktadır<sup>58</sup>. Bu tartışma ileride, Mail- Telefon Order (MO/TO) işlemlerinde, yani mesafeli işlemlerde kartın kötüye kullanılması bahsinde tekrar irdelenecektir.

## II. KATILIMCILARIN SAYISINA GÖRE KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNİN İŞLEYİŞİ

### A. ÖN AÇIKLAMALAR

Kartlı sistemlerde, taraflar arasındaki hukuki ilişkileri incelemeye geçmeden önce, sisteme ilişkin temel yapıya ve onun geçirmiş olduğu evrime kısaca değinmek gerekir. Kartlı sistemlerin kategorik olarak sınıflandırılmasında, ilk yapılan çalışmalardan günümüze kadar olan süreçte katılımcıların sayısı dikkate alınmıştır. Bu bağlamda, öncül olan tasarımın ardıl olanın gelişimini tetiklediği bir süreçten bahsedilebilir<sup>59</sup>. Bu etkileşim hem klasik hem de modern öğretinin vurguladığı gibi, iki taraflı sistem (öncül tasarım) ve üç taraflı sistem (ardıl tasarım) özelinde gerçekleşmiştir. Her iki formda da ortak olan nokta, basılı plastik bir kartın müşteriye verilmesi ve ifa talebiyle karşılaşıldığında kartın ödeme fonksiyonu gösterip müşteriyi nakdi ödeme yapmaktan kurtarmasıdır<sup>60</sup>. Ancak ilerleyen süreçte kartlı ödemelerin evrim geçirip yaygınlaşması ve uluslararası kartlı sistem kuruluşlarının (VISA veya MasterCard gibi) sürece dâhil olmasıyla birlikte üç taraflı sistem de yetersiz kalmış ve kartlı ödemelerde bir üçüncü model olarak “takasa dayalı sistem” geliştirilmiştir.

Her üç sisteme ilişkin temel işleyiş, bir gelenek olarak kredi kartları özelinde açıklanmaktadır. Bunun sebebini, kartlı ödeme sistemlerinin gelişim sürecinde

<sup>58</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 13a. Bununla birlikte yazar aynı yerde, bu tür işlemlerde “MasterCard Secure Code” veya “Verified by VISA” gibi güvenlik platformlarının (3D Secure) kullanılması durumunda, kredi kartını artık ödeme aracı olarak kabul etmek gerektiğini belirtir.

<sup>59</sup> Bkz. Helmut Merkel, **Das Recht der Kreditkarte in den USA**, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, s. 25.

<sup>60</sup> Bkz. Jochen Taupitz, **Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995, s. 1.

aramak gerekir. Nitekim aşağıda değineceğimiz iki taraflı sistemin konusunu oluşturan ve evrensel kredi kartının prototipi diyebileceğimiz müşteri kartı tecrübesi, debit kartlara nazaran kronolojik bakımından daha eskiye dayanır<sup>61</sup>. Hatta bu açıdan kredi kartlarının, debit kartların ortaya çıkış fikrine ilham vesilesi olduğu söylenebilir<sup>62</sup>. Bu başlık altındaki sistematik açıklamalar her ne kadar kredi kartları özelinde yapılmış olsa da özellikle üç taraflı ve takasa dayalı sistemle ilgili aktarılan bilgiler, “teknik” açıdan debit kartlar için de aynen geçerlidir.

## B. İKİ TARAFLI SİSTEM

Kredi kartlarının ilkel görünümü olan bu sistem, iki taraf (üye işyeri - kart hamili) arasındaki sözleşmesel bir ilişkiye dayanır<sup>63</sup>. Sistemin en belirgin özelliği, üye işyerinin aynı zamanda kart kuruluşu rolünü üstlenmesidir<sup>64</sup>. Dolayısıyla iki taraflı sistemde, riziko yalnızca iki akit taraf arasında gerçekleşeceğinden ve bu sisteme üçüncü bir kişinin katılımı mümkün olamayacağından, kötüye kullanım rizikosunun paylaştırılması ve edimlerin yerine getirilmesi özel bir problem teşkil etmez<sup>65</sup>.

Bunun dışında iki taraflı sistemde kart hamili, her defasında kredibilite denetimine maruz kalmak zorunda olmadan, kartı çıkaranın (üye işyerinin) kredi tahsis etme yükümlülüğünü yerine getirmesini talep edebilir. Hamilin bu hakkı kullanabilmesi ancak kartı ibrazıyla mümkün olabilir. Ayrıca bu sistemde birikmiş toplam borcun ödenebilmesi için belirli (genellikle aylık<sup>66</sup>) periyotlarla ilerleyen bir

<sup>61</sup> Gerçekten de mazisi 19. yy.’a kadar uzanan kredi kartları, başlangıçta iki taraflı sistem üzerine inşa edilmiştir. Her ne kadar henüz ismen zikredilmeye başlanmamışsa da resmi olarak ilk (müşteri) kredi kartı 1894 yılında, ABD’de Hotel Credit Letter Company tarafından çıkarılmıştır. İkili sistem özelinde “kredi kartı” tabirinin kullanılmaya başlaması ise 20. yüzyılın başlarına denk düşer [Bu hususlarda bkz. Merkel, s. 25; Harald Hammann, **Die Universal Kreditkarte: Ein Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs**, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, s. 23; Michael Martinek, **Moderne Vertragstypen, Cilt: III, Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen**, Verlag C. H. Beck, München 1993, s. 62; Michael Martinek ve Sebastian Omlor, **Bankrechts Handbuch, B. I**, (Ed. Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte ve Hans Jürgen Lwowski), 5. Bası, Verlag C. H. Beck, München, 2017; §67, N. 1; Brechtel, s. 166].

<sup>62</sup> Benzer yönde bkz. Pavalenco, s. 48.

<sup>63</sup> Bu tip kredi kartları öğretide “basit kredi kartları”, “özel kredi kartları”, ekseriyetle de “müşteri kredi kartları” olarak anılır [Bkz. Taupitz, s. 3; Kienholz, ss. 7, 96; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/32].

<sup>64</sup> Bkz. Kienholz, s. 7; Merkel, s. 25; Pavalenco, ss. 48-49.

<sup>65</sup> Bkz. Grabe, s. 31.

<sup>66</sup> Bkz. Jörn Eckert, “Zivilrechtliche Fragen des Kreditkartengeschäfts”, **Wertpapier Mitteilungen**

“müşteri hesabı” (Kundenkonto) işletilir. Bu sayede, periyodun başlangıcı olan ilk andan yeni hesap kesimi dönemine kadar geçen süre zarfında, hamilin kartı çıkarana karşı olan borcunun vadesi bir anlamda ertelenmiş olur. Söz konusu ödeme aralığı için müşteriye kural olarak hiçbir şekilde faiz veya kredi masrafı adı altında ekstra bir meblağ fatura edilmez<sup>67</sup>. Ayrıca iki taraflı sistemde kart kuruluşunun rolünü üstlenen

üye işyerinin kart hamillerinden yıllık aidat alması gibi bir durum da söz konusu olmaz<sup>68</sup>.

İkili sistemde kartlar daha ziyade zincir mağazalar, otomobil kiralama şirketleri, seyahat firmaları veya otel işletmeleri tarafından müşterilerin kullanımına sunulur<sup>69</sup>. Bu sistemde kartı çıkaran kuruluş aynı zamanda hizmeti / malı bizzat kendisi sunmaktadır. Bu kartların hizmet / mal sunan firmalarca ihraç edilmesinin temel esprisi; işletmede kolay, gayrinakdî, hızlı bir ödeme olanağı sağlayarak yaygın bir satış ağı oluşturmak<sup>70</sup> ve bu kolaylığı gören alıcıları daimi müşteri olarak kazanmaktır<sup>71</sup>. Ancak tarihsel süreç içerisinde bankalar, üye işyerlerinin sınırlı ve lokal olarak kurmuş oldukları kredi kartı programlarını satın alarak onların müşteri portföyünü kendi sistemlerine katmıştır. Bu nakil sonucunda bankalar, kart çıkaran kuruluş rolünü üstlenmiş ve üç taraflı sistemin temelleri atılmıştır<sup>72</sup>.

---

1987, s. 161.

<sup>67</sup> Tüm bu hususlarda bkz. Taupitz, s. 4; Merkel, s. 25; Yeşim Atamer, “Kredi Kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşır?” **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: I, İstanbul 2003, ss. 995-996.

<sup>68</sup> Bkz. Ömer Teoman, **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 1999, s. 39.

<sup>69</sup> Bkz. Hammann, s. 23; M. Koch, s. 42. Ancak burada “müşteri kredi kartları” (Kundenkreditkarte) ile “gerçek müşteri kartları” (reine Kundenkarte) arasındaki farkı net olarak ortaya koymak gerekir. Gerçek müşteri kartları, tanınmış zincir mağazalar tarafından (Tchibo PrivatCard, Shell Card gibi) veya bir sistem ağı kapsamında (PAYBACK, MONEY Kart gibi) indirim sağlama ve müşteriye işyerine bağlama aracı olarak ihraç edilen kartlardır. Bu tür kartlarla yapılan alışverişlerde, alışveriş tutarı üzerinden müşterinin puan hesabına, yine puan bazlı olmak üzere bir alacak kaydı düşülür. Daha sonra müşteri, hesabında birikmiş olan puanları prim ya da alışveriş çeki olarak paraya tahvil edebilir. Gerçek müşteri kartları, müşteri kredi kartlarından farklı olarak gayri nakdî ödeme işlemi için kullanılmaz. Müşteri kredi kartları daha ziyade perakende sektöründe güven esasına dayanan veresiye usulünün modern bir görünümü olarak karşımıza çıkar (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675u, N. 13).

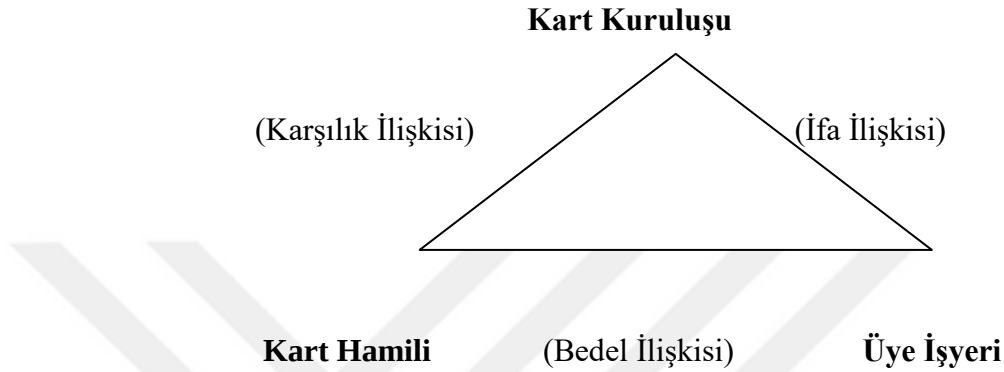
<sup>70</sup> Bkz. Taupitz, s. 4.

<sup>71</sup> İki taraflı sistemin temel felsefesi kısaca “Alıcıyı (daimi) müşteri yapmak!” şeklinde formüle edilebilir (Käufer zu Kunden machen!). [Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 1; Merkel, s. 25; Hammann, s. 23].

<sup>72</sup> Bkz. Merkel, ss. 25-26. İki taraflı sistemde çıkarılan müşteri kredi kartlarının uygulama sahasının sınırlı olması, yani bu tür kartların yalnızca kartı çıkaranın işletme sahası ile sınırlı olarak kullanılabilmesi dezavantaj teşkil eder. Bu durumun uluslararası kredi kartlarının gelişimini tetiklediğini söylemek çok da yanlış olmaz. Bununla birlikte birden fazla işletme tarafından farklı sektörler için ihraç edilen müşteri kredi kartları, birlikte markalama (Co-Branding) yöntemiyle

Ayrıca debit veya uluslararası kredi kartlarının bankamatiklerde kullanıldığı hallerde, örneğin bankamatikten para çekilmesinde de benzer şekilde kart kuruluşu ve hamil olmak arasında iki taraflı bir sistemden bahsetmek olanaklıdır<sup>73</sup>.

### C. ÜÇ TARAFLI SİSTEM



Üç taraflı sistemde kartlar, hizmeti veya emtiayı sunan işletme dışında bağımsız bir kart kuruluşu (örneğin banka) tarafından çıkarılır ve üye işyerine kartı çıkaran kuruluş aracılığıyla ödeme yapılır<sup>74</sup>. Böylelikle üye işyeri, iki taraflı sistemden farklı olarak alacağı tahsil etme rizikosundan kurtulmuş olur. Üç taraflı sistemde öncelikle kartı çıkaran kuruluşun, çıkarmış olduğu kartların piyasada kabul görmesi için üye işyeriyle sözleşme imzalaması icap eder. Bundan sonra hamil, üye işyeri anlaşması çerçevesinde anlaşmalı işyerlerinde kartını kullanmaya başlayabilir<sup>75</sup>.

---

tedavüle sokulabileceği gibi, yine müşteri kredi kartlarıyla uluslararası kredi kartları aynı yöntemle birlikte kombine edilebilir [Bkz. Staudinger ve Omlor, §675u, N. 14; Wolfgang Gößmann, **Zahlungsverkehr: Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen**, (Ed. Katja Langenbucher, Wolfgang Gößmann ve Stefan Werner), Verlag C. H. Beck, München, 2004, s. 115, N. 3; Martinek, s. 65; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 20; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 71].

<sup>73</sup> Bkz. Pavaleco, s. 93.

<sup>74</sup> Bkz. Teoman, s. 47; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 996; Eckert, WM 1987, s. 161.

<sup>75</sup> Üç taraflı sisteme ilişkin (uluslararası) kartlar ilk olarak New York'ta 1950 yılında Diners Club aracılığıyla, restoranlarda kullanılmak üzere piyasaya sürülmeye başlanmıştır [Bkz. Taupitz, s. 5; Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 4; Hammann, ss. 23-24; Grabe, s. 25]. Diners Club'ı daha sonra 1958 yılında kurulan ve kart çıkarma yetkisini haiz ikinci kart kuruluşu olan American Express Company izlemiştir. Yine aynı yıl içerisinde Visacard'ın temelini oluşturan ve

Üç taraflı sistemde, kart hamili (Karteninhaber), kart kuruluşu (Kartenunternehmen) ve üye işyeri (Vertragsunternehmen / Händler) olmak üzere üç temel süje bulunur<sup>76</sup>. Sistem işleyişinde kart kuruluşu hem ifa ilişkisinde üye işyeri ile anlaşma yapan kuruluşu (Acquirer / Akquisiteur / Merchant) hem de karşılık ilişkisinde “kart çıkaran kuruluş”u (Kartenherausgeber / Emittent / Issuer) temsil eder<sup>77</sup>. Diğer bir deyişle, üç taraflı sistemde kart kuruluşu hem kart ihraç eder hem de üye işyerleriyle anlaşma yaparak kartlı ödemelerin tasfiyesini gerçekleştirir<sup>78</sup>. Kart kuruluşunun üstlendiği bu çift taraflı misyon, takasa dayalı sistemde açıkça ön plana çıkarken, takaslaşmanın olmadığı üçlü sistemde ancak dolaylı olarak anlaşılabilir<sup>79</sup>.

Üç taraflı sistemde kart hamili, bir emtia veya hizmet satın aldıktan sonra kartı ibraz ederek üye işyerinden edimini (hizmet veya teslim) yerine getirmesini talep ederse, ilk olarak ibraz edilen karttaki veriler POS terminali aracılığıyla alınır. Daha sonra POS aracılığıyla biri asıl, biri nüsha olmak üzere toplam iki adet harcama belgesi hazırlanır. Üye işyerinin harcama belgesinin nüshasını kart hamiline vermesi ve aslını da muhafaza etmesi gerekir (BKKKK m. 19/I)<sup>80</sup>.

Kartla yapılan harcamalardan sonra kart kuruluşu ile hamil arasında ve kart

---

Bank of America tarafından ihraç edilen kartlar da piyasaya sürülmüştür. Nihayet 1966 yılında bu oluşumlara, dünya çapında bilinen kuruluşlardan sonuncusu olan ve Avrupa bölgesinde Eurocard ile işbirliği içinde çalışan MasterCard katılmıştır (Bkz. Martinek, s. 63).

<sup>76</sup> Bkz. İbrahim Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, Adalet Matbacılık, Ankara, 1996, s. 108; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 115, N. 1.

<sup>77</sup> Kredi kartı terminolojisinde, Amerikan hukukunun etkisiyle, kredi verme işlemleri “issuing”, kabul etme işlemleri ise “acquiring” olarak adlandırılır. Buna bağlı olarak, öğretide kartlı ödeme sistemleri bakımından yer yer kart çıkaran kuruluşu belirtmek adına “issuer” ve üye işyeri ile anlaşma yapan kart kuruluşunu belirtmek adına “acquirer” sıfatları kullanılır [Nitekim bkz. Katja Langenbucher, “Die Verteilung des Risikos des Kreditkartenmissbrauchs bei Distanzgeschäften – Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des BGH, BKR 2001, 161, und des Urteils des OLG Frankfurt a.M., BKR 2002, 140”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2002, s. 120; Kienholz, s. 9; Grabe, ss. 38-39; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 92; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 2; Hans-Ulrich Joeres, “Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz”, **Festschrift für Gerd Nobbe** (Ed. Mathias Habersack, Hans-Ulrich Joeres ve Achim Krämer), Köln, 2009, s. 120].

<sup>78</sup> Bkz. Thomas Barnert, “Kreditkartengeschäft und AGB- Kontrolle- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16 April 2002= WM 2012, 1120”, **Wertpapier Mitteilungen** 2003, s. 1153, dn. 3.

<sup>79</sup> Bankacılık jargonunda bu misyon “POS bacağı” olarak bilinir. Buna göre kartlı sistemlerde, kart kuruluşunun tüketicilerle, yani kart hamilleri ile ilgilendiği issuer bacağı ve üye işyerleri ile ilgilendiği acquirer bacağı olmak üzere çift başlı bir uygulama bulunur (Bkz. Feridun Kaya, **Bankacılık Giriş ve İlkeleri**, Beta, İstanbul 2013, s. 286).

<sup>80</sup> POS öncesi dönemde, kart verilerinin alınması uzunca bir süre imprinter denilen bir cihaz yardımıyla gerçekleşmiştir. Manuel olarak kullanılan bu cihazla harcama belgeleri bir asıl, iki nüsha olmak üzere toplam üç adet düzenlenmekte ve nüshalardan biri üye işyeri tarafından kart kuruluşuna gönderildikten sonra takaslaşmaya çıkılmaktaydı. Buna karşılık günümüzde harcama belgeleri POS üzerinden kart kuruluşlarına dijital ortamda iletildiğinden, yalnızca bir adet asıl ve bir adet nüsha olacak şekilde yazdırılmaktadır [Bkz. Grabe, s. 26; Şener, s. 448, dn. 48; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 144, N. 64 ve dn.193; Teoman, ss. 28-29; Gras, s. 38].

kuruluşu ile üye işyeri arasında takaslaşmalar gerçekleşir. Hamil ile kart kuruluşu arasındaki ilişkide kart kuruluşu, belirli (genellikle aylık) periyotlarda yapmış olduğu harcamaları hamile borç olarak yansıtır<sup>81</sup>. Böylelikle kart kuruluşu, üye işyerine ödediği miktarı kart hamilinden tahsil etme imkânına kavuşur. Hamilin bu ödemeyi teorik olarak dilediği şekilde gerçekleştirebilmesi mümkün olsa da uygulamada genellikle kart kuruluşu lehine otomatik ödeme talimatı (Einzugsermächtigung) verme yöntemi tercih edilir<sup>82</sup>. Kart hamili ile kart kuruluşu arasındaki tüm bu işlemler kredi kartları pratiğinde belirli bir zaman zarfında tamamlanır. Bu açıdan, hamile işleyen süreçle sınırlı olarak faizsiz kredi tesis edildiğini söylemek çok da yanlış olmaz. Ancak bunun karşılığında hamilin kart kuruluşuna bir miktar yıllık aidat (Pauschalgebühr) ödemesi gerekebilir<sup>83</sup>.

Diğer taraftan, benzer şekilde üye işyeri ile kart kuruluşu arasındaki ilişkide de belirli periyotlarda takaslaşmalar gerçekleşir. Bu kapsamda kart kuruluşu, öncelikle yapılan harcamalar üzerinden “disagio” olarak bilinen bir tür komisyonu<sup>84</sup> üye işyerine fatura eder<sup>85</sup>. Bu komisyon bir nevi kart kuruluşunun kredibilite rizikosunu (Bonitätsrisiko)<sup>86</sup>, yani hamilin borcu ödememe rizikosunu üstlenmesinin

<sup>81</sup> Bkz. Eckert, WM 1987, s. 161.

<sup>82</sup> Bkz. K. Langenbucher, s. 243; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 5.

<sup>83</sup> Bkz. Claus Wilhem Canaris, **Bankvertragsrecht**, 2. Bası, De Gruyter, Berlin, 1981, N. 1630; Pavalenco, s. 102; Brechtel, s. 168; Michael Adams, “Zur Nichtigkeit des Preisaufschlagverbotes in Kreditkartenverträgen nach §15 GWB”, **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht** 2010, s. 633; Gößmann, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, ss. 74-75.

<sup>84</sup> Dilimizde tam karşılığı bulunmayan “disagio” kelimesi, anlam olarak “daha aşağı olan rayiç değerle itibari değer arasındaki fark” olarak çevrilebilir. Ancak üye işyerinin yaptığı bu ödeme, her ne kadar tam olarak meramı anlatmaya yeterli olmasa da uygulamada yaygın bir şekilde “komisyon” olarak adlandırılır (Bkz. Teoman, s. 141, dn.42). Önemle belirtelim ki, kartlı sistemde bankaların gelir kapısı, hamillerden alınan yıllık aidatlardan ziyade işlem başına alınan bu komisyonlardan oluşur. Dolayısıyla kart kuruluşları, sisteme ne kadar üye işyeri çekerse o kadar kazançlı hale gelir (Bkz. Pavalenco, s. 87). Ayrıca “disagio” dışında üye işyerlerine, otorizasyon ücreti (Genehmigungsgebühr / authorization fee) ve ters ibraz ücreti (Rückbelastungsgebühr / chargeback fee) gibi ekstra birtakım ücretler de yansıtılabilir (Bkz. Grabe, s. 46).

<sup>85</sup> Disagio oranı yıllık olarak belirlenir ve üye işyerinin faaliyet sahası ile cirosuna göre değişiklik gösterir [Bkz. Kienholz, s. 7; Merkel, s. 26; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 4, 58; Gras, ss. 39, 62]. Genellikle küçük ve orta ölçekli üye işyerlerinde bu oran ortalama %1 ve %4 arasında değişirken; büyük cirolar yapan işyerlerinde %1’in altında olur (Bkz. Grabe, s. 46). Buna karşılık bazı yazarlar, işletme ölçeği ayırımına gitmeden bu oranın işlem tutarı üzerinde genellikle %3 ile %5 arasında değiştiğini belirtmektedir [Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 4; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97; Stange s. 54, Weber, s. 287; Brechtel, ss. 167-168; Adams, ZIP 2010, s. 633]. Uygulamada bu oranın, nadir de olsa %6 olarak belirlendiği görülmüştür [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 38].

<sup>86</sup> Kartlı ödeme sistemlerinde kötüye kullanım rizikosunun dışında, kart hamili ile üye işyerinin ödeme



sonucu olarak hak etmiş olduğu bir kazanç olarak görülebilir<sup>87</sup>. Kart kuruluşu, harcama belgesinde yazılı olan miktardan komisyonu düşerek kalan bakiye tutarı üye işyerinin hesabına alacak kaydı olarak işler ve taraflar arasındaki takaslaşma pratik bir şekilde gerçekleşmiş olur. Takaslaşmayla birlikte hamilin üye işyerine olan borcu da sona erer<sup>88</sup>. Taraflar arasında ödemenin ne zaman yapılacağına kararlaştırılmadığı hallerde, TBK m. 90 uyarınca harcama belgesindeki tutarın, belgenin elden veya elektronik olarak ibrazıyla birlikte üye işyerine derhal ödenmesi gerekir<sup>89</sup>. Buna karşılık üye işyeri sözleşmesiyle taraflar, kredi kartıyla yapılan işlemlerde takaslaşmanın ileri bir tarihte (genellikle otuz veya kırk gün sonra) gerçekleşmesi şartıyla komisyon kesintisini devre dışı bırakabilirler. Bu gibi hallerde, üye işyerine alacak kaydı sözleşmede belirtilen sürenin sonunda düşülür<sup>90</sup>.

Toparlamak gerekirse, komisyon kesintisinin söz konusu olduğu kredi kartı harcamalarında otorizasyon sonrasında üye işyeri hesabına alacak kaydı hemen düşülür. Buna karşılık komisyon kesintisinin söz konusu olmadığı hallerde otorizasyonla birlikte üye işyerinin hesabına alacak kaydı hemen düşülmez ve sözleşmede belirlenen süreye kadar işlem ertelenir. Bu süreçte kart kuruluşu, üye işyerine ödemesi gereken miktarı, kendi faaliyetleri doğrultusunda işletir. Buna karşılık debit kartlarda alacak ve borç kayıtları tam tersine “derhal” ilgili cari hesaplara yansıtılır<sup>91</sup>.

---

güçlüğüne düşmesini ifade eden acz rizikosuna (Insolvenzrisiko) da gündeme gelebilir. Bu rizikolara kimin katlanacağı sorusu kart kuruluşlarının niteliklerine göre belirlenir. Buna göre, hamilin aczi rizikosuna kartı çıkaran kuruluş katlanır; üye işyerinin aczi rizikosuna, işyeriyle anlaşma yapan kuruluş katlanır (Bkz. Grabe, s. 61).

<sup>87</sup> Bkz. Teoman, s. 142.

<sup>88</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, s. 7; Merkel, s. 26; M. Koch, s. 41; Gößmann, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 75.

<sup>89</sup> Bkz. Mustafa Çeker, **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, Banka ve Ticaret Hukuku, Ankara, 1997, s. 26. Bununla birlikte aynı yazarın belirttiği gibi, harcama belgesinin fiziken ibraz edildiği hallerde, kart kuruluşuna belgeleri inceleyebilmesi için iyiniyet kurallarının gerektirdiği ölçüde bir süre tanımak icap eder (s. 58).

<sup>90</sup> Uygulamada çoğu üye işyeri komisyon ödemeye yanaşmadığından, kart kuruluşları harcama belgesindeki tutarı işyerlerine hemen ödemek yerine sunmuş oldukları hizmetin karşılığı olarak bir süre işleterek kazanç sağlamaya çalışırlar. Bu nedenle genellikle sözleşmelerde, harcama belgesindeki tutarın otuz veya kırk gün sonra ödeneceği hususu kararlaştırılır.

<sup>91</sup> Bkz. Hans Michael Krepold ve Sandra Fischbeck. **Bankrecht: Konto - Zahlungsverkehr - Darlehensvertrag - Kreditsicherheiten – Übungsklausuren**, Verlag Franz Vahlen, München, 2009, s. 92.

## D. TAKASA DAYALI SİSTEM

VISA ve MasterCard gibi uluslararası kartlı sistem kuruluşlarının<sup>92</sup> ödeme sistemine girerek sistemi küresel bir mekanizmaya çevirmesiyle birlikte, kartlı ödemelerdeki ilişki ağını üç taraflı sistemle açıklamak yetersiz hale gelmiş ve takasa dayalı sistem (Interchange-System) modeli üzerinde durulmaya başlanmıştır<sup>93</sup>.

Kart kuruluşlarının (bankaların) gözüyle bakıldığında, uluslararası özellikli kartların çıkarılması, müşteri bağlama noktasında ilk sırada yer alan ve tercih edilen bir yöntem olarak karşımıza çıkar. Bankaların bu yönde gütmüş oldukları politika, çok sık kullandıkları “Kart - Hesap - Müşteri” sloganıyla özetlenebilir. Ancak kendi kredi kartı sistemini işletmediği sürece bankalar, sloganın ilk ayağı olan “kart”ı çıkarma ve üye işyerleriyle anlaşma yapma konusunda, uluslararası kartlı sistem kuruluşlarıyla birlikte çalışmak durumunda kalır<sup>94</sup>. Bu birliktelik, bankaların kartlı sistem kuruluşlarıyla lisans anlaşması yapması ve onlara ait logoları kullanması

<sup>92</sup> Yeri gelmişken, MasterCard örneğinden hareketle uluslararası kartlı sistem kuruluşlarının hukuki yapısını kısaca izah etmeye çalışalım. “MasterCard Kredi Kartı Organizasyonu” esas itibariyle bir ortaklıklar topluluğu olup topluluğun en tepesinde ana şirket olarak Amerikan hukuku kurallarına göre kurulan “MasterCard Incorporated (Anonim Şirketi)” bulunur. Ana şirket, Avrupa bölgesinde yavru ortaklığı olan ve merkezi Belçika’da bulunan “MasterCard Europa SPRL (Limitet Şirketi)” aracılığıyla işlemlerde bulunmaktadır [Bkz. Jungmann, WM 2005, s. 1352; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 4]. Uluslararası kartlı sistem kuruluşları, dünya genelinde bölgesel olarak faaliyetlerini sürdürdüğünden, söz gelimi Avrupa bölgesinde bulunan ve kart çıkarmak isteyen kuruluşlar doğrudan MasterCard Europa SPRL ile veya MasterCard Incorporated tarafından o bölgede lisans vermek üzere yetkilendirilmiş bir başka şirketle lisans anlaşması imzalamak durumunda kalır. Nitekim Almanya’da, bankalar ve tasarruf sandıkları (Sparkassen), MasterCard Inc. adına lisans çıkarmaya yetkili olan “Euro Kartensysteme GmbH” ile alt lisans sözleşmesi imzalayarak MasterCard logolu kartlar çıkarabilmektedir [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 4]. VISA’dan hareketle benzer yönde açıklamalar için bkz. Reinfeld, WM 1994, ss. 1507-1508.

<sup>93</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 115, N. 2; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 3; Brechtel, s. 168; Pavalenco, s. 127; Çeker, s. 10; Tekinalp, s. 502, N. 39-71. Öğretide takasa dayalı sistem yerine, aynı meramı ifade etmek üzere dört taraflı sistem veya çok taraflı sistem şeklinde vurgular da yapılır (Bkz. K. Langenbucher, s. 244; Jungmann, WM 2005, s. 1352; Gras, s. 60; Brechtel, s. 168). Üç tarafı aşan sistemlerin temel özelliği, farklı kart kuruluşları arasında gerçekleşen takaslaşmalardır. Bu nedenle biz de çalışmamızda “takasa dayalı sistem” terminolojisini kullanmayı tercih ettik. Öğretide bazı yazarlar da benzer şekilde Amerikan İngilizcesindeki orijinal kullanımı, yani takas sistemi (Interchange-Kreditkartensystem) kavramını kullanmayı yeğlemiştir. Ödeme sisteminde kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeriyle anlaşma yapan kuruluşun farklı olması durumunda aralarındaki takaslaşmaların önemine vurgu yapmak adına bu kavramın üstün tutulması isabetlidir (Bu yönde bkz. Taupitz, s. 10; Merkel, s. 27; Walther Hadding, “Risikoverteilung bei der Kreditkartenzahlung im Telephone- oder Mailorderverfahren nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, **Deutsche Richterzeitung** 2006, s. 356).

<sup>94</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 5.

şeklinde tezahür eder<sup>95</sup>. Bundan sonra bankalar, çıkarmış oldukları kartları ödeme aracı olarak kabul etmeleri için üye işyerleriyle anlaşma yoluna girer.

Kartlı sistem işleyişinde çoğu kez üye işyeriyle anlaşma yapan kart kuruluşu ve hamille anlaşma yapan kart kuruluşu farklı farklı kuruluşlar olarak karşımıza çıkar. Buna örnek olarak (X) Bankasının çıkarmış olduğu kartın, (Y) Bankası'yla anlaşmalı olan üye işyerinin POS terminalinde kullanılması verilebilir. Bu farklılık kaçınılmaz bir şekilde kart kuruluşları arasındaki takaslaşmaları gündeme getirir<sup>96</sup>. Takas sisteminin en belirgin özelliği, taraflar arasındaki ilişkiyi organize eden ve takaslaşmayı sağlayan yerel nitelikte bir çatı organizasyona gereksinim duymasındır. Gerçekten de takas sisteminde, kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeri anlaşması yapan kuruluş arasında hem takas sözleşmesi esasına hem de organizasyon temeline dayanan bir işbirliği ilişkisinin (Kooperationsverhältnis) kurulması elzemdir<sup>97</sup>. Bu ilişkinin yerel düzeyde kurulamaması durumunda, takaslaşmalar VISA ve MasterCard gibi uluslararası kartlı sistem kuruluşları aracılığıyla gerçekleşir ki bu da iki veya üç kat daha fazla takaslaşma komisyonu ödeneceği anlamına gelir.

Ülkemizde ise takaslaşmalar, 1990 yılından beri faaliyetlerini sürdüren Bankalararası Kart Merkezi Anonim Şirketi (BKM AŞ.) aracılığıyla gerçekleşmektedir<sup>98</sup>. BKM tarafından organize edilen takas sisteminde işleyiş kısaca şu şekilde gerçekleşir: Üye işyeriyle anlaşmalı kuruluş ile kartı çıkaran kuruluş birbirinden farklı olduğundan, ilk aşamada bu iki kuruluş arasında iletişimin sağlanması gerekir. Hamilin ödeme talimatı üye işyeriyle anlaşmalı kuruluşa (acquirer) iletildikten sonra üye işyerinin kart kuruluşu, bağımsız yerel kuruluş

<sup>95</sup> Bkz. Jörg Etzkorn, "Allgemeine Geschäftsbedingungen für Inhaber von Kreditkarten", **Wertpapier Mitteilungen** 1991, s. 1902.

<sup>96</sup> Bkz. K. Langenbucher, s. 242; Teoman, s. 48.

<sup>97</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 2.

<sup>98</sup> BKM, Türkiye'deki kartlı ödeme sistemleri içerisindeki sorunları çözmek ve sistemi daha ileriye taşımak amacıyla ödeme sisteminde bulunan kart kuruluşlarının bir araya gelerek oluşturduğu çatı nitelikte bir organizasyondur. 13.4.2013 tarihinde tescil edilmiş olan esas sözleşme versiyonundan, ortaklığın üç kamu bankası ve yedi özel banka olmak üzere toplam on bankadan oluştuğu görülmektedir. Esas sözleşmenin 3. maddesine göre ortaklığın başlıca amaç ve konusunu; takas ve mahsup işlemlerini yürütmek (a bendi), otorizasyon (onay) ve otantikasyon (doğrulama) işlemlerini yürütmek (b bendi), kartlı sistem kurmak ve bunun için altyapı sağlamak (d bendi), yurt içinde uygulanacak prosedürleri geliştirmek ve standardizasyonu sağlamaya yönelik kararlar almak, bunları yayımlamak ve uygulamayı takip etmek (g bendi), şirket ortakları ve şirketten hizmet alan diğer gerçek veya tüzel kişiler arasında hakemlik yapmak (h bendi), ödeme sistemleri ile ilgili tüm kanallarda sahtekarlığı önleyici yöntemlerin tespitine ve uygulanmasına destek olmak (j bendi), ödeme sistemleri kullanımını yaygınlaştıran ve teşvik eden çalışmalar yapmak (l bendi) oluşturur. BKM AŞ. esas sözleşmesinin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/bkm-esas-sozlesmesi.pdf> (Son Erişim: 03.05.2017).

(BKM) aracılığıyla kartı çıkaran kuruluştan (issuer) işlemin karşılığının bulunup bulunmadığını sorgular. Kartı çıkaran kuruluşun onayıyla birlikte işlem otorize edilir. Daha sonra, BKM'nin Merkez Bankası nezdinde tutmuş olduğu cari hesaba, üye işyerinin kart kuruluşu lehine alacak kaydı işlenerek kartı çıkaran kuruluştan işlem tutarı tahsil edilir. Sonuç olarak takaslaşmalar, BKM aracılığı ve gözetimiyle gerçekleşir<sup>99</sup>. Fakat bu işlem elektronik ortamda gerçekleştiğinden kâğıt üzerinde görülmez<sup>100</sup>.

Sınır aşan ödemelerde üye işyeri, ilk önce ibraz edilen karta ilişkin bilgileri, POS yardımıyla anlaşmalı olduğu kart kuruluşuna iletir ve otorizasyon bilgisi ister. Üye işyerinin kart kuruluşu, bu bilgiyi uluslararası ölçekte otorizasyon ve kliring ağını işleten ilgili kartlı sistem kuruluşuna (VISA veya MasterCard) yönlendirir. Kartlı sistem kuruluşu, burada adeta tren istasyonlarındaki teşkil işçisi (makasçı) gibi fonksiyon gösterir ve önce kart numarasından hareketle hamilin kart kuruluşunu tespit eder (issuer), daha sonra kendisine iletilen verileri bu kuruluşa aktarır. Son aşamada hamilin kart kuruluşu, blokaj ve limit denetimini gerçekleştirerek otorizasyona yönelik gerekli cevabı yine sistem üzerinden üye işyerinin kart kuruluşuna iletir<sup>101</sup>. Görüldüğü gibi sınır aşan ödemelerde, organizasyon ve takaslaşma görevini uluslararası kartlı sistem kuruluşları üstlenir<sup>102</sup>.

Ayrıca sınır aşan ödemelerde üye işyeri, harcama belgesindeki tutarı anlaşmalı olduğu kendi kart kuruluşundan (acquirer) tahsil eder. Çünkü sınır aşan ödemelerde kart kuruluşları, kendi çıkarmış olduğu kartlar dışında, hangi kuruluş tarafından ihraç edilmiş olursa olsun, lisansla bağlı olduğu uluslararası kartlı sistem kuruluşunun logosunu taşıyan evrensel nitelikteki kartların bedellerini de üye işyerlerine ödemek zorundadır. Bu bağlamda VISA ile lisans anlaşması yapan bir kart kuruluşu, üye işyerine karşı bu logoyu taşıyan tüm yabancı menşeli kartlar bakımından da ödeme yükümlülüğü altına girmiş olur. Örneğin, bir turist Brezilya'da VISA ile anlaşmalı bir kart kuruluşundan edinmiş olduğu kartı Türkiye'de kullanması durumunda, üye işyerine ödeme Brezilya'daki kart kuruluşu tarafından değil, üye işyeri ile anlaşmalı olan ve VISA organizasyonuna dâhil olan

<sup>99</sup> Alman hukukunda aynı yönde bkz. K. Langenbucher, s. 244; Stephan Meder, "Kreditkartenzahlung im Internet und Mail-Order-Verfahren", **Wertpapier Mitteilungen** 2002, s. 1993.

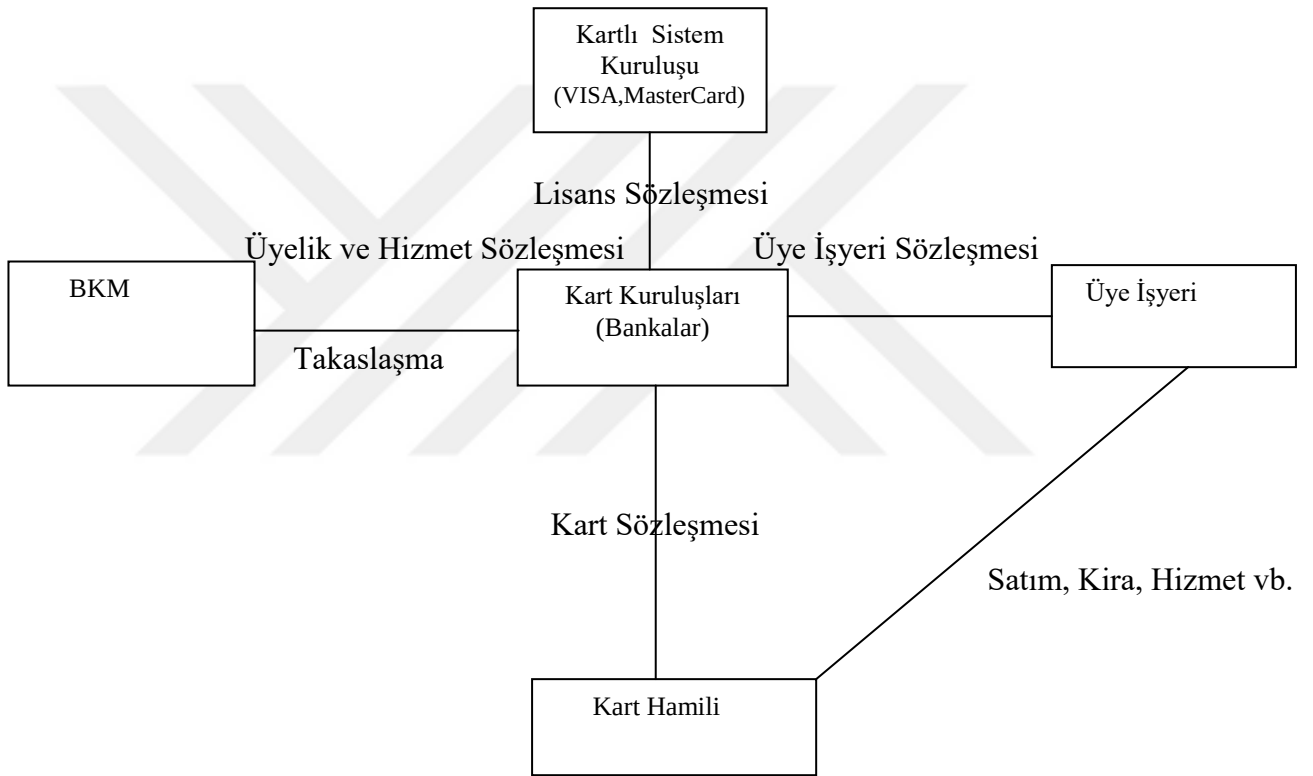
<sup>100</sup> Bkz. Merkel, s. 27

<sup>101</sup> Bkz. Jungmann, WM 2005, s. 1354

<sup>102</sup> Bkz. Reinfeld, WM 1994, s. 1510.

Türkiye’deki kart kuruluşu tarafından yapılır. Daha sonra Türkiye’deki kart kuruluşu ödemiş olduğu bu miktarı, aynı zamanda uluslararası takas bürosu olarak da faaliyet gösteren VISA aracılığıyla Brezilya’da kartı çıkaran kuruluştan tahsil eder. Bu açıdan sınır aşan ödemeler bakımından yerel ölçekli kart kuruluşlarının ödeme taahhütlerinin genişlediği söylenebilir<sup>103</sup>.

#### Takasa Dayalı Sistem<sup>104</sup>



Uygulamada çoğu kez kartı çıkaran kuruluş ile üye işyeriyle anlaşma yapan kuruluş özdeş olmamaktadır. Hamilin bankası ile işyeri bankasının farklı olduğu hallerde, yukarıda da belirttiğimiz gibi BKM aracılığıyla ve belli bir komisyon karşılığında bankalar arasındaki takaslaşmalar gerçekleşmektedir. Bu noktadan hareketle, kartlı ödeme sisteminde -bağımsız yerel kurum da dikkate alındığında- en

<sup>103</sup> Bu hususlarda bkz. Çeker, ss. 25-26 ve s. 28.

<sup>104</sup> Takasa dayalı sisteme ilişkin şemanın oluşturulmasında Rengier'in (FS für Wolfgang Heinz, ss. 822-823) ve kısmen de Jungmann'ın (Langenbucher/Bliesener/Spindler, Kap. 6, Vor §§675f ff., N. 12- 13.) çizimlerinden yararlanılmıştır.

az beş süjenin etkin rol oynadığı söylenebilir. Kanun'un tanımlar bahsinde, “Kartlı Sistem Kuruluşu”, “Kart Çıkarar Kuruluş” ve “Üye İşyeri Anlaşması Yapan Kuruluş” biçiminde sistem süjelerinin ayrı ayrı belirtilmiş olması, kanun koyucunun takasa dayalı sistemi dikkate aldığını gösterir<sup>105</sup>. Gerçi “kart çıkarar kuruluş” ile “üye işyeri anlaşması yapan kuruluş” ülkemiz uygulamasındaki genel söyleyişte “banka” paydasında toplanmış olsa da özellikle takaslaşma gündeme geldiğinde, yasanın akit taraflar özelinde yapmış olduğu bu teknik ve lâfzî ayrımın pratik bir değeri olmaktadır. Biz yine de çalışmamızın bütününde, geleneksel literatüre bağlı olarak üç köşeli mekanizma üzerinden hukuki ilişkiyi anlatmaya, gereken noktalarda takas sistemindeki özel süjeleri (acquirer, issuer) ayrıca zikretmeye çalışacağız<sup>106</sup>.

### **III. KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNDE TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER**

#### **A. Kartlı Ödeme Sistemlerinin Havale Temeline Dayanması**

Kartlı ödeme sistemlerinde taraflar her ne kadar kendi aralarında münferit sözleşmelere imza atsalar da bu sözleşmelerde veya kartlı sistemlere ilişkin özel düzenlemelerde öngörölmeven bazı durumlarla karşılaşılabilir. Bu nedenle taraflar arasındaki münferit ilişkileri incelemeye geçmeden önce, sistemin temelini oluşturan hukuki zemini belirlemek, boşluk durumunda hangi kuralların kıyas olarak alınacağını belirlenmesinde önem arz eder.

Türk hukukunda kartlı ödeme sistemlerindeki işleyiş dikkate alındığında, ilk tahlilde ilişkiler bütününün TBK m. 555 vd. düzenlenen havale işlemleriyle örtüştüğü söylenebilir. Bilindiği gibi kartlı sistemlerde hamil, mal veya hizmet tedarik ettiği

<sup>105</sup> Kartlı sistemlerin anavatanı olan Amerikan hukukunda da kredi kartıyla yapılan ödemelerin; hamil, hamilin anlaşmalı olduğu kuruluşu (issuer), üye işyeri, üye işyerinin anlaşmalı olduğu kart kuruluşu (acquirer) ve kredi kartı takaslaşma kurumu (bizdeki BKM) olmak üzere en az beş taraf arasında gerçekleştiği kabul edilir (Bu yönde bkz. K. Langenbucher, s. 242, dn. 1092).

<sup>106</sup> Çok taraflı (takas esasına dayalı) sistem özelinde gerçekleşen yasal sorunların ağırlıklı olarak belirli süjeler arasındaki takaslaşmalarda yaşanacağı ve bunun diğer sözleşmesel ilişkilere esaslı bir etkisinin olmayacağı açıktır. Bu nedenle öğretide bir gelenek olarak kart kuruluşu, kart hamili ve üye işyeri arasındaki üç köşeli ilişkiden hareketle hukuki durum ve sorunlar izah edilmeye çalışılmıştır [Bkz. Taupitz, ss. 10-11; Kienholz, s. 9; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 8; Stange, s. 55; Pavalenco, ss. 35, 129].

üye işyerine ödemeyi kartla yapmak istediği takdirde, manyetik (imzalı) kullanımda harcama belgesini imzalaması<sup>107</sup>; çipli kullanımda ise PIN'i girmesi gerekir<sup>108</sup>. Hamil harcama belgesine imza atmakla veya terminale PIN kodunu girmekle, üye işyerine olan borcunu ödemesi konusunda bağlı olduğu kart kuruluşuna bir talimat vermiş olur<sup>109</sup>. Bu işlemlerin bir diğer tipik sonucu, kart kuruluşunun yapacağı ödemeyi kabul etmesi hususunda hamil tarafından üye işyerinin (tahsil amaçlı) yetkilendirilmiş olmasıdır. Şu halde hamilin imzayı atması veya PIN kodunu girmesiyle birlikte hem kart kuruluşu hem de üye işyeri eş zamanlı olarak yetkilendirilmekte ve bu yetkilendirme hamilin tek bir işlemiyle (imza atma / gizli kodu girme) gerçekleşmektedir<sup>110</sup>. Bu şekilde tek bir işlemle çifte yetkilendirme yapılması, sistem tarafları arasındaki ilişki bütününe havale temeline dayandığını gösterir. Bu nedenle, taraflar arasındaki münferit sözleşmelerden bağımsız olarak kartlı ödeme sistemlerindeki hukuki ilişkiyi genel manada havale temeline oturtabiliriz<sup>111</sup>. Üç köşeli ilişkinin havale temelinin üzerine inşa edilmesi, belirttiğimiz gibi yasada veya taraflar arasındaki sözleşmelerde doğacak olan boşlukları tamamlama noktasında önemli fonksiyon gösterir.

<sup>107</sup> Günümüzde otorizasyonun harcama belgesinin imzalanmasıyla gerçekleşmesine olanak tanıyan sistem, pratikte sık karşılaşılsa da teknik olarak mevcudiyetini korumaktadır. Özellikle kredi kartlarının manyetik kullanımında, hamilin harcama belgesini imzalaması gerekir. Vakıfbank'ın üye işyeri sözleşmesine ekli olarak sunduğu "POS Terminali Kullanım Kılavuzu"nda da manyetik kullanımlarda kimlik tespiti için kart hamilinin imzasının alınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. [https://www.vakifbankpos.com.tr/assets/files/Genel\\_POS\\_Kilavuzu.pdf](https://www.vakifbankpos.com.tr/assets/files/Genel_POS_Kilavuzu.pdf) (Son Erişim: 12.04.2018).

<sup>108</sup> Çipli kullanımda otorizasyon, manyetik şeride göre kopyalanması ve içine nüfuz edilmesi daha zor olan "çip" aracılığıyla gerçekleşir. Otorizasyon için hamilin, manyetik kullanımdan farklı olarak ayrıca PIN kodunu girmesi ve çipteki verilerle girilen kodun uyumlu olması gerekir. Bu nedenle çipli kullanım, uygulamada kısaca CHIP&PIN olarak adlandırılır. Türkiye, 31.03.2006 tarihi itibarıyla kredi kartı sahtekârlıklarında etkin bir mücadele yöntemi olarak görülen CHIP&PIN uygulamasına geçmiştir (Bkz. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 72). Bununla birlikte çipli kullanım ülkemizde bir döneme kadar yalnızca hibrit olarak (çip+manyetik şerit) çıkarılan kredi kartlarına özgü bir kullanım şekli olarak karşımıza çıkmaktaydı. Gerçekten de debit kartlar 2017 yılının son çeyreğine kadar yalnızca manyetik şeritli olarak çıkarılmakta ve bu kartlara çip yerleştirilmemekteydi. Bu dönemden sonraki süreçte ise debit kartlar da yoğun bir şekilde hibrit olarak çıkarılmaya başlanmıştır.

<sup>109</sup> İmzalı kullanım özelinde bu yönde bkz. Teoman, s. 166; Weber, s. 288; Çeker, s. 23.

<sup>110</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbacher, Gößmann ve Werner), s. 127, N. 31.

<sup>111</sup> Kartlı ödeme sisteminin havale ile açıklanabilmesi konusunda bkz. Canaris, N. 1624; Ahmet Türk, **Hukuki Yönden Banka Havalesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007, ss. 76-77; Şener, s. 81 vd. Gerçekten de borçlar hukukundaki teknik ve dar anlamdaki havalenin dışında, kambiyo veya çek işlemlerinde olduğu gibi geniş anlamda havaleden de bahsetmek mümkündür. Bunun için olmazsa olmaz nitelikte iki şart aranır: 1) Üç köşeli ilişkide eş zamanlı gerçekleşen ifa. Yani havale ödeyicisinin edimini ifa etmesiyle birlikte, havale edenin havale alıcısına olan borcu ile havale ödeyicisinin havale edene olan borcunun eş zamanlı olarak yerine getirilmiş olması. 2) Soyutluk; yani ifa ilişkisinin karşılık ve bedel ilişkisinden bağımsız olması. Kartlı ödeme sistemi, geniş anlamda havaleyle ilişkin bu iki temel şartı da bünyesinde barındırmaktadır (Bkz. Kienholz, s. 113).

Alman hukukuna bakıldığında da, havalenin tıpkı Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi bir sözleşme formatında değil, çifte yetkilendirme olarak tanımlandığı görülür<sup>112</sup>. Bu anlamda her iki hukuk disiplini açısından yapısal bir farklılık bulunmaz. Gerçekten de gerek TBK m. 555'e gerekse BGB §783'e bakıldığında, havale alıcısının ve havale ödeyicisinin, havale eden eliyle ayrı ayrı yetkilendirildiği görülmektedir. Ancak bizden farklı olarak Alman hukukunda havale işleminin gerçekleşmesi, havale edenin ayrıca havale alıcısına yazılı bir belge (Urkunde) ibraz etmesine bağlanmıştır<sup>113</sup>. Bu nedenle Alman yazınında ağırlıklı olarak, kartlı sistemlerin temelini havaleden ziyade ciro talimatına (Giroüberweisung) dayandığı ve havaleye ilişkin BGB §783 vd. hükümlerin ancak kıyasen uygulanabileceği kabul edilir<sup>114</sup>. Buna karşılık bizim hukukumuzda, havale işleminin gerçekleşmesi için havale edenin (kart hamilinin) alıcıya (üye işyerine) böyle bir belge tevdi etmesi şartı aranmadığından, kartlı sistemlerin havale temeline dayandığı sonucuna daha rahat ulaşabiliriz.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, POS terminali aracılığıyla gerçekleşen kartlı ödemelere ilişkindir. Bunun dışında bilindiği gibi kartlar, yoğun bir şekilde bankamatiklerde para çekme amaçlı da kullanılmaktadır. Bankamatikten kartla para çekme (alacak veya nakit avans) işleminin hukuki niteliğinin ne olduğu hususu ise tartışmalıdır. Özellikle işlemin başka bir kart kuruluşuna ait bankamatikten yapıldığı hallerde, hamilin bankamatik aracılığıyla kart kuruluşuna vermiş olduğu ödeme talimatları pekâlâ "havale" temeline oturtulabilir. Bu durumda ortak bankamatiği işleten kart kuruluşunu, kartı çıkaran kuruluşun ifa yardımcısı olarak vasıflandırmak da şart değildir. Zira burada kartı çıkaran kuruluş, ortak

<sup>112</sup> Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında havalenin çifte yetkilendirmeye konu bir hukuki işlem olarak görülmesi hususunda bkz. Türk, ss. 44-48.

<sup>113</sup> Bkz. Türk, s. 49.

<sup>114</sup> Bu hususta bkz. Şener, ss. 81-83, dn.1; Weber, s. 288. Buna karşılık bir diğer görüş tarafından, kartlı sistemde harcama belgesinin kart hamilince imzalanmasının (veya PIN kullanılmasının) klasik havale kurallarına kıyasla sıra dışı bir durum olduğu kabul edilmekle birlikte, bu işlemin havaleyle amaçlanan tipik sonuca yönelik iradeyi temsil ettiği vurgulanmış ve havale görüşüne karşı olan muhalif tutum eleştirilmiştir. Bu aykırı görüşe göre, hamil tarafından imzalanan ve üye işyerine ibraz edilen belge (havale belgesi), bedel ve karşılık ilişkisindeki hukuki işlemin kurulmasına hizmet eder. Bu noktada harcama belgesine imza atılması (veya PIN kullanılması) yalnızca BGB §675f/III, c. 2 anlamında karşılık ilişkisinde ödeme talimatının somutlaştırılması olarak algılanmamalı; daha ziyade havale gereği yapılacak ödemeye yönelik iş görme sözleşmesinden kaynaklanan bir yükümlülük olarak görülmelidir [Bkz. Franz Schnauder, **BGB Kommentar Band: 11/3, Schuldrecht 9/3 (§§780-822)**, (Ed.Hans Theodor Soergel), 13. Bası, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012, §783, N. 56]. Canaris'in de çok önceden benzer gerekçelerle havale kurallarının kartlı sistemlere kıyasen değil, doğrudan uygulanabileceğini savunduğunu belirtelim (N. 1624).



bankamatığı işleten kart kuruluşuna havale talimatı vermemekte; bilakis hamil, bankamatığı işleten kuruluşa olan borcunu ödemesi için kendi kart kuruluşuna, yani kartı çıkaran kuruluşa havale talimatı vermektedir<sup>115</sup>.

Bu hususta son olarak, kartlı sistemlerde havale prensip olarak üç köşeli ilişkide gayrinakdî ödemenin gerçekleşmesi bakımından uygun bir araç olarak kabul edilse de, havalenin yalnızca bir üst kurum olduğunu ve taraflar arasındaki münferit ilişki bakımından iş görme edimine alternatif bir yapı olarak dikkate alınamayacağını belirtmek gerekir<sup>116</sup>. Bu nedenle öğretide, kartlı sistemlerin olağan dışı havale (extravagante Form der Anweisung) niteliğinde olduğu ve havaleye ilişkin TBK’da yer alan kuralların her zaman doğrudan kartlı sistemlere uygulanamayacağı vurgulanmaktadır<sup>117</sup>. Nitekim en basitinden kart kuruluşu, üye işyerine ödemeyi gerçekleştirdikten sonra yapmış olduğu masrafın tazmini için kart hamiline yönelirken; işlemin temeli olarak lanse ettiğimiz havalede, havale ödeyicisinin havale edene böyle bir taleple başvurması mümkün olamaz. Çünkü bu durumda kartlı sistemlerde iş görme (vekâlet) sözleşmesinin unsurları havaleye nazaran daha ağır basar<sup>118</sup> ve vekil konumunda bulunan kart kuruluşu üye işyerine yaptığı ödemeyi, daha sonra “masraf tazminatı” adı altında kart hamilinden talep edebilir<sup>119</sup>. Şu halde havaleye ilişkin kuralların, yalnızca niteliğine uygun düştüğü ölçüde kartlı sistemlere uygulanacağını söylemek doğru olur.

<sup>115</sup> Bu hususlarda bkz. Schnauder, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding), §783, N. 59. Ayrıca bkz. ve karşı. Bucher, s. 76. Bu son yazara göre ortak bankamatiklerde para çekme işlemleri havale temeline dayanmakla birlikte, bu durumda kartı çıkaran kuruluşu havale eden, bankamatığı işleten kuruluşu havale ödeyicisi, kart hamilini ise havale alıcısı olarak görmek gerekir. Buna karşılık kartı çıkaran kuruluş ile bankamatığı işleten kuruluş özdeş ise artık hamil ve kart kuruluşu arasında havaleye dayanan iki taraflı bir ilişki kurulmuş olur.

<sup>116</sup> Gerçekten de havale ile verilen yetkinin dayanağını vekâlet sözleşmesi oluştursa bile, havale bu sözleşmeden bağımsız nitelik arz eder. Uygulamada en çok karşılaşılan banka ve posta havaleleri üzerinden meseleyi açmak gerekirse, havale eden (müşteri) ile banka veya posta idaresi arasında kural olarak vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir hukuki ilişki bulunsa bile, bu sözleşme havalenin dışında olup münhasıran karşılık ilişkisini ilgilendirir (Bu hususlarda bkz. Türk, s. 46).

<sup>117</sup> Kartlı sistemlerle birlikte çek ve kambiyo işlemlerinin olağan dışı havale niteliğinde görülmesi ve tipik havale kurallarının her zaman bunlara uygulanamaması hakkında bkz. Stephan Meder, “Die Kreditkartenzahlung als Anweisungsgeschäft- Zum Bedeutungswandel rechtsgeschäftlicher Formen unter den Bedingungen eines automatisierten Zahlungsverkehrs”, **Archiv für die civilistische Praxis** 1998, Cilt: 198, s. 90 vd. (özellikle s. 90, dn. 54); Schnauder, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding), §783, N. 59.

<sup>118</sup> Bkz. Kienholz, s. 112.

<sup>119</sup> Bkz. Çeker, s. 66.

## B. Kartlı Ödeme Sistemlerinde Taraflar Arasındaki Takaslaşmaların Cari Hesap Üzerinden Gerçekleşmesi

Kart kuruluşu ile hamil arasında imzalanan kart sözleşmesiyle birlikte bu sözleşmeyi tamamlayan ve takaslaşmalarla harcamaları kayıt altına almayı sağlayan özel bir cari hesap ilişkisi kurulur<sup>120</sup>. Aynı durum kart kuruluşuyla üye işyeri sözleşmesi imzalayan işyerleri bakımından da söz konusudur.

Gerçekten de gayrinakdî ödeme türlerinden olan kartlı sistemlerde, kart kuruluşunun talimat gereği üye işyerine ödemedede bulunması ve daha sonra bunu hamile borç olarak yansıtması kayden gerçekleşir. İşte bu kaydî işlemlerin kontrol altında tutulması yalnızca cari hesap işleyişiyle mümkün olabilir<sup>121</sup>. Ancak banka cari hesapları, tipik cari hesap sözleşmelerinden farklı olarak iki tarafın birbirine karşı hem alacaklı hem borçlu olması prensibine dayanmadığından, kendine özgü bir nitelik arz eder. Gerçekten de banka cari hesaplarında, kural olarak taraflardan biri her zaman ya alacaklı ya da borçlu konumda bulunur. Bir tarafın hep alacaklı konumda olduğu banka hesabı “alacaklı cari hesabı” olarak işletilirken, bir tarafın hep borçlu olduğu hesap ise “borçlu cari hesabı” şeklinde işletilir<sup>122</sup>.

Alacaklı cari hesabı kısaca para yatırıp çekmeye, havale yapmaya, hesap üzerinden çek keşide etmeye imkân tanıyan, gerçek ve tüzel kişilerin mevduat yatırarak açtıkları hesap olarak tanımlanabilir. Uygulamada bu tür hesaplar, vadeli veya vadesiz mevduat hesabı şeklinde açılır ve hesap sahibi dilediği zaman hesabına yatırdığı parayı kısmen veya tamamen çekebilir. Kısacası mevduat hesaplarında hesap sahibi, kural olarak alacaklı konumda bulunur. Borçlu cari hesabındaysa banka, müşterisine bir hesap üzerinden kredi tahsis eder. Müşteri kendisine tahsis edilen, aynı zamanda belirli bir limiti olan bu kredi hesabı (borçlu cari hesabı)

<sup>120</sup> Taraflar arasındaki ilişkide, kart sözleşmesi dışında bir yan sözleşme olarak cari hesap sözleşmesinin de bulunması konusunda bkz. Gößmann, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 78; Tekinalp, s. 504, N. 39-71.

<sup>121</sup> Alman hukukunda getirilen revizyon kurallarından, kartlı sistem çerçevesinde gerçekleşen ödemelerin yürütülmesinde, hamilin kart kuruluşu nezdindeki hesabının cari hesap şeklinde işletileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, kart veya kart verileri aracılığıyla gerçekleşen ödemelerin bir hesaba bağımlı olarak yürütülmesi, esaslı bir unsur teşkil eder (Bkz. Pavalenco, s. 101). Weber’e göre de taraflar (kart kuruluşu ile hamil), aylık takaslaşmaların yapılabilmesi için genellikle HGB §355 kapsamında bir cari hesap anlaşması akdeder (s. 286).

<sup>122</sup> Bkz. Tekinalp, s. 449, N. 38-56, 38-57.

üzerinden nakdi veya gayrinakdî ödemelerde bulunabilir<sup>123</sup>. Ancak müşterinin belirli bir süre sonra yapmış olduğu bu ödemelerin karşılığını bankaya geri ödemesi gerekir. Bu ödemelere karşın kredi hesaplarında müşteri, kural olarak her daim borçlu konumda bulunur.

Banka cari hesapları kartlı sisteme uyarlanırken, kredi kartı hamilinin her zaman borçlu olduğu, debit kart hamilinin ise genellikle alacaklı konumda bulunduğu kabulünden yola çıkılır. Gerçekten de kredi kartlarında, hamile bir limit dâhilinde kredi açıldığından<sup>124</sup>, hamilin vermiş olduğu her bir ödeme talimatı, hesabına borç olarak kaydedilir ve hesap borçlu cari hesabı şeklinde işletilir. Buna karşılık debit kartın kullanımı, hamilin hesabındaki aktife bağlı olduğundan, bu hesap kural olarak borç bakiyesi vermez ve ekseriyetle alacaklı cari hesabı şeklinde işletilir<sup>125</sup>.

Kart kuruluşunun üye işyeri ile olan ilişkisi ise ileride de görüleceği üzere soyut borç vaadi temeline dayandığından, bu ilişki özelinde üye işyerinin her daim alacaklı pozisyonunda konumlandığı ve banka ile arasındaki takaslaşmaların alacaklı cari hesabı üzerinden gerçekleştiği söylenebilir.

Alacaklı veya borçlu cari hesaplarının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>126</sup> m. 89 vd. anlamında cari hesap sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı ve bu sözleşmelere anılan kuralların uygulanıp uygulanamayacağı hususu oldukça tartışmalıdır. Asıl konumuzu doğrudan ilgilendirmemesi nedeniyle bu tartışmaların ayrıntısına girmeyeceğiz. Ancak öğretilerde cari hesap sözleşmelerinde aranan karşılıklılık şartının, yani her iki tarafın karşılıklı olarak hem alacaklı hem borçlu olması şartının esnek yorumlandığını ve banka cari hesap sözleşmelerindeki gibi, taraflardan birinin yalnızca borçlu, diğerininse yalnızca alacaklı konumda olduğu hallerde de karşılıklılık şartının sağlandığı yönünde bir kabulün bulunduğunu belirtelim. Şu halde bu görüş dikkate alındığında, banka cari hesaplarına da pekâlâ TTK m. 89 vd. kurallar uygulanabilir<sup>127</sup>. Konumuz açısından bu yorum, kartın kötüye kullanıldığı hallerde kart kuruluşunun ters ibraz sürecini işleterek üye işyerinin hesabına

<sup>123</sup> Bu hususlarda bkz. Durgut, ss. 64-66; Tekinalp, s. 449, N. 38-56, 38-57.

<sup>124</sup> Burada kart kuruluşu, hamile rotatif kredi açar. Yani hamil kendisine tanınan limit dâhilinde dönem içi harcamalarda bulunabilir ve kart kuruluşuna olan borcunu ödediği oranda yine öngörülen limit dâhilinde kredi kullanma yetkisine kavuşur (Bkz. Teoman, s. 57).

<sup>125</sup> Bkz. Şener, s. 183. Yazarın da ifade ettiği gibi, özellikle kredi kartı işlemlerinde, hesabın kesilmesi, bakiyenin bildirilmesi ve bakiyenin kabulüne yönelik işlemler, cari hesap bağlantısını belirgin bir şekilde ortaya çıkarmaktadır (s. 182).

<sup>126</sup> RG. 14.02.2011 / 27846. Bundan böyle kısaca “TTK” olarak anılacaktır.

<sup>127</sup> Bkz. Durgut, ss. 79-81; Tekinalp, ss. 449-450, N. 38-58.

(alacaklı cari hesaba) düşmüş olduğu alacak kaydını iptal etmesi ve hamilin hesabına (borçlu cari hesaba) düşmüş olduğu borç kaydını düzeltmesi bakımından önem arz eder. Gerçekten de kartın kötüye kullanıldığı ve hamilin harcama itirazının haklı bulunduğu hallerde, kart kuruluşunun itiraz konusu tutarı hamile (kayden) iade etmesi gerekeceğinden, cari hesaba ilişkin TTK m. 90/I-a son cümle, bu hususta önemli bir tutamak noktası teşkil eder. Kural uyarınca “*Sözleşme veya işlem iptal edilirse bunlardan kaynaklanan kalemler hesaptan çıkarılır*”. Bu konuya ilişkin açıklamalara ileride ayrıntılı olarak değinilecektir<sup>128</sup>. Bu nedenle burada yalnızca taraflar arasındaki cari hesap ilişkisine dikkat çekmekle yetiniyoruz<sup>129</sup>.

### C. Taraflar Arasındaki Münferit Hukuki İlişkiler (Özellikle Karşılık ve İfa İlişkisindeki Durum)

#### 1. Ön Açıklamalar

Yukarıda üç taraflı sistemde aktardığımız şemada da görüleceği üzere kartlı ödemelerde, hamil ile üye işyeri arasında bedel ilişkisi (Valutaverhältnis), kart kuruluşu ile üye işyeri arasında ifa ilişkisi (Vollzugsverhältnis / Zuwendungsverhältnis) ve hamil ile kart kuruluşu arasında karşılık ilişkisi (Deckungsverhältnis) olmak üzere birbirinden farklı üç ilişki kurulur<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> Bkz. Aşa. IX, B.

<sup>129</sup> Bununla birlikte Yargıtay, itirazın kaldırılması davaları özelinde son zamanlarda karşısına gelen kart uyumsuzluklarında, cari hesap sözleşmesi kapsamında düzenlenen hesap özetlerini İİK m. 68/b’de düzenlenen belgelerden saymamakta ve itirazın kaldırılması taleplerini reddetmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında (12. HD, 05.07.2011, E. 2010/32556, K. 2011/14535) şöyle bir çıkarımda bulunmuştur: “*Somut olayda takip dayanağı sözleşmenin, İ.İ.K.’nun 68/b maddesinde belirtilen ‘... borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun kredi şeklinde işleyen kredi’ sözleşmesi niteliğinde olmadığı belirlenmiştir. Bu sebeple alacaklı banka tarafından borçluya ihtarname tebliğ edilmesi ve borçlunun bu ihtarnameye itiraz etmemesi, sözleşmenin ve ihtarnamenin İ.İ.K.’nun 68/1 maddesinde yazılı belgelerden sayılması sonucunu doğurmaz. Bir diğer ifade ile alacaklı İ.İ.K.’nun 68/b maddesinden faydalanamaz. Bu durumda alacaklının takibine dayanak yaptığı sözleşme ve ihtarname, İ.İ.K.’nun 68/1. maddesinde sayılan nitelikte belgelerden olmadığından, mahkemece itirazın kaldırılması isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsizdir*”. Bu karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim: 09.08.2018). Aynı yönde kararlar için bkz. Saraç, s. 315, özellikle dn. 391. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları, kartlı sistemlerdeki cari hesap ilişkisini şüpheli hale getirdiğinden eleştiriye konu olabilir.

<sup>130</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, No.4; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 93; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 997; Pavallenco, s. 93; Wolfgang Gößmann, “Aspekte der ec-Karten-Nutzung”, **Wertpapier Mitteilungen** 1998, s. 1267. Debit kartlar özelinde aynı yönde bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 263, N. 33. Takaslaşma söz

Hamil ile üye işyeri arasındaki ilişkide kart, hukuki işlem sonucunda doğan “bedeli” ödeme fonksiyonunu üstlendiğinden, bu ilişkiye “bedel ilişkisi” denmiştir. Hamil ile üye işyeri arasında bir bedel geçişi veya hareketi (Wertbewegung) söz konusu olduğundan, bu yönde bir kavramlaştırmaya gidilmiştir<sup>131</sup>. Kartlı ödeme prosedürünün tamamlanmasıyla (otorizasyonla) birlikte üye işyeri, mevcut alacağını esas itibarıyla kart hamilinden değil de kart kuruluşundan tahsil ettiğinden, üye işyeri ve kart kuruluşu arasındaki ilişkiye ise “ifa ilişkisi” denmiştir. Son olarak kart hamili, kart kuruluşunun üye işyerine yapmış olduğu ödemeyi karşılamak durumunda olduğundan, kart kuruluşuyla aralarındaki ilişki de “karşılık ilişkisi” olarak adlandırılmıştır<sup>132</sup>.

Her üç ilişki bakımından önem arz eden nokta, tarafların bu üç ilişki özelinde birbirinden farklı münferit sözleşmelere imza atmış olmasıdır. Ancak prensip olarak tüm bu sözleşmeleri birbirinden bütünüyle bağımsız olarak görmek yerine birlik ve bütünlük içinde ele almak daha doğru olur. Gerçekten de kartlı sistemlerde taraflar, kendi aralarında bağımlılık kuran birçok hukuki ilişkiye girdiğinden, bu ilişkilerin birini diğerinden ayrı tutarak açıklığa kavuşturmak pek mümkün değildir<sup>133</sup>. Bununla birlikte kompleks bir yapıya sahip kartlı ödeme sistemini çok taraflı bir sözleşmeden ziyade, bünyesinde birden fazla karşılıklı borç yükleyen sözleşme barındıran bir sistem olarak anlamak gerekir<sup>134</sup>.

Kartlı sistem işleyişinde ortaya çıkacak hukuki sorunların, söz gelimi hangi durumlarda kart kuruluşlarının üye işyerine ödeme yapmaktan kaçınabileceği meselesinin çözümlenebilmesi, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin doğru bir biçimde tespit edilmesine bağlıdır<sup>135</sup>. Bu açıdan, kartın kötüye kullanılması rizikosuna ve bu rizikoyu kimin üstleneceğine ilişkin analizlere geçmeden önce bazı özellikli durumları açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu noktada sıklıkla karşımıza,

---

konusuysa bu sayılanlara hamilin kart kuruluşu ile üye işyerinin kart kuruluşu arasındaki ilişkiyi de eklemek gerekir. Literatürde bu ilişki, bankalar arası ilişki (Interbankenverhältnis) olarak anılır (Bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), Vor §§675c-676c, N. 13).

<sup>131</sup> Bkz. Hadding, DRiZ 2006, s. 355.

<sup>132</sup> Bkz. Hammann, s. 30; Hadding, DRiZ 2006, ss. 355-356; Anja Langenbucher, **Effiziente Risikoallokation bei Kreditkartensystemen- Eine Untersuchung anhand der Ökonomischen Analyse des Rechts**, Dissertation 2002, ss. 26-27; Atamer, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: 1, s. 997.

<sup>133</sup> Bkz. A. Langenbucher, s. 27.

<sup>134</sup> Bkz. Pavaleuco, ss. 38-39.

<sup>135</sup> Bu yönde bkz. Hammann, s. 29. Şüphesiz taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin niteliğinin doğru olarak belirlenmesi, kötüye kullanım rizikosunun paylaştırılması bakımından da oldukça önemlidir (Bkz. Pavaleuco, s. 37).

bedel ilişkisindeki itirazların doğrudan diğer ilişkilerde ileri sürülüp sürülemeyeceği (Einwendungsdurchgriff) veya hamilin ödeme talimatını geri alma (Weisungswiderruf) imkânın bulunup bulunmadığına yönelik sorular çıkar. Somut olay bakımından ödeme talimatının geri alınmasının mümkün olup olmadığının veya bedel ilişkisindeki aksaklıkların diğer ilişkilere sirayet edip etmediğinin tespiti, kötüye kullanımdan kaynaklanan sorumluluğun belirlenmesini doğrudan etkileyeceğinden, bu meseleleri ayrıca ele almak icap eder<sup>136</sup>. Nitekim çalışmamızda da taraflar arasındaki hukuki ilişkileri irdelerken bu özellikli durumlara değinmeye çalıştık.

Bu hususta son olarak kartın kötüye kullanılması bahsinde karşılaşılabilecek sorunlar bakımından, ifa ilişkisindeki ve özellikle karşılık ilişkisindeki hukuki durumun dikkate alındığını belirtelim. Şüphesiz bedel ilişkisi de mezkûr ilişkilerin kurulmasında öncü faktör (temel işlem) olması sebebiyle önemlidir ve başta da belirttiğimiz gibi aslında her üç ilişkiyi bir bütün olarak ele almak gerekir<sup>137</sup>. Fakat kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde, bedel ilişkisinin diğer ilişkilerin gölgesinde kaldığı söylenebilir<sup>138</sup>. Kartlı sistemde bedel ilişkisini ön plana çıkarabilecek tek husus, hamilin edimini nakit ikâmesi bir değer olarak kartla yerine getirme arzusu (ifa uğruna edim) olabilir<sup>139</sup>. Buna göre ifa uğruna (amacıyla) ibraz edilen kartı kabul eden üye işyeri, bir taraftan işlem bedelini -kart kuruluşuna- ödemesi için hamile bir mühlet tanırken diğer taraftan kart kuruluşunun kendisine olan ödeme taahhüdünü yerine getirmesine yönelik bir beklenti içine girer. Kart kuruluşunun bu beklentiye yerine getirmesiyle -ilk etapta üye işyeri lehine alacak kaydı düşmesiyle<sup>140</sup>- birlikte, hamilin bedel ilişkisindeki borcu sona erer<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> Bu hususta bkz. Klaus Vogel, **Missbrauch von Kreditkarten, aus zivilrechtlicher Sicht**, Verlag Orac, Wien, 2000, s. 93.

<sup>137</sup> Benzer yönde bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 997.

<sup>138</sup> Kötüye kullanımlarda bedel ilişkisinin hiçbir rolünün bulunmadığı ve bu ilişkinin göz ardı edilebileceği hususunda bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 997; Pavalenco, s. 123.

<sup>139</sup> Öğretide de kartlı ödemeler, ağırlıklı olarak ifa uğruna edim olarak kabul görür (Bkz. Etzkorn, WM 1991, s. 1902).

<sup>140</sup> Bkz. Brechtel, s. 177.

<sup>141</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 996; Çeker, ss. 17, 60; A. Langenbucher, s. 31; Einsele, s. 326; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), Vor §§675c-676c, N. 17 ve §675f, N. 103; Stange, s. 58; Teoman, s. 120. Görüldüğü gibi kart hamilinin borcu, kartlı ödemenin kabul edilmesiyle birlikte sona ermez, yalnızca borcun ifası ertelenmiş olur. Bu gibi durumlarda üye işyeri, kart kuruluşundan işlem miktarını tahsil etmek için girişimde bulunmalıdır. Eğer bu girişimde başarıya ulaşamazsa -bedel ilişkisinde- ertelenmiş ve halen devam etmekte olan alacağını takip etmeye devam edebilir (Bu hususlarda bkz. Taupitz, s. 112, özellikle dn. 8; Vogel, s. 178).

Dolayısıyla “kart” bir bakıma bedel ilişkisi özelinde yalnızca hamilin ödeme gücünü ispatlayan bir araç olarak karşımıza çıkar<sup>142</sup>. Kartın bedel ilişkisinde göstermiş olduğu bu özelliğin, bilhassa onun üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasından doğan sorumluluğunun belirlenmesine herhangi fonksiyon gösterdiği söylenemez. Bu nedenle, bundan sonraki açıklamalarımızda karşılık ve ifa ilişkisiyle sınırlı olarak, yani bedel ilişkisini dışlayarak taraflar arasındaki sözleşmelerin hukuki niteliğini ve bu ilişkiler düzeyinde tartışmalı olan bazı noktaları, asıl konumuzdan çok fazla uzaklaşmadan incelemeye çalışacağız.

## **2. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki Hukuki İlişki (Karşılık İlişkisi)**

### **a. Taraflar Arasında İş görme (Vekâlet) Temeline Dayalı Bir İlişki Bulunması**

Kart hamili ile kart kuruluşu arasındaki hukuki ilişki, kötüye kullanım rizikosunun dağılımında büyük önem taşır<sup>143</sup>. Her ne kadar BKKKK m. 12’de hamilin sorumluluğuna ilişkin özel bir kural getirilmiş olsa da bu kuralın içeriğinin doldurulmasında, bilhassa hamilin özen yükümlülüklerinin sınırının belirlenmesinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden yola çıkılır. Bu açıdan riziko dağılımının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için hukuki ilişkinin net olarak belirlenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar.

Burada öncelikle taraflar arasındaki hukuki ilişkinin temelini çerçeve nitelikteki kart sözleşmesine dayandığını belirtmek gerekir<sup>144</sup>. Hatırlanacağı gibi daha önce hamil ile kart kuruluşu arasında bir karşılık ilişkisi kurulduğundan

<sup>142</sup> Bu yönde bkz. A. Langenbucher, s. 26. Yine yazar aynı yerde (dn. 65), literatürde bir dönem kredi kartlarının kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığının tartışıldığını ve devir kabiliyeti olmaması nedeniyle kartların kıymetli evrak olarak görülmediğini belirtmiştir (Aynı yönde bkz. Weber, s. 285).

<sup>143</sup> Bkz. Stange, s. 55.

<sup>144</sup> Bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 95; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 19. Burada yeri gelmişken kart sözleşmelerinde yer alması gereken asgari unsurların BKKKY ile belirlendiğini vurgulamak gerekir. Gerçekten de debit kartlara ilişkin asgari unsurlar m. 17/IV’te düzenlenmişken, kredi kartlarına ilişkin asgari unsurlar m. 17/V’te düzenleme altına alınmıştır. Yönetmelik’te belirlenen asgari koşullar, BKKKK m. 24’ün verdiği yetkiye dayanarak BDDK tarafından kaleme alınmıştır. Taraflar, anılan bu kıstaslar dışında ve bu kıstaslarla çelişmemek kaydıyla sözleşmelere kural getirebilir. (Bkz. Bahtiyar, **Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 78)

bahsetmiştik. İşte bu ilişki çerçevesinde kart kuruluşu, hamilin ödeme noktasında (POS) vermiş olduğu ödeme talimatı kapsamında üye işyerine ödemede bulunarak iş görme edimini yerine getirir ve bunun karşılığında hamilden kural olarak bir karşı edim (kart aidatı) elde eder. Bankamatikte gerçekleşen işlemlerde ise kart kuruluşunun iş görme ediminin karşılığını, bankamatiklerin güvenliğini sağlama ve bakımını gerçekleştirme oluşturur<sup>145</sup>.

Hamilin karşı edim olarak ödediği aidat tutarı, kartın kullanım sıklığına bağlı değildir. Kural olarak aynı kredi kartı sistemine veya türüne (Gold, platinum vs.) sahip olan bütün hamiller aynı ölçüde yıllık aidat öder. Buna karşılık pazarlama stratejisine göre aidat miktarı kartla gerçekleşen işlem tutarıyla (ciroyla) bağlantılı olarak belirlenebilir veya belirli bir ciroya ulaşıldıktan sonra bu aidatın alınmayacağı yönünde sözleşmeye kural getirilebilir<sup>146</sup>. Fakat bu son durum, kart sözleşmesinin aynı zamanda ivazlı bir sözleşme olduğu gerçeğini değiştirmez. Bilindiği üzere kart çıkaran kuruluşlar, tüketicilere yıllık aidat ve benzeri isim altında herhangi bir ücret tahsil etmedikleri bir kredi kartı türü sunmakla da yükümlüdür (TKHK m. 31/III). Aynı şekilde bu tür kartlardan aidat alınmaması da vekâlet sözleşmesinin ivazsız olduğu anlamına gelmez. Çünkü hamilin kartla gerçekleştirdiği her ödeme karşılığında kart kuruluşu kural olarak bir komisyon alacağı (disagio) elde eder. Her ne kadar bu ücretin temeli ifa ilişkisine dayansa ve komisyon tutarı üye işyeri tarafından ödense de sistem gereği kart kuruluşunun komisyon alacağını elde edebilmesi, hamilin kartı kullanmasına bağlıdır. Bu açıdan aidatsız kartlar

<sup>145</sup> Bkz. Gerwin Haybäck, **Risikohaftung bei missbräuchlichen Bankomatbehebungen, Ein österreichisch-deutscher Rechtsvergleich**, Neuer wissenschaftlicher Verlag, Wien- Graz, 2008, s. 52. Taraflar arasındaki hukuki ilişkide işgörme önemli bir unsur olarak yer alsın da, aslında hukuki ilişkinin karakteristik yapısını tüketim ödünçü, yani “kredi sözleşmesi” oluşturur (Bkz. Özlem Tüzüner, “Banka Kredi Kartı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Kart Hamili Bakımından Avantajlarının Sorgulanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 287). Esas itibarıyla bu tespit, kredi kartı sözleşmeleri bakımından belli başlı durumlarda, örneğin nakit avans çekme, dönem borcunu ödeyememe veya asgari tutarını ödeme gibi hallerde geçerlidir. Bu açıdan kredi kartlarında, hamile tanınan limitin fiilen kullanılan kısmı nakdi kredi, kullanılmayan kısmı ise gayri nakdi kredi teşkil eder (Bkz. Ahmet Battal, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, ss. 203, 205). Yine bu tespitin kredili mevduat hesabı aktif olan debit kart sözleşmeleri için de geçerli olduğu söylenebilir. Tüm bu tespitler dışında, kartlı sistemlerdeki havale ve cari hesap etkisini de gözden kaçırmamak gerekir. Bu sebeplerden ötürü öğretide kart sözleşmesinin, birden fazla sözleşmenin karakteristik özelliğini taşıyan özel (kendine özgü) bir sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilir (Bkz. Bahtiyar, **Uygulamadan Doğan Sorunlar**, ss. 74-75). Buna karşılık kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluğun belirlenmesinde, hukuki nitelik bakımından iş görme unsuru yani vekâlet ilişkisi ön plana çıkar. Bu nedenle çalışmamızda daha çok kart sözleşmelerinin vekâlet temeline dayanması hususu üzerinde durulmuştur.

<sup>146</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, *Bankrechts Handbuch* (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 3.



bakımından da hamil ile kart kuruluşu arasında ivazlı bir ilişkinin bulunduğu söylenebilir<sup>147</sup>.

Bundan başka, karşılık ilişkisinin “iş görme” temeline dayanması<sup>148</sup>, aslında hamil ile kart kuruluşu arasında vekâlet sözleşmesinin bulunduğu anlamına gelir<sup>149</sup>. Bu tespit hem kredi kartı sözleşmeleri hem de debit kart sözleşmeleri bakımından geçerlidir<sup>150</sup>. Yasalarımızda kart sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin özel bir kural bulunmamaktadır<sup>151</sup>. Bu nedenle iş görme temelli kart sözleşmelerine, asli veya tali mevzuatta kural bulunmayan hallerde, niteliğe uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümleri kıyasen uygulanabilir (TBK m. 502/II)<sup>152</sup>.

Taraflar arasında bağitlanan ve vekâlet karakteri taşıyan çerçeve mahiyetteki kart sözleşmesinin, BKKKK m. 24/I uyarınca yazılı olarak yapılması zorunludur. Aksi halde sözleşme geçersiz addedilir<sup>153</sup>. Sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte sürekli borç ilişkisi kurulacağından<sup>154</sup>, taraflar bu ilişkiyi belirli bir sürenin geçmesini bekleyerek veya sözleşmeden dönmek suretiyle değil, ancak fesih yoluyla

<sup>147</sup> Bu yönde bkz. Vogel, ss. 20, 261. Üye işyeri sözleşmesinde komisyon kararlaştırmak yerine taraflar takaslaşmanın, yani kart kuruluşunun üye işyerine yapacağı ödemenin otuz veya kırk gün sonra yapılması konusunda anlaşmış olabilir. Bu süre içinde kart kuruluşu işlem konusu miktarı işletip gelir elde edeceğinden, yine komisyon benzeri bir kazanç sağlamış olur.

<sup>148</sup> Bkz. Georg Bitter, “Kreditkarten: Risikoverteilung bei Mängeln des Valutaverhältnisses”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 1996, s. 105; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/3; Çeker, s. 68.

<sup>149</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 1002; Şener Akyol, **Banka Sözleşmeleri**, **Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan**, Afa Matbaacılık, İstanbul, 2001, s. 221; Tekinalp, s. 504, N. 39-71; Kaplan, s. 108.

<sup>150</sup> Bkz. Haybäck, s. 52.

<sup>151</sup> Alman hukukunda ise revizyon öncesi dönemde kart sözleşmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, bu tür sözleşmeler daha ziyade kendine özgü sözleşmeler (sui generis) olarak görülmüştü (Bkz. Stange, s. 55. Türk hukukunda benzer görüş için bkz. Hasan İşgüzar, **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003, ss. 67, 69; Akyol, s. 222).

<sup>152</sup> Bkz. Çeker, s. 69. Nitekim ileride ele alınacak olan ve hamilin özen yükümlüğünü düzenleyen kurallar, esasen vekâlet sözleşmesinin bir yansıması olarak görülür (Bkz. Şener, s. 520, dn. 90; Pavalenco, s. 103). Ayrıca Türk hukukunda Atamer, hamilin son ödeme tarihinde kredi kartı borcunu ödememesi durumunda, kart kuruluşunun kendisine kredi açmış sayılacağını ve vekâletle birlikte tüketim ödünçüne ilişkin kuralların da devreye girebileceğini belirtmiştir (Bkz. **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 1, s. 1002). Buna karşılık, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG, 28.11.2013/28835), vade farkı alınarak geri aydan daha uzun bir süre geri ödemesi ertelenen veya yine vade farkı alınarak geri ödemesi üç aydan uzun bir süreye yayılan (örneğin dört taksitte gerçekleşen) kredi kartı ödemelerini, borcun yerine getirilip getirilmemesinden bağımsız olarak tüketici kredi sözleşmesi olarak kabul etmiştir (m. 22/II). Şu halde, ancak TKHK’de belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde, kredi kartı sözleşmelerindeki uyumsuzluklara, vekâletle birlikte tüketici kredi sözleşmesine ilişkin kurallar da uygulanabilir (Bkz. Tüzemen Atik, TBBD 2014, S. 114, ss.107-108, 296). Tüketici Kredileri Sözleşmeleri Yönetmeliği (RG. 22.05.2015 / 29363) m. 2’de de bu husus özel olarak vurgulanmıştır.

<sup>153</sup> Bkz. Bahtiyar, **Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 75.

<sup>154</sup> Bkz. Pavalenco, s. 100.

sonlandırabilir<sup>155</sup>. Yine hukuki ilişkinin vekâlet temeline dayanması, taraflar arasında güvene dayalı sıkı bir ilişki kurulmasını zorunlu kılar. Bunun sonucunda, kartlı sistemlerde hamile ait verilerin yalnızca kartı çıkaran kuruluştaki hazır bulundurulması ve hiçbir şekilde lisans veren konumundaki kartlı sistem kuruluşlarıyla paylaşılmaması büyük önem arz eder. Yine kart kuruluşlarının, bütün kart hamillerinin kimliklerinin ve adreslerinin depolandığı “merkezi” bir veri havuzu da oluşturmaması gerekir<sup>156</sup>.

Alman hukukunda ise revizyonla birlikte taraflar arasındaki hukuki durum biri özel diğeri genel nitelikte olmak üzere iki kuralla bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Bu düzenlemelerin ilkinde, kart hamili ile kart kuruluşu arasında “Ödeme Hizmetleri Çerçeve Sözleşmesi”nin (Zahlungsdiensterahmenvertrag) bulunduğu ve bu sözleşme kapsamında ödeme hizmeti sağlayıcısının (kart kuruluşunun), ödeme hizmeti kullanıcısının (kart hamili / üye işyeri) münferit veya müteakip nitelikteki ödeme işlemlerini yerine getirmek ve ödeme hizmeti kullanıcısı / kullanıcıları adına ödeme hesabını idare etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir (BGB §675f/I). İkinci olarak, ödeme işlemlerine ilişkin kurallarla çelişmediği sürece, iş görme sözleşmesi (Geschäftsbesorgungsvertrag) bahsinde düzenlenmiş olan kuralların da somut uyuşmazlıklara uygulanacağı vurgulanmıştır (BGB §675c/I)<sup>157</sup>. İş görme sözleşmesine ilişkin kurallara göz atıldığında ise vekâlet hükümlerine atıf yapıldığı dikkatlerden kaçmamaktadır (BGB §675). Dolayısıyla vekâlet kuralları, bizim hukukumuzda olduğu gibi Alman hukukunda da kartlı ödeme sistemlerinde boşluk doldurma görevini üstlenir<sup>158</sup>. Ancak BGB’de doğrudan gönderme yapılmayıp atıf silsilesiyle vekâlet kurallarına ulaşılması, Alman hukukuna özgü bir nüanstır. Gerçekten de bizde vekil sözleşme veya teamül gereği ücrete hak kazanırken (TBK m. 502/III), Alman hukukunda vekâlet sözleşmesinin ücretsiz

<sup>155</sup> Bkz. Canaris, N. 1629; Hammann, s. 33; Vogel, s. 20.

<sup>156</sup> Bu yönde bkz. Jungmann, WM 2005, s. 1353.

<sup>157</sup> BGB §§675f- 675i’de düzenlenen ödeme hizmetleri sözleşmesinin, iş görme sözleşmesinin özel ve yeni bir türü olması konusunda bkz. Nobbe, WM 2011, ss. 961-962; Brox ve Wolke, s. 390, N. 56.

<sup>158</sup> Örneğin kart kuruluşunun masraf tazmin talebiyle ilgili olarak ödeme hizmetleri sözleşmesini düzenleyen hükümlerde (BGB §§675f vd.) herhangi bir kural bulunmadığından, kart kuruluşu vekâlete ilişkin kurala (BGB §670) dayanarak üye işyerine yapmış olduğu ödemeleri hamilden isteyebilir (Bkz. Einsele, ss. 328-329, N. 39; Taupitz, s. 65; Katja Langenbucher, **Die Risikozuordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr**, Verlag C. H. Beck, München, 2001, s. 246). Türk hukukunda da aynı şekilde BKKKK’da bu hususta herhangi bir özel düzenleme bulunmadığından, vekâlete ilişkin kural devreye sokulur (TBK m. 510/I).

olması asıldır<sup>159</sup>. Buna karşılık, madde atfı gereği iş görme sözleşmelerine (Geschäftsbesorgungsvertrag) de büyük oranda vekâlete ilişkin kurallar uygulandığından, yapılan ayırım teorik olmaktan öte bir anlam ifade etmez<sup>160</sup>.

Tarafların vekâlet sözleşmesi niteliğinde olan kart sözleşmelerinde, kötüye kullanım rizikosunun nasıl paylaştırılacağı konusunu özel olarak ele almaları mümkündür<sup>161</sup>. Tarafların sözleşmeyle riziko tahsisine gitmesi, sistem genelinde tüm ilişkiyi etkiler. Gerçekten de hamilin kart sözleşmesi kapsamında kendi kart kuruluşuna karşı ileri sürebileceği talepler, üye işyeri ile işyerinin anlaşmalı olduğu kart kuruluşunu da etkileyebilir. Daha açık bir anlatımla, karşılık ilişkisinde akdedilen sözleşmeler, diğer katılımcıların kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmelerin içeriğini -en azından kötüye kullanımlardan kaynaklanan sorumluluk bahsinde- dolaylı da olsa etki gösterebilir<sup>162</sup>.

## **b. Taraflar Arasındaki İlişkinin Vekâlet Temeline Dayanmasının Hukuki Sonuçları**

### **(1) Hamilin Vekâlet Sözleşmesi Kapsamında Kart Kuruluşuna Ödeme Talimatı Vermesi**

Kartlı sistemlerde üç köşeli ilişkideki teknik ve hukuki sürecin başlamasında, ödeme talimatının verilme anı oldukça önem taşır. Ödeme talimatını kısaca, üç köşeli ilişkide taraflar arasındaki hukuki ve iktisadi döngünün başlangıcını sağlayan bir girişim olarak tanımlamak mümkündür.

Hazırlar arasında gerçekleşen kartlı ödemelerde, manyetik, çipli ve temassız olmak üzere üç tür kullanım söz konusudur. Telefon veya internet üzerinden gerçekleşen Mail- Telefon Order (MO/TO) işlemlerinde<sup>163</sup> ise çoğu zaman üye işyerine yalnızca kart bilgileri<sup>164</sup> iletilir<sup>165</sup>. Tüm bu kullanım çeşitleri bakımından

<sup>159</sup> Bkz. Vogel, s. 21.

<sup>160</sup> Atamer, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 1, s. 1001, dn. 40.

<sup>161</sup> Ancak hamilin tüketici konumunda olduğu durumlarda bu belirlemenin, ileride etraflıca incelenecek olan ve nispi emredici nitelikte bulunan BKKKK m. 12/I kuralı dikkate alınarak yapılması gerekir.

<sup>162</sup> Bu yönde bkz. Grabe, s. 72.

<sup>163</sup> Bundan böyle kısaca "MO/TO işlemleri" olarak anılarak anılacaktır.

<sup>164</sup> Burada kart bilgilerinden kasıt, kart numarası, kartın son kullanma tarihi (Ay / Yıl) ve kartın

ödeme talimatından ne anlamak gerektiğini ayrı ayrı belirlemek yerinde olur.

Kart hamili ile kart kuruluşu arasındaki vekâlet ilişkisi çerçevesinde kart kuruluşu, hamilin ödeme talimatı üzerine üye işyerine işlem konusu miktarı ödemekle yükümlüdür. Çünkü TBK m. 505/I'de açıkça vekilin (kart kuruluşunun), vekâlet verenin (kart hamilinin) talimatına uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kartlı sistemlerde, hamilin kart kuruluşuna bir talimat verdiği ve bu talimatın “öde” emrine karşılık geldiği konusunda şüphe bulunmaz. Ancak hamilin bu talimatı nasıl ve ne zaman vermiş olduğu sorusu cevaplanmaya muhtaçtır. Bu hususta mevzuatımızda açık bir kural bulunmamaktadır. Alman hukukunda revizyondan önce bazı yazarlarca, çerçeve mahiyetteki vekâlet sözleşmesinin (kart sözleşmesinin) imzalanmasıyla birlikte hamil tarafından kart kuruluşuna, kartın “her türlü” kullanımı nedeniyle doğacak olan borcun ödenmesi konusunda genel bir talimat verildiği görüşü savunulmuştur<sup>166</sup>. Çoğunluğu teşkil eden yazarlara göre ise, hazırlar arası işlemlerde harcama belgesinin hamil tarafından imzalanmasıyla veya gizli kod kullanıldığında kodun POS terminaline girilmesiyle; mesafeli işlemlerde ise kart bilgilerinin paylaşılmasıyla ödeme talimatının verildiğini kabul etmek gerekir<sup>167</sup>. Bu durum esas itibarıyla hamil ile kart kuruluşu arasındaki sözleşmeye göre farklılık

---

arkasındaki imza hanesinde yer alan numaranın son üç rakamıdır (Güvenlik numarası- CVV2 / CVC2). Kart bilgilerinin bu şekilde elektronik ortamda paylaşılması, üye işyerinde belgeli olarak gerçekleşen işlemlere nazaran kuşkusuz kötüye kullanım rizikosunun artmasına neden olur (Bkz. K. Langenbucher, s. 245; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 94). Ülkemizde özellikle elektronik ticaret özelinde yoğun bir şekilde kredi kartları kullanılmaya devam etmektedir. Bunun yanı sıra “Gittigidiyor”, “n11”, “Trendyol” gibi büyük ölçekli sanal üye işyerlerinin, internette debit kartla ödeme kabul etmeye başladığını da belirtelim. Bir diğer deyişle, e-ticarette ödemeler artık kredi kartından başka debit kartla da gerçekleştirilebilmektedir.

<sup>165</sup> BKKKK m. 20'de MO/TO işlemlerinde kart kullanılmasına cevaz verilmiştir. “İmza Gerektirmeyen İşlemler” üst başlığı altında düzenlenen bu kural uyarınca, işlemin niteliği gereği harcama ve alacak belgesi düzenleme imkânı olmayan hallerde kartlar, hamil tarafından çeşitli iletişim araçları ile kart numarası bildirilmek veya imza yerine geçen kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici benzeri başka bir yöntemle işlem yapmak suretiyle de kullanılabilir.

<sup>166</sup> Bu görüşü savunanlar için bkz. Taupitz, s. 84.

<sup>167</sup> Bkz. Einsele, s. 329, N. 239; Georg Bitter, “Problemschwerpunkte des neuen Zahlungsdiensterechts- Teil II- Kreditkartenzahlungen und allgemeine Prinzipien”, **Wertpapier Mitteilungen** 2010, ss. 1774-1775; Vogel, ss. 20-21; Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 6; Pavalenco, s. 109; K. Langenbucher, s. 245; İlgüzar, s. 87; Bkz. Bitter, ZBB 1996, s. 106; Gößmann, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 80; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 55-56; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675f, N. 6; Neumann ve Bock, s. 128, N. 247; Nobbe, WM 2011, s. 967; Hammann, ss. 34, 161. Son yazar aynı yerde, kart kuruluşunun sözleşme kapsamında belirli işlemleri kart hamili adına yerine getirebilmesi ve üye işyerine ödemedede bulunabilmesi için tek başına iş görme sözleşmesinin varlığının yeterli olmadığını, bunun dışında hamilin anılan yükümlülükleri bir beyanla somutlaştırması gerektiğini belirtir. Bu ise -hazırlar arası işlemlerde- harcama belgesine atılacak bir imzayla (ya da PIN girmekle) mümkün olabilir.

gösterebileceğinden, kart kuruluşlarınca hazırlanan genel işlem koşullarına da dikkat kesilmek gerekir. Fakat özellikle genel talimat görüşünde ısrarcı olmak, vekâlet veren sıfatını haiz hamilin menfaatlerini önemli ölçüde zedeleyebilir. Çünkü hamilin en baştan ileride doğacak olan her türlü müstakbel alacak için genel talimat verdiği kabul edilirse, dolaylı olarak üçüncü kişinin kötüye kullanımını da hamilin üstlenmesi gerekir<sup>168</sup>. Diğer bir deyişle bu ihtimalde, çalınmış bir kartın kullanımı sebebiyle oluşan zararın de facto hamil tarafından karşılanması gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuç ortaya çıkar. Ancak belirtelim ki, kart kuruluşlarınca kaleme alınan genel işlem koşullarında genel talimat görüşü dışlanmakta ve çoğunluk görüşün belirttiği gibi, hazırlar arasında harcama belgesinin imzalanması veya PIN'in girilmesiyle, mesafeli işlemlerde ise kart bilgilerinin paylaşılmasıyla birlikte ödeme talimatının verildiği kabul edilmektedir. Kaldı ki böyle bir özel kabul söz konusu olmasa dahi kartın “olağan kullanımı” ile birlikte talimatın verilmiş olduğunu, dolayısıyla kötüye (olağan dışı) kullanımlar bakımından geçerli bir talimattan bahsedilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yine çerçeve sözleşmede, kartın her türlü kullanımı için genel bir talimatın verilmiş olduğu şeklinde bir kural bulunsa dahi, sözleşmenin bir başka bölümünde kartın üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılması meselesi yeniden ele alınmışsa, artık yalnızca olağan kullanımlara ilişkin (genel) bir yetkilendirmenin söz konusu olduğu anlaşılmalıdır. Aksi halde, hamilin genel bir talimat vermiş olduğu ve bu nedenle her tür kötüye kullanım bakımından sorumlu olduğunu belirten kayıtlar, içerik denetimi kapsamında geçersiz kabul edilir (BGB §307; TBK m. 25). Zira bu durumda kartın kötüye kullanılması rizikosunu, kusur şartı aranmadan “genel talimat” varsayımından hareketle hamile yüklenmekte ve dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde hamil bundan zarar görmektedir<sup>169</sup>.

Alman hukukunda son revizyonla birlikte bu konuyla ilgili açık bir kural getirilmiş ve tartışma sonlandırılmıştır. Kural uyarınca ödeme talimatı, “... *Ödeyenin (kart hamili), ödeme hizmeti sağlayıcısına (kart kuruluşuna) bir ödeme işlemini yerine getirmesi için ya doğrudan ödeme alıcısı (üye işyeri) ya da dolaylı olarak ödeme başlatma hizmet sağlayıcısı (Zahlungsaußendienstleister) üzerinden vermiş*

<sup>168</sup> Benzer yönde bkz. Gößmann in Langenbucher, Katja / Gößmann, Wolfgang / Werner, Stefan (Hrsg.). Zahlungsverkehr: Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen, München 2004, s. 138, N. 51.

<sup>169</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Taupitz, ss. 85-86.

*olduğu her bir talimattır.”* (BGB §675f/IV c. 2). Dikkat edilirse burada özellikle “her bir talimattır” vurgusu bilinçli olarak yapılmış ve ödeme hizmetleri çerçeve sözleşmesi ile genel nitelikte bir ödeme talimatı verilemeyeceğinin altı çizilmek istenmiştir<sup>170</sup>. Her ne kadar benzer açıklıkta bir düzenleme yer almasa da hukukumuzda da belirtmiş olduğumuz baskın görüş doğrultusunda ödeme talimatının verildiğini kabul etmek gerekir.

## **(2) Hamilin Kural Olarak Vermiş Olduğu Ödeme Talimatını Geri Alamaması**

### **(a) Alman Hukukunda**

Hukukumuzda kart hamilinin vermiş olduğu ödeme talimatının hukuki niteliğinin ne olduğu ve bu geri alma imkânının bulunup bulunmadığı konusunda açık bir kural bulunmamaktadır. Alman hukukunda, revizyon öncesi dönemde özellikle talimatın geri alınması meselesi tartışmalı olmakla beraber, kart kuruluşunun üye işyerine ödeme yapmasıyla birlikte artık kesin olarak talimatın geri alınamayacağı noktasında hemen aşağıda yapacağımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere bir uzlaşının hâkim olduğu söylenebilir.

Kartlı sistemlerde hamilin kural olarak vermiş olduğu talimatı geri alamaması, üye işyerinin bedel ilişkisinde nakit yerine kartlı ödemeyi kabul etmekle yükümlü olması esasına dayanır. Özellikle kartlı ödemelerin nakit benzeri bir ödeme niteliğinde olması, üye işyerine nakit ödemelerdeki güvencenin sağlanmasını zorunlu kılar. Bu noktada hamili, kart kuruluşuna vermiş olduğu talimatla bağlı kılmak

---

<sup>170</sup> ZDR II m. 4, b. 13'te ise ödeme talimatı, ödeyen veya ödeme alıcısı tarafından ödeme hizmeti sağlayıcısına işlemin gerçekleştirilmesi için verilen her bir talimat şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide bir görüşe göre, Alman kanun koyucusu bu kuralı BGB'ye farklı uyarlayarak ödeme talimatının yalnızca ödeyen tarafından verilebileceğini, buna karşılık ödeme alıcısının bu talimatın verilmesinde yalnızca aracılık yaptığını vurgulamak istemiştir. Zira kartlı ödemelerde olduğu gibi, ödeme alıcısı üzerinden gerçekleşen işlemlerde alıcı, ödeyenin ulaşı olarak hareket eder (M. Koch, ss. 25-26). Bu tespite POS kullanımları bakımından katılmak mümkün olsa da bankamatik kullanımları dikkate alındığında, ZDR'deki tutumun daha isabetli olduğu söylenebilir. Nitekim daha önce de bir vesileyle belirttiğimiz gibi, bankamatiklerde para çeken kart hamili, ödeme hizmeti kullanıcısı olarak hem ödeme talimatını veren hem de ödeme alıcısı olan kişi konumunda bulunabilir. Kısaca kartlı sistemde, bazı istisnai hallerde alıcının da pekâlâ ödeme hizmeti sağlayıcısına ödeme talimatı vermesi mümkündür (Bkz. ve karş. Yuk. II, A).

suretiyle üye işyerine böyle bir güvence verilebilir<sup>171</sup>. Bununla birlikte, üye işyerine ödeme yapılmadan önce talimatın geri alınıp alınamayacağı noktasında aşağıda da açıklanacağı üzere farklı görüşler bulunur.

Bu konuda bir yargıya varabilmek için şüphesiz ilk önce ödeme talimatının hukuki niteliğini belirlemek gerekir. Alman öğretisinde bir kısım yazarlarca ödeme talimatı, iş görme sözleşmesine dayanan bir talimat olarak yorumlanırken (Weisungstheorie / talimat teorisi), diğer bir kısım yazarlarca gerçek havale olarak yorumlanır (Anweisungstheorie / havale teorisi)<sup>172</sup>. Talimat teorisini savunanlar, ödeme talimatının verilmesiyle birlikte üye işyerinin kart kuruluşundan olan alacağının doğduğunu ve hamilin vermiş olduğu talimatın geri dönülemez bir biçimde icrasının gerektiği tezinden yola çıkar. Teoriye göre kart kuruluşu, talimatla birlikte artık yalnızca hamile karşı sorumlu olduğu edimi değil, aynı zamanda üye işyerine karşı sorumlu olduğu edimi (harcama belgesinde somutlaşan alacağı ödeme) de yerine getirmek durumundadır. Bu nedenle, harcama belgesinin düzenlenmesi ve gereken hallerde imzalanmasından (veya PIN'in girilmesinden) sonra, hamilin ödeme talimatından dönememesi gerekir (BGB §§675, 665)<sup>173</sup>.

Havale teorisini savunanlara göre ise BGB'deki havalenin geri alınmasına

<sup>171</sup> Bkz. Etzkorn, WM 1991, s. 1906; Gößmann, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 80.

<sup>172</sup> Bkz. Martinek, s. 77; Linardatos, s. 109; Pavalenco, s. 107.

<sup>173</sup> Bkz. Bitter, ZBB 1996, s. 107; Michael Heese, "Risikozeuweisung beim Kartenzahlungsverkehr in Europa und den USA", **Archiv für die civilistische Praxis** 2010, Cilt: 210, s. 267; Stephan Meder, "Kreditkartengeschäfte und Anweisungswiderruf gegenüber dem Kartenherausgeber", **Neue juristische Wochenschrift** 1994, s. 2598; Martinek, ss. 78-79; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 33; Pavalenco, s. 114; Weber, ss. 288-289; Einsele, s. 329; Hammann, s. 34; Gößmann, WM 1998, s. 1267. Otorizasyonun POS terminalinde online veya offline olarak gerçekleşmiş olması bu sonucu değiştirmez (Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, ss. 154-158).

Yeri gelmişken, POS kullanımında kartların online veya offline otorizasyona tabi olabileceğini belirtelim. Online otorizasyonda tüm denetimler (kimlik, blokaj ve limit denetimleri) doğrudan kart merkezine ait bilgisayara bağlanarak gerçekleşirken, offline otorizasyonda POS aracılığıyla yalnızca kimlik ve blokaj denetimi gerçekleşir (Bkz. Şener, ss. 18-21). Otorizasyonun online veya offline gerçekleşmesinde hamilin herhangi bir etkisi olmaz. Kart kuruluşunca, alışveriş tutarına veya yapılan toplam harcama miktarına göre önceden bir kural belirlenerek çipe (karta) yüklenir ve otorizasyonun şekli bu kurala göre sistem tarafından otomatik olarak belirlenir (Bkz. Manfred Lochter ve Werner Schindler, "Missbrauch von PIN-gestützten Transaktionen mit ec- und Kreditkarten aus Gutachtersicht", **MultiMedia und Recht** 2006, s. 294). Çipe yüklenen kuralın belirlenmesinde, üye işyeri sözleşmesiyle tespit edilen işlem limiti referans olarak alınır. İşlem konusu tutar, belirlenen işlem limitini aşmadığı sürece, otorizasyon offline olarak gerçekleşir. Bu durumda banka tarafından POS'a yüklenen BUL listesinden, kartın bloke edilmiş olup olmadığı otomatik olarak denetlenir (Bkz. Şener, ss. 44-45). İşlemden gizli kod kullanılırsa, POS tarafından ayrıca hamilin girdiği PIN bilgisi ile kartta bulunan algoritmik değer karşılaştırılarak kimlik denetimi yapılır. Sonuç olarak offline otorizasyonda denetimler, kart ile POS terminali arasında gerçekleşir ve online otorizasyonda olduğu gibi kart kuruluşunun merkezi bilgisayarına bağlanmak gerekmez.

ilişkin kuralı kartlı sistemlere de uygulamak gerekir. Buna göre havale ödeyicisi, havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirmediği veya havalenin gereğini yerine getirmedeği sürece, havale eden vermiş olduğu talimatı geri alamaz (BGB §790 c. 1). Havale eden, havaleyi geri almakla havale alıcısına karşı mevcut bir yükümlülüğü ihlal etmiş olsa bile aynı kural geçerlidir (BGB §790 c. 2)<sup>174</sup>. Özellikle birinci cümleden hareketle bu teoriyi savunanlar hamilin, kart kuruluşu üye işyerine ödeme yapana kadar vermiş olduğu ödeme talimatını geri alabileceğini kabul eder<sup>175</sup>. Görüş kapsamında hamil, şekle bağlı olmayan, tek taraflı ve karşı tarafa varması gereken bir irade açıklamasıyla havaleyi (ödeme talimatını) geri alabilir<sup>176</sup>.

Görüldüğü gibi revizyon öncesi Alman hukukunda durum tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş tarafından hamilinin vermiş olduğu talimat, BGB §790 anlamında bir havale talimatı olarak değil, BGB §665 anlamında iş görme sözleşmesinden kaynaklanan bir talimat olarak kabul görmüştür. Nihai olarak bu dönemde, kart kuruluşu ile hamil arasındaki hukuki ilişkiden yola çıkılmış ve Federal Mahkemenin kartlı ödemeleri nakit benzeri bir ödeme şeklinde görmesi dikkate alınarak hamilin talimatını hiçbir şekilde geri alamayacağı kabul edilmiştir<sup>177</sup>.

Buna karşılık revizyonla birlikte Alman hukukunda, ödeme talimatının verilmesi bahsi gibi, talimatın geri alınması bahsi de açıklığa kavuşturulmuştur. Gerçekten de BGB §675p/I uyarınca ödeme hizmeti kullanıcısı vermiş olduğu ödeme talimatını, talimat ödeme hizmeti sağlayıcısına ulaştıktan sonra geri alamaz<sup>178</sup>. BGB §675p/II c. 2 ise konumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir; çünkü burada kartlı sistemde olduğu gibi talimatın ödeme alıcısı (üye işyeri) veya onun kart kuruluşu

<sup>174</sup> Alman hukukunda, havale edenin temel ilişkide havaleyi yerine getirmekle yükümlü olduğu hallerde -örneğin kredi mektubu vermede veya akreditif işleminde- bile havale talimatını geri alabilmesi mümkündür. Hukukumuzda yer almayan bu kural, havale edenin talimatını geri alma yetkisinin olup olmadığı konusunda inceleme yapma zorunluluğunu kaldırması bakımından havale ödeyicisinin de menfaatinedir. Ancak kuralın yalnızca havale ödeyicisinin havaleyi henüz kabul etmemiş veya talimatın gereğini yerine getirmemiş olduğu hallerde uygulanacağını altını tekrardan çizelim [Bkz. Sprau, Palandt BGB, §790, N. 6; Hanns Prütting, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich, **BGB Kommentar**, 11. Bası, Luchterhand Verlag, München, 2016, §790, N. 1].

<sup>175</sup> Bkz. Einsele, s. 330; Martinek, s. 78; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 33; Horst Ahlers, "Kartengesteuerter Zahlungsverkehr und außergerichtliche Streitschlichtung" - Bericht zum Bankrechtstag am 26. Juni 1998 in Dresden-**Wertpapier Mitteilungen** 1998, s. 1562; Bitter, ZBB 1996, s. 106; Meder, NJW 1994, ss. 2597-2598.

<sup>176</sup> Bkz. Schnauder, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding), §790, N. 6.

<sup>177</sup> Bkz. Prütting, Wegen ve Weinreich, §790, N. 2; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 134, N. 45; Pavalenco, s. 110.

<sup>178</sup> Ayrıca bkz. Brox ve Wolke, s. 391, N. 59.



üzerinden verilmesi durumu özel olarak ele alınmıştır. Buna göre kart hamili, ödeme talimatını veya ödeme işlemine onay verdiğini üye işyerine (kendi kart kuruluşuna değil!) ilettikten sonra artık vermiş olduğu talimatı geri alamayacaktır<sup>179</sup>. Dikkat edilirse birinci fıkrada ödeme hizmeti sağlayıcısı muhatap alınmışken, kartlı sistemleri düzenleyen ikinci fıkrada alıcı, yani üye işyeri muhatap alınmıştır. Çünkü kuralda da vurgulandığı gibi, hazırlar arası kartlı ödemelerde hamil, yalnızca “üye işyeri aracılığıyla”<sup>180</sup> harcama belgesine imza atmak veya POS terminaline PIN girmek suretiyle ödeme talimatını verebilir.

### **(b) Türk Hukukunda**

Hukukumuzda bu hususta özel bir düzenleme yer almadığından, kartlı ödeme sistemlerinin havale temeline dayanması dikkate alınarak bir çıkış yolu aranabilir. TBK m. 559’da, BGB’den farklı olarak havale edenin, havale alıcısına ve havale ödeyicisine karşı havaleyi geri alması iki ayrı fıkrada düzenlenmiştir. İlk olarak TBK m. 559/I’de birinci ihtimal, yani havale edenin, havale alıcısına karşı havaleyi geri almasına ilişkin durum ele alınmıştır. Buna göre havale eden, havale alıcısına verdiği yetkiyi (tahsil yetkisini) her zaman geri alabilir; ancak havale alıcısının yararına, özellikle onun alacağını elde etmesi amacıyla verdiği yetkiyi geri alamaz. Kartlı ödemelerde de alıcı (üye işyeri) yararına bir işlem, daha açık bir ifadeyle alıcının

<sup>179</sup> Bkz. Schnauder, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding), §790, N. 2; Einsele, s. 297; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 92; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675p, N. 19; Pavalenco, s. 112; Nobbe, WM 2011, s. 967. Bununla birlikte bu kurala önemli bir istisna getirilmiştir. Şöyle ki, tarafların ödeme işleminin belirli bir zaman sonra gerçekleşmesi konusunda anlaşması durumunda, hamilin kararlaştırılan günden önceki iş günü mesai saati sonuna kadar vermiş olduğu talimatı geri alması mümkündür (BGB §675p/III). Ödemenin belirli bir süre sonra gerçekleşmesi denildiğinde genellikle ilk olarak akla “periyodik borçlanmalar” (wiederkehrende Belastungen) ve “beyaza borçlanmalar” (blanko Belastungen) gelir. Periyodik borçlanmalara örnek olarak, sürekli borç ilişkisi çerçevesinde, aidat bedeli veya sigorta primi gibi belli periyotlarda (aylık, üç aylık veya yıllık) muaccel hale gelen borçlar verilebilir. Beyaza borçlanmalar ise kartlı sistemlerde genellikle otomobil kiralama sektöründe uygulanan ve belli bir tutar belirtilmemiş olan harcama belgesinin kiralayan (hamil) tarafından imzalanması şeklinde karşımıza çıkar. Ayrıca yukarıdaki her iki olasılığın kombinasyonundan oluşan ve ön otorizasyon (Vorabautorisierung) olarak bilinen durum da gündeme gelebilir. Bu son ihtimalde hamil, kredi kartı bilgilerini önceden üye işyeriyle paylaşır ve daha sonraki bir zamanda hak edeceği alacaklar konusunda kendisine tahsil yetkisi verir. Belirtilen her üç durumda kart hamili, henüz işlem tamamlanmadan, yani otorize edilmeden önce vermiş olduğu talimatı geri alabilir [Bu hususlarda bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675p, N. 2-4].

<sup>180</sup> Talimatın verilmesi bakımından üye işyerlerinin hem hazırlar arası işlemlerde hem de MO/TO işlemlerinde “ulak” görevi görmesi konusunda bkz. Hadding, DRiZ 2006, s. 356; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675p, N. 19.

alacağını elde etmesi söz konusu olduğundan, hamilin üye işyerine verdiği talimatı geri alamaması gerekir<sup>181</sup>.

İkinci olarak TBK m. 559/II'de havale edenin, havale ödeyicisine karşı havaleyi geri alması düzenlenmiştir. Kural uyarınca havale ödeyicisi, havale alıcısına havaleyi kabul ettiğini bildirmediği sürece, havale eden havale ödeyicisine vermiş olduğu yetkiyi (ödeme yetkisini) geri alabilir<sup>182</sup>. Görüldüğü gibi kuralda havalenin geri alınması, havale ödeyicisinin kabulüyle sınırlanmıştır. Kartlı sistemde kabul otorizasyon ile sağlandığından, otorizasyonla birlikte hamilin kart kuruluşuna vermiş olduğu talimatı geri alamaması gerekir<sup>183</sup>.

Havale kuralları gereği havale edenin (hamilin) vermiş olduğu ödeme talimatını geri alamaması, kartlı sistemlerde kabul gören nakit benzeri ödeme paradigmasıyla da örtüşür<sup>184</sup>. Bu paradigmaya göre, kredi kartı işlemlerinin mantığı ve amacı, hamile gayrinakdî ödemede bulunma noktasında bir imkân sağlamak ve üye işyerini sanki nakit elde etmiş gibi bir statüye kavuşturmadır. Teorinin temel çıkış noktasını, nakdi satışlarda edimlerin karşılıklı olarak ve aynı anda yerine getirilmesi oluşturur. Hazırlar arasında gerçekleşen kartlı ödemelerde de benzer şekilde malın veya hizmetin teslimi karşılığında hamilden (imzalı) harcama belgesi alınır. Ancak nakdi ödemelerden farklı olarak kartlı ödemeyi kabul eden üye işyeri hamilden para almamakta, daha sonra işlem konusu meblağı kart kuruluşundan tahsil etmektedir. Bunun yanı sıra üye işyeri kartlı ödeme teklifini kabul etmekle, karşı edim borcu olan şeyin gönderimi (veya teslimi) anında ödemezlik definde bulunma hakkından vazgeçmiş olur<sup>185</sup>. İşyerinin bu fedakârlığı yalnızca kendisine nakdi ödemelerdeki güvence verilmek suretiyle dengelenebilir<sup>186</sup>.

<sup>181</sup> Bkz. Şener, s. 149. Havalenin ifa uğruna yapılması bakımından aynı yönde bkz. Türk, ss. 148-149

<sup>182</sup> Bkz. Türk, s. 150.

<sup>183</sup> Dikkat edilirse bu kural, BGB §790 c. 1 ile oldukça benzerdir. Tek farklılık BGB §790 c. 1'de ayrıca, havale ödeyicisinin havalenin gereğini yerine getirmemesi durumunda, havale edenin havaleyi geri alabileceğinin özel olarak vurgulanmış olmasıdır. Havale teorisini savunan yazarlar bu vurgudan hareketle, kart kuruluşu üye işyerine ödeme yapmadığı sürece, hamilin ödeme talimatını geri alabileceğini kabul eder. TBK m. 559/II'de bu yönde özel bir vurgu yapılmadığından, bizim hukukumuzda üye işyerine henüz ödeme yapılmamış olsa da, otorizasyonla birlikte artık hamilin ödeme talimatını geri alamayacağı kabul edilmelidir (Aynı yönde bkz. Teoman, s. 173).

<sup>184</sup> Bkz. Çeker, s. 27; Heese, AcP 2010, Cilt: 210, s. 267.

<sup>185</sup> Bu hususlarda bkz. Grabe, ss. 161-162.

<sup>186</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 65. Alman hukukunda Federal Mahkemenin meşhur 16.04.2002 tarihli kararından sonra, kredi kartları bakımından nakit benzeri ödeme paradigmasının geçerliliği kesin olarak tescillenmiştir [Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), ss. 115-116, N. 4].

MO/TO işlemleri bakımından da aynı çıkarımlarda bulunmak mümkündür<sup>187</sup>. Şu halde bu tür işlemlerde de hamil, kart bilgilerini sanal üye işyerine iletip kart kuruluşuna ödeme talimatını verdikten sonra artık bunu geri alamaz. Gerçi hazırlar arası işlemlerden farklı olarak, hamilin kart bilgilerini paylaştıktan sonra üye işyerinin yükümlü olduğu karşı edimi henüz yerine getirmemiş olması, yani ödemesi yapılmış olan siparişin henüz hamilin eline geçmemesi, ulaşılmış olduğumuz bu sonucu şüpheli hale getirir. Fakat bu noktada, mesafeli işlemlerde tüketici konumunda bulunan hamilin hiçbir gerekçe sunmadan cayma hakkını kullanabileceği ve kolaylıkla sözleşmeden dönebileceği unutulmamalıdır<sup>188</sup>. Cayma hakkının kullanılmasıyla birlikte kart kuruluşu, işlem konusu miktarı hamilin hesabına iade etmek durumunda kalır<sup>189</sup>.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamaları asıl konumuza bağlamak gerekirse; kartın kötüye kullanıldığını tespit eden hamilin gerek hazırlar arası gerekse de MO/TO işlemlerinde verilmiş olan ödeme talimatını geri alarak sorumluluktan kurtulamayacağı söylenebilir. Çünkü bir kere havale kurallarına göre talimatın geri alınabilmesi için öncelikle verilen ödeme talimatının “gerçek talimat” niteliğinde

<sup>187</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675p, N. 2; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675p, N. 7; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675p, N. 21; Nobbe, WM 2011, s. 967.

<sup>188</sup> 6502 sayılı TKHK m. 48/IV uyarınca, mesafeli sözleşmelerde tüketiciler, herhangi bir gerekçe göstermeden 14 gün içinde sözleşmeden cayabilir. Alman hukukunda da benzer bir düzenleme mevcuttur (Bkz. BGB §§312g; 355/II).

<sup>189</sup> Bkz. Einsele, ss. 340-341. Buna karşılık Alman hukukunda Bitter, talimatın geri alınması bahsinde hazırlar arasındaki işlemlerle MO/TO işlemleri arasında yasada bir ayırım yapılmamış olmasını eksiklik olarak görür. Yazara göre hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde, hamilin üye işyerine ödeme talimatı verdikten sonra bu talimatı geri alamaması taraf menfaatlerine uygundur. Çünkü burada talimatın verilmesi, hamilin harcama belgesini imzalaması veya PIN’i girmesi -yani kimlik tespitinin yapılması- ile gerçekleşir ve bu sayede kart kuruluşunun üye işyerine yapacağı ödeme garanti altına alınmış olur. Buna karşılık MO/TO işlemlerinde esas itibarıyla kimlik tespiti gerekmediğinden, siparişi verenin gerçekten hamil olup olmadığı ya da üye işyerinin siparişi gönderip göndermeyeceği bilinemez. Bu bakımdan kart kuruluşunun, tıpkı hesaba borç kaydı (Lastschrift) işlemlerinde olduğu gibi -üye işyerine- ödeme garantisi vermediği kabul edilmeli; talimatın geri alınması ve yapılan ödemelerin iadesi konusunda, yasada bu ödeme yöntemine özgü getirilmiş olan esnek kurallar (BGB §§675p/II c. 2; 675x/II) dikkate alınmalıydı (WM 2010, ss. 1775-1777, 1782). Yazarın da ifade ettiği gibi, Alman uygulamasında kısaca POZ (Point of Sale ohne Zahlungsgarantie) olarak bilinen -ve garanti borcu içermeyen- hesaba borç kaydı işlemlerinde, herhangi bir gizli kod kullanılmaz. Bu tür işlemlerde kart hamili, üye işyerine fatura miktarı kadar tutarı hesabından çekmesi için yazılı bir yetki verir; diğer taraftan kart kuruluşu, üye işyerine herhangi bir ödeme garantisinde bulunmaz [Bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed.Langensbucher/Gößmann/Werner), s. 263, N. 32]. Bununla birlikte günümüzde, bilhassa e-ticaret uygulamalarında, tek kullanımlık şifreler (TAN) aracılığıyla sipariş verme yöntemi gitgide yaygınlaşmaktadır. Hatta Alman hukukunda son revizyonla tek kullanımlık şifre kullanımı bir bakıma zorunlu hale gelmiştir. Tüm bunlar bir tarafa, hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi MO/TO işlemlerinde de kredi kartının nakit benzeri ödeme fonksiyonu gösterdiği tartışmasızdır. Dolayısıyla kanımızca bu tür işlemlerde, kart kuruluşunun üye işyerine olan ödeme taahhüdünü devre dışı bırakmayı gerektirecek esash bir neden bulunmamaktadır.

olması, diğer bir deyişle “yetkili hamil” tarafından verilmiş olması gerekir. Üçüncü kişilerce gerçekleşen kötüye kullanımlarda, hamilin gerçek bir talimatından bahsetmek mümkün olmadığından, daha doğrusu ortada bir talimat bile bulunmadığından, bunu geri almak da mümkün olamamalıdır<sup>190</sup>. Bu gibi hallerde hamilin, ilk etapta kendisi tarafından verilmemiş olsa da söz konusu talimatla bağlı olduğunu; ancak bu bağımlılığı harcama itirazında bulunarak ve / veya kart kuruluşu aleyhine genel hükümler kapsamında dava açarak ortadan kaldıracılabileceğini belirtelim.

Sonuç olarak ödeme talimatının geri alınması bahsinde TBK m. 559 kuralı doğrudan kartlı sistemlere uygulanabilir niteliktedir. Buna göre kart hamili, üye işyeri üzerinden ödeme talimatını verdikten sonra, artık bu talimatı geri alamaz. Hatta üye işyerine talimat verilmiş olup da kart kuruluşunca talimatın gereği henüz yerine getirilmemiş olsa bile talimatı geri almak mümkün olmaz. Aynı sonucu ortada gerçek bir talimatın söz konusu olmadığı kartın kötüye kullanılması durumlarında da kabul etmek gerekir. Bu hususta son olarak özellikle Alman hukukuna uyarlanan yeni düzenlemelerde artık havale teorisinden ziyade talimat teorisinin dikkate alındığını<sup>191</sup> ve bu eğilimin Türk hukukundaki havale kurallarıyla da örtüştüğünü tekrardan vurgulayalım.

### **c. Bedel İlişkisinden Kaynaklanan Eksikliklerin Karşılık İlişkisinde İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi**

Kart kuruluşları, masraf tazmin taleplerini güvence altına alabilmek için kart sözleşmelerine, hamilin bedel ilişkisinden kaynaklanan eksiklikleri kendisine yöneltmesini engelleyen birtakım kayıtlar getirebilir<sup>192</sup>. İlk bakışta bu tür kayıtların getiriliyor olması, karşılık ilişkisinde hamilin, prensip olarak kart kuruluşuna karşı bedel ilişkisinden kaynaklanan defî ve itirazları ileri sürememesi nedeniyle lüzumsuz görülebilir<sup>193</sup>. Buna karşılık bedel ilişkisi temelli defî ve itirazların, TBK m. 510/I

<sup>190</sup> Bu yönde bkz. Einsele, ss. 330-331; Hammann, ss. 160-161.

<sup>191</sup> Nitekim bir dönem Alman öğretisinde havale teorisini savunanlar, revizyonla birlikte havaleye ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasının daha dar kapsamda gerçekleşeceğini; özellikle talimatın geri alınması bahsinde o güne kadarki kabullerinin aksi yönde bir değişime uğradığını kabul etmek durumunda kalmıştır [Bkz. Schnauder, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding), §790, N. 2].

<sup>192</sup> Bkz. Teoman, ss. 42, 192-194; Eckert, WM 1987, s. 165.

<sup>193</sup> Bu yönde bkz. Canaris, N. 1632; Walther Hadding, “Zahlung mittels Universalkreditkarte”,

(BGB §670) kuralından hareketle karşılık ilişkisine etki edebileceği de düşünülebilir. Gerçekten de TBK m. 510/I'de vekâlet veren (hamil), “vekâletin gereği gibi ifası” için vekilin (kart kuruluşunun) yapmış olduğu masrafları ödemekle mükellef tutulmuştur. Düzenlemenin aksi kanıtından, bedel ilişkisinden kaynaklı defi veya itiraza konu olan bir alacağı, “gerek olmamasına” rağmen -üye işyerine- ödeyen kart kuruluşunun masraf tazmin talebinin düşeceği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Hamilin ödeme talimatı vermesinden sonra artık bu talimatı geri alamayacağı gerçeği göz önünde tutulursa bu dolaylı etki daha da anlamlı hale gelir.

Bu sonucun kabul edilebilmesi için hiç kuşkusuz hamilin söz konusu defi ve itirazları kart kuruluşuna bildirmesi gerekir<sup>194</sup>. Ancak hamilin bedel ilişkisi kökenli itiraz ve defileri kart kuruluşuna bildirmesi, henüz harcama belgesinin karşılığını işyerine ödememiş olan kart kuruluşunun bu ödemeyi yapmasını prensip olarak engellemez. Zira bedel ilişkisindeki itiraz ve defilerin ileri sürülmesi tek başına, kart kuruluşunun üye işyerine yapması gereken ödemeyi TBK m. 510 anlamında vekâletin gereği gibi icrası için yapılan bir masraf olmaktan çıkarmaz. Aksi kabul, hamilin her türlü defi veya itirazı üzerine kart kuruluşunun ödeme yapmaktan kaçınması sonucunu doğurur ki bu durum üye işyerinin mağduriyetine yol açabileceği gibi, hamili de yerli yersiz sürekli itirazda bulunma yoluna sevk edebilir<sup>195</sup>. Bu nedenle TBK m. 510 kuralını kartlı sistemlerde ancak bedel ilişkisindeki aykırılığın açık olarak bilindiği hallerde ya da öğretinin deyimiyle likit

---

**Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag** (Hrsg. Paul Hofmann), Köln 1986, s. 25, 33; Martinek, ss. 75-76; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 93; Çeker, s. 29. Alman hukukunda birçok yazar, üçlü sisteme ilişkin ilkeler açısından, bedel ilişkisindeki itirazların karşılık ilişkisinde kart kuruluşuna karşı doğrudan ileri sürülmesinin (Einwendungsdurchgriff) mümkün olmadığına dikkat çeker. Zira kartlı sistemde ödünç verenlerce (kart kuruluşu ile üye işyeri) borcun ifası için belirli bir mühlet tanınmış olması, ödünç alan tarafta (kart hamilinde) ödünç verenlerin ekonomik bir bütünlük içinde hareket ettiği algısını uyandırmaz. Diğer bir kısım yazarlar ise kart sözleşmelerinin, üç taraflı sistemde bedel ilişkisi ve karşılık ilişkisi arasında soyut bir alan oluşturduğu fikrinden hareketle aynı sonuca ulaşır (Bu hususlarda genel olarak bkz. Taupitz, s. 72, dn. 285). Buna karşılık Amerikan hukukunda tam tersi bir uygulama söz konusudur. Gerçekten de Federal Kanunların toplu olarak derlendiği 04.01.2012 tarihli “Amerika Birleşik Devletleri Kodu” (U.S.C ) 15. Bölüm §1666i'de, kart hamilinin üye işyeriyle olan ilişkisinde sahip olduğu tüm hakları kural olarak doğrudan kart kuruluşuna karşı ileri sürebileceği belirtilmiştir. Amerikan hukukunda, kredi kartı işlemlerinde temel ilişkideki itiraz ve defilerin doğrudan kart kuruluşuna karşı ileri sürülebilmesine ilişkin bu hak özellikle tüketiciler açısından ayrı bir önem taşır. Çünkü hakkın uygulanabilmesi, işlemin tüketici kredisi niteliğinde olması şartına bağlanmıştır. Bu nedenle, örneğin debit kartlarda ek hesap kullanılmadığı sürece yapılan işlemler tüketici kredisi olarak görülmeyeceğinden, debit kart hamilleri bu imkândan yararlanamaz (Bkz. Grabe, ss. 82-83).

<sup>194</sup> Bkz. Taupitz, ss. 72-73

<sup>195</sup> Hatta Akyol'un tabiriyle, kart sisteminin çökmesine neden olabilir (s. 239).

olarak ispatlanabilir hallerde uygulamak gerekir<sup>196</sup>. Ayrıca burada kartlı sistemin karakteristik yapısının bir yansıması olarak, kart kuruluşunun hamil ile üye işyeri arasındaki tarafsız konumuna da dikkat çekmek gerekir. Gerçekten de kart kuruluşu hem üye işyeriyle hem de hamille olan sözleşmesel ilişkide, her ikisine karşı aynı şekilde dürüst davranmakla yükümlü olduğundan, üye işyeri ile hamil arasında çıkan bir uyuşmazlığa prensip olarak müdahil olmak durumunda değildir.

Tüm bu nedenlerden ötürü hamilin bedel ilişkisindeki eksiklikleri karşılık ilişkisinde ileri sürmemesine engel teşkil eden kayıtların, hamilin menfaatlerini uygun olmayan bir biçimde zedelediği söylenemez<sup>197</sup>. Kural bu olmakla birlikte, belirttiğimiz gibi hamilin ileri sürdüğü eksiklik önemli ve likit olarak ispatlanabilir nitelikteyse, bu tür mutata kayıtlar geçersiz kabul edilir ve -TBK m. 510 kuralını tutamak noktası olarak alan- hamil, bedel ilişkisindeki eksiklikleri karşılık ilişkisine yansıtılabilir<sup>198</sup>.

<sup>196</sup> Likit olarak ispatlanabilirlikten kasıt, bedel ilişkisindeki aykırılığın kolaylıkla ispatlanabilmesi veya hal ve şartlardan bunun hemen anlaşılabilmesidir. Öğretide, yetkili hamilin herhangi bir müdahalesi (ihmal) olmadan gerçekleşen saf kötüye kullanımlar [reiner Karten(daten)missbrauch], likit olarak ispatlanabilir hallerden sayılır. Bunun tipik örneği, kartın henüz hamilin hâkimiyet sahasına girmeden gönderim sürecinde kaybolması ve üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasıdır (Bu hususlarda bkz. Pavallenco, ss. 165, 228-229). Bir başka yazara göre de hamilin herhangi bir katkısı olmadan gerçekleşen otorizasyonsuz ödemelerde (reine Drittmisbrauchfälle) diğer tüm ihtimallerden farklı olarak hamilin sorumluluğu sona ermelidir. Ayrıca aynı yazar, bu gibi hallerde hamile kusursuz sorumluluk yüklemenin de hiç adil olmadığını ifade etmektedir (Bkz. Linardatos, s. 194, özellikle dn. 753). Türk hukukunda ise Akyol bu konuyu açıklığa kavuşturmaya çalışmıştır. Yazara göre kart kuruluşu, hamilin hemen ve kolaylıkla ispat edebileceği defilerini ve satıcının aşırı derecede yararlandığı açıkça belli olan hallerde defileri dikkate almak zorundadır (s. 241). Yine Kaplan da kötüye kullanımın, hamilin imzasının üye işyeri elemanlarınca taklit edilerek gerçekleşmesi durumunda, hamilin doğrudan kart kuruluşuna itirazda bulunabileceğini ve buna aykırı kayıtların geçersiz addedilmesi gerektiğini belirtmiştir (s. 109).

<sup>197</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, s. 75.

<sup>198</sup> Bkz. Taupitz, s. 79; Grabe, s. 155; Martinek, s. 76; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 37; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675p, N. 23; Ahlers, WM 1998, s. 1562.

### 3. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki Hukuki İlişki (İfa İlişkisi)

#### a. Üye İşyeri Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

##### (1) Üye İşyeri Sözleşmesinin Soyut Borç Vaadi Temeline Dayanması

Üye işyeri sözleşmelerinin hukuki niteliğini belirlerken meseleyi kart kuruluşunun işyerine olan taahhüdü ve üye işyerinin hamile olan taahhüdü bakımından ayrı ayrı ele almak icap eder. Üye işyerinin hamile olan taahhüdü, yani kartla ödeme talebini kabul etme bakımından tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini haiz olduğu açıktır<sup>199</sup>. Buna karşılık kart kuruluşunun işyerine olan taahhüdünün niteliği, üye işyeri sözleşmelerinde bu kapsamda bir nitelik belirlemesine gidilmediğinden öğretide uzun yıllar tartışılmış ve bu konuda birbirinden farklı görüşler ortaya atılmıştır<sup>200</sup>.

Öğretide ilk olarak üye işyeri sözleşmesinin “alacak satımı” niteliğinde bir sözleşme olduğu görüşü savunulmuştur (TBK m. 207; BGB §433)<sup>201</sup>. Buna göre kart kuruluşu, üye işyerinin kart hamilinden olan alacağını satın almaktadır. Üye işyeri, hamilden olan alacağını kart kuruluşuna temlik etmekle satış sözleşmesinde üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olur (TBK m. 183; BGB §398). Kart kuruluşu da bunun karşılığında üye işyerine bir miktar komisyon öder (ivazlı temlik). Buna karşılık kart kuruluşu, üye işyeri sözleşmesinde belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla harcama belgesindeki tutarı ödeme vaadinde bulunduğundan, taraflar arasındaki ilişkinin alelade bir alacak satımı şeklinde izah edilemeyeceği ortadadır. Kart kuruluşunun üye işyerine karşı olan bu vaadini, bedel ilişkisinde gerçek bir alacağın bulunup bulunmadığı meselesinden bağımsız değerlendirmek gerekir. Bu da yalnızca bedel ilişkisiyle ifa ilişkisi arasında soyut bir alan yaratılarak sağlanabilir. Dolayısıyla üye işyeri sözleşmesini, soyut olması gereken bu iki ilişki arasında bağlantı kuracak şekilde “alacak satımı” olarak değerlendirmek mümkün değildir<sup>202</sup>. Gerçekten de bu görüş kapsamında, borçlunun (hamilin) temlik alana

<sup>199</sup> Bkz. Kaplan, s. 108; Tekinalp, s. 504, N. 39-71.

<sup>200</sup> Bu hususlarda bkz. Çeker, s. 54.

<sup>201</sup> Bkz. Meder, WM 2002, s. 1994; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97; Gras, s. 133; Bitter, ZBB 1996, s. 115.

<sup>202</sup> Bu yönde bkz. Hammann, ss. 41, 43; Çeker, s. 55. Alacak satımı görüşünün, kartlı sistemlerin nakit

(kart kuruluşuna) karşı temel ilişkiden doğan def'ileri ileri sürebilmesinin ve temlik edenin (üye işyerinin) ivazlı temliklerde garanti yükümlülüğünün bulunmasının, kartlı ödeme sisteminin yapısıyla bağdaştığı söylenemez<sup>203</sup>. Kaldı ki hamil ile arasındaki iş görme (vekâlet) ilişkisi bulunan kart kuruluşu, masraf tazmin talebinde bulunabilmek için bedel ilişkisindeki alacağa dayanma ihtiyacı da hissetmez<sup>204</sup>.

Alacak satımı görüşü dışında, taraflar arasındaki ilişkiyi garanti sözleşmesi olarak değerlendiren görüşler de ileri sürülmüştür. Bilindiği üzere garanti sözleşmesinde garantör, belirli bir işlemin başarıya ulaşacağı konusunda alacaklıya garanti verir. Bu nedenle borcun yerine getirilmeme rizikosuna doğduğunda garantörün, alacaklının zarara uğramasına engel olması gerekir. Buna karşılık, kartlı sistemlerde garantör pozisyonuna konumlandırılan kart kuruluşu, asli yükümlülüğü olan harcama belgesindeki tutarı ödeme dışında üye işyerine herhangi bir taahhütte bulunmaz. Bir diğer ifadeyle kart kuruluşu, hamilin ödeme yapacağı konusunda üye işyerine bir garanti vermiş ve borcun ödenmeme rizikosunu üzerine almış olma<sup>205</sup>. Kaldı ki ifa ilişkisinde ödeme yükümlülüğü kart kuruluşuna ait olduğundan, ödememe rizikosunu doğuran etmen hamilin değil, bizzat kart kuruluşunun nezdinde gerçekleşir. Bu nedenlerden ötürü öğretide ağırlıklı olarak kart kuruluşunun üye işyerine soyut bir ödeme vaadinde bulunduğu; buna karşılık hamil eliyle bir ödemenin yapılacağını garantisini vermediği kabul edilir<sup>206</sup>.

Taraflar arasındaki ilişkiyi, öğretideki genel eğilime uygun olarak soyut borç

---

benzeri ödeme fonksiyonuyla da bağdaşmadığı noktasında ayrıca bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 123.

<sup>203</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, ss. 998-999. Aynı yönde bkz. ve karş. A. Langenbucher, ss. 162-163; Eckert, WM 1987, s. 162. Ancak bu son yazar aynı çalışmada, tarafların aralarındaki sözleşmede hukuki niteliği alacak satımı olarak kararlaştırılabileceğini ve bu belirlemenin geçerli olduğunu da savunur (s. 164).

<sup>204</sup> Bkz. Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 17.

<sup>205</sup> Benzer yönlerde bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 63, 66; Norbert Bröckner, "Funktion und Begründung des abstrakten Schuldversprechens bei Giroüberweisung, Kreditkartengeschäft und POS-System", **Wertpapier Mitteilungen** 1995, s. 475; Dorothe Einsele, "Der bargeldlose Zahlungsverkehr – Anwendungsfälle des Garantievertrags oder abstrakten Schuldversprechens?" **Wertpapier Mitteilungen** 1999, s. 1802.

<sup>206</sup> Bkz. Taupitz, s. 61, dn. 246; Çeker, ss. 55-56; Stefan Grundmann, "Das neue Recht des Zahlungsverkehrs Teil II- Lastschrift, Kartenzahlung und Ausblick", **Wertpapier Mitteilungen** 2009, s. 1164; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §§675f ff., N. 36; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 71; Gras, s. 145; Brox ve Wolker, s. 432, N. 13; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2348; Bitter, ZBB 1996, ss. 118-119; Bröckner, WM 1995, s. 475; Einsele, WM 1999, s. 1802; Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 123; Tekinalp, s. 504, N. 39-71. Ayrıca taraflar arasındaki sözleşmede, kötüye kullanım durumunda kart kuruluşunun üye işyerine verdiği garantinin (soyut taahhüdün) sona ereceği yönündeki klozlar, üye işyerini ölçsüz bir şekilde mağdur etmesi nedeniyle geçersiz addedilir [Bkz. A. Langenbucher, s. 164. Ayrıca bkz. ve karş. Aşa. VI, C, 2, b, (1)].



vaadi temeline dayandırmak daha rasyonel bir tutum olacaktır<sup>207</sup>. Kartlı ödeme sistemleri bakımından soyutluk denildiğinde, temel işlem sebebiyle kart kuruluşunun hamilden olan alacağı ile üye işyerinin kart kuruluşundan olan alacağının birbirinden bağımsız olması anlaşılır. Gerçekten de tüm taraflar arasındaki ilişki bir bütün olarak ele alındığında, kart kuruluşunun üye işyerine olan ödeme yükümlülüğünü, taraflar arasındaki diğer hukuki ilişkilerden esaslı bir biçimde soyutlamak gerekir<sup>208</sup>. Yine kartlı sistemde rizikoyu ısrarla ekonomik yönden güçlü konumda bulunan kart kuruluşlarına yıkma çabası da taraflar arasındaki ilişkiyi soyut borç vaadi olarak ele almayı zorunlu kılar<sup>209</sup>. Bu sonucu hem kredi hem de debit kartları bakımından kabul etmek gerekir<sup>210</sup>.

Taraflar arasında soyut borç vaadi temeline dayalı bir sözleşme bulunmasından yola çıkarak kart kuruluşu ile üye işyeri arasında geçen süreci kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: Kart kuruluşu, çerçeve anlaşma kapsamında ve önceden kararlaştırılan koşullarda, ileride kartın kullanılmasından kaynaklanan her borcu ödeyeceği konusunda üye işyerine taahhütte bulunur. Hamilin harcama belgesini imzalamasıyla veya PIN'i girmesiyle soyut borç vaadinden doğan alacak somutlaşır ve talep edilebilir hale gelir<sup>211</sup>. Daha sonra kart kuruluşu, üye işyeri adına açılan cari hesaba harcama belgesindeki tutar kadar alacak kaydı düşerek ödeme taahhüdünü

<sup>207</sup> Aksi yönde bkz. Teoman, ss. 110-112. Yazara göre soyut borç vaadinde, vaat esnasındaki şekil ve irade noksanlıklarının alacaklıya karşı ileri sürülebilmesi, soyut vadin tek seferlik somut bir edime ilişkin olması ve vaatte bulunanın tek taraflı bir şekilde taahhüt altına girmesi, kredi kartı sistemiyle bağdaşmaz.

<sup>208</sup> Bkz. Hammann, ss. 59-60, 63; Hadding, DRiZ 2006, s. 356; Stange, s. 56.

<sup>209</sup> Alman Federal Mahkemesi, 02.05.1990 tarihli kararında, taraflar arasındaki sözleşmede yer alan ifadelerden (örneğin "satın alma" ifadesinden) hareketle taraflar arasındaki ilişkiyi alacak satımı olarak değerlendirmiş, ancak daha sonra 16.04.2002 tarihli kararıyla bu görüşünden dönmüştür (Bkz. Barnert, WM 2003, s. 1153-1154; Grabe, ss. 158-159). Yeri gelmişken, anılan bu iki kararın, Alman kartlı ödeme sistemlerinde riziko dağılımının gelişim süreci bakımından oldukça önem taşıdığını belirtelim. Belirtildiği gibi ilk kararda, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki hukuki ilişki alacak satımı olarak yorumlanmış ve buna bağlı olarak sözleşmede yer alan ters ibraz klozu geçerli addedilmiştir. Buna karşılık ikinci kararda taraflar arasındaki ilişkinin soyut borç vaadi temeline dayandığına vurgu yapılmış ve kredi kartlarının nakit benzeri ödeme fonksiyonuyla bağdaşmaması nedeniyle ters ibraz klozları kural olarak geçersiz addedilmiştir (Bu hususta bkz. Grabe, s. 159).

<sup>210</sup> Debit kartlar özelinde bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 266, N. 41; Einsele, s. 302; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 105. Belirtelim ki hukukumuzda soyut borç vaadi herhangi bir şekle bağlı değilken, Alman hukukunda kural olarak yazılı şekle bağlıdır (BGB §780). Ancak kart kuruluşu tacir konumunda olduğundan, soyut borç vaadi bakımından Alman hukukunda da yazılılık şartı aranmaz (HGB §350). Buna rağmen uygulamada taraflar, genellikle yazılı şekle tabi bir çerçeve sözleşme yapmayı ihtiyacı hisseder [Bkz. Hammann, s. 60, dn.138; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 66; Brox ve Wolker, s. 433, N. 17].

<sup>211</sup> Bu yönde bkz. Hammann, s. 59; K. Langenbucher, s. 267. MO/TO işlemleri için aynı yönde bkz. Hadding, DRiZ 2006, s. 356; Stange, ss. 56-57.

yerine getirmiş olur.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi bu şekilde soyut borç vaadine temeline dayandırmada amaç üye işyerinin, kart kuruluşu ile hamil karşısındaki hukuki konumunu emniyet altına almak ve güçlendirmektir. Ayrıca soyut borç vaadi görüşü, üye işyerine nakdî ödemelerdeki güvenceyi sağladığından, kartların nakit benzeri bir ödeme aracı olduğu düşüncesiyle de örtüşür<sup>212</sup>. Gerçekten de soyut borç vaadi kabul edildiğinde, bedel ilişkisinde sözleşmenin geçersiz olması durumunda, kart kuruluşunun “kural olarak” söz konusu geçersizliğe dayanarak bir hak elde etmesi mümkün olamaz. Bu gibi durumlarda, kart hamili ile üye işyerinin kendi aralarında edinmiş oldukları kazanımları iade etmek suretiyle sebepsiz zenginleşmeleri gidermeleri gerektiği, bunun dışında kart kuruluşunun üye işyerinden herhangi bir talepte bulunamayacağı kabul edilir<sup>213</sup>.

## **(2) Üye İşyeri Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Taraflarca Belirlenebilmesi**

Hukuki nitelik bahsinde ezelden beri süre gelen tartışmalarda, kart sözleşmeleri ile üye işyeri sözleşmelerinin bağımsız bir organizasyon eliyle düzenlenmemesi, bir eksiklik olarak görülmektedir. Ancak esas olan nokta, yasayla getirilen çerçeve düzenlemeler ekseninde her bir kart kuruluşunun ayrı ayrı kendi şartlarını sözleşmeyle belirleyerek akdî çeşitliliği sağlayabilmektir. Bu nedenle taraflar pekâlâ kartlı ödeme sistemlerinin niteliğine uygun olmak kaydıyla aralarındaki hukuki ilişkinin adını koyabilir. Buna karşılık kart kuruluşlarınca farklı içeriklerde kaleme alınan metinlerde, genellikle belirli bir hukuki nitelik belirleme eğilimi gözlenmemektedir. İstisnai olarak taraflarca hukuki ilişkinin niteliği belirlenmiş; ancak anlaşmanın içeriğinden bir başka hukuki niteliğin hedef alındığı anlaşılmaktaysa, artık kullanılan ifadeyi değil, kastedilen hukuki niteliği dikkate

<sup>212</sup> Bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97; Stange, s. 57, dn. 288. Oysaki taraflar arasında alacak satımı ilişkisi olduğu kabul edilseydi üye işyeri, kart kuruluşuna satmış olduğu alacağın karşılıksız olması rizikosunu, ayıba karşı tekeffül kuralları uyarınca (TBK m. 227) üstlenmek durumunda kalırdı. Hatta bu halde, kart kuruluşlarınca hazırlanan genel işlem koşullarında yer alan ters ibraz klozları da hukuka uygun sayılır ve içerik denetimine tabi olmazdı (Bu yönde bkz. Robert Freitag, “Vom Forderungskauf zum abstraktes Schuldanerkenntnis und die Verteilung des Missbrauchsrisikos im Kreditkartengeschäft”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 2002, s. 328).

<sup>213</sup> Bkz. Hammann, s. 251; Şener, ss. 249-250; Einsele, s. 302.

almak gerekir (TBK m. 18). Tarafların sözleşmede hukuki niteliği kendi özgün ifadeleriyle belirtmiş olmaları, yorum araçlarının kullanılmasında hiç kuşkusuz bir tutamak noktası teşkil eder<sup>214</sup>.

Şu halde üye işyeri ile kart kuruluşu arasındaki ilişkiyi belirlerken öncelikle tarafların sözleşmede bu ilişkiye hukuki bir vasıf yükleyip yüklemediğine bakılmalıdır. Taraflar bu yolu tercih etmişlerse, sözleşmenin bütünü hukuki yorum süzgecinden geçirilerek ele alınmalı ve belirlenmiş olan niteliğin kartlı sistemlerin özüne uygun olup olmadığı araştırılmalıdır<sup>215</sup>.

Sonuç olarak, buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalardan, üye işyeri sözleşmelerinde, temel ilişki kıstas alınarak hukuki niteliğin belirlenmesi konusunda üç farklı eğilimden bahsedilebilir: Birincisi borçlu sıfatını değiştirmeye yönelik eğilim (garanti sözleşmesi), ikincisi alacaklı sıfatını değiştirmeye yönelik eğilim (alacak satımı) ve nihayet üçüncüsü ve en yaygın olanı, suskunluk eğilimi<sup>216</sup>. Suskunluk eğilimi bakımından baskın öğreti ve uygulama, taraflar arasında bir alacak satımı / temlik olduğu görüşünü kesin olarak reddeder. Bu açıdan kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki ilişki -tarafların sözleşme ile saptamış oldukları hukuki nitelikten bağımsız bir şekilde- asıl hedeflenen iktisadi amaç gözetilerek garanti sözleşmesi veya soyut borç vaadi olarak kabul edilmelidir. Baskın öğretinin bu konuda kendi içerisinde hem fikir olduğu nokta, kart kuruluşunun ödeme vaadinin ilke olarak üç köşeli ilişkideki diğer sözleşmelerden, bilhassa da bedel ilişkisindekinden bağımsız olduğudur. Ancak söz konusu bağımsızlığın hukuki alt yapısının neye dayandığı meselesi güncel literatürde hâlâ tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar bu yapıyı garanti sözleşmesi temeline oturturken, çoğunluğu teşkil eden

<sup>214</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, s. 61, dn. 247; Torsten Körber, “Die Risikoverteilung bei der Kreditkartenzahlung im Mailorder und E-Commerce – Stand und Entwicklung nach dem Grundsatzentscheidung des BGH vom 16. April 2002, WM 2002, 1120”, **Wertpapier Mitteilungen** 2004, s. 566.

<sup>215</sup> Öğretide bir görüşe göre, tarafların sözleşmeyle belirlemiş olduğu hukuki nitelikten ancak tarafların gerçekte kararlaştırmak istedikleri hususu sözleşmede hatalı olarak tanımladıkları tespit edilirse veya söz konusu anlaşma, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeler kapsamında üye işyerini ölçüsüz bir şekilde mağdur edecek nitelikteyse sapılabilir (Bkz. K. Langenbucher, s. 249). Kanımızca tarafların gerçekte belirlemek istedikleri hukuki nitelik, alacak satımında olduğu gibi kartlı ödemelerin yapısına uygun değilse, yine bu belirlemeden sapılabilmelidir. Buna karşılık Türk hukukunda Atamer de irade serbestisini gerekçe göstererek, tarafların sözleşmeyle aralarındaki ilişkiyi alacağın temlik olarak belirlediklerine dair hiçbir şüphe bulunmaması durumunda, artık ister istemez temlik kuralları çerçevesinde bir çözüme ulaşmak gerektiğini savunur (Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 1, s. 1000).

<sup>216</sup> Bkz. Kienholz, ss. 36-37.

yazarlar soyut borç vaadi temeline oturtmaktadır<sup>217</sup>.

## **b. Üye İşyeri Sözleşmesinin Karakteristik Özellikleri ve Sözleşme Taraflarının Asli Yükümlülükleri**

Kart kuruluşu<sup>218</sup> ile üye işyeri arasında “üye işyeri sözleşmesi” olarak anılan sürekli borç ilişkisi niteliğinde bir çerçeve sözleşme imzalanır<sup>219</sup>. Bu sözleşme kapsamında taraflar yükümlülüklerini tek bir seferde yerine getirmekle yetinmedikleri ve sözleşme süresi boyunca bunları sürdürme durumunda kaldıklarından, aralarındaki ilişki devamlılık arz eder. Yine bu sözleşme uyarınca kart kuruluşu, işyerine karşı bir iş görme edimini yerine getirmekle (kartlı sistemin

<sup>217</sup> Bkz. Einsele, s. 355, N. 249-250; M. Koch, s. 43; ; Schnauder, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding), §783, N. 38; Çeker, s. 56; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 999. Debit kartlar özelinde aynı yönde bkz. Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 1. Her ne kadar Alman yazınında hukuki durum hâlâ tartışmalı olsa da çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de sık sık göndermede bulunacağımız Federal Mahkemenin 16.04.2002 tarihli kararından sonra en azından uygulamada bu sorunun çözüldüğünü söyleyebiliriz. Kredi kartları özelinde hukuki ilişkinin tartışıldığı bu kararda, kartlı ödemelerin amaç ve mantığı dikkate alınarak kart kuruluşu ile üye işyeri arasında alacak satımı ilişkisinin mümkün olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Zira gayri nakdi ödeme türü olarak kredi kartları, tıpkı nakdi ödemeler gibi fonksiyon gösterir. Ayrıca bu tür ödemelerde üye işyeri henüz karşı edimi elde etmeden kendi yükümlülüğünü yerine getirdiğinden, kartın nakit ödeme fonksiyonu gösterebilmesi, kart kuruluşunun işyerine yapacağı ödemenin teminat altına alınmasıyla sağlanabilir. Alacak satımıyla bu tür bir teminatın sağlanması mümkün değildir. Garanti sözleşmesi görüşünden hareket edildiğinde, kart kuruluşu yalnızca belli bir edim sonucunu garanti etmiş olacağından ve ileride gerçekleşecek olası rizikoları üstlenmiş sayılmayacağından, yine üye işyerine nakdi ödemelerdeki güvencenin bir benzeri sağlanmış olmaz. Bu nedenlerden ötürü Federal Mahkeme nihaî olarak öğretide çoğunlukça kabul edilen soyut borç vaadi görüşünü benimsemiştir [Karar için bkz. WM 2002, ss. 1120-1124, özellikle s. 1122. Ayrıca bkz. ve karşı Freitag, ZBB 2002, ss. 322-323; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), ss. 115-116, N. 4; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97]. Hatta Federal Mahkeme daha sonra, 13.01.2004 tarihinde almış olduğu bir başka kararda da bu görüşünün arkasında durmuş ve tutumunu yerleşik hale getirmiştir (Bkz. WuB 2004, ss. 397-399). Ancak belirttiğimiz gibi öğretide, yüksek mahkemenin bu yaklaşımını, sözleşme özerkliği ilkesine aykırı bularak eleştiren görüşler de yok değildir (Nitekim bkz. Meder, WM 2002, s. 1994; Grabe, ss. 162-163).

<sup>218</sup> Burada kart kuruluşu ile kastedilmek istenen doğal olarak üye işyerinin kart kuruluşudur (acquirer). Yoksa bilindiği üzere hamilin kart kuruluşu (issuer) ile üye işyeri arasında doğrudan herhangi bir ilişki bulunmaz. Bununla birlikte hamilin kart kuruluşu (issuer) ile üye işyerinin kart kuruluşu (acquirer) arasında takaslaşma ilişkisi bulunduğundan [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 34], üye işyeri ile hamilin kart kuruluşu (issuer) arasında olsa da dolaylı bir ilişkinin bulunduğu söylenebilir

<sup>219</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 143, N. 61; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97; Martinek, s. 95; Schimansky / Bunte / Lwowski (Martinek/Omlor), §67, N. 58; Neumann ve Bock, s. 125, N. 242; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 997, Stange, s. 57; Weber, s. 286; Gras, s. 60; Brechtel, s. 167; Bröckner, WM 1995, s. 475. Yeri gelmişken, kart kuruluşu ile hamil arasındaki ilişkide olduğu gibi, kart kuruluşu ile üye işyeri arasında da cari hesap temeline dayalı bir ilişkinin bulunduğunu hatırlatalım. Ancak bu ilişkide üye işyeri, kart kuruluşu karşısında her daim alacaklı konumda bulunacağından, işyeri hesabı “alacaklı cari hesabı” şeklinde işletilir.

işleyişini sağlamakla) mükellef olduğundan, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara vekâlet kuralları uygulanabilir (TBK m. 502/II)<sup>220</sup>.

Taraflar arasındaki ilişkinin sürekli borç ilişkisine dayanması sebebiyle, tarafların çerçeve sözleşme kapsamında devamlı bir şekilde yerine getirmek durumunda kaldıkları asli yükümlülüklerle de değinmek gerekir. İlk olarak üye işyerinin yükümlülüklerini belirleyen çerçeve sözleşmenin içeriğinin, kart kuruluşlarınca önceden hazırlanan ve sektörlere göre farklılık gösteren genel işlem koşullarından oluştuğunu belirtelim<sup>221</sup>. Ancak genel olarak sözleşme kapsamında, kartın ödeme noktasında kabul edilmesi bakımından ifa yardımcısı konumunda bulunan üye işyerleri, kart kuruluşlarınca çıkarılan ve hamiller tarafından ibraz edilen kartları ödeme aracı olarak kabul etme yükümü altına girer<sup>222</sup>. Fakat buradan hareketle üye işyerlerine, hamillerle sözleşme yapma mecburiyeti yüklendiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Zira dikkat edilirse burada müşteri (hamil) zaten kurulmuş olan bir sözleşmede ödeme tercihinde bulunmakta ve bunu nakit yerine kartlı ödemeden yana kullanmaktadır. İşte üye işyeri, tabi olduğu çerçeve sözleşme gereği hamilin ifa modalitesini ilgilendiren bu teklifini geri çeviremez. Bu açıdan üye işyeri sözleşmesinin, aynı zamanda tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmaz (TBK m. 129)<sup>223</sup>.

<sup>220</sup> Üye işyeri sözleşmesinin, iş görme (vekâlet) ve soyut borç vaadi temeline dayanan atipik bir sözleşme olduğu konusunda bkz. Freitag, ZBB 2002, s. 324. Yine sözleşmenin sürekli borç ilişkisi karakterinde ve kendine özgü bir sözleşme olduğu konusunda bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §§675f ff., N. 35; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 71; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97.

<sup>221</sup> Bkz. M. Koch, s. 38. Üye işyerinin birden fazla kart kuruluşu ile eş zamanlı olarak bu tür anlaşmalar yapabilmesi konusunda ayrıca bkz. Merkel, s. 140.

<sup>222</sup> Gerçekten de kart kuruluşunun kartın yalnızca yetkili hamil tarafından kullanılmasına yönelik önlemleri alması gerekir. Kart kuruluşları, hamilin kartı ibraz etmesi üzerine yapması gereken denetimleri üye işyeri sözleşmeleriyle işyerlerine devreder. Bu açıdan üye işyerleri, kartın kabul edilmesi bakımından kart kuruluşlarının ifa yardımcısı konumundadır [Bkz. Çeker, ss. 17, 90; Hammann, s. 65; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 37; Barnert, WM 2003, s. 1153; Einsele, WM 1999, s. 1802; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 997; İşgüzar, ss. 71-72]. Bununla birlikte öğretide bir görüşe göre üye işyeri, hamilin bizzat müşteri olduğu hallerde "ifa yardımcısı" sıfatıyla kartlı ödeme teklifini kabul etmekle yükümlüdür. Yoksa müşterisinin borcunu ödemek amacıyla üçüncü bir kişi tarafından ibraz edilen kartı ödeme aracı olarak kabul etmek zorunda değildir (Bu hususta bkz. Taupitz, s. 57, dn. 228). Ancak bu görüşe katılmak güçtür. Çünkü borçlar hukuku anlamında müşterinin borcunu bizzat ödemesi gerekmediğinden, borcun müşteri dışında üçüncü bir kişi tarafından kartla ödenmesi istemini reddetmede işyerinin korunmaya değer bir menfaati bulunmaz. Bu nedenle üye işyeri, müşterisinin borcu için bir başkasının yapmış olduğu kartla ödeme teklifini reddetmemelidir (Bkz. Çeker, ss. 15, 50).

<sup>223</sup> Bkz. Einsele, ss. 327, 334; Hammann, s. 36; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, ss. 997-998; Barnert, WM 2003, s. 1153; A. Langenbucher, s. 28; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch

Ülkemizde geçmiş yıllara nazaran günümüzde oldukça ender karşılaşılsa da üye işyerlerinin kartlı ödeme taleplerini haksız bir şekilde geri çevirme ihtimali bulunur. Saha çalışmalarında, kart hamillerine genellikle “POS cihazı maalesef servis dışı.”, “Ne yazık ki otorizasyon merkezi ile bağlantı kurulamıyor.”, “İndirimli ürünlerde kredi kartı geçmiyor.”, “Belirli bir tutar üzerindeki alışverişlerde kart kabul ediyoruz...” şeklinde birtakım bahaneler ileri sürüldüğü gözlenmiştir<sup>224</sup>. Oysa daha önce de belirttiğimiz gibi kart hamili, üye işyeri sözleşmesi çerçevesinde, nakdi ödeme tercihinde bulunanlarla eşit muamele görme hak ve imkânına sahiptir. BKKKK m. 17/I kapsamında üye işyeri, kartlı ödemeyi tercih eden hamilin bu isteğini karşılamakla yükümlü olduğu gibi, kendisinden doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir şekilde ekstra bir ücret de talep edemez (Preisauflagsverbot)<sup>225</sup>. Ayrıca POS terminalinin arızalı olması, eksik formlar, otorizasyon merkeziyle bağlantı kurma ve benzeri konularda yaşanan problemler, üye işyerinin kartı kabul etme yükümlülüğünü devre dışı bırakmaz. Üye işyeri veya hizmet sağlayıcısı gerekirse elle bir makbuz ya da form doldurmalı ve hamilin kartlı ödeme isteğini geri çevirmemelidir. Aksi tutum hem tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindeki üye işyeri sözleşmesine hem de kart sözleşmesine aykırılık teşkil edeceğinden, kart kuruluşu, yardımcı kişinin (üye işyerinin) yapmış olduğu hukuka aykırı eylem sebebiyle hamile karşı sorumlu tutulur (TBK m. 116)<sup>226</sup>. Gerçekten de kart yerine nakit ödemek durumunda kalan veya yurt dışında daha yüksek bir kur üzerinden ödeme yapması nedeniyle zarara uğrayan hamil, uğramış olduğu zararı kart

---

(Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 58; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K. 123; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 103; Neumann ve Bock, s. 130, N. 249; Weber, ss. 286-287; Gras, s. 61; Etzkorn, WM 1991, s. 1902; İşgüzar, ss. 71-72; Çeker, s. 77. Aksi yönde bkz. Teoman, s. 207.

<sup>224</sup> Bkz. Taupitz, s. 57.

<sup>225</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 58; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 57; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 997. Üye işyeri sözleşmelerinde, fiyat artırım yasağına yönelik getirilen kayıtların geçerli sayılıp sayılmayacağı, ilk başlarda rekabet hukuku anlamında tartışmalıydı. Ancak bu içerikteki kayıtlar, tüm katılımcıların menfaatine olacak şekilde kredi kartının nakit benzeri bir fonksiyon göstermesine vesile olduğundan, genel işlem koşulları hukukunda herhangi bir geçerlilik tartışmasına konu olmamıştır [Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 114].

<sup>226</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 998; Çeker, s. 17. Öğretide çoğunluk tarafından kabul edilen görüşe göre, kartın üye işyeri tarafından kabul edilmesi noktasında kart kuruluşunun herhangi bir yükümlülüğü bulunmasa da, en azından üye işyerinin bu yönde hareket etmesi için çaba göstermesi lazım gelir (Bu yönde bkz. Taupitz, s. 58, dn.235).

kuruluşundan talep edebilir<sup>227</sup>. Hamile karşı sorumlu tutulan ve zararı gidermek durumunda kalan kart kuruluşu, daha sonra asli yükümlülüğünü yerine getirmeyen üye işyerine (ifa yardımcısına) bu miktarı rücu edebilir.

Bunun dışında, üye işyeri sözleşmesi kapsamında kart kuruluşlarının asli yükümlülüğü, harcama belgesindeki tutarı -sözleşmeyle kararlaştırılan komisyonu (Disagio) düştüktan sonra- hamilin yerine işyerine ödemektir<sup>228</sup>. Ancak kart kuruluşunun bu yükümlülüğü, üye işyerinin kartlı ödemeleri kabul etme konusunda özenli ve dikkatli davranmasına, imzalı kullanımda imza karşılaştırmasını yapmasına ve usulüne uygun bir şekilde harcama belgesini düzenleyip kart kuruluşuna ibraz etmesine bağlıdır<sup>229</sup>. Bu açıdan kart kuruluşunun ödeme yükümlülüğü, bir nevi geciktirici şarta bağlanmıştır<sup>230</sup>. Günümüzde kartlı ödemeler POS aracılığıyla gerçekleştiğinden, harcama belgelerine ilişkin veriler terminallerde kayıt altına alınmakta ve gün sonu raporuyla birlikte bu belgeler kart kuruluşuna kayden ibraz edilmektedir. Bu nedenle üye işyerinin harcama belgelerini kart kuruluşuna fiziken ibraz etmesi gerekli olmayıp verilerin POS üzerinden kart kuruluşuna aktarılması yeterli olur<sup>231</sup>.

<sup>227</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 47.

<sup>228</sup> Bkz. Barnert, WM 2003, s. 1153; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 58; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 998; Teoman, ss. 124, 127; Eckert, WM 1987, ss. 161, 164; Einsele, WM 1999, s. 1802.

<sup>229</sup> Bkz. Eckert, WM 1987, s. 164.

<sup>230</sup> Bu yönde bkz. K. Langenbucher, ss. 257-258; Hammann, s. 102; Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 32; A. Langenbucher, s. 28; Gerd Nobbe, "Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Kartenzahlungen und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wechsel- und Scheckrecht", **Wertpapier Mitteilungen** 2012, Sonderbeilage 2, ss. 10-11; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 76; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 97; Pavalenco, ss. 121-122.

<sup>231</sup> Bkz. Brechtel, s. 175. Ayrıca bkz. QNB Finansbank Üye İşyeri Sözleşmesi, m. 5. [<https://www.qnbfinansbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=198508>] (Son Erişim: 15.03.2017)]. Ödeme yükümlülüğü bu şekilde geciktirici şarta bağlanmış olmakla birlikte, kart hamili işlemi inkâr ettiğinde, kart kuruluşu ters ibraz klozu yardımıyla (Rückforderungsklausel) üye işyerine yapmış olduğu ödemeyi geri isteme hakkını saklı tutabilir ve ters ibraz şartlarının oluşması durumunda hamilin inkârı, bu kez "bozucu şart" (TBK m. 173) etkisi gösterebilir (Bkz. Taupitz, ss. 59-60; K. Langenbucher, s. 258). Üye işyeri sözleşmelerinde yer alan ters ibraz klozları, hamilin ödeme talimatını geri alması veya bedel ilişkisindeki sakatlıkları kart kuruluşuna yansıtması durumunda, kart kuruluşunun üye işyerine ödeme yapmamasını; eğer ödeme yapmışsa bunu geri tahsil etmesini sağlar. Ancak kartlı sistemler bakımından ters ibrazı istisnai durumlarda kabul etmek gerekir. En basitinden bu tür klozların devreye girebilmesi için kart kuruluşunun inceleme süreci başlatması ve inceleme sonucunda kötüye kullanımın açık olarak tespit edilebilmesi gerekir. Yoksa hamilin her ödeme itirazında bozucu şartın gerçekleştiği ileri sürülerek ters ibrazla itiraz konusu tutarın üye işyerinin hesabından geri çekilmesi işyerinin ölçsüz şekilde mağdur olmasına yol açar. Bu konuya daha sonra tekrar dönülecektir (Bkz. Aşa. IX, A, 2).

### **c. Bedel ve Karşılık İlişkisindeki Eksikliklerin İfa İlişkisinde İleri Sürülüp Sürülemeyeceği Meselesi**

#### **(1) Temel Kural: Kart Kuruluşunun Bedel ve Karşılık İlişkisindeki Eksiklikleri Üye İşyerine Karşı İleri Sürememesi**

Temel ilişkide müşteri ile işyeri arasında akdedilen sözleşme, fiil ehliyetinin bulunmaması, ahlaka aykırılık veya imkânsızlık gibi nedenlerden ötürü geçersiz olabilir (TBK m. 27). Bu gibi hallerde eğer ödeme nakden gerçekleşmişse, işyerinin sebepsiz yere edinmiş olduğu tutarı müşteriye iade etmesi lazım gelir.

Kartlı ödemelerde ise nakdi ödemelerden farklı olarak önce üye işyeri bedel ilişkisinden doğan edimini yerine getirir. Bir diğer ifadeyle üye işyeri bu aşamada yalnızca kart aracılığıyla alacak talebini kart kuruluşuna yönlendirmiş olur ve hamilden herhangi bir bedel tahsil etmez. Bu noktada kart kuruluşunun, hamilin öde talimatından sonra bedel ilişkisinden kaynaklanan eksiklikleri gerekçe göstererek üye işyerine ödeme yapmaktan imtina edip edemeyeceği hususu sorgulanabilir. Yine kart kuruluşunun hamille olan (karşılık) ilişkisinden kaynaklanan itirazları, söz gelimi kart sözleşmesinin geçersiz olduğu veya işlem esnasında sözleşmenin feshedilmiş olduğu şeklindeki itirazları, üye işyerine yansıtıp yansıtamayacağı meselesi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkar.

Bir önceki başlık altında belirttiğimiz gibi, kart kuruluşu ile üye işyeri arasında soyut borç vaadine dayalı bir iş görme ilişkisi bulunduğu kabul edilir. Soyutluk sebebiyle prensip olarak bedel ilişkisindeki eksikliklerin ifa ilişkisine yansıtılmaması esastır<sup>232</sup>. Ayrıca havale hukukuna ilişkin kurallar da kart kuruluşunun bedel veya karşılık ilişkisindeki itirazları doğrudan üye işyerine ileri sürmesini (Einwendungsdurchgriff) engeller<sup>233</sup>. Nitekim TBK m. 557/I'de havale ödeyicisinin çekince belirtmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına bildirmesi durumunda ifa yükümlülüğünün doğacağı ve havale alıcısına karşı ancak aralarındaki hukuki ilişkiden veya havalenin içeriğinden doğan savunmaları ileri sürebileceği; buna karşılık havale eden ile aralarındaki ilişkiden doğan savunmaları ileri

<sup>232</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 73; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 76; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 42; Eckert, WM 1987, s. 164.

<sup>233</sup> Bu yönde bkz. Şener, ss. 249, 251; Einsele, s. 302.



süremeyeceği belirtilmiştir. O halde, havale ödeyicisi (kart kuruluşu) ile havale alıcısı (üye işyeri) arasında, havalenin kabulüyle birlikte diğer hukuki ilişkilerden ayrı soyut bir alan yaratılmış olur.

Özetle kart kuruluşu, hem üye işyeriyle arasındaki münferit hukuki ilişkinin soyut borç vaadi temeline dayanması hem de üç taraflı ilişkinin havale temeline dayanması sebebiyle, bedel ve karşılık ilişkisindeki defî ve itirazları kural olarak üye işyerine karşı ileri süremez.

## **(2) İstisna: Kart Kuruluşunun Havaleden Kaynaklanan Savunma Araçlarını Üye İşyerine Karşı İleri Sürebilmesi ve Hakkın Kötüye Kullanıldığı İtirazına Dayanabilmesi**

### **(a) Kart Kuruluşunun Havaleden Kaynaklanan Savunma Araçlarını İleri Sürebilmesi**

TBK m. 557/I uyarınca, havale ödeyicisinin (kart kuruluşunun) bedel ve karşılık ilişkisinden doğan savunma araçlarını havale alıcısına (üye işyerine) karşı prensipte yöneltmeyeceği açıktır. Ancak aynı düzenlemede, havale ödeyicisinin havale alıcısı arasındaki ilişkiden veya havalenin içeriğinden doğan savunmaları havale alıcısına karşı ileri sürebileceği belirtilmiştir.

Benzer düzenleme, Alman hukukunda da bulunmaktadır. BGB §784/I'e göre havaleyi kabul eden havale ödeyicisi, havale alıcısına karşı yalnızca “kabul” işleminin geçerliliği veya kabulün ya da havalenin içeriği ile ilgili olan yahut doğrudan havale alıcısına karşı sahip olduğu itirazları ileri sürebilir.

Öğretide, havale ödeyicisinin itiraz imkânını konu alan yasal düzenlemenin sınırlayıcı nitelikte olmadığı ve “havalenin kabulünün” geçersiz olduğuna yönelik itirazın, “havalenin” geçersiz olduğu itirazını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilir. Zira havalenin geçersiz olması, havale ödeyicisinin kabul beyanı ile soyut borç altına girmesine de engel olur. Bu çıkarımı kartlı sistemlere uyarladığımızda, harcama belgesine imza atan (veya PIN kullanan) hamilin işlem ehliyeti bulunmuyorsa, kart kuruluşu bu eksikliği gerekçe göstererek üye işyerinin ödeme talebini pekâlâ geri çevirebilir. Zira bilindiği gibi hukuki işlem

benzeri bir işlem olan havalede, havale edenin fiil ehliyetinin bulunması zorunludur. Havale edenin ehliyetten yoksun olması, havale (POS ödemesi) kapsamında yer alan bütün işlemlerin sıhhatini etkiler<sup>234</sup>. Bu nedenle kart kuruluşu, hukuka uygun bir havalenin bulunmaması halinde üye işyerine vermiş olduğu taahhüdün geçersiz olduğunu ileri sürebilir ve ödeme yapmaktan kaçınabilir. Ödemeyi yapmışsa, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade talebinde bulunabilir. Rizikonun bu şekilde üye işyerine yüklenmesi, işyerinin de hamile aynı şekilde sebepsiz zenginleşme istemiyle başvurabileceği dikkate alındığında, herhangi bir mağduriyete yol açmaz<sup>235</sup>.

Bununla birlikte, kart kuruluşunun, hamilin işlem ehliyetinin bulunmamasını gerekçe göstererek üye işyerinin ödeme talebini geri çevirmesi, teknik olarak bedel ilişkisinden kaynaklanan bir eksikliğin doğrudan ifa ilişkisinde ileri sürülmesi (Einwendungsdurchgriff) olarak görülmemelidir. Bu durumda kart kuruluşu esasında bedel ilişkisindeki sözleşmenin geçersizliğine değil, karşılık ilişkisinde gündeme gelen havale işleminin geçersizliğine dayanmaktadır<sup>236</sup>. Burada sözleşmenin kurulma anında işlem ehliyetinin bulunup bulunmadığından ziyade, havale işleminin gerçekleşme anına dikkat kesilmek gerekir. Ancak kartlı sistemlerde genellikle bedel ilişkisinin teşkili ile havale talimatının verilmesi neredeyse eş zamanlı olarak gerçekleştiğinden, yapılan bu ayırım yalnızca teoride bir anlam ifade eder. Çok istisnai hallerde, örneğin sözleşmenin kurulma anında idraki yerinde olan hamilin harcama belgesini imzalarken (veya PIN'i girerken) işlem ehliyetini yitirmesi durumunda, bu ayırım net bir şekilde karşımıza çıkar<sup>237</sup>.

Bunun dışında kaybolan, çalınan ve sahte olarak üretilen kartın üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanıldığı hallerde, kart kuruluşunun (bedel ilişkisinden bağımsız olarak) ortada bir havale talimatının bulunmamasını gerekçe göstererek üye işyerinin

<sup>234</sup> Bkz. Şener, s. 131, dn.165 ve s. 253.

<sup>235</sup> Bu hususta bkz. Şener, s. 254; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1011.

<sup>236</sup> Aynı durum, hamilin ödeme talimatını geri alması bakımından da geçerlidir. Talimatın geri alınmasında da bedel ilişkisinin geçerli olup olmadığının bir önemi yoktur. Burada yalnızca bedel ilişkisindeki hukuki durumdan bağımsız olarak verilen ödeme (havale) talimatı geri alınmaktadır.

<sup>237</sup> Bu hususta bkz. Vogel, ss. 96-97. Yazar bu tespiti desteklemek adına yargıya intikal eden ve gece kulübünde yaşanmış olan ilginç bir olayı örnek olarak vermiştir. Bu olayda eğlenmek için kulübe giden hamilin bilinci akdin kurulduğu anda açıkken, gecenin sonunda kartlı ödemeyi gerçekleştirirken alkolün de etkisiyle kapanmıştır (Bkz. s. 97, dn. 8. Ayrıca bkz. ve karşı. Taupitz, s. 79). Gerçi burada hamilin fiil ehliyetini kaybetmesi kendisine atfedilecek bir davranıştan kaynaklandığından, harcama itirazında bulunamaması gerekir. Ancak üye işyerinin hamilin bu durumundan istifade ederek ona yüksek meblağlı harcama belgesi imzalatması halinde, hamilin vermiş olduğu ödeme talimatını kısmen veya tamamen geçersiz saymak gerekir (Bkz. Çeker, s. 24).

ödeme talebine karşı koyup koyamayacağı sorusu akla gelebilir. Öğretide bir görüş bu soruya olumlu yanıt vermiş ve kartın kötüye kullanıldığı hallerde de kart kuruluşunun üye işyerine karşı havalenin (kabulünün) geçersizliğini ileri sürebileceğini belirtmiştir<sup>238</sup>. Buna karşılık, havale kurallarını kartlı sistemler açısından bu denli geniş yorumlayıp uygulamak, kötüye kullanım rizikosunu esaslı bir şekilde üye işyerine yıkmak anlamına gelebilir. Bu nedenle hamilin -talimatı verdiği anda- fiil ehliyetinin bulunmaması veya üye işyerinin sahte POS talimatları vermesi gibi çok istisnai durumlarda, kart kuruluşunun doğrudan üye işyerine karşı bu itirazları ileri sürebileceğini; üye işyerine ödemeyi yaptıktan sonra durumu öğrenen kart kuruluşunun da sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanabileceğini kabul etmek gerekir<sup>239</sup>. Yine kart kuruluşu, hal ve şartlardan kartın kötüye kullanıldığı açıkça anlaşılıyor veya likit olarak ispatlanabiliyorsa, bedel ilişkisi kökenli bu itirazı doğrudan üye işyerine yöneltmek ters ibraz klotunu devreye sokabilir<sup>240</sup>.

#### **(b) Kart Kuruluşunun Hakkın Kötüye Kullanıldığı İtirazına Dayanabilmesi**

Bedel ilişkisinde üye işyerinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi durumunda kart kuruluşu, üye işyerinin ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği yönünde bir itirazda bulunarak soyut vaadini yerine getirmekten kaçınabilir. Her ne kadar dürüstlük kuralına aykırılıkta “kusur” bir koşul olarak aranmıyor olsa da burada üye işyerinin takınacağı tutum ister istemez kusurlu

<sup>238</sup> Bkz. Vogel, s. 97.

<sup>239</sup> Bkz. Şener, ss. 241, 253-255. Benzer yönde bkz. Wolfgang Gößmann, “Rechtsfragen neuer Techniken des Bargeldlosen Zahlungsverkehrs (Geldkarte, Kreditkarte)”, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 78.

<sup>240</sup> Bkz. Grabe, s. 155; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 74. Son yazarın aynı yerde belirttiği gibi, üye işyeri sözleşmelerindeki ters ibraz kayıtları ile kart sözleşmelerinde bulunan ve yukarıda değinmiş olduğumuz hamilin bedel ilişkisindeki defi ve itirazları ileri sürmesini engelleyen kayıtlar arasında doğrudan bağlantı bulunur. Bu açıdan kart kuruluşlarının bir taraftan hamillerle yaptığı sözleşmelerde, bedel ilişkisindeki defi ve itirazların öne sürülmesini engelleyen kayıtlar getirmeleri, diğer taraftan üye işyerleri sözleşmelerinde ters ibraz klotlarına yer vermeleri açık bir çelişki teşkil eder. Çünkü kart kuruluşlarının üye işyeri sözleşmelerinde getirmiş olduğu ters ibraz klotlarından faydalanabilmesi, her şeyden önce hamillerin bedel ilişkisindeki eksikleri karşılık ilişkisine yansıtılmasına bağlıdır. Kart sözleşmeleriyle üye işyeri sözleşmeleri arasındaki bu şekilde bir çelişki bulunması, ters ibraz klotlarının üye işyerlerinin soyut borç vaadinden kaynaklanan talep haklarını önemli ölçüde kısıtladığı şeklinde yorumlanır ve içerik denetimi kapsamında bu tür klotlar geçersiz sayılır.

hareketi de içerir. Gerçekten de üye işyerinin hakkını kötüye kullandığından bahsedebilmek için POS ile kendisine tanınan imkânlar dışında bir menfaati hedeflemesi, yani kusurlu davranışının özel bir ağırlığının bulunması gerekir<sup>241</sup>. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, üye işyerinin tutumu nedeniyle bedel ilişkisinden kaynaklanan aykırılık, önemli ve likit olarak ispatlanabilir nitelikteyse özel bir ağırlıktan bahsedilebilir. Bu durumda kart hamili, kart kuruluşunun üye işyerine karşı olan ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesini önlemek adına, bedel ilişkisindeki önemli ve likit olarak ispatlanabilir eksiklikleri ileri sürebilir. Bunun üzerine kart kuruluşunun hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle üye işyerine ödeme yapmaktan kaçınması yalnızca bir yetki değil, aynı zamanda hamille arasındaki sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olarak görülür<sup>242</sup>.

Görüldüğü gibi bazı istisnai hallerde kart hamili, bedel ilişkisinde yalnızca üye işyerine karşı ileri sürmesi gereken hakkın kötüye kullanıldığı itirazını kart kuruluşuna karşı da yöneltebilir. Ancak bunun için bedel ilişkisindeki eksikliğin, dolayısıyla bu eksikliğe rağmen harcama belgesindeki tutarı talep eden üye işyerinin hakkını kötüye kullandığının likit olarak ispatlanabilmesi gerekir. Öğretide kalıp bir kavram olarak kullanılan “likit ispatlanabilirlikten” kastın ne olduğu açık olmamakla birlikte, daha önce de bir vesileyle belirttiğimiz gibi bu olguyu ispat faaliyetinin kolaylıkla gerçekleşmesini sağlayan kesin delil olarak yorumlamak mümkündür. Şu halde hamilin hakkın kötüye kullanıldığı itirazını hem üye işyerine hem de kart kuruluşuna karşı çift yönlü ileri sürebilmesi, kart kuruluşunun bedel ilişkisindeki önemli aykırılıklar konusunda herhangi bir şüpheyi sahip olmaması şartına bağlıdır<sup>243</sup>.

Peki üye işyerinin hakkını kötüye kullanmasına neden olan ve bedel ilişkisinde ortaya çıkan likit olarak ispatlanabilir ölçüdeki eksiklikler neler olabilir? Bu konuda en basitinden üye işyerinin hamili hile yoluyla kandırarak veya tehdit ederek sözleşmeye ikna etmesi ihtimali akla gelebilir. Bu gibi hallerde hile veya tehdit nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilirliği dışında, kart kuruluşuna verilen ödeme talimatının geçerliliği de ortadan kalkar. Avusturya’da yaşanan ilginç bir olay üzerinden meseleyi somutlaştırmaya çalışalım. Olayda Avusturyalı tatilciler,

<sup>241</sup> Bu yönde bkz. Şener, s. 258.

<sup>242</sup> Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 76.

<sup>243</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, ss. 77-78.

seyahat firması aracılığıyla bir otelde yer ayırttırarak konaklama ücretini bu firmaya öderler. Ancak tatilleri devam ederken seyahat firmasının iflas ettiği bilgisi duyulur. Tatilcilerin kalmış olduğu otel işletmesi, seyahat firmasından olan ve henüz tahsil edemediği alacakları tatilcilerden talep eder. Hatta otel işletmesi, ödemede bulunmamaları durumunda tatilcilerin bagajlarını rehin alacakları ve dönüş yolculuklarına engel olacakları yönünde tehditler de savurur. Bunun üzerine birçok tatilci, otel işletmesinin talebine boyun eğer ve daha önceden seyahat firmasına ödeme yapmış olmalarına rağmen tekrardan otele kredi kartıyla ödeme yapar<sup>244</sup>. Olayda kart hamillerinin iradesi korkutma yoluyla sakatlanmış ve haksız bir şekilde ödeme talimatı vermeleri sağlanmıştır. Kart hamilleri, bağlı oldukları kart kuruluşlarına harcama itirazında bulunarak üye işyerine ödeme yapılmasını engelleyebilir. Bu açıdan bedel ilişkisinde sözleşmenin iptalini gerektirecek nitelikteki irade sakatlıkları (özellikle üye işyerinin hilesi ve tehdidi) hakkın kötüye kullanıldığı itirazına konu olabilir. Ancak üçüncü kişinin bir tehdidi söz konusu olduğunda, artık üye işyeri bu tehdidi biliyor veya bilebilecek durumda olmadığı sürece (TBK m. 37/II), kendisine karşı kural olarak hakkın kötüye kullanıldığı itirazı ileri sürülemez<sup>245</sup>.

Buraya kadarki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, hakkın kötüye kullanıldığı itirazını, üye işyerinin kötü niyetli bir şekilde kart kuruluşunun ödeme taahhüdünü elde etmek için yapmış olduğu işlemlerle sınırlı tutmak gerekir. Yoksa bedel ilişkisinde ifanın ayıplı olması, ayıp ne kadar önemli ve likit olarak ispatlanabilir olursa olsun hakkın kötüye kullanıldığı itirazının ileri sürülebilmesi için bir neden teşkil etmez<sup>246</sup>. Diğer taraftan daha önce de belirttiğimiz üzere, ilk gönderim sürecinde kaybolan kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasında olduğu gibi,

<sup>244</sup> Bu hususlarda bkz. Vogel, s. 99. Yazarın alıntılacağı olay, ceza hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığın konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle yazar burada olayın sonucuna değinmeden, doğrudan özel hukukla olan bağlantıyı kurmakla yetinmiştir.

<sup>245</sup> Bkz. Şener, s. 260, dn. 256. Öğretide, likit olarak ispatlanabilirliğe örnek olarak bedel ilişkisindeki hukuki işlemin hamilin ehliyetsizliği nedeniyle geçersiz olması durumu da gösterilmektedir (Bkz. Taupitz, s. 79). Gerçekten hamilin sözleşmenin kurulması dışında, ödemeyi gerçekleştiren de ehliyetsiz olması, havale işleminin geçersiz olmasına neden olur ve bu geçersizlik üç köşeli ilişkinin tamamına sirayet eder. Ancak burada, biraz önce belirtmiş olduğumuz gibi, teknik olarak bedel ilişkisinden kaynaklanan bir itirazın doğrudan kart kuruluşuna ileri sürülmesinden (Einwendungsdurchgriff) daha farklı bir durum söz konusudur. Çünkü kart kuruluşu, hamilin ehliyetinin bulunmadığı hallerde aslında bedel ilişkisindeki sözleşmenin (satım, kira vs.) geçersizliğine değil, tarafı olduğu karşılık ilişkisinde kendisine verilen havale (ödeme) talimatının geçersiz olmasına dayanır (Bu yönde bkz. Vogel, s. 116).

<sup>246</sup> Bkz. Şener, s. 260.

hamilin herhangi bir dahili veya ihmali olmadan gerçekleşen saf kötüye kullanımlar da likit olarak ispatlanabilir hallerden sayılır. Ancak dikkat edilirse bu gibi hallerde üye işyeri, kart kuruluşundan hukuka aykırı bir şekilde masraf tazminatı elde etme saiki gütmendiğinden, kart kuruluşu hakkın kötüye kullanıldığı itirazını gerekçe göstererek harcama belgesindeki tutarı işyerine ödememezlik yapamaz.

Kart kuruluşunun, hamilin kendisine ilettiği itirazlar dışında nadir de olsa hal şartlardan veya işlem akışından kendiliğinden fark edebileceği şüpheli haller de söz konusu olabilir. Gerçekten de hamil ile üye işyeri aralarında anlaşarak kart kuruluşunu zarara uğratma kastıyla hareket etmiş veya hamil sahte bir isimle kredi kartı edinip önceden anlaşmış olduğu işyerinde kartı son limitine kadar kullanmış olabilir. Keza sahte blokaj bildiriminde bulunan hamil, blokaj bildirimi sisteme işlenmeden önce kartı yine anlaşmış olduğu işyerinde, üye işyeri işlem limitinin altında bir miktarda, yani online otorizasyon denetiminden sıyrılarak kullanmış olabilir. Şüphesiz bu durumlarda da kart kuruluşu, üye işyerinin ödeme talebi karşısında hakkın kötüye kullanıldığı itirazını ileri sürebilir<sup>247</sup>.

Son olarak hakkın kötüye kullanıldığı itirazının ileri sürülmesi konusunda TBK m. 510 kapsamında düzenlenen “gerekliklik” kıstasının referans alındığını belirtelim. Hatırlanacağı üzere bu kurala göre bedel ilişkisindeki “önemli” eksikliği tespit eden kart kuruluşunun, hamilin menfaati doğrultusunda üye işyerine ödemede bulunmaktan kaçınması gerekir. Aksi halde hamil söz konusu ödemeyi “gereksiz” bir masraf olarak değerlendirebilir ve kart kuruluşu akdin müspet ihlali nedeniyle kendisine tazminat ödemek durumunda kalabilir<sup>248</sup>. Ayrıca burada bedel ilişkisindeki

<sup>247</sup> Bkz. Şener, s. 259.

<sup>248</sup> Bkz. Hammann, s. 125; Taupitz, s. 79, dn. 304. Yeri gelmişken ifade edelim ki; akdin müspet ihlali, sözleşmeden kaynaklanan tazminat talebinin geliştirilmiş bir versiyonu olarak beliren ve yasalarda özel olarak düzenlenmeyen hukuki bir kurum temsil eder (Bu yönde bkz. A. Langenbucher, s. 148, dn. 314). Müspet ihlal kısaca, imkânsızlık ve temerrüt olguları dışında bütün sözleşmeye aykırılıkları kucaklayan bir üst kurum olarak tanımlanabilir. Bu özellikli müessesenin konusu; ayıplı ifalar, ayıplı ifa sayılmayan yan edim yükümlülüklerine ilişkin aykırılıklar ve davranış (koruma) yükümlülüklerine ilişkin aykırılıklar olmak üzere üç temel aykırılık tipine dayanır. Özellikle son belirttiğimiz davranış yükümlülüklerine ilişkin aykırılıklar, müspet ihlale önemli ölçüde kaynaklık eder. Hatta bu yükümler, akit yapma niyetiyle hareket eden sözleşme gönüllüsünün, diğer tarafla iş teması kurmasıyla başlayıp ilişki kurulup çözüldükten sonra da devam ettiğinden, sözleşme öncesi sorumluluğa ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme gibi diğer özellikli müesseselere de kaynak teşkil eder. Bu nedenle hukukumuz açısından, akdin müspet ihlali yalnızca TBK m. 112 kuralına indirgememek gerekir (Bu hususlarda bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme -Ek: Uygulama Çalışmaları-** 3. Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, ss. 248-250. Ayrıca bkz. ve karşı. Teoman, s. 212). Karthi sistemlerde de aynı şekilde gerek yasayla gerekse de münferit sözleşmelerle asli edimi yerine getirme bakımından taraflara birtakım özen

eksiklik önemli ve likit olarak ispatlanabilir nitelikte olacağından, hamilin kart kuruluşuna karşı ileri süreceği gereksiz masraf itirazı, kart sözleşmelerinde yer verilen genel işlem koşulları aracılığıyla devre dışı bırakılamaz. Dolayısıyla kart kuruluşu her zaman bu tür itirazları dikkate almak ve bunları üye işyerine yansıtıp harcama belgesindeki tutarı kendisine ödememekle yükümlüdür.

#### **IV. KARTLI ÖDEME SİSTEMLERİNDE KÖTÜYE KULLANIMLARIN ÖNLENMESİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN YÜKÜMLÜLÜKLER**

##### **A. Özen Yükümlülükleri ile Kötüye Kullanım Sorumluluğu Arasındaki Doğal Bağlantı**

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması nedeniyle ortaya çıkan zarara kimin katlanacağını belirlenmesinde, kanun koyucu tarafından genel çerçevesi belirlenmiş olan özen yükümlülükleri temel ölçüt olarak ele alınır. Bilindiği gibi, sözleşme temeline dayanan borç ilişkilerinde hukuki sorumluluk, ilke olarak kusur esasına ve yükümlülük ihlaline dayanır. Kartlı sistemler açısından da aynı durum geçerli olup özensiz davranışın tipik ve doğal sonucu “sorumluluk” olarak belirir<sup>249</sup>.

Kartlı sistemlerde tarafların özen yükümlülükleri, sözleşmelerin amacından ortaya çıkan birer yan yükümlülük olup temelini dürüstlük kuralından almaktadır<sup>250</sup>. Sistem genelinde özen yükümlülüklerinin iki temel amaca hizmet ettiği söylenebilir. Bunlar, kartın kötüye kullanılmasına engel olunması ve kart kötüye kullanıldığında, özensiz davranan tarafın / tarafların ortaya çıkan zarara hangi ölçüde katlanacağını tespit edilmesidir.

BKKKK’da tarafların yükümlülüklerinin dağınık bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Gerçekten de hamilin temel yükümlülükleri dördüncü bölümde düzenlenmişken (m. 15 ve m. 16); kart çıkaran kuruluşların (issuer) yükümlülükleri

---

yükümleri, yüklenmiş olup bu yükümlere aykırılık aynı zamanda akdin müspet ihlali teşkil eder. Bu nedenle, çalışmamızda sık sık müspet ihlal kurumuna atıfta bulunulmuştur.

<sup>249</sup> Kartlı ödeme sisteminde, tarafların özen yükümlülükleri, sorumluluk bahsi dışında ifa ilişkisi özelinde de birtakım etkiler gösterir. Bilindiği gibi, ifa ilişkisinde kart kuruluşu ile üye işyeri arasında soyut borç vaadine dayalı bir hukuki ilişki bulunur. Ancak kart kuruluşunun söz konusu vaadini yerine getirmesi, üye işyerinin özen yükümlülüklerine uygun hareket etmesine bağlıdır. Dolayısıyla üye işyerinin özenli davranma yükümlülüğü, aynı zamanda kart kuruluşunun ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesinde bir tür geciktirici şart teşkil eder.

<sup>250</sup> Bkz. İşgüzar, s. 104.

üçüncü bölümde (m. 8 ve m. 14/II), üye işyeri ile anlaşma yapan kuruluşların (acquirer) yükümlülükleri ise beşinci bölümde düzenlenmiştir (m. 21 ve 23/II). Sistem taraflarının yükümlülüklerini düzenleyen tüm bu kurallar yalnızca çerçeve mahiyette olup bu konuda sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir. Dolayısıyla tarafların aralarında anlaşarak emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla başkaca yükümlülükler kararlaştırmasına engel bir durum yoktur<sup>251</sup>.

Buna karşılık kart kuruluşlarınca tek taraflı olarak hazırlanıp hamiller ile üye işyerlerine dayatılan sözleşmelerde, doğal olarak kart kuruluşlarının uymak zorunda olduğu yükümlülüklerle ilgili herhangi bir bilgi kısıntısına dahi rastlanmaz. Standart sözleşmedeki kuralların kart kuruluşlarınca hazırlanmasının temel nedeninin, onların kendi yükümlülüklerini düzenlemekten ziyade akit partnerlerinin yükümlülüklerini belirlemek olduğu dikkate alındığında, bu gayet anlaşılabilir bir durumdur<sup>252</sup>. Bu noktada kanun koyucunun özellikle kart kuruluşları için öngörmüş olduğu yükümlülükler, rehber kaynak olması bakımından ayrıca önem taşır<sup>253</sup>.

Ayrıca kart kuruluşlarının standart sözleşmelerle tüketici konumundaki hamilleri mağdur edecek şekilde birtakım kurallar getirebilmelerini önlemek adına, kanunun hamiller için öngördüğü yükümlülük kurallarını “nispi emredici” formda kaleme aldığı kabul edilmelidir<sup>254</sup>. Böylelikle yasada belirtilen yükümlüklerden ancak hamilin yararına olacak şekilde sapılabilir<sup>255</sup>.

Bu hususta son olarak belirtelim ki, bu başlık altında ilk olarak sorumlulukla olan doğal bağlantısı sebebiyle sistemde yer alan tarafların özen yükümlülüklerini ele almaya çalışacağız. Özen yükümlülüğüne ilişkin yapmış olduğumuz tespitler doğrultusunda, kötüye kullanımdan kaynaklanan zarara kimin / kimlerin hangi ölçüde katlanacağını ise bir sonraki bölümde incelemeye başlayacağız. Ancak tüm

<sup>251</sup> Alman hukukunda da kart kuruluşlarının ödeme hizmetleri sözleşmesinden (kart sözleşmesinden) kaynaklanan yan yükümlülükleri, katalog halinde ve sınırlayıcı olmayacak bir şekilde sayılmıştır [Bkz. BGB §675m/I. Ayrıca bkz. ve karşı. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675m, N. 2; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675m, N. 2; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 4]. Hamilin yükümlülüğünü düzenleyen BGB §675I kuralı bakımından da aynı sonucun geçerli olduğu söylenebilir (Bkz. ve karşı. Aşa. III, C, 3, a).

<sup>252</sup> Bkz. Taupitz, s. 107.

<sup>253</sup> Belirtelim ki, kartlı sistemlere ilişkin yasal düzenlemelere gidilmeden önce de kart kuruluşlarının asgari birtakım yükümlülüklerle uyması gerektiği kabul edilirdi (Bkz. A. Langenbucher, s. 159).

<sup>254</sup> Alman hukukunda bu konuda açık bir düzenleme bulunur. BGB §675e uyarınca, aksi belirtilmediği sürece, üçüncü alt başlıkta düzenlenen ödeme hizmetlerine ilişkin kurallardan, ödeme hizmeti kullanıcısının (hamilin) aleyhine olacak şekilde sapılamaz.

<sup>255</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, N. 2.



bunlardan önce kartlı sistemlerde kötüye kullanımları önlemek adına tarafların uymakla mükellef olduğu tutumların birer yükümlülük mü yoksa külfet mi olduğu sorusunu cevaplamak gerekir.

## **B. Külfet - Yükümlülük Sorunsalı**

Bilindiği üzere kartlı ödeme sistemlerinde, tarafların kötüye kullanımdan doğacak olan zararları engellemek adına birtakım hususlara dikkat etmeleri gerekir. Kanun tarafından belirlenen ve kart sözleşmelerinde ikinci kez vurgulanan davranış modalitelerinin, teknik anlamda hukuki bir yükümlülük mü yoksa külfet mi olduğu konusu tartışmalıdır<sup>256</sup>.

Teorik olarak külfet, uyulması zorunlu tutulmayan, ancak uyulduğunda uyan tarafa menfaat sağlayan veya ortaya çıkacak aleyhe duruma engel olan davranışsal tutumu ifade eder. Doktrinde külfetler kabaca “düşük yoğunluklu yükümlülükler” veya “tarafın kendi menfaatini gözeten yasaklar” şeklinde de anılır. Külfete uyulduğu takdirde, karşı taraf hak iddiasında bulunma veya dava yoluna başvurma gibi bazı gerekliliklerden kurtulmuş olacağından, külfete uyanla birlikte kendisi de menfaat elde etmiş olur. Ayrıca külfet söz konusu olduğunda, hukuk düzeninin ifayı zorunlu kıldığı veya ifa mümkün değilse tazminat yükümlülüğü öngördüğü kurallar bir kenara bırakılarak bunların yerine hafifletilmiş bir yaptırım yeterli görülür. Bu da genellikle avantajlı bir hukuki pozisyonun kaybı veya başkaca bir hukuki dezavantaj olarak belirir<sup>257</sup>. Buna karşılık, yükümlülüğe aykırılıkta ise hâkim görüşün kabulüne göre yalnızca ifa veya tazminat gibi yaptırımlar gündeme gelebilir. Bu kapsamda, bir tarafın belli bir davranışı yerine getirmekle yükümlü mü olduğu, yoksa bunu yerine getirmekle bir avantaj mı sağladığı, taraflar arasındaki borç ilişkisinde yer alan davranış normunun doğasına ve amacına göre belirlenir. Bu sorgulama yapılırken doğal olarak doğrudan hak sahibinin ne tür bir beklenti içinde olabileceği araştırılır ve mümkün mertebe onun menfaatleri dikkate alınır. Özellikle kendisinden olan beklentileri yerine getirmeyen davranış borçlusunun birtakım hakları ileri sürememesi veya mevcut haklarında bir kayıp yaşaması durumunda olduğu gibi,

<sup>256</sup> Nitekim öğretide bir görüş, yükümlülük olarak zikredilen bazı tutumların aslında teknik anlamda külfet olduğunu savunur (Bkz. Vogel, s. 23).

<sup>257</sup> Buraya kadar olan açıklamalar için bkz. Manfred Wolf ve Jörg Neuner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Verlag C. H. Beck, München, 2012, s. 210, N. 38.

diğer tarafın da menfaatleriyle örtüşen bir sonuç ortaya çıkıyorsa, artık ifa veya tazminat talebine yönelmek gereksiz hale gelir<sup>258</sup>.

Kartlı sistemlerde de benzer şekilde bazı taraf davranışlarının yükümlülük mü yoksa külfet mi sayılacağı konusunda birtakım tereddütler yaşanabilir. Gerçekten de kartın kötüye kullanılması durumunda, ortaya çıkan zararın, kural olarak rizikoyu üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşunun malvarlığında doğacağı ve alınacak olan önlemlerin de aslında kart kuruluşunun zararını minimize etmek olduğu düşüncesinden hareketle, bu tutumların aslında birer külfet olduğu görüşü savunulabilir<sup>259</sup>. Ancak kanun koyucunun genel manada tarafların yükümlülüğünden bahsetmesi (Bkz. BKKKK'nın üçüncü, dördüncü, beşinci ve dokuzuncu bölümü) ve hamilin sorumluluğunu düzenleyen BKKKK m. 12 kuralının, hamilin yükümlülüklerini düzenleyen m. 16 ile bağlantılı olacak şekilde kurgulanması, bu kurallarda sayılan tutumları yalnızca külfet olarak yorumlamaya yetmez. Kaldı ki kartlı sistemler özelinde, bilhassa hamilden beklenen davranışlar, sistemin otokontrolüne ve kötüye kullanımların açığa çıkmasına katkı sağladığından, bunları sadece bir külfet olarak değil, aynı zamanda yükümlülük olarak da görmek gerekir<sup>260</sup>.

### **C. Kanunda ve Münferit Sözleşmelerde Düzenlenen Yükümlülükler**

#### **1. Kart Kuruluşunun Yükümlülükleri**

##### **a. Kartın Bizzat Hamile Teslim Edilmesini Sağlamak ve Kart Kullanımına İlişkin Rizikolar Hakkında Hamili Bilgilendirmek**

Kart kuruluşları, çıkarmış oldukları kartı ilgili kart hamiline teslim etmek ve bu konuda gereken önlemleri almakla yükümlüdür. BKKKK m. 8/son'da bu husus açıkça vurgulanmıştır. Buna göre; *“Kart çıkaran kuruluşlar, banka kartı ve kredi*

---

<sup>258</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 23.

<sup>259</sup> Bkz. İşgüzar, ss. 106-107.

<sup>260</sup> Bu yönde bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 116, N. 5. Gerçekten de kartın kötüye kullanılması nedeniyle sadece kart kuruluşu değil, diğer sözleşme tarafları da zarar görür. O halde kötüye kullanımı önlemeye dönük davranışları külfetten ziyade yükümlülük olarak görmek daha doğru olur (Bkz. İşgüzar, s. 107).

*kartlarının asıl kart hamiline teslim edilmesini sağlayacak önlemleri almak, reşit olmayan ek kart hamilleri adına düzenlenen banka ve kredi kartlarının asıl kart hamillerine teslimini sağlamakla yükümlüdür.”* Bu kuralın bir diğer sonucu, kartın bizzat hamile teslim edilmiş olmaması nedeniyle ortaya çıkan kötüye kullanımlardan dolayı kart kuruluşunun sorumlu tutulması gerektiğidir. Aynı sonucu, kartın hamilin eşine veya bir başka aile üyesine teslim edilmesi bakımından da geçerli kabul etmek gerekir. Zira aşağıda da vurgulayacağımız gibi, kart sözleşmelerinde hamilin kart bilgilerini üçüncü kişilerle paylaşmaması gerektiği özel olarak vurgulanır; hatta bu paylaşım yasağının aile yakınlarını da kapsadığı kabul edilir. Bu nedenle kartın hamil yerine bir yakınına teslim edilmiş olması ve buna bağlı olarak üçüncü kişilerce kötüye kullanılması durumunda, sorumluluğu kart kuruluşuna yıkmak gerekir<sup>261</sup>.

Kart kuruluşunun bir diğer yükümlülüğü, kart kullanımına ilişkin rizikoları hamile doğru, eksiksiz ve anlaşılır bir şekilde izah etmektir. Özellikle hamilin hangi özen yükümlülüklerine uymak zorunda olduğu ve bunların ne zaman ihlal edilmiş sayılacağı açıklanmak zorundadır. Bunun için kart sözleşmelerinde hamilin kartla birlikte gizli kodu özenli bir şekilde muhafaza etmekle yükümlü olduğunun vurgulanması yeterli görülür<sup>262</sup>.

Bunun dışında kart sözleşmelerinde kartla para çekme veya diğer işlemleri yapma konusunda günlük veya haftalık bir üst sınır kararlaştırılabilir. Bu hususta da hamilin bilgilendirilmesi gerekir. Üst sınır, özellikle hamilin yüksek miktarlarda zarara uğramasının önlenmesine hizmet eder. Bu yüzden, kart kuruluşuna üst sınır

<sup>261</sup> Yargıtay ise bir kararında (19. HD, 11.12.2007, E. 2007/3871, K. 2007/11183) aksi sonuca ulaşmıştır. Bu karar şöyledir: “... Dava konusu kredi kartının kart hamilinin adresinde ve eşine teslim edilmiş olduğu dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davalı savunmasında, eşinin kartı aldıktan iki üç dakika sonra geri gelen ve kartı yanlışlıkla teslim ettiğini bildiren kuryeye geri verdiğini bildirmiştir. Bu durumda dava konusu kredi kartı, davalının adresine ulaştırılmış ve teslim edilmiş olduğu halde, davalının eşi tarafından daha sonra geri gelen kişilere iade edilmekle olayda davalı tarafın kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca anılan kartla harcama yapıldığı sırada gerekli kimlik ve imza kontrolünü yapmayan üye işyerinin de olayda müterafik kusuru bulunup bulunmadığı yönü üzerinde durup tartışılarak tüm deliller birlikte toplandıktan sonra gerektiğinde ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp, uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken sözleşmede kartın bizzat kart hamiline teslim edileceği yönünde bir hüküm bulunmamasına rağmen davacı bankanın tamamen kusurlu olduğu gerekçesi ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet bulunmamıştır...” (Karar için bkz. Saraç, s. 511). Buna karşılık, yukarıda gövde metninde de ifade ettiğimiz üzere, BKKKK m. 8/son kuralının açıklığı karşısında Yargıtay’ın bu kararına katılmak mümkün değildir.

<sup>262</sup> Bkz. Christian Hofmann, “Das Haftungsregime für Kartenzahlungssysteme im europäischen Rechtsvergleich- eine Bestandaufnahme vor dem Hintergrund des Vorschlags für eine Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 2007, Cilt: 106, s. 184.

kararlaştırma konusunda tek taraflı bir yetki verildiği ve üst sınırı aşan zararlardan ötürü kendisinin sorumlu tutulamayacağı şeklindeki görüşü kabul etmek mümkün değildir. Burada tam aksine, kart kuruluşunun kararlaştırılan üst sınıra kadar hamile tazminat istemiyle başvurabileceğini kabul etmek gerekir<sup>263</sup>. Zira üst sınırın aşılması ancak otorizasyon esnasında teknik bir aksaklık yaşanması durumunda gündeme gelebilir. Teknik aksaklıklardan kaynaklanan zararları da kart kuruluşunun üstlenmesi gerektiği açıktır.

#### **b. Blokaj Bildirimleri için Kesintisiz Hizmet Sunulması ve Kartın Bloke Edilmesi**

Kart hamilinin blokaj bildirimiyle birlikte kart kuruluşu, PIN'e veya diğer parolalara ilişkin blokaj verilerini kaydederek ya da başka birtakım teknik önlemler olarak kartı derhal elektronik ortamda bloke etmeli ve kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasına engel olmalıdır<sup>264</sup>. Kart kuruluşunun bu yükümlülüğü BKKKK m. 8/III'de özel olarak vurgulanmıştır. Buna göre *“Kart çıkaran kuruluşlar, kartların düzenli ve güvenli kullanımı ile bildirim, talep, şikâyet ve itirazlara ilişkin gerekli tedbirleri almaya yönelik sistemi kurmak ve kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.”*

Bilindiği gibi kart sözleşmelerinde kartın kaybolması veya çalınması halinde hamillerin durumu öğrenir öğrenmez bunu derhal kart kuruluşlarına bildirmeleri gerektiği vurgulanır<sup>265</sup>. Kart hamillerinin bu gerekliliği yerine getirilebilmesi, yılın her günü, yedi gün - yirmi dört saat aktif çalışan bir iletişim ağının kurulmasına

<sup>263</sup> Bkz. Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 185.

<sup>264</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 67; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 25; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675m, N. 6; Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 178. Kart kuruluşunun bu yükümlülüğü, hamilin kayıp ve çalıntı bildiriminde bulunma yükümlülüğünün karşılığını oluşturur. Hamilin bildirimi üzerine kartı bloke etmek kart kuruluşuna ait temel bir yükümlülük olduğundan, bu hizmet için hamilin ayrıca ücret ödemesi gerekmez. Aksi yöndeki kızılar geçersiz sayılır [Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindacher ve Pfeiffer) N. K 96. Ayrıca bkz. BGB §675m/I, c. 1, b. 5].

<sup>265</sup> Bkz. Viola Russenschuk, **Die Auszahlung von Bargeld an Geldautomaten nach deutschem Zivilrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, s. 77. BKKKK m. 16/I kapsamında hamilin bu yükümlülüğü, kart kaybolur kaybolmaz ya da kart kaybolduktan belli bir süre içinde değil; hamilin kartının kaybolduğunu fark etmesiyle başlar. Bunun aksi yönündeki kızılar geçersiz sayılır (Bkz. Ahlers, WM 1998, s. 1562).

bağlıdır<sup>266</sup>. Kart kuruluşları bu hizmeti kesintisiz çalışan çağrı merkezi hizmetiyle sunabileceği gibi, internet bankacılığı yardımıyla da sunabilir. Burada önemli olan husus, hamilin herhangi bir zaman (mesai) kaygısı olmadan kayıp ve çalıntı bildiriminde bulunabilmesini sağlamaktır<sup>267</sup>. Ülkemizde internet bankacılığını kullananların sayısı her geçen gün artmasına rağmen, kayıp ve çalıntı bildirimlerinde halen ilk akla gelen ve yaygın olarak uygulanan yöntem, kart kuruluşunun müşteri hizmetlerini aramaktır. Bu nedenle kart teslimatlarında hamillere mutlaka blokaj bildiriminde bulunabilecekleri geçerli bir iletişim numarasının verilmesi gerekir<sup>268</sup>. Ayrıca, MasterCard ve VISA logolu kartlar uluslararası kullanıma açık olduğundan, hamillere yurt dışında oldukları sırada hangi iletişim kanallarını kullanabilecekleri konusunda da gerekli bilgiler verilmelidir<sup>269</sup>.

Hamilin blokaj bildirimi üzerine, kart kuruluşunun bu bildirimi anlaşmalı üye işyerlerine iletmesi gerekir. Kayıp ve çalıntı bildiriminin gerçeği yansıtır yansıtmaması veya hamilin salt bir şüpheye dayanarak bildirimde bulunmuş olması, yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından herhangi bir önem teşkil etmez. Her koşulda, blokaj talep eden hamilin korunmaya değer mutlak bir menfaati bulunacağından, bildirimin gerçekliğinin denetlenmesi şart değildir<sup>270</sup>. Dolayısıyla blokaj bildirimini alan kart kuruluşu, yalnızca uygun araçlar yardımıyla bunu üye işyerlerine iletme ve kartın etkin bir şekilde bloke edilmesini sağlamakla yükümlüdür. Kart kuruluşu bu yükümlülüğü hem blokaj listesini (BUL) üye işyerlerine göndermek hem de online olarak POS terminallerine erişmek suretiyle yerine getirir<sup>271</sup>. Günümüzde sıklıkla tercih edilen yöntem, online bağlantı üzerinden

<sup>266</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1004; İşgüzar, s. 108; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 21.

<sup>267</sup> Bkz. Stefan Werner, **BGB Kommentar Band: 10, Schuldrecht 8 (§§652-704)**, (Ed. Hans Theodor Soergel), Verlag W. Kohlhammer, 13. Bası, Stuttgart, 2012, §675m, N. 5; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 21; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/8.

<sup>268</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 22.

<sup>269</sup> Benzer yönde bkz. Vogel, s. 24.

<sup>270</sup> Bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675m, N. 5.

<sup>271</sup> Bkz. Vogel, s. 24. Birleşik Uyarı Listesi (BUL), BKM tarafından yayımlanan blokeli kartların yer aldığı bir listedir. Kart kuruluşları, kendilerine gelen blokaj bildirimlerini ilk olarak BKM'ye iletir. BKM daha sonra tüm bildirimleri bir liste haline getirip üyelerinin bilgisine sunar. Ayrıca BUL'da yer alan kartlar, POS cihazlarına da yüklenerek kötüye kullanımlar önlenmeye çalışılır (Bkz. Şener, s. 80). Dolayısıyla kart kuruluşlarının, BKM tarafından kendilerine sunulan listeyi POS terminaline yüklemenin yanı sıra ayrıca bunları üye işyerlerine göndermesi gerekir (Bkz. Teoman, s. 28; Çeker, s. 58). Bu durum, günümüzde istisnaen karşılaşılmakla birlikte özellikle imzalı ve offline kullanımlarda oldukça önem taşır. Üye işyerleri, online otorizasyona çıkmadığı hallerde, özellikle imzalı

üye işyerlerindeki POS terminallerine ulaşmak ve kartın işlem görmesini engelleyen yazılımı terminallere yüklemektir. Bu sayede kart kuruluşu, kartın kullanılmasına engel olma yükümlülüğünü hızlı bir şekilde yerine getirmiş olur<sup>272</sup>.

Bununla birlikte kart kuruluşlarının kartı “derhal” bloke etme yükümlülüğü, mevcut teknik imkânlarla sınırlı yorumlanmalıdır. Söz gelimi (çalınan) bir kredi kartı, POS terminalinde offline otorizasyona konu olduğunda, kart kuruluşunun derhal kartı bloke etme yükümlülüğü, teknik açıdan mümkün olan en kısa sürede kartı bloke etme şeklinde anlaşılmalıdır<sup>273</sup>. Zira bilindiği gibi offline kullanımlarda otorizasyon yalnızca POS terminali aracılığıyla ve daha önce banka tarafından POS’a yüklenen BUL bilgileriyle sınırlı olarak gerçekleşmekte; dolayısıyla kart kuruluşunun merkezi bilgisayarına bağlanılıp blokaja ilişkin güncel bilgiler elde edilememektedir. Blokaj bildiriminin BUL’a eklenmesinin ve güncel listenin üye işyerlerinin POS’una yüklenmesinin belli bir zaman alacağı kesindir. Bu nedenle offline kullanımlarda, kart kuruluşunun kartı derhal bloke etme yükümlülüğünü, söz konusu süreyi de dikkate alarak belirlemek gerekir.

Bunun dışında sözleşmelerle kart kuruluşlarına, kötüye kullanımların önlenmesi adına bazı durumlarda kartı resen bloke etme yetkisi tanınabilir. Özellikle ödeme aracının (kart + PIN) güvenliği açısından blokajı gerekli kılan objektif nedenler söz konusuysa veya ödeme aracının otorizasyonsuz ya da hileli olarak kullanıldığına dair şüpheler mevcutsa yahut bankamatik aracılığıyla kredili mevduat hesabından nakit avans çeken hamilin sonradan ödeme yükümlülüğünü yerine getiremeyeceğine ilişkin esaslı bir risk ortaya çıkmışsa, kart kuruluşunca kart resen bloke edilebilir<sup>274</sup>. Kartın resen blokajını gerektiren neden ortadan kalktıktan sonra,

---

kullanımlarda işleme onay vermeden fiziki listeyi kontrol etmek zorundadır. Aksi takdirde, kötüye kullanım rizikosunu üzerlerine almış olur. Yine offline otorizasyonlarda BUL’un güncel halinin POS terminaline yüklenmiş olması, ödemelerin güvenliği açısından büyük önem arz eder. Nitekim BKM’nin “BUL” tanımlamasında da bu belirtmiş olduğumuz hususlar özel olarak vurgulanmıştır. Bu tanım şöyledir: “Birleşik Uyarı Listesi (BUL), kart ihraç eden üyenin kullanımını engellemek istediği (kayıp, çalıntı, sahte, tahsil güçlüğü çıkaran müşteriler v.b.) kart numaralarının listelendiği, kart kabul eden üyelerin online otorizasyona çıkılamadığı durumlarda riski kendinde olmak kaydıyla belli limitler dahilinde onay vermek için kontrol ettiği; offline çalışan ‘Sınırlı Tutarlı Terminaller’de de maksimum işlem tutarı olan 55 TL’ ye kadar kart numarasının kontrol edildiği listeyi içeren bir dosyadır.” Bkz. <https://bkm.com.tr/urunler-ve-hizmetler/yonlendirme-hizmetleri/> (Son Erişim: 07.04.2018).

<sup>272</sup> Ülkemizde kartlı sistem tarafları arasında kesintisiz bilgi akışını sağlayan BKM On-line sistemi 2003 yılında devreye girmiştir (Bkz. İşgüzar, s. 109).

<sup>273</sup> Bu yönde bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, N. 14.

<sup>274</sup> Alman hukukunda, ödeme aracının üçüncü kişilerce veya hamil tarafından kötüye kullanılmasına engel olmak adına, yasa düzeyinde kart kuruluşlarına iki önemli imkân tanınmıştır. Bunlar, kartın

hamilin istemi üzerine kart kuruluşu uygun araçlar yardımıyla karttaki blokajı kaldırmak, bir diğer ifadeyle kartın yeniden tedavüle girmesini sağlamakla yükümlü olur<sup>275</sup>. Kartın blokajında olduğu gibi, blokajın kaldırılması bakımından da hamilin talebini iletebileceği kesintisiz işleyen bir iletişim sisteminin mevcudiyeti şarttır. Ayrıca bloke edilmiş kartın üzerinde öyle ya da böyle bir şüphe söz konusu olduğundan, blokajın kaldırılmasına yönelik taleplerin, en az blokaj bildirimleri kadar önemsenmesi gerekir. Özellikle blokajın kaldırılmasını talep edenin gerçekten yetkili hamil olup olmadığı veya blokajı zorunlu kılan nedenlerin ortadan kalkıp kalkmadığı konusunda kart kuruluşunun ince eleyp sık dokuması icap eder. Bu açıdan, sağlıklı bir inceleme yapabilmeleri için kendilerine uygun bir zaman tanımak

---

kullanımını belli bir limitle (aylık ve / veya işlem limitiyle) sınırlamak ve bazı hallerde kartı resen bloke etmektir (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675k, N. 1). Kart kuruluşunun resen blokaj yetkisini kullanabilmesi, tarafların konuyu önceden kart sözleşmesinde kararlaştırmış olmasına ve blokaj için haklı bir sebebin bulunmasına bağlıdır (Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limpert), §675k, N. 16; Hans Schulte-Nölke, **Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar**, (Reiner Schulze), 8. Bası, Nomos, Baden Baden 2014, §675m, N. 2; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675m, N. 4). BGB §675k'de, resen blokajı gerektiren haklı sebepler; güvenliğe ilişkin sakıncalar, hamilin dolandırma kastıyla hareket ettiği veya ödeme aracının yetkisiz kişiler tarafından kullanıldığı şüphesi ve kredi tahsil rizikosunun (Kreditausfallrisiko) gerçekleşmesi olmak üzere üç kategoride toplanmıştır. Güvenlik konusundaki sakıncalardan dolayı blokajın gerçekleştirilmesi için, ödeme aracının emniyetini şüpheye düşüren objektif bir nedenin bulunması gerekir. Bu anlamda salt şüphe veya subjektif düşünceler blokaj için yeterli görülmez. Objektif şüphe içinse hem hamilin davranışları hem de ödeme aracının güvenliği konusundaki şekli şartlar dikkate alınır. İkinci olarak, yetkisiz kişilerce işlemin otorize edilmeye çalışıldığı şüphesi de blokaj için yeterli görülür. Özellikle birden fazla hatalı PIN bilgisi girme gibi hallerde objektif şüpheden bahsedilebilir ve hatalı giriş belli bir sayıya ulaştığında, ödeme aracı otomatik olarak bloke edilebilir. Bunun dışında kredi kartları özelinde, hamilin harcama davranışları kayıt altında tutulmuş (Behavioural Scoring) ve hamil olağan tutumu dışında bir harcama yapmışsa, yine kart kuruluşu nezdinde objektif bir şüphe oluştuğu söylenebilir. Keza adli kovuşturma bürosu veya kartlı sistem kuruluşu tarafından olağan dışı hallerin bildirilmesi durumunda da haklı bir şüpheden bahsedilebilir. Son olarak kart kuruluşunun, kredi tahsil rizikosunun doğması halinde, yani hamilin kredi kartı borcunu üst üste ödeyememeye başladığında daha fazla harcama yapmasına engel olmak adına, kartı resen bloke edebileceğini belirtelim. Aynı sonuç, debit kartıyla ek hesabından kredi çeken hamilin borcunu üst üste ödeyememesi durumunda da geçerlidir [Bu hususlarda genel olarak bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limpert), §675k, N. 20-22 ve 25; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675k, N. 4-5, 10-12; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675k, N. 9-11; Staudinger ve Omlor, §675k, N. 8-10; Sprau, Palandt BGB, §675k, N. 4]. Her ne kadar bizim hukukumuzda bu konuda özel bir düzenleme yer almasa da kart sözleşmesiyle kart kuruluşuna resen blokaj yetkisi tanınabilir. Hatta kanımızca, kanunda veya sözleşmede kural bulunmasa bile, belirtilen hallerde müteakip kötüye kullanımlara engel olmak adına kart kuruluşunun resen blokajla yükümlü olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca bkz. Aşa. IV, C, 1, e.

<sup>275</sup> Alman hukukunda bu husus BGB §675k/II c. 5'te açıkça düzenlenmiştir. Kural uyarınca ödeme hizmeti sağlayıcısı (kart kuruluşu), blokajın devamını gerektiren nedenler ortadan kalkmışsa, ödeme aracındaki blokeyi kaldırmak veya bloke haldeki ödeme aracını yenisiyle değiştirmekle yükümlüdür [Ayrıca bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675k, N. 15; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675k, N. 17].

gerekir<sup>276</sup>.

Bu hususta son olarak, ileride sorumluluk bahsinde de belirteceğimiz gibi kart kuruluşunun, kayıp ve çalıntı bildirimlerini yedi gün - yirmi dört saat kesintisiz olarak kabul etme konusundaki yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, hamilin blokaj bildiriminde bulunmak istediği; fakat teknik nedenlerden dolayı- bunu başaramadığı an ile bildirimde bulunduğu an arasındaki dönemde gerçekleşen kötüye kullanımlardan da sorumlu olacağını belirtelim. Dolayısıyla kesintisiz hizmet sunma yükümlülüğünü ihlal eden kart kuruluşu, bildirimden önce gerçekleşen zararları da üstlenme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir<sup>277</sup>.

### **c. Kayıt Altına Alınan Blokaj Bildirimlerinin Saklanması ve Talep Üzerine Hamile İbraz Edilmesi**

Kart kuruluşunun blokaj bildirimleri için kesintisiz hizmet sunma yükümlülüğünün yanı sıra kendisine ulaşan blokaj bildirimini saklaması da gerekir. Çünkü kart kuruluşunun, ileride karşılaşılabilecek olası uyuşmazlıklarda delil olması bakımından talebi üzerine hamile kayıp ve çalıntı bildiriminde bulunduğu dair ispat araçlarını (belge, doküman, e-mail vs.) vermesi gerekir<sup>278</sup>. Bu yükümlülüğün, özellikle telefonla yapılan bildirimlerde, hamilin zamanında bildirimde bulunduğunu ispat etme noktasında sıkıntı yaşamaması adına getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle dijital ortamda blokaj bildiriminde bulunan hamilin en azından bildirimde bulunduğu dair kart kuruluşundan yazılı bir belge alması isabetli olur.

BKKKK m. 32/III'te bu durum telefonla yapılan bildirimler ve dijital kayıtlar

<sup>276</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, N. 12.

<sup>277</sup> Bu yönde bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675m, N. 5.

<sup>278</sup> Kart kuruluşlarının bu yükümlülüğü Alman hukukunda açıkça düzenlenmiştir (BGB §675m/II). Fakat hamile verilmesi gereken ispat araçlarından kastın ne olduğu kuraldan anlaşılamamaktadır. Telefonla yapılan bildirimler bakımından sesli görüşme kaydının kendisi veya görevli tarafından imzalanmış ve bildirimin telefonla yapıldığını belirten yazılı bir belge ispat aracı olarak kabul edilebilir. Burada önemli olan husus, bildirimin tam olarak ne zaman yapıldığının bu delil araçlarından anlaşılabilesidir (Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675m, N. 6). Ayrıca kuralın, ispat yükünün yer değiştirmesi bakımından da ayrı bir önem arz ettiği belirtilir. Zira kart hamili kayıp ve çalıntı bildiriminde bulunduğu iddiasını gerekçeli bir şekilde sunarsa, artık bunun aksini savunan kart kuruluşu iddiasını ispatlamak durumunda kalır. Oysa diğer olasılıkta, elinde herhangi bir argüman bulunmayan kart hamili, hakkını elde edebilmek için öncelikle kendisi bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlamak durumunda kalır [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675m, N. 6; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675m, N. 7. Benzer yönde bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 36].



özelinde açıkça düzenlenmiştir. Aynı zamanda kuralda, kart kuruluşlarının ses kayıtlarını bir yıl süreyle saklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir; ihtilaflı olan kayıtlar bakımından ise bu süre devre dışı bırakılmıştır. Yine BKKKK m. 32/IV ile dijital ortamlarda tutulan kayıtlardan alınan kopyalar veya bu kayıtlardan üretilen belgeler, kopya ve belgelerin birbirini teyit etmesi kaydıyla asıllarına gerek kalmaksızın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>279</sup> m. 68/T'de belirtilen belgelerden sayılmıştır<sup>280</sup>.

Belirtelim ki düzenleme iki açıdan eleştiriye konu olabilir. Bunlardan birincisi kuralın yalnızca dijital ortamda saklanan verileri kıstas almış olmasıdır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi seri müdahale olanağını ortadan kaldırdığından, blokaj bildirimlerinin yazılı yapılması pek tavsiye edilmez. Bu manada anılan eksikliğin çok büyük önem arz ettiği söylenemez. İkincisi, her ne kadar ihtilaf durumunda devre dışı kalsa da saklama yükümlülüğünün bir yıl gibi görece olarak kısa sayılan bir zaman dilimiyle sınırlandırılmış olmasıdır. Çünkü bunun bir diğer anlamı, bir yıl geçtikten sonra doğacak olan ihtilaflarda, uyuşmazlığı çözecek olan kayıtların delil olarak kullanılamayacak olmasıdır. Özellikle delil ağırlığı görece olarak daha düşük seviyede olan birçok belge konusunda daha uzun saklama süreleri öngörülmesine rağmen, blokaj bildirim kayıtlarında bir yıl gibi kısa bir süre aranması yerinde olmamıştır<sup>281</sup>.

#### d. Kartlı Ödeme Sisteminin Güvenliğinin Sağlanması

Kart kuruluşları da tıpkı kart hamilleri gibi gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesini engellemek adına gerekli olan bütün tedbirleri almak zorundadır. Bu bakımdan sistem güvenliğini sağlama konusundaki temel görevlerinin, gizli kodları

<sup>279</sup> RG. 19.06.1932 / 2128. Bundan böyle kısaca “İİK” olarak anılacaktır.

<sup>280</sup> Bunun anlamı, hamilin olası itirazı halinde, kart kuruluşunun dijital verilerden alınan kopyaları, asıllarına gerek olmadan itirazın kaldırılması davasında delil olarak kullanabilmesidir. Kart kuruluşuna tanınan bu imkân öğretide eleştiriye konu olmuştur [Bkz. Taylan Özgür Kiraz, “5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile Getirilen Yenilikler ve İspat Yükü ile Yetkili Mahkeme ve Mercilere İlişkin Maddelerin Değerlendirilmesi”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar** (Ed. Taylan Özgür Kiraz), İstanbul 2009, ss. 16-17].

<sup>281</sup> Bkz. Kiraz, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 16. Buna karşılık Alman hukukunda, kart kuruluşunun bu yükümlülüğü, blokaj bildiriminin üzerinden 18 ay geçmekle son bulur (BGB §675m/I c. 2). 18 aylık bu süre hak düşürücü niteliktedir (Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 35; Stange, s. 159).

yalnızca hamillerin kullanımına sunmak olduğu söylenebilir<sup>282</sup>. Buna göre kart kuruluşları, gizli kodun yetkili hamil tarafından kullanılması için gereken tüm tedbirleri almak, özellikle hamilin ihmali tutumuyla kodun öğrenilmesine katkı sağladığı durumlar dışında, üçüncü kişilerin gizli kodu kopyalamasını veya deşifre etmesini engellemek durumundadır.

Aşama aşama ilerleyecek olursak, ilk etapta kart başvurusunda bulunan hamile, kartın ve geçici olarak sistem tarafından belirlenen karta bağlanan gizli kodun (geçici PIN'in) bildirilmesi gerekir. Gizli kodun hamile bildirilmesi, gönderilecek borç niteliğinde bir borçtur<sup>283</sup>. Kart kuruluşunun kodun gizliliğini sağlama yükümlülüğü hem kodun yetkili hamile gönderilmesinden önceki süreci hem de onun teslimine kadar geçen süreci kapsar. Diğer bir deyişle kart kuruluşları, kendi hâkimiyet sahasında olduğu sürece kodun gizliliğini korumakla mükelleftir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, hamilin kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğünün kendisinden beklenebilecek nitelikteki tedbirlerle sınırlandırılmışken; kart kuruluşunun yükümlülüğünün herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamış olmasıdır. Bu nedenle kod posta ile gönderilecekse, en güvenli yöntem olan iadeli ve taahhütlü mektupla gönderilmesi veya online bankacılık özelinde internet üzerinden gönderilecekse güvenli bir veri transfer ağının tercih edilmesi gerekir<sup>284</sup>.

Kartın gönderilmesi bahsinde de bu belirtilen hususlar aynen geçerlidir. Dolayısıyla kart, hamilin hâkimiyet alanına ulaşana kadar gönderim rizikosunu kart kuruluşu üstlenir. Burada “gönderim rizikosu”yla kastedilen, gönderim sürecinde kaybolan ödeme aracının (kartın ve gizli kodun) otorizasyonsuz kullanımlara konu olmasına ilişkin rizikodur<sup>285</sup>. Yoksa gönderim sürecinde ödeme aracının bir şekilde fiziksel açıdan zayi olup ortadan kalkmasına veya herhangi bir nedenle ortaya çıkan edim - karşı edim hasarına (Leistungs- Gegenleistungsgefahr) ilişkin riziko, bu sorumluluğa dâhil değildir<sup>286</sup>.

Ödeme aracının hâkimiyet sahasına ulaşmasıyla birlikte, hamilin kartı

---

<sup>282</sup> Bkz. Stange, ss. 158-159

<sup>283</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675m, N. 2.

<sup>284</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675m, N. 2; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675m, N. 3; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, N. 7.

<sup>285</sup> Bkz. Stange, s. 160.

<sup>286</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 37; Staudinger ve Omlor, §675m, N. 20.

saklama ve gizli kodu koruma yükümlülüğü başlar. Bir diğer deyimle riziko, bütünüyle hamilin sahasına taşınmış olur. Bu andan önce gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı, prensip olarak kart kuruluşu sorumlu olmakla birlikte<sup>287</sup>, bazı istisnai hallerde hamilin de sorumluluğu gündeme gelebilir. Örneğin kart başvurusunda bulunan hamil, henüz riziko kendi sahasına geçmeden önceki dönemde kontrol ve bildirim (yan) yükümlülüklerine aykırı davranır ve öngörülen teslim süresi geçmesine rağmen kartı henüz teslim almadığını bildirmezse, kart kuruluşuna tazminat ödemek durumunda kalabilir<sup>288</sup>.

Kart kuruluşlarının sistem güvenliğini sağlama konusunda bir diğer görevi, hamile güvenli bir şekilde iletilen kartın ve gizli kodun (PIN, TAN vs.); POS, sanal POS, bankamatik gibi araçlarda yine güvenli bir şekilde kullanılmasını temin etmektir. Bu açıdan kart kuruluşları ilk olarak mümkün mertebe, kendi sorumluluk sahasında faaliyet gösteren personelinin otorizasyon için gerekli olan gizli bilgilere ulaşmasını önlemek durumundadır. Bunun dışında, POS cihazlarında güvenlik standartlarına uygun tedbirler alınması, bazı işletmelere (özellikle restoranlara) kablosuz POS cihazı tahsis edilmesi veya bankamatiklerde kötüye kullanımı minimize eden teknolojilerin kullanılması gibi birtakım önlemler düşünülebilir. Buna karşılık kart kuruluşlarının bankamatik kullanımlarında, kartı fiilen kullanan kişinin teşhis edilebilmesi için kamerayla gözetleme yapma gibi bir yükümlülüklerinin olduğu söylenemez<sup>289</sup>. Çünkü kartın kimin tarafından kullanıldığını tespit eden kamera görüntülerinin, kötüye kullanım iddiaları bakımından delil olarak kabul edilebilmesi oldukça güçtür. Kamera kayıtlarıyla kartın üçüncü kişi tarafından kullanıldığı tespit edilse bile, bu kartın üçüncü kişinin eline nasıl geçtiği ve bu kişinin gizli kodu nasıl öğrendiği hiçbir şekilde bilinemez. Üçüncü kişi kartı çalmış olabileceği gibi, yetkili hamilin vermiş olduğu temsil yetkisi çerçevesinde hareket etmiş de olabilir<sup>290</sup>. Kart kuruluşlarının özellikle kartın bankamatiklerde alıkonulup kopyalanmasını veya PIN'in gizlice gözetlenmesi için üçüncü kişilerce mikro

<sup>287</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, No 19; Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675m, N. 5.

<sup>288</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, No 19; Staudinger ve Omlor, §675m, N. 21; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675l, N. 14; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 39.

<sup>289</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 113; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 49.

<sup>290</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 45.

kameralar konulmasını engellemesi gerekir. Buna karşılık, işlem süreçlerini gözetlemek ve kullanım güvenliğini sağlamak adına, bankamatiklere kamera yerleştirmekle yükümlü olup olmadıkları hususu tartışmaya açıktır. Kartı kötüye kullanmak isteyen üçüncü kişilerin tanınmamak için maske takabileceği ve kameranin lensini karartabileceği göz önüne alındığında, kamera kayıtlarının her zaman kesin bir sonuç vereceği söylenemez. Ayrıca böyle bir önlem alınması, önemli ölçüde teknik araç ve personel giderine neden olacağı ve bunun kart hamillerine yansıtılacağı da açıktır. Yine kaydedilen bu verilerin korunmasının hukuken nasıl sağlanacağı ve kamerayla gözetleme yapıldığına dair önceden yazılı uyarıda bulunma zorunluluğunun, kötü niyetli üçüncü kişilerin buna karşı birtakım önlemler almasına yol açıp açmayacağı meçhuldür. Tüm bu sebeplerden ötürü, kart kuruluşlarının bankamatikleri kamerayla gözetlemekle yükümlü olmadıklarını söylemek daha doğru olur<sup>291</sup>. Ancak yine de PIN'in gizlice gözetlenip gözetlenmediği, bankamatiklere manipülatif girişimlerde bulunulup bulunulmadığı veya hamilin işlem sırasında PIN'i gizlice girme yükümlülüğünü ihlal edip etmediği noktasında kamera kayıtları yardımcı olabilir<sup>292</sup>. Özellikle kopyalama yöntemi (skimming)<sup>293</sup> gibi teknik bilgi ve beceriye dayanan kötüye kullanımlarda rizikoyu kart kuruluşu taşıdığından, kamera ile 7/24 kesintisiz güvenlik taraması yapmak en azından bir külfet olarak görülebilir.

Ayrıca önemle vurgulayalım ki kart kuruluşlarının güvenliği sağlama ve kötüye kullanımları önleme noktasında, güncel teknolojinin gerekli kıldığı işletmesel ve teknik önlemleri alması gerekir<sup>294</sup>. Buna karşılık geçmişte bazı yazarlar, kart kuruluşlarının güvenlik standartlarını “asgari” ölçüde sağlamalarının yeterli olduğunu ve bunun hiçbir şekilde karta fotoğraf eklemek, çipli kart çıkarmak veya kötüye kullanımları önleyici nitelikteki diğer teknik önlemleri almak şeklinde anlaşılamayacağını savunmuştur. Hatta bu yazarlara göre, mezkûr önlemleri alma

<sup>291</sup> Bkz. Haybäck, s. 77.

<sup>292</sup> Benzer yönde bkz. Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 295.

<sup>293</sup> Bu yöntem için bkz. Aşa. V, C, 2, a.

<sup>294</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 12. Aynı yazarın belirttiği gibi, ikinci revizyonla birlikte Alman hukukunda kart kuruluşlarının güvenliği sağlama yükümlülüğü bir kat daha artmış ve güçlü kimlik doğrulaması (starke Kundeauthentifizierung) modeli geliştirilmiştir. “Çift faktörlü kimlik tespiti” (Zwei-Faktor-Authentifizierung) olarak da bilinen güçlü kimlik doğrulamasında, kimlik tespitinin gerçekleştirilmesi için “bilgi” (örneğin parola, TAN, PIN, kullanıcı adı vs.; ancak doğum tarihi, adres, kartın arkasındaki güvenlik numarası vs. bu kategoriye dahil değil), “zilyetlik” (kartlar, akıllı telefonlar vs.; ancak nüfus cüzdanı bu kategoriye dahil değil) ve “aitlik” (parmak izi, retina, ses ve biyometrik yüz tarama verileri vs.) kategorilerinde yer alan birbirinden bağımsız en az iki unsurun kullanılması gerekir (N. 14). Alman hukuku özelinde bu konuya ileride tekrar dönülecektir (Bkz. Aşa. VI, B, 4, d).

noktasında ihmalkâr davranan kart kuruluşuna karşı hamil yasal yollara başvuramaz ve ortaya çıkan zararlar sebebiyle tazminat talebinde bulunamaz<sup>295</sup>. Kanımızca bu görüşlere katılmak oldukça güçtür. Kart kuruluşları, kartlı sistemde kötüye kullanımlara engel olmak adına tekniğin geldiği son nokta ne ise onun gereğini yerine getirmekle mükelleftir<sup>296</sup>. Bu açıdan bir kart kuruluşunun güvenlik standartlarını “asgari” düzeyde yerine getirmesi, üzerine düşen görevi tam manasıyla yerine getirdiği anlamına gelmez. Kaldı ki kart kuruluşları ülkemiz ve dünya uygulamasında çoğunlukla bankalardır ve bankalar tüzel kişi tacir statüsünde olduğundan istisnasız bir şekilde basiretli hareket etmek durumundadır. Bu anlamda TTK m. 18/II’nin yanı sıra, BKKKK m. 33’te de kendilerinin basiretli hareket etme gerekliliğinin özel olarak vurgulanmış olması manidardır. Hal böyleyken, kartlı ödeme sistemlerinde asgari güvenliği sağlamakla yetinen bankaların, basiretli hareket ettiğini söylemek zoraki bir yorum olur. Nitekim ülkemiz uygulamasında da kart kuruluşlarının basiretli bir şekilde hareket ettikleri, kartlı sistem güvenliğini sağlama konusunda güncel gelişmeleri yakından takip ederek yenilikleri hemen ürünlerine ekledikleri gözlenmektedir<sup>297</sup>.

Alman hukukunda da kart kuruluşlarının güncel tekniğin gereklerine uygun önlemler almakla yükümlü olduğunu savunan görüşler bulunur. Ancak bu görüş savunucularına göre, söz konusu yükümlülükle kart kuruluşlarının güvenliği sağlama noktasında bir nevi garanti borcu altına girdiği sonucu çıkarılmamalı ve yükümlülük, kart kuruluşlarının kendilerinden beklenen şekilde hareket etmesiyle ve yalnızca onların kontrol edebildiği hâkimiyet sahasıyla sınırlı olarak ele alınmalıdır<sup>298</sup>. Bu

<sup>295</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, s. 107; Vogel, s. 27. Hatta son yazar, bir kısım kart kuruluşlarının asgari ölçütler dışında ek güvenlik önlemleri alması, buna karşılık diğerlerinin asgari standartlarda kalması durumunda da prensip olarak aynı sonucu kabul etmek gerektiğini savunur.

<sup>296</sup> Benzer yönde bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 117, N. 6. Yargıtay da bir kararında (11. HD, T. 29.06.2009, E. 2008/3877, K. 2009/7940) bu yönde bir sonuca ulaşmıştır. Bu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “...Mahkemece öncelikle davalı bankadan sahteliğe konu kredi kartının yurt içi kredi kartı mı yoksa yurt dışı kredi kartı mı olup olmadığı belirlenerek, yurt dışı bankaya ait kredi kart olması halinde davalı bankanın zararının doğup doğmadığı konusunda delilleri de toplanmak suretiyle, uzman bilirkişiler vasıtasıyla, uluslararası kredi kartının uygulamasının ulaştığı aşama itibarıyla davalı bankanın sahte kredi kartlarına POS cihazının onay vermesini engelleyici teknik bir takım önlemler almasının mümkün olup olmadığı, eğer mümkünse bu önlemleri almaması nedeniyle sorumluluğu bulunup bulunmadığı...nın araştırılması ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Bu karar için bkz. Saraç, ss. 503-504).

<sup>297</sup> Bkz. İşgüzar, s. 110.

<sup>298</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, N. 7-8; Sprau,

noktada kart kuruluşlarından, özellikle online bankacılık uygulamalarında hizmet kullanıcılarına ücretsiz bir antivirüs programı tahsis etmesi, internet güvenliğini sağlaması ve buna ilişkin teknik güncellemeleri ücretsiz erişime sunması beklenebilir<sup>299</sup>. Yine kanımızca kart kuruluşlarının bütün bankamatikleri Anti-Skimming olarak bilinen ve bankamatikte işlem yapan hamilin kart bilgilerinin ele geçirilmesini önleyen teknolojiyle donatmasını beklemek, günümüz şartlarında aşırı bir beklenti olarak görülmemelidir<sup>300</sup>.

Son olarak kart kuruluşlarının sistem güvenliğini sağlama yükümlülüğü ile ilk görünüş ispatı (Anscheinsbeweis) arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğunu belirtelim. Gerçekten de sistemi koruma yükümlülüğü yerine getirildiğinde, teknik olarak gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilme imkânı ortadan kalkacağından, gizli kod kullanılarak gerçekleşen işlemlerde artık ister istemez kartın ya hamil tarafından kullanıldığı ya da hamilin kusurlu davranışı sonucunda kötüye kullanıma fırsat tanıdığı şeklinde bir ön kabul oluşur<sup>301</sup>. Bu konu daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacağından, burada yalnızca yükümlülükle olan bağlantıya temas etmekle yetiniyoruz<sup>302</sup>.

#### **e. Hamilin Talebi Olmaksızın Kart Gönderilmemesi**

Ülkemizde yakın geçmişe kadar yaygın bir uygulama olmasına rağmen, günümüzde nispeten daha az karşılaşılan ve kötüye kullanımlara vesile olan diğer bir uygulama, hamilin herhangi bir talebi olmaksızın adresine kart gönderilmesidir<sup>303</sup>.

Kart kuruluşlarının kural olarak talep olmadan başkaları adına kart çıkarmamaları veya talep olmamasına rağmen çıkarmış oldukları kartı ilgili kişiye bilgisi dışında göndermemeleri gerekir<sup>304</sup>. Bu gereklilik BKKKK'da ve BKKKY'de açıkça düzenlenmiş ve kart çıkaran kuruluşların talepte bulunmayan veya sözleşme

---

Palandt BGB, §675m N. 2; M. Koch, ss. 156-157.

<sup>299</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675l, N. 4a

<sup>300</sup> Aksi yönde bkz. M. Koch, s. 157.

<sup>301</sup> Bu hususlarda bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675m, N. 3; Tilman Hoppe, "Anscheinsbeweis bei Ausspähen der PIN", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* 1999, s. 89.

<sup>302</sup> İlk görünüş ispatına ilişkin açıklamalar için bkz. Aşa. XIV, A, 3, b.

<sup>303</sup> Talep olmaksızın kart gönderme uygulamasının, günümüzde olağan bir işletme metodu olmaktan çıktığı konusunda bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675m, N. 4; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675m, N. 4.

<sup>304</sup> Bkz. Stange, s. 159.

imzalamayan kişiler adına hiçbir şekil ve surette kart vermemekle yükümlü oldukları vurgulanmıştır (BKKKK m. 8/I; BKKKY m. 21/I). Buna karşılık taraflar arasında zaten bir kart sözleşmesi mevcutsa ve sözleşme kapsamında kartın değişimini zorunlu kılan bazı durumlar gündeme gelmişse, artık bu yükümlülük devre dışı kalır<sup>305</sup>. Bunun tipik örneği, blokaj bildirimi sonrasında -kart kuruluşuyla olan sözleşmesini feshetmeyen- hamilin talebi beklenmeden kendisine yeni bir kart gönderilmesi veya kullanım süresi dolmak üzere olan kartın yerine yenisinin gönderilmesidir<sup>306</sup>. Bu istisnalar dışında, kart kuruluşunun hâlihazırda müşterisi olan hamile talebi olmaksızın ikinci bir kart veya ek kart göndermesi de mümkün değildir<sup>307</sup>.

5464 sayılı BKKKK, kart kuruluşlarına talep olmadan kart çıkarmama ve bunu ilgililere göndermeme yükümlülüğü getirmiş olmakla birlikte, yaptırım konusunda sessiz kalmayı tercih etmiştir. Bununla birlikte, genel hükümler kapsamında kart kuruluşunun talepte bulunmayan herhangi bir kişiye kart göndermesi açık veya örtülü bir irade açıklaması, dolayısıyla öneri olarak nitelendirilemeyeceği ortadadır<sup>308</sup>. Nitekim TBK’da ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesinin öneri sayılmayacağı açıkça belirtilmiş (m. 7, c. 1), hatta bu hususta bir adım daha ileri gidilerek gönderiyi alanın onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmadığı belirtilmiştir (m. 7, c. 2). Şu halde, sözleşme heveslisi konumundaki kart kuruluşunun göndermiş olduğu kartı, alıcı taraf kabul etmek zorunda değildir. Diğer taraftan, her ne kadar bu tarz teklifsiz gönderiler kural olarak öneri sayılmasa da alıcı bunu bir öneri ve tasarruf işlemi olarak kabul edebilir. Bu takdirde, irade özgürlüğü ilkesinden hareketle alıcının kabulünü üstün tutmak icap eder<sup>309</sup>. Kuralın ratio legisinin, gönderileni korumak ve onun iradesini üstün tutmak

<sup>305</sup> Alman hukukunda kart kuruluşlarının talep olmaksızın kart göndermeme yükümlülüğü, BGB §675m/I, b. 2’de istisnasını da içerecek şekilde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Ödeme hizmeti sağlayıcısı (kart kuruluşu), önceden çıkarılmış bulunan ödeme aracının değiştirilmesini gerektiren bir durum olmadıkça, talepte bulunmayan ödeme hizmeti kullanıcısına (kart hamiline) ödeme aracı göndermekten kaçınmalıdır.*”

<sup>306</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675m, N. 10; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675m, N. 4; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 30; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675m, N. 4.

<sup>307</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 28.

<sup>308</sup> Bkz. Tüzüner, MÜHFD, Cilt: 3, Sayı: 2, s. 294.

<sup>309</sup> Bkz. Belen, s. 44.

olduğu dikkate alındığında<sup>310</sup>, ısmarlanmayan gönderilerde alıcının kabul doğrultusundaki iradesini esas almak herhangi bir aykırılık veya çelişki teşkil etmez. Bu nedenle alıcı, kart kuruluşu tarafından gönderilmiş olan kartı açık veya zımni bir şekilde öneri olarak değerlendirirse, örneğin söz konusu kartı kullanırsa, taraflar arasında kart sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmeli ve kart kuruluşu, hamil sıfatına kavuşan alıcıya karşı yapmış olduğu işlemler sebebiyle masraf tazmin talebinde bulunabilmelidir.

Özetle, kart kuruluşları BKKKK m. 8/I ve BKKKY m. 21/I uyarınca talebi olmayan kişiler adına kart düzenlememek ve göndermemekle yükümlüdür. Aksi durumda yapılan gönderi, öneri olarak kabul görmez (TBK m. 7, c. 1). Kural bu olmakla birlikte alıcı gönderiyi bir öneri olarak değerlendirebilir, açık veya örtülü olarak öneriyi kabul edebilir<sup>311</sup>. Ancak alıcı, gönderiyi bir öneri olarak dikkate almaz ve kart kendisi veya kendisinin yetkilendirildiği üçüncü bir kişi tarafından kullanılmazsa, taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulmuş olmaz. Dolayısıyla burada kilit nokta, alıcının ısmarlamamış olduğu gönderiyi nasıl değerlendirdiği ve kartı

<sup>310</sup> Belen'in ifadesiyle kuralın ratio legisi, "*Ekonomik açıdan zayıf kişileri, birilerinin kapısına ısmarlamadığı şeyleri gönderecek (şeyin gönderme ücretinin parasını gözden çıkaracak) refahtaki kişilerin, temelinde ahlaka aykırılık da barındıran davranışları karşısında korumaktır.*" (s. 45).

<sup>311</sup> Buna karşılık öğretide TBK m. 7 kuralını lâfzen yorumlayan ve kanun koyucunun ısmarlanmadan yapılan gönderileri hiçbir şekilde öneri olarak kabul etmediğini savunan görüşler de mevcuttur. Ancak bu görüş taraftarları da hükmün bazı durumlarda amacını aşan sonuçlar doğurabileceğini kabul etmiş ve kuralı eleştirmekten kendilerini alamamışlardır (Nitekim bkz. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 54). TBK m. 7 kuralı lâfzen dikkate alınarak bu denli katı yorumlansa dahi, ısmarlamadığı şeyi kabul etmek isteyen alıcının gönderene yeni ve bu kez geçerli bir öneri sunmasına engel bir durum bulunmaz. Bu halde, durumun özelliği gereği, açık kabul beyanına gerek olmadan, gönderenin susması halinde bile sözleşme kurulabilir [Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 192]. Bu çıkarımı kartlı sistemlere uyarlısak, ısmarlamadığı kartı alan alıcının kartı kullanarak kart kuruluşuna verdiği ödeme talimatı kart sözleşmesi için bir öneri, bu talimat üzerine kart kuruluşunun işlemi otorize etmesi de kabul beyanı olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla "yetkili" hamilin kartı kullanması ve otorizasyonun gerçekleşmesiyle birlikte taraflar arasında hukuki ilişki her koşulda kurulmuş olur.

Bu hususta son olarak, TBK m. 7, c. 2 uyarınca sözleşme heveslisi olmayan alıcının ısmarlamadığı şeyi saklamakla veya geri göndermekle yükümlü tutulmamasının birtakım sakıncaları beraberinde getireceğini belirtelim. Gerçekten de ısmarlanmayan şey alıcıya yanlışlıkla gönderilmiş olabilir veya alıcının birtakım ümit veren davranışları, bu şekilde bir gönderiye vesile olabilir. Bu açıdan alıcının gönderileni saklaması veya iade etmesi gerekmediğini söyleyen TBK m. 7, c. 2 kuralına şüpheyle yaklaşmak gerekir. Duruma göre alıcı bu gibi hallerde, culpa in contrahendo veya haksız fiil müesseseleri işletilerek sorumlu tutulabilmelidir (Bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 41). Nitekim Alman hukukunda, gönderinin hataen mi gerçekleştiğinin bile belli olmadığı bir uyumsuzlukta, kendisine gönderilen kartı kullanmak istemeyen, buna karşılık kartın kötüye kullanılmasına engel olacak şekilde, örneğin kartı kesip parçalara ayırmadan, gizli kod bilgisini içeren mektupla birlikte çöpe atan alıcıya ağır ihmâl isnat edilmiştir [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 87]. Şu halde kartın saldırgan satış politikasının bir sonucu olarak değil de yanlışlıkla gönderildiği açık bir şekilde anlaşılıyorsa, kartı teslim alanın kartı saklaması ve bir şekilde kartı kart kuruluşuna ya da en azından durumu bildirmesi isabetli olur.



kendi iradesiyle kulanıp kullanmadığı hususudur<sup>312</sup>.

#### **f. Kötüye Kullanım Şüphesi Doğduğunda Durumun Kart Hamili Aracılığıyla Soruşturulması**

Kart kuruluşu, kartın kötüye kullanıldığı konusunda bir şüphe içerisine düşerse, durumu derhal kart hamiline sormak ve onun bilgisini almakla yükümlüdür. Söz gelimi kart aynı anda birden farklı yerlerde kullanılmış veya hamilin o ana kadarki rutin alışkanlığından farklı olarak fahiş tutarlı harcamalar gerçekleştirmiş olabilir. Bu gibi durumlarda kart kuruluşlarının, daha sonra gerçekleşecek müstakbel kötüye kullanımlara meydan vermemek adına, derhal kart hamiliyle iletişime geçmesi ve kendisinden şüpheli işlemin sıhhati hakkında bilgi alması gerekir<sup>313</sup>.

Ayrıca daha önce, kart kuruluşunun şüpheli hallerde kartı resen bloke edebilmesi hususunda tarafların önceden anlaşılabileceğini belirtmiştik<sup>314</sup>. Böyle bir anlaşma söz konusuysa kart kuruluşu, kötüye kullanıma dair güçlü şüpheler bulunması halinde, hamille iletişime geçmeden doğrudan kartı bloke edebilir. Bu durum, esas itibarıyla kart kuruluşuna sözleşmeyle tanınmış bir hak olmakla birlikte, müteakip kötüye kullanımlara engel olunması bakımından bir yükümlülük olarak da görülebilir.

---

<sup>312</sup> Yargıtay da bir kararında (19. HD, 03.04.2012, E. 2011/16513, K. 2012/5543) benzer yönde görüş bildirmiştir. Bu karar şöyledir: “Dava, Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili için girişilen icra takibine yönelik itirazın iptali ve icra inkar tazminatına ilişkindir. Davalı vekili, müvekkilinin nüfus cüzdanının çalındığını, tahminen 15 tane bu şekilde müvekkili aleyhine açılan davanın bulunduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece yapılan yargılama, toplanan deliller neticesinde Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesindeki imzanın davalının eli ürünü olmadığını anlaşıldığından davalının borçtan sorumlu tutulmayacağı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Her ne kadar dava konusu kredi kartı sözleşmesindeki imzanın davalıya ait olmadığı saptanmış ise de, davacı tarafından çıkarılan kredi kartının davalıya teslim edildiği ve davalı tarafça kullanıldığı iddia edilmiştir. Davalının sözleşmede imzası bulunmasa bile kredi kartını alıp bununla harcamalar yapması halinde bu harcamalardan dolayı sorumlu olacağı kuşkusuzdur. Bu durumda mahkemece iddia çerçevesinde dava konusu kredi kartının davacıya teslimine ilişkin teslim tutanağı varsa getirtilip, bu tutanaktaki teslim alan imzasının davalı ya da onun adına teslim almaya yetkili kişiye ait olup olmadığı yönünden inza incelemesi yaptırılması ve ayrıca bu kartla yapılan harcamalara ilişkin slipler getirtilerek bu sliplerdeki imzalar yönünden de inceleme yaptırılmak suretiyle tüm deliller eksiksiz olarak birlikte değerlendirilerek varılacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır...” Bu karar için bkz. Saraç, ss. 519-520.

<sup>313</sup> Bkz. Vogel, ss. 25-26.

<sup>314</sup> Bkz. Yuk. IV, C, 1, b.

## 2. Kart Hamilinin Yükümlülükleri

### a. Ön Açıklamalar

Kart sözleşmelerinin tamamında, kötüye kullanımları engellemek adına, hamillerin yükümlülükleri de özel olarak vurgulanır. Kart kuruluşlarının olduğu gibi, hamillerin yükümlülüklerinin bir kısmı doğrudan kanun koyucu tarafından ele alınmış ve kart sözleşmelerinde bu esaslar ya aynen tekrar edilerek ya da detaylandırılarak kendilerine yer bulmuştur. Bununla birlikte kanunla çerçevesi çizilen bu yükümlülükler, sınırlı sayı ilkesine tabi değildir<sup>315</sup>. Bu nedenle kart hamilleri, yasa ve sözleşmede belirtilen yükümlülükler dışında, genel anlamda kartlı sistemin korunmasına yönelik olan ve tüm katılımcıların menfaatine uygun düşen tutum ve davranışlarda bulunmak durumundadır<sup>316</sup>.

Genel olarak kategorize etmek gerekirse, kart hamillerinin uymak zorunda olduğu temel yükümlülüklerin başında, kartı özenli bir şekilde saklamak, karta bağlı gizli kodu güvenli bir şekilde korumak ve kartın kaybolması veya çalınması halinde, durumu derhal kart kuruluşuna bildirmek gelir<sup>317</sup>. BKKKK m. 16/I'de özel olarak vurgulanan bu yükümlülükler, kötüye kullanımları engellemek ve kart hamillerinin dikkatlerini çekebilmek adına kart kuruluşlarınca hazırlanan sözleşmelerde de özel olarak vurgulanır.

Bu başlık altında gerek kanun ve yönetmelikte gerekse de kart sözleşmelerinde öngörülen ve kartın kötüye kullanılmasına engel olma bakımından hamil tarafından sergilenmesi beklenen tutum ve davranışları tek tek ele almaya çalışacağız.

<sup>315</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 6.

<sup>316</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 32. Alman hukuku açısından da benzer çıkarımlar yapılabilir. BGB §675I'de, ödeyenin (kart hamilinin) ödeme aracıyla bağlantılı olan yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre hamil, ödeme aracını saklamakla (c. 1) ve kayıp - çalıntı durumunu derhal kart kuruluşuna bildirmekle yükümlü kılınmıştır (c. 2). Öğretide bu düzenlemenin sınırlayıcı nitelikte olmadığı ve kart sözleşmelerinde tarafların farklı yükümlülükler kararlaştırabileceği; fakat bu durumda genel işlem koşulları hukukuna ilişkin sınırlara dikkat edilmesi gerektiği vurgulanır [Bu yönde bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 56; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 2, 3]. Alman düzenlemesinin kaynak metni olan ZDR I açısından aynı yönde bkz. Stange, s. 158.

<sup>317</sup> Bkz. Stange, ss. 51-52. Burada “derhal” zaman dilimiyle kastedilmek istenen, kayıp veya çalıntı durumu öğrenildikten sonra bildirimin kusurlu bir gecikme olmadan yapılmasıdır (Bkz. K. Langenbucher, s. 262, dn. 172).

## **b. Kartın Arka Yüzünün İmzalanması**

Kart hamilinin kartı edinir edinmez, kartın açık belge vasfına (Blanko karakter) son vermesi ve arkasında özel olarak ayrılmış bulunan kısmı imzalaması gerekir (BKHKY m. 17/II- a)<sup>318</sup>. Kart kuruluşlarınca hazırlanan sözleşmelerde de bu yükümlülük özel olarak vurgulanır<sup>319</sup>. Bu imza, yetkisiz üçüncü kişinin herhangi bir şekilde kaybolmuş olan kartın arkasına kendi imzasını atmasını önleyebilmek, dolayısıyla kötüye kullanımlara imkân tanımamak adına yazısı silinmez bir kalemle atılmalıdır<sup>320</sup>. Kartın arkasını imzalamakla hamilin yalnızca kendi menfaatini koruduğu söylenemez. Gerçekten de hamil tarafından imzalanmayan bir kartın üçüncü kişilerin eline geçmesi durumunda, kötüye kullanım rizikosunun önemli ölçüde artacağı ve kart kuruluşunun kötüye kullanımdan dolayı oluşan zarara katlanma tehlikesiyle karşı karşıya kalacağı açıktır. Zira bu ihtimalde üçüncü kişi, kartın arkasındaki imza bandına özgün imzasını atabileceğinden, harcama belgesini imzalama konusunda hiçbir zorluk çekmez ve üye işyerinde yapılan imza karşılaştırma denetiminden kolaylıkla sıyrılır<sup>321</sup>. Göstermiş olduğu bu etkinin ağırlığı nedeniyle hamilin kartın arkasını imzalamasını külfet olarak değil, gerçek anlamda bir yükümlülük olarak görmek gerekir<sup>322</sup>.

Ancak belirtelim ki buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar yalnızca imza gerektiren işlemler bakımından geçerlidir. Diğer bir deyişle, işlemin POS'ta kredi kartının manyetik şeridi üzerinden yapılması durumunda bu yükümlülük dikkate alınabilir. Günümüzde, kredi kartları özelinde teknik olarak en ileri donanımına sahip olan temassız kartlarda bile manyetik şerit mevcudiyetini korumaktadır. Bunun anlamı, düşük bir ihtimal de olsa işlem limitinin aşıldığı

<sup>318</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 116, N. 6; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 4; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/7; Stange, s. 50; Russenschuck, s. 72; Çeker, s. 79; Akyol, s. 224.

<sup>319</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 74.

<sup>320</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 74; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 57.

<sup>321</sup> Bkz. Çeker, s. 93.

<sup>322</sup> Bkz. Vogel, s. 33; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 57. Türk hukukunda Teoman, hamil (üye) sıfatının kazanılması için kartın arkasının imzalanmasının zorunluluk olmadığını, burada imzanın yalnızca kartın kullanılması için aranan bir ön koşul olduğunu belirtir. Buna karşılık yazar devamla, kartın arkasının imzalanmadığı hallerde, hamilin kartı kaybetmesi veya özenli bir şekilde koruması nedeniyle sorumlu tutulacağını belirtir (ss. 159-160). Aynı yönde bkz. Akyol, s. 224.

hallerde, temassız kartlar da imzalı kullanıma konu olabilir. Zira kartın teknik donanımı ve altyapısı buna müsaittir. Bu açıdan, kart kuruluşlarının hazırlamış oldukları güncel sözleşmelerde halen bu yükümlülüğe atıf yapmalarını, kredi kartlarının hibrit şekilde (manyetik şerit + çip) çıkarılmasına bağlayabiliriz<sup>323</sup>.

Sonuç olarak günümüzde kartın manyetik kullanım dışında çeşitli kullanımlara da konu olduğu düşünülerek, kötüye kullanımdan doğan sorumluluğun belirlenmesinde bu yükümlülüğü başlı başına bir kıstas olarak ele almamak, ayrıca somut olayda kartın ne şekilde kullanıldığını da dikkate almak gerekir. Örneğin uyuşmazlığa konu olayda işlem PIN ile gerçekleşmişse, salt kartın arkasının imzalanmamış olmasından yola çıkılarak kötüye kullanım rizikosunu tamamen hamile yükletilemez. İfade ettiğimiz gibi, hamilin kartı imzalama yükümlülüğünü, yalnızca kredi kartlarındaki manyetik kullanım ile sınırlı ele almak gerekir. Çünkü PIN’le gerçekleşen işlemlerde, bu yükümlülük yerine getirilerek kartın kötüye kullanılmasını engellemek mümkün değildir<sup>324</sup>.

### **c. Kartın Özenli Bir Şekilde Saklanması**

#### **(1) Kavram ve Saklama Yükümlülüğünün Kapsamı**

Hamilin en başta gelen temel yükümlülüğü, yetkisiz kişilerin eline geçmemesi için kartını özenli bir şekilde saklamasıdır<sup>325</sup>. Nitekim BKKKK m. 16/I’de kart hamilinin, kendisine tevdi edilen kartı güvenli bir şekilde korumakla ve onun başkaları tarafından kullanılmasına engel olmakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır.

Alman hukukuna bakıldığında, BGB §675I’de benzer içerikte bir yükümlülük getirildiği görülmektedir. Buna göre kart hamili, elinde bulundurduğu “kişisel

<sup>323</sup> Buna karşılık debit kartlar, sadece manyetik şerit içerecek şekilde çıkarılıp yalnızca manyetik kullanıma konu olsa bile, otorizasyon için hamilin PIN girmesi zorunludur. Diğer bir deyişle, debit kartların imzalı kullanıma konu olması mümkün değildir (Bkz. Aşa. IV, C, 3). Bu zorunluluk, tahminimizce debit kartların kredi kartlarına nazaran nakit benzeri ödeme fonksiyonu bakımından daha baskın olmasından kaynaklanır.

<sup>324</sup> Nitekim Alman öğretisinde de hamilin kartın arkasını imzalama yükümlülüğünün, özellikle yurt dışında Maestro sistemini kullanan ve PIN yerine imza karşılığı ödeme talep eden bazı ülkelerde bir anlam ifade edebileceği belirtilir (Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 57).

<sup>325</sup> Bkz. Çeker, s. 88.

güvenlik bilgisi”ni yetkisiz müdahalelerden korumak için kendisinden beklenen tüm tedbirleri almakla mükelleftir. Düzenlemenin lafzından yola çıkıldığında, yalnızca ödeme aracının soyut bileşenine (gizli kod) ilişkin bir yükümlülük getirildiği, buna karşılık yükümlülüğün fiziki kartı kapsamadığı şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır<sup>326</sup>. Ancak, normun koruma amacı, yani ödeme aracının kötüye kullanılmasının önlenmesi dikkate alınarak fiziki kartların da bu yükümlülüğe dâhil olduğu kabul edilir<sup>327</sup>.

Hamilin ödeme aracını (kart + gizli kod) saklama ve güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü, zilyetliği edinmekle başlar<sup>328</sup>. Ancak kart ile gizli kodun ayrı ayrı gönderilebilmesi mümkün olduğundan, söz gelimi hamil henüz kartı teslim almamış olmakla birlikte, gizli kod bilgisini önceden bir şekilde edinmiş veya öğrenmişse, edinme / öğrenme anından itibaren BKKKK m. 16/I uyarınca gizli kod bilgisini güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü başlar<sup>329</sup>.

Hamilin kartı saklama yükümlülüğünün sınırını belirleyen iki temel etkenden bahsedilebilir. Özellikle kitlesel bir ödeme aracı olan kredi kartlarının gündelik yaşamda sıklıkla kullanılma zorunluluğu ve bu zorunluluğun ortaya çıkardığı birtakım alışkanlıklar, özen derecesinin belirlenmesini doğrudan etkiler. Gerçekten de gündelik hayatın akışında kartların, nispeten daha az güvenli olmakla birlikte kıyafetlerin iç ceplerinde, cüzdanlarda veya evrak çantalarında taşınabilmesi mümkündür ve bu gibi tutumlar yükümlülüğe aykırılık teşkil etmez<sup>330</sup>. Bunun

<sup>326</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 73. Kuralı lâfzen dikkate alan bu yazara göre, kartın özensiz bir şekilde saklanması veya kartın çıkarılması ve kullanılmasına ilişkin şartlara aykırılıktan ötürü tazminat istemiyle hamile başvurabilmek, ancak taraflar arasında sözleşmeyle kararlaştırılan yükümlülüklerin ihlal edilmesiyle mümkün olabilir [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 81].

<sup>327</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 7; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 58; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 22. Nitekim Kart sözleşmelerinde, hamilin “kartını” da güvenli bir şekilde saklaması gerektiği özel olarak vurgulanır (Bkz. Einsele, s. 296).

<sup>328</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 13.

<sup>329</sup> Bu yönde bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675I, N. 4. Dikkat edilirse hamilin ödeme aracının somut unsuru olan kartı saklamakla, buna karşılık soyut unsuru olan gizli kodu güvenli bir şekilde korumakla yükümlü olduğundan bahsettik. Bu ayrım, Alman öğretisinin titizliğinden kaynaklanır. Bu doktrinde haklı olarak tek kullanımlık şifreler dâhil tüm gizli kodların kaybolma / çalınma eylemlerine konu olamayacağı, bunların olsa olsa güvenli bir şekilde korunamamış olabileceği kabul edilir. [Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 18, 20, 36].

<sup>330</sup> AmtG. Hamburg da bir kararında, hamilin PIN’e ait herhangi bir bilgi olmadan kartını pantolonunun arka cebinde taşımasını, saklama yükümlülüğüne -ağır ihmal derecesinde- aykırı bir hareket olarak görmemiştir (Bkz. Haybäck, s. 90). Öğretide bir diğer görüş ise hamilin kartını elbisesinde saklamasını yeterli görmemekte, bu durumda kartın yerinde olup olmadığının

dışında “gerekli özenin” belirlenmesinde, kartın zilyetliğini yetkisiz olarak ele geçiren üçüncü kişinin kötüye kullanma eylemini ne denli kolay gerçekleştirdiği hususu da dikkate alınır. Bu açıdan, çoğu zaman kartın taşınması sebebiyle değil, fakat kontrolsüz olarak bir yere bırakılıp gidilmesinden ötürü saklama yükümlülüğünün ihlali gündeme gelebilir<sup>331</sup>.

Kartı saklama yükümlülüğü kapsamında, hamilin ayrıca kartını üçüncü kişilerin kullanımına sunmaması gerekir. Kural olarak kart hamili, kartı yalnızca kendisi kullanmakla yetkilidir; ancak yasanın cevaz verdiği bazı istisnai hallerde, kartın veya kart hesabının üçüncü kişiler tarafından kullanılması da mümkündür. Örneğin üçüncü kişiler ek kart hamili sıfatıyla asıl kartın bağlı olduğu hesap üzerinden birtakım yetkiler edinebilir<sup>332</sup> veya hamil kartını kullanması konusunda üçüncü bir kişiye temsil yetkisi verebilir. Saklama yükümlülüğünün bir diğer istisnası ise ödeme işleminin yapılabilmesi için kartın üye işyerindeki görevliye ibraz edilmesidir. Bu durumda hamilin yalnızca üye işyeri çalışanını üstünlük gözetmesi yeterli olur<sup>333</sup>.

Bu hususta son olarak üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, özellikle akıllı telefonlara yüklenen bankacılık uygulamalarıyla telefonların adeta kredi kartı

---

mütemadiyen kontrol edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Hatta bu görüşe göre hamil, ihtiyaç olmaması halinde kartı dışarda üzerinde bulundurmamak yerine güvenli bir yere, örneğin evine veya tatile çıkmışsa otel odasındaki çelik kasaya bırakmalıdır (Bkz. Russenschuck, ss. 72-73). Kanımızca, saklama yükümlülüğünü kart kullanımının sağladığı pratikliği ortadan kaldıracak ölçüde katı yorumlamak gerekir. Ayrıca bilindiği gibi gerek dünya gerekse ülkemizde kartlı sistem otoriteleri, tüm çalışmalarını yakın bir gelecekte nakitsiz bir toplum oluşturmaya yoğunlaştırmıştır. Bu nedenle, hamilin ihtiyaç durumunda kartını yanına alması şeklinde bir yaklaşım, günümüz koşullarında kulağa oldukça demode gelmektedir.

<sup>331</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, s. 110; M. Koch, s. 146; Stange, s. 51; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 1003. Gerçi bilindiği gibi kredi kartlarının çipli kullanımında ve debit kart kullanımlarında otorizasyon, ancak gizli kod kullanılarak sağlanabilir; dolayısıyla işlemin tamamlanabilmesi için sadece kartın mevcudiyeti yeterli olmaz. Ancak kanun koyucunun, kartın kaybolması, çalınması veya başkaca bir şekilde kötüye kullanılması durumunda, kart hamiline bunu bildirme zorunluluğu getirmesi, her şeye rağmen hamilin kartı da özenli bir biçimde saklaması gerektiğini gösterir (Bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 3).

<sup>332</sup> Bkz. Vogel, s. 36.

<sup>333</sup> Bkz. Taupitz, s. 111. Günümüzde, özellikle perakende gıda sektöründe faaliyet gösteren zincir mağazalarda, POS terminallerine kurulan bir düzenek yardımıyla kartın yalnızca hamil tarafından kullanılabilmesi ve kartın kasiyer de olsa bir üçüncü kişiye verilmeden işlemin tamamlanması sağlanmaktadır. Anılan düzenek sayesinde kart hamili, işyeri çalışanına kartı ibraz etmeksizin, bizzat kendisi kartını POS cihazına yerleştirdikten sonra PIN’i girerek ödeme işlemini tamamlayabilmektedir. Yine “jet kasa” olarak adlandırılan ve sektörde giderek yaygınlaşmaya başlayan uygulama sayesinde kart hamilleri, kasiyer yardımı olmadan yazar kasa özelliği bulunan bir bilgisayar aracılığıyla aldıkları ürünlerin barkodunu hem okutmakta hem de kartı mağaza çalışanı da olsa bir başkasına vermek zorunda kalmadan ödemeyi gerçekleştirebilmektedir.

veya debit kart gibi fonksiyon göstermeye başlamasıdır. Gerçekten de bu tür mobil uygulamalar sayesinde hamil, telefonunu debit kart gibi kullanarak ATM'den para çekebilir ya da “Yakın Alan İletişimi” (NFC) teknolojisini kullanarak temassız kredi kartlarında olduğu gibi, POS terminallerinde düşük tutarlı ödemeleri gerçekleştirebilir. Bu nedenle, akıllı telefonunda belirtilen özellikleri haiz bir banka uygulaması veya NFC fonksiyonu yüklü bulunan hamilin, tıpkı kartı gibi telefonunu da özenli bir şekilde koruması gerekir<sup>334</sup>. Kanımızca BKKKK m. 16'da belirtilen “kart” kavramını, bu manada geniş yorumlamak isabetli olur. Alman hukukunda da benzer şekilde geniş yorumu benimseyen görüşler yok değildir. Nitekim Alman öğretisinde, internet bankacılığı sözleşmeleri ile birlikte talepleri halinde müşterilere verilen ve tek kullanımlık şifre üretmeye yarayan aparatlar (TAN-Generator) bu kapsamda ele alınmış ve kullanıcıların şifre üreten cihazları da güvenli bir şekilde saklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir<sup>335</sup>.

## **(2) Kartı Saklama Yükümlülüğü Bakımından Özellik Gösteren Durumlar**

### **(a) Kartın Evde Saklanması**

Kart hamilinin kartını ikamet ettiği evde mutlaka gizli bir bölmede veya bir kasa içerisinde saklaması gerekmez. Hamil kural olarak kartını evin içerisinde açık bir biçimde, söz gelimi masanın üzerinde veya dolapta bulundurabilir. Her ne kadar eve hırsız girmesi gibi soyut bir riziko söz konusu olsa da evin olağan güvenliği

<sup>334</sup> Benzer yönde bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 43.

<sup>335</sup> Bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 3; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 36. Yine ileride ayrıntılarına değinilecek olan ve şimdilik kısaca sanal ödemelerde kullanılan ek güvenlik katmanı olarak tarif edebileceğimiz “Üç Boyutlu Güvenlik Platformu”yla (3D Secure) gerçekleşen MO/TO işlemlerinde, otorizasyonun tamamlanabilmesi için hamilin mobil telefonuna gönderilen tek kullanımlık şifreyi (TAN) sisteme girmesi gerekir. Bu nedenle hamilin tıpkı kredi kartı gibi mobil telefonunu da güvenli bir şekilde saklaması icap eder. Nitekim bu husus Deutsche Bank tarafından kaleme alınan “Kredi Kartıyla Gerçekleşen Online Ödemelerde 3D Secure İşlemleri Hakkında Özel Şartlar” m. 5.2'de dolaylı olarak vurgulanmıştır. Buna göre, mobil telefonun kaybolması, çalınması veya başkalarına verilmesi ve böylelikle yetkisiz üçüncü kişilerin SMS erişimine imkân tanınması sebebiyle gerçekleşen kötüye kullanımlardan banka sorumlu tutulamayacaktır.

Bkz. [https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/3d\\_secure\\_sonderbedingungen.pdf](https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/3d_secure_sonderbedingungen.pdf). (Son Erişim: 15.06.2018).

dikkate alındığında bu riziko, kartın birlikte taşınmasında çantanın çalınması rizikosu kadar yoğun değildir. Bu nedenle, kartın evde bulundurulması açısından yükümlülük ihlali değerlendirilirken, ağır ihmal olasılığı pek gündeme gelmez<sup>336</sup>.

Ancak hamil dışında başka kişilerin de eve erişimi söz konusuysa, kartın en azından cüzdan, çanta ya da ceket cebi gibi başkaları tarafından ancak çaba sarf edilerek bulunması mümkün olan bir yerde muhafaza edilmesi, özenli davranma bakımından yeterli görülür.

Eve erişim izni olanlar, yakın hane halkı veya aile üyeleriyle sınırlıysa, güven konusunda bir sıkıntı bulunmadığı sürece hamilin kartını sürekli kilit altında tutması veya özel bir önlem alması gerekmez<sup>337</sup>. Zira hamilin eve her girdiğinde cüzdanından kartı çıkararak onu kilit altına alması, daha sonra evden çıkarken tekrar kartı bulunduğu yerden alarak cüzdanına koyması pratik olmadığı gibi, kendisinden böyle bir tutum beklemek de adil olmaz<sup>338</sup>. Buna rağmen hamil, kartını uygun bir biçimde koruma altına almayı tercih ederse, artık kartın yerinde olup olmadığını periyodik olarak kontrol etmekle yükümlü olmaz<sup>339</sup>.

Buna karşılık, hamilin yakın aile üyeleri dışındaki üçüncü kişilerin de mekâna giriş izni bulunuyorsa artık kartı kilit altında bulundurması icap eder<sup>340</sup>.

### (b) Kartın İşyerinde Saklanması

İşyerlerinin yoğun olarak insan trafiğine (meslektaşlar, müşteriler vs.) açık olduğu dikkate alındığında, kartı saklama yükümlülüğü konusunda, kart hamillerinin daha titiz davranması beklenebilir. Bu manada bilhassa hamillerin iş yerlerinde, kartı muhafaza ettikleri ceketleri veya çantaları devamlı bir şekilde ortalık yerde

<sup>336</sup> Bkz. M. Koch, s. 146; Christian Hofmann, “Schadensverteilung bei Missbrauch der ec-Karte-Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 5. Oktober 2004 = WM 2004, 2309”, **Wertpapier Mitteilungen** 2005, s. 444; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 37. Ancak bir görüşe göre hamil, söz gelimi yurt dışı seyahatine çıkmış, kartını da evde mektup ve notlarının arasında kilit altında tutulmayan bir bölmede saklamışsa, saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olur (Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 59). Kanımızca her ne kadar evden uzunca bir süre uzaklaşıldığı hallerde ekstra önlem almak gerekirse de, gizli kodla birlikte bir arada saklanmadığı sürece hamili ağır ihmalden sorumlu tutmak biraz aşırı olabilir.

<sup>337</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 84.

<sup>338</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, s. 147.

<sup>339</sup> Bkz. Taupitz, s. 110; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 72.

<sup>340</sup> Bkz. Weber, s. 293



bırakmaması gerekir<sup>341</sup>. Nitekim Alman pratiğinde, bu ve benzer hususlarda yargıya intikal eden birçok olay bulunmaktadır. Örneğin, kartını ceket cebine koyduğu cüzdanda taşıyan hamilin bürosundaki sandalyeye ceketini asması ve kısa süreliğine de olsa giriş - çıkış denetimi olmayan büro katını terk etmesi saklama yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Buna karşılık başka bir uyuşmazlıkta, hamilin büroda kilit altında tutmadığı elbise dolabına ceketini asarak üçüncü kişilere kolayca karta erişim imkânı tanınması, yükümlülüğe aykırılık olarak yorumlanmıştır<sup>342</sup>.

Kart hamilinin bu hususta sarf etmiş olduğu ihmali tutumun derecesi, ortaya çıkan zarardan hangi kapsamda sorumlu olacağı konusunda büyük önem taşır. Alman öğretisinde, yine yargı kararlarından hareketle iş yerindeki saklama yükümlülüğüne ilişkin hafif ve ağır ihmali tutumlar belirlenmeye çalışılmıştır. Bu noktada kartın da bulunduğu el çantasının büro dolabında kilitlenmeksizin bırakılması ağır ihmal olarak değerlendirilmişken; ofisin perde ile ayrılmış olan yan bölümünde kartın da bulunduğu el çantasının çalınması hafif ihmal olarak yorumlanmıştır. Yine bir başka uyuşmazlıkta, hamilin üçüncü kişilerin doğrudan erişimine açık olmayan ve hâlihazırda meslektaşının bulunduğu bir büroda kartını çanta içinde saklamış olması, ağır ihmali bir tutum olarak görülmemiştir<sup>343</sup>.

Hamilin kartı saklama yükümlülüğündeki kusurunun belirlenmesinde tek tip formül bir kural bulunmadığından, zaman zaman birbirleriyle çelişen veya adil olmayan uygulamalar gündeme gelebilir. Bu riski azaltabilmek adına, somut olay ele alınırken hiç olmazsa müşterilerin ya da işletme dışındaki üçüncü kişilerin kartın saklandığı yere kolaylıkla erişip erişmediği ve kartın kapalı bir yerde saklanıp saklanmadığı tespit edilmelidir. Yine işyerinde çalışan meslektaşların sayısı ve bunların güvenilir olup olmadığına ilişkin veriler de kusur derecesinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> Bkz. Russenschuck, s. 73.

<sup>342</sup> Bu yönde bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 59.

<sup>343</sup> Bu son karar için bkz. Michael Berghaus, "Fälschungs- und Missbrauchsriskiken im Scheck- und Überweisungsverkehr und bei der ec-Karte", **RWS-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 58.

<sup>344</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 147.

### (c) Kartın Motorlu Taşıtlarda Saklanması

Uygulamada yaygın olarak gözlemlenen bir ihmal olması sebebiyle kart sözleşmelerinde, kartın motorlu taşıtlarda denetimsiz bir şekilde bırakılıp gidilmesi doğrudan yasaklanmaktadır<sup>345</sup>. Ancak kartın araçta bırakılmasının başlı başına ağır ihmal teşkil edip etmediği hususu ayrıca sorgulanabilir. İlk burada, soyut olarak “aracın” çalınma rizikosunun bulunduğuna şüphe yoktur. Ancak aracın içindeki “kartın” çalınmasına ilişkin somut rizikoyu, olaydaki koşullara göre değerlendirmek gerekir. Özellikle bu kapsamda yapılacak olan riziko değerlendirmelerinde, aracın denetimsiz olarak ne kadar süre ile bırakıldığına ve park edilen yerin konumuna ilişkin veriler dikkate alınarak birbirinden farklı sonuçlara ulaşılabilir. Bu noktada hamilin kartı üzerinde taşımasının daha güvenli olmasını gerekçe göstererek kartın araçta bırakılmasını prensip olarak ağır ihmal kabul etmeye dönük tutum bazı hallerde meşruiyetini yitirir. Örneğin aracın gözetim altında tutulan bir yere park edilmesi durumunda, kartın araç içinde ihmali bir şekilde saklandığı hususu tartışmalı hale gelir ve genellikle rizikonun çok düşük olduğu kabul edilir. Keza çok kısa bir süreliğine -dakikalarla sınırlı olarak- aracını kilitleyerek bırakıp giden hamile de ağır ihmal isnat etmemek gerekir. Ancak kartın araç içinde bulundurulduğu hallerde, kartın mutlaka aracın dışından görünmeyecek bir yere konulması gerekir. Aksi tutum, yani kartın alenen dışarıdan görülüyor olması, failin hırsızlık konusundaki kararını tetikleyebilir. Ayrıca burada, aracın yaşına göre kilit aksamının üçüncü kişilerin erişimini engelleyecek niteliklere sahip olup olmadığı da araştırılmalıdır. Zira profesyonel hırsızlar için bazen bu tür engelleri aşmak ziyadesiyle kolay olabilir<sup>346</sup>.

Sonuç olarak değerli eşyaların, paranın ve banka kartlarının araç içerisinde “denetimsiz olarak” bırakılıp gidilmesi prensipte ağır ihmal olarak değerlendirilebilir. Para ve değerli eşyalar açısından bu prensip istisnasız bir şekilde geçerli olsa da kartlar bakımından meseleyi yine somut olay düzleminde ele almak gerekir. Diğer bir ifadeyle, kartın aracın içinden çalınmış olması, tek başına hamilin özen yükümlülüğüne olağan dışı bir şekilde aykırı hareket ettiği şeklinde

<sup>345</sup> Bkz. Stange, s. 50, Kreppold ve Fischbeck, s. 94; Berghaus, **RWS-Forum** 12 (1998), s. 57; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/7.

<sup>346</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 148; Hofmann, BKR 2014, s. 110.

yorumlanmamalı; bu tutumun ağır ihmal düzeyinde olup olmadığı, somut olaydaki tüm koşullar dikkate alınarak ayrıca sorgulanmalıdır<sup>347</sup>. Gerçekten de kartın saklandığı yerin ne zaman güvenli ve ne zaman güvensiz olduğunun belirlenebilmesi için somut olaydaki koşulların incelenmesi zorunludur. Ancak bu belirlemenin yapılması, bazı hallerde çok kolay olmayabilir<sup>348</sup>. Kanaatimizce de aracını sürekli güvenlik denetiminin olduğu bir yere bırakan veya güvenlik denetimi bulunmamakla birlikte kapıyı kilitleyip kısa bir süreliğine aracından uzaklaşan ve her iki ihtimalde de kartını araç dışından görünmeyecek bir yere koyan hamili ağır ihmalden ötürü sorumlu tutmamak gerekir. Dolayısıyla kartın dışarıdan görülmeyecek bir yere konulması, söz gelimi torpidoya, bagaja veya koltuğun altına konmuş olması tek başına hamili sorumluluktan kurtarmaya yetmez<sup>349</sup>; bunun için ayrıca hamilin aracını kesintisiz güvenlik denetimi olan bir yerde bırakması veya bu söz konusu değilse uzunca bir süre aracından ayrı kalmamış olması gerekir.

#### **d. PIN'in Güvenli Bir Şekilde Korunması**

##### **(1) Yükümlülüğün İçeriği**

BKKKK m. 16/I'e göre kart hamili, kartın kullanılması bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemin<sup>350</sup> kullanılmasını gerektiriyorsa bu bilgileri güvenli bir şekilde korumak ve başkaları tarafından kullanılmasına engel olacak önlemleri almakla yükümlüdür<sup>351</sup>. Kartı saklı tutma yükümlülüğünde olduğu gibi PIN'i gizli tutma yükümlülüğü de kural olarak gizli kodun hamilin hâkimiyet sahasına ulaşmasıyla başlar. Bu ana kadar ki kötüye kullanım rizikosunu ise kart kuruluşu üstlenir<sup>352</sup>.

Kanun'da açıkça belirtilmemiş olsa da hamilin, gizli kod bilgisine ulaştıktan

<sup>347</sup> Benzer yönde bkz. M. Koch, ss. 148-149.

<sup>348</sup> Bu yönde bkz. A. Langenbucher, ss. 172-173

<sup>349</sup> Aynı yönde bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 83.

<sup>350</sup> Alman BGB'de gayri nakdî ödemelerde tüm gizli kodları (PIN, TAN vs. ) ifade etmek üzere "ödeme aracı" (Zahlungsinstrument) veya "kişisel güvenlik bilgisi" (personalisiertes Sicherheitsmerkmal) gibi birtakım teknik ve genelleyici kavramlar zikredilmiştir. BKKKK m. 16/I'de de "kimliği belirleyici başka bir yöntem" denilmek suretiyle, benzer şekilde bir kavram genellemesine gidilmiştir.

<sup>351</sup> Bkz. Russenschuck, s. 73.

<sup>352</sup> Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 8

sonra olası rizikoların önüne geçmek adına öncelikle kart kuruluşu tarafından kendisine gönderilen / bildirilen geçici PIN'i vakit geçirmeksizin değiştirmesi ve özgün bir kod belirlemesi isabetli olur<sup>353</sup>.

Hamil, ödeme aracını tüm bileşenleriyle teslim aldıktan sonra, kartın gizli kodla kötüye kullanılmasına fırsat vermemek adına kendisinden beklenebilen tüm önlemleri almakla yükümlü olur. Bununla birlikte gizli koda yetkisiz olarak gerçekleşen her erişimi, BKKKK m. 16/I kapsamında yükümlülük ihlali olarak yorumlamamak gerekir. Zira düzenlemeyle daha ziyade, kötüye kullanım rizikosuna karşı hamilden beklenen "asgari yükümlülüğe" dikkat çekilmek istenmiştir<sup>354</sup>. Bu kapsamda hamillerden, pratik olarak gizli kodu kullanmasını imkânsız kılacak derecede önlemler alması beklenemez<sup>355</sup>. Özellikle gündelik hayatta birçok parola ve şifre ile muhatap olmak zorunda kalan hamillerin bütün gizli kodları hafızasında tutması aşırı bir beklenti olacağından, bu kodları en azından bir yere not etmelerine müsaade etmek gerekir<sup>356</sup>. Zira uygulamada, yükümlülük ihlali endişesiyle gizli kodu ayrı bir yere not etmekten imtina eden hamillerin genellikle telefon numaralarının belli bir kısmını veya mobil telefonlarında kullandıkları şifreleri PIN olarak belirledikleri gözlenmektedir. Bu yöntem her ne kadar hamilleri daha az gizli kod ezberlemek zorunda bıraksa da bunun kart-PIN güvenliğini sekteye uğrattığı açıktır<sup>357</sup>. Bu manada hamillerin karta ait PIN kodunu, gündelik yaşamda kullandıkları diğer şifrelerden farklı olarak belirlemeleri ve birazdan belirteceğimiz

<sup>353</sup> Uygulamada kart kuruluşları, geçici PIN'i hamillere karttan ayrı olacak şekilde posta veya kurye kanalıyla göndermektedir. Bu yöntemler dışında kart hamilleri, müşteri hizmetlerini aramak suretiyle de geçici kodu öğrenebilir. Ancak bu durumda müşteri hizmetlerinin, sisteme bağlı bir robot yardımıyla kodu hamile iletmesi gerekir.

<sup>354</sup> Aynı yönde bkz. M. Koch, s. 131.

<sup>355</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 75.

<sup>356</sup> Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675I, N. 4; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 4; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 20.; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 75. Alman hukukunda da aynı şekilde kart hamili, kartı ve gizli kodu muhafaza etme konusunda kendisinden beklenebilen tüm önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Ancak burada "kendisinden beklenebilen" ifadesiyle ne kastedilmek istendiği hem AB hukukunun kaynak metni olan ZDR'de hem de Alman BGB'de açıklığa kavuşturulmadığından, normun içeriği öğreti tarafından doldurulmaya çalışılmıştır. Öğretide benimsenen görüş doğrultusunda, koruma yükümlülüğünü yerine getirme konusunda hamilden yana aşırı bir beklenti içine girilmemesi gerekir. Özellikle hamilden kartı ve gizli kodu pratik olarak kullanmasına engel olacak düzeyde koruyucu önlemler alması beklenemez. Ancak "beklenebilirlik" kistasının muğlak olması nedeniyle, genel bir formül vermek yerine her bir somut olay açısından hamilin özen yükümlülüğünü ele almanın daha rasyonel bir yaklaşım olduğu kabul edilir [Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 11; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675I, N. 4; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 3].

<sup>357</sup> Bkz. Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 296.

önlemleri almak kaydıyla başka bir yere not etmeleri isabetli olur.

Toparlamak gerekirse, BKKKK m. 16/I ile gizli kodu öğrenmeye dönük olası tüm girişimlere karşı hamillerin gereken tedbirleri almasını sağlamak amaçlanmıştır. Burada hamilin alması gereken tedbirleri, kartın kullanım kolaylığına engel olmayacak önlemlerle sınırlamak yerinde olur.

## **(2) Başka Bir Yere Not Edilen PIN Bilgisinin Güvenli Bir Şekilde Korunması**

Her ne kadar hamillerin gizli kodu zihninde tutması en güvenli koruma yöntemi olarak görülse de kendilerine böyle bir mecburiyet yüklemek, modern dünyanın dayatmaları karşısında adil olmaz. Bu açıdan bakıldığında, kart hamillerinin unutma ihtimaline karşı PIN'i bir yere not etmeleri veya benzer başka tedbirler almaları herhangi bir sakınca teşkil etmeyecektir. Nitekim günümüzde kaleme alınan genel işlem koşullarında, eskiden olduğu gibi hamillerin PIN'i ezberlemelerini öngören ve başka bir yere yazmasını engelleyen türde kayıtlara rastlanmamaktadır<sup>358</sup>. O halde saklama şartlarına göre sonuç değişmekle birlikte, PIN'in bir kâğıda not edilmesi veya başka bir şekilde somutlaştırılması prensip olarak tek başına bir yükümlülük ihlali olarak görülmez. Gizli kod ayrı bir yere, sözelimi bir kâğıda, telefon veya adres defterine yazılırsa, artık hamilin kodun yazılı olduğu bu belge ile kartı ayrı ayrı saklaması gerekir. Gerçekten de kartlı sistemlerde kart ve PIN çoğu zaman otorizasyon için olmazsa olmaz nitelikte iki unsur teşkil ettiğinden, kartın kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından bu ayrıştırmayı yapmak elzem hale gelir<sup>359</sup>.

Burada önem arz eden husus, hamilin gizli kodu özellikle kartın üzerine yazmaması veya bir başka yere yazmış olduğu notu kartla birlikte aynı yerde

<sup>358</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 47. Gerçekten de Alman kart kuruluşları, 90'lı yıllarda gönderdikleri mektuplarda hamillere şifre kombinasyonunu ezberleyerek mektubu imha etmelerini ve daha sonra bu şifreyi hiçbir yere yazmamalarını salık vermekteydi (Bkz. Russenschuck, s. 77). Günümüzde ise sözleşmelerde bu tür şartlara yer verilmemektedir. Aksi halde bunları içerik denetimi kapsamında geçersiz saymak gerekir (Bkz. Hofmann, BKR 2014, s. 108).

<sup>359</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 133; Kreppold ve Fischbeck, s. 94; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 75.

saklamamasıdır<sup>360</sup>. Dolayısıyla kartla PIN'in bir çantada veya cüzdanda bir arada saklanması açıkça yükümlülüğe aykırılık teşkil edecektir. Hatta kayıp veya çalıntı durumunda, çantayı bulan / çalan kişi kolaylıkla kartla birlikte PIN bilgisini de ele geçirmiş olacağından, bu aykırılığı ağır ihmal seviyesinde kabul etmek gerekir<sup>361</sup>. Gerçi bu bakış açısından yaklaşıldığında, kart kullanımının riskli bir hale geleceği ve birçok hamilin kart kullanmaktan vazgeçeceğine dair bir itiraz ileri sürülebilir. Ancak dikkat edilirse burada PIN'in yazılı olduğu notun taşınması yasaklanmamakta; yalnızca kötüye kullanım rizikosunu önemli ölçüde arttırması sebebiyle bu notun karttan farklı bir yerde muhafaza edilmesi şart koşulmaktadır<sup>362</sup>.

Bunun dışında kart hamili, PIN'i doğrudan değil de kamufle ederek, yani onu değiştirerek veya kodlayarak ayrı bir yere yazabilir. Kamufleli PIN bilgisini, karttan ayrı tutma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı şüphelidir<sup>363</sup>. Uygulamada yaygın olarak bu bilgi not defterlerine telefon numarası gibi yazılmakta veya mobil telefonlara yine telefon numarası gibi kaydedilmektedir<sup>364</sup>. Bu gibi hallerde şifrelemedeki zorluk derecesine göre durumu değerlendirmek isabetli olur. Örneğin dört haneli PIN'in birebir olacak şekilde telefon numarasıymış gibi deftere kaydedilmesi, gizli amacın öğrenilmesini kolaylaştıracağından yeterli korumayı sağlamaz<sup>365</sup>. Buna karşılık PIN kolaylıkla fark edilemeyecek tarzda, mesela bir

<sup>360</sup> Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 60.

<sup>361</sup> Bkz. Berghaus, **RWS-Forum** 12 (1998), s. 58.

<sup>362</sup> Bkz. M. Koch, ss. 133-134.

<sup>363</sup> Alman hukukunda ezelden beri alınan kararlarda, hamilin PIN'i bir ayrı yere not etmesi veya adres defterine yazması ve kartla birlikte bulundurması ağır ihmal olarak değerlendirilmiştir. Bunun bir istisnasını, PIN'in kamufleli olarak başka bir yere not edilmesi oluşturur. Gerçekten de Alman uygulamasında, bazı şartların sağlanması durumunda, PIN'in kamufleli bir şekilde not edilerek kartla birlikte saklanması, ihmali bir tutum olarak görülmemektedir (Bkz. Horst Ahlers, "Die neuen Bedingungen für ec-Karten", **Wertpapier Mitteilungen** 1995, s. 607).

<sup>364</sup> Kamufleli daha keskin hale getirmek için sembollerden de yardım alınabilir. Söz gelimi bir sayısının karşılığı yıldız, iki sayısının üçgen, üç sayısının ay vb. olacak şekilde PIN bilgisi sembollerle gizlenip yazıya dökülebilir. Yine bunun dışında PIN bir asal sayı dizininin veya bir sayının karesini oluşturan uzun bir dizinin içine eklenerek kamufle edilmeye çalışılabilir. Bu tür karmaşık kamufleler, en azından blokaj bildirimi yapılana kadar PIN'in deşifre edilmesini iyiden iyiye zorlaştırır (Bkz. Hofmann, BKR 2014, s. 109).

<sup>365</sup> Bkz. Gößmann, WM 1998, s. 1269. LG Bonn 16. 06. 1999 tarihli bir kararda, kanımızca hamile biraz gereğinden fazla sorumluluk yükelemek suretiyle bu hususa değinmiştir. Uyuşmazlığa konu olay hastanede geçmiş olup hamil dört haneli PIN numarasını, sanki bir telefon numarası izlenimi vererek not etmiş ve kartıyla birlikte bu bilgiyi hastane odasındaki kilitli dolapta saklamıştır. Mahkemeye göre, hamilin kartını ve açıkça deşifre olacak tarzda kamufle ettiği gizli kodu odadaki kilitli dolaba koyması, hatta oda kapısını da kilitlemiş olması, üçüncü kişilerin hastanede de olsa hukuka aykırı girişimde bulunabileceği gerçeğini değiştirmez ve kendisini ağır ihmalden ötürü sorumlu olmaktan kurtarmaz (Bu karar için bkz. Haybäck, s. 91; Aynı yöndeki kararlar için bkz. Hoppe, ZBB 1999, s. 90, özellikle dn. 35).

telefon numarası için gereken tüm sayıları içeren bir karmaşık sayı dizinine gizlenirse, kamufleli PIN bilgisini içeren mobil telefonun veya telefon defterinin bir çantada kartla birlikte taşınması artık ağır ihmal olarak değerlendirilmez. Hatta PIN uygun bir şekilde kamufle edildiği sürece, az bir çabayla söz konusu not veya kâğıttan PIN deşifre edilmiş olsa bile hamile ağır ihmal isnat etmemek gerekir<sup>366</sup>. Çünkü kamufleliğin yeterli korumayı sağlayacak şekilde tasarlanması, hamilin yükümlülüğe uyduğunu gösterir.

Ancak burada önem arz eden temel nokta, kartla PIN'in tek bir eşyada (veya aynı bölmede) saklanması kural olarak ağır ihmal teşkil etmesi<sup>367</sup> ve bu gibi hallerde kötüye kullanımdan doğan zararın tamamını hamilin üstlenmesidir. Dolayısıyla hamilin gerek evde gerekse giymiş olduğu kıyafetlerde kart ile PIN'i bir arada bulundurmaması, yani PIN bilgisi ile kartı ayrı ayrı yerlerde muhafaza etmesi gerekir<sup>368</sup>. Çünkü hamil cephesinde sistem güvenliği büyük ölçüde kartla PIN bilgisinin ayrı ayrı saklanması üzerine kurulmuştur.

Ev düzeni içinde veya dışarıdayken PIN'i güvenli bir şekilde korumak adına değişik yöntemlerden bahsetmek mümkündür. Bu konuda kart hamillerinin yardımına çeşit çeşit cepler içeren kıyafetler ve envaiürlü üretilen kilitlenebilir çekmece sistemleri koşar. Zira kartın ve gizli kodun ayrı ayrı yerlerde bulundurulmasından kasıt, prensip olarak bu iki verinin farklı haznelerde, farklı mobilya bölmelerinde kilitli çekmecelerde veya elbisede bulunan farklı ceplerde saklanmasıdır<sup>369</sup>. Örneğin, kartını yatak odasındaki komodinin çekmecesinde

<sup>366</sup> Bkz. M. Koch, s. 134; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 49; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 38; Russenschuck, s. 77. Buna karşılık Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), kamufleli bilginin karttan ayrı muhafaza edilmesi gerektiğini belirtir ve bunların bir arada taşınmasını yükümlülük ihlali olarak görür (§54, N. 75).

<sup>367</sup> Bkz. Haybäck, s. 90; Krepold ve Fischbeck, s. 94.

<sup>368</sup> Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 38; Hofmann, BKR 2014, s. 109; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 48. Hatta bu son yazar aynı yerde, PIN ile kartın ayrı ayrı muhafaza edilmesi ilkesinden hareketle, mobil telefonlarla gerçekleşen ödemelerde, PIN'in cihaz içinde kayıt altına alınmaması gerektiğini savunur. Yine yazara göre, PIN bilgisinin mobil telefonlara yüklenebilen ve bulut (cloud) teknolojisini içeren uygulamalara (Google Drive, Dropbox, SkyDrive vs.) deşifre bir halde kaydedilmemesi gerekir (N. 49).

<sup>369</sup> Bkz. Gößmann, WM 1998, s. 1269. Bununla birlikte, kartın evde saklanması konusunda daha önce de ifade ettiğimiz gibi, hamilin kural olarak kartını kilit altında bulundurması gerekli değildir. Dolayısıyla hamil kartını masanın üzerinde veya herhangi bir odada açıkta olacak şekilde bırakabilir. Buna karşılık, karta bağlı gizli kodu kâğıda dökmüşse, artık evde de olsa kartla gizli kod bilgisini farklı farklı yerlerde bulundurması icap eder (Bkz. Hofmann, BKR 2014, s. 108). Diğer taraftan hamilin gizli kodun yazılı olduğu bilgiyi, "tek başına" kilit altında bulunmayan bir çekmecedeki veya

saklayan hamil, PIN'in yazılı olduğu bilgi pusulasını oturma odasında bulunan dolapta saklayabilir. Fakat kart ile PIN'in evde aynı çekmecede bulunan kişisel evraklar arasında muhafaza edilmesi veya bir binek araç içinde (örneğin torpido gözünde) bir arada olacak şekilde bırakılması, açıkça yükümlülüğe aykırılık teşkil eder.

Yine hamilin kartı ve PIN'in yazılı olduğu belgeyi evdeki bir masanın üstünde bırakıp gitmesi de açıkça yükümlülüğe aykırılık teşkil eder<sup>370</sup>. Aynı şekilde kartıyla PIN'in yazılı olduğu notu ceketinin farklı ceplerine koyan; fakat daha sonra ceketini dolaba koyup kilitlenmeden yaklaşık bir saatliğine bürodan ayrılan hamil de yükümlülüğe aykırı hareket etmiş sayılır. Büronun üçüncü kişilerin erişimine kapalı olması bu aykırılığı tolere etmez<sup>371</sup>.

### **(3) PIN'in Başkalarıyla Paylaşılması**

Kart sözleşmelerinde, hamilin kart kuruluşu tarafından orijinal olarak tesis edilen ve erişim imkânı sağlayan sistemler dışında hiçbir yerle ve hiçbir kimseye gizli kodu paylaşmaması gerekliliğine sıklıkla dikkat çekilir<sup>372</sup>. Öğretide ise güvenilebilir yakınlıktaki kişileri sırdaş olarak görmenin yükümlülüğe aykırılık teşkil etmediği kısmen savunulmakta ve hayatın gerçekleri karşısında bazı durumlarda PIN'in bu kişilerle paylaşılabilmesi kabul edilmektedir. Buna karşılık hamilin güvenilir addettiği kişilerle de olsa PIN'i paylaşmasının kötüye kullanım rizikosunu önemli ölçüde arttırdığı ve bunun da yükümlülüğe aykırılık teşkil ettiği açıktır<sup>373</sup>. Özellikle PIN paylaşımından sonra kötüye kullanım gerçekleştiğinde, hamilin üçüncü kişinin güvenilir olduğuna dair yapmış olduğu değerlendirme geçerliliğini yitirir ve hamil bu kişiyi seçmede göstermesi gereken özen konusunda sergilediği

---

benzer bir bölmede bulundurması da yükümlülüğe aykırılık teşkil eder. Ancak bu aykırılık hiçbir şekilde ağır ihmal olarak yorumlanmaz [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 80].

<sup>370</sup> Dikkat edilirse hamilin ev ortamında da kartla PIN bilgisini bir arada bulundurmaması gerekir. Hamilin PIN bilgisini evde çelik kasa içinde saklaması gerekmesi de mutlaka karttan ayrı bir yerde bulundurması gerekir (Bkz. Ahlers, WM 1995, s. 606).

<sup>371</sup> Bu hususlarda bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 62; Ahlers, WM 1995, s. 606.

<sup>372</sup> Bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 4a; M. Koch, s. 132.

<sup>373</sup> Bkz. M. Koch, s. 132; Zetsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 40.



ağır ihmalden sorumlu tutulur<sup>374</sup>.

Uygulamaya bakıldığında, PIN bilgisinin yaygın bir şekilde bilhassa aile üyeleriyle paylaşıldığı görülmektedir. Aile efradı arasında PIN'i gizli tutma yükümlülüğünün devre dışı kalıp kalmayacağı hususu tartışmalıdır. Prensip olarak hamilin bu yükümlülüğünün katı bir biçimde uygulanması ve kodun aile bireyleriyle de paylaşılmaması icap eder<sup>375</sup>. Anlaşılabilir nedenlerden ötürü bu tarz paylaşımları savunmak mümkün olsa da gizli kodun paylaşılmasının kapsamlı bir biçimde yasaklanması konusunda daha sağlam gerekçeler ileri sürülebilir<sup>376</sup>. Ancak kart hamilinden, yakın aile üyelerine karşı PIN'i gizli tutma yükümlülüğü konusunda aktif önlemler almasını beklemek, hal ve şartlar bunu zorunlu kılmıyorsa biraz aşırı olabilir<sup>377</sup>.

Bunun dışında, aile yakınları veya üçüncü kişiler, hamilin kartını kullanma ihtiyacı hissedebilir. Bu durumda karta gereksinim duyan kimseye, hamilin hesabı üzerinden fakat kendi kartını ve PIN'ini kullanmasını öngören bir temsil yetkisi verilerek hesaptan yararlanması sağlanabilir<sup>378</sup>. Yine hamil, fiilen kartını ve PIN bilgisini paylaşmak suretiyle üçüncü bir kişiye temsil yetkisi de verebilir<sup>379</sup>. Her ne kadar kart sözleşmelerinde, kartın ve PIN'in hamil tarafından şahsen kullanılması gerekliliği vurgulansa da kartın temsil yetkisi çerçevesinde bir başkası tarafından kullanılmasına engel bir durum bulunmaz. Ancak üçüncü kişinin temsil yetkisini aşması veya kartı kaybetmesi ya da çaldırması durumunda, hamilin kartı saklama - gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği kabul edilir ve ortaya çıkan zararlardan ötürü kendisi sorumlu tutulur. Bu konuyu ileride

<sup>374</sup> Bkz. M. Koch, s. 132.

<sup>375</sup> Bu yönde bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 14; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 19; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 74; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/7; M. Koch, s. 132; Russenschuck, s. 83; Ahlers, WM 1995, s. 606.

<sup>376</sup> PIN, bir nevi (kartı) kullananın kimliğini tespit etme fonksiyonu gösterdiğinden, gizli tutma yükümlülüğünün herkes bakımından katı bir biçimde uygulanması daha rasyonel bir tutum olarak görülür (Bkz. M. Koch, s. 132; Russenschuck, ss. 75-76).

<sup>377</sup> Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 61. Nitekim LG Köln almış olduğu bir kararda, PIN'in eşle dahi paylaşılmaması durumunu inandırıcı bulmadığını belirtme gereği duymuştur (WM 1995, s. 978). Ancak belirtelim ki sorumluluk bakımından aile efradını üçüncü kişiler gibi de görmemek gerekir. Nitekim aile fertlerinden birisinin hamilin izni olmadan kartı kullanması durumunda, bu kişi üçüncü kişi sayılmayacağından ekstra bir riziko araştırmasına gidilmez ve yapılan harcamalardan ötürü hamil sorumlu tutulur. Kart hamili, kartının aile fertleri tarafından habersiz alındığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz (Bkz. İşgüzar, s. 139).

<sup>378</sup> Bkz. M. Koch, s. 132; Russenschuck, s. 75.

<sup>379</sup> Bkz. Bucher, s. 246; Haybäck, s. 115.

sorumluluk bahsinde tekrar ele alacağız.

#### (4) PIN'in Gizlice Gözetlenmesine Engel Olunması

Kart hamili POS terminallerinde veya bankamatiklerde gerçekleştirdiği işlemlerde PIN'i girerken, bu bilginin başkaları tarafından öğrenilmesine mümkün mertebe engel olmak durumundadır. Üçüncü kişilerce gizli gözetleme pasif olarak gerçekleşebileceği gibi, aktif olarak da gerçekleşebilir. Uygulamada basit ve aynı zamanda yaygın olarak uygulanan pasif yöntem, özellikle POS terminallerinde hamilin PIN'i girerken omzunun üzerinden izlenmesidir<sup>380</sup>. Bunun dışında gözetlemenin, kartlı sistem güvenliğini tehlikeye düşürecek boyutta aktif olarak gerçekleşmesi de mümkündür. Aktif yöntemde, suçlular genellikle sık kullanılan bankamatiklerin karşısında, teknik araçlar (dürbün, teleobjektif vs.) yardımıyla PIN girişlerini gözetleyebilecek bir açı ve konumda ev kiralama yoluna giderler<sup>381</sup> veya doğrudan bankamatiklere mini kamera koyarak PIN girişlerini izlerler.

Pasif yöntemde, kartın PIN'le birlikte koşullar gereği halka açık bir ortamda kullanılmasına yönelik zaafıtan faydalanılır. Bu tür kullanımlarda, PIN girilirken sırada bekleyen diğer kişilerin veya yakın çevreden geçip giden insanların gözetleme yapması tamamen engellenemez. Özellikle süpermarket kasalarında sıklıkla kaotik durumlarla karşılaşılır. Zira bu gibi yerlerde müşteri hem almış olduğu ürünleri yerleştirmek hem de ödeme yapmak zorundayken, sırada bekleyen diğer kimseler bazen itişip kakışır veya hamilin hemen yakınından geçip gider. Bu durumda hamile, gizlice gözetlenmesi nedeniyle ağır ihmal isnat edebilmek ancak çok istisnai hallerde mümkün olabilir<sup>382</sup>. Bununla birlikte, pasif gözetlemelerde de hamilin yükümlülüğe aykırı hareket edip etmediğini yine somut olaydaki koşullara göre belirlemek gerekir<sup>383</sup>. Söz gelimi hamil bankamatikte PIN'i girdiği esnada üçüncü kişilerin görmesine engel olmak için tuş takımının üzerini gizlemez<sup>384</sup> ya da arkada bulunan

<sup>380</sup> Bkz. Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 295.

<sup>381</sup> Bkz. Haybäck, ss. 96-97; Hoppe, ZBB 1999, s. 92.

<sup>382</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 135.

<sup>383</sup> Alman uygulamasında, kart sözleşmelerindeki standart kurallarda gizli kodların nasıl güvenli bir şekilde muhafaza edileceği genelde (örnekler yardımıyla) açıklanmaktadır [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 12].

<sup>384</sup> Kart hamillerinin bu yükümlülüğünü kolaylaştırmak adına bazı kart kuruluşları bankamatiklere, tuş takımının kenarlarını kapatan ve böylelikle görüş açısını oldukça sınırlayan aparatlar yerleştirir.

kişinin kendisine ayrılan bölümde sırasını bekleyip beklemediğine dikkat kesilmezse bu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olur<sup>385</sup>.

Aktif gözetlemeler bakımındansa hamilin yalnızca olağan dışı bir durumu sezmesi halinde karşı tedbir alması veya durumu kart kuruluşuna bildirmesi gerekir. Bilhassa kart kuruluşuna ait olmadığı açıkça belli olan kamera düzeneğini tespit eden hamilin, herhangi bir önlem almadan işleme devam etmesi, ağır ihmali bir tutum olarak görülür. Buna karşılık bankamatige, hamilin gözle görmesi mümkün olmayan mikro ölçekte bir kamera yerleştirilmişse, artık bunu hamilin tespit edebilmesi mümkün olmaz<sup>386</sup>, dolayısıyla kural olarak hamile sorumluluk isnat edilemez.

#### **e. Blokaj Bildiriminde Bulunulması**

Kartı saklama ve gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülükleriyle bağlantılı olan bir diğer yükümlülük, hamilin gereken durumlarda kayıp ve çalıntı bildiriminde bulunmasıdır. Kart sözleşmelerinde sıklıkla bu yükümlülüğe vurgu yapıldığı gibi, Kanun'da da açıkça bu hususa dikkat çekilmiştir. Gerçekten de BKKKK m. 16/I'e göre kart hamili, kartın kaybolması<sup>387</sup>, çalınması veya iradesi dışında gerçekleşmiş olan herhangi bir işlemi öğrenmesi halinde durumu "derhal"<sup>388</sup> kart çıkaran kuruluşa bildirmek zorundadır (Ayrıca bkz. BKKKY m. 17/II- b)<sup>389</sup>.

<sup>385</sup> Bu yönde bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 61; Ahlers, WM 1995, s. 607.

<sup>386</sup> Bkz. Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 295.

<sup>387</sup> Burada kaybolma kavramı, hamilin kartın zilyetliği üzerindeki fiili tasarruf yetkisini kaybetmesini ifade eden tüm olguları içerir [Bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 17; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 12].

<sup>388</sup> BGB §675I/I c. 2'de de hamilin durumu derhal (unverzüglich) bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak daha sonra değineceğimiz gibi, burada "derhal" olarak ifade edilen zaman dilimi konusunda bir üst sınırdan bahsetmek mümkün olmadığından, her somut olaya göre durumu değerlendirmek gerekir. Bu konuda en azından hamile hem ödeme aracını arama sürecinden sonra nasıl bir tutum takınacağı noktasında kısa bir düşünme payı tanıyacak hem de kart kuruluşunun iletişim bilgilerini hızlı bir araştırmayla bulabilmesine olanak sağlayacak şekilde zaman vermek gerekir. Pratikte çoğu zaman, kartın kaybolduğunu veya kötüye kullanıldığını öğrendikten çok az bir zaman geçtikten sonra hamilin durumu bildirmesi beklenir [Bu yönde bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 76-77; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 8. Ayrıca bkz. ve karşı. Aşa. V, B, III, d, (2), (b), (cc)].

<sup>389</sup> Ayrıca bkz. Çeker, s. 88. Belirtelim ki gerek Türk gerekse de Alman hukukuna bakıldığında, kanun koyucunun hamili kayıp, çalıntı durumunu bildirmekle yükümlü kıldığı; buna karşılık hamilin kısa bir süre içinde kartının kaybolduğunu, çalındığını veya kötüye kullanıldığını tespit edebilmesi için ne tür önlemler alması gerektiği konusunda sessiz kaldığı görülüyor. Bu hususta LG Halle'nin benimsemiş olduğu, hamilin her eve döndüğünde kartının mevcut olup olmadığını denetlemesi gerektiği şeklindeki görüş biraz aşırı bulunabilir (LG Halle'nin bu kararı için bkz. WM 2001, s. 1298). Fakat kartın

Kuralın içeriğinden, yalnızca kayıp ve çalıntı durumlarının değil, aynı zamanda irade dışı gerçekleşen işlemlerin de bildirilmesinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Burada irade dışı işlemlerle kastedilmek istenen, kartın ve gizli kodun hamilin bilgisi dışında kullanılmasını konu edinen her türlü işlemdir<sup>390</sup>.

Bildirim yükümlülüğü açısından, hamilin kusurunun bulunup bulunmadığı herhangi bir önem teşkil etmez. Kart ister çalınmış isterse başkası tarafından zorla alınmış olsun, hamil durumu bildirmekle yükümlüdür. Buna karşılık, kartın fiziksel açıdan zayı olup ortadan kalktığı, örneğin yanıp kül olduğu veya başkasının zilyetliğine geçmesi mümkün olamayacak şekilde mevcudiyetini yitirdiği hallerde, kartın kötüye kullanılması gibi bir durumla karşılaşamayacağından, artık bildirim yükümlülüğü devre dışı kalır<sup>391</sup>. Bu gibi haller dışında genel olarak hamilin, kartın kaybolduğu veya çalınmış olduğu bilgisine ulaşmasıyla ya da bu doğrultuda güncel bir şüphe içine düşmesiyle birlikte bildirimde bulunması gerektiği kabul edilir.

Yükümlülüğün doğması bakımından, kayıp ve çalıntı durumuyla ilgili pozitif

---

çalındığı yönünde somut ve ciddi emareler bulunuyorsa (örneğin, eve hırsız girdiğine dair izler varsa), artık kart hamili hemen araştırmaya koyulmalı ve kartın yerinde olup olmadığını kontrol etmelidir (Aksi yönde bkz. OLG Frankfurt, WM 2002, s. 1055). Bu spesifik haller dışında birazdan da görüleceği gibi hamilden, kartıyla ilgili kötüye kullanımları tespit edebilmesi için hesap özeti düzenli olarak kontrol etmesi beklenir (Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 65; Weber, s. 294).

<sup>390</sup> Alman hukukunda BGB §675I/1, c. 2’de benzer bir düzenleme yer alır. Buna göre; “*Ödeyen (kart hamili), ödeme aracının kaybolması, çalınması, kötüye kullanılması veya otorizasyonsuz olarak kullanılmasına ilişkin diğer her türlü durumda, bu bilgiyi edindikten sonra derhal ödeme hizmeti sağlayıcısına (kart kuruluşuna) veya onun adına faaliyet gösteren bir birime durumu bildirmek zorundadır.*” Dikkat edilirse burada da yükümlülüğün kapsamı, kayıp ve çalıntı durumlarının bildirilmesi ile sınırlı tutulmamış; ödeme aracının her türlü otorizasyonsuz kullanımı, yani hamilin iradesine aykırı olarak gerçekleşen kullanımların bildirilmesi de yükümlülük kapsamına dâhil edilmiştir [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675I, N. 5]. Bu tür otorizasyonsuz ödemeler hazırlar arasında gerçekleşebileceği gibi mesafeli işlemlerde de gerçekleşebilir. MO/TO işlemlerinde her ne kadar salt kart bilgileri ödeme aracı olarak kabul görmese de otorizasyonsuz ödemeyi tespit eden hamilin aynı şekilde bildirimde bulunması gerekir [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 15].

Keza BGB §676b/I’de, bu kez “ödemeye aracı” kavramından bağımsız olarak, hamilin otorizasyonsuz veya hatalı olan ödemeleri tespit etmesi halinde durumu derhal kart kuruluşuna haber vermesi gerektiği bir kez daha, fakat daha genel bir şekilde vurgulanmıştır. Yine Sparkasse Debit Kartlar Genel Şartları’na bakıldığında da “ödemeye aracı”ndan hareketle bir düzenlemeye gitmek yerine, kartın kaybolması ve çalınması durumu ile kartın / PIN’in kötüye kullanılması ve diğer olası bütün otorizasyonsuz ödemelerin ayrı ayrı ele alındığı görülmektedir (Bkz. Bedingungen für die Sparkassen-Card, A-II, m. 6.4, f. 1). Esasen bu tutum daha isabetlidir; çünkü kaybolma ve çalınma olayı yalnızca ödeme aracının somut unsuru (kart) açısından gündeme gelebilir. Yani sadece “kartın” kaybolması durumunda, kayıp / çalıntı bildiriminde bulunulur ve karta bağlı gizli kod için ayrı bir bildirim yapılması gerekmez [Bu hususlarda bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 17; Sprau, Palandt BGB, §675I, N. 5; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 12].

<sup>391</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 13.

(somut) bir bilgiye ulaşılmasının gerekli olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır. Alman hukukunda bir görüşe göre, bildirim yükümlülüğü için hamilin kayıp ve çalıntı durumuyla ilgili müspet bir bilgiye sahip olması gerekir. Diğer bir deyişle, hamilin durumu bilme gerekliliği veya ihmali bir şekilde bilememiş olması bildirim yükümlülüğünün doğması açısından tek başına yeterli olmaz<sup>392</sup>. Hal böyleyken, kartını geçici olarak kaybeden veya bulamayan hamilin, kartının hâlâ kendi tasarruf sahasında olduğu ve onu yeniden bulacağı inancını taşıdığı sürece bildirimde bulunması gerekmez<sup>393</sup>.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, yükümlülüğe ilişkin kuralın getiriliş amacından yola çıkarak, hamilin kartını bulamaması ya da bir şekilde kaybetmesi durumunda, henüz müspet veya kesin bir bilgiye ulaşmış olmasa dahi derhal bildirimde bulunması gerektiğini savunur. Zira bu gibi hallerde, kartın gerçekten kaybolmuş veya çalınmış olabileceği ihtimalini göz önünde tutmak gerekir. Alman hukukunda BGB §675k/II, b. 2’de düzenlenen ve blokaj için ödeme aracının hileli bir şekilde ya da yetkisiz olarak kullanıldığı “şüphesini” yeterli gören kural da dolaylı olarak bu görüşü haklı çıkarmaktadır. Gerçi söz konusu düzenlemede şüphe içinde olan kart kuruluşu olup, blokaj işlemi resen onun tarafından gerçekleştirilir<sup>394</sup>. Ancak bu ihtimalde de hamil tarafından yapılan blokaj bildirimlerinde olduğu gibi, kötüye kullanımı önleme refleksiyle hareket edilir. Bu nedenle kart hamili de şüphe durumunda aynı şekilde derhal blokaj bildirimde bulunmalı ve bildirim üzerine kart kuruluşu hemen kartı bloke etmelidir<sup>395</sup>.

<sup>392</sup> Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675I, N. 6; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 65; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 20; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 75; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 8; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 94.

<sup>393</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675I, N. 5; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 17; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 66.

<sup>394</sup> Bkz. Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/6.

<sup>395</sup> Bkz. Erman/Graf von Westphalen §675I, N. 12. Genel işlem koşulları aracılığıyla; kartın, PIN’in veya kimlik tespitine yarayan başka bir aracın yetkisiz üçüncü kişilerin zilyetliğine geçtiği ve bu araçların kötüye kullanıldığı şeklinde hamilin veya temsilcisinin bir “şüphe” içine düşmesi durumunda, hamilin veya temsilcisinin durumu bildirmekle yükümlü olacağı hususu kararlaştırılabilir. Bildirim yükümlülüğüne ilişkin kural (BGB §675I; BKKKK m. 16) kesin nitelikte olmadığından, hamile bu kapsamda ek bir yükümlülük getirmede herhangi bir beis bulunmaz. Ayrıca bu tür klozlar hamilin ölçüsüz bir şekilde mağduriyetine yol açmadığından, içerik denetimine de takılmaz [Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 65; Erman/Graf von Westphalen §675I, N. 17; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 89]. Şu halde, hamilin veya kartı kullanma yetkisi bulunan temsilcisinin farkında olmadan ödeme

Bu hususta akla gelen bir diğer olasılık, “ileride” kartının kötüye kullanılabileceğine yönelik şüphe içine düşen hamilin, bunu bildirmekle yükümlü olup olmayacağı meselesidir. Burada diğer olasılıktan farklı olarak kart kaybolmamış, çalınmamış, henüz hamilin iradesi dışında bir işleme konu olmamış veya bunlara dair güncel bir şüphe hasıl olmamıştır; ancak belirtilen tüm bu durumların gerçekleşme ihtimali oldukça artmıştır. Örneğin, bankamatikten para çeken kart hamilini yakın sayılacak bir mesafeden izleyen birinin, işlem tamamlandıktan sonra bir süreliğine hamili takip etmesinde durum böyledir. BKKKK m. 16’nın lafzından hareket ederek hamilin bu gibi hallerde bildirimde bulunmakla yükümlü olmadığı sonucu çıkarılabilir. Ancak kanımızca bu ihtimalde de normun getiriliş amacı (kartın kötüye kullanılmasının engellenmesi) dikkate alınarak kötüye kullanım tehlikesini sezen hamilin, bunu bildirmekle yükümlü olduğu kabul edilebilir<sup>396</sup>.

Kart hamilinin kayıp ve çalıntı bildirimini herhangi bir şekle bağlı olmadan (mektup, telefon, e-mail, faks veya sms aracılığıyla vs.) gerçekleştirmesi mümkündür<sup>397</sup>. Ancak, kart kuruluşunun postayla yapılan bildirimlere derhal tepki verebilmesi mümkün olmadığından, hamilin posta yoluyla bildirimde bulunmaması

---

aracı üçüncü kişilerin eline geçtiği takdirde, hamil veya temsilci kartın çalındığından veya gizli kodun gizlice gözetlenmiş olduğundan şüphelenmediği sürece durumu bildirmekle yükümlü değildir [Benzer yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 66]. Buna karşılık hamil şüphe içine düşmüş ve sözleşmeyle şüpheli durumları da bildirmekle yükümlü tutulmuş olmasına rağmen hareketsiz kalmışsa, sözleşmesel yükümlülüğe kasten veya ağır ihmalle hareket etmesi nedeniyle zararın tamamından sorumlu tutulabilir [Aynı yönde bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 88].

<sup>396</sup> Benzer yönde bkz. Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675l, N. 19; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675l, N. 16. Nitekim öğretide bir görüş, bankamatikte PIN girişi esnasında gizlice izlendiğinden şüphelenen hamilin kural olarak durumu kart kuruluşuna bildirmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir (Bkz. Rolf R. Aepfelbach ve Gert Cimiotti, “Zur Sicherheit des ec-Kartensystems”, **Wertpapiermitteilungen** 1998, s. 1222). Buna karşılık bir diğer görüşe göre, (müstakbel) kötüye kullanıma dönük bir şüpheye kapılan hamilin bildirimde bulunmakla yükümlü tutulması, onun sorumluluğunu (BGB §675v; BKKKK m. 12) önemli ölçüde ağırlaştıracaktır. Bu son görüşü savunan yazarlar, yukarıda ulaştığımız sonuca kuşkuyla yaklaşmışlar; ancak tarafların bu hususu özel olarak sözleşmede kararlaştırabileceklerini belirtmekten kendilerini alamamışlardır (Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675l, N. 7. Aynı yönde bkz. M. Koch, s. 155; Hofmann, BKR 2018, s. 64).

<sup>397</sup> Bkz. Çeker, s. 88; Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 85; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675l, N. 6; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675l, N. 16; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 68; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675l, N. 78; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675l, N. 7; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 92.

isabetli olur<sup>398</sup>. Bunun dışında bildirim yalnızca kart kuruluşuna değil, kart kuruluşunun blokaj için görevlendirdiği merkezi bir birime de yapılabilir<sup>399</sup>. Ancak bu ihtimalde kart kuruluşunun adının -mümkünse banka kodunun- ve müşteri hesap numarasının özel olarak belirtilmesi gerekir<sup>400</sup>.

Son olarak taraflar kart sözleşmeleri ile kayıp ve çalıntı durumunun kart kuruluşu dışında polise de bildirilmesini şart koşabilir<sup>401</sup>. Kart sözleşmelerinde genel işlem koşulu şeklinde belirlenen bu tür klozlar, bildirimin nereye yapılacağı hususunda BKKKK m. 16'nın sınırlayıcı nitelikte bir sayım yapmaması dikkate alınarak geçerli kabul edilmelidir<sup>402</sup>. Kart hamilinin polise bu bildirimini şahsen yerine getirmesi gerekmez, herhangi bir aile yakını da onun yerine bildirimde bulunabilir.<sup>403</sup> Ancak polise yapılan bildirim yükümlülüğü ile kart kuruluşuna yapılan bildirim yükümlülüğü arasında birtakım farklılıklar bulunur. Şöyle ki, sözleşme ile kötüye kullanım şüphesinde dahi kart kuruluşuna yapılacak olan bildirim zorunlu tutulabilirken; polise yapılacak olan bildirimler için şüphe yeterli olmaz; bundan başka kötüye kullanımın veya otorize edilmemiş işlemin ispatlanabilir olması aranır. Bu noktada şüphe durumunun polise bildirilme zorunluluğunu öngören kayıtlar içerik denetimine takılabilir<sup>404</sup>. Yine hamilin sorumluluğunu düzenleyen BKKKK m. 12 kuralının uygulanmasında, kart kuruluşlarına yapılan bildirimler esas alınır; polis

<sup>398</sup> Bkz. M. Koch, s. 153; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 68; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, No.77; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 92]. Özellikle yurt dışına yapılacak olan bildirimlerin, posta aracılığıyla yapılması hiçbir şekilde yeterli olmaz [Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 7].

<sup>399</sup> Bkz. Hofmann, ZvgIRWiss 2007, Cilt: 106, s. 178.

<sup>400</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 70; Krepold ve Fischbeck, s. 95.

<sup>401</sup> Bkz. Krepold ve Fischbeck, s. 95; Russenschuck, s. 77. Nitekim Alman Sparkassen- Card Genel Şartlarında, kart hamilinin her bir kayıp / çalıntı durumunu derhal polise bildirmek zorunda olduğu düzenlenmiştir (A-II, m.6.4, f.1 son cümle). Böylece genel şartlar ile BGB §675I c. 2'de aranmayan bir koşul daha getirilmiştir [Bu yönde bkz. Hermann Josef Bunte, **AGB- Banken und Sonderbedingungen, mit AGB- Sparkasse und AGB-Postbank**, 4. Bası, Verlag C. H. Beck, München, 2015, s. 383; Einsele, s. 298, dn. 530; Stange, s. 51; Haybäck, ss. 61, 63; Berghaus, **RWS-Forum 12** (1998), s. 58].

<sup>402</sup> Bu husus Alman hukukunda daha net vurgulanmıştır. Gerçekten de BGB §675I ile BGB §675v/III b. 2-b hükmü birlikte ele alındığında, ödeme aracının çıkarılması ve kullanılması ile ilgili olarak tarafların kanunda belirtilenler dışında başka kurallar da getirebileceği anlamı çıkıyor. Bu bakımdan, genel işlem koşulları aracılığıyla hamilin kayıp / çalıntı durumunu polise de bildirmekle yükümlü kılınmasının, onu uygun olmayan bir şekilde mağdur ettiği söylenemez ve bu içerikteki kayıtlar geçerli kabul edilir [Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 64; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 64].

<sup>403</sup> Bkz. Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 64; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 64.

<sup>404</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675I, N. 17.

veya kolluk kuvvetlerine yapılan bildirimler bu açıdan dikkate alınmaz<sup>405</sup>.

#### **f. Kart Kuruluşunca Düzenlenen Hesap Özeti'nin Kontrol Edilmesi**

Kart hamili, kart kuruluşunca düzenlenen ve periyodik olarak kendisine gönderilen hesap özeti'nin kontrol etmekle yükümlüdür<sup>406</sup>. Hamilin özellikle hesap dönemi içerisinde kartın herhangi bir manipülatif işleme konu olup olmadığını incelemesi ve kendisi tarafından yapılmamış olan harcamaları kart kuruluşuna bildirmesi gerekir<sup>407</sup>.

Buna karşılık öğretide **Vogel**, mutlak genel işlem koşullarındaki kabulün aksine, hesap özeti'nin kontrol edilmesini bir yükümlülük değil, külfet olarak yorumlar. Yazara göre, her ne kadar hesap özeti incelemesiyle manipülatif işlemler tespit edilip olası kötüye kullanımların önüne geçilebilirse de kart hamili, kart kuruluşunun üye işyeri ile veya diğer bir kart hamili ile olan ilişkisinden kaynaklanan rizikoları üstlenmek durumunda kalmamalıdır<sup>408</sup>.

**Taupitz**'e göre ise, hamilin hem kendi menfaati hem de kartlı sistem güvenliğinin korunması açısından aylık periyotlarla gelen faturalarda olağan dışı bir durumun veya haksız olarak fatura edilen bir harcamanın bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekir<sup>409</sup>. Yazarın ifadesinden, bunu bir yükümlülük mü yoksa külfet olarak mı ele aldığı anlaşılamamakla birlikte, sistemin genelinin korunmasına yönelik yapmış olduğu atıf dikkate alınarak bunu bir yükümlülük gibi gördüğü söylenebilir. Kaldı ki öğretide, hamilin kötüye kullanımları tespit edebilmesi için düzenli olarak hesap özeti'nin kontrol etmek zorunda olduğunu açıkça belirten görüşler de yok değildir<sup>410</sup>.

Alman yargı kararlarına bakıldığında da meselenin tartışmalı olduğu

<sup>405</sup> Bkz. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, ss. 84-85.

<sup>406</sup> Kart kuruluşları, hamilin isteğine göre hesap özeti'lerini geleneksel posta veya e-posta yoluyla kendilerine gönderebilir. Hesap kesim tarihi ile son ödeme tarihi arasında on günlük bir zaman dilimi söz konusu olduğundan, postayla yapılan gönderilerin bu zaman dilimi dikkate alınarak hamile ulaştırılması gerekir. Bunun dışında, online bankacılığı kullanan hamil, hesap dönemi içerisinde yapmış olduğu harcamaları, kart kuruluşunun hesap özeti'nin göndermesini beklemeden, dilediği zaman sistem üzerinden kontrol edebilir.

<sup>407</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1004.

<sup>408</sup> Bkz. Vogel, ss. 39-40

<sup>409</sup> Bkz. Taupitz, ss. 111-112

<sup>410</sup> Örneğin bkz. Haertlein, *MüKoHGB* (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 65.



görülyor. Nitekim OLG Zweibrücken bir kararında, yaklaşık bir ay boyunca kartı sürekli kötüye kullanılan hamilin kartıyla hiçbir surette ilgilenmemesini ve kartla ilgili süreçleri ihmal etmesini, bu yükümlülüğe aykırı bir davranış olarak değerlendirmiştir<sup>411</sup>. Buna karşılık OLG Bamberg tam tersi bir tutum takınarak hamilin periyodik olarak kartıyla ilgili bilgi alma konusunda genel bir yükümlülüğünün bulunmadığına hükmetmiştir<sup>412</sup>.

Her ne kadar bu konuda farklı görüşler / içtihatlar bulunsa da kanımızca hamilin hesap özetini periyodik bir şekilde kontrol etmekle ve yapmamış olduğu harcamaları derhal kart kuruluşuna bildirmekle yükümlü olduğunu kabul etmek gerekir. Zira burada sadece hamilin değil, sistem bütünlüğünün korunmasını ön planda tutmak yerinde olur. Ayrıca kötüye kullanımların devamı halinde, kart kuruluşunun üstleneceği sorumluluğun da artacağı dikkate alınarak hamilin üstlenmesi gereken tutumun külfet ölçüsünü aştığı rahatlıkla söylenebilir.

Kaldı ki kart sözleşmelerinde, çoğu zaman hesap özetini kontrol etmede ihmalkâr davranan hamilin belirli bir süre geçtikten sonra kendisi tarafından yapılmayan harcama kalemlerini de içeren hesap özetini kabul etmiş / onaylamış sayılacağı açıkça belirtilmektedir. Yine bununla bağlantılı olarak BKKKK m. 11/II'de, hamillerin son ödeme tarihinden itibaren on gün içinde hesap özetine itiraz edebilecekleri hususu düzenlemiştir. Ancak aynı kuralın devamına bakıldığında, on günlük süre geçtikten sonra hesap özetinin kesinleşmiş olmasının hamillerin genel hükümlere göre dava açma hakkını ortadan kaldırmadığı görülür. Bu nedenle, süresinde hesap özetine itiraz etmeyen kart hamillerini kötüye kullanımlardan ötürü de facto sorumlu tutan sözleşmesel klozları geçersiz addetmek gerekir.

### 3. Üye İşyerinin Yükümlülükleri

Üye işyeri, kart kuruluşu tarafından dikte edilen üye işyeri sözleşmesine imza atmakla, hamilin bedel ilişkisinde mal veya hizmet karşılığında ibraz ettiği kartı “ödeme aracı” olarak kabul etme yükümlülüğü altına girer. Dolayısıyla üye işyeri sözleşmesi, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki ifa ilişkisinde etkisini göstermekle birlikte, aynı zamanda hamile de üye işyerine olan borcunu kartla ödeme imkânı

<sup>411</sup> Bu karar için bkz. WM 1991, s. 67.

<sup>412</sup> Bu karar için bkz. WM 1994, s. 194.

sunar. Bu özelliğiyle üye işyeri sözleşmesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir<sup>413</sup>.

Üye işyeri sözleşmesine imza atan işyerleri, birbiriyle taban tabana karşıt olan iki farklı taleple yüzleşmek durumunda kalır. Gerçekten de üye işyerlerinin, bir taraftan kartların müşteriler bakımından ödemeyi kolaylaştırıcı bir araç olarak fonksiyon göstermesini sağlamaları, diğer taraftan mümkün mertebe ödeme sisteminin güvenliğini tesis etmeleri gerekir. Fakat bilhassa kredi kartlarının oldukça rağbet gören kitlesel bir ödeme aracı olduğu dikkate alındığında, işyerlerinin uzun uzadıya güvenlik denetimi yapması beklenmez. Aksi tutum, kartlı ödemelerin sağladığı pratikliği tamamen ortadan kaldırır. Diğer taraftan, kartlı ödemelerin güvenliği konusunda anlamlı bir itibar kaybı yaşamamak adına, üye işyerlerinin belli başlı tedbirleri alması kaçınılmazdır. Kart kuruluşları tarafından kaleme alınan üye işyeri sözleşmelerinde, işyerine ait yükümlülükler kalem kalem belirtilir<sup>414</sup>.

Üye işyeri sözleşmeleri dışında kanun koyucu da üye işyerlerinin uyması gereken yükümlülükleri özel olarak vurgulama ihtiyacı duymuştur. Nitekim BKKKK m. 17/I'de, hamillerin mal ve hizmet bedelini banka kartı ya da kredi kartı ile ödemeyi talep etmeleri halinde, üye işyerlerinin bu talebi kabul etmek zorunda oldukları düzenleme altına alınmış; hatta bu zorunluluğun indirim dönemlerinde de geçerli olduğu vurgulanmıştır<sup>415</sup>. Yine aynı kuralda üye işyerlerinin, hamillerden kartın kullanılması dolayısıyla komisyon veya benzeri bir isim altında ilave bir ödeme talep edemeyecekleri belirtilmiştir. Bu hususlara aykırı hareket edilmesi durumunda, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlarca sözleşme feshedilir ve bir yıl süreyle bu işyerleriyle yeni sözleşme yapılmaz.

Üye işyerlerinin kartlı ödemeleri kabul etme yükümlülüğü, asli bir yükümlülük olarak karşımıza çıkar. Asıl konumuzu ilgilendiren ve kötüye kullanım sorumluluğuna yol açan özen yükümlülüğü ise daha çok bu asli yükümlülüğün nasıl yerine getirildiğiyle alâkalıdır. Standart sözleşmelerde özen yükümlülüklerinin belirlenmesinde, kartın kullanım türüne göre farklı esaslar kararlaştırılabilir. Günümüz uygulamasında kartlar, POS terminallerinde manyetik, çipli ve temassız

<sup>413</sup> Bkz. Hammann, s. 38; Vogel, s. 20; Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 17; Einsele, ss. 327, 334; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 37; Stange, s. 58; Pavalenco, s. 117.

<sup>414</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. A. Langenbucher, s. 159.

<sup>415</sup> Ayrıca bkz. Çeker, s. 16.

olmak üzere üç değişik şekilde kullanılabilir. Manyetik kullanımda, kartın manyetik şeridindeki bilgiler üzerinden otorizasyon işlemi gerçekleşir. Bu kullanımın tipik özelliği, otorizasyon sürecinde kimlik tespitinin debit kartlarda PIN ile<sup>416</sup>, kredi kartlarında ise hamilin harcama belgesini imzalamasıyla gerçekleşmesidir. Çipli kullanım ise ülkemizde bir dönem yalnızca kredi kartları bakımından geçerliyken, 2017 yılının son çeyreğinden itibaren bazı kart kuruluşlarınca debit kartlar da hibrit olarak çıkarılmaya başlandığından, çipli kullanım debit kartlara da sirayet etmiştir. Çipli kullanımın tipik özelliği ise otorizasyonun yalnızca POS'a PIN girmekle mümkün olabilmesidir<sup>417</sup>. Temassız kullanımda ise kart hamili, belirli bir işlem ve günlük limit dâhilinde ve temassız özellikli POS cihazları yardımıyla ne PIN girmek ne de harcama belgesine imza atmak zorunda olmadan ödeme işlemini seri bir şekilde tamamlayabilir. Bu tarz kullanımlarda, kartta bulunan yakın alan iletişim teknolojisi (Near Field Communication – NFC) veya yine kablosuz iletişimi sağlayan bluetooth teknolojisi (Bluetooth Low Energy) sayesinde hamilin kartını yalnızca POS cihazına yaklaştırması otorizasyon için yeterli olur<sup>418</sup>.

Tüm bu kullanım türleri dikkate alındığında, üye işyerlerinin kartlı ödemeleri kabul ederken belli başlı hususlara dikkat etmeleri gerekir<sup>419</sup>:

- İbraz edilen kartın son kullanma tarihi geçmemiş olmalı,
- İbraz edilen kartın blokeli olup olmadığı, offline kullanımlarda POS'a yüklenen veya gerekiyorsa fiziki olarak üye işyerlerinde bulunan Birleşik Uyarı Listesi aracılığıyla kontrol edilmeli,
- Kart zarar görmemiş olmalı veya üzerinde bir değişiklik yapıldığı açıkça belli olmamalı,
- İmzalı kullanımlarda, kartın arkasındaki imza bandı yetkili hamil tarafından imzalanmış olmalı ve bu imza ile harcama belgesindeki imza birbirleriyle örtüşmeli,
- Üye işyeri işlem limitinin (floor limit) aşılması durumunda, ayrıca kart

<sup>416</sup> Bkz. M. Koch, ss. 36, 46; K. Langenbucher, s. 288; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 1; Stange, ss. 43, 56.

<sup>417</sup> Günümüzde kredi kartlarındaki yaygın kullanım bu şekildedir (Bkz. Brechtel, s. 171).

<sup>418</sup> Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 54; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 44.

<sup>419</sup> Katalog halinde belirttiğimiz bu kurallar için bkz. Taupitz, ss. 103-104; Vogel, ss. 51-52; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 144, N. 62; A. Langenbucher, ss. 159-160; Teoman, ss. 146-148; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1003; Çeker, ss. 17-21.

kuruluşunun onayı alınmalıdır<sup>420</sup>. Taraflar üye işyeri sözleşmelerinde bu şekilde “işlem limiti” belirlemişlerse, limit aşan harcamalarda, ödeme işleminin artık kart kuruluşunca online olarak otorize edilmesi gerekir<sup>421</sup>. Bu durumda kart kuruluşu, işlemi inceleyip hesapta karşılığın bulunduğunu belirledikten sonra üye işyerine onay numarası ileterek ödemeyi onaylar. Ayrıca bu süreçte, hesapta yeterli karşılığın olup olmadığının yanı sıra kart numarası ve kartın geçerlilik tarihi de denetlenir<sup>422</sup>. Bu konuda bir diğer önemli nokta, üye işyerlerinin onay alma yükümlülüğünü dolanmak adına uygulamada slip bölme olarak bilinen yöntemi kullanmaktan men edilmeleridir (BKKKK m. 22, c. 2). Bu yöntemde, işlem limitinin altında olacak şekilde birden fazla harcama belgesi düzenlenerek toplam işlem miktarı gizlenir ve kart kuruluşundan onay alma yükümlülüğü devre dışı bırakılır<sup>423</sup>.

Tüm bu yükümlülükler dışında bir “yan yükümlülük” olarak üye işyeri tarafından harcama belgelerinin kurallara uygun şekilde tam ve okunaklı bir biçimde yazdırılması; ayrıca imzalı kullanımlarda, sözleşmede belirtilen sürede belgelerin kart kuruluşuna teslim edilmesi gerekir. Aksi takdirde kart kuruluşu, üye işyerine olan ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir veya ödeme yapmışsa, bu ödemenin kendisine iade edilmesini talep edebilir. Aynı sonuç, işyeri limitini aşan işlemlerde kart kuruluşunun onayının alınmaması durumunda da evleviyetle geçerlidir<sup>424</sup>.

Üye işyerinin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, kartın kullanım şekline göre gösterilmesi gereken özenin derecesi değişebilir. Örneğin çipli kullanımda kartın son kullanma tarihi ve blokaj denetimi POS cihazı vasıtasıyla (online veya offline olarak) gerçekleştiğinden, özen derecesi önemli ölçüde hafifler. Ayrıca çipli kullanımda kimlik tespiti PIN’le yapıldığından, üye işyerlerinin yalnızca kart üzerinde herhangi bir tahrifat ya da başka şüpheli bir durum olup olmadığını gözetmesi yeterli olur.

Temassız kullanımlarda ise belirli bir limitin altındaki işlemlerde PIN kullanımı dahi aranmadığından, bu tür kartları kabul eden üye işyerlerinin yine

<sup>420</sup> Bu son hususta bkz. Teoman, s. 128. Kart kuruluşunun onayının alınmasının limit aşan işlemler bakımından geciktirici şart niteliğinde olması konusunda ayrıca bkz. Çeker, s. 19.

<sup>421</sup> Bkz. Neumann ve Bock, ss. 11-12, N. 14.

<sup>422</sup> Bkz. Grabe, s. 100; A. Langenbucher, s. 125

<sup>423</sup> Bkz. Vogel, s. 52, dn. 29; A. Langenbucher, s. 125.

<sup>424</sup> Bu hususlarda bkz. Vogel, s. 52; Taupitz, s. 104.

yalnızca kartın zarar görmüş olması veya hamilin şüpheli hareketler sergilemesi durumunda sorumlu davranarak kimlik kontrolü yapması gerekir. Bunun dışında mal veya hizmet tutarını POS cihazına doğru olarak girmek; özellikle temassız özellikli cihazları yalnızca işletme içinde ve sözleşmeyle belirlenen amaç doğrultusunda kullanmak işyerine ait yükümlülüklerdir.

Buna karşılık üye işyerleri, günümüzde uygulaması pek olmasa da manyetik (imzalı) kullanımlarda ciddi sorunlarla karşılaşabilmektedir. Bu tip kullanımlarda bilhassa iki temel hususa dikkat etmek gerekir: 1) Kart hamilinin harcama belgesinin aslına imza atması ve 2) Kartın arkasında bulunan imza ile harcama belgesine atılan imzanın birbiriyle örtüşmesi. Fakat kartın kitlesel bir ödeme aracı olduğu gerçeği dikkate alınarak, imzaların örtüşüp örtüşmediğinin kontrolünde yüksek bir beklenti içine girmemek gerekir. Burada üye işyerinin amatör düzeyde karttaki imza ile harcama belgesine atılan imzayı karşılaştırması yeterli olur. Üye işyerinden tecrübeli bir sektör çalışanının veya imza mukayesesi anlamında bir grafoloji uzmanının göstermesi gereken özeni göstermesi doğal olarak beklenmez. Aksi tutum, seri bir ödeme aracı olan kartlı sistemdeki işleyişi felce uğratabilir<sup>425</sup>. Üye işyerlerinde kartlı ödemeler kasa görevlileri tarafından kabul edildiğinden ve bu kimseler hukuken TBK m. 551 anlamında ticari vekil statüsünde olduğundan, imza mukayesesi yapılırken benzer alanda sorumluluk üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken özenin gösterilmesi yeterli olur (TBK m. 506/III)<sup>426</sup>.

Bununla birlikte hangi kullanım şekli tercih edilirse edilsin, otorizasyon sürecinde üye işyeri kural olarak kart hamilinden kimlik belgesini ibraz etmesini isteyemez. Ancak hamilin yetkili olmadığına dair özel bir emare veya dikkat çekici

<sup>425</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Vogel, ss. 52-53; Çeker, ss. 17, 38-39; Hans Custodis, **Das Kreditkartenverfahren**, Walter Kleikamp, Köln, 1970, s. 68; Pavlenko, ss. 211-212, 223; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 45; Gras, s. 184; Hofmann, BKR 2014, s. 108; Taupitz, ss. 104-105. Bununla birlikte son yazar aynı yerde, imza gerektiren kullanımlarda üye işyerlerinin kontrol yükümlülüklerini ne denli savsakladıklarına dair çarpıcı bir örnek vermiştir. ABD’de yapılan bir istatistikte, kartlı ödemede bulunan müşterilerin kimlik denetimi yapılırken ve özellikle kart üzerindeki imza ile harcama belgesi üzerindeki imza karşılaştırılırken üye işyerlerinin son derece özensiz davrandıkları tespit edilmiştir. Buna göre 127 test denemesinde çok az sayıdaki (%5 oranında) işyerinin belirtilen kıstaslara uygun hareket ettiği gözlenmiştir. Özellikle bir işlemde kartta yazılı bulunan isim ile harcama belgesindeki ismin farklı cinsiyetleri çağrıştırması ve bir başka işlemde harcama belgesine “Donald Duck” şeklinde bir imza atılmış olması, denetimdeki özenin belirlenmesi bakımından dikkat çekicidir. Kimlik tespitinin imza ile gerçekleştirilmesinin sonucunda ortaya çıkan bu ve benzeri sakıncalar, kart kuruluşlarını çipli kullanıma elverişli POS terminallerini geliştirmeye yöneltmiştir (Aynı yönde bkz. A. Langenbucher, s. 160, dn. 324).

<sup>426</sup> Bkz. Teoman, ss. 146-147.

şüpheli bir durum söz konusuysa, hamilin kartı kullanmaya yetkisinin olup olmadığını denetleme bakımından bu yönde bir talepte bulunmak zorunlu hale gelir<sup>427</sup>. Örneğin kartın arkası imzalanmamışsa ve harcama belgesi imzalanmak suretiyle işlem otorize edilecekse, artık kart kullanıcısının kimlik bilgilerini gösteren resmi bir dokümanı (pasaport, ehliyet veya nüfus cüzdanı) üye işyerine ibraz etmesi gerekir<sup>428</sup>. Bu gibi şüpheli hallerde üye işyerinin kimlik denetimi dışında ayıca kartın üzerindeki isim ve kart numarası ile harcama belgesindeki isim ve numarayı da kontrol etmesi gerekir (BKKKK m. 17/II). Zira kopyalanmış bir kartta, kartın üzerinde yer alan isim ve kart numarası ile harcama belgesinin üzerindeki isim ve kart numarası birbirini tutmaz<sup>429</sup>.

Sonuç olarak, günümüz POS teknolojisinin ulaşmış olduğu seviyeyi göz önünde tutarak özellikle çipli ve temassız kullanımlarda üye işyerinin özen yükümlülüğünün sistem tarafından önemli ölçüde asgari düzeye indirildiğini hatta ortadan kaldırıldığını söyleyebiliriz. Geriye sadece kartın hasar görmemiş olmasına dikkat edilmesi veya hamilin şüpheli hareketlerinin dikkate alınması ya da işyeri işlem limitinin aşılmasında kart kuruluşunun onayının alınması (slip bölme yöntemine tenezzül edilmemesi) gibi birtakım yükümlülükler kalır<sup>430</sup>. Fakat özen yükümlülüklerinin büyük bir kısmı kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasını engelleme amacı taşıdığından, bu yükümlülükler asla hafife alınmamalıdır. Her ne kadar üye işyerinden müşterisini öfkeliendirecek derecede vakit alan bir titizlik sergilemesi beklenmese de, imza gerektiren kullanımlarda imzaların uyuşmaması veya diğer kullanımlarda hamilin şüpheli hareketlerinin gözlenmesi durumunda, işyerinin hemen kart kuruluşuna ulaşması ve onun onayını alması gerekir. Özellikle kartın yetkisiz kullanıldığına ilişkin birtakım emarelerin bulunması durumunda, üye işyerinin tam ve titiz bir inceleme yapması zorunlu hale gelir<sup>431</sup>. Ayrıca üye işyerine,

<sup>427</sup> Bkz. Çeker, s. 62; Stauder/Weisensee, s. 88 vd; Pavalenco, s. 212; Gras, s. 184.

<sup>428</sup> Bkz. Grabe, s. 92.

<sup>429</sup> Bu son hususta bkz. Ezgi Yorgancıoğlu Yavuz, “Üye İşyeri ve Üye İşyeri Anlaşması Yapan Kuruluşlara İlişkin Yükümlülükler”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar** (Ed. Taylan Özgür Kiraz), İstanbul 2009, s. 63.

<sup>430</sup> Bkz. Haybäck, s. 70.

<sup>431</sup> Benzer yönde bkz. Pavalenco, s. 212. Belirtelim ki uluslararası kartlı sistem kuruluşları (VISA, MasterCard) da kartlı ödemelerde karşılaşılmaması muhtemel sorunlara ilişkin olarak birtakım kurallar belirlemektedir. Lisans sözleşmeleri nedeniyle bu kurallarla bağlı olan kart kuruluşları, bunları üye işyeri sözleşmelerine ya aynen aktarmakta ya da bu kurallara atıfta bulunmaktadır. Bu açıdan uluslararası kurallar, kart kuruluşlarını olduğu kadar üye işyerlerini de doğrudan ilgilendirir. Örneğin

polis veya kart kuruluğu tarafından kendisine yakın diğeri işyerlerinde kötüye kullanımların yaygınlaştığı bilgisi ulaşırda yine aynı şekilde özen yükümlülüğünde bir artış söz konusu olur<sup>432</sup>. Üye işyerinin zikredilen özen yükümlölüklerine aykırı davranması ve bu nedenle kötüye kullanımın gerçekleşmesi durumunda, hamille ilişkisinde rizikoyu üstlenme durumunda kalan kart kuruluğu, bu rizikoyu üye işyerine yöneltebilir<sup>433</sup>.

---

bu kurallar kapsamında, hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde üye işyerine getirilen yükümlölüklerden biri, kötüye kullanım şüphesi durumunda işyerinin kartla ödeme talebini hemen kabul etmemesidir. Şüpheli hallerde üye işyerinin kart kuruluğunu araması ve “Kod 10” mesajını iletmesi gerekir. “Kod 10” otorizasyonu olarak da bilinen bu yöntemde işlem, kart kuruluğlarının hizmete hazır tuttıkları özel bir servis numarası üzerinden ve telefon aracılığıyla otorize edilir (Bkz. Grabe, ss. 110-111). *VakıfBank Üye İşyeri Sözleşmesi* m. 5. 8’de de üye işyerinin bu yükümlölüğü özel olarak vurgulanmış; hatta otorizasyon alınmış olsa bile işyerinin şüphe durumunda “KOD 10” mesajını sonradan iletmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu kural şöyledir: “Üye işyeri, bir kredi kartı ile satış işlemini tamamlamadan önce; şüpheli bir durum halinde (kartı ibraz eden kişinin kartla ödemek istediğı alışveriş tutarının üye işyerinin günlük işlem hacminin üzerinde olması, kartı ibraz eden kişinin satın aldığı malların bedelini bir kerede ödemek yerine birden fazla işlem yaptırarak ödemek istemesi, yurt dışındaki bir bankaya ait kartla yabancı bir turist tarafından satın alınması olağan karşılanmayacak bir mal veya hizmet alınmak istenmesi vb.) POS üzerinden otorizasyon alınsa dahi, bankanın otorizasyon merkezinden parola olarak ‘Kod 10’ mesajını söyleyerek işlemde kullanılan kartın gerçek kart hamili tarafından kullanılıp kullanılmadığını, kontrol ve tespit etmekle yükümlüdür.”

<sup>432</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 53.

<sup>433</sup> Fakat öğretilde Vogel, her ne kadar burada üye işyerine ait bir “yükümlölükten” bahsedilse de aslında bunların birer “kölfe” olduğu tezini savunur. Bu açıdan üye işyerinin özen yükümlölüğüne uymamasının yaptırımı, kart kuruluğundan olan alacak hakkının düşmesidir. Dolayısıyla kart kuruluğu en baştan üye işyerine ödeme yapmaktan kaçınabilir. Hatta kart kuruluğu, üye işyerine hatayla borç olmayan bu şeyi ödemiş olsa bile, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak bunu sorunsuz bir şekilde geri tahsil edebilir. Bu sonuçlar, akit taraf olan kart kuruluğunun menfaatlerini korumak anlamında yeterince adil olduğundan, sözleşmeye aykırılıktan ötürü tazminat davası açmanın bir gereğı yoktur (ss. 54, 179). Taupitz’e göre ise sebepsiz zenginleşmeden yola çıkıldığında, zenginleşme hukuku kurallarının boyunduruğı altına girilmiş olur ve bu ihtimalde üye işyeri, zenginleşmenin bulunmadığı itirazını ileri sürerek istemi sonuçsuz bırakabilir. Ayrıca sebepsiz zenginleşmeye başvurulduğunda, tazminat davasından farklı olarak kaçırılmış fırsat kaybının ileri sürülmesi de mümkün olamaz. Bu nedenle kart kuruluğları, üye işyerinin kusurlu olarak sözleşmeden doğan özen yükümlölüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek ve akdın müspet ihlaline dayanarak tazminat isteminde bulunursa yapmış oldukları girişim bir anlam ifade edebilir (s. 178).

Belirtelim ki kural olarak kart kuruluğunun burada iki hukuki olanaktan birine yönelmesinde herhangi bir engel yoktur (hakların yarışması). Buna karşılık Vogel tarafından, tazminat davası açılması ihtimalinde kart kuruluğunun kaçırılmış olduğu fırsatı kaybını da ileri sürebilmesinin bir avantaj olarak zikredilmesi eleştirilmiş ve bu gibi durumlarda kart kuruluğu açısından ne tür bir fırsat kaybının gündeme gelebileceğı hususu merak konusu olmuştur (s. 54, dn. 37). Bize göre yazar, kart kuruluğunun işlem karşılığında elde ettiğı hak ediş ücretini gözden kaçırmaktadır. Zira sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanıldığında, kart kuruluğunun komisyon (disagio) ödemesini üye işyerine iade etmesi (veya iadesini talep ettiğı meblağdan komisyon miktarını düşmesi) gerekeceken; tazminat hukuku esaslarından yola çıkıldığında bu miktar kaçırılan bir fırsat kaybı olarak değerlendirilip talep konusuna dâhil edilebilecektir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK

#### V. KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINA İLİŞKİN UYGULAMADA KARŞILAŞILAN TİPİK DURUMLAR

##### A. Ön Açıklamalar

Uygulamada kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasına ilişkin çok değişik varyasyonlarla karşılaşılmaktadır. Ancak genel geçer bir formülle ifade etmek gerekirse, kötüye kullanımların orijinal kart veya sahte kart kullanılarak gerçekleştiği söylenebilir<sup>434</sup>.

Orijinal kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması daha ziyade hamilin dalgınlığından veya ihmalinden kaynaklanır. Bu gibi hallerde kötüye kullanım, yasanın deyimiyle hamilin kartını kaybetmesi, çaldırması veya kimlik belirleyici yöntemin uygulanmasını sağlayan bilgileri güvenli bir şekilde korumaması nedeniyle gerçekleşebilir. Bu kategoriye ilişkin bir istisna, başkasına ait kimlik bilgileri kullanılarak kart çıkartılması olabilir. Zira bu ihtimalde, orijinal kart kötüye kullanılmakla birlikte, ödeme kartının kaybolması veya çalınması gibi bir durum söz konusu olmaz. Bunun dışında orijinal kartın hamil tarafından veya hamilin vermiş olduğu üçüncü kişi tarafından kötüye kullanılması da gündeme gelebilir<sup>435</sup>.

Sahte kart kullanımındaysa dolandırıcılar, hamilin dalgınlığına ilaveten ileri düzey birtakım tekniklerden de faydalanır. Sahte kart üretmek isteyen dolandırıcıların, öncelikle gerçek karta ait verilere ulaşarak bu verileri boş bir karta işlemeleri gerekir. Dolandırıcılar, hamilin dalgınlığından istifade edip elde etmiş oldukları kartı birtakım cihazlar yardımıyla doğrudan klonlayabilecekleri gibi, bankamatiklere veya POS cihazlarına yerleştirdikleri bir aparat yardımıyla (Skimmer) önce kart bilgilerini ele geçirip daha sonra kartın bir kopyasını da üretebilirler.

---

<sup>434</sup> Bkz. Çeker, s. 78; Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 73.

<sup>435</sup> Bkz. Çeker, s. 78.



Ancak her iki durumda orijinal kartı veya orijinal karta ait verileri ele geçiren üçüncü kişiler, kötüye kullanımı gerçekleştirebilmek için çoğu zaman PIN bilgisine de ihtiyaç duyarlar. Bu nedenle kartı ele geçiren veya sahte kart çıkartan kişilerin ayrıca PIN'i tahmin etmeleri veya bir şekilde bu bilgiyi deşifre etmeleri<sup>436</sup> ya da bankamatiklerde, POS terminallerinde PIN bilgisini kullanan hamili gizlice gözetmeleri gerekir. Gizlice gözetleme, hamilin dalgınlığından yararlanarak (hamilin bankamatik klavyesinin üstünü bir eliyle gizlememesi gibi) fiziken gerçekleştirebileceği gibi, teknik araçlar kullanılarak da (bankamatiklere mikro kamera yerleştirmek gibi) gerçekleştirilebilir.

Son olarak POS manipüle edilmek suretiyle, PIN bilgisine ihtiyaç duyulmadan da kartın kötüye kullanılabilmesinin mümkün olduğunu belirtelim (aradaki adam saldırıları). Diğerlerinden farklı olarak bu yöntemde, kartı veya kart verilerini bir şekilde ele geçiren üçüncü kişi, PIN'i öğrenmek için özel bir çaba sarf etmez. Zira bu saldırılarda POS'a yerleştirilen bir aparat yardımıyla doğrudan sistem manipüle edilir ve PIN sorgulamalarında girilen her veri doğru kabul edilir.

Ana hatlarıyla ele aldığımız ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan bu kötüye kullanım türlerini, riziko dağılımına ilişkin açıklamalara geçmeden önce tek tek incelemek, meselenin daha iyi anlaşılması adına isabetli olacaktır.

## **B. Başkasına Ait Kimlik Bilgileri Kullanılarak Kart Çıkartılması**

Kart başvurularında gerçek dışı bilgiler kullanılarak başkasına ait kart çıkartılması her zaman mümkündür. Ancak bunun için dolandırıcıların öncelikle başkasına ait kimlik bilgilerine erişmesi gerekir. Kimlik hırsızlığı, bilindiği gibi ülkemizde oldukça yaygın görülen bir suç tipidir. Başkalarına ait kimlikleri çalan veya kimlik bilgilerini ele geçiren şebekeler, elde ettikleri veriler yardımıyla ürettikleri sahte belgeleri kullanarak bankalardan kart çıkarabilmektedir. Bu nedenle bilhassa resmi veya özel birimlere kimlik bilgilerine ait nüshalar verilirken, belgenin içeriğine taşacak şekilde hangi amaçla bu paylaşımın yapıldığının not edilmesi, bu tür kötüye kullanımlara engel olmak adına önemli katkı sağlar.

Başkası adına çıkarılan kartın kullanılması durumunda, kartı kullanan üçüncü

---

<sup>436</sup> Bkz. Hoppe, ZBB 1999, s. 90.

kişiler özel hukuk bağlamında haksız fiil veya culpa in contrahendo nedeniyle sorumlu tutulabilir. Ancak bu tür hilelere yönelenler genelde ödeme güçlüğü içinde olduklarından veya kart kuruluşuna en baştan yanlış adres bilgisi verdiklerinden, aleyhlerine tazminat davası açmak ya mümkün olmaz ya da açılan dava mağdura, yani kart kuruluşuna ekonomik açıdan herhangi bir fayda sağlamaz<sup>437</sup>.

### **C. Kartın veya Kart Verilerinin Üçüncü Kişilerce Ele Geçirilmesi**

#### **1. Kartın Üçüncü Kişilerce Ele Geçirilmesi**

Kötüye kullanım bahsinde klasik olarak karşılaşılan durum, hamilin kartının zilyetliğini bir şekilde yitirmesi (kaybetme, çaldırma, gasp, şantaj vs.) ve kartın üçüncü kişilerin eline geçmiş olmasıdır<sup>438</sup>. Hırsızın ya da kartı ele geçirenin, kartın arkasında bulunan ve hamile ait olan imzaya ulaşıyor olması, imza gerektiren işlemlerde kötüye kullanımı oldukça kolaylaştırır<sup>439</sup>. Gerçekten de kartı ele geçiren üçüncü kişi, bu şekilde tasarımını öğrenmiş olduğu imza üzerinde çalışma fırsatı bulacağından, üye işyerinde harcama belgesine atacağı taklit imza açısından işi oldukça kolaylaşmış olur<sup>440</sup>. Diğer taraftan hamilin, yükümlülüğü olmasına rağmen kartın arkasını imzalamaması paradoksal bir şekilde üçüncü kişinin işini daha da kolaylaştırır. Gerçekten de bu ihtimalde üçüncü kişi, kartın arkasına el yordamıyla bir imza atabilir ve harcama belgesinde bunu kolaylıkla tekrarlayabilir; böylelikle ekstra bir imza çalışması yapmaktan da kurtulmuş olur<sup>441</sup>.

Kartın zilyetliğinin ele geçirilmesi bakımından bilinen en eski yöntem, bankamatiklerdeki kart giriş yuvasına konulan bir düzenek yardımıyla kartın hamile iade edilmesinin önlenmesi ve bankamatik tarafından yutulan kartın daha sonra üçüncü kişiler tarafından ele geçirilmesidir<sup>442</sup>. Bu metot ilk olarak Lübnanlı

<sup>437</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, s. 189.

<sup>438</sup> Bkz. Vogel, ss. 176-177, Saraç, s. 154.

<sup>439</sup> Ancak bilindiği gibi kredi kartlarından farklı olarak debit kartlarda, kimlik tespiti yalnızca PIN ile gerçekleştiğinden, bu tür kartlar imzalı kullanıma konu olmaz [Bkz. M. Koch, ss. 36, 46; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 1]. Dolayısıyla üçüncü kişilerin debit kartı ele geçirmiş olması, kötüye kullanım için tek başına yeterli olmaz.

<sup>440</sup> Bu hususta bkz. Şener, ss. 496-497; Saraç, s. 154; Martinek, s. 85; Bucher, s. 171.

<sup>441</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 177; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 994; Çeker s. 93; Bucher, s. 171.

<sup>442</sup> Bkz. Hoppe, ZBB 1999, s. 91.

dolandırıcılar tarafından geliştirilip uygulandığından, Lübnan tuzağı olarak da bilinir<sup>443</sup>.

Ayrıca kartın yetkili hamile gönderilmesi sürecinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle kart üçüncü kişilerin eline geçmiş olabilir<sup>444</sup>. Kartın bu şekilde henüz yetkili hamile ulaşmadan ele geçirilmesi yöntemi, özellikle hamilin borçlu duruma düştüğünü öğrenmesi zaman aldığı ve bu bağlamda itiraz / şikâyet yoluna gitmesi görece olarak uzadığından, dolandırıcılara oldukça cazip gelmektedir. Ayrıca yeni çıkarılan kartların üzerinde hamilin imzası da bulunmayacağından, üçüncü kişi yine kendi özgün imzasını karta atabilecek ve asıl hamilin imzasını taklit etmekle uğraşmayacaktır<sup>445</sup>. Bu sakıncalar nedeniyle günümüzde kart kuruluşları, kartların postada / kargoda kaybolmasının veya çalınmasının önüne geçmek adına nispeten daha güvenli sayılan özel kurye hizmetlerini kullanmaya başlamıştır. Ancak kanımızca mümkün mertebe, özellikle kredi kartlarının bu şekilde posta veya kurye aracılığıyla gönderilmesi yerine, tıpkı debit kartlarda olduğu gibi banka şubesinde teslim edilmesi yerinde olur. Fakat posta veya kurye sisteminde ısrarcı olunacaksa, en azından olası kötüye kullanımlara engel olmak adına, yetkili hamil tarafından kart teslim alındıktan ve yine hamil tarafından teslimat onaylandıktan sonra kartın aktif edilmesi şeklinde bir yöntem geliştirilebilir<sup>446</sup>. Gerçi günümüzde özellikle hazırlar arası işlemlerde kartın kötüye kullanılabilmesi için karta tanımlı olan PIN bilgisine de ihtiyaç duyulur. Bu nedenle kurye sistemini benimseyen kart kuruluşları, ilk gönderimden kaynaklanan olası kötüye kullanımlara engel olmak adına karta tanımlanmış olan gizli kodu, kartla birlikte göndermezler. Kart hamili, karta tanımlanan gizli kodu ya kartı teslim aldıktan sonra telefon bankacılığı hizmetini kullanarak ya da kart kuruluşunca yapılan ayrı bir sevkiyatla öğrenebilir. Ancak ilk gönderim sürecinde bu şekilde kart ile şifre arasındaki bağın koparılmış olmasının, kötüye kullanımları engellenme açısından kesin bir çözüm teşkil ettiği söylenemez. Üçüncü kişiler ele geçirdikleri kartları hazırlar arası işlemlerde imzalı olarak kullanabilecekleri gibi, internet üzerinden gerçekleşen işlemlerde yalnızca kart

<sup>443</sup> Bkz. M. Koch, s. 47, dn. 114; Bucher, ss. 21-22; Stange, s. 47.

<sup>444</sup> Uygulamada kartlar, başvuruyla birlikte hemen hamile teslim edilmez; öncesinde bunların özel olarak imal edilmesi gerekir. İmalattan sonra kart kuruluşuna ulaşan kartlar, genellikle posta (veya günümüzde kurye) yoluyla hamile gönderilir (A. Langenbucher, s. 171, dn. 356).

<sup>445</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 176; A. Langenbucher, s. 157.

<sup>446</sup> Bu öneri için bkz. Taupitz, ss. 23-24. Benzer yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap.6, §675m, N. 3; A. Langenbucher, s. 180.

üzerindeki bilgileri kullanarak, yani herhangi bir gizli koda ihtiyaç duymadan kolaylıkla birçok sanal üye işyerinden alışveriş yapabilirler. Kötü niyetli üçüncü kişilerin internet ortamında bunu başarabilmesi için çoğu zaman kart numarasını, kartın son kullanma tarihini ve kartın arkasında imza hanesinde bulunan güvenlik numarasını (CVV2/CVC2) bilmesi yeterli olur. Bu nedenlerden ötürü, bize göre ödeme aracının (kart+PIN) hamile ulaştırılmasında en güvenilir yol, kartın kimlik karşılığında banka şubesinde teslim edilmesi ve geçici PIN'in yine şubede doğrudan müşteri temsilcisiyle irtibatı sağlayan telefon kullanılarak öğrenilmesidir. Bunun dışında, yukarıda da belirttiğimiz gibi hamilin kartı teslim aldığını onayladıktan sonra kartın aktif edilmesi de nispeten güvenli kabul edilebilir.

Buna karşılık, başta da belirttiğimiz gibi kartın üçüncü kişilerin eline geçmesi bakımından sıklıkla karşılaşılan durum, hamilin hafif veya ağır ihmalden ötürü kartın kaybolmuş, çalınmış veya başkaca bir surette zilyetliğinden çıkmış olmasıdır. Hamilin buna ilişkin sorumluluğu BKKKK m. 12'de özel olarak düzenlenmiştir.

## **2. Kart Verilerinin Üçüncü Kişilerce Ele Geçirilmesi**

### **a. Kopyalama Yöntemi (Skimming)**

Kartlı sistemlerde manyetik, çipli ve temassız olmak üzere üç tip kullanım bulunduğundan bahsetmiştik. Bu sıralama, kartlı sistemlerdeki gelişime kronolojik bir vurgu yapmanın yanı sıra, sonradan gelen kullanım türünün teknik olarak öncekini de bünyesinde barındırması noktasında önem arz eder. Dolayısıyla çipli kartlarda manyetik şerit de bulunurken, temassız kartlarda hem çip hem manyetik şerit bulunur. Ancak ülkemiz CHIP&PIN uygulamasına geçtiğinden, kredi kartlarında öncelikle çipteki bilgiler kullanılarak ödemenin otorize edilmesi, yani çipli kullanıma öncelik tanınması gerekir. İşlem çip arızası veya POS'un çip okuyucusunun bozuk olması gibi teknik nedenlerden ötürü yanıtsız kalırsa veya hamilin PIN'i bilmemesi ya da unutması gibi bir durum söz konusu olursa, ikinci aşamada kartın manyetik şeridi POS'tan geçirilmek ve harcama belgesi imzalanmak suretiyle işlem tamamlanabilir. Buna "fallback işlem" denir<sup>447</sup>.

<sup>447</sup> Bkz. Kudret Elçiboğa, "Sahte Kart Nedir?", **Fintechtime**, Sonbahar 2017, Sayı: 7, s. 123;

Uygulamaya bakıldığında, kartın kopyalanmasında dolandırıcıların başvurdukları en yaygın yöntemin, kart verilerini gizlice okutmak ve ele geçirilen bilgileri boş, işlenmemiş manyetik kartlara (Magnetkartenrohling) kopyalamak olduğu görülür<sup>448</sup>. Yöntem adını İngilizce “to skim”, yani kaymağı sıyrıp almak fiilinden türeyen “skimming” ifadesinden alır. Bu yöntemde, orijinal kartın manyetik şeridi bir kart okuma aparatı yardımıyla okutulur ve hamilin bilgisi olmadan kaydedilir<sup>449</sup>. Oysaki manyetik şeridin yerine kullanılan çiplerin bu şekilde okutulup kaydedilmesi mümkün değildir. Bir diğer deyişle çip üzerinden kart verilerine erişilmesi ve kartın kopyasının üretilmesi günümüz teknolojisinde mümkün değildir. Buna karşılık hemen hemen bütün kartlarda manyetik şerit bulunduğundan, çip üzerinden olmasa bile manyetik şerit üzerinden kart bilgilerine ulaşmak her zaman mümkündür<sup>450</sup>.

Uygulamada skimming yöntemiyle çok sık karşılaşılmasının en önemli sebebi, manyetik şeritlerin teknik araçlar yardımıyla çok kısa bir sürede kopyalanabilmesidir. Gerçi bu güvenlik zafiyetinden ötürü kart kuruluşları, kartlardaki verilerin daha iyi muhafaza edilmesi için karta hologram eklemek, yetkili hamilin fotoğrafını koymak, akıllı kart (Smart Card) veya çip kart teknolojisini

---

<https://emreerdem.me/category/odeme-sistemleri/kredi-kartlari/page/3/> (Son Erişim: 02.05.2018).

<sup>448</sup> Burada kartın kopyalanmasından kasıt, kartın tamamen sahte olarak (Totalfälschung) herhangi birinin adına veya yetkili bir kart hamilinin adına üretilmesidir (Bkz. Vogel, s. 176). Bir diğer ifadeyle kart kuruluşu tarafından çıkartılan kartların taklit edilerek imal edilmesidir. Buna karşılık kurum tarafından müşterilere teslim edilmek üzere hazırlanmış olan boş kartların ele geçirilip bunlara veri işlenmesi kısmen sahtecilik (Teilfälschung) teşkil eder. Bu durumda dolandırıcıların kartın üzerine hamilin adını- soyadını ve kartın geçerlilik süresini işlemeleri yeterli olur (Bkz. Çeker, s. 107).

<sup>449</sup> Manyetik şeritlerde, kartı çıkaran kuruluşun kodu (banka kod numarası), karta bağlı hesap numarası ve kartın son kullanma tarihine ilişkin bilgiler bulunur (Bkz. Neumann ve Bock, s. 27, N. 42).

<sup>450</sup> Bkz. Koch, M. s. 48; Pavalenco, ss. 174-175; Anna- Maria Beesch ve Claudia Willershausen, “Bedeutung der zu unterscheidenden Schadens-Fallgruppen Lost/Stolen vs. Skimming und deren Klärbarkeit bei Anwendung des neuen Zahlungsdiensterechts und der Anscheinsbeweis-Grundsätze im Zahlungskartenrecht - zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 und Erwiderung auf Schulte am Hülse/Welchering”, NJW 2012, 1262” **jurisPR- Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht 9/2012 Anm. 1.**

Manyetik şeritten farklı olarak çiplerde veri taşıyıcısı kartın içine yerleştirildiğinden, bunlar kendisini harici müdahalelere, dış etkilere ve manipülatif girişimlere karşı daha iyi korur. Bu bakımdan çipli kartlar, sahtesi üretilebilen veya kopyalanabilen vasıfta pasif birer kimlik kartı gibi görülmez. Hatta çipli kartlar PIN ile kullanıldığında, sistem güvenliğinin artışına ciddi katkılar sağlar (Bkz. Bucher, ss. 42-43; Russenschuck, ss. 42-43). Ancak manyetik şeritli kartlarda da PIN bilgisinin, veri taşıyıcısının içinde bir algoritma halinde bulunduğunu belirtelim. Dolayısıyla manyetik şeridi kopyalayan dolandırıcı, kartı çok kolay klonlayabilse de henüz PIN bilgisine erişmiş olmadığından ya PIN algoritmasını deşifre etmeye -ki bunu gerçekleştirebilmesi çok düşük bir ihtimaldir- ya da hamili fiziken ya da teknik araçlar yardımıyla gizlice gözetleyerek bu bilgiye ulaşmaya çalışır.

kullanmak gibi birtakım önlemler almaya başlamıştır<sup>451</sup>. Ancak alınan bu önlemlerin, suçluların bunları saf dışı bırakacak hileleri öğrenme ve geliştirme becerileri karşısında, maalesef pek de uzun ömürlü olduğu söylenemez. Bu nedenle parmak izi, ses veya retina taraması gibi yöntemlerle kimlik tespit işleminin gerçekleştirilmesi gerektiği öğretilenlerden beri yüksek sesle dillendirilmektedir<sup>452</sup>. Özellikle biyometrik verilerin kopyalanması veya gizlice gözetlenmesi günümüz pratiğinde imkânsız olduğundan, hamilin kimlik tespiti fizyolojik veya motorize özellikleri dikkate alınarak hatasız bir şekilde gerçekleştirilebilir. Ancak bu uygulama bankamatiklerin (veya POS terminallerinin) sisteme uygun bir şekilde yeniden donatılmasını zorunlu kılacağından, özellikle kart kuruluşlarını oldukça yüklü bir masraf altına sokabilir<sup>453</sup>.

Skimming yönteminde dolandırıcılar, genelde bankamatiklerdeki kart giriş yuvalarına yerleştirdikleri bir okuma aparatını (skimmer) kullanarak orijinal karta ait bilgilere ulaşmaya çalışır<sup>454</sup>. Bu yöntemde kart bilgileri, bir aparat yardımıyla kopyalanır; yoksa Lübnan tuzağındaki gibi hamilin kartı bankamatik tarafından alıkonulmaz. Skimmer aparatının nispeten küçük olması ve hiç dikkat çekmeyecek bir biçimde cihazlara yerleştirilmesi, hamilin manipülasyonu fark etmesini oldukça güçleştirir. Bu nedenle Almanya’da kartlar, 1979 yılından beri kısaca “MM” olarak bilinen bir modülasyon bilgisiyle (moduliertes Merkmal) donatılarak bankamatiklerde sahte kart kullanımları önlenmeye çalışılmaktadır<sup>455</sup>. Fakat MM

<sup>451</sup> Ülkemizde bu önlemlerin alınması bakımından bugüne kadar kart kuruluşlarının ve BKM’nin sarf ettiği çabalar hiç yabana atılacak türde değildir. Şöyle ki, 1992 yılında dünyada ilk kez fotoğraflı kredi kartı Türkiye’de Pamukbank tarafından tedavüle sokulmuştur. Yine 2000 yılında BKM ve üye kuruluşları CHIP & PIN uygulamasına geçme kararı almış ve 2002 yılında EMV (Europay, MasterCard and VISA) çip sertifikasyon hizmeti uygulamaya girmiştir. Ayrıca 2007 yılında BKM tarafından kredi kartıyla internet üzerinden yapılacak alışverişlerde kart kullanıcıları ve sanal üye işyerleri için güvenli alışveriş ortamı sağlayan 3D Secure platformu oluşturulmuştur (Bkz. Kaya, ss. 285-286). Hatta bu tedbirlerle de yetinmeyen BKM en son, bilhassa e-ticarette sanal üye işyerleriyle kart bilgilerini paylaşmama prensibine dayanan dijital cüzdan (BKM Express) uygulamasını kart hamillerinin hizmetine sunmuştur.

<sup>452</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, ss. 25-26. Diğer taraftan aynı yazar, marjinal güç kullanımlarını provoke edebileceği endişesiyle bu tür ileri düzey güvenlik önlemlerine temkinli yaklaşmaktadır. Yazara göre, PIN uygulamasında zarar verme potansiyeli bakımından şiddet uygulama tehdidiyle şifrenin öğrenilmesi gibi sınırlı bir olanak akla gelirken, söz gelimi biyometrik imza (parmak izi) yönteminde ne kadar nahoş durumlarla karşılaşılacağı tasavvur dahi edilemez (s. 26, dn. 104). Aynı yöndeki endişeler için bkz. Pavalenco, s. 202; İşgüzar, s. 102.

<sup>453</sup> Bkz. Pavalenco, s. 202; Russenschuck, ss. 39, 41.

<sup>454</sup> Bkz. Stange, s. 47.

<sup>455</sup> MM, manyetik nitelikte olmayan, makineler tarafından okunabilen ve insan gözü tarafından görülemeyecek şekilde kartlara işlenebilen bir modülasyon bilgisi olarak tanımlanabilir. Manyetik şeritte bulunan karta ait güvenlik kodu (MM kodu) ile yine manyetik şeritte modülasyon bilgisiyle

denetimi için bankamatiklerin sistemle uyumlu olması gerektiğinden, birçok ülkede halen bu denetim yapılamamaktadır. Yakın geçmişe kadar Avrupa bölgesinde MM denetimi sadece Almanya ve İsviçre'deki bankamatiklerde gerçekleşmekte, bu iki ülke dışındaki diğer ülkelerde denetim uygulanmamaktaydı. Bununla birlikte, manyetik şeritlerin yarattığı sakıncalardan dolayı, 2012 yılı itibariyle bankamatiklerde kapsamlı bir dönüşüm başladığını ve AB ülkelerindeki tüm bankamatiklerin yalnızca “çipli” kullanıma elverişli hale getirildiğini belirtelim. Bu yeni uygulamayla birlikte, tüm ödeme kartları manyetik şerit olmadan çıkarılmaya başlanmış ve skimming yoluyla verilerin kopyalanmasının önü tamamen alınmıştır<sup>456</sup>. Ülkemizde ise kredi kartları hibrit olarak, debit kartlar ise 2017 yılının son çeyreğine kadar yalnızca manyetik şeritli, daha sonraki süreçte ise gitgide artan bir oranla hibrit olarak (çip+manyetik şerit) çıkarıldığından, skimming yöntemiyle kart bilgilerinin ele geçirilmesi hâlâ mümkündür. Özellikle nadiren karşılaşılsa da, MM denetiminin olduğu bankamatiklerde bile denetimin aşılarda kart verilerinin ele geçirilebiliyor olması<sup>457</sup>, kötüye kullanım rizikosunu önemli ölçüde artırmaktadır.

Ayrıca bankamatikler dışında, POS terminallerinde de skimming saldırıları gerçekleşebilir. Bu durumda, ödeme için hamil tarafından ibraz edilen kartlar, üye işyerinde ayrı bir okuma aparatından geçirilir; dolayısıyla fail, genellikle işyerinde çalışan ve ödemeleri kabul eden kişi olarak karşımıza çıkar. Yine teknisyen kılıfına bürünmüş kimselerce skimmer aparatının POS terminallerine yerleştirilmesi de mümkündür<sup>458</sup>. Bunun dışında, yine POS yazılımı manipüle edilerek kart bilgilerinin

---

kayıtlanmış olan kart verileri birbiriyle bağlantılı olacak şekilde işlenir. Manyetik şeritte yer alan ve birbiriyle bağlantılı bulunan bu iki bilginin başka bir karta kopyalanması mümkün olmadığından, MM denetimi olan bir bankamatikte sahte kart kullanmak da mümkün olmaz [Bkz. Carsten Jungmann, “Missbrauch von ec-Karten bei PIN- basierten Transaktionen – Rechtfertigung, Grenzen und Zukunft des von der Rechtsprechung entwickelten Beweises des ersten Anscheins”, **Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler** 2007, Recht und Wirtschaft, Düsseldorfer Tagung 6. bis 9. September 2007, s. 336. MM denetimi için ayrıca bkz. ve karşı. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), ss. 255-256, N. 9; Bucher, ss. 47, 173, 240; Pavalenco, s. 175; Haybäck, ss. 83-84; Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1].

<sup>456</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 49. Bu durumda, önceden PIN'i gizlice gözetleyip öğrenmiş olan üçüncü kişinin elindeki tek olanak, kartın orijinalini şahsen tanımadığı hamilden çalmak olabilir. Üçüncü kişi, yetkili hamilden kartı çaldıktan sonra mümkün olduğunca hızlı bir şekilde ve hamil blokaj bildiriminde bulunmadan onu kötüye kullanmaya çalışır (Bkz. Aepfelbach ve Cimiotti, WM 1998, s. 1221).

<sup>457</sup> Bkz. Bucher, s. 241.

<sup>458</sup> Bkz. Dolandırıcılık Eylemleri ve Korunma Yöntemleri, Türkiye Bankalar Birliği Aralık 2015, s. 38. Ayrıca bkz. <https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7328/pdf/TBB-Dolandiricilik-Eylemleri-ve-Korunma-Yontemleri.pdf> (Son Erişim: 12.04.2018).

Yeri gelmişken belirtelim ki, öğretilerde “MM” denetiminin sadece bankamatiklerde uygulanabildiği,

ele geçirilmesi de pekâlâ mümkündür<sup>459</sup>.

Bu hususta son olarak internet üzerinden gerçekleşen ve çoğu zaman gizli kod bilgisi (tek kullanımlık şifre) gerektirmeyen MO/TO işlemlerinde, kart verilerini ele geçiren üçüncü kişilerin yalnızca bu bilgileri kullanarak hukuka aykırı işlemler yapabileceklerine dikkat çekmek gerekir. Üçüncü kişiler hamilin ihmali veya skimming yöntemini kullanmak suretiyle kart bilgilerini ele geçirip MO/TO işlemlerinde kullanabileceği gibi, daha yaygın karşılaşıldığı üzere bu bilgilere üye işyerlerinin internet sayfalarına yaptıkları korsan saldırılar sonucunda da ulaşabilirler. Üye işyerleri, her ne kadar hamil tarafından girilen kart verilerini sistemlerinde bir havuzda toplayıp kaydetmemekle yükümlü olsalar da çoğu zaman bu yükümlülüğe uymamaktadırlar<sup>460</sup>.

---

POS terminallerinde bu denetimin söz konusu olamadığı; dolayısıyla sahte kartlar açısından POS sisteminin (imzalı kullanımda) korumasız kaldığı şeklinde bir görüş ortaya atılmıştır (Bkz. Stange, s. 48 ve s. 75, dn. 413). Ancak tıpkı bankamatiklerde olduğu gibi POS terminallerinde de uzun yıllardan beri “mm” denetimi, en azından Almanya’da uygulanmaktadır (Nitekim bkz. Şener, ss. 499-500).

<sup>459</sup> Gerçekten de günümüzde artık dolandırıcıların kart bilgilerini ele geçirmek amacıyla POS yazılımını değiştirdikleri, uygulamadaki tabirle cihazı “zombi POS”a dönüştürdükleri görülmektedir. Bu konuda ulusal basına “*Garson-Kurye Çetesi Zombi POS’la Çökertildi*” başlığıyla yansıyan ve Nihat ULUDAĞ tarafından kaleme alınan haberi, uygulamada bir ilk olması nedeniyle aynen alıntılıyoruz: “*İstanbul Emniyeti Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü ekipleri, 10 ayrı soruşturma dosyasında vatandaşların kartlarını kopyalayarak vurgun yapan siber çeteyi izlemeye aldı. Siber çete elemanlarının normal POS cihazlarının yazılımlarını değiştirerek kart kopyalayan bir cihaz haline getirdikleri tespit edildi. Liderliğini Yüksel A.’nın yaptığı siber çetenin, alışveriş yapılmış gibi slip dahi veren POS cihazlarını kullanan moto kurye ve garsonların yardımıyla 5 bin kişinin kredi kart bilgilerini kopyaladığı, 500 kişinin hesabından 2,5 milyon lirayı kendi hesaplarına havale ettiği anlaşıldı. İlk defa yazılımı değiştirilmiş POS cihazıyla karşılaşan Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü ekipleri, çete lideri Yüksel A. ile garson ve moto kuryelerden oluşan 22 kişiyi kısıvrak yakaladı.*” (Bkz. Habertürk, 03.02.2018, s. 3).

<sup>460</sup> Nitekim 2015 yılında İzmir Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Birimi, bir şebekenin yaklaşık dokuz ay kadar bir süre içerisinde sekiz yüzün üzerinde kart bilgisine ulaştığını ve sadece bu bilgileri kullanarak internet aracılığıyla yurt dışındaki yabancı markalardan mali değeri yüksek harcamalar yaptığını duyurmuştur. Bu bilgi için bkz. <https://www.haberturk.com/ekonomi/haberin-var-mi/haber/1123403-yuzlerce-kredi-kartini-kopyalayip-alisveris-yapmislar> (Son Erişim: 12.04.2018). Fakat internet üzerinden gerçekleşen kartlı ödemelerde karşılaşılan güvenlik açığı bize özgü olmayıp küresel bir sorundur. Hatırlanacağı gibi, 2014 yılında Kanada menşeli Home Depot şirketi de ABD ve Kanada’da bulunan 56 milyon müşterisinin online alışveriş için kendilerine vermiş olduğu kart ve banka bilgilerinin çalındığını kabul etmek durumunda kalmış; şirket tarafından yapılan yazılı açıklamada, bilgisayar korsanlarının, online sistemdeki satış bilgilerini ele geçirmek amacıyla benzersiz bir yazılım kullandıkları bilgisi kamuoyuyla paylaşılmıştır. Bkz. <https://www.gazetevatan.com/56-milyon-kisinin-kredi-karti-bilgileri-calindi-679254-dunya/> (Son Erişim: 12.04.2018).



## b. Oltalama Yöntemi (Phishing)

İngilizce parola (Passwort) ve balık avlama (Fishing) kelimelerinin birleşmesinden türetilen bir kavram olan Phishing, sahte bir e-posta aracılığıyla kişisel verilerin gizlice yabancı bir bilgisayar tarafından ele geçirilmesini ifade eder<sup>461</sup>. Kavram Türkçeye “oltalama” veya “yemleme” şeklinde tercüme edilmiştir. Olta (yem) atıldığında bir ihtimal balık yakalanır düşüncesinden yola çıkılarak türetilen bu kelime aracılığıyla özel bir -siber- saldırı yöntemine dikkat çekilmek istenmiştir<sup>462</sup>. Bu tür saldırılarda, kart hamillerine genelde ciddi içeriği olan ancak anonim nitelikte bir e-posta gönderilir ve onlardan iletideki linke tıkladıktan sonra açılan internet sayfasına isimlerini, parolalarını, kredi kartı numaralarını veya PIN gibi gizli bilgileri girmeleri istenir<sup>463</sup>. E-postada yer alan ve bankanın kendi internet adresine aitmiş gibi görünen linke (hyperlink) tıklayan hamiller, gerçekte dolandırıcıların internet sayfasına yönlendirildiğinden, kendi elleriyle kart bilgilerini üçüncü kişilere sunmuş olurlar<sup>464</sup>.

Gönderilen e-postaların anonim nitelikte olması nedeniyle phishing saldırıları kullanıcılar tarafından kolaylıkla fark edilebilir. Nitekim bu metodun günümüzde başarı oranının çok yüksek olduğu söylenemez<sup>465</sup>. Gerçekten de phishing saldırılarında dolandırıcılar ulaşabildiği bütün adreslere kitlesel olarak elektronik posta gönderdiğinden, ilgili bankada hesabı bulunmayan kullanıcılar bunun hileli bir girişim olduğunu hemen anlayabilir. Bu yüzden dolandırıcılar tarafından, oltalama saldırılarının daha kurnaz versiyonu olan Spear-Phishing (mızrak avı / hedef odaklı avlanma) yöntemi geliştirilmiştir. Phishing saldırılarını bir ileri boyuta taşıyan mızrak saldırılarında, avlanılacak olan e-posta adresleri bazı kriterlere göre belirlenir. Örneğin yalnızca belirli bir firmanın çalışanları, belirli bir okulun öğrencileri veya belirli bir bankanın müşterileri hedef olarak alınır<sup>466</sup>. Hatta daha da ileri gidilerek kullanıcıya ait sosyal medya hesaplarından (Facebook, MySpace gibi) toplanan

<sup>461</sup> Bkz. Pavalenco, s. 161; M. Koch, ss. 79-80.

<sup>462</sup> Bkz. Açıkgoz, MÜHF – HAD, C. 22, S. 1, s. 396.

<sup>463</sup> Bkz. Pavalenco, s. 161; M. Koch, s. 80.

<sup>464</sup> Bkz. Atamer, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar (8 Haziran 2007), s. 23; Açıkgoz, MÜHF – HAD, C. 22, S. 1, s. 397; René Erfurth, “Haftung für Missbrauch von Legitimationsdaten durch Dritte beim Online Banking”, **Wertpapier Mitteilungen** 2006, s. 2200.

<sup>465</sup> Bu yönde bkz. Pavalenco, s. 161.

<sup>466</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 80.

birtakım kişisel bilgiler de e-posta saldırısına eklenerek güven sorunu aşılmaya çalışılır. Kullanıcının linki tıklamasıyla virüs, trojan veya başka türlü bir zararlı yazılım içeren veriler kendi bilgisayarına yüklenir ve senkronize bir şekilde kullanıcıya ait tüm klavye ve fare (mouse) hareketleri kayıt altına alınmaya başlanır<sup>467</sup>.

Phising saldırılarının aynı tekniğe sadık kalmakla birlikte farklı yöntemler kullanılarak da gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin e-posta adresi yerine mobil telefonlara hyperlink gönderilmek suretiyle de bu tür saldırılar gerçekleştirilebilir. Doğal olarak bunun için SMS gönderilen kullanıcının mobil telefonunun internet erişimi bulunması gerekir. Kullanıcı kendisine SMS yoluyla gönderilen hyperlinke tıkladığında, trojan ajanının bulunduğu alan adına yönlendirilir ve bu sayfaya girdiği tüm bilgiler üçüncü kişilere sunulur (Smishing / SMS Olta Saldırıları). Bundan başka saldırganlar hedefledikleri mail adreslerine veya mobil telefonlara hyperlink göndermek yerine, kullanıcıların kendilerini aramaları için bir telefon numarası paylaşabilir. Bu numaralar genellikle kart kuruluşlarının kullandığı “444 1 XXX” formattaki çağrı merkezi numaralarına benzer. Kullanıcı bu numarayı aradığında otomatik bir ses kaydıyla karşılaşır ve robotun verdiği telkinlere uyarak telefonundan karta ait bilgileri tuşlar ve böylece kart bilgilerini dolandırıcılarla paylaşmış olur (Vishing / Sesli Olta Saldırıları)<sup>468</sup>.

Günümüzde özellikle mobil ve online bankacılık alanında<sup>469</sup> geliştirilen güvenlik önlemleri sayesinde büyük ölçüde phishing saldırılarının önü alınmıştır. Özellikle yeni nesil online bankacılıkta, sisteme girişlerde yalnızca belli başlı bilgiler (parola ve PIN) yeterli olmamakta, ayrıca kullanıcının mobil telefonuna gönderilen

---

<sup>467</sup> Bu hususta bkz. Pavalenco, s. 161. Zararlı yazılımların (Mallware) çeşitli türleri bulunur. Bilinen en eski tür bilgisayar virüsleridir (Computerviren). Bilgisayar virüsleri, bir programa, belgeye veya veri taşıyıcısına kopyalanarak yayılır. Bilgisayar solucanı (Computerwurm) ise virüsleri andırmakla birlikte, onlardan farklı olarak doğrudan ağ veya internet üzerinden yayılır ve diğer bilgisayarlara sızmaya çalışır. Bunların dışında truva atı (Trojanisches Pferd), arka planda gizli olarak çalışan, kullanışlı ve kötü içerikli olan bir virüs programı kombinasyonundan oluşur. Fakat bir truva atı, diğer zararlı yazılımlardan farklı olarak kendiliğinden yayılmaz, daha ziyade kullanıcıya reklam amaçlı gönderilen virüs içerikli bir yazılımın kullanıcı tarafından bilgisayara indirilmesiyle yayılır (Bkz. Erfurth, WM 2006, s. 2199).

<sup>468</sup> Bu hususlarda bkz. Mehmet Emre Yıldız, **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Adalet, Ankara, 2015, ss. 140-142.

<sup>469</sup> Online bankacılıkta kullanıcılar, bilgisayar, tablet veya mobil telefonlarda bulunan internet tarayıcıları (Explorer, Chrome, Safari vb.) üzerinden bankacılık sistemine giriş yaparlar. Buna karşılık mobil bankacılıkta, mobil telefonlara veya tabletlere indirilen bir uygulama (CepteTEB, İşCep vs. gibi) üzerinden bankacılık sistemine erişim sağlanır.

tek kullanımlık şifre (TAN) bilgisi de aranmaktadır<sup>470</sup>. Mobil bankacılıkta ise bu hususta daha ileri adımlar atılmıştır. Gerçekten de bilhassa akıllı telefon üreticilerinin, şifrelenmiş tuş kilitlerinin açılmasını kolaylaştırmak adına telefonun ana düğmesine parmak izi okuyucu sensörler koymaya başlamaları, dahası özçekim (selfie) yöntemiyle yüz tarama teknolojisini birleştirmeleri, kart kuruluşlarını da harekete geçirmiş ve akıllı telefonlardaki biyometrik özellikler hemen mobil bankacılık uygulamalarına entegre edilmiştir. Mobil ve online bankacılıkta durum bu şekilde büyük ölçüde çözümlenmişken; MO/TO işlemlerinde, en azından bizim uygulamamızda henüz tek kullanımlık şifre (3D Secure) kullanma zorunluluğunun bulunmaması kötüye kullanımlara davetiye çıkarmaktadır.

### **c. Site Trafiğini Yönlendirme Yöntemi (Pharming)**

Site trafiğini yönlendirme yöntemi de esasen oltalama yönteminin bir değişik versiyonu olarak karşımıza çıkar<sup>471</sup>. Ancak oltalama saldırılarından farklı olarak bu tür saldırılarda, internet kullanıcılarını sahte bir sayfaya yönlendirmek yerine doğrudan kullanıcının bilgisayarına birtakım zararlı yazılımlar yüklenir. Dolayısıyla bu yöntemde tabiri caizse kullanıcı değil, kullanıcının bilgisayarı manipüle edilir<sup>472</sup>.

Pharming saldırılarındaki manipülasyonu anlayabilmek için öncelikle internette iletişimin nasıl sağlandığını bilmek gerekir. İnternette iletişim esasen IP numaralarıyla gerçekleştiğinden, kişi veya kurumların öncelikle 0 ile 255 numaraları arasında olacak şekilde dört haneli bir IP adresi belirlemesi gerekir (Örneğin 12.123.255.45 gibi). Ancak IP numarasıyla iletişimin gerçekleşmesi pratik olmadığından, bu numaranın karşılığını oluşturan bir alan adı (Domain Name) belirlenerek iletişim kolaylığı sağlanır. Belirlenen alan adı, internet iletişiminde artık IP adresinin yerini tutar<sup>473</sup>. Bir diğer deyişle kullanıcı, internet üzerinden erişmek istediğini bir adrese IP numarası yerine alan adını yazarak daha kolay bir şekilde ulaşabilir. İşte pharming saldırılarında dolandırıcı ya doğrudan kullanıcının

---

<sup>470</sup> Bkz. M. Koch, s. 81.

<sup>471</sup> Bkz. M. Koch, s. 83.

<sup>472</sup> Bkz. Pavalenco, s. 162; M. Koch, s. 83.

<sup>473</sup> Bkz. M. Koch, ss. 83-84; Erfurth, WM 2006, s. 2199. Örneğin İş Bankası'nın IP adreslerinden biri 213.161.144.97 iken, bu adresin karşılığı olan alan adı "[www.isbank.com.tr](http://www.isbank.com.tr)"dir [Bkz. Atamer, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler- Tartışmalar (8 Haziran 2007), s. 22].

bilgisayarındaki dosyaya ya da alan adı sunucusuna ait dosyaya sızarak, alan adının karşılığını oluşturan IP numarasını manipüle eder. Bu tür sızmalar, kullanıcının bilgisayarına önceden yüklenmiş olan bir virüs veya trojan aracılığıyla gerçekleşir. Bundan sonra kullanıcı internet tarayıcısına gerçek alan adını yazsa bile, manipüle edilen sistem kullanıcıyı doğrudan sahte sayfaya yönlendirir ve girilen her veri dolandırıcıların bilgisine sunulur<sup>474</sup>.

## **D. Pin'in Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi**

### **1. Kart Hamilinin Pin'i Girerken Gizlice Gözetlenmesi**

Kartlı sistemde kimlik tespitinin imzadan ziyade PIN ile gerçekleşmesi, kötüye kullanımların önünü alma ve güvenliği tesis etme bakımından görece olarak daha isabetlidir. Çünkü bu tip ödemelerde, kötüye kullanımdan bahsedebilmek için sadece orijinal veya kopya karta zilyet olmak yeterli olmaz; bunun dışında üçüncü kişilerin karta tanımlanmış olan gizli kodu da bilmeleri gerekir. İşinde ehil olan dolandırıcılar, günümüzde bir şekilde hamilin gizli koduna ulaşmayı başaramaktadır. Bu konuda kullanılan en yaygın yöntem, bankamatikte işlem yapan hamili gizlice gözetlemektir. Hamili gizlice gözetlemek çeşitli şekillerde mümkün olabilir. En basit olan ve bu nedenle sıklıkla tercih edilen yöntem, PIN'i girdiği esnada hamilin omuzları üzerinden gizlice izlenmesidir<sup>475</sup>. Bankamatiklerin ve özellikle klavyenin etrafını üçüncü kişilerin bakışlarından korumakla bu sakıncalı durum engellenebilir. Ayrıca birçok bankamatikte gizli gözetlemelere karşı hamillerin dikkatli davranmaları yönünde yazılı uyarılar da bulunur. Bankamatikler açısından sorun bir nebze de olsa çözülmüş olmasına rağmen, POS ödemelerinde, bilhassa süpermarketlerde veya benzin istasyonlarında gerçekleşen işlemler açısından gizlice gözetlemelere karşı yeterli koruma bir türlü sağlanamamaktadır<sup>476</sup>.

Yine kart kuruluşunun özen yükümlülükleri bahsinde belirttiğimiz gibi, modern teknikler kullanılarak PIN'in gizlice gözetlenmesi de mümkündür.

<sup>474</sup> Bu hususlarda bkz. Atamer, Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar (8 Haziran 2007), ss. 22-23, Açıkgöz, MÜHF – HAD, C. 22, S. 1, ss. 400-401; Pavalenco, s. 162; Erfurth, WM 2006, ss. 2199-2200; Yıldız, ss. 138-139.

<sup>475</sup> Bkz. Bucher, s. 250; Russenschuck, s. 36; Hoppe, ZBB 1999, s. 92.

<sup>476</sup> Bkz. M. Koch, s. 50.

Bankamatiklere video kamera yerleştirmek, bankamatik klavyelerine veri kaydedici aparatlar koymak gibi durumlar buna örnek olarak verilebilir<sup>477</sup>. Ayrıca hiçbir masraftan kaçmayan dolandırıcıların, kullanıcı portföyü geniş bankamatiklerin hemen karşısında ev kiraladıkları ve uzun menzilli araçlar (dürbün, teleobjektif vb.) yardımıyla PIN girişlerini gizlice gzetledikleri de tespit edilmiştir<sup>478</sup>. Bu hususta uygulanan belki de en ilginç yöntem, bankamatiklere mini hoparlörler koymak suretiyle kart hamillerini yanılgıya srklemektir. Bu yöntemde, hamil kartını bankamatiğe yerleştirip PIN’i girdikten sonra, hoparlörden bankamatiğin teknik bir nedenden ötürü servis dışı kaldığı anons edilir. Bu esnada dolandırıcılar kurmuş oldukları kızılötesi ışın teknolojisiyle çalışan tele kamera yardımıyla hamilin PIN girişini kayda alır<sup>479</sup>. Yine bu konuyla ilgili olarak basına yansıyan bir olay, ülkemizdeki dolandırıcıların da ne denli yaratıcı olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu olayda dolandırıcılar, ATM’lere koydukları düzenekler yardımıyla hem kart bilgilerini hem de şifre girme işlemi esnasında ATM cihazından çıkan tuş seslerini kopyalar ve daha sonra kayıt altına aldıkları ses dosyalarını yurt dışında zmleterek, kopyaladıkları kartlar yardımıyla ATM’lerden para ekerler<sup>480</sup>. şüphesiz bu gibi teknik izlemelere karşı kart kuruluşlarının birtakım önlemler alması zorunludur. En basitinden, bankamatik klavyesindeki tuş takımının görünmesini engelleyecek birtakım aparatlar kullanılarak teknik gzetlemeler kolaylıkla engellenebilir<sup>481</sup>. Yine periyodik olarak yapacakları denetimlerle, bankamatiklerde herhangi bir ses kaydedici aparatın veya sistemi manipüle eden bir düzeneğin olup olmadığının kontrolünü sağlayıp kötüye kullanımlara engel olma noktasında aktif bir çaba içine girebilirler<sup>482</sup>.

<sup>477</sup> Bkz. Bucher, s. 250

<sup>478</sup> Bkz. Haybck, ss. 96-97; Hoppe, ZBB 1999, s. 92.

<sup>479</sup> Bkz. Russenschuck, s. 35.

<sup>480</sup> Bkz. <https://www.milliyet.com.tr/atm-tuslarinin-seslerini/ekonomi/detay/1965445/default.htm> (Son Erişim: 16.04.2018).

<sup>481</sup> Bkz. M. Koch, s. 50.

<sup>482</sup> Yeri gelmişken burada Alman uygulamasında karşılaşılan bir diğer kötüye kullanım şekline daha dikkat çekelim. Birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi Almanya’da da mesai saatleri dışında bankamatiklere erişim yalnızca kartla mümkün olabilir. Zira bankamatikler bizim ülkemizde olduğu gibi açık bir alanda değil, otomatik kapıların bulunduğu ve yalnızca kartla girişin mümkün olduğu kapalı alanlarda bulunur. Bu kapının açılması için yalnızca hamilin kartını kullanması yeterlidir. Dolayısıyla kapının açılmasını sağlayan sistem, hiçbir şekilde hamilin PIN bilgisini girmesini istemez. Buna karşılık Alman uygulamasında dolandırıcıların bu kapı girişlerine özel bir aparat koyarak hamillerden PIN bilgisini öğrenmeye çalıştıkları sıklıkla görülür (Bkz. Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 296).

## 2. Pin Algoritmasının Çözümlemesi

Üçüncü kişilerce PIN kullanılarak gerçekleşen ilk hukuka aykırı kullanımlardan bugüne, kartın zilyetliğini elinde bulunduran üçüncü kişinin, karta bağlı gizli kodu teknik yöntemler yardımıyla deşifre edip edemeyeceği şeklindeki tartışma hâlâ güncelliğini korumaktadır. Bu konunun açıklığa kavuşturulması, sorumluluk rizikosunun ve ispat yükünün taraflar arasında dağılmasını nispeten kolaylaştırır.

Bu hususta ilk olarak PIN'in açık (deşifre) bir bilgi olarak değil de algoritma şeklinde kartta kayıtlı bulunduğunu; dolayısıyla kart verilerini kopyalamanın PIN'in de öğrenildiği anlamına gelmediğini belirtelim. Buna karşılık saldırgan, elinde mevcut olan bilgilerden hareketle kullanılan şifreleme algoritmasını saptamayı başarsa, aynı kart kuruluşunca çıkarılan kartlardaki PIN bilgisini kısa bir süre içinde deşifre edebilir. Bu bilgiye sahip olan fail, şifreleme algoritmasını çözebilmek için çoğu zaman kendi kartındaki kript verilerle yine bu karta ait PIN bilgisi arasındaki ilişkiden yola çıkarak mevcut bütün anahtarları sistematik bir şekilde dener. Bu şekilde, eldeki mevcut bilgilerden hareketle şifreleme algoritmasına ulaşılmaya çalışılması, kaba kuvvet saldırıları (brute force Angriff) olarak bilinir. Ancak saldırganın bu şekilde şifreleme algoritmasını çözebilmesi çok da kolay değildir. Zira kartta bulunan PIN algoritmalarının formülasyonunda, 1997 yılına kadar IBM tarafından geliştirilen 56-BIT uzunluğundaki “Veri Şifreleme Standardı” (Data Encryption Standard / DES)<sup>483</sup> kullanılmışken; 1998 yılının başlarından itibaren, deşifre edilmesi çok daha zor olan 112-BIT uzunluğundaki 3 DES algoritması tercih edilmeye başlamıştır<sup>484</sup>. Hatta günümüzde kullanılan

<sup>483</sup> DES algoritması blok şifreleme mantığına göre çalışır. Öncelikle veriler bir anahtar yardımıyla bloklar halinde şifrelenir. DES tarafından, şifrelenerek gönderilecek olan açık metin bloklara ayrılır ve oluşan bütün parçalar ayrı ayrı şifrelenir. Şifrelenen kapalı metni tekrar açabilmek için işlemin tekrar edilmesi, yani ayrılmış bloklar üzerinde birbirinden bağımsız olarak şifrelerin tekrar çözülmesi gerekir (Bkz. Fatih Şahin, “Modern Blok Şifreleme Algoritmaları”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi** 2015, Yıl: 5, Sayı: 7, s. 34).

<sup>484</sup> Bkz. Hoppe, ZBB 1999, s. 91; Jungmann, JbZivRWiss 2007, s. 335. Kartlı sistemlerde uygulanan 56-BIT'lik DES algoritması, 1998 yılında Amerikan RSA laboratuvarınca ilan edilen bir yarışmada bazı uzmanlar tarafından 39 günde deşifre edilmiştir. Yine 1999 yılında aynı kuruluş tarafından ilan edilen bir başka yarışmada bu süre 22 saat 15 dakikaya kadar inmiştir (Bkz. Dirk Brückner, **Online Banking: Sphärentheorie, Rechtsscheinhafung, Verschuldenshaftung**, Duncker & Humbold, Berlin, 2002, s. 113; Haybäck, s. 107). Bu nedenle, ilerleyen süreçte güvenlik önlemi olarak 3 DES algoritması geliştirilmiş ve algoritmalarındaki BIT sayısı artırılmıştır. Yeri gelmişken 3 DES algoritmasının, adından da anlaşılabilceği gibi DES algoritmasının art arda üç kez çalıştırılmasıyla

algoritmaların uzunluğu 128- BIT'e kadar ulaşmıştır<sup>485</sup>. 3 DES algoritmasında kullanılan anahtar kodların sayısının oldukça fazla olması, saldırganların karttan PIN'i deşifre edebilme olasılığını hemen hemen imkânsız hale getirir<sup>486</sup>. Ancak düşük bir ihtimal de olsa algoritma bilgisine sahip olan kart organizasyonlarının veya organizasyonda çalışan kişilerin bu tür kötüye kullanımlara yönelmeleri söz konusu olabilir. Yine de son tahlilde, plastik karttan PIN'in deşifre edilmesinin olası bir yöntem olarak görülmediği söylenebilir<sup>487</sup>.

### 3. Pin'in Deneme Yanılma Yöntemiyle Bulunması

PIN'in deşifre edilme ihtimali dışında, yetkisiz üçüncü kişilerce tahmin edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu da akla gelebilir. Üçüncü kişilerin hiçbir yardımcı bilgi olmaksızın üç denemede PIN'i tahmin edebilme olasılığı yaklaşık 1:3333 olarak hesaplanmıştır<sup>488</sup>. Kart hamilleri tarafından birtakım -özellikle 0-5 arasındaki- sayıların önemli oranda daha sık kullanıldığı bilindiğinden ve bazı ülkelerde PIN'in 0 ile başlaması mümkün olmadığından, tahmin sürecinde matematiksel olarak binlerce olasılık (0000-0999 arasındaki ihtimaller) en baştan elenir<sup>489</sup>. Diğer birtakım ek bilgilere de sahip olunduğunda, teoride bu oran 1:150'ye kadar (yaklaşık % 0,666...) düşebilir<sup>490</sup>. Hatalı PIN girişlerini kayıt altına alan

---

elde edildiğini belirtelim. Bu açıdan DES algoritmasına göre üç kat daha güvenli olduğu ortadadır (Bkz. Şahin, İAÜD 2015, Yıl: 5, Sayı: 7, s. 36. Aynı yönde bkz. ve karşı. Pavalenco, s. 173).

<sup>485</sup> Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 19; Haybäck, s. 103.

<sup>486</sup> Örneğin 56- BIT'lik DES sisteminde  $2^{56} =$  yaklaşık 72 milyar anahtar bulunur. Buna karşılık 112-BIT'lik 3 DES sisteminde  $2^{112} =$  yani  $5 \times 10^{33}$  (yaklaşık 5 seksilyon) olası anahtar bulunur [Bkz. M. Koch, s. 53, dn. 138; Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 256, N. 10; Jungmann, JbZivRWiss 2007, s. 335]. Günümüzde kullanılan 128-BIT'lik algoritmalar sayesinde bu sayının çok daha fazla arttığı açıktır. Nitekim Alman Federal Bilgi Teknolojisi Güvenliği Dairesinin (Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik) belirttiği gibi, bilinen yöntemlerle DES algoritmasını deşifre etmek mümkün değildir (Bkz. Haybäck, ss. 102, 114).

<sup>487</sup> Tüm bu hususlarda genel olarak bkz. M. Koch, ss. 52, 55; Bucher, ss. 236-237; Pavalenco, ss. 173-174. Gerçi Alman uygulamasında bazı teknik bilirkişiler, düşük bir ihtimal de olsa akıllı saldırılarla (smart attacks) PIN'in hesaplanabileceğini belirtmiştir; ancak bu hipotez ne teoride ne de pratikte henüz doğrulanamamıştır (Bkz. Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 293).

<sup>488</sup> Bkz. Stange, s. 76; Neumann ve Bock, s. 96, N. 181; Aepfelbach ve Cimiotti, WM 1998, s. 1219; Hoppe, ZBB 1999, s. 90.

<sup>489</sup> Örneğin Alman uygulamasında durum böyledir (Bkz. M. Koch, s. 55; Hoppe, ZBB 1999, s. 90).

<sup>490</sup> Ancak bu olasılık hesabı, değişkenlere göre farklılık arz edebilir. Örneğin hamil PIN'i doğum günüyle bağlantılı belirlemiş olabilir. Üçüncü kişinin hamilin cüzdanını çalması ve cüzdanda da hamilin kimliğinin bulunması, PIN'i tahmin etme ihtimalini daha da artıracaktır. Hatta cüzdanda birden fazla kart bulunuyorsa, deneme yanılma ile PIN'i tahmin etme şansı bir kat daha artar. Örneğin cüzdanda dört adet kart bulunması durumunda, üç denemede kartın bloke olacağı ve bu nedenle her

sayacın (Fehlbedienungszähler), -bir müddet sonra- kendisini sıfırladığı da dikkate alınırsa<sup>491</sup>, kartı ele geçiren hırsızlar, birçok deneme yapmak suretiyle teorik olarak PIN bilgisine ulaşabilir. Ancak günümüz bankamatiklerinde otorizasyon online gerçekleştiğinden, yapılan her hatalı giriş, kart kuruluşunun merkezi bilgisayarında kayıt altına alınmaktadır. Bu açıdan, dolandırıcıların birçok kez deneme yanılma yöntemini kullanarak PIN'i öğrenmeleri pek olası değildir<sup>492</sup>.

#### 4. Dolandırıcıların Hamili Aldatarak Pin Bilgisini Öğrenmesi

Uygulamada dolandırıcıların yukarıdaki yöntemlerde olduğu gibi masraf ve meşakkat gerektiren uğraşlar içine girmeden de hamilin gizli koduna kolaylıkla erişebildiği görülmektedir. Bu hususta eskiden olduğu gibi günümüzde de yaygın olarak kullanılan yöntem, kartı çalan dolandırıcının, kurbanını kart kuruluşu veya polis adına aradığını söyleyerek ona ya kartının bloke edileceğini ya da kartı kurtarabilmek için şifresini kendisine vermesinin gerektiğini bildirmesidir. Polisin ve kart kuruluşlarının şiddetli uyarılarına rağmen, geçmişte olduğu gibi günümüzde de hâlâ birçok kişi bu tuzağa düşmeye devam etmektedir. Genel işlem koşullarında artık bir klasik haline gelen ve PIN'in hiçbir şekilde üçüncü kişilerle paylaşılması gerekliliğini vurgulayan kayıtlar da maalesef bu sorunu çözme konusunda yetersiz kalmaktadır<sup>493</sup>.

---

bir kartın iki denemeye konu olabileceği göz önüne alınırsa, PIN'i tahmin etme oranı yaklaşık %10,9'a kadar çıkabilir. Bu nedenle doğum gününe endeksli PIN belirleme yönteminden uzak durmak gerekir. Söz gelimi doğum günü 3 Haziran 1983 olan bir kart hamili, ilk etapta şu kodları PIN olarak kullanmaktan kaçınmalıdır: 1983, 6383, 0306, 0603, 1234 ve 0683. Bu varyasyonlar, aynı zamanda saldırgan için optimal olan PIN denemeleridir [Bkz. <https://securify.com.tr/kullanilabilir-guvenlik/kac-tane-cuzdan-bir-tane-dogru-pin-kodu-eder/> (Son Erişim: 12.05.2018)].

<sup>491</sup> Bilindiği üzere üst üste üç kere PIN'in hatalı girilmesi durumunda karta otomatik olarak el konulur. Ancak iki kez hatalı giriş yapıldıktan sonra üçüncü deneme yapılmazsa, bir süre sonra sayaç tüm hatalı girişleri sıfırlar.

<sup>492</sup> Bu hususta bkz. M. Koch, ss. 55-56; Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 294. Ayrıca bankamatiklerde yalnızca PIN aracılığıyla online kimlik denetimi yapılmaz; bunun dışında kartın gerçek olup olmadığı veya hamilin o gün daha önce bankamatikten para çekip çekmediği, çektiyse günlük limitin yeni para çekmeye uygun olup olmadığı gibi başka birtakım denetimler de yapılır (Bkz. Pavalenco, s. 78, özellikle dn. 161 ve 162; Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 294).

<sup>493</sup> Bkz. Bucher, s. 252; Taupitz, s. 31. Hatta son yazar, birçok kart hamili tarafından sözleşmelerdeki "üçüncü kişiler" kavramının, kart kuruluşu dışındaki üçüncü kişiler olarak algılandığını belirtir. Bunun doğurduğu temel sakınca, kart kuruluşu adına aradığını söyleyen dolandırıcının bu algıya sahip kart hamilinden ihtiyacı olan bilgileri kolaylıkla öğrenebilmesidir.



## E. Aradaki Adam Saldırılarıyla Pos'un Manipüle Edilmesi

Ödeme kartlarında gerçekleşen özellikli bir saldırı türü de aradaki adam (man in the middle) saldırılarıdır. Bu yöntemde saldırgan bir ağ üzerinden iletişime geçen iki veya daha fazla taraf arasında bulunur ve bunlar arasındaki veri trafiğini kontrol eder. Yöntem ilk olarak 2010 yılında Cambridge Üniversitesinde, -beyaz hacker faaliyeti kapsamında- bilim insanları tarafından başarılı bir şekilde uygulanmıştır<sup>494</sup>.

Aradaki adam saldırısının en önemli özelliği, saldırının yalnızca offline kullanımda, yani kimlik (PIN) denetiminin karttaki bilgiler ile çipte bulunan bilgilerin POS terminalinde karşılaştırılarak yapıldığı durumlarda gerçekleşmesidir. Basitçe ifade etmek gerekirse bu tarz saldırılar, kart ile POS arasındaki iletişimin önce kontrol altına alınması, daha sonra manipüle edilmesi esasına dayanır. Saldırı sürecinde ilk olarak POS'un karta (çipe) yöneltmiş olduğu PIN sorusu, aradaki adam tarafından bloke edilir ve bunun yerine kimlik denetiminin imza ile yapılacağı bilgisi karta (çipe) iletilir. Diğer taraftan POS'a eş zamanlı olarak PIN'in doğru girildiği mesajı gönderilir. Bunun sonucunda, POS'ta kullanılan her türlü PIN varyasyonu, manipüle edilen sistem tarafından doğrulanır. Bu yöntemin en önemli özelliği, POS terminali ile çip arasındaki iletişimde (offline kullanımda) kimlik tespitinin sağlıklı bir şekilde yapılamamasına yönelik zayıf noktanın kullanılmasıdır. Bu nedenle POS sisteminden farklı olarak bankamatiklerde PIN denetimi yalnızca online olarak gerçekleştiğinden<sup>495</sup>, bu tarz saldırılar hiçbir şekilde gündeme gelmez<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> Bkz. M. Koch, s. 51

<sup>495</sup> Bkz. Pavalenco, s. 78.

<sup>496</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 51.

## VI. HAZIRLAR ARASINDAKİ İŞLEMLERDE KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

### A. “Kötüye Kullanım” Kavramı ve Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılmasında Gözetilen Esaslar

Kartın kötüye kullanılması kavramı literatürde dar ve geniş olmak üzere iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda kötüye kullanım, kartın yetkisiz üçüncü kişilerce kullanılmasını ifade ederken; geniş anlamda kötüye kullanım, hamilin iradesi dışında veya onun katılımı ya da en azından bilgisi dâhilinde kartın her türlü kötüye kullanılmasını karşılar. Ayrıca literatürde, ne şekilde olursa olsun kartın yetkisiz üçüncü kişilerce veya bizzat kart hamilince sözleşmeye aykırı kullanılmasını ifade etmek üzere, kartın “haksız” veya “hukuka aykırı” kullanılması şeklindeki ifadeler de yaygın olarak kullanılmaktadır<sup>497</sup>. Nitekim hamilin sorumluluğunu düzenleyen 5464 sayılı BKKKK m. 12 “Kartın Haksız Kullanımı ve Sigortalanması” başlığını taşıırken, kuralın içeriğinde “hukuka aykırı kullanım” ifadesi tercih edilmiştir<sup>498</sup>. Çalışmamızda “kötüye kullanım” ifadesi tercih edilmekle birlikte, tabir ekseriyetle dar anlamda kullanılmış; bunun dışında kartın sistem taraflarınca kötüye kullanılmasında olduğu gibi yer yer geniş anlamdaki kullanıma da yer verilmiştir.

Çalışmamızın planlamasında görüleceği üzere, kartın kötüye kullanılmasından doğan sorumluluğun belirlenmesinde ilk etapta hazırlar arasındaki işlemler ile mesafeli işlemler arasında bir ayrıma gidilmiştir ve burada kartın üçüncü kişilerce (dar anlamda) kötüye kullanılmasına ilişkin riziko dağılımı belirlenmeye çalışılmıştır. Bundan sonra, kartın sistem taraflarınca (geniş anlamda) kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk meselesi ele alınmaya çalışılmıştır.

Bu alt başlığın konusunu, hazırlar arasındaki işlemlerde kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması oluşturmaktadır. Burada üçüncü kişilerden kasıt, kartlı

<sup>497</sup> Bu hususlarda bkz. İşgüzar, s. 99.

<sup>498</sup> Alman hukukunda ise hamilin sorumluluğunu düzenleyen BGB §675v’nin madde başlığında “kötüye kullanım” (Missbräuchliche Verwendung) kavramı dikkati çekmektedir. Bunun dışında BGB’de yer yer üçüncü kişilerce gerçekleşen kötüye kullanımlar da dahil olmak üzere hamilin rızası dışında gerçekleşen tüm işlemleri vurgulamak üzere “otorizasyonsuz kullanım / ödeme” (nicht autorisierte Verwendung / Zahlungsvorgang) ifadeleri de kullanılmıştır (Bkz. BGB §§675k, 675l, 675m, 675u, 675v, 675z, 676b).

ödeme sisteminin tarafı olan kart kuruluşu, kart hamili ve üye işyeri dışında kalan süjelerdir. Ayrıca kart hamilinin aile bireylerini de bu anlamda üçüncü kişi olarak görmemek gerekir<sup>499</sup>.

Kartın dar anlamda, yani üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasında çeşitli rizikolar karşımıza çıkabilir. Daha önce de vurguladığımız gibi bunlardan ilki sahtecilik, yani sahte kart üretilmesi rizikosudur. Bunun dışında orijinal kartın kaybolması, çalınması veya herhangi bir şekilde elden çıkmasına veya gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesine ya da güvenli bir şekilde korunmamasına yönelik rizikolar da gündeme gelebilir<sup>500</sup>. Ayrıca bu belirtilenlere, kartın zilyetliği ele geçirilmeden, yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlar da eklenebilir.

Anılan rizikolardan sahtecilik rizikosunun doğumuna, ödeme aracının (kartın ve gizli kodun) gönderim sürecinde yaşanan aksaklıklar yol açabileceği gibi, bankamatiklere veya POS cihazlarına yerleştirilen ve kart bilgilerini kopyalayan birtakım aparatlar da sebep olabilir. İlk ihtimalde kart henüz hamilin zilyetliğine geçmediğinden hamili sorumlu tutmak mümkün olmazken, diğer ihtimalde yine prensip olarak kart bilgilerinin kopyalanmasını önleyici tedbirleri almayan kart kuruluşunu sorumlu tutmak lazım gelir.

Buna karşılık, ikinci kategorideki rizikolar gündeme geldiğinde, yani orijinal kart kaybolduğunda, çalındığında veya gizli kod bir şekilde üçüncü kişilerce öğrenildiğinde, BKKKK m. 12 gereği hamil de rizikoya katılmaya başlar. Hamilin blokaj bildiriminden önce ortaya çıkan zararlara katılması, duruma göre sınırlı veya sınırsız olacak şekilde gerçekleşebilir. Bu noktada hamilin kusurunun bulunup bulunmadığı, kusurluysa derecesinin ne olduğu yalnızca zarara hangi ölçüde katılacağının belirlenmesinde fonksiyon gösterir. Diğer bir ifadeyle, bu riziko gerçekleştiğinde hamil ister kusuru olsun ister olmasın az veya çok her koşulda sorumluluğa katılır.

Kadim öğretisi ve uygulamaya bakıldığında, kötüye kullanım sorumluluğunun belirlenmesinde ilkesel bir kuraldan yola çıkıldığı görülür. Buna göre, kartın kötüye kullanıldığı hallerde kart kuruluşu, üye işyerine ödemiş olduğu ücreti (harcama belgesi tutarını) kural olarak kart hamilinden talep edemez. Bir başka deyişle, kart

<sup>499</sup> Bkz. İşgüzar, s. 119.

<sup>500</sup> Benzer yönde bkz. Çeker, s. 78.

kuruluşunun masraf tazminatını talep etme hakkının düştüğü kabul edilir. Bu aynı zamanda kart kuruluşunun hamil ile olan ilişkisinde otorizasyonsuz ödeme rizikosunu prensipte üstlendiği anlamına gelir. Rizikoyu prensipte taşımak durumunda kalan kart kuruluşu, yoğun bir şekilde bu rizikoyu kart hamiline veya soyut borç vaadi sebebiyle ödeme yükümlülüğü altında bulunduğu üye işyerine aktarma çabası içine girebilir ve bunun gerçekleşmesi için çeşitli formüller düşünebilir. Bu hususta uygulamada sıklıkla kullanılan yöntem, genel işlem koşulları yardımıyla riziko geçişkenliğinin sağlanmasıdır. Gerçi kart kuruluşları eliyle hazırlanan bu tarz standart klozlar hukuki denetime tabidir; ancak söz konusu denetimi, riziko tahsis etme (irade) özgürlüğüne ilişkin sınırlar gözetilerek yapma gerekliliği de ortadadır<sup>501</sup>.

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması rizikosunu kural olarak kart kuruluşunun üstlenmesi, meselenin çözüldüğü anlamına gelmez. Zira kurallar istisnalarla anlama kavuşur ve bu kuralı da anlamlandıran iki temel istisna bulunur. Bunlardan birincisi, hamilin kartını ve gizli kod bilgisini bir başkasıyla paylaşarak yaratmış olduğu hukuki görünüşün sonuçlarına katlanmak durumunda kalması, yani masraf tazminatından sorumlu tutulmasıdır. İkincisi, kanun koyucunun denkleştirici adalet ilkesinden hareketle kartın zilyetliğini yitiren veya gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamayan hamili, duruma göre sınırlı veya sınırsız olacak şekilde sorumlu tutulması ve onu rizikonun katılımcısı haline getirmesidir. Ancak ilk ihtimalden farklı olarak burada hamilin rizikoya katılımı, masraf tazminatını ödeme şeklinde değil, ortaya çıkan zararı tazmin etme şeklinde gerçekleşir. Ayrıca bu son ihtimalde, hamilin blokaj bildiriminde bulunma yükümlülüğü de önemli fonksiyon gösterir. Zira yasanın tasarladığı sistemde, sorumluluk kapsamının belirlenmesinde bildirim anı milat alınmış ve hamilin ortaya çıkan zararın 150 TL'lik kısmıyla sınırlı sorumlu tutulması, kötüye kullanımın blokaj bildiriminden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla hamilin temel sorumluluğunun yalnızca miktarla değil, aynı zamanda süreyle de sınırlandırıldığını söylemek yanlış olmaz (BKKKK m. 12/I, c. 1; BKKKY m. 23/I, c. 1). Diğer taraftan aynı kuralda bir adım daha ileri gidilmiş ve kötüye kullanım hamilin yükümlülüklerine ağır ihmalle veya kasten aykırı davranması veya blokaj bildiriminde bulunmaması nedeniyle

---

<sup>501</sup> Bu hususlarda bkz. K. Langenbucher, s. 259.

gerçekleşmişse, sınırlı sorumluluğun devre dışı kalacağı ve ortaya çıkan zararın tamamından hamilin sorumlu tutulacağı özel olarak vurgulanmıştır (BKKKK m. 12/I, c. 2; BKKKY m. 23/I, c. 2).

Toparlarsak, mevcut düzenlemelere bakıldığında, kartlı sistemlerde hamil ile kart kuruluşu arasındaki sorumluluk ilişkisinin iki temele dayandığı görülür: Kartın kullanılması nedeniyle kart kuruluşuna masraf tazminatının ödenmesi veya kartın kötüye kullanıldığı hallerde hamilin bazı hallerde ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorunda kalması. Gerçekten de kart kötüye kullanıldığında, ilke olarak hamilin kart kuruluşuna masraf tazminatı ödeme borcu ortadan kalksa da, hal ve şartlara göre ortaya çıkan zararı tazmin etmesi gerekebilir<sup>502</sup>.

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması, yalnızca kart kuruluşu ile hamil arasındaki ilişkiyi (karşılık ilişkisini) değil, aynı zamanda kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki ilişkiyi (ifa ilişkisini) de ilgilendirir<sup>503</sup>. Kötüye kullanım nedeniyle sorumluluğu üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşunun, bu sorumluluğu ifa ilişkisinde üye işyerine yansıtıp yansıtamayacağı, yansıtacaksa bunun hangi şartlarda ve ne kapsamda yapabileceği hususu ayrıca sorgulanmalıdır. Burada özellikle üye işyerinin Kanun'dan ve üye işyeri sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerle uygun hareket edip etmediğinin titiz bir şekilde araştırılması gerekir. Yükümlülüğe aykırılık durumunda kart kuruluşu, üstlenmiş olduğu sorumluluğu tamamen üye işyerine aktarabilir veya onunla birlikte bu sorumluluğu paylaşabilir. Rizikonun gerçekleşmesinde veya artmasında ifa ilişkisi özelinde üye işyeriyle birlikte kart kuruluşuna da kusur isnat edilirse, kusurun ağırlığına göre üye işyerinin ödeyeceği tazminatta indirimle gidilebilir veya tazminat borcu tamamen kaldırılabilir (TBK m. 52/I).

Rizikonun bu şekilde ikili ilişkiler özelinde ayrı ayrı paylaştırılması, kartlı ödeme sisteminin karakteristik yapısının bir sonucudur. Çünkü üç köşeli ilişkiden beslenen kartlı sistemlerde, karşılık ve ifa ilişkilerinde taraflar arasında akdedilen çerçeve sözleşmeler birbirinden bağımsız olarak ele alınır ve riziko dağılımında münferit sözleşmelerde yer alan özel şartlar da göz önünde tutulur. Bu nedenle çalışmamızda, kanuna ve “akde” aykırılık temelinde tüm katılımcılar arasında riziko paylaşımını gerçekleştirirken “hamil ile kart kuruluşu” ve “kart kuruluşu ile üye

<sup>502</sup> Bkz. Pavalenco, ss. 182-183.

<sup>503</sup> Bu yönde bkz. K. Langenbucher, s. 258.

işyeri” arasında hukuki durumu ayrı ayrı ele almaya çalışacağız<sup>504</sup>.

## **B. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması**

### **1. Otorizasyonsuz Ödemeler ve Otorizasyonsuz Ödeme Rizikosunu Kural Olarak Kart Kuruluşunun Taşınması**

#### **a. Otorizasyonsuz Ödeme Kavramı ve Otorizasyonsuz Ödemelerde Geçerli Bir Temsil İlişkisinden Bahsedilememesi**

Yetkili hamilin rızası olmadan kart kuruluşunun üye işyerine ödemeyi gerçekleştirmiş olması, ödemenin aslında otorize edilmediğini, yani ortada bir otorizasyonsuz ödemenin bulunduğunu gösterir. Bu durum yalnızca kartlı ödeme sistemleri bakımından değil, diğer tüm gayrinakdî ödemelerde (örneğin banka havaleleri) bakımından da geçerlidir. Belirtelim ki burada “otorizasyonsuz ödeme” ifadesi, teknik (geniş) anlamda otorizasyonun olumsuz karşılığı olarak kullanılmamıştır. Bilindiği gibi teknik anlamda otorizasyon; kimlik, limit, blokaj ile gerçeklik denetimini kapsayan ve dört aşamadan oluşan ödeme sürecinin bütünü ifade eder<sup>505</sup>. Burada ise otorizasyonsuz ödeme ifadesiyle daha ziyade, Alman hukukunda olduğu gibi ödeme aracının hamilin iradesi veya bilgisi dışında kullanıldığı haller vurgulanmak istenmiştir<sup>506</sup>. Aksi kanıtla ifade etmek gerekirse,

<sup>504</sup> Yeri gelmişken belirtelim ki, kartın üçüncü kişi tarafından kötüye kullanılmasında asıl sorumluluk şüphesiz eylemi gerçekleştiren üçüncü kişidedir ve sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerine dayanılarak zararın bu kimseden tazmini gerekir (Aynı yönde bkz. Çeker, s. 77). Ancak üçüncü kişi iyiniyetli hareket etmediğinden, çoğu zaman onun kimliğini tespit etmek ve kendisini hukuken sorumlu tutmak mümkün olamayacaktır. Bu nedenle riziko kaçınılmaz olarak kartlı ödeme sistemi tarafları arasında paylaştırılır (Bkz. Stange, s. 18; Russenschuck, ss. 108-109). İşte asıl problem, bu paylaşımın nasıl yapılacağı hususudur. Öğretide Körber, OLG Naumburg’un 20.08.2002 tarihli kararından yola çıkarak bu çetrefilli duruma dikkat çekmeye çalışmıştır. Karara konu olayda bir dolandırıcı, 70.000 Alman Markı karşılığında Almanya’da mukim bir üye işyerinden Romanya’ya sipariş vermiş ve ücreti de Amerika’da bulunan kart hamillerine ait 15 adet kredi kartı bilgisini kullanarak -slip bölme yöntemiyle- ödemiştir. Kart hamilleri hesap özeti görüp harcama itirazında bulunduklarında, dolandırıcı deyim yerindeyse çoktan kayıplara karışmıştır. Bu aşamadan itibaren kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasından dolayı kimin sorumlu tutulacağı meselesi, esaslı bir şekilde sorgulanmaya başlar (Bkz. WM 2004, s. 564).

<sup>505</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şener, ss. 12-14

<sup>506</sup> Bu yönde bkz. Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675w, N. 2. Hatırlandığı gibi çalışmamızın başında, AB hukukunda tüm elektronik ödeme sistemlerinde geçerli olmak üzere “ödeme aracı” ve

elektronik ortamda gerçekleşen gayrinakdî ödemelerde otorizasyon ancak ödeyenin rızasıyla (Zustimmung) gerçekleştirilir<sup>507</sup>. Rıza şartı, ödeyenin işleme baştan izin vermesi (Einwilligung) veya tarafların (ödeyen ile bankanın) önceden anlaşmaları kaydıyla ödeyenin işleme sonradan onay vermesiyle (Genehmigung) sağlanabilir. Bunun dışında taraflar, kartlı sistemde olduğu gibi ödeyenin rızasının belirli bir ödeme aracı kullanılarak (kart + PIN / imza) alınabileceği noktasında da mutabık kalabilirler<sup>508</sup>.

Ödeme işleminin bu şekilde otorize edilmemiş olması, hesap sahibinin

---

“kişisel güvenlik bilgisi” gibi birtakım teknik kavramların kullanıldığından bahsetmiştik. “Otorizasyonsuz ödeme” kavramını da bu sayılanlara ekleyebiliriz. Bu tür kavram genellemeleri, AB hukukunda benimsenen tek tip terminoloji ile tüm ödeme sistemlerine yönelik yeknesak kurallar getirme eğiliminin doğal sonucudur. Şu halde otorizasyonsuz ödemeler, kartlı sistemlerin konusu olabileceği gibi, banka havaleleri gibi diğer gayrinakdî ödemelerin de konusu olabilir. Nitekim Alman uygulamasında karşılaşılan en tipik “otorizasyonsuz ödeme”lerin konusunu, yanlış hesaba yapılan banka havaleleri oluşturur (Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675u, N. 2). Biz ise çalışmamızın bundan sonraki kısmında yalnızca, kartın hamilin rızası dışında (özellikle üçüncü kişilerce) kötüye kullanıldığını ifade etmek üzere “otorizasyonsuz ödeme” kavramını yoğun bir şekilde kullanacağız.

<sup>507</sup> Bkz. Stange, s. 157; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F. /47.

<sup>508</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675u, N. 10; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 5-6. Otorizasyon için belirtmiş olduğumuz bu koşullar Alman hukukunda BGB §675j/I’de açıkça düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca; *“Bir ödeme işlemi, ödeyene karşı ancak kendisi bu işleme rıza göstermişse geçerli olur (otorizasyon). Ödeyen işleme ya izin vermek ya da kendisi ile bağlı olduğu ödeme hizmeti sağlayıcısı arasında önceden kararlaştırılmışsa, muvafakat vermek suretiyle rıza gösterebilir. Özellikle rızanın belirli bir ödeme aracı vasıtasıyla verilmesi konusunda taraflar anlaşabilir”*. Hükümden de anlaşılacağı gibi ödeme sistemlerinde otorizasyonun gerçekleşip gerçekleşmediği, ödeyenin iradesine bakılarak tespit edilir. Bu irade, BGB’de rıza (Zustimmung) üst kavramı altında, izin (Einwilligung) ve onay (Genehmigung) prosedürlerine bağlanmıştır. Alman kanun koyucusunun bu teknik terimleri tercih etmesinin arka planında, hukuki işlemlere ilişkin BGB §§182 vd. düzenlemelerinde kullanılan terminolojiyle uyumlu hareket etme güdüsü yatar (Bkz. M. Koch, s. 24). Konumuz açısından bilhassa BGB §675j/I son cümleye dikkat çekmek gerekir. Buna göre, taraflar aralarında anlaşarak rızanın (otorizasyonun) yalnızca belirli bir ödeme aracı yardımıyla verilmesini kararlaştırabilir. Nitekim kartlı sistemde otorizasyon, kart ve PIN kullanmak (veya harcama belgesine imza atmak) suretiyle gerçekleştiğinden, taraflar arasında bu şekilde önceden bir anlaşma bulunur (Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675u, N. 2). Bunun dışında günümüzde hemen hemen bütün ödeme işlemlerinde otorizasyonun ödeyenin önceden vermiş olduğu izinle (Einwilligung) gerçekleştiğini belirtelim. Özellikle ödeme talimatının doğrudan ödeyen tarafından verildiği işlemler (Push-Zahlungen), söz gelimi banka havaleleri buna örnek olarak verilebilir. Ödeyenin sonradan onay vermesi (Genehmigung) suretiyle otorizasyonun gerçekleşmesi ise günümüzde çok istisnai hallerde uygulama alanı bulabilir. Örneğin kart sözleşmelerinde taraflar, belli bir olayı açıklığa kavuşturmak veya şüpheli durumlardan kaçınmak adına hamilin telefonla arayıp ödemeyi sonradan onaylamasını şart koşabilir [Bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 21 ve 24; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675j, N. 6]. Ancak bu şekilde otorizasyona sonradan onay verilebilmesine yönelik getirilen kural, Alman (AB) uygulamasına özgü olan hesaba borç kaydı (Lastschrift) işlemlerine yöneliktir. Hesaba borç kaydı işlemlerinde otorizasyon, tipik POS işlemlerinden farklı olarak takaslaşmadan (clearing) sonra gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle bu tür işlemlerde, hamilin onayının takaslaşmadan sonra alınması gerekir (Bkz. Pavalenco, s. 70). Hamilin sonradan onay vermek suretiyle işlemi otorize etmesine dair bu uygulama, bizim hukuk pratiğimize ve sistemimize yabancı bir olgudur.

iradesini yansıtmayan bir ödeme talimatının verilmiş olduğunu gösterir. Kartın yetkili hamil tarafından kullanılmamış olması da bu anlamda otorizasyonsuz bir ödeme teşkil edeceğinden<sup>509</sup>, sahte kart taklit imzayla kullanılmışsa veya sahte bir harcama belgesi üretilmişse ya da kart, hırsız veya temsil yetkisi olmayan bir kimse tarafından kullanılmışsa, yapılan harcamalardan dolayı hamil sorumlu tutulamaz<sup>510</sup>.

Diğer taraftan, daha sonra da görüleceği gibi kartın kullanılması konusunda bir başkasına temsil yetkisi verildiği veya hukuki görünüş nedeniyle üçüncü kişiler nezdinde böyle bir algının yaratıldığı hallerde, artık işlem otorize edilmiş sayılır. Burada hamilin kartı bizzat kullanma yükümlülüğünü ihlal etmiş olması, esasen bu sonucu değiştirmez<sup>511</sup>. Daha açık bir deyişle hamil, ortaya çıkan zarardan ziyade masraf tazminatından sorumlu tutulur. Çünkü kartlı sistemlerde temsilci, temsil yetkisi kapsamında bir ödeme talimatı vererek otorizasyonu sağlayabilir. Diğer ödeme sistemlerinde olduğu gibi kartlı ödemeler bakımından da temsil ilişkisini engelleyen bir kurala ne mevzuatımızda ne de kart kuruluşları tarafından düzenlenen standart sözleşmelerde rastlanmaktadır. Gerçi kart sözleşmelerinin tamamında hamilin kartı ve gizli kodu üçüncü kişilerle paylaşmaması gerektiği vurgulandığından, prensip olarak şahsen kullanım ilkesinin geçerli olduğu söylenebilir. Bu kapsamda hamil, kartla gizli kodu üçüncü kişilerle paylaşır ve bundan dolayı bir “zarar” doğarsa, sözleşmeye aykırılıktan ötürü şüphesiz kendisi sorumlu tutulur (TBK m. 112). Bununla birlikte, hamile kartını ve gizli kodunu başkalarıyla paylaşmama yükümlülüğü getiren kuralın, bir tür temsil yasağı niteliğinde olduğu söylenemez. Zira bu kuralla sadece yetkisiz kimseler tarafından kartın ve gizli kodun kötüye kullanıma rizikosu sınırlanmak ve kötüye kullanım durumunda hamile sorumluluk yüklemek amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kart hamili, kartla gizli kodu bilerek üçüncü kişinin kullanımına sunmakla aslında o kimseye temsil yetkisi vermiş olduğundan, kural olarak bu yetki kapsamında yapılan harcamaların karşılığı hamilden masraf tazminatı şeklinde tahsil edilebilir<sup>512</sup>.

<sup>509</sup> Bkz. M. Koch, s. 90; Gras, s. 182.

<sup>510</sup> Bkz. K. Langenbucher, s. 259.

<sup>511</sup> Bu yönde bkz. Grabe, s. 76.

<sup>512</sup> Bkz. Şener, ss. 380-381; Akyol, s. 237. Bankamatik kullanımları açısından aynı yönde bkz. Bucher, s. 246. Alman hukukunda Jungmann da benzer şekilde, hamilin kartını ve kişisel gizli kodunu (kart sözleşmesinde belirtilen yükümlülüğe aykırı olarak) üçüncü bir kişiye vermesi durumunda, üçüncü kişi anlaşmaya uygun davrandığı veya hamilin talimatları doğrultusunda hareket ettiği sürece, otorize edilmiş (geçerli) bir ödemeden bahsetmek gerektiğini belirtir [Jungmann,



Buna karşılık, özellikle kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde (otorizasyonsuz ödemelerde), geçerli bir temsil ilişkisinden yola çıkmak mümkün değildir. Çünkü kart yetkisiz kişilerce kullanıldığında, doğrudan temsilde olduğu gibi “başkası adına hareket” (Handeln in fremden Namen) değil, “başkası adı altında hareket” (Handeln unter fremden Namen) söz konusu olur<sup>513</sup>. Bu durumda işlemi gerçekleştiren kimse, adını kullandığı kişi sanki kendisiymiş gibi üçüncü kişilerde bir algı yarattığından, üçüncü kişiler klasik temsilden farklı olarak aslında karşılarında iki muhatap bulunduğunun farkında olmaz<sup>514</sup>. Diğer taraftan, bilindiği gibi geçerli bir temsil ilişkisinden bahsedebilmek için temsilciye “temsil yetkisi” verilmesi ve temsilcinin verilen bu yetki çerçevesinde işlemi gerçekleştirmesi gerekir. Oysa kart hesap sahibinin iradesi dışında veya iradesi hilafına kullanıldığında, temsil yetkisinden söz etmek mümkün olmaz. Hatta üçüncü kişinin gizli kodu bilmesi ve

---

Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 18]. Meseleyi kartların bankamatiklerde kullanılması açısından değerlendiren Bucher ise yasalarda kart kullanımlarının şahsa sıkı sıkıya bağlı hukuki işlem olduğuna dair herhangi bir kural olmamasını gerekçe göstererek temsil ilişkisine engel bir durumun bulunmadığını belirtir. Ancak yazara göre taraflar, imzalamış oldukları sözleşmelerde kart kullanımını şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kararlaştırabilir (s. 81). Buna karşılık Türk hukukunda aksi yönde görüş bildiren Bahtiyar, kartın kıymetli evrak olmaması ve dolayısıyla devir kabiliyetinin bulunmamasından hareketle, hamilin kartını kullanması için temsilci atamasına hukuken izin verilmediğini savunur (**Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 74, dn. 14). Çeker de kartlı sistemlerde amaçlanan basit, çabuk ve güvenilir alışveriş olanağının sunulabilmesi için, kartın temsilci yoluyla kullanılmaması gerektiğini savunur. Yazara göre kartın temsilci tarafından kullanıldığı hallerde, özellikle imzalı kullanım söz konusuysa üye işyerinin imza karşılaştırma olanağı ortadan kalkar ve işyeri, kartı ibraz eden kişiden temsil belgesi istemek durumunda kalır. Bu durum da kartlı sistemlerin pratikliği ile bağdaşmaz (s. 94).

<sup>513</sup> Bkz. Linardatos, s. 266; Brückner, s. 75; Erfurth, WM 2006, s. 2200.

<sup>514</sup> Bkz. Florian Faust, **Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Nomos, Baden Baden 2015, s. 216, N. 6. Örneğin klasik temsilde (A), muhatabına (B) adına ve hesabına işlemi gerçekleştirdiğini bildirirken veya hal ve şartlardan bu durum kendiliğinden anlaşılırken; başkası adı altında hareketle (A), kendisinin (B) olduğu yönünde muhatabında bir izlenim bırakır. Gerçi kimlik tespit araçlarıyla gerçekleşen ödemelerde, genellikle ödeyenin adı (kimliği) yerine, IBAN (müşteri hesap bilgisi, Kundenkennung), hesap numarası (Kontonummer) veya sayı ve harflerden oluşan kimlik tanıtıcı kodlar (alphanumerische Identifikator) paylaşılır. Ancak tüm bu veriler kart kuruluşlarınca müşteri “adına” düzenlendiğinden, işlemi gerçekleştirenin yetkili kişi olup olmadığının sorgulanması yapılabilir. Dolayısıyla “başka numara altında hareket” olarak da ifade edebileceğimiz bu gibi hallerde de aslında yine “başkası adı altında hareket” söz konusu olur (Bkz. M. Koch, ss. 92-93; Erfurth, WM 2006, s. 2200. İmzalı kullanımlarda aynı yönde bkz. Vogel, s. 199).

Yeri gelmişken, başkası adı altında hareket ile birazdan değineceğimiz hukuki görünüşe dayanan temsil yetkilerinin içerik olarak birbirlerinden ayrıldığını belirtelim. Zira başkası adı altında hareketle, irade beyanı muhatabında işlemin yetkili kimse tarafından yapıldığı yönünde bir izlenim oluşurken, yani iki taraflı bir ilişki kurulduğu noktasından yola çıkılırken; hukuki görünüşe dayanan temsil yetkilerinde muhatap “başkası adına” hareket edildiği konusunda haklı bir kanaate ulaşır; dolayısıyla bu ihtimalde üç taraflı bir ilişki kurulduğu noktasından yola çıkılır (Benzer yönde bkz. Linardatos, s. 267). Ancak her ne kadar iki kurum birbirinden bağımsız olsa da başkası adı altında hareket durumunda da temsile ilişkin kuralların kıyasen uygulanabileceği konusunda genel bir kabul bulunur (Bucher, s. 186, dn. 72; Brückner, s. 75).

doğru olarak sisteme girmesi de her zaman taraflar arasında bir temsil ilişkisinin bulunduğu şeklinde bir yorum geliştirmeye yetmez. En basitinden, ödeme aracının çalındığı, kopyalandığı veya erişim verilerinin (PIN veya TAN) gizlice gözetlenmek suretiyle ele geçirildiği hallerde hamil, çoğu zaman işlemi gerçekleştiren faili tanımayacağından, kendisinin bu kimseye temsil yetkisi vermesi de düşünülemez<sup>515</sup>.

Yine kartın kötüye kullanıldığı hallerde, temsil hukukunda geçerli olan “aleniyet ilkesi”nin<sup>516</sup> (Offenkundigkeitsgrundsatz) de devre dışı kalacağı açıktır. Zira kartlı sistemlerde ödemeler kural olarak ödeme aracıyla (kart + gizli kod) gerçekleştiğinden, kart kuruluşunun işlemin yetkili kimse dışındaki bir üçüncü kişi eliyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin farkına varması mümkün değildir. Gerçi TBK m. 40/II ile aleniyet ilkesine önemli bir istisna getirilmiştir. Bu kural uyarınca, hukuki işlemin temsilci veya temsil olunandan biri ile yapılması farksız ise işlemin sonuçları doğrudan temsil olunanı bağlar (İlgilisi için örtülü işlem)<sup>517</sup>. Ancak her iki tarafın da edimlerini derhal yerine getirdiği ve satıcının, alıcının kimliğiyle bağlı olmadığı gündelik işyeri uygulaması ile kartlı sistemlerdeki uygulamanın birbirinden çok farklı olduğu ortadadır. Kartlı sistemlerde, önceden belirli bir kimse (hamil) adına gizli kod tahsis edilir ve sözleşmeyle bu kodun gizli tutulacağı kesin bir şekilde vurgulanır. Bu sayede kart kuruluşu, sadece yetkili hamil tarafından iletilen ödeme talimatlarını kabul etme noktasında bir güvenceye kavuşmuş olur<sup>518</sup>. Kartın kötüye kullanıldığı hallerde, kötüye kullananın yetkili kişi adına hareket etme iradesi bulunmadığından, karşı taraf bakımından sözleşmenin kiminle yapıldığı önemsiz olsa bile bir temsil ilişkisinden bahsetmek mümkün olmaz<sup>519</sup>. Kaldı ki ilgilisi için örtülü işlem den bahsedebilmek için başkası adına hareket eden kişinin, “doğrudan temsil yetkisi” ile donatılmış olması gerekir. Ayrıca ilgilisi için işlem kuralı (TBK m. 40/II), genellikle günlük ihtiyaçları karşılamak üzere “peşin para” ile yapılan ve her iki

<sup>515</sup> Bkz. M. Koch, s. 93. Debit kartlar özelinde aynı yönde bkz. K. Langenbucher, s. 292.

<sup>516</sup> “Açıklama ilkesi” olarak da bilinen bu ilke uyarınca temsilci, hukuki işlemi yaparken başkası adına hareket ettiğini karşı tarafa bildirmelidir (Fikret Eren, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 432).

<sup>517</sup> Bu durumda, sözleşmenin gerçekte kiminle yapıldığının farksız olup olmadığı araştırılırken, bu farksızlık herkes açısından değil, yalnızca temsilci ve temsil olunanla sınırlı olarak incelenir (Bkz. Kocayusufoğlu, ss. 683-684).

<sup>518</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, s. 92. Özellikle karşılık ilişkisinde, kart kuruluşu açısından kartı kullananın kimliği çok önemlidir. Zira kart kuruluşu, kartı kullananın yetkili hamil olmadığını bilirse ödeme işlemini otorize etmez (Bkz. Şener, s. 382, dn. 191).

<sup>519</sup> Bkz. Şener, s. 374, dn. 164.

tarafın da edimini derhal yerine getirdiği satışlara yönelik bir kuraldır<sup>520</sup>. Dolayısıyla kartlı sistemlerde, özellikle “otorizasyonsuz ödemelerde”, işlemin kimin tarafından yapıldığının önemli olmadığı şeklindeki argümanın tamamen devre dışı kaldığını kabul etmek gerekir.

Bununla birlikte kartın ve buna bağlı olan gizli kodun bir anlaşma kapsamında bilerek ve istenerek bir başkasına verilmesi durumuyla sıklıkla karşılaşılır. Bu gibi hallerde ödeme aracı kötüye kullanıldığında, kullanma anlaşmasının dikkate alınmadığı ve kart kuruluşuna iletilmiş olan ödeme talimatının yetkili hamilin asıl iradesini yansıtmadığı kabul edildiğinden, kötüye kullananın yine temsil yetkisi çerçevesinde hareket ettiği söylenemez<sup>521</sup>.

Sonuç olarak gerek üçüncü kişiler gerekse de ödeme aracı verilen kişiler tarafından gerçekleşen kötüye kullanımlarda, klasik anlamda bir temsil yetkisi bulunmadığından, prensip olarak temsil hukukundan hareketle hamilin sorumluluğuna gitmek mümkün olmaz<sup>522</sup>.

## **b. Otorizasyonsuz Ödeme Rizikosunu Kural Olarak Kart Kuruluşunun Taşınması**

Kartlı sistemlerde vuku bulan tipik takaslaşma planına göre kart kuruluşu, üye işyerine ödeme yaptıktan sonra hamil ile arasındaki vekâlet ilişkisine dayanarak işyerine yapmış olduğu ödemeyi (masraf tazminatını) kendisinden talep edebilir<sup>523</sup>. Ancak kart, yetkili hamilin izni veya iradesi dışında kullanılmışsa artık otorizasyonsuz bir ödemeden bahsetmek gerekir. Bu bakımdan hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde kartın üye işyerine ibraz edilmiş veya mesafeli işlemlerde kart bilgilerinin telefon ya da internet aracılığıyla paylaşılmış olması herhangi bir

<sup>520</sup> Bu hususlarda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, ss. 683-684

<sup>521</sup> Burada kart hamili tarafından temsil yetkisiyle donatılan kişinin bu yetkisini aşması, öğretide geniş anlamda kötüye kullanım olarak da yorumlanır (Bkz. Russenschuck, s. 35)

<sup>522</sup> Bkz. M. Koch, s. 93.

<sup>523</sup> Bkz. Grabe, ss. 155-156; Berghaus, **RWS-Forum 12** (1998), s. 56; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 1005. Türk hukukunda kart kuruluşunun masraf tazmin talebi TBK m. 510/I’daki vekâlete ilişkin kurala dayanırken, Alman hukukunda BGB §§675c/I’in göndermesiyle 670’te düzenlenen iş görme sözleşmesine ilişkin kurala dayanır [Bkz. Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675u, N. 2; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 1].

farklılık doğurmaz ve her iki ihtimalde de otorizasyonsuz ödeme söz konusu olur<sup>524</sup>. Otorizasyonsuz ödemelerde, kart kuruluşunun masraf tazmin talebinin düşmesi ve bu hususta hamile başvuramamaması asıldır<sup>525</sup>. Kart kuruluşunun kusurlu olup olmaması, esas itibarıyla bu sonucu değiştirmez<sup>526</sup>.

Dolayısıyla otorizasyonsuz ödemelerde, kural olarak hamilin masraf tazminatını ödemesi beklenmez; masraf tazminatı otomatik olarak kesiliyorsa hamil söz konusu kesintinin hesabına iadesini talep edebilir. Uyuşmazlık durumunda kart kuruluşu, otorizasyonsuz ödemeye üye işyerinin sebep olduğunu ileri süremeyeceği gibi, kart sözleşmesinde bu hususa ilişkin olarak düzenlenen sorumsuzluk klozlarına da dayanamaz. Uygulamada sıklıkla, kart kuruluşlarının hazırlamış oldukları kart sözleşmelerine, akit partnerleri olan üye işyerlerinin sergiledikleri tutumlar sebebiyle hamile karşı hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacaklarına dair kayıtlar getirdikleri gözlenmektedir. Kuşkusuz bu tür sorumsuzluk kayıtlarını geçersiz addetmek gerekir. Zira TBK m. 115/III uyarınca uzmanlık gerektiren bir hizmet sunan ve faaliyetlerini BDDK'nın verdiği izinle yürüten kart kuruluşlarını, ifa yardımcısı konumunda olan üye işyerlerinin hafif kusurlarından dahi sorumlu tutmak icap eder<sup>527</sup>.

Otorizasyonsuz ödemelerden ötürü prensip olarak kart kuruluşunu sorumlu tutmanın arka planında, kart kuruluşunun yalnızca hamil tarafından verilen talimatlara göre hareket edebileceği ve bu ölçüde masraf tazminatına hak kazanabileceği algısı yatmaktadır (TBK m. 510/I). Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde de ödeme talimatı hamil tarafından verilmediğinden, riziko kural olarak kart kuruluşunun üzerinde kalır<sup>528</sup>. Yine kart kuruluşunun, kartlı ödeme sistemlerinde adeta bir orkestra şefi görevini üstlenmesi ve onun katılımı olmadan ne

<sup>524</sup> Bu yönde bkz. K. Langenbucher, s. 245; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 16.

<sup>525</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 137, N. 50; Einsele, s. 297; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 41a; Linardatos, s. 176; Krepold ve Fischbeck, s. 99; Weber, s. 292; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1005-1006; Dorothe Einsele, "Die Rechtstellung von Unternehmern im Zahlungsverkehr", **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht** 2011, s. 1750; Brox ve Wolke, s. 391, N. 62. Bankamatiklerde gerçekleşen otorizasyonsuz ödemeler bakımından aynı yönde bkz. Bucher, ss. 179-180; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 55.

<sup>526</sup> Bkz. K. Langenbucher, s. 259; Hadding, DRiZ 2006, s. 357.

<sup>527</sup> Aynı yönde bkz. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHF 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 78

<sup>528</sup> Bkz. Freitag, ZBB 2002, ss. 327-328; M. Koch, s. 91; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 3; Pavalenco, s. 154; Gras, s. 182; İşgüzar, s. 119. Debit kartlar özelinde aynı yönde bkz. K. Langenbucher, ss. 294-295; Einsele, s. 297; Stange, s. 48.

hamilin ne de üye işyerinin siteme katılımı mümkün olmaması dikkate alındığında, kötüye kullanım rizikosunu kendisinin taşımasından daha doğal bir sonuç ortaya çıkmaz<sup>529</sup>.

Nitekim Alman hukukunda bu ilkesel çıkarım, ödeme sistemlerine ilişkin getirilen revizyondan sonra açıkça düzenlenmiştir (Bkz. BGB §675u). Buna göre, otorizasyonsuz ödemelerde, ödeyenin ödeme hizmeti sağlayıcısı (hamilin kart kuruluşu), yapmış olduğu masrafların tazminini talep edemez (c. 1). Kural, kartlı sistemlerde karşılık ilişkisi, yani hamil ile onun bağlı olduğu kart kuruluşu (issuer) arasındaki ilişki bakımından emredici olarak kaleme alınmıştır. Dolayısıyla kuralı kart kuruluşlarının (issuer ile acquirer) kendi aralarındaki ilişkilere uygulamak mümkün değildir<sup>530</sup>. Bunun yanı sıra düzenlemenin emredici ve kesin olarak kaleme alınmış olması, otorizasyonsuz ödemelerde kart kuruluşunun hamilden ekonomik neticeleri bakımından masraf tazminatı sonucunu doğuracak hiçbir talepte -söz gelimi sebepsiz zenginleşme talebinde- bulunamaması sonucunu doğurur<sup>531</sup>.

Alman hukukunda durum böyleyken bizim hukukumuzda aynı sonuca TBK m. 510/I kuralından hareketle ulaşmak mümkündür. Bilindiği gibi kartlı sistemlerde, kart kuruluşu ile hamil arasındaki ilişki vekâlet temeline dayanmaktadır. Vekâlet verenin borcunu düzenleyen TBK m. 510 kuralında, vekilin (kart kuruluşunun), vekâletin gereği gibi ifası için yapmış olduğu giderleri (masrafları) vekâlet verenden (hamilden) talep edebileceği belirtilmiştir. Otorizasyonsuz ödemelerde ise bu anlamda hamilin geçerli bir talimatından bahsetmek mümkün olamayacağından, kart kuruluşunun durumu bilmeden üye işyerine yapmış olduğu ödeme, kural olarak vekâletin gereği gibi ifası için yapılan bir masraf sayılmaz ve kart kuruluşu yapmış olduğu bu masrafı hamilden talep edemez<sup>532</sup>.

<sup>529</sup> Bkz. Pavalenco, s. 96.

<sup>530</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675u, N. 4; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675v, N. 16; Zetsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 7.

<sup>531</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 3; Pavalenco, s. 207.

<sup>532</sup> Bkz. İşgüzar, ss. 120-121; Çeker, ss. 27-28. Ancak rizikoyu prensip olarak üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşu, genel işlem koşulları aracılığıyla bu rizikoyu “tamamen” hamile aktarmak isteyebilir. Alman hukukuna bakıldığında, BGB §675u hükmünün kesin nitelikteki lafzının, kötüye kullanımlarda masraf tazmin talebinin ileri sürülmesine ve genel klotlar yardımıyla rizikonun tamamen hamile aktarılmasına engel olduğu görülür [Bu yönde bkz. Staudinger ve Omlor, §675u, N. 10; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 3; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 5. Revizyon öncesi hukuki durum için aynı yönde bkz. Linardatos, ss. 201-202]. Bu sonucu, hamilin sorumluluğunu düzenleyen BKKKK m. 12

Buradan çıkan bir diğer sonuç, otorizasyonsuz ödeme rizikosunu bu şekilde kart kuruluşuna yıkabilmek için hamil ile kart kuruluşu arasında vekâlet (iş görme) temeline dayanan bir ilişkinin bulunma gerekliliğidir. Çünkü dikkat edilirse prensip olarak sorumluluğun kart kuruluşuna yıkılması, vekâlet sözleşmesine dayanan masraf tazmin talebinin düşmesiyle gerçekleşir. POS sistemi özelinde, hamil ile kart kuruluşu arasında vekâlet ilişkisinin bulunduğundan bahsetmiştik. Bu açıdan genel prensibin uygulanmasına engel bir durum yoktur. Fakat debit ve kredi kartlarının kullanım alanı yalnızca POS işlemleriyle sınırlı değildir. Bu imkân dışında kart hamilleri, kartlarını bankamatiklerde ya da kart kuruluşunun şubelerinde bulunan gişelerde kullanarak cari hesaplarından nakit avans (Bargeldversorgung) tedarik edebilirler. Bu durumda, hamil ile kart kuruluşu arasında POS düzeninden farklı olarak iki taraflı bir ilişki söz konusu olur ve tabiri caizse ifa ilişkisiyle bedel ilişkisi bir bütün haline gelerek kaynaşır. Ancak bu durum tek başına, kötüye kullanımlarda kart kuruluşunun sorumlu tutulmasını öngören temel prensibin uygulanmasını engellemez. Burada sorumluluk açısından belirleyici olan nokta, hamilin hesabındaki borçlanmanın ödünç temeline mi yoksa iş görme (vekâlet) temeline mi dayandığının net olarak ayırt edilebilmesidir. Öğretide, bankamatik aracılığıyla gerçekleşen nakit avans tedariklerinde iş görme (vekâlet) karakteristiğinin daha baskın olduğu kabul edilir<sup>533</sup>. Buna göre kart hamili, kartını bankamatikte kullanarak bir bakıma iş görme sözleşmesine dayanan bir ödeme talimatı vermekte<sup>534</sup> ve bunun sonucunda kart kuruluşu masraf tazminatına hak kazanmaktadır. Bu tespitin aksi kanıtından hareketle, kartın üçüncü kişilerce bankamatiklerde kötüye kullanıldığı hallerde de kural olarak masraf tazminatının düştüğünü, yani hamilin masraf tazminatından sorumlu olmayacağını kabul etmek gerekir<sup>535</sup>. Buna karşılık hamilin bankamatikten

---

düzenlemesinden hareketle bizim hukukumuz açısından da kabul etmek gerekir. Gerçekten de söz konusu kuralda hamilin sorumluluğuna atıf yapılan haller dışında, genel işlem koşulları yardımıyla rizikoyu kayıtsız şartsız “tamamen” hamile yıkmak mümkün olmamalıdır. Aksi yöndeki kayıtlar, TBK m. 25 anlamında içerik denetimine takılabilir. Ayrıca yeri gelmişken, BKKKK m. 12 kuralının tüketici konumundaki hamiller bakımından nisbi emredici nitelikte olduğunun da altını çizelim. Bunun tipik sonucu, tüketici konumundaki hamiller bakımından, BKKKK m. 12’deki esaslardan farklı olarak sözleşmeye getirilen ve hamilin daha aleyhine sorumluluk yükleyen klozların geçersiz sayılmasıdır (Bu hususta bkz. Aşa. VI, B, 3, b).

<sup>533</sup> Bankamatiklerde gerçekleşen işlemlerin, iş görme sözleşmesi temeline dayanması hususunda bkz. Haybäck, s. 52.

<sup>534</sup> Ancak talimat üzerine ödeme, klasik POS işlemlerinden farklı olarak üye işyerine değil, kart hamiline yapılır. Bu, bedel ve ifa ilişkisinin kaynaşmasının tipik sonucudur.

<sup>535</sup> Bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), ss. 256-257, N. 13; Pavalenco, ss. 133-134 ve s. 138; Bucher, ss. 179-180.

değil de kendi bankasının gişesinden, yine kendi bankası tarafından çıkarılmış olan kartı teşhis amaçlı kullanarak ciro hesabından avans çekmesi<sup>536</sup>, ödünç sözleşmesi olarak kabul gördüğünden, artık bu olasılıkta masraf tazminatından -dolayısıyla kart kuruluşunun masraf tazmin talebinin düşmesinden- bahsedilemez<sup>537</sup>. Diğer bir ifadeyle kart hamili, artık bu ihtimalde kart kuruluşunun masraf tazmin talebinin düştüğü ve kural olarak kendisinin sorumlu tutulamayacağı tezine dayanamaz.

İki taraflı sisteme dayanan müşteri kredi kartları uygulamaları bakımından da iş görme sözleşmesi temeline dayanan bir ödeme talimatının yerine getirilmesinden ve bununla bağlantılı olarak masraf tazminatından bahsetmek mümkün olmaz. Gerçi hem kredi kartı hem de müşteri kredi kartı sözleşmeleri, nitelik olarak bünyesinde iş görme ve hizmet sözleşmesi unsurları ile kredi açma ve ödünç sözleşmesinin unsurlarını barındıran birer karma sözleşme niteliğindedir. Ancak üye işyeri tarafından ihraç edilen müşteri kartları, daha ziyade yapılan işlemlerin muhasebesinin tutulmasına ve kredilendirme yoluyla karşı edimin talep edilmesine hizmet ettiğinden, işyerinin bu kapsamdaki ödeme talebinin ödünç temeline dayandığını kabul etmek daha doğru olur. Ayrıca müşteri kartları uygulamasında üye işyeri, finans kuruluşunun rolünü üstlenerek krediyi bizzat açan taraf olduğundan, müşterisi ile arasındaki ilişkiyi vekâlet olarak nitelemek güçleşir. Bu nedenle hamil, müşteri kredi kartı yetkisiz üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı takdirde, kart kuruluşunun masraf tazmin talebinin düştüğünü ve kural olarak kendisinin sorumlu

<sup>536</sup> Alman uygulamasında bir dönem ec-kartlara ilişkin genel şartlarda, kartların kimlik belgesi gibi ibraz edilebileceği belirtilmiş ve bu da bankaların kartın ibrazı dışında ayrıntılı bir kimlik denetimi (kimliği ispat edici diğer belgeler gibi) yapmaması sonucunu doğurmuştur. Fakat daha sonra bu klozlar hem şaşırtıcı hem de hamilleri ölçsüz bir şekilde mağdur edici nitelikte olduğu gerekçesiyle geçersiz addedilmiştir (Bkz. Haybäck, ss. 58-59).

Kart hamilinin debit (veya kredi) kartını banka şubesindeki gişede bir kimlik gibi ibraz etmesi, ilk görünüş ispatının uygulanması bakımından da yeterli bir veri oluşturmaz. Bunun mümkün olabilmesi için kart kuruluşunun, kartı ibraz edenin söz konusu kartı kullanmaya yetkili olup olmadığını tespit etmesi, diğer bir deyişle ilgilinin nüfus cüzdanını veya pasaportunu kontrol etmesi gerekir [Bu hususta bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 37]. Yeri gelmişken belirtelim ki ilk görünüş ispatı, dolaylı ispat araçlarından biri olup gizli kod kullanılarak gerçekleştirilen ödemelerde, kart kuruluşuna sağladığı ispat kolaylığı bakımından oldukça önemlidir. Bu konuya üçüncü bölümde, usul hukukuna ilişkin açıklamalarda ayrıntılı olarak değinilecektir. Bu aşamada yalnızca ilk görünüş ispatında, özellikle gizli kod kullanılarak gerçekleştirilen ödemelerde kartın hamil tarafından kullanıldığı veya onun (ağır) ihmalinin sonucunda kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı varsayımından yola çıkıldığını belirtmekle yetinelim. Bu varsayım ilk görünüş ispatının temelini oluşturur ve ispat yükünü üzerinde taşıyan kart kuruluşunu bu yükten kurtarır. Bununla birlikte, hamilin karşı ispat faaliyetiyle her zaman ilk görünüşe ilişkin varsayımı çürütebilmesi mümkündür.

<sup>537</sup> Tüm bu hususlarda bkz. Staudinger ve Omlor, §675u, N. 9.

tutulamayacağı şeklinde bir savunmada bulunamaz<sup>538</sup>.

Sonuç olarak, kartlı sistemlerde bir iş görme sözleşmesi temelinde üye işyerine ödemede bulunan kart kuruluşu, yapmış olduğu bu ödemeyi masraf tazminatı olarak hamilden tahsil edebilir. Otorizasyonsuz ödemelerde ise kart kuruluşunun masraf tazmin talebiyle hamile başvurmaması asıldır. Ancak bu kuralın iki temel istisnası bulunur. Bunlardan birincisi, hamilin hukuki görünüş sebebiyle masraf tazminatından sorumlu tutulabilmesi; ikincisi ise otorizasyonsuz ödemenin hamilin kartının zilyetliğini yitirmesi, gizli kodunu güvenli bir şekilde koruyamaması veya genel olarak özen yükümlülüklerine uymaması nedeniyle gerçekleşmiş olmasıdır. İkinci hususta vurgulanan istisnanın uygulanmasına ilişkin şartlar, yasada özel olarak belirlenmiştir (BKKKK m. 12/I)<sup>539</sup>.

## **2. Otorizasyonsuz Ödemelere Hukuki Görünüşe Dayanan Temsil Yetkilerinin Uygulanabilirliği**

### **a. Ön Açıklamalar**

Temsil hukukuna dâhil olan bir diğer önemli konu, bir kişinin kendi yaratmış olduğu hukuki görünüşten dolayı temsil kuralları kapsamında sorumlu tutulabilmesidir. Böyle bir sorumluluktan bahsedebilmek için öncelikle üçüncü kişilerde objektif güven duygusu uyandıran, yani hukuki görünüşe neden olan bir olayın bulunması şarttır. Bu olay nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişi, belli bir hukuki ilişkinin kurulduğuna inandığı ve işlemin gerçekliğine güvendiği için burada aynı

---

<sup>538</sup> Alman hukukunda müşteri kartları, ödeme kartı (Zahlungskarte) olarak görülmediğinden, bu tür kartlar bakımından ZAG §1/I ve BGB §675c anlamında bir ödeme hizmetinden (Zahlungsdienste) bahsetmek mümkün değildir (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675u, N. 13, 15; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675c, N. 8 ve 18a). Aynı şekilde Türk hukukunda da müşteri kartları, BKKKK'nın uygulama kapsamı dışında tutulmuştur (Bkz. BKKKK m. 2/II; BKKKY m. 2/II. Aynı yönde bkz. Tekinalp, s. 503, N. 39-71). Müşteri kartları dışında, para kartları (Geldkarte), telefon (kontör) kartları -ve toplu taşıma kartları- gibi ön yüklemeli kartlara (voraufgeladenen Verrechnungskarten) da BKKKK'da düzenlenen özel sorumluluk kuralını uygulamak mümkün değildir (Aynı yönde bkz. Pavalenco, s. 44). Özellikle son belirtilen türdeki kartlar, debit kartlara veya kredi kartlarına nazaran daha yüksek derecede nakit benzeri ödeme fonksiyonu gösterdiğinden ve PIN ya da imza gibi kimlik tespitini sağlayan uygulamaları dışladığından, kötüye kullanım durumunda tıpkı nakdi ödemelerde olduğu gibi bir sonuca ulaşmak, yani zararın tamamından yalnızca hamili sorumlu tutmak gerekir (Bkz. Linardatos, s. 94).

<sup>539</sup> Alman hukukunda aynı yönde bkz. Krepold ve Fischbeck, s. 99; Einsele, ZIP 2011, s. 1750.



zamanda bir güven sorumluluğunun bulunduğu söylenebilir<sup>540</sup>. Üçüncü kişi nezdinde inanç ve güvenin oluşup şekillenmesine temsil olunan pozisyonunda konumlananın tutumu neden olur<sup>541</sup>. Ancak burada önem arz eden diğer bir husus, muhatap (üçüncü kişi) nezdinde oluşan güven duygusunun korunmaya değer nitelikte olması gerekliliğidir. Bir başka deyişle, üçüncü kişinin gerçek hukuki durumu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde iyiniyet söz konusu olamayacağından, hukuki görünüşten ötürü kendisinin korunması gereken bir menfaati de bulunmaz<sup>542</sup>.

Dikkat edilirse hukuki görünüş sorumluluğunda, klasik temsilde olduğu gibi temsil yetkisinin verilmesi noktasında temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiden ziyade, temsil olunan ile üçüncü kişi (işlem muhatabı) arasındaki ilişki ön plana çıkar. Bu nedenle öğretide, hukuki görünüşe dayanan temsil yetkisi ile klasik temsil yetkisi arasındaki farkı vurgulamak adına “iç temsil yetkisi” ve “dış temsil yetkisi” şeklinde soyut bir ayrıma gidilir. İç (klasik) temsil yetkisinde, temsil olunan açık veya örtülü bir biçimde temsilciye temsil yetkisini verirken; dış temsil yetkisinde, işlem muhatabı olan üçüncü kişiye iç temsil yetkisi bildirilir. Gerçi Türk ve İsviçre hukuklarında temsil yetkisinin doğrudan temsilciye verilmesi (yani iç temsil yetkisi) asıldır; dolayısıyla teknik olarak üçüncü kişilere temsil yetkisinin bildirilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Fakat hukukumuzda kanun koyucu yine de iç temsil yetkisinin üçüncü kişilere “bildirilmesine”, yani dış temsil yetkisine özel bir önem atfetmiştir. Gerçekten de TBK m. 41/II’ye bakıldığında, temsil yetkisinin üçüncü kişilere bildirilmesi halinde, yetkinin içeriğinin artık muhataba yapılan bildirimle göre şekilleneceği görülür. Temsil olunan, üçüncü kişilere bir yazı göndermek veya gazetelere ilan vermek suretiyle açık bir irade beyanıyla temsil yetkisini bildirebileceği gibi, kendisinin bazı pasif davranışlarından fiilen bu yetkiyi bildirdiği sonucu da ortaya çıkabilir<sup>543</sup>. Pasif olarak gözlemlenen bu davranışlar iki şekilde karşımıza çıkar: Birincisi, temsil olunanın yapılan işleme katlanmak suretiyle bir hukuki görünüş oluşturma ve (dış) temsil yetkisini vermiş sayılması

<sup>540</sup> Bkz. Murat İncoğlu, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 118.

<sup>541</sup> Bu hususlarda bkz. Kocayusufpaşaoğlu, ss. 640-641. Hukuki görünüş sorumluluğunun doğması bakımından, karşı tarafa bir güven duygusu aşılacak gerekeceğinden, akit partnerin insan olma zorunluluğu bulunur. Bununla birlikte, -POS terminallerinde ve bankamatiklerde olduğu gibi- bilgisayarın katılımcı olarak bulunduğu hallerde de hukuki görünüş sorumluluğunu kıyasen uygulamak mümkündür (Bkz. Bucher, s. 186).

<sup>542</sup> Bkz. M. Koch, s. 94; Vogel, s. 202.

<sup>543</sup> Bkz. İncoğlu, s. 118.

(Duldungsvollmacht / Katlanma Temsil Yetkisi); ikincisi ise temsil olunanın ihmali hareketinin hukuki bir görünüş oluşturmaları ve (dış) temsil yetkisini vermiş sayılmasıdır (Anscheinsvollmacht / İhmal Temsil Yetkisi)<sup>544</sup>.

Biz çalışmamızda yalnızca klasik temsil yetkisinin türevi niteliğindeki bu hukuki oluşumların kartlı ödeme sistemlerine ve özellikle otorizasyonsuz ödemelere uygulanıp uygulanamayacağı konusuna yoğunlaşacağız. Zira anılan kurumlar otorizasyonsuz ödemelere uyarlandığında, kart kuruluşu artık BKKKK m. 12/I c. 2 kapsamında hukuki yollara başvurmak zorunda kalmadan doğrudan doğruya hamilden masraf tazminatını talep edebilir. Hukuki görünüşe dayalı temsil yetkilerinin otorizasyonsuz ödemelere uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin sorunun cevabı ise hamilin ödeme aracını (kart + PIN / TAN) üçüncü kişilerle paylaşmış olup olmamasına ve otorizasyonsuz ödemenin hamilin bilgisi dâhilinde gerçekleşip gerçekleşmemesine göre değişir.

### **b. Katlanma Temsil Yetkisinin Uygulanabilirliği**

Katlanma temsilinde, temsilciye klasik anlamda bir temsil yetkisi verilmemekle birlikte, temsil olunanın yetkisiz kişiyi görünüşte temsilci olarak tanınması ve yapmış olduğu işleme göz yumması, temsil yetkisinin bulunmamasına ilişkin eksikliği giderir. Burada temsil olunanın işleme kayıtsız kalarak ortaya çıkan sonuçlara katlanacağını ima etmesi, doğruluk ve dürüstlük kuralları çerçevesinde üçüncü kişiler nezdinde temsil yetkisinin bulunduğu algısını uyandırır<sup>545</sup>.

Öğretide katlanma temsil yetkisinin bir diğer şartı olarak, görünüşte temsilci gibi hareket eden kişinin az çok bu tutumunu tekrar etmesini arayan görüşler

<sup>544</sup> Tüm bu hususlarda genel olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, ss. 638-641.

<sup>545</sup> Bu yönde bkz. Wolf ve Neuner, s. 626, N. 84; Bucher, s. 187; Linardatos, s. 265; Brückner, ss. 76-77. Daha açık ifade etmek gerekirse, burada temsil olunan, bir başkasının kendi temsilcisiymiş gibi hareket ettiğinin ve üçüncü kişilerde bu yönde bir algı oluştuğunun bilincindedir. Temsil olunan bu algıyı önleme imkânına sahip olmasına rağmen sessiz kalarak olayları akışına bırakmayı ve sonuçlarına katlanmayı tercih eder. Bu nedenle katlanma yoluyla yarattığı görünüşün sonuçlarından ötürü kendisi sorumlu tutulur (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 641; Wolf ve Neuner, s. 627, N. 88; Faust, s. 246, N. 46). Bu noktada, bir dış temsil yetkisi türü olan katlanma temsilini, iç temsil yetkisiyle karıştırmamak gerekir. Bilindiği gibi iç temsil yetkisinde temsilci, temsil olunanın hareketlerinden (açık veya örtülü olarak) kendisine bir temsil yetkisi verildiği sonucuna ulaşır ve işlemi gerçekleştirir. Buna karşılık katlanma temsilinde temsilci, temsil olunanın kendisine aslında hiçbir şekilde açık veya örtülü olarak temsil yetkisi vermek istemediğini, bir ihtimal kararsızlığından veya karşı koyacak gücü bulunmamasından dolayı kendisine göz yumduğunu bilir (Bkz. Wolf ve Neuner, s. 626, N. 86. Benzer yönde bkz. Bucher, s. 187; İnceoğlu, s. 122).

bulunduğu gibi<sup>546</sup>; bunun aksini, yani tek bir işlem için de olsa katlanma temsil yetkisinin verilebileceğini savunan görüşler de bulunur. Temsilcinin eyleminin belirli bir sürede ve tekrar tekrar yerine getirmesinin şart koşulmasının temel mantığı, temsil olunanın işleminden dolayı bilgisinin olduğuna emin olmaktır. Oysa belirttiğimiz gibi bu tip temsil ilişkilerinde, temsil olunanın belli bir sonuca katlanması; dolayısıyla katlanmış olduğu işlemi zaten biliyor olması gerekir. Bu nedenle tek bir işlem için dahi olsa katlanma temsil yetkisinin verilebileceği görüşünü üstün tutmak daha doğru olur<sup>547</sup>.

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde ise hamilin çoğu zaman bu hususta bir bilgisi bulunmaz. Daha doğrusu, kart kuruluşunu aldatma kastıyla hareket etmediği sürece hamilin yetkisiz hareket edenin (kartı kötüye kullanan üçüncü kişinin) yapmış olduğu işlemi bilmesi -ve de pasif davranışıyla buna katlanacağını ima etmesi- gibi bir durum söz konusu olamaz. Dolayısıyla prensip olarak kartın kötüye kullanıldığından haberdar olmayan hamilin “katlanma temsil yetkisi” verdiği ve işleminden ötürü sorumlu tutulacağı söylenemez<sup>548</sup>.

Bununla birlikte bazı durumlarda ödeme aracının kullanılması konusunda kart hamiliyle üçüncü kişi arasında bir anlaşma bulunabilir. Bu takdirde ödeme aracını elinde bulunduran kişiler, kart hamiliyle aralarındaki sözleşme çerçevesinde hareket ettiği sürece taraflar arasında geçerli bir temsil ilişkisi bulunur. Ancak bu ihtimalde de kart anlaşmaya aykırı bir şekilde (kötüye) kullanıldığında, temsilcinin temsil yetkisini aştığı konusunda hamilin o anda herhangi bir bilgisi bulunmaz. Oysa “katlanma temsil yetkisi”nden bahsedebilmek için ilk etapta görünürdeki temsilcinin yapmış olduğu işlem (kötüye kullanım) hakkında temsil olunanın (hamilin) bilgi sahibi olması şarttır. Bu nedenle kart hamili bilerek ve isteyerek ödeme aracını üçüncü kişilere vermiş olsa bile, çoğu zaman bu kimsenin işlemi (kötüye kullanımı) gerçekleştirdiği anda durumu bilme ve ona katlanma şartı gerçekleşmeyeceğinden,

---

<sup>546</sup> Bkz. Linardatos, s. 265.

<sup>547</sup> Bkz. ve karşı. M. Koch, s. 95; Kocayusufoğlu, s. 641. Öğretideki bir diğer görüşe göre, yeterli bir hukuki görünümün oluşması için temsilci tarafından aynı davranışın birden fazla kez tekrarlanması şart olmakla birlikte temsilci, temsil olunanın huzurunda kendisini -muhataba- temsilci olarak tanıtmış ve bu davranış sükûnetle karşılanmışsa, hukuki görünüm için tek seferlik davranış da yeterli görülebilir. Görüş, internet alışverişleri bakımından da aynı sonucun kabul edileceğini savunur (Bkz. Wolf ve Neuner, s. 627, N. 87).

<sup>548</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, ss. 94-95.

kendisine yine bu kapsamda bir sorumluluk yüklememek gerekir<sup>549</sup>.

Kısaca kart hamilini katlanma temsil yetkisinden dolayı sorumlu tutabilmek, yani hamile doğrudan masraf tazmin talebini yöneltebilmek için hamilin bu işlem hakkında “bilgi sahibi olması” ve işleme engel olmak yerine onu olurluna bırakarak doğacak olan neticelere katlanmayı göze alması gerekir. Kartın kötüye kullanıldığı anda hamil çoğu zaman bu hususta herhangi bir bilgiye sahip olmaz. Yine temsil yetkisinin aşıldığı hallerde hamil, işlemi gerçekleştiren temsilcinin anlaşma dâhilinde hareket ettiğini varsayar ve bu ihtimalde de bildiği bir durumu olurluna bırakma lüksüne sahip olamaz. Şu halde kartın üçüncü kişilerce veya temsilci eliyle kötüye kullanıldığı hallerde, hamili katlanma temsil yetkisinden ötürü sorumlu tutmak “çoğu zaman” mümkün olmaz<sup>550</sup>.

Kartın kötüye kullanıldığı hallerde hamili prensip olarak katlanma temsilinden sorumlu tutmak mümkün olmasa da istisnaen ödeme aracını bir başkasıyla paylaşan ve online bankacılık platformundan kötüye kullanımı öğrenmesine rağmen pasif tutumunu sürdüren hamili, sebep olduğu hukuki görünüşten (katlanma temsilinden) ötürü sorumlu tutmak mümkün olabilir<sup>551</sup>. Şüphesiz bunun için aktif olarak online- mobil bankacılık kullanan hamilin, dönem içi harcamaları gördüğünün ve buna rağmen sessiz kaldığının ispatı gerekir.

<sup>549</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, s. 104.

<sup>550</sup> Alman hukukunda bankamatikte gerçekleşen işlemler bakımından konuyu ele alan Bucher de kartın ve PIN’in üçüncü kişiyle paylaşılması ve kartın bu kimse tarafından kötüye kullanılarak para çekilmesi durumunda, hamilin katlanma temsil yetkisinden ötürü sorumlu tutulamayacağını savunur. Zira yazara göre katlanma temsil yetkisi, akit partnerin güveninin korunması esasına dayanır. Bankamatiklerde “başkası adı altında hareket” edildiğinde, akit partner konumunda bulunan kart kuruluşu, talimatın üçüncü kişi tarafından değil, bizzat hamil tarafından verildiği bilgisine sahiptir. Bu açıdan kart kuruluşu, kartın hamil tarafından yetkilendirilmiş bir kişi tarafından kullanıldığı yönünde bir algı yanılmasına düşmeyeceğinden, kart kuruluşu nezdinde katlanma temsil yetkisi anlamında korunması gereken bir güvenden bahsetmek mümkün olmaz. Yine bu gibi hallerde çoğu zaman hamilin kötüye kullanımı biliyor olması şartı da gerçekleşmez (s. 188, ayrıca bkz. dn. 78).

<sup>551</sup> Meseleyi online bankacılık özelinde değerlendiren ve muhatap nezdinde korunmaya değer bir güvenin oluşması şartını dikkate almayan Brückner de ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşan müşterinin, hesap hareketlerinden yetkisiz kullanımı öğrenmesine rağmen duruma tepkisiz kalarak (hesabını işleme kapatmayarak) katlanma temsil yetkisi verebileceğini savunur (s. 81 ve 95). Bu görüş kabul edildiğinde, online veya mobil bankacılık müşterisi olan kart hamili açısından da benzer bir sonuca ulaşılabilir. Şöyle ki, hamil online / mobil bankacılık sisteminde harcamalar dökümünün bulunduğu hesap bilgisinden veya kredi kartları bakımından dönem içi harcamalar bölümünden, ödeme aracını verdiği kişinin yetki aşımını fark eder ve buna rağmen duruma tepkisiz kalmaya devam ederse, artık bu kimse tarafından yapılan harcamalardan ötürü katlanma temsilinden sorumlu tutulabilir. Burada hamilin kartı ve PIN’i bir başkasına vererek güçlü bir hukuki görünüş yaratması gerekçe gösterilerek, muhatap (kart kuruluşu) nezdinde korunmaya değer güvenin oluşması şartını dikkate almamak isabetli olur. Zira bu şart dikkate alınırsa, işlemin her zaman yetkili hamil tarafından yapılacağı bilgisine sahip olan kart kuruluşunun korunmaya değer bir güveninin bulunmadığı sonucuna ulaşmak lazım gelir.

Günümüzde online ve mobil bankacılık uygulamalarında, kullanıcıların hangi tarih ve saatte sisteme girdiği, sistem üzerinden hangi işlemleri gerçekleştirdiği veriler halinde depolanmakta ve bazı özellik gösteren durumlar (hatalı parola, PIN, TAN girişi, yüklü havale miktarları vs.) kullanıcıya derhal bildirilmektedir. Bu nedenle, teknik incelemeyle kullanıcıların kart hesabındaki hareketleri en son ne zaman kontrol ettiği rahatlıkla tespit edilebilir.

### **c. İhmal Temsil Yetkisinin Uygulanabilirliği**

İhmal temsil yetkisinde temsil olunan, görünürdeki temsilcinin davranışını bilmemekle birlikte özenli davranmış olsaydı bunun farkına varıp işlemin gerçekleşmesini önleyecek imkânâ sahiptir. Fakat bu imkânı değerlendirmeyip, işlemi önleme konusunda ihmali bir tutum takınarak temsilci olarak görünen kişinin yapmış olduğu işlemi onaylamış sayılır. Bu açıdan katlanma temsil yetkisi ile ihmal temsil yetkisi arasındaki temel farklılık, ilkinde temsil olunanın kendi adına hareket edildiğini biliyor olması, ikincisindeyse durumu bilmemekle birlikte bilebilecek konumda bulunuyor olmasıdır<sup>552</sup>.

Şu halde ihmal temsil yetkisinden bahsedebilmek için her şeyden önce temsil olunanın, görünürdeki temsilcinin yapmış olduğu işlemleri “bilebilecek” konumda bulunması gerekir. Bunun için görünürdeki temsilcinin davranışının -katlanma temsil yetkisinden farklı olarak- belli bir süre devam etmesi ve mütemadiyen tekrarlanması gerekir. Görünüşteki temsilcinin tekrarlanan davranışlarına rağmen, temsil olunanın durumu fark edememesi ve temsilcinin davranışına engel olmaması artık kendi ihmali olarak görülür ve bu ihmal, irade beyanına muhatap olan tarafta temsil yetkisinin bulunduğu şeklinde haklı bir algı oluşturur<sup>553</sup>.

İhmal temsil yetkisi için aranan bir diğer şart, görünürdeki temsilciyle muhatap olan üçüncü kişinin, doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği temsilcinin temsil olunandan gizli hareket ettiği yönünde bir kanaat edinmemiş olması, bir başka

<sup>552</sup> Bkz. İnceoğlu, s. 123; Faust, s. 242, N. 38 ve s. 246, N. 46; Brückner, ss. 81-82; Erfurth, WM 2006, s. 2200.

<sup>553</sup> Ayrıca ihmal temsil yetkisinde, üçüncü kişilerin görünürdeki temsilci hakkındaki söylentileri dikkate alarak edinmiş oldukları güven duygusu hiçbir şekilde korunmaz (Tüm bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 96, ayrıca bkz. dn. 311. Aynı yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675c, N. 9 ve §675w, N. 22; Bucher, ss. 188-189).

deyişle, işlem muhatabı nezdinde korunmaya değer bir güvenin oluşmasıdır.

Şimdi ihmal temsil yetkisi bakımından aranan bu şartları, konumuz olan otorizasyonsuz ödemelere uyarlamaya çalışalım. Yukarıda da görüldüğü gibi ihmal temsil yetkisinin temel karakteristik özelliği, temsilci gibi hareket eden kişinin, temsil olunanın etki alanından kaynaklanan bir davranış sergilemesi ve prensip olarak bu davranışın temsil olunanca kontrol altında tutulma imkânının bulunmasıdır. Buna karşılık kartlı sistemlerde sıklıkla karşılaşılan PIN veya TAN gibi dijital kimlik tespit araçlarının belirli yöntemlerle ele geçirildiği hallerde, üçüncü kişinin müdahalesi çoğu zaman kullanıcının / hesap sahibinin etki alanından kaynaklanmamakta, aksine müdahale kullanıcı tarafından bilinemeyecek (ve de kontrol edilemeyecek) bir tarzda gerçekleşmektedir<sup>554</sup>. Dolayısıyla bu gibi hallerde ihmal temsil yetkisine dayanılarak kullanıcıya (veya kart hamiline) sorumluluk yüklemek adil olmaz.

Bilhassa kartın gizli kodla birlikte kötüye kullanıldığı hallerde, kart verilerine ve PIN bilgisine erişim bakımından çeşitli teknik yöntemlerden (Skimming, teknik araçlarla PIN'in gizlice gözetlenmesi vs.) bahsetmek mümkün olduğundan ve bu tür girişimler hamilin etki alanından kaynaklanmadığından, kendisine doğrudan ihmal temsil yetkisine dayalı bir sorumluluk yüklememek gerekir. Çünkü bilindiği gibi hamile (temsil olunana) bu kapsamda bir sorumluluk yükleyebilmek, onun kötüye kullanımı “bilebilecek” durumda olmasına bağlıdır. Yükümlülüklerini harfiyen yerine getiren hamilin, eylem gerçekleşmeden önce kötüye kullanımı bilebilmesi mümkün değildir. Hatta hamil kartı ve PIN'i kullanırken ihmali davranışlar sergilese ve kart üçüncü kişilerce kötüye kullanılmış olsa bile, “kötüye kullanımı bilebilecek durumda olma” şartı yerine gelmiş olmaz ve kendisi ihmal temsil yetkisinden sorumlu tutulamaz<sup>555</sup>.

Durum bu olmakla birlikte, kötüye kullanımdan kaynaklanan zarar hamilin kartı ve karta bağlı olan gizli kodu bilerek üçüncü kişiye vermesinden ortaya çıkmışsa, istisnai olarak ihmal temsil yetkisi gündeme gelebilir. Zira kart hamili,

<sup>554</sup> Bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675c, N. 9; Spindler, FS für Gerd Nobbe, s. 218.

<sup>555</sup> Bununla birlikte, PIN'i kartın üzerine yazmada olduğu gibi ağır ihmalin bulunduğu hallerde her ne kadar hamil ihmal temsil yetkisinden -masraf tazminatından- sorumlu tutulmasa da, BKKKK m. 12/I c. 2 kapsamında ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulur (Bu hususlarda genel olarak bkz. M. Koch, s. 103).

ödeme aracını bir başkasına vermekle artık kötüye kullanımı “bilebilecek” konuma geçer ve ihmal temsil yetkisi için aranan ilk şart sağlanmış olur<sup>556</sup>.

Hamilin ihmal temsil yetkisinden sorumlu tutulabilmesi için aranan bir diğer şartın, işlemi gerçekleştirenin (görünüşte temsilcinin) bu davranışını belirli bir süre devam ettirip tekrarlaması olduğunu belirtmiştik. Bununla birlikte kartlı ödeme sistemlerinde, hamilin gizli tutması gereken PIN’i bir başkasına vermekle güçlü bir hukuki görünüş oluşturduğunu, bu güçlü görünüşün eylemin tekrarını gerekli kılan koşulu devre dışı bıraktığını kabul ederek hamili ihmal temsil yetkisinden -masraf tazminatından- sorumlu tutabilmek gerekir<sup>557</sup>.

Yine ihmal temsil yetkisinde, hukuki görünüş nedeniyle muhatap nezdinde korunmaya değer bir güvenin de oluşması zorunludur. Gerçi kartlı sistemlerde, muhatap konumunda bulunan kart kuruluşu, verilen her ödeme talimatının yetkili hamilden geldiğini varsayacağından, onun nezdinde işlemin hamil tarafından yetkilendirilen bir başka kişi tarafından yapıldığı yönünde bir algının oluşması mümkün değildir. Bu noktada doğal olarak onun nezdinde zamanla korunmaya değer bir güven duygusunun oluşacağını söylemek de pek mümkün olamaz. Fakat kanımızca burada yine davranışın tekrarı şartının devre dışı bırakılmasında olduğu gibi, hamilin kartı ve PIN’i paylaşmakla dış dünyada güçlü bir algı oluşturduğu esastan yola çıkılmalı ve hukuki görünüş sorumluluğu için aranan bu koşul da görmezden gelinmelidir<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> Meseleyi online bankacılık özelinde değerlendiren Brückner de benzer şekilde, kimlik tespit aracını üçüncü kişilerle paylaşan kullanıcıların, hesap hareketlerini kontrol ederek hukuka aykırı kullanımları tespit edebilme imkânı bulunması nedeniyle ihmal temsil yetkisinden sorumlu tutulabileceğini savunur. Yazara göre bu nedenle olağan (tüketici konumundaki) kullanıcıların haftada bir kez, tacir statüsündeki kullanıcıların ise her gün hesap hareketlerini kontrol etmesi zorunludur (s. 95). Oysa kart hamili, ödeme aracı kendi hâkimiyet sahasındayken üçüncü kişilerce bu aracın kötüye kullanıldığını önceden bilebilecek durumda olmadığından, ihmal temsil yetkisi devre dışı kalmaktaydı.

<sup>557</sup> Bkz. M. Koch, ss. 106-107. Öğretide Wolf ve Neuner, ihmal temsil yetkisi bakımından görünürdeki temsilcinin tutumunu belirli bir süre devam ettirmesi ve tekrar tekrar sergilemesi gerektiğini kabul etmekle beraber, bunun zorunlu bir şart olmadığını savunur (s. 628, N. 96). Meseleyi daha spesifik bir konu üzerinden, kullanıcının eBay hesabına ilişkin bilgileri üçüncü kişilerle paylaşması açısından ele alan Oechsler de, hesaba erişimi sağlayan gizli bilgileri paylaşan kullanıcının başlangıçta ortaya çıkacak olan neticeleri öngörebileceğinden hareketle, bu gibi durumlarda ihmal temsil yetkisinden kaynaklanan sorumluluğun görünürdeki kişinin davranışını belirli bir süre devam edip tekrarlanması şartına bağlı olmadığını belirtir (Bkz. Jürgen Oechsler, “Haftung beim Missbrauch eines eBay – Mitgliedskontos Verantwortung für die freiwillige Überlassung und das Ausspähen von Verbindungsdaten”, **MultiMedia und Recht** 2011, s. 632).

<sup>558</sup> Aksi yönde bkz. Bucher, s. 189.

#### **d. Beyaza İmza Kuralının Uygulanabilirliği**

Alman hukukunda revizyon öncesi dönemde, hamilin bilerek ödeme aracını bir üçüncü kişiye vermesi durumunda, ihmal temsil yetkisine alternatif olarak beyaza imza kuralının uygulanıp uygulanamayacağı bahsi tartışma konusu olmuş<sup>559</sup>; son tahlilde temsil kuralları kıyas alınarak hamilin beyaza imzadan ötürü de sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşılmıştır<sup>560</sup>.

Hukuki anlamda beyaza imzalı belge, keşideci (imza sahibi) tarafından içeriği bilinçli olarak boş bırakılan, beyaz bir forma imzalanan ve daha sonra üçüncü kişi tarafından anlaşmaya uygun olarak doldurulması gereken bir belgeyi ifade eder. Beyaza imzada, iradi olarak tedavüle sokulup kullanılan, fakat anlaşmaya aykırı bir şekilde doldurulan belgenin yaratmış olduğu hukuki görünüş nedeniyle imza sahibi sorumlu tutulur. Alman hukukunda, temsil yetkisi için gerekli olan yetki belgesinin verilmesine ilişkin kural (BGB §172), beyaza imzada borçlunun sorumlu tutulması bakımından kıyasen dikkate alınmaktadır. Gerçekten de Alman hukukunda temsil olunanın temsilciye vermek zorunda olduğu yetki belgesi (Urkunde) ile beyaza imzalı belge (Blankett) arasında akrabalık ilişkisi bulunmasından veya en azından bu iki belgenin benzer nitelikte fonksiyon göstermesinden yola çıkılarak, beyaza imza sorumluluğunun temeli BGB §172 kuralına dayandırılmaktadır<sup>561</sup>.

Bu sebeple, ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşan hamili beyaza imzadan sorumlu tutabilmek için öncelikle temsil kurumuyla olan bağlantının kurulması gerekir. Bilindiği gibi hukukumuzdan farklı olarak Alman hukukunda, geçerli bir temsil yetkisinin mevcudiyeti için temsil olunanın temsilciye bir yetki belgesi (Urkunde) ibraz etmesi ve daha sonra temsilcinin bu belgeyi muhataba sunması gerekmektedir. Hamilin ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşması durumunda temsil için aranan bu şartlar teknik olarak karşılanmamakla birlikte, kartın üçüncü kişilere verilmesi, yetki belgesinin temsilciye sunulması şartını; üçüncü kişinin gizli kod kullanarak ödeme talimatı vermesi ise yetki belgesinin temsil muhatabına (üye işyeri

<sup>559</sup> Yeri gelmişken belirtelim ki, yukarıda açıklamaya çalıştığımız ihmal temsil yetkisi kurumu ile beyaza imza kuralı arasında özellikle sorumluluk isnadıyla bağlantılı olarak birtakım farklılıklar bulunur. Gerçekten de beyaza imzada borçlunun gerçek bir irade açıklamasında bulunduğu kabul edilir ve kendisi sorumlu tutulurken; ihmal temsil yetkisinde sorumluluk daha ziyade bir bilginin ihmalen bilinmemesine dayanır (Bkz. M. Koch, s. 118).

<sup>560</sup> Bkz. M. Koch, s. 118.

<sup>561</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 108; Brückner, s. 68.



ile kart kuruluşuna) sunulması şartını karşıladığı kabul edilir. Bu sayede temsil kurallarıyla olan teorik bağlantı kurulmuş olur.

Beyaza imzalı belgeden sorumluluk içinse bilindiği üzere iki temel şart aranır: Bunlar, borçlunun somut irade beyanı ile el yazılı imzadır. Gerçekten de beyaza imza sorumluluğu için borçlu tarafından imzalanan orijinal bir belgenin varlığı ve bunun başkasına ibraz edilmesi gerekir. Kartlı sistemde irade beyanları, elektronik veri transferleri şeklinde teati ettiğiinden, her ne kadar somut ve orijinal bir “belge” ibrazı söz konusu olamasa da benzer etkiyi gösteren somut ve orijinal bir “kartın” ibrazı göndeme gelir. Bu noktada, yukarıda belirttiğimiz gibi temsil hukukuyla olan kıyas bağlantısı da kurulabildiğinden, hamili beyaza imzandan ötürü sorumlu tutmak mümkün hale gelir<sup>562</sup>. Diğer bir deyişle, kart hamilinin (temsil olunanın) kartını bir başkasına vermesi, beyaza imza sorumluluğu için aranan orijinal belgenin ibraz edilmesi şartını karşılar.

Beyaza imza sorumluluğu için aranan ikinci şart, orijinal belgenin borçlu tarafından imzalanmasıdır. İmza şartı burada açıklık, delil ve son uyarı fonksiyonu göstererek adeta psikolojik bir eşik oluşturur. Kartlı ödeme sistemlerinde imza koşulu, genellikle PIN girilmek suretiyle elektronik olarak yerine getirilir ve bunun el yazılı imza ile aynı hüküm ve sonuçları doğurduğu kabul edilir. Ayrıca genel işlem koşullarında, ödeme aracının üçüncü kişilere verilemeyeceğinin belirtilmesi, el yazılı imzanın göstermiş olduğu uyarı fonksiyonunu da karşılar<sup>563</sup>.

Toparlamak gerekirse; Alman hukukunda -ödeme hizmetlerine ilişkin revizyondan önce- hamilin ödeme aracını bilerek bir üçüncü kişiye vermesi, bu kimseye hem temsil yetkisi hem de beyaza imzalı bir belge verdiği şeklinde yorumlanmış ve yapılan işlemlerden ötürü kart hamili sorumlu tutulmuştur<sup>564</sup>. Kartı teslim alan ve PIN bilgisine sahip olanın temsil yetkisini aşması durumunda da hamil aynı şekilde beyaza imzadan dolayı sorumlu tutulabilir. Burada önem arz eden nokta, hamilin kartı ve PIN’i bir başkasıyla paylaşmış olduğunun ve işlemin gizli kod kullanılarak gerçekleşmiş olduğunun tespit edilmesidir<sup>565</sup>.

---

<sup>562</sup> Bkz. M. Koch, s. 110.

<sup>563</sup> Bkz. M. Koch, s. 110.

<sup>564</sup> Bkz. M. Koch, ss. 116-117.

<sup>565</sup> Online bankacılık özelinde bkz. Brückner, ss. 73-74. Uygulamada özellikle firma kartları açısından temsilcilerin kartları amaç dışı kullandıkları gözlenmektedir. Hamilin bilgisi dahilinde kartı kullanma yetkisi olan temsilcinin (muhasibeci, sekreter vs.), hamilden habersiz yaptığı harcamalardan ötürü de hamili sorumlu tutmak icap eder (Bkz. İşgüzar, s. 139)..

Türk hukukunda, bilindiği üzere temsil yetkisinin verilebilmesi için temsilciye bir belge ibraz edilmesi ve temsilcinin bu belgeyi muhataba iletmesi gerekli değildir. Temsil yetkisinin verilmesi bakımından daha formel ve sıkı şartlara tabi olan Alman uygulamasında, temsil kurallarının kıyasen uygulanacağı ve buna bağlı olarak beyaza imzadan ötürü hamilin masraf tazminatından sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşılmışsa, bizim hukukumuzda evleviyetle aynı sonuca ulaşılabilir<sup>566</sup>. Yalnız şu noktanın altını özellikle çizmek gerekir: Burada yalnızca hamilin ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşması şeklindeki ihmali hareketi, beyaza imza sorumluluğuna ilişkin şartlar dikkate alınarak yaptırıma tabi tutulmakta, diğer bir ifadeyle kart kuruluşu BKKKK m. 12'ye göre dava açmak ve ispat yükünü taşımak zorunda kalmadan doğrudan masraf tazminatına hak kazanmaktadır. Yoksa hamilin ödeme aracını kullanması için bir başkasına vermesi hiç kuşkusuz kanuna ve sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla kart kuruluşu dilerse hamilden bu aykırılık sebebiyle uğramış olduğu zararların tazminini BKKKK m. 12 kapsamında talep edebilir<sup>567</sup>.

Bu hususta son olarak ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşan hamilin daha önce de belirttiğimiz gibi kart kuruluşu karşısında ihmali olarak yaratmış olduğu hukuki görünüş (Anscheinsvollmacht) nedeniyle de sorumlu tutulabileceğini tekrardan hatırlatmak isabetli olur. Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda, “hamilin kartını ve PIN’ini bir başkasıyla paylaşması (ağır ihmal) durumunda”,

<sup>566</sup> Ancak belirtelim ki ödeme sistemlerindeki revizyonlardan sonra Alman hukukunda, kart kuruluşunun beyaza imza kuralına veya hukuki görünüşten kaynaklanan sorumluluğa dayanarak hamilden doğrudan masraf tazminatını talep edebilme imkânı elinden alınmıştır. Gerçekten de ilk revizyon döneminde kaleme alınan BGB §675v’nin hükümet gerekçesinde, ödeme aracının kötüye kullanılmasından ötürü hamilin sorumluluğunu düzenleyen ZDR’deki ve BGB §675v’deki kuralların kesin nitelikte olduğunun altı çizilmiştir. Hamilin kart ile gizli kodu üçüncü kişiye vermesi, BGB §675v/II’ye göre yükümlülüğün kasten ihlali teşkil ettiğinden, kart kuruluşu ancak bu kural kapsamında hak iddia edebilecek, yasadaki diğer olanaklara (söz gelimi sebepsiz zenginleşme, beyaza imza vs.) dayanamayacaktır (Bu yönde bkz. M. Koch, s. 119; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 15; Linardatos, ss. 255, 264, 273; Harald Kollrus, “Missbräuchliche Abhebung von Bargeld an Geldautomaten”, **Monatsschrift für Deutsches Recht** 2012, s. 377). Kart kuruluşunun aynı şekilde yükümlülük ihlaline ilişkin genel tazminat sorumluluğunu düzenleyen kurala (BGB §280/I) veya diğer tazminat normlarına dayanması da mümkün değildir. Bu tutum, ZDR’de öngörülen “tam uyum” prensibinin bir yansıması olarak yorumlanır [Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 7; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 5; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 81]. Bununla birlikte son yazarın aynı yerde belirttiği gibi, kart kuruluşunun ortak kusurunun bulunduğu hallerde BGB §675v kuralı, ortak kusuru düzenleyen BGB §254 kuralını saf dışı bırakmış olmaz ve sorumluluğun belirlenmesinde bu kural da dikkate alınır.

<sup>567</sup> Bu yönde bkz. Çeker, s. 94; Weber, s. 291.

başvurulacak hukuki yöntem bakımından herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Dolayısıyla kart kuruluşu, BKKKK m. 12/I, c. 2'ye dayanarak kötüye kullanımdan dolayı uğramış olduğu zararın tamamının tazmin edilmesini hamilden talep edebileceği gibi, ihmal temsil yetkisi veya beyaza imzadan hareketle de hamilin sorumluluğuna gidebilir. Ancak bu son ihtimalde talebin konusunu ortaya çıkan zararın tazmini değil, kart (vekâlet) sözleşmesinden kaynaklanan masraf tazminatı oluşturur. Bu sonuç, yalnızca hamilin ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaştığı hallerle sınırlıdır. Yoksa kart kaybolmuş veya PIN güvenli bir şekilde korunamamışsa artık hamil beyaza imzadan veya katlanma / ihmal temsil yetkisinden sorumlu tutulamaz. Bu durumda rizikonun, BKKKK m. 12'ye uygun olarak taraflar arasında paylaşılması gerekir<sup>568</sup>

### **3. Kart hamilinin BKKKK m. 12 Kapsamında Sorumlu Tutulması**

#### **a. BKKKK m. 12 Kuralının Tanıtılması**

Otorize edilen ödemelerde kart kuruluşu, hamile karşı masraf tazmin talebini ileri sürme hakkı elde ederken; otorizasyonsuz ödeme rizikosunu prensip olarak kendisi üstlenir ve bu hususta hamile herhangi bir sorumluluk yükletilemez. Kural bu olmakla birlikte otorizasyonsuz ödeme; kartın kaybolması, çalınması, herhangi bir şekilde elden çıkması veya gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmiş olmasından kaynaklanmışsa, ortaya çıkan zarardan ötürü kart hamili en azından sembolik bir miktarla sorumlu tutulur (BKKKK m. 12/I c. 1).

Buna karşılık otorizasyonsuz ödeme, hamilin özen yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmal suretiyle aykırı davranmasından veya yükümlülüğü olmasına rağmen blokaj bildirimde bulunmamasından kaynaklanmışsa, artık ortaya çıkan zararın tamamından kendisi sorumlu tutulur (BKKKK m. 12/I c. 2)<sup>569</sup>.

<sup>568</sup> Benzer yönde bkz. Brückner, s. 91.

<sup>569</sup> Kartlı sistemlerde hamilin sorumluluğuna ilişkin özel kurallar getirilmeden önce, otorizasyonsuz ödemelerden dolayı prensip olarak sorumlu tutulan kart kuruluşlarının sözleşmesel klostlarla üstlenmiş oldukları bu sorumluluğu kart hamillerine aktarıp aktaramayacağı meselesi öğretiyi oldukça meşgul etmiştir. Kart sözleşmelerinin hüküm sürdüğü bu dönemde, bilhassa Federal Mahkemenin kararlarında atıfta bulunduğu ve çek hukukunda kabul gören “Etki Alanı Teorisi”nin (Sphärentheorie) kartlı sistemlere uygulanıp uygulanamayacağı meselesinin üzerinde durulmuştur. Etki alanı teorisi, kısaca ifade etmek gerekirse, sorumluluğu doğuran olay kimin hâkimiyet alanında gerçekleşmişse

zarardan o kimsenin sorumlu tutulması esasına dayanır. Dolayısıyla teoriye göre rizikoya daha iyi hükmeden ve onu en iyi şekilde asgariye indirebilecek olan taraf, kötüye kullanım sorumluluğunu üstlenmelidir (Bkz. Linardatos, ss. 65-66). Alman hukukunda ilk olarak *Eugen Ulmer* tarafından ortaya atılan bu teori kapsamında, müşteri ile banka arasındaki sözleşmelerin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları, etki alanına göre belirlenen adil bir çözümle sonlandırmak amaçlanmıştır. Çek hukuku özelinde gelişimini tamamlayan teorinin en belirgin özelliği, sahtecilik rizikosunun bankanın etki alanında doğduğu tezine dayanmasıdır. Buna karşılık banka, sahteciliğin kendi açısından fark edilemeyecek nitelikte olduğunu ve çek keşidecisinin etki alanından kaynaklandığını ileri sürerek rizikoyu keşidecisine aktarabilir. Özellikle bankanın vermiş olduğu çek defterinin kaybedilmesi durumunda, rizikonun müşterinin etki alanında gerçekleştiği kabul edilir (Bkz. Bucher, s. 183; Linardatos, s. 65; Brückner, s. 98).

Etki alanı teorisi, kartlı sistemlere uyarlandığında, -bilhassa kartın kaybolması veya çalınmasında- kötüye kullanım rizikosunun aynı şekilde hamilin etki alanında doğduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim 1989 yılına kadar kaleme alınan Alman ec-kartlara ilişkin özel şartlarda, zamanında blokaj bildiriminde bulunmuş olsa dahi hamilin -bildirimden önce- ortaya çıkan zararlar nedeniyle kusuru olsun olmasın sorumlu tutulacağı vurgulanmıştır (Bkz. Neumann ve Bock, s. 90, N. 172; Russenschuck, ss. 110-111). Fakat öğretide haklı olarak kötüye kullanım rizikosunun bu şekilde doğrudan hamilin etki alanına dâhil edilmesi şüpheyle karşılanmıştır. Zira çek işlemleriyle kıyaslandığında, kredi kartı sistemini yönlendiren kart kuruluşu, riskin oluşumunda daha aktif bir rol oynar. En basitinden, hamili kartın arkasını imzalamakla zorunlu tutması, kartı ele geçiren üçüncü kişilerin bu imzayı taklit ederek kolay bir şekilde kötüye kullanımı gerçekleştirmelerine yol açar. Oysa çekle ödemelerde, yetkili kişinin imzası, ödeme noktasında (finans kuruluşunda) kontrol edilir. Gerçi kredi kartının imzalı kullanımında da benzer şekilde üye işyerinin imzayı kontrol etme yükümlülüğü bulunur; fakat imza kontrolü bakımından finans kuruluşunun tecrübesi ile üye işyerinin tecrübesinin bir olmadığı açıktır. Tüm bunların yanı sıra kartlı ödemeler, sistematik olarak karşılaştırıldığında hamiller açısından çekle ödemelere kıyasla önemli ölçüde ilave riskler barındırır (Bkz. Martinek, ss. 86-87. Teoriye yönelik diğer eleştiriler için ayrıca bkz. Russenschuck, ss. 112-115 ). Nitekim Federal Mahkeme de almış olduğu kararlarda, pür etki alanı teorisine dayanan (hamilin kusuru dikkate alınmaksızın kötüye kullanım rizikosunun tamamının hamile yıkılmasını öngören) klozları, kart hamillerini ölçsüz bir şekilde mağdur ettiği gerekçesiyle geçersiz addetmiştir. Mahkemenin bu tutumu nedeniyle, 01.01.1989 tarihinden itibaren hazırlanan özel şartlarda revizyona gidilmiş ve etkili alan sorumluluğu yumuşatılarak kötüye kullanımlarda kart kuruluşu zararın %90'ından, hamil ise zararın %10'undan kusursuz olarak sorumlu tutulmaya başlanmıştır (Bkz. Gößmann, WM 1998, s. 1266) . 1995 yılından sonra ise öğretide, aslolanın kusur sorumluluğu olduğu öne sürülerek etkili alan sorumluluğu toptan reddedilmeye başlanmıştır. Bu dönemde, kusur sorumluluğunun gereği olarak hamilin tüm yükümlülüklerine uyması durumunda rizikonun tamamı kart kuruluşunca üstlenilmiş; hamilin yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde ise riziko kusur durumuna göre taraflar arasında paylaştırılmaya başlanmıştır [Tüm bu hususlarda genel olarak bkz. Neumann ve Bock, ss. 90-92, N. 173, 175; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 80; Weber, s. 293; Russenschuck, ss. 116-117, ss. 118-119].

Nihayet revizyondan hemen önceki dönemde, tekrardan etki alanı teorisinin ılımlı versiyonuna dönüş yapılmış ve kart sözleşmelerinde hamil aleyhine olan bir durumun ancak hamil lehine bir denge kurularak kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla kart kuruluşu, kötüye kullanımlar sebebiyle hamile "kusursuz" sorumluluk yüklemek isterse, bunu ancak bildirimden önce gerçekleşen zararlar bakımından hamili belli bir miktarla "sınırlı" sorumlu tutarak gerçekleştirebilir. Fakat hamil, kartının kaybolduğunu kusurlu olarak geç bildirir veya yine kusurlu olarak diğer yükümlülüklerine aykırı hareket eder ve kart üçüncü kişilerce kötüye kullanılırsa, akdın müspet ihlalden ötürü kart kuruluşunun uğramış olduğu tüm zararı karşılamak durumunda kalır [Bkz. Hadding, DRiZ 2006, s. 357; K. Langenbucher, ss. 262-263; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 42; Weber, s. 293].

Tüm bu açıklamalardan sonra, revizyon öncesi dönemde kaleme alınan kart sözleşmelerinde hamilin sorumluluğu bakımından dört temel eğilimin öne çıktığı söylenebilir. Birinci eğilim, derhal kayıp veya çalıntı bildiriminde bulunan hamilin -ağır ihmali bulunuyor olsa da- bildirimden önce gerçekleşen zararlardan dolayı sınırlı bir miktarla (100 Alman Markı) sorumlu tutulmasıdır. İkinci eğilim, günümüz modern hukukunda kabul gören anlayışın bir yansıması olarak karşımıza çıkar. Buna göre bildirimden önce gerçekleşen zararlar bakımından kural olarak belli bir miktarla kusursuz- sınırlı sorumlu tutulan hamil, kasten veya ağır ihmalle yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi durumunda

Dikkatle bakıldığında BKKKK m. 12’de, kural - istisna norm ilişkisi çerçevesinde hamile yönelik iki farklı sorumluluk durumu düzenlendiği görülür. Buna göre hamilin, otorizasyonsuz ödemeler sebebiyle ortaya çıkan zararlardan ötürü “kural olarak” üst sorumluluk limiti olan 150 TL ile sorumlu tutulması asıldır (Sınırlı sorumluluk). Ancak kanun koyucu, hamilin sınırlı sorumluluğunu birtakım şartlara bağlamıştır. Bunlar; kartın veya gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesi, blokaj bildiriminin yapılması ve zararın blokaj bildiriminden önceki 24 saatlik zaman diliminde gerçekleşmesi şeklinde üç ana grupta toplanabilir. Ayrıca sınırlı sorumluluğun kusura bağlı olmaması, yani kusursuz sorumluluk esasına dayanması bir diğer önemli şart olarak bu sayılanlara eklenebilir. Zira kuralla, hamilin kusurdan bağımsız ve ölçülü bir şekilde kötüye kullanımdan doğan zarara katılması amaçlanmıştır<sup>570</sup>.

Ancak aynı düzenlemede, kötüye kullanımlar sebebiyle hamilin esas itibarıyla sınırlı sorumlu tutulmasını öngören temel prensibe önemli bir istisna getirilmiştir. Buna göre otorizasyonsuz ödemenin, hamilin kasten veya ağır ihmali bir tutumla özen yükümlülüklerine aykırı davranmasından ya da blokaj bildiriminde bulunmamış olmasından kaynaklanması durumunda, ortaya çıkan zararın tamamından kendisi sorumlu tutulur (Sınırsız sorumluluk).

“Kartın Haksız Kullanımı” başlığını taşıyan BKKKK m. 12’ye genel olarak bakıldığında, öncelikle kartın kötüye kullanıldığı hallerde, hamilin sınırsız sorumlu tutulması gerekmeyeceği her durumda, kusuru bulunsun bulunmasın bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşen harcamalardan ötürü 150 TL ile sorumlu tutulacağı anlaşıyor. Dolayısıyla kötüye kullanım nedeniyle hiç kusuru bulunmayan veya en fazla hafif ihmali düzeyinde kusuru bulunan hamil, diğer koşulların da gerçekleşmesi durumunda sınırlı sorumlu tutulur. Bundan başka normun münhasıran karşılık ilişkisi (kart kuruluşu ile hamil arasındaki ilişki) açısından meseleye yaklaştığı, buna karşılık -özellikle mesafeli satışlarda- üye işyerinin ne oranda sorumlu tutulacağı konusunda sessiz kaldığı görülmektedir<sup>571</sup>. Son olarak yine kartın hamile ulaşmasıyla birlikte

---

zararın tamamından sorumlu tutulmaya başlar. Üçüncü eğilimdeyse hamil, yalnızca ağır ihmali bulunması durumunda sorumlu tutulur; buna karşılık kendisine kusursuz ve sınırlı sorumluluk yüklenmez. Nihayet dördüncü ve sonuncu eğilimde hamilin kötüye kullanımlardan ötürü hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması kararlaştırılır (Bu hususlarda bkz. A. Langenbucher, ss. 166-167).

<sup>570</sup> Bkz. Zetsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 2.

<sup>571</sup> Alman hukukundaki muadil düzenleme olan BGB §675v’nin bu yöndeki yorumu için bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 2;

yaptırımın devreye gireceği ve bundan önceki süreçte kötüye kullanım rizikosunu kart kuruluşunun üstlenmek zorunda olduğu dolaylı da olsa kuraldan anlaşılmaktadır<sup>572</sup>.

Toparlamak gerekirse, kartın kötüye kullanıldığı hallerde hamilin sorumluluğu belirlenirken dikkat edilmesi gereken en temel nokta, hamilin yasa ve kart sözleşmeleriyle belirlenen özen yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmalle aykırı hareket edip etmediğidir. Yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmalle aykırı hareket etmediği sürece, ortaya çıkan zarardan dolayı hamili -24 saatlik süre şartını da dikkate alarak- sınırlı sorumlu tutmak gerekir. Aksi durumda, yani yükümlülüklerin kasten veya ağır ihmalle ihlal edilmesinde, zararın tamamını kendisi üstlenmek durumunda kalır. Her ne kadar BKKKK'da özel olarak belirtilmemiş olsa da kart kuruluşunun da ortak kusuruyla zararın oluşumuna katkıda bulunduğu hallerde, hamilden talep edilecek tutardan kart kuruluşunun kusuruyla orantılı olacak şekilde bir indirime gitmek gerekir (TBK m. 52)<sup>573</sup>. Bu sonuç, hamilin hem 150 TL ile sınırlı olarak sorumlu olduğu hem de zararın tamamından sorumlu tutulduğu hallerde geçerlidir<sup>574</sup>.

## **b. BKKKK m. 12 Kuralının Nispi Emredici Niteliği**

BKKKK m. 12 kuralını, ödeme aracını kullanan kart hamilleri bakımından nispi emredici bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir. Bunun anlamı, normla belirlenen ilkelerin kural olarak sadece hamil lehine olacak şekilde değiştirilebilmesidir. Bu nedenle kart sözleşmelerinde, “hafif ihmali” bulunan

---

Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 7; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 1.

<sup>572</sup> Benzer yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 2.

<sup>573</sup> Bkz. Stange, s. 60. Aynı yönde bkz. İşgüzar, s. 123. Kartın kötüye kullanıldığı hallerde zarar kural olarak kart kuruluşunun nezdinde ortaya çıktığından, riziko dağılımında çoğu zaman kart kuruluşunun ortak kusurundan bahsedilebilir. Zira ortak kusur, hukukta “mağdurun” makul bir süjeden beklenen davranışı yerine getirmeyerek zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olması durumunda kullanılan bir kavramdır (Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, ss. 1027-1028).

<sup>574</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 3; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 4-5; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 12; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 29; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 12, 101. Ancak son yazarın haklı olarak ifade ettiği gibi, sorumluluk limitinin düşük olması nedeniyle sınırlı sorumlulukta böyle bir indirime uygulamada nadir olarak gidilir (N. 101).

hamilin kartın kaybolması veya çalınmasından kaynaklanan zararlar sebebiyle sorumlu tutulmayacağı (sorumsuzluk kaydı) veya 150 TL'den daha az bir miktarla, söz gelimi 50 TL ile sınırlı sorumlu tutulacağı hususu kararlaştırılabilir. Buna karşılık sözleşmelerle, hamilin hafif ihmalinin bulunduğu hallerde zararın tamamından sorumlu tutulması öngörülemez. Çünkü BKKKK m. 12/I c. 2'de hamilin sınırsız sorumluluğu, kötüye kullanımda bir kastının bulunmasına veya "ağır ihmal" derecesinde özen yükümlülüklerine aykırı davranmasına bağlanmıştır. Bu nedenle hafif ihmali bulunan hamili zararın tamamından sorumlu tutan kayıtlar geçersiz sayılır<sup>575</sup>. Diğer taraftan, TBK m. 115 uyarınca, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağını ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak geçersiz olduğundan, kart sözleşmelerine hamil lehine de olsa kast veya ağır ihmali içeren bir sorumsuzluk kaydı getirilemez.

Bu anılan istisna bir tarafa bırakıldığında, kanun koyucunun daha hafif bir sorumluluk belirleme noktasında kart kuruluşlarına takdir yetkisi tanıdığını söylenebilir. Alman uygulamasında revizyona kadar çok az sayıda banka, kart sözleşmelerinde 50 Euro'luk kusursuz sorumluluk klozuna yer vermiştir. Bu açıdan yakın gelecekte birçok bankanın reklam kaygısıyla, özellikle kazanç sağlayan (aidat getiren) kredi kartları bakımından belli bir tutarla sınırlı olacak şekilde kusursuz sorumluluk belirleme yoluna gitmekten kaçınacakları öngörülmektedir<sup>576</sup>. Bunun dışında Alman hukukunda muadil düzenlemenin yalnızca tüketiciler açısından nispi emredici (halbzwingende) nitelikte olduğu; tüketici konumunda olmayan kullanıcılar bakımından ise genel işlem koşullarına ilişkin yasal sınırlara (BGB §§305 vd.) uymak kaydıyla, BGB §675v'de öngörülenden daha ağır sorumluluk şartlarının kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir<sup>577</sup>. Bu açıdan, özellikle (hafif) ihmalle özen yükümlülüklerine aykırı hareket eden firma kart hamillerinin, kart

<sup>575</sup> Bkz. M. Koch, s. 163.

<sup>576</sup> Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2346-2347. Gerçekten de Alman uygulamasında SparkasseCard ve SpardaBankCard şartlarında, sınırlı sorumluluk uygulamasına yer verilmemeye başlanmıştır [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 62].

<sup>577</sup> Bkz. Einsele, ZIP 2011, s. 1741. Alman hukukunda, ödeme sistemlerine ilişkin olarak BGB'de nispi emredici şekilde düzenlenen kurallar aynı zamanda -hamilin tüketici konumunda olduğu- sözleşmelerde yer alan standart şartların sınırını belirler. Bu nedenle, kart sözleşmesinde ödeme hizmetlerini düzenleyen kurallara aykırı olan şartlar söz konusuysa, bunlar ayrıca genel işlem koşullarına ilişkin kuralların (BGB §§307 vd.) denetiminden geçmeden geçersiz sayılır [Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 81]. Ancak tüketici konumunda olmayan hamillere yönelik getirilen sorumluluk klozları, belirtildiği gibi BGB §§307 vd.'daki sınırlamalara tabidir.

kuruluşlarının uğramış oldukları zararın tamamından sorumlu tutulmaları kararlaştırılabilir<sup>578</sup>. BGB §675e’de de kart kuruluşlarına açıkça bu imkân tanınmıştır. Gerçi §675e/I’de tüketici - tacir ayrımı yapılmaksızın, aksi belirtilmediği sürece tarafların ödeme sistemlerine ilişkin olarak kanunda düzenlenen kuralları, sözleşmeyle ödeme hizmeti kullanıcısı (kart hamilinin) aleyhine değiştiremeyecekleri belirtilmiştir. Fakat §675e/IV ile buna önemli bir istisna getirilmiş ve ödeme hizmeti kullanıcısının (hamilin) tüketici olmaması halinde, §§675v ile 676 arasında düzenlenen kuralların kısmen veya tamamen devre dışı bırakılabileceği belirtilmiştir. Şu halde tarafların firma kart sözleşmelerinde, hamilin sorumluluğunu düzenleyen BGB §675v’de öngörülen yaptırımlardan daha ağır yaptırımlar getirmelerinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır<sup>579</sup>.

Sorumluluk rejimi bakımından tüketici ve tacir arasında bir ayrım yapılmasını öngören bu yaklaşım, Türk hukukunda da -küçük ölçekli işletmelere tanınan istisna dışında- aynen kabul görmüştür. Gerçekten de BKKKK m. 43 uyarınca, “*Bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası, 9 uncu, 12 nci, 24 üncü, 25 inci, üçüncü fıkrası hariç 26 ncı ve 44 üncü maddesi hükümleri tacirlere verilen kurumsal kredi kartları hakkında uygulanmaz.*” BKKKK m. 12’de hamilin sorumluluğu

<sup>578</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 10-11; Einsele, s. 298; M. Koch, s. 164; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 6.

<sup>579</sup> Bu yönde bkz. Einsele, ZIP 2011, s. 1750; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 63. Bu sonuç esas itibarıyla kaynak metin olan ZDR II’nin şahıs bakımından uygulanmasına ilişkin öngördüğü kurallarla da örtüşür. Gerçekten de ZDR II’de esas itibarıyla ödeme hizmeti sağlayıcısı ve ödeme hizmeti kullanıcısı olmak üzere iki temel süje bulunur. Burada her iki taraf gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Fakat aynı düzenlemede, kuralların ödeme hizmeti kullanıcısına uygulanması bakımından tüketiciler ve tacirler arasında bir ayrım daha gidilmiştir (m. 4, b. 20). Buna göre kullanıcı eğer tüketiciyse Yönerge kurallarından ancak onun lehine olacak şekilde sapılabilir (m. 107/III); ancak kullanıcı tüketici değilse anlaşma ile kuralların kısmen ya da tamamen uygulanmayacağı kararlaştırılabilir. Bu muafiyetin konusunu, özellikle bilgi verme yükümlülüğü (m. 48) ve sorumluluğu (m. 74/I) ilişkin kurallar oluşturur. Bununla birlikte ZDR II m. 38/II ve m. 61/III’te, üçüncü ve dördüncü başlık altında düzenlenen kuralların, tüketicilere olduğu gibi “küçük ölçekli işletmelere” (Kleinsunternehmen) de uygulanabileceği belirtilmiştir. Üçüncü başlık altında, sözleşme şartlarında şeffaflık ve ödeme hizmetlerinde bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin esaslar getirilmişken; ödeme hizmetlerinin sağlanması ve hizmetlerden yararlanılması bahsini düzenleyen dördüncü başlıkta, katılımcıların hak ve yükümlülükleri ele alınmıştır. (ZDR I bakımından aynı yönde bkz. Wackwitz, ss. 31-32, ayrıca bkz. dn. 118). Otorizasyonsuz ödemelerde hamilin sorumluluğunu düzenleyen ZDR II m. 74 kuralı da dördüncü bölümde yer almaktadır. Bu durumda “küçük işletmelerce” kullanılan ve otorizasyonsuz ödemelere konu olan firma kartları açısından da hamili (küçük işletmeyi) tıpkı bir tüketici gibi ele almak ve genel işlem koşullarıyla kendisine -özellikle sorumluluk bakımından- yasal düzenlemeden daha ağır şartlar dayatılamayacağını kabul etmek gerekir. Son olarak burada küçük ölçekli işletmeden kastın, ondan az kişinin çalıştığı ve yıllık cirosu ya da bilançosu 2 milyon Euro’yu aşmayan işletmeler olduğunu belirtelim (ZDR II m. 4, b. 36).



düzenlendiği dikkate alınır, firma kart sözleşmeleriyle kart hamilinin otorizasyonsuz ödemelerden dolayı 150 TL'den daha yüksek bir miktarla sorumlu tutulması veya hafif ihmali durumunda zararın tamamından sorumlu tutulması kararlaştırılabilir. Ancak sözleşmelere getirilen klotlar yardımıyla hamilin yasayla belirlenen sorumluluk şartlarından daha ağır şartlara tabi tutulması, içerik denetimine konu olabilen bu klotları tek başına meşru kılmaya yetmez. Özellikle otorizasyonsuz ödemelerden dolayı firma kart hamilinin sorumluluğunun aşırı derecede arttırılması, söz gelimi "her bir" kötüye kullanım eylemi için -kusursuz ve sınırlı olan- sorumluluğun 500 TL'ye çıkarılması içerik denetimine takılacaktır<sup>580</sup>. Yine otorizasyonsuz ödemeler nedeniyle firma kart hamilini "kusursuz" olarak zararın tamamından sorumlu tutan klotları da aynı nedenle geçersiz kabul etmek gerekir<sup>581</sup>.

### **c. Hamilin Sınırlı Sorumlu Tutulması (BKGGK m. 12/I c. 1)**

#### **(1) Ön Açıklamalar**

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde kart hamili, -BKGGK m. 12/I, c. 2 kuralı saklı olmak kaydıyla- ortaya çıkan zararın en fazla 150 TL'lik kısmıyla<sup>582</sup> sınırlı sorumlu tutulur<sup>583</sup>. Buradaki 150 TL'lik sınır, kart ister tek bir sefer ister birden fazla kez kötüye kullanıma konu olsun, kesin bir üst sınırı, yani azami limiti ifade eder. Bu nedenle her bir kötüye kullanım için bu üst sınırı ayrı ayrı uygulamamak gerekir. Somutlaştırmak gerekirse, kart üçüncü kişilerce çalıdıktan sonra birden fazla kez kötüye kullanıma konu olmuş, örneğin bankamatikten farklı

<sup>580</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 2.

<sup>581</sup> Bkz. Zetsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 8.

<sup>582</sup> AB hukukunda da benzer şekilde, finans sektörünün teklif ettiği ve hamilin hafif ihmaliinden ötürü zararın tamamından sorumlu tutulmasına yönelik talep kabul görmemiş ve hafif ihmali bulunan hamilin belirli bir azami limitle sınırlı sorumlu tutulması öngörülmüştür (Bkz. Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 189). Geçen süreç içerisinde ZDR I'de bu azami limit 150 Euro olarak belirlenmişken (m. 60), ZDR II'de bu tutar 50 Euro'ya çekilmiştir (m. 74). Öğretide de bir görüşe göre, hamile en azından özen yükümlülüklerine asgari ölçüde uymasını sağlamak amacıyla kusursuz ve sınırlı sorumluluk isnat edildiği dikkate alındığında, bu indirimin yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Gerçekten de maksimum 50 Euro'luk bir kayıp rizikosunun hamil nezdinde -olumlu yönde- bir davranış değişikliği yaratmasını beklemek hayalcilik olabilir (Bu yönde bkz. Spindler/Zahrte BKR 2014, s. 271).

<sup>583</sup> Kart kuruluşunun otorizasyonsuz ödemeden dolayı azami limitte (150 TL) veya daha düşük bir miktarda zarara uğraması halinde, rizikonun tamamına tek başına hamilin katlanacağı yönünde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 100; Zetsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 29.

zamanlarda üç kere 500 TL çekilmişse, 1. 500 TL'lik zarar üzerinden hamili yalnızca 150 TL ile sorumlu tutmak gerekir<sup>584</sup>. Ancak belirttiğimiz gibi, hamilin tüketici olduğu hallerde taraflar kart sözleşmelerinde daha düşük bir azami limit öngörebilir veya sınırlı sorumluluğa ilişkin kuralı tamamen devre dışı bırakabilir<sup>585</sup>.

Hamilin rizikoya bu şekilde görece olarak düşük bir tutarla katılması, uygulamada kart kuruluşunun nadiren hamil aleyhine girişimde bulunması sonucunu doğurur ki bunu doğal karşılamak gerekir. Çünkü hamili sınırlı sorumlu tutmak için hak arama girişiminde bulunan kart kuruluşunun ispat faaliyeti için yapacağı masraflar, çoğu zaman hak edeceği tazminattan daha fazla olacaktır. Bu durum ister istemez kart kuruluşları nezdinde rasyonel bir ilgisizliğe sebebiyet verir<sup>586</sup>. Buna rağmen kanun koyucunun, hamilin sınırlı sorumluluğunu sigortalatmasına yönelik bir kural getirmesi oldukça ilginç olmuştur. Kural gereği kart kuruluşu, hamilin talebi ve sigorta primini ödemesi kaydıyla, 150 TL'lik sınırlı sorumluluğu sigortalamakla yükümlüdür (BKKKK m. 12/II; BKKKY m. 23/II). Ancak kart kuruluşları, 150 TL'lik sorumluluğu sembolik gördükleri ve yargılama için yapılacak olan masraf ve emeklerin karşılığını alamayacaklarını bildiklerinden, bu tutarı tahsil etme yoluna gitmezler. Bu açıdan kanun koyucunun, sınırlı sorumluluktan ziyade, sınırsız sorumluluğun sigortalanmasına yönelik bir kural getirmesi daha akılcı bir tutum olurdu<sup>587</sup>. Fakat bu da şüphesiz kart kuruluşu açısından ciddi bir maliyet getirirdi.

<sup>584</sup> Alman hukukunda aynı yönde bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 29. ZDR'deki muadil düzenlemeye bakıldığında, her bir otorizasyonsuz ödeme için üst limitin ayrı ayrı uygulanması gerektiği şeklinde bir anlam ortaya çıkıyor. Gerçekten de ZDR II m. 74'de "...otorize edilmemiş bir ödeme işleminden kaynaklanan zararlar..." denilmek suretiyle böyle bir yorumun oluşmasına zemin hazırlamıştır (Aynı şekilde bkz. ZDR I m. 61). Ancak Alman kanun koyucusu uyumlaştırmayı gerçekleştirirken kural ile getirilen amacı dikkate almış ve BGB §675v'de "otorizasyonsuz ödemeler" şeklinde çoğul bir ifade kullanarak olası tartışmaları engellemiştir. Bu nedenle Alman hukukunda, hamilin her bir kötüye kullanım eylemi için ayrı ayrı 50 Euro'luk tutarla değil, gerçekleşen tüm otorizasyonsuz ödemelerin toplamı üzerinden 50 Euro'luk tutarla sınırlı sorumlu tutulacağı ağırlıklı olarak kabul edilir [Bkz. M. Koch, ss. 122-123; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2347; Oechsler, WM 2010, s. 1383; Staudinger ve Omlor, §675v, N. 17; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 100; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 4; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 41a; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 81; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 29; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 61; Linardatos, s. 250]. Aksi yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 11. Bu son yazar, ZDR'deki kuralın lâfzen dikkate alınarak hamilin her bir kötüye kullanım için 50 Euro ile sınırlı sorumlu tutulması gerektiğini savunur.

<sup>585</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 4.

<sup>586</sup> Bkz. Linardatos, WM 2014, s. 303.

<sup>587</sup> Benzer yönde bkz. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHF 2013, Cilt: LXXI,

Bu eleştiriyi de dile getirdikten sonra, kart hamilinin BKKKK m. 12/I c. 1 kapsamında kötüye kullanımlardan ötürü 150 TL ile sorumlu tutulabilmesinin bazı şartlara bağlı olduğunu vurgulamak gerekir. Bunlar; 1) Ödeme aracının üçüncü kişilerin eline geçmiş olması, 2) Otorizasyonsuz ödeme nedeniyle kart kuruluşunun zarara uğramış olması, 3) Ödeme aracının üçüncü kişilerin eline geçmesi ile kart kuruluşunun uğramış olduğu bu zarar arasında illiyet bağının bulunması, 4) Hamilin zamanında veya hafif ihmale dayanan bir gecikmeyle blokaj bildiriminde bulunmuş olması ve nihayet 5) Otorizasyonsuz ödemenin, blokaj bildiriminden önceki 24 saatlik süre içerisinde gerçekleşmiş olmasıdır. Her ne kadar yasada açıkça vurgulanmamış olsa da hamilin sınırlı sorumluluğunun kusura bağlı olmadığını da belirterek, saymış olduğumuz tüm bu koşulları tek tek incelemeye çalışalım.

## **(2) Sınırlı Sorumluluk için Aranılan Koşullar**

### **(a) Ödeme Aracının Üçüncü Kişilerin Eline Geçmesi**

Kart hamilinin sınırlı sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle ödeme aracının, yani kartın veya gizli kodun, hamilin bilgisi ve iradesi dışında üçüncü kişilerin eline geçmiş olması gerekir. Hamilin sorumluluğunu düzenleyen BKKKK m. 12/I c. 1'den de anlaşılacağı gibi, hamilin sınırlı sorumlu tutulabilmesi için sadece kartın zilyetliğini yitirmesi veya sadece gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamamış olması yeterlidir<sup>588</sup>. Bunun dışında kurala bakıldığında, plastik kartın çalınması veya kaybolması ile m. 16'da ifade edilen kimlik tespitini sağlayan verilerin ele geçirilmesi arasında hem teknik ve hem dilbilimsel açıdan herhangi bir ayrım yapılmadığı görülür. Kanun koyucu bunun yerine, BKKKK m. 16'da belirtilen ve kimlik tespitini sağlayan bilgilerin de kaybolması veya çalınmasından bahsetmeyi

---

Sayı: 2, s. 88.

<sup>588</sup> Dolayısıyla kartın zilyetliğinin yitirilmesi şartı, gizli kodun güvenli bir şekilde korunmaması şartına bağlı değildir. Alman hukukunda da bu hususa vurgu yapılmaktadır [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 60]. Ancak Alman hukukunda ikinci revizyonla birlikte yalnızca kart kullanılarak gerçekleşen, bir diğer ifadeyle gizli kod kullanılmadan gerçekleşen kötüye kullanımlarda rizikoyu tamamen sistem kurucusu olan kart kuruluşunun üstlenmesi gerektiği, dolayısıyla bu gibi durumlarda hamilin ne sınırlı ne de sınırsız olarak sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür. Bu konuya ileride tekrar dönülecektir; ancak yeri gelmişken, Alman hukukundaki bu yeni eğilimle birlikte, gizli kod kullanılmadan gerçekleşen kötüye kullanımlarda hamilin kartı saklama konusunda hafif ihmali bulunsu bile sınırlı sorumlu tutulamayacağının altını çizmek gerekir (Bkz. Aşa. VI, B, 4, d).

tercih etmiştir. Oysaki bir şeyin kaybolmasından veya çalınmasından bahsedebilmek için o şeyin somut olarak var olması gerekeceğinden, bu nitelikleri taşımayan PIN ve benzeri vasıflardaki kişisel güvenlik bilgisinin kaybolmasından veya çalınmasından söz etmek yasa yapma tekniği açısından isabetli olmamıştır<sup>589</sup>. Kanun koyucunun bunun yerine, gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesinden veya üçüncü kişilerce öğrenilmiş olmasından bahsetmesi daha isabetli olurdu.

Yine el yazılı imza, her ne kadar somut olarak gözlenebilen vasıfta bir kişisel güvenlik bilgisi olsa da, onun kaybolmasından veya çalınmasından bahsetmek dilbilimsel açıdan doğru olmaz. Zira bu tür imzalar olsa olsa başkalarınca taklit edilebilir veya kopyalanabilir. Gerçi hamilin kartın arkasını imzalamakla yükümlü olduğu ve bu yükümün yerine getirilmesiyle birlikte imza ve kartın bir bütün hale geldiği dikkate alındığında, dolaylı da olsa imzanın kaybolmasından veya çalınmasından bahsetmek mümkün olabilir. Benzer şekilde gizli kodlar da (PIN,

---

<sup>589</sup> Yasa yapma tekniği konusunda mahir olan Alman kanun koyucusu da ilk revizyon döneminde kısmen aynı yanlışlığa düşmüş, somut ve soyut unsurunu içerecek şekilde “kimlik tespit aracı”nın kaybolmasından ve çalınmasından bahsetmiştir [Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 18; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 7a; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 4]. Kimlik tespit (ödeme) aracının yalnızca fiziki unsurunun, yani kartın kendisinin kaybolma veya çalınma eylemlerine konu olabileceği konusundaki eleştiriler için bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 6; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 64.

Her ne kadar Alman kanun koyucusu ilk revizyon döneminde soyut unsurunu (gizli kodu) da içerecek şekilde “kimlik tespit aracının” kaybolmasından veya çalınmasından bahsederek kısmi bir yanlışlığa düşmüş olsa da (BGB §675v/I c. 1), kayıp ve çalıntı durumunda hamilin sınırlı sorumluluğunu düzenleyen bu kuralın, kimlik tespit aracının başka bir şekilde kötüye kullanılması ve hamilin gizli kodunu güvenli bir şekilde saklamaması (korunmaması) nedeniyle oluşan zararlar bakımından da geçerli olduğunu vurgulamak suretiyle (BGB §675v/I c. 2) bir nevi hatasını tolere etmiştir. Gerçi bu kuralda da gizli kodun “saklanmamasından” (nicht aufbewahrt hat) bahsedilmiş olması kendi içinde sıkıntılıdır. Zira somut bir veri niteliği taşımayan bu kodların saklanmamasından değil, ancak güvenli bir şekilde korunmamasından bahsedilebilir. Ancak en azından sorumluluğa ilişkin düzenlemede kartın kaybolması, çalınması veya herhangi bir şekilde elden çıkması durumu (c. 1) ile gizli kodun güvenli bir şekilde saklanmaması / korunmaması durumu (c. 2) arasında belirgin bir ayrım gözetilmiştir. [Bu hususta bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 5. Benzer yönde bkz. Jürgen Oechsler, “Die Haftung nach §675v BGB im kreditkartengestützten Mailorderverfahren”, **Wertpapier Mitteilungen** 2010, s. 1382].

Buna karşılık son revizyonla birlikte kart ile gizli kod arasındaki bu belirgin ayrım kaldırılmış ve hamilin sorumluluğu tek bir cümlede, somut- soyut tüm unsurlarıyla “ödeme aracı” ifadesi kullanılarak formüle edilmiştir. Gerçekten de yeni düzenlemede, otorizasyonsuz ödemenin kaybolan, çalınan veya başkaca bir şekilde elden çıkan bir ödeme aracına ya da ödeme aracının diğer türlü kötüye kullanılmasına dayanması durumunda, hamilin oluşan zararlar sebebiyle 50 Euro ile sınırlı sorumlu tutulacağı belirtilmiştir (BGB §675v/I). Görüldüğü gibi son revizyonla şekillenen yeni düzenlemede bu kez “ödeme aracı” kavramı kullanılarak aynı yanlışlığa sürdürülmüş, ancak kurala “ödeme aracının diğer türlü kötüye kullanılması” (auf der sonstigen missbräuchlichen Verwendung eines Zahlungsinstrument) şeklinde tüm kötüye kullanımları kucaklayıcı bir ifade eklenmek suretiyle hatanın üzeri örtülmüştür.

TAN vs.) bir yere yazılmak suretiyle kaybolmaya veya çalınmaya uygun bir forma dönüştürülebilir. Ancak bu gibi hallerde dahi el yazılı imzanın veya gizli kodların kaybolma, çalınma gibi eylemlere konu olabileceğini belirtmek teknik açıdan çok doğru olmaz. Biz de çalışmamızda, öğretinin titizlikle yaklaştığı bu kavramsal farklılığı dikkate alarak, kartın kaybolması, çalınması veya herhangi bir şekilde elden çıkması (zilyetliğinin yitirilmesi) durumu ile ödeme aracının diğer unsuru olan gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesi veya güvenli bir şekilde korunamaması durumunu ayrı ayrı değerlendirmeye çalışacağız.

#### **(aa) Kartın Kaybolması, Çalınması veya Başka Herhangi Bir Şekilde Elden Çıkması**

BKMK m. 12/T’de kartın yalnızca kaybolması veya çalınmasından bahsedilmiş olması, yasa yapma tekniğine ilişkin bir başka hata olarak not edilebilir. Çünkü bu haliyle kural, kaybolma veya çalınma ihtimali dışında kartın hamilin zilyetliğinden çıkamayacağı şeklinde yanlış bir algı oluşturmaktadır<sup>590</sup>. Bu yanlış algı, taşınır davasını düzenleyen Türk Medeni Kanunu<sup>591</sup> m. 989 ile BKMK m. 12 arasında bir bağlantı kurularak ortadan kaldırılabilir. TMK m. 989’a göre, “*Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir.*” Bu anlamda TMK m. 989, BKMK m. 12 kuralının kapsamının belirlenmesinde boşluk doldurucu bir fonksiyon gösterir. Her iki düzenleme birlikte ele alındığında, kartın kaybolmasından, çalınmasından veya herhangi bir şekilde elden çıkmasından bahsedebilmek için hamilin kart üzerindeki dolaysız zilyetliğini kaybetmesi yeterli

<sup>590</sup> Buna karşılık kazuistik yöntemden beslenen ve her ihtimali dikkate alma gibi bir huyu bulunan Alman kanun koyucusu, kartın kaybolma veya çalınma ihtimali dışında başka şekillerde de hamilin elinden rızası dışında çıkabileceğini öngörmüştür. İlk revizyon döneminde, BKMK m. 12/T’in muadili olan BGB §675v/I c. 1’de, kartın zilyetliğinin yitirilmesi sonucunu doğuran tüm olasılıkları ifade etmek üzere “başkaca bir şekilde elden çıkan kimlik tespit aracından” (sonst abhandengekommen Zahlungsaufzeichnungsinstrument) dem vurulmuştur. ZDR I m. 61/T’de kartın yalnızca kaybolması ve çalınması ihtimali belirtilmişken, kural BGB’ye uyarlanırken “başkaca bir şekilde elden çıkma” ibaresi de eklenmiştir. Ancak böyle bir kayıt eklenmemiş olsaydı dahi, kuralda yer alan “kaybolma” ifadesi geniş yorumlanarak gasp gibi hallerde kartı kaybolmuş saymak gerekirdi (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 10). Bu yorum, bizim düzenlemedeki eksiklik bakımından da dikkate alınabilir (Nitekim bkz. Bahtiyar, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, İÜHF 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 87).

<sup>591</sup> RG. 08.12.2001 / 24607. Bundan böyle kısaca “TMK” olarak anılacaktır.

olur<sup>592</sup>. Ancak hamil dolaylı zilyet ise bu kez onun dolaysız zilyedinin iradesi dışında kartın elden çıkmış olması gerekir<sup>593</sup>. Hamilin kart üzerindeki dolaylı zilyetliğini, dolaysız zilyedinin kartı sahiplenmesi nedeniyle yitirmesi durumundaysa artık BKKKK m. 12 (BGB §675v) anlamında bir -istek dışı- elden çıkmadan bahsedilemez<sup>594</sup>.

Dikkat edilirse kartın “başka herhangi bir şekilde elden çıkmış olması” ifadesi, hamilin veya dolaysız zilyedinin iradesi dışında kartın zilyetliğini yitirmesi ve bir daha geri kazanamamasına ilişkin her türlü duruma karşılık gelir. Bu tanımdan yola çıkıldığında, kartın gasp edilmiş olması da rahatlıkla “herhangi bir şekilde elden çıkma” olarak değerlendirilir. Tam ehliyetsiz tarafından kartın bir başkasına verilmesinde “irade” unsuru eksik olduğundan, yine bu şart sağlanmış olur. Bu gibi hallerde TBK m. 65 kapsamında hakkaniyet gerektiriyorsa ve BKKKK m. 12/I c. 1’de aranan şartlar oluşuyorsa, hamil sınırlı sorumluluk imkânından faydalabilir<sup>595</sup>. Buna karşılık kartın, hata veya hile sonucunda bir başkasına verilmesi durumunda, irade dışı bir elden çıkmadan bahsedilemez ve dolayısıyla hamil sınırlı sorumluluk imkânından faydalanamaz. Çünkü bu ihtimalde hamil, her kadar sakat da olsa kendi iradesiyle kartını bir başkasına vermiştir. Buna tipik örnek olarak, bankamatikte işlem yapmakta zorlanan hamilin, kendisini banka çalışanı olarak takdim eden üçüncü bir kişiye kartını sorgusuz sualsiz teslim etmesi gösterilebilir. Buna karşılık ortada bir tehdit söz konusuysa ve bu tehdit hamili psikolojik olarak baskılayarak onun nezdinde karşı konulamaz bir etki doğurmuşsa, artık kartın irade dışı elden çıktığını kabul etmek gerekir<sup>596</sup>.

<sup>592</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 60. Yine burada “kartın çalınması” özelinde hırsızlık suçunu düzenleyen TCK m. 141 kuralıyla da bağlantı kurulabilir. Bu hükme göre, hırsızlık suçundan bahsedebilmek için zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın, fail tarafından kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alınması gerekir [Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 23; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 65].

<sup>593</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 10.

<sup>594</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 22.

<sup>595</sup> Ayırtım gücünü sürekli olarak yitiren kişiler, kural olarak yapmış oldukları hukuki işlemlerden sorumlu tutulmasalar da hakkaniyet gerektiren durumlarda hâkim, faili ekonomik açıdan zor bırakmayacak ölçüde zarardan sorumlu tutabilir (Hakkaniyet sorumluluğunun şartlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, ss. 318- 322; Eren, s. 499).

<sup>596</sup> Bu hususlarda bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 23; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 15; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 60.

BKKKK m. 12/I düzenlemesi dikkate alındığında, yalnızca kartın kaybolması veya çalınması temeline dayanan sınırlı sorumluluğun, manyetik (imzalı) kullanıma konu olan hazırlar arası işlemler ile salt kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen MO/TO işlemlerinde gündeme geleceği söylenebilir<sup>597</sup>. Zira yalnızca bu iki yöntemde, kart veya kart bilgisi dışında herhangi bir argümana sahip olmayan üçüncü kişilerce kötüye kullanım gerçekleşebilir. Ancak burada hamilin sınırlı sorumlu tutulabilmesi, kartın / kart bilgilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesinde hiçbir kusurunun bulunmaması veya en fazla hafif ihmalinin bulunmasına bağlıdır.

Bunun dışında, asıl kart hamili ek kartın kullanılmasını men etmesine rağmen, ek kart hamilinin kartını kullanmaya devam etmesi<sup>598</sup> veya hamilin kartını bilerek bir başkasına vermesi ve kartın bu kimse tarafından kötüye kullanılması durumunda da “zilyetliğin yitirilmesi” şartı gerçekleşmiş olmaz. Bu gibi hallerde hamili kartın kaybolması veya çalınması nedeniyle sınırlı sorumlu tutmak mümkün değilse de, yaratmış olduğu hukuki görünüş sebebiyle masraf tazminatından veya BKKKK m. 12/I c. 2 kapsamında zararın tamamından sorumlu tutmak mümkün olabilir.

### **(bb) Gizli Kodun Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi**

Çalışmamızın henüz başında, ödeme aracının kartla gizli kodu (kişisel güvenlik bilgisini) bünyesinde barındıran bir üst kavram olduğundan bahsetmiştik<sup>599</sup>. Bir önceki başlıktaysa ödeme aracının yalnızca somut unsuru olan “kartın” kaybolması, çalınması veya herhangi bir şekilde elden çıkması durumunda ortaya

<sup>597</sup> Gerçi BKKKK m. 15/III kuralında, MO/TO işlemlerindeki kötüye kullanımlardan ötürü hamilin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Ancak bize göre BKKKK 15/III kuralını, aynı maddenin birinci fıkrasıyla birlikte ele almak ve bu tür işlemlerde, özellikle kartı saklama yükümlülüğüne aykırı davranan hamili sorumlu tutabilmek gerekir. Diğer taraftan Alman hukukunda, ikinci revizyondan sonra kartlı ödemelerde “güçlü kimlik doğrulaması” esas alındığından, tek kullanımlık şifre (gizli kod) kullanılmadan gerçekleşen MO/TO işlemlerinde, kötüye kullanım rizikosuna yalnızca kart kuruluşu katlanır ve hamile hiçbir şekilde sorumluluk yükletilmez. Buna karşılık bizim hukukumuzda, doğrudan veya dolaylı olarak kredi kartıyla gerçekleşen MO/TO işlemlerinde tek kullanımlık şifre kullanılmasını zorunlu tutan bir kural veya uygulama yoktur. Daha sonra, MO/TO işlemlerinde kartın kötüye kullanılmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacağından, bu aşamada yalnızca meseleye dikkat çekmekle yetiniyoruz.

<sup>598</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 6; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 31.

<sup>599</sup> Bkz. Yuk. I, B, 2.

çıkan zarardan hamilin sınırlı olarak sorumlu tutulacağını belirttik. Burada daha ziyade ödeme aracının soyut kısmını oluşturan kişisel güvenlik bilgisinin veya gizli kodun (BKKKK'nın ifadesiyle, kod numarası, şifre veya kimlik belirleyici başka bir yöntemin) üçüncü kişilerce öğrenilmesi nedeniyle gerçekleşen kötüye kullanımları ele almaya çalışacağız.

Bilindiği gibi klasik uygulamada “gizli kod”, kartlı sistemlerde, hazırlar arasındaki işlemlerde hamil tarafından şahsen belirlenen PIN bilgisi olarak karşımıza çıkarken, online bankacılıkta daha ziyade kullanıcılara gönderilen veya kullanıcıların bir uygulama aracılığıyla ürettikleri tek kullanımlık şifre (TAN) şeklinde karşımıza çıkar. Kartların üzerinde yazılı olan ve hamilin POS kullanımında ifşa etmek zorunda kaldığı “hesap numarası” ile “kart numarası ise gizli kod mahiyetinde görülmez<sup>600</sup>.

Bu noktada, el yazılı imzaya ilişkin hukuki duruma da değinmek gerekir. Literatürde bazı yazarlarca “el yazılı imza” kişisel bir güvenlik bilgisi olarak kabul edilse de<sup>601</sup>, hamilin kartın arkasını imzalamakla yükümlü olması (BKKKK m. 15), özgün bir güvenlik bilgisi olarak görülen imzanın gizlilik derecesinin düşmesine, aleniyet derecesinin ise artmasına vesile olur. Gerçekten de hamilin kartın arkasını imzalamasıyla birlikte imza ve kart bir bütün haline geleceğinden, ödeme aracının bütün unsurlarıyla (kart + imza) yetkisiz kişilerin eline geçme tehlikesi doğar. Diğer taraftan, kartın arkası imzalanmadığı takdirde, yetkisiz üçüncü kişi karta özgün imzasını atabileceğinden, bu ihtimalde kötüye kullanım rizikosuna bir kat daha artar. Bu sebeplerden ötürü, güvenlik bakımından el yazılı imzayı “gizli kod” seviyesinde görmenin büyük bir yanlış olacağı açıktır<sup>602</sup>. O halde hazırlar arasındaki işlemlerde,

<sup>600</sup> Alman hukukunda bu olumsuz liste, kredi kartları özelinde daha da uzar ve kredi kartı numarası dışında, son kullanma tarihine ve kartın arkasında basılı olan güvenlik numarasına ilişkin bilgiler de kişisel güvenlik bilgisi (gizli kod) olarak kabul görmez [Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 30-31; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675j, N. 10; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2344]. Bizim hukukumuzda ise hatırlanacağı gibi 6493 sayılı Kanun m. 3/I-ğ'de, kartın arkasında bulunan güvenlik kodu ile son kullanma tarihi de kişisel güvenlik bilgisi olarak kabul edilmiştir. Yine bu noktada yeri gelmişken BKKKK m. 3/I-e'de fiziki varlığı bulunmayan kart numarasının “kredi kartı” olarak dikkate alındığını tekrardan hatırlatalım.

<sup>601</sup> Bkz. Einsele, s. 325, özellikle dn. 650; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675j, N. 40, 43 ve 44.

<sup>602</sup> Alman hukukunda bu yanlışlığa düşen yazarlar, ilk revizyonda kaleme alınan yasanın gerekçesini dayanak olarak göstermiştir. Gerekçede, kimlik tespitini sağlayan PIN, TAN veya parola olarak adlandırılan bilgiler, kişisel güvenlik bilgisi olarak belirtilmiştir. Oysaki el yazılı imzanın, yalnızca yetkili kişi tarafından bilinmesi ve gizli tutulması gereken bu bilgiler ile mukayese edilmesi düşünülemez. Bu nedenle harcama belgesine atılan imzayı, her ne kadar otorizasyon için gerekli olan bir kimlik denetim bilgisi olsa da kişisel güvenlik bilgisi (gizli kod) olarak görmemek gerekir.



yalnızca hamilin kimliğini tespit etmeye yardımcı olan PIN bilgisini veya kimlik tespitini sağlayan diğer biyometrik yöntemleri gizli kod olarak kabul etmek isabetli olur<sup>603</sup>.

Gizli kod kavramının içeriğini bu şekilde yeniden hatırlattıktan sonra, gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesi nedeniyle hamilin sınırlı sorumluluğunu öngören kuralı irdelemek yerinde olur.

BKKKK m. 12/I'nin formülasyonuna bakıldığında, kartın ya da 16'ıncı maddede belirtilen bilgilerin, yani gizli kodun kaybolmasından veya çalınmasından bahsedildiği görülür. Dolayısıyla hamil, salt kartın kaybolması veya çalınmasından sorumlu olduğu gibi kart kaybolmamış veya çalınmamış olsa bile gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesinden ötürü de sorumlu tutulabilir. Kanunla böyle bir ayrıma gidilmesi ve bilhassa “ya da” bağlacıyla bu ayrımın vurgulanması oldukça anlamlıdır. Zira bilindiği gibi kötüye kullanımın gerçekleşebilmesi için hamilin mutlaka “orijinal kartın” zilyetliğini yitirmesi şart değildir; orijinal kart verileri ele geçirilmek suretiyle pekâlâ kartın kopyası oluşturulabilir ve yine özgün yöntemler kullanılarak karta ilişkin gizli kod bilgisi ele geçirilebilir. Bu gibi hallerde, orijinal kart hâlâ hamilin zilyetliğinde bulunduğundan, somut olarak kartın kaybolmasından veya çalınmasından bahsedilemez<sup>604</sup>. Bu duruma tipik örnek olarak skimmer aparatıyla yalnızca kart bilgileri ele geçirilen hamilin, bankamatik klavyesinde PIN'i tuşladığı esnada sırada bekler gibi yapan dolandırıcıya karşı vücudunu yeterince siper etmemiş olması verilebilir. Dikkat edilirse hamil burada kartın zilyetliğini yitirmemesine rağmen, (hafif) ihmaliyle gizli kodun üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesine vesile olmuştur. Bu nedenle “sahte kartla” yapılacak harcamalardan ötürü hamil, orijinal kartın kaybolması veya çalınması nedeniyle değil, yalnızca gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesi nedeniyle “sınırlı” sorumlu tutulabilir<sup>605</sup>. Yine üçüncü kişiler, gelişmiş bir teknik kullanmak suretiyle, örneğin bankamatiklere

---

Belirttiğimiz gibi bunun temel sebebi, el yazılı imzanın, kişisel güvenlik bilgisi gibi güvenli bir şekilde korunmaya uygun bir format olmamasıdır (Bu hususlarda bkz. Hofmann, BKR 2014, ss. 107-108; Hofmann, BKR 2018, s. 65).

<sup>603</sup> Buna karşılık çalışmamızın başında, 6493 sayılı Kanun vesilesiyle vurguladığımız gibi, mesafeli işlemlerde bu hususta bir adım daha ileri gitmek ve tek kullanımlık şifrelerle (TAN) birlikte, kartın son kullanma tarihi ile güvenlik numarasını da gizli kod olarak ele almak gerekir.

<sup>604</sup> Bkz. Stefan Grundman, Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar (Ed. Claus Wilhem Canaris, Mathias Habersack ve Karsten Schäfer), 5. Bası, Berlin/München/Boston 2015, s. 247, N. 434; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 33.

<sup>605</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 12; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 18; Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1.

çıplak gözle tespit edilmesi mümkün olmayan mini kameralar yerleştirerek PIN kodunu öğrenebilir. Bu durumda, herhangi bir kusuru bulunmayan hamili aynı şekilde “sınırlı” sorumlu tutmak icap eder. Çünkü aşağıda görüleceği gibi hükmün ratio legisinden, kanun koyucunun hamilin sınırlı sorumluluğunu kusur esasından soyutladığı net bir şekilde anlaşılmaktadır. Şu halde hamil ister gizli kodu güvenli bir şekilde korumada “hafif ihmal” sergilesin isterse bu hususta kendisine herhangi bir kusur isnat edilememiş olsun, her iki ihtimalde de zararın neredeyse tamamını (150 TL dışındaki bakiye tutarı) kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır.

Bunların dışında, düşük bir ihtimal de olsa hamil hem kartın zilyetliğini yitirmede hem de gizli kodu güvenli bir şekilde korumada hafif ihmal sergilemiş olabilir ve ortaya çıkan zararlardan ötürü sınırlı sorumlu tutulabilir<sup>606</sup>. Alman hukukunda bir görüş, hazırlar arası işlemlerde nadiren karşılaşılabilecek bu gibi hallerde hamili yalnızca kartın kaybolması veya çalınmasından ötürü sorumlu tutmak gerektiğini savunur. Zira bu görüş kapsamında gizli kodun güvenli bir şekilde korunmaması nedeniyle oluşan “diğer kötüye kullanımların” konusunu, yalnızca online bankacılıkta kullanılan PIN ve TAN kodları oluşturur<sup>607</sup>. Buna karşılık, meseleyi daha geniş bir perspektiften ele alan ve manyetik şeritte gömülü bulunan “orijinal karta ait verileri” de kişisel güvenlik bilgisi (gizli kod) olarak değerlendiren baskın görüş, bu veriler yardımıyla üretilen sahte kart harcamalarından dolayı hamilin gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamamadan sorumlu tutulabileceğini savunur<sup>608</sup>.

Bizim hukukumuzda ise böyle suni bir ayrıma gitmek gereksizdir. Çünkü

<sup>606</sup> Bu yönde bkz. Hofmann, BKR 2014, ss. 109-110.

<sup>607</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 13; Hofmann, BKR 2018, s. 63; Hofmann, BKR 2014, s. 110.

<sup>608</sup> Alman hukukunda ilk revizyon döneminde, sahte kartla gerçekleşen kötüye kullanımlarda hamilin sınırlı sorumluluğu “kusur” (hafif ihmal) esasına bağlanmıştır (Bkz. Scheibengruber, BKR 2010, s. 16. Ayrıca bkz. ve karşı. Hofmann, BKR 2018, s. 64, dn. 28’de anılan yazarlar). Yeri gelmişken, ilk revizyon döneminde hamilin sınırlı sorumluluğunun, kusurlu ve kusursuz olmak üzere ikiye ayrıldığını ve sorumluluğun belirlenmesinde bu ayrımın önem arz ettiğini belirtelim. Gerçekten de bu dönemde salt kartın zilyetliğini yitiren hamilin sınırlı sorumluluğunda kusur şartı aranmazken; gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesi durumunda, hamilin hafif ihmal düzeyinde kalmak şartıyla “kusurlu” olması aranmaktaydı. Ancak ikinci revizyonla birlikte sınırlı sorumluluk özelinde bu iki kategori arasında “kusurlu” ve “kusursuz” sorumluluk ayrımı ortadan kaldırıldığından, bu tarz tespitler teorik ve pratik açıdan önemini yitirmiştir. Yeni düzenleme kapsamında hamil, ağır ihmali veya kastı bulunmadığı sürece gerek kartın kaybolması gerekse kartın başkaca bir şekilde kötüye kullanılması sebebiyle (buna gizli kodun herhangi bir şekilde üçüncü kişilerce öğrenilmiş olması ihtimali de dahil) ortaya çıkan zararlar nedeniyle kural olarak “kusursuz” ve “sınırlı” sorumlu tutulmaktadır.

BKKKK m. 12/I c.1 uyarınca “hafif ihmali” bulunan hamili, kartın kaybolmasından, çalınmasından veya gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesinden ötürü kusuru olsun olmasın sınırlı sorumlu tutmak icap eder. Tam bu noktada bankamatiklerde veya POS’lardaki çipli kullanımlara özel bir parantez açmak gerekir. Çünkü bilindiği gibi CHIP&PIN sisteminde kötüye kullanımın gerçekleşebilmesi için yalnızca karta zilyet olmak yeterli olmaz; bunun dışında karta ait gizli kodun da bilinmesi gerekir. Dolayısıyla hamili sorumlu tutabilmek için kartın zilyetliğinin yitirilmesi dışında, otorizasyonsuz ödemenin gizli kod kullanılarak gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle “kartın” POS terminalinde veya bankamatiklerde PIN ile birlikte kullanılması ya da mesafeli işlemler söz konusuysa “kart bilgilerinin” 3D Secure (“MasterCard Secure Code” veya “Verified by Visa”) platformu üzerinden gizli kodla birlikte kullanılması gerekir<sup>609</sup>. Sınırlı sorumluluk için hamilin hem kartı saklama hem gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü bakımından “hafif ihmali” düzeyinde aykırı bir davranış sergilemesi gerektiğinden -ki bu çok istisnai hallerde gündeme gelebilir- gizli kod bilgisi gerektiren kullanımlar genellikle sınırsız sorumluluğun konusunu oluşturur<sup>610</sup>. Gerçekten de orijinal kartın gizli kodla birlikte kötüye kullanıldığı hallerde, hamilin kartı saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi dışında, gizli kodu da güvenli bir şekilde koruyamadığı, daha doğrusu gizli kodu korumada ağır

<sup>609</sup> Bu yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 9-10.

<sup>610</sup> Hamilin kartını kaybetmiş veya çaldırmış olması, -gasp veya skimming gibi girişimler dışında- çoğu zaman kendi ihmaliinden kaynaklanır. Yine gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesi durumunda da çoğu zaman hamilin ihmali söz konusudur. Bununla birlikte gizli kod bilgisi yalnızca hamilin uhdesinde olan bir bilgi olduğundan, kartla birlikte gizli kodun da üçüncü kişilerin eline geçmesinde hamilin ihmalinin hafif ihmali düzeyinde kalması istisnaen gündeme gelebilir. Öğretide Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), uygulamada karşılaşılan örneklerden hareketle bu gibi hallerde hamilin tutumunun ne zaman hafif ne zaman ağır ihmali sayılabileceğini belirlemeye çalışmıştır. Yazara göre kart ile PIN’in eş zamanlı olarak taşınması tek başına özen yükümüne aykırılık teşkil etmez. Bu nedenle hamil, kart ile PIN bilgisini farklı farklı ceplerde (söz gelimi birini pantolon, diğerini mont cebinde) taşımışsa, kendisine bu konuda “en fazla” hafif ihmali isnat edilebilir. Yine başka uyuşmazlıklarda, hamillerin farklı bölmelerde kartla PIN bilgisini bulundurdıkları evrak ve sırt çantalarını, benzer vasıfları haiz bir ofisteki dolapta bırakıp gitmeleri ağır ihmali olarak görülmemiştir (§675v, N. 85, 92). Buna karşılık AmtG. Hannover bir kararında, debit kartı ve debit karta ilişkin bilgileri (özellikle PIN bilgisini) içeren belgeyi ceketinin farklı ceplerine koymakla birlikte, bu ceket kilit altında tutulmayan bir bürodaki dolapta muhafaza eden ve yaklaşık bir saat kadar büroyu terk eden hamilin tutumunu ağır ihmali olarak değerlendirmiştir (Bu karar için bkz. Haybäck, s. 91). Hamilin farklı bölmelerde de olsa hem kartını hem de gizli kodunu tek bir eşyada (ceketinde) saklamış olması, bu bilgileri ayrı tutma yükümlülüğüne aykırı olduğundan, ulaşılan sonucun isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Örneklerden de anlaşılacağı gibi, hamilin sergilemiş olduğu ihmalin türünü formüller bir yaklaşımla önceden saptamak mümkün değildir. Zira somut olayda karşılaşılan bir nüans, ihmalin türünü tam tersi yönde olacak şekilde değiştirebilmektedir. Bu nedenle ihmali tutumun derecesinin belirlenmesinde en büyük görev hiç kuşkusuz somut olayı birebir analiz etmek durumunda olan hâkimlere düşmektedir.

ihmalî bir tutum sergilediği varsayılarak zararın tamamından prensip olarak kendisi sorumlu tutulur. Bu meseleyi daha sonra, sınırsız sorumluluğa ve ilk görünüş ispatına ilişkin açıklamalarda tekrar ele alacağız.

Bu hususta son olarak gizli kod kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlar ile kaybolma veya çalınma şeklinde somut olarak gözlemlenebilir formda gerçekleşen kötüye kullanımlarda, sorumluluğu şekillendiren ortak paydanın “otorizasyonsuz ödeme(ler)” olduğunu belirtelim. Bu açıdan, kanun koyucunun sınırlı sorumluluğu yalnızca kartın zilyetliğinin yitirildiği hallere özgülediğini söylemek yanlış olur. Zira BKKKK m. 12/I c. 1 ile m. 16’ya yapılan gönderme, kartın zilyetliği yitirilmeden gerçekleşen diğer kötüye kullanımlar açısından tamamlayıcı bir fonksiyon göstermekte ve bu ihtimallerde de hamili sınırlı sorumlu tutmak amaçlanmaktadır<sup>611</sup>.

## **(b) Sınırlı Sorumluluğunun Kusura Bağlı Olmaması**

### **(aa) Kartın Kaybolması, Çalınması veya Herhangi Bir Şekilde Elden Çıkması Durumunda**

Kredi veya debit kartın kaybolması, çalınması veya herhangi bir şekilde elden çıkmasında kart hamilinin kusurunun bulunup bulunmaması, sınırlı sorumluluk açısından önem teşkil etmez<sup>612</sup>. Kanun koyucunun hamile bu şekilde kusursuz ve sınırlı sorumluluk isnat etmesinin arka planında, kartın zilyetliğini yitiren hamilin mümkün olduğunca hızlı bir şekilde durumu kart kuruluşuna bildirmesini sağlamak ve bu hususta kendisini teşvik etmek yatar<sup>613</sup>.

<sup>611</sup> Alman hukukunda benzer yönde bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 13; Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675w, N. 2.

<sup>612</sup> Bkz. M. Koch, s. 120; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 3; Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 247, N. 433; Astrid Stadler, **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I, Rom-II, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO**, (Ed. Othmar Jauernig ve Rolf Stürner), 16. Bası, München, 2015, §§675u – 675w, N. 1a; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 81; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 16; Piekenbrock, WM 2015, s. 798; Nobbe, WM 2011, s. 967; Hofmann, BKR 2014, s. 109; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 57. Bu nedenle, kartın zilyetliği söz gelimi gasp nedeniyle kaybedilmiş olsa bile kötüye kullanımdan ötürü kart hamilini üst limite kadar sorumlu tutmak gerekir [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap.6, §675v, N. 7; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2346].

<sup>613</sup> Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2346; M. Koch, s. 121; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 3; Staudinger ve Omlor, §675v, N. 1; Graf von

İlk bakışta burada kusursuz sorumluluk öngörmenin gerekli olup olmadığı hususu tartışılabilir. Zira kartın kaybolduğu veya çalındığı bilgisini edinir edinmez durumu derhal kart kuruluşuna bildirmeyen kart hamili, BKKKK m. 16'da düzenlenen yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olacağından, kendisini kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutmak zaten mümkündür. Ancak bu gibi hallerde hamilin kötüye kullanımı öğrendiği anı tam olarak ortaya koymak ve bu veriden hareketle zamanında blokaj bildiriminde bulunmadığını ispatlamak oldukça güçtür. Bu açıdan bakıldığında, kusursuz sorumluluk rejiminin optimal bir denge kurduğu ve özellikle -kötüye kullanımlara karşı dikkatli olma konusunda- en azından kart hamilini teşvik edici bir fonksiyon gösterdiği söylenebilir<sup>614</sup>.

Diğer taraftan, hamilin hiç kusuru bulunmamasına rağmen kısmen de olsa zararı üstlenmesi, ödeme sistemine duyulan güveni zedeleyebilir<sup>615</sup>. Keza kartın kaybolmasının genellikle hamilin hafif ihmaline dayanması veya gasp durumunda hiçbir kusuru bulunmamasına rağmen yine de hamilin sorumlu tutulması, onun sorumluluğunu artırmak olarak yorumlanabilir ve buna ilişkin itirazları gündeme getirebilir<sup>616</sup>. Tüm bu itirazlar karşısında, hamilin kartına özen göstererek ve kayıp durumunu derhal kart kuruluşuna bildirerek gerçek anlamda kötüye kullanımı önleme şansına sahip olduğunu hatırlamak gerekir. Ayrıca gizli kod olmaksızın salt kartın kendisi çoğu durumda kötüye kullanım için yeterli olmayacağından, “kusursuz” olarak kaybedilen kart nedeniyle hamile sınırlı ama kesin bir sorumluluk yüklendiği yönünde betimlenen felaket tablosu çok da gerçekçi değildir. Bilakis kanun koyucu kusursuz sorumluluk düzenlemesiyle kart hamillerini özen

---

Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 5; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 57; Pavalenco, s. 208; Krepold ve Fischbeck, s. 100.

<sup>614</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, ss. 121-122. Yine aynı yazarın isabetle vurguladığı gibi, hamilin kusursuz olarak rizikoya katılması sağlanarak “moral hazard” (ahlaki çöküş) tehlikesi de hafifletilmiş olur. “Moral hazard”, kolektif giderler söz konusu olduğunda bireyin kendi çıkarları doğrultusunda davranışını değiştirmesini ifade eder. Özellikle rizikonun genel olarak -bir sistem tarafından- üstlenildiği hallerde, bireyler daha az dikkatli davranmaya yatkın olur. Bunun tipik örneği, geleneksel uygulamada tedbir niteliğinde bir miktar katılım ücretinin belirlendiği sigorta sistemidir (s. 122, dn. 402). Bu noktada, kartlı ödemelerde de kötüye kullanım rizikosunun yalnızca sistem kurucusu olan kart kuruluşuna yükletilmeyip bunun dışında hamile de kusursuz ve sınırlı sorumluluk getirilerek moral-hazard tehlikesinin savuşturulduğu söylenebilir. İktisadi bakımdan kötüye kullanım rizikosunu analiz edildiğinde de, kusursuz- sınırlı sorumluluk düşüncesinin, hamilin önceden hesaplanması güç olan ve kusura bağlı bulunan bir rizikoyu taşımaktansa, önceden sınırları belirli olan ancak kusura bağlı olmayan bir rizikoyu taşımayı tercih etmesine dayandığı söylenebilir (Bu hususlarda bkz. A. Langenbucher, ss. 182-183, 189).

<sup>615</sup> Bkz. M. Koch, s. 122.

<sup>616</sup> Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2346; Pavalenco, s. 210.

yükümlüğüne uygun davranmaya teşvik etmiş (bir nevi hamilleri sürekli tetikte tutmak istemiş) ve bu sayede kötüye kullanımların önüne geçebilmeyi ve de karlı ödemelere olan güveni arttırabilmeyi amaçlamıştır<sup>617</sup>. Ayrıca kusursuz- sınırlı sorumluluk sayesinde, yalnızca “hafif ihmali” bulunan hamilin zararın tamamından sorumlu tutulma ve sorumlu olunan miktarın önceden hesaplanamama ihtimalleri de devre dışı kalmaktadır<sup>618</sup>. Sonuç olarak tüketiciyi koruma organizasyonlarının iddialarının aksine, sınırlı sorumluluğun kusura bağlı olmaması ilke olarak tüketici (hamil) aleyhine bir durum oluşturmamaktadır<sup>619</sup>.

### **(bb) Gizli Kodun Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi Durumunda**

Alman hukukunda ilk revizyon döneminde, kişisel güvenlik bilgisinin (gizli kodun) güvenli bir şekilde “saklanmaması”<sup>620</sup> ihtimalinde, kartın zilyetliğinin yitirilmesi ihtimalinden farklı olarak kusur sorumluluğu referans alınmıştır (Bkz. Mülga BGB §675v/I- c. 2)<sup>621</sup>. Gerçi kuralın lafzına bakıldığında, yasa koyucunun

<sup>617</sup> Bkz. M. Koch, s. 122.

<sup>618</sup> Bkz. Pavalenco, ss. 209-210.

<sup>619</sup> Kaldı ki yasal düzenlemeyle sorumluluk rejimi netleşene kadar taraflar zaten standart sözleşmelere aynı içerikte klonlar eklemekte ve bunlar geçerli kabul edilmekteydi. Alman Federal Mahkemesi bir kararında aksi yönde görüş bildirmiş olsa da, bu kararda kusursuz sorumluluk klonunun geçersiz olmasına sebep olan etmen, sorumluluğun miktar ile sınırlandırılmamış, yani hamile hesaplanamaz bir sorumluluk rizikosu yüklenmiş olmasıdır (Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2346).

<sup>620</sup> Mülga BGB §675v/I c. 2’de, kart hamilinin gizli kodu güvenli bir şekilde saklamamış olmasından (nicht sicher aufbewahrt hat) bahsedilir. Oysa daha önce de belirttiğimiz gibi, gizli kodlar (PIN, TAN, elektronik imza vs.) somut bir görünüm arz etmediğinden, bu ifade yanlış anlaşılabilir. Gizli kodlar bir yere yazılmış veya kaydedilmişse ancak o takdirde bunların saklanması mümkün olabilir (M. Koch, s. 124). Aynı hataya bizim hukukumuzdaki muadil düzenleme olan BKKKK m. 12’de de düşülmüştür. Anılan kuralda, BKKKK m. 16’da belirtilen bilgilerin (yani kod numarasının, şifrenin veya kimlik belirleyici başka bir yöntemin) kaybolması veya çalınmasından bahsedilmiştir. Buna karşılık hükmün göndermede bulunduğu m. 16’da, kimlik tespitini sağlayan bilgilerin güvenli bir şekilde “korunmasından” bahsedilerek bir nevi bu hata tolere edilmiştir. Biz de çalışmamızda yeri geldikçe dilbilgisel anlamda daha doğru olan BKKKK m. 16’daki ifade kalıbını kullanacağız.

<sup>621</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 3; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 42; Linardatos, s. 177-178; Erman/ Graf von Westphalen, §675v, N. 10; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 2, 11, 23 ve 27; Pavalenco, s. 205; Krepold ve Fischbeck, s. 100; Linardatos, WM 2014, s. 302; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2346; Piekenbrock, WM 2015, s. 798; Hofmann, BKR 2014, s. 109. Öğretide Einsele, mülga BGB §675v/I c. 2 çerçevesinde sorumluluğun doğması için objektif yükümlülük ihlalinin yeterli olmayacağını, bunun için ayrıca hamilin hafif ihmalinin bulunması gerektiğini savunur. Yazar ayrıca aynı yerde Alman hukukunda kusursuz sorumluluğun istisna teşkil ettiğini vurgulamaktan kendisini alamaz (s. 298, dn. 528). Yine öğretilerde bir grup yazar tarafından, ilk revizyon döneminde cari olan mülga BGB §675v/I c. 2 kuralının yükümlülük ihlalinin doğan tazminat borcunu düzenleyen BGB §280’nin özel bir uygulaması olduğu ileri sürülmüştür. Bu kabulden hareket edildiğinde, borçlunun (hamilin), BGB §280/I c. 2 uyarınca yükümlülüklerine aykırı davranmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür (Bkz. M. Koch, s. 124; Sprau, Palandt BGB,

böyle bir saikle hareket ettiği açık ve net olarak anlaşılamamaktadır. Zira BGB §675/I c. 2 kuralı, kartın kaybolması veya çalınması ihtimalini düzenleyen c. 1'deki kural gibi, sübjektif unsur (kusur) belirtilmeksizin formüle edilmiştir. Buna karşılık öğretide c. 2'de geçen “kimlik tespit aracının güvenli bir şekilde saklanmaması” şeklindeki ifadedden hareketle, kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>622</sup>.

Baskın görüşün baktığı noktadan, kartın kaybolması ile gizli kodun güvenli bir şekilde korunamaması ihtimali arasında belirgin bir farklılık bulunmalıdır. Gerçekten de kartın kaybolması ihtimalinden farklı olarak gizli kodun kötüye kullanıldığı hamil tarafından hemen fark edilemeyeceğinden, kayıp durumunda olası zararların önüne geçmek adına hamili teşvik etmek amacıyla getirilen kusursuz sorumluluk kuralı, gizli kodların kötüye kullanılmasında herhangi bir fonksiyon göstermez<sup>623</sup>. Yine bu teoriyi desteklemek adına, fiziki kartın kaybolmasında, işin doğası gereği hamilin ihmalinin bulunacağı; buna karşılık gizli kod, ödeme aracının soyut unsurunu oluşturduğundan, kolaylıkla benzer bir çıkarımda bulunulamayacağı esasına dikkat çekilebilir<sup>624</sup>. Bu itibarla, gizli kodlar açısından kusur sorumluluğunun esas alınmasını doğal karşılamak gerekirse de, gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamayan hamilin, yalnızca “hafif” ihmal söz konusuysa sınırlı sorumlu tutulabileceği açıktır<sup>625</sup>. Ayrıca hamilin sorumlu tutulabilmesi, yükümlülük ihlali sonucunda zararın ortaya çıkmış olması, yani ihlal ile zarar arasında illiyet bağının bulunmasına bağlıdır<sup>626</sup>. Örneğin harcama belgesinde sahtecilik yapılmak suretiyle gerçekleşen kötüye kullanımlarda, sebep sonuç bağlantısı kurulamayacağından,

---

§675v, N. 3; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 27). Ezcümle, bu dönemde çoğu yazar, kişisel güvenlik bilgisinin (veya bizim tabirimizle gizli kodun) kötüye kullanılması sebebiyle hamilin sınırlı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu hareket etmesi gerektiği noktasında hem fikirdir. Buna karşılık Stange'ye göre, BGB §675v'nin temelini oluşturan ZDR I m. 61 kuralında, her iki sorumluluk sebebi bakımından -en azından doğrudan- kusur şartı aranmamıştır (s. 160-161). Bu nedenle yazar, hamilin gizli kodu güvenli bir şekilde korumamasında kusurlu hareket etmesini esas alsa da bunun aksinin düşünülebileceğini ve gizli kodu korumada kusuru bulunmasa dahi hamilin pekâlâ sorumlu tutulabileceğini savunur (s. 196). Nitekim hemen aşağıda da görüleceği gibi ikinci revizyonda kanun koyucu, yazarın bu görüşü doğrultusunda bir düzenlemeye gitmiştir.

<sup>622</sup> Bu hususlarda bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 15; Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 247, N. 434; Linardatos, WM 2014, s. 302; Linardatos, s. 181.

<sup>623</sup> Bkz M. Koch, ss. 124-125.

<sup>624</sup> Bkz. Oechsler, WM 2010, ss. 1382-1383.

<sup>625</sup> Yoksa hamile ağır ihmal veya kast isnat edilen hallerde, kendisini o dönemde yürürlükte olan BGB §675v/II kapsamında zararın tamamından sorumlu tutmak gerekirdi (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 15; Pavalenco, s. 206).

<sup>626</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 14.

hamili kusurlu ve sınırlı olarak sorumlu tutmak mümkün olmaz. Aynı sonuç, hamilin online bankacılık verilerine sızılması durumunda da büyük oranda geçerlidir<sup>627</sup>.

Türk hukuku özelinde meseleyi değerlendirmek gerekirse, 150 TL’lik sınırlı sorumluluğu kusurlu ve kusursuz olarak ayırtırmanın ve bunu bir teorik temele oturtmanın oldukça güç olduğu söylenebilir. Nitekim sınırlı sorumluluk kuralını düzenleyen BKKKK m. 12/I c. 1’e bakıldığında, kartın ve kimlik tespitini sağlayan araçların kaybolması veya çalınması ihtimalinin tek bir cümlede ve aynı ölçüte göre formüle edildiği görülür. Daha açık bir ifadeyle BKKKK m. 12’de, kartın zilyetliğinin yitirilmesi ihtimalinden farklı olarak gizli kodun hukuka aykırı kullanılmasında, hamilin kusurunun şart olduğu yönünde özel bir vurgu yapılmamıştır. Bu nedenle BKKKK m. 12/I c. 1 kuralı bir bütün olarak ele alınmalı ve hamil gerek kartın zilyetliğini yitirmesi gerekse de gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesi veya onu güvenli bir şekilde koruyamaması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan ötürü kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulmalıdır. Aksi kabulden hareket edilirse, birbiriyle bağdaştırması güç sonuçlarla karşılaşılabilir. En basitinden, hamilin elinden “kartın” silah zoruyla alınmasında onu kusursuz sorumlu tutmak gerekirken, “gizli kod”un şantaj yoluyla öğrenilmesinde, kusuru bulunmayan hamili sorumlu tutmamak gerekir ki bu çok ikna edici bir sonuç olarak görülmez<sup>628</sup>.

Alman hukukunda da ikinci revizyonla birlikte, gizli kodun “güvenli bir şekilde korunamaması” ibaresi madde metninden çıkarılmış, bunun yerine “ödeme aracının başkaca şekilde kötüye kullanıldığı hallerde” de hamilin sınırlı sorumlu tutulacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Bu haliyle, gizli kodun güvenli bir şekilde korunmamasına ilişkin eski düzenlemede yer alan ibarenin, “kusursuz sorumluluğa” eklenildiği söylenebilir (BGB §675v/I)<sup>629</sup>.

<sup>627</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 3.

<sup>628</sup> Bu yönde bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 27.

<sup>629</sup> Oysaki ilk revizyon döneminde, kart ile gizli kod ayırt edilmeden, bunların kaybı, çalınması veya diğer şekilde elden çıkması sebebiyle gerçekleşen kötüye kullanımlardan hamili kusursuz ve sınırlı sorumlu addeden sözleşmesel klostlar geçersiz kabul edilirdi. Çünkü bu dönemde belirttiğimiz gibi “gizli kod” kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlarda hamilin “sınırlı” sorumluluğu kusur şartına (hafif ihmale) bağlıydı. Hamilin kusuru bulunmaması durumunda zarardan hiçbir şekilde sorumlu tutulmayacakken, sözleşmesel bir klostla kendisine bu şekilde kusursuz sorumluluk yüklemek, BGB §675e/I anlamında hamil aleyhine bir durum yaratacağından, bu tür klostlar geçersiz sayılırdı (Bu yönde bkz. M. Koch, s. 163; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 26). Buna karşılık son revizyonda, gizli kodun güvenli bir şekilde korunmaması ihtimali bakımından hamilin etki alanıyla bağlantılı bir sınırlı sorumluluk belirleme yönteminden vazgeçilmiş, bunun yerine “ödeme aracının” ne şekilde olursa olsun kötüye kullanılmış olması - hamilin ağır ihmali veya kastı bulunmadığı sürece- kusursuz ve sınırlı sorumluluk açısından yeterli görülmüştür.



Yine son revizyonda getirilen bir diğer yenilik, hamilin ödeme aracının kaybolduğunu, çalındığını, elinden çıktığını veya başkaca şekilde kötüye kullanıldığını otorizasyonsuz ödeme gerçekleşmeden önce fark edebilmesi mümkün değilse ya da kötüye kullanım münhasıran kart kuruluşunun etki alanında gerçekleşmişse, ortaya çıkan zararlar sebebiyle sınırlı da olsa sorumlu tutulamamasıdır (BGB §675v/II, b. 1)<sup>630</sup>. Dikkat edilirse bu kuralla kanun koyucu sınırlı sorumluluğa nesnel bir kriter getirmek istemiş ve hamilin koşullar gereği kötüye kullanımı “objektif” olarak tespit edemediği hallerde sorumlu tutulmamasını öngörmüştür<sup>631</sup>. Böylelikle sınırlı sorumluluk şartlarında, hamil lehine olacak şekilde ekstra bir esneklik sağlanmıştır.

Alman öğretisinde, “fark edilebilirlik” kıstası uygulanırken, ödeme aracının (kartın) kaybolması, çalınması veya fiziken zilyetliğinin yitirilmesi ihtimaliyle onun başkaca bir şekilde kötüye kullanılması ihtimali arasında bir ayrım gözetmek gerektiği savunulur. Zira hamil kartın zilyetliğinde bulunup bulunmadığını her daim kontrol edebileceğinden, kötüye kullanımdan önce kayıp, çalıntı durumunu çok istisnai haller dışında kolaylıkla fark edebilir<sup>632</sup>. Ancak burada şu husus atlanmamalıdır: Kartı üzerinde veya cüzdanında taşıyan hamilin kayıp ve çalıntı durumunu her zaman tespit edebilmesi mümkünken, aynı çıkarımı kartını evinde bulunduran hamil açısından yapmak mümkün olmaz. Bu nedenle, somut olaya göre bir tavır takınmak, bilhassa kartını evinde bulunduran hamile kayıp veya hırsızlık durumunu fark edebilmesi için uygun bir süre tanımak yerinde olur<sup>633</sup>. Şu halde kartı üzerinde taşıyan hamilin kural olarak kartın kaybolduğunu veya çalındığını fark edemediği iddiasını ileri sürmesi mümkün değilken, kartını evde bulunduran hamilin de makul bir süre geçtikten sonra bu iddiaya dayanabilmesi mümkün olamayacaktır<sup>634</sup>.

<sup>630</sup> Bkz. Zahrte, NJW 2018, s. 340.

<sup>631</sup> Bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 244.

<sup>632</sup> Uyku, baygınlık hali durumunda veya hırsızlık eyleminin doğrudan erişim alanının dışında gerçekleşmesi gibi istisnai bazı hallerde, hamilin kötüye kullanımdan önce durumu tespit edebilmesi mümkün olmayabilir. Yine kart, hamil evde yokken çalınmış ve henüz eve dönmeden tekrar yerine konmuşsa, kötüye kullanımı tespit edebilmek oldukça güçleşir. Özellikle kartın geçici olarak kaybolduğu ve fark ettirmeden geri yerine konulduğu hallerde, hamilin durumu fark edememe ihtimali oldukça yüksektir. Bu gibi hallerde fail, genellikle hamili tanıyan bir arkadaşı veya işyerinden bir meslektaşı ya da ev sakinlerinden biri olarak karşımıza çıkar (Bkz. M. Koch, ss. 47-48; Bucher, ss. 247-248).

<sup>633</sup> Bu hususlarda bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 244.

<sup>634</sup> Burada bir noktanın altını özellikle çizmek gerekir: Kart hamili, kartın kaybolduğunu veya bir

Buna karşılık ödeme aracının başkaca şekilde kötüye kullanıldığı hallerde, örneğin erişim verilerine gizlice sızılarak ele geçirilen kart numarasının veya manyetik şeritteki bilgiler üzerinden çıkarılan sahte kartların kötüye kullanılmasında, hamil karta zilyet olmaya devam ettiğinden, otorizasyonsuz ödemeden önce durumu fark edebilmesi mümkün olmaz. Bu gibi hallerde hamilin pratik olarak olayların gelişimine engel olması da beklenemeyeceğinden, ortaya çıkan zararlardan dolayı kendisini sorumlu tutmamak gerekir<sup>635</sup>. Fakat buradan hareketle, karta zilyet olmaya devam eden hamilin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşmamak, en azından müteakip kötüye kullanımları fiilen engelleme ihtimali bulunan hamili sorumlu tutmaya devam etmek gerekir. Bu da ancak hesap özetinden veya hesap hareketlerinden zamansal olarak daha önce gerçekleşen kötüye kullanımların “fark edilebileceği” düşüncesinden hareketle sağlanabilir. Bu noktadan hareket edildiğinde hem hamil hesap hareketlerini düzenli olarak kontrol etme konusunda teşvik edilmiş (dolayısıyla kuralın amacına uygun bir yorum geliştirilmiş) hem de blokaj bildiriminde bulunmaya zorlanarak müteakip kötüye kullanımlar engellenmiş olur.

Sonuç olarak Alman hukukunda, kartın zilyetliği yitirilmeden gerçekleşen kötüye kullanımlarda “fark edilebilirlik” kıstası nedeniyle hamili ilk kötüye

---

şekilde kötüye kullanıldığını “bilmesine” rağmen, blokaj bildiriminde bulunmazsa, BKKKK m.12/I c. 2 (BGB §675v/III, b. 2) uyarınca ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulur. Yine hamilin geç bildirimde bulunması nedeniyle zararın tamamından sorumlu tutulması, kartın kaybolduğunu veya bir şekilde kötüye kullanıldığını “biliyor” olmasına bağlıdır; yoksa burada salt hamilin “durumu bilme gerekliliği” bir kriter olarak dikkate alınmaz. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi taraflar, sözleşmeyle hamilin bildirim yükümlülüğünün kapsamını “şüpheli durumları” da dahil ederek genişletebilir. Bu takdirde ister istemez ilk etapta, hamilin araştırma (kartı yoklama) yükümlülüğü doğar. Araştırma sonucunda hamilin somut kaygılara ulaşmış olması, bildirim yükümlülüğünün doğması için yeterli görülür. Bu noktada kartı yoklama yükümlülüğü ile sınırlı sorumluluğu devre dışı bırakan “fark edilebilirlik” kıstası arasında doğrudan bir bağlantı olduğu söylenebilir. Zira “fark edilebilirlik” kıstası açısından da kartın zilyetliğini kaybeden hamilin, öncelikle kartın bulunabileceği yerleri araştırıp kontrol etmesi gerekir. Her iki ihtimalde yoklama yükümlülüğünün süresini birtakım genellemelere tabi tutmak yerine, somut olay bazında ele almak daha doğru olacağından, yükümlülüğü saatte bir, günde bir veya haftada bir olacak şekilde sınırlayan klozları geçersiz kabul etmek gerekir. Çünkü araştırma- yoklama süresinin belirlenmesinde, özellikle kullanıcının ödeme aracını ne şekilde muhafaza ettiği, kartlı sistemlerde sıklıkla gözlendiği gibi onu üzerinde mi taşıdığı, yoksa online bankacılıkta kullanılan ve tek kullanımlık şifre üretmeye yarayan aparatlarda olduğu gibi evinde mi bulundurduğu hususu önem arz eder. Buna karşılık araştırma süresi, açık kloz formatında “düzenli aralıklarla” ifadesi kullanılarak sınırlandırılabilir. Bu durumda hâkim, “düzenli aralıklarla” ifadesiyle kastedilmek istenen zaman birimini, somut olaydaki tüm şartları dikkate alarak belirler (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 64).

<sup>635</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, s. 145; Hadding, DRiZ 2006, s. 357. Fiilen hükmedebilmesi mümkün olmayan risklerden veya kartını özenli bir şekilde saklamış olsa bile kötüye kullanımı engelleyemeyeceği hallerden dolayı hamili götürür bir şekilde sorumlu tutan sözleşme klozlarının geçersiz sayılması hakkında bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 82; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 42.

kullanımdan değilse de, daha sonra gerçekleşen kötüye kullanımlardan ötürü sınırlı sorumlu tutmak mümkündür. Kartın kaybolduğu veya çalındığı haller dışında hamil, ancak zamansal olarak daha önce gerçekleşen kötüye kullanımı fark edemediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. Bu açıdan “fark edilebilirlik” kıstası ele alınırken, hamilin dönem içi harcamalardan ne şekilde haberdar olduğunu göz önünde bulundurmak, ilk ve takip eden kötüye kullanımları tespit edebilmesi için kendisine uygun bir zaman tanımak gerekir. Söz gelimi, kart hamiline ayda bir kez mektupla bilgilendirme yapılıyorsa, kötüye kullanımların fark edilebilmesi hesap özetiyle ulaşmasıyla mümkün olacağından, çoğu zaman dönem içinde gerçekleşen müteakip kötüye kullanımlar bakımından da kendisine sınırlı sorumluluk yükletilemez. Buna karşılık online bankacılık sistemine katılan bir hamil, internet erişimine sahip olduğu her an hesap hareketlerini kontrol edebileceğinden, kötüye kullanımları da rahatlıkla tespit edebilir<sup>636</sup>. Bu son ihtimalde kart hamili, nasıl çantasında taşıdığı kartın yerinde olup olmadığı her zaman kontrol edebiliyorsa, mobil veya online bankacılık üzerinden kart hesabına girerek bilgisi dahilinde olan ve olmayan tüm harcamaları da her zaman kontrol edebilir<sup>637</sup>. Bu açıdan, ilk kötüye

<sup>636</sup> Hatta ödeme hizmeti sağlayıcıları, “düzenli aralıklarla” online bankacılık hesaplarını kontrol etme noktasında kullanıcıları sözleşmeyle yükümlü kılabilir. Bu tür açık klozlar, ilk bakışta kullanıcılara aşırı bir yükümlülük yüklüyor gibi görüle de, aykırılık durumunda kullanıcının sorumluluğunun en fazla 50 Euro ile sınırlanacağı ve kanun koyucunun mümkün mertebe hamili sorumluluktan kurtarmayı amaçladığı göz önünde tutulduğunda, bu analiz kuşkulu hale gelip anlamsızlaşır (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 64).

<sup>637</sup> Yargıtay da konu içeriği farklı olmakla birlikte benzer bir meseleyi ele aldığı bir kararında (11. HD, T. 12.05.2008, E. 2007/4172, K. 2008/6183), yoğun olarak internet bankacılığı kullanan hamilin, bilgisi dâhilinde yapılan işlemlerden haberdar olmadığını iddia etmesini hayatın olağan akışına uygun görmemiştir. Gerçi karar metninden hamilin basiretli davranmak zorunda olduğunun vurgulanmış olması, kendisinin tacir olduğu anlamına gelir. Bununla birlikte aynı sonucun tüketici konumundaki kart hamilleri bakımından da kabul edilmesine engel bir durum bulunmaz. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “... Davacı vekili, davalı bankadaki hesabından bilgisi dışında işlemler gerçekleştirilerek para çekildiğini, imzasının taklit edilerek faks talimatı ve EFT ile işlemler yapıldığını, davalı tarafından hiçbir işlemde belge aslının aranmadığını, faks talimatı ile işlem yapılmasının usulsüz olduğunu, bankanın kusuru nedeniyle şimdilik 6. 000 YTL’nin davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili... davalının internet bankacılığını da kullanması nedeniyle hesabındaki hareketleri izleme olanağı bulunduğunu, davacının kötüniyetli olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir... Davalı banka, özel yasa ile kurulmuş ve kendisine ayrıcalıklar tanınmış bir güven kurumu olması dolayısıyla en küçük kusurlarında bile sorumlu ise de, taraflar arasındaki bankacılık hizmetleri sözleşmesinin 13. maddesinde faks ile gönderilen talimatların asıl yazı olarak kabul edileceğine ilişkin hükümlerin BK’nun 99 ncu maddesi uyarınca geçersiz bulunması karşısında davalının sözleşmeye uygun davrandığının kabulü yerinde değilse de davacının, internet bankacılığını kullanmak suretiyle çok sayıda işlem yaptığı, bu işlemlere sahteliğini iddia ettiği ve kendi çalışanın talimatlarından sonra da devam ettiği, basiretli davranmak zorunda olan davacının bu işlemlerden haberdar olmamasının esasen hayatın olağan akışına aykırı bulunması karşısında yapılan tüm işlemlerde davacının icazet verdiğinin kabulünün gerekmesine göre, davacı ekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir...” Karar için bkz. Saraç, s. 510.

kullanımdan sonra gerçekleşen müteakip kötüye kullanımlardan ötürü hamile pekâlâ sınırlı sorumluluk isnat edilebilir<sup>638</sup>.

Önemle belirtelim ki bizim hukukumuzda da BKKKK m. 12/I, c.1 bağlamında kusursuz- sınırlı sorumlulukta ısrarcı olunacaksa, Alman hukukunda olduğu gibi hamilin bu sorumluluğunu “fark edilebilirlik” kıstasına bağlamak isabetli olur. Bu sayede hamile kusursuz sorumluluk getirmekle durumunun daha da ağırlaştığı yönündeki eleştiriler büyük oranda savuşturulmuş ve rizikonun yalnızca kart kuruluşunun etki alanında gerçekleştiği hallerde, kötüye kullanımı hiçbir şekilde önleme imkânına sahip olmayan hamil sorumluluktan kurtulmuş olur. Bu kıstas kabul edildiğinde, karta zilyet olmaya devam eden hamilin kart bilgileri, teknik araçlar yardımıyla kopyalanır ve herhangi bir kusuru olmadan (örneğin gizli kamera düzeneği yardımıyla) PIN üçüncü kişilerce öğrenilirse, ortaya çıkan zararlar sebebiyle artık kendisi sınırlı da olsa sorumlu tutulamaz<sup>639</sup>. Oysa mevcut hüküm dikkate alındığında ne kartının kopyalandığından ne de gizli kodun öğrenildiğinden haberdar olan hamili, kartın kötüye kullanılmasından ötürü BKKKK m. 12/I c. 1 kapsamında “sınırlı” sorumlu tutmak icap eder ki bunun çok da adil bir tutum olduğu söylenemez<sup>640</sup>.

### **(c) Ödeme Aracının Üçüncü Kişilerin Eline Geçmesi ile Kart Kuruluşunun Uğradığı Zarar Arasında İlliyyet Bağının Bulunması**

Hamilin sınırlı sorumlu tutulabilmesi için tek başına kartın zilyetliğinin yitirilmiş olması veya gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmiş olması yeterli olmaz. Ayrıca kötüye kullanım rizikosunu sırtında taşıyan kart kuruluşunun bu sebeple bir zarara uğramış olması, yani yitirilen kartın veya ele geçirilen gizli kodun üçüncü

<sup>638</sup> Tüm bu hususlarda bkz. Hoffmann, VuR 2016, ss. 244-245. Buradaki formül kural şudur: Hamil ilk gerçekleşen kötüye kullanımı fark edebilmiş olsaydı, müteakip kötüye kullanımlara engel olabilecek idiyse, sonraki kötüye kullanımlardan dolayı da sorumlu tutulur. Ancak ilk kötüye kullanımı “fark edememe” halinin, hafif ihmal dozunda olup olmadığı önemlidir. Eğer hafif ihmal söz konusuysa ikinci ve daha sonra gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı hamil toplamda yalnızca 50 Euro ile sorumlu tutulur; yoksa her kötüye kullanım için bu miktar ayrı ayrı işletilmez (Bu yönde bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 64). Buna karşılık “fark edememe” hali ağır ihmal düzeyindeyse, artık müstakbel kötüye kullanımlar açısından sınırlı sorumluluk devre dışı kalır ve sorumluluk tamamen hamile yıkılır.

<sup>639</sup> Benzer yönlerde bkz. Linardatos, WM 2014, ss. 302-303 ve dn. 25.

<sup>640</sup> Benzer yönde bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 24.

kişilerce kullanılmış olması gerekir<sup>641</sup>.

Kart kuruluşunun, rizikoyu üzerinden atamadığı sürece kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı her durumda zarara uğramış sayılacağı açıktır. Fakat bu durum tek başına hamilin sınırlı sorumlu tutulması için yeterli olmaz; bundan başka kötüye kullanımın, “hamilin zilyetliğinden çıkan (orijinal) kartla” gerçekleştiğinin tespiti gerekir. Bu gibi hallerde, kartın kaybolması veya çalınması durumu ile bundan sonra gerçekleşen kötüye kullanımlar arasında illiyet bağının kurulduğu yönündeki adi karineden yola çıkılabilir<sup>642</sup>.

Bununla birlikte sınırlı sorumluluk kuralıyla yalnızca “orijinal kartın” üçüncü kişilerce ele geçirilerek kötüye kullanılmasının yaptırıma bağlanmak istendiği, dolayısıyla sahte kartla gerçekleşen işlemlerden dolayı hamilin sorumluluğunun sona erdiği düşüncesi akla gelebilir<sup>643</sup>. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi, her ne kadar çoğu zaman sahte kart kullanımlarından ötürü hamili, kartın zilyetliğini yitirmesinden dolayı sınırlı sorumlu tutmak mümkün olmasa da kartın başkaca bir şekilde kötüye kullanılmış olmasından ötürü (örneğin hamilin, gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesinde hiçbir kusurunun bulunmaması veya en fazla hafif ihmal düzeyinde bir kusurunun bulunması ya da yine hafif ihmalle geç blokaj bildiriminde bulunması durumunda) sorumlu tutmak pekâlâ mümkün olabilir<sup>644</sup>.

Sonuç olarak kötüye kullanımın kartın zilyetliğinin yitirilmesine dayanması durumunda, zilyetliğin kaybı ile bu kayba bağlı olarak ortaya çıkan zarar(lar) arasında illiyet bağının bulunduğu karine olarak kabul edilir. Ancak kartın zilyetliği yitirilmemesine rağmen kötüye kullanım gerçekleşmiş olabilir. Bilindiği gibi uygulamada bankamatiklerden para çekebilmek ya da POS terminallerinde işlem yapabilmek için çoğu zaman kartla birlikte PIN bilgisine de ihtiyaç duyulur<sup>645</sup>.

<sup>641</sup> Aynı yönde bkz. İşgüzar, s. 101.

<sup>642</sup> Bu hususta bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 11; Hofmann, BKR 2018, s. 64.

<sup>643</sup> Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 64.

<sup>644</sup> Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, BGB §675v/I kuralının yalnızca plastik kartı değil, kart verilerinin de kötüye kullanılmasını kapsadığı açıktır. Sahte kart kullanımlarında da aslında bir nevi “kart verileri” kötüye kullanıldığından, hamilin bu işlemlerden ötürü sınırlı sorumlu tutulması pekâlâ düşünülebilir. Ancak bu durumda son revizyonla getirilen “fark edilebilirlik” kıstasını da göz önünde tutarak bir değerlendirme yapmak gerekir (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 65). Gerçekten de “fark edilebilirlik” kıstası nedeniyle sahte kartın çıkartılmasını sağlayan koşulların ne şekilde geliştiği önemlidir. Sahte kart hamilin fark edemeyeceği bir şekilde, örneğin bankamatiklerde karta el konulmadan, yalnızca kart bilgileri ele geçirilmek suretiyle çıkartılmışsa hamili sınırlı da olsa sorumlu tutmamak gerekir. Fakat orijinal kart Lübnan tuzağıyla ele geçirilmişse, artık hamil durumu fark edebilir konuma geçer ve kötüye kullanımdan ötürü sınırlı sorumlu tutulabilir.

<sup>645</sup> Bkz. Zetsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 19. Bankamatik

Kartın zilyetliğı yitirilmeden gerçekleşen kötüye kullanımlarda, işlem bu şekilde gizli kod kullanılarak tamamlanmışsa, gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesinde hiçbir kusuru bulunmayan veya en fazla hafif ihmâl düzeyinde kusuru bulunan hamili yine sınırlı sorumlu tutmak icap eder. Dikkat edilirse sınırlı sorumlulukta illiyet bağlantısının kurulmasında önem arz eden nokta, hamilin kartı saklamada veya gizli kodu güvenli bir şekilde korumada “kusurunun” bulunup bulunmaması değil, kartın ve PIN’in bir şekilde üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bu nedenle zararın ortaya çıkmış olmasıdır.

#### **(d) Blokaj Bildiriminin Zamanında veya Hafif İhmale Dayanan Bir Gecikmeyle Yapılmış Olması**

BKMMM m. 12 kuralından, otorizasyonsuz ödeme ister kartın zilyetliğinin yitirilmesi suretiyle isterse de gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmiş olması nedeniyle gerçekleşsin, hamilin kötüye kullanımlardan dolayı kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulabilmesi için öncelikle blokaj bildiriminde bulunması gerektiğı anlaşılmaktadır.

Bilindiğı gibi hamilin bu yükümlülüğü, kartının kaybolduğunu, çalındığını veya kartıyla iradesi dışında bir işlem yapıldığını öğrenmesiyle başlar (BKMMM m. 16)<sup>646</sup>. Durumdan haberdar olan hamil derhal kart kuruluşuna bildirimde bulunmazsa yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olur. Burada dikkat edilmesi gereken temel nokta, aykırılığın hafif ihmâl düzeyinde olması halinde hamilin ortaya çıkan zarardan sınırlı; ağır ihmâl düzeyinde olması halindeyse sınırsız sorumlu tutulması gerekliliğidir. Geç blokaj bildirimlerinde riziko dağılımının nasıl gerçekleşeceği meselesini birazdan, sınırsız sorumluluk bahsinde etraflı bir şekilde ele almaya çalışacağız. Burada yalnızca hamilin sınırlı sorumlu tutulması için zamanında blokaj bildiriminde bulunması gerektiğini veya gecikme söz konusuysa bu gecikmenin en azından “hafif” ihmâl dozunda olması gerektiğini vurgulamakla yetiniyoruz.

---

kullanımlarında PIN bilgisi mutlaka gerekliyken, POS kullanımında bu durum değişebilir. Zira kredi kartıyla gerçekleşen ödemelerde otorizasyon, PIN’le gerçekleşebileceğı gibi, harcama belgesi imzalanmak suretiyle de gerçekleşebilir.

<sup>646</sup> Bkz. Yuk. IV, C, 2, e.

**(e) Hukuka Aykırı Kullanımların Blokaj Bildiriminden Önceki 24 Saat İçinde Gerçekleşmiş Olması**

**(aa) 24 Saatlik Süre Sınırının Türk Hukukuna Özgü Oluşu**

Kanun koyucu, hamilin zamanında veya hafif ihmal içeren bir gecikmeyle blokaj bildiriminde bulunmuş olmasını sınırlı sorumluluk açısından yeterli görmemiş ve kendisinin yalnızca bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşen kötüye kullanımlardan ötürü sınırlı sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Böylelikle hâlihazırda miktarla sınırlanmış olan sorumluluk süreyle de sınırlanmıştır (BKKKK m. 12/I c. 1).

Hükmün gerekçesine bakıldığında kuralın getiriliş amacı (ratio legis) şu şekilde vurgulanmıştır.

*“Kaybolma ve çalınmanın gerçekleştiği tarih ile kart hamili tarafından bu durumun fark edilip kart çıkaran kuruluşa bildirim yapıldığı tarihe kadar geçen süre zarfında hukuka aykırı kullanımdan doğan zarara ilişkin sorumluluk, kart hamiline aittir. Bununla birlikte bireylerin modern hayatın önemli bir parçası ve günlük hayatın giderek vazgeçilmez bir unsuru olan bu kartın kullanımından mahrum edilmesi gelişmiş bir toplum yapısıyla uyumlu olmayacağı gibi bu araçları kullanan bireylerin karşılaşılabilecekleri tehlikelerden korunması da gelişmiş toplum hayatında kamu vicdanı gereğidir. Bu husus bir yandan kart hamilinin uğrayabileceği zararın sınırlandırılmasını bir yandan da hakkaniyet gereği kart çıkaran kuruluşun kart hamilinin ağır ihmal veya kastına dayalı eylemlerinden kaynaklı zararlardan korunmasını gerektirmektedir. Bu itibarla maddenin birinci fıkrasında, AB mevzuatı ve ülke uygulamaları da göz önünde bulundurularak, kart sahibinin kayıp ve çalınma durumunda kart çıkaran kuruluşa yapacağı bildirimden önceki 24 saat içinde gerçekleşen sorumluluğu yüz elli Yeni Türk Lirası ile sınırlandırılmıştır. Buna mukabil kart çıkaran kuruluş lehine de bu sınırlı sorumluluk kart hamilinin vakit geçirmeksizin bildirim yapmış olmasına veya çalınma ya da kaybın kart sahibinin kastına veya ağır ihmeline dayanmaması esasına*

*bağlanmışır”<sup>647</sup>.*

Kanun koyucunun böyle bir süre şartı öngörmesinin arka planında, bir an önce ödeme aracının üçüncü kişilerce ele geçirildiğini öğrenme ve bunu kart kuruluşuna bildirme konusunda hamili teşvik etme düşüncesinin yattığı ortadadır. Nitekim bu refleksle hareket edildiğinden, sınırlı sorumluluk düzenlemesinde bildirim anı milat olarak alınmış; fakat ilginç bir şekilde sorumluluk, bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşen kötüye kullanımlarla sınırlanmıştır. Hatta yukarıda alıntıladığımız gerekçede, bildirimden önceki dönemde hamilin sorumlu tutulacağını belirtilmesinden olsa gerek, öğretide 24 saatlik süreden önce gerçekleşen kötüye kullanımlar bakımından da kural olarak “hamilin” sorumlu tutulması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür<sup>648</sup>.

Kural lafzen dikkate alındığında, hamilin kötüye kullanımı öğrendikten sonra değil, kart üçüncü kişilerin eline geçtikten veya kötüye kullanıldıktan sonra 24 saat içinde blokaj bildiriminde bulunması durumunda toplam zararın 150 TL’lik kısmı ile sorumlu tutulabileceği şeklinde tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Şu durumda, kartın kötüye kullanılmasının üzerinden 24 saat geçtikten sonra durumu öğrenmekle birlikte, derhal blokaj bildirimini yapmış olan hamili gerçekten zararın tamamından sorumlu tutmak mı gerekecektir?

Bu konuda sorumluluğu düzenleyen BKKKK m. 12 kuralı ile bildirim yükümlülüğünü düzenleyen BKKKK m. 16 arasında bir çatışma olduğu söylenebilir. BKKKK m. 16 kapsamında hamil, kötüye kullanım gerçekleştikten sonra 24 saat içinde durumu bildirmekle yükümlü tutulmamış; bilakis kartın kaybolduğunu, çalındığını veya iradesi dışında gerçekleşmiş olan herhangi bir işlemi öğrenir öğrenmez durumu derhal bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Buna karşılık BKKKK m. 12’de, hamilin sınırlı sorumluluktan faydalanabilmesi için kötüye kullanım gerçekleşmesinden sonra 24 saat içinde bildirimde bulunması gerekir. Bir taraftan bildirim yükümlülüğünün başlamasında “öğrenme anının” esas alınması, diğer

<sup>647</sup> Bkz. [https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma\\_ve\\_Raporlar/banka\\_kartlari.pdf](https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/banka_kartlari.pdf). (Son Erişim: 21.07.2018). Ayrıca bkz. ve karşı. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, ss. 81-82, dn. 36.

<sup>648</sup> Bahtiyar, bildirim öncesi dönemi kendi içinde, bildirimden önceki 24 saatlik dönem ve 24 saatlik süreden daha önceki dönem olarak ikiye ayırmıştır. Buna göre ilk ihtimalde hamil ortaya çıkan zararlardan yalnızca 150 TL ile sorumlu tutulurken, ikinci ihtimalde sorumluluk tamamen kart hamiline ait olur. Yazara göre istisnai durumlarda, kusurları varsa üye işyeri ile kart kuruluşu da bu sorumluluğa katılabilir (**Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 83, dn. 40).



tarafından sınırlı sorumluluğun bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşen hukuka aykırı kullanımları kapsamı, dahası gerekçeden anlaşıldığı gibi bu 24 saatlik süreden daha önce gerçekleşen işlemler sebebiyle hamilin kural olarak zararın tamamından sorumlu tutulması, hükmün amacını aşan yorumlara sebebiyet verebilir.

Kanımızca hamil BKKKK m. 16'ya uygun olarak derhal bildirimde bulunmuş ve kötüye kullanımın gerçekleşmesi bakımından kendisine ağır ihmal veya kast isnat edilmemişse, herhangi bir süre kısıtlı olmaksızın bildirimden önce gerçekleşmiş olan tüm kötüye kullanımlardan ötürü kendisini sınırlı sorumlu tutmak daha isabetli olurdu. Burada sorumluluk bakımından referans alınması gereken nokta, hamilin blokaj bildirimini zamanında yerine getirmiş olup olmadığı veya geç bildirim söz konusuysa bunun en fazla hafif ihmale dayanıp dayanmadığıdır<sup>649</sup>. Bu sorulara olumlu cevap verilmesi halinde, herhangi bir süreye bağlı olmadan bildirimden önce gerçekleşen tüm zararlar bakımından hamilin sınırlı sorumlu tutulması gerekirdi.

Kaldı ki hamilin sınırlı sorumluluğunun blokaj bildiriminden geriye doğru işleyen sınırlı bir süreye tabi tutulması, gerekçede mehzaz olarak alındığı vurgulanan AB müktesebatına da yabancı bir olgudur. Bu konuyu düzenleyen güncel birlik kurallarına bakıldığında ne AB ödemeler sisteminin temeli olan ZDR II m. 74'te ne de kuralın Alman uyarlamasındaki yansıması olan BGB §675v'de bu şekilde geriye dönük olarak işleyen bir sürenin söz konusu olmadığı görülür<sup>650</sup>. Bu kurallarda, bildirimle ilgili olarak önem teşkil eden tek husus, yukarıda da belirttiğimiz gibi hamilin zamanında veya en fazla hafif ihmal teşkil eden bir gecikmeyle yükümlülüğü yerine getirip getirmediğidir. Nitekim Alman hukukunda, zamanında blokaj bildiriminde bulunan hamil, özen yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmalle aykırı hareket etmediği sürece, bildirimden önce gerçekleşen tüm kötüye kullanımlar sebebiyle herhangi bir zaman kısıtlaması olmaksızın 50 Euro ile sorumlu tutulmuştur (BGB §675v/I). Bir diğer deyişle Alman ve AB hukukunda, kartın kaybolması veya çalınması anı ile bildirim anı arasında gerçekleşen tüm kötüye kullanımlar açısından

<sup>649</sup> Sınırlı sorumluluk özü itibarıyla kusura bağlı bir sorumluluk olmadığından, hafif ihmale dayanan blokaj bildirimindeki gecikmeleri de sınırlı sorumluluk kapsamında ele almak gerekir. Buna karşılık gecikme kasta veya ağır ihmale dayanırsa sınırlı olan sorumluluk, sınırsız sorumluluğa evrilir.

<sup>650</sup> Revizyon öncesi dönemde de kart kuruluşları tarafından hazırlanan genel işlem koşullarında genellikle bildirimden önce gerçekleşen zararlardan dolayı hamilin sorumluluğu yalnızca miktarla sınırlanmış; buna karşılık süre bakımından herhangi bir kısıt öngörülmemiştir (Bkz. ve karşı. Martinek, s. 85).

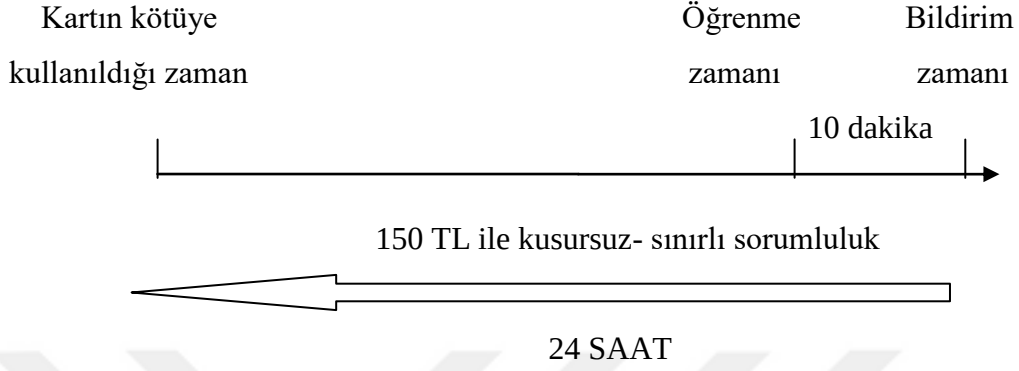
hamilin kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulması esastır<sup>651</sup>. Bizim hukukumuzda ise hamilin sınırlı sorumlu tutulması için blokaj bildirimini zamanında yapması yeterli olmamakta, bundan başka kötüye kullanımın üzerinden 24 saat geçmeden bildirim yapmış olması gerekmektedir<sup>652</sup>.

Sonuç olarak BKKKK m. 12 ve m. 16, de lege lata birlikte ele alındığında, hamilin kötüye kullanımdan dolayı sorumluluğunun belirlenmesinde öncelikle bildirim yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediğini araştırmak icap eder. BKKKK m. 16 uyarınca blokaj bildiriminin zamanında yapıldığı tespit edildikten sonra ikinci aşamada 24 saatlik süre sınırını somut olaya uygulamak gerekir. Araştırma sürecinde blokaj bildiriminin gecikmeli olarak yerine getirildiği veya hiç yerine getirilmediği tespit edilebilir. Bildirim yükümlülüğünü hiç yerine getirmeyen hamilin zararın tamamından sorumlu tutulacağı açıktır (BKKKK m. 12/I c. 2). Ancak hamil geç bildirimde bulunmuşsa, artık bu gecikmenin kasta veya ağır ihmale mi yoksa hafif ihmale mi dayandığı hususu sorgulanmalı ve çıkacak sonuca göre hamilin sorumluluğu belirlenmelidir. Blokaj bildirimlerinin “kasten” veya “ağır ihmalle” geç yapılması meselesini daha sonra, hamilin sınırsız sorumluluğu bahsinde ele alacağız. Şimdi burada yalnızca hamilin bildirim yükümlülüğü de dâhil olmak üzere özen yükümlülüklerine hafif ihmali tutumuyla aykırı davranmasından doğan sınırlı sorumluluğu iki farklı ihtimale göre şematik olarak incelemeye çalışacağız.

<sup>651</sup> Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2347.

<sup>652</sup> Amerikan hukukunda ise sınırlı sorumluluk bahsi çok daha değişik bir şekilde formüle edilmiştir. Gerçekten de Amerikan hukukunda hamilin 50 Dolar tutarındaki azami limitle sınırlı sorumluluğu iki şarta bağlanmıştır. Bunlar: 1) Hamilin kartın kaybolduğunu veya çalındığını bilmesi ve 2) Hamilin bu bilgiyi kart kuruluşuna iletmede “ihmalkâr” davranmış olması. Dolayısıyla Amerikan hukukunda kayıp ve çalıntı durumunu zamanında (derhal) bildiren hamil, Alman ve Türk hukukundan farklı olarak sınırlı da olsa sorumlu tutulmaz (Bu yönde bkz. Grabe, s. 76). Bu açıdan Amerikan hukukunda sınırlı sorumluluğun, blokaj bildirimini hafif ihmale dayanan gecikmeyle yapan hamillere özgü bir sorumluluk olduğu söylenebilir.

**(bb) Birinci İhtimal: Kötüye Kullanımın Üzerinden 24 Saat Geçmeden Bildirimin Yapılmış Olması**



BKKGK m. 12/I c. 1 uyarınca kart hamili, şekilde de görüldüğü üzere kayıp, çalıntı durumunu veya kötüye kullanımı öğrendikten sonra derhal (olayda 10 dakika içinde) bildirimde bulunmuş ve kötüye kullanımın üzerinden henüz 24 saat geçmemişse, ortaya çıkan zararın sadece 150 TL'lik kısmı ile kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulur. Bu sonucu, hamilin blokaj bildirimini hafif ihmalle geciktirdiği hallerde de kabul etmek gerekir. Kanımızca burada, özellikle Alman öğreti ve uygulamasında öğrenme anından itibaren 45 dakikayı aşan bildirimlerde hamillere ağır ihmal isnat edilmesi dikkate alınarak<sup>653</sup>, 30 ile 45 dakika içinde yapılan bildirimlerde hamilin hafif ihmalinin bulunduğu kabul edilebilir.

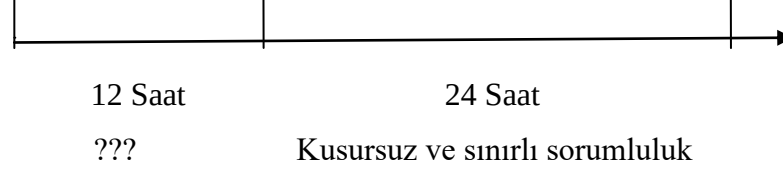
O halde BKKGK m. 12/I uyarınca hamilin zararı en az kayıpla atlatabilmesi için ödeme aracı üçüncü kişilerin eline geçtikten, daha doğrusu ödeme aracı kötüye kullanıldıktan sonra en geç 24 saat içinde bu durumu fark etmesi ve derhal (45 dakika içinde) kart kuruluşuna bildirmesi gerekir.

<sup>653</sup> Bkz. M. Koch, s. 154, dn. 539; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 77, özellikle dn. 122; Haybäck, s. 118.

**(cc) İkinci İhtimal: Kötüye Kullanımın Üzerinden 24 Saat Geçtikten  
Sonra Bildirimin Yapılmış Olması**

Kartın kötüye  
kullanıldığı an

Öğrenme = Bildirim  
zamanı



Toplam: 36 Saat

BKKKK m. 12/I c. 1 uyarınca kart hamili, her ne kadar bildirimde bulunma yükümlülüğünü zamanında veya hafif ihmal düzeyinde bir gecikmeyle yerine getirmiş olsa da, kartın kötüye kullanılmasının üzerinden 24 saat geçmesi durumunda (örneğin şemadaki olayda aradan 36 saat geçmiş) hamil yalnızca bildirimden önceki 24 saat içinde gerçekleşmiş olan işlemlerden dolayı 150 TL ile kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulur. Burada asıl sorun, 24 saatten önceki süreçte, yani şemada 12 saatlik zaman diliminde gerçekleşen kötüye kullanımlarda sorumluluğu kimin nasıl üstleneceği meselesidir.

Kanımızca, hükmün gerekçesinden dolayı olarak anlaşıldığı üzere 24 saatlik süreden önce gerçekleşen kötüye kullanımlardan ötürü hamili sorgusuz sualsiz zararın tamamından sorumlu tutmak yerine, genel hükümleri, yani kusur sorumluluğuna ilişkin ilkeleri devreye sokmak gerekir. Bu bağlamda yapılması gereken ilk iş, kartın kötüye kullanılmasına hamilin kusurunun sebep olup olmadığını belirlemektir. Eğer özen yükümlülükleri noktasında hamile hiçbir kusur isnat edilemiyorsa, 24 saatlik süreden önce gerçekleşen kötüye kullanımlara kart kuruluşunun katlanması gerekir. Ancak kötüye kullanım hamilin kartın zilyetliğini yitirmesi veya gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamamasından, yani ona izafe edilebilen bir kusurdan kaynaklanmışsa, artık hamilin de “kusuru oranında” rizikoya

katılması gerekir. Zira Kanun'da bu sürece ilişkin olarak herhangi bir kusursuz ve sınırlı sorumluluk öngörülmediğinden, hamilin hafif ihmal de dâhil olmak üzere her türlü kusurlu hareketinden ötürü sorumluluğa katılması gerekecektir (TBK m. 114). Ancak bu katılımın yalnızca hamilin “kusuru oranında” olacağını tekrardan vurgulayalım. Yoksa zararın 24 saatlik süreden önce gerçekleşmiş olması, kural olarak sorumluluğun tamamını hamilin tek başına üstleneceği anlamına gelmez. Bu durumda mutlaka hamil özelinde kusur sorgulaması yapılmalı, hatta bu sorgulama kartlı sistemde yer alan tüm süjelere, özellikle kart kuruluşuna kadar sirayet etmelidir<sup>654</sup>. Yapılan inceleme sonunda hamile -skimming türü teknik saldırılarda veya manipülatif girişimlerde olduğu gibi- hiç kusur yükletilmeyebilir veya hamille birlikte üye işyerine veya kart kuruluşuna da kusur isnat edilebilir. Bu son ihtimalde rizikoyu, kusurlarıyla orantılı olacak şekilde taraflar arasında paylaşdırmak icap eder<sup>655</sup>.

Kart hamilini kötüye kullanımlardan ötürü kusuru oranında sorumlu tutarken, ödeme aracının üçüncü kişilerce nasıl ele geçirildiği konusuna dikkat kesilmek gerekir. Kartın zilyetliğinin yitirildiği hallerde, hamilin günümüz koşullarında durumu 24 içerisinde fark etmesi ve derhal kart kuruluşuna bildirmesi beklenebilir. Buna karşılık, özel teknikler yardımıyla kartın kopyalanıp gizli kodun ele geçirildiği hallerde, kolaylıkla aynı sonuca ulaşmak mümkün olmaz. Bu gibi hallerde hamile çoğu zaman kusur isnat etmek mümkün olmadığı gibi, hamilin kart bilgilerinin ele geçirildiğini veya kartının kötüye kullanıldığını çok kısa bir sürede fark edebilmesi

<sup>654</sup> Buna karşılık Türk hukukunda Bahtiyar, kastı veya ağır ihmali ile haksız kullanıma yol açmamış olan hamilin geç bildirimde bulunması durumunda, bildirimden önceki ilk 24 saatteki kötüye kullanımlardan 150 TL ile, daha önceki kötüye kullanımlardan ise tamamen sorumlu olacağını belirtmiştir. Yine yazara göre üye işyerine atfı kabil bir kusur varsa, her halde onun da müteselsil sorumluluğu gündeme gelebilir (**Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 83, dn. 39). Belirttiğimiz gibi, kötüye kullanımda hiçbir kusuru bulunmayan veya en fazla hafif ihmal düzeyinde bir kusuru bulunan hamili, 24 saatlik süreden önce gerçekleşen kötüye kullanımlardan ötürü zararın tamamından sorumlu tutmak pek adil olmaz. Bu gibi hallerde, üye işyerinden ziyade mutlaka kartlı sistemin baş aktörü olan kart kuruluşunu da rizikoya dâhil etmek ve sorumluluğu hamil ile kart kuruluşu arasında paylaşdırmak gerekir. Kaldı ki kartlı sistemden en fazla menfaat devşiren kart kuruluşlarına, kötüye kullanımlardan ötürü hiçbir kusur isnat edilemese bile, güvenlik önlemlerini alma konusunda mutlaka bir kusur isnat edilebilir [Bkz. Aşa. VI, B, 3, d, (1)]. Bu nedenle yukarıdaki açıklamalarımızda, 24 saatlik süreden önce hamili yalnızca “kusuru oranında” sorumlu tutmak gerektiğini defaatle vurguladık.

<sup>655</sup> Kart kuruluşu “ifa yardımcısı” konumunda bulunan üye işyerinin eylemlerinden sorumlu olduğundan (TBK m. 116/I), ilk etapta hamil karşısında işyerinin kusurunu da üstlenmek durumunda kalabilir. Ancak daha sonra bunu pekâlâ üye işyerine rücu edebilir. Hatta kart kuruluşunun ihmali bulunan hallerde, aynı sonuç üye işyeri açısından da geçerlidir. Gerçekten de kart kuruluşu ile üye işyeri hamilin karşısında birbirlerinin “ifa yardımcısı” olarak konumlandığından, ilk etapta birinin kusurunu diğeri üstlenmek zorunda kalabilir (Bu yönde bkz. Weber, s. 296).

de mümkün olmayabilir<sup>656</sup>. Yine kart gaspla ele geçirilmişse ve gizli kod aynı şekilde cebir veya tehdit kullanılarak öğrenilmişse hiçbir şekilde hamile “kusur” isnat etmek mümkün olmaz. Gerçi gasp durumunda kart ve/veya PIN, hamilin kendisi tarafından ifşa edilmektedir. Ancak burada hamilin kusuruna bağlı bir ifşa söz konusu olmadığından, özen yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı hareket ettiği söylenemez<sup>657</sup>. O halde bu gibi hallerde hamili, 24 saatlik süreden önce meydana gelmiş olan zararlardan ötürü hiçbir şekilde sorumlu tutmamak gerekir.

Toparlarsak; BKKKK m. 12/I c. 1 kuralı lafzen dikkate alındığında, hamilin kayıp, çalıntı ihbarını veya kötüye kullanımı 24 saat içinde bildirmesi durumunda sınırlı sorumlu tutulacağı; 24 saatlik süre geçtikten sonra bildirim yapması durumunda ise zararın tamamını kendisinin üstleneceği şeklinde yanlış bir algı ortaya çıkıyor. Oysaki belirttiğimiz gibi bildirimden önceki 24 saatlik dönemde sınırlı sorumlu tutulan hamili, bu süreden daha önceki dönemde varsa kusuru oranında sorumlu tutmak gerekir. Hatta kanımızca kuralı bir an önce modern düzenlemelere uygun bir şekilde revize ederek kötüye kullanımda kastı veya ağır ihmali bulunmayan ve bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getiren hamili, bildirimden önce gerçekleşen tüm zararlardan ötürü herhangi bir süre kısıtlaması olmaksızın sınırlı sorumlu tutmak daha isabetli olur.

#### **d. Hamilin Sınırsız Sorumlu Tutulması (BKKKK m. 12/I c. 2)**

##### **(1) Ön Açıklamalar**

Alman hukukunda, otorizasyonsuz ödemelerden ötürü hamilin tazminat sorumluluğunu düzenleyen BGB §675v kuralı yürürlüğe girmeden (31.10.2009’dan) önce, BGB §280 vd. de yer alan kurallar ve özellikle borçlunun sorumluluğunu düzenleyen BGB §276 kuralı, kartın kötüye kullanılmasında hamilin sorumluluğunu belirleme noktasında önemli fonksiyon göstermekteydi. Buna göre, “hafif ihmali”

<sup>656</sup> Gerçi uygulamada bazı kart kuruluşları, tek seferde ve yüksek miktarda gerçekleşen ödemelerde işlemi teyit etmek adına hamilin telefonuna kısa mesaj göndermektedir. Ancak bu da kesin çözüm değildir. Çünkü hamil yurt dışında olabilir veya sağlık nedenlerinden ötürü kısa mesaj hakkında bilgi sahibi olmayabilir ya da elinde olmayan nedenlerden ötürü uyarı mesajını 24 saat geçtikten sonra okuyabilir.

<sup>657</sup> Bkz. Pavalenco, s. 168.

bulunan hamil de blokaj bildirimine kadar gerçekleşmiş olan zararlardan dolayı duruma göre sınırsız sorumlu tutulabilirdi<sup>658</sup>. Fakat o dönemde düzenlenen kart sözleşmelerine, hamilin bildirimden önceki süreçte yalnızca ağır ihmali bulunması durumunda sınırsız sorumlu tutulması; buna karşılık hafif ihmal söz konusuysa toplam zararın en fazla 50 Euro'luk kısmıyla sınırlı sorumlu tutulmasına yönelik kayıtlar getirilmişti. Dolayısıyla Alman hukukunda revizyondan önceki dönemde de hamilin sınırsız sorumluluğu, kart sözleşmeleriyle ağır ihmal şartına bağlanmıştı<sup>659</sup>.

Türk hukukunda da benzer bir gelişim süreci yaşanmış, hatta kronolojik olarak bu süreç daha önce tamamlanmıştır. BKKKK yürürlüğe girene (01.03.2006 tarihine) kadar bizim hukukumuzda da kartın kötüye kullanıldığı hallerde hamilin sorumluluğunu düzenleyen özel bir kural bulunmadığından, genel hükümler uygulanmakta ve kötüye kullanımdan kaynaklanan zararlar sebebiyle hamil kural olarak -kusuru oranında- sınırsız sorumlu tutulmaktaydı. Ancak bir müddet sonra tıpkı Alman uygulamasında olduğu gibi kart sözleşmeleriyle hamilin sorumluluğunu sınırlandırma yoluna gidilmiş<sup>660</sup> ve bildirim kadar gerçekleşen zararlardan dolayı kendisinin yalnızca kast veya ağır ihmal durumunda sınırsız sorumlu tutulacağı şeklinde klozlar getirilmiştir. Bu tür düzenlemelerle bir bakıma kartlı ödemelerin cazibesini yitirme tehlikesi önlenmeye çalışılmıştır.

Son aşamada gerek Türk gerek Alman kanun koyucusu, uygulamada gözetilen ilkeler çerçevesinde hamilin sınırsız sorumluluğunu yasal bir zeminde düzenleme gereğini duymuşlardır<sup>661</sup>. Nitekim BKKKK m. 12/I c. 2'de (BGB §675v/III), hukuka aykırı kullanımın hamilin ağır ihmeline veya kastına dayanması ya da kayıp / çalıntı bildirimının yapılmaması nedeniyle gerçekleşmesi durumunda sınırlı sorumluluk kuralının uygulanmayacağı, diğer bir deyişle hamilin zararın tamamından sorumlu tutulacağı açıkça vurgulanmıştır<sup>662</sup>. Bunun dışında, kast kapsamında saymak mümkün olsa da hamilin kart kuruluşunu dolandırma niyetiyle

<sup>658</sup> Bu yönde bkz. K. Langenbucher, ss. 263-264; Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1021.

<sup>659</sup> Bkz. Grabe, ss. 156-157. Buna karşılık o dönemde cari olan online bankacılığa ilişkin şartlarda benzer bir kıstas aranmadığından, hafif ihmali bulunan (online) kullanıcının sınırsız sorumlu tutulması mümkündü. Revizyondan sonra getirilen BGB §675v/III kuralı sadece kartlı ödemeleri değil, bütün ödeme sistemlerini konu edindiğinden, artık online bankacılığı kullananlar da ağır ihmal veya kast durumunda sınırsız sorumlu tutulmaya başlanmıştır (Bkz. M. Koch, s. 126).

<sup>660</sup> Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1021.

<sup>661</sup> Alman hukukunda revizyondan önce kart sözleşmeleriyle getirilen miktar sınırlamalarıyla ilgili olarak bkz. Martinek, s. 85.

<sup>662</sup> Bkz. Pavalenco, s. 206.

hareket etmesini de yasada belirtilen bu sayıma ekleyebiliriz<sup>663</sup>.

## **(2) Sınırsız Sorumluluk İçin Aranılan Temel Şart: Hukuka Aykırı Kullanımın Hamilin Kastına veya Ağır İhmaline Dayanması**

### **(a) “Kast” ve “Ağır İhmal” Kavramları**

Yasaya göre sınırsız sorumluluğun gündeme gelebilmesi için hukuka aykırılığın hamilin kastına veya ağır ihmaline dayanması gerekir. Burada kanun koyucunun hamilin özen yükümlülüklerine göndermede bulunduğuna şüphe yoktur. Bu nedenle kuralı, hamilin yasayla veya sözleşmeyle belirlenmiş olan özen yükümlülüklerini kasten veya ağır ihmal teşkil edecek şekilde aykırı hareket etmesi olarak yorumlamak gerekir. Özen yükümlülüklerine ilişkin yasada düzenlenen kurallar ile kart kuruluşlarınca kaleme alınan ve kart sözleşmelerinde belirlenen kurallar hemen hemen benzer içeriğe sahiptir. Örneğin BKKKK m. 16/T'e göre hamil, kendisine tevdi edilir edilmez kartın ve gizli kodun başkaları tarafından kötüye kullanılmasını önlemek adına gereken tüm tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Hamilin bu yükümlülüğüne istisnasız olarak bütün kart sözleşmelerinde de rastlamak mümkündür. Yine aynı maddede hamilin kayıp, çalıntı ve diğer her türlü kötüye kullanım durumunu derhal kart kuruluşuna bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu kural da kart sözleşmelerinde klasikleşmiş bir uyarı olarak karşımıza çıkar. Bunun dışında taraflar, sözleşmelere daha başka kurallar getirerek de kartın meşru ve yasak kullanım biçimlerini doğrudan kendileri belirleyebilir<sup>664</sup>.

Hamilin sınırsız sorumluluğu için özen yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmalle aykırı hareket ederek kötüye kullanıma sebep olması gerekeceğinden bahsettik. Buna karşılık yükümlülük vurgularının yapıldığı BKKKK m. 15 ve m. 16 ile yaptırımı düzenleyen BKKKK m. 12 kuralında söz konusu kusur ölçütleri (ağır

<sup>663</sup> Alman hukukunda bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 13; Einsele, ss. 297-298; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 32; Mareike Lohmann ve Christian Koch, “Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, Wesentliche Inhalte, Bewertung und mögliche Auswirkungen auf den europäischen Zahlungsverkehrsmarkt”, **Wertpapier Mittelungen** 2008, s. 60.

<sup>664</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 21-22.



ihmal ve kast) yalnızca lâfzen vurgulanarak geçilmiştir<sup>665</sup>. Bu nedenle kartlı sistemlerde, bilhassa hamilin ihmali tutumu ve bu tutumun derecelendirilmesi tamamen yargı kararları ve öğretideki görüşler doğrultusunda gerçekleşir<sup>666</sup>. Bu şekilde hamilin kasti veya ağır ihmali tutumunu değerlendirmek durumunda kalan teori ve uygulamanın, bunu borçlar hukukunda kabul edilen prensipleri dikkate alarak yapmaları gerektiği ortadadır<sup>667</sup>.

Borçlar öğretisindeki klasik tanıma bakıldığında, kasttan bahsedebilmek için esas itibariyle hamilin istenmeyen neticeyi biliyor ve istiyor olması gerekir. Bunun yanı sıra hamilin (istenmeyen) sonucun gerçekleşebileceğini öngörmesi; fakat bunu kabullenerek göze alması da “kast” bakımından yeterli görülür<sup>668</sup>.

Ağır ihmalde ise objektif özen yükümlülüğünün ciddi bir şekilde ihlal edilmesi ve hafif ihmalden farklı olarak bu aykırılığın sübjektif anlamda da hamile isnat edilebilmesi gerekir. Bu nedenle hamilin idrak yeteneği, tecrübesi gibi kişisel nitelikleri ve somut olayda ani gelişen tehlikeler veya psikolojik olarak karşılaşılan bazı istisnai durumlar, ihmali tutumun belirlenmesinde ölçüt olarak dikkate alınır. Bu açıdan özellikle hamilin zarar verici neticeyi bireysel yetenekleriyle önceden kolaylıkla öngörmesine rağmen özensiz tutumu sergilemede ısrarcı olması “ağır ihmal” teşkil eder. Ancak bu son durumda dahi eylemi gerçekleştiren kişiye göre kusur nitelenmesi değişeceğinden, genel olarak belli bir davranış kalıbının her durumda ağır ihmal teşkil edeceğini söylemek oldukça güçtür. Yine de ihmali tutumun ağır ihmal düzeyinde olup olmadığı sorgulanırken şu klasik formülden yola çıkılabilir: Yükümlülüğe aykırı hareket, ortalama idrake sahip bir hamil tarafından

<sup>665</sup> Ülkemizdeki mutlak uygulamada tıpkı yasada olduğu gibi, kart sözleşmelerinde yalnızca kusur dereceleri (ağır ihmal ve kast) lafzî olarak zikredilir ve bu teknik kavramların içeriği örnekler yardımıyla doldurulmaz.

<sup>666</sup> AB hukukunda, ihmal kavramının içeriği ZDR ile belirlenmemiş ve bu yetki ulusal hukuklara bırakılmıştır (Bkz. Pavalenco, s. 206).

<sup>667</sup> Bu yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 23-24; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 33. ZDR II’nin genel gerekçesinde (N. 72), ödeme hizmeti kullanıcısının (kart hamilinin) olası ihmal veya ağır ihmalinin tespitinde bütün koşulların göz önünde tutulması gerekliliğine dikkat çekilerek ihmal derecesinin belirlenmesi meselesi ulusal hukuklara bırakılmış; ancak bu hususta genel bir tespit yapılmaktan da geri durulmamıştır. Buna göre ağır ihmali davranış, hafif ihmalden farklı olarak büyük bir özensizliği ifade eder. Örneğin, ödemenin otorize edilebilmesi için kartla birlikte kullanılan gizli kodun, üçüncü kişilerin kolayca erişebileceği ve gözlemleyebileceği şekilde saklanmış olması ağır ihmal teşkil eder.

<sup>668</sup> Bu hususlarda bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 23; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 97; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 71; M. Koch, s. 127.

objektif anlamda ağır ihmal olarak değerlendiriliyorsa, bu davranış subjektif anlamda da ihlali yapan kişiye isnat edilebilir. Ancak somut olayda bu tespitin net bir şekilde yapılması ve varsayım mertebesinde kalmaması gerekir<sup>669</sup>.

### **(b) Hukuka Aykırı Kullanımın Hamilin Kastına Dayanması**

Kart hamili, kartının bloke edildiğini veya kart limitini aşmış olduğunu ya da finansal durumu itibarıyla kart kuruluşunun masraf tazmin talebini karşılayamayacağını bilmesine rağmen -kimi üye işyerlerinin karşılık denetimi yapmadığı veya yapamadığı bilgisine de sahip olarak- kredi kartıyla ödemede bulunursa, dolandırma niyetiyle hareket etmiş olur. Ancak belirtmiş olduğumuz tüm bu olasılıklarda ödeme işlemi otorize edildiğinden, kart kuruluşu masraf tazminatına hak kazanır, diğer bir deyişle kart kuruluşunun BKKKK m. 12/I c. 2 kuralına başvurması gerekmez<sup>670</sup>.

Ayrıca kart hamili, kendisine veya üçüncü bir kişiye kazanç sağlamak adına, kartıyla gizli kodunu bir başkasına vermesine veya işlemi bizzat kendisi yapmış olmasına rağmen blokaj bildiriminde bulunarak yapılan harcamaların iadesini talep edebilir<sup>671</sup>. Bu ihtimalde ise hamil, kart kuruluşu ile üye işyerini dolandırma saikiyle hareket ettiğinden, BKKKK m. 12/I, c. 2 kapsamında ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulur<sup>672</sup>. Ayrıca dolandırma kastıyla hareket eden hamilin

<sup>669</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. M. Koch, s. 128; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 78; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 14; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 33; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 70; Çeker, s. 96. Belirtildiği gibi, ağır ihmalin tanımı noktasında bütün durumları kapsayan yasal bir norm bulunmadığından, nihai olarak somut olayda basit mi yoksa ağır ihmal mi olduğunun değerlendirmesini hâkim yapacaktır. Hâkim, tüm şartları dikkate alarak serbestçe bu değerlendirmeyi yapmak durumundadır [Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 79; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 70]. Değerlendirmede ayrıca kart kuruluşunun özel niteliklerinin ve (teknik) bilgisinin de göz önünde tutulması gerektiği konusunda bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 23.

<sup>670</sup> Fakat bu sorun çerçeve sözleşmeyi (kart sözleşmesini) de ilgilendirdiğinden, kart kuruluşu bu sözleşmeyi feshedebilir [Bkz. Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 243, N. 426, dn. 829].

<sup>671</sup> Dolandırma kastı ile hareket bakımından, kart hamilinin ödeme işlemini bizzat kendisinin gerçekleştirmiş olması şart değildir. Hamil üçüncü bir kişiyi teşvik ederek de kartın kötüye kullanılmasına vesile olabilir (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 19; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 32).

<sup>672</sup> Bkz. M. Koch, s. 127; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 19; Staudinger ve Omlor, §675v, N. 19; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 99, Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed.

blokaj bildiriminden önce veya sonra ortaya çıkan tüm zararı karşılaması gerekir<sup>673</sup>. Şu halde ağır ihmali tutumuyla kartın kötüye kullanılmasına sebep olan, buna karşılık zamanında blokaj bildiriminde bulunan hamil, bildirimden sonra gerçekleşen zararlar bakımından sorumlu tutulmazken; kart kuruluşunu dolandırma kastıyla hareket eden hamilin blokaj bildiriminde bulunmuş olması, bildirimden sonraki zararlar bakımından kendisini sorumluluktan kurtarmaya yetmemektedir<sup>674</sup>.

### **(c) Hukuka Aykırı Kullanımın Hamilin Ağır İhmaline Dayanması**

#### **(aa) Ön Açıklamalar**

Ağır ihmale ilişkin uygulamada karşılaşılan örneklerle geçmeden önce yukarıda “ağır ihmal” konusunda yapmış olduğumuz teorik açıklamaları kartın kötüye kullanılması bahsine uyarlamak isabetli olur. Bu noktada ilk olarak ödeme aracının kullanılmasında en üst düzeyde korumanın sağlanabilmesi için akla gelen bütün önlemlerin alınmasının zorunlu olmadığını belirtelim. Bunun yerine hamilin göstereceği özen bakımından her daim “beklenebilirlik” ve “uygulanabilirlik” kıstasları dikkate alınmalı ve gündelik kullanımda öngörülme-yen rizikolardan ötürü hamil yalnızca belli bir kapsamda sorumlu tutulmalıdır<sup>675</sup>. Bilhassa “gerekli özeni gösterme” kıstası, gayrinakdî ödemelerin ve her bir münferit ödeme aracının özellikleri göz önünde tutularak uygulanmalıdır. En basitinden, daha önce de vurguladığımız gibi birden fazla debit ve kredi kartına sahip olan hamilden, hatırlamaya yardımcı imkânları kullanmadan tüm bu kartların şifrelerini ezberinde tutması beklenemez. Meseleye ödeme aracının diğer unsuru olan kart bakımından yaklaşıldığında, hamilin özel birtakım tedbirler almak zorunda olmadan her zaman

---

Erman ve Westermann), §675v, N. 15; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 13; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 5; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 72; Lohmann ve Koch, WM 2008, s. 60.

<sup>673</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 19; Pavalenco, s. 207.

<sup>674</sup> Ayrıca bkz. Aşa. VI, B, 4, b.

<sup>675</sup> Alman hukukunda, ödeme sistemlerine ilişkin ilk revizyon döneminde kaleme alınan BGB §675v kuralının gerekçesinde de bütün potansiyel özensizliklerin ağır ihmal olarak görülemeyeceğinin altı çizilmiş; ayrıca hamilin kartla gizli kodu evin farklı yerlerinde saklamasını ağır ihmal olarak görmeyen 17.10.2000 tarihli Federal Mahkeme kararına dikkat çekilmiştir. Bu kararda, hamilin kartla PIN’i farklı yerlerde saklamış olması sebebiyle üçüncü kişi bunları aynı yerde bulamamış ve (PIN’in yazılı olduğu) belgeyi bulduktan sonra ayrıca kartı aramak durumunda kalmıştır [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 9; Pavalenco, ss. 206- 207; Haybäck, ss. 134-135].

plastik kartı beraberinde taşıyabileceği hususu dikkate alınır. Bu nedenle en azından hamilin kartını dışarda saklaması açısından herhangi bir güçlük bulunmaz. Buna karşılık somut olayda kart, gizli kodla birlikte kötüye kullanılmışsa, artık hamilin özen yükümlülükleri konusunda sınırı aştığı kabul edilir<sup>676</sup>.

### **(bb) Kartı Özenli Bir Şekilde Saklama veya PIN'i Güvenli Bir Şekilde Koruma Konusunda Hamilin Ağır İhmalinin Bulunması**

Kartlı ödeme sistemlerinde hamilin sergileyebileceği ağır ihmali tutumların neler olduğu konusunda yargı kararlarına konu olan bazı olaylar bize ışık tutacaktır. Yargı pratiğine bakıldığında üç temel davranış biçiminin ağır ihmal kategorisinde ele alındığı söylenebilir. Bunlar: 1) Hamilin PIN'i debit veya kredi kartının üstüne yazmış olması<sup>677</sup>, 2) Hamilin kartla PIN'i bir arada saklaması<sup>678</sup> ve bunları bir başkasıyla paylaşmış olması<sup>679</sup>, 3) Hamilin imkânı olmasına rağmen derhal kayıp bildiriminde bulunmamış olmasıdır<sup>680</sup>. Uygulamada özellikle hamillerin sıklıkla kartla PIN'i bir arada sakladıkları gözlenmektedir. PIN'in yazılı olduğu şeyin, içinde kartın da bulunduğu çanta veya cüzdana birlikte olacak şekilde saklanması, hırsızlık- kayıp durumunda çantayı bulanın veya çalanın PIN ile karta aynı anda ulaşmasına olanak tanır. Bu nedenle söz konusu tutum ve davranış ağır ihmal teşkil

<sup>676</sup> Bu hususlarda bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 24. Öğretide Russenschuck da -yargı kararlarındaki dolaylı ifadeler dışında- genel manada bir ağır ihmal kriterinin bulunmadığını belirttikten sonra, bu konuda ödeme aracını (kart+PIN) birlikte muhafaza etmeyle bağlantılı olarak kaleme alınan kazuistik düzenlemelerin (kart sözleşmelerinin) mevcut olduğunu ve bunlardan hareketle genel bir çıkarım yapılabileceğini savunur. Buna göre, hayatın olağan akışı kapsamında, hamilin birlikte muhafaza ettiği ec-Medya araçlarının (kart+PIN) fiilen kontrolünü önemli sayılabilecek bir sürede bırakmış olmasından ötürü bunların kaybolmasına imkân tanınması ağır ihmal olarak görülür (s. 78).

<sup>677</sup> Gizli tutma yükümlülüğünün ihlali bakımından en olumsuz örnek olarak karşımıza PIN'in kartın üzerine yazılması çıkar ve bu tutum istisnasız ağır ihmal teşkil eder (Bkz. M. Koch, s. 133; Hoppe, ZBB 1999, s. 90). Kartlı ödemelerin henüz yaygınlaşmadığı dönemde birçok hamil bu yola tevessül etmiş ve kötüye kullanımlar oldukça artmıştır. Örneğin Amerika'da 80'li yıllarda yapılan bir araştırmada, hamillerin %70'inin PIN bilgisini kartın üzerine yazdığı belirlenmiştir (Bkz. Russenschuck, s. 74, dn. 75).

<sup>678</sup> Bkz. Pavalenco, s. 157; Hoppe, ZBB 1999, s. 90.

<sup>679</sup> Bkz. Haybäck, s. 63. PIN'i gizli tutma yükümlülüğü, ortalama anlayışa sahip her hamilin düşünebileceği bir husus olduğundan, buna aykırılık genellikle ağır ihmal olarak değerlendirilir (Bkz. M. Koch, s. 132).

<sup>680</sup> Bkz. Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 2; Haybäck, s. 63. Tüm bu örnekler için ayrıca bkz. ve karş. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 14; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 10; Stadler, BGB (Ed. Jauernig ve Stürner), §§675u – 675w, N. 5; Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 262, N. 26; A. Langenbucher, s. 173.

eder<sup>681</sup>. Nitekim Alman yargısına konu olan bir uyuşmazlıkta, toplu taşımada yolculuk yaptığı esnada kart ile PIN'in yazılı olduğu kâğıdı el çantasının içinde bir arada bulunduran hamile ağır ihmal isnat edilmiştir<sup>682</sup>.

Kartlı ödeme sistemlerinde her ne kadar çoğu durumda kartın ve PIN'in birlikte kullanılması gerekli olsa da, hamilin yalnızca kartı saklama yükümlülüğünü ağır ihmal teşkil edecek düzeyde ihlal etmiş olması, bazı hallerde zararın tamamından sorumlu tutulması bakımından yeterli olabilir. Gerçekten de ihtilaflı işlem yetkisiz üçüncü kişilerce yalnızca kredi kartı kullanılarak, yani herhangi bir gizli kod kullanılmadan gerçekleşmiş ve bu otorizasyonsuz ödemeye hamilin kartını ağır ihmal teşkil edecek düzeyde bir yerde unutması veya bırakması neden olmuşsa, pekâlâ oluşan zararlardan dolayı kendisi sorumlu tutulabilir<sup>683</sup>.

Kartın gizli kodla birlikte kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde ise yalnızca kartı saklama konusunda ağır ihmali bulunan hamilin zararın tamamından sorumlu tutulup tutulmayacağı hususu sorgulanabilir. Aslında bu durum, illiyet bağının kurulmasıyla doğrudan ilintilidir. Zira kartla birlikte gizli kod kullanımının zorunlu olduğu hallerde (örneğin bankamatik kullanımlarında), hamilin yalnızca kartı saklama yükümünü ihlal etmiş olması, ihlal ve zarar arasındaki rabitanın kurulması açısından yeterli olmaz. Bunun dışında kart kuruluşunun, hamilin gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamadığını da ispatlaması gerekir. Bununla birlikte daha önce ifade ettiğimiz gibi, ödeme işleminde gizli kod kullanılmış olması ve günümüzde gizli

---

<sup>681</sup> Bkz. M. Koch, s. 133.

<sup>682</sup> Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 10.

<sup>683</sup> Nitekim Alman yargı kararlarında, en baştan beri hamillerin yalnızca debit kartını (PIN bilgisi olmadan) kontrolsüz bir şekilde aracın içinde bırakması ağır ihmal olarak görülmüş ve zararın tamamından kart hamilleri sorumlu tutulmuştur. (Bkz. Haybäck, ss. 117, 119). Hofmann ise kaleme aldığı bir makalede, bu hususa ilişkin olarak aksi yönde görüş bildirmiştir. Yazara göre, otorizasyon için yalnızca kart kullanımının yeterli olduğu hallerde, yani manyetik (imzalı) kullanımlar ile herhangi bir gizli kod bilgisi gerekmeyen MO/TO işlemlerinde, kartlı sistemin özelliği gereği kötüye kullanım rizikosunu kart kuruluşunun üstlenmesi gerekir. Buna karşılık yazarın da belirttiği gibi öğretide ve yargı kararlarında baskın olarak savunulan görüş, salt kartını saklama konusunda ağır ihmal sergileyen hamilin, gizli kod kullanılmadan gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı sınırsız sorumlu tutulabileceği yönündedir (BKR 2014, ss. 110- 111). Fakat ikinci revizyonla birlikte, yazarın tezini doğrulayan ve mevcut paradigmayı tamamen değiştiren bir sonucun ortaya çıktığını belirtmek lazım. Gerçekten de ileride de görüleceği gibi yeni düzenlemeyle, güçlü kimlik doğrulaması (gizli kod, biyometrik imza vs.) kullanılmadan gerçekleşen kartlı ödemelerde tüm riziko kart kuruluşunun omuzlarına yüklenmiş ve yükümlüklerine "kasten" aykırı hareket etmediği sürece hamilin kötüye kullanımdan dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Böylece sistem, bir nevi dolaylı bir şekilde kartlı ödemelerde gizli kod veya biyometrik imza kullanılması konusunda kart kuruluşlarını tedbir almaya zorlamıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. VI, B, 4, d). Bizim hukukumuz açısından da yapılacak bir düzenlemeyle, güçlü kimlik doğrulaması kullanılmadan gerçekleşen işlemlerden dolayı rizikoyu tamamen sistem kurucusu olan kart kuruluşuna yıkmak isabetli olacaktır.

kodun üçüncü kişilerce deşifre edilmesinin oldukça güç olması, hamilin ağır ihmalinin bulunduğuna dair bir varsayımın oluşmasına (ilk görünüş ispatına) neden olur<sup>684</sup>. Bu durumda, kartın gizli kodla birlikte kullanıldığı hallerde, kartı saklama yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği sabit olan hamil, gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamadığı yönündeki ilk görünüşü çürütemediği sürece zararın tamamından sorumlu tutulma tehlikesiyle karşı karşıya kalır<sup>685</sup>.

Uygulamaya bakıldığında, salt kartı saklama yükümlülüğü dikkate alınarak ihmal derecesinin irdelendiği birçok karara rastlanır. Örneğin bazı kararlarda, kartlığın araba bagajının üzerinde unutulması; alışveriş merkezinde kartın bulunduğu cüzdanın alışveriş sepetinin üzerinde açık konumda bulundurulması; ziyaret edilen bir dükkânda kredi kartı bulunan cüzdanın açık bir şekilde masanın üzerine bırakılması; kart aracın bagajına bırakıldıktan sonra ormanda uzun bir yürüyüşe gidilmesi; cebe birtakım eşyalar koyup çıkarmak suretiyle cepte bulunan kartın düşürülüp kaybedilmesi ağır ihmal olarak yorumlanmıştır<sup>686</sup>. Bu hususta ayrıca sık

<sup>684</sup> Bkz. Wolfgang Gößmann ve Sönke Bredenkamp, “Phishing, Vishing, Spoofing, Pharming oder Sniffing. Moderne Missbrauchsformen im Zahlungsverkehr”, **Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe** (Ed. Mathias Habersack, Hans- Ulrich Joeres ve Achim Krämer), Köln 2009, s. 107. İlk görünüş ispatına son bölümde ayrıntılı olarak değineceğiz. Yeri gelmişken illiyet bağıyla bağlantılı olarak şu kadarını belirtelim: Kartın gizli kodla birlikte kullanıldığı hallerde, hamilin yükümlülüğe aykırı davranışı ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağı “ilk görünüş ispatı”na dayalı olarak, yani hukuken güçlü bir varsayımdan hareketle kurulabilir. Örneğin hırsızlık eylemi ile kartın bankamatiklerde kötüye kullanılması eylemi arasında çok kısa bir zaman geçmiş olması ve bu kısa zaman diliminde failin kart bilgileriyle PIN’i deşifre etmesinin mümkün olmaması dikkate alınarak hamilin gizli kodu korumada ağır ihmali bir tutum takındığı sonucuna ulaşılır. Böylece varsayımsal bir düzlemde, gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğüne aykırılık ile ortaya çıkan zarar arasındaki rabıta da kurulmuş olur (Bu yönde bkz. Hayböck, s. 118).

<sup>685</sup> Alman hukukunda Maihold’un da isabetle vurguladığı gibi, PIN’in üçüncü kişilerce öğrenilmesinde hiçbir kusuru bulunmamakla birlikte, kartı saklama konusunda ağır ihmali bulunan hamilin zarardan sorumlu tutulmamasına yönelik bir sınırlama, kartın ve PIN’in birlikte kullanılması gereken durumlara özgü olarak getirilebilse de, BGB §675v/III, b. 2/b kuralı, bu tür bir sınırlamaya izin vermez. Zira kurala göre, ödeme aracının çıkarılmasına veya kullanılmasına ilişkin şartlara ağır ihmal seviyesinde aykırı hareket eden hamili zararın tamamından sorumlu tutmak gerekir [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky/Bunte/Lwowski), §54, N. 81]. Dikkat edilirse kuralda, kart veya gizli kod ayrımı yapılmadan her bir münferit aracın şartlara aykırı kullanılmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla gizli kod kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlarda, gizli kodu güvenli bir şekilde korumuş olmasına rağmen kartı saklamada ağır ihmali bir tutum sergileyen hamili zararın tamamından sorumlu tutmak mümkündür.

<sup>686</sup> Bu örnekler için bkz. ve karşı. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 88, 91; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 39. Buna karşılık Yargıtay bir kararında (13. HD, T. 26.05.2009, E. 2009/1663, K. 2009/7250), Migros’ta alışveriş yapan hamilin, kartın da içinde bulunduğu çantasını alışveriş sepetine bırakarak alışverişe dalmasında ve daha sonra çantasını çaldırmasında kusuru bulunsada sıradan bir işyeri olarak nitelendirmediği Migros AŞ. nin de mağazaya gelen müşterilerinin asgari ölçüde mal güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiş ve rizikonun hamil ile üye işyeri arasında paylaşılması gerektiğine hükmetmiştir. Bu ilginç karar şu şekildedir: “... Davacının alışveriş yapmak amacıyla davalıya ait alışveriş merkezine gittiği, alışveriş sırasında alışveriş sepetine

karşılaşılan bir durum olarak hamilin bankamatikten parayı çektikten sonra kartını kart yuvasında unutmuş olması da bize göre ağır ihmal teşkil etmelidir<sup>687</sup>. Ancak yeni bankamatik sisteminde, hamile paradan önce kartın verilmeye başlanması, kartın bankamatikte unutma ihtimalini ortadan kaldırmaktadır.

Kartın arabada saklanması konusunda da ağır ihmal vurgusu yapılan kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin, hamilin kartının bulunduğu el çantasını, şoförün yanında bulunan koltuğun altına koyması veya yine kartın bulunduğu evrak çantasını arabadaki koltuklardan birinin altına, bagaja veya torpido gözüne koyması ağır ihmal olarak yorumlanmıştır. Şu halde kartın arabanın dışından görülmeyecek bir yere konulmuş olması da tek başına hamili sorumluluktan kurtarmaya yetmeyeceği söylenebilir. Belirtelim ki, kartın arabada bulundurulmasına ilişkin alınan bu kararlarda, hamilin kartı “denetimsiz bir şekilde” araç içinde bırakması onun unutkanlığına yorulmuştur. Bununla birlikte bazı durumlarda kartı kaybolma tehlikesinden korumanın en iyi yolu, -örneğin deniz kenara gitmede olduğu gibi- onu arabada saklamaktır. Bir diğer ifadeyle somut olaya göre ihmal değerlendirmesi değişebilir. Örneğin bu ve benzeri durumlarda hamile ağır ihmal isnat etmemek gerekir. Keza, hamilin aracın yakınlarında bulunduğu ve aracıyla göz temasını kesmediği hallerde de kendisine ağır ihmal isnat etmemek gerekir<sup>688</sup>.

Bunların dışında hamilin kartı sakladığı yer konusunda yanılığa düşmüş olması, bazı istisnai hallerde ağır ihmali bir tutum olarak görülebilir. Örneğin kartını evinde sakladığını düşünen hamilin, aslında kartını üçüncü kişilerin serbestçe girip çıkabildiği işyerindeki çalışma masasının çekmecesinde kontrolsüz bir şekilde saklaması ağır ihmal teşkil eder. Çünkü hamil her zaman kartını güncel olarak

---

*çantasını bıraktığı, alışveriş yaparken çantasının çalındığı ve çanta içerisindeki davacıya ait kredi kartı kullanılmak suretiyle davacının hesabından 800 YTL çekildiği mahkemenin de kabulünde olup, davalı Migros AŞ bu yönü temyiz etmemiştir. Her ne kadar davacı Z. G. gerekli önlemleri almadan çantasını alışveriş sepetine bırakarak alışverişe dalmakla kusurlu ise de, sıradan bir işyeri olmayan davalının alışveriş için mağazasına gelen müşterilerinin mal güvenliğini, özellikle muhafazasına terk edilen çanta ve içerisindeki eşyalarını asgari özen ölçüsünde korumak ve kollamak yükümlülüğü bulunmaktadır. Hal böyle olunca tarafların meydana gelen olayda kusurları saptanmalı kusur oranında indirim yapmak suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemenin bu yönü göz ardı ederek kusurun tamamını davacıya yüklemek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Karar için bkz. Saraç, s. 538.*

<sup>687</sup> Buna karşılık Alman hukukunda ilginç bir şekilde gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında kartın bankamatikte unutulması, rutin karşılaşılan anlık bir dalgınlık (Augenblickversagen) olarak görülmekte ve hamile ağır ihmal isnat edilmemektedir [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 76, 83].

<sup>688</sup> Bu hususlarda bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 83.

nerede bulundurduğu konusunda bilgi sahibi olmak zorundadır. Ayrıca kartının nerde bulunduğunu bilen hamilin bu yeri sürekli veya periyodik olarak kontrol etmemesi her ne kadar yükümlülüğe aykırılık teşkil etse de, bu tutum genellikle ağır ihmal şeklinde yorumlanmaz<sup>689</sup>.

Alman hukukundaki sözleşmesel düzenlemelere bakıldığında, hemen hemen tüm şartlarda hamilin gizli kod bilgisi ile kartı aynı yerde birlikte saklamasının veya kartla PIN'i üçüncü kişilerle paylaşmasının ağır ihmal teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>690</sup>. Yine bazı Alman kart sözleşmelerinde, kart ile PIN bilgisinin aynı çekmecede veya aynı evrak - el çantasında saklanmasının ağır ihmal olduğu özel olarak vurgulanmıştır<sup>691</sup>. Sonuç olarak hamilin kartla PIN'in yazılı olduğu belgeyi mutlaka farklı yerlerde saklaması icap eder. Örneğin hamil bunlardan birini pantolon cebinde saklıyorsa, diğerini cüzdanda veya ceket cebinde saklayabilir. Yine hamil birini ceket cebinde, diğeri evrak çantasında bulundurabilir veya evde bulunduğu esnada kart ve PIN bilgisini farklı çekmecelerde kilit altında tutabilir<sup>692</sup>. Fakat ev

<sup>689</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 83.

<sup>690</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 70. Yazarın ifade ettiği gibi, Alman mahkeme kararları da bu istikamettedir (§54, N. 78). Bu noktada kart sözleşmelerinde ağır ihmali tutumların bir gelenek olarak üç grupta toplandığı söylenebilir. Bunlar; kart kuruluşuna veya yetkili birime blokaj bildiriminin geç yapılmış olması, gizli kod bilgisi ile kartın aynı yerde birlikte saklanması ve kartla PIN'in üçüncü bir kişiyle paylaşılmasıdır [Bkz. Haybäck, s. 63; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 2; Krepold ve Fischbeck, s. 97]. Online bankacılığı düzenleyen özel şartlarda ise bu üç kategori dışında, hamilin gizli kodu yalnızca kart kuruluşuna ait genel ağ sayfasına girmesine ve bunu e-posta aracılığıyla üçüncü kişilerle paylaşmamasına ilişkin yükümlülük de eklenir (Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 36).

<sup>691</sup> Alman uygulamasında sözleşmelerde bu şekilde örneklendirme metoduna sıkça başvurulur. Yine birçok sözleşmede, özellikle kart ile PIN'in beraber olacak şekilde ve gözetim altında tutulmayan bir motorlu taşıt içerisinde bulundurulması ağır ihmal olarak görülmüştür [Ec-Maestro ve Girocard şartları özelinde bkz. Bernd S. Bertelmann, **Das BGB-Zahlungsdiensterecht im Kontext der Single Euro Payments Area**, Peter Lang, Saarbrücken 2011, Frankfurt am Main 2011, s. 210; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 81]. Fakat sözleşmelerde belirtilen bu örnekler sınırlayıcı nitelikte değildir. Ayrıca bu tür örneklemeleri körü körüne kabul etmemek, her somut olaya ve kartın kullanım şekline göre özel olarak değerlendirmek gerekir. Söz gelimi, tek başına kartın kilitli bir araba içinde saklanması -aracın bulunduğu konuma göre- hamile ağır ihmal isnat etmek için yeterli görülebilir (Weber, s. 293). Buna karşılık, daha önce de belirttiğimiz gibi sahil kenarına giden hamilin görece olarak kartını en iyi koruyabileceği yer hiç kuşkusuz arabası olacaktır. Bu ihtimalde, olası bir kötüye kullanım durumunda hamilin herhangi bir kusurunun bulunmadığı kabul edilebilir [Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 75, 81, 90; Haertlein, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding), N. E 59; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675l, N. 26]. Dolayısıyla sorumluluk değerlendirmesinde, hâkimin takdiri -ve somut olayı yorumlayış tarzı- belirleyici olacaktır [Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 70].

<sup>692</sup> Bu hususlarda bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 46-47, 84; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 38; Hofmann, BKR 2014, s. 109; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 78.



ortamında kartla PIN bilgisinin aynı mobilyaya ait farklı çekmecelerde saklanması yeterli olmaz; bunların mutlaka farklı mobilyalara ait çekmecelerde bulundurulması gerekir. Ancak yükümlülük bahsinde de belirttiğimiz gibi, hamilin üçüncü kişilerin erişimine açık bulunmayan evinde kartını ortalık yerde bırakması -PIN bilgisinin yazılı olduğu kâğıdı beraberinde tutmaması kaydıyla- ağır ihmal olarak görülmez<sup>693</sup>. Zira normal şartlar altında ev ortamı tek başına güvenli bir alan olarak görüldüğünden, burada hamilin kartı saklama yükümlülüğünü daha esnek yorumlamak gerekir<sup>694</sup>.

Ağır ihmal konusunda uygulamada yaygın olarak gözlenen bir diğer durum da hamilin telefonda kendisini kart kuruluşu çalışanı olarak tanıtan bir kimseye kart ve gizli kod bilgilerini vermiş olmasıdır. Kart sözleşmelerinde yer alan ve PIN'in üçüncü kişilerle paylaşılmasını men eden kurallar hamiller tarafından yanlış yorumlanabilmektedir. Oysaki bu tür klostlarda "üçüncü kişiler" ibaresinin, kart kuruluşlarında çalışan personeli de kapsadığı açıktır<sup>695</sup>. Yine de kart kuruluşu çalışanları da dâhil olmak üzere PIN bilgisinin üçüncü kişilerle paylaşamayacağı sözleşmelerde açıkça vurgulanabilir.

#### **(cc) PIN'in Gizlice Gözetlenmesine Engel Olma Konusunda Hamilin Ağır İhmalinin Bulunması**

Kart hamilinden PIN'i girdiği esnada prensip olarak bankamatik klavyesinin üzerini eliyle veya cüzdanla kapatması ve böylece başkalarının gizli kodu gözetlemesini engellemesi beklenebilir. Özellikle üçüncü kişilerin olağan dışı davranışlarının bulunduğu hallerde, hamilin sırada bekleyen bu kişilere biraz daha mesafeyi açmaları yönünde bir ricada bulunmamış olması, ihmali bir tutum olarak değerlendirilebilir. Burada aranılan özenin derecesi, somut olaya göre değişiklik gösterir. En basitinden sırada bulunanlar ne kadar bankamatikte işlem yapılan kısma

<sup>693</sup> Bu hususlarda bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 37.

<sup>694</sup> Buna karşılık bir evin, birden fazla kişi tarafından kira ilişkisi çerçevesinde paylaşılması durumunda, hamilin kartını ve gizli kodunu ortak kullanım alanlarında bir arada bulundurmaması icap eder. Nitekim karara konu olan bir uyuşmazlıkta, ev arkadaşıyla birlikte ikamet eden hamilin kartını ve gizli kodunu buzdolabında birlikte saklaması, ağır ihmal olarak yorumlanmıştır [Bkz. Berghaus, **RWS-Forum** 12 (1998), s. 58]. Kanatımızca bu gibi durumlarda hamilin yalnızca kartını ortak alanda bulundurması da ağır ihmal olarak yorumlanmalıdır.

<sup>695</sup> Bkz. Russenschuck, s. 83.

yakınsa, hamilin de klavyeyi bir o kadar vücuduyla, eliyle veya cüzdanıyla gizlemesi lazım gelir. Ancak uygulamada genellikle POS terminallerinde ve bankamatiklerde PIN'in bu şekilde fiziki olarak gizlice gözetlenmesinden dolayı hamile ağır ihmal isnat edilmemektedir<sup>696</sup>.

Buna karşılık hamilin, söz gelimi bozuk olduğu muhtemel olan bir bankamatiğe bir başkasının telkin ve yönlendirmesiyle hemen onun yanında PIN'i girmesi ve bu kişinin banka çalışanı olup olmadığını veya bankanın vermiş olduğu bir yetkiyle hareket edip etmediğini araştırmadan vermiş olduğu talimatlara göre hareket etmesi, ağır ihmali tutum olarak değerlendirilir<sup>697</sup>.

Gizli gözetlemenin fiziken gözle yapılması dışında, teknik bir alet yardımıyla yapılması da mümkündür. Somut olayda teknik saldırı olduğuna dair açık emareler bulunması durumunda, ağır ihmal düzeyinde bir aykırılıktan bahsedilebilir. Artık günümüzde "skimming" türü saldırılar gerek ulusal medyada birçok habere konu olması gerekse de sürekli emniyet ve bankalar tarafından gereken uyarıların periyodik olarak yapılması nedeniyle birçok müşteri tarafından bilinmektedir. Bu nedenle bankamatiklerde kart kullanan hamilin, suçluların teknik araçlarla (örneğin harici bir kamera veya benzeri bir düzenele) PIN'i gözetleyip kaydetme teşebbüsünde bulunacaklarını hiçbir şekilde öngöremeyeceği söylenemez. Ancak hamilin PIN'i girdiği sırada, makul yakınlıktaki bir mesafede kimse bulunmuyorsa, gizli gözetlemelere engel olma gerekliliğinde daha az ısrarcı olmak ve sadece bankamatikteki veya POS terminalindeki manipülasyonun herkes tarafından açıkça fark edilebildiği durumlarda ağır ihmalden bahsetmek gerekir. Diğer bir deyişle, sahtecilikte yüksek kalitede teknik bir araç (yöntem) kullanılmış ve bu araç yardımıyla PIN gizlice gözetlenerek ele geçirilmişse artık hamile ağır ihmal isnat etmemek gerekir<sup>698</sup>. Son olarak istenildiği kadar işlem esnasında haricen tespit

<sup>696</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, ss. 135-136; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 42. Ellenberger/Findeisen/Nobbe (Nobbe)'ye göre hamilin bankamatiklerde veya POS terminallerinde söz gelimi PIN'i girerken diğer eliyle klavyeyi gizlememiş olması, onun yükümlülüğe aykırı hareket ettiği, dolayısıyla ağır ihmal sergilediği anlamına gelmez. Zira hamilin üçüncü kişilerin klavyeyi göremeyecek şekilde kendi vücudunu siper etmesi, özen yükümlülüğü bakımından yeterli olur. Kaldı ki, bankamatiklerde ve POS terminallerinde girilen kodun gözetlenmesini engelleyici mekanizmayı (klavyenin üzerine) kurma, kart kuruluşuna ait bir görevdir (§675v, N. 50. Benzer yönde bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 42; Stange, s. 79; Aepfelbach ve Cimiotti, WM 1998, ss. 1221-1222).

<sup>697</sup> Bu hususta bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 93.

<sup>698</sup> Tüm bu hususlarda bkz. M. Koch, s. 136. Kaldı ki skimming türü saldırılarda kart kuruluşu,

edilemeyecek derecede ileri teknikler kullanılmış olsun, hamilin hesap özeti kontrol etmekle ve kötüye kullanımları derhal kart kuruluşuna bildirmekle yükümlü olduğunu da belirtmek gerekir. Dolayısıyla teknik saldırılarda hamile kural olarak ağır ihmâl isnat etmek mümkün olamasa da, kötüye kullanımı derhal kart kuruluşuna bildirmeyerek müstakbel kötüye kullanımların önünü açan hamile bu davranışı nedeniyle ağır ihmâl isnat etmek mümkün olabilir.

#### **(dd) Blokaj Bildiriminde Bulunma Konusunda Hamilin Ağır İhmâlinin Bulunması**

Sınırsız sorumluluğu düzenleyen BKKKK m. 12/I c. 2 kuralında, “hukuka aykırı kullanımın hamilin ağır ihmâline veya kastına dayanması”ndan ve “bildirimin hiç yapılmamış olmasından” bahsedilir. Bilindiği üzere kart hamili, kartın kaybolması, çalınması veya iradesi dışında gerçekleşen bir işlemi öğrenmesi halinde durumu hemen kart kuruluşuna bildirmekle yükümlüdür (BKKKK m. 16). Bu noktada blokaj bildirimi iki farklı açıdan ele alınabilir. Birincisi, kartın kaybolduğunu veya çalındığını bildirme yükümlülüğü olup derhal bildirimle hedeflenen, ilk kötüye kullanıma engel olmaktır. Blokaj bildiriminin ikinci görünümü ise devam edebilecek kötüye kullanımın bildirilmesidir. Bu ihtimalde, kartın kaybolması veya çalınması söz konusu olmamakla birlikte, bir şekilde kart kötüye kullanılmış olabilir. Bu durumda da hamil, müteakip kötüye kullanımlara, yani ilk kötüye kullanımları takip eden diğer kötüye kullanımlara engel olmak adına yine durumu öğrenir öğrenmez derhal blokaj bildiriminde bulunmakla yükümlüdür.

BKKKK m. 12/I c. 2 uyarınca, kartı kaybolmuş, çalınmış veya bir şekilde kötüye kullanılmış olmasına rağmen, durumun farkında olup da blokaj bildiriminde bulunmayan hamilin zararın tamamından sorumlu tutulacağında şüphe yoktur. Diğer taraftan aynı kural, BKKKK m. 16 ile birlikte ele alındığında, hamilin ağır ihmâli bir tutum sergileyerek geç blokaj bildiriminde bulunması veya eş söyleyişle derhal bildirimde bulunmaması durumunda da ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu

---

hamilin sahte kart üretilmesinde ortak bir kusurunun bulunduğunu ispatlayamadığı sürece, sahtecilik rizikosuna kendisi katlanmak durumunda kalır (Bkz. Pavalenco, s.176). Yine daha sonra da ifade edeceğimiz gibi, teknik izlemeler yardımıyla gizli kodun öğrenilip kartın kötüye kullanıldığı hallerde, hamilin ağır ihmâlinin bulunduğu şeklindeki ilk görünüş ispatı kural olarak devre dışı kalır (Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 42).

tutulacağı anlaşılmaktadır<sup>699</sup>. Bu nedenle geç yapılan bildirimlerde, gecikmenin hafif ihmale mi yoksa ağır ihmale mi dayandığının tespit edilmesi oldukça önemlidir.

Gecikmeden kaynaklı ihmali tutumun belirlenmesinde, bildirim yükümlülüğünü düzenleyen BKKKK m. 16'da "derhal" şeklinde formüle edilen zaman birimi, somut olaya göre değişiklik gösterir. Örneğin plastik kart kaybolmuş veya başkaca nedenlerden ötürü zaten kötüye kullanılmışsa, bildirim süresini görece olarak kısa tutmak isabetli olur. Çünkü ilk kötüye kullanımın veya ilk kötüye kullanım gerçekleşmişse müteakip kötüye kullanımların engellenmesi, bazı durumlarda bildirimin dakikalar içerisinde yapılmasına bağlı olacağından, hamilin vakit geçirmeksizin bu bildirimi ilgili birimlere iletmesi gerekir. Özellikle kartı çalmış olan suçlular, kartı edinir edinmez çok kısa süre içerisinde ve henüz kart bloke edilmeden harekete geçmek isteyeceklerinden, hamilin ilk fırsatta bu bildirimi yapması icap eder. İşte bu noktada, kusurlu bir şekilde derhal bildirimde bulunmakta geciken hamile ağır ihmal isnat edilebilir<sup>700</sup>. Fakat her kusurlu gecikmeyi de doğrudan ağır ihmal olarak nitelendirmemek<sup>701</sup> ve olaydaki tüm verileri dikkate alarak kusur derecesini titizlikle tayin etmek gerekir. Bu hususta OLG Frankfurt'un almış olduğu bir karar ve Alman öğretisinde benimsenen baskın görüş, hukukumuz açısından referans olarak alınabilir. Karara konu olayda, kartını uçak yolculuğunda kaybeden ve telefon erişim olanağına sahip olan hamilin, kayıp durumunu öğrendikten 1,5 saat sonra bildirimde bulunması, derhal bildirim olarak görülmemiştir. Çünkü Alman öğreti ve uygulamasında, genellikle "öğrenme anından" itibaren 45 dakikayı aşan bildirimlerde hamilin ağır ihmalinin bulunduğu kabul edilir<sup>702</sup>.

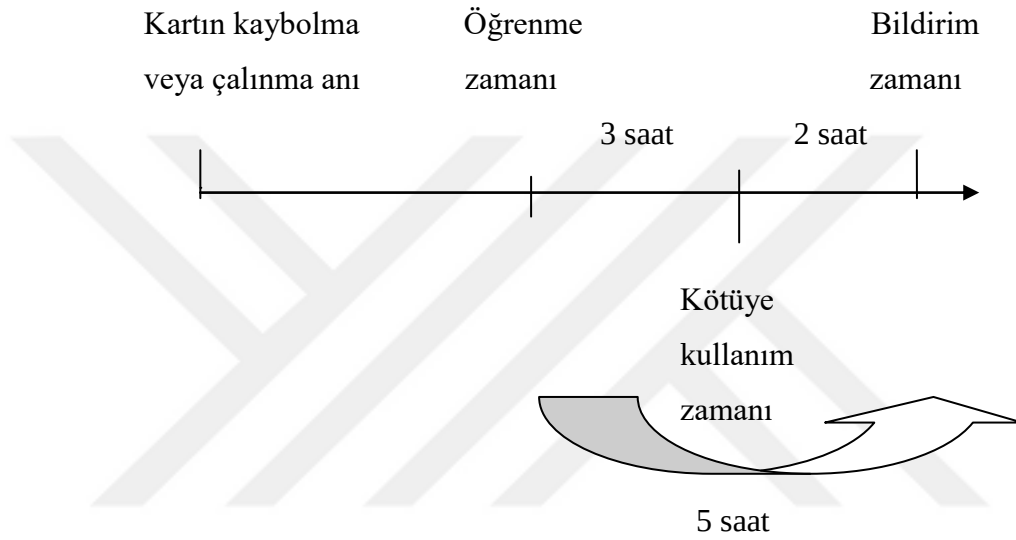
<sup>699</sup> Bkz. ve karşı. Çeker, s. 89. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 14; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 5; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 9; Hoffmann, VuR 2016, s. 247; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675I, N. 6; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 35.

<sup>700</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, ss. 153-154. Aynı yönde bkz. Weber, s. 294. Nitekim Federal Mahkeme de bir kararında, debit kart hamilinin kartın kaybolduğunu kolaylıkla tespit edebilecek olmasına rağmen hemen bildirimde bulunmamasını ve bu nedenle zararın gerçekleşmiş olmasını ağır ihmal olarak değerlendirmiştir (Bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1385).

<sup>701</sup> Bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1385.

<sup>702</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 71; M. Koch, s. 154, dn. 539; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 77, özellikle dn. 122; Haybäck, s. 118. Gößmann'a göre de kötüye kullanım rizikosunun öneminden dolayı bildirim süresinin çok kısa tutulması gerekir. Bu süre, hamilin kartını kaybettiğini fark ettiği anda başlamalı ve bildirimde bulunacağı telefon numarası bilgisine ulaşmakla sona ermelidir. Bu iki zaman dilimi arasında ne kadar süre geçebileceği duruma göre değişir. Yazara göre hamil yurt

Daha önce, kast veya ağır ihmal teşkil edecek düzeyde olmamak kaydıyla kartı kaybeden veya gizli kodu güvenli bir şekilde korumayan hamilin “zamanında” bildirimde bulunması veya hafif ihmal teşkil edecek şekilde geç bildirimde bulunması durumunda, bildirimden önceki 24 saat içerisinde gerçekleşen hukuka aykırı kullanımlardan ötürü sınırlı sorumlu tutulacağını belirtmiştik. Şimdi, blokaj bildirimini özelinde karşımıza çıkan diğer olasılığı, hamilin ağır ihmalle geç bildirimde bulunma olasılığını şematik olarak açıklamaya çalışalım:



içindeyse bu süre bir saat, yurt dışındaysa iki saat olarak belirlenebilir; ancak her durumda bu süreleri aşmamak gerekir [Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 140, N. 57]. Bergaus ise yurt içi - yurt dışı ayrımı yapmadan, hamilin bir saat içinde bildirimde bulunmamasını ağır ihmal olarak değerlendirmiştir [**Rws-Forum** 12 (1998), s. 59].

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, “derhal” bildirme yükümlülüğünün öğrenme anıyla birlikte başlamasıdır. Bununla birlikte kartın kaybolma anı ile hamilin durumu öğrenme anı arasında da makul bir süre bulunması gerekir. Zira bu iki zaman dilimi arasındaki sürenin de makul ölçüleri aşması ağır ihmal olarak değerlendirilebilir. Fakat OLG Düsseldorf eleştiriye konu olan bir kararında, kartını kaybettikten beş gün sonra durumu fark ederek blokaj bildiriminde bulunan hamilin yükümlülüğe uygun hareket ettiğini belirtmiştir. Yine yüksek mahkeme aynı kararda, hamilin debit kartıyla bankamatikten para çektikten sonra kartını almama şeklinde zuhur eden anlık dalgınlığını (Augenblickversagen) ve bu dalgınlık sonunda kartın kaybolmuş olmasını ağır ihmal olarak değerlendirmemiştir [Aynı yönde bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 76]. Öğretide Linardatos haklı olarak bu görüşü eleştirmiş ve kartın kaybolduğu diğer hallerin de “anlık dalgınlık” olarak yorumlanabileceğini; bu takdirde hamilin ağır ihmali durumunda zararın tamamından sorumlu olmasını öngören kuralın içinin boşaltılacağını belirtmiştir. Ayrıca olayda kartın kaybolması ile blokaj bildiriminde bulunulma zamanı arasında beş günlük süre geçmiş olması, derhal bildirimde bulunulmadığı şüphesi uyandırmaktadır (Bu karar ve kararın eleştirisi için bkz. Dimitrios Linardatos, “Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil von 06.07.2012- I-17 U 79/11”, **Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht** 2012/2, §675w BGB 1/12, s. 658). Kanaatimizce de hamilin kart kaybolduktan beş gün sonra blokaj bildiriminde bulunmuş olması oldukça şüphelidir. Her ne kadar hamilin derhal blokaj bildirimde bulunma yükümlülüğü öğrenme anında başlıyor olsa da, vurguladığımız gibi kayıp - çalıntı anı ile bildirim zamanı arasında da makul bir süre geçmiş olması gerekir. Plastik kartın kaybolduğu veya çalındığı hallerde bu iki zaman aralığının beş güne kadar uzaması, bize göre makul bir süre olarak görülemez.

Şekildeki örnekte kart hamili, kayıp veya çalıntı durumunu öğrenir öğrenmez bildirimde bulunması gerekirken, durumu öğrendikten 5 saat, kötüye kullanımın gerçekleşmesinden ise 2 saat sonra blokaj bildirimde bulunmuştur. Öğretide benimsenen ortalama 45 dakikalık süre dikkate alındığında, hamilin 5 saatlik gecikmesinin ağır ihmal teşkil ettiğinde şüphe yoktur. Ancak sınırsız sorumluluk için ayrıca ağır ihmal ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının kurulması gerekir (BKKKK m. 12/I c. 2). Diğer bir ifadeyle, hamilin geç blokaj bildiriminde bulunması nedeniyle kartın kötüye kullanılmış olması gerekir<sup>703</sup>. Örneğimizde hamil bildirim yükümlülüğünü derhal (durumu öğrendikten sonra 45 dakika içinde) yerine getirmiş olsaydı, kart kötüye kullanılmamış olacaktı. Dolayısıyla bu ihtimalde kötüye kullanım ile hamilin ihmali arasında sebep - sonuç ilişkisi bulunduğundan, hamil zararın tamamından sorumlu tutulur.

Dikkat edilirse bu örnekte kötüye kullanım değil, kartın kaybolduğu bilgisi kart kuruluşuna gecikmeli olarak bildirilmiştir. Buna karşılık kartın kaybolmamış veya çalınmamış olmasına rağmen kart bilgileri bir şekilde kopyalanmış ve gizli kod bilgisi ele geçirilmiş olabilir. Bu ihtimalde ise hamilin artık kötüye kullanımı fark eder etmez durumu derhal kart kuruluşuna bildirmesi icap eder. Çünkü bu ihtimalde hamilin kötüye kullanımı bildirmedi gecikmesi, müteakip kötüye kullanımların önünü açabilir. Örneğin kartın kötüye kullanıldığını hesap ekstresinden veya kendisine kart kuruluşu tarafından iletilen bir bilgilendirme mesajından öğrenen hamilin aradan 5 saat geçtikten sonra blokaj bildirimde bulunması, bu süreçte gerçekleşen “diğer kötüye kullanımlar” bakımından ağır ihmal teşkil eder ve bu kapsamda ortaya çıkan zararlardan ötürü hamil sınırsız sorumlu tutulur<sup>704</sup>.

<sup>703</sup> Bu yönde bkz. Weber, s. 294; Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 262, N. 26. Bu sonucun aksini öngören genel işlem koşullarının geçersiz olması hususunda bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 87; Weber, s. 295.

<sup>704</sup> Burada “diğer kötüye kullanımlar” şeklindeki vurgu bilinçli olarak yapılmıştır. Çünkü kayıp-çalıntı bildiriminden ziyade yalnızca kötüye kullanımın bildirildiği hallerde, bildiriminin geç yapılmış olmasıyla ilk kötüye kullanım arasında herhangi bir neden- sonuç ilişkisi bulunmaz. Gerçekten de ileri teknik kullanılarak gerçekleşen sahteciliklerde, hamilin kötüye kullanım gerçekleşmeden önce durumu öğorebilmesi mümkün değildir. Yani hamil 5 saat geçtikten sonra değil de durumu öğrenir öğrenmez bildirimde bulunmuş olsaydı bile zaten gerçekleşmiş bulunan ilk kötüye kullanıma engel olamazdı. Bu ihtimalde hamil, bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşen ilk kötüye kullanımdan ötürü en fazla kart verilerinin veya gizli kodun üçüncü kişilerce öğrenilmesi nedeniyle kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulabilir. İlk kötüye kullanım 24 saatlik süreden daha önce gerçekleşmişse, kötüye kullanımda hiçbir kusuru bulunmayan hamile sorumluluk yüklememek gerekir. Ancak hangi zaman diliminde gerçekleşmiş olursa olsun bu “ilk kötüye kullanımı” bildirmedi

### **(3) Kart Kuruluşunun Ortak Kusurunun Sınırsız Sorumluluğa Olan Etkisi**

Kanun ve sözleşmelerle bağlı olduğu özen yükümlülüklerine uymadığı tespit edilen kart hamilinin sorumluluğu, kusurlu olup olmamasına göre, kusur söz konusuysa da bunun derecesine göre farklılık gösterir. Gerçekten de kartı saklama veya gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü bakımından kusuru bulunmayan ya da en azından hafif ihmal ölçüsünde kusuru bulunan hamil kural olarak toplam zararın en fazla 150 TL'si ile sınırlı sorumlu tutulurken; kasti veya ağır ihmali bir tutumla özen yükümlülüklerine aykırı hareket ederek otorizasyonsuz ödemeye sebep olan hamil, zararın tamamından sorumlu tutulur (BKKKK m. 12/I).

Sınırsız sorumluluğun kapsam ve içeriği, esas itibariyle kart kuruluşu tarafından doğrudan yetkisiz üçüncü kişiye yapılan ödemeler (kartla nakit çekme işlemleri) ile yine yetkisiz üçüncü kişilerin talimatı üzerine, kart kuruluşunun üye işyerine yapmış olduğu ödemelerden (POS ödemeleri) oluşur. Kart kuruluşunun kusuru bulunan hamilden BKKKK m. 12/I c. 2 kapsamında talep edeceği tazminat, iktisadi açıdan otorizasyonsuz ödeme nedeniyle kendisinden tahsil edemediği masraf tazminatının yerini tutar<sup>705</sup>. Buna karşılık ortaya çıkan zarara ortak kusuruyla önemli ölçüde katkı sağlayan kart kuruluşu, hamilin özen yükümlülüklerine aykırı davranmasını gerekçe göstererek sorumluluktan tamamen sıyrılamaz. Bir kere sistemin kurucusu olan kart kuruluşunun profesyonel olması nedeniyle hamile nazaran daha etkin güvenlik tedbirleri alma gerekliliği ortadadır. Burada kart kuruluşunun yükümlülüklerinin genel sınırını “beklenebilirlik” ve “uygulanabilirlik” ölçütleri belirler. En basitinden kart kuruluşu, hamilin PIN bilgisini girerken üçüncü kişilerce gözetlenmesini önlemek adına bankamatiklere tuş takımlarını gizleyen bir düzenek kurmak ve yine teknik olanaklar çerçevesinde manipülatif girişimleri mümkün mertebe önlemekle mükelleftir<sup>706</sup>. Kart kuruluşu bu tür organizasyon tedbirlerini almayı savsaklar ve kötüye kullanımın oluşmasına katkıda bulunursa,

---

geciken hamil, diğer müteakip kötüye kullanımlara zemin hazırlamış olacağından, bildirim yükümlülüğüne aykırılık ile diğer kötüye kullanımlar arasında sebep sonuç bağlantısı kurulur ve hamil bu zararların tamamından sorumlu tutulur.

<sup>705</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 28.

<sup>706</sup> Bu yönde bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 29-30.

riziko “ortak kusur” esasına göre taraflar arasında paylaştırılır; diğer bir deyişle, hamilin sorumluluğunda bir miktar indirime gidilir<sup>707</sup>.

Nitekim Yargıtay da almış olduğu bir kararda (19.HD, 24.11.2015, E. 2015/2014, K. 2015/15391), kartının şifresini doğum tarihinin gün - ay bilgisinin tersi olacak şekilde belirleyen kart hamilini sorumlu tutmanın yanı sıra, bu tür belirlemeleri teknik olarak önleme imkânına sahip olan kart kuruluşunun, bunu yapmayarak kötüye kullanıma katkıda bulunduğunu, bu nedenle rizikonun taraflar arasında ortak kusur esasına göre paylaştırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>708</sup>.

<sup>707</sup> Bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 262, N. 28; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 13; Weber, s. 295.

<sup>708</sup> Bu karar şu şekildedir: “... Mahkemece, iddia savunma, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, davacıya ait cüzdanın çalındığı, davalı bankaya ait kredi kartı ile toplam 7.830,00 TL tutarında şifreli işlem yapıldığı kart şifresinin davacının doğum tarihinin gün ve ay bilgisinin tersi şeklinde belirlendiği, saat 12.12.17'deki hatalı şifre ile saat 12.46.41'de gerçekleşmiş olan ilk para çekme işlemi arasındaki sürede başka bir deneme gözükmediği, ikinci denemede davacıya ait şifrenin çözülmesinin başarıldığı, 5464 Sayılı Kanunda, banka kartları ve kredi kartları ile şifrelerin özenle korunması, bilgilerin saklanması hususunda kart sahiplerine görev ve sorumluluk yüklendiği, kart hamilinin şifrenin muhafazasından ve güvenliğinden sorumlu olduğu, şifreyi seçerken kolay bulunan rakamların seçilmemesi gerektiği, davacının kredi kartının şifresinin doğum tarihinden belirlenmesi sebebiyle kısa sürede ulaşılmış olmasının şifrenin güvenli bir şekilde seçilmediğini ya da muhafaza edilmediğini gösterdiği, davacının olayda ağır kusurunun olduğu, ancak hayatın olağan akışı içerisinde ne kadar özen gösterilirse gösterilsin, kartın ve şifrelerin çalınma olasılığının bulunduğu, bankalarda şifre yönetiminin olduğu, bazı rakamların şifre olarak kullanılmasının engellenebildiği, doğum tarihi veya doğum tarihi bilgisinden esinlenmiş olan şifrelerin müşterilerine tahsis edilmesini engelleme imkânının da bankaların elinde olduğu, davacı tarafından doğum tarihinden esinlenmiş bir şifre belirlenirken, davalı bankanın da bu duruma engel olmadığı, taraflar arasındaki sözleşmenin 19.8 maddesinde ‘... bu şifreleri yazılı olarak saklamayacak’ şeklindeki hüküm dışında bir düzenleme bulunmadığı, davacının da şifresini bir yere yazmış olduğu gibi bir durum gözükmediği, çalıntı kartla yapılmış olan harcamaların çalıntı ihbarından önceki 24 saatlik zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olduğu, olayda tarafların müterafik kusurlarının bulunduğu, yarı yarıya kusurlu oldukları gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 24.11.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

Karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Son Erişim: 11.09.2018).

Buna karşılık Yargıtay bir başka kararında (13. HD, T. 19.10.2011, E. 2011/5323, K. 2011/15442), kartın şifresini doğum gününe göre belirleyen ve kartla birlikte kimliğini cüzdanda bir arada muhafaza eden hamilin tutumunu ağır ihmal olarak değerlendirmiş ve zararın tamamından hamili sorumlu tutmuştur. Bu karar ise şöyledir: “Davacı, 19.3.2007 tarihinde işyerine gittiğini ve ceketini askıya astığını, akşam 18.30 sıralarında davalı banka tarafından cep telefonundan arandığını ve kredi kartının kullanılmasının bildirilmesi üzerine cüzdanını aradığında bulamadığının, ceza yargılaması halen devam eden dava dışı sanık R. Y.' in dükkanına girerek kredi kartlarının ve kimliğinin bulunduğu cüzdanını çalarak doğum tarihi olarak belirlediği şifresini bularak 4.241.00. TL' lik işlem yapıldığını sonradan öğrendiğini, davalı banka tarafından işlemlerde şifre kullanılması sebebiyle borcu ödemesinin istendiğini, kanun gereğince bu borçtan sadece 150.00. TL' lik bölümünden sorumlu olduğunu belirterek borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini yargılama sırasında bu olay sebebiyle kredi kartı borcu yönünden ödediği 4.000.00. TL' nin istirdadını istemiştir.

Davalı banka, davacının ihbarını müteakip kartın kullanıma kapatıldığını, 5464 Sayılı Kanun'un 16 ncı maddesine göre davacının banka kartını korumak ve muhafaza etmekte dikkat ve özen



Alman Federal Mahkemesi de 28.10.2012 tarihli kararında, kartın bankamatiklerde -üçüncü kişilerce- günlük işlem limitinin üzerinde kötüye kullanılması durumunda, hamilin sorumluluğunun günlük limitle sınırlanması gerektiğine hükmetmiştir<sup>709</sup>. Zira günlük işlem limitinin aşılması, ancak teknik bir arızadan kaynaklanabilir. Bu bakımdan bankamatiği işleten ve ortak kusuru bulunan kart kuruluşunun, günlük limiti aşan kısma katlanması doğaldır. Dikkat edilirse, bu aynı zamanda bazı hallerde hamilin sınırsız sorumluluğunun da belli bir ölçüde hafifleyeceği anlamına gelir. Örneğin hamil, ağır ihmali tutumuyla 5.000 TL'lik bir hukuka aykırı kullanıma sebep olsa bile, sözleşmede günlük işlem limiti 1.500 TL olarak belirlenmişse artık kendisi yalnızca 1.500 TL ile sorumlu tutulur ve bakiye tutarı (3.500 TL) teknik sistemdeki aksaklıktan mesul olan kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır.

#### **4. Kart Hamilinin BKKKK m. 12 Kapsamında Sorumlu Tutulamayacağı Haller**

##### **a. Ödeme Aracı Hamile Ulaşmadan Önce Rizikonun Gerçekleşmiş Olması**

Kart hamilinin sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle ödeme aracının kendisi tarafından teslim alınması, yani kart ile PIN'in hâkimiyet sahasına

---

*göstermediğini, kredi kartı işlemlerinin şifre kullanılarak yapıldığını, bu itibarla tüm kusurun davacı da olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı banka tarafından temyiz edilmiştir.*

*Yukarıda kısaca özetlendiği gibi, dava, davacıya ait banka kartının çalınması ve haksız kullanımı sebebiyle tazminata ilişkindir. 5464 Sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde, Banka kartları ve şifrelerinin özenle korunması, bilgilerinin saklanması hususunda kart sahiplerine görev ve sorumluluk yüklenmiştir. Dosya kapsamı itibarıyla davaya konu banka kredi kartıyla gerçekleştirilen işlemlerinin "şifre" girilerek yapıldığı belirtilmiştir. Haksız olarak elde edilen banka kartının kullanımı aynı zamanda kart şifresinin de bilinmesiyle mümkündür. Kart hamili şifrenin muhafazasından ve güvenliğinden sorumludur. Şifreyi seçerken kolay bulunan, örneğin kimlik bilgileri içinde yer alan rakamların seçilmemesinin gerektiği günümüzde bilinen bir gerçektir. Davacının kredi kartının şifresinin doğum tarihi olarak belirlenmesi sebebiyle kısa sürede ulaşılmış olması, şifrenin güvenli bir şekilde seçilmediğini ya da muhafaza edilmediğini göstermektedir. Hal böyle olunca davacının olayda ağır kusurunun olduğu ve 5464 Sayılı Kanunun 12 nci maddesinden yararlanamayacağı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, kartın hukuka aykırı kullanımında ağır kusuru olan davacının, kartın alıkonulduğu ihbarı yapıldığı kadar olan harcamalardan sorumluluğu bulunmaktadır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ve yanlış değerlendirmeye davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Bu karar için bkz. Saraç, ss. 526-527.*

<sup>709</sup> Kararın ilgili kısmı için bkz. WM 2012, s. 167.

girmiş olması gerekir (BKKKY m. 17/II- a)<sup>710</sup>. Uyuşmazlık halinde bu hususu kart kuruluşu ispatlamak durumundadır<sup>711</sup>. Ayrıca kart hamili, henüz kendisine ulaşmadan önce kartın çalınmasını veya kaybolmasını, yine aynı şekilde gizli kodun öğrenilmesini önleme imkânına sahip olmadığından, ödeme aracının gönderilmesi sürecinde ortaya çıkan rizikoyu kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır<sup>712</sup>.

Ödeme aracının posta yoluyla gönderilmesinde, genel kabul gören ilke uyarınca aracın posta kutusuna ulaştığı an dikkate alınır. Ödeme aracı bu andan önce, söz gelimi posta yolunda kaybolmuşsa, kayıp rizikosunu ve aracın kötüye kullanılmasından kaynaklanan zararları tek başına kart kuruluşu üstlenir<sup>713</sup>. Kart hamili, ödeme aracının hâkimiyet sahasına geçmesiyle birlikte, onun üçüncü kişilerin eline geçmemesi için gereken bütün önlemleri alması gerekir. Hatta özgürlüğü bağlayıcı cezasını çekmek için cezaevine giren hamilin bile bu çabayı göstermesi gerektiği savunulur<sup>714</sup>. Ülkemizdeki güncel uygulamada kart kuruluşları, kartı ve gizli kodu postayla göndermekten ziyade, genellikle özel kuryelerle göndermeyi tercih etmektedir. Bu durumda yine kurye işletmesinde çalışan elemanın kusuru sonucu henüz teslim sürecindeyken kart kaybolabilir veya çalınabilir. Kurye gönderileri bakımından da tıpkı posta gönderilerinde olduğu gibi teslim sürecindeki aksaklıklardan ötürü hamile herhangi bir sorumluluk yükletilemez<sup>715</sup>.

<sup>710</sup> Bu yönde bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 3; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 1; Linardatos, s. 249; Haybäck, s. 71. Hamilin kartı saklama ve gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğünün bu anda başladığı hakkında ayrıca bkz. Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 14.

<sup>711</sup> Bkz. Linardatos, s. 249; Weber, s. 295; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 103.

<sup>712</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 42; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 81; İşgüzar, s. 100. Bu belirtilen husus, Alman hukukunda BGB §675m/II'de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Kural şu şekilde çevrilebilir: “Ödeme aracı (kart) ile bu araca bağlı kişisel güvenlik bilgisinin (gizli kodun), ödeyene (hamile) gönderilmesinden kaynaklanan rizikoyu ödeme hizmeti işleteni (kart kuruluşu) taşır.”

<sup>713</sup> Bkz. Pavallenco, s. 165.

<sup>714</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 28; Hadding, DRiZ 2006, s. 357, özellikle dn. 8. LG Hamburg 04.05.2005 tarihli kararında, bu konuya ilişkin önemli saptamalarda bulunmuştur. Buna göre, kart ile PIN beyan edilen adrese gönderildiğinde kart hamili, kartın ve gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesini önleyecek önlemleri almak zorundadır. Bu genel kural, hamilin gönderim esnasında tutuklu olması durumunda da geçerlidir. Kart bu kişi tarafından kötüye kullanılırsa, hamilin anılan yükümlülüğe aykırı davranmadığını iddia ve ispat etmesi gerekir. Aksi halde hamil, özen yükümlülüğüne aykırılıktan ötürü kart kuruluşunun uğramış olduğu zararı tazmin etmek veya kart kuruluşuna, kart sözleşmesi kapsamında masraf tazminatı ödemek durumunda kalır (Bu karar için bkz. WM 2006, ss. 1623-1625).

<sup>715</sup> Benzer yönde bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 5. Bu noktada vurgulayalım ki, henüz hamilin hâkimiyet alanına girmemiş olan gizli kodla gerçekleşen işlemlerden ötürü ilk görünüş ispatı müessesesi işletilerek de hamil sorumlu tutulamaz. Çünkü ilk görünüş ispatının uygulanabilmesi için öncelikle

Ulaşılan bu sonuç, etki alanı teorisiyle de uyumludur<sup>716</sup>. Ayrıca Alman hukukunda bu teorinin etkisiyle olsa gerek, ilk teslim sürecinde yaşanan kaybolma veya çalınma vakaları dışında, kartın kaybolmasına kart kuruluşunun bir çalışanı, acentesinin, şubesinin veya kart kuruluşunun faaliyetlerini devrettiği bir birimin sebep olması halinde, hamilin sınırlı da olsa sorumlu tutulamayacağı özel olarak vurgulanmıştır (BGB §675v/II, b. 2). Burada kart kuruluşunun faaliyetini devrettiği birimden kasıt, kartlı sistemlerde ancak bankamatikler olabilir. Özellikle hamilin kendi kart kuruluşu dışında bir başka kart kuruluşuna ait bankamatikten para çektiği hallerde, hamilin kart kuruluşu (issuer) faaliyetini bir başka birime devretmiş sayılır. İşte bu yetkiyi devralan kart kuruluşunun kusuru sonucunda ödeme aracı kaybolmuş ve kötüye kullanım gerçekleştirmişse, ortaya çıkan zararlardan ötürü artık hamil sorumlu tutulamaz<sup>717</sup>. Buna tipik örnek olarak hamilin başka kart kuruluşuna ait bankamatikte işlem gerçekleştirirken kartını yutturması ve daha sonra bu kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması verilebilir. Yine aynı şekilde, başka kart kuruluşuna ait bir bankamatiğe konulan skimmer cihazı yardımıyla kart bilgileri ele geçirilen hamili kötüye kullanımlardan ötürü sorumlu tutmamak gerekir. Buna karşılık bizim hukukumuzda BGB’de olduğu gibi bu hususta açık bir kural yer almadığından, koşullar oluştuğu takdirde hamilin en azından zararın 150 TL’lik kısmından sorumlu tutulması icap eder (BKKKK m. 12/I c. 1).

## **b. Blokaj Bildiriminden Sonra Rizikonun Gerçekleşmiş Olması**

Kart hamili, kayıp ve çalıntı bildiriminden sonra gerçekleşen bütün hukuka aykırı kullanımlar bakımından, dolandırma kastı ile hareket etmediği sürece hiçbir

---

kartın ve gizli kodun hamilin zilyetliğine geçmiş olması gerekir [Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 56, 103].

<sup>716</sup> Etki alanı teorisi bakımından da kart henüz hamilin hâkimiyet alanına girmediğinden, yapılan işlemlerden dolayı kendisinin sorumlu tutulmaması gerekir. Kaldı ki bu aşamada hamil, kötüye kullanıma engel olacak bir pozisyonda da değildir. Oysaki kart kuruluşu, kendi hâkimiyet bölgesinde yeni basılarak dağıtımına çıkan kartların kaybolmasını engelleyecek tedbirleri alabilir ve bunların güvenli bir şekilde hamile ulaştırılmasını temin edebilir (Bkz. Vogel, s. 266; A. Langenbucher, s. 180).

<sup>717</sup> Benzer yönde bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 246. Ayrıca BGB’deki kuralı, kaynak ZDR II m. 74/I’e göre yorumlayan bu yazara göre, (a) bendinden farklı olarak (b) bendinde “kaybolma” (Verlust) ifadesiyle kastedilmek istenen kartın fiziksel olarak kaybolması değil, kötüye kullanım sebebiyle uğranılan finansal kayıptır (s. 245). Ancak yazarın belirttiğinin aksine bu kural BGB §675v/II, b. 2’ye “ödeme aracının kaybolması” şeklinde uyarlanmış ve burada ödeme aracının fiziki unsuru olan kartın kaybı vurgulanmak istenmiştir.

şekilde sorumlu tutulamaz. Bu olasılıkta riziko tamamen kart kuruluşunun sahasına geçtiğinden, hamile masraf tazmin talebiyle veya herhangi başkaca istemle başvurmak mümkün olmaz<sup>718</sup>. Hatta bildirimden önce hamil, yükümlülüklerini ağır ihmal teşkil edecek düzeyde ihlal etmiş olsa bile bu sonuç değişmez. Çünkü kayıp ve çalıntı bildiriminin yapılması durumunda, hamilin “bildirimden önce” sergilediği ihmali tutum ile “bildirimden sonra” gerçekleşen zarar arasındaki nedensellik bağı kopar<sup>719</sup>. Dolayısıyla hamil bildirim öncesi dönemde yükümlülüklerine aykırı davranmış olsa bile -dolandırma kastıyla hareket etmediği sürece- blokaj bildiriminde bulunmakla rizikoyu kart kuruluşunun sahasına taşımış olur. Örneğin, kartı saklama konusunda ağır ihmali bir tutum sergileyen hamil, blokaj bildirimden sonra ortaya çıkan kötüye kullanımlardan dolayı sorumlu olmaz. Burada zamanında yapılan kayıp- çalıntı bildiriminin, bildirim öncesindeki ağır ihmali tutumları, bildirimden sonra gerçekleşen zararlarla sınırlı olacak şekilde nötralize ettiği veya devre dışı bıraktığı söylenebilir<sup>720</sup>.

Bununla birlikte bazen kötüye kullanım anlamlı bir zaman diliminde, mesela hamilin zamanında ve usulüne uygun yapmış olduğu bildirimden sonra, fakat kart henüz bloke edilmeden önce gerçekleşmiş olabilir. Buna karşılık blokaj bildiriminden sonra hamilin elinde kötüye kullanımları engelleyebilecek başka bir enstrüman da bulunmadığından<sup>721</sup>, bildirimin yapıldığı an ile kartın fiilen bloke

<sup>718</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 25; Staudinger ve Omlor, §675v, N. 31; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 117; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675v, N. 21; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 3; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 1; M. Koch, s. 158; Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 262, N. 27; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675I, N. 62, 80; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 99; Stange, ss. 59, 191; Weber, s. 296; Nobbe, WM 2011, s. 967. Alman Federal Mahkemesi de yerleşik kararlarında, kayıp bildiriminin kart kuruluşuna ulaşmasından sonra ortaya çıkan zararlar sebebiyle hamili sorumlu tutan sözleşmesel klostları geçersiz addetmiştir [Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K. 80]. Çünkü blokaj bildiriyle birlikte, kötüye kullanımları engelleme görevi artık tamamen kart kuruluşuna geçer. Kart kuruluşu, kartı ödeme trafiğinden çekerek kötüye kullanımlara engel olmaya çalışır. Kartın devre dışı bırakılması, bir taraftan doğrudan anlaşmalı üye işyerlerine kartın kaybolduğu veya çalındığı bilgisinin elektronik ortamda gönderilmesiyle, diğer taraftan kart numarasının blokaj listesine eklenmesi ve bunun üye işyerlerine iletilmesiyle sağlanır (Bu yönde bkz. Vogel, s. 226). Günümüzde bu işlem POS terminalleri üzerinden sistem güncellemesi yapılarak senkronize ve pratik bir şekilde gerçekleşmektedir. MO/TO işlemlerinde ise blokaj denetimi zaten online yapıldığından, kart kuruluşunun ayrıca blokaj listelerini sanal üye işyerleriyle paylaşması gerekmez [Bu yönde bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 85].

<sup>719</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 21.

<sup>720</sup> Bu yönde bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 1008; İşgüzar, s. 121.

<sup>721</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 19; M. Koch, s. 158.

edildiği an arasındaki zaman diliminde gerçekleşen kötüye kullanımlardan hamili sorumlu tutmak mümkün olmaz<sup>722</sup>.

Burada akla gelen bir diğer ihtimal, hamilin blokaj bildiriminde gecikmiş olmasına rağmen, kötüye kullanımın yine kart kuruluşunun kartı bloke etmede gecikmesinden kaynaklanmasıdır. Normal şartlarda, zamanında veya derhal kayıp ve çalıntı bildiriminde bulunamayan hamili, ihmal derecesine göre zarardan sınırlı veya sınırsız olarak sorumlu tutmak icap eder<sup>723</sup>. Ancak zarar, geç yapılan bildirimden sonra, fakat kart kuruluşunun blokajı geciktirmesi nedeniyle ortaya çıkmışsa, hamilin ihmali ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağı kopar. Bu durumda, bildirimde rağmen kartı derhal bloke etmeyerek zararın oluşmasına sebep olan kart kuruluşunu sorumlu tutmak gerekir. Yani bu ihtimalde de kart kuruluşunun kusurlu davranışı, hamilin kusuruna nazaran daha baskın çıkar (eklenen değil, öne geçen illiyet!) ve kötüye kullanım nedeniyle hamil sorumlu tutulamaz<sup>724</sup>.

Yeri gelmişken, kayıp / çalıntı bildirimlerinin günümüz tekniğine uygun bir şekilde kabulünün oldukça basit olması ve blokaj işleminin yine kolaylıkla yerine getirilmesinin her zaman kart kuruluşlarının avantajına olmadığını belirtmek gerekir. Kanaatimize göre, hamilin blokaj bildiriminde bulunmasıyla sorumluluğunun kalktığı nasıl kabul ediliyorsa, aynı şekilde kart kuruluşunun yedi gün yirmi dört saat kayıp / çalıntı bildirimlerini kabul eden ve kartın blokajını sağlayan teknik altyapıyı oluşturmaması veya oluşturduğu teknik yapıda bazı aksaklıklar yaşanması nedeniyle bildirimde bulunmak isteyen, fakat bir türlü blokaj bildiriminde bulunamayan hamili de sorumlu tutmamak amaca uygun olur. Hatta hamil, bu konuda kart kuruluşuna ulaşmak adına alternatif hiçbir çaba içine girmemiş olsa bile, kötüye kullanımın gerçekleştiği anda sistem aksaklığı söz konusuysa sorumluluğu yine kart kuruluşuna yıkmak gerekir. Bu istisnai değerlendirme, zararın sebebinden bağımsız olarak kötüye kullanım rizikosunu öncelikle kart kuruluşunun taşıması gerektiğine ilişkin ilkeye de uygun düşer. Sonuç olarak, teknik açıdan hamile blokaj bildiriminde bulunma imkânının tanınmadığı hallerde -hamil dolandırma kastıyla hareket

<sup>722</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 118; Haybäck, s. 67.

<sup>723</sup> Bu itibarla kayıp veya çalıntı bildirimini, iki ucu keskin bıçak gibidir. Zamanında ve yerinde yapıldığında, bildirimden sonra gerçekleşen zararlar açısından hamil sorumluluktan kurtulurken, ihmale dayanan gecikmelerde kural olarak sorumlu tutulur. Bu nedenle kayıp ve çalıntı bildiriminin hem külfet hem de yükümlülük teşkil etmesinden dem vurulur (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 67).

<sup>724</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 237.

etmediği sürece<sup>725</sup> - ortaya çıkan her türlü zarardan dolayı kart kuruluşu sorumlu tutulmalıdır. Çünkü kart hamilinin, zamanında bildirimde bulunmuş olsun veya olmasın, sistemin kurucusu rolünü üstlenen kart kuruluşunun bütün güvenlik tedbirlerini almış olduğuna güvenebilmesi gerekir<sup>726</sup>.

Bu hususta son olarak, blokaj bildiriminden sonra rizikonun kart kuruluşuna geçmesi yönünde hamile ayrıcalık tanınmasının hem hamili bildirimde bulunmaya teşvik etme hem de daha sonra gerçekleşecek olası kötüye kullanımlara engel olma düşüncesine dayandığını belirtelim. Ayrıca otorizasyonsuz bir ödemeden veya kartın kötüye kullanıldığından şüphelenen kart kuruluşunun, hamilin bildirimine gerek olmadan kartı resen bloke edebilmesi de mümkün olmalıdır. Ancak bunun için sözleşmeyle kart kuruluşuna açık yetki verilmiş olması gerekir<sup>727</sup>.

<sup>725</sup> Bkz. Stange, s. 161.

<sup>726</sup> Bu hususta bkz. M. Koch, ss. 160-161. Alman hukukunda bu özel durum, BGB §675v/V c. 2'de bir sorumsuzluk sebebi olarak açıkça düzenlenmiştir. Buna göre kart kuruluşu, BGB §675m/I b. 3'de düzenlenen (elverişli araçlar yardımıyla kayıp ve çalıntı bildirimlerini kesintisiz olarak kabul etme) yükümlülüğünü yerine getirmediği sürece, ortaya çıkan zararlardan hamil sorumlu tutulamaz (Pavalenco, s. 206. ZDR I özelinde bkz. ve karşı. Stange, ss. 161, 192). Her ne kadar kuralda, yalnızca hamilin sınırlı sorumluluğunun sona erdiği belirtilmiş olsa da, bunu bir redaksiyon hatası olarak görmek ve bu yükümlülüğün ihlali durumunda, kural olarak hamilin sınırlı ve sınırsız her türlü sorumluluğunun sona erdiğini kabul etmek gerektiği belirtilir. Nitekim düzenlemenin son cümlesinde, kuralın yalnızca hamilin dolandırma kastıyla hareket ettiği durumlarda uygulanmayacağı vurgulanmıştır. Bunun bir diğer anlamı, hamilin ağır ihmalinin bulunduğu hallerde de kuralı uygulamanın pekâlâ mümkün olmasıdır. Kaldı ki kaynak metin olan ZDR'de, herhangi bir ayrıma gidilmeksizin hamilin sorumluluğunun sona erdiği belirtilmiştir (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 67; Hofmann BKR 2014, ss. 111-112). Daha da önemlisi düzenlemenin lafzından yola çıkıldığında, hamilin sorumluluğunun ortadan kalkabilmesi için tek başına kart kuruluşunun bildirimleri kabul etme yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinin yeterli olduğu, buna karşılık aykırılık ile oluşan zarar arasında nedensellik ilişkisinin varlığının önemsiz olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kartın kaybolduğunu veya kötüye kullanıldığını (doğrudan kart kuruluşuna gitmek gibi) başka bir yöntemle bildirme imkânına sahip olan hamilin bu hususta hiçbir çaba göstermemesi ve bu nedenle zararın ortaya çıkması durumunda kendisini yine sorumlu tutmamak gerekir. Çünkü tekrar vurgulamak gerekirse, kart kuruluşunun blokaj bildirimlerini kabul etme yükümlülüğüne aykırılığı ele alan sorumluluk kuralında (BGB §675v/V c. 2), illiyet bağının varlığı dikkate alınmamış, aksine bundan bağımsız bir şekilde söz konusu aykırılığın hamilin sorumluluğunu sona erdireceği belirtilmiştir [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 26; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 119-120, 122; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 20; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675v, N. 13; Staudinger ve Omlor, §675v, N. 31; Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 6; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675l, N. 77; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 100].

<sup>727</sup> Alman hukukunda, tarafların anlaşması halinde sözleşme ile kart kuruluşuna böyle bir yetki verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten de BGB §675k/II b. 2 uyarınca taraflar, aralarında anlaşmak suretiyle otorizasyonsuz bir ödemeden veya ödeme aracının hileli bir şekilde kullanılmış olmasından şüphelenen kart kuruluşuna, aracı resen bloke etme konusunda bir hak tanıyabilir. Bu ihtimalde, kartın ne zaman bloke edilebileceği meselesi, tamamen kart kuruluşunun yetki sahasını ilgilendiren bir konudur (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675v, N. 31). Her ne kadar BKKKK'da bu içerikte bir düzenleme getirilmemiş olsa da, bizim hukukumuz açısından aynı sonucun kabulüne engel teşkil eden bir durum bulunmaz (Bu hususta bkz. Yuk. IV, C, 1, b).

### c. Kötüye Kullanıma Neden Olan Olayın Olağanüstü ve Öngörülemez Nitelikte Olması

Kart kuruluşunun tazminat istemi, hamilin herhangi bir etkisinin bulunmadığı olağan dışı ve öngörülemez nitelikte bir olaya dayanmakta ve hamil kendisinden beklenen özen yükümlülüklerini yerine getirmiş olsa dahi bu zararın ortaya çıkmasına engel olamayacak durumdaysa artık kötüye kullanımdan dolayı sorumlu tutulmaz<sup>728</sup>. Alman hukukunda bu sorumsuzluk halinin açıkça düzenlendiği görülmektedir (BGB §676c/I b.1). Buna göre, ilgili tarafın (burada kart hamilinin)<sup>729</sup> sorumluluktan kurtulabilmesi için kötüye kullanıma neden olan olayın olağanüstü ve öngörülemez nitelikte olması, hamilin kötüye kullanıma herhangi bir katkı sağlamamış olması ve tüm yükümlülükleri uymuş olsaydı bile yine de kötüye kullanımı engellemesinin mümkün olmaması gerekir<sup>730</sup>. Düzenlemenin içerik olarak illiyet bağıını kesen ve mücbir sebep niteliğinde olan durumları içerdiği dikkate alındığında<sup>731</sup>, bizim hukukumuz açısından da aynı sonuç kabul edilebilir.

<sup>728</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675v, N. 6.

<sup>729</sup> Belirtelim ki Alman hukukunda BGB §676c/I b.1 kuralı tek taraf dikkate alınarak düzenlenmemiştir. Bu açıdan olağanüstü ve öngörülemez nitelikteki olaya sanki hem kart hamili hem de kart kuruluşu kendi açılarından dayanabileceği şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır [Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §676c, N. 2; Sprau, Palandt BGB, §676c, N. 1; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §676c, N. 2; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §676c, N. 1]. Söz gelimi grev ve lokavt nedeniyle blokaj bildirimlerinin güncellenmesi aksar ve bu nedenle zarar gerçekleşirse, kötüye kullanımlardan dolayı artık kart kuruluşu sorumlu tutulamaz. Bu kuralın uygulamasında hangi taraf olağanüstü ve öngörülemez nitelikteki vakiya dayanıyorsa, o taraf vakiyayı ispatla yükümlü olur (Bkz. Sprau, Palandt BGB, §676c, N. 1). Nitekim Alman Sparkasse'nin genel işlem koşullarına bakıldığında (AGB der Sparkasse N. 19/III); bomba tehdidi, savaş ve doğa olayları, banka soygunu, grev, lokavt gibi durumlar mücbir sebep olarak sayılmış ve bu gibi hallerde "kart kuruluşunun" sorumlu tutulmayacağı belirtilmiştir [Ellenberger/Findeisen/Nobbe (Ellenberger), §676c, N. 3]. Buna karşılık grev ve lokavtta huzursuzluğu ya kart kuruluşu bizzat kendisi çıkardığından ya da huzursuzluğu giderme konusunda ihmalkâr davrandığından, bu tür hakların kart kuruluşu lehine mücbir sebep olarak kabul edilmesine mesafeli yaklaşmak gerekir [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §676c, N. 4].

<sup>730</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §676c, N. 2; Ellenberger/Findeisen/Nobbe (Ellenberger), §676c, N. 2; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 102.

<sup>731</sup> Bu yönde bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §676c, N. 3. Gerçi BGB §676c'de, mücbir sebep yerine "olağanüstü ve öngörülemez nitelikte bir olay" ifadesi kullanılmıştır. Bu tercih, BGB'ye kaynak teşkil eden AB Yönergesi (ZDR)'nin tutumundan kaynaklanmaktadır. Zira birlik üyesi ülkeler arasında "mücbir sebep" kavramının çok farklı yorumlanmasını göz önünde tutan yönerge koyucu, "mücbir sebep" kavramı yerine, "olağanüstü ve öngörülemez nitelikte bir olay" tanımlamasını kullanmayı tercih etmiştir (Bkz. ZDR II m. 93). Bkz. ve karşı. Ellenberger/Findeisen/Nobbe (Ellenberger), §676c, N. 1; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675c, N. 1; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §676c, N. 3; Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675w, N. 1; Linardatos, s. 291. Buna karşılık Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed.

Bu bağlamda kartlı ödemelerde borçlunun (hamilin) yükümlülüklerini yerine getirememesi, öngörülemeyen ve engellenmesi mümkün olmayan bir olaya dayanmaktaysa mücbir sebep gündeme gelir. Ancak belirtildiği gibi bu sebebin oluşmasında hamilin herhangi bir katkısının bulunmaması ve akdin (kart sözleşmesinin) kurulması anında olağanüstü durumun öngörülemez nitelikte olması gerekir<sup>732</sup>. Yine sorumluluğun düşmesi için mücbir sebepten ötürü (su baskını, deprem vs.) kartın zilyetliğinin yitirilmesi ve buna bağlı olarak kötüye kullanımın gerçekleşmesi aranır<sup>733</sup>.

Bu hususta son olarak, mücbir sebep durumunda uygun illiyet bağı kesileceğinden, hamilin kusursuz ve sınırlı olarak dahi sorumlu tutulamayacağına dikkatleri çekmek gerekir.

#### **d. Alman (AB) Hukukunda Getirilen Yeni Bir Sorumsuzluk Hali: Ödemenin Güçlü Müşteri Kimlik Doğrulaması Olmadan Otorize Edilmiş Olması**

Öğretide gerek bankamatik gerekse de POS üzerinden gerçekleşen kart kullanımlarında, yetkili hamilin kimliğini tespit edebilmenin üç temel şarta bağlı olduğu kabul edilir. Bunlar: 1) Hamilin sahip olduğu bir şey (kart, kimlik vs.), 2) Hamilin bilgisinde olan bir şey (parola, TAN, PIN) ve 3) Yalnızca hamile ait olan bir şey (biyometrik güvenlik işlemleri; parmak izi, retina taraması vb. yöntemlerle kimlik tespitinin yapılması). Hatta POS işlemlerinde bunlara dördüncü bir unsur olarak hamilin bireysel yetisine bağlı olan el yazılı imza da eklenebilir. Ancak imzalı kullanımlarda, -PIN kullanımındaki gibi- mekanik bir işleyiş (denetim) söz konusu olmadığından, birtakım güvenlik problemleriyle karşılaşılabilir. Özellikle hamilin imzasının yetkisiz üçüncü kişilerce öğrenilmesi ve bu kimselerin yeterli bir çalışma yaptıktan sonra imzayı taklit edebilecek bir düzeye ulaşması, sahtecilik rizikosunu

---

Langenbucher, Bliesener ve Spindler), kuralı mücbir sebep kavramından daha geniş yorumlayarak, söz gelimi gasp durumlarında da hamilin bu kural uyarınca kusursuz ve sınırlı olarak sorumlu tutulmaması gerektiğini savunur (Kap. 6, §676c, N. 2). Keza Maihold da mücbir sebep halleri dışında, hamilin aniden rahatsızlanması gibi isitisna teşkil eden bazı hallerde sorumlu tutulamayabileceğini belirtmiştir [Bkz. Maihold, Bankrechtshandbuch (Ed. Schimansky/Bunte/Lwowski), §54, N. 102].

<sup>732</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675c, N. 1.

<sup>733</sup> Bu yönde bkz. Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 3. Ayrıca karşı. Pavalenco, ss. 157-158.



önemli ölçüde artırır<sup>734</sup>.

Bu nedenle Alman hukukunda, ikinci revizyonla birlikte, el yazılı imzaya ilişkin uygulama dışlanmak suretiyle ve yukarıda kimlik tespitinde referans olarak alındığı belirtilen üç temel unsurdan hareketle, “güçlü müşteri kimlik doğrulaması” uygulaması geliştirilmiştir<sup>735</sup>. Kimlik tespitine yönelik geliştirilen bu uygulamanın en önemli sonucu, güçlü kimlik doğrulaması olmadan gerçekleşen kartlı ödemelerde, hamilin kötüye kullanımlardan dolayı hiçbir şekilde sorumlu tutulamamasıdır<sup>736</sup>. Gerçekten de BGB §675v/IV’te, hamilin kart kuruluşunun ZAG §1/XXIV kapsamında güçlü müşteri kimlik doğrulaması talep etmemesi veya üye işyerinin ya da onun kart kuruluşunun ödemeyi güçlü müşteri kimlik doğrulaması yöntemiyle kabul etmemesi durumunda, ortaya çıkan zararlar nedeniyle hamilin, kart kuruluşuna karşı hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı açıkça vurgulanmıştır<sup>737</sup>.

ZAG §1/XXIV’te ise güçlü müşteri kimlik doğrulaması, kimlik doğrulama verilerinin güvenilirliğini sağlayan ve aşağıda belirtilen unsurlardan birinin

<sup>734</sup> Bu hususlarda bkz. Haybäck, s. 69.

<sup>735</sup> “Güçlü kimlik doğrulaması” (strong authentication) ifadesi ilk olarak Avrupa Merkez Bankası tarafından 31.01.2013 tarihinde yayımlanan ve mesafeli işlemler ile online bankacılık uygulamalarını düzenleyen tavsiye metninde anılmıştır (Bkz. Thomas Hoeren ve Maria Kairies, “Der Anscheinbeweis im Bankenbereich – aktuelle Entwicklungen”, **Wertpapier Mitteilungen** 2015, s. 551). Daha sonra bu kavram, Avrupa Bankacılık Otoritesinin (Europaen Banking Authority) internet ödemelerinde güvenliğin sağlanması konusunda çıkarmış olduğu yönetmeliğe dayanılarak hazırlanan ve Finans Hizmetleri Federal Gözetim Bürosunca (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) 05.05.2015 tarihinde yayımlanan “İnternet Ödemelerinde Güvenliğin Sağlanması Konusunda Asgari Talepler” adlı genelgede de kullanılmıştır. Fakat bu genelgede daha ziyade e-ticarete, sanal kart kullanımlarında ve elektronik para işlemlerinde güçlü kimlik doğrulamasının kullanılması şartı aranmıştır. Özellikle e-ticaret sözleşmelerinde, teknolojik açıdan “güçlü kimlik doğrulaması” desteğinin bulunması, bir yükümlülük olarak öngörülmüştür (Bkz. Sebastian Omlor ve Julia Elixmann, Das Rundschreiben der BaFin zu Mindestanforderungen an die Sicherheit von Internetzahlungen, **Juris Die Monatszeitschrift** 2015, S. 11, s. 400; Jungmann, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675m, N. 16, 18).

<sup>736</sup> Bkz. Omlor, JuS 2017, s. 628.

<sup>737</sup> Yeri gelmişken belirtelim ki, bu hususta Alman hukukunda yer alan düzenlemeler, esas itibariyle ZDR II m. 74/II’nin iç hukuka uyarlanmış halidir. Ancak güçlü kimlik doğrulamasına ilişkin getirilen kuralların, Alman uyum yasasında düzenlenen diğer kurallardan farklı olarak 13.01.2018 tarihinde yürürlüğe girmediğini vurgulayalım. Zira söz konusu düzenlemelerin, ZDR II m. 115/V uyarınca Avrupa Bankacılık Otoritesince kimlik doğrulamasına ilişkin düzenleyici teknik standartlar belirlendikten sonra 18 ay içinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (Bkz. Zahrte, NJW 2018, s. 340). Avrupa Bankacılık Otoritesinin, Avrupa Merkez Bankasının da görüşünü alarak kaleme aldığı teknik standartlar 27.11.2017 tarihinde Avrupa Komisyonunca kabul edilmiş ve 13.3.2018 tarihinde resmi gazetede yayımlanmıştır. Düzenlemede öngörülen 18 aylık süre nedeniyle güçlü kimlik doğrulamasının uygulanmasına ilişkin kurallar 14.09.2019 tarihinde yürürlüğe girecektir (m. 38). ZDR II’ye ilavede bulunan ve güçlü kimlik doğrulaması ile şeffaf, güvenli iletişime yönelik “17.11.2017 tarihli ve (AB) 2018/389 sayılı Yetki Devrine Dayanan Komisyon Tüzüğü”nün (Bundan böyle kısaca AB Teknik Standartlar Tüzüğü olarak anılacaktır) Almanca metnine ulaşmak için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1524574434764&uri=CELEX:32018R0389> (Son Erişim: 03.05.2018).

bulunmaması, diğer(ler)inin güvenilirliğini şüpheyne düşürmeyen, içerik olarak birbirinden bağımsız en az iki unsurun sağlanmasıyla şekillenen kimlik doğrulaması olarak tanımlanmıştır.

1. Kategori “bilme” (Wissen) unsuru, yani sadece kullanıcı (hamil) tarafından bilinen bir şey,

2. Kategori “zilyetlik” (Besitz) unsuru, yani sadece kullanıcının zilyetliğinde olan bir şey,

3. Kategori “aitlik” (Inhärenz) unsuru, yani sadece kullanıcıya ait olan bir şey<sup>738</sup>.

Birinci kategoride belirtilen ve yalnızca hamil tarafından bilinmesi gereken şeylere örnek olarak yukarıda da belirttiğimiz PIN ve TAN kodları verilebilir. Buna karşılık bir bakışta diğer kimseler tarafından fark edilebilen ve kartın üzerine basılı olan bilgiler (kart numarası, güvenlik kodu vs.) veya doğum günü, adres gibi kişisel veriler bu kategoriye girmez. Zilyetlik unsuru bakımındansa kartlı sistemlerde ilk olarak hemen akla kartın kendisi gelir. Bunun dışında online ödemelerde kullanılan veya TAN bildirimlerinde fonksiyon gösteren “mobil telefonlar” da bu kategoriye dahil edilebilir. Tasarı komisyonunca, son kategori olan aitlik unsuruna örnek olarak ise parmak izi, ses tanınması gibi yöntemler gösterilmiştir. Bunlardan başka retina taraması veya yüz tanınması gibi biyometrik verilerle gerçekleşen işlemler de bu kategoride anılabilir<sup>739</sup>. Bu açıdan, kullanılan kişisel güvenlik bilgisinin hamilin biyolojik ve morfolojik yapısına ait bir veri olması yeterli görülür.

Ayrıca güçlü kimlik doğrulaması için kullanılacak olan unsurların birbirinden bağımsız nitelikte olması zorunludur<sup>740</sup>. Dikkat edilirse gerek AB direktifinde gerekse de Alman hukukundaki düzenlemede yalnızca iki bağımsız unsurdan bahsedilmekte, buna karşılık bunların farklı kategorilerde bulunması şart koşulmamaktadır. Bu nedenle, birbirinden bağımsız olmak kaydıyla pekâlâ aynı kategoride yer alan iki unsur da güçlü kimlik doğrulamasına konu olabilir. Burada önemli olan nokta, unsurların gerçek anlamda birbirinden bağımsız olması, yani bir

<sup>738</sup> Bkz. ve karşı. Baumann, GWR 2017, s. 277.

<sup>739</sup> Bu yönde bkz. Bucher, s. 17; Hoffmann, VuR 2016, ss. 248-249; Kai-Michel Hingst ve Carsten Lösing, “Die geplante Fortentwicklung des europäischen Zahlungsdiensteaufsichtsrechts durch die Zweite Zahlungsdienste-Richtlinie”, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht* 2014, s. 312; Hofmann, BKR 2018, s. 65.

<sup>740</sup> Bkz. Omlor ve Elixmann, JM 2015, S. 11, s. 400; Hofmann, BKR 2018, s. 65.

unsura ait olan koruma mekanizmasının aşılmasının, diğerinin güvenilirliğini şüpheyeye düşürmemesidir. Diğer bir ifadeyle, her iki mekanizmanın aşılması için ayrı ayrı çaba sarf etme gerekliliğinin bulunduğu hallerde “bağımsızlık” şartı sağlanmış olur. Buna karşılık zilyetlik kategorisinden birbiriyle bağlantılı olacak şekilde iki unsurun seçilmesi, örneğin kartın çipi ile manyetik şeridin unsur olarak belirlenmesi, bağımsızlık şartına aykırılık teşkil eder. Yine bir taraftan “bilme” veya “aitlik” diğer taraftan “zilyetlik” kategorisinde yer alan unsurların kullanıldığı mobil (akıllı telefonla gerçekleşen) ödemelerde, bağımsızlık konusu tartışmaya açılabilir. Zira mobil telefonlara yapılan tek bir manipülatif saldırıyla, farklı kategorilerde olsa da tüm koruma mekanizması devre dışı kalacağından, bu tip ödemelerde bağımsızlık koşulunun sağlandığı söylenemez<sup>741</sup>. Mobil ödemelerde durum buyken, plastik kartla gerçekleşen işlemlerde, kartla (zilyetlik) birlikte PIN (bilgi) veya biyometrik imza (aitlik) kullanıldığında, bağımsız iki unsur şartı sağlanmış olur. Manyetik kullanımda, yani kartın el yazılı imzayla birlikte kullanılması durumunda, imzayı ne “bilgi” ne de “aitlik” kategorisine sokmak mümkün olamayacağından, işlem güçlü kimlik doğrulamasıyla gerçekleşmiş olmaz<sup>742</sup>.

Güçlü kimlik doğrulamasında, unsurların bağımsızlığı dışında aranan bir diğer şart, kimlik doğrulama verilerinin güvenilirliğinin sağlanmasıdır. Buna göre kart kuruluşu, üçüncü kişilerin iletişim kanallarına sızmasını önleyici tedbirler alma konusunda gereken çabayı göstermek durumundadır. Bu gereklilik, yalnızca standart olarak belirlenen teknik sistem güvenliğini kapsamaz; ayrıca kimlik doğrulama verilerinin (özellikle PIN’in veya parolanın) üçüncü kişilere (örneğin üye işyerine veya oradaki bir çalışana) bildirilme zorunluluğunu ortadan kaldırmayı da içerir<sup>743</sup>.

Ayrıca Alman kanun koyucusu, kart kuruluşunun hangi hallerde güçlü kimlik

<sup>741</sup> ZDR II m. 4, b. 30 kapsamında benzer yönlerde bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 249. Mobil telefon kullanılarak gerçekleştirilen para çekme işlemleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bunun için hamilin mobil telefonundaki kart kuruluşuna ait uygulamaya, belirlemiş olduğu parola ve şifreyi kullanarak girmesi, daha sonra mobil bankacılık menüsünden para çekme seçeneğini tıklayarak çekmek istediği tutarı girmesi, en son bankamatikten bir tuşa basarak ekranda çıkan QR kodunu telefonuna okutması gerekir. Dikkat edilirse bu işlemde zilyetlik (mobil telefon) ve iki adet bilgi (parola ve şifre) unsuru olmak üzere toplam üç unsur kullanılır. Ancak her bir unsur tek bir cihazda bütünleştikten, bunların birbirinden bağımsız olduğu söylenemez. Bu çıkarımlar, istatistiksel açıdan artış eğilimin gösteren ve ileride yaygınlaşması beklenen mobil ödemeler bakımından da aynen geçerlidir.

<sup>742</sup> Dolayısıyla otorizasyonun harcama belgesinin imzalanması suretiyle gerçekleşmesi durumunda, hamil kötüye kullanımlardan ötürü sorumlu tutulamaz. Bu bir anlamda el yazılı imzanın kişisel güvenlik işareti olarak görülmediğinin de kanıtıdır (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 65).

<sup>743</sup> Bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 249.

doğrulamasını talep etmekle yükümlü olduğunu özel olarak belirlemiştir. Gerçekten de ZAG §55/I'e göre ödeyen (hamil / online bankacılık müşterisi), hesabına online olarak erişmek ister veya elektronik bir ödeme işlemi gerçekleştirir ya da uzaktan erişim yoluyla sahtecilik veya farklı bir kötüye kullanım rizikosu barındıran bir ödeme gerçekleştirirse, ödeme hizmeti sağlayıcısı (kart kuruluşu) güçlü kimlik doğrulaması talep etmekle yükümlü hale gelir. Anılan kural BGB §675v/IV ile birlikte ele alındığında, bu gibi işlemlerde güçlü kimlik doğrulaması talep etmesi gerekirken herhangi bir talepte bulunmayan kart kuruluşunun, kötüye kullanım sorumluluğunu üstleneceği ve dolayısıyla hamilin sorumlu tutulamayacağı anlaşılır.

Diğer taraftan, şeklen bu tür bir talepte bulunulmakla birlikte, denetimin usulüne uygun olarak gerçekleşmediği hallerde de aynı sonucu kabul etmek gerekir. Çünkü hamilin sorumluluğunun sona ermesi bakımından önemli olan nokta, kart kuruluşunun güçlü kimlik doğrulamasından vazgeçerek kötüye kullanım rizikosunun artmasına sebep olmasıdır; yoksa bu riziko artışının açıkça kimlik doğrulaması talep etmemeden veya talep etmekle birlikte sistem hatasından kaynaklanması herhangi bir farklılık doğurmaz. Bu nedenle hamilin sorumlu tutulabilmesi için yalnızca işlemin güçlü kimlik doğrulamasıyla gerçekleşmesi yeterli olmaz, bundan başka ödeme işleminden önce kimlik doğrulaması için gerekli unsurların sistem tarafından “usulüne uygun” bir şekilde kontrol edilmesi gerekir. Diğer bir deyişle hamil ağır ihmali bir tutum takınarak kartın üzerine PIN'i yazmış olsa bile, kendisinin sınırsız olarak sorumlu tutulabilmesi, PIN girişinin kurallara uygun bir şekilde denetlenmiş olmasına bağlıdır. Her ne kadar uygulamada bu şarta pek dikkat edilmese de hamilin sınırsız sorumluluğunu düzenleyen kuraldan, kimlik doğrulama sisteminin kurallara uygun bir şekilde fonksiyon göstermesinin ne denli önemli olduğu anlaşılmaktadır<sup>744</sup>.

Bunun dışında AB Teknik Standartlar Tüzüğünde, kartlı sistemler özelinde güçlü kimlik doğrulaması uygulamasına iki temel istisna getirilmiştir. Bunlardan birincisi, yalnızca hazırlar arası işlemlere konu olabilen temassız kullanımlardır (m. 11). Kural uyarınca temassız işlemlerde birtakım şartların gerçekleşmesi kaydıyla kart kuruluşları güçlü kimlik doğrulaması uygulamasından muaf tutulmaktadır Bu şartlar: Temassız ödemeye konu münferit tutarın 50 Euro'yu aşmaması ve güçlü kimlik doğrulamasının en son uygulandığı andan itibaren, temassız olarak yapılan

<sup>744</sup> Tüm bu hususlarda bkz. Hoffmann, VuR 2016, ss. 249-250.

ödemeler toplamının 150 Euro’yu aşmaması veya yine bu andan itibaren, temassız olarak yapılan işlem sayısının 5’i geçmemesidir.

Yine benzer bir muafiyet, elektronik ortamda küçük tutarlara konu olan mesafeli işlemler (MO/TO işlemleri) bakımından da getirilmiştir (m. 16). “Düşük Miktarlı Ödemeler” başlığını taşıyan bu kural uyarınca kart kuruluşlarının yine benzer birtakım şartların gerçekleşmesi durumunda güçlü kimlik doğrulaması talep etmekten imtina edebilecekleri belirtilmiştir. Bu şartları belirtecek olursak: Elektronik mesafeli işleme konu münferit tutarın 30 Euro’yu aşmaması ve güçlü kimlik doğrulamasının en son kullanıldığı andan itibaren, elektronik ortamda gerçekleşen mesafeli işlemler toplamının 100 Euro’yu aşmaması veya yine bu andan itibaren, ödeyenin ardı ardına 5 ödemeden fazla elektronik mesafeli işlem yapmamış olmasıdır<sup>745</sup>.

Dikkat edilirse buraya kadar belirttiğimiz tüm hususlar AB hukukunda kimlik denetimine yönelik getirilen temel prensiplerdir. Bizim hukukumuzda her ne kadar güçlü müşteri kimlik doğrulamasına ilişkin bir altyapı çalışması başlamış olsa da, henüz yasal bir girişim söz konusu değildir. Ancak modern hukuktaki yeni trendin, kartlı sistemlerde hamilin sorumluluğunu mümkün mertebe hafifletmek, hatta ortadan kaldırmak olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kanımızca da güçlü kimlik doğrulaması olmaksızın gerçekleşen otorizasyonsuz ödemelerden ötürü yalnızca kart kuruluşunu sorumlu tutmak en akılcı çözüm olacaktır. Bu durumda riski tamamen üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşu, sistem güvenliğine ilişkin her türlü önlemi alarak kötüye kullanımları minimize edebilecektir. Ayrıca sorumluluğun belirlenmesinde güçlü kimlik doğrulaması referans alındığında, kimlik tespitini sağlayan unsurların birbirinden bağımsız olması zorunlu hale gelir. Bu bağımsızlık, hazırlar arası POS işlemlerinde, günümüzde sıklıkla olduğu gibi kartın PIN ile birlikte kullanılmasıyla (çipli kullanımla) veya kartın biyometrik imzayla (parmak iziyle) birlikte kullanılmasıyla kolaylıkla sağlanabilir. Buna karşılık güçlü kimlik doğrulaması uygulaması, ileride daha da yaygınlaşması beklenen, ancak iki bağımsız unsur şartını sağlamayan mobil ödemelerde, tüm rizikonun kart kuruluşuna yıkılmasına yol açabilir. Bu açıdan özellikle küçük miktarları aşan ödemelerde, temassız işlemlerde olduğu gibi hamilin mobil telefonunu kullanmak dışında ayrıca

<sup>745</sup> Bkz. ve karşı. Baumann, GWR 2017, s. 277.

POS'a PIN kodu girmesi veya yine POS aracılığıyla biyometrik olarak kimlik tespiti yapılması şartı aranabilir.

### **C. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması**

#### **1. Kural Yokluğu**

Otorizasyonsuz ödemelerde, rizikonun taraflar arasında dağılımı ve sorumluluğun kime ait olacağı hususunda kanun koyucu yalnızca karşılık ilişkisine yoğunlaşmıştır. Dolayısıyla ifa ilişkisinde rizikonun nasıl dağılacığı ve kart kuruluşu tarafından bunun ne ölçüde üye işyerine yükletilebileceği sorusu, normatif düzeyde açıklığa kavuşturulmuş değildir<sup>746</sup>.

Bununla birlikte, kart kuruluşu ile üye işyeri arasında rizikonun paylaştırılması konusu özellikle hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde önemli bir rol teşkil etmez. Çünkü kötüye kullanım durumunda üye işyeri, kart kuruluşuna karşı bağlı bulunduğu sözleşmedeki yükümlülükleri ihlal ederse, örneğin harcama belgesinin imzalanıp imzalanmadığını kontrol etmezse rizikoyu doğrudan kendisi üstlenir. Buna karşılık böyle bir ihlal söz konusu değilse kart kuruluşunun ödeme sistemini kurarken göz önünde tutmuş olduğu ve kartlı ödemelere mündemiç olan (hamil ile üye işyeri arasındaki ilişkideki bedelle ilgili olan) rizikonun gerçekleşmiş olduğu kabul edilir ve bu rizikoyu kart kuruluşu taşımak durumunda kalır. Diğer taraftan, mesafeli işlemlerde rizikonun paylaştırılması meselesi biraz daha karmaşıktır<sup>747</sup>. Bu konuya ileride ayrıntılı olarak değinileceğinden, bu aşamada yalnızca hazırlar arası işlemlerde kabul edilen riziko dağılımının, mesafeli işlemlere uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışmalı olduğunu belirtmekle yetinelim.

Karşılık ilişkisi özelinde kötüye kullanım rizikosunu kural olarak kart

<sup>746</sup> Alman hukukunda, revizyondan sonra getirilen kazuistik düzenlemelerde de kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki ilişkide, kötüye kullanım rizikosunun dağılımıyla ilgili olarak herhangi bir kurala rastlanmamaktadır. Özellikle otorizasyonsuz ödemelerde prensip olarak kart kuruluşunu sorumlu tutan BGB §675u kuralının bu konuda sessiz kalması dikkatlerden kaçmamaktadır [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap.6, §675u, N. 7; Linardatos, ss. 273-274].

<sup>747</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 7.

kuruluşunun taşıdığını ifade ettik. Kart kuruluşunun bu rizikoyu ifa ilişkisinde üye işyerine aktarıp aktaramayacağı, aktaracaksa bunun nasıl mümkün olabileceği sorusu akıllara gelebilir. Rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte her iki taraf arasında menfaat çatışmaları başlar. Bir taraftan üye işyerinin yetkisiz bir şekilde kartı kullanan kişiyi arayıp bulması ve hakkını ondan talep etmesi mümkün olmadığından, kart kuruluşundan ödemeyi tahsil etme noktasında menfaati bulunur. Ayrıca kartla gerçekleşen ödemelerde nakit benzeri ödeme teorisi kabul edildiğinden, üye işyeri tıpkı nakdi ödemelerde olduğu gibi vermiş olduğu mal ve hizmetin karşılığını alma, dolayısıyla öncelikli ifa yükümlülüğünden doğan rizikoyu üstünden atma konusunda bir menfaat edinir<sup>748</sup>. Diğer yandan kart kuruluşu, kartın kötüye kullanıldığı bilgisine çoğu zaman en erken üye işyerine ödeme yaptıktan sonra, özellikle kart hamilinin masraf tazmin talebini geri çevirmesiyle ulaştığından, ters ibraz klozları yardımıyla bu rizikoyu tekrardan üye işyerine aktararak menfaat devşirmeye çalışır. Tüm bu çıkar çatışmaları sonrasında sorumluluğun kime ait olacağı meselesinin cevabı, kartlı ödemelerin altında yatan amaca, bilhassa ifa ilişkisinde imzalanan üye işyeri sözleşmesindeki şartlara ve bu sözleşmenin hukuki niteliğine göre değişiklik gösterir<sup>749</sup>.

---

<sup>748</sup> Bkz. Taupitz, ss. 116-117. Belirtelim ki her ne kadar bu tür ödemelerde tarafların edimlerini karşılıklı ve aynı anda (Zug um Zug) yerine getirdiği şeklinde bir kabülden yola çıkılsa da (mal veya hizmet karşılığında kartlı ödeme) aslında kredi kartıyla gerçekleşen ödemelerde üye işyeri nakdi ödemelerde olduğu gibi hemen alacağını tahsil edememekte, çoğu zaman kart kuruluşlarınca bu ödemeler, bir aylık (veya 20 günlük) periyotlarla ve toplu olarak üye işyerlerine yapılmaktadır. Bu açıdan karşılıklı ve her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde geçerli olan ödemezlik defini (TBK m. 97) ileri sürme hakkından vazgeçen üye işyeri, bir anlamda ifa etmiş olduğu edimin karşılığını alamama rizikosuyla karşı karşıya kalır. İşte nakit benzeri ödeme teorisiyle üye işyerinin bu sakıncadan kurtarılması amaçlanır. Bu teoriye göre üye işyeri, ödemezlik def'ini ileri sürme hakkından vazgeçmesinin karşılığında ifa uğruna edim olarak kabul etmiş olduğu kartlı ödemelerden ötürü kart kuruluşundan nakit para yerine bağımsız nitelikte bir ödeme taahhüdü elde eder. Böylelikle üye işyeri, iktisadi güce sahip olan kart kuruluşunun vermiş olduğu (soyut) ödeme taahhüdünü yerine getireceği konusunda haklı bir kanaate ulaşır ve tıpkı nakdi ödemelerde olduğu gibi ekonomik anlamda güvence altına alınmış olur (Bu yönde bkz. Barnert, WM 2003, ss. 1153-1154; Tina Krügel, **Die Zukunft der Kreditkarte als Zahlungssystem im Internet – Die Rechtslage im Anschluss an das Urteil des BGH vom 16.04.2002 (ZR 375/00)**, Masterarbeit, Institut für Rechtsinformatik, Hannover, 2002, ss. 9, 11; Pavalenco, ss. 35-36).

<sup>749</sup> Bu hususta bkz. Linardatos, s. 273.

## 2. Otorizasyonsuz Ödemelerde Kart Kuruluşunun Rizikoyu Taşımaya ve Kart Kuruluşunun Genel İşlem Koşulları Aracılığıyla Rizikoyu Üye İşyerine Yıkma Çabaları

### a. Otorizasyonsuz Ödemelerde Prensipte Olarak Kart Kuruluşunun Rizikoyu Taşımaya

Kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği konusunda, yoğun olarak sürdürülen tartışmalardan ve Alman hukukunda Federal Mahkemenin bu hususta 16.04.2002 tarihinde almış olduğu emsal karardan<sup>750</sup> sonra dahi öğretide kesin bir sonuca ulaşılamamıştır<sup>751</sup>. Her ne kadar bu meselenin çözümüne ilişkin farklı düşünceler ileri sürülmüş olsa da kart kuruluşunun vermiş olduğu ödeme onayının, ifa ilişkisini diğer ilişkilerden (bedel ve karşılık ilişkisinden) soyutladığı yönünde bir fikir birliğinden bahsetmek mümkündür. Çünkü üye işyerinin kartlı ödemelerde edimini önceden ifa etmesine ilişkin tipik rizikoyu mümkün olduğunca asgari düzeye indirmenin yegâne yolu, ifa ilişkisini diğer ilişkilerden soyutlamaktan geçer. Bu nedenle baskın öğreti ve yerleşik içtihatlarda kart kuruluşunun ödeme onayı, aynı zamanda üye işyerine verilen soyut bir ödeme vaadi olarak görülür<sup>752</sup>.

Kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki hukuki ilişkinin soyut borç vaadi temeline dayanmasının tipik sonucu, kart üçüncü kişilerce kötüye kullanılmış olsa bile kart kuruluşunun vaadini yerine getirmeye devam etme, diğer bir ifadeyle otorizasyonsuz ödemeden doğan rizikoyu üstlenme gerekliliğinin ortaya çıkmasıdır<sup>753</sup>. Üye işyerinin kartlı sisteme girmesini sağlayan en büyük etkenin, tıpkı nakdi ödemelerde olduğu gibi kartlı ödemelerde de aynı avantajlı pozisyonu (ekonomik çıkarını) korumak olduğu dikkate alındığında, bu çatışmada iş yerinin menfaatini üstün tutmak icap eder. Bu nedenle “soyut borç vaadi” kabulüyle üye işyeri, yetkili

<sup>750</sup> Karar için bkz. WM 2002, ss. 1120-1124. Bu karardaki uyuşmazlık konusu olay her ne kadar MO/TO işlemleriyle ilgili olsa da Federal Mahkeme vermiş olduğu kararda, hazırlar arasındaki ödemelerde belirlenen ilkelerin MO/TO işlemleri bakımından da geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır (Bkz. Aşa. VII, B, 3, a). Bu karar ve kararın öğretideki yansımaları daha sonra, MO/TO işlemleri özelinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

<sup>751</sup> Bkz. Linardatos, s. 274.

<sup>752</sup> Bu yönde bkz. Einsele, s. 312; Hammann, s. 59; Kienholz, s. 160; Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 17; Linardatos, s. 274.

<sup>753</sup> Bu yönde bkz. Freitag, ZBB 2002, s. 328; Atamer, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, s. 1011.



hamil olduğunu sandığı, ancak aslında yetkisiz kişilerce gerçekleşen ödemeler bakımından da güvence altına alınmış olur. Gerçi kartı yetkisiz kullanan kişi ile arasındaki synallagmatik sözleşme (örneğin satım sözleşmesi) gereği üye işyerinin işlem konusu miktar için doğrudan bu kişiye yönelme hakkı olsa da pratikte işyerinin üçüncü kişiye tekrar ulaşması ve ondan bu bedeli tahsil edebilmesi hemen hemen imkânsızdır<sup>754</sup>. Bu nedenle üye işyeri, öncelikli menfaati doğrultusunda, kartın kötüye kullanıldığı hallerde de işlem bedelinin ödenmesini kart kuruluşundan talep edebilmelidir.

Bunun dışında, bedel ilişkisinde kötüye kullanımın farkına varabilecek ve onu engelleyebilecek bir konumda bulunmayan, dolayısıyla kendisine herhangi bir kusur izafe edilemeyen üye işyerine, sözleşmesel klozlar aracılığıyla kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasına ilişkin tüm rizikoyu yüklemek de mümkün değildir. Bu gibi hallerde, kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması bir “sistem rizikosu” olarak ele alınır ve sistem kurucusu olan kart kuruluşunun bunu taşıması gerektiği noktasından hareket edilir. Gerçi avantaj ve dezavantajlar birlikte değerlendirildiğinde, formül bir slogandan yola çıkarak rizikoyu tek başına kart kuruluşuna yüklemek de çok adil gözükmemektedir. Özellikle üye işyerinin kartlı sistemlerden önemli menfaatler devşirdiği dikkate alındığında, riziko dağılımı noktasında bu türden bir genellemeye gitmenin pek de tatmin edici olmadığı söylenebilir. Ayrıca tam da bu noktada, üye işyerinin genellikle kötüye kullanım rizikosunu daha iyi sezeceği ve buna karşı önlemler alabileceği şeklinde birtakım itirazlar da ileri sürülebilir. Bu itirazlara kısmen hak vermek mümkündür. Zira hazırlar arasındaki işlemlerde ödemeler, üye işyerinin etki alanında ve onun müdahale edebileceği bir ortamda gerçekleştiğinden, söz konusu ödemelerin ekonomik açıdan garantili bir ödeme olup olmadığını veya potansiyel olarak bu ödemelerin geri dönüşünün mümkün olup olmayacağını üye işyeri daha iyi değerlendirebilir ve gereken önleyici tedbirleri alabilir. Üye işyerinin, hazırlar arası işlemlerde müşterisini seçme ve kötüye kullanımlara engel olma noktasında kart kuruluşuna nazaran daha iyi olanaklara sahip olduğuna şüphe yoktur. Ancak üye işyerinin soyut olan kötüye kullanım rizikosunu daha iyi tanınması, her koşulda onu

<sup>754</sup> Gerçekten de üye işyeri -başarı ihtimali düşük de olsa- haksız fiilden veya kasten ahlaka aykırı olarak gerçekleşen bu işleminden dolayı uğramış olduğu zararı gidermesi için yetkisiz üçüncü kişiye başvurabilir (Bkz. Taupitz, ss. 112-113; İsgüzar, s. 126).

etkin bir şekilde engelleyebileceği ve zararı önleyebileceği anlamına da gelmez. Nitekim sahte kart kullanımlarında kart kuruluşu, -özen yükümlülüğüne uygun davrandığı sürece- üye işyerine olan soyut borcunu yerine getirmek durumunda kalmaktadır<sup>755</sup>. Yine prensip olarak, kart kuruluşunun yerine getirmek zorunda olduğu özen yükümlülüklerinin ekonomik anlamda üye işyerinin sahasına aktarılıp diğer olası tehlikelerle birlikte tüm rizikonun işyerine yüklenmesi ve bu şekilde kart kuruluşunun bir güvence elde etmesi de mümkün olmamalıdır. Bu nedenle kötüye kullanım rizikosunu kart kuruluşu ile üye işyeri arasında dengeli bir şekilde dağıtmak gerekir. Burada optimal denge olsa olsa kart kuruluşunu prensipte sorumlu tutmak; üye işyerinin kusurunun bulunması durumunda, sorumluluğu taraflar arasında paylaşmakla kurulabilir<sup>756</sup>.

## **b. Kart Kuruluşunun Rizikoyu Üye İşyerine Yıkma Çabaları**

### **(1) Soyut Borç İkrarını Devre Dışı Bırakmaya Yönelik Klozlar**

Yukarıda belirttiğimiz gibi kart kuruluşları, üye işyeri sözleşmesindeki genel işlem koşulları yardımıyla, kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması durumunda - yani otorizasyonsuz ödemelerde- soyut borç vaaadinin devre dışı kalacağını belirterek üye işyerlerini uygun olmayan bir biçimde mağdur etme çabası içerisine girebilir. Sorumluluğun tümünü doğrudan üye işyerine yıkan bu tür kayıtları, TBK m. 25 kapsamında geçersiz kabul etmek gerekir<sup>757</sup>.

Ayrıca bilindiği gibi, sahte kart kullanımlarında kart kuruluşları, özen yükümlülüklerine uygun hareket ettiği sürece işlem konusu tutarı üye işyerlerine ödemek zorundadır. Bu nedenle sahtecilik rizikosu da önceden genel klozlar aracılığıyla doğrudan üye işyerlerinin omuzlarına yükletilemez; aksi halde bu tür kayıtlar yine TBK m. 25 uyarınca geçersiz sayılır<sup>758</sup>.

---

<sup>755</sup> Bkz. Weber, s. 298.

<sup>756</sup> Tüm bu hususlarda genel olarak bkz. Linardatos, ss. 275-276

<sup>757</sup> Bkz. Taupitz, s. 120.

<sup>758</sup> Bkz. Weber, s. 298.

## (2) Üye İşyeri Sözleşmeleri ile Ters İbraz Klozlarının Kararlaştırılması

Kart hamillerinin bedel ilişkisinden kaynaklanan eksiklikleri kendisine yöneltmek ödeme yapmaktan imtina etmesinden endişelenen kart kuruluşları, üye işyeri sözleşmelerinde ters ibraz klozuna (Rückforderungsklausel) yer verebilir<sup>759</sup>. Bu kloz sayesinde kart kuruluşları, hamillerin bedel ilişkisinden kaynaklanan eksiklikler nedeniyle ödeme yapmaya yanaşmaması durumunda tek taraflı bir bildirimle üye işyerlerine yapmış oldukları ödemeyi geri alabilme hakkını elde eder<sup>760</sup>. Ayrıca bu tür klozlar kart kuruluşlarına, yapmış oldukları ödemeleri geri alma hakkı sağlamanın dışında, üye işyerlerine ödeme yapmaktan kaçınma konusunda da bir yetki sağlar<sup>761</sup>.

Kart kuruluşlarının ters ibraz klozu ile yapmış oldukları ödemeleri geri alma hakkını saklı tuttuğu hallerde, dürüstlük kuralı gereği öncelikle hamillerden masraf tazmin talebinde bulunmaları, bu talep üzerine bedel ilişkisine ilişkin bir itiraz / def'i ileri sürülürse, ondan sonra üye işyerine başvurmaları gerekir. Özellikle kart hamilinin yurt dışındaki bir üye işyerine karşı bedel ilişkisinden kaynaklanan hukuka aykırılıkları ileri sürerek kendini savunabilmesi çok güç olduğundan, bu tür klozlar hamillerin işini oldukça kolaylaştırır. Bu bakımdan, kartların yurt dışında da kullanılmasını sağlayarak ödeme sistemini global hale getiren kart kuruluşlarının - hamillerle olan karşılık ilişkisinde- yurt dışı kökenli rizikoları da üstlenmeleri gerekir<sup>762</sup>.

Ancak ters ibraz klozlarının kart hamiline sağladığı bu kolaylıklar her ne kadar makul ve rasyonel gözükse de kartlı ödeme sistemlerin yapısına ne denli uygun olduğu şüphelidir. Bilindiği gibi, nakit benzeri ödeme fonksiyonu ağır basan kartlı sistemlerde, sistemin önemli bir parçası olan üye işyerlerine, mümkün mertebe nakdi ödemelerde güvencenin sağlanması gerekir<sup>763</sup>. Meseleye bu noktadan yaklaşıldığında, hamil tarafından ileri sürülen ve herhangi bir ön incelemeden veya yargı denetiminden geçmeyen def'i veya itirazlar üzerine kart kuruluşunun üye

<sup>759</sup> Bkz. Grabe, s. 96; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 99; Gößmann, **Rws-Forum** 12, Bankrecht 1998, s. 109.

<sup>760</sup> Bkz. Hadding, DRiZ 2006, s. 358.

<sup>761</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 121.

<sup>762</sup> Tüm bu hususlarda bkz. Taupitz, ss. 69-70.

<sup>763</sup> Bkz. Freitag, ZBB 2002, s. 328; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 94 ve 99.

işyerine yapmış olduğu ödemeyi tek taraflı bir şekilde geri çekebileceğini kabul etmek, kartlı sistemlerin yapısıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla bu tür klozlar, TBK m. 25 uyarınca içerik denetimine konu olabilir<sup>764</sup>.

Uygulamaya bakıldığında, genellikle kart kuruluşlarının ters ibraz hakkını kullanması noktasında kart sözleşmeleri ile üye işyeri sözleşmeleri arasında birbirleriyle çatışan kurallara rastlanmaktadır. Gerçekten de bir taraftan kart sözleşmelerinde hamilin kart kuruluşuna karşı masraf tazminatını ödemediği kaçınma hakkı elinden alınırken, diğer taraftan üye işyeri sözleşmelerinde hamilin harcama itirazında bulunması durumunda, kart kuruluşunun üye işyerine ödemiş olduğu tutarı geri talep etme hakkının saklı tutulması paradoksal bir döngü yaratır. Tüm katılımcıların birbirlerine öyle ya da böyle bağımlı olduğu kartlı sistemlerde, taraflar arasındaki sözleşmelerde gözlemlenen bu çelişkinin, sistemin bütüncül kurgusuyla bağdaştığı söylenemez. Her şeyden önce, bütün kartlı ödemeler bakımından genel anlamda kurallara uygun, yeknesak ve fonksiyonel bir takaslaşmayı sağlayabilmek için sistem katılımcılarının aralarında imzaladıkları ikili anlaşmaların birbirleriyle tutarlı olması gerekir. Bu nedenle kart sözleşmeleriyle üye işyeri sözleşmeleri arasındaki çelişki yaratan bu türden klozların TBK m. 25'e aykırılık teşkil ettiğini kabul etmek ve bunları geçersiz addetmek gerekir<sup>765</sup>.

Kaldı ki hamilin her itirazında kart kuruluşunun ödemiş olduğu miktarı üye işyerinden geri alabilmesi, itiraz hakkının kötüye kullanılması bakımından kart hamilini teşvik edici bir fonksiyon da gösterebilir<sup>766</sup>. Gerçi üye işyerinin ters ibrazı takiben, temel ilişkiden hareketle hamile başvurması mümkündür. Ancak bu durum ya üye işyeri bakımından kazançlı olmayacağı ya da hamil büyük olasılıkla ödeme güclüğü içine düşmüş olacağından, üye işyeri önceden yerine getirmiş olduğu edimin karşılığını alamama rizikosuyla karşı karşıya kalır<sup>767</sup>. Bu nedenle kredi kartıyla gerçekleşen ödemelerin nakit benzeri ödeme olduğu dikkate alınarak üye işyerinin de menfaatini korumak ve ters ibraz klozlarını ancak istisnai bazı hallerde geçerli kabul

<sup>764</sup> MO/TO işlemleri açısından aynı yönde bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, ss. 123-124.

<sup>765</sup> Bu yönde bkz. Pavalenco, s. 221.

<sup>766</sup> Gerçekten de üye işyeri sözleşmelerinde bulunan bazı ters ibraz klozları lâfzen ele alındığında, hamilin itirazının, kart kuruluşunun üye işyerine olan ödeme yükümlülüğünü sona erdirmeye yeteceği şeklinde bir algı oluşturmaktadır (Bkz. Vogel, s. 122).

<sup>767</sup> Benzer yönlerde bkz. Georg Bitter, "Bankpraxis zwischen Recht und Wirtschaft", **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 2007, s. 246.

etmek gerekir<sup>768</sup>. Bu sayede çatışma halinde olan hamilin menfaati ile üye işyerinin menfaati optimal bir dengeye kavuşmuş olur. Örneğin kart hamilinin fiil ehliyetinin bulunmaması durumunda veya daha önce belirttiğimiz gibi bedel ilişkisindeki eksikliklerin havale kuralları gereği kart kuruluşuna yansıtılabildiği (üye işyerinin sahte POS talimatları vermesi, hamilin ödeme talimatını geri alması, hakkın kötüye kullanıldığı itirazının ileri sürülmesi vs. ) istisnai durumlarda ters ibraz klozlarına cevaz verilebilir. Çünkü bu gibi hallerde üye işyerine verilen taahhüt geçerli olmadığı gibi, üye işyerinin korunmaya değer özel bir menfaati de bulunmaz<sup>769</sup>.

Buna karşılık kartın kötüye kullanıldığına ilişkin bir itiraz ileri sürüldüğünde, kart kuruluşunun “doğrudan” bu tür klozlara dayanarak, kötüye kullanım rizikosunu kusuru olsun olmasın üye işyerine yıkması mümkün değildir<sup>770</sup>. Öncelikle itiraza konu olan işlemlerin kart kuruluşunca tetkik edilmesi, bu inceleme sonunda üye işyeri kusurlu bulunursa o takdirde ters ibraz klozunun devreye sokulması gerekir. Şu halde üye işyeriyle anlaşma yapan kart kuruluşu, akit partneri olan işyerinin kötüye kullanıma rağmen kartı kabul ettiğini; oysa üye işyeri sözleşmesinde yer alan bütün yükümlülüklerle dikkat etseydi kötüye kullanımın gerçekleşmeyeceğini ispatlayabilecek konumdaysa ters ibraz klozuna dayanabilir<sup>771</sup>. Kart kuruluşları

<sup>768</sup> Bununla birlikte öğretide hazırlar arası işlemler bakımından üye işyeri sözleşmelerinde yer alan ve kötüye kullanım rizikosunun tamamını üye işyerine yıkan ters ibraz klozlarını doğrudan geçerli kabul eden görüşler de yok değildir. Örneğin riziko dağılımı bakımından “riziko hâkimiyetini” (Risikobeherrschung) kıstas alan Barnert’e göre, hazırlar arası işlemlerde üye işyeri, aynı anda ve aynı mekânda karşısında bulunan akit partnerinin (hamilin) güvenilirliğini denetleyebildiğinden genellikle sahtecilik rizikosuna daha iyi hükmeder. Buna karşılık kart kuruluşu, işlem esnasında müşteri ile hiçbir şekilde fiilen kontak kurmaz. Bu nedenle yazar, hazırlar arası işlemlerde ters ibraz klozlarıyla kötüye kullanım rizikosunun üye işyerine yüklenebileceğini savunur (WM 2003, s. 1156. Benzer yönde bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 99). Fakat yazarların bu görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir. Ters ibraz klozları, esasen uluslararası kartlı sistem kuruluşlarının (VISA, MasterCard) lisans sözleşmeleriyle bu klozları diğer ülkelere ihraç etmesiyle yaygınlaşmıştır. Anılan kuruluşların Amerikan menşeli olması ve Amerikan hukukunda tüketici konumundaki hamilin, yasal olarak bedel ilişkisindeki itirazları doğrudan kendi kart kuruluşuna karşı ileri sürebildiği (Einwendungsdurchgriff) ve ters ibraz sürecinden yararlanarak bu itirazı üye işyerinin kart kuruluşuna yansıtılabildiği dikkatlerden kaçmamalıdır (Bu hususlarda bkz. Grabe, ss. 176-177. Ters ibraz yönteminin Amerikan ve Birleşik Krallık hukukunda geniş ölçüde uygulama alanı bulduğu konusunda bkz. Heese, AcP 2010, Cilt: 210, s. 268). Oysaki hem Alman hem Türk hukukunda, taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin niteliği kural olarak bu şekilde kolaylıkla ters ibraz prosedürünün uygulanmasına cevaz vermez ve bu uygulama yukarıda da görüldüğü gibi yalnızca çok istisnai hallerde gündeme gelebilir. Dolayısıyla kural olarak, hamilin itirazı üzerine kart kuruluşunun doğrudan üye işyerine ödemiş olduğu karşılığı geri çekmesi, bizim hukukumuza yabancı bir olgudur.

<sup>769</sup> Bkz. Şener, s. 241.

<sup>770</sup> Bkz. Weber, ss. 296- 297; Baumbach ve Hopt, HGB, (7) Bankgeschäfte, N. F/56.

<sup>771</sup> Bu hususta bkz. Grabe, s. 98. Yazar burada örnek olarak, imzalı işlemlerde kart üzerindeki imza ile harcama belgesindeki imzanın açıkça birbirinden farklı olması durumunu vermiştir.

tarafından yapılan incelemelerde, günümüzde dünyanın her yerinde geçerliliği bulunan ve VISA / MasterCard tarafından hazırlanan “Uluslararası Ödeme Sistemleri Kuralları”nın önemli bir rehber olduğunu söyleyebiliriz. Uluslararası kartlı sistem kuruluşlarıyla lisans sözleşmesi yaparak hukuki ilişkiye giren yerel kart kuruluşları, bu kurallara uymak ve ters ibraz prosedürünü uygun bir şekilde yürütmek durumundadır<sup>772</sup>. Özellikle ülkemiz uygulamasında yaygın olarak VISA ve MasterCard logolu kartlar kullanıldığı dikkate alındığında, söz konusu kuralların görmezden gelinemeyeceği açıktır. Bu kurallar sayesinde kart kuruluşları, ters ibraz klozlarına dayanarak üye işyerlerine yapmış oldukları ödemeleri hemen geri çekememekte, öncelikle uyuşmazlık konusu işleme ilişkin belge ve bilgileri toplayarak durumu idari olarak soruşturmaları gerekmektedir<sup>773</sup>. BKM’nin yayımlamış olduğu “Kartlı Ödeme Sistemleri Kuralları - Üye İşyeri Kılavuzu”nun bir bölümünde, uluslararası ters ibraz kurallarının, ülkemiz uygulamasında nasıl işleyeceğine ilişkin aydınlatıcı bilgiler bulunmaktadır<sup>774</sup>. Bu husustaki açıklamalar daha sonra yapılacağından<sup>775</sup>, burada yalnızca ters ibraz klozları açısından uluslararası kuralların varlığına dikkat çekmekle yetiniyoruz.

<sup>772</sup> Uluslararası kartlı sistem kuruluşları tarafından belirlenen bu kurallar, içerik olarak doğrudan üye işyeri sözleşmelerine nüfuz etmekte ve kart kuruluşlarının (acquirer) sözleşmeleri şekillendirme yetkisini ciddi ölçüde sınırlamaktadır (Bu yönde bkz. Grabe, s. 73).

<sup>773</sup> Uluslararası kuralların henüz söz konusu olmadığı dönemde Taupitz, ters ibraz klozlarının uygulanmasıyla ilgili benzer bir sınırlamaya gitmiş ve bedel ilişkisindeki uyuşmazlıkta ispat yükünün kimin üzerinde olduğu noktasından hareketle bir çözüme ulaşmayı önermiştir. Zira yazarın düşüncesine göre ters ibraz klozları, kart hamili ile üye işyeri arasındaki ilişkide ispat yükü dağılımını kendileri açısından daha da zorlu hale getirmektedir. Kart kuruluşu, tarafsız davranma yükümlülüğü nedeniyle, şüpheli hallerde (yani kart hamilinin gerçekten ödeme yapmaktan kaçınma hakkı olup olmadığının bilinmemesi durumunda) bedel ilişkisindeki uyuşmazlık üye işyeri tarafından ispatlanamadığı sürece, işyerine yapmış olduğu ödemenin iadesini talep edebilmelidir. Söz gelimi üye işyeri, hamil ile anlaşma yaptıklarını ve bir bedel üzerinde anlaştıklarını ispatlamalı; ancak bunu gerçekleştiremezse (yani şüphe durumunda) ters ibraz prosedürü uygulanmalıdır. Buna karşılık üye işyerinin hileli hareket ettiğine veya işyerinin eylem ehliyetinin bulunmadığına yönelik iddialarda olduğu gibi, kart hamili uyuşmazlık konusu vakıyı ispatla mükellefse artık kart kuruluşu şüphe durumunda üye işyerinin bakış açısını kabullenmek ve tüm meblağı kendisine ödeyerek kart hamiline karşı masraf tazmin talebinde bulunmak durumundadır. Bundan sonra kart hamili bir hak iddiasında bulunuyorsa -aynı nakdi ödemelerde olduğu gibi- doğrudan üye işyerine müracaat etmelidir. Bu şekilde -bedel ilişkisindeki- ispat kuralları dikkate alınmadan kart hamilinin her türlü hak iddiası üzerine kart kuruluşunun yapmış olduğu ödemeyi geri talep edebileceğine (veya en baştan üye işyerinin ödeme talebini geri çevirebileceğine) ilişkin getirilen kayıtlar, üye işyerlerinin uygun olmayan bir biçimde mağduriyetine yol açar ve içerik denetimi kapsamında geçersiz kabul edilir (ss. 70-71).

<sup>774</sup> BKM tarafından yayımlanan kılavuzun “Harcama İtirazları” ve “Müşteri İtirazlarının Kontrol Altında Tutulması” başlıklı beşinci ve altıncı bölümlerinde, uluslararası ters ibraz kurallarına yer verilmiştir. Bu kılavuz için bkz. <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/uyeisyerikilavuzu.pdf> (Son Erişim: 26.02.2018).

<sup>775</sup> Bkz. Aşa. IX, A, 2.

### 3. Otorizasyonsuz Ödemeler Nedeniyle Üye İşyerinin Sorumlu Tutulması

#### a. Ön Açıklamalar

İfa ilişkisinde taraflar arasında soyut borç vaadinin bulunduğunu ve bu nedenle otorizasyonsuz ödemelerden ötürü üye işyerinin kural olarak sorumlu tutulamayacağını belirtmiştik. Ancak soyut borç vaadinin her koşulda üye işyerine bu kapsamda bir koruma sağladığı söylenemez. Özellikle üye işyerinin üzerine düşen özen yükümlülüklerine aykırı davranması, soyut ödeme vaadi ile örülen güvenlik duvarının kalkmasına ve rizikonun kendi sorumluluk alanına taşınmasına yol açabilir. Ayrıca bilindiği üzere kötüye kullanım söz konusu olduğunda, üye işyerinin kart kuruluşuna ödeme istemiyle başvurabilmesi, yalnızca kanunda ve üye işyeri sözleşmesinde yer alan yükümlülüklerle uyması kaydıyla mümkündür<sup>776</sup>. Bu nedenle üye işyeri, kartın kabulüyle ilgili belirlenen yükümlülüklerle aykırı hareket eder ve işlem karşılığı olan miktarı kart kuruluşundan tahsil ederse, kart kuruluşu akdın müspet ihlalden hareketle uğramış olduğu zararın giderilmesini talep edebilir. Yine ikinci bir yol olarak, sebepsiz zenginleşme kurallarını işletmek suretiyle ödemiş olduğu meblağın kendisine iade edilmesini talep edebilir<sup>777</sup>. Zira bu gibi hallerde kart kuruluşu işlem miktarını ödemekle yükümlü olmadığından, TBK m. 78/I uyarınca borç olmayan şeyi ifası gündeme gelir<sup>778</sup>.

Diğer taraftan kart kuruluşunun da üye işyerine karşı yükümlülükleri bulunur. Her şeyden önce kart kuruluşları, ödeme sisteminde gerçekleşecek olan kötüye kullanımları engellemek adına gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Örneğin sistem bakımını sağlama yükümlülüğü bunlardan birisidir. Bu yükümlülük, üye işyeri ağının mümkün olduğunca pürüzsüz ve zayıf noktalarından arındırılmış olarak

<sup>776</sup> Bkz. Gras, s. 184.

<sup>777</sup> Bkz. Pavalenco, s. 212-213; İşgüzar, s. 130.

<sup>778</sup> Taupitz'e göre ise sebepsiz zenginleşmeden yola çıkıldığında, zenginleşme hukuku kurallarının boyunduruğu altına girilmiş olur ve bu ihtimalde üye işyeri, zenginleşmenin bulunmadığı itirazını ileri sürerek istemi sonuçsuz bırakabilir. Gerçekten de yazarın da belirttiği üzere üye işyeri, zenginleşmenin olmadığı itirazına dayanarak kart kuruluşunun iade talebini karşılıksız bırakabilir. Ayrıca tazminat davasının aksine sebepsiz zenginleşme davalarında, kaçırılmış fırsatların kaybı nedeniyle oluşan zararlar kapsam dışında tutulur. Bu nedenle kart kuruluşlarının, üye işyerinin kusurlu olarak sözleşmeden doğan özen yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek, yani akdın müspet ihlaline (kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki akdın ihlaline) dayanarak tazminat isteminde bulunması daha anlamlıdır (s. 176). Daha önce de belirttiğimiz gibi yazarın burada "kaçırılan fırsat kaybı" vurgusu olsa olsa "disagio" ödemeleri bakımından önem teşkil edebilir (Bkz. Yuk. IV, C, 3).

organize edilip yönetilmesini ve ödeme sisteminin kurumsal kimliği ile değerinin desteklenmesini kapsar. Bunun dışında kart kuruluşları, ödemelerin güvenliğini sağlamak adına yeterli bir denetim mekanizması kurmakla, özellikle kartın geçerlilik süresi ile limit uygunluğunu ve diğer şüpheli durumları kontrol etmekle yükümlüdür. Yine üye işyeri sözleşmelerinde, üye işyerinin şüpheli gördüğü işlemlerde kartın kabul etmeden önce kart kuruluşunun onayını almasına ilişkin klozlar (Kod 10) kararlaştırılabilir. Bu gibi durumlarda kart kuruluşunun derhal durumu soruşturması ve üye işyerine geri dönüş yapması gerekir. Kart kuruluşu anılan bu yükümlülükleri yerine getirmezse, üye işyerine karşı sorumlu olur. Kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki kötüye kullanımdan doğan sorumluluğunun paylaşılması bakımından son kerte TBK m. 52 kapsamında “ortak kusur”a ilişkin ince ayarlamalar yapılır<sup>779</sup>.

Sonuç olarak ifa ilişkisinde kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması rizikosunu kural olarak kart kuruluşu taşıyor olsa da üye işyeri sözleşmesinin diğer tarafı olan işyerinin en küçük bir kusuru dahi kendisinin rizikoya katılmasına vesile olur ve üye işyeri kusuru oranında ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulur (TBK m. 114/I)<sup>780</sup>.

## **b. Kimlik Tespitinin Usulüne Uygun Bir Şekilde Yapılmamış Olması**

### **(1) İmzalı Kullanımda Hukuki Durum**

Üye işyeri sözleşmeleriyle genellikle, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki soyut borç vaaadinin geçerli olabilmesi, üye işyerinin özen yükümlülüklerini yerine getirmesi şartına bağlanır. Aksi durumda şart gerçekleşmemiş sayılır ve kart kuruluşu, üye işyerinin ödeme talebine karşı koyabilir. Bilhassa imza gerektiren işlemler bakımından üye işyeri, kartın arkasındaki ve harcama belgesinin üzerindeki imzaları özenli bir şekilde karşılaştırmaz<sup>781</sup> veya kartın geçerlilik tarihinin geçmiş olduğunu gözden kaçırırsa, kart kuruluşu ödeme yapmaktan kaçınabilir ya da ödeme

<sup>779</sup> Bu hususlarda bkz. Pavalenco, s. 213.

<sup>780</sup> Aynı yönde bkz. İşgüzar, s. 131.

<sup>781</sup> Bkz. Ahlers, Horst; “Kartengesteuerter Zahlungsverkehr und außergerichtliche Streitschlichtung” - Bericht zum Bankrechtstag am 26. Juni 1998 in Dresden- WM 1998, s. 1562. Daha önce de bahsettiğimiz gibi bu karşılaştırmaların amatörce yapılması yeterli olur. Üye işyeri çalışanından gramofoloji uzmanı titizliği beklenmez (Bkz. Yuk. IV, C, 3).



yapmışsa sebepsiz zenginleşme kuralları gereği bunun iadesini talep edebilir<sup>782</sup>.

Üye işyerinin imza karşılaştırma yükümlülüğü bakımından, harcama belgesine atılan sahte imzanın kusursuz nitelikte olması (orijinalinden ayırt edilememesi) durumunda, kart kuruluşunun işyerine sorumluluğu yıkıp yıkamayacağı meselesi akla gelebilir. Bilindiği üzere üye işyeri sözleşmelerinin hemen hemen tamamında, olası kötüye kullanımlara engel olmak adına işyerlerine imza karşılaştırma yükümlülüğü getirilir. Bu yükümlülüğün ihlal edildiği bir şekilde kanıtlanırsa artık üye işyeri, somut olayda kendi tutum ve davranışının rizikonun artmasına sebep olmadığını ispatlamak durumunda kalır. Üye işyeri, burada tıpkı genel sorumluluk hukukunda olduğu gibi nedensellik bağının bulunmadığı noktasından hareket ederek imzanın kusursuz olarak taklit edildiği iddiasını ileri sürebilir. Yapılan inceleme sonucunda imzanın gerçekten çok iyi taklit edildiği anlaşılırsa, kötüye kullanım rizikosu tamamen kart kuruluşunun üzerinde kalır. Aksi durumda riziko, üye işyerine geçer ve üye işyeri soyut borç vaadinden (veya garanti sözleşmesinden) doğan alacağını elde edemez<sup>783</sup>.

## **(2) Gizli Kod Kullanımında Hukuki Durum**

Gizli kod kullanılarak gerçekleşen işlemler bakımından üye işyerinin üzerindeki yük oldukça hafıflemektedir. POS terminallerinde debit kartlar ile çipli olarak kullanılan kredi kartlarında kimlik tespiti PIN ile gerçekleştiğinden<sup>784</sup> ve bu tip kullanımlarda harcama belgesinin imzalanması gerekmediğinden, artık üye işyeri imza karşılaştırması yapma yükümlülüğünden kurtulur. Ancak kartın yetkisiz bir kişi tarafından ibraz edildiğine veya kartın kötüye kullanıldığına ilişkin bir takım emareler bulunuyorsa, üye işyerlerinin şüpheli durumu araştırması gerekir<sup>785</sup>. Bu halde kart kuruluşu, genel işlem koşulları gereği ödeme yükümlülüğünü yerine getirmiş olsa bile, inceleme yükümlülüğüne aykırı hareket eden üye işyerine karşı

<sup>782</sup> Bu yönde bkz. Pavalenco, s. 211; Freitag, ZBB 2002, s. 328; Atamer, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 1, s. 1012.

<sup>783</sup> Bu yönde bkz. Vogel, s. 182; Ahlers, WM 1998, s. 1562.

<sup>784</sup> Debit kartların, e-cash (POS) sisteminde kural olarak PIN ile kullanılabileceği, imzalı kullanımın mümkün olmadığı hususunda bkz. Einsele, s. 294; Linardatos, s. 91; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 330.

<sup>785</sup> Özellikle PIN'in üst üste iki veya üç defa yanlış girilmesi, hamilin gizli kodu girerken birden fazla düzeltme tuşunu kullanması veya o esnada olağan dışı tutum ve davranışlar sergilemesi özel bir araştırma yapmayı gerektirebilir.

bağımsız bir tazminat talebiyle yönelebilir. Bunun üzerine, inceleme yükümlülüğünü ihlal eden üye işyeri, söz konusu alacağı kart kuruluşundan dava yoluyla talep edemez, daha doğrusu ödemenin yeniden kendisine geri verilmesi isteğinde bulunamaz<sup>786</sup>.

Uygulamada üye işyerlerinin müşterinin talebi üzerine yer yer PIN denetimini devre dışı bırakarak ödemeleri kabul ettikleri gözlenmektedir. Burada kartı ibraz eden kimse çoğu zaman söz konusu kartın bir yakınına -genellikle de eşine veya yakın bir akrabasına- ait olduğunu ve PIN'i hatırlayamadığını ifade eder. Bunun üzerine üye işyeri hibrit kartın manyetik şeridini kullanmak ve kartı ibraz edenin imzasını almak suretiyle ödemeyi kabul eder. Hatta üye işyerlerinin kartı ibraz edenin imzasını almadığı da olur. Ancak belirtelim ki manyetik kullanımda, üye işyeri nüshasındaki harcama belgesinde imza bulunmaması veya hamilin dışında bir başkasının belgeye imza atmış olması, üye işyerinin imza karşılaştırma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinin bir göstergesidir. Bu gibi hallerde kötüye kullanımdan doğan zarara hiç kuşkusuz üye işyerinin katlanması icap eder.

Sonuç olarak üye işyerleri, kartın öyle ya da böyle yetkisiz kişilerce ibraz edildiği bilgisine sahiplerse veya en azından somut şartlara göre bu sonucu kolaylıkla çıkarabiliyorlarsa, kartlı ödeme taleplerini kabul etmemelidir<sup>787</sup>.

### **c. Ödemenin Sahte Kartla Yapılmış Olması**

Üye işyerinde sahte kartla ödeme yapıldığında, kart hamili tarafından verilmiş bir talimat söz konusu olmadığından, kart kuruluşunun soyut ödeme yükümlülüğü hukuken doğmuş olmaz. Ancak buna rağmen kart kuruluşu, özellikle kartın sahte olduğunu fark etmesi mümkün olamayan üye işyerine ödeme yapmakla yükümlü olmaya devam etmelidir. Bu durumda tıpkı kaybolan / çalınan kartlarda olduğu gibi “özenli” hareket eden üye işyerini, kartlı ödeme sistemine katılımını esaslı bir şekilde sağlayabilmek adına sahtecilik rizikosundan sorumlu tutmamak gerekir.

Bilindiği gibi üye işyerinin, sahte kartla işlem yapılmasını engellemek adına kartın hasarlı, okunabilir veya açıkça bir müdahaleye uğramış olup olmadığını inceleme yükümlülüğü bulunur. Özellikle kart sahteciliklerinde bu yükümlülük,

<sup>786</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, ss. 176-177.

<sup>787</sup> Bkz. Taupitz, s. 176.

sahte kartı üretenin kendi özgün imzasını kartın üzerine atabileceği düşünüldüğünde, imza karşılaştırma yükümlülüğüne nazaran bir kat daha önem taşır. Ancak üye işyerinin yükümlülüğünü icra ederken profesyonel bir biçimde hareket etmesi beklenmez. Kaldı ki çoğu zaman hologram gibi çeşitli güvenlik önlemlerine rağmen sahte kartı orijinalinden ayırt etmek oldukça güç olabilir. Fakat somut olayda üye işyeri, amatörce yapacağı bir incelemeyle kartın sahte olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen ödemeyi kabul etmişse, artık kart kuruluşundan harcama belgesindeki tutarı ödemesini talep edemez ve böylece sahtecilik rizikosunu yeniden üzerine almış olur<sup>788</sup>.

Sahte kartın imzalı kullanıma konu olması durumunda, kartın sahte olduğunu anlaması mümkün olmayan üye işyerlerinin, imza karşılaştırma yükümlülüğünü özenli bir şekilde yerine getirmemiş olmaları tek başına zarardan sorumlu tutulmaları için yeterli olmaz. Çünkü kart sahteciliklerinde, kartı sahte olarak üreten kişiler kartın arkasına özgün imzalarını attıklarından, üye işyerleri imza karşılaştırma yaparak kötüye kullanımlara engel olamazlar. Bu nedenle üye işyerlerinin bir şekilde bu yükümlülüğü fiilen hiç yerine getirmeleri ispatlanmış olsa bile, ihmali tutum ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı kurulamayacağından, yine kendilerini sorumlu tutmak mümkün olmaz<sup>789</sup>.

Son olarak sahte kartla gerçekleşen işlemlerde, kartı ibraz edenin şüpheli hareketler sergilemesi durumunda, hamilden kimlik veya kimlik vasfını haiz bir belge talep etmesi ve kartın üzerindeki isim ve kart numarası ile harcama belgesindeki isim ve kart numarasını karşılatırması gerekir (BKKKK m. 17/II). Zira sahte kartlarda, kartın üzerindeki bilgiler ile harcama belgesindeki bilgiler birbirini tutmamaktadır<sup>790</sup>. Ayrıca üye işyeri sözleşmelerinde genellikle, bu gibi durumlarda üye işyerinin otorizasyon için kart kuruluşunun onayına başvurması gerektiği vurgulanır (Kod 10 otorizasyonu)<sup>791</sup>. İşlemin olağandan yüksek bir meblağla gerçekleşmesi, işyerinin sahtecilikten şüphelenmesi için bir emare teşkil edebilir. Emarelere rağmen pasif tutum sergileyen ve anılan yükümlülükleri yerine getirmeyen üye işyeri, teknik açıdan sahte kart kullanımını önleme imkânı bulunan

<sup>788</sup> Bu hususlarda bkz. Vogel, s. 196.

<sup>789</sup> Bkz. Vogel, s. 195.

<sup>790</sup> Bkz. Yorgancıoğlu Yavuz, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 63.

<sup>791</sup> Bkz. ve karş. Yuk. III, C, 3.

kart kuruluşuyla birlikte ortak kusur esasları doğrultusunda sorumlu tutulabilir<sup>792</sup>.

#### **d. İşyeri Limitini (Floor Limit) Aşan Ödemelerde Provizyon / Otorizasyon Alınmamış Olması**

Konumuz açısından aydınlatılması gereken bir diğer husus, üye işyerinin, işyeri limitini (floor limit) aşan ödemelerde kart kuruluşundan onay alma (online otorizasyon) yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği meselesidir.

Kart kuruluşları, üye işyeri sözleşmeleriyle kredi kartıyla gerçekleşen ve belli bir miktarı aşan harcamalar için kendisinden provizyon (yetki) alınma zorunluluğu getirebilir. Bu zorunluluğun tek seferde yapılan harcamaların tamamını kapsamaması gerekir. BKKKK m. 22’de “İşyeri Limiti” başlığı altında bu husus vurgulanmıştır. Anılan kuralın birinci cümlesine göre: “Üye işyerleri tek bir kredi kartı ile yapılacak harcama tutarının belirlenen işlem limitini aşması halinde kart çıkaran kuruluştan kartın kabulü için yetki almakla yükümlü tutulmuş ise harcamanın tamamı için yetki almak zorundadır.”<sup>793</sup>

<sup>792</sup> Yargıtay da bir kararında (11. HD, T. 29.06.2009, E. 2008/3877, K. 2009/7940) bu hususu vurgulamıştır. Bu karar şu şekildedir: “... Taraflar arasındaki uyuşmazlık, üye işyeri sözleşmesi gereği POS makinesi bağlanan işyerinin kredi kartının sahte olup olmadığını tespit etmesinin mümkün olup olmadığı ve davaya konu alışverişler nedeniyle provizyon verdiğine göre, davalı bankaya kusur izafe edilip edilmeyeceği noktasında toplanmıştır. Davacı şirkette, dava dışı müşterinin kredi kartı ile yaptığı alışverişte POS makinesinin provizyon vermesi sonucunda işlemin gerçekleştiği, düzenlenen slipte kart numarası ve kullanan kişinin adlarının yer aldığı, satış işleminin gerçekleştirilmesinden sonra düzenlenen fatura üzerine de alıcının adresinin kaydedildiği hususlarında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın davalı bankanın daha güvenilir, kaliteli ve çalıştığına derhal iptal edilmesi mümkün kredi kartı hizmeti vermemesi nedeniyle asli kusurlu, davacı ise gerekçe gösterilmeksizin müterafık kusurlu bulunmuş ise de, yapılan araştırma hüküm vermeye yeterli değildir. Mahkemece öncelikle davalı bankadan sahteliğe konu kredi kartının yurt içi kredi kartı mı yoksa yurt dışı kredi kartı mı olup olmadığı belirlenerek, yurt dışı bankaya ait kredi kart olması halinde davalı bankanın zararının doğup doğmadığı konusunda delilleri de toplanmak suretiyle, uzman bilirkişiler vasıtasıyla, uluslararası kredi kartının uygulamasının ulaştığı aşama itibarıyla davalı bankanın sahte kredi kartlarına POS cihazının onay vermesini engelleyici teknik bir takım önlemler almasının mümkün olup olmadığı, eğer mümkünse bu önlemleri almaması nedeniyle sorumluluğu bulunup bulunmadığı ve P.O.S. makinesi yönünden teknik yönden inceleme ile de, üye işyeri sahibi olan davacının kendisine alışverişte sunulan kredi kartının sahte olup olmadığını ve kartı ibraz edenin gerçek hamil olup olmadığını tespit etmesinin olanaklı bulunup bulunmadığının tespiti ve bundan sonra yine davacının yapılan alışverişin miktarı dikkate alınarak böyle yüksek meblağlı bir alışverişin kredi kartı ile yapılmasında hiçbir kuşkuya düşmemesinde kendisine atfı kabil bir müterafık kusurun bulunup bulunmadığının araştırılması ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...” Karar için bkz. Saraç, ss. 503-504.

<sup>793</sup> Uygulamada kart kuruluşları, üye işyeri sözleşmeleriyle genellikle provizyon limitlerini “0 TL”

Kuraldan da anlaşılacağı üzere, sözleşmeyle belirlenmiş olan limitin aşılması halinde üye işyerinin kredi kartıyla yapılan ödemeyi kabul etmeden önce kart kuruluşundan provizyon alması gerekir. Kart kuruluşu gelen provizyon isteklerini cevaplayabilmek için doğrudan elektronik ortamda tesis edilen bir bağlantı yardımıyla veya telefon aracılığıyla işleyen bir onay hizmet sistemi kurmakla mükelleftir.

Üye işyerlerinin bu şekilde işyeri limitini aşan ödemelerde provizyon almakla yükümlü tutulması, özellikle kartın çalınmasında olduğu gibi hamilin rızası dışında gerçekleşen kötüye kullanımları önleme noktasında fonksiyon gösterir. Gerçekten de kart bilgilerini ele geçiren üçüncü kişi, karttan maksimum şekilde faydalanabilmek adına ister istemez işyeri limitini aşan tutarlarda işlem yapma teşebbüsünde bulunacaktır. Gerçi bu esnada hamilin blokaj bildiriminde bulunmuş olması da olasıdır ve normal şartlar altında kart kuruluşları, blokaj bildirimiyle birlikte sistem üzerinden hemen POS terminallerine güncelleme göndererek kartı kullanıma kapatırır<sup>794</sup>. Ancak teknik aksaklıklardan ötürü blokaj bilgisi POS cihazlarına anında işlenmemiş ve kart kullanıma hemen kullanıma kapatılmamış olabilir. Bu nedenle kart kuruluşundan provizyon istenmesi, kötüye kullanımları önleme adına oldukça önemli bir rol üstlenir.

İşyeri limitini aşan ödemelerde, üye işyeri sözleşmesine göre kart kuruluşundan provizyon almayan üye işyeri, TBK m. 170 uyarınca geciktirici koşul gerçekleşmediğinden “kural olarak” herhangi bir ödeme talep edemez<sup>795</sup>. Bu sonuç, gerçekte özel bir güvenlik tehdidinin bulunup bulunmasına bağlı olmaksızın

---

olarak belirleyerek bir bakıma kredi kartıyla yapılan bütün işlemlerde provizyon almayı zorunlu hale getirmektedirler [Bkz. Gras, s. 38; Yorgancıoğlu Yavuz, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 68 ]. Örneğin VakıfBank Üye İşyeri Sözleşmesi m. 6.5’e göre; “*Provizyon limiti, ödeme noktasına bakılmaksızın 0 TL (sıfır Türk Lirası) olarak saptanmıştır. Bir başka deyişle, her işlem için, meblağı ne olursa olsun provizyon alınması zorunludur. Bankanın gerek gördüğü takdirde üye işyeri için işlem limiti belirleme ve bu limiti değiştirme hakkı saklıdır...*”. Aynı yönde bkz. QNB Finansbank Üye İşyeri Sözleşmesi m. 8 [Bu son sözleşme için bkz. <https://www.qnbfinansbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=198508> (Son Erişim: 15.03.2017)].

Ancak bu hususta sözleşmede her hangi bir kural getirilmemiş veya getirilmiş olmakla birlikte üst limit belirlenmemiş olabilir. Bu gibi hallerde yine bütün ödemelerin kart kuruluşunun onayından geçmesi gerekir (Bkz. Grabe, s. 100). Özellikle günümüz şartlarında, POS terminalleri üzerinden tesis edilen iletişim ağının eskisi gibi masraflı olmaması nedeniyle herhangi bir azami tutar belirlemeden her türlü ödemeyi provizyona tabi tutmak, bilhassa sistem güvenliğinin korunması adına son derece isabetli bir uygulama olacaktır.

<sup>794</sup> Bkz. Çeker, s. 91.

<sup>795</sup> İşyeri limitine ilişkin üye işyeri sözleşmelerinde kararlaştırılan bu tür klozların, geciktirici koşul teşkil etmesi konusunda bkz. Taupitz, s. 185; Martinek, s. 110; İşgüzar, s. 118.

geçerlidir. Yani ister çalınmış olan bir kart ibraz edilmiş olsun isterse de yetkili hamil eliyle sözleşmeye aykırı bir biçimde işyeri limitini aşan bir işlem talep edilmiş olsun, bahsetmiş olduğumuz hukuki durumda bir değişiklik olmaz. Çünkü bu yükümlülük, tedbir mahiyetinde ve sistemin genel güvenliğini sağlamak adına üye işyerine yüklenmiştir. Bunun dışında üye işyeri sözleşmelerinde, işyeri limitine kadar üye işyerinin ayrıca bir soruşturma yükümlülüğü olmayacağı hususu özel olarak vurgulanabilir<sup>796</sup>. Ancak bu yönde bir vurgu yapılmış olsun olmasın, üye işyerinin provizyona çıkmaması durumunda, işyeri limiti içinde kalan tutardan ötürü kart kuruluşunu, limiti aşan kısımdan ise üye işyerini sorumlu tutmak gerekir<sup>797</sup>.

Üye işyeri provizyon alma yükümünü yerine getirmemiş olmasına rağmen, kart kuruluşu kendisine ödeme yapmışsa bu ödeme zımni bir onay veya hamil tarafından verilen ödeme talimatının kabul edilmesi olarak yorumlanabilir. Buna karşılık kart kuruluşu, üye işyeri sözleşmelerinde, yapmış olduğu ödemenin böyle bir etki göstermeyeceğini önceden belirtmiş ve işyeri limitini aşan ödemelerin yalnızca açık onayıyla gerçekleşebileceğini vurgulamışsa, bu tür kayıtlar prensip olarak geçerli sayılır. Aynı şekilde kart kuruluşu, hatalı olarak ödeme talebine onay vererek ödemeyi gerçekleştirdiği; ancak bunun karşılığını hamilden tahsil edemediği hallerde, üye işyerine ödemiş olduğu toplam bedeli geri alma hakkını sözleşmeyle saklı tutabilir. Hatta alternatif bir yöntem olarak bu gibi hallerde kart kuruluşunun önce harcama belgesinde yer alan tutarı kart hamilinden tahsil etmesi, ancak bundan sonra üye işyerine ödeme yapması da düşünülebilir<sup>798</sup>.

Kart kuruluşunun üye işyerinden gelen provizyon isteğine olumlu yanıt vermesi, üye işyerine olan ödeme yükümlülüğünün kapsamında herhangi bir artışa

<sup>796</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, s. 186. Yukarıda da belirttiğimiz gibi işyeri limitini aşan işlemlerde ister kart yetkisiz kişilerce isterse de hamil tarafından kullanılmış olsun kural olarak provizyon almayan üye işyeri, limiti aşan kısımdan ötürü sorumlu tutulur. Bununla birlikte kartın yetkili hamil tarafından kullanıldığı hallerde sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için bu hususta iki ayrı ihtimal üzerinden bir değerlendirmeye gitmek gerekir. Birinci ihtimal kart hamilinin işlem konusu miktarı, yani masraf tazminatını sorunsuz bir şekilde kart kuruluşuna ödemesidir ki bu durumda doğal olarak üye işyerine herhangi bir sorumluluk yüklenmez. Ancak hamil, limiti aşan tutarı ödemeye yanaşmazsa, artık yükümlülüğe aykırı davranan üye işyeri zarara katlanmak durumunda kalır. Yine ortada gerçek bir ödeme talimatı söz konusuysa ve üye işyeri provizyon alma yükümlülüğü dışında başka bir yükümlülüğünü daha ihlal etmişse, aynı sonuçlar geçerliliğini korur (Bu hususta bkz. Vogel, s. 193; Martinek, s. 110; A. Langenbucher, ss. 126-127). Bu belirttiğimiz hususlar, ifa ilişkisinde üye işyerinin kart kuruluşuna karşı olan sorumluluğu bakımından geçerlidir. Yoksa kart kuruluşunun harcama belgesindeki tutarı ödemeye yanaşmaması durumunda üye işyeri, bedel ilişkisi çerçevesinde hamile sebepsiz zenginleşme iddiasıyla yönelebilir.

<sup>797</sup> Bkz. İşgüzar, ss. 87, 118.

<sup>798</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, ss. 186-187.

neden olmaz. Aynı şekilde üye işyerinin kart kuruluşundan provizyon istemesi, güvenlik mekanizmasının işlemesine hizmet etse de prensip olarak kendisinin uymak zorunda olduğu diğer yükümlülüklerin, özellikle imza gerektiren işlemlerde imza karşılaştırma yükümlülüğünün devre dışı kalmasına neden olmaz<sup>799</sup>.

Provizyonun olumsuz sonuçlanması durumundaysa, üye işyerinin söz konusu kartla yapılmak istenen ödemeyi geri çevirmesi ve kart kuruluşunun talebi üzerine karta el koyması gerekir. Üye işyeri, provizyonun geri çevrilmesine rağmen kartlı ödemeyi kabul eder veya gerekli olmasına rağmen hiç provizyona çıkmazsa, işyeri limiti aşan tutar kadar soyut borç vaadinden doğan alacağını yitirir.

## **VII. MO/TO İŞLEMLERİNDE KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

### **A. MO/TO İşlemlerinin Tanıtılması**

#### **1. Kavram**

Günümüzde debit kartlar ile kredi kartlarının üye işyerlerinde hazırlar arasındaki işlemlerin yanı sıra, telefon ve internet üzerinden gerçekleşen satışlarda da sıklıkla ödeme aracı olarak kullanıldığı görülmektedir<sup>800</sup>. Kısaca MO/TO işlemleri olarak ifade edilen bu tür satış yöntemleri, BKKKK m. 20’de “İmza Gerektirmeyen İşlemler” başlığı altında tanımlanmıştır. Buna göre, “İşlemin niteliği nedeniyle

<sup>799</sup> Bu yönde bkz. Vogel, ss. 187-188.

<sup>800</sup> Ülkemizde taksitlendirme imkânından dolayı, hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi internet işlemlerinde de yaygın olarak kredi kartları kullanılmaktadır. Benzer durum kredi kartlarının anavatanı olarak kabul edilen ABD bakımından da geçerlidir. ABD’de e-ticaret sektöründe kredi kartları büyük önem teşkil etmekte ve online işlemlerin yaklaşık %95’i kredi kartları üzerinden gerçekleşmektedir (Bkz. Grabe, s. 29). Bu gerçekten hareketle, bu kısımda yapacağımız açıklamalar, ekseriyetle kredi kartları özelinde olacaktır. Fakat daha önce de belirttiğimiz gibi, günümüzde artık özellikle büyük ölçekli sanal üye işyerleri (Gittigidiyor, n.11, Trendyol gibi) online alışverişlerde debit kartla ödeme kabul etmeye başlamıştır. MO/TO işlemleri bakımından kredi kartıyla veya debit kartla ödeme kabul etme konusunda teknik açıdan herhangi bir farklılık bulunmaz. Her iki ihtimalde de kural olarak kart bilgilerinin sanal üye işyerleriyle paylaşılması gerekir. Bu açıdan tek farklılık, debit kart kullanımlarında otorizasyon için hamilin hesabında en az sipariş tutarı kadar bir bakiye bulunmasının gerekli olmasıdır. Çünkü debit kartla ödeme seçildiğinde, ödeme tek seferde ve peşin olarak yapılacağından, söz konusu tutar hamilin hesabından otomatik olarak düşülür. Bu nedenle sanal üye işyerlerinin, internet üzerinden gerçekleşen işlemlerde olası rizikoları minimize etmek adına, debit kart ödemelerini yalnızca güvenli ödeme platformu olan 3D Secure (Üç Boyutlu Güvenlik Sistemi) üzerinden kabul ettikleri görülmektedir.

*harcama ve alacak belgesi düzenleme imkânı olmayan hallerde kartlar, hamil tarafından çeşitli iletişim araçları ile kart numarası bildirilmek veya imza yerine geçen kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici benzeri başka bir yöntemle işlem yapılmak suretiyle de kullanılabilir*". Dikkat edilirse tanımdan, MO/TO işlemlerinin sadece kart numarası bildirilerek yapılabileceği şeklinde bir algı ortaya çıkmaktadır. Oysa bu tür ödemelerde kartın fiziken ibrazı şart olmasa da kart numarasının yanı sıra hamilin adı - soyadı ve kartın geçerlilik süresinin de mutlaka üye işyerine bildirilmesi gerekir<sup>801</sup>. Hatta bu sayılanlara, kartın arkasında yazılı bulunan üç haneli güvenlik numarası da eklenmelidir. Dolayısıyla yasal tanımlamanın bu haliyle eksik olduğunu söylemek yanlış olmaz. Diğer taraftan, bu tür işlemlerde kimlik belirleyici yöntemlerin kullanılabileceğinin özel olarak vurgulanması son derece isabetli olmuştur. Çünkü birazdan görüleceği üzere üye işyerleri, MasterCard ve VISA gibi kartlı sistem kuruluşlarınca geliştirilen ve "Üç Boyutlu Güvenlik Sistemi" (3D Secure) olarak bilinen platforma üye olmak suretiyle ödeme sürecine ek bir güvenlik katmanı getirebilirler. Normal işleymden farklı olarak 3D Secure sisteminde otorizasyonun gerçekleşebilmesi için hamilin kart kuruluşu tarafından kendisine gönderilen tek kullanımlık şifreyi, sistem tarafından otomatik olarak yönlendirilen 3D Secure sayfasına girmesi gerekir.

Kavramsal olarak bakıldığında, MO/TO (Mail-Telefon Order) deyimi her ne kadar yalnızca telefon veya e-posta aracılığıyla verilen siparişleri karşılıyor gibi gözükse de teori ve pratikte, e-ticarete konu olan ve sanal üye işyerlerinin internet sayfaları üzerinden gerçekleşen satışları içerecek şekilde de kullanılır<sup>802</sup>. Bu

<sup>801</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 129, N. 33; Pavalenco, s. 148; Neumann ve Bock, s. 116, N. 222.

<sup>802</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 45; Pavalenco, s. 44, dn. 34 ve s. 82; Heese, AcP 2010, Cilt: 210, s. 257. Yeri gelmişken belirtelim ki, günümüzde internet satışlarının yaygınlaşmasıyla birlikte, e-ticarete konu olan ürünler de oldukça çeşitli hale gelmiştir. Gerçekten de e-ticaret sektöründe, kitap, video veya CD'den, kıyafet ve mobilyaya varıncaya dek oldukça geniş bir skalada ürünler pazarlanmaktadır. Keza dijital ürünler de yaygın olarak internet satışlarına konu olmaktadır. Ancak dijital ürün satışlarında, klasik mesafeli satışlardan farklı olarak satıcı genel ağ bağlantısı üzerinden ürünleri doğrudan alıcının bilgisayarına (tablet veya akıllı telefonuna) indirmesini sağlamakta, alıcı da ödemeyi kartla gerçekleştirmektedir. Böylelikle taraflar tıpkı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi edimlerini karşılıklı olarak aynı anda yerine getirmektedir (Benzer yönlerde bkz. Meder, WM 2002, s. 1993).

Ayrıca e-ticarete konu satım sözleşmeleri ile mesafeli satım sözleşmelerinin her zaman aynı terminolojiyi karşılamadığını da belirtelim. Çünkü e- ticaret sözleşmeleri yalnızca çevrim içi (online) ortamda yapılırken, mesafeli satımlarda uzaktan iletişim araçları kullanılmasına rağmen, bunların çevrim içi olması şart değildir. Dolayısıyla mesafeli sözleşmelerde işlem, çevrimiçi ortam gerektirmeyen telefon veya faks yoluyla da gerçekleşebilir. İkincisi, mesafeli sözleşmeler tüketici



bakımdan e-ticaretin konusunu oluşturan internet satışları, MO/TO işlemlerinin gelişmiş bir versiyonu olarak görülebilir. Gerçekten de “tipik MO/TO işlemleri” şeklinde ifade edebileceğimiz işlemlerde kart hamili, kart bilgilerini e-posta veya telefon aracılığıyla üye işyerine aktarırken; e-ticarete konu satışlarda aynı bilgileri bu kez sanal üye işyerinin internet sayfasındaki form aracılığıyla iletir. Her ne kadar e-ticarete konu ödemelerin, kartın kabulü, otorizasyon ve takaslaşma gibi teknik işlemlerin gerçekleşme sırası bakımından tipik MO/TO işlemlerinden ayrıştığı söylenebilirse de<sup>803</sup>, teknik olarak aynı altyapının kullanılması nedeniyle “MO/TO” ifadesini her iki işlem türünü kapsayacak şekilde kullanmak bir sakınca teşkil etmez<sup>804</sup>. Biz de çalışmamızda “MO/TO işlemleri” (MO/TO Verfahren) kavramını<sup>805</sup>, teori ve uygulamanın kullandığı şekilde, yani e-ticareti de (internet satışlarını) kapsayacak biçimde kullanacağız.

## **2. Teknik İşleyiş Hakkında Genel Bilgiler, Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkilerin Tesisi Ve Hazırlar Arasındaki İşlemlerle Olan Farklılıklar**

### **a. Teknik İşleyiş ve Hukuki İlişkilerin Tesisi**

MO/TO işlemlerinde, kartlı ödemeleri kabul etmek isteyen üye işyerlerinin öncelikle sistem alt yapısını oluşturmaları ve internet / mail-order yoluyla satış yapabilmek için zorunlu olan üye işyeri numarasını (Vertrags-Unternehmens-Nummer) edinmesi gerekir<sup>806</sup>. Üye işyeri bu numarayı, kart kuruluşuyla özel bir anlaşma (MO/TO şartları) imzalamak suretiyle elde eder. Anlaşmayla birlikte üye işyeri, telefonla veya yazılı olarak internetten kendisine iletilen siparişlerde kartlı ödemeleri kabul edeceğini beyan etmiş olur. Bunun dışında aynı anlaşmayla taraflar

---

mevzuatına konu olduğundan, bu tip sözleşmelerde “alıcı” yalnızca tüketici olabilir. Buna karşılık e-ticaret sözleşmelerinde alıcı tarafın tüketici olma zorunluluğu bulunmaz [Bu hususta bkz. Murat Aydoğdu, “Rahatsız Edici Ticari Elektronik İletiler”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, (Ed. Hakan Tokbaş, H. Fehim Üçışık), Ankara 2016, s. 249].

<sup>803</sup> Bkz. Meder, WM 2002, s. 1993.

<sup>804</sup> Bkz. Bitter, ZBB 2007, s. 244; Grabe, s. 27. Hatta bu özdeşlik sebebiyle önceleri üye işyeri sözleşmelerinde MO/TO işlemlerini düzenleyen kurallar e-ticarete de aynen uygulanmaktaydı. Ancak günümüzde e-ticaret sahasında kötüye kullanım rizikosuna oldukça arttığından, buna ilişkin kurallar sözleşmelerde genellikle ayrı bir başlıkta ele alınır (Bkz. Körber, WM 2004, s. 565, dn. 12).

<sup>805</sup> Kavram için bkz. Weber, ss. 307-308.

<sup>806</sup> Bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 14; Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 7.

komisyon (disagio) miktarını, sisteme giriş ve sistemde kalma ücretini, sistemin kullanılmasına ilişkin özen yükümlülüklerini, takaslaşmaya ilişkin teknik ayrıntıları ve sorumluluk dağılımını da kararlaştırırlar<sup>807</sup>.

Sanal POS bacağıının diğer tarafında, yani kart kuruluşu ile online sipariş vermek isteyen kart hamili arasında da kullanım şartlarını belirleyen bir kart sözleşmesi imzalanır<sup>808</sup>. Bu sözleşmeyle taraflar, kart kullanımına ilişkin yıllık aidat miktarını, özen yükümlülüklerini ve kötüye kullanımdan kaynaklanan sorumluluğu, yasada öngörülen sınırlara uymak suretiyle serbestçe kararlaştırabilir.

Teknik ve hukuki açıdan bakıldığında MO/TO işlemlerinde otorizasyonun gerçekleşmesi, hamilin ad ve soyadını, kart numarasını, kartın geçerlilik süresini ve kartın arkasında yazılı bulunan güvenlik numarasını anlaşımalı üye işyerine mektup, faks, telefon veya internet ortamında iletmesine bağlıdır<sup>809</sup>. Hamil bu bilgileri üye işyeriyle paylaşmakla aynı zamanda kart kuruluşuna ödeme talimatını vermiş olur<sup>810</sup>. Ödemenin tamamlanması açısından her ne kadar bu bilgilerin paylaşılması yeterli olsa da, sipariş edilen ürünün teslim edilebilmesi için hamilin adıyla birlikte açık adresini de üye işyerine bildirmesi gerekir<sup>811</sup>.

Hamil tarafından kart bilgileri üye işyerine iletildikten sonra, bu bilgilerin kart kuruluşuna aktarılması ve otorizasyon onayının alınması aşamasına geçilir. Bu noktada süreç şu şekilde işler: İlk olarak üye işyeri, hamil tarafından iletilen kart bilgilerini kendi kart kuruluşuyla (acquirer) paylaşır. Üye işyerinin kart kuruluşu, kendisine iletilen bilgileri kontrol ederek switch sistemine aktarır. Sistem, kartın ilk

<sup>807</sup> Bkz. Weber, s. 308.

<sup>808</sup> Bkz. Weber, s. 308.

<sup>809</sup> Bkz. Nobbe, WM 2012, Sonderbeilage 2, s. 11; Rufus Pichler, “Kreditkartenzahlung im Internet - Die bisherige Verteilung des Mißbrauchsrisikos und der Einfluß der Verwendung von SET”, **Neue juristische Wochenschrift** 1998, s. 3234; Einsele, s. 326; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 4a; Brechtel, Micha; Die Tilgung von Geldforderungen bei Überweisung, Lastschrift und Kreditkartenzahlung, Baden Baden 2013, ss. 170-171, 204.

<sup>810</sup> Ancak tipik MO/TO işlemlerinde üye işyerinin, hamilin kendisine iletmiş olduğu bilgileri kart kuruluşu (acquirer) tarafından işletilen “üye işyeri kayıt sistemine” (Händlervermerk) aktarması gerekir. Kart bilgilerinin “signature on file” olarak da bilinen bu sisteme işlenmesiyle birlikte ödeme talimatı verilmis olur [Bu yönde bkz. Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 6]. Buna karşılık e-ticaret uygulamalarında ödeme talimatının verilebilmesi için hamilin kart bilgilerini işyerine ait internet sitesindeki sanal POS sayfasına girmesi yeterli olur; yoksa tipik MO/TO işlemlerindeki gibi bu bilgilerin ayrıca kart kuruluşuna manuel olarak iletilmesi gerekmez. Ödemenin 3D Secure ile yapılmak istenmesi durumundaysa hamilin ek olarak mobil telefonuna kısa mesaj olarak gönderilen tek kullanımlık şifreyi, sanal POS’a kart bilgilerini işledikten sonra otomatik olarak açılan güvenli ödeme sayfasına girmesi gerekir.

<sup>811</sup> Bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 14; Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 7; Meder, WM 2002, s. 1993; Weber, s. 308.

altı hanesinden onun hangi kart kuruluşu tarafından çıkarıldığını tespit eder ve daha sonra bilgileri kartı çıkaran kuruluşa, yani hamilin kart kuruluşuna (issuer) iletir. Hamilin kart kuruluşu, kendisine ulaşan bu bilgileri onaylıyorsa otorizasyon kodunu, onaylamıyorsa otorizasyonun reddedildiği bilgisini gerekçesiyle birlikte switch sistemine aktarır. Sistem son aşamada, kendisine gönderilen cevabı, üye işyeri ile anlaşmalı olan kart kuruluşuna bildirir<sup>812</sup>. Otorizasyonun gerçekleşmesiyle birlikte hamil, kart kuruluşu ve üye işyeri arasında sanal POS bacağı kurulur ve kart kuruluşu, komisyon alacağını düşmek suretiyle işlem konusu tutarı üye işyerine ödemekle yükümlü hale gelir. Üye işyerine yapılan ödeme (takaslaşma), tıpkı kart kuruluşu ile hamil arasındaki takaslaşmada olduğu gibi genellikle aylık periyotlarda gerçekleşir<sup>813</sup>.

Görüldüğü gibi hazırlar arasında gerçekleşen kartlı ödemeler ile MO/TO işlemleri arasında teknik açıdan hiçbir farklılık yoktur<sup>814</sup>. Hatta bu tip işlemlerde de klasik POS sisteminin altyapısı kullanıldığından, yeni bir altyapı yatırımına ihtiyaç duyulmamış ve bu durum MO/TO işlemlerinin hızlı bir şekilde gelişip yaygınlaşmasında önemli rol oynamıştır. Diğer türlü, sıfırdan bir altyapı ağının kurulması için yapılacak olan yatırımlar, pazara girişleri önemli ölçüde engel olurdu<sup>815</sup>. Bu açıdan her iki işlem tipi açısından tek farklılığın olsa olsa bazı teknik ve bürokratik detaylardan kaynaklandığı söylenebilir. Gerçekten de birazdan değinileceği üzere MO/TO işlemlerinde, hazırlar arası işlemlerden farklı olarak harcama belgesi düzenlenmez ve genellikle otorizasyon için gizli kod kullanılması gerekmez<sup>816</sup>.

Hukuki açıdan bakıldığında da MO/TO işlemleriyle hazırlar arası işlemler arasında esaslı bir farklılık olduğu söylenemez. Nitekim bu tür işlemlerde de kart kuruluşu ile üye işyeri arasında soyut borç vaadi temeline dayalı bir iş görme ilişkisi bulunduğu kabul edilir ve üye işyerine ödemede bulunan kart kuruluşunun yapmış olduğu bu masrafı hamile yansıtması, taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet temeline

<sup>812</sup> Bkz. Mustafa Topaloğlu, “Elektronik Ödeme Sistemlerinde Tüketicinin Korunması”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, Ankara, 2016, s. 433. Hazırlar arası işlemlerde de otorizasyon büyük oranda bu şekilde gerçekleşir (Bkz. Gras, ss. 40-41).

<sup>813</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 4a.

<sup>814</sup> Bkz. Pavalenco, s. 148; Neumann ve Bock, s. 116, N. 222.

<sup>815</sup> Bkz. Grabe, s. 30.

<sup>816</sup> Bkz. Neumann ve Bock, s. 116, N. 222, Brechtel, s. 204.

dayanmasının tipik sonucu olarak görülür<sup>817</sup>.

## **b. Hazırlar Arasındaki İşlemlerle Olan Farklılıklar**

MO/TO işlemlerinde, geleneksel kartlı ödemelere nazaran ister istemez prosedüre ilişkin birtakım farklılıklar bulunabilir. Bir kere bu tip işlemlerde hamilin harcama belgesini imzalaması (ya da çoğu zaman gizli bir kod girmesi) gibi bir durum söz konusu değildir<sup>818</sup>. Buna karşılık üye işyeri sözleşmelerinde, iş yerlerine - gerekirse POS terminali aracılığıyla- hamilin imzasını içermeyen bir belge (Belegausfertigung)<sup>819</sup> düzenlemeleri şart koşulabilir<sup>820</sup>. Otorizasyonun POS aracılığıyla gerçekleşmesi durumunda<sup>821</sup>, işlem verilerinin (Transaktionsdaten) elektronik ortamda kart kuruluşuna aktarılması yeterli olur; diğer bir deyişle, harcama belgesi niteliğinde bir evrakın kart kuruluşuna fiziken ibrazı gerekmez. Herhangi bir belge düzenleme şartı bulunmayan sanal POS (e-ticaret) uygulamalarında da aynı sonucu evleviyetle kabul etmek gerekir. Buna karşılık öğretide ağırlıklı olarak üye işyerinin harcama belgesi yerine geçecek bir belge (Belegausfertigung) düzenlemesi gerektiği üzerinde durulur. Bunun temel sebebi, MO/TO işlemlerinde de tıpkı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi, kart kuruluşunun soyut borç vaaadinin geciktirici şarta bağlanmış olması ve bu şartın, harcama belgesi niteliğinde görülen belgenin gereği gibi düzenlenip kart kuruluşuna ibraz edilmesiyle gerçekleştiğinin kabul edilmesidir. Böyle bir belgenin düzenlenmemesi durumunda kart kuruluşu, üye işyerine işlem tutarını ödemekle yükümlü olmaz<sup>822</sup>.

<sup>817</sup> Bkz. Michael Schleicher, **E-Commerce im Bankbereich**, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, s. 267; Pavalenco, s. 148.

<sup>818</sup> Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 4a, 11.

<sup>819</sup> MO/TO işlemlerinde hazırlanan bu belgenin (Belegausfertigung), hazırlar arası işlemlerde düzenlenen harcama belgesinin (Belastungsbeleg) yerini tutması hususunda bkz. Pavalenco, s. 149.

<sup>820</sup> Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K116.

<sup>821</sup> Bkz. Nobbe, WM 2012, Sonderbeilage 2, s. 11. Tipik MO/TO işlemlerinde, yukarıda da belirttiğimiz gibi kart hamilleri tarafından telefon ve e-mail yoluyla üye işyerlerine iletilen bilgilerin, sözleşmede belirlenen yöntemler kullanılarak kart kuruluşlarına aktarılması gerekir. Kart kuruluşları, üye işyerlerine bu bilgileri pratik bir şekilde aktarmalarını sağlamak için POS terminali verebilir [Örneğin bkz. QNB Finansbank Üye İşyeri Sözleşmesi, m. 2 [<https://www.qnbfinansbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=198508> (Son Erişim: 15.03.2017)]].

<sup>822</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. ve karşı. Schleicher, ss. 265-267; Christian Hofmann, "Forderung nach mehr Sicherheit im Mailorderverfahren bei Kreditkarten in jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichtshof", **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 2004, ss. 407-408; Pavalenco, ss. 83, 149; Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 126. MO/TO işlemlerinde bu türden bir belge

Kanımızca bu gerekliliği, takaslaşmanın yalnızca fiilen belge ibrazıyla gerçekleşebileceği hallerle sınırlamak daha doğru olur. Bilindiği üzere taraflar üye işyeri sözleşmeleriyle takaslaşmayı belge esasına dayandırabilecekleri gibi, bunun yalnızca elektronik ortamda gerçekleşmesini de öngörebilirler. Belgeli takaslaşmanın şart koşulduğu hallerde, üye işyerinin kart kuruluşundan ödemeyi talep edebilmesi için harcama belgesi niteliğinde olan, ancak hamilin imzasını içermeyen belgeyi ibraz etmesi zorunlu hale gelir<sup>823</sup>. Bu tip işlemlerde, otorizasyondan sonra ortaya çıkan ve “signature on file” olarak da bilinen “işyeri kaydı” (Händlervermerk) hamilin imzası yerine geçtiğinden, hazırlanan belgenin ayrıca hamil tarafından imzalanması gerekmez<sup>824</sup>. Dolayısıyla belgeli takaslaşmalarda, soyut alacağın doğması bakımından işyeri kaydının ibrazı yeterli olur<sup>825</sup>. Buna karşılık taraflar, takaslaşmanın elektronik ortamda yapılması konusunda anlaşmışlarsa, artık harcama belgesi niteliğinde bir belge düzenleme gerekliliği ortadan kalkar<sup>826</sup>.

MO/TO işlemlerinde bilinen anlamda harcama belgesi düzenlenmemesi, olası uyuşmazlıklarda hamil açısından önemli bir avantaj teşkil etmesine rağmen, bunun kart kuruluşunun veya üye işyerinin hak kaybına uğramasına yol açacak düzeye ulaşmaması gerekir. Bu nedenle kart kuruluşu, masraf tazmin talebinin temelini oluşturan gerçek ödeme talimatının varlığını, harcama belgesi dışında başka argümanlarla da ispatlayabilmelidir<sup>827</sup>. Özellikle üye işyeri tarafından sipariş bilgisine ilişkin dijital ortamda tutulan kayıtlar, örneğin MO/TO formu, üye işyeri kaydı veya e-ticaret satış sözleşmesi gibi argümanlar, önemli birer ispat aracı olarak dikkate alınabilir.

Son olarak, MO/TO işlemlerinde kart bilgilerinin genel ağ üzerinden

---

düzenlenmesinin kötüye kullanımları önlemek adına gerekli olduğu hususunda ayrıca bkz. Stephan Meder, “Kritische Präjudizientreue im Anschluss an die neue BGH- Rechtsprechung zum Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, s. 2115; Nobbe, WM 2012, Sonderbeilage 2, s. 11.

<sup>823</sup> Bkz. Neumann ve Bock, s. 120, N. 230.

<sup>824</sup> Bkz. Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 8; Schleicher, s. 266.

<sup>825</sup> Ancak burada üye işyeri kaydını oluşturan siparişin verilmiş şekli de önemlidir. Söz gelimi, hamilin yazılı ve el yazılı imzasını içeren bir mektupla sipariş vermesi durumunda açılan işyeri kaydı, harcama belgesi niteliğinde sayılmaz. Çünkü siparişin yalnızca sistemin yapısına uygun olarak (örneğin e-postayla veya internet üzerinden) verildiği hallerde, iş yeri kaydı harcama belgesi gibi fonksiyon gösterir (Bkz. Joeres, *FS für Gerd Nobbe*, s. 127).

<sup>826</sup> Bkz. Neumann ve Bock, s. 120, N. 230. Benzer yönde bkz. Gras, ss. 39-40.

<sup>827</sup> Bu hususlarda bkz. Martinek ve Omlor, *Bankrechts Handbuch* (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 11; Çeker, ss. 45-46. Son yazar aynı yerde bu gerçekten hareketle, harcama belgesindeki hak ile belge arasında sıkı bir bağın bulunmadığını ileri sürmekte ve harcama belgesinin kıymetli evrak vasfında olmadığını belirtmektedir.

dolaşıma girmesi sebebiyle, sanal üye işyerlerinin bilgi akışının gizliliğini korumak adına internete özel geliştirilen şifreleme protokollerini de kullanmakla yükümlü oldukları belirtilmelidir. Uygulamada en çok bilinen ve tercih edilen şifreleme protokolü “Secure Sockets Locker” (SSL)’dir. SSL yardımıyla hamil tarafından işyerine iletilen bilgilerin şifrelenmesi ve işlem süresince gizli kalması sağlanır. Müşteri, ödeme yapmak istediği işyerinin SSL sistemine sahip olup olmadığını, internet adres çubuğunun sol tarafına bakarak anlayabilir. Bu kısımda küçük bir asma kilit ikonu bulunuyorsa şifreleme sistemi aktif, ikon bulunmakla birlikte kilit motifi açık durumdaysa şifreleme sistemi devre dışı demektir. Buna karşılık, kart bilgilerinin doğrudan hamil tarafından girildiği sanal POS uygulamalarında (e-ticaret) her ne kadar standart SSL protokolü kullanılsa da bunun kesin bir koruma sağladığı söylenemez. En basitinden üye işyerleri, sisteme şifreli olarak gönderilen kart bilgilerini deşifre edip kendi veri havuzunda kayıt altında tutabileceğinden, üçüncü kişilerin her zaman bu havuza sızarak hassas verileri ele geçirme ihtimali bulunur<sup>828</sup>.

## **B. MO/TO İşlemlerinde Kötüye Kullanım Rizikosunun Sistem Tarafları Arasında Paylaştırılması**

### **1. Ön Açıklamalar**

İnternet üzerinden gerçekleşen kartlı ödemelerde karşımıza çıkabilecek rizikoları, taraf menfaatlerini dikkate alarak şu şekilde kategorize edebiliriz:

İlk olarak bu tip işlemlerde, üçüncü kişilerin üye işyerlerini gerçek kimlikleri konusunda aldatmalarının oldukça kolay olduğu söylenebilir. Gerçekten de bu tür işlemlerde herhangi bir harcama belgesine imza atılması ve kural olarak gizli kod kullanması zorunlu olmadığından, üye işyerlerinin işlemi gerçekleştirenler hakkında

---

<sup>828</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 41. Gerçekten de hamil eliyle sanal üye işyerlerine verilen kart bilgileri, sanal üye işyerleri tarafından hukuka aykırı bir şekilde kısmen veya tamamen bir veri havuzunda kayıt altına alınabilir [Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N.13a]. Nitekim ABD perakende devi “Target” 2014 yılında, veri tabanında kayıtlı bulunan yaklaşık 70 milyon kredi kartı bilgisinin çalındığını kabul etmek durumunda kalmıştır. Bkz. <https://aa.com.tr/tr/dunya/70-milyon-kisinin-banka-ve-kredi-karti-bilgileri-calindi/191437> (Son Erişim: 11.11.2017).

kişisel bir izlenim edinebilmesi mümkün değildir. Ayrıca üçüncü kişilerin kötüye kullanım için kartın zilyetliğini edinmeleri, yani plastik kartı ele geçirmeleri gerekli olmayıp yalnızca kart numarasını, kartın geçerlilik tarihini ve kartın arkasındaki güvenlik numarasını bilmesi yeterli olur. Bu açıdan internette dolaşımda bulunan verilerin şaşılabacak ölçüde kolay bir şekilde ve basit bilgisayar programları yardımıyla ele geçirilmesinin mümkün olması, riziko katsayısını oldukça artırmaktadır<sup>829</sup>.

İkinci olarak işlemin internet üzerinden gerçekleşmiş olması başlı başına bir riziko sebebi olarak ele alınabilir. Zira hamil herhangi bir sipariş vermediğini ileri sürerek kolaylıkla kart kuruluşuna ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>830</sup>. Bu noktada üye işyerinin, kural olarak işlemde kimlik teyit edici herhangi bir bilgi paylaşılmaması nedeniyle siparişi fiilen hamilin verdiğini ispatlaması oldukça güçtür. Diğer taraftan kart hamilinin bakış açısından meseleye yaklaşıldığında da benzer sakıncalardan bahsetmek mümkündür. Nihayetinde bu yöntemi tercih eden hamil, gündelik hayatta tanımadığı veya hiç karşılaşmadığı birinden mal veya hizmet tedarik etmeye çalışır. Gerçi bu sakınca 6563 sayılı “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun”<sup>831</sup> ve bu Kanun’a dayanılarak çıkartılan “Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik”<sup>832</sup> ile büyük oranda aşılmıştır<sup>833</sup>. Ancak yine de hamilin hiç bilmediği bir işletmeyle internet üzerinden

<sup>829</sup> Bu hususlarda bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 15; Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N.94.

<sup>830</sup> Bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 16. Benzer yönde bkz. Pavalenco, s. 84. MO/TO işlemlerinde kötüye kullanım sadece üçüncü kişilerce değil, kart hamilinin kendisi tarafından da gerçekleştirilebilir. Gerçekten de üçüncü kişi, kredi kartı bilgilerini hamilden sızdırabileceği gibi, bu bilgiler hamil eliyle kendisine verilmiş de olabilir (Bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1381). Literatürde “dost kazığı rizikosu” (Das friendly-fraud- Risiko) olarak bilinen ve hamilin gerçekte kartı kullanmış olmasına rağmen harcama itirazında bulunulmasını ifade eden durum, özellikle e-ticaret alanında büyük bir problem olarak belirir. Yapılan araştırmalarda kart hamillerinin bilhassa yetişkinlere özel eğlence sitelerinde yapmış oldukları harcamalara itiraz ettikleri tespit edilmiş ve dünya genelinde bir dönem tüm kötüye kullanımların yaklaşık %50’sinin konusunu bu riziko oluşturmuştur (Bkz. Grabe, s. 64).

<sup>831</sup> RG. 05.11.2014 / 29166.

<sup>832</sup> RG. 26.08.2015 / 29457.

<sup>833</sup> 6563 sayılı Kanun ile hizmet sağlayıcısının, yani e-ticaret faaliyetinde bulunan gerçek veya tüzel kişinin bilgi verme yükümlülükleri düzenlenmiş, ayrıca hizmet sağlayıcısının, alıcıların kolaylıkla ulaşabileceği şekilde güncel tanıtım bilgilerini sunmak durumunda olduğu belirtilmiştir (m. 3). Bu yükümlülüğün içeriği, yukarıda belirtilen Yönetmeliğin 5. maddesiyle doldurulmuştur. Buna göre hizmet sağlayıcısı, tebligata elverişli kayıtlı elektronik posta adresini ve telefon numarasıyla varsa işletme adı ve tescilli marka adını (m. 5/I-a); tacirse ayrıca ticaret unvanını, MERSİS numarasını ve merkez adresini (m. 5/I-c) elektronik ortamda bulundurmak zorundadır. Buna karşılık 6563 sayılı Kanun m. 3/V’te münhasıran elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmelere, birinci ve ikinci fıkraların uygulanmayacağı belirtildiğinden, tipik MO/TO işlemleri (yani telefon veya e-posta aracılığıyla gerçekleşen işlemler) bakımından söz konusu riziko güncelliğini korumaktadır. Yine Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından, yukarıda anılan Kanun ve

kart bilgilerini paylaştığı dikkate alındığında, onun cephesinde de işlemin ciddi anlamda risk taşıdığı açıktır. Zira tabiri caizse hiç kimse, kart verilerini bile isteyeye nereye yayılacağı meçhul olan bir kara deliğe vermek istemez<sup>834</sup>. Ayrıca hamilin risk olarak bedelini önceden ödemiş olduğu ürünün ayıplı olduğu teslimattan sonra ortaya çıkabilir veya sipariş verdiği üründen başka bir ürün gönderilmiş ya da ürün hiç gönderilmemiş olabilir<sup>835</sup>. Ancak bu ve benzeri rizikoların, konumuzla doğrudan bağlantılı olduğu söylenemez. Biz çalışmamızda daha ziyade kartın MO/TO işlemlerinde kötüye kullanılması rizikosunu ve bundan dolayı kimin / kimlerin sorumlu tutulacağı meselesine eğilmeye çalışacağız.

Hazırlar arasında işlemlerde olduğu gibi ilke olarak kartı internet ortamında kötüye kullanan üçüncü kişinin söz konusu zarardan sorumlu olması icap eder. Ancak bu kimsenin kimliğini belirlemek mümkün olmadığından, rizikoyu kartı çıkartan kuruluş ile kartlı ödemeyi kabul eden kuruluş arasında paylaştırmak kaçınılmaz hale gelir<sup>836</sup>. Hatta her ne kadar BKKKK m. 15/III’de lafzen aksi belirtilmiş olsa da, kanımızca ihmali tutumuyla kötüye kullanıma sebep olan hamilin de zarara katılması icap eder. Şimdi yine katılımcılar arasındaki riziko dağılımını, kart hamili ile kart kuruluşu ve üye işyeri ile kart kuruluşu ilişkileri özelinde ayrı ayrı incelemeye çalışalım.

---

Yönetmelik kapsamında elektronik ticaret hizmet sağlayıcıları ile aracı hizmet sağlayıcıların uyması gereken güvenlik ve hizmet kalite standartlarını belirleyen ve buna bağlı olarak güven damgası verilmesine, iptaline ve askıya alınmasına ilişkin kuralları düzenleyen “Elektronik Ticarete Güven Damgasına İlişkin Tebliğ” de yürürlüğe girmiştir (RG. 06.06.2017 / 30088). Bu Tebliğ ile asgari güvenlik standardını sağlayan e-ticaret sitelerine bağımsız ve güvenilir bir otorite tarafından “güven damgası simgesi” verilmesi, özellikle tüketiciler nezdinde oluşan güvensizliğin aşılması ve büyük e-ticaret firmaları karşısında KOBİ’lerin mücadele gücünün artırılması hedeflenmiştir. Tebliğ’de dikkat çekici iki hükme rastlanmaktadır. Bunlar: 1. Güven damgası alan e-ticaret sitelerinin her takvim yılı içinde en az bir defa sızma testine tabi tutulması (m. 5/a), 2. Elektronik ticarete konu malın stok bilgisi, içeriği, malzemesi, ölçüleri gibi özelliklerine, kullanımına ve varsa garantisine, teknik desteğine ve bunların kim tarafından sağlanacağına ilişkin detaylar ile gerçek boyutlarının anlaşılmasını mümkün kılan görsellerin, tedarik, kargo ve teslimat süresi gibi hususların, sipariş alıcıya teslim edilinceye kadar siparişin durumu hakkında gerekli bilgilerin ve kargo takip imkânının sunulması ya da sunulmasına olanak sağlanmasıdır (m. 5/d). Ayrıca bakanlıkla yapılan protokol kapsamında, güven damgası verme, iptal etme ve askıya alma işlemlerini yürütmek üzere TOBB’a yetki verilmiştir [Bkz. <https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=22615&lst=MansetListesi> (Son Erişim: 10.03.2018)]. 6563 sayılı Kanun’a ve bu Kanun kapsamında çıkarılan Yönetmeliğe ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. Huriye Kubilay, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la İlgili Genel Bir Değerlendirme, **İzmir Barosu Dergisi**, Ocak 2016, Yıl: 81, Sayı: 1, ss. 272-292.

<sup>834</sup> Bkz. Pichler, NJW 1998, s. 3234.

<sup>835</sup> Bkz. Kubilay, İzmbD 2016, Sayı: 1, s. 274.

<sup>836</sup> Bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 121.



## **2. Kart Kuruluşu İle Kart Hamili Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması**

### **a. Otorizasyonsuz Ödemelerden Dolayı Kural Olarak Kart Kuruluşunun Sorumlu Tutulması**

Hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde olduğu gibi MO/TO işlemlerinde de otorizasyonsuz ödemelerden ötürü hamilin kural olarak sorumluluğunun bulunmadığı ve rizikoya kart kuruluşunun katlanması gerektiği kabul edilir<sup>837</sup>. Zira MO/TO işlemlerinde kart üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığında, ortada gerçek bir talimat bulunmayacağından kural olarak hamilin sorumlu tutulması düşünülemez. Bu açıdan ödeme talimatının, hazırlar arasında işlemlerde olduğu gibi harcama belgesi imzalanmak veya POS'a PIN girilmek suretiyle ya da MO/TO işlemlerinde olduğu gibi sözlü veya elektronik ortamda verilmiş olması hiçbir önem teşkil etmez. Ödeme talimatının ne şekilde verilmiş olduğu yalnızca kart kuruluşunun ispat yükümlülüğü bakımından önem teşkil edebilir<sup>838</sup>.

Bu tür işlemlerde otorizasyon sıklıkla gizli kod olmaksızın, yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleştiğinden, kimlik tespiti söz konusu olmaz<sup>839</sup>. Dolayısıyla çoğu zaman hazırlar arası işlemlerden farklı olarak, kart kuruluşunun ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan faydalanması gibi bir durum gündeme gelmez<sup>840</sup>. Ayrıca kart kuruluşunun sözleşmelerde yer alan standart klozlarla bu rizikoyu genel olarak hamile yıkması, tıpkı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi mümkün değildir. Aksi halde söz konusu klozlar içerik denetimi kapsamında geçersiz addedilir<sup>841</sup>.

Bunun dışında, özellikle internet kullanımlarında sistemden kaynaklanan aksaklıklar da gündeme gelebilir. Çünkü internette veriler teknik olarak her zaman A

<sup>837</sup> Bkz. Schleicher, s. 269; Neumann ve Bock, s. 154, N. 285; Körber, WM 2004, s. 564; Pichler, NJW 1998, ss. 3235-3236.

<sup>838</sup> Bkz. Pichler, NJW 1998, s. 3236.

<sup>839</sup> Bkz. Stange, s. 58.

<sup>840</sup> Bu yönde bkz. K. Langenbucher, s. 264; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 130, N. 37; Pavallenco, ss. 187-188.

<sup>841</sup> Bkz. Pichler, NJW 1998, s. 3236.

noktasından B'ye olacak şekilde sabit bir güzergâh seçerek ilerlemez, aksine -ağ üzerinde- kullanılabilen belli bir kapasite olması nedeniyle sürekli kendi gidiş yollarını ararlar. İnternet ağı üzerinde ilerleyen bir mesajın veya verinin yolunu şaşırmaması durumunda, bunun sorumlusunu bulmak pek mümkün değildir. Bu nedenle veri kayıplarının sebep olduğu rizikolar, internete özgü rizikolar olarak görülür ve MO/TO işlemlerine cevaz verdiği sürece, bu işlemleri kumanda eden kart kuruluşu tarafından üstlenilmesi gerekir<sup>842</sup>.

Kanun koyucu da belirtmiş olduğumuz tüm bu sakıncalardan ötürü, MO/TO işlemlerindeki kötüye kullanımlardan hamilin sorumlu tutulamayacağını lafzen kesin bir dille -bizce istisnası saklı tutulan bir kural formatında- vurgulamıştır (BKKKK m. 15/III). Buna göre, “... *Harcama belgesi düzenlenmeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla yapılan mal ve hizmet alımlarındaki hukuka aykırı kullanımlardan kaynaklanan zararlardan kart hamili sorumlu tutulamaz.*”

Kuralın kararlı ifadesi ilk bakışta, MO/TO işlemlerinde gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı hamilin hiçbir şekilde sorumlu tutulmayacağı şeklinde bir algı oluşturmaktadır<sup>843</sup>. Ancak kanımızca bu algıya oldukça temkinli yaklaşmak gerekir. Zira kötüye kullanımlardan dolayı kart hamilini tamamen sorumsuz tutmak, onun özellikle kartı saklama ve kart bilgilerini gizli tutma yükümlülüğü başta olmak üzere diğer özen yükümlülüklerini savsaklamasına veya sorumluluk muafiyetine güvenerek internetten yapmış olduğu harcamaları inkâr etme şeklinde birtakım hileli yollara yönelmesine sebep olabilir. Bu nedenle BKKKK m. 15/III'ü amaçsal yoruma tabi tutmak ve kuralın aksi kanıt yöntemiyle yalnızca temel paradigmayı, yani otorizasyonsuz işlemlerden ötürü kural olarak kart kuruluşunu sorumlu tutan paradigmayı tekrarladığını kabul etmek gerekir<sup>844</sup>.

Şu halde tıpkı hazırlar arasındaki işlemlerde olduğu gibi MO/TO işlemlerinde de otorizasyonsuz ödemelerden dolayı “kural olarak” kart kuruluşunu sorumlu

<sup>842</sup> Bkz. Pavalenco, s. 166. Fakat yazarın aynı yerde belirttiği gibi, sistem üzerinde gerçekleşen bu tür veri kayıplarından dolayı kart kuruluşu, yerel ağ işletme sözleşmesindeki yükümlülükler uymaması sebebiyle yerel ağ işletenine kusur isnat edebilir. Diğer bir deyişle, rizikoyu üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşu, uğramış olduğu zararı yerel ağ işletenine rücu edebilir.

<sup>843</sup> Nitekim Türk hukukunda, kart hamilinin bu tip işlemler bakımından hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını şeklinde görüşler ileri sürülmüştür (Bkz. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHFM 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, ss. 82-83, dn. 37).

<sup>844</sup> BKKKK m. 15/III kuralını dar yorumlamak ve özellikle hamilin e-ticarete moral hazard teşkil eden eylemlerinden ötürü kendisini sorumlu tutmak gerektiği konusunda ayrıca bkz. Tekinalp, s. 508, N. 39-74.

tutmak; buna karşılık kartın zilyetliğini yitirmek suretiyle kart bilgilerini güvenli bir şekilde koruyamayan ya da yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmalle aykırı hareket ederek kötüye kullanıma zemin hazırlayan hamili de bu sorumluluğa dâhil etmek gerekir.

## **b. Otorizasyonsuz Ödemelerden Dolayı Hamilin Sorumlu Tutulması**

### **(1) Yalnızca Kart Bilgileri Kullanılarak Gerçekleşen İşlemlerde Sorumluluk**

#### **(a) Alman Hukukunda**

##### **(aa) İlk Revizyon Dönemi**

Alman hukukunda ilk revizyon döneminde hamilin sorumluluğunu düzenleyen kuralın, MO/TO işlemlerindeki kötüye kullanımlara uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıydı. Bilindiği gibi o dönemde yürürlükte olan BGB §675v kuralında, kimlik tespit (ödeme) aracının, daha doğrusu kartın kaybolması, çalınması veya herhangi bir şekilde elden çıkması durumunda hamilin bildirimden önceki zararlardan sınırlı olarak sorumlu tutulacağı (f. 1); buna karşılık otorizasyonsuz ödemenin hamilin kastına veya ağır ihmaline dayanması durumunda hamilin zararın tamamından sorumlu tutulacağı (f. 2) öngörülmüştür.

Öğretide, sorumluluğu düzenleyen kuralın “kimlik tespit aracının” kaybolması veya kötüye kullanılması temeline dayanmasından hareketle, hamilin BGB §675v kapsamında sorumlu tutulamayacağı görüşü ağır basmıştır. Zira hazırlar arasındaki işlemlerden farklı olarak MO/TO işlemlerinde genellikle yalnızca kartın üzerinde basılı olan bilgiler kullanılmakta ve bunlar ağırlıklı görüş tarafından kimlik tespit (ödeme) aracı olarak kabul görmemektedir<sup>845</sup>. Bunun yanı sıra her ne kadar kimlik tespit aracı, gayrinakdî ödemelerin karakteristik bir unsuru olarak kabul görse

<sup>845</sup> Bu yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 13-14; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 31-32; Linardatos, WM 2014, s. 303; Hofmann, BKR 2018, s. 66; Frey, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675I, N. 5; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675I, N. 3; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 40.

de, sanal üye işyerine kart bilgileri verilmek suretiyle gerçekleşen MO/TO işlemleri, kartın fiilen kullanılması gerekliliğine esaslı bir istisna teşkil eder. Çünkü bu tür işlemlerde yalnızca kart üzerinde yer alan birtakım bilgiler üye işyerine aktarılmakta, buna karşılık kural olarak işlemde ne bir kimlik tespit aracı (kart) ne de kişisel güvenlik bilgisi (gizli kod) kullanılmamaktadır<sup>846</sup>. Dolayısıyla baskın görüşün bakış açısından, sorumluluğu kimlik tespit aracı kavramına göre dizayn eden BGB §675v kuralını ne kart ne gizli kod kullanılmayan MO/TO işlemlerine uygulamak mümkün olmaz<sup>847</sup>.

Buna karşılık kart bilgilerinin de kimlik tespit aracı olarak nitelendirilebileceğini belirten **Oechsler**, bu bilgilerin MO/TO işlemlerinde kötüye kullanılması durumunda, baskın görüşün aksine hamilin BGB §675v'e göre sorumlu tutulabileceğini savunmuştur. Zira yazara göre kart bilgileri de pekâlâ hamilin ödeme işlemlerinde şahsen kullandığı bir “araç” olarak anlaşılabilir. Kart numarası, kartın geçerlilik süresi ve güvenlik numarası, kart hamilinin şahsileşmesini ve MO/TO işlemlerindeki ödemelerin gerçekleşmesini sağlar. Ayrıca kişisel gizli kodlar (PIN, TAN vs. ) kadar olmasa da kart bilgilerinin de gizli unsurlar içerdiği söylenebilir. Özellikle kart numarası ile kartın geçerlilik tarihine ilişkin kombinasyon, kartın doğruluğunu tasdiklerken; güvenlik numarası ilave bir gerçeklik denetimi (weitere Plausibilitätskontrolle) sağlar. Diğer taraftan §675v kuralında sorumluluk, kimlik tespit aracının zilyetliğinin yitirilmesi veya kötüye kullanılması olgularına bağlandığından, kart bilgilerinin bu madde anlamında “ödeme aracı” olarak kabul görmemesi bazı şüpheli sonuçların ortaya çıkmasına vesile olabilir. En basitinden hamil bu ihtimalde ya hiç sorumlu tutulamaz -ki o zaman kendisi özensiz davranışlar sergileyebilir ve kötüye kullanımları teşvik edebilir- ya da BGB §§280/I c. 2 ile bağlantılı olarak 276/I c. 1 kuralı uyarınca, “hafif ihmali” bulunsa bile zararın tamamından sorumlu tutulabilir. Nihayetinde her iki durum da rasyonel bir sonuç olarak görülemeyeceğinden, son tahlilde kart bilgileri ödeme aracı olarak kabul edilmeli ve MO/TO işlemlerine BGB §675v kuralı doğrudan uygulanabilmelidir<sup>848</sup>.

<sup>846</sup> Bkz. Casper / Pfeifle, WM 2009, s. 2344

<sup>847</sup> Baskın görüş savunucularından Zetzsche, mükerrer kötüye kullanımlarda, bildirim yükümlülüğünü düzenleyen BGB §675I c. 2 kuralı kıyasen dikkate alınarak hamilin sorumlu tutulabileceğini belirtir (Bkz. MüKoBGB, §675v, N. 40).

<sup>848</sup> Bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1382. Einsele'ye göre ise baskın görüş aslında hamilin sorumluluğunu düzenleyen BGB §675v kuralını ile üye işyerinin özen yükümlerine aykırı olarak kartı kabul etmesine ilişkin durumu saklı tutarak, mesafeli işlemlerdeki kötüye kullanım rizikosunu kart kuruluşuna

**Jungmann** ise kart bilgilerini kimlik tespit aracı olarak kabul etmenin zorlama bir yorum olduğunu düşünmüş olacak ki, BGB §675v kuralının MO/TO işlemlerine doğrudan değilse de kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir<sup>849</sup>. Ancak kural ister doğrudan isterse kıyasen dikkate alınsın her iki durumda da kötüye kullanım “kart bilgilerinin” veya “plastik kartın” üçüncü kişilerin eline geçmiş olmasından kaynaklanmışsa ve bu hususta hamilin kastı veya ağır ihmali bulunmuyorsa, kendisi “kusursuz” ve sınırlı sorumlu tutulur (mülga BGB §675v/I). Hamile kast veya ağır ihmal isnat edilebilen hallerde ise sınırlı sorumluluk kuralı uygulanmaz ve hamil zararın tamamı üstlenmek durumunda kalabilir (mülga BGB §675v/II)<sup>850</sup>.

### **(bb) İkinci Revizyon Dönemi**

İkinci revizyondan sonra, BGB §675v kuralına eklenen IV. fıkrayla birlikte MO/TO işlemleri özelindeki tüm bu tartışmalar anlamını yitirmiştir. Zira anılan kuralda, güçlü müşteri kimlik doğrulaması (starke Kundenauthentifizierung) kullanılmadan gerçekleşen otorizasyonsuz ödemeler sebebiyle hamile sınırlı veya

---

yıkmaktadır (ss. 338-339). Yazar burada bir bakıma MO/TO işlemlerinde kural olarak kart kuruluşunun sorumlu tutulacağını, ancak şartlar oluşması durumunda hamilin veya üye işyerinin de pekâlâ sorumlu tutulabileceğine dikkat çekmiştir. Ancak yazarın ağırlık görüşün tutumunun bu yönde olduğu tespitine katılamıyoruz. Zira bu dönemde baskın görüş tarafından kart bilgileri, BGB §675v anlamında kimlik tespit aracı veya gizli kod olarak kabul görmediğinden, hamilin sorumluluğunu öngören kuralın MO/TO işlemlerine uygulanamayacağı net bir dille vurgulanmıştır.

<sup>849</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675v, N. 14.

<sup>850</sup> Bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1383. Schleicher de ilk revizyondan önce kaleme aldığı eserinde, internet üzerinden gerçekleşen satımlarda kartın zilyetliğinin yitirilmesi durumunda kötüye kullanım rizikosunun aynı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi kusursuz sorumluluk esasına göre dağıtılacağını; buna karşılık kötüye kullanım, kartın zilyetliği yitirilmeksizin yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleşmişse hamilin artık kusur sorumluluğu esasına göre sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Yazara göre bu son olasılıkta hamilin özen yükümlülüğü, zamanında kayıp / çalıntı bildiriminde bulunmakla sınırlıdır. Fakat işlemin gerçekleşmesi özel bir güvenlik platformuna gizli kod girilmesine bağlıysa, hamil bu gizli kodu da güvenli bir şekilde korumakla yükümlü olur (s. 269, özellikle dn. 1395 ve 1397).

Buna karşılık aksi fikri savunan Ellenberger/Findeisen/Nobbe (Nobbe)’ye göre, MO/TO işlemlerinde kredi kartı kullanımlarının BGB §675w/I c. 2’de belirtildiği gibi kişisel gizli kodla denetlenmesi gerekmediğinden, kredi kartları tek başına “ödeme aracı” olarak nitelendirilemez. O halde MO/TO işlemlerinde kötüye kullanım, kartın zilyetliğinin yitirilmesi sebebiyle gerçekleşmiş olsa da hamili BGB §675v/I kapsamında sorumlu tutmamak gerekir. Yine yazara göre aynı sonucun kredi kartlarının bilet otomatlarında PIN bilgisi girilmeksizin (kötüye) kullanıldığı hallerde de geçerli olması gerekir (§675v, N. 25). Aşağıda da görüleceği gibi, Alman hukukunda ikinci revizyonla birlikte *Nobbe*’nin bu görüşü doğrultusunda değişikliğe gidilmiş ve “güçlü kimlik doğrulaması” (kart +PIN veya TAN) kullanılmaksızın gerçekleşen işlemlerden dolayı hamili sorumlu tutmama politikası güdülmüştür.

sınırsız herhangi bir sorumluluk isnat edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Daha açık bir ifadeyle artık mesafeli işlemlerde hamilin sorumlu tutulabilmesi için üçüncü kişilerce kolayca izlenebilen ve üye işyerlerinin bilgisine sunulan kart verileri dışında, yalnızca yetkili hamil tarafından bilinen ve kimlik tespitine yarayan araçların da kullanılması gerekir. Aksi halde -dolandırma kastıyla hareket etmediği sürece- hamili hiçbir şekilde sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır<sup>851</sup>.

Alman hukukunda kart kuruluşları, güçlü kimlik doğrulaması olmadan gerçekleşen işlemlerden sorumlu tutularak, esasında dolaylı bir şekilde kimlik tespitini sağlayan sistemleri kullanmaya zorlanmıştır. Hatta Alman kanun koyucusu, elektronik ödemenin uzaktan erişim yoluyla gerçekleşmesi durumunda -yani online havalelerde veya MO/TO işlemlerinde- bir adım daha ileri gitmiş ve kart kuruluşunun güçlü kimlik doğrulamasını, belirli bir miktar ve belli bir ödeme alıcısıyla dinamik olarak bağlayan bir unsur içerecek şekilde sunmak durumunda olduğunu belirtmiştir (ZAG §55/II. Ayrıca bkz. ve karşı. ZDR II m. 97/II)<sup>852</sup>. Bağlantıyı sağlayan dinamik unsura örnek olarak mobil TAN uygulamalarını gösterebiliriz. Aşağıda da görüleceği üzere, 3D Secure platformu üzerinden gerçekleşen MO/TO işlemlerinde otorizasyonun sağlanabilmesi için hamilin mobil telefonuna gelen tek kullanımlık şifreyi (mobil TAN) belirli bir sürede sisteme girmesi gerekir. İşte telefona gönderilen bu kısa mesajda, TAN'la birlikte aynı zamanda "işlem tutarı" ve ödemenin yapılacağı "alıcı" belirtilerek, dinamik unsur içeren güçlü kimlik doğrulaması şartı sağlanmış olur<sup>853</sup>. Sonuç olarak Alman hukukunda bu şekilde güçlü ve dinamik müşteri kimlik doğrulaması yapılmaksızın, yani yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen MO/TO işlemlerinde, kötüye kullanım nedeniyle hamil hiçbir şekilde sorumlu tutulmamakta, dolayısıyla riziko tamamen kart kuruluşuna yığılmaktadır. Gerçi Alman hukukunda hamilin sorumluluğunu düzenleyen BGB §675v kuralında güçlü kimlik doğrulamasına vurgu

<sup>851</sup> Bu hususlarda bkz. Linardatos, WM 2014, s. 304. MO/TO işlemlerinde, güçlü kimlik doğrulaması uygulamasına tipik örnek olarak ülkemizde zorunlu olmamakla birlikte her geçen gün kullanımı daha da yaygınlaşan 3D Secure platformu verilebilir. Bu konuyu ileride ayrıntılı olarak ele almaya çalışacağız.

<sup>852</sup> Gerçi kartın PIN ile birlikte kullanıldığı klasik POS ödemelerinde de uzaktan erişim yoluyla gerçekleşen elektronik bir ödemeden bahsedilebilir. Ancak dinamik unsur şartını arayan bu kuralı özellikle internet ve online bankacılık üzerinden gerçekleşen ödemeleri (mobil ödemeler de dâhil) kapsayacak şekilde dar yorumlamak gerekir (Bu yönde bkz. Hoffmann, VuR 2016, ss. 251-252).

<sup>853</sup> Örneğin kart kuruluşunun şu formatta gönderdiği kısa mesaj, güçlü kimlik doğrulamasının dinamik unsura bağlandığı anlamına gelir: "X firmasında 28.09.2018 tarihinde saat 10.00'da yapılan 50 TL tutarlı alışveriş şifresi XXXXXX'dir".

yapılmış olmasına rağmen, dinamik unsur şartına özel olarak yer verilmemiştir. Fakat bu noktada BGB §675v ile ZAG §55/II'yi birlikte yorumlamak ve güçlü kimlik doğrulamasına ilişkin iki bağımsız unsurun bulunmasına rağmen, dinamik unsur olmadan gerçekleşen işlemlerden ötürü hamili yine sorumlu tutmamak gerekir<sup>854</sup>.

Bu hususta son olarak, daha önce de belirttiğimiz gibi AB Teknik Standartlar Tüzüğü'nün "Düşük Miktarlı Ödemeler" başlıklı 16. maddesinde, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda kart kuruluşlarının MO/TO işlemlerinde güçlü kimlik doğrulaması talep etmekten imtina edebilmelerine cevaz verilmiştir. Bunlar: Elektronik ortamda gerçekleşen mesafeli işleme konu münferit tutarın 30 Euro'yu aşmaması ve güçlü kimlik doğrulamasının en son kullanıldığı andan itibaren, elektronik ortamda gerçekleşen mesafeli işlemler toplamının 100 Euro'yu aşmaması veya yine bu andan itibaren, ödeyenin ardı ardına 5 ödmeden fazla elektronik mesafeli işlem yapmamış olmasıdır<sup>855</sup>. Şu halde bu şartların gerçekleşmesi durumunda güçlü kimlik doğrulaması kullanma zorunluluğu kalkacak ve hamili sorumlu tutmak mümkün olabilecektir.

## **(b) Türk Hukukunda**

### **(aa) BKKKK m. 12 Kuralının MO/TO İşlemlerine Uygulanıp Uygulanamayacağı Meselesi**

Alman hukukunda ilk revizyon döneminde **Oecshler** tarafından benimsenen görüşün, küçük bir farkla da olsa Türk hukukuna uygulanabileceği kanısındayız.

---

<sup>854</sup> ZDR II m. 74 ve m. 97 bağlantısı özelinde bu yönde bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 253. Buna karşılık *Hofmann*'a göre, işlemin tek kullanımlık şifre ile gerçekleşmesi durumunda bilgi kategorisine ilişkin tek bir unsur kullanıldığından, güçlü kimlik doğrulaması için gerekli olan ikinci unsur eksik kalacaktır. Bu açıdan yazar kart kuruluşunun eksik kalan ikinci unsuru bilgi mi yoksa aitlik kategorisiyle mi gidereceği konusunda merak içine düşmüştür (Bkz. Hofmann, BKR 2018, s. 66). Kanımızca yazar burada bir konuyu gözden kaçırmaktadır. 3D Secure platformunda tek kullanımlık şifreler, hamilin mobil telefonuna mesaj olarak gönderilmektedir. Hamil e-ticarete konu alışverişini bu telefon dışında başka bir aygıtla (tablet, bilgisayar, başka bir mobil telefon vs.) yaptığı sürece, zilyetlik ve bilgi olmak üzere birbirinden bağımsız iki unsur şartı sağlanmış olur. Ayrıca TAN bilgisini içeren kısa mesajda, işleme ilişkin bilgiler de belirtilerek (dinamik unsur), güçlü kimlik doğrulamasının koşulları tamamen yerine getirilmiş ve hamil riziko sahasına çekilmiş olur. Bu noktada kart kuruluşunun, hamilin farklı medya araçlarını kullanması hususunda birtakım önlemler alması, örneğin kart sözleşmelerinde bunu bir yükümlülük olarak öngörmesi mümkün ve geçerlidir.

<sup>855</sup> Bkz. Yuk. VI, B, 4, d.

Yoksa MO/TO işlemlerini düzenleyen BKKKK m. 15/III kuralının kesin nitelikteki lafzından yola çıkarak hamilin kötüye kullanımlardan dolayı hiçbir şekilde sorumlu olmayacağı sonucuna ulaşmak, beraberinde birtakım sakıncaları gündeme getirebilir. En basitinden hamil, internet üzerinden vermiş olduğu siparişi kötü niyetli bir şekilde inkâr edebilir veya Kanun’un kendisine tanımış olduğu sorumsuzluk zırhına güvenerek kart bilgilerini güvenli bir şekilde koruma konusunda gereken hassasiyeti göstermeyebilir. Oysa dikkatli bakıldığında BKKKK m. 15/I’in bu sakıncaya karşı önlemini baştan aldığı görülmektedir. Buna göre, *“Kart kullanımından doğan sorumluluk, sözleşme imzalandığı ve kartın zilyetliğine geçtiği veya kart numarasını öğrendiği andan itibaren, kart hamiline aittir.”* (Aynı yönde bkz. BKKKY m. 17/IV-a). Kuraldan da anlaşılacağı üzere, hamil plastik karttan sorumlu olduğu gibi, kart numarası bilgisinden de sorumludur. Diğer bir deyişle, hamil sadece kartı değil, aynı zamanda kart numarasını da güvenli bir şekilde korumakla yükümlüdür. Kaldı ki kanun koyucu BKKKK m. 3/e’de, fiziki varlığı bulunmayan “kart numarasını” da kredi kartı olarak tanımlayarak bu konudaki hassasiyetini en baştan göstermiştir.

Ayrıca çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere 6493 sayılı Kanun, ZDR I ve II’de de geçen “kişisel güvenlik bilgisi” kavramını tanımlama yoluna gitmiş ve bu tanımlamada bir adım daha ileri gidilerek kartın üzerinde yazılı bulunan “son kullanma tarihi” ile “güvenlik numarası”na ilişkin bilgiler, kimlik tespitini sağlayan birer araç olarak yorumlanmıştır. Gerçekten de 6493 sayılı Kanun m. 3/I-ğ bendinde kişisel güvenlik bilgileri, *“Ödeme aracı ile işlem gerçekleştirirken kullanılacak şifre, son kullanma tarihi, güvenlik numarası gibi ödeme aracını ve ödeme aracı kullanıcısının kimliğini belirleyici bilgiler...”* şeklinde tanımlanmıştır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, kanaatimizce tıpkı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi MO/TO işlemlerinde de hamilin kötüye kullanımlardan dolayı “kural olarak” sorumlu olmadığı, ancak kartı veya kart bilgilerini korumada ihmalinin bulunması durumunda BKKKK m. 12/I kapsamında sorumlu tutulabileceğini kabul etmek gerekir<sup>856</sup>.

Belirtelim ki hukukumuz özelinde varmış olduğumuz bu sonuç, tamamen cari mevzuatı yorumlayarak ulaşılmış olduğumuz de lege lata anlamında bir sonuçtur.

<sup>856</sup> Hofmann’a göre salt kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen MO/TO işlemlerinde kart hamilini kötüye kullanımdan dolayı sorumlu tutulabilmek iki halde mümkün olabilir: 1) Hamilin kartın zilyetliğini yitirmiş olması (veya kart bilgilerini başkalarıyla paylaşması) ve 2) Hamilin zamanında blokaj bildiriminde bulunmamış olması (ZBB 2004, s. 406).



Yoksa de lege feranda anlamda olması gereken, AB hukukunda olduğu gibi belli bir tutarı (diyelim ki 50 TL'yi) aşan elektronik mesafeli işlemlerde güçlü kimlik doğrulaması uygulamasını dolaylı da olsa zorunlu hale getirmek; bu limitin üzerinde olup da güçlü kimlik doğrulaması kullanılmadan gerçekleşen işlemlerde rizikoyu tamamen kart kuruluşuna yüklemektir.

Ancak son tahlilde, bugün yürürlükte olan ve MO/TO işlemleri konusunda oldukça sık bir kural getiren BKKKK m. 15/III'ü lâfzen dikkate almak yerine daha geniş bir perspektiften meseleye yaklaşmak ve amaçsal yorumdan hareketle hamili duruma göre yine sınırlı veya sınırsız sorumlu tutmak gerekir.

### **(bb) Hamilin Zarardan Sınırlı Olarak Sorumlu Tutulması**

MO/TO işlemlerinde kartın kötüye kullanılması çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. İlk akla gelen ihtimal, otorizasyonsuz ödemenin kartın veya kart bilgilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesinden kaynaklanmış olmasıdır. Bu durumda hamil, BKKKK m. 12/I c. 1 kapsamında, ağır ihmali veya kastı bulunmadığı sürece ve zamanında blokaj bildirimini yapmış olması şartıyla, bildirimden önceki 24 saat içinde gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı kusursuz ve sınırlı sorumlu tutulmalıdır.

Kart hamili, kartın kaybolması, çalınması veya gasp edilmesi ihtimalleri dışında, farkında olmadan kart bilgilerinin internet üzerinden üçüncü kişilerin eline geçmesine fırsat tanıyabilir. Bu nedenle üçüncü kişilerin sisteme sızmasını ve bilgilere erişmesini engellemek adına mutlaka internette şifrelenmiş olan güvenli ağların kullanılması gerekir. Hamilin özellikle riskli ağlar üzerinden kart bilgilerini paylaşması<sup>857</sup>, ağır ihmalden mi yoksa hafif ihmalden mi sorumlu tutulacağı sorusunu gündeme getirir. Bu sorunun kökeni, bireysel internet kullanıcılarının ne gibi teknik önlemler alması gerektiğine yönelik kadim tartışmaya kadar uzanır. Konuyla ilgili olarak Alman Federal Mahkemesi 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda, antivirüs programı kullanmayan ve internet üzerinden bir exe dosyası indirdiği için zarar görmüş olan bilgisayar sahibini hafif ihmalden sorumlu tutmuştur.

<sup>857</sup> Örneğin kart hamili, riskli ağlar üzerinden e-posta göndermiş veya “https” giriş kodunun hemen yanında “asma kilit ikonu” (güvenli bağlantı sembolü) bulunmayan bir internet sayfası üzerinden, sanal üye işyeri görünümlü bir şebekeye kart bilgilerini vermiş olabilir.

Buna karşılık toplumun bu tür medya araçlarıyla içli dışlı olması, kullanıcıların bu konuda önlem almasına dönük beklentileri günden günde artırmaktadır. Gerçekten de artık günümüzde internet bankacılığı kullanan bir kişinin bilgisayarında internet güvenlik duvarı (Firewall) veya antivirüs yazılımı bulunmamasının, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği açıktır. Benzer şekilde kablosuz internet kullanıcılarının, üçüncü kişilerin ağ üzerindeki yetkisiz erişimlerini engellemek adına kullandıkları ağ şifrelememeleri de ihmal teşkil eder. Bu noktada kart hamillerinden güvenli olmayan bağlantılardan uzak durmasını veya üçüncü kişilerin kolaylıkla sızabilecekleri dijital platformlara kart bilgilerini paylaşmamasını istemek, aşırı bir beklenti olarak görülmez. Diğer taraftan tüm bu hallerde, kötüye kullanım rizikosunun doğumuna yol açan teknik riskler ve bu riskleri önleme olanakları arasındaki denge tam anlamıyla kurulamadığından, kart hamilini hafif ihmalden dolayı sorumlu tutmak en isabetli yol olur<sup>858</sup>.

Sonuç olarak kötüye kullanım, hamilin hafif ihmaliyle kartın zilyetliğini yitirmesinden, kart bilgilerini güvenli bir şekilde koruyamamasından veya internet

<sup>858</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1385. Öğretide Pavalenco haklı olarak internet üzerinden verilerin kötüye kullanılmasının yalnızca online bankacılık uygulamasında bankaları ilgilendirmediğini, bunun dışında e-ticaret firmalarını, katalog üzerinden satış yapan online mağazaları, online açık artırma sitelerini ve internet temelli danışma bürolarını da ilgilendirdiğini vurgular. Ayrıca yazara göre bu kuruluşların kullanmış olduğu sistemler, tek kullanımlık şifre (TAN) kullanılan online bankacılık sistemine nazaran harici müdahalelere daha çok açıktır. Bu nedenle kötüye kullanım durumunda bankalar, online platform işleticisinin (sanal üye işyerinin) teknik açıdan yeterince oturmamış veya demode bir güvenlik sistemi sunmak suretiyle sözleşmeden kaynaklanan asli veya yan yükümlülüklerle aykırı hareket edip etmediğini araştırmak durumundadır. Ancak bu aykırılık, kötüye kullanım rizikosunun üye işyerine yıkılması için yeterli olmaz. Zira internetteki güvenlik açıkları tüm katılımcıları ilgilendirdiğinden, her bir internet kullanıcısının da güvenliği sağlama noktasında makul bir katkı sağlamasını beklemek mantıklı bir yaklaşım olur. Bu açıdan online kullanıcıların özellikle şifrelerini gizli tutma, tercih etmiş olduğu sanal işyerinin internet adresindeki güvenlik sertifikalarını kontrol etme ve internet tarayıcısını güncelleme gibi birtakım önlemler alması gerekir (s. 168).

Bununla birlikte Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), hazırlar arası işlemlerde geçerli olan hafif ve ağır ihmale ilişkin tespitlerin, online bankacılığa ve MO/TO işlemlerine uygulanmasını şüpheyle karşılar ve buradaki argümanlardan hareketle hamile ağır ihmal isnat edilemeyeceğini savunur. Yazara göre MO/TO işlemlerinde kart verileri tekrar tekrar üçüncü kişilerin erişimine sunulduğundan, ispat yükünü taşıyan hamili -ki bunun için ödeme işleminin gizli kod (TAN) kullanılarak gerçekleşmiş olması gerekir- “şüphe” durumunda en azından hafif ihmalden sorumlu tutmak gerekir (§675v, N. 14).

Online bankacılık özelinde açıklamalarda bulunan Ellenberger/Findeisen/Nobbe (Nobbe) de ödeme hizmeti kullanıcısına ait gizli kodların üçüncü kişiler tarafından çeşitli yöntemler kullanılarak ele geçirilebileceğini ve tıpkı ödeme hizmetini işleten kuruluşun merkez bilgisayarlarına yönelik gerçekleşen korsan saldırılarda olduğu gibi, hizmet kullanıcısının bu tarz girişimlere engel olamayacağını vurgular. Aynı şekilde kullanıcının bilgisayarına “Truva Atı”yla sızılması ya da bundan önce kötü amaçlı yazılımlar (Pharming veya DNS saldırılarında olduğu gibi) kullanılarak müşterinin bankaya ait web sayfasına benzer bir sayfaya yönlendirilmesi durumunda da kendisine (ağır) ihmal isnat edilemez. Yazara göre bu ihtimallerde kullanıcıyı ağır ihmalden dolayı sorumlu tutmak, genel hayat tecrübeleri doğrultusunda adil olmaz (Bkz., §675w, N. 51, 52).

güvenliğini sağlayan araçları kullanmamasından kaynaklanmışsa, BKKKK m. 12/I c. 1 gereği kendisini kusursuz- sınırlı sorumlu tutmak gerekir. Bu konuda hazırlar arası işlemlerde sınırlı sorumluluğa ilişkin aranan şartlar geçerliliğini korur<sup>859</sup>.

### **(cc) Hamilin Zarardan Sınırsız Olarak Sorumlu Tutulması**

Öğretide yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen işlemlerde, söz konusu bilgilere erişimin oldukça kolay olması gerekçe gösterilerek ilk görünüş ispatına yönelik kabulü, yani hamilin kartı “ağır ihmal” teşkil edecek şekilde özen yükümlülüğüne aykırı olarak sakladığı kabulünü devre dışı bırakmak gerektiği savunulur<sup>860</sup>. Diğer bir deyişle, bu tip kullanımlarda hamil, kayıp / çalıntı bildiriminde bulunmaktan imtina etmediği (veya geç bildirimde bulunmadığı) ya da kart bilgilerini başkalarıyla paylaşmadığı sürece BKKKK m. 12 kapsamında sınırsız sorumlu tutulmamalıdır<sup>861</sup>.

Bununla birlikte her ne kadar ağ sisteminde dolaşımda bulunan kart bilgilerine erişim nispeten daha kolay olsa da kötüye kullanım, hamilin kartın zilyetliğini ağır ihmal teşkil eden bir tutumla yitirmiş olmasından da kaynaklanabilir. Hazırlar arası işlemlerde belirttiğimiz gibi, söz gelimi hamil içinde kartının da bulunduğu cüzdanı alışveriş sepetinde açık olacak şekilde bırakmış ve bu nedenle kart üçüncü kişilerin eline geçmiş olabilir. Yahut hamil, kartlarının da bulunduğu cüzdanını parkta oturduğu bankta unutup gitmiş olabilir. Bu ve benzeri örnekleri artırmak mümkündür<sup>862</sup>. Ancak burada vurgulamak istediğimiz husus, hamilin kartın zilyetliğini yitirmede ağır ihmal sergilemesi durumunda yine zararın tamamından kendisini sorumlu tutmak gerektiğidir. Özellikle MO/TO işlemlerinde çoğu zaman yalnızca kart bilgileri yeterli olduğundan, kartı saklamada özensiz davranan hamili sorumlu tutmama gibi bir anlayış kabul edilemez. Buna karşılık kartın zilyetliği yitirilmemiş; fakat yalnızca kart bilgileri kullanılarak otorizasyonsuz ödeme gerçekleşmişse, yukarıda da vurgulandığı gibi hamilin kartı saklamada ağır ihmal sergilediği şeklindeki ilk görünüş ispatı devre dışı kalır ve bu durumda hamil kural olarak zararın tamamından sorumlu tutulmaz.

<sup>859</sup> Bkz. Yuk. VI, B, 3, c.

<sup>860</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 47.

<sup>861</sup> Bu yönde bkz. Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), ss. 258-259, N. 453.

<sup>862</sup> Daha fazla örnek için bkz. Yuk. VI, B, 3, d, (2), (b).

Burada hamilin kart bilgilerini başkalarıyla paylaşması meselesine ayrı bir parantez açmak gerekir. Bir kere hamilin bu şekilde kart bilgilerini başkalarıyla paylaşması ağır ihmal teşkil ettiğinden, BKKKK m. 12/I c. 2 uyarınca zararın tamamından kendisinin sorumlu tutulacağı açıktır. Ancak bu ihtimalde hamil, kart bilgilerini bilerek başkasıyla paylaşmakla yalnızca kötüye kullanıma fırsat vermemiş, aynı zamanda kötüye kullanım ihtimalini bilinçli bir şekilde göze almış olur. Bu nedenle hamilin sorumluluğunun, BKKKK m. 12/I c. 2’de ifade edilen sorumluluğu aşacak düzeyde olması gerekir. Bu da ancak, hazırlar arası işlemlerde belirttiğimiz gibi, temsile ilişkin ilkeleri (kıyasen) uygulamak ve hamili doğrudan masraf tazminatından sorumlu tutmakla mümkün olabilir<sup>863</sup>.

Son olarak otorizasyonsuz ödemeyi ağır ihmal teşkil edecek şekilde geç bildiren hamili yine zararın tamamından sorumlu tutmak icap eder. Çünkü hamilin geç bildirimi, kartın zincirleme bir şekilde kötüye kullanılmasına sebep olabilir. Öğretide haklı olarak MO/TO işlemlerinde hamilin kötüye kullanımı hemen fark edemeyebileceği hususuna dikkat çekilir. Gerçekten de bilhassa kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlarda hamil, karta zilyet olmaya devam ettiği için durumu hemen fark edemeyebilir. Bu nedenle şüphe durumunda, hamilin kartın kötüye kullanıldığı bilgisini en erken kart kuruluşu tarafından düzenlenen hesap özeti kendisine ulaştıktan sonra edindiği yönünde bir ilk görünüş ispatından yola çıkılabilir. Hamilin hesap özeti teslim almasıyla birlikte artık ilk görünüş ispatı tersine fonksiyon gösterir ve bu andan sonraki gecikme nedeniyle kendisine ağır ihmal isnat edilebilir. Ancak hesap özeti alan hamil, blokaj kabul sistemindeki arızada olduğu gibi, derhal bildirimde bulunma imkânına sahip olmayabilir veya şehir dışında bulunduğundan, hastanede yattığından ya da buna benzer istisnai bazı nedenlerden dolayı gerçekten kötüye kullanımı fark edememiş olabilir. Bu gibi hallerde doğal olarak hamile ağır ihmal isnat etmemek gerekir<sup>864</sup>.

Kannatimizce hamil aynı zamanda online veya mobil bankacılık üyesiye ve periyodik olarak hesap hareketlerini kontrol etme gibi bir alışkanlığa sahipse, öğrenme anı ve bildirim yükümlülüğü bakımından bu alışkanlığa göre değerlendirmeye gitmek isabetli olur. Daha önce de bir vesileyle değindiğimiz üzere,

<sup>863</sup> Bu yönde bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1384; Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), ss. 258-259, N. 453. Ayrıca bkz ve karşı. Yuk. V, B, 2, b.

<sup>864</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Oechsler, WM 2010, s. 1385.

günümüzde online ve mobil bankacılık uygulamalarında yapılan her hareket ve işlem kayıt altına alınmakta ve gereken hallerde bunlar kısa mesaj yoluyla kullanıcılarla paylaşılmaktadır. Bu şekilde kötüye kullanım gerçekleştikten sonra kullanıcının birçok kez sisteme girdiği tespit edilmesi durumunda derhal bildirimde bulunmadığı kabul edilmeli ve bilhassa ilk kötüye kullanımdan sonra gerçekleşen kötüye kullanımlardan ötürü kullanıcı (dolayısıyla hamil) sorumlu tutulmalıdır.

## **(2) Kart Bilgileriyle Birlikte Güvenli Ödeme Yöntemleri Kullanılarak Gerçekleşen İşlemlerde Sorumluluk**

### **(a) 3D Secure (Üç Boyutlu Güvenlik) Platformunun Tanıtılması ve 3D Secure ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu**

#### **(aa) 3D Secure Platformunun Tanıtılması**

Kart hamili, MO/TO işlemlerinde ödemeyi yalnızca kart bilgilerini kullanarak gerçekleştirebileceği gibi, kart bilgileriyle birlikte 3D Secure platformunu kullanarak da gerçekleştirebilir. Hatta kart kuruluşu ile sanal üye işyerinin anlaşması durumunda, hamil bu platformu kullanmak zorunda kalabilir.

3D Secure, uluslararası kartlı sistem kuruluşları olan VISA ve MasterCard tarafından geliştirilen ve online alışverişlerde kartların yetkisiz kullanılmasına karşı, kimlik tespiti yoluyla ek koruma sağlayan sistemin genel adıdır. Sistem özelinde, online alışveriş yapmak isteyen müşterinin mobil telefonuna tek kullanımlık şifre gönderilerek kartın yetkili hamil dışında üçüncü kişilerce kullanılması önlenmek amaçlanır. VISA tarafından verilen 3D Secure hizmeti “Verified by VISA”; MasterCard tarafından verilen hizmet ise “MasterCard SecureCode” olarak adlandırıldığından, literatürde bu kavramlar üzerinden de sisteme ilişkin açıklamalar yapılır<sup>865</sup>.

MO/TO işlemlerinde ödemelerin 3D Secure ile gerçekleşebilmesi için öncelikle üye işyerlerinin ve kart hamillerinin sisteme katılması gerekir. Üye işyeri, sözleşmeyle bağlı bulunduğu kart kuruluşuna başvurmak suretiyle sisteme katılımı

---

<sup>865</sup> Nitekim bkz. Krügel, Heise- Online Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann), C. I. 43.

sağladıktan sonra kart kuruluşu (acquirer), üye işyeriyle “Merchant Plug-In” (Üye İşyeri Eklenti Yazılımı) olarak bilinen ve 3D Secure sistemini aktif hale getiren bir yazılım paylaşır. Üye işyerinin bu yazılımı, kendi genel ağ sayfasına kurarak hesap bilgilerini sisteme yüklemesi gerekir<sup>866</sup>.

Kart hamilinin sisteme katılması ise iki şekilde gerçekleşebilir. Birinci yöntemde hamilin kart kuruluşuna başvurması aranır. Hamil bu başvuruyu, kart kuruluşunun internet sitesinde bulunan formu doldurarak basit bir şekilde yapabilir<sup>867</sup>. İkinci ve daha pratik olan yöntemde ise kart kuruluşunca (issuer) çıkarılan kartlar, otomatik olarak 3D Secure sistemine kaydedilir<sup>868</sup>. Kart hamilinden gerek sisteme katılım sürecinde gerekse de sistemin kullanım aşamasında herhangi bir ücret talep edilmezken; üye işyerinin bir miktar katılım bedeli ödemesi gerekir<sup>869</sup>.

Bunun dışında 3D Secure kullanılarak gerçekleşen ödemelerde üç temel aşamadan bahsetmek mümkündür<sup>870</sup>:

- İlk aşama, taahhüt işleminin gerçekleştiği aşamadır. E-ticaret satışları özelinde ifade etmek gerekirse, kart hamili ile üye işyeri öncelikle internet sitesi üzerinden bir satım sözleşmesi imzalar. Yani hamil, almak istediği ürün veya ürünleri sanal alışveriş sepetine ekler, daha sonra açılan forma sipariş bilgilerini (sipariş verene ve siparişi teslim alacak olan kişiye ilişkin bilgileri, özellikle de adres ve telefon bilgisini) girer ve formun sonunda yer alan mesafeli satım sözleşmesini onayladığını bildirir.

- İkinci aşama, ödeme (ifa), yani kart bilgilerinin sisteme girilmesi

<sup>866</sup> Bu hususta bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 60; Grabe, ss. 115-116; <https://eticaret.garanti.com.tr/UGP-Nasil-Isler.aspx>, (Son Erişim: 03.12.2017).

<sup>867</sup> Alman uygulamasında Deutsche Bank ve ülkemiz uygulamasında Yapı ve Kredi Bankası, hamillerin sistemden yararlanabilmeleri için başvuruda bulunmalarını şart koşmuştur. Bu başvuru, anılan bankaların internet sitelerinde yer alan form doldurularak online ortamda yapılabilir. Başvuru esnasında genel olarak hamilden kart veya hesap numaralarının belli bir kısmını, söz konusu karta ait şifreyi ve kartın güvenlik kodu gibi birtakım bilgileri girmesi beklenir. Deutsche Bank için bkz. [https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/pk-konto\\_karten-3d\\_secure-sicherer\\_bezahlen\\_im\\_internet.pdf](https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/pk-konto_karten-3d_secure-sicherer_bezahlen_im_internet.pdf); Yapı ve Kredi Bankası için bkz. <https://www.yapikredipos.com.tr/odeme-cozumlerimiz/3-boyutlu-guvenlik-sistemi.aspx> (Son Erişim: 03.12.2017).

<sup>868</sup> Ülkemiz uygulamasında bankaların birçoğu bu yöntemi tercih etmektedir. Ziraat Bankası için bkz. [https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Bireysel/Kartlar/Documents/ZB\\_3D\\_Secure\\_SSS\\_.pdf](https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Bireysel/Kartlar/Documents/ZB_3D_Secure_SSS_.pdf); Garanti Bankası için bkz. <https://eticaret.garanti.com.tr/UGP-Nasil-Isler.aspx> (Son Erişim: 03.12.2017).

<sup>869</sup> Örneğin Garanti Bankası, 2017 yılı itibarıyla ortak ödeme sayfası (sanal POS) hizmeti için yıllık 100 TL ve 3D Secure sistemi için yıllık 150 TL katılım ücreti talep etmiştir. Bkz. <https://eticaret.garanti.com.tr/Garanti-Sanal-POS-Baslangic-Paketleri.aspx> (Son Erişim: 03.12.2017).

<sup>870</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, ss. 60-61; Grabe, s. 116; <https://www.cardfinanciar.com.tr/poslar/isyeri-hizmetleri/bilgi-bankasi/3D-secure.aspx>; <https://eticaret.garanti.com.tr/UGP-Nasil-Isler.aspx> (Son Erişim: 03.12.2017).

aşamasıdır. Hamilin ödeme sayfasında karşısına çıkan forma kart bilgilerini (kart numarası, kartın geçerlilik süresi ve kartın arkasında yazılı bulunan güvenlik numarasını) girmesi gerekir.

- Nihayet üçüncü ve son aşama, 3D Secure platformu aracılığıyla kimlik denetiminin yapılması ve otorizasyonun tamamlanması aşamasıdır. Kart bilgileri girildikten sonra otomatik olarak hamilin kişisel karşılama mesajını da içeren 3D Secure doğrulama ekranı açılır ve hamilden MO/TO işleminde kullanılmak üzere kendisine iletilen gizli kodu belli bir sürede girmesi beklenir<sup>871</sup>. Üye işyerinin sisteminde kurulu bulunan “Merchant Plug-In” (MPI) yazılımı yardımıyla, hamilin girdiği bilgilerle üye işyerinin hesap bilgileri eşleştirilir, daha sonra tüm bu bilgiler hamilin kart kuruluşuna aktarılır. Hamilin kart kuruluşu, cevabını olumlu veya olumsuz olacak şekilde MPI’ya iletir. Olumlu dönüş gelmesi durumunda MPI bu işlemi sanal POS’a, yani üye işyerinin kart kuruluşuna yönlendirir ve böylece işlem otorize edilmiş olur.

İşleyiş usulünü yukarıda özetlemeye çalıştığımız 3D Secure sistemi, aslında mevzuatımıza yabancı bir kavram değildir. Gerçekten de BKKKY m. 4/I-k’de kavramın orijinal dildeki karşılığı kullanılarak sistem tanımlanmıştır. Buna göre, “3D Secure: İnternet ortamında banka kartı veya kredi kartı ile gerçekleştirilen işlemlerde ek güvenlik katmanı getiren, kartlı sistem kuruluşları tarafından onaylı protokolü ifade eder.” Yine aynı Yönetmeliğin “Teknik Altyapıya İlişkin Hususlar” başlıklı 27/A maddesinin VII. fıkrasında, kart kuruluşları (acquirer) ile üye işyerlerinin, internet üzerinden gerçekleşen işlemlerde hamilin kimlik denetimini sağlayan 3D Secure sistemine uygun veya asgari olarak bu sistemin korumasını sağlayan bir altyapıyı kurmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu kural şöyledir:

*“Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar ve üye işyerleri, harcama ve alacak belgesi düzenleme imkânı olmayan, kart hamili tarafından başlatılan ve internet kullanılarak gerçekleştirilen işlemler için diğer önlemlerle birlikte 3-D Secure veya asgari olarak 3-D Secure protokolünün güvenlik önlemlerini karşılayan kart hamili*

<sup>871</sup> Bkz. Linardatos, WM 2014, s. 304. Hamil bu aşamada gizli kodu, kart kuruluşunun öngördüğü doğrulama mekanizmasına göre farklı şekillerde girebilir. Gerçekten de kimi kart kuruluşları, 3D Secure sistemine başvuran hamillere online ödemelerde kullanmaları için önceden bir dizi şifre/şifreler verirken (TAN listesi), kimileri hamilin sistemde tanımlı bulunan mobil telefonuna her işlem için farklı olacak şekilde tek kullanımlık şifre gönderir (Mobil TAN). Ülkemiz uygulamasında, mobil telefona şifre gönderme yöntemi tercih edilmektedir.

*kimlik doğrulama teknolojisini içerecek şekilde kart kullanım alt yapısı tesis ederler. Veri işleme, kaydetme veya iletişimde asgari seviyede Ödeme Kartı Endüstrisi Veri Güvenliği Standardının (Payment Card Industry -PCI- Data Security Standard -DSS) hükümlerini dikkate alırlar. Üye işyeri anlaşması yapan kuruluşlar, bu fıkra hükümlerinin üye işyerleriyle yapacakları sözleşmelerde yer almasını ve uygulanmasını gözetmekle yükümlüdürler. Bu fıkra kapsamında gerçekleştirilecek işlemlerde söz konusu altyapının kullanımının zorunlu tutulması, üye işyeri anlaşması yapan kuruluşların ve üye işyerlerinin tercihlerine bağlı olup, zorunlu tutulmadığı durumlarda kullanım kart hamilinin tercihine bağlıdır. Kart hamili dışında kalan Kanun kapsamındaki taraflar, bu fıkra ile getirilen yöntem hakkında kart hamillerini bilgilendirirler.”*

Dikkat edilirse kural kapsamında üye işyeri yalnızca 3D Secure veya benzer şekilde kimlik denetimini sağlayan bir sistem alt yapısı kurmakla yükümlü tutulmuştur. Fakat kuralın bütününden, MO/TO işlemlerinde 3D Secure uygulamasının zorunlu olduğu şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Zira kart kuruluşu ile üye işyeri aralarında anlaşarak sistemi uygulama zorunluluğu getirebilecekleri gibi, bu konuda hamile seçenek sunulmasına da karar verebilirler. Denetim zorunlu tutulursa hamil kendisine iletilen gizli kodu girmek suretiyle ödemeyi gerçekleştirebilirken, denetim zorunlu tutulmadığında hamil dilerse yalnızca kart bilgilerini girerek dilerse 3D Secure ile ödeme seçeneğini tercih ederek işlemi tamamlayabilir<sup>872</sup>.

Bütün sanal üye işyerlerine kimlik denetim sistemi altyapısını kurma

<sup>872</sup> Bununla birlikte Yargıtay, kart kuruluşu ile hamil arasında vuku bulan uyuşmazlığa konu bir kararında (13. HD, T. 05.02.2012, E. 2012/17799, K. 2012/27777), kart kuruluşunun 3D Secure zorunluluğu getirmemiş olmasını bir yükümlülük ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “... Kredi kartı sahibi, banka ile sözleşme imzaladığı ve kartın kendi zilyetliğine geçtiği andan itibaren anılan yasa gereğince kendisine tevdi edilen kredi kartını, gerekse bu kartın kullanılması ile ilgili bilgileri koruma ve saklama ile yükümlü olup, dava konusu olayda da, kartın üçüncü kişilerce kullanımından davacı kart sahibinin sorumlu olduğu, bununla beraber, alınan bilirkişi raporundan da anlaşıldığı üzere davalı bankanın da, kredi kartının 3. kişilerce kullanılmasını engelleyecek önlemler almadığı ve 3D secure uygulamasını (tek kullanımlık şifre) zorunlu tutmadığı sabit olup, yeterli denetim tedbirlerini almayan davalı bankanın da objektif özen borcunu yerine getirmemiş olması nedenleriyle, olayda sorumluluğu bulunduğunun kabulü gerekir.

Öyle olunca mahkemece, açıklanan yasa ve sözleşme hükümleri gereğince, üçüncü kişi veya kişiler tarafından davacıya ait kredi kartının haksız kullanımından doğan zararın oluşmasında ve artmasında, tarafların kusur ve müterafik kusur durumunun ve sorumluluklarının yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde alanında uzman bilirkişi veya bilirkişi heyeti marifetiyle taraf ve yargı denetimine uygun şekilde belirlenip, hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim: 02.10.2018).



zorunluluğu getirildikten sonra, hamile otorizasyon sürecinde bu sistemi kullanma noktasında bir tercih hakkı tanınması bize göre isabetli olmamıştır. Kanımızca kötüye kullanım rizikosunu önemli ölçüde hafifleten ve bütün sanal üye işyerlerinde altyapısı bulunan 3D Secure sisteminin MO/TO işlemlerinde zorunlu tutulması daha rasyonel bir yaklaşım olurdu. Bu sistem sayesinde kartın kaybolduğu, çalındığı veya herhangi bir şekilde hamilin elinden çıktığı ya da kart bilgilerinin başkaları tarafından ele geçirildiği durumlarda, hamilin cep telefonuna gönderilen gizli kod olmaksızın üçüncü kişilerce işlem yapılması mümkün olamayacağı gibi, kötüye kullanım girişimini mobil telefonuna gelen şifreyle öğrenen hamil, derhal blokaj bildiriminde bulunarak en başından bu girişime engel olabilir. Oysaki Yönetmelikte olduğu gibi sipariş verene 3D Secure kullanma konusunda tercih hakkı tanındığında, kartı veya kart bilgilerini ele geçiren üçüncü kişiler, kolaylıkla denetim safhasını atlayarak kartı son limitine kadar kötüye kullanabilir.

#### **(bb) 3D Secure ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu**

3D Secure ile gerçekleşen işlemler ile POS terminallerinde PIN kullanılarak gerçekleşen işlemler arasında, ödeme güvenliği açısından büyük benzerlik bulunduğu söylenebilir. Zira her iki durumda da kimlik tespiti, yalnızca hamilin uhde ve bilgisinde olan (PIN) veya bilgisine sunulan gizli bir kod (TAN) ile gerçekleşir. 3D Secure aracılığıyla bir nevi hamil ile kartın aynı anda, aynı yerde olduğu tespit edilir. Bu nedenle, kötüye kullanım iddialarıyla karşılaşıldığında, sorumluluğun belirlenmesi noktasında hamilin kartı saklama ve gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğünü ağır ihmalle veya kasten ihlal ettiği yönünde bir ilk görünüş ispatından yola çıkılabilir<sup>873</sup>. Bu ilk görünüş sayesinde kart kuruluşu, kartın yetkili hamil tarafından kullanıldığını ispatlama yükümünden kurtulur, yani bu hususta

---

<sup>873</sup> Benzer yönde bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 131, N. 37. Uygulamada kart hamillerinin, kendilerini telefonla arayan dolandırıcılara tek kullanımlık şifreyi (TAN) verdikleri gözlenmektedir. Erman/Graf von Westphalen'e göre bu gibi hallerde hamilin ihmalinin bulunduğu şüphe yoktur; ancak bu ihmalin ağır ihmal teşkil edip etmediği, dolayısıyla hamilin zararın tamamından sorumlu tutulup tutulmayacağı ve ilk görünüş ispatına ilişkin esasların uygulanıp uygulanmayacağı hususu somut olaydaki şartlara göre değerlendirilir (§675w, N. 20-21). Ancak yazarın bu tespitine katılmak mümkün değildir. Kanımızca bu tarz sosyal mühendislik uygulamalarına aldanan hamilin telefonla kendisini arayan birine tek kullanımlık şifresini vermiş olması başlı başına ağır ihmal teşkil eder ve bu gibi hallerde hamili şüphesiz zararın tamamından sorumlu tutmak icap eder.

kendisine bir ispat kolaylığı sağlanmış olur. Ancak kart kuruluşunun ispat faaliyetinden kurtulması, hamilin bu sonucun aksini kanıtlayamayacağı anlamına gelmez. Gerçekten de kart hamili, ilk görünüşün gerçekleri yansıtmadığını ileri sürerek kötüye kullanımdan ötürü kendisine herhangi bir kusur isnat edilemeyeceğini ispatlayabilir. Hamilin ilk görünüşü çürütmesi, çoğu zaman teknik bilgi yardımıyla gerçekleşeceğinden, kusuru olmaksızın kart bilgileri ile tek kullanımlık şifrenin üçüncü kişiler tarafından ele geçirildiğini gerekçeli bir şekilde açıklaması yeterli görülür. Teknik incelemeyle hamilin telefonuna dışarıdan sızılıp sızılmadığının kesin bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi halde, kötüye kullanımdan doğan tüm zarara hamil katlanmak durumunda kalır<sup>874</sup>.

MO/TO sözleşmelerinde, otorizasyonun 3D Secure ile gerçekleşeceği hallerde hamile birtakım ek özen yükümlülükleri getirilebilir. En basitinden hamillerin mobil telefonlarını özenli bir şekilde saklama gerekliliği sözleşmelerde özel olarak vurgulanabilir<sup>875</sup>. Bunun dışında ödeme işlemini tek kullanımlık şifreyle gerçekleştiren hamillerden, mobil telefonlarına virüs yazılımı yüklemeleri beklenebilir. Böylelikle büyük ölçüde üçüncü kişilerin kısa mesaj ile gönderilen tek kullanımlık şifreleri ele geçirmesinin önü alınmış olur<sup>876</sup>.

<sup>874</sup> İlk görünüş ispatına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Aşa. XIV, A, 3, b.

<sup>875</sup> Aynı yönde bkz. Hoffmann, VuR 2016, s. 248.

<sup>876</sup> Nitekim Alman Deutsche Bank tarafından kaleme alınan “Kredi Kartıyla Gerçekleşen Online Ödemelerde 3D Secure İşlemleri Hakkında Özel Şartlar”da, kart hamillerine bu tarz yükümlülükler yüklendiği görülmektedir. Örneğin özen yükümlülüğünü düzenleyen kuralda, hamilin kısa mesaj aracılığıyla tek kullanımlık şifre gönderilen mobil telefonunu eş zamanlı olacak şekilde ödeme işlemi için kullanamayacağı belirtilmiş ve iletişim kanallarının fiziksel olarak ayrılması şart koşulmuştur (m. 5.1). Bunun anlamı, ödeme işleminin yapıldığı araç ile tek kullanımlık şifrenin gönderildiği aracın birbirinden farklı olmasıdır. Dolayısıyla hamilin online ödemeyi, tek kullanımlık şifre gönderilen telefonu kullanarak gerçekleştirmemesi, diğer bir deyişle ödemeyi başka bir telefon, bilgisayar veya tablet kullanarak yerine getirmesi gerekir. Bunun dışında yine aynı şartlarda hamilin, mobil telefona gönderilen kısa mesajın güvenliğini temin etmek için uygun tedbirleri (mesajlara erişimi engelleyen bir şifre koruması getirme gibi) almakla yükümlü tutulduğu görülmektedir. Daha da önemlisi bu şartlarda, mobil telefonun kaybolması, çalınması veya başkalarına verilmesi ve böylelikle üçüncü kişilerin tek kullanımlık şifreye erişimleri nedeniyle ortaya çıkan zararlardan bankanın sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir (m. 5.2). Nihayet son olarak aynı madde kapsamında hamil, kart çıkaran kuruluş tarafından kendisine gönderilen kısa mesaj verilerinin (altı haneli tek kullanımlık şifre, üye işyerinin adı ve işlem tutarı) işlem verileriyle uyushup uyushmadığını kontrol etmek ve uyushmazlık halinde işlemi yarıda bırakarak durumu kart kuruluşuna bildirmekle yükümlü tutulmuştur (m. 5.3). Bu şartlar için bkz. [https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/3d\\_secure\\_sonderbedingungen.pdf](https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/3d_secure_sonderbedingungen.pdf) (Son Erişim: 20.03.2018).

Ülkemiz uygulamasında ise “Akbank Güvenli Alışveriş Platformu Hizmet Sözleşmesi”nde hamilin mobil telefonunun güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu ve telefonun üçüncü kişilerce kullanılması durumunda, kötüye kullanımdan dolayı bankanın sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Bu kaydın içeriği şöyledir: “Güvenli Alışveriş Platformu’nu kullanmak üzere verilen tüm kayıt ve kart sahibini tanıma bilgilerinin güvenliğini sağlamaktan kart sahibi sorumludur. GSM telefonunuzun ve

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda genellikle 3D Secure ile gerçekleşen işlemlerden ötürü kart kuruluşuna kusur yükletilemeyeceğine, dolayısıyla hamilin sorumlu tutulacağına hükmetmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında **(19.HD, T. 07.12.2017, E. 2016/14995, K. 2017/7826)**, bu kapsamda gerekçesini temellendiren yerel mahkeme kararını aynen onaylamıştır. Bu karar şöyledir: “... Davacı vekili, müvekkilinin davalı bankadan aldığı kredi kartının kopyalandığını, müvekkilinin 3. kişiler tarafından dolandırıldığını, davalı bankanın kötüniyetli kişilerin eylem ve işlemlerine karşı kart hamillerini koruyacak mekanizmayı sağlamak, güvenlik önlemlerini geliştirmek ve güvenlik önlemlerin kullanımını müşterileri için zorunlu hale getirmek zorunda olduğunu, davalının bu görevlerini yerine getirmediğini ileri sürerek, müvekkilinin kartından bilgisi dışında yapılan harcamaların iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının kredi kartını kullanırken 3D Secure şifresinin sisteme kayıtlı cep telefonuna mesajla gönderildiğini, mesajla gönderilen şifrenin alışveriş yapılan sitedeki şifre bölümüne girilerek işlemin gerçekleştirildiğini, kart hamilinin kartı ve şifreyi korumakla sorumlu olduğunu, davacının bu sorumluluğunu yerine getirmediği için kusurlu olduğunu belirterek, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davalı banka tarafından 3D Secure sistemi ile yapılan alışveriş sonunda tek kullanımlık şifrenin davacının telefonuna SMS yoluyla gönderildiği, davacının bilgilerinin korunması, üçüncü kişilerin eline geçmemesi hususunda üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmediği için davacının kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

---

diğer güvenlik bilgilerinin isteğiniz dışında kullanılmaması için bilgilerinizin gizliliğini koruyacağınızı, şifrelerin, kişisel güvenlik mesajlarının gizli kalması için gerekli dikkat ve özeni göstereceğinizi, herhangi bir üçüncü kişiye açıklamayacağınızı, üçüncü kişilerin kullanımlarına izin vermeyeceğinizi, herhangi bir üçüncü şahıs tarafından kullanımının sonuçlarından tamamıyla tarafınızın sorumlu olduğunu, üçüncü şahıslarca kullanılması durumunda bankanın hiçbir sekil ve surette sorumlu olmayacağını, şifre kullanılarak yapılan işlemlerin yazılı talimatınız hükmünde olduğunu kabul, beyan ve taahhüt edersiniz. Tarafımızca gönderilecek şifre ve tüm güvenlik mesajlarının güvenliği sizin sorumluluğunuzdadır. Bu bilgilerin üçüncü kişilerce kullanılması durumunda bankanın size veya üçüncü kişilere karşı hiçbir sorumluluğu yoktur.”

Aynı sözleşmede sorumluluğa ilişkin getirilmiş olan bir diğer kural da şu şekildedir: “Güvenli Alışveriş Platformu hizmetlerinin verilmesi esnasında ve/veya herhangi bir zamanda oluşabilecek arıza vs. teknik sebepler ile bu hizmetlerin verilmesine ara veya son verilmesi yahut hizmetin kesintiye uğramasından, keza donanım, yazılım ve internet sunucusundan kaynaklanan aksaklıklar, virüsler ve sair sebepler sonucu ortaya çıkacak zarar ve/veya hasarlardan dolayı Banka'nın hiçbir sorumluluğu veya yükümlülüğü olmayacaktır.” Bu sözleşme için bkz. <https://3dsecure.akbank.com.tr/akbankacs/enroll.do?brand=mastercard> (Son Erişim. 20.03.2018).

*Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 07/12/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.*”<sup>877</sup>

Bununla birlikte kanımızca genel işlem şartlarında yer alan ve yazılım, virüs gibi teknik aksaklıklardan doğacak olan zararlardan dolayı bankanın hiçbir şekilde sorumlu tutulmayacağına ilişkin kayıtları geçersiz kabul etmek gerekir. Kart hamilinin -tıpkı kartı saklama yükümlülüğünde olduğu gibi- telefonunu özenli bir şekilde saklamaması (ve bunda ağır ihmali bulunması) durumunda, bize göre zararın tamamından sorumlu tutulması gerektiği ortadadır. Ancak bu ihtimal dışında, özellikle teknik aksaklıklardan veya virüs saldırılarından dolayı kart kuruluşunun sorumsuzluğunu öngören klostlar geçersiz sayılmalıdır. Burada kart hamilinden her ne kadar telefonuna virüs programı indirmesi bekleniyor olsa da salt böyle bir programı yüklememesi gerekçe gösterilerek tüm sorumluluğu kendisine yıkmak, kötüye kullanım rizikosunun dengesiz bir şekilde dağılımına yol açabilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu gibi durumlarda hamilin olsa olsa hafif ihmali bulunduğu kabul edilebilir. Ayrıca ödemenin 3D Secure ile gerçekleşmiş olması, işlemin hamil tarafından yapıldığı yönünde bir algıya yol açsa da (ilk görünüş ispatı), kendisi her zaman bu durumun aksini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bunun için hamilin, kart bilgilerinin ve tek kullanımlık şifrenin başkaları tarafından özel teknikler kullanılarak ele geçirildiğini veya işlemin kendisi tarafından yapılmış olamayacağını gerekçeli olarak öne sürmesi yeterli olur<sup>878</sup>. Hamilin bu iddiasında

<sup>877</sup> Bu karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Son Erişim: 02.10.2018).

<sup>878</sup> Gelişen teknikle birlikte dolandırıcıların da kendilerini sürekli yenilemeleri, online ödemelerde belli bir yöntemin %100 koruma sağladığı şeklinde bir iddia ortaya atmayı oldukça güçleştirmektedir. 3D Secure sistemi bakımından da bu anlamda %100 korumanın sağlandığı söylenemez. Nitekim dolandırıcılar, 2014 yılında geliştirdikleri “Bankosy” adlı kötü yazılımla, mobil bankacılıkta kullanılan tek kullanımlık şifrelere bile sızmayı başarmıştır. Bu konuyla ilgili olarak “Teknokulis”’in internet sayfasında yer alan ve 16.01.2016 tarihinde yayımlanan Emre Çetinkaya imzalı haber oldukça ilgi çekicidir. Bu haberin hatırı sayılır bir kısmını birebir alıntılıyoruz: “Ülkemizde birçok bankanın mobil bankacılıktaki en önemli silahı tek kullanımlık şifreler gibi görünüyor. Hesap sahibinin telefonuna gönderilen bu tek seferlik şifreler sayesinde banka hesabının yabancı kişilerin eline geçmesinin önüne geçilmesi hedefleniyor. Ancak artık zararlı yazılımlar bunları da düşünüyor. Güvenlik şirketi Symantec’in son araştırmasına göre ‘Android.Bankosy’ ismine sahip olan bir kötü amaçlı yazılım, önceden SMS üzerinden gönderilen tek kullanımlık şifreleri çalabiliyordu. Gelen rapora göre, güncellenen bu kötü amaçlı yazılım artık telefon yönlendirmeye telefon aramasıyla gönderilen tek kullanımlık şifreleri de ele geçirmeye başlamış. Öte yandan bu kötü amaçlı yazılımın, yaptıklarını ve bankadan gelen çağrıyı kullanıcıya fark ettirmemek için telefonu sessiz moda alıp onu kilitleyebildiği de gelen bilgiler arasında”. Bkz. <https://www.teknokulis>.

haklı olup olmadığı ise ancak teknik inceleme yapılarak anlaşılabilir. Şu halde, teknik bilirkişilerce somut olayda tek kullanımlık şifrenin kırılıp kırılmadığının araştırılması ve sorumluluğun bu tespiti göre belirlenmesi gerekir.

Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda (19. HD, T. 09.12.2015, E. 2015/6084, K. 2015/16582), üçüncü kişilerce oluşturulan veya ele geçirilen tek kullanımlık şifrelerle yapılan işlemlerden ötürü hamilin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Bu kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “... Mahkemece alınan ve hükme esas bilirkişi raporunda davalı bankanın internet siteleri üzerinden kredi kartı ile yapılan harcamalar için yeterli güvenlik önlemi olmadığı, davacının da özel bilgilerini korumakla yükümlülüğü belirtilerek meydana gelen zararda davacı ile davalının %50 oranında sorumlu olduğu kabul edilerek hüküm kurulmuştur.

*Kredi kartı ile sanal ortamda yapılan harcamanın internet üzerinden güvenli alışveriş “3D secure” çerçevesinde davacıya ait kredi kartı bilgilerinin 3. kişiler tarafından ele geçirilmek suretiyle gerçekleştiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bankalar birer güven ve itimat kurumları olduklarından kural olarak hafif kusurlarından da sorumludurlar.*

*Davacının kişisel bilgilerini koruyamadığı, bu konudaki özen yükümlülüğünü ihmal ettiği sabit olmadığı sürece davacı müşteri internet bankacılığı yoluyla 3. kişiler tarafından sahte şifre oluşturulmak suretiyle yapılan harcamalardan dolayı sorumlu tutulamaz. Mahkemece bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken davacının da kusurlu bulunduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir...”<sup>879</sup>*

---

[com/haberler/guvenlik/2016/01/16/bu-android-virusu-tek-kullanimlik-sifre-caliyor](http://com/haberler/guvenlik/2016/01/16/bu-android-virusu-tek-kullanimlik-sifre-caliyor) (Son Erişim: 20.09.2018).

<sup>879</sup> Karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Son Erişim: 02.10.2018). Ayrıca yapılacak olan araştırmada, hamilin mobil telefonunda kullandığı şebekenin kısa mesaj kayıtları incelenerek, ihtilaf konusu işlemin gerçekleştiği anda kendisine gerçekten tek kullanımlık şifre gönderilip gönderilmediği anlaşılabilir. Teknik nedenlerden ötürü bu şifre kendisine gönderilmemiş ya da manipülasyon sebebiyle bir başkasına gönderim gerçekleşmişse hamil yine sorumluluktan kurtulur. Yargıtay da bir kararında (19. HD, T. 23.05.2017, E. 2016/7574, K. 2017/4073) bu konuya dikkat çekmiştir. Bu karar şöyledir: “...Mahkemece, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre, kredi kartı hamili olan davacının yasa gereği kartına ait bilgileri koruma ve saklama yükümlülüğü olsa dahi bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin günümüz teknolojisinin geldiği aşamaya bağlı olarak yaygınlaşan internet üzerinden yapılan dolandırıcılık dikkate alındığında oldukça zor olduğu, ayrıca davacının kart bilgilerini saklama yükümlülüğünü kasten ihmal ettiğinin de ispatlanamadığı gibi davalı bankaya derhal bildirimde de bulunduğu, kaldı ki davalı bankanın ... Cumhuriyet Başsavcılığı dosyasında mevcut iletişimin tespiti kayıtlarından davacıya şifre göndermediği, göndermiş olduğu düşünülmüş olsa dahi davacının cep telefonuna gelmediği, böylece bankanın yapılan alışverişte 3D

## **(b) BKM Express Uygulaması Özelinde Dijital Cüzdanların Tanıtılması ve BKM Express ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu**

### **(aa) BKM Express Uygulamasının Tanıtılması**

BKM Express uygulaması sayesinde kart hamili, anlaşmalı işyerlerine yapacağı ödemeleri, kart bilgilerini üye işyeriyle paylaşmadan güvenli bir şekilde yerine getirebilir. Bir tür dijital cüzdan olan BKM Express sayesinde hamil, sahip olduğu kartları, kartlara ait bilgilerin tamamını kullanmadan bu uygulamaya tanımlayabilir ve sisteme üye olan sanal işyerlerinden yapacağı alışverişlerde kullanabilir.

“BKM Express Kullanım Koşulları”nda, sistemin işleyişi ve sorumluluğun

---

*Secure uygulamasını kullanmadığı, yeterli güvenlik önlemlerini almadığı, objektif özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı, bu nedenle davalı bankanın tamamen kusurlu olduğu gerekçesiyle 20.734,62 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*

*Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 23/05/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Bu karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Son Erişim: 02.10.2018).*

Buna karşılık herhangi bir şekilde tek kullanımlık şifrenin deşifre edildiği teknik olarak araştırılmadan, kart kuruluşunun sorumluluğuna hükmetmek de mümkün olmamalıdır. Bu açıdan 11. HD'nin salt IP numarasının hamile ait olmamasını gerekçe göstererek 3D Secure ile gerçekleşmiş olan bir işlemde kart kuruluşunu sorumlu tutması kanımızca isabetli olmamıştır. Zira hamilin veya üçüncü kişinin işlemi her zaman bir internet kafede veya anonim niteliği haiz başka bir mekânda gerçekleştirmesi mümkündür. Burada önemli olan nokta, işleme konu olan tek kullanımlık şifrenin, üçüncü kişilerce teknik yöntemler kullanılarak ele geçirilip geçirilmediğidir. Eleştiriye konu olan karar şöyledir (11. HD, T. 25.01.2016, E. 2016/72, K. 2016/697): “... Davacı, davalı bankaya ait kredi kartı kullanıcısı olduğunu, söz konusu kredi kartıyla bilgisi ve rızası dışında ... şirketinden 2.040,00 TL tutarında internet üzerinden alışveriş yapıldığını, müvekkilin davalı bankaya bu tarz işlem yapılması için yetki vermediğini, alışverişin davalı bankanın kusurlu eylemleri ve gerekli güvenlik önlemlerini almaması nedeniyle gerçekleştiğini ileri sürerek davalı bankaya 2.040,00 TL borçlu bulunulmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

*Davalı vekili, müvekkilinin kredi kartıyla internet üzerinden yapılacak harcamalara ilişkin akıllı SMS sistemini kullandığını, bu sistemde diğer güvenlik önlemlerinin yanında müşterinin cep telefonuna tek kullanımlık bir şifrenin gönderildiğini, dava konusu işlemin bu şekilde gerçekleştiğini, davalının kredi kartı şifrelerini ve SMS şifresini korumakla yükümlü olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.*

*Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; somut olayda usulsüz işlemlerde kullanıldığı anlaşılan IP numarasının bu tür kullanımında davacıya yüklenebilecek bir kusurun bulunmadığı davalı bankanın sistem güvenliği için her türlü önlemi almasının gerektiği, yapılan harcama nedeniyle davacının sorumlu olmayacağı gerekçesiyle davacının davalı bankaya 2.040,00 TL tutarında borçlu olmadığına tespitine karar verilmiştir.*

*Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.*

*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Bu karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Son Erişim: 02.10.2018).*

düzenlenmesine dair önemli kurallar getirilmiştir. Öncelikle hamilin bu uygulamadan faydalanabilmesi için elektronik posta adresi ve kendi belirleyeceği bir şifre ile internet üzerinden sisteme kayıt olması, daha sonra kart bilgisini<sup>880</sup>, TC kimlik numarasını / müşteri numarasını ve CVV2 / CVC2 bilgisini sisteme girmesi gerekir (Kullanım Koşulları m. 4 ve m. 7.2).

Bundan sonra kart hamili, BKM ile anlaşmalı olan üye işyerinin internet sayfasında ödeme yöntemi olarak BKM Express'i seçerek açılan sayfaya e-posta adresi ile daha önce belirlemiş olduğu şifreyi girer. BKM Express uygulamasına bu şekilde giriş yapan hamil, sisteme önceden tanımlamış olduğu kartı / kartlardan birini seçer ve ardından ödeme talimatını verir. Talimatla birlikte uygulama veri tabanında kayıtlı olan kart bilgisi ve gerekli olması durumunda CVV2/CVC2 bilgisi uygulama üzerinden hamilin kart kuruluşuna (issuer) gönderilir. Doğrulama işlemleri tamamlandıktan sonra, bu bilgiler üye işyeriyle paylaşılmadan sistem tarafından doğrudan işyerinin kart kuruluşuna aktarılır (Kullanım Koşulları m. 6. 2.1) ve böylelikle otorizasyon tamamlanmış olur.

Dikkat edilirse klasik kartlı ödemelerde, hamilin üye işyerinin internet sayfasında açılan sanal POS'a kart bilgilerini yazması gerekiyken, BKM Express uygulamasında bu işlem hamil yerine uygulama tarafından otomatik olarak yapılır ve bilgiler üye işyerine değil, doğrudan üye işyerinin kart kuruluşuna iletilir. Keza ödeme otorize edilmeden önce tıpkı 3D Secure sisteminde olduğu gibi hamilin cep telefonuna BKM tarafından tek kullanımlık bir şifre (TAN) gönderilir. Bu sayede hem uygulamaya girerken hem de işlem otorize edilmeden önce iki kez kimlik tespiti (çift faktörlü kimlik doğrulaması) yapılmış olur. Bu açıdan BKM Express uygulamasının, 3D Secure sistemine nazaran daha etkin bir güvenlik sağladığı söylenebilir. Ancak BKM Express uygulamasına katılan anlaşmalı üye işyeri sayısı, toplam sanal üye işyeri portföyü dikkate alındığında daha sınırlıdır. Bu nedenle, bugün için uygulama bazında en geniş ve etkin korumanın yine 3D Secure sistemi ile sağlandığı söylenebilir<sup>881</sup>.

<sup>880</sup> Burada kart bilgisinden kasıt, kartın ilk altı ve son dört hanesinde yer alan rakamlardır (Kullanım Koşulları m. 2). Bu açıdan hamilden kartını sisteme tanımlarken, kart numarasının tamamını girmesi beklenmez. Ayrıca tanımlanan kart bilgisi, debit karta ait olabileceği gibi kredi kartına da ait olabilir.

<sup>881</sup> BKM ile anlaşmalı sanal üye işyerleri için bkz. <https://bkmexpress.com.tr/nerede-kullanilir/>. (Son Erişim: 30.06.2017)

### **(bb) BKM Express ile Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu**

Sistemin işleyişi yukarıda belirtilen şekilde gerçekleşmekle birlikte, konumuz bakımından önem teşkil eden husus, BKM Express uygulaması kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı kimin sorumlu olacağı meselesidir. Bu uygulama özelinde de hamilin birtakım yükümlülüklerinin bulunduğu şüphe yoktur. Bir kere kart hamili, tıpkı hazırlar arası işlemlerde gizli kodu güvenli bir şekilde korumakla yükümlü olduğu gibi, BKM Expressle ödemeyi yapabilmek için gerekli olan argümanları, özellikle uygulamaya girmek için önceden belirlemiş olduğu şifreyi güvenli bir şekilde korumak ve bunları başkalarıyla paylaşmamakla yükümlüdür. Yine BKM Express ile ödemenin gerçekleşebilmesi hamilin cep telefonuna gönderilen tek kullanımlık şifrenin (TAN) sisteme girilmesi gerektiğinden, hamil aynı zamanda cep telefonunu muhafaza etme ve tek kullanımlık şifreyi güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü altındadır.

Hazırlar arasında PIN girilerek gerçekleşen ödemelerde ve 3D Secure sistemi kullanılarak gerçekleşen MO/TO işlemlerinde sorumluluğa ilişkin belirtmiş olduğumuz açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Dolayısıyla BKM Express uygulaması üzerinden gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı kart kuruluşunun ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan yararlanabileceği ve hamilin kural olarak kusurlu hareket ettiği (ağır ihmalinin veya kastının bulunduğu) sonucuna ulaşılabilir. Ancak şüphesiz hamil, kötüye kullanıma neden olan olayın (e-posta bilgisinin, şifrenin ve TAN'ın başkaları tarafından öğrenilmesinin) kendi kusurundan kaynaklanmadığını ileri sürebilir. Bu durumun ispatı (ödeme işlemin gerçekleştiği IP'nin tespit edilmesi, BKM'nin veya hamilin bilgisayarına korsan saldırı olup olmadığı vs. ) teknik bilgi gerektirdiğinden, hamilin sadece bu itirazda bulunması ve teknik inceleme talep etmesi yeterli görülmelidir.

Bununla birlikte BKM Express Kullanım Koşulları m. 5.3'te, kullanıcının (hamilin) e-posta adresi ile şifresini korumakla yükümlü olduğu vurgulandıktan sonra, bu uygulama üzerinden gerçekleşen ödemelerde hamilin hiçbir şekilde itiraz / defi hakkını ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Bu kural şöyledir:

*“BKM Express uygulamasının kullanıcı tarafından kullanılması için, kullanıcı, e-posta adresi ve şifre bilgisini oluşturur. Bu bilgilerin güvenliği ve*



*gizliliği kullanıcının sorumluluğunda olup kullanıcı e-posta adresi ve şifre bilgilerini üçüncü kişilerle paylaşmayacağını kabul ve taahhüt eder. Kullanıcı, kendisine ait e-posta adresi ve şifre ile gerçekleştirilen işlemlerin kendisi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunu, bu işlemlerden kaynaklanan sorumluluğunun kendisine ait olduğunu; bu şekilde gerçekleştirilen iş ve işlemleri kendisinin gerçekleştirmediği yolunda herhangi bir def'i ve/veya itiraz ileri süremeyeceğini ve/veya bu def'i veya itiraza dayanarak yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmayacağını kabul, beyan ve taahhüt eder.”*

Ancak bu kurala iki açıdan karşı çıkılabilir. Birincisi e-posta bir iletişim yöntemi olduğundan, hamilin e-posta adresini üçüncü kişilerle paylaşmaması düşünülemez. Gerçi kuralda “ve” bağlacı kullanıldığından meramı, hamilin BKM Express adresine tanımladığı e-posta adresi ile şifreyi birlikte üçüncü kişilerle paylaşmaması şeklinde anlamak daha doğru olur. İkincisi, kural kapsamında hamilin def'i ve itiraz hakkının elinden alınması, onu ilk görünüş ispatı karşısında savunmasız bırakarak de facto sorumlu tutulmasına neden olur. Bu nedenle ilk görünüş ispatının mahiyetiyle bağdaşmayan ve hamile (kullanıcıya) itiraz / def'i hakkı tanımayarak ölçsüz bir şekilde kötüye kullanım rizikosunu yükleyen bu kaydı geçersiz kabul etmek gerekir.

Bunun dışında yine Uygulama Koşulları m. 5.4'te, BKM Express üzerinden ödeme işlemini gerçekleştirecek olan hamilin, virüs ve benzeri içerikli tehlikeli yazılımlardan bilgisayarını korumakla yükümlü tutulduğu görülmektedir. Bu kural şu şekilde formüle edilmiştir: “ ... BKM Express kullanarak yaptığı işlemlerde virüs, casus yazılım, kötü niyetli yazılım, Truva atı, vs. gibi İşyeri Sitesine, BKM Express uygulamasına veya İşyerinin veya BKM'nin kullandığı her türlü cihaz, donanım ve yazılımlara veya bunların herhangi bir parçasına zarar verecek nitelikte materyallerin gönderilmemesi ve kullanılmaması için gerekli her türlü tedbiri alacağını, satın alma, ödeme ve para gönderme işlemleri sırasında BKM Express'in kullanımı da dâhil olmak üzere tüm işlem ve eylemleri üzerindeki tüm hukuki ve cezai sorumluluğun kendisine ait olduğunu kabul, beyan ve taahhüt eder.”

Belirtelim ki, prensip olarak hamilden virüs programı kullanmasını ve zararlı yazılımları sisteme girmesine engel olmasını beklemek olağan görülse bile, yalnızca virüs programının yüklü veya güncel olmaması gerekçe gösterilerek sorumluluğu

tamamen hamile yıkmak adil bir çözüm olmaz. Bu bakımdan teknik gelişmelerin tek başına sistemin faydasına çalışmadığı, virüs içeren yazılımların da teknikle birlikte kendisini sürekli geliştirdiği, hatta zararlı yazılımların bu konuda virüs programlarından her zaman bir adım daha önde olduğu hususu dikkatlerden kaçmamalıdır. Dolayısıyla teknik olarak bu tür programların her zaman mutlak bir koruma sağladığı söylenemeyeceğinden, sorumluluk rizikosunun belirlenmesinde virüs koruyucu yazılımları başat aktör olarak dikkate almamak gerekir. Sonuç olarak daha önce MO/TO işlemleri ve 3D Secure sistemi özelinde ifade ettiğimiz gibi, bu tür yazılımlarla ilgili aykırılıklar bakımından hamile ancak hafif ihmal (sınırlı sorumluluk) isnat edilebileceği kanısındayız.

### **(c) Sanal Kart Uygulamaları ve Sanal Kartla Gerçekleşen İşlemlerde Hamilin Sorumluluğu**

Güvenli ödemeler bahsinde, 3D Secure ve dijital cüzdan uygulamaları dışında bir diğer yöntem de hamilin internet bankacılığı üzerinden sanal kart tanımlaması ve tanımlamış olduğu bilgileri kullanarak MO/TO işlemlerini gerçekleştirmesidir.

Kart hamilinin sanal kart imkânından yararlanabilmesi için öncelikle bağlı olduğu kart kuruluşuyla internet bankacılığı sözleşmesi imzalaması gerekir. Ülkemiz uygulamasında bütün bankalar internet bankacılığı hizmeti sunmakta olup bunların hemen hemen tamamında sanal kart uygulaması bulunur. Müşteri numarası / TC kimlik numarası ve kendisi tarafından belirlenmiş olan şifreyi kullanarak internet bankacılığına erişimi sağlayan hamil, bu uygulama üzerinden kolaylıkla ve herhangi bir ek ücret ödmeden sanal kart çıkarılmasını talep edebilir. Taleple birlikte internet bankacılığında tanımlı olan gerçek kart bilgileri üzerinden sistem tarafından sanal bir kart oluşturulur. Sanal kart, asıl fiziki kartın limitiyle bağlı olduğundan, hamil bu limit dâhilinde online bankacılık sistemi üzerinden dilediği kadar sanal kart çıkarabilir.

Bu şekilde üretilen sanal kartların en önemli özelliği, fiziki kart bilgilerinden farklı bilgiler içermesi, yani fiziki kartta yer alan kart numarası ile CVV2/CVC2 numarası dışında başka numaralardan oluşmasıdır. Ayrıca bu tür kartlar sistem tarafından sıfır limitle çıkarıldığından hamil tarafından önceden bir limit belirlenmesi

gerekir. Yapılan her işlem sonrasında, işlem tutarı kadar limit düşüşü gerçekleşir. Bu açıdan hamil, güvenliği tam anlamıyla sağlamak adına yapacağı her işlem öncesinde sipariş tutarı kadar miktarı sanal karta limit olarak tanımlayabilir ve bu limitin geçerliliğini belirli bir süreyle sınırlandırabilir. Böylelikle, sanal kart kullanan hamil hem gerçek kart bilgilerini üye işyeriyle paylaşmamış olur hem de sanal kart limitini işlem tutarıyla ve belirli bir süreyle sınırlandırarak kötüye kullanım rizikosuna karşı çifte koruma sağlamış olur<sup>882</sup>.

Buna karşılık sanal kart bilgilerinin üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılması da pekâlâ mümkündür. Bu bakımdan sanal kart hamili, müşteri numarası / TC kimlik numarası ile internet bankacılığı şifresini güvenli bir şekilde korumakla yükümlüdür. Kötüye kullanım yalnızca bu bilgilerin kullanılmasıyla gerçekleşebileceğinden, tıpkı 3D Secure veya BKM Express uygulamalarında olduğu gibi hamilin kötüye kullanımdan dolayı ağır ihmalinin veya kastının bulunduğu dair bir ilk görünüş ispatından bahsedilebilir. Ancak hamil, kötüye kullanıma hiçbir şekilde kendi kusurunun neden olmadığı ve haberi olmadan bilgisayarına sızıldığı (phishing, spear-phishing, pharming, man in the middle vs.) şeklinde ilk görünüşü çürütmeye dönük bir iddia ortaya atabilir. Yapılan teknik inceleme sonucunda korsan saldırının gerçekleştiği ve bu hususta hamile kusur isnat edilemeyeceği anlaşılırsa rizikoyu sistem kurucusu olan kart kuruluşunun taşıması gerekir. Ancak burada klasik phishing yöntemiyle, diğer saldırı yöntemleri arasında bir ayrıma gitmek isabetli olur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, klasik phishing saldırılarında dolandırıcılar ulaşabildikleri tüm e-posta adreslerine hiçbir eleme işlemi yapmadan toplu olarak mesaj attığından, söz gelimi bir başka kart kuruluşunda hesabı bulunan kullanıcının / kart hamilinin bu tuzağa düşmemesi beklenir. Buna karşılık aynı beklenti, spear-phishing, pharming ve aradaki adam türü saldırılar bakımından söz konusu olmaz ve bu tür saldırılarda daha akılcı manipülasyonlar kullanıldığından, hamile kusur isnat etmek daha güç hale gelir<sup>883</sup>.

<sup>882</sup> Aynı yönde bkz. Tüzemen Atik, TBBD 2014, Sayı: 114, s. 113.

<sup>883</sup> Buna karşılık LG Köln 2008 yılında almış olduğu bir kararda, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, phishing saldırılarında oltaya takılan kurbanı ortak kusur isnat edilemeyeceğine hükmetmiştir (Tüm bu hususlarda bkz. Pavalenco, ss. 163-164).

### **3. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki İlişkide Kötüye Kullanım Rizikosunun Paylaştırılması**

#### **a. Rizikoyu Prensipde Kimin Üstleneceği Konusunun Tartışmalı Olması**

Çalışmamızda daha önce, kart kuruluşu ile üye işyeri arasında soyut borç vaadine dayanan bir iş görme (vekâlet) ilişkisinin bulunduğundan bahsetmiştik<sup>884</sup>. Üye işyerine böyle bir güvence tanınması, kartlı ödeme sistemlerine özgü birtakım özelliklerden kaynaklanır. Her şeyden önce hatırlandığı gibi, hamilin ödemeyi kartla yerine getirmesi, ifa uğruna edim niteliğindedir<sup>885</sup>. Bunun anlamı, otorizasyonla birlikte hamilin aslında üye işyerine olan borcunu yerine getirmiş olmamasıdır. Zira ifa uğruna edimin tipik sonucu olarak hamilin borcu, kart kuruluşunun üye işyerine ödemede bulunmasıyla, yani üye işyerinin kartlı ödemeyi paraya tahvil etmesiyle sona erer<sup>886</sup>. Diğer taraftan üye işyeri, kart kuruluşuyla arasındaki sözleşmeden dolayı kartlı ödeme talebini kabul etmek ve kendi üzerine düşen edimi derhal yerine getirmek durumundadır. Dolayısıyla, hazırlar arası işlemlerde öncelikli ifa yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe ilişkin riziko, üye işyerinin omuzlarına yüklenmiştir. Bu sakıncalı durum karşısında hem üye işyerine yüklenen öncelikli ifa rizikosunu devre dışı bırakmak hem de kartlı sistemlerin cazibesini korumak adına, kartlı ödemeleri de nakdi ödemeler gibi değerlendirme gerekliliği doğmuştur. Bunun sonucunda taraflar arasındaki ilişki soyut borç vaadi temeline oturtulmuş ve kural olarak riziko kart kuruluşuna yüklenmiştir.

Tekrardan çerçevesini çizdiğimiz ve hazırlar arası işlemlerde geçerli olan bu temel prensiplerin, MO/TO işlemlerine uygulanıp uygulanamayacağı meselesi, öğretide ezelden beri tartışmalıdır<sup>887</sup>. Bu konuda bir taraf ısrarla rizikonun münhasıran üye işyerine ait olduğunu savunurken; diğer taraf prensip olarak rizikoyu kart kuruluşuna yıkmakla birlikte, üye işyerine kusur isnat edilebilen hallerde, onun da rizikoya dâhil olabileceğini savunur.

<sup>884</sup> Bkz. Yuk. III, C, 3, a, (1).

<sup>885</sup> Bkz. Pavallenco, s. 126; Einsele, WM 1999, s. 1802; Çeker, s. 16.

<sup>886</sup> İfa uğruna edimde, ifa yerine edimden farklı olarak asıl edimin yerine geçen şeyin verilmesi ile ifa yerine getirilmiş ve borç düşmüş olmaz. Borcun düşmesi için alacaklının verilen şeyi paraya çevirip alacağını elde etmesi gerekir (Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 123, dn. 90).

<sup>887</sup> Bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 100; Brechtel, s. 204.

## b. Alman Hukukundaki Tartışmalar

### (1) Federal Mahkemenin 16.04.2002 Tarihli Manifesto Niteliğindeki Kararı

Alman hukukundaki tartışmalar, günümüzde hâlâ Federal Mahkemenin bu konuda almış olduğu 16.04.2002 tarihli kararı üzerinden dönmektedir<sup>888</sup>.

Karara konu olayı kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: Somut uyuşmazlıkta dört adet MO/TO işleminin karşılığı olarak kart kuruluşu tarafından sanal üye işyeri hesabına toplam 20.423,83 Alman Markı alacak kaydı düşülmüştür. Hamilin bu işlemlere itiraz etmesinin ardından kart kuruluşu, üye işyeri sözleşmesinde taraflar arasındaki ilişkiyi alacak satımı olarak belirleyen kurala ve yine aynı sözleşmede kararlaştırılmış bulunan ters ibraz klozuna dayanarak işyerine ödemiş olduğu meblağın iadesini talep etmiştir. Federal Mahkeme, ilk olarak taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmede belirtildiği gibi alacak satımı niteliğinde olup olmadığını irdelemiş, ardından sözleşmedeki ters ibraz klozunu içerik denetimine tabi tutmuştur.

Yapmış olduğu inceleme sonucunda yüksek mahkeme, hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde olduğu gibi, MO/TO işlemlerinde de ödemenin kart kuruluşunca onaylanmasıyla birlikte, üye işyerine nakit ödeme karşılığında mal ve hizmet sunmuş gibi hukuki güvence tanımak gerektiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre taraflar arasındaki hukuki ilişki, alacak satımı yerine soyut borç ikrarı temeline oturtulursa böyle bir güvencenin varlığından bahsedilebilir<sup>889</sup>. Bu durumda soyut

<sup>888</sup> Bu kararın tam metni için bkz. WM 2002, ss. 1120-1124. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi ve kararın eleştirisi için ayrıca bkz. Neumann ve Bock, ss. 145-149, N. 275-283. Alman hukukunda bu tartışmayı ilk olarak OLG Frankfurt 7. Daire, 15.03.2000 tarihli kararında, MO/TO işlemlerindeki kötüye kullanım rizikosunu üye işyerinin taşıyacağını söyleyerek başlatmıştır (Bu karar ve kararın değerlendirmesi için bkz. Stephan Meder, “Die Haftung im beleglosen Zahlungsverkehr”, **Neue juristische Wochenschrift** 2000, ss. 2077-2078). Daha sonra aynı mahkemenin 2. Dairesi 21.07.2000 tarihinde, kötüye kullanım rizikosunun üye işyerine yıkılmasını geçersiz addederken; 19. Daire, 25.07.2001 tarihli kararında, 7. Dairenin almış olduğu karara katılmıştır. Birbirleriyle çelişen bu içtihat silsilesinden sonra nihayet Federal Mahkemenin banka hukuku uyuşmazlıklarıyla ilgilenen 11. Dairesi, 25.09.2001 tarihli kararında, OLG Frankfurt 2. Dairenin kararını uygun bulmuştur. Daha sonra bu görüşünü tekrar eden yüksek mahkeme, oldukça tartışmalı bulunan -basında da çok yankı uyandıran- 16.04.2002 tarihli karara imza atmış ve kötüye kullanım rizikosunun -kusura bağlı olmaksızın- tamamen üye işyerine yıkılamayacağına hükmetmiştir (Tüm bu hususlarda bkz. Meder, ZIP 2002, s. 2112; Körber, WM 2004, s. 565).

<sup>889</sup> Bkz. ve karşı. Neumann ve Bock, s. 146, N. 278 ve 279; Weber, s. 309.

borç taahhüdünde bulunan davacı kart kuruluşu, uyuşmazlık konusu bedeli kural olarak davalı üye işyerine ödemekle mükelleftir<sup>890</sup>. Bundan başka, MO/TO işlemlerinde gerçekleşen kartlı ödemelerin hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi nakit benzeri ödeme olarak kabul edilmesi gerekliliği yine kararda vurgulanmıştır.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini tespit eden mahkeme, daha sonra sözleşmede kararlaştırılmış bulunan ve kötüye kullanım rizikosunu kusura bağlı olmaksızın “tamamen” üye işyerine yıkan “ters ibraz klozu”nu içerik denetimine tabi tutmuş ve bu klozun geçersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>891</sup>. Federal Mahkemeye göre bu tür klozlar, kartlı ödemelerin nakit benzeri ödeme fonksiyonuyla bağdaşmamakta ve sözleşmeyle amaçlanan hedefin gerçekleşmesini tehdit etmektedir.

Bu belirtilenler dışında, kararda kötüye kullanım rizikosuyla ilgili başkaca önemli vurguların yapıldığı da görülmektedir<sup>892</sup>. Bunlardan biri, MO/TO işlemlerinde üye işyerinin her ne kadar sipariş verenle doğrudan iletişime geçmiş olsa da mekânsal farklılıktan ötürü akit partnerinin güvenilir olup olmadığını denetleme imkânının bulunmamasıdır. Bu açıdan, üye işyerine nazaran kart kuruluşunun kötüye kullanım rizikosunu daha iyi savuşturacağı söylenebilir<sup>893</sup>. Yine

<sup>890</sup> Federal Mahkemenin bu kararından önce, taraflar arasındaki hukuki ilişki alacak satımı olarak değerlendirildiğinden, MO/TO işlemlerinde kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması rizikosunu kart kuruluşu taşımazdı. Çünkü bu gibi hallerde üye işyeri, yetkili kart hamili karşısında geçerli bir alacak hakkı elde etmiş sayılmazdı ve kart kuruluşu, işyerine ödemiş olduğu işlem miktarının kendisine geri ödenmesini talep edebilirdi (Bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 32; Grabe, s. 159). Günümüzde Amerikan hukukunda taraflar arasındaki riziko dağılımı, Alman Federal Mahkemesinin 16.04.2002 tarihli kararından önceki hukuki duruma göre gerçekleşmekte, yani kart kuruluşu ile üye işyeri arasında alacak satımı sözleşmesi olduğu kabulünden yola çıkılmaktadır (Bkz. Grabe, s. 175).

<sup>891</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 151, N. 78. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 100; Neumann ve Bock, s. 146, N. 276; Weber, ss. 309-310.

<sup>892</sup> Bu vurgular için özellikle bkz. WM 2002, s. 1123.

<sup>893</sup> Yeri gelmişken belirtelim ki, Federal Mahkeme emsal teşkil eden bu kararda, kart kuruluşunun kötüye kullanım rizikosunu nasıl daha iyi savuşturabileceği hususunu ayrıntılı olarak ele almamış; ancak daha sonra vermiş olduğu kararlarda bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Nitekim 13.01.2004 ve 16.03.2004 tarihli kararlarda, kart kuruluşunun onay aşamasında “siparişi veren” ile “kart hamilinin” aynı kişi olup olmadığını denetlemesi gerektiği vurgulanmıştır (Bkz. WM 2004, s. 428; WuB 2004, s. 656). Kart kuruluşu bu denetimi, üye işyeri tarafından kendisine gönderilmiş olan sipariş verene ait kimlik bilgisi ile kendi kayıtlarında bulunan hamile ait kimlik bilgisini karşılaştırarak gerçekleştirebilir. Anılan bu iki kararda, kart kuruluşunun kimlik denetimi yapması konusunda açık kapı bırakan Federal Mahkeme, aynı yıl içinde almış olduğu bir başka kararda (Bkz. ZBB 2004, ss. 400-402) bu ihtimali devre dışı bırakmıştır. Bu son karar uyarınca, taraflar arasındaki sözleşmeden, onay işlemi için geçerlilik (kartın son kullanım süresi) ve kredibilite (limit) denetimi dışında ayrıca kimlik denetiminin de gerekli olduğu şeklinde bir sonuç çıkarılamaz. Bu nedenle üye işyeri, en erken onay işlemi tamamlandıktan sonra hazırlayacağı harcama belgesiyle hamilin ismini

öncelikli ifa rizikosu bakımından da hazırlar arası işlemlerle MO/TO işlemleri arasında herhangi bir fark bulunmaz. Gerçi hazırlar arası işlemlerden farklı olarak MO/TO işlemlerinde üye işyeri, kredi kartının kullanıldığı anda henüz edimini yerine getirmiş olmaz; ancak burada kartın kullanıldığı andan ziyade, kötüye kullanımın ortaya çıktığı ana dikkat kesilmek daha doğru olur. Bu kıstastan yola çıkılırsa, kötüye kullanımın anlaşıldığı anda üye işyeri çoğu zaman ifa yükümlülüğünü yerine getirmiş, buna karşılık kart kuruluşunca kendisine henüz herhangi bir ödeme yapılmamış olacağından, öncelikli ifa rizikosu yine kendi üzerinde kalacaktır. Kaldı ki kart kuruluşu, kötüye kullanıma oldukça müsait olan bu tür işlemleri, zararın gerçekleşme rizikosunu dikkate alarak sigortalayabilir ve servis ücretini nispeten daha yüksek belirleyerek bu masrafı üye işyerlerine yansıtabilir. Ancak bu yansıtmanın kötüye kullanım rizikosunu büyük ölçüde üye işyerine yıkacak düzeyde olmaması gerekir.

Özetle, Federal Mahkeme tıpkı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi MO/TO işlemlerinde de kötüye kullanım rizikosunu kural olarak sistemin kurucusu olan kart kuruluşuna yüklemiş ve üye işyerinin kusuru bulunması durumunda rizikonun taraflar arasında paylaştırılacağını belirtmiştir. Ancak yüksek mahkeme, bu paylaşımın nasıl olacağı konusunda sessiz kalmayı tercih etmiştir<sup>894</sup>.

---

bildirmek zorundadır; yoksa onay aşamasında bunu bildirmek zorunda değildir. Ayrıca kart kuruluşu kendisine iletilen kart bilgileriyle sınırlı olarak işleme onay verdiği için, bu aşamada kendisine kimlik denetimi imkânı tanınmış olsa bile, sipariş veren ile hamilin aynı kişi olup olmadığını denetlemek zorunda değildir. (Tüm bu hususlarda bkz. Hofmann, ZBB 2004, s. 408). Belirtelim ki, Federal Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu çelişkili kararlar, birazdan aktaracağımız öğretici görüşlerine de doğrudan yansımış ve kart kuruluşunun MO/TO işlemlerinde kimlik denetimi yapmakla yükümlü olup olmadığı hususunda görüş birliği sağlanamamıştır.

<sup>894</sup> Bkz. Körber, WM 2004, s. 566. Federal Mahkeme, 25.09.2001 tarihli kararında da üç temel gerekçeden hareketle kart kuruluşunun sorumluluğuna hükmetmiştir. İlk olarak üye işyerinin sözleşme kapsamında kusuru olsun olmasın kötüye kullanımdan doğan tüm zararlardan dolayı sorumlu tutulması, hukuka aykırı olarak rizikonun tek tarafı kendisine yükletilmesi anlamına gelir. İkincisi, kart kuruluşları, MO/TO işlemlerinde daha yüksek servis ücreti elde etmek suretiyle rizikoyu tolere edebilir. Üçüncüsü, kötüye kullanım rizikosunun ödeme sistemine özgü bir riziko olması ve bu sistemin işleteni olan kart kuruluşunun rizikoyu taşımasının daha uygun olmasıdır. Ayrıca riski sigortalayıp servis ücretlerini artırma imkânı bulunan kart kuruluşunun, üye işyerine kıyasla kötüye kullanım rizikosuyla daha iyi baş edebileceği de ortadadır (Bu karar ve kararın eleştirisi için bkz. Langenbucher, BKR 2002, ss. 119-122, özellikle s. 121). Yine Federal Mahkeme, 13.01.2004 tarihinde almış olduğu bir başka kararda da aynı gerekçeleri tekrarlamıştır (Bkz. WuB 2004, ss. 397-399).

## (2) Federal Mahkeme Kararının Öğretiyi İkiye Bölmesi

Federal Mahkemenin manifesto niteliğinde görülen bu kararı sonrasında öğreti adeta ikiye bölünmüştür<sup>895</sup>. Bir kısım yazarlar, yukarıda belirtilen gerekçelere aynen katılıp prensip olarak kart kuruluşunun sorumlu tutulması gerekliliğine dikkat çekerken; diğer bir kısım yazarlar bu karara şiddetle karşı çıkarak sorumluluğu yalnızca üye işyerinin taşıması gerektiğini savunmuştur.

### (a) Kötüye Kullanım Rizikosunu Yalnızca Üye İşyerinin Taşımaya Gerektiğini Savunan Görüşler

Öğretide **Bitter**, hazırlar arasında gerçekleşen ödemelerde kabul edilen ilkelerin hiçbir şekilde MO/TO işlemlerine uygulanamayacağını katı bir şekilde savunmaktadır. Yazara göre, MO/TO işlemlerindeki kartlı ödemeler, nakit benzeri ödeme fonksiyonu göstermediği gibi, üye işyeri de bu tür ödemeleri kabul etmekle yükümlü değildir. Çünkü bu tarz işlemlerde doğal olarak edimlerin karşılıklı olarak eş zamanlı ifa edilmesi gibi bir durum söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle ya hamil ya da üye işyeri edimini daha önce yerine getirmek durumunda kalır. Oysaki hazırlar arasındaki işlemlerde, hamilin ödemeyi kartla gerçekleştirmesiyle birlikte üye işyeri üzerine düşen yükümlülüğü o anda yerine getirdiğinden, kartlı ödemenin nakdi ödeme gibi fonksiyon gösterdiği söylenebilir<sup>896</sup>. Bu hususta bir adım daha ileri giden yazar, taraflar arasındaki iş görme sözleşmesinin soyut borç ikrarına değil, “tahsil anlaşması”na (Inkassovereinbarung) dayandığını iddia ederek MO/TO işlemlerini bir nevi Alman uygulamasında yaygın olarak kullanılan hesaba borç kaydı (Lastschrift) işlemlerine benzetir<sup>897</sup>. Bu nedenle üye işyerinin kart kuruluşu, işyerine ödeme

<sup>895</sup> Bu tespit için bkz. Schleicher, s. 270, dn. 1402; Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 43; Neumann ve Bock, s. 147, N. 281.

<sup>896</sup> Aynı yönde bkz. Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 22; Joeres, **FS für Gerd Nöbbe**, ss. 133-134; Grabe, s. 165.

<sup>897</sup> Kural dışı hesaba borç kaydı işlemlerinde (wilde Lastschrift), ödeme işlemi sadece debit kartta kayıtlı olan bilgiler üzerinden gerçekleşir. Bu tür işlemlerde otorizasyon için hamilin harcama belgesini imzalaması yeterli olur; ayrıca blokaj sorgulaması yapılmaz. Bu nedenle otorizasyonla birlikte kart kuruluşu, üye işyerine ödeme garantisi vermiş olmaz ve servis ücreti de diğer ödeme yöntemlerine kıyasla daha uygun tutulur (Bu yönde bkz. Langenbucher, BKR 2002, s. 122; Linardatos, s. 92; Pavalenco, s. 68). Bu tip işlemlerde blokaj denetiminin yapılmamış olması, sistem



yapma veya bu ödemeyi garanti etme yükümlülüğünde olmayıp tahsil yetkisi çerçevesinde sistem katılımcıları arasındaki süreci yönetmek ve almış olduğu talimatı, borç kaydını işlemesi için hamilin kart kuruluşuna aktarmakla yükümlüdür<sup>898</sup>.

OLG Naumburg'un 20.08.2002 tarihli kararından yolan çıkan **Meder** de benzer şekilde, MO/TO işlemlerinin yapısal özelliklerini gerekçe göstererek rizikoyu münhasıran üye işyerinin taşıması gerektiğini savunur<sup>899</sup>. Ayrıca yazara göre mesafeli işlemlerde taraflar edimlerini, hazırlar arası işlemlerden farklı olarak eş zamanlı olacak şekilde değil de art arda yerine getirir. Dolayısıyla iki taraftan birinin edimini daha önce ifa etmesi gerekir ve bu da bir tarafın "önceden ifa rizikosunu"nu üstlenmesine sebep olur. Genellikle müşteriler, önce siparişi almak, muayene etmek ve bundan sonra ödemeyi gerçekleştirmek ister. İşlem cirosunu büyütme arzusunda olan satıcılar da ister istemez müşterilerin bu talebini karşılamak durumunda kalır ve böylelikle ifayı daha önce yerine getirmenin rizikosunu üstlenmiş olurlar. Mesafeli bir işlem olan MO/TO işlemleri bakımından da aynı esaslar geçerlidir. Bu tür işlemlerde cirosunu artırmak isteyen üye işyeri, sipariş verenin dolandırıcı veya borca batık olup olmadığı ihtimalini göze alarak işletme politikasına uygun bir karar vermek durumundadır<sup>900</sup>.

Yine bu görüş savunucularından **Freitag**'a göre üye işyeri, kartı kullananın yetkili hamil olduğuna ilişkin bir güvence verilmediğini önceden bilerek sisteme

---

güvenliği bakımından büyük dezavantaj teşkil eder. Özellikle kartın kaybolması veya çalınması durumunda, karta zilyet olan üçüncü kişi, blokaj denetimine takılmadan dilediği gibi harcama yapabilir. Bunun için sadece kartın arkasında yer alan hamilin imzasını taklit etmesi yeterli olur (Bkz. Pavalenco, s. 68).

<sup>898</sup> Bkz. Bitter, ZBB 2007, ss. 247, 249.

<sup>899</sup> OLG Naumburg bu kararında, kredi kartı işlemlerinin -o dönemde- yasayla düzenlenmediğini, bu nedenle tarafların iradelerini dikkate almak gerektiğini belirterek, taraflar arasındaki ilişkiyi emsal kararın aksine alacak satımı olarak değerlendirmiş ve sözleşmede bulunan ters ibraz klozunu geçerli saymıştır. Böylelikle mahkeme MO/TO işlemlerinde kötüye kullanım rizikosunu, emsal karara rağmen üye işyerine yüklemiştir (Bu karar için bkz. ZIP 2002, s. 1797).

<sup>900</sup> Bu hususlarda bkz. Meder, NJW 2000, ss. 2077-2078; Meder, ZIP 2002, ss. 2113, 2115. Yine aynı yazar bir başka makalesinde, kartların internette kullanılmaya başlamasından önce de mesafeli satışlar bakımından söz konusu rizikoların bulunduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, uzaktan satışlarda kart kullanılması, yapısal olarak yeni rizikoların doğumuna yol açmamıştır. Ayrıca yazar, yapmış olduğu bu saptamaların geleneksel anlamda teslimatın söz konusu olmadığı ve edimlerin doğrudan internet üzerinden karşılıklı olarak teati edildiği işlemler bakımından da geçerli olduğunu belirtir. Bu noktada yazara göre, internetten müzik, kitap vs. indirme suretiyle gerçekleşen satın almaları da hazırlar arası işlem olarak değil, mesafeli işlem olarak kabul etmek gerekir. Zira bilgisayara indirme yoluyla gerçekleşen satın almalarda, aynı mesafeli satımlarda olduğu gibi her iki taraf fiziksel olarak bir araya gelmemekte ve ilk olarak kart kuruluşu satış bedelini çekmekte, ardından müşteri dijital ürünü bilgisayarına indirmektedir (Bkz. Meder, WM 2002, ss. 1995-1996, özellikle dn. 28).

katılmaktadır. O halde üye işyeri, kart kuruluşunun her koşulda kendisine ödeme yapacağına güvenmemelidir. Ayrıca yazar, kararda üye işyerinin, akit partnerinin (siparişi verenin) güvenilirliğini ölçüp denetleme imkânının olmamasının bir gerekçe olarak sunulmasını şaşkınlıkla karşılamıştır. Çünkü aynı durum, temel işleme hiçbir şekilde müdahil olmayan kart kuruluşu bakımından da geçerlidir<sup>901</sup>. Kaldı ki kötüye kullanım rizikosunun kart kuruluşuna yüklenmesi, sorumlu tutulmayacağını bilen üye işyerinin özensiz davranmasına ve kimlik denetiminin söz konusu olduğu hallerde hiçbir çaba göstermemesi sonucuna da yol açabilir<sup>902</sup>.

Son olarak **Körber** de MO/TO ve e-ticaret sözleşmelerinde tarafların kartlı ödemeyi nakit benzeri ödeme olarak görmediklerini ve mesafeli işlemlerden kaynaklanan tüm rizikolara karşı üye işyerini koruma amacı gütmediklerini savunur. Ayrıca etki alanına göre belirlenen riziko dağılımı yönünden, sipariş verenin kimliğinin üye işyerince denetlenmesi güç olsa da, kart kuruluşuna kıyasla üye işyeri kötüye kullanım rizikosunu daha az maliyetle önleyebilir<sup>903</sup>. Gerçekten de üye işyeri yalnızca elektronik güvenlik sistemleri -3D Secure gibi- üzerinden gerçekleşen MO/TO işlemlerinde rizikoya katılacağı konusunda kart kuruluşuyla anlaşabilir veya mesafeli işlemlerde sadece güvenli ödeme yöntemlerini [kapıda ödeme (Nachnahme), önce ödeme - sonra teslimat (Vorkasse)] kullanmayı tercih edebilir ya da sipariş verenden şüphelenmesi durumunda kendisiyle sözleşme yapmaktan imtina edebilir<sup>904</sup>.

<sup>901</sup> Gerçekten de özellikle takas gerektiren işlemlerde, görevi sadece hamilin kart kuruluşuna takas hizmeti sunmak olan üye işyeriyle anlaşmalı kuruluşun, siparişi verenin gerçek hamil olup olmadığını denetleme imkânı bulunmaz (Bkz. Meder, WM 2002, s. 1997).

<sup>902</sup> Bkz. Freitag, ZBB 2002, s. 329; Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte, s. 41.

<sup>903</sup> Yazarın bu görüşünü Amerikan hukukundaki uygulamaya dayandığını söyleyebiliriz. Çünkü taraflar arasındaki riziko dağılımı bakımından Alman hukukunda riziko hâkimiyeti esas alınırken, Amerikan hukukunda kötüye kullanım rizikosuna en iyi kimin engel olacağı hususu araştırılır. Dolayısıyla Amerikan yaklaşımında, Alman ekolünden farklı olarak ekonomik temeller dikkate alınmakta ve en az masrafla rizikoya engel olabilecek (cheapest cost avoider) tarafa sorumluluk yükletilmeye çalışılmaktadır (Bu yönde bkz. Grabe, s. 178. Ters ibraz özelinde bkz. Casper, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675f, N. 99).

<sup>904</sup> Bkz. Körber, WM 2004, ss. 568-569. Aynı yönde bkz. Grabe, s. 163; Neumann ve Bock, s. 152, N. 283. Krügel ise aynı sonuca farklı bir açıdan yaklaşarak ulaşır. Gerçekten de yazar, üye işyerinin kötüye kullanımdan doğan zararı, kolaylıkla anlaşmalı olduğu kargo / posta firmasına rücu etme imkânına sahip olmasını gerekçe göstererek kart kuruluşuna nazaran bu rizikoyla daha iyi baş edebileceğini savunur (ss. 34-35, 42).

## **(b) Kötüye Kullanım Rizikosunun Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasında Paylaşılması Gerektiğini Savunan Görüşler**

Federal Mahkemenin emsal kararına katılan **Hadding** ve **Jungmann**, söz konusu kararda her ne kadar kart kuruluşunun tek taraflı ve kusura bağlı olmayacak şekilde kötüye kullanım rizikosunu tamamen üye işyerine yıkması geçersiz kabul edilmiş olsa da, üye işyerinin sorumluluğunu gerektiren durumlarda riziko paylaşımının orantılı olarak yapılması gerekliliğini vurgular. Yazarlara göre, MO/TO işlemlerindeki kötüye kullanımlarda riziko dağılımı bakımından üç aşamalı bir inceleme yapmak gerekir<sup>905</sup>:

İlk etapta yapılacak olan inceleme, üye işyerine ait bir yükümlülükle bağlantılıdır. Hazırlar arası işlemlerde soyut borç vaadine dayanarak üye işyerinin ödeme talebinde bulunması, manyetik kullanımda harcama belgesinin kart kuruluşuna gönderilmesi, çipli kullanımdaysa işlem verilerinin POS aracılığıyla dijital olarak kart kuruluşuna aktarılması şartına bağlıdır. MO/TO işlemlerindeyse siparişin sanal üye işyerine ulaşması ve işlemin otorize edilmesiyle birlikte işyeri tarafından işlemin tamamlandığına ilişkin bir belge (Belegausfertigung) düzenlenir. Üye işyeri bu belgeyi düzenlemezse, kart kuruluşundan harcama belgesindeki tutarı ödemesini isteyemez. Ödeme yapılması durumunda kart kuruluşu, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre bu ödemenin iadesini sağlayabilir.

İkinci aşamada, sistemin kurucusu olan kart kuruluşunun yükümlülüğüyle bağlantılı bir inceleme yapılır. Kartların, MO/TO işlemleri bakımından da kitlesel bir ödeme aracı olduğunu dikkate alan Federal Mahkeme, emsal nitelikteki kararında, kart kuruluşunun, üye işyerine ödeme yapmadan önce “siparişi veren” ile “kart hamili” konumunda bulunan kişilerin aynı kişiler olup olmadığını denetlemekle (kimlik denetimi) yükümlü olduğunu vurgulamıştır<sup>906</sup>. Gerçi bu tip işlemlerde üye işyeri, harcama belgesi ile sipariş verenin adını kart kuruluşuna fiilen göndermek yerine, veri transferi yoluyla bilgileri paylaşır. Ancak bu durum, kart kuruluşunun

<sup>905</sup> Bu hususlarda bkz. ve karş. Hadding, DRiZ 2006, ss. 359-360; Jungmann, WM 2005, ss. 1355-1356.

<sup>906</sup> Öğretide aynı yönde bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 124. Ancak Federal Mahkeme daha önce de belirttiğimiz gibi bir başka kararda (ZBB 2004, ss. 400-402) tam aksi yönde görüş bildirmiş ve kart kuruluşuna böyle bir yükümlülük yükletilemeyeceğine hükmetmiştir. Kartlı ödemelerde güvenliği sağlayan bu denetimden vazgeçilmiş olmasını büyük bir talihsizlik olarak değerlendiren Hofmann, bu kararı eleştirerek denetimin gerekliliğine dikkat çekmiştir (ZBB 2004, s. 410).

siparişi veren kişiyle kart hamilinin örtüşüp örtüşmediğini denetleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz<sup>907</sup>. Kart kuruluşu bu yükümlülüğü yerine getirmezse, üye işyeri akdin müspet ihlali nedeniyle tazminat davası açabilir veya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabilir<sup>908</sup>.

Son aşamada, tekrardan üye işyerine ait bir yükümlülüğün incelenmesine geçilir. Bir önceki aşamada kart kuruluşu, yükümlülüğü olmasına rağmen siparişi veren kişiyle yetkili kart hamilinin örtüşüp örtüşmediğini denetlemeyi atlamış olabilir. Buna karşılık ihtilaf konusu işlemde üye işyerinin de kusuru söz konusuysa, artık kart kuruluşunun ödeyeceği tazminat miktarından onun ortak kusuru oranında indirimine gidilir. Özellikle üye işyerinin, ilk defa kendisinden alışveriş yapan bir müşterinin oldukça uzak bir ülkeden vermiş olduğu yüklü bir siparişi kolaylıkla kabul etmesi, kusurlu hareket ettiğini gösterir<sup>909</sup>. Kart kuruluşunun ortak kusura rağmen sebepsiz zenginleşme iddiasıyla üye işyerine başvurusu durumunda üye işyeri, kart kuruluşunun ortak kusurunu gerekçe göstererek ödeyeceği tazminatta indirimine gidilmesini talep edebilir. Böylelikle ifa ilişkisindeki riziko dağılımı, somut olayda zararı doğuran etmenler dikkate alınarak taraflar arasında ölçülü bir şekilde paylaştırılmış olur.

Son olarak meseleyi ters ibraz klozları açısından değerlendiren **Hofmann** da Federal Mahkemenin vermiş olduğu kararı isabetli bulmuştur. Yazara göre uyuşmazlık konusu olan sözleşmelerdeki mutata klozlara bakıldığında, kart

<sup>907</sup> Bkz. Pavalenco, ss. 215-216; Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 131. Federal Mahkeme kararına yöneltilen bir diğer itiraz da ortada “siparişi verenin” yetkili hamil olup olmadığını denetleyecek bir mekanizmanın bulunmamasıdır. Ancak bu itiraza katılmak mümkün değildir. Zira o dönemde ABD’de ve Birleşik Krallık’ta, e-ticaret sektöründe “Adres Doğrulama Servisi” (Adress-Verification-Service) olarak bilinen bir denetim sistemi zaten uygulanmaktaydı (Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için bkz. Jungmann, WM 2005, ss. 1354-1355; Hofmann, ZBB 2004, s. 410. Amerikan hukuku özelinde bkz. Grabe, ss. 112-113).

<sup>908</sup> Bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, s. 132.

<sup>909</sup> Bu yönde bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, ss. 129-130; Pavalenco, ss. 222-223, dn. 70. Son yazarın haklı olarak işaret ettiği üzere, MO/TO işlemlerinde kötüye kullanım rizikosunun kart kuruluşuna tahsis edilmekle, üye işyerinin sorumluluğunun sona ereceğine yönelik bir algı oluşmamalıdır. Üye işyeri, kartın kötüye kullanıldığına dair ciddi bir şüphe unsuru bulunmasına rağmen, özen yükümlülüğüne aykırı hareket eder ve ödemeleri kabul ederse, akdin müspet ihlalinin ötürü kart kuruluşuna karşı tazminat ödemekle yükümlü olabilir. Yazar, Alman yargı kararlarından hareketle MO/TO işlemlerinde üye işyerlerinin hangi durumlarda kartın önemli ölçüde kötüye kullanıldığı sonucuna ulaşılabilirliğini örneklerle açıklamaya çalışmıştır. Bu örneklerde dikkat çeken ortak nokta, işlemlerin sınır aşan ödemelerden oluşması ve yüksek miktarları kapsamasıdır. Örneğin bunlardan birinde Londra’dan 50.000 Euro’luk sipariş veren bir kişi, iki veya üç kredi kartıyla söz konusu bedeli ödeme talebinde bulunmuştur. Yine bir başka örnekte Moskova’dan iki gün içinde yedi kez olmak üzere 8.000 Euro’yu aşan miktarda sipariş verilmiştir [Aynı yönde bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 72a].

kuruluşlarının hazırlar arası işlemlere nazaran daha yüksek servis ücreti kararlaştırdığı görülür. Bu açıdan kart kuruluşları, kötüye kullanım durumunda üye işyerlerine yapmış oldukları ödemeleri geri alma hakkını saklı tutarak yalnızca üye işyeri sözleşmesiyle vermiş oldukları taahhüdü ihlal etmezler, aynı zamanda üye işyerlerinin bu tür kötüye kullanımlara karşı korunmasına yönelik sözleşmeyle hedeflenen amacı da tehlikeye atarlar. Bu nedenle MO/TO işlemlerinde doğrudan üye işyerinin sorumluluğunu öngören klozlar geçersiz sayılmalıdır<sup>910</sup>.

### (3) Revizyondan Sonra Tartışmaların Devam Etmesi

Ödeme sistemlerine ilişkin BGB’de yapılan değişikliklerin, MO/TO işlemlerinde kötüye kullanım rizikosunun dağılımına ilişkin süregelen tartışmalara çözüm getirmediği görülmektedir. Daha önce de bir vesileyle belirttiğimiz gibi, getirilen kurallarda karşılık ilişkisindeki hukuki duruma odaklanılmış, ifa ilişkisiyle ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu nedenle yukarıda aktarılan tartışmaların güncelliğini hâlâ koruduğu söylenebilir<sup>911</sup>.

Bununla birlikte, öğretide **Casper ve Pfeifle** ilk revizyon sonrasında kaleme aldıkları ortak makalede, BGB’ye getirilen bir kuraldan hareketle ifa ilişkisini doğrudan ilgilendiren yeni bir tartışma daha ortaya atmıştır. Yazarların düşüncesine göre, kartlı sistemde kabul gören nakit benzeri ödeme paradigması, revizyonla birlikte geçerliliğini yitirmiştir. Yazarlar paradigma değişikliğine gerekçe olarak BGB §675f/VI kuralı üzerinde durmaktadır. Bu kuralda, kart kuruluşu ile üye işyeri

<sup>910</sup> Bkz. Hofmann, ZBB 2004, s. 409. Barnert de benzer şekilde MO/TO işlemlerinde kart kuruluşunun hem yüksek servis ücreti alması hem de hamilin tek bir itirazıyla ters ibraz klozunu işletmesini çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) aykırılık olarak görür. Kaldı ki Federal Mahkemenin belirttiği gibi, kart üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığında rizikonun tamamı “kusura bağlı olmaksızın” ters ibraz klozlarıyla üye işyerine yükletilemez. Bunun anlamı, ters ibrazın, üye işyerinin kusurlu bir şekilde sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal ettiği durumlarla sınırlı olarak uygulanabileceğidir. Bu noktada yazar, ters ibraz klozlarının içeriğinin şekillendirilmesi bakımından banka ve müşterinin (ortak) kusurlarını dikkate alan ve o dönem ec-Maestro Servis olarak bilinen genel işlem şartlarıyla bağlantı kurulabileceğini savunur. Bu şartlar uyarınca kart kuruluşu, üye işyerine hiçbir kusur yükletilememesi halinde kötüye kullanım rizikosunun tamamını üstlenirken, üye işyerinin hafif ihmali bulunması durumunda rizikonun belirli bir oranını (%90’ını) üstlenir. Buna karşılık ağır ihmali söz konusuysa artık üye işyeri rizikonun tamamını tek başına taşımak durumunda kalır [WM 2003, ss 1156-1157. Aynı yönde bkz. Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 259, N. 453. EC-Maestro Servis kuralı için ayrıca bkz. Haybäck, s. 62; Kreppold ve Fischbeck, s. 96].

<sup>911</sup> Nitekim Bitter, ödeme sistemlerine ilişkin revizyondan sonra kaleme aldığı makalesinde, yukarıda alıntılarımız görüşlerinin arkasında durmaya devam etmiştir (Bkz. Bitter, WM 2010, ss. 1776, 1780. Aynı yönde bkz. Meder, WM 2002, s. 1995).

arasındaki çerçeve sözleşmeyle işlemin belirli bir ödeme aracıyla tamamlanması karşılığında, üye işyerinin “indirim” teklif edebilme veya başkaca bir teşvikte bulunma hakkının elinden alınamayacağı açıkça düzenlenmiştir<sup>912</sup>. Her ne kadar nakit benzeri ödeme teorisi, kredi kartı ile ödeme tercih edildiğinde, nakdi ödeme seçeneğine kıyasla “fiyat artışı” (surcharging) yoluna gidilememesi temeline dayansa da yazarlar açısından bu hususta önemli olan nokta, kredi kartı ödemeleriyle nakdi ödemelerin aynı koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Netice itibarıyla BGB §675f/VI, bu iki ödeme yöntemi arasındaki ilkesel eşgüdümü, tam ters istikamette -kartlı ödemelerde indirim teklif edebilme yönünde- de olsa ortadan kaldırmıştır. Hatta kural, ilk kaleme alınan yönergede olduğu gibi, kredi kartı ödemelerinde gerektiğinde ücret artışı da yapılabileceği şeklinde uyumlaştırılmış olsaydı (Bkz. ZDR I m. 52/III), nakit benzeri ödeme teorisini savunma eğiliminde olanlar kesin surette inandırıcılıklarını yitirecekti<sup>913</sup>.

Buna karşılık, düzenlemeye kaynak teşkil eden ZDR I’in genel gerekçesine (N. 42) dikkat çeken **Oechsler**, haklı olarak, ödeme yöntemleri arasında bu şekilde farklılık yaratılmasının, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki ilişkide kartın nakit benzeri ödeme fonksiyonu gösterip göstermediğiyle bir ilgisinin olmadığını belirtir. Zira bu düzenlemeyle yalnızca kartlı ödemelerle diğer gayrinakdi ödemeler (ve tabii ki nakdi ödemeler) arasında bir rekabet tesisi amaçlanmıştır. Ayrıca revizyondan sonra da MO/TO işlemleri bakımından hazırlar arasındaki kuralları uygulamaya engel bir durum söz konusu değildir. Özellikle bu işlemlerde nakit benzeri ödeme

<sup>912</sup> Ancak bu kuraldan hiçbir şekilde, üye işyerinin kartlı ödemelerde hamilden daima bir ücret talep edebileceği sonucu çıkarılamaz [Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 114].

<sup>913</sup> Bkz. Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2345. Aynı yönde bkz. Pavalenco, s. 117. Bu son yazar bir adım daha ileri giderek, revizyon sonrasında nakdi ödeme yerine kartlı ödeme tercih edildiğinde, üye işyerinin fiyat artışı yoluna da gidebileceğini belirtmiştir. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere ZDR’deki kural BGB’ye uyarlanırken tüketici konumundaki hamiller bakımından yalnızca fiyat indirimine imkân tanınmış, buna karşılık fiyat artışına cevaz verilmemiştir (Nitekim bkz. ve karşı BGB §§270a, 675f/VI. Aynı yönde bkz. Buchmüller ve Burke, MMR 2017, s. 729; Zahrte, NJW 2018, s. 339). Alman hukukunda fiyat artış yasağına ilişkin BGB §270a kuralı, özellikle e-ticaret sektöründe gerçekleşen kartlı ödemelerde sanal üye işyerlerinin %15 oranında fiyat farkı alması nedeniyle getirilmiştir. Ayrıca söz konusu kural, takas sistemine özgü olarak getirilmiştir. Bilindiği gibi bu sistemde, hamilin kart kuruluşu ile üye işyerinin kart kuruluşu farklı olduğundan, üye işyerinin kart kuruluşunun, hamilin kart kuruluşuna bir miktar komisyon ödemesi gerekir. Takaslaşmadan sonra üye işyerinin kart kuruluşu, anlaşmalı olduğu işyerine işlem karşılığı tutarı belli bir miktar kesinti yaparak öder. İşte BGB §270a ile aslında üye işyerinin bu kesintiyi kart hamillerine yansıtması önlenmek istenmiştir. Sonuç olarak, kural takaslaşma esasına dayalı işlemler için öngörüldüğünden, takaslaşmanın söz konusu olmadığı üç taraflı sistemde kuralı uygulama gerekliliği bulunmamaktadır (Bkz. Buchmüller ve Burke, MMR 2017, ss. 728-729).

teorisinin devre dışı bırakılarak hesaba borç kaydı işlemi gibi değerlendirilmesine, yani üye işyerinin güvencesinin kaldırılmasına sistemin işleyişi gerekçe gösterilerek karşı çıkılmalıdır. Çünkü MO/TO işlemlerinde üye işyeri genellikle henüz kart kuruluşundan işlem konusu tutarı tahsil etmeden, siparişi alıcıya gönderir. Yine uygulamada en çok karşılaşılan otel rezervasyonları örneğinden yola çıkılırsa, kartlı ödeme kabul ederek son kalan odasını hamil adına rezerve eden otel işletmesi, sonradan gelen talepleri -tıpkı ödemeyi nakden almış gibi- boş oda bulunmadığı gerekçesiyle geri çevirmek durumunda kalır. Dolayısıyla bu tür işlemlerde de üye işyeri öncelikli ifa rizikosuyla karşı karşıyadır ve bu rizikoyu tolere etme konusunda hazırlar arası işlemlerden farklı uygulama gerektirecek bir durum söz konusu değildir<sup>914</sup>.

### **c. Türk Hukuku Bakımından Sorunun Ele Alınması**

#### **(1) Salt Kart Bilgileri Kullanılarak Gerçekleşen İşlemlerde Sorumluluk**

##### **(a) Rizikoyu Kural Olarak Kart Kuruluşuna Yıkma Gerekliliği**

Kanaatimizce Türk hukukunda da salt kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen MO/TO işlemlerinde, kartın kötüye kullanılması rizikosunu kusurdan bağımsız bir şekilde ve ters ibraz klozları aracılığıyla doğrudan üye işyerine yüklememek gerekir. Bu hususta rizikoyu kural olarak kart kuruluşunun taşıması gerektiğini savunan görüşü üstün tutmak isabetli olur. Her ne kadar kart hamiliyle mesafeli işlem gerçekleştirmek durumunda olan üye işyerinin, öncelikli ifa rizikosunu önemli ölçüde üzerinde taşıdığına şüphe bulunmasa da kart kuruluşu, kötüye kullanım rizikosunu sigortalamak veya üye işyeri anlaşmasında nispeten yüksek komisyon ücreti belirlemek suretiyle kolaylıkla bu rizikoyu diğer akit taraflara -dengeli bir şekilde- yansıtabilir.

Bu noktada, hazırlar arası işlemlerde geçerli olan kuralların MO/TO işlemlerine uygulanamayacağını savunan görüşlere katılamıyoruz. Bilindiği üzere, kartlı ödeme ister mesafeli olarak isterse de hazırlar arasında gerçekleşmiş olsun, ifa

<sup>914</sup> Bu hususlarda bkz. Oechsler, WM 2010, ss. 1385-1386. Aynı yönde bkz. Linardatos, ss. 110-111.

ilişkisindeki taraflar arasında erteleyici şarta bağlanan ve soyut borç vaadi temeline dayanan bir iş görme sözleşmesi bulunur<sup>915</sup>. Bu nedenle işlem ister hazırlar arasında isterse de mesafeli şekilde gerçekleşmiş olsun, ifa ilişkisinde kötüye kullanım rizikosunu kural olarak kart kuruluşuna yıkmak gerekir. Üye işyerini ise yalnızca kusuru bulunması durumunda sorumluluğa dâhil etmek daha doğru bir çözüm olur<sup>916</sup>.

Rizikonun bu şekilde ilke olarak kart kuruluşuna yüklenmesiyle üye işyerinin özen yükümlülükleri bakımından ihmalkâr davranacağı ve şüpheli siparişleri bile kabul edebileceği yönündeki endişeler de yersizdir. Çünkü burada genel paradigmaya uygun bir şekilde, kötüye kullanım rizikosunu “kural olarak” kart kuruluşunun taşımasından bahsedilmektedir. Bunun bir diğer anlamı, tıpkı hazırlar arası işlemlerde olduğu gibi bazı durumlarda riziko tamamen kart hamiline veya üye işyerine yansıtılabilir. Rizikonun bu şekilde taraflar arasında geçişkenlik arz etmesine engel hiçbir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu sorumluluk modeliyle iddia edilenin aksine kötüye kullanım rizikosu tek bir tarafa yıkılmamakta, bilakis rizikonun taraflar arasında uygun ve adil bir şekilde paylaştırılması amaçlanmaktadır<sup>917</sup>. Gerçekten de kötüye kullanımdan dolayı kart kuruluşuna sorumluluk yükletilemeyen hallerde, kart kuruluşu karşılık ve ifa ilişkisinde haiz olduğu tüm talep haklarını kullanabilir. Bu aşamada, tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği, daha doğrusu yükümlülüğe aykırılığın hafif mi yoksa ağır ihmal mi teşkil edeceği noktasında yasal bir kural bulunmadığından,

<sup>915</sup> MO/TO işlemleri özelinde bkz. Joeres, **FS für Gerd Nobbe**, ss. 123, 125-126.

<sup>916</sup> MO/TO işlemleri ile hazırlar arasında gerçekleşen işlemlerde hukuki anlamda tek farklılık, sanal üye işyerinin kartlı ödemeleri kabul etme yükümlülüğünün bulunmamasıdır (Pavalenco, s. 83). Zira hazırlar arası işlemlerde üye işyerlerinin kartlı ödemeleri kabul etmekle yükümlü tutulmasının arka planında, kart hamilleri arasında herhangi bir ayrımcılık yapılmaması olgusu yatar. Buna karşılık MO/TO işlemlerinde, doğası gereği hazırlar arası işlemlere nazaran anonimlik unsuru daha ağır basar. Özellikle e-ticaret işlemlerinde, sözleşmenin ifası tamamen anonim tarzda gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle, üye işyerlerinin hamillere karşı ayrımcı davranarak kartla ödeme taleplerini geri çevirebilme gibi bir lüksü bulunmaz [Bkz. Grabe, ss. 106-107; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), ss. 143-144, N. 61 ve 64]. Bu nedenle taraflar, hangi durumlarda gelen siparişlerin reddedileceği noktasında üye işyeri sözleşmeleriyle birtakım kriterler belirleyebilir. Kriterlerin tespitinde özellikle uygulamada karşılaşılan bazı “olağan dışı işlemler” (ungewöhnliche Geschäfte) belirleyici olur. Söz gelimi, aynı ürünün birbirini takip eden günler zincirleme olarak sipariş verilmesi, siparişin teslim yeri olarak üye işyerinin faaliyette bulunduğu ülke veya bağlı olduğu ekonomik bölge dışında bir adresin verilmesi veya siparişin belli bir miktarı aşması gibi durumlar, sözleşmede olağan dışı işlem olarak kabul edilebilir. Yine aynı sipariş için birden fazla kredi kartı kullanılması, sipariş verenin alan adı (domain) adresiyle teslimat adresinin örtüşmemesi, otorizasyondan sonra teslimat adresinin değiştirilmek istenmesi gibi durumlar da şüphe unsuru olarak dikkate alınabilir [Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 144, N. 64; Einsele, s. 338].

<sup>917</sup> Bu yönde bkz. Barnert, WM 2003, s. 1157.



rizikoyu hamilin mi yoksa üye işyerinin taşıyacağı araştırılırken somut olayda yer alan tüm koşullar dikkate alınır<sup>918</sup>. Bu inceleme sonucunda zarar sebebiyle ne hamili ne de üye işyerini sorumlu tutmak mümkün olmazsa, son tahlilde riziko sistem kurucusu olan kart kuruluşunun üzerinde kalır.

#### **(b) BKKKK m. 32'deki İspat Kuralının Yorumlanması ve Kuralın Riziko Dağılımına Olan Etkisi**

BKKKK m. 32/I kapsamında MO/TO işlemlerinde ispat yükünün üye işyerine yüklenmiş olması, kötüye kullanım rizikosunun da üye işyerine yüklendiği şeklinde yanlış bir algı oluşturmaktadır. Gerçekten de anılan kuraldan, kart kuruluşuna karşı ödeme talebinde bulunan üye işyerinin, uyuşmazlık durumunda bu talebine olumlu cevap alabilmesi için ödeme talimatının “yetkili hamil” tarafından verildiğini ispatlaması gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak belirtelim ki MO/TO işlemlerinde katılımcılar aynı anda ve fiilen karşı karşıya gelmediğinden, üye işyerinin bu hususu ispatlama olanağı oldukça güçtür. Buna rağmen yasanın lafzından yola çıkıldığında, tartışmalı hallerde kötüye kullanım rizikosunu üye işyeri taşımak zorunda kalacaktır.

Lâfzî yorum kapsamında savunulması mümkün olan bu yaklaşım tarzı, MO/TO işlemlerindeki bazı özellikli durumların ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliğinin göz ardı edilmesine sebep olabilir. Zira bilindiği gibi üye işyerinin kart kuruluşundan ödeme talebinde bulunabilmesi için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekli ve yeterlidir. Daha açık bir deyişle üye işyeri yükümlülüklerine uygun hareket ettiği sürece, dijital ortamda kendisine iletilmiş olan kart bilgilerini kart kuruluşuna ilettikten ve kart kuruluşu tarafından bu işlem onaylandıktan (otorizasyondan) sonra, soyut borç vaadine dayanan alacağı talep etme hakkına kavuşur. Alacak hakkı bakımından üye işyerinden diğer hususları da - özellikle kartın kötüye kullanılmadığını- ispat etmesini beklemek, mevcut imkânlarının çok üzerinde bir çaba sarf etmesini ummak anlamına gelir<sup>919</sup>. Bu nedenle tartışmalı hallerde üye işyerinin yalnızca elinde bulundurduğu bilgi ve belgeleri (Üye işyeri kaydı -sipariş veya mail order formu- 3D Secure yönteminin

<sup>918</sup> Bkz. Pavalenco, s. 222.

<sup>919</sup> Bkz. Pavalenco, s. 224.

kullanılıp kullanılmadığı bilgisi vs.) kart kuruluşuna iletmesi, ispat yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından yeterli görülmeli ve herhangi bir kusuru bulunmadığı sürece üye işyeri kötüye kullanımdan sorumlu tutulmamalıdır.

Buna karşılık uluslararası kuralların referans alındığı BKM Üye İşyeri Kılavuzu'nda tam tersi bir kabulden yola çıkılmış ve MO/TO işlemleri bakımından sorumluluk prensip olarak üye işyerine yıkılmış, hatta elinde bulundurmakla yükümlü olduğu belgeleri ibraz etse dahi üye işyerinin bu sorumluluktan kurtulamayacağı vurgulanmıştır (s. 9-10). Bu kural şöyledir: *“Kart hamilinin onayı olmaksızın tamamlanan yüz yüze olmayan işlemlerin - mail/telephone order, internet (3D Secure ve BKM Express işlemler hariç), tekrarlanan işlemler (devre mülk-sigorta çekimleri,vs. ) - finansal sorumluluğu üye işyerine aittir. Bu tarz işlemlerle ilgili itirazlarda, üye işyeri kart hamiline hizmet verildiğini gösteren kart hamili imzalı belge, alındı belgesi, mail order formu, kart hamilinin elektronik ürün ve hizmet aldığı durumlarda, kart sahibinin yazılı kayıt onayı ve kart hamilinin işleme katılımını gösteren her türlü fax, e-mail ve mektup belgelerini ibraz etmelidir. Ancak bu belgelerin ibrazı, işyerinin finansal sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.”* Biraz önce belirttiğimiz nedenlerden dolayı gerek kılavuzda yer alan bu kuralın gerekse de üye işyeri sözleşmelerinde yer alan bu içerikteki klozların geçersiz olduğu kanısındayız.

Yine BKM Üye İşyeri Kılavuzu'nda, üye işyerinin ihtilaf durumunda MO/TO sürecine ilişkin olarak elinde bulundurduğu belgeler dışında, anlaşmalı olduğu taşıma (kargo) firmasından, siparişin kim tarafından teslim alındığına ilişkin belgeyi edinerek bunu kart kuruluşuna iletmesi gerektiği de vurgulanmıştır. Bu tür işlemlerde sipariş veren ile alıcının farklı kişiler olabileceği düşünüldüğünde, kuralın son derece isabetli olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de MO/TO işlemlerinde, sipariş veren ile alıcı taraf farklı kişilerden oluşabileceği gibi, başkasına ait kart bilgileri de kullanılabilir. Teknik açıdan buna engel teşkil eden durum yoktur ve hukuken ifanın (ödemenin) bu şekilde üçüncü kişinin kart bilgileri kullanılarak yerine getirilmesi mümkündür (TBK m. 40). Hatta e-ticaret kullanıcısı, başkasının kart bilgilerini kullanarak almış olduğu ürünü yine bir başkasının adresine teslim edilmesini de sağlayabilir. Örneğin (A)'nın, kendi adına kullanıcı kaydı bulunan bir e-ticaret sitesinde, (B)'nin kart bilgilerini kullanarak sipariş vermesi ve teslimat

adresi olarak (C)’nin adresini göstermesi mümkündür. Dikkat edilirse burada; sipariş veren, kart hamili ve alıcı başka başka kişilerden / kimliklerden oluşmaktadır. Bizce bu gibi durumlarda, üye işyeri tarafından düzenlenmiş bulunan üye işyeri kaydındaki veya mail order formundaki “alıcıya” ait (sipariş veren değil!) kimlik ve adres bilgileri ile taşıma firmasınca düzenlenmiş bulunan teslim belgesindeki “alıcıya” ait bilgilerin örtüşüp örtüşmediği incelenmeli ve bilgilerin örtüşmesi halinde üye işyeri kötüye kullanımdan ötürü sorumlu tutulmamalıdır. Zira çoğu zaman 3D Secure veya benzer bir denetim platformu kullanmakla yükümlü olmayan üye işyerinin, ödeme talimatının gerçekten yetkili hamil tarafından verilip verilmediğini denetleyebilmesi mümkün değildir. Ancak sipariş, mail order belgesinde belirtilen alıcıdan başkasına teslim edilmiş veya teslimat alıcıya imza karşılığında yapılmamışsa riziko üye işyerine yükletilebilir. Üye işyeri de daha sonra anlaşmalı olduğu taşıma firmasına yönelerek uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir.

Buna karşılık uygulamada, sözleşmeler aracılığıyla sipariş konusu malın “gerçek kart hamili”ne teslim edilme yükümlülüğü üye işyerlerine yüklenmektedir. Bu anlayışa göre, mesafeli işlemlerde kartın sahte olup olmadığı ve hamilin gerçek kart hamili olup olmadığı ancak teslimat sırasında anlaşılabileceğinden, mal veya hizmetin “gerçek hamile” teslim edilmesi, kart kuruluşlarının kontrollerinin dışında olup üye işyerlerine ait bir sorumluluktur<sup>920</sup>. Ancak belirttiğimiz gibi teknik olarak MO/TO işlemlerinde “kart hamili”, “sipariş veren” ve “alıcı” taraf aynı kişi olmayabilir. Bu nedenle, ödeme talimatının yetkili hamil tarafından verilip verilmediği, savunulanın aksine her zaman siparişin teslimi esnasında anlaşılmaz. Kaldı ki taşıma firmaları -kapıdan (kartlı) ödeme söz konusu değilse- teslim anında kart hamiline ait bilgileri değil, alıcıya ait bilgileri dikkate almakta ve kartın gerçekten yetkili hamil tarafından kullanılmış olup olmadığı bilgisini sorgulamamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce MO/TO işlemlerinde genel geçer olacak şekilde, sipariş verenle hamilin farklı kişiler olduğu hallerde kötüye kullanım rizikosunun üye işyerine yıkılması mümkün olmamalıdır. Ancak mutlaka bir genel riziko tahsisi olacaksa, bunun sistemin kurucusu olan kart kuruluşunun üzerine olması gerekir.

Buna karşılık üye işyeri sözleşmelerinde tam tersi bir eğilim söz konusu

<sup>920</sup> Bu hususta bkz. Topaloğlu, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, s. 435

olmakta ve hamil ile alıcının farklı olduğu hallerde riziko tamamen üye işyerine yıkılmaktadır. Özellikle kart kuruluşları tarafından hazırlanan sözleşmelerde, sipariş verenle hamilin farklı kişiler olması durumunda işlemin otorize edileceğinin, fakat işleme ait tüm rizikonun üye işyerlerine ait olacağının vurgulanması oldukça manidardır<sup>921</sup>. Bir taraftan bu gibi durumlarda otorizasyonu mümkün kılıp diğer taraftan rizikoyu üye işyerine yıkmak, çelişkili davranmama ilkesiyle de bağdaşmaz. Gerçi üye işyerleri, otorizasyon sürecinde kart kuruluşlarına yalnızca kart bilgilerini iletirler, buna karşılık sipariş verene ilişkin bilgileri (kimliği, adresi vs.) iletmezler. Ancak bu tür bilgi paylaşımlarını gerçekleştiren yazılımlar da dâhil olmak üzere tüm sistem altyapısını kurgulayıp işleten kart kuruluşlarının, sistemdeki bir boşluktan kaynaklanabilecek rizikoyu doğrudan üye işyerlerine aktarmaları da adil değildir. Kaldı ki üye işyerlerini 3D Secure sistemine zorlamakla bile bu riziko önemli oranda bertaraf edilebilecekken, kart kuruluşlarının bu uygulamayı işyerlerinin takdirine bırakmış olmaları, başlı başına kendilerini kusurlu olarak görmeye yetmelidir. Sonuç olarak bu ve benzer içerikteki klostları geçersiz kabul etmek ve yukarıda belirtmiş olduğumuz esaslar dairesinde kötüye kullanım rizikosunu ilke olarak kart kuruluşuna yüklemek, kendisine kusur isnat edilebilen hallerde ise üye işyerini de sorumluluğa dâhil etmek gerekir.

## **(2) Üye İşyeri Sözleşmelerinde 3D Secure veya Benzeri Bir Güvenlik Platformunun Zorunlu Tutulması Durumunda Sorumluluk**

Kart kuruluşları, üye işyeri sözleşmelerinde, işyerlerinin yalnızca 3D Secure ve benzeri güvenlik platformlarını kullanarak ödemeleri kabul etmelerini şart koşabilecekleri gibi, bu zorunluluğa uymayan üye işyerlerine kötüye kullanım

<sup>921</sup> QNB Finansbank Üye İşyeri Sözleşmesi m. 12/V: “MAIL ORDER işlemlerinde, ÜYE İŞ YERİ’nden mal ve hizmet alımında veya karşılıksız bağış işleminde bulunan kişiye ait bilgiler ile ÜYE bilgilerinde uyumsuzluk olması halinde, yapılan ödeme BANKA’ca reddedilmeyecektir. ÜYE İŞ YERİ, bu işlemle ilgili tüm sorumluluğun ve zararların tamamen kendisine ait olduğunu kabul eder. Daha sonra ÜYE tarafından bu hususta herhangi bir itirazda bulunulması halinde, ÜYE İŞ YERİ’ne bildirimde bulunarak ÜYE tarafından itiraz edilen meblağı, faiziyle birlikte ÜYE İŞ YERİ’nin BANKA nezdindeki hesabından alarak veya BANKA’daki herhangi bir hesabından veya sair hak ve alacağından nakden ya da hesaben ek talimata gerek olmaksızın takas ve mahsup ederek ÜYE’ye iade etmeye BANKA’nın tam yetkili olduğunu, hesapta para bulunmaması halinde BANKA’nın ilk yazılı talebinde 10. maddede belirtilen temerrüt faizi ve onun fon ve gider vergisi (BSMV Dahil) ile birlikte ödeyeceğini kabul eder...” Bkz. <https://www.qnbfinansbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=198508> (Son Erişim: 15.03.2017).

rizikosunu doğrudan yıkabilir.

Nitekim uygulamada birçok üye işyeri sözleşmesinde bu tür kayıtlar bulunur<sup>922</sup>. Hemen belirtelim ki üye işyerlerinin bu şekilde 3D Secure sistemini uygulamakla zorunlu tutulması hukuka aykırı olmayıp bu tür klozların içerik denetimine takılması da mümkün değildir. Çünkü kart kuruluşları, 3D Secure sistemini kullanma konusunda üye işyerlerini yükümlü kılabilir (Bkz. BKKKY m.27-A/VII). Ayrıca belirttiğimiz gibi, günümüz koşullarında hem altyapı hem de yıllık kullanım ücreti bakımından çok masraf gerektirmeyen 3D Secure platformunun kullanılmasının zorunlu tutulması, üye işyerlerinin ölçüsüz bir şekilde mağduriyetlerine sebep olmaz. Dolayısıyla bu tür klozlar geçerli kabul edilmeli ve zorunluluğa rağmen güvenlik platformuna katılımı sağlamayan üye işyerleri, kötüye kullanımdan dolayı sorumlu tutulmalıdır.

Bununla birlikte işlemde güvenlik platformu kullanılmasına rağmen kötüye kullanım gerçekleşmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda ters ibraz sürecine muhatap olan üye işyerlerinin, gerekli belgelerle birlikte işlemin 3D Secure kullanılarak gerçekleştiğini mutlaka kendi kart kuruluşlarına bildirmesi gerekir. Bu bilgi, mail order formunda bulunuyorsa ayrıca bir bilgilendirme yapılması gerekmez. Üye işyerleri, ters ibraz talebi üzerine yeterli bilgi ve belgeleri belirtilen sürede kart kuruluşuna verir ve yapılan inceleme sonucunda paylaşılan belgeler yeterli görülürse, artık kötüye kullanımdan dolayı sorumlu tutulamaz. Üye işyerlerinin yalnızca işlemin gereği olarak düzenlemek ve elinde bulundurmakla yükümlü oldukları belgeleri kart kuruluşlarıyla paylaşmaları, sorumluluktan kurtulmaları için yeterli olur<sup>923</sup>. Elinde bunlar dışında bir argüman bulunması mümkün olmayan üye işyerlerinden, diğer hususları, örneğin siparişi veren ile yetkili kart hamilinin fiilen aynı kişi olduğunu ispat etmesi beklenemez.

<sup>922</sup> Örneğin Akbank Üye İşyeri Sözleşmesi'nde "VIII. Akbank Sanal POS İşlemleri" başlığı altında düzenlenen 7. maddede bu tür bir kurala rastlanmaktadır. Buna göre: "*FİRMA, POS uygulamasında internet üzerinden alışveriş yapılırken, güvenli işlem yapılmasını teminen 3D Secure sistemini desteklemeyi taahhüt eder. Aksi takdirde 3D Secure olmayan işlemler için gelecek itiraz ve geri bildirimlerden (chargeback) FİRMA sorumlu olacaktır.*" [Bkz. <https://www.akbank.com/Documents/Sozlesmeler/2016.0819 MTB Uye Isyeri Sozlesme-si 2.pdf>. (Son Erişim: 27.12.2017)].

<sup>923</sup> Öğretide Pichler, 3D Secure öncesi dönemde kullanılan SET tecrübesi üzerinden aynı sonuca farklı bir yoldan ulaşmıştır. Yazara göre normal şartlar altında kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki hukuki ilişki alacak satımına dayanır ve kötüye kullanım durumunda, olmayan alacağı temlik eden üye işyerinin sorumluluğu üstlenmesi gerekir. Buna karşılık işlem, SET güvenlik platformu üzerinden gerçekleşmişse artık taraflar arasındaki ilişki soyut borç vaadine evrilir. Dolayısıyla bu durumda kötüye kullanım rizikosunu artık kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır (NJW 1998, s. 3239).

3D Secure sisteminin kullanıldığı hallerde, üye işyeri karşısında rizikoyu üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşu, ilk görünüş ispatından hareketle bu rizikoyu hamile yönlendirebilir. Gerçekten ispat bahsinde de ayrıntılı olarak görüleceği üzere, gizli kod (tek kullanımlık şifre) kullanılarak gerçekleşen işlemlerde, ödeme talimatının hamil tarafından verildiği veya hamilin ağır ihmal teşkil edecek derecede gizli kodu güvenli bir şekilde korumadığı hususunda bir ilk görünüş oluşur. Hamil, karşı ispat faaliyetleriyle ilk görünüşü sarsamazsa, ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulur. Şu halde son tahlilde, üç köşeli ilişkinin bütünü ele alındığında 3D Secure kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlardan dolayı kural olarak hamilin sorumlu tutulacağı söylenebilir.

## **VIII. EK KARTLA GERÇEKLEŞEN HARCAMALARDAN VE KÖTÜYE KULLANIMLARDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

### **A. Ek Kart Kavramı ve Konumuz Bakımından Önemi**

Bilindiği üzere kart sözleşmelerinin hemen hemen tamamında, kartın ilke olarak yetkili hamil tarafından kullanılması gerektiği vurgulanır. Bu konuya daha önce hamilin yükümlülükleri bahsinde değinmiştik. Oradaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, öğretide kartların aile üyeleriyle bile paylaşılmamasını savunan uç görüşler bulunur. Bu açıdan olası bir yükümlülük ihlalden ve sınırları belirsiz istenmeyen harcamalardan sakınmak isteyen hamilin, kartı ve PIN'i kullanması için bir başkasına vermek yerine, mevcut cari hesabı üzerinden limiti belirli bir ek kart çıkartması daha güvenli olur. Bunun için asıl kart hamilinin, ek kart çıkartılması hususunda kart kuruluşuna bir talimat vermesi yeterlidir<sup>924</sup>. Asıl kart hamili bu şekilde hesabı üzerinden ek kart çıkartmakla bir nevi hukuka uygun bir şekilde kartını kullanması için bir başkasına vermiş olur. Nitekim BKKKK m. 9/III “Kart

<sup>924</sup> Bu talimatın, kredi kartı sözleşmesi çerçevesinde verilen ve TBK m. 505 anlamında vekâletin nasıl icra edilebileceğine ilişkin bir talimat olduğu hususunda bkz. Şener, s. 561. Ayrıca ek kart çıkartılabilmesi için ek kart hamilinin illa ki asıl kart hamiliyle birlikte kart kuruluşuna gidip sözleşme imzalaması gerekmez. Zira asıl kart hamilinin tek taraflı talimatıyla da ek kart çıkartılabilir. BKKKK m. 9/III’te de “kart hamilinin talebi üzerine” demek suretiyle bu husus vurgulanmak istenmiştir (Bkz. Tüzemen Atik, TBBD 2014, Sayı: 114, s. 112). Buna karşılık, talimat üzerine kurulan ek kart ilişkilerinde, ek kart hamilinin, ek kart kendisine tevdi edilmeden önce kart kuruluşunca kaleme alınan genel işlem şartlarını imzalaması gerekir (Bkz. Şener, s. 561).

*hamilinin talebi üzerine, üçüncü kişiler adına asıl karta bağlı ve asıl kart limitini aşmamak kaydıyla ek kredi kartı düzenlenebilir”* demek suretiyle bu hususu vurgulamıştır<sup>925</sup>.

Kart kuruluşları bakımından ek kart uygulamasının cazip bulunmasının iki temel faktöre dayandığı söylenebilir. Bunlar: 1) Harcamaların tek bir cari hesap üzerinden işlemesi ve 2) Ek kartlardaki sorumluluk rejimi.

Gerçekten de hemen hemen bütün kart sözleşmelerinde, ek kartla yapılan harcamalardan dolayı asıl kart hamili ile ek kart hamili müteselsilen sorumlu tutulur<sup>926</sup>. Bu sorumluluk rejiminin, alacaklı konumunda bulunan kart kuruluşları bakımından önemli bir güvence teşkil ettiğinde şüphe yoktur. Bunun dışında, ek kartla gerçekleşen işlemlerin tek bir hesap üzerinden muhasebeleştirilmesi yine kart kuruluşlarına oldukça cazip gelmektedir. Burada ödemeye ehil olan aile üyesi veya işletme tarafından finanse edilen ek kart hamillerinin yapmış oldukları harcamalar, yeknesak bir karşılık hesabında toplanır, ancak bu harcamaların faturalandırılması ayrı yapılır<sup>927</sup>.

Bugüne kadarki rutin uygulama dikkate alındığında, kart kuruluşlarınca genellikle aile ve firma kartları olmak üzere iki tür ek kart çıkartıldığı gözlenmektedir<sup>928</sup>. Fakat uygulamada, daha fazla harcama yapılacağı endişesinden olsa gerek gerçek kişiler ek karta çok fazla rağbet göstermemektedir. Genellikle mali durumları sebebiyle yapacakları kart başvuruları reddedilmeye mahkûm olan kimseler ek karta ilgili duymakta ve bu imkân sayesinde ödeme gücü bulunan asıl kart hamili üzerinden kartlı ödeme sistemine katılma hakkını elde etmektedir. Kart kuruluşları da pazar paylarını büyötmek adına ücret almadan ya da uygun bir bedel

<sup>925</sup> Ek kartların asıl kartın numarasıyla aynı olacak şekilde çıkarılabileceği gibi, farklı numaralarla da çıkarılabileceği hususunda bkz. Michael Weller, **Das Kreditkartenverfahren: Konstruktion und Sicherung**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1986, ss. 124-125.

<sup>926</sup> Bkz. Canaris, N. 1631.

<sup>927</sup> Bu hususlarda bkz. Hammann, ss. 76-77; Taupitz, s. 198; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 141, N. 58; Martinek, ss. 93-94; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 54; Gößmann, **Rws-Forum 12**, Bankrecht 1998, s. 89.

<sup>928</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 141, N. 58; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 29; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 53; Gößmann, **Rws-Forum 12**, Bankrecht 1998, s. 89. Ancak BKKKK m. 9/III’ün lafzından da anlaşılacağı gibi, ek kartların mutlaka aile üyesi veya firma yetkilisi adına çıkartılması gerekli değildir. Asıl kart hamilinin isteği üzerine pekâlâ üçüncü kişiler adına da ek kart çıkarılabilir. Nitekim uygulamada da kart çıkaran kuruluşlar, herhangi bir yakınlık şartı aramadan ek kart çıkartma taleplerini kabul etmektedir (Bkz. Tüzemen Atik, TBBĐ 2014, Sayı: 114, s. 112).

karşılığında ek kart çıkarmak suretiyle hamillere bu imkânı tanımaktadır<sup>929</sup>.

Firma kartları bakımından, kart kuruluşunun akit partnerini ilk etapta işletme sahibi veya işletmeyi işleten şirket ya da tüzel kişilik oluşturur. Yani öncelikle işletme için bir kredi kartı cari hesabı açılması ve bu hesaba bağlı bir (asıl) firma kredi kartı çıkarılması gerekir. Daha sonra işletme, çalışanları için bir veya birden fazla (ek) firma kredi kartı çıkarabilir<sup>930</sup>. Ayrıca kartlar bilindiği üzere fiilen yalnızca gerçek kişilerce kullanılabilir. Bu nedenle firma için çıkarılacak olan kartların gerçek kişiler adına düzenlenmesi uygun olur. Buna karşılık bedel ilişkisinde borçlunun niteliği bakımından böyle bir sınırlama getirilemez ve bir tüzel kişi de bu ilişkide borçlu olarak boy gösterebilir<sup>931</sup>. Bu sebeple uygulamada firma kredi kartları hem kişi adına hem de kurum adına çıkartılabilmektedir. Kişi adına çıkarılan firma kartlarında yalnızca sorumlu olan firmanın değil, kartı kullanma yetkisi bulunan kişinin (temsilcinin) adı da kart üzerine yazılır ve kart yalnızca bu kimse tarafından kullanılır. Buna karşılık “beyaz firma kredi kartları” olarak bilinen kartlarda, kartın üzerinde yalnızca firmanın adı bulunur ve kart firmayı temsil etme yetkisini haiz kişi veya kişilerce kullanılabilir. Bu tür kartlarda, kartı kullanmaya yetkili olan kişiler karttan anlaşılamasa da kart sözleşmelerinde temsil ilişkisi hakkında bilgi verilir ve kimlerin kartı kullanmakla yetkili olduğu belirtilir<sup>932</sup>. Firma kartları ister beyaz firma kartı olarak isterse de belli bir kişiye bağlı olarak çıkarılmış olsun, asli ve bireysel kart niteliğindedir. Buna karşılık sözleşmede kararlaştırılan özel kural uyarınca, yapılan harcamalar nedeniyle firma ve temsilci müteselsil olarak sorumlu tutulur. Firma kartın çıkarılmasından sonra aynı cari hesap üzerinden bir başka kart daha çıkarılırsa artık bu ikinci kart, ek kart niteliğini taşır<sup>933</sup>. Asli ve ek firma kartları kullanıldığında, işleme ilişkin borç kaydı, işletme sahibinin / işletmenin bakiyesine yazılır. İşlemlerin tek bir hesap üzerinden gerçekleşmesi hem kartların kullanılmasına ilişkin masraf tazminatlarının hesaplanmasını kolaylaştırır hem de işletmesel masraflar ile özel masrafların daha iyi ayırt edilebilmesini sağlar. Bunun dışında, firma kartları, çalışanların “işletmesel masraflar” için kendi ceplerinden

<sup>929</sup> Bkz. Tüzemen Atik, TBBD 2014, Sayı: 114, s. 121.

<sup>930</sup> Bkz. Hammann, s. 77; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. Vor §675f ff., N. 29.

<sup>931</sup> Bkz. Weller, s. 125.

<sup>932</sup> Bu hususlarda bkz. Alfred Keller, **Kreditkarten**, Verlag Rüegger, Diessenhofen, 1981, s. 29; Çeker, ss. 41-42.

<sup>933</sup> Bkz. Teoman, s. 53-55; Tüzemen Atik, TBBD 2014, Sayı: 114, s. 115.



nakit harcama veya şahsi kredi kartlarını kullanma zorunluluğunu ortadan kaldırarak onlar açısından da avantajlı bir durum sağlar<sup>934</sup>.

Aynı esaslar aile kartlarının çıkarılması bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla öncelikle aile üyelerinin birinin adına asıl kart çıkartıldıktan sonra, bu cari hesap üzerinden diğer birey ya da bireylere ek kart çıkartılır ve tüm bu kartlarla yapılan harcamalar bakımından kart kuruluşu nezdinde yeknesak tek bir hesap işletilir<sup>935</sup>.

Ek kart uygulamalarının konumuz bakımından arz ettiği önem, tek bir hesap üzerinden birden fazla kart işletilmesi ve aynı hesap üzerinde birden fazla hamilin harcamaya yetkili olması nedeniyle kötüye kullanım rizikosunda bir artışın söz konusu olabilmesidir. Buna karşılık tek bir hesaba bağlanan hamil sayısının artması, olası kötüye kullanımlara karşı müdahalede bulunabilecek kullanıcı sayısının da arttığı anlamına gelir. Bu durum kötüye kullanım rizikosunu görece olarak düşürdüğünden, riziko değeri bakımından optimal bir dengenin kurulduğu söylenebilir. Nitekim uygulamada kart kuruluşları bu nedenden ötürü de asıl kartlara nazaran aile veya firma (ek) kartlarını ücretsiz olarak veya cüzi bir miktar karşılığında çıkarmaktadır<sup>936</sup>.

Burada son olarak ek kart hamilinin, kart henüz kendisine teslim edilmeden önce kart kuruluşları tarafından hazırlanan genel işlem şartlarını imzalaması gerektiğini belirtmek gerekir<sup>937</sup>. İmzayla birlikte, ek kart hamili ve kart kuruluşu arasında -vekâlet, havale, cari hesap sözleşmesi hükümlerine tabi- kendine özgü bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur<sup>938</sup>.

<sup>934</sup> Bkz. Hammann, s. 77; Taupitz, s. 198.

<sup>935</sup> Bkz. Hammann, s. 77; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 53.

<sup>936</sup> Bkz. Taupitz, s. 199.

<sup>937</sup> Bkz. Hammann, s. 77.

<sup>938</sup> Bkz. Şener, s. 561. Öğretide, ek kart çıkarmanın birden fazla yöntemle gerçekleştirilebileceği, hatta bu sözleşmelerin üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde kurulabileceği de belirtilir [Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 141, N. 58]. Ancak ek kart hamilinin başlangıçta asıl kart hamili ile birlikte kredi kartı sözleşmesine imza attığı veya sonradan ayrı bir ek kart sözleşmesiyle sisteme dâhil olduğu dikkate alındığında, kendisini asıl kart hamili ile kart kuruluşu arasındaki ilişkide üçüncü kişi olarak konumlamak pek mümkün olmaz. Olsa olsa ek kart hamilinin sözleşmeye imza atmaksızın, yalnızca asıl kart hamilinin kart kuruluşuna vermiş olduğu talimatla sisteme katıldığı hallerde, TBK m. 129 anlamında üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilebilir. Ancak bu tür katılımlar bakımından da ek kart hamilinin, ek kart kendisine teslim edilmeden önce genel işlem koşullarına imza atması gerekeceğinden, üçüncü kişi yararına sözleşme teorisi tartışılmalı hale gelir.

## **B. Ek Kartla Gerçekleşen Harcamalar ve Otorizasyonsuz Ödemeler Sebebiyle Asıl Kart Hamilinin Sorumlu Tutulması**

BKKKK'da ek kartla gerçekleşen işlemlerde, masraf tazminatından kimin / kimlerin sorumlu tutulacağına ilişkin özel bir kural getirilmemiştir. Çok az sayıdaki firma kredi kartı sözleşmelerinde, ek kartla gerçekleşen işlemler sebebiyle yalnızca asıl kart hamili sorumlu tutuluyor olsa da genel eğilim asıl kart hamili ile ek kart hamillerini müteselsilen sorumlu tutma yönündedir<sup>939</sup>.

Kart sözleşmeleriyle asıl kart hamilinin bu şekilde müteselsil sorumlu tutulması, asıl kart hamili, ek kart hamilini kendisi seçtiği ve bu seçim sebebiyle doğacak rizikoları taşımak zorunda olduğunu baştan kabul ettiği için iktisadi açıdan da uygun ve yerindedir. Ayrıca kart kuruluşu ek kart çıkartacağı zaman, asıl kart hamilinin gelir durumuyla ilgili bir takım şartları karşılamasını beklerken, ek kart hamili açısından böyle bir beklenti içine girmez. Dolayısıyla, kart kuruluşu için ek kart hamilinin kredibilitesi, asıl kart hamilinkine nazaran daha az önem teşkil eder<sup>940</sup>. Bu perspektiften bakıldığında, ek kart uygulamalarında ek kart hamilinin, asıl kart hamilinin ödeme gücünden yararlanarak menfaat devşirdiğini söylemek yanlış olmaz. Diğer taraftan ulaşılan nihai sonuç, başkasına kart vererek yardımda bulunmak isteyen asıl kart hamilinin de menfaatine olduğundan, asıl kart hamilini - gerek münferit gerekse de müteselsil olarak- sorumlu tutan kayıtlar hukuken geçerli kabul edilir<sup>941</sup>.

Asıl kart hamilinin, ek kart hamilinin yapmış olduğu işlemlerden doğan sorumluluğu, ek kart sözleşmesini feshetmesiyle birlikte son bulur. Normalde asıl kart hamilinin kart kuruluşuna yapacağı tek taraflı bildirimle fesih gerçekleşir. Fakat kart sözleşmesinde, temsil hukukundaki kuraldan esinlenilerek ek kartın kart kuruluşuna geri gönderilmesi şartıyla feshin etkili olacağı hususu kararlaştırılabilir (TBK m. 44). Bu takdirde, ek kart geri gönderilmediği sürece sözleşme sona ermiş

<sup>939</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 29.

<sup>940</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 29.

<sup>941</sup> Bu hususlarda bkz. Hammann, s. 78; Taupitz, s. 200; Şener, ss. 562-563; Weller, s. 127; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 141, N. 59; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 108.

sayılmaz<sup>942</sup>.

Fesih prosedürü dışında asıl kart hamili, ek kartın zilyetliğinin yitirilmesi sebebiyle ek kartı veya ek kartın bağlı olduğu hesabın blokesini de sağlayabilir. Bu durumda, fesihten bağımsız olarak yine sorumluluğunun sona erdiği kabul edilmelidir<sup>943</sup>. Bu şekilde kayıp- çalıntı bildiriminde bulunan asıl kart hamilinin sorumluluğunun sona ermesini doğal karşılamak gerekir. Çünkü ek kart, vekâlet sözleşmesi kapsamında asıl kart hamilinin bankaya vermiş olduğu talimat üzerine çıkartılır. Asıl kart hamilinin bu talimatı TBK m. 512 uyarınca her zaman geri alabilmesi mümkündür. Bu geri alma beyanı, açık olabileceği gibi, kayıp- çalıntı bildiriminde olduğu gibi zımni de olabilir<sup>944</sup>. Ancak kayıp bildirimleri bakımından, asıl kart hamilinin sorumluluktan kurtulabilmesi için kartın gerçekten kaybolması gerekir. Eş söyleyişle, asıl kart hamili, aslında ek kartın kaybolması gibi bir durum söz konusu olmamasına rağmen, sanki kart kaybolmuş gibi bildirimde bulunarak ek kart hamilinin kartı kullanma hakkını elinden alamaz. Kaldı ki asıl kart hamilinin salt bildirimle ödeme yükümlülüğünden kurtulması, kart sözleşmelerinde feshin etkili olabilmesi için aranan ek kartın geri gönderilmesi şartını da işlevsiz hale getirebilir<sup>945</sup>.

Sonuç olarak asıl kart hamilinin ek kart işlemlerinden dolayı sorumluluğu, prensipte hukuka uygun olarak yapmış olduğu fesih veya blokaj bildirimiyle sona ermektedir.

Ek kartın otorizasyonsuz ödemelere konu olmasında ise, özellikle üçüncü kişilerce gerçekleşen kötüye kullanımlarda, prensip olarak asıl kartlar açısından izlenen yöntem geçerliliğini korur. Bu açıdan ek kart hamili, kartın ve gizli kodun kullanılmasında, asıl kart hamilinin bağlı olduğu kanundan veya sözleşmeden

---

<sup>942</sup> Alman uygulamasında ezelden beri kabul gören anlayışa göre, asıl kart hamilinin ek kart hamilini kartı kullanmaktan men etmesi, onu tek başına sorumluluktan kurtarmaya yetmez. Bunun için, asıl kart hamilinin ayrıca ek kartı kart kuruluşuna teslim etmesi gerekir [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor §675f ff., N. 31]. Keza bunun dışında, firma kart sözleşmelerinde asıl kart hamiline, ek kart hamilinin firma ile ilişkisinin kesilmesi halinde durumu kart kuruluşuna bildirme külfeti de getirilebilir. Burada ek kart hamilinin mali durumunun ve kredibilitesinin değişmesi söz konusu olacağından, yapılacak olan bildirimde kart kuruluşunun meşru menfaati bulunur. Bu nedenle, firmanın bildirim külfetini ihlal etmesi durumunda, daha sonra yapılan harcamalardan ötürü kendisini müteselsil sorumlu tutan klozları geçerli kabul etmek gerekir [Bu yönde bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 108].

<sup>943</sup> Bkz. Taupitz, s. 201; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 142, N. 59.

<sup>944</sup> Bkz. Şener, s. 563.

<sup>945</sup> Bkz. Taupitz, ss. 201-202.

kaynaklanan özen yükümlülüklerine aynı şekilde uymakla mükelleftir<sup>946</sup>. Her ne kadar ek kart hamilinin en son ihtimalde kartını teslim alırken kart kuruluşuyla münferit bir sözleşmeye imza atması gerekse de, en azından özen yükümlülüklerine uyma noktasında asıl kart hamiliyle arasında TBK m. 116 anlamında bağımlı bir ilişkinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Zira ek kart hamilini bulan ve vermiş olduğu izinle / talimatla onu kredi kartı sistemine dahil eden asıl kart hamilinin, bu sorumluluktan kaçamaması gerekir. Şu halde yükümlülükler uyma konusunda (kayıp bildiriminde bulunma dâhil) ek kart hamilinin sergilediği ihmali tutumlar, TBK m. 116 anlamında asıl kart hamilinin ihmali olarak görülmelidir. Aksi kanıtla, kayıp ihbarında bulunan ek kart hamilinin, asıl kart hamilini bildirimde bulunma yükümünden ve buna bağlı olarak kötüye kullanım sorumluluğundan kurtardığını kabul etmek gerekir<sup>947</sup>. Ancak belirttiğimiz gibi ek kart hamili, özen yükümlülüklerine aykırı hareket eder ve bu sebeple kötüye kullanım gerçekleşirse asıl kart hamili, kart kuruluşunun TBK m. 116 kapsamında kendisine başvurmasına engel olamaz<sup>948</sup>. Kart kuruluşunun talebi üzerine, asıl kart hamili bu zararı gidermek durumunda kalır; fakat daha sonra ödemiş olduğu tutarı iç ilişkide ek kart hamiline kusuru oranında rücu edebilir<sup>949</sup>.

Asıl kart hamilinin kötüye kullanmadan kaynaklanan sorumluluğunun belirlenmesinde, kötüye kullanılan kartın aile tipi mi yoksa firma tipi ek kart mı olduğu önem arz eder.

Aile tipi ek kartların kötüye kullanılmasında, asıl kart hamili yine BKKKK m. 12 kapsamında sorumlu tutulur. Daha önce bu kural ayrıntılı olarak tanıtılmış ve iki ihtimal üzerinden sorumluluğun belirleneceği ifade edilmişti. Şimdi bu ihtimalleri kısaca ek kartlara uyarlamaya çalışalım: İlk ihtimalde ek kart hamili, hafif ihmali sebebiyle veya hiçbir kusuru olmaksızın kartın zilyetliğini yitirmiş ya da gizli kodu

<sup>946</sup> Bkz. Gößmann, **Rws-Forum 12**, Bankrecht 1998, s. 89.

<sup>947</sup> Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 109.

<sup>948</sup> Bu hususta bkz. Şener, s. 568.

<sup>949</sup> Bkz. Taupitz, ss. 200-201. Normal şartlar altında kart kuruluşu, müteselsil sorumluluğun sonucu olarak borç konusu miktarın tamamını tek bir seferde asıl kart hamilinden veya ek kart hamilinden talep edebilir (TBK m. 162/I). Aynı durum ek kartın kötüye kullanılmasında, ek kart hamilinin ihmalinin bulunması durumunda da geçerlidir. Buna karşılık her ne kadar kötüye kullanımdan asıl kart hamili ile birlikte ek kart hamili müteselsilen sorumlu olsa da çoğu zaman kart kuruluşu uğramış olduğu zararlardan dolayı ödeme gücü yerinde olan asıl kart hamiline başvuracaktır (Bkz. Şener, s. 568). Asıl kart hamilinin zararı karşılaması, ek kart hamilinin kart kuruluşuna karşı olan sorumluluğunu da sona erdirir (TBK m. 163/II). Zararı karşılayan asıl kart hamili, yukarıda da belirtildiği gibi iç ilişkide bunu ek kart hamiline rücu edebilir. İç ilişkide gerçekleşen bu denkleştirme işlemi, TBK m. 167 kuralındaki ilkelere göre yapılır.

güvenli bir şekilde koruyamamış ve bu nedenle kötüye kullanım gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda asıl kart hamili, ek kart hamiliyle birlikte blokaj bildiriminden önceki 24 saatlik süre içerisinde gerçekleşen zararlardan ötürü kusursuz ve sınırlı olarak sorumlu tutulur. Bu zaman diliminden önceki süreçte gerçekleşen zararlar bakımından, genel sorumluluk prensiplerine göre ve diğer ödeme sistemi katılımcılarının tutumları da dikkate alınarak riziko dağılımı gerçekleşir. Bildirimden sonra gerçekleşen zararlar bakımından ise sorumluluk tamamen kart kuruluşuna ait olur. İkinci ihtimalde kötüye kullanım, ek kart hamilinin yükümlülüklerini ağır ihmalde veya kasten ihlal etmesinden ya da blokaj bildirimini yapmamasından kaynaklanmış olabilir<sup>950</sup>. Bu durumda artık asıl kart hamilinin tüm zararı karşılaması gerekir.

Buna karşılık kurumsal (firma) kartların kötüye kullanılmasında asıl kart hamilinin sorumluluğu bakımından BKKKK m. 12 kuralı doğrudan uygulanamayacaktır. Çünkü BKKKK m. 43'te, firma kartları söz konusu olduğunda BKKKK m. 12 kuralının devre dışı kalacağı açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle firma ek kartlarının kötüye kullanıldığı hallerde, kart sözleşmeleriyle aksi kararlaştırılmadığı sürece hamilin kusursuz ve sınırlı sorumluluk imkânından yararlanması mümkün değildir. Bu noktada asıl kart hamilinin sorumluluğu, sözleşmelerde belirlenen ilkeler veya bu hususta herhangi bir belirleme söz konusu değilse genel hükümler (kusur sorumluluğu) çerçevesinde belirlenir.

Bunun dışında asıl kart hamili, ek kart hamilini kartı kullanmaktan men etmiş, durumu kart kuruluşuna bildirmiş, fakat ek kart hamili kartı geri göndermemiş, hatta kart kendisi tarafından kötüye kullanılmış olabilir. Bu gibi hallerde asıl kart hamilinin, ek kartın kötüye kullanılmasından ötürü sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunu ayrıca ele almak gerekir. Sözleşmenin feshi veya asıl kart hamilinin sorumluluğunun kalkması için ek kartın iadesi şartı aranmayan hallerde asıl kart hamili, ek kart çıkarması için vermiş olduğu talimatı, blokaj bildirimini yoluyla her zaman geri alabilir. Bildirimi öğrenen kart kuruluşunun derhal ek kartın kullanılmasını önleyici tedbirleri alması gerekir. Aksi halde bildirimden sonra gerçekleşen işlemler (dolayısıyla kötüye kullanımlar) nedeniyle asıl kart hamili

<sup>950</sup> Ek kart uygulamalarında bu tür koruyucu bildirimleri hem asıl kart hamili hem de ek kart hamili yapabilir. Zira müteselsil sorumlulukta, sorumluluğu belirleyen yükümlülüklerin yerine getirilmesinde borçluların birbirinden bağımsız olarak hareket edebilmeleri gerekir.

sorumlu tutulamaz ve kötüye kullanım rizikosunu tamamen kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır<sup>951</sup>.

Buna karşılık kart sözleşmelerinde, daha önce de belirttiğimiz gibi ek kartın geri gönderilmesi durumunda feshin geçerli olacağı ve asıl kart hamilinin sorumluluğunun sona ereceği hususu kararlaştırılmış olabilir. Öğretide bir görüşe göre, kartın geri gönderilmemesi ve ek kart hamilince kötüye kullanılmış olması durumunda, asıl kart hamili ile ek kart hamili arasında söz konusu olan ve iç ilişkiye dâhil olan kötüye kullanım rizikosunu prensipte kart kuruluşuna yüklememek gerekir. Asıl kart hamilinin, ek kartın kullanılmasını men ettiğini kart kuruluşuna bildirmesinden sonra, kart kuruluşunun yine de kötüye kullanımları önleyici tedbirleri alması isabetli olur. Bu açıdan men bildirimini alan kart kuruluşu, ek kartı hemen yazılı ve elektronik ortamda tutulan blokaj listelerine ekleyebilir. Ancak bu görüşe göre, kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla yapılan kayıp- çalıntı bildirimlerinde olduğu gibi, asıl kart hamilinin sorumluluğunun kart kuruluşuna yapmış olduğu bildirimle sona erdiğini ve kötüye kullanım rizikosunun tamamen kart kuruluşuna geçtiğini söylemek iki nedenden ötürü güçleşir. Birincisi, ek kart sözleşmesinin feshinin taraflarca ek kartın iadesi şartına bağlanmış olmasıdır. Bu noktada blokaj bildirimini, ek kart çıkartılması talimatının örtülü olarak geri alınması sonucu doğurmaz. İkincisi ve daha önemlisi bu gibi hallerde blokaj bildiriminin konusunun, tipik kötüye kullanımlardan farklılık arz etmesidir. Zira asıl ve ek kart hamilleri arasında gerçekleşen bu tür uyuşmazlıklarda, kaybolan veya çalınan kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasında olduğu gibi hamilin olaya müdahale edememesi gibi bir durum söz konusu değildir. Bilakis burada asıl kart hamili, ek kartın geri verilmesini sağlamak bakımından kart kuruluşuna nazaran daha elverişli olanaklara sahiptir. Ayrıca bu ihtimalde kötüye kullanım faili bizzat asıl kart hamili tarafından öyle ya da böyle önceden seçilip sisteme sokulmuştur. Dolayısıyla kartın, ek kart hamili tarafından kötüye kullanılmasından ötürü, asıl kart hamili -bildirime rağmen- sorumlu tutulmaya devam etmelidir<sup>952</sup>. Burada ek kartın kaybolması veya çalınması gibi bir durum söz konusu olmadığından, asıl kart hamilini BKKKK m. 12/I kapsamında değil<sup>953</sup>, genel

<sup>951</sup> Bu hususta bkz. Şener, s. 570.

<sup>952</sup> Bu görüş için bkz. Taupitz, ss. 202-203; Şener, ss. 569-570.

<sup>953</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, Vor

hükümler kapsamında sorumlu tutmak icap eder. Bir başka ifadeyle anılan görüş kabul edildiğinde asıl kart hamili, koşulları sağlamış olsa bile sınırlı sorumluluk imkânından yararlanamaz.

Kanaatimizce, ek kartın iadesinin şart olduğu hallerde ve ek kart hamilinin kartı geri göndermede imtina etmesi durumunda, her ne kadar sözleşme henüz feshedilmemiş sayılsa da ek kartın kötüye kullanılması ihtimali belirmiştir. Bu nedenle anılan görüşün aksine, asıl kart hamilinin bildirimiyle birlikte kart kuruluşunun kartı bloke etmesi gerekir. Bu açıdan bize göre meselenin yalnızca iç ilişkiyi ilgilendirdiği ve asıl kart hamilinin ek kartın kullanılmaması konusunda kart kuruluşuna nazaran daha etkin rol oynadığı söylenemez. Gerçekten de bu gibi hallerde ek kartın kötüye kullanılma ihtimali belirlediğinden artık sorun iç ilişkiyi aşmakta ve sistem güvenliğini riske sokmaktadır. Dolayısıyla asıl kart hamilinin ek kartın kullanıldığı men ettiğini kart kuruluşuna bildirmesini, BKKKK m. 16 anlamında blokaj bildirimi gibi yorumlamak daha doğru olur. Kaldı ki düzenleme kapsamında hamil sadece kartın kaybolması veya çalınması durumunu değil, iradesi dışında gerçekleşmiş olan herhangi bir işlemi de bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Hatırlanacağı üzere, hamilin kötüye kullanım şüphesine düştüğü her durumda blokaj bildiriminde bulunması icap eder<sup>954</sup>. Şu halde, ek kartın kullanılmasını men eden asıl kart hamilinin de kötüye kullanım şüphesiyle durumu kart kuruluşuna bildirdiği kabul edilmeli ve kart kuruluşu bu bildirim üzerine ek kartın iadesi şartını aramadan kullanılmasını önlemekle yükümlü olmalıdır.

Bununla birlikte, fesih, blokaj bildirimi veya ek kartın kullanılmasının men edilmesi söz konusu değilse, ek kartın, asıl kart hamilinin vermiş olduğu talimata aykırı kullanıldığı tüm hallerde asıl kart hamilini sorumlu tutmak gerekir. Gerçekten de talimata aykırı kullanımlarda ek kart hamilinin yapmış olduğu harcamalara, onu seçen asıl kart hamili vesile olduğundan, TBK m. 116'dan hareketle bunlardan yine kendisini sorumlu tutmak isabetli olur<sup>955</sup>. Kart kuruluşu ile ek kart hamili arasındaki ilişkiye nazaran, asıl kart hamili ile ek kart hamili arasında daha sıkı bir güven ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle ek kart hamili, asıl kart hamiliyle yapmış olduğu anlaşmaya aykırı bir biçimde kartı kullandığında, dış ilişkide ortaya çıkan finansal

---

§675f ff., N. 31.

<sup>954</sup> Bkz. Yuk. IV, C, 2, e.

<sup>955</sup> Burada da tipik anlamda kötüye kullanım söz konusu olmadığından, asıl kart hamili BKKKK m. 12/I'deki sınırlı sorumluluk imkânından yararlanamaz.

zararları kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalmamalı ve talimata aykırı harcamalardan ötürü dış ilişkide asıl kart hamili sorumlu tutulmalıdır<sup>956</sup>. Asıl kart hamili şüphesiz üstlenmek zorunda kaldığı bu sorumluluğu, daha sonra iç ilişkide ek kart hamiline rücu edebilir<sup>957</sup>. Yine asıl kart hamili, biraz önce de belirttiğimiz gibi ek kart sözleşmesini feshederek veya ek kartın kullanılmasını men ettiğini kart kuruluşuna bildirerek daha sonra gerçekleşmesi muhtemel rizikolardan da korunabilir.

### **C. Ek Kartla Gerçekleşen Harcamalar ve Otorizasyonsuz Ödemeler Sebebiyle Ek Kart Hamilinin Sorumlu Tutulması**

Birçok kart sözleşmesinde öngörüldüğü üzere, ek kart hamilinin yapmış olduğu harcamalar nedeniyle asıl kart hamiliyle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmasında kural olarak herhangi bir sakınca bulunmaz. Ancak aile kartlarında bu kural, ek kart hamilinin kartı temel ihtiyaçları karşılamasında istisnasız olarak uygulanabilirken<sup>958</sup>; firma kartlarında yalnızca ek kart hamilinin şahsi harcamalarıyla sınırlı olarak uygulanabilir<sup>959</sup>. Çünkü sadece bu gibi hallerde, kart kuruluşunun vermiş olduğu krediyi bilfiil kullanan borçluya (ek kart hamiline) başvurmasında haklı bir menfaati bulunduğu kabul edilir<sup>960</sup>.

Buna karşılık işletme için yapılan harcamalar sebebiyle firma ek kart hamilini müteselsil olarak sorumlu tutmak adil bir tutum olmaz. Çünkü firma çalışanının işletmeye karşı iş akdiyle bağımlı olması, ek kart kullanıp kullanmama konusunda gerçek anlamda bir tercih hakkına sahip olmasını engeller<sup>961</sup>. Dolayısıyla işletme giderleri için firma kartı kullanmak zorunda olan çalışandan, borcun işletme tarafından ödenmemesi rizikosunu taşıması beklenmemelidir. Bu sonucu meşru kılan birçok gerekçe ileri sürülebilir. Şöyle ki; bilindiği üzere firma ek kartları, işletmeyi

<sup>956</sup> Bkz. Taupitz, s. 202.

<sup>957</sup> Bkz. Taupitz, s. 202; Şener, s. 562.

<sup>958</sup> Bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 112.

<sup>959</sup> Firma kartlarındaki özellikli durum için bkz. Weller, ss. 132-133.

<sup>960</sup> Bkz. Taupitz, ss. 203-204; Martinek, s. 94; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 111. Yeri gelmişken işletmelerin çalışanlarına firma harcamaları için ek kart çıkartabileceği gibi, kendi şahsi harcamaları için de ek kart çıkartabileceğini belirtelim (Bkz. Şener, s. 561). Bu nedenle firma tipi ek kartlardan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, şahsi harcamalar ile firma harcamaları arasında bir ayırım yapmak kaçınılmaz olur.

<sup>961</sup> Bkz. Taupitz, s. 204.



ilgilendiren harcamalar için kullanıldığında, işlem tutarı (masraf tazminatı) firma tarafından karşılanır. Fakat firma ödeme güçlüğü içine düştüğünde kart kuruluşu, masraf tazminatını çalışandan elde etme yolunu deneyerek işletmenin aczinden doğan rizikoyu üstünden atmaya çalışabilir. Gerçi işletme çalışanı, işletme ile ilgili masrafları kendi malvarlığından nakit veya çekle karşıladığı takdirde de işletmenin borcu ödememesine ilişkin rizikoyu belli bir oranda üstlenmiş olur. Ancak çalışan bu ihtimalde hiç olmazsa işverenden önceden masraf avansı (Spesenvorschüssen) talep etmek veya yapmış olduğu masrafları derhal işletmeden tahsil etmek suretiyle acz rizikosunu azaltabilir veya devre dışı bırakabilir. Oysaki kredi kartıyla gerçekleşen harcamalarda, takaslaşmanın dönemlik olması sebebiyle kart kuruluşuna ödeme belirli bir zaman sonra yapılır ve bu süreçte işverenin acze düşme rizikosu daha da artabilir. Ayrıca firma kartlarıyla yapılan harcamalarda, çalışanın masraf avansı talep etme gibi bir imkânı da bulunmaz. Bunun dışında firma kartlarında, kart kuruluşunun akit partneri olan işletmeyi kendisinin araştırdığı ve onun kredibilitesini test ettiği de dikkatlerden kaçmamalıdır. Tüm bu hususlar göz önünde tutulduğunda, kart kuruluşunun, kredibilite denetimine tabi tutmadığı firma ek kart hamilini de facto “teminat veren” olarak değerlendirip firmanın acziyle birlikte doğrudan kendisine yönelememesi gerekir. Diğer bir deyişle nihai olarak acz rizikosu, kart kuruluşunun üzerinde kalmalıdır. Bu sebeple, işletme yararına yapmış olduğu harcamalardan dolayı firma ek kart hamilini sorumlu tutan kayıtları, kendisine büyük zorluklar getirmesi sebebiyle TBK m. 25 kapsamında geçersiz kabul etmek gerekir<sup>962</sup>.

<sup>962</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. Taupitz, ss. 205-206. Yine işletme yararına yapılan harcamalardan dolayı firma kartı hamilini müteselsilen sorumlu tutan klozlar, şaşırtıcı olarak değerlendirilerek yazılmamış da sayılabilir (TBK m. 21/II). Burada asıl problem, ek kartla yapılan harcamaların hangisinin işletme yararına hangisinin ek kart hamili yararına olduğunun saptanmasında karşımıza çıkar. Zira kart kuruluşu veya üye işyeri, kartla gerçekleşen ödemenin işletmeye mi yoksa firma kart hamilinin kişisel kullanımına mı hizmet ettiğini araştırmakla yükümlü değildir (Bkz. Hammann, ss. 80-81). Bu sorun ancak ek kart hamiline iki kart verilerek ve bu kartlardan birini kendi harcamaları için kullanması, diğerini de işletme harcamaları için kullanması sağlanarak çözülebilir [Bu yönde bkz. Şener, s. 565, özellikle dn. 228; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 112]. Buna karşılık Tüzemen Atik, ek kart hamilinin sorumluluğu bakımından, aile tipi ek kartlar ile firma tipi ekler arasında ayırım yapılmasının ek kart uygulamasının ruhuyla bağdaşmadığını iddia ederek, firma kart hamilinin yapmış olduğu harcamaların işletmesel mi yoksa şahsi bir harcama mı olduğu konusunun iç ilişkiyi ilgilendirdiğini, bu nedenle dış ilişkide firma ek kart hamilinin de yapmış olduğu tüm harcamalardan ötürü müteselsilen sorumlu tutulacağını savunur (TBBD 2014, Sayı: 114, ss. 133-134). Ancak yazarın bu muhalefeti karşısında ister istemez şu soru akıllara gelmektedir: Firmanın aczi durumunda, kartla yapılmış olan tüm işletmesel harcamalardan ötürü firma kart hamilini müteselsil sorumlu tutmak, ek kart uygulamasının ruhuyla bağdaşmakta mıdır? Bu soruya olumlu cevap vermek, bir anlamda ek kart hamilinin, asıl kart hamilinin (yani firmanın) yapmış olduğu harcamaları üstlenmesi anlamına gelir ki, birazdan da görüleceği üzere bu sonucu kabul etmek mümkün değildir.

Ek kartın otorizasyonsuz ödemelere konu olması durumunda, ek kart hamilinin sorumluluğu bahsinde yukarıda bahsedilen prensipler aynen geçerlidir. Dolayısıyla, aile tipi ek kartların üçüncü kişilerce kötüye kullanılması durumunda, ortaya çıkan zararlardan ötürü ek kart hamilinin, asıl kart hamiliyle birlikte müteselsilen sorumlu olacağı sözleşmeyle kararlaştırılabilir.

Firma ek kart hamilinin ise işletme menfaatini gözetenek gerçekleştirmiş olduğu masraflardan ötürü müteselsilen sorumlu tutulmaması gerektiğinden bahsettik. Bu sonucu, ek kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması bakımından da geçerli kabul etmek gerekir. Gerçi kötüye kullanımdan kaynaklanan zararlar, firma harcamalarında olduğu gibi doğrudan işletme “menfaatinin” sağlanmasına yönelik bir iradeye dayanmaz, ancak işin doğası gereğİ işletme menfaatleri için kullanılan firma kartlarının, bu menfaatler kapsamında kötüye kullanım rizikosunu da bünyesinde barındırdığı kabul edilir. Bu nedenle, firma kartının üçüncü kişilerce kötüye kullanılması rizikosunu işletme taşımalıdır. Ancak ek kart hamili, kartı özensiz bir şekilde kullanarak bağılı olduğu iş görme sözleşmesini ihlal ederse kart kuruluşunun zararını karşılayan işletme, iç ilişkide bunu hiç kuşkusuz ek kart hamiline rücu edebilir<sup>963</sup>.

#### **D. Asıl Kartla veya Diğer Ek Kartlarla Gerçekleşen Harcamalar ve Otorizasyonsuz Ödemeler Sebebiyle Ek Kart Hamilinin Sorumlu Tutulamaması**

Ek kart sözleşmelerinde, asıl kartla gerçekleşen ödemelerden dolayı ek kart hamilinin de sorumlu olacağı şeklinde genel işlem koşulu şeklindeki kayıtlarla karşılaşılabılır. Hemen belirtelim ki bu tür kayıtları geçersiz kabul etmek gerekir. Her şeyden önce kart kuruluşunun kendi akit partneri olarak kabul ettiğİ asıl kart hamilinin borçlarını objektif bir gerekçe olmadan bu şekilde ek kart hamiline yansıtması dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu tür standart kayıtlarla borçlu kılınmak istenen ek kart hamillerinin ödeme gücü, kendilerine ek kart verilmesi bakımından hiçbir önem teşkil etmediğİ gibi, asıl kartın verilmesinde de evleviyetle herhangi bir önem teşkil etmez<sup>964</sup>.

<sup>963</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, s. 206, Şener, s. 571.

<sup>964</sup> Bkz. Canaris, N. 1631; Hammann, s. 79; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 54.

Ayrıca ek kart çıkarılmakla asıl kart hamilinin borcu teminat altına alınmış olmayacağından, borcun bu şekilde sonradan ek kart hamiline yüklenmesini hukuken izah etmek de mümkün olamaz<sup>965</sup>. Keza asıl kart hamili, ek kart hamilinin işlemlerini ortak hesap üzerinden kesilen faturalar aracılığıyla denetleyebilirken; ek kart hamili, asıl kartla hangi işlemler yapıldığını takip edemez. Bu nedenle ek kart hamili, asıl kart harcamalarından sorumlu tutulursa, önceden bilinmesi mümkün olmayan bir rizikoyu üstlenme tehlikesiyle karşı karşıya kalır<sup>966</sup>. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, asıl kart hamilinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle ek kart hamilinin sorumluluğunu öngören sözleşmesel kayıtları, TBK m. 21/II anlamında şaşırtıcı kloz olarak değerlendirmek ve yazılmamış saymak gerekir<sup>967</sup>.

<sup>965</sup> Bkz. Taupitz, s. 208.

<sup>966</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 143, N. 60.

<sup>967</sup> Bkz. Taupitz, s. 209; Tüzemen Atik, TBBD 2014, Sayı: 114, s. 135; Çeker, s. 42. Kartlı sistemlerde müteselsil sorumluluk, kart hamilinin diğer kart hamillerinin borçlarına katılmasıyla gerçekleşebilir (TBK m. 201). Ancak ek kart uygulamalarında bu teselsül, asıl kart hamilinin, ek kart hamilinin borçlarına katılması şeklinde yorumlanmalı, tersi uygulama reddedilmelidir. Aksi tutum, ek kart kullanımlarındaki iktisadi gerçeklikle bağdaşmaz. Ancak uygulamada kart sözleşmeleriyle bu içerikte klozlarla karşılaşılabilir. Bu durumda meselenin çözümü için çeşitli hukuki imkânlardan yararlanmak mümkündür. İlk tahlilde bu tür klozlar, ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilebilir veya dürüstlük kuralı kapsamında sözleşme yorumlanarak klozun içeriği, yalnızca ek kart kullanılarak gerçekleşen harcamalarla sınırlandırılabilir. Ancak en sağlıklı çözüme yine genel işlem koşulları hukukundan ulaşmak mümkün gözüküyor. Bu açıdan mezkûr klozlar yukarıda da belirttiğimiz gibi şaşırtıcı olarak değerlendirilebilir (TBK m. 21) veya bunların dürüstlük kuralı uyarınca ek kart hamilini ölçüsüz bir şekilde mağdur ettiği söylenebilir (BKKKK m. 24/IV; TKHK m.5/I-II; TBK m. 25). (Bkz. Hammann, ss. 77-79. Aynı yönde bkz. Martinek, ss. 94-95; Gößmann, **Rws-Forum 12**, Bankrecht 1998, s. 91).

Buna karşılık aile kartları bakımından aksi görüşü savunan Weller, ek kart hamilini asıl kart harcamalarından dolayı sorumlu tutmama anlayışının, ek kart hamilinin asıl kart hamilinin yaptığı harcamaları kontrol edemeyeceği düşüncesine dayandığını, oysaki aynı şekilde asıl kart hamilinin de ek kart hamillerinin harcamalarını kontrol altında tutamayacağı hususunun gözden kaçırıldığını belirtir. Yazara göre, her iki taraf da birbirlerinin harcamalarından ancak ay sonunda ve ekstre geldiğinde haberdar olur. Ayrıca ek kartlar, asıl kartın limitiyle sınırlı olarak çıkarıldığından, asıl kartlar ile ek kartların sınırsız olarak kullanılabileceği şeklindeki terminoloji de yanıltıcıdır. Burada temel ayırt edici kıstas, her iki kart tipi açısından tek bir limit bulunmasıdır; o halde sorumluluğun birinin lehine, diğerinin aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi anlamsızdır. Sonuç olarak aynı hesap üzerinden gerçekleşen bütün harcamalardan dolayı asıl kart hamili ile ek kart hamili birlikte sorumlu olmalıdır. Yazar açısından, bu kişiler arasında kişisel bir bağ bulunması da ulaşılmış olduğu bu sonucu haklı çıkartır. Zira her iki taraf da burada birbirini tanımakta ve birbirlerini müteselsil sorumlu olarak seçmektedir (ss. 126-127).

Ancak yazarın bu görüşlerine katılmak mümkün gözükmemektedir. Çünkü bu anlayış, tarafların ek kart çıkarmakla güttükleri asıl amacı, yani iktisadi açıdan güçsüz olanın, güçlü olanın ekonomik himayesine girme amacını göz ardı etmektedir. Amaç unsuru burada iktisadi bir olgu olmakla birlikte, tarafların gerçek iradesini üstün tutma bakımından aynı zamanda hukuki bir olgudur (Nitekim bkz. TBK m. 19/I). Burada asıl kart hamilinin, kendi yaptığı harcamalar veya kendi kusuruyla sebep olduğu kötüye kullanımlardan dolayı sorumlu olsun diye ek kart hamilini ekonomik himayesine aldığı söylenemez (Bkz. Martinek, s. 94). Bu içerikteki kayıtları, iktisadi ve hukuki açıdan problemli bulan görüşe katılmamak elde değildir. Yargıtay da yerleşik kararlarında bu tür klozları geçersiz saymaktadır. Nitekim Yargıtay bir kararda (HGK, T. 11.02.1998, E. 1998/19-90, K. 1998/10) bu hususu net bir şekilde vurgulamıştır. Bu karar şöyledir: “... Dairemizin yerleşik uygulamasına göre ek

Asıl kartın kötüye kullanılması durumunda da sorumluluğun aynı gerekçelerle ek kart hamiline yansıtılamaması gerekir. Kart sözleşmelerinde, asıl kart hamilinin yapmış olduğu harcamalardan ötürü ek kart hamilinin sorumlu tutulmayacağı açıkça kararlaştırılmışsa, asıl kartın kötüye kullanılmasından ötürü ek kart hamili sorumlu tutmak zaten mümkün olmaz<sup>968</sup>. Ancak böyle bir kararlaştırma yapılmamış olsa bile olağan kullanımlardan sorumlu tutulmayan ek kart hamilinin, kötüye kullanımlar bakımından evleviyetle sorumlu tutulmaması icap eder.

Bu hususta akla gelen bir diğer ihtimal, ek kart hamilinin diğer ek kart harcamalarından ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesidir. Hemen belirtelim ki ek kart hamili ile diğer ek kart hamilleri arasında, tek bir kaynaktan beslenme dışında herhangi bir hukuki bağlantı bulunmaz. Hatta ek kart hamillerinin çoğu zaman başka ek kartlar çıkarıldığı noktasında bilgisi dahi bulunmaz. O halde, diğer ek kartlara ilişkin sorumluluk rizikosunun önceden hesaplanması hemen hemen imkânsızdır. Bu nedenle ek kart hamillerini diğer ek kart harcamalarından dolayı sorumlu tutan klozları, TBK m. 21/II anlamında yine şaşırtıcı kabul etmek ve yazılmamış saymak gerekir<sup>969</sup>. Aynı sonuç, diğer ek kartların kötüye kullanılması bakımından da geçerlidir. Aksi kabul, ek kart hamiline, diğer ek kart hamillerinin özen yükümlülüklerini yükleme anlamına gelir. Ayrıca ek kart hamilinin, asıl kart hamili gibi diğer ek kart kullanıcılarını seçme yetkisi de bulunmadığı için TBK m. 116 kapsamında bu kişilerin kusurlarını üstlenme gibi bir zorunluluğu da bulunmaz.

---

*kart hamili, asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan sorumlu değil ise de, kendi ek kartıyla yapılan harcamalardan sorumludur. Ancak asıl kart sahibi, kendi harcamaları yanında ek kart hamilinin yaptığı harcamalardan da sorumludur... BK. 'nın 18. maddesine göre sözleşmelerin, tarafların gerçek iradelerine uygun şekilde yorumlanması ve ona göre değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmeye ek kart hamili olarak imza koyan davalının, asıl kart hamilinin yaptığı harcamalardan müteselsil borçlu olma iradesiyle BK. 'nın 141. maddesinde öngörüldüğü biçimde bir yükümlülük altına girdiği düşünülemez...* Bu karar için bkz. Çeker, s. 429, dn. 29; Tüzemen Atik, TBBD 2014, Sayı: 114, s. 136. Yine Yargıtay bir başka kararında (19. HD, T. 27.06.2002, E.2002/613, K.2002/5009) hamille birlikte müşterek ve müteselsil sorumlu olarak sözleşmeye imza koymamakla birlikte, aynı içerikte kaleme alınan "ek kart istek formu" adlı bir belgeyi imzalayan ek kart hamilinin, asıl kart hamilinin yapmış olduğu harcamalardan sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Bu karar şöyledir: "... Davalı Z. K. ek kart hamili olup kural olarak kendi kartıyla yaptığı harcamalardan sorumludur. Ek kart istek formu başlıklı belge içeriğinden ek kart hamilinin asıl borçlunun harcamalarından da sorumlu olduğu sonucuna varılamaz. Bu nedenle, ek kart hamili Z. K'nin harcamaları saptanarak varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden tüm harcamalardan sorumlu tutulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..." Bu karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim: 09.08.2018).

<sup>968</sup> Bkz. Taupitz, s. 208.

<sup>969</sup> Bu yönde bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 143, N. 60; Şener, s. 567; Tüzemen Atik, TBB Dergisi 2014, Sayı: 114, s. 138.

## **IX. KARTIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE KÖTÜYE KULLANILMASI DURUMUNDA HAMİLİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ OLANAKLAR VE OTORİZASYONSUZ ÖDEMELERİN HAMİLİN HESABINA İADE EDİLMESİ**

### **A. Kötüye Kullanım Durumunda Hamilin Başvurabileceği Hukuki Olanaklar**

#### **1. BKKKK m. 11 Çerçevesinde Hamilin Hesap Özetine İtiraz Etmesi ve Genel Hükümlere Göre Dava Açması**

Kanun koyucu, kredi kartı ile gerçekleşen işlemler bakımından hamile hesap özetine itiraz etme hakkı tanımıştır. Buna göre hamil, son ödeme tarihinden itibaren on gün içerisinde kart kuruluşuna başvurmak suretiyle hesap özeti içinde görülen işlemlere itiraz edebilir. Ancak yasa gereği hamilin bu itirazını gerekçeli olarak yapması, yani hangi harcama kalemlerine neden itiraz ettiğini belirtmesi gerekir (BKKKK m. 11/II)<sup>970</sup>.

Kart hamili bu süre içerisinde itirazda bulunmazsa hesap özeti kesinleşir; ancak bu durum, genel hükümlere göre hamilin dava açmasını engellemez (BKKKK m. 11/II). Yine cari hesabı düzenleyen TTK m. 90/I-a kuralında da cari hesaba alacak veya borç kaydı düşülmesinin kural olarak tarafların alacağı veya borcu doğuran sözleşme veya işleme ilişkin dava ve savunma haklarını düşürmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Gerçi hamilin on günlük sürede hesap özetine itiraz etmemesi, onu kabul ettiği anlamına geldiği gibi, TBK m. 134/II uyarınca borcun yenilenmesi anlamına da gelir. Diğer bir deyişle kart kuruluşu, her bir harcama kaleminin karşılığını ayrı ayrı talep etmek yerine, hesap özeti yekûnu tutan tek bir alacağı talep hakkına kavuşur. Ancak bu şekilde yenilemenin mümkün olabilmesi, “geçerli” olarak doğmuş ve henüz sona ermemiş borçların varlığını gerektirdiğinden<sup>971</sup>, kötüye

<sup>970</sup> BKKKK ile bu şekilde açık bir düzenleme getirilmeden önce hamilin İİK m. 68b/II’e göre hesap özeti alındıktan sonra bir ay içinde itiraz edebileceği; itiraz süresini kaçırmaması durumunda, dönem sonu borcunu ödedikten sonra dava açabileceği kabul edilirdi (Bkz. Atamer, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: 1, s. 1017).

<sup>971</sup> Bu yönde bkz. Atamer, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: 1, s. 1017.

kullanıma dayanan harcamalar bakımından on günlük süre geçmiş olsa dahi hesap özeti kesinleşmiş olmaz. Ayrıca kart hesabına borç kaydının düşülmesi yalnızca açıklayıcı nitelikte maddi bir eylem olması nedeniyle, hesap özeti gönderilmesinden sonra itiraz süresinin aşılması durumunda -otorizasyonsuz ödemeye konu olan- borç kabul edilmiş sayılmaz<sup>972</sup>. Buna karşılık kart hamili, sözleşme gereği uymak durumunda olduğu hesap özeti ile faturayı vakit geçirmeksizin inceleme ve denetleme yükümlülüğünü yerine getirmez ve bu kusurlu gecikme nedeniyle kart kuruluşunu üye işyerine ödemiş olduğu bedeli geri tahsil edemeyecek bir konuma sürüklerse, doğacak olan zararı tazmin etmek zorunda kalabilir<sup>973</sup>.

Dolayısıyla hesap özetine itiraz etmiş olsun veya olmasın, hamilin otorizasyonsuz ödemeler nedeniyle genel hükümler kapsamında dava açma hakkı saklıdır. Bu açıdan kart sözleşmelerinde on günlük süreden daha az bir itiraz süresi tanıyan veya sürenin geçirilmesi durumunda, hamilin kart kuruluşuna hiçbir talep ileri süremeyeceğini belirten kayıtları geçersiz saymak gerekir. Çünkü hatırlanacağı gibi BKKKK'daki kurallar, kart hamilleri lehine nispi emredici nitelik arz etmektedir.

Kanun koyucu, itiraz süresinin başlaması bakımından son ödeme tarihini milat olarak aldığından, hamil tarafından açılacak olan davanın türü, ihtilaflı harcamanın kart kuruluşuna zamanında ödenmiş olup olmamasına göre farklılık gösterir. Henüz ödeme gerçekleşmemişse, hamilin menfi tespit davası açması icap eder. Buna karşılık hamil, dönem sonu borcu (dolayısıyla çekişmeli tutarı) ödemişse, artık kart kuruluşu aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açması gerekir. Bu durumda kart kuruluşunun sözleşmeye aykırı olarak hesaba -hatalı- borç kaydı düştüğü dikkate alınarak kendisi aleyhine sözleşmeye aykırılıktan ötürü tazminat

<sup>972</sup> Borç kaydı nitelik olarak, kayıt müşteri tarafından (ekseriyetle sessiz kalmak suretiyle) kabul edilene kadar kart kuruluşuna hukuken geçerli bir talep hakkı sağlamayan muhasebesel bir pozisyonu ifade eder [Bkz. Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 233, N. 409, dn. 793]. Otorizasyonsuz ödemelerde, hesap özeti zımnen kabul edilmesi bakımından da borç kaydının yalnızca muhasebesel bir pozisyon teşkil ettiği kabul edilmelidir. Zira hesap özeti kabul edilmiş sayılması, hamilin otorizasyonsuz ödemeye sonradan onay verdiği anlamına gelmez (Bu yönde bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 7; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 10).

BKKKK m. 11/II kuralında da bir taraftan süresi içerisinde itiraza uğramayan hesap özetlerinin kesinleştiği belirtilmiş, ancak diğer taraftan bu sonucun hamilin genel hükümlere göre dava açma imkânını ortadan kaldırmadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla Türk hukukunda da hesap özeti kesinleşmiş olması, hamilin otorizasyonsuz ödemeyi onayladığı anlamına gelmez.

<sup>973</sup> Bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 7.

davası da açılabilir<sup>974</sup>. Bu açıdan hamil lehine hakların yarışması söz konusudur.

## 2. Uluslararası Kurallar Çerçevesinde Hamilin Harcama İtirazında Bulunması ve Ters İbraz (Chargeback) Sürecini Başlatması

Ülkemizde faaliyet gösteren kart kuruluşları, kart ihraç etme yetkisi almak yerine, uluslararası kartlı sistem kuruluşlarıyla lisans anlaşması yaptığından, uygulamada yaygın olarak bu organizasyonlar adına çıkarılmış olan kartlar kullanılmaktadır. Bu nedenle ülkemizdeki kart kuruluşları, BKKKK'da yer alan kurallar dışında, lisans ile bağlı olduğu kartlı sistem organizasyonlarınca (VISA ve MasterCard) belirlenen ve uluslararası geçerliliği bulunan kurallara da uymak durumundadır. Nitekim kart kuruluşları tarafından hazırlanan üye işyeri sözleşmelerinde, kısaca "uluslararası kurallar" olarak ifade edilen bu düzenlemeler de dikkate alınır<sup>975</sup>. Dolayısıyla uluslararası kuralların kart kuruluşları (issuer ve acquirer) arasındaki ilişki dışında, kart kuruluşları ile üye işyerleri arasındaki ilişkiyi de doğrudan etkilediğini söylemek yanlış olmaz<sup>976</sup>.

Uluslararası kuralların konumuz bakımından asıl önemi, kart hamillerinin doğrudan kart kuruluşlarına başvurarak hatalı borç kaydının düzeltilmesini talep etme imkânı açısından ulusal hukuklara nazaran daha ayrıntılı ve esnek kurallar getirmiş olmasıdır. Kart kuruluşları, kartlı sistem kuruluşlarıyla yapmış oldukları lisans sözleşmeleri gereği, hamilin bu tür taleplerini kabul etmek durumundadır. Gerçi uluslararası kurallardan önce de hamil doğrudan kart kuruluşlarına başvurabilmekteydi, ancak bu kurallar sayesinde özellikle hamilin itirazda bulunma hakkı ve itiraz sonrası işleyen ters ibraz süreci belli bir sisteme bağlanmıştır. Bu süreç, hamilin itirazıyla işlemeye başlasa da teknik olarak ters ibraz, hamilin kart

<sup>974</sup> Bkz. Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 138, N. 51.

<sup>975</sup> Örneğin Akbank Üye İşyeri Sözleşmesi'nde (IV. Bölüm: Firmanın Yükümlülüğü m. 22) bu durum açıkça vurgulanmıştır. Bu kural şöyledir: "Firma, Banka'nın temsilcisi olduğu veya ileride olacağı kredi kartı sistemlerini kuran ve bu sistemlere göre kredi kartı çıkartma ve kredi kartı kabul konusunda üye işyeri sözleşmesi imzalama yetkisi veren MasterCard, Visa, BKM (Bankalararası Kart Merkezi) gibi bankanın doğrudan / dolaylı üyesi bulunduğu / bulunacağı uluslararası / ulusal kart / kredi kartlı ödeme sistemlerinin mevcut ve gelecekte getirilecek kurallarına uymakla yükümlüdür. Firmanın bu yükümlülüğüne aykırı davranışları nedeni ile bankanın bir zarar ve ziyanı doğar ise (Ulusal ve Uluslararası Kartlı Ödeme Sistemleri'nin tahakkuk ettireceği ceza tutarları dahil) firma, söz konusu zararları, zararın doğduğu tarihten itibaren işleyecek T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı reeskont faizi, ile birlikte derhal tazminle yükümlü olacaktır..."

<sup>976</sup> Takaslaşma özelinde benzer yönde bkz. Körber, WM 2004, s. 565, dn. 12. Ayrıca karşı. Grabe, s. 96.

kuruluşu (issuer) üzerinden, üye işyeriyle anlaşmalı kuruluş (acquirer) tarafından, işyeri hesabına borç kaydı düşülmesiyle gerçekleşir. Dolayısıyla ters ibraz sürecini tetikleyen hamil, aslında bilfiil bu sürece katılmış olmaz<sup>977</sup>.

Uluslararası ters ibraz kurallarının içeriğine, lisans sözleşmeleri ve üye işyeri sözleşmeleri dışında, sınırlı da olsa BKM tarafından üye işyerlerini bilgilendirmek amacıyla hazırlanan “Kartlı Ödeme Sistemleri Kuralları - Üye İşyeri Kılavuzu”nda rastlamaktayız<sup>978</sup>. Bu kılavuzda hamilin hangi durumlarda harcama itirazında bulunabileceği altı kategoride sayılmıştır. Bunlar<sup>979</sup>:

- Kart hamilinin işlemi hatırlamaması,
- Provizyon hatası itirazları,
- Hamilin onayı dışında gerçekleşen işlemlerde itiraz (Dolandırıcılık İtirazları),
- Süreç hatası itirazları,
- İptal / iade işlem itirazları,
- Ürün / hizmet temini itirazları.

Görüldüğü üzere hamil, uluslararası kurallar çerçevesinde bilgi ve onayı dışında gerçekleşen işlemlere, yani otorizasyonsuz ödemelere itiraz edebilir<sup>980</sup>. Ancak hamilin bu kapsamda harcama itirazında bulunması, özellikle süre ve sürenin işlemeye başlama anı bakımından BKKKK m. 11’e kıyasla oldukça farklı esaslara bağlanmıştır. Gerçekten de uluslararası kurallarda harcama itirazı, 540 günlük azami ve 120 günlük asgari olmak üzere iki farklı süreye bağlanmıştır. Buna göre hamil, ihtilaflı işlem kart hesabına yansıdıktan 540 gün geçtikten sonra harcama itirazında bulunursa, bu itirazının en baştan geri çevrilmesi gerekir. Ancak kart hamili, 540 günlük süreyi geçirmemek kaydıyla;

- Ürün / hizmet temini ile ilgili itirazlarda, beklenen teslim tarihinden,

<sup>977</sup> Bkz. Grabe, s. 97.

<sup>978</sup> Bu kılavuz için bkz. <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/uyeisyerikilavuzu.pdf> (Son Erişim: 26.02.2018)

<sup>979</sup> Bkz. BKM Üye İşyeri Kılavuzu, s. 8. Uluslararası kurallarda, kredi kartı işlemlerinde karşılaşılabilecek kural ihlalleri yukarıda anılan şekilde gruplara ayrılmış olup bu gruplar “Chargeback reason codes” (Harcama itirazına neden olan kodlar) başlığı altında sınıflandırılmıştır (Bkz. Topaloğlu, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, s. 434; Grabe, s. 97).

<sup>980</sup> Ayrıca üye işyeri sözleşmelerinde, hazırlar arası işlemlerden farklı olarak MO/TO işlemlerinde ters ibrazın yalnızca kötüye kullanım durumlarında değil, hamilin cayma hakkını kullandığı veya üye işyerinin ayıplı ifade bulunduğu durumlarda da uygulanabileceği kararlaştırılır (Bkz. Pavalenco, s. 220).



- İade belgesi<sup>981</sup> söz konusu olduğunda, belgenin düzenlenme tarihinden,
- Diğer itiraz türlerinde ise işlemin karta yansımaya tarihinden itibaren en fazla 120 gün içerisinde itirazda bulunabilir<sup>982</sup>.

Otorizasyonsuz ödemelere konu itirazlar da “diğer itiraz türleri”nden biri sayılacağına göre, işlem kart hesabına yansıdığı günden itibaren hamilin 120 gün içinde itirazda bulunması gerekecektir.

Süresinde yapılan itirazla birlikte ters ibraz süreci işlemeye başlar. Hatırlanacağı gibi daha önce, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki sözleşmelerde kararlaştırılan ters ibraz klotlarını sınırlı olarak uygulamak gerektiğini, özellikle hamilin yapmış olduğu her harcama itirazında, kart kuruluşunun (acquirer) bu kloza dayanarak, üye işyerine yapmış olduğu ödemeyi veya işyeri hesabına düşmüş olduğu alacak kaydını geri alamayacağını belirtmiştik<sup>983</sup>. Bununla birlikte, bedel ilişkisinde sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda veya havale kuralları gereği bedel ilişkisindeki eksikliğin kart kuruluşuna yansıtılabildiği istisnai bazı durumlarda -ki otorizasyonsuz ödemeler de bu kategoriye girer- ters ibraz klotlarına cevaz verilebilir<sup>984</sup>. Ancak klotun meşruiyeti, bedel ilişkisinde önemli olarak görülen eksikliğin tespitine bağlıdır. İşte bu tespiti kolaylaştırmak adına ters ibraz süreci, uluslararası kurallarla belli bir prosedüre bağlanmıştır. Bu prosedüre göre süreç aşama aşama şu şekilde ilerler<sup>985</sup>:

1. Aşama: Hamil, kendi kart kuruluşuna 120 gün içinde harcama itirazında bulunur. Ancak itiraz konusu işlem, 3D Secure veya BKM Express gibi güvenli ödeme yöntemleri kullanılarak gerçekleşmişse, hamil ters ibraz talebiyle kart kuruluşuna başvuruda bulunamaz. Bu tür güvenli yöntemler kullanılması durumunda hamilin kötüye kullanım sebebiyle kusurunun bulunduğu şeklinde kart kuruluşu lehine bir ilk görünüş ispatı bulunur<sup>986</sup>. Hamil bu görünümün aksini iddia edebilirse de bunun ispatı ancak dava yoluyla ve teknik incelemeyle mümkün

<sup>981</sup> İade belgesinden kasıt, BKKKK m. 3/p anlamındaki alacak belgesidir. Kuralda alacak belgesi; “... Banka kartı veya kredi kartı kullanılarak alınmış olan malın iadesi veya hizmetin alınımından vazgeçilmesi veya yapılan işlemin iptali halinde kart hamilinin hesabına alacak kaydedilmek üzere üye işyeri tarafından düzenlenen belge...” şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>982</sup> BKM Üye İşyeri Kılavuzu, s. 6.

<sup>983</sup> Bkz. Yuk. VI, C, 2, b, (2).

<sup>984</sup> Bkz. Yuk. III, C, 3, c, (2), (a).

<sup>985</sup> Bu hususlarda genel olarak bkz. BKM Üye İşyeri Kılavuzu, s. 7.

<sup>986</sup> İlk görünüş ispatının gizli kod kullanılarak gerçekleşen online ödemelere de uygulanabileceği hakkında bkz. K. Langenbucher, s. 265

olabilir.

2. Aşama: İşlem takas yöntemiyle gerçekleşmişse, hamilin kart kuruluşu bu itirazı üye işyerinin kart kuruluşuna yönlendirir.

3. Aşama: Üye işyerinin kart kuruluşu, itiraz hakkında üye işyerini bilgilendirir ve ihtilaflı işlemle ilgili tüm belgelerin belirli bir sürede (genelde 7 gün içinde) kendisine gönderilmesini ister.

4. Aşama: Üye işyeri, verilen süre içinde söz konusu bilgi ve belgeleri kart kuruluşuna göndermezse, otorizasyonsuz ödeme rizikosunu üzerine almış olur. Üye işyeri bilgi ve belgeleri süresinde göndermiş, ancak bunlar içerik olarak yeterli bulunmamış olabilir. Bu ihtimalde riziko yine üye işyerinin üzerinde kalır. Son olarak işyerinin kart kuruluşu kendisine gönderilen bilgi ve belgeleri, işlemin sıhhati bakımından yeterli görebilir. Bu takdirde mevcut tüm argümanları hamilin kart kuruluşuna iletir. Bilgi ve belgeleri alan hamilin kart kuruluşu, üye işyerinin kart kuruluşunun aksine bunları yetersiz görebilir ve yukarıda belirtilen aşamaların tekrar uygulanmasını talep edebilir. Kart kuruluşları arasındaki anlaşmazlık ikinci turda da çözülmezse, uyuşmazlık BKM bünyesinde kurulan hakem komitesine iletilir. Komitenin vereceği karar, kart kuruluşları açısından bağlayıcı olur<sup>987</sup>.

Tüm süreci kısaca toparlarsak; üye işyeri, çekişmeli işleme dair bilgi ve belgeleri kart kuruluşlarıyla paylaşmaz veya hamilin kart kuruluşu ile üye işyerinin kart kuruluşu tarafından bilgi ve belgeler yetersiz görülürse işlem rizikosu üye işyerinin üzerinde kalır ve kart kuruluşu (acquirer) işyerine ödemiş olduğu miktarı kayden geri tahsil eder<sup>988</sup>.

Bu hususta son olarak gerek kart kuruluşlarının gerekse de uluslararası kartlı sistem kuruluşlarının ters ibraz rizikosunu asgariye indirmek ve hamillerin mağduriyetini gidermek adına hangi önlemleri alma yoluna gittiklerini belirtmek isabetli olur. Alınan önlemlerden biri, üye işyeri sözleşmelerinde ters ibraz kotası kararlaştırmaktır. Bu hususta taraflar söz gelimi, üye işyerinin 30 günlük süre içinde yapmış olduğu cironun %1'ini aşan miktarda ters ibraz prosedürüne maruz kalması

<sup>987</sup> Komiteden ters ibrazın reddine ilişkin çıkan kararlar, kart kuruluşlarının aksine hamilleri bağlamaz. Diğer bir deyişle kart hamilleri, harcama itirazı geri çevrilse dahi kart kuruluşları aleyhine dava açabilir.

<sup>988</sup> İçerik olarak hangi belgelerin yeterli olacağı hususuna daha sonra, kart kuruluşu ile üye işyeri arasında kötüye kullanım rizikosunun paylaşılması bahsinde değinilecek.

durumunda, kart kuruluşuna üye işyeri sözleşmesini feshetme imkânı tanıyabilir<sup>989</sup>.

Bir diğer önlem ise üye işyerlerini risk gruplarına göre kategorize etmek ve yüksek risk grubuna girenlerden ek olarak daha fazla ücret talep etmektir. Nitekim 2002 yılının sonlarından itibaren VISA ve MasterCard, bu doğrultuda anlaşmalı üye işyerlerini risk gruplarına göre kategorize etmeye başlamıştır. Buna göre “normal” işyerlerinin yanı sıra bazı işletmeler, ters ibraz bakımından yüksek riskli işyeri olarak (High Risk Merchant) tespit edilmiş ve bu tür işyerlerinden özel ücret talep edilmeye başlanmıştır. Örneğin VISA, tespit etmiş olduğu yüksek riskli üye işyerlerinin kartlı ödeme sistemine katılabilmesi için kart kuruluşlarından yıllık işletme ücretine ek olarak yaklaşık 250 ile 500 Amerikan Doları arasında bir ücret talep etmekte ve kart kuruluşları da bu ücreti, riskli üye işyerine yansıtmaktadır. Yine taraflarca kararlaştırılan ters ibraz kotaları dikkate alınarak da üye işyerleri kategorize edilebilmektedir. Buna göre işlem hacminin %1’inden fazla ters ibraz muhatap kalan üye işyeri riskli addedilir. Özellikle e-ticaret alanında ters ibraz rizikosu oldukça yüksek olduğundan, birçok sanal üye işyeri bu kotayı aşmaktadır. Üye işyerlerinin bu şekilde riskli kategoriye girmelerinin olumsuz sonucu, artık daha sıkı kurallara tabi olmaları ve ciroları ile ters ibraz işlemlerinin gözetim altına alınmasıdır. Buna göre kart kuruluşları, ilk bir ay ile on dördüncü ay arasında kademeli olarak %1’lik ters ibraz kotasını aşan üye işyerlerinden özel bir ücret talep edebilir. Ayrıca üye işyeri on dördüncü ayda da bu oranı istenilen seviyeye düşüremezse VISA, söz konusu işyerinin kendi sisteminden çıkartılıp çıkartılmayacağı konusunda bir karar verir<sup>990</sup>.

---

<sup>989</sup> Bkz. Grabe, s. 102.

<sup>990</sup> Bu hususlarda bkz. Grabe, ss. 107-108. Yazarın aynı yerde ifade ettiği üzere, üye işyerlerinin ters ibrazlarla ilgili olarak tabi tutuldukları bu sıkı program, kartlı sistem kuruluşlarının kendi belirlemiş oldukları kurallar çerçevesinde yürütülür ve programın belirlenmesinde kart kuruluşlarının herhangi bir etkisi bulunmaz. Gerçi kart kuruluşları ile üye işyerleri arasındaki sözleşmede, ters ibrazlardan ötürü daha yüksek bir ücret kararlaştırılacağına vurgu yapılır; ancak bu ücretin tutarı ve sınırıyla ilgili olarak doğrudan bir açıklamada bulunulmaz ve bu yetkinin kartlı sistem kuruluşunda olduğu belirtilmekle yetinilir. Pratikteki bu uygulama, üye işyerinin ters ibraz kotasını aşmasının olası sonuçlarını detaylı bir şekilde bilememesi gerekçe gösterilerek eleştiri konusu olmuştur.

## **B. Otorizasyonsuz Ödemelerin Hamilin Hesabına İade Edilmesi**

### **1. İadenin Yapılmasında Hangi Hükümlerin Dikkate Alınacağı Sorunu**

Kart kuruluşları tarafından yürütülen ters ibraz sürecinin sonunda veya mahkeme kararıyla hamilin itirazında haklı olduğu tespit edilirse, otorizasyonsuz ödemenin hamilin hesabına iadesi gerekir. Hemen belirtelim ki iadenin ne zaman ve ne şekilde gerçekleşeceği konusunda BKKKK'da herhangi bir kural bulunmamaktadır<sup>991</sup>. TTK'daki cari hesabı düzenleyen kurallarda ise yalnızca işlemin iptali durumunda bundan kaynaklanan kalemlerin hesaptan çıkarılacağı belirtilmekle yetinilmiş, buna ilişkin prosedüre yer verilmemiştir (TTK m. 90/I-a).

Kanımızca iade prosedürü konusunda, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği<sup>992</sup> m. 12/II'de yer alan kural, bir tutamak noktası olarak alınabilir. Bu kuralda, satıcı veya sağlayıcının tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf veya yükümlülük getirmeden tek seferde yapması gerektiği belirtilmiştir. Ancak kuralın yalnızca tüketici sözleşmesi niteliğindeki mesafeli işlemlerle sınırlı olduğu ve satıcının / tedarikçinin iade borcunu konu edindiği dikkatlerden kaçmamalıdır.

### **2. İade Prosedürü ve Hamilin Hak Kaybının Önlenmesi**

Kartlı sistemlerde iadeyi bilfiil yapacak olan kart kuruluşunun bu işlemi ne zaman ve ne şekilde yerine getirmesi gerektiği konusunda yasalarımızda herhangi bir açıklık bulunmasa da, yukarıda anılan Yönetmelik kapsamında en azından tüketici sözleşmeleri bakımından iadenin satıcının talebi üzerine kart kuruluşu tarafından “kayden” ve “müşteriyi (hamili) zarara uğratmayacak şekilde” gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. Kanımızca aynı sonucu, hamilin tüketici olmadığı hallerde de kabul etmek gerekir. Nitekim Alman hukukuna bakıldığında, otorizasyonsuz ödemelerin iadesini düzenleyen BGB §675u kuralında, iadeye ilişkin temel prensiplerin tüketici - tacir ayrımı yapılmaksızın saptandığını görüyoruz (Bkz. ve karş. BGB §§675e/IV,

<sup>991</sup> BKKKK'da sadece işlemin iptali durumunda üye işyerinin alacak belgesi düzenlemekle yükümlü olduğu belirtilmiş (m. 19/II); buna karşılık kart kuruluşunun iadeyi ne zaman ve ne şekilde gerçekleştireceği konusu açıklığa kavuşturulmamıştır.

<sup>992</sup> RG. 27.11.2014 / 29188.

675u)<sup>993</sup>. Bu bakımdan BGB §675u’da düzenlenen ve hamili koruyucu nitelikte olan ilkeler de kartlı sistemler özelinde hukukumuzda referans olarak alınabilir. BGB §675u/I c. 2’ye bakıldığında, ödeme hizmeti sağlayıcısının (kart kuruluşunun), ödeyenin (kart hamilinin) istemi üzerine ödeme konusu miktarı derhal iade etmek veya hesaba borç kaydı düşülmüşse yine talep üzerine bu kaydı düzeltmek zorunda olduğu görülmektedir<sup>994</sup>. Kuralda nakdi veya kaydi iadenin “derhal” yerine getirilmesi özellikle vurgulanmıştır. Bu nedenle yapılacak incelemeden hemen sonra ve kusurlu olarak gecikmeye sebebiyet vermeden, hatalı borç kaydının iptali sağlanmalıdır. Borç kaydının derhal düzeltilmesi gerekliliği, ilgili miktarın hızlı bir şekilde yeniden hamilin emrine hazır tutulabilmesi bakımından önemlidir. Yoksa iade sürecinde yaşanan gecikme aynı zamanda sözleşmesel yükümlülüğün ihlali anlamına geleceğinden, bundan kaynaklanan yansıma zararların da iadesi

<sup>993</sup> Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 20. Yeri gelmişken BGB §675u c. 2 kuralının yalnızca kartlı ödemelere değil, diğer tüm elektronik ortamda gerçekleşen gayri nakdî ödemelere uygulanabildiğini tekrar belirtelim. Bu kuralla ödeyene, ödediği masraf tazminatının nakden iade edilmesi veya hesaba düşülen borç kaydının gerçek değer üzerinden düzeltilmesi (valutengerechte Korrekturbuchung) talebiyle finans kuruluşuna başvurabilme konusunda iki olanak sunulur (Bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 6; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 18).

<sup>994</sup> Bu yönde bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 3; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675u, N. 9; Grundmann, WM 2009, ss. 1109-1116; Kollrus, MDR 2012, s. 377. Alman hukukundaki bu kural, ZDR’ye tam uyum sağlamak adına kesin bir içerikle kaleme alınmıştır. Bu nedenle hamil, otorizasyonsuz ödemelerde §675u kuralı dışında, genel hükümlerde düzenlenen sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme kurallarına başvuramaz (Bkz. ve karşı. BGB §§675u c. 2, 675z c. 1) [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675u, N. 4; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675u, N. 7; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 21; Krepold ve Fischbeck, s. 99]. Bilhassa sebepsiz zenginleşme müessesini devre dışı bırakması nedeniyle öğretide kuralın, bağımsız bir talep temeli (eigenständige Anspruchsgrundlage) teşkil ettiği söylenir [Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 4; M. Koch, ss. 90-91]. Türk hukukundan farklı olarak, hamilin otorizasyonsuz ödemelerde sebepsiz zenginleşme başta olmak üzere diğer olanaklardan faydalanamaması, Alman sisteminin bütünlüğü dikkate alındığında oldukça tutarlıdır. Aksi takdirde kart hamili, söz gelimi sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurabilseydi BGB §§195, 199’da düzenlenen ve daha avantajlı olan zamanaşımı sürelerinden de istifade edebilirdi. Buna karşılık BGB §676b/II’de otorizasyonsuz ödemelerden doğan talepler, BGB §195’ten farklı olarak 3 yıllık zamanaşımına değil, 13 aylık hak düşürücü süreye bağlanmıştır [Bu yönde bkz. Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675u, N. 2; Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), ss. 233-234, N. 409]. Kural gereği bu 13 aylık süre, otorizasyonsuz ödemenin hamilin hesabına borç kaydı olarak düşüldüğü tarihten itibaren işlemeye başlar.

Fakat BGB §675u kuralının, ödeme sistemi içerisinde yalnızca kart hamili ile hamilin kart kuruluşu arasındaki hukuki ilişkide, yani karşılık ilişkisinde fonksiyon gösterdiği dikkatlerden kaçmamalıdır. Dolayısıyla bu kural, kart kuruluşlarının kendi aralarındaki ilişkiye (issuer - acquirer) veya üye işyeri ile işyerinin kart kuruluşu arasındaki ilişkiye herhangi bir şekilde etki etmez ve anılan taraflar, kendi aralarındaki ilişkide sebepsiz zenginleşme başta olmak üzere diğer hukuki yollara müracaat edebilir [Bu hususta bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675u, N. 5; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 3, 5; Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 232, N. 407; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 1].

gerekebilir<sup>995</sup>.

Kartlı ödemelerde hamil ile kart kuruluşu arasındaki ilişki cari hesap üzerinden ve borç kaydı esasına göre işlediğinden, bu tip ödemelerde iadenin nakden değil, kayden yapılmasını doğal karşılamak gerekir<sup>996</sup>. Bu noktada kart kuruluşunun kaydı düzeltmeyi sanki hesaba hiç borç kaydı düşülmemiş gibi yapması önemlidir. Diğer bir ifadeyle otorizasyonsuz ödeme olmasaydı kart hamilinin hesabı finansal anlamda hangi konumda bulunacak idiyse, hesabın yine o konuma dönmesi sağlanmalıdır<sup>997</sup>. Şu halde hatalı borç kaydı üzerinden herhangi bir şekilde borçlu faizi (Sollzins) işletilemeyecek ve borç kaydı nedeniyle hesap üzerinde alacaklı / mevduat faizi (Habenzins) kaybı olmuşsa bunun da hamile iadesi gerekecektir<sup>998</sup>. Bu düzeltmeler yapılırken otorizasyonsuz ödemenin debit kartla mı yoksa kredi kartıyla mı gerçekleşmiş olduğu hususu da dikkate alınır. Debit kartlarda bilindiği üzere ödemenin tamamlanabilmesi için kartın bağlı olduğu hesapta işlem konusu miktar kadar karşılık bulunması gerekir. Burada talimatla birlikte doğrudan hamilin hesabına erişilerek üye işyeri lehine kaydî para transferi gerçekleşir. Otorizasyonsuz ödemelerde, hamilin (vadesiz) mevduat hesabından yapılan transfer nedeniyle bir zarar ortaya çıkmış olur. Bu zararın konusunu, işlem miktarı ve hamilin mevduat hesabındaki bu miktarı belirli bir süre kullanamaması nedeniyle uğramış olduğu kayıp (Habenzins) oluşturur. Buna karşılık kredi kartlarında doğrudan belli bir mevduat hesabı üzerinden transfer gerçekleşmez. Burada kart kuruluşu vekâleten üye işyerine (alacak kaydı düşmek suretiyle) ödemede bulunur ve daha sonra yapmış olduğu bu masrafın tazmini için hamile yönelir. Hamil, kararlaştırılan son ödeme tarihine kadar bu miktarı ödemek zorundadır. Son ödeme tarihine kadar hamil

<sup>995</sup> Bu hususlarda bkz. Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 232, N. 408.

<sup>996</sup> İadeyi nakit olarak talep edebilme olanağı özellikle (herhangi bir) bankada hesabı bulunmayan ödeyen tarafından gerçekleştirilen finansal transferlerde (havale işlemlerinde) önem kazanır. Bunun dışında cari hesap düzenine göre işleyen gayri nakdî ödemelerde iade, yalnızca hesaptaki kaydın düzeltilmesiyle (Rückbuchung / Kontoberichtigung) gerçekleşir. Bu durumda ödeyenin iade talebi, kaydın düzeltilmesi talebi olarak anlaşılır [Bu yönde bkz. Staudinger ve Omlor, §675u, N. 19; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675u, N. 3; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675u, N. 19]. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bir kararında, bakiyenin negatif olduğu ve borç kaydının düzeltilmesinin gerektiği durumlarda, hesap sahibinin nakdi ödeme tercihinde bulunamayacağına hükmetmiştir (Bu karar için bkz. WM 2009, s. 958).

<sup>997</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675u, N. 9.

<sup>998</sup> Bu hususta bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675u, N. 6; Stadler, BGB (Ed. Jauernig ve Stürner), §§675u – 675w, N. 1a; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675u, N. 9; Grundmann, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer), s. 232, N. 408.

borcunu öderse herhangi bir faiz ödemek durumunda kalmaz, aksi durumda temerrüt faizi işlemeye başlar. Ancak otorizasyonsuz ödemelerde, hamil artık işlemiş olan temerrüt faizinden de sorumlu tutulamaz. Dolayısıyla kart kuruluşunun, varsa borç kaydı olarak işlemiş olan faiz tutarını (Sollzins) da hamile iade etmesi gerekir<sup>999</sup>.

Hukuken iadenin nasıl gerçekleştiğini açıkladıktan sonra, iadeye ilişkin teknik prosedüre de değinmek yerinde olur. Bilindiği gibi otorizasyonsuz ödemenin hesaba kayden iade edilebilmesi için öncelikle hamilin harcama itirazında bulunması gerekir. Hamil itirazla birlikte blokaj bildiriminde de bulunmuşsa iki ihtimale göre bir değerlendirme yapmak gerekir:

Birinci ihtimalde hamil, blokaj bildirimine rağmen kredi kartı sözleşmesini feshetmemiş olabilir. Bu durumda hamile aynı cari hesap üzerinden, fakat farklı kart ve güvenlik numarası içeren yeni bir kart tanımlanır. Bu kart aynı hesap üzerinden çıkarıldığından, hesapta yer alan aktif ve pasif kalemlerde bir değişiklik meydana gelmez ve ters ibraz yoluyla kayden düzeltme gerçekleşir. Teknik olarak prosedür şu şekilde işler: Hamilin kart kuruluşu, ters ibraz başvurusunu üye işyerinin kart kuruluşuna ilettikten sonra, itiraza konu olan tutar üye işyerinin kart kuruluşunun hesabına borç olarak kaydedilir ve başvuru üye işyerinin kart kuruluşu tarafından kabul edildiği takdirde (geri) tahsilât gerçekleşir. Daha sonra hamilin kart kuruluşu tahsil etmiş olduğu bu meblağı hamilin hesabına iade eder. Hamilin kart kuruluşu ile üye işyerinin kart kuruluşunun aynı olması durumunda (On-us işlem), kart kuruluşu gerekli incelemeyi yaptıktan sonra hamili haklı görürse işlem tutarını doğrudan işyeri hesabına borç olarak kaydetmek suretiyle ödemiş olduğu miktarı geri tahsil eder<sup>1000</sup>. Ayrıca ihtilaf konusu işlem ister takaslaşmayla isterse On-us işlemle gerçekleşsin, harcama itirazını alan üye işyerinin kart kuruluşu (acquirer), kendisinin ve hamilin mağduriyetini önlemek adına inceleme sürecinde itiraza konu olan işlem tutarıyla sınırlı olarak üye işyeri hesabına blokaj koyabilir. Yapılan incelemeler sonunda hamilin itirazı haklı görülürse bloke edilen tutar, borç kaydı olarak hesaba işlenir;

<sup>999</sup> Alman hukukunda, bu tür faizlerin iadesi bakımından hamilin BGB §675u c. 2’de anılan talep temellerine dayanabileceği gibi, sebepsiz zenginleşme kurallarına da dayanabileceği kabul edilir [Bu hususta bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675u, N. 6].

<sup>1000</sup> Bkz. Topaloğlu, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, s. 434. Amerikan hukukunda, ters ibraz uygulamalarının sonucunda kart kuruluşunun önceden üye işyerinden tahsil etmiş olduğu komisyon (disagio) ödemesini iade etmek zorunda olmadığı ve ters ibraz sürecine ilişkin tüm masrafların üye işyerince karşılanacağı kabul edilir (Bkz. Grabe, s. 99).

aksi durumda blokaj çözülür ve herhangi bir borç kaydı düşülmez<sup>1001</sup>.

İkinci ihtimalde hamil blokaj bildirimiyle birlikte kart sözleşmesini de feshetmiş olabilir. Bu durumda artık cari hesap kat edilir ve hamil harcama itirazında bulunduğu işlemler de dahil olmak üzere, bakiye kalan tüm borçları ödemek durumunda kalır. Ters ibraz sonunda hamilin itirazında haklı olduğu anlaşılırsa, hesap tasfiye edilirken itiraz konusu tutar kadar alacak kaydı düşülür. Hesap zaten tasfiye edilmişse, kart kuruluşu nezdinde kayden iadenin yapılabileceği bir cari hesap bulunmayacağından iadenin nakden yapılması gerekir.

Son olarak hamile tanınan bu imkânın yalnızca belirli durumlarla (otorizasyonsuz ödemeler, cayma hakkının kullanılması, sipariş iptal / iade işlemleri vs.) sınırlı olduğunu vurgulamak gerekir. Şu halde, söz gelimi hamilin vermiş olduğu

<sup>1001</sup> Fakat uygulamada sıklıkla kart kuruluşları, üye işyeri sözleşmelerinde bulunan fiktif işlemlere (POS tefeciliğine) ilişkin kurala dayanarak blokajı hesabın tamamına uygulamaktadır. Oysaki sözleşmelerde bu tür olanaklar genellikle fiktif işlemlerde üye işyerinin POS cihazını hukuka aykırı kullanmaya devam etmesini önlemek adına getirilmiştir. Yoksa hamilin harcama itirazıyla birlikte üye işyeri hesabının tamamen bloke edilmesi, işyerinin faaliyetlerini aksatacak olması bir tarafa, aynı zamanda akdin (üye işyeri sözleşmesinin) müspet ihlali teşkil eder ve kart kuruluşu, haksız olarak bloke edilen tutar nedeniyle işyerinin uğramış olduğu zararı gidermek durumunda kalır. Yine bloke edilen hesaptaki parayı işleten ve bundan gelir elde eden kart kuruluşunun sebepsiz zenginleştiği de söylenebilir. Yargıtay da almış olduğu bir kararda (11. HD, 2.12.2015 T., E. 2015/5022, K. 2015/12890) uygulamada yaygın olarak gözlenen bu konuya değinmiştir. Bu karar şöyledir: "... Dava, üye işyeri sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tazmini istemine ilişkindir. Davacı, davalı bankanın tek taraflı olarak, gerçekleşmesi muhtemel riskleri gerekçe göstererek haksız ve mesnetsiz olarak uyguladığı blokaj işlemi sebebiyle zararlarının tazminini talep ederken, davalı banka, sanal pos cihazı üzerinden yapılan alışverişler sebebiyle sahte (fraud) bildirimler gelmesi ve sonrasında da chargeback taleplerinin gelmesi sebebiyle davacının hesabına bloke koyduğunu, bankanın çok büyük risk altında olduğunu, bloke koyma hakkının sözleşme ile kendisine tanındığını savunmuştur. Mahkemece, davalı banka tarafından davacının hesabına konulan blokenin yargılama sürecinde kaldırıldığı, kaldı ki konulan blokenin de üye işyeri sözleşmesine ve Uluslararası Kredi Kartı Kuruluşları kurallarına uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dosya kapsamından da anlaşıldığı üzere, taraflar arasında, üye işyeri sözleşmesi, mail order sözleşmesi ve genel kredi sözleşmesi bulunmaktadır. Üye işyeri sözleşmesinin 7.2. maddesine göre; banka, üye işyerinin rutin işleyişine ve normal harcama davranışlarına aykırı, riskli ve şüpheli veya hileli bir işlem tespit ettiği veya bu şekilde bir işlem kendisine bildirildiği veya herhangi bir sebeple gerekli gördüğü takdirde, üye işyeri hesabına bloke koyabilir...ve bu şüpheli işlemlerle ilgili herhangi bir sorun olmadığına kanaat getirinceye kadar bloke ile kapatma işlemini devam ettirebilir. Söz konusu sözleşme hükmü düzenlemesine göre, bankanın üye işyeri hesabına bloke koyma hakkı olmakla beraber, bu hak geniş yorumlanarak keyfi olarak kullanılmamalı ve üye işyerinin ticari hayatını sektöre uğratmamalıdır. Bu kapsamda davalı banka da üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeli, kendisine ulaşan chargeback taleplerini süresinde üye işyerine bildirmeli, gerekli belgeleri istemeli ve belgeleri yeterli görürse chargeback talebini kabul edip, üye işyerinin hesabından o tutarda parayı çekmeli/bloke etmelidir. Yani chargeback talepleri bankaya ulaştıktan sonra, riskin doğmuş olacağının kabulüyle doğan risk tutarınca ve chargeback süresince blokaj işlemi gerçekleştirilmesi gerekirken; doğması muhtemel riskler sebebiyle üye işyerinin sanal pos hesabındaki tüm tutar üzerine, davacı üye işyerinin hesaptaki tasarrufunu da engelleyecek şekilde yapılan blokaj işleminin haksız ve keyfi bir işlem olduğu ve bankanın sebepsiz zenginleşmesine yol açacağı gözetilmeksizin, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." Karar için bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr> (Son Erişim: 02.10.2018).



ödeme talimatının karşılığının bulunmaması, yani hamilin acz içine düşmesi, böyle bir başvuru yapmasını gerektirmez. Çünkü bu gibi durumlarda kart kuruluşu ile hamil arasındaki anlaşma kapsamında verilen talimatla işlem “otorize” edildiğinden, kart kuruluşu ödemiş olduğu bedelin iadesini haklı bir gerekçe sunarak üye işyerinden geri tahsil edemez<sup>1002</sup>.



---

<sup>1002</sup> Bu hususta ayrıca bkz. ZDR II m.73.

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **KARTIN ÖDEME SİSTEMİ TARAFLARINCA KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK**

#### **X. KARTIN KART HAMİLİ TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

##### **A. Hamilin Kartı Edinirken Kimliğiyle veya Mali Durumuyla İlgili Usulsüz Beyanlarda Bulunması**

Kart kuruluşundan haksız kazanç elde etmek isteyen kişilerin sahte kimlik kullanmaları veya gerçek kimlik bilgilerini kullanmakla birlikte mali durumlarıyla ilgili olarak yanlış bilgi ve belgeler sunmaları sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

Hatırlanacağı üzere, kart kullanımının yaygınlaştığı ilk dönemlerde, kart kuruluşunun kartın bilinçsiz kullanılması sonucunda ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı müşterileri uyarma ve hesapsız harcamaların sonuçları hakkında tavsiyede bulunma yükümlülüğü üzerinde durulmaktaydı<sup>1003</sup>. Günümüzde ise kanun koyucu, hamilin gelirinin çok üzerinde limitlerde kart çıkartmasına -kartı geniş anlamda kötüye kullanmasına- engel olabilmek adına, her hamil için tüm kart kuruluşları nezdinde, kazancıyla orantılı tek bir limit belirleme esasına geçilmiştir (BKKKK m. 9)<sup>1004</sup>. Bununla birlikte kötüyeniyetli hamiller, söz konusu engeli aşmak adına, kendi

<sup>1003</sup> Nitekim LG Aachen, yalnızca üstün körü değindiği ve sonuçlarını açmadığı kararında, kart kuruluşunun kendisine ibraz edilen hesap özetlerini tetkik etmekle yükümlü olmasının yanı sıra, kart hamilinin aşırı borçlanmasına ilişkin tehlikeyi önlemekle de yükümlü olduğunu vurgulamıştır (Bu karar ve yukarıdaki açıklamalar için bkz. Taupitz, s. 19).

<sup>1004</sup> Hatırlanacağı gibi ülkemiz uygulamasında ilk zamanlarda kredi notu verme veya müşterinin geliriyle orantılı limit belirleme gibi yöntemler söz konusu değildi. Bu nedenle müşteriler rahatlıkla birden fazla kart kuruluşunda gelirlerinin çok üzerindeki limitlerde kart hesabı açarak bir karttaki borç açığını sahip olduğu diğer karttan nakit avans çekerek kapatmakta ve bunu borç astronomik boyuta ulaşıncaya dek (yüksek banka avans faizlerinin katkısıyla da) zincirleme olarak devam ettirebilmekteydi. Hamillerin kart borçlarını ödeyemeyecek hale gelmesine rağmen, bağımlılık düzeyinde kartlarını kullanmaya devam etmeleri, kitlesel olarak ekonomik ve sosyal yıkımlara sebep olmuş, bundan sonra hem kanun koyucu hem de BDDK “karta takla attırma” olarak bilinen bu yönleme karşı önlem almak zorunda kalmıştır. Önlem alınmadan önceki dönemde öğretide, kart hamilinin korunmasına dönük otoriter eğilimin aksine, onun bu şekildeki düşüncesizlik ve özensizliğinin TBK m. 27 anlamında ahlaka aykırılık olarak değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. Bir noktaya kadar hamilin gelirinin çok üzerinde limitle kart çıkartıp, cari olan kredi sözleşmesi kapsamında çok yüklü bir borç altına girmesinin ahlaka aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle sözleşmenin batıl olması gerektiği şeklindeki düşünceler savunulabilir. Ancak özel hukukunun temeli olan akit serbestisi, yalnızca şahsi karar

kimliklerini saklayarak veya mali durumuyla ilgili usulsüz beyanlarda bulunarak gelirlerinin çok üzerinde limitlerde kart çıkartmaya çalışabilir.

İlk olarak belritelim ki, henüz kart sözleşmesinin kuruluş aşamasında gerçekleşen bu usulsüzlerden ötürü hamili “culpa in contrahendo” nedeniyle (sözleşmesi öncesi sorumluluk) sorumlu tutmak mümkündür. Zira taraflar, sözleşmenin kuruluş safhasında, sözleşmenin içeriği ve şartlarıyla ilgili olarak dürüstlük kuralına uygun hareket etmek ve birbirlerine karşı özenli davranmakla yükümlüdür. Sözleşme öncesi sorumluluğun doğması için sözleşmenin kurulmuş olması da şart değildir. Sözleşme kurulmamış olsa dahi, kart kuruluşu eğer varsa uğramış olduğu zararı sözleşme başvurusunda bulunan kişiye yöneltebilir<sup>1005</sup>.

İkinci olarak bu şekilde usulsüz beyanlarla edinilen kartın kötüye kullanılmasından ötürü, kart kuruluşu karşısında kartı çıkartan hamilin sorumlu tutulacağı açıktır. Fakat kart kuruluşunun, çoğu zaman sahte kimlik kullanarak kart çıkartan hamili bulması ve zararını tazmin etmesi mümkün olamayacaktır. Diğer taraftan hamil gerçek kimliğini kullanmakla birlikte yalnızca yüksek limitli kart elde edebilmek için mali durumuyla ilgili usulsüz bilgi ve belge paylaşımında bulunmuşsa, kart kuruluşunun bu kez ödeme güçlüğü içinde bir hamille karşı karşıya kalması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla bu gibi hallerde, kötüye kullanım rizikosuna büyük ölçüde kart kuruluşunun katlanacağını söylemek yanlış olmaz<sup>1006</sup>.

İfa ilişkisi bakımından ise söz konusu işlemler orijinal kartla ve hamilin iradesiyle gerçekleştiğinden, kart kuruluşunun yapılan harcamaların karşılığını üye işyerine ödemesi, diğer bir deyişle kötüye kullanım rizikosuna kendisi katlanması gerekir<sup>1007</sup>. Ayrıca kartlı sistemlerdeki soyutluk ilkesinin sonucu olarak kart kuruluşunun, karşılık ilişkisinde hamilin hilesi sonucu sakatlanan ve iptale konu olan kart sözleşmesine dayalı işlemleri, üye işyerine karşı ileri sürememesi gerekir. Burada hamilin beyanlarını gerektiği gibi incelemeyen kart kuruluşu kusurludur ve

---

verme değil, aynı zamanda şahsen sorumluluk altına girme özgürlüğü anlamına da geldiğinden, bu sonuç çok istisnai durumlarda, hal ve şartlar gerektirdiği takdirde kabul edilebilir. Zira borçlu, kural olarak ödeme gücünün sınırlarını kendisi test etmek ve buna göre bir karar vermek zorundadır. Borçlunun ödeme kudretinin çok üzerinde bir yükümlülük altına girmesi, basit bir biçimde butlan sonucu doğuran bir neden değildir. Diğer bir deyişle, borçlunun yapmış olduğu harcamanın haczedilebilir malvarlığından fazla olması, TBK m. 27 kuralının işletileceği ve sözleşmenin batıl olacağı anlamına gelmez (Bu yönde bkz. Ellenberger, Palandt BGB, §138, N. 36; Taupitz, s. 192).

<sup>1005</sup> Bu hususlarda bkz. İşgüzar, s. 135.

<sup>1006</sup> Bkz. İşgüzar, ss. 135-136.

<sup>1007</sup> Bu hususlarda bkz. İşgüzar, s. 136.

gerek karşılık ilişkisi gerekse de ifa ilişkisinde bunun sonuçlarına katlanmak durumundadır<sup>1008</sup>.

### **B. Hamilin Kartı Bilerek Limitini Aşacak Şekilde Kullanması**

Kartın, hamil tarafından kötüye kullanılması bahsinde karşımıza çıkan diğer bir ihtimal, özellikle kredi kartları bakımından kart kuruluşunca belirlenen kart limitinin aşılması durumudur. Uluslararası uygulamalara bakıldığında kart kuruluşlarının, kart hamillerine tahsis ettikleri kredi kartlarının kullanım limiti bakımından iki ihtimale göre hareket ettikleri görülür. Birinci ihtimalde, karta bir limit tanımlanır ve hamilin yapmış olduğu dönem içi harcamalarda üst limiti aşmasına izin verilmez. Bu limit, hamilin şahsi gelirine uygun olarak belirlenir. İkinci ihtimalde ise herhangi bir limit belirlenmez, ancak ödemelerin teminat altına alınabilmesi için hamilinin yalnızca geliri veya kazancıyla sınırlı olarak kartlı ödemeleri gerçekleştirebileceği belirtilir. Bu yöntemde sözleşme ile kart limiti belirlenmeksizin, yalnızca hamilin mali durumuna göre kartı kullanabileceğine atıf yapılması hem oldukça riskli hem de günümüz şartlarında demode bir uygulamadır. Gerçekten de günümüzde artık tüm kart kuruluşlarının biraz önce de belirttiğimiz üzere, hamilin kredi notuna göre bir üst limit belirlemeleri zorunlu hale gelmiştir.

Bununla birlikte kart hamili, kart kuruluşu tarafından kendisine tahsis edilmiş olan limiti teknik aksaklıklardan veya herhangi bir boşluktan yararlanarak bir şekilde aşar ve bilerek kart kuruluşunun zarara uğramasına neden olursa, bu zararı gidermek durumunda kalır. Bu sonuç bilhassa hamilin ödeyemeyeceğini bilerek harcamalar yapması ve kart kuruluşunun, üye işyerine yapmış olduğu ödemeleri (masrafı), vekâlet sözleşmesi çerçevesinde kendisinden tahsil edememesi durumunda karşımıza çıkar. Bu gibi hallerde hamil genelde ödeme güçlüğü içerisinde bulunacağından, genel tazminat esaslarına göre kendisine yönelmek yine nafile bir uğraş olacaktır.

Keza aynı sakıncalı durum, hamilin arızalı olduğunu bildiği bir bankamatikten, sözleşmeyle belirlenen limiti aşacak ölçüde para çekmesi bakımından da gündeme gelebilir. Hamil bu tutumuyla kart sözleşmesindeki yan yükümlülüğü ihlal etmiş olacağından, akdin müspet ihlalden ötürü kart kuruluşunun uğramış

---

<sup>1008</sup> Benzer yönde bkz. İşgüzar, s. 136.

olduğu zararı tazmin etmek durumunda kalır.

Buna karşılık günümüzde online otorizasyonun yaygın olarak uygulanmaya başlamasıyla birlikte, kartın bu şekilde gerek POS terminallerinde gerekse de bankamatiklerde kötüye kullanılmasının mümkün olamayacağını belirtelim. Bilindiği gibi online otorizasyonda işlem, ağ üzerinden işyerinin anlaşmalı olduğu banka aracılığıyla gerçekleştiğinden, salt blokaj sorgulaması yapılmaz, aynı zamanda hamilin bu işlemi yapma yetkisinin (yeterli limitinin) bulunup bulunmadığı da incelenir. Bununla birlikte POS kullanımlarında ödemenin bu şekilde otorizasyona tabi olması, ödeme tutarının önceden üye işyeri sözleşmesiyle belirlenen işlem limitini aşmasına bağlıdır. Bilindiği gibi, uygulamada bu açıktan faydalanmak isteyen kart hamilleri ile üye işyerleri, otorizasyon denetiminden kurtulabilmek için “slip bölme” olarak bilinen yöntemi geliştirmişlerdir. Bu yöntemde, işlem limitinin altında olacak şekilde birden fazla harcama belgesi düzenlenerek kart kuruluşundan onay alma yükümlülüğü devre dışı bırakılır<sup>1009</sup>. Eskiden telefon hatlarının yetersiz olmasından ötürü işlemin oldukça uzun sürmesi nedeniyle üye işyerleri bu yönetime yönelmiş olsalar da<sup>1010</sup>, zamanla bu uygulama kötüye kullanılmaya başlanmıştır. Günümüzde seri bir şekilde işleyen iletişim altyapısı ve online otorizasyon ağı kurulu olduğundan, bu durum artık mazeret olmaktan çıkmıştır. Nitekim kanun koyucu da getirmiş olduğu düzenlemeyle duruma müdahale etmiş ve slip bölme yöntemini yaptırıma bağlamıştır (BKKKK m. 22)<sup>1011</sup>. Bu kural şöyledir: “Üye işyerleri, tek bir kredi kartı ile yapılacak harcama tutarının belirlenen işlem limitini aşması halinde kart çıkaran kuruluştan kartın kabulü için yetki almakla yükümlü tutulmuş ise harcamanın tamamı için yetki almak zorundadır. Aynı kartla, aynı ödeme işlemi için birden fazla harcama belgesi düzenlenemez. Bu hükme aykırı davranılması halinde üye işyerleri satılan hizmet veya mal bedelini üye işyeri anlaşması yapan kuruluştan talep edemez.” Görüldüğü üzere yasada açıkça slip bölme işlemi yasaklanmış ve bu yasağa aykırılık, üye işyerinin kart kuruluşundan doğan alacağını talep edememesi yaptırımına bağlanmıştır.

<sup>1009</sup> Bkz. Vogel, s. 52, dn. 29; A. Langenbucher, s. 125.

<sup>1010</sup> Bkz. Çeker, s. 84.

<sup>1011</sup> Ayrıca bkz. Yuk. IV, C, 3.

### C. Hamilin Gerçeğe Aykırı Olarak Blokaj Bildiriminde Bulunması ve Harcama İtirazını İleri Sürmesi

Kartın, kartı kullanmaya yetkili olan hamil tarafından kötüye kullanılması konusunda akla gelen bir diğer ihtimal, hamilin gerçeğe aykırı olarak blokaj bildiriminde bulunması ve harcama itirazını ileri sürmesidir. Bu ihtimalde kart gerçekte çalınmış veya kaybolmuş olmamasına rağmen hamil kart kuruluşuna bu içerikte bir bildirimde bulunur; buna karşılık kartı kullanmaya devam eder<sup>1012</sup>. Kart hamilini bu tür usulsüz bir davranışa sürükleyen temel etmen, kanun koyucunun öngörmüş olduğu sınırlı sorumluluk düzenlemesidir (BKKKK m. 12/I, c. 1). Bu açıdan kötüye kullanımı hedefleyen hamil, sınırlı sorumluluk rejiminden yararlanabilmek için yüklü bir harcama yaptıktan sonra 24 saat içinde kartının kaybolduğu veya çalındığı bilgisini kart kuruluşuna bildirir<sup>1013</sup>.

Bilindiği üzere kart kuruluşu, olağan kart kullanımlarında üye işyerlerine yaptığı ödemelerin karşılığı olarak hamilden masraf tazminatı talep edebilir. Ancak kartı bizzat kullanmış olan hamil, bu şekilde kötü niyetli olarak kayıp - çalıntı bildiriminde bulunursa, artık tipik anlamda kartı kötüye kullanmış olmaz. Bu nedenle hamilin bu tutumunu gözlemleyen kart kuruluşu, BKKKK m. 12'ye veya sözleşmeye aykırılık esaslarına dayanmaya gerek olmadan doğrudan masraf tazminatını talep edebilir<sup>1014</sup>. Uyuşmazlık durumunda ödeme talimatının yetkili hamil tarafından verildiğinin ispatlanması gerekir. Bu da şüphesiz kart kuruluşu bakımından bazı hallerde çok güç ve idarî açıdan oldukça masraflı olur.

Diğer yandan kartın hamil tarafından kötüye kullanıldığı hallerde, üye işyerinin çoğu zaman özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini söylemek mümkün olamayacağından, kart kuruluşunun harcama belgesinin karşılığı olan tutarı üye

<sup>1012</sup> Bkz. Şener, ss. 505-506; Vogel, s. 177; İşgüzar, s. 136.

<sup>1013</sup> Benzer yönde bkz. Çeker, ss. 80-81. Gelişen tekniğin bir sonucu olarak, kayıp/çalıntı bildirimiyle birlikte kart hemen bloke edildiğinden, kötü niyetli hamiller harcamaları yaptıktan kısa bir süre sonra blokaj bildiriminde bulunabilir. Gerçekten de kartının hemen bloke edileceğini düşünen hamil, BKKKK m. 12/I'de aranan 24 saatlik süre sınırlamasına uygun hareket ederek kötüye kullanımdan en az kayıpla sıyrılmak isteyebilir. Daha açık bir ifadeyle, kartı son limitine kadar kullanan hamil, bu kullanımın üzerinden henüz yirmi dört saat geçmeden blokaj bildiriminde bulunarak yapmış olduğu harcamalardan yalnızca 150 TL ile sınırlı sorumlu tutulmayı planlayabilir.

<sup>1014</sup> Bu yönde bkz. Şener, ss. 559-560. Ayrıca BKKKK m. 37'de kartı kullanmasına rağmen, gerçeğe aykırı blokaj bildiriminde bulunan hamilin bir yıldan üç yıla hapis ve iki bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir (Bkz. Bahtiyar, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İÜHF 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, s. 74, dn. 10). Bu düzenleme öncesinde hamil, TCK'da düzenlenen dolandırıcılığa ilişkin kurallara göre sorumlu tutulmaktaydı (Bkz. İşgüzar, s. 137).

işyerine ödemesi gerekir. Gerçekten de üye işyeri, kartın kaybolduğuna ilişkin bildirim kendisine ulaştıktan sonra işlemi gerçekleştirmediği -ve bu hususta kendisine herhangi bir kusur isnat edilmediği- sürece, kötüye kullanımdan ötürü sorumlu tutulamaz<sup>1015</sup>. Bu nedenle kartın hamil tarafından kullanıldığı ispat edilemezse, kötüye kullanım rizikosunu nihai olarak kart kuruluşu taşımak durumunda kalır. Her ne kadar kart kuruluşunun genel hükümler kapsamında uğramış olduğu zararın tazminini talep etme hakkı bulunuyor olsa da bu şekilde kartını bilerek kötüye kullanan hamil, genellikle ödeme güçlüğü içinde bulunacağından, bu çoğu zaman nafie bir uğraş olmaktan öteye gidemeyecektir<sup>1016</sup>.

Bundan başka yine hamil aslında kartı teslim alıp kullanmış olmasına rağmen, kartın ilk teslim sürecinde kendisine ulaşmadığını iddia ederek harcama itirazında bulunabilir<sup>1017</sup>. Şüphesiz bu gibi durumlarda da kart hamilini sorumlu tutmak gerekir. Uyuşmazlık durumunda kart kuruluşu, karşılaşıcağı ispat güçlüğünü şartlar oluştuğu takdirde ilk görünüş ispatının yardımıyla aşabilir<sup>1018</sup>.

#### **D. Hamilin Kartını Kötüye Kullanım Amacıyla Başkalarıyla Paylaşması**

Hamilin kartını kullanması için başkalarına vermesi ve bu kişilerin yapmış olduğu harcamalara itiraz etmesi, 90'lı yıllardan beri revaçta olan bir kötüye kullanım modeli olduğundan, o dönemden bugüne kart kuruluşlarınca hazırlanan sözleşmelerde, kartın -özellikle de kredi kartının- üçüncü kişilere devredilemeyeceği özel olarak vurgulanır.

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması bahsinde vurguladığımız gibi hamil, kart kuruluşunu dolandırma kastıyla hareket eder, kendisine veya bir başkasına ekonomik yarar sağlamak adına kartın başkaları tarafından kötüye kullanılmasına vesile olursa, ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulur (BKKKK m. 12/I c. 2). İncelemekte olduğumuz bu kötüye kullanım türünde de hamil, kartını anlaşmalı olduğu üçüncü kişiye belli bir miktar karşılığında verir ve daha sonra gerçeğe aykırı blokaj bildiriminde bulunur<sup>1019</sup>. Dikkat edilirse hamil

<sup>1015</sup> Bu hususlarda bkz. A. Langenbucher, s. 148.

<sup>1016</sup> Bkz. A. Langenbucher, s. 149.

<sup>1017</sup> Bkz. Vogel, s. 176.

<sup>1018</sup> İlk görünüş ispatına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aşa. XIV, A, 3, b.

<sup>1019</sup> Bkz. Bucher, s. 247.

burada kartı başkalarıyla paylaşmama yükümlülüğünün yanı sıra bildirim yükümlülüğüne de “kasten” aykırı hareket etmektedir. Gerçi bildirim yükümlülüğünü düzenleyen BKKKK m. 16’da, kayıp, çalıntı durumunun veya irade dışında gerçekleşen diğer durumların derhal bildirilmesinden bahsedilir. Ancak kanaatimize göre her ne kadar ortada kartın kaybolması veya çalınması gibi bir durum söz konusu olmasa da, hamilin bile bile gerçeğe aykırı blokaj bildiriminde bulunması da bildirim yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Kuralın ratio legisinin, kayıp- çalıntı durumunun veya en azından bu husustaki makul şüphenin bildirilmesi ve kötüye kullanımların önlenmesi olduğu dikkate alındığında, bu sonucu doğal karşılamak gerekir. Şu halde sahte bildirimde bulunarak hedeflenen amaca, yani kötüye kullanımın önlenmesi amacına kasten aykırı eden hamil, bildirim yükümlülüğüne de aykırı hareket etmiş sayılır. Bu nedenle kart kuruluşu, BKKKK m. 12/I c. 2’ye dayanarak zararın tamamını hamilden talep edebilir. Yine kanımızca bu hususta bir adım daha ileri gitmek ve gerçek dışı bildirimde bulunması nedeniyle hamili genel kuralın aksine hem bildirimden önce gerçekleşen harcamalardan hem de varsa bildirimden sonra gerçekleşen harcamalardan dolayı sorumlu tutmak icap eder.

Bununla birlikte kart kuruluşu, bu tür uyuşmazlıklarda talep temelini doğrudan masraf tazminatına veya genel hükümlerde düzenlenen haksız fiil esaslarına da dayandırabilir. Bu durumda, TBK m. 60 anlamında kart kuruluşu lehine hakların yarışması söz konusudur<sup>1020</sup>.

#### **E. Hamilin Üye İşyeri ile Anlaşarak Kartı Kötüye Kullanması**

Hamilin üye işyeri ile anlaşarak kartı kötüye kullanması da mümkündür. Bu konuda hemen akla fiktif işlemler, bilhassa da POS tefecilik uygulamaları gelmektedir. Kısaca POS tefeciliği, kart hamilinin nakit ihtiyacı için kartını üye işyerinin POS terminalinde kullanması, ancak yapılan harcamanın işyerinin işletme konusuna giren bir satış işlemi gibi gösterilmesidir. Bu gibi hallerde tefeci işyeri, kartlı ödemenin karşılığı olarak hamile mal veya hizmet yerine nakit ödöncü vermektedir. POS tefeciliği öncelikle kuyumculuk ve telekomünikasyon sektöründe baş göstermiş olup BDDK’nın tedbir olarak bu alanlara ilişkin taksit yasağı /

<sup>1020</sup> Benzer yönde bkz. Taupitz, s. 190.



sınırlaması getirmesi üzerine farklı sektörlerle sıçramıştır<sup>1021</sup>. POS tefeciliğın bize özgü bir kötüye kullanım modeli olmasının en önemli sebebi, ülkemizde POS aracılığıyla gerçekleşen kredi kartı borçlarının kart kuruluşuna taksitle ödenebilme imkânının bulunması ve kart hamilleri tarafından bu imkânın oldukça cömert kullanılmasıdır. Kartla gerçekleşen harcamaların bu şekilde taksitlendirilebilmesi, her ne kadar amaç dışı kullanımların önünü açmış olsa da aynı zamanda gelenek ve modern uyumunu gözler önüne seren tipik bir uygulama olarak karşımıza çıkar. Bu bakımdan ticaret geleneğimizde yer alan “veresiye defteri” uygulamasının, modern hayatta cari hesaba dayalı banka kredi kartı sözleşmelerine evrildiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.

POS tefecilik uygulamalarında hamilin işleme rızası olduğundan, tipik anlamda bir kötüye kullanımdan bahsetmek mümkün olmasa da geniş anlamda kötüye kullanımdan söz etmek yanlış olmaz. Bu tip hukuka aykırı kullanımların

---

<sup>1021</sup> Nitekim 2014 yılı itibarıyla POS tefeciliğın kuyum ve telekomünikasyon sektöründen; halı, mobilya ve beyaz eşya sektörüne sıçradığı belirtilmektedir [Bu bilgi için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/pos-tefeciligi-yeniden-patladi-25803835> (Son Erişim: 16.10.2018)]. Özellikle bir dönem mobilya ve beyaz eşya sektörleri bakımından on iki aylık taksitlendirme yapılmasına izin verilmesi, POS tefeciliğın bu alanlarda daha da yaygınlaşmasına sebep olmuştur. Ülkemizde POS tefeciliğın uygulamasının bilhassa 2010 yılında ciddi bir artış gösterdiği söylenebilir. MASAK’ın aynı yıl yayınlamış olduğu faaliyet raporunda, kara paranın aklanmasına ilişkin çalışma ve analizler başlığı altında yer alan istatistiğe bakıldığında, POS tefecilik işlemine ilişkin incelenen dosya sayısının, uyuşturucu kaçakçılığından hemen sonra, yani ikinci sırada yer aldığını görmekteyiz [Bu faaliyet raporu için bkz. [https://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap\\_2010.pdf](https://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap_2010.pdf) (Son Erişim: 16.04.2018)]. BDDK ise bu duruma BKKKY m. 26/VII’de değişikliğe gitmek suretiyle ancak 2013 yılı sonunda müdahale etmiştir (RG. 31.12.2013 / 28868). Bu değişiklikle kredi kartı ödemelerinde genel olarak dokuz aylık bir taksit sınırlaması belirlenmiş, ardından telekomünikasyon ve kuyumla ilgili harcamalarla yemek, gıda ve akaryakıt alımlarında taksitlendirme yapılmayacağı kararlaştırılmıştır. Böylece kartlı ödemeler bakımından genel bir taksit sınırlaması (9 aylık) ile birlikte bazı sektörler için taksit yasağı getirilmiştir. Bu yasağın sonucunda özellikle telekomünikasyon sektörünün, hediye çeki, hediye kart gibi uygulamalar adı altında yasağı dolanarak taksitle satım yapmaya devam etmesi üzerine 2014 yılında tekrar bir değişikliğe gidilmiş ve hediye çeki, hediye kart ve benzeri şekilde somut mal veya hizmet içermeyen ürünlerin alımında da taksit yasağı getirilmiştir (RG. 13.05.2014 / 28999). Daha sonra kuyumculuk sektörünün yakınmaları ve cari açıktaki konjonktürel durum da dikkate alınarak aynı yıl bir değişiklik daha gündeme gelmiş ve kuyumculuk faaliyetleri için söz konusu olan taksit yasağı, taksit sınırlamasına dönüştürülerek azami 4 aylık taksit süresi belirlenmiştir (RG. 22.10.2014 / 29153). 2015 yılında söz konusu yönetmelikte bir değişikliğe daha gidilmiş ve beyaz eşya, mobilya ile eğitim-öğretime ilişkin harcamalarda on iki aya kadar taksit olanağı getirilmiştir (RG. 25.11.2015 / 29543). Yine daha sonra 2016 yılındaki değişikliklerle, genel taksit sınırı 12 aya çıkarılırken, bilgisayar ve elektronik eşya alımlarında 9 aylık taksit sınırı 6 aya indirilmiştir. Nihayet 2018 yılında yapılan diğer bir değişiklikle, elektronik eşya alımlarında taksit sınırı üç aya indirilirken, kuyum sektöründe taksit sınırlaması tekrar taksit yasağı haline dönüştürülmüştür (RG. 15.08.2018 / 30510).

Özetle, son duruma bakıldığında POS tefeciliğın yaygın olarak gözlemlendiği telekomünikasyon ve kuyum sektöründe taksit yasağı söz konusuysa, beyaz eşya sektöründe (elektronik eşya alımlarında) taksit sınırlamasına gidildiği görülmektedir. Kanaatimizce bu sınırlamanın 3 ay gibi kısa bir süre olarak belirlenmesi, sektördeki POS tefecilik uygulamalarını önemli ölçüde engelleyecektir.

temel özelliği, eylemin gerçekleşmesine üye işyerinin aracılık etmesi, yani hukuka aykırılıkta onun da rolünün bulunmasıdır<sup>1022</sup>. Dolayısıyla hamilin masraf tazminatı ödemeye yanaşmaması durumunda, ihtilaflı işlemin POS tefeciliğiyle gerçekleştiğini tespit eden kart kuruluştaki uğramış olduğu zararı, haksız fiile veya akdin (üye işyeri sözleşmesinin) müspet ihlaline dayanarak üye işyerinden talep edebilir. Üye işyerinin zararı karşılaması durumunda, üstlenmiş olduğu rizikoyu hamile yansıtıp yansıtamayacağını, daha doğrusu hamile vermiş olduğu nakdin iadesini sebepsiz zenginleşme esasları doğrultusunda isteyip isteyemeyeceğini ayrıca değerlendirmek gerekir. POS tefecilik konusunu ve nihai olarak rizikonun nasıl paylaştırılacağı meselesini aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımızdan<sup>1023</sup>, şimdilik yalnızca hamil özelinde sınırlı bir durum tespiti yapmakla yetiniyoruz.

## **XI. KARTIN ÜYE İŞYERİ TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

### **A. Ön Açıklamalar**

Kartın, ödeme sisteminin önemli bir süjesi olan üye işyeri tarafından kötüye kullanılması da pekâlâ mümkündür. Uygulamada genellikle kriminal olarak karşılaşılan durum, üye işyerinde yer alan özel aparatlar yardımıyla kart bilgilerinin ele geçirilmesi<sup>1024</sup> veya hamilin bilgisi dışında kartın birden fazla işleme konu olmasıdır. Bu nedenle müşterilerin, üye işyerinin kartı sadece tek bir seferde (ve seri bir şekilde) POS cihazından okutmasına dikkat etmeli ve kartlı ödemeler prensip olarak müşterinin gözü önünde ve bilgisi dâhilinde gerçekleşmelidir. Yine kart hamili, işlem tamamlandıktan sonra kendisine verilmiş olan kartın gerçek mi yoksa taklit veya çalıntı nitelikte başka bir kart mı olduğunu mutlaka kontrol etmelidir.

<sup>1022</sup> Benzer yönlerde bkz. Çeker, s. 83.

<sup>1023</sup> Bkz. Aşa. XI, C.

<sup>1024</sup> Kart bilgilerinin ele geçirilmesi, sahte POS cihazları yardımıyla kartın kopyalanması şeklinde olabilir. Bu yöntemde, kopya verilerle sahte olarak üretilen kart genellikle bir başka üye işyerinde kullanılacağından, üçüncü kişinin kötüye kullanımı da söz konusu olur. Üye işyeri üretmiş olduğu sahte kartı bizzat kendisi kullanabileceği gibi, kartı bir başka üçüncü kişiye de satabilir (Bu hususta bkz. Şener, s. 504). İkinci bir yöntem ise internet kullanımları bakımından yeterli olan kart bilgilerinin, bir şekilde kayıt altına alınmasıdır. Söz gelimi, hamil ödeme için kartını ibraz ettikten sonra, kasa görevlisi hızlıca kart bilgilerini bir yere not edebileceği gibi, kartın önlü arkalı fotoğrafını da çekebilir.

Bunun dışında hamilden asıl işlem miktarını aşan bir tutar talep edilebilir. Bu yüzden kart hamillerinin POS cihazına PIN bilgisini girerken talep edilen tutarı ve harcama belgesinde “toplam meblağ” yazan kısımdaki bedeli kontrol etmeleri isabetli olur. Ayrıca kart hamilleri, dönem içindeki tüm harcama belgelerini muhafaza etmek suretiyle kart kuruluşundan gelen faturalarla, harcama belgelerindeki verileri karşılaştırabilir ve olası manipülasyonları kolaylıkla tespit edebilir<sup>1025</sup>.

Kartın üye işyeri tarafından kötüye kullanılması bahsinde diğer bir ihtimal, üye işyerlerinin kart dolandırıcıları ile birlikte hareket etmesi veya çalındığı / kaybolduğu bilinen bir kartın ödeme işlemine konu olması şeklinde karşımıza çıkar. Her ne kadar bazı kart organizasyonları (VISA, MasterCard gibi) bu şekilde birçok çalıntı / kayıp kredi kartını kabul eden üye işyerlerini deşifre etmek adına özel bir bilgisayar yazılımı geliştirmişse de kartlı sistem piyasasındaki rekabet nedeniyle, kart kuruluşlarının üye işyeri seçiminde gerekli hassasiyeti gösterdikleri söylenemez<sup>1026</sup>.

Özellikle günümüzde ülkemiz uygulaması dikkate alındığında da kart kuruluşlarının benzer endişelerle üye işyerleri ile anlaşma yapma noktasında pek titiz davrandıkları söylenemez; hatta POS cihazı satışlarında kampanya yarışına girerek daha fazla üye işyeri kazanma gayreti içerisinde oldukları da sır değildir. Bunun en doğal sonucu, emsaline rastlamanın kolay kolay mümkün olmadığı türde hukuka aykırı kullanımlarla karşı karşıya kalmaktır. Bu noktada, amaç dışı kullanım örneği olarak ilk etapta hemen akla, ülkemizde POS tefeciliği olarak bilinen uygulama gelmektedir.

Bu kapsamda son olarak öğretide **Taupitz**’in üye işyerinin, haklı bir sebebe dayanmaksızın kart hamilinin kartlı ödeme talebini geri çevirmesini, kartın geniş

---

<sup>1025</sup> Bu yöndeki tespit ve tavsiyeler için bkz. Taupitz, s. 33; Şener, s. 504.

Buna karşılık Martinek, hamilin kartını kısa bir süreliğine üye işyerindeki bir çalışanın himayesine vermesi ve harcama belgesinin huzurunda düzenlenmemesi durumunda, hamile sorumluluk yükletilemeyeceğini belirtir. Zira yazara göre üye işyeri çalışanı, harcama belgesini hamilin bulunduğu yerde düzenlemiş olsa bile hamilin işlemi kusursuz bir şekilde gözetlemesi mümkün değildir [Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 44. Aynı yönde bkz. Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 88; Pavalenco, s. 171]. Ancak bu görüşe katılmak oldukça güçtür. Hamilin kartı kısa süreliğine de olsa işyeri çalışanıyla paylaşması ve çalışanın bir başka yerde harcama belgesini düzenlemesi (işlemi gerçekleştirilmesi), kötüye kullanım rizikosunu önemli ölçüde arttıracaktır. Hele ki MO/TO işlemlerinde çoğu durumda sadece kart üzerindeki bilgilerle bile işlem yapıldığı düşünüldüğünde, hamilin kartını tanımadığı birine vermesi oldukça vahim sonuçlar doğurabilir.

<sup>1026</sup> Kart kuruluşlarının bu tutumunun ardında, kart hamillerine mümkün mertebe daha fazla üye işyeriyle anlaşma yapmış olduğunu gösterme kaygısı yatar (Taupitz, ss. 34-35).

anlamda kötüye kullanılması olarak değerlendirdiğini belirtmek gerekir<sup>1027</sup>. Bilhassa eski uygulamada öne çıkan durum, indirimli ürünlerde kredi kartı ödemelerinin kabul görmemesiydi. Burada üye işyerlerinin kart kuruluşuna karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranmasından bahsetmek gerekir. Sözleşme kapsamında, hamilin hiç kuşkusuz kartlı ödemenin nakdi ödeme gibi değerlendirilmesini talep etme hakkı saklıdır. Ülkemizdeki uygulamada üye işyerlerinin bu politikadan vazgeçtikleri söylenebilir. Çok istisnai durumlarda, özellikle düşük tutarlı işlemlerde üye işyeri, her bir işlem karşılığında kart kuruluşuna yapmış olduğu komisyon ödemesini (disagio) tolere etmek adına bu miktarı hamile yansıtmaktadır. Bu tutum, yazarın da belirttiği gibi geniş anlamda kartın üye işyeri tarafından kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.

#### **B. Üye İşyerinin Hamilin Bilgilerini Kullanarak Sahte Kart Üretmesi ve Harcama Belgesini Tahrif Etmesi**

Daha önce de belirttiğimiz gibi, orijinal kart kullanılarak elde edilen harcama belgesi yardımıyla sahte kart çıkarılmasından veya hukuka uygun tanzim edilen bir harcama belgesinin sonradan üye işyeri (veya çalışanı) tarafından tahrif edilmiş olmasından kaynaklanan zararlar sebebiyle, kart hamilinin sorumlu tutulması düşünülemez. Bu gibi durumlarda -karşılık ilişkisinde- rizikonun üye işyerini seçen ve onunla çerçeve sözleşme imzalayan kart kuruluşunun etki alanında doğduğu kabul edilir<sup>1028</sup>. Burada sistemin başarıya ulaşması bakımından kart kuruluşunun sahip olduğu menfaat ile riziko arasında sıkı bir ilişki bulunur. Ayrıca üye işyerinin, ödeme için ibraz edilen kartlar vasıtasıyla sahte harcama belgeleri tanzim etmesinde veya sahte harcama belgesinin düzenlenmesi için verileri üçüncü kişilere aktarmasında, kart hamilinin hiçbir etkisi bulunmadığı gibi, pratik olarak bu gibi olayların gelişimini önlemesi de mümkün değildir. Bu nedenle kart hamiline herhangi bir

<sup>1027</sup> Bu yönde bkz. Taupitz, s. 32.

<sup>1028</sup> Bu hususta bkz. Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 39. Üye işyeri, daha önce belirttiğimiz gibi kartın ödeme aracı olarak kabul edilmesi ve gerekli kontrollerin yapılması bakımından kart kuruluşunun yardımcı kişisi konumundadır. Bu nedenle kart kuruluşu ile hamil arasındaki ilişki özelinde kötüye kullanım rizikosunun kart kuruluşunun sahasında doğduğu kabul edilir [Bkz. Atamer, **Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt: 1, s. 1007, dn. 7; Kaplan, s. 109; Martinek ve Omlor, *Bankrechts Handbuch* (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 44].

sorumluluk yükletilmez<sup>1029</sup>. Ayrıca rizikonun, genel işlem koşulları yardımıyla kart hamiline yüklenmesi de mümkün değildir; aksi takdirde bu türden kayıtlar, TBK m. 25'e göre içerik denetimi kapsamında geçersiz sayılır<sup>1030</sup>.

İfa ilişkisi özelinde mesele ele alındığında, üye işyerinin yanında çalıştırdığı yardımcı kişinin bu tür davranışlarından ötürü kart kuruluşuna karşı sorumlu olacağı açıktır (TBK m. 116)<sup>1031</sup>. Kart kuruluşu, kötüye kullanıma konu olan işlem miktarını üye işyerine ödemişse, hukuki bir neden olmaksızın yapmış olduğu ödemeyi, TBK m. 77/I'e göre geri talep edebilir. Bunun dışında yine akdin müspet ihlaline veya TBK m. 49 vd.'da yer alan haksız fiil kurallarına da dayanabilir. Ancak kart kuruluşu kötüye kullanımı tespit etmiş olmasına rağmen bunu üye işyerine bildirmez ve üye işyeri çalışanının daha sonraki süreçte de kartı kötüye kullanmasına fırsat tanır, ortak kusurlu hareket etmiş sayılır. Bu gibi durumlarda üye işyeri, TBK m. 52/I kuralından veya akdin müspet ihlalden hareketle bağımsız bir karşı talepte bulunarak tazminatta indirimine gidilmesini talep edebilir<sup>1032</sup>.

Son olarak kart kuruluşu, pratikliği sayesinde uygulamada tercih edilen ters ibraz prosedürünü işleterek otorizasyonsuz ödemeyi üye işyerinin hesabından geri çekebilir. Ancak kart kuruluşunun bu yöntemi uygulayabilmesi, hamilin harcama itirazında bulunmasına veya ters ibraz başvurusu yapmasına bağlıdır. Hamilin başvurusu üzerine kart kuruluşu, lisans sözleşmeleri kapsamında uymak zorunda olduğu VISA / MasterCard ters ibraz kurallarını uygulayarak fazladan işlemiş olduğu alacak tutarı kadar borç kaydını üye işyerinin hesabına; fazladan işlemiş olduğu borç tutarı kadar alacak kaydını da hamilin hesabına geçirmek suretiyle tüm ödeme sürecini tersine çevirebilir<sup>1033</sup>.

<sup>1029</sup> Bkz. Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 38 f.; Hammann, s. 168. Gerçekten de özellikle harcama belgesinin hamilin huzurunda düzenlendiği hallerde, otorizasyonsuz ödemeye ilişkin sahte bir belge hazırlanması veya kartın kopyalanması mümkün olamayacağından, kural olarak bu işlemler sırasında gerekli dikkati göstermediği gerekçesiyle hamile herhangi bir kusur isnat edilememesi gerekir. Kaldı ki kart hamilinden, kartını ödeme için ibraz ettikten sonra üye işyeri çalışanının yapmış olduğu teknik işlemi kusursuz bir şekilde denetlemesi beklenmez. Bu nedenlerle kart hamili, ödeme işlemiyle ilgili bir hile emaresine rastlamadığı sürece, kart kuruluşu tarafından seçilen üye işyerinin, kurallara uygun bir şekilde kartı kullandığına itimat edebilir (Bu hususlarda bkz. Martinek, s. 88; Taupitz, s. 184).

<sup>1030</sup> Bu yönde bkz. Hammann, s. 168; Hadding, **FS für Klemens Pleyer**, s. 39; Taupitz, ss. 146, 183; Martinek, s. 88.

<sup>1031</sup> Benzer yönde bkz. Çeker, s. 98.

<sup>1032</sup> Bu hususlarda bkz. Taupitz, ss. 184-185.

<sup>1033</sup> Bu yönde bkz. Grabe, s. 73. Ayrıca bkz. Yuk. IX, A, 2.

### **C. Üye İşyerinin İşlem Bedelini Aşacak veya Mükerrer Olacak Şekilde Kartı POS Terminalinden Okutması**

Kartın üye işyeri tarafından kötüye kullanılmasında karşılaşılan diğer tipik durum, işyerinin (veya çalışanın) bilerek ve isteyerek kartı mükerrer bir şekilde POS terminalinde işleme sokması veya hak etmiş olduğu mal / hizmet alacağının üzerinde bir bedeli tahsil etmiş olmasıdır. Bu durumda üye işyeri hem hamil ile olan sözleşmesini hem de kart kuruluşu ile olan sözleşmesini ihlal etmiş olur<sup>1034</sup>.

Üye işyerinin yapılan gerçek harcamanın üzerinde bir belge düzenlemesi durumunda kart hamili, asıl işlemi aşan tutardan sorumlu olmaz ve üye işyeri mükerrer veya fazla ödeme nedeniyle hamilin uğradığı zararı iade etmek durumunda kalır. İşlem esnasında durumu tespit edemeyen hamil, harcama belgesinden yola çıkarak fazla tahsil edilen tutarın iadesini ters ibraz prosedürüyle pratik bir şekilde sağlayabilir.

Buna karşılık harcama belgesinin gerçek dışı düzenlendiği hallerde, işlem sonunda yeterli kontrolü yapmayan hamile de sorumluluk isnat edilebilir. Gerçekten de daha önce de ifade ettiğimiz üzere, hamil kartı POS terminalinin bulunduğu yerde ilgili görevliye ibraz etmekle ve işlem sonunda kendisine verilen harcama belgesi nüshasını kontrol etmekle yükümlüdür. Bu kontrolü yeterince gerçekleştirmeyen hamil ortak kusurlu kabul edilir ve kusuru oranında ortaya çıkan zarara katlanmak durumunda kalır<sup>1035</sup>. Hiç kuşkusuz bu gibi hallerde hamil kart kuruluşunun zararını giderdikten sonra kusuru oranında üye işyerine yönelebilir ve zararın bir kısmından kendisini sorumlu tutabilir.

Son olarak belirtelim ki, üye işyeri bu türden bir sahteciliğe meyletmekle kart kuruluşu ile aralarındaki güven ilişkisini sarsmış olacağından, kart kuruluşu işyeriyle olan üyelik sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir<sup>1036</sup>.

<sup>1034</sup> Bkz. İşgüzar, s. 140.

<sup>1035</sup> Bu yönde bkz. İşgüzar, s. 140. Yargıtay da karşılık ilişkisi özelinde vermiş olduğu bir kararda (19. HD, T. 11.07.2011, E. 2010/14673, K. 2011/9817), hamilin kartını bir eğlence mekânında garsona vermesi ve daha sonra garsonun karttan fazladan çekim yapmak suretiyle kartı kötüye kullanmasında, hamilin ağır ihmali olduğunu kabul etmiş ve hamilin karşılık ilişkisinde kart kuruluşuna karşı zararın tamamından sorumlu olduğuna hükmetmiştir (Bu karar için bkz. Saraç, s. 528).

<sup>1036</sup> Bkz. İşgüzar, s. 140.

## ŞXII. KARTIN KART KURULUŞU TARAFINDAN KÖTÜYE KULLANILMASINDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Kartın, kart kuruluşu tarafından tipik anlamda kötüye kullanılması yalnızca kart kuruluşunda çalışan elemanlar aracılığıyla gerçekleşebilir. Gerçekten de anonim şirket olarak faaliyet göstermek zorunda olan kart kuruluşları ancak gerçek kişiler aracılığıyla faaliyette bulunabilir. İşte kart kuruluşunda çalışan bu kimseler bir şekilde kart bilgilerinin kayıtlı olduğu veri havuzuna gizlice sızarak bunları üçüncü kişilere satabilir veya kendileri bu bilgileri hukuka aykırı olarak kullanabilir.

Kart kuruluşunda çalışanlarca kartın iki şekilde kötüye kullanılması mümkün olabilir. Birinci ihtimalde hamilin talebi üzerine çıkartılan kart, hamile gönderilmeden önce kart kuruluşunda çalışanlar tarafından veya bunların anlaşmalı olduğu üçüncü kişilerce kötüye kullanılır. Kartın bu şekilde kötüye kullanılması durumunda kart kuruluşu, hamile ve üye işyerine karşı TBK m. 116 anlamında yardımcı kişinin davranışından ötürü sorumlu tutulur. Buna karşılık hamilin talebi olmadan onun adına sahte kart düzenlenmiş ve kart kuruluşunda çalışan kişilerce veya bunların anlaşmalı olduğu üçüncü kişilerce kötüye kullanım gerçekleşmişse, artık kart kuruluşunun sorumluluğu, TBK m. 66 anlamında adam çalıştıran kişinin sorumluluğuna evrilir<sup>1037</sup>. Uyuşmazlık halinde kart kuruluşunun sistemde herhangi bir güvenlik açığının bulunmadığını ve personelleri tarafından hiçbir şekilde veri sızdırılmadığını ispat etmesi gerekir.

Kart gönderilerinden kaynaklanan rizikolar bakımından ise iki ihtimal gündeme gelebilir:

Birinci ihtimalde, hazır olmayanlar arasında yöneltilen ilk irade beyanı (kartın gönderilmesi) alıcının hâkimiyet sahasına henüz ulaşmamış olabilir. Bu durumda sözleşme hüküm ve sonuç doğurmaz. Dolayısıyla alıcının (müstakbel kart hamilinin) ortaya çıkacak olan zararı üstlenme gibi bir mecburiyeti bulunmaz (TBK m. 11/II). Ayrıca bu ihtimalde, kartın istek üzerine mi yoksa talep olmadan mı gönderildiği meselesi herhangi bir önem teşkil etmez. Zira kart kuruluşu, her iki durumda da kayıp rizikosunu aynı oranda taşır.

İkinci ihtimalde, ısmarlanmadan gönderilen kartın alıcının hâkimiyet sahasına

<sup>1037</sup> Bu hususlarda bkz. İşgüzar, s. 145.

ulaşmış, ancak onun zilyetliğine geçmeden önce üçüncü kişilerce çalınmış olabilir. Burada kart alıcının isteği dışında gönderildiğinden, BKKKK m. 8/I, BKKKY m. 21/I ile TBK m. 7 kuralı devreye girer ve kötüye kullanımdan doğan rizikoyu yine kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır<sup>1038</sup>. Bir diğer deyişle bu gibi hallerde alıcı - dolandırma kastıyla hareket etmediği sürece- kartı saklama ve PIN'i güvenli bir şekilde koruma konusunda özensiz davrandığı gerekçesiyle sorumlu tutulamaz<sup>1039</sup>.

Talep olmadan kart göndermek suretiyle tacizkâr bir tutum sergileyen kart kuruluşunun ortaya çıkan istenmeyen sonuçlara katlanması gerekir. Ancak bu çıkarım, kart kuruluşunun saldırgan reklamcılık uygulamasının bir örneği olarak ısmarlanmamış kartları basması ve göndermesiyle sınırlı kabul etmek yerinde olur. Çünkü kart gerçekten yanlışlıkla başkasına gönderilmiş ve alıcı bunun aslında kendisine gönderilmediğini anlamış olabilir veya hal ve şartlardan kendisinin bunu anlaması gerekebilir. Bu gibi durumlarda, TBK m. 7 düzenlemesi meseleyi çözme noktasında içerik olarak eksik kalmaktadır. Oysa mehz İsviçre hukukunda, OR Art. 6a/III'de ısmarlanmayan şeyin hatalı olarak gönderildiği açık olan hallerde, alıcının durumu gönderene bildirmesi gerektiği özel olarak vurgulanmıştır. Yine Alman BGB

<sup>1038</sup> Alman hukukunda bu yönde bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675m, N. 4.

<sup>1039</sup> Buna karşılık Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), "banka müşterisi" konumundaki alıcının bu konuda takınacağı yanlış bir tutumun tüm rizikonun tamamen kendisine yönelmesine yol açabileceğini belirtir. Yazar, Alman hukukunda yargı kararına konu olan bir olay üzerinden hareketle bu sonuca ulaşmıştır. Karara konu olayda, kendisine gönderilen kartı kullanmak istemeyen banka müşterisi, kartla birlikte gönderilen ve PIN bilgisini de içeren mektubu bankanın posta kutusuna atar. Daha sonra bir banka çalışanı bu kartı alır ve bankamatiklerden para çekmek ve POS terminallerinde işlem yapmak suretiyle kötüye kullanır. Yazara göre bu durumda müşterinin her koşulda BGB §675v/I c. 1 uyarınca kusursuz, ama sınırlı olarak sorumlu tutulacağı kesindir. Hatta bir adım daha ileri giden yazar, ağır ihmal göstererek özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden müşterinin, zararın tamamından da sorumlu tutulabileceğini belirtir [§675v, N. 29. Benzer yönde bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 46; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limpert), §675v, N. 4]. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yazarın burada banka müşterisinden söz etmesi, taraflar arasında kart sözleşmesi olmasa da ciro sözleşmesi (banka hesap sözleşmesi) bulunduğu şeklinde bir izlenim uyandırmakta. Ancak taraflar arasında bu şekilde banka hesap sözleşmesi (vadeli veya vadesiz mevduat sözleşmesi) mevcut olsa dahi, bankanın talepte bulunmayan müşterisine kart göndermemesi gerekir. Gerçi BKKKK m. 8/I'de ve BKKKY m. 21/I'de, "talepte bulunmayan veya sözleşme imzalamayan kişiler"den bahsedilmektedir. Ancak buradaki "sözleşme" ifadesi dar yorumlanmalı ve mevduat sözleşmesini içermeyecek şekilde, sadece "kart sözleşmesi" olarak anlaşılmalıdır. Her ne kadar tanımlar bahsini düzenleyen BKKKK m. 3 de bu hususta suskun kalmış olsa da BKKKK m. 2'de Kanun'daki kuralların yalnızca "kart hamillerini" bağlayacağını belirtmesi, bu sonucu kaçınılmaz kılar. Son olarak, kart sözleşmelerinin, banka hesap (ciro) sözleşmelerinden bağımsız bir sözleşme mi yoksa ciro sözleşmelerini tamamlayan tali bir sözleşme mi olduğu konusunun öğretilde tartışmalı olduğunu belirtelim. Ancak biz bu hususta kart sözleşmelerini, hesap sözleşmelerinden bağımsız gören görüşe üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira her ciro (banka) hesabı açan müşteri, kart kullanmak istemeyebileceği gibi, her ciro hesabı sözleşmesi de kural olarak kart sözleşmesi yapma zorunluluğu doğurmaz (Bkz. Haybäck, s. 54).



§241a/II’de, gönderilen edimin alıcı için olmadığı belliyse veya ısmarlanan şeyde açıkça bir yanlışlık söz konusu olup bu yanlışlık alıcı tarafından bilinmekte veya hal ve şartlardan bilinmesi gerekmedikçe, ısmarlanmayan edim kuralının uygulanamayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar TBK m. 7’de bu yönde özel bir vurgu bulunmasa da, ad- soyad benzerliğinde olduğu gibi, kartın aslında kendisine yanlışlıkla gönderildiğini bilen alıcı, bu durumu kart kuruluşuna bildirmeli ve kartı iade etmelidir. Aksi halde kendisi, haksız fiil kurallarına göre sorumlu tutulabilir<sup>1040</sup>.

---

<sup>1040</sup> Ayrıca bkz. ve karşı. Yuk. III, C, 2, d.

**DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**  
**KARTIN KÖTÜYE KULLANILMASINA İLİŞKİN**  
**UYUŞMAZLIKLARDA USÛL HUKUKU BAKIMINDAN ÖZELLİK**  
**GÖSTEREN DURUMLAR**

**XIII. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ**

**A. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Ve Yetkili Mahkeme**

**1. Tüketici Kart Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görev Ve Yetki**

Kartın kötüye kullanıldığı hallerde, hamilin kötüye kullanım itirazını dikkate almayan ve ters ibraz talebini geri çeviren kart kuruluşu, masraf tazmin talebi konusunda ısrarcı olabilir. Gerçekten kart kuruluşu, hamilin masraf tazminatını (harcama belgesindeki tutarı) ödememesi üzerine genel mahkemelerde alacak davası açabilir veya doğrudan ilamsız icra takibinde bulunabilir. Uygulamada kart kuruluşları genellikle alacak davası yerine, pratikliği sebebiyle ilamsız icra yolunu tercih etmektedir. Ödeme emrini alan ve kartın kötüye kullanıldığı iddiasında bulunan hamilin doğal olarak takibe itiraz ederek onu durdurması beklenir. İtiraz nedeniyle duran takip üzerine kart kuruluşunun alacak davası veya itirazın iptali davası açarak hakkını aramaya devam etmesi mümkündür<sup>1041</sup>.

Kart hamili bakımından meseleye yaklaşıldığında ise hamilin ilk etapta hesap özetinde bulunan ve kendisinin yapmadığını ileri sürdüğü harcamalara itiraz ederek ters ibraz sürecini başlatabileceği söylenebilir. Bu başvuru üzerine kart kuruluşu yapmış olduğu inceleme sonunda, itirazı kabul edebileceği gibi, geri çevirip hesap kat etme yoluna da gidebilir. Hesabın kat edilmesiyle birlikte kart hamili, kart

<sup>1041</sup> Esas itibarıyla burada kart kuruluşunun İİK m. 68 vd. düzenlenen ve daha pratik bir yol olan itirazın kaldırılması yoluna da başvurabilmesi gerekir. Ancak Yargıtay daha önce de belirttiğimiz gibi son kararlarında, kredi kartı sözleşmesini ve bu sözleşme kapsamında düzenlenen hesap kat ihtarnamesi ile hesap özeti gibi diğer belgeleri İİK m. 68/I maddesinde belirtilen belgelerden saymamakta, dolayısıyla kart kuruluşunun itirazın kaldırılması isteminde bulunamayacağını kabul etmektedir (Bkz. Saraç, s. 332).

kuruluşlarınca icra takibi başlatılmış olsun veya olmasın menfi tespit davası açabilir (İİK m. 72/I). Buna karşılık takip başlatılmış ve itirazsız bir şekilde kesinleşmiş veya itirazın kaldırılması gibi bir durum söz konusu olmuşsa, ihtilaflı tutarın tamamını ödemek zorunda kalan hamil, ödemeyi yaptığı tarihten itibaren bir yıl içinde istirdat davası açabilir (İİK m. 72/VII). Nitekim uygulamada da kart hamillerinin genellikle menfi tespit veya istirdat davası açtıkları gözlenmektedir<sup>1042</sup>.

Kart kuruluşları ile kart hamillerinin açacağı bu davalarda görevli mahkemenin belirlenmesinde, yasal değişikliklerle paralel olarak dönem dönem bazı farklılıklar ortaya çıkmıştır. İlk olarak 2003 yılında mülga 4077 sayılı TKHK'ya kredi kartlarıyla ilgili bir düzeleme getirilerek (m. 10/A) kredi kartıyla yapılan işlemler tüketici kredisi niteliğinde sayılmış ve hamil ile kart kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde görülmeye başlanmıştır (m. 23). Ancak daha sonra 5464 sayılı BKKKK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, görevli mahkemenin davayı açanın sıfatına göre belirlenmesi esasına geçilmiş ve hamil tarafından açılan davalar tüketici mahkemelerinde, kart kuruluşu tarafından açılan davalar ise genel mahkemelerde görülmeye başlanmıştır. Son olarak 2014 yılında yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK ile durum tekrar revize edilerek eski uygulamaya geri dönmüştür. Gerçekten de şu anda yürürlükte olan TKHK m. 3/I (I) bendinde, bankacılık sözleşmeleri de "tüketici işlemi" niteliğinde sayılmış ve m. 73/I'de, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğu vurgulanmıştır<sup>1043</sup>. Dahası m. 83/II'te, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve görevle yetkiye ilişkin hükümleri uygulanmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu son değişikliklerle birlikte, tüketici kart sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, dava ister kart kuruluşu isterse hamil tarafından açılsın tüketici

<sup>1042</sup> Bkz. Saraç, ss. 406, 463-464.

<sup>1043</sup> Bununla birlikte bilindiği üzere belirli bir limitin altındaki uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetine gitme zorunluluğu bulunup, bu kapsamda heyetin vereceği kararlar kesin niteliktedir [2018 yılı itibariyle güncellenen limitler için bkz. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68nci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ (RG. 31.12.2017 / 30287)]. Bu limitlerin üzerinde olan uyuşmazlıklar için taraflar isterse hakem heyetlerine isterse tüketici mahkemelerine başvurabilir [Bkz. Kiraz, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 18].

mahkemelerinin görev sahasındadır<sup>1044</sup>.

<sup>1044</sup> Yargıtay da nispeten yeni tarihli bir kararında (20. HD, 15.01.2018, E. 2017/10942, K. 2018/109) görevle ilgili kısaca özetlemeye çalıştığımız bu hususları ayrıntılı bir şekilde açıklama gereği duymuştur. Bu karar şöyledir: "... Dava, kredi kartı borcunun ödenmemesi sebebiyle yapılan icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir. Dava; banka kredi kartı borcundan kaynaklanmaktadır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanuna 4822 Sayılı Kanun ile eklenen 10/A maddesinde kredi kartı ile mal ve hizmet alımı sonucu nakti krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim sureti ile kullanılan kredilerin tüketici kredisi hükümlerine tabi olduğu, aynı Kanun ile değişik 23. maddesinde ise bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak çıkacak her türlü itilaflara tüketici mahkemelerinde bakılacağı hükme bağlanmıştır. Görev kamu düzenine dair olup, yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekir somut olayda görevli mahkeme tüketici mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur.

... Tüketici Mahkemesi ise 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 44/2. maddesine değinerek kart çıkaran kuruluşlar tarafından kart hamilleri aleyhine açılacak davalarda 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun göreve dair hükümlerinin uygulanacağı ve bu tür uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur.

Görev hususundaki ihtilafların çözümü için, mülga 4077 Sayılı Kanunla 5464, 6102 ve 6502 Sayılı kanun hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Banka kredi kartları, 4077 Sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 14.03.2003 tarihinde 4822 Sayılı Kanunla eklenen 10/A maddesiyle tüketici ilişkisi kapsamına alınmıştır. Kanunda, kart hamili ve kartı veren kurum ayrımı yapılmadığından, bu tarihten sonra kredi kartlarından kaynaklanan davalarda, 4077 Sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca tüketici mahkemeleri görevli hale gelmiştir. 01.03.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 44. maddesinde konu yeniden düzenlenmiş ve 'Kart hamili / kart çıkaran kuruluş' ayrımına gidilmiştir. Maddenin birinci fıkrası, 'Tüketici olan kart hamili' tarafından açılacak davalarda 4077 Sayılı Kanun'un 22 ve 23. maddelerinin uygulanacağı ve dolayısı ile tüketici mahkemelerinin görevli olacağı açıklanmışken; ikinci fıkrada, 'Kart çıkaran kuruluşlar' tarafından kart hamili aleyhine açılacak davalar yönünden 1086 Sayılı HUMK'nın (6100 Sayılı HMK'nın 447/2. maddesinde, başka kanunların HUMK'ya yaptığı atıfların HMK'ya yapılmış sayılacağı belirtildiğinden 01.10.2011 tarihinden itibaren bu atıf HMK olarak anlaşılmalıdır) görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan, gerek 44/1. maddenin metninden ve gerekse de aynı Kanunun 43. maddesinden, 'Tacir' olan kart hamilleri ile kart çıkaran kuruluşlar arasındaki ihtilafların Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olduğu ve Asliye Ticaret mahkemelerinin görevli bulunduğu anlaşılmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nın 2. maddesi, malvarlığı haklarından kaynaklanan davalar yönünden, sulh ve asliye hukuk mahkemeleri arasında dava konusunun değerine bağlı görev ayrımı kaldırarak, bu tür davalarda, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. 13.01.2011 tarihinde kabul edilen ancak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 4/1. maddesinde ticari davaların genel tanımı yapılarak 'Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan kaynaklanan' davaların ticari dava olduğu belirtilirken, devam eden fıkrasında, tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari dava sayılacak işler arasında 'Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve diğer ödünç para verme işlerine dair düzenlemelerde' öngörülen hususlardan kaynaklanan davalar da sayılmıştır. Kanunun 5. maddesi ise ticari davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olduğu hükmünü amirdir. Kanun yürürlüğe girmeden, 6335 Sayılı Kanun ile 5. maddede değişiklik yapılmış ve asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk (ve diğer hukuk mahkemeleri) arasındaki ilişki, 'İşbölümü' ilişkisi olmaktan çıkartılıp, 'Görev' ilişkisine dönüştürülmüştür. Bilindiği üzere mahkemelerin görevi kamu düzenine dair olup yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi gerekir. Ancak, 6335 Sayılı Kanunla 6102 Sayılı TTK'ya eklenen Geçici-10. madde, görev düzenlemesinin derdest davaları etkilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

07.11.2013 tarihinde kabul edilip, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 3/1- ( k ) maddesinde tüketici, 'Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiler' olarak tarif edilmiş, 3/1- ( l ) maddesinde ise 'Bankacılık' sözleşmeleri de 'Tüketici işlemleri' arasında sayılmıştır. Kanunun 73/1. maddesinde 'Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara dair davalarda tüketici mahkemeleri'nin görevli olduğu belirtilmiş; 83/2. maddesinde ise 'Taraflardan birini

Kural bu olmakla birlikte kötüye kullanıma ilişkin bazı istisnai durumlarda, taraflar arasında tüketici hukukundan kaynaklanan bir sorun bulunmayabilir. Örneğin kişinin kimliği usulsüz bir şekilde kullanılarak bankadan adına kredi kartı çıkartılmış ve kart hukuka aykırı olarak kullanılmışsa, kimliği çalınan kişinin açacağı menfi tespit veya istirdat davalarında durum tam olarak böyledir. Dikkat edilirse burada adına usulsüz bir şekilde kart çıkartılan kişi ile kart kuruluşu arasında hukuki bir ilişki bulunmamakta, uyuşmazlığın temeli haksız fiile dayanmaktadır. Bu nedenle, bu tür uyuşmazlıkların genel mahkemelerde görülmesi gerekir<sup>1045</sup>.

---

*tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye dair hükümlerinin uygulanmasını engellemez' hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi 6502 Sayılı Kanunda, 'Kart hamili / kartı veren kuruluş' ayrımı yeniden ortadan kaldırılarak, kredi kartından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ( Kart hamilinin tacir olması hali hariç ) görevli mahkemenin, dava açanın sıfatına bakılmaksızın tüketici mahkemeleri olacağı benimsenmiştir.*

*Bu yasal düzenlemeler karşısında, yasaların yürürlük tarihiyle bağıntılı olmaksızın, kart hamilinin de tacir olduğu durumlarda, kart veren kuruluş ile tacir olan kart hamili arasındaki davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olacağı tartışmasızdır.*

*Kart hamilinin 'Tüketici' sayıldığı durumlara gelince;*

*1. 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden sonra açılan davalarda görevli mahkeme, dava açanın sıfatına ( Kart hamili ya da kartı veren kuruluş olup olmamasına ) bakılmaksızın tüketici mahkemeleridir.*

*2. 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden ( 28.05.2014 ) önce açılan davalarda ise;*

*( a ) 5464 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden ( 01.03.2006 ) önce açılan davalarda görevli mahkeme, dava açanın sıfatına bakılmaksızın tüketici mahkemesidir.*

*( b ) 5464 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden ( 01.03.2006 ) sonra açılan davalarda;*

*i. Tüketici olan kart hamilinin, kart veren kuruluşu karşı açtığı davalarda görevli mahkeme, 5464 Sayılı Kanun'un 44/1. maddesi uyarınca tüketici mahkemesidir.*

*ii. Kartı veren kuruluş tarafından, tüketici sıfatını haiz kart hamiline karşı açılan davalarda, 5464 Sayılı Kanun'un 44/2. maddesi uyarınca, dava değerine göre sulh hukuk ya da asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Ancak dava, 6100 Sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açılmışsa, Kanunun 2. maddesi uyarınca görevli mahkeme, dava değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir. Diğer taraftan dava, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 Sayılı TTK'nın 6335 Sayılı Kanun ile değişik 5. maddesi uyarınca asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisine dönüştürülmeden önce, asliye ticaret mahkemesine açılmış ve taraflarca işbölümü itirazında bulunulmamışsa, ortada 'Görev uyuşmazlığı' bulunmadığından bu davaya asliye ticaret mahkemesince devam edilmesi gerekecektir.*

*Somut olaya gelince; dava, kredi kartını veren kuruluş tarafından 23/03/2012 tarihinde ( 6502 Sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce ), tüketici olan kart hamiline karşı açılmıştır. Bankacılık işlemlerinden kaynaklanan davada, 6102 Sayılı TTK'nın 4 ve 5. maddeleri uyarınca asliye ticaret mahkemelerinin görevli bulunduğu düşünülebilirse de yukarıda açıklandığı üzere, özel kanun olan 5464 Sayılı Kanun'un 44/2 ve 43. maddelerinin açık hükümleri karşısında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Dairemizin yerleşen uygulaması bu yönde olduğu gibi, bu tür dosyaların temyiz incelemesini yapmakla görevli Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin yerleşmiş uygulaması ( 19. HD 2014/12369-16332 vb ) da aynı yöndedir..." Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. HGK, 29.06.2016; E. 2016/13-458, K. 20167858; 19. HD, 17.01.2017, E. 2016/6522, K. 2017/208. Tüm bu kararlar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim: 09.08.2018).*

<sup>1045</sup> Yargıtay da almış olduğu bir kararda dikkatleri bu konuya çekmiştir. Bu karar şöyledir (HGK, 17.02.2010, E. 2010/4-61, K. 2010/84): "... Davalı banka ile kredi kartı sözleşmesini akdedenin davacı değil, davacının kimliğini bulan dava dışı üçüncü kişiler olduğunun anlaşılması karşısında, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından söz edilemeyeceği açıktır. Bunun yanı sıra davacının zararı; davalının, hukuka aykırı ve kusurlu eylemi sonucu doğmamıştır... Hal böyle olunca;

Yetkili mahkeme konusunda ise BKKKK'da özel bir kural bulunmamakla birlikte, TKHK m. 73/V'te tüketici davalarının, tüketicinin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilceğı belirtilmiştir<sup>1046</sup>. Buna göre hamil tarafından açılacak olan davaların, genellikle hamilin bulunduğu yer mahkemesinde açılması beklenir. Fakat kuralın formülasyonundan özel yetkinin seçimlik olarak belirlendiğı; bu nedenle özellikle kart kuruluşunun açacağı davalar bakımından yetkiyi düzenleyen HMK m. 5 vd. daki kuralların devre dışı kalmadığı anlaşılmaktadır.

Bu itibarla kart kuruluşunun açacağı davalarda genel yetkili mahkeme davalının, yani yine hamilin yerleşim yeri mahkemesi olacaktır (HMK m. 6/I). Ancak davalılar birden fazlaysa, söz gelimi kart kuruluşu hem kart hamili hem de ek kart hamili veya kefil aleyhine dava açacaksa, bunlardan birinin bulunduğu yerleşim yeri mahkemesinde davayı açabilir (HMK m. 7)<sup>1047</sup>.

Bunun dışında kanun koyucu, sözleşme temeline dayanan davaların, sözleşmenin ifa edileceğı yer mahkemesinde de açılabilmesine imkân tanımıştır (HMK m. 10). Kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanan borç, bir para borcu (götürülecek borç) niteliğinde olduğundan, aksine bir anlaşma yoksa bu borcun ifa yeri alacaklının, yani kart kuruluşunun ödeme zamanındaki yerleşim yeridir (TBK m. 89/I, b. 1). Dolayısıyla davaların kart kuruluşunun merkezinin bulunduğu yerde de açılabilmesi mümkündür.

Uygulamada, yukarıda da belirtildiğı üzere hamillerin genellikle menfi tespit veya istirdat davası açtıkları gözlenmektedir. Menfi tespit davalarında yetkili mahkeme, davanın icra takibinden önce mi yoksa sonra mı açıldığına göre değişiklik gösterir. Menfi tespit davasının icra takibinden önce açılması durumunda, TKHK m. 73/V ve HMK m. 5 vd.'da yer alan yetkiye ilişkin kurallar aynen geçerli olmaya devam ederken; icra takibinden sonra açılan davalarda İİK m. 72/son'da düzenlenen özel yetki kuralı devreye girer ve dava, icra takibinin yapıldığı yerde veya davalının (kart kuruluşunun) yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. İstirdat davaları

---

*taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişki, "haksız fiil"den kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir. Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınmadan, yerel mahkemenin direnme kararı vermesi doğru olmamıştır..." Karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim: 21.10.2018).*

<sup>1046</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Kiraz, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar**, s. 18.

<sup>1047</sup> Bu hususlarda bkz. Saraç, s. 330.

bakımından da aynı kural geçerli olmakla birlikte, davanın mahiyeti gereği icra takibinden önce açılmayacağı açıktır. Diğer taraftan burada, İİK m. 72/son'da düzenlenen özel yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olmadığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla mahkeme, bu tür davalarda ancak ilk itirazla birlikte yetki tartışmasına girebilir. Yargıtay da almış olduğu kararlarda **(19. HD, 24.11.2005, E. 2005/9308, K. 2005/11621; 19. HD, 01.05.2001, E. 2000/8900, K. 2001/3330)** bu hususu vurgulamaktadır<sup>1048</sup>. Yine bilindiği üzere özel yetki kuralları, kamu düzenine ilişkin olmadığı sürece, usul yasasında düzenlenen diğer yetki kurallarını devre dışı bırakmış olmaz. Başka bir deyişle, prensip olarak genel ve özel yetkiye ilişkin kurallar birlikte uygulanabilir<sup>1049</sup>. Şu halde “icra takibinden sonra” menfi tespit veya istirdat davası açmak isteyen hamilin, İİK m. 72/son dışında, TKHK m. 73/V'deki özel yetki kuralı ile HMK m. 5 vd.'da düzenlenen genel yetki kurallarına da dayanabilmesi mümkündür<sup>1050</sup>.

## 2. Firma Kart Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görev ve Yetki

BKMK m. 43'te, tacirlere verilen kurumsal kredi kartları bakımından aynı kanunun 44. maddesinde yer alan göreve ilişkin kuralın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu istisna kuralıyla kanun koyucu, firma kart sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde veya genel mahkemelerde görülme ihtimalinin önünü almıştır<sup>1051</sup>.

Görev bahsinde ilk olarak, firma kartlardan doğan uyuşmazlıkların TTK m. 4/I (f) anlamında mutlak ticari davaya konu olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu kurala göre, “*Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerden*” doğan davalar mutlak ticari dava sayılmıştır. Buna karşılık hemen belirtelim ki, BKMK m. 43'te, firma kartlarında hamilin sorumluluğunu düzenleyen BKMK m. 12 kuralının uygulanmayacağı özel

<sup>1048</sup> Bu kararlar için bkz. Saraç, ss. 1024-1025, 1026-1027.

<sup>1049</sup> Bkz. Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 67; Mine Akkan, **Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 279.

<sup>1050</sup> Buna karşılık Yargıtay yerleşik kararlarında, İİK m. 72/son'da belirtilen iki mahkeme dışındaki diğer mahkemeleri yetkisiz kabul etmektedir (Bkz. Saraç, s. 412).

<sup>1051</sup> Bununla birlikte ticari davaları düzenleyen TTK m. 5/A'da, arabuluculuk müessesesi bir dava şartı olarak öngörüldüğünden, firma kart sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk müessesesinin işletilmesi gerekecektir.

olarak vurgulanmasından ötürü, taraflar arasında kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan uyuşmalıkları TTK m. 4/I (f) bendi anlamında mutlak ticari dava saymak mümkün olmaz. Diğer taraftan, ülkemizde kart kuruluşları, genellikle bankalardan oluştuğundan ve bankaların adi iş sahası bulunmadığından, yaptıkları işin ticari işletmeleriyle ilgili olacağında şüphe yoktur. Aynı durum firma kart hamili olan şirketler veya ticari işletmeler açısından da geçerlidir. Bu açıdan her iki tarafın tacir ve her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren uyuşmazlıkların nisbi ticari davaya vücut vereceği ve bunların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği ortadadır (TTK m. 4/I, TTK m. 5/I).

Yetki bakımından, yukarıda tüketici kart sözleşmelerinde açıklanan genel ve özel yetkiye ilişkin kurallar bu tür sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Ancak burada her iki taraf da tacir olduğundan, HMK m. 17'ye göre tarafların yetkili mahkemeyi bir sözleşmeyle belirlemesi de mümkündür. Taraflar yetkili mahkemeyi ayrı bir sözleşmeyle kararlaştırılabileceği gibi, firma kart sözleşmelerine de derç edebilir. Burada önemli olan nokta, yetki sözleşmesinin yazılı olması ve uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir nitelikte olmasıdır (HMK m. 18/II)<sup>1052</sup>. Yetki sözleşmesinin varlığı durumunda davanın aksi belirtilmediği sürece sadece sözleşmeyle belirlenen yerdeki mahkeme veya mahkemelerde açılması icap eder.

## **B. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki Uyuşmazlıklarda Görevli Ve Yetkili Mahkeme**

BKKKK'da, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki uyuşmazlıklarda görevli mahkeme konusunda özel bir kural getirilmemiştir. Bu durumda HMK m. 2/II'nin yaptığı dolaylı gönderme dikkate alınarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın TTK m. 4/I (f) anlamında mutlak ticari davaya konu olduğunu, dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir [Bkz ve karşı. HMK m. 2/II ve TTK m. 4/I (f)]. Görevli mahkemenin belirlenmesinde üye işyerinin ticari işletme veya esnaf işletmesi olması herhangi bir farklılığa yol açmaz. Zira belirttiğimiz gibi, taraflar arasındaki dava nisbi değil, mutlak ticari dava niteliğindedir.

---

<sup>1052</sup> Bu yönde bkz. Kuru, ss. 76-77; Akkan, Pekcanıtez Usul, ss. 311, 313.



5464 sayılı BKKKK yetkili mahkeme konusunda da suskun kaldığından, HMK m. 5 vd.'da düzenlenen yetkiye ilişkin kurallar devreye girecektir. Ancak burada görevden farklı olarak üye işyerinin ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu yetki sözleşmeleri bakımından önem arz eder. Zira HMK m. 17 ile tacirler arasındaki sözleşmelerde taraflara yetkili mahkemeyi belirleme hakkı tanınmıştır. Şu halde üye işyerinin ticari işletme olması durumunda taraflar yetkili mahkemeyi sözleşmeyle belirleyebilirken; üye işyerinin esnaf işletmesi olması durumunda ise taraflar böyle bir imkânâ sahip olamayacaktır.

#### **XIV. İSPAT YÜKÜNÜ KİMİN TAŞIYACAĞI MESELESİ**

##### **A. Kart Kuruluşu ile Kart Hamili Arasındaki Uyuşmazlıklarda İspat Yükünün Belirlenmesi**

###### **1. Temel Prensip: İspat Yükünü Kart Kuruluşunun Taşımaları**

Kart hamili ile kart kuruluşunun karşılıklı olarak ileri sürebilecekleri talepler bakımından, maddi hukuk anlamında kötüye kullanım rizikosunun paylaştırılmasının yanı sıra usul hukuku anlamında ispat yükünün dağılımı da büyük önem taşır. Çünkü otorizasyonsuz ödemelerde ispat yükünü üstlenen taraf, usul hukuku anlamında iddiasını ispatlamadığı sürece, maddi hukuk bakımından ileri sürdüğü talepler hiçbir anlam ifade etmez<sup>1053</sup>.

Bilindiği gibi ispat yükü, kanunlarda özel bir düzenleme yer almıyorsa kural olarak bir vakadan lehine haklar çıkaran tarafa aittir (HMK m. 190)<sup>1054</sup>. İspat yükünün en temel alâmetifarikası, vakıanın ispat edilememesi sonucu ortaya çıkan ispatsızlık riskini, ispat yükünü taşıyan tarafa yıkmasıdır. Dolayısıyla bir uyuşmazlıkta ispatı sağlayan deliller dava dosyasına sunulmuş ve davayla ilgili hâkimde yeterli bir kanaat oluşmuşsa, ispat yükü kuralına başvurmak gerekmez. İspat yükü daha ziyade her iki tarafın da iddiasını ispat edememiş olması ve hâkimin herhangi bir kanaate ulaşamaması durumunda fonksiyon gösterir. İspatsızlık

<sup>1053</sup> Bu yönde bkz. M. Koch, s. 168.

<sup>1054</sup> Bkz. Ahmet Başözen, **Medeni Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 89. Alman hukukunda ZPO §§ 286, 294 anlamında aynı yönde bkz. Gößmann ve Bredenkamp, **FS für Gerd Nobbe**, s. 106.

durumunda, ispat yükü kuralına göre hüküm tesis edecek olan hâkim, ispat yükünü taşıyan aleyhine karar vermek zorundadır<sup>1055</sup>. Bu nedenle bir uyuşmazlıkta hâkim tarafından öncelikle uyuşmazlıkta ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğunun belirlenmesi ve ispat yükü üzerine düşen tarafın mevcut delillerle iddiasını ispatlaması büyük önem arz eder. İspat yükü üzerine düşmeyen taraf ise kural olarak ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetini yerine getirmesini bekler. İspat yükünü taşıyan taraf iddiasını ispat edemezse, diğer tarafın aksi ispat faaliyetine girişmesi gerekmez. Standart prosedür bu olmakla birlikte, ispat yükünü taşımayan taraf da diğer tarafın ispat faaliyetlerini yerine getirmesini beklemeden, onun iddiasını çürütmek adına karşı yöndeki delilleri ibraz edebilir. Böylelikle ispat yükünü üstlenen tarafın iddiasını kanıtlaması güçleştirilmiş olur; ancak bu durum, HMK m. 191'de de belirtildiği gibi, ispat yükünün yer değiştirmesi olarak yorumlanamaz. İspat yükünü, dolayısıyla ispatsızlık rizikosunu diğer taraf taşımaya devam eder<sup>1056</sup>.

Kartlı sistemler bakımında da aynı esaslar geçerli olup kart kuruluşu ile hamil arasında vuku bulan kötüye kullanıma ilişkin uyuşmazlıklarda ispat yükünü kural olarak kart kuruluşu taşır (BKKKK m. 32/II). Bu sebeple, talimatın hamil tarafından verildiğini veya hamilin ihmaliyle kötüye kullanımın gerçekleştiğini iddia eden kart kuruluşunun öncelikle bu iddiasını ispatlaması gerekir<sup>1057</sup>. Bunu başaramaması durumunda masraf tazminatı talep hakkını yitireceğinden, nihai olarak kötüye kullanım rizikosunu kendisi üstlenmiş olur<sup>1058</sup>. Uygulamada genellikle kart kuruluşunun ne zaman, hangi miktarda, hangi bankamatikte kartla para çekildiğini (veya POS terminalinden harcama yapıldığını) ve tartışmalı işlemin yapıldığı esnada bankamatığın (veya POS terminalinin) hatasız bir şekilde çalıştığını ispatlaması yeterli görülür<sup>1059</sup>. Teorik olarak bu durum karşılık ilişkisi özelinde BKKKK m. 32/II'de açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre kart kuruluşu, öncelikle ödeme talimatının verilmesinde herhangi bir teknik aksaklık olmadığını ve -her ne kadar kuralda belirtilmemiş olsa da- kimlik tespitinin (PIN- TAN sorgulamasının) usulüne

<sup>1055</sup> Bu hususlarda bkz. Murat Yavaş, Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı, **Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı)**, Cilt: 21, Sayı: 2, İstanbul 2015, s. 751; Başözen, s. 86.

<sup>1056</sup> Bu hususlarda bkz. Başözen, s. 88.

<sup>1057</sup> Bkz. Hofmann, ZvgIRWiss 2007, Cilt: 106, s. 185; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 331. Bu sonuç hazırlar arası işlemlerde olduğu kadar MO/TO işlemleri bakımından da geçerlidir (Bkz. Pichler, NJW 1998, s. 3235).

<sup>1058</sup> Bkz. Gößmann ve Bredenkamp, FS für Gerd Nöbbe, s. 106; Gößmann, WM 1998, s. 1269.

<sup>1059</sup> Bkz. Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 331; Lohmann ve Koch, WM 2008, s. 62.

uygun bir şekilde gerçekleştirildiğini ispatlamak durumundadır. Kart kuruluşunun öncelikle ve asgari olarak bu hususları ispatlaması icap eder.

Belirtelim ki, kart kuruluşunun sistemden kaynaklanan bir arızanın bulunmadığını ispatlamış olması, otorizasyonsuz ödemelerde sorumluluk rizikosunu üstünden atması bakımından yeterli olmaz; bunun için ayrıca otorizasyonsuz ödemeye hamilin kusurunun (ağır ihmalinin) yol açtığını da ispatlaması gerekir. Ancak pratikte bunu ispatlayabilmesi hemen hemen imkânsızdır<sup>1060</sup>. Yalnızca ödeme işleminde gizli kod kullanılan hallerde kart kuruluşunun eline hukuken önemli bir koz geçmiş olur. Zira gizli kod kullanımlarında, ödeme talimatının hamil tarafından verildiği veya hamilin ağır kusuru (ihmalî) nedeniyle ödeme aracının üçüncü kişilerin eline geçtiği yönünde bir algı oluşur (ilk görünüş ispatı) ve bu algı sayesinde kart kuruluşu, hamilin kusurunu ispatlama yükünden kurtulmuş olur. Diğer bir ifadeyle, otorizasyonsuz ödemeyi ispatlamada güçlük çeken kart kuruluşunun yardımına ilk görünüş ispatı koşar<sup>1061</sup>. Ancak burada şu noktanın altını çizmek gerekir: İlk etapta ihtilafla işlemin gerçekleştiği anda teknik bir aksaklığın bulunmadığını ispatla yükümlü olan kart kuruluşu, kartın gizli kodla birlikte kullanılması durumunda doğrudan ilk görünüş ispatına dayanabileceğinden, pratikte hamilin karşı ispat faaliyetinden sonra teknik bir aksaklık bulunmadığına ilişkin ispat faaliyetine girecektir. Diğer bir deyişle ilk görünüş ispatı, aynı zamanda kart kuruluşunun ilk başta yapması gereken ispat faaliyetini daha sonra gerçekleştirmesine vesile olmaktadır.

Otorizasyonsuz ödemelerde ispat yükü bu şekilde prensipte kart kuruluşuna yüklenmişken, kanunda açıkça belirtilmese de bu yük, koşul vakıanın seyrine göre pekâlâ hamilin omuzlarına da yüklenebilir. Gerçekten de kartın kötüye kullanıldığı

<sup>1060</sup> Hamilin kusurunu ispatlamak oldukça güç olduğundan, kart kuruluşları en azından rizikonun bir kısmını klotlar aracılığıyla hamile yansıtmak için bazı girişimlerde bulunur. Örneğin, sözleşmelere hamilin kusurlu olmadığını ispatlamasına, yani ispat yükünün ters çevrilmesine veya aylık gönderilen hesap özetlerinin çok kısa bir itiraz süresi içinde kapsamlı olarak kontrol edilmesine ya da zamanında kayıp bildiriminde bulunma yükümlülüğüne yönelik oldukça sıkı kurallar getirilebilir. Ancak öğretilerde bu tür çabalar şiddetli bir şekilde eleştirilmekte ve içerik denetimine aykırı bulunmaktadır (Bu yönde bkz. A. Langenbucher, s. 169; Taupitz, s. 150). Buna karşılık son yazarın isabetle temas ettiği gibi, istisnai bazı hallerde ispat yükünün hamile aktarılması geçerli kabul edilebilir. Özellikle kart sözleşmelerinde, kötüye kullanımlarda hamilin yalnızca ağır ihmalden sorumlu tutulacağı belirtilmişse, aynı sözleşmede hamilin ağır ihmalinin bulunmadığını ispatlaması şart koşulabilir. Bu şart geçerli kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda kart kuruluşu, hamile sorumluluğunun sona ermesine neden olan olguları sunma yükümünü aktararak, ağır kusurlu olmadığını kanıtlayabilmesi (ve sorumluluktan kurtulabilmesi) için fırsat tanımış olur (ss. 150-151).

<sup>1061</sup> Bkz. Hofmann, ZvgIRWiss 2007, Cilt: 106, s. 185; Lohmann ve Koch, WM 2008, s. 63.

hallerde hamilin de kayıp veya çalıntı durumunu ya da kötüye kullanımı derhal bildirdiğini ispatlaması icap eder<sup>1062</sup>. Ancak bu hususta hamile kolaylık sağlanarak bildirimde bulunduğu anı belirtmesi yeterli görülmelidir. Bunun üzerine kart kuruluşu, iddia edilen zaman diliminde hamilin bildirimde bulunmadığını ispatlamalıdır. Keza blokaj bildiriminin yapılmaması nedeniyle kötüye kullanımın gerçekleştiği yönündeki iddialar bakımından da hamilin yalnızca merkezi blokaj sistemine erişemediği iddiası yeterli görülmeli ve bu iddia karşısında kart kuruluşu, söz konusu zaman diliminde blokaj sistemine erişimin açık olduğunu ispatlamalıdır<sup>1063</sup>.

## **2. Ödeme İşleminin Teknik Olarak Hatasız Bir Şekilde Gerçekleştiğinin İspatı**

BKKKK m. 32/II uyarınca kart kuruluşu, hamil ile arasında çıkan uyuşmazlıklarda işlemin hatasız bir şekilde kaydedilip hesaba geçirildiğini veya herhangi bir teknik aksaklık ya da arıza durumunun bulunmadığını ispatla yükümlü kılınmıştır. Şu halde uyuşmazlık halinde kart kuruluşu, ilk etapta ödeme işleminin teknik açıdan hatasız gerçekleştiğini, yani ödemenin başarılı bir şekilde otorize edildiğini ispatlamak durumundadır<sup>1064</sup>. Bu noktada özellikle ihtilaf konusu işlemin gerçekleştiği anda bankamatikte veya POS terminalinde herhangi bir teknik arızanın veya manipülasyonun bulunmadığının ispatlanması önem arz eder.

BKKKK m. 32/II'deki ispat kuralının bazı sınırlamalara tabi olduğunu belirtmek gerekir. Bir kere kuralın yalnızca karşılıklı ilişkisini ilgilendirdiği açıktır<sup>1065</sup>. Dolayısıyla üye işyeri ile kart kuruluşu ve hamil ile üye işyeri arasındaki

<sup>1062</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 7; Erman/ Graf von Westphalen, §675v, N. 22; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675v, N. 126; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 10.

<sup>1063</sup> Bu hususlarda bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675v, N. 55.

<sup>1064</sup> Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 7; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 4; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 5; Staudinger ve Omlor, §675w, N. 4; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 5; Krepold ve Fischbeck, s. 100; Hofmann, BKR 2018, s. 67.

<sup>1065</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 1; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 3; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 1 ve 3; Linardatos, s. 315.

uyuşmazlıklara bu kuralı uygulamak mümkün değildir<sup>1066</sup>. İkincisi, kuralı ödeme aracının hamile ulaşmasından sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklarla sınırlı olarak ele almak gerekir<sup>1067</sup>. Zira bilindiği gibi, kart ile gizli kodun hamilin eline geçmesinden önce gerçekleşen kötüye kullanımlar sebebiyle münhasıran kart kuruluşu sorumlu tutulur ve kart kuruluşu bu sorumluluktan, yalnızca ödeme aracının hamile ulaştığını iddia ve ispat ederek kurtulabilir<sup>1068</sup>.

Bunun dışında her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemiş olsa da, kart kuruluşunun ayrıca ödeme işleminde kimlik tespitinin kurallara uygun bir şekilde yapıldığını ispatlaması gerekir. Bu hususta en azından kendisinden, hamilin paylaşmış olduğu verileri (kart bilgisi ile gizli kodu) teknik bir işlem yardımıyla karşılaştırması, yani bir nevi kimlik tespiti yapması beklenir<sup>1069</sup>. Kartın bankamatiklerde veya POS terminallerinde yalnızca gizli kodla birlikte kullanıldığı hallerde, teknik açıdan kimlik tespitinin rahatlıkla yapılabileceği açıktır. Buna karşılık kredi kartlarının imzalı (manyetik) kullanımında teknik araçlar yardımıyla kimlik tespiti yapılamaz. Manyetik kullanımlarda harcama belgesindeki imza, üye işyerinin üstün körü yapacağı ve karşılaştırma esasına dayanan imza denetimi ve kart kuruluşunun yapacağı imza denetimi olmak üzere iki manuel denetimden geçer. Bu ihtimalde kart kuruluşunun, kartta bulunan imza ile harcama belgesindeki imzayı karşılaştırması gerekli olmayıp, yalnızca üye işyeri tarafından kendisine iletilen harcama belgelerinin imzalı olup olmadığını kontrol etmesi yeterli görülür<sup>1070</sup>.

BKKKK m. 32/II kapsamında kart kuruluşunun herhangi bir teknik

<sup>1066</sup> Bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 3; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 5; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675w, N. 1.

<sup>1067</sup> Bu yönde bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 7; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 3.

<sup>1068</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675v, N. 7.

<sup>1069</sup> Bkz. Staudinger ve Omlor, §675w, N. 4; Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675w, N. 5; Sprau, Palandt BGB, §675w, N. 3. Benzer yönde bkz. Einsele, s. 299; Kreppold ve Fischbeck, s. 100. Alman hukukunda bu durum, BGB §675w/I, c. 1 ve c. 2'de açıkça düzenlenmiştir. Anılan kuralda, ödeme hizmeti sağlayıcısının (kart kuruluşunun), ödemenin kimlik tespiti yapılarak otorize edildiğini beyan ve ispatla yükümlü olduğu görülmektedir [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 4; Nobbe, WM 2011, s. 967]. Türk hukukunda ise her ne kadar BKKKK m. 32/II, kimlik tespiti konusunda suskun kalmış olsa da kuralla aynı zamanda teknik süreci ilgilendiren bir ispat yükü de getirildiğinden, tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi kimlik tespitinin yapıldığına ilişkin ispat faaliyetini de bu madde kapsamında saymak gerekir.

<sup>1070</sup> Bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675w, N. 5; Staudinger ve Omlor, §675w, N. 4. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi imza mukayesesi üye işyerinin uhdesinde olan bir yükümlülüktür ve işyerinin bu yükümlülüğünü bir grafoloji uzmanı titizliğiyle değil de el yordamıyla yerine getirmesi yeterli olur.

aksaklığın yaşanmadığını, usulüne uygun olarak tutmuş olduğu bankamatik veya POS terminali kayıtlarıyla ispatlayabilmesi mümkündür<sup>1071</sup>. Dikkat edilirse burada otorizasyonsuz ödemenin sistemselsel bir arızadan kaynaklanmadığı ispatlanmalıdır. Kart kuruluşu bu ispat faaliyetini, özellikle şüpheli işlemin gerçekleştiği zaman diliminde bütün ödeme sistemlerinin (EDV-System) kurallara uygun işlediğini kanıtlayarak gerçekleştirebilir<sup>1072</sup>. İkinci etapta, belirttiğimiz gibi otorizasyonunun yetkili hamilin talimatı üzerine mi yoksa bir üçüncü kişinin talimatı üzerine mi gerçekleştiği sorusunun cevaplanması gerekir. Bu aşamada, kart kuruluşu ile hamil arasındaki anlaşmayla önceden kararlaştırılmış olan ve ödeme işlemlerinde kullanılması öngörülen unsur veya bileşen dikkate alınarak sorun çözülmeye çalışılır. Kararlaştırılan unsur veya bileşen, salt bir zilyetlikten ibaret olabileceği gibi, salt bir bilgiden veya -kart ve gizli kod kombinasyonunda olduğu gibi- hem zilyetlik hem bilgiden ibaret olabilir. Örneğin bankamatikten para çekme işleminde unsur, kart ve PIN bilgisinden oluşur. Aynı durum, kartın POS terminallerinde gizli kodla kullanılması bakımından da geçerlidir. Otorizasyonsuz ödeme iddialarında, sorumluluktan kurtulmak isteyen kart kuruluşunun sistem güvenliği dışında, işlemin gizli kod kullanılarak gerçekleşmiş olduğunu da kanıtlaması gerekir. Kart kuruluşu bunu kanıtlarsa, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere aynı zamanda ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan da faydalanabilir. Buna karşılık manyetik kullanımlarda, kredi kartının ibrazı ve harcama belgesinin imzalanması yeterli görülür ve bu ihtimalde kart kuruluşundan -kimlik tespiti noktasında- sadece harcama belgesinin imzalı olup olmadığını kontrol etmesi beklenir<sup>1073</sup>.

Tekrara düşmek pahasına vurgulayalım ki buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar, kart kuruluşunun uyuşmazlık halinde “asgari olarak” ispat etmek zorunda olduğu hususlardır. Asgari koşullar ispat edilemezse ödeme işlemi otorize edilmemiş sayılır ve bunun doğal sonucu olarak hamil masraf tazminatından sorumlu tutulmaz<sup>1074</sup>. Ayrıca kart kuruluşu, ödemenin kurallara uygun olarak otorize

<sup>1071</sup> Bu hususlarda bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 5; Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 13, 15; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 10.

<sup>1072</sup> Bu yönde bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 6.

<sup>1073</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 19-20; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 7-8; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 5.

<sup>1074</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N.

edildiğini diğer ispat vasıtalarını kullanarak, örneğin tanık beyanlarıyla da kanıtlayamaz<sup>1075</sup>. Diğer taraftan, kart kuruluşunun asgari şartları ispatlaması tek başına hamili sorumlu tutmaya yetmez<sup>1076</sup>. Bunun için ayrıca hamilin kusurlu davranışıyla kötüye kullanıma yol açığının ispatlanması veya ilk görünüş ispatına ilişkin şartların oluşması (asıl ispat) ve hâkimde oluşan ilk görünüş algısının hamil tarafından karşı ispat faaliyetleriyle çürütülememesi gerekir<sup>1077</sup>.

### 3. Otorizasyonsuz Ödemenin Hamilin Kusurundan Kaynaklandığının İspatı

#### a. Kart Kuruluşunun Hamilin Kastını veya Ağır İhmalini İspatlaması

Kart kuruluşu asgari şartları ispatladıktan sonra, kötüye kullanımın hamilin kasten veya ihmali bir şekilde yükümlülüklerine aykırı davranması sonucunda gerçekleştiğini ya da hamilin kendisini dolandırma kastıyla hareket ettiğini ispatlamalıdır.

---

16; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 5; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 7; Staudinger ve Omlor, §675w, N. 3; Sprau, Palandt BGB, §675w, N. 2; M. Koch, s. 169.

<sup>1075</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 16. Buna karşılık Hofmann'a göre, kart kuruluşu hakkaniye aykırı bir sonuca engel olmak adına, ödeme işleminin hamil tarafından otorize edildiğini kamera kayıtlarına veya tanık beyanlarına dayanarak kanıtlayabilir (BKR 2018, s. 68, dn. 51). Daha önce de vurguladığımız gibi bu açıdan kamera kayıtlarına oldukça temkinli yaklaşmak isabetli olur. Zira kamerada görünen üçüncü kişi hamilin verdiği temsil yetkisi çerçevesinde kartı kullanmış veya hamil kartını kötüye kullanması amacıyla kendisine vermiş olabilir. Kart kuruluşunun tanık yoluyla iddiasını kanıtlaması ise işlemin mahiyetiyle örtüşmeyeceğinden hiçbir şekilde kabul edilemez.

<sup>1076</sup> Bkz. M. Koch, s. 169.

<sup>1077</sup> Yeri gelmişken, usul hukukunda tarafın ispatlama amacı bakımından asıl ispat, karşı ispat ve aksine ispat kavramlarının oldukça önemli olduğunu belirtmek gerekir. Asıl ispat ile kastedilen, ispat yükü üzerinde olan tarafın ileri sürdüğü olayların gerçekleştiği konusunda hâkimi inandırmaya çalışmasıdır. Buna karşılık karşı ispat, asıl ispat faaliyetinden sonra gerçekleşen bağımsız bir ispat faaliyeti olmayıp, asıl ispat ile hâkimde oluşan kanıyı sarsmaya yönelik bir faaliyeti ifade eder. Aksine ispat ise, asıl ispatın gerçekleşmiş sayılmasından sonra, asıl ispatın konusunu oluşturan olayın aksinin, yani aslında o olayın gerçekleşmediğinin karşı tarafça ispatlanmasıdır. Aksine ispat ile karşı ispat arasında ince bir nüans bulunur. Şöyle ki karşı ispatta, taraflardan biri olay hakkında asıl ispat faaliyetinde bulunur, diğer taraf bu asıl ispat faaliyetini çürütmeye çalışır. Buna karşılık aksine ispatta, taraflardan birinin asıl ispat faaliyetinde bulunması gerekmez. Çünkü asıl ispat faaliyetine konu olması gereken olay kanuni bir karinenin varlığı nedeniyle ispatlanmış sayılır (Bu hususlarda bkz. Başözen, ss 14-16; Hakan, Albayrak, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, ss. 28-29). Kartlı sistemlerde de ispat yükü kural olarak kart kuruluşunun üzerinde bulunduğundan, burada kart kuruluşunun ispat faaliyeti -ki buna ilk görünüş ispatına dayanması da dâhildir- "asıl ispat" niteliğindedir. Buna karşılık hamilin ilk görünüşü çürütmeye yönelik sarf ettiği çaba ise "aksine ispat" değil, "karşı ispat" faaliyeti olarak görülür.

Bu husus Alman hukukunda, ZDR I m. 59/II'den birebir uyarlanan BGB §675w/I c. 3'te, oldukça muğlak bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre ödeme işlemi, ödeme aracı kullanılarak tamamlanmışsa, kart kuruluşunca kimlik denetimini de içerecek şekilde ödeme aracı kullanımının kayıt altına alınmış olması;

- 1) Ödeme işleminin hamil tarafından otorize edilmiş olduğunu,
- 2) Hamilin dolandırma kastıyla hareket ettiğini,
- 3) Hamilin kanunda sayılan yükümlülüklerinden birini ya da daha fazlasını ihlal etmiş olduğunu ve
- 4) Hamilin ödeme aracının çıkarılması ve kullanılmasına ilişkin şartlardan birine veya daha fazlasına kasten ya da ağır ihmalle aykırı davranışını ispatlama bakımından tek başına yeterli olmaz<sup>1078</sup>.

Dikkat edilirse düzenlemede, ödeme işleminde kimlik tespitinin yapılmış olması, örneğin kartın PIN'le birlikte kullanılmış olması, hamilin sorumlu tutulması bakımından tek başına yeterli görülmemiş, ayrıca kart kuruluşundan başka ispat vasıtalarını kullanarak işlemin hamil tarafından yapıldığını veya hamilin kusurlu olduğunu kanıtlaması beklenmiştir. Bu nedenle kural, Alman hukukunda ilk görünüş ispatının (Anscheinsbeweis) ödeme sistemlerinde uygulanmaya devam edip etmeyeceği tartışmasını da beraberinde getirmiştir<sup>1079</sup>. Aşağıda da ayrıntılı olarak görüleceği üzere, kartlı sistemler özelinde ilk görünüş ispatı, yalnızca gizli kod kullanılarak gerçekleşen ödemelerde fonksiyon gösterir ve bu tür işlemlerde ayrıca hamilin kusurunun ispatlanması gerekmez. Bu açıdan kart kuruluşunun, ödemenin gizli kod kullanılarak yapıldığını kanıtlaması, hâkim nezdinde hamilin kusurlu olduğu (gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamadığı) yönünde bir algı oluşturur. Alman hukukunda birinci revizyona kadar süren rutin uygulama ve kabul bu yöndeyken<sup>1080</sup>, BGB §675w c. 3 kuralı, ilk görünüş ispatının uygulanmaya devam edip etmeyeceği konusunda ister istemez öğretide aykırı seslerin çıkmasına yol açmıştır<sup>1081</sup>. Ancak bu dönemde kaleme alınan kuralın gerekçesinde ilk görünüş

<sup>1078</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 10; Schulte-Nölke, BGB (Ed. Schulze), §675w, N. 4, Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 1; Nobbe, WM 2011, s. 967.

<sup>1079</sup> Bkz. Nobbe, WM 2011, s. 967.

<sup>1080</sup> Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 14.

<sup>1081</sup> Revizyonla birlikte ilk görünüş ispatının uygulanamayacağını savunan görüşler için bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 108, özellikle dn. 1.



ispatına yapılan atfı<sup>1082</sup> ve kaynak düzenleme olan ZDR I'in genel gerekçesini (N. 33, c. 1)<sup>1083</sup> dikkate alan baskın görüş, uygulamanın eskiden olduğu gibi aynen devam etmesi gerektiğini savunur<sup>1084</sup>.

<sup>1082</sup> Gerekçeye göre kart hamili, kimlik tespit aracının çalınması veya kötüye kullanılması ve gerektiği takdirde hırsızın ya da kötüye kullananın gizli koda erişimi nasıl sağladığı hususunda gerekçeli ve ikna edici açıklama sunma imkânına sahip olmalıdır. "İlk görünüş ispatı"na ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya hamilin açıklamaları sonunda ödemenin otorize edilip edilmediğinin ya da özen yükümlülüğü ihlalinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, münhasıran mahkemeye ait bir görevdir (Bkz. BT- Drs. 16/11643, s. 114). Gerekçe metni için bkz. <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/116/1611643.pdf> (Son Erişim: 31.10.2017).

<sup>1083</sup> Genel gerekçede özetle, hamilin ihmalinin bulunup bulunmadığı hususunda mevcut bütün şartların dikkate alınması gerektiği ve ihmalin derecesinin saptanması bakımından iç hukuka ilişkin kuralların dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu açıdan Yönerge'nin iç hukuktaki -yerleşik- ispat kurallarını aşan bir tutumu hedeflemediği söylenebilir [Bkz. Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 12]. Kaldı ki hem ilk revizyon döneminde kaleme alınan BGB §675w/I c.3'te hem de kaynak düzenleme olan ZDR I m. 59/II'de "zorunlu olmadıkça" (nicht notwendigerweise) şeklinde bir ifade kullanılarak ilk görünüş ispatı uygulamasına açık kapı bırakılmıştır. Gerçekten de ZDR I m. 59/II'ye göre, ödeme işleminin bir ödeme aracı (gizli kod) yardımıyla gerçekleştiğinin kart kuruluşuna kayıt altına alınmış olması, zorunlu olmadıkça tek başına ödemenin hamil tarafından yapıldığını veya hamilin dolandırma kastıyla hareket ettiğini ya da hamilin yükümlülüklerine ağır ihmalle veya kasten aykırı davrandığını ispatlama bakımından yeterli olmaz. ZDR I'e ilişkin tavsiye metninin ilk halinde "zorunlu olmadıkça" ifadesi yer almazken, daha sonra büyük ihtimalle finans sektörünün baskısı sonucunda bu ibare metne eklenmiştir [Bkz. M. Koch, ss. 183-184; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 112]. Ayrıca ilk görünüş ispatının zorunlu hallerde uygulanabileceği sonucuna, kuralın aksi kanıtından da ulaşmak mümkündür (Bu yönde bkz. Hoeren ve Kairies, WM 2015, s. 549). Bununla birlikte düzenlemenin dilbilgisel anlamda çok iyi bir şekilde formüle edildiği söylenemez. Hatta kanun koyucunun kuralı lastik gibi her manaya çekilecek şekilde kaleme aldığı söylemek abartı olmaz (Bkz. Hofmann BKR 2014, s. 112). Yine de kural bir bütün olarak ele alındığında en makul yorum, ödemenin gizli kodla yapılmasının tek başına hamili sorumlu tutmak için yeterli olmayacağını kabul etmek olur. Kart kuruluşu şayet elinde başka ispat olanakları varsa bunları sonuna kadar kullanmalıdır. Kötüye kullanıma hamilin kusuruyla sebebiyet verdiği veya ihtilaflı işlemde kartın aslında hamil tarafından kullanıldığı başka yollardan ispatlanamıyorsa, son çare olarak ilk görünüş ispatına başvurulabilir.

<sup>1084</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 25; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 9; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 12; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 12; Sprau, Palandt BGB, §675w N. 4; M. Koch, ss. 174-175; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 4; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 14 ve 15; Stange, s. 197; Kreppold ve Fischbeck, s. 101; Casper ve Pfeifle, WM 2009, s. 2347; Jens- Uwe Franck ve Philipp Massari, "Die Zahlungsdiensterichtlinie: Günstigere und schnellere Zahlungen durch besseres Vertragsrecht?", **Wertpapier Mitteilungen** 2009, s. 1127; Scheibengruber, BKR 2010, s. 21; Grundmann, WM 2009, s. 1163; Nobbe, WM 2011, s. 968; Piekenbrock, WM 2015, s. 798; Hofmann, BKR 2018, s. 68; Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 108; Kollrus, MDR 2012, s. 378; Lohmann ve Koch, WM 2008, s. 63.

Ancak bu hususta ZDR II m.72/II'ye (BGB §675w/I c. 4) getirilen bir ekleme yine kafa karışıklığına yol açacak gibi görünüyor. Anılan kuralın son cümlesinde, kart kuruluşunun ayrıca hamilin kastını, dolandırma kastını ve ağır ihmali destekleyici deliller sunmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla BGB §675w, c. 3 ve c. 4 birlikte ele alındığında, gizli kod kullanılarak gerçekleşen kötüye kullanımlarda, hamilin zararın tamamından sorumlu tutulabilmesi için kart kuruluşunun iddiasını, gizli kod kullanımı dışında mutlaka başka delillerle desteklemesi gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkıyor. ZDR II bu tutumuyla, sanki Alman öğretisinde kartlı sistemlerde artık ilk görünüş ispatının uygulanamayacağını savunan azınlık görüşünü haklı çıkarmıştır (Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 32). Fakat son değişiklikten sonra da ilk görünüş ispatının uygulanmaya devam edip etmeyeceğine yönelik tartışma, yoğun bir şekilde sürecektir gibi

Türk hukukunda ise daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, kanunda kart kuruluşunun asgari (teknik) koşulları ispatlaması dışında başkaca bir ispat faaliyetinde bulunma şartı aranmamıştır. Ancak bizim hukukumuzda da kart kuruluşunun hamilin kastını veya ağır ihmali ispatlamakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, hukukumuzda kart kuruluşunun ilk görünüş ispatını ileri sürmesine engel teşkil eden herhangi bir yasal sınırlama da bulunmamaktadır. Hatta gizli kod kullanılarak gerçekleşen kartlı ödemelerde, gizli kod kullanımı münhasıran hamilin hâkimiyet alanını ilgilendiren bir konu olduğundan, ilk görünüş ispatını kabul etmenin elzem olduğu bile söylenebilir. Aksi takdirde, kart kuruluşu bu tür ihtilafli ödemelerde kartı kullananın hak sahibi olup olmadığını kesin olarak bilemeyeceğinden, otorizasyonu kanıtlaması hiçbir şekilde mümkün olmaz<sup>1085</sup>. Kaldı ki ilk görünüş ispatının toptan reddi, kart kuruluşunu dolandırma saiki güden kötüye

gözüktüyor. Tartışmanın fitilini ilk ateşleyenlerden Hofmann, bu eklemeye rağmen ilk görünüş ispatının uygulanmaya devam etmesi için makul sebepler olduğunu savunur. Yazara göre Federal Mahkeme, değişiklikten önce verdiği kararlarda, ilk görünüş ispatı için somut uyumsuzlukta hatasız bir şekilde işleyen ve pratikte aşılması mümkün olmayan bir güvenlik sisteminin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirterek, zaten BGB §675w/I c. 1-3'te otorizasyon ile kimlik tespiti için aranan asgari koşulları aşan bir talepte bulunmuştur. Gerçekten de bu belirtilen hususların ispatı için BGB §675w/I c.1'de olduğu gibi yalnızca ödeme işleminin kurala uygun bir şekilde kayıt altına alındığının, borç kaydının yapıldığının ve bu esnada teknik bir aksaklığın bulunmadığının kanıtlanması yeterli olmaz. Bu nedenle BGB §675w/I, c. 4 ile aslında kart kuruluşlarına olabilecek en üst düzeyde sistem güvenliğini sağlama konusunda bir sorumluluk yüklenmektedir. Bu konuda kart kuruluşunun göstereceği herhangi bir zaafiyet kendisini sorumlu tutmaya yetecek ve ispat kolaylığından faydalanmasına engel olacaktır (BKR 2018, ss. 68-69). Yine benzer bir çıkışta bulunan Linardatos'a göre, ödeme hizmeti sağlayıcılarının (kart kuruluşlarının), pratikte aşılması mümkün olmayan bir kimlik denetim sistemi kurduklarını, bu sistemin kurala uygun bir şekilde uygulandığını ve ihtilaf konusu işlemde hatasız olarak çalıştığını kanıtlaması, "destekleyici delil" mahiyetinde görülür. Bunları ispatlayan kart kuruluşları, pekâlâ ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan faydalanabilir (NJW 2017, s. 2150). Zahrte'ye göre ise yeni düzenlemeyle, usulüne uygun kimlik tespitinin yapılmış ve ödeme aracının kullanımının kayıt altına alınmış olmasının; hamilin kasten, dolandırma kastıyla veya ağır ihmalle hareket ettiği yönünde aksi öngörülemez bir karinenin oluşmasına yol açmadığı vurgulanmak istenmiştir. Bu nedenle getirilen açıklama, Federal Mahkemenin ilk görünüş ispatına ilişkin kararlarının uygulanmaya devam etmesine engel teşkil etmez. Çünkü Federal Mahkeme kararlarını "karine" (dolayısıyla ispat yükünün tersine dönmesi) esasına göre değil, ispat faaliyetini kolaylaştıran "tipik olay akışı" esasına göre formüle etmiştir (NJW 2018, s. 340). Sonuç olarak Alman öğretisinde ağırlık olarak, son değişikliklerden sonra dahi ilk görünüş ispatını uygulamaya engel bir durum bulunmadığı kabul edilmektedir.

Buna karşılık Fransız hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak en başından beri ilk görünüş ispatının uygulanamayacağı kabul edilmekteydi. Nitekim Yargıtay (Cour de cassation) 2007 yılında almış olduğu bir kararda, üçüncü kişilerce bankamatiklerden para çekilmesi durumunda, kart kuruluşunun hamilin ağır ihmali ispatla yükümlü olduğunu ve ödeme işleminde kart ve PIN kullanılmış olmasının ispat için tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, suçluların birçok durumda hamilin ağır ihmali olmadan da kartı ve PIN'i ele geçirebilmelerini dikkate almış ve gerekçesini bu temele oturtmuştur (Bkz. M. Koch, s. 186; Linardatos, s. 331).

<sup>1085</sup> Benzer yönlerde bkz. Russenschuck, s. 123; Dimitrios Linardatos, "Von Anscheinsbeweisen im Zahlungsdienstrecht und fehlgeleiteten Gesetzgebern", *Neue juristische Wochenschrift* 2017, s. 2145.

kullanımlara da açık kapı bırakabilir<sup>1086</sup>. Ancak bu noktada daha önce de belirttiğimiz gibi, ilk görünüş ispatının uygulanabilmesi için öncelikle kartın ve gizli kodun yetkili hamilin zilyetliğine ulaşmış olması, ilk gönderim sürecinde kaybolmuş veya herhangi bir şekilde başkalarının eline geçmemiş olması gerekir<sup>1087</sup>.

## **b. Kart Kuruluşunun İlk Görünüş İspatına İlişkin Kolaylıktan Faydalanması**

### **(1) İlk Görünüş İspatının Tanıtılması**

Kart kuruluşunun masraf tazminatını talep edebilmesi için öncelikle ödeme talimatının hamil tarafından verildiğini ispatlaması gerekir<sup>1088</sup>. Hazırlar arasında ve imzalı olarak gerçekleşen kartlı ödemelerde, otorizasyonun hamilin talimatıyla gerçekleşip gerçekleşmediği grafoloji uzmanından alınan bir raporla kolayca ispatlanabilir<sup>1089</sup>. Buna karşılık, kartın bankamatiklerde, MO/TO işlemlerinde veya POS terminallerinde “gizli kodla” birlikte kullanıldığı hallerde, ödeme talimatının gerçekten yetkili hamil tarafından verilip verilmediğini kolaylıkla ispatlamak mümkün olmaz<sup>1090</sup>. Hamilin kötüye kullanıma dönük bir iddia ortaya atması durumunda, sorumluluktan sıyrılmak isteyen kart kuruluşu, bunu ancak hamilin (ağır) ihmali sonucunda kartın kötüye kullanıldığını ispatlayarak gerçekleştirebilir. Bu ihtimalde, ispat açısından oldukça sınırlı argümanlara sahip olan kart kuruluşunun, şartlar elverdiği ölçüde ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan faydalanabilmesi gerekir<sup>1091</sup>. Meseleye gerçekçi bir bakış açısıyla yaklaşıldığında da

<sup>1086</sup> Örneğin hamil, üçüncü bir kişiyle anlaşarak kartını ve gizli kodu kendisine verdikten sonra, bu kimsenin yapmış olduğu harcamalara itiraz edebilir. İlk görünüş ispatı reddedildiğinde, kart kuruluşunun hamilin bilgisi dâhilinde ödeme talimatının verildiğini ispatlayabilmesi hemen hemen imkânsız hale gelir. Bu ispat güclüğü, ancak ilk görünüş ispatının kabulüyle aşılabılır [Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 33].

<sup>1087</sup> Bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 56.

<sup>1088</sup> Bkz. Sprau, Palandt BGB, §675w, N. 1.

<sup>1089</sup> Bu nedenle imzalı kullanımlarda, ilk görünüş ispatına ihtiyaç duyulmaz (Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 25).

<sup>1090</sup> Bu yönde bkz. Jungmann, Bankrechtskommentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler), Kap. 6, §675w, N. 8; Pavalenco, s. 185; Gößmann, WM 1998, s. 1269; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 332.

<sup>1091</sup> Bkz. ve karşı. K. Langenbucher, s. 294; Gößmann, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 140, N. 56; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, ss. 332-333.

PIN sisteminin işlerliği ve güvenliğinin ancak ilk görünüş ispatının kabulüyle sağlanabileceğini söylemek yanlış olmaz. Kaldı ki bu noktada ispat küfesini sırtında taşıyan kart kuruluşunun elinde, işlemde gizli kod kullanıldığı bilgisi dışında başka bir argüman bulunmaz. Ayrıca kartı saklama ve gizli kodu güvenli bir şekilde koruma eylemi / eylemsizliği, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tamamen hamilin kişisel alanında gerçekleştiğinden, kart kuruluşunun doğrudan bu alana girerek denetim yapması ve kartla birlikte PIN'in özenli bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını anlayabilmesi mümkün olamaz<sup>1092</sup>. Diğer taraftan otorizasyonsuz işlemde, yalnızca hamilin uhdesinde olabilecek bir bilginin (PIN'in) kullanılmış olması, ister istemez gizli tutulması gereken bilginin hamilin ağır ihmali sonunda üçüncü kişilerin eline geçtiği izlenimini doğurur. Bu izlenim, ilk görünüş ispatının temelini oluşturur. Ancak yeri gelmişken, ilk görünüş ispatına ilişkin kabulün, kart kuruluşunun kullanmış olduğu güvenlik sisteminin manipülatif girişimleri büyük ölçüde engellediği veya bu tarz müdahalelerin daha sonradan tespit edilebileceği düşüncesine dayandığını belirtelim<sup>1093</sup>.

İlk görünüş ispatının en önemli fonksiyonu, ispat yükünü taşıyan tarafı bu yükten kurtarmasıdır. Buna karşılık ilk görünüş ispatıyla birlikte ispat yükü tersine çevrilmiş veya diğer tarafa geçmiş olmaz. Burada daha ziyade karşı tarafa, yani

<sup>1092</sup> Bu yönde bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 260, N. 23; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 16; Linardatos, s. 323; Pavalenco, ss. 185-186; Russenschuck, s. 122.

<sup>1093</sup> Bkz. Neumann ve Bock, s. 95, N. 181; Lohmann ve Koch, WM 2008, s. 63. Alman hukukunda belirttiğimiz gibi çoğunluk tarafından gizli kod kullanılarak gerçekleşen kartlı ödemelerde ilk görünüş ispatının uygulanabileceği kabul edilir. Buna karşılık, özellikle bankamatiklerdeki manipülasyonları ve hamilin kusuru olmadan da PIN'in üçüncü kişilerce öğrenilebileceğini öne süren azınlık görüşü, ilk görünüş ispatına ilişkin uygulamayı toptancı bir anlayışla reddeder (Bkz. Stange, s. 74). Uygulamada, ilk olarak LG Mannheim ilk görünüş ispatını açıkça reddeden bir karara imza atmıştır. Online bankacılığa konu bir uyuşmazlıkta bu sonuca ulaşan mahkeme, kararının gerekçesini, PIN veya TAN gibi gizli kodların hamilin bilgisi dışında ve herhangi bir önlem alma imkânı olmadan çok çeşitli yöntemler kullanılarak ele geçirilip kötüye kullanılabileceği temeline oturtmuştur. Mahkemeye göre özellikle trojan saldırılarında, güncel virüs programı tarafından zararlı yazılım fark edilemezse ilk görünüş ispatını devre dışı bırakmak gerekir. (Bkz. Pavalenco, s. 196; Bertelmann, s. 211; Hoeren ve Kairies, WM 2015, s. 550). Bu noktada, online bankacılık özelindeki uyuşmazlıklarda ilk görünüş ispatının mahkemelerce ekseriyetle kabul görmediğine dikkatleri çekmek gerekir (Bkz. Hoeren ve Kairies, WM 2015, s. 550). Diğer taraftan kartlı sistemler açısından mesele irdelendiğinde de AmtG. Berlin-Mitte'nin almış olduğu bir kararda benzer bir toptancı yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Gerçekten de bu kararda, skimming ve phishing türü saldırıların artması gerekçe gösterilerek hamilin PIN'i kartı üzerine yazdığı veya kartla PIN'i birlikte sakladığı yönündeki ilk görünüş ispatına daha fazla dayanılamayacağı belirtilmiştir (Bkz. Hoeren ve Kairies, WM 2015, s. 549). Ancak Alman hukukunda, bilhassa kartlı sistemler özelinde bu yönde sarf edilen görüş ve içtihatlar, azınlık görüşü temsil etmektedir. Bize göre gerek online bankacılıkta gerekse kartlı sistemlerde, manipülatif girişimler olmadığı sürece, başkaca bir argümana dayanması mümkün olmayan kart kuruluşunu ilk görünüş ispatından mahrum bırakmamak daha akılcı bir yaklaşım olur.

hamile “atipik olay akışını” somut olarak açıklayarak ve gerektiğinde bunu ispatlayarak hâkim nezdinde oluşan ilk görünüşü sarsma imkânı tanınır<sup>1094</sup>. Kaldı ki kötüye kullanım durumunda hak iddiasında bulunan hamil, prensip olarak koşul vakaları ileri sürmekle ve gerektiğinde tipik olay akışının varlığına ilişkin şüpheli hususları ispatlamakla yükümlüdür<sup>1095</sup>. Kartlı sistemler özelinde durumu ele aldığımızda, ilk görünüş ispatıyla, ispat yükünü taşıyan kart kuruluşuna yalnızca bir ispat kolaylığı sağlandığı söylenebilir<sup>1096</sup>. Fakat kart hamilinin, her zaman ilk görünüşe ilişkin oluşan bu algıyı karşı ispat faaliyetiyle çürütmesi mümkündür. Bunun için karşıt bir delil gerekli olsa da bunun tam ispat ölçüsünde olması şart olmayıp tipik olay akışını bozan ciddi bir olasılığın ileri sürülüp kanıtlanması yeterli görülür<sup>1097</sup>. Örneğin hamilin kartını çaldırdığını veya kaybettiğini söylemesi, ilk etapta ödeme talimatının kendisi tarafından verildiğine yönelik ilk görünüş ispatını devre dışı bırakır<sup>1098</sup>. Bu halde ispat yükü yeniden canlanır ve kart kuruluşu artık hamilin (ağır) ihmali sonucunda zararın doğmuş olduğunu kanıtlamak durumunda kalır<sup>1099</sup>. Kart eğer gizli kodla birlikte kullanılmışsa, kart kuruluşu ikinci etapta hamilin gizli kodu güvenli bir şekilde korumada ağır ihmal sergilediği şeklindeki ilk görünüş ispatına dayanabilir. Bu açıdan, gizli kod kullanılarak gerçekleşen kartlı

<sup>1094</sup> Bkz. Linardatos, s. 322; Haybäck, s. 122; Russenschuck, s. 125; Bertelmann, s. 207; Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 108; Franck ve Massari, WM 2009, s. 1127; Scheibengruber, BKR 2010, s. 21; Grundmann, WM 2009, s. 1163; Nobbe, WM 2011, s. 968; Gößmann ve Bredenkamp, **FS für Gerd Nobbe**, s. 108; Gößmann, WM 1998, s. 1270; Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 186; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 347. Gerçekten de ilk görünüş ispatı, ispat yükünün tersine çevrildiği anlamına gelmez, bilakis olguyu ikna edici bir biçimde ve gerekçeleriyle birlikte açıklama yükünün belirlenmesine hizmet eder [Bkz. Neumann ve Bock, s. 95, N. 180]. Bu durumda daha önce de belirttiğimiz gibi hamilin aksine ispat değil, karşı ispat faaliyetinde bulunması ve hâkim nezdinde oluşan algıyı sarsması yeterli olur (Bkz. Yuk. XIV, A, 2).

<sup>1095</sup> Bkz. Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 347.

<sup>1096</sup> Bu yönde bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 9; Staudinger ve Omlor, §675w, N. 7; M. Koch, s. 171

<sup>1097</sup> Bkz. M. Koch, ss. 172-173; Linardatos, s. 322; Haybäck, s. 114; Brückner, s. 111; Gößmann, WM 1998, s. 1270; Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 187; Başözen, s. 148. Gerçekten de ilk görünüş ispatında zan altında kalan tarafın basit bir karşı ispat faaliyetiyle ilk görünüşü sarsabilmesi mümkündür. Bu durumda karşı tarafın iddia ettiği olgunun aksinin ispatlanması da gerekmez; yalnızca tipikliği bozan olguların ileri sürülüp kanıtlanması yeterli görülür (Bkz. Linardatos, NJW 2017, s. 2146). Kaldı ki öğretide ilk görünüş ispatının tam ispat ölçüsünde olmadığı; tam ispatın arandığı, fakat bunun gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hallerde sadece bir ispat kolaylığı getirdiği savunulmaktadır (Bkz. Pavalenco, ss. 189-190; Russenschuck, s. 123). Şu halde, çoğu zaman tam ispat ölçütü aranmayan ilk görünüş ispatının aksinin kanıtlanmasında, tam ispat ölçüsünü aramak adil olmaz.

<sup>1098</sup> Bkz. Stange, s. 74; Bertelmann, s. 208. Online bankacılıkta, havale talimatının verilmesi açısından benzer yönde bkz. Neumann ve Bock, s. 98, N. 184; Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 186.

<sup>1099</sup> Benzer yönlerde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 28; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 9.

ödemelerde ilk görünüş ispatının iki kademedan oluştuğu söylenebilir<sup>1100</sup>.

## (2) İlk Görünüş İspatı için Aranılan Koşullar

### (a) Tipik Olay Akışının Bulunması

İlk görünüş ispatının gündeme gelebilmesi için öncelikle somut uyuşmazlıkta “tipik bir olay akışı”ndan (typischer Geschehensablauf) bahsetmek gerekir<sup>1101</sup>. Bir diğer ifadeyle, ilk görünüş ispatının uygulanabilmesi, somut olayda olağan akışı bozan en küçük bir ihtimalin dahi bulunmamasına bağlıdır<sup>1102</sup>. Özellikle genel hayat tecrübelerine göre belli bir nedenin (hamilin özen yükümlülüklerini ve ödeme aracını koruma yükümlülüğünü ihlal etmesinin) belli bir sonucu (ödeme aracının yetkisiz üçüncü kişilerce kullanılması sonucunu) doğurduğu anlaşılıyorsa ilk görünüş ispatından bahsedilebilir<sup>1103</sup>. O halde ilk görünüş ispatının omurgasının genel hayat tecrübelerinden oluştuğunu söylemek yanlış olmaz<sup>1104</sup>. Gizli kod kullanılarak gerçekleşen işlemlerde de sadece hamilin uhdesinde olan bir bilgi kullanıldığından, tipik bir olay akışından, yani kartın ya hamil tarafından kullanıldığından ya da onun ağır ihmali sonucunda üçüncü kişilerce kullanıldığından bahsetmek mümkündür<sup>1105</sup>. Bu anlamda teknik sistem güvenliğinin sağlanmasının “tipiklik” düşüncesini

<sup>1100</sup> Bkz. Stange, ss. 73-74; Pavalenco, s. 190; Piekenbrock, WM 2015, s. 798.

<sup>1101</sup> Bkz. Stange, s. 72; Pavalenco, s. 194; Neumann ve Bock, s. 95, N. 180; Nobbe, WM 2011, s. 968; Linardatos, NJW 2017, s. 2146; Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1; Erfurth, WM 2006, s. 2204; Başözen, s. 33; Albayrak, s. 37.

<sup>1102</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 28; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 9; Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 259, N. 22.

<sup>1103</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 15; Pavalenco, s. 189; Haybäck, s. 121; Bertelmann, s. 207; Russenschuck, s. 124; Linardatos, NJW 2017, s. 2146; Gößmann, WM 1998, s. 1269; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 339.

<sup>1104</sup> Bkz. Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 344. İlk görünüş ispatında “hayat tecrübesi” gibi şekli bir kavrama başvurulması, öğretide kısmen sakıncalı görülüp ihtiyatla karşılanmıştır. Buna karşılık her ne kadar ilk görünüş ispatına ilişkin ileri sürülen bu ve benzeri itirazlarda haklılık payı olsa da ilk görünüş ispatı, sağladığı ispat kolaylığı sayesinde pratikte kolay kolay vazgeçilemez bir statüye ulaşmıştır (Bkz. M. Koch, s. 172).

<sup>1105</sup> Bkz. Haybäck, s. 122; Brückner, ss. 111-112; Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 339. Ayrıca Langebucher, K.’ye göre, kart kuruluşunun bu imkândan faydalanabilmesi, kendisinin üye işyerine ödeme yapmakla yükümlü olup olmamasına göre değişiklik gösterir. Zira ilk görünüş ispatı, kart kuruluşunun üye işyeri karşısında kötüye kullanım rizikosunu prensip olarak üstlendiği ve yetkisiz kişilerce verilen talimata rağmen üye işyerine ödeme yapmak durumunda kaldığı hallerde devreye girebilir (s. 294).

destekleyeceği açıktır<sup>1106</sup>. Ancak ilk görünüş ispatı için tipik olay akışının yalnızca ihtimal dâhilinde kalması veya başka bir olay akışına kıyasla gerçekleşme olasılığının daha yüksek olması yeterli değildir. Çünkü artık burada ispatın konusu, gerçekleşmesi yüksek bir ihtimale dayandığından, somut uyuşmazlığa ilişkin her durumun açıklanmaya çalışılması lüzumsuz hale gelir. Bu itibarla ilk görünüş ispatı, çoğu zaman nedensellik bağlantısının ve kusurlu davranışın kanıtlanmasında etkisini gösterir<sup>1107</sup>.

Tipik olay akışının belirlenmesinde öğretilerde verilen örnekler ve uygulamada alınan kararlar, kuşkusuz konunun açıklığa kavuşturulmasında yol gösterici olacaktır. Zira yazılı bir kurala bağlı olmayan bu ispat türü, tamamen yargı pratiğinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır<sup>1108</sup>. Bu anlamda özellikle kart hamilinin bankamatiklerden rızası dışında para çekildiği iddiasını ileri sürmesinden önce veya sonra, durumu bile bile para çekmeye (orijinal kartı kullanmaya) devam etmesi, tartışmalı olan işlemlerin kendisi tarafından yapıldığı yönünde bir ilk görünüşe yol açabilir<sup>1109</sup>. Bunun dışında hamilin kartını kaybetmesinden veya çaldırmasından çok kısa bir süre sonra PIN kullanılarak kötüye kullanımın gerçekleşmiş olması, hayatın olağan akışına göre kartın üçüncü kişilerce ele geçirildikten çok kısa bir süre sonra PIN'in deşifre edilemeyeceği dikkate alındığında, hamilin PIN'i kartın üzerine yazdığı veya kartla PIN bilgisini bir arada bulundurduğu yönünde bir ilk görünüş oluşturur<sup>1110</sup>.

<sup>1106</sup> Bkz. Linardatos, s. 324.

<sup>1107</sup> Bkz. M. Koch, s. 170; Stange, s. 72.

<sup>1108</sup> İlk görünüş ispatının yargı kararlarıyla gelişen hukuki bir figür olması konusunda bkz. Pavalenco, s. 185; Brückner, s. 110; Başözen, s. 98. Gerçekten de ilk görünüş ispatının, Alman hukukunda ilk olarak kasko sigortalarında, araba hırsızlığı vakalarında çoğu zaman tanık veya başkaca bir delilin bulunmamasına ilişkin güçlüğü aşmak ve bu hususta sigortacıya bir ispat kolaylığı sağlamak adına yargı kararlarıyla geliştirildiği belirtilmektedir [Bkz. Berghaus, **RWS-Forum** 12 (1998), s.59]. Hatta Alman hukukunda her ne kadar kavram ve tanımlaması net olarak yapılmasa da ilk görünüş ispatı çok daha önce, 1888 yılında İmparatorluk Mahkemesine konu olan gemi kazasına ilişkin bir uyuşmazlıkta, kaptanın sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınmıştır (Bkz. Başözen, s. 30; Albayrak, s. 36).

<sup>1109</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 36.

<sup>1110</sup> Bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 21; Staudinger ve Omlor, §675w, N. 7; Sprau, Palandt BGB, §675w, N. 4; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 3; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 20; Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1; Kollrus, MDR 2012, s. 379.

AmtG Hannover bir kararında (09.05.1997) bu yönde bir sonuca ulaşmıştır. Karara konu olayda debit kart hamili, saat 19:00 civarında debit kartının da içinde bulunduğu cüzdan ve evrak çantasını çaldırması; daha sonra kartını saat 20:00 sularında bloke ettirmiştir. Buna karşılık ilki saat 19:27'de olmak üzere yetkisiz üçüncü kişiler tarafından bankamatikten 8 adet para çekme işlemi gerçekleşmiş ve toplamda 1.500 Euro zarar ortaya çıkmıştır. Banka aleyhine açılan dava, yerel mahkemece reddedilmiştir. Zira mahkemeye göre uyuşmazlığa konu olayda -PIN kullanıldığından- paranın ya bizzat hamil tarafından ya da hamilin "PIN'i güvenli bir şekilde korumaması" nedeniyle üçüncü kişiler tarafından çekildiği yönünde bir ilk görünüş ispatı hâsıl olmuş ve bu görünüş hamil tarafından

## (b) Orijinal Kartın Gizli Kodla Birlikte Kullanılmış Olması

Kartlı sistemlerde ilk görünüş ispatından bahsedebilmek için ikinci olarak “orijinal kartın” (yoksa kartın kopyasının değil!) bankamatiklerde veya POS terminallerinde gizli kodla birlikte kullanılması gerekir<sup>1111</sup>. Bu şart aynı zamanda

---

çürütülememiştir (Bu karar için bkz. Haybäck, s. 125).

Yargıtay da yalnızca kartın gaspının söz konusu olduğu bir olayda, kartın çok kısa bir süre içinde şifreyle birlikte üçüncü kişilerce kötüye kullanılmış olmasını, hamilin gizli kodu güvenli bir şekilde koruyamamasına yormuş ve hamile ağır ihmal isnat etmiştir. Bu karar (13 HD, T. 22.05.2009, E. 2009/767, K. 2009/732) şu şekildedir: “... Davacı, gasp edilmesi nedeniyle çalınan kredi kartı için hemen başvuruda bulunduğunu, ancak çok kısa süre içinde karttan 3900 Euro nakit çekildiğini, 5464 sayılı yasanın 12. maddesi nedeniyle 150, 00 YTL dışındaki kısımdan sorumlu olmadığı halde 7.180, 00 YTL yi ödemek zorunda kaldığını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Dosya içerisinde 20.10.2006 gün saat 14.22 de çalıntı ihbarının yapıldığı, nakit çekimlerinin ise aynı gün 13.11 ile 13.49 gibi çok kısa bir sürede gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporunda kartın bu kadar kısa sürede kullanılmasının şifrenin hemen bulunmasından kaynaklandığı ve davacının şifreyi iyi muhafaza edememesi nedeniyle kusurlu olduğu, bankanın da daha önce hiç nakit avansı çekmeyen davacının bir anda bu kadar çok nakit çekerek limiti bitirmesi karşısında daha duyarlı davranması gerektiği ve bankanın da müterafik kusurunun olduğuna dayanarak kusur oranının paylaştırıldığı görülmüştür. Kartın kullanılabilmesi için öncelikle şifrenin çözülmesi gerekmektedir. Kart hamili şifrenin muhafazasından ve güvenliğinden sorumludur. Şifreyi seçerken kolay bulunan, örneğin kimlik bilgileri içinde yer alan rakamların seçilmemesinin gerektiği günümüzde bilinen bir gerçektir. Davacı kartının şifresine bu kadar kısa sürede ulaşılmış olması şifrenin güvenli bir şekilde seçilmediğini göstermektedir. Hal böyle olunca davacının olayda ağır kusurunun olduğu ve 5464 sayılı Yasa’nın 12. maddesinden yararlanamayacağı ortaya çıkmaktadır. Bankanın daha önce nakit avansı çekmeyen müşterisinin bu hakkını ne zaman kullanacağını bilmesine imkan olmadığından, limitini doldurmasına müsaade etmesinde kusurundan söz edilmesi mümkün değildir. Bu durumda kartın hukuka aykırı kullanımında ağır kusuru olan davacının, çalınma ihbarı yapıldıktan sonra nakit harcamalardan sorumluluğu bulunmaktadır. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kısmen kabulü usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” Karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (Son Erişim: 11.09.2018).

Alman hukukunda da gerek federe gerekse federal düzeydeki mahkemelerin kabulüne göre, kartın çalınmasından çok kısa süre sonra üçüncü kişilerce bankamatiklerde doğru PIN ile kullanılmış olması, genel hayat tecrübeleri doğrultusunda ve istisnalar bir tarafa bırakıldığında, hamilin PIN’i kartın üzerine yazdığı veya kartla PIN’i bir arada bulundurduğu yönünde bir ilk görünüş ispatına yol açar (Bkz. BVerfG, WM 2010, s. 209; BGH, WM 2004, s. 2309; AmtG. Hamburg, WM 2011, s. 499). Ancak buradaki “kısa süre”ye ilişkin değerlendirme somut olay bazında yapılmalıdır. Gößmann yargıya intikal eden bir olaya atfen, kartın çalınmasından yalnızca otuz dakika sonra PIN ile birlikte kötüye kullanılması durumunda ilk görünüş ispatının uygulanabileceğini belirtmiştir (WM 1998, s. 1270). Uygulamada ise genellikle hamilin kartını en son kullandığı ve kartı kaybettiği andan itibaren doksan dakika geçmeden üçüncü kişilerce doğru PIN kullanılarak tek denemede para çekilmesi - phishing, skimming vb.saldırıları bulunmadığı sürece- gizli kodu koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği şeklinde yorumlanır [Bkz. Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 46].

<sup>1111</sup> Bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 17; Staudinger ve Omlor, §675w, N. 8; Einsele, s. 299, özellikle dn. 533; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 3; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 89; Linardatos, s. 326. Federal Mahkeme de 28.10.2012 tarihli kararında, ilk görünüş ispatının uygulanabilmesi için ihtilaf konusu işlemde orijinal kartın kullanılması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Zira ilk görünüş ispatında tipik olay, hamilin orijinal kartla PIN’i bir arada bulundurduğu veya PIN’i orijinal kartın üzerine yazdığı varsayımına dayanır (Bkz. BGH, WM 2012, ss. 165-166). Buna karşılık öğretide Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), kredi kartlarında, çip içindeki bilgilerin kopyalanmasının günümüz şartlarında hemen hemen imkânsız olmasını gerekçe



tipiklik düşüncesini besleyen temel paradigmayı oluşturur<sup>1112</sup>. Gerçekten de kartın gizli kodla birlikte kullanılması halinde, ödeme talimatının hamil tarafından verildiği ya da hamilin kartla PIN'i ağır ihmal<sup>1113</sup> teşkil edecek şekilde bir arada bulundurduğu (PIN'i kartın üzerine yazdığı veya hayatın olağan akışına aykırı olacak şekilde PIN ile kartı birlikte muhafaza ettiği) varsayılır<sup>1114</sup>. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, günümüzde kullanılan ve 128-BIT olarak bilinen şifreleme teknoloji sayesinde, PIN'in hesaplanabilmesi ya da kart bilgileri üzerinden deşifre edilebilmesi hemen hemen imkânsızdır<sup>1115</sup>. Eş söyleyişle, hamilin kusuru dışında

---

göstererek kötüye kullanımın kopya kartla gerçekleşmesinin artık mümkün olamayacağını belirtir (§675w, N. 24). Ancak yazarın bu görüşüne hibrit özellikli olmayan ve sadece çipli olarak üretilen kredi kartları bakımından katılmak mümkündür. Yoksa bizim ülkemizde olduğu gibi hibrit formatta çıkarılan kredi kartları, manyetik şerit üzerinden kolaylıkla kopyalanabilir. Fakat burada bankamatik kullanımları bakımından ayrı bir parantez açılabilir. Hatırlanacağı üzere, "MM" olarak bilinen bir modülasyon kodu (moduliertes Merkmal) sayesinde bankamatiklerde yalnızca orijinal kartlarla işlem yapılabildiğinden, sahte kartla para çekmek mümkün olmaz. Ancak bazı ülkelerde mm denetimi kullanılmadığından, yurt dışında gerçekleşen işlemlerde ilk görünüş ispatına dayanmak isteyen kart kuruluşu, yine orijinal kartın kullanıldığını ispatlamak durumunda kalabilir [Bu yönde bkz. M. Koch, s. 177, 185-186; Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), ss. 255-256, N. 9].

<sup>1112</sup> Bkz. Beesch ve Willershausen, jurisPR-BKR 9/2012, Anm. 1.

<sup>1113</sup> Burada ilk görünüş ispatının neden sadece ağır ihmal ile ilişkilendirildiği sorusu akla gelebilir. Bu soruya, hamilin sorumluluğunu düzenleyen kuraldan (BKGGK m. 12; BGB §675v) hareketle bir cevap verilebilir. Hatırlanacağı üzere kuralda hamilin "sınırlı" sorumlu tutulabilmesi, kusur şartına bağlanmamıştır. Yine aynı kuralın bütününe bakıldığında, "hafif" ihmali bulunan hamilin de sınırlı sorumlu tutulduğu görülür. Dolayısıyla kanun koyucu, kötüye kullanımda kusuru olmayan hamil ile hafif ihmali bulunan hamili müşterek bir paydada (sınırlı sorumluluk paydasında) birleştirmiştir. Buna karşılık, ilk görünüş ispatının temelini oluşturan tipik olay örgüsünün yarattığı algının doğal sonucu olarak diğer kategoriye, yani ağır ihmale yoğunlaşmak isabetli olur. Alman uygulamasında, Federal Mahkemenin içtihatlarındaki temel eğilim de bu doğrultudadır (Bu hususlarda bkz. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 16; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 26).

<sup>1114</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 30; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 13; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 17a; M. Koch, s. 176; Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 3; Pamp, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer) N. K 89; Pavaleenco, s. 186; Bertelmann, s. 210.

Federal Mahkeme de 05.10.2004 tarihli emsal nitelikli kararında bu hususun altını çizmiştir. Mahkemeye göre, ec-kartın çalındıktan sonra doğru kişisel gizli kod (PIN) kullanılarak bankamatikten para çekilmiş olması, hayatın olağan akışı gereği kötüye kullanıma ilişkin diğer olasılıklar devre dışı bırakıldığında, kural olarak hamilin PIN'i kartın üzerine yazdığı veya kartla PIN'i birlikte muhafaza ettiği yönünde bir ilk görünüş ispatı oluşturur (Kararın ilgili kısmı için bkz. BKR 2004, s. 493). Hazır yeri gelmişken kart kuruluşlarının, gizli kod kullanılma şartından ötürü yalnızca kart bilgileri kullanılan MO/TO işlemlerinde ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan faydalanamayacağını da belirtelim (Bkz. Weber, s. 309).

<sup>1115</sup> Bkz. Yuk. V, D, 2. Buna karşılık 3 DES algoritmalarının bu denli gelişmemiş olduğu dönemlerde (özellikle 1998 öncesi dönemde) bazı mahkeme kararlarında, karttaki verilerden hareketle PIN'in deşifre edilebileceği gerekçesiyle, kartın çalındıktan sonra 30 ila 45 dakika içinde kötüye kullanılmış olması, tek başına hamilin özen yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelmeyeceği belirtilmiş ve bankalar aleyhine açılan davalar kabul edilmiştir (Bkz. Haybäck, s. 127). 3 DES algoritmasının uygulanmaya başlamasıyla birlikte, kartlı sistemlerde ilk görünüşü kabul eden içtihatlar istikrarlı hale gelmiştir. Bunun miladı olarak Federal Mahkemenin 05.10.2004 tarihli kararı gösterilebilir. Karara

PIN'in üçüncü kişilerce öğrenilmesi oldukça düşük bir ihtimaldir<sup>1116</sup>. İçerden gerçekleşen saldırılar veya hamilin PIN'i girerken gizlice gözetlenmesi gibi diğer rizikoların varlığı bu sonucu değiştirmez<sup>1117</sup>. Bir taraftan hamilin özen yükümlülüklerine uyma gerekliliği, diğer taraftan teknik ve teorik olarak PIN'in üçüncü kişilerce ele geçirilme yollarının kapatılmış olması, hamilin belli davranışlarının belli sonuçlara yol açtığı şeklindeki varsayımı kaçınılmaz kılar<sup>1118</sup>.

---

konu olayda, bankamatikte çalıntı debit kartla birlikte PIN kullanılarak 1.000 DM tutarında para çekilmiştir. Kart kuruluşlarının 1997/1998 yılı itibariyle yaygın bir şekilde 128 BIT'lik DES algoritmaları kullanmasını dikkate alan yüksek mahkeme kararı, hırsızın PIN bilgisine ancak PIN'in kartla birlikte saklanması halinde erişebileceği yönündeki ilk görünüş ispatına dayandırmıştır (Bkz. Haybäck, s. 136; Kreppold ve Fischbeck, s. 99; Lochter ve Schindler, MMR 2006, ss. 295-296. Karar metninde bkz. BKR 2004, s. 494).

<sup>1116</sup> Bkz. Gößmann ve Bredenkamp, **FS für Gerd Nobbe**, s. 107.

<sup>1117</sup> Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 19; Martinek ve Omlor, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §67, N. 46. Bununla birlikte istisnaen de olsa PIN bilgisi deşifre edilebilir. Bu açıdan hiçbir güvenlik tedbiri, kesin bir çözüm olarak görülemez. Fakat şimdiye kadar bu tür iddialar somut olgularla ispatlanamadığından, kart verileri vasıtasıyla PIN'in deşifre edilme ihtimali üzerinden ilk görünüş ispatını çürütme çabaları, başarısızlıkla sonuçlanmıştır (Bu yönde bkz. M. Koch, s. 181). Ancak PIN'in veya diğer alternatif güvenlik tedbirlerinin teknik olarak aşılması mümkün olabilir. Bu gibi hallerde ilk görünüş ispatının uygulanamayacağı açıktır. Özellikle gelecekte sistem güvenliğinde açıkların çıkması durumunda, kart kuruluşunun durumu izah etme yükümlülüğü doğabilir (Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 20).

<sup>1118</sup> Bu yönde bkz. Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 21. Alman hukukunda, PIN'in deşifre edilemeyeceği gerçeğinden hareketle birçok yargı kararında ve öğreti görüşünde, hamilin PIN bilgisini kartının yakınlarında bulundurmadığı, bilakis PIN'in üçüncü kişilerce deşifre edildiği şeklindeki savunması -eğer hamil bilerek yalan söylememişse- onun unutkanlığına yorulur. Çünkü PIN'in çok kolay bir şekilde deşifresi mümkün olmadığından, failin PIN'i kart ile birlikte ele geçirmiş olması gerekir (Bkz. Haybäck, s. 93).

Yargıtay da bir kararında (13. HD, T. 08.02.2012, E. 2011/15952, K. 2012/2369), kötüye kullanımın kartla birlikte şifre kullanılarak gerçekleşmesi durumunda hamilin ağır ihmalinin bulunacağı varsayımından hareketle, ortaya çıkan zararın tamamından hamili sorumlu tutmuştur. Önemli nedeniyle kararın önemli bir kısmını aynen alıntılıyoruz: "*Davacı, davalı bankaya ait kredi kartını 18.04.2007'de çaldığını, durumu öğrenir öğrenmez bankaya bildirdiğini, ancak bu kartı hiç kullanmadığını, orijinal zarfı açmadığını ve bankayı arayıp şifre almadığını, ancak kredi kartı şifresi kullanılarak Carrefoursa'nın 5.626, 00 TL, MSM Ltd. Şti'nin 1.985, 00 TL, Teknosa'nın 1.440, 28 TL ile sınırlı olmak üzere, Akbank'ın 9.651, 28 TL'nin tamamından sorumlu olmak üzere bu miktarların yasal faizi ile davalılardan müteselsilen tahsilini istemiştir.*

*Davalılar davanın reddini dilemiştir. Mahkemece... davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.*

*Kredi kartı ve şifre bilgisi teslimat detayından 09.03.2007'de dava konusu kredi kartının davacıya teslim edildiği anlaşılmakta, davacı da kredi kartını çaldığını bildirmektedir. Bu durumda davacı kartı çaldırmakla kusurlu olduğu gibi, söz konusu kartın kendisine gönderilen şifre öğrenilmeden kullanılması da mümkün değildir. Kaldı ki davacıya geçici olarak verilen şifrenin, kartın teslim tarihinden itibaren en kısa sürede değiştirilmesi davacı tüketicinin sorumluluğunda olup, tüketici bu yöndeki özen yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu durumda şifre kullanılan kartın çalındığının bildirilmesinden önce yapılan nakit çekim ve alışverişlerden dolayı davalıların sorumlu tutulması doğru olmamıştır. Açıklanan ilkeler çerçevesinde mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."* Karar için bkz. Saraç, ss. 522-523.

### (c) Kart Kuruluşunun Sistem Güvenliğine İlişkin Önlemleri Almış Olması

İlk görünüş ispatının kabulü için aranan bir diğer şart kart kuruluşunun sistem güvenliğine ilişkin önlemleri almış olmasıdır. Bankamatikler özelinde konuyu ele aldığımızda, ilk görünüş ispatının uygulanabilmesinin, bankamatiklerin rutin bir şekilde periyodik olarak kontrol edilmesine ve buradaki manipölasyonların en kısa sürede ortadan kaldırılmasına bağlı olduğu söylenebilir<sup>1119</sup>. Bu sayede dolandırıcıların bankamatik yakınlarına mini kameralar koyarak PIN'i gizlice gözetlemesi veya bankamatik klavyesini manipüle etmesi ya da bankamatiklerdeki kart girişlerine teknolojik aparatlar (skimmer gibi) takması önlenabilir. Gerekli tedbirler alındığı takdirde, gün içinde defalarca para çekilen bankamatiklerde hayatın olağan akışı gereği kötüye kullanım vakalarıyla çok sık karşılaşılmayacağı; dolayısıyla otorizasyonsuz ödemelerin büyük olasılıkla orijinal kart ile gizli kod kullanılarak gerçekleştiği ve bunda da hamilin ağır ihmalinin bulunduğu kabul edilebilir. Keza aynı sonucu, POS terminallerindeki kötüye kullanımlar açısından da kabul etmek gerekir<sup>1120</sup>.

Özetle kart kuruluşunun ilk görünüş ispatından yararlanabilmesi için dört temel şart aranır. Bunlardan birincisi, tipik bir olay akışının bulunması, ikincisi orijinal kartın gizli kodla birlikte kullanılmış olması; üçüncüsü kart kuruluşunun sistem araçlarının (bankamatiklerin ve POS terminallerinin) teknik işleyişini rutin bir

<sup>1119</sup> Bilindiği gibi bankamatiklerde kartla işlemin gerçekleşebilmesi için hamilin her zaman kartını PIN'le (veya biyometrik imzayla) kullanması şarttır. Bu anlamda ilk teslim sürecinde kartın ve gizli kodun ayrı ayrı hamile ulaştırılması, bunların yalnızca hamil tarafından kullanılabilmesi sonucunu doğurur. O halde, ödeme aracının tesliminden sonra onun ancak hamil tarafından kullanıldığına yönelik veya onun ihmali sonucunda bir başkası tarafından kullanıldığına yönelik bir tipiklikten bahsedilebilir ve bu durum kötüye kullanımlarda ilk görünüş ispatının kart kuruluşu lehine uygulanmasına vesile olabilir (Bkz. Haybäck, s. 79). Bununla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, kart kuruluşunun ilk görünüş ispatından yararlanması, ancak ödeme aracının kullanıldığı sistemin (yani burada bankamatiklerin) güvenliğini sağlamasıyla mümkün olabilir (Bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 17; Stange, s. 75; Bertelmann, s. 208). Federal Mahkeme de 28.10.2012 tarihli kararında bu hususu özellikle vurgulamıştır (Bkz. WM 2012, s. 168).

<sup>1120</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 35; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 17; Pavalenco, s. 195. Bu noktada kartın bankamatiklerde nakit çekme veya POS terminallerinde ödeme amacıyla kullanılıp kullanılmadığı bir önem teşkil etmez. Ancak gizli kod kullanılmaksızın gerçekleşen işlemlerde, ilk görünüş ispatının uygulanmasından bahsetmek mümkün değildir. Bunun tipik örneğini, yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleşen MO/TO işlemleri oluşturur (Bkz. Staudinger ve Omlor, §675w, N. 9).

şekilde denetleyerek kötüye kullanımı önleyici tedbirleri almış olması ve nihayet sonuncusu hamilin karşı ispat faaliyetleriyle ilk görünüş ispatını sarsamamış olmasıdır. Ayrıca kart kuruluşu, hamilin ilk görünüşe ilişkin varsayımı çürütme ihtimalini kusurlu olarak zayıflatır veya ortadan kaldırırsa yine ilk görünüş ispatına başvuramaz. Bilhassa kart kuruluşu, almış olduğu güvenlik önlemlerini açıklama ve ihtilaflı işlemle ilgili teknik kayıtları hamilin erişimine sunma yükümlülüklerini yeterince yerine getirmezse, ilk görünüş ispatına ilişkin kolaylıktan yararlanamaz<sup>1121</sup>.

### **(3) İlk Görünüş İspatının Hamil Tarafından Çürütülmesine Yönelik Çabalar**

#### **(a) Hamilin Kartın Kaybolduğu veya Çalındığı İddiasını Öne Sürmesi**

Hamilin atipik bir durum olarak her zaman bankamatikte veya POS terminalinde gerçekleşen ve ihtilafa konu olan işlemten önce kartını kaybettiğini veya çaldırdığını ileri sürmesi mümkündür<sup>1122</sup>. Ancak bu ihtimalde kayıp veya çalıntı iddiasının somut verilere dayandırılması gerekir. Hamilin, kartının kaybolduğu ve başka bir kişi tarafından kullanıldığı iddiasını somut bir şekilde açıklamakla yükümlü tutulması, kendisinin her zaman hileli blokaj bildiriminde bulunabileceği göz önünde tutularak aşırı bir beklenti olarak görülmez. Buradaki temel problem, bir taraftan hamilin beyanına güvenilmek istenilmesi, diğer taraftan bu konuda kendisine her zaman güvenilemeyeceğinin tecrübeyle sabit olmasıdır. Bununla birlikte hamilin kartını en son ne zaman gördüğünü ve ne zaman, nerede kaybetmiş olduğunu somut olarak açıklaması, çoğu zaman hâkimin ikna olması bakımından yeterli görülür<sup>1123</sup>. Bu hususta, hamilin kart kuruluşunca kaydedilmiş olan ve paranın kendisi tarafından değil de bir üçüncü kişi tarafından gizli kod kullanılarak çekildiğini gösteren video

<sup>1121</sup> Bkz. Pfeiffer, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer), N. E 3.

<sup>1122</sup> Bkz. Haybäck, s. 123; Stange, s. 74.

<sup>1123</sup> Bkz. Koch, M. s. 178; Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 186. LG Köln de almış olduğu dikkat çekici bir kararda (30.08.2000), debit kartıyla ilk yardım hizmetinde çalıştığı esnada yetkisiz olarak para çekildiği iddiasında bulunan hamilin, paranın çekildiği anda tam olarak nerede olduğunu ve kartını en son ne zaman, ne şekilde kullandığını detaylı bir şekilde açıklamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Hamilin bunu başaramaması halinde, paranın ya kendisi ya da kendisinin yetkilendirdiği bir kimse tarafından ya da ağır ihmalinin bir sonucu olarak kartını ve PIN'ini kullanan bir üçüncü kişi tarafından çekildiği şeklinde (kart kuruluşu lehine) ilk görünüş ispatının bulunduğu kabul edilir (Bu karar için bkz. Haybäck, s. 134).

kayıtlarına dayanarak ilk görünüş ispatına karşı koyup koyamayacağı sorusu akla gelebilir. Öğretide bir görüşe göre bu durumda üçüncü kişinin her zaman bir temsil yetkisi çerçevesinde hareket etme ihtimali bulunduğundan, gizli kodun nasıl ele geçirildiğinin veya öğrenildiğinin açıklığa kavuşturulmasında kamera kayıtları yeterli bir veri olarak kabul edilemez<sup>1124</sup>. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, kayıp veya çalıntı durumlarında kamera kayıtları ilk görünüşün çürütülmesinde pekâlâ yardımcı olabilir. Hatta kart kuruluşunun kayıtları mahkemeye ibraz etmemesi, delil karartma (Beweisvereitelung) anlamına bile gelebilir<sup>1125</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hamilin kartının kaybolduğunu veya çalındığını ileri sürmesinin yalnızca kartın kendisi tarafından kullanılmış olduğuna yönelik ilk görünüşü çürütmeye yardımcı olacaktır. Bunun yanı sıra işlemde gizli kod kullanılmışsa, kart kuruluşunun ikinci aşamada gizli kodun güvenli bir şekilde korunmadığı varsayımına dayanması muhtemeldir. Hamilin tam anlamıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için artık bu varsayımı da çürütmesi gerekir.

### **(b) Hamilin Kartı Saklamada ve Gizli Kodu Güvenli bir Şekilde Korumada İhmalinin Bulunmadığını Öne Sürmesi**

Hamilin özen yükümlülüğü ve buna bağlı olarak sorumluluğu bahsinde belirttiğimiz gibi, kartla birlikte gizli kod bilgisinin evde, işyerinde, bir elbisenin veya bir çantanın aynı bölmesinde bir arada bulundurulmaması büyük önem taşır. Aksi halde hamilin ağır ihmali söz konusu olacağından, ortaya çıkan zararın tamamından kendisini sorumlu tutmak icap eder. İşte otorizasyonsuz ödemeye ilişkin bir uyuşmazlıkta kart hamili, somut emarelerden hareketle kartı saklama ve gizli kodu güvenli bir şekilde korumada herhangi bir ihmalinin bulunmadığını ileri sürerek ilk görünüş ispatını çürütebilir.

Nitekim Federal Mahkeme de vermiş olduğu bir kararda (17.10.2000), debit kartla PIN bilgisinin evin farklı odalarında saklanmış olmasını hafif ihmal olarak değerlendirmiş ve kartın hamil tarafından kullanıldığı veya hamilin ağır ihmali sonucunda gizli kod bilgisinin üçüncü kişilerin eline geçtiği yönündeki ilk görünüş

<sup>1124</sup> Bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 45. Ayrıca bkz. Yuk. IV, C, 1, d.

<sup>1125</sup> Bkz. M. Koch, s. 178.

ispatını dikkate almamıştır<sup>1126</sup>. Ancak belirttiğimiz gibi, bu sonuca ulaşabilmek için somut olayda kartı çalanın PIN bilgisini bulmak için ayrı bir çaba gösterdiğine dair birtakım emarelerin bulunması ve bunun (örneğin olay yeri tutanaklarıyla) kanıtlanabilir olması gerekir.

### **(c) Hamilin PIN’i Girerken Gizlice Gözetlendiğini Öne Sürmesi**

Kart kuruluşunun gizli kodun güvenli bir şekilde korunmamasına yönelik ilk görünüş ispatına dayanması üzerine, hamilin kartını kaybetmeden / çaldırmadan önce PIN’i girerken gizlice gözetlendiğini ileri sürmesi, ilk görünüş ispatının çürütülmesi bakımından yeterli görülür. Gözetleme, kuvvetle muhtemel hamile kusur isnat edilemeyecek şekilde gerçekleşeceğinden, ilk etapta “ağır ihmal” temeline dayalı bir ilk görünüş ispatından yola çıkılamaz. Zira üçüncü kişiler, özel bilgisayar programları yardımıyla bankamatik klavyesini manipüle edip hamilin girmiş olduğu PIN’i kaydetmiş ve daha sonra kartın zilyetliğini bir şekilde ele geçirerek kartı kötüye kullanmış olabilir<sup>1127</sup>. Diğer taraftan, hamilin yalnızca bu hususa ilişkin soyut tehlikeye dikkat çekmesi de ilk görünüşü çürütmek için yeterli olmaz; ayrıca kendisinin gizlice gözetleme ihtimalini somut olarak açıklığa kavuşturması beklenir. Hamil bu beklentiyi, bankamatikte veya POS terminalinde PIN’le birlikte kullandıktan “kısa bir süre” sonra kartının çalındığı yönünde alternatif bir nedensellik bağına atıfta bulunarak karşılayabilir. Çünkü hamili kişisel olarak tanımayan üçüncü kişilerin onu gizlice gözetleyip PIN bilgisini öğrendikten “kısa bir süre” sonra kartını çalmaya çalışmaları, hayatın olağan akışına uygun görülür<sup>1128</sup>. Bu şekilde hamil, mantık kurallarına uygun bir alternatif nedensellik bağına (atipik olay örgüsüne) dayanarak ilk görünüşün etkisini kırabilir ve kart kuruluşu yeniden kendisinin kusurunu ispatla yükümlü hale gelebilir<sup>1129</sup>.

<sup>1126</sup> Bu karar ve karara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Haybäck, ss. 134-135; Hofmann, BKR 2014, s. 108. Aynı yönde bkz. Maihold, Bankrechts Handbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski), §54, N. 70.

<sup>1127</sup> Bkz. Stange, s. 76.

<sup>1128</sup> Bu yönde bkz. Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 42; Schmalenbach (Ed. Bamberger ve Roth), §675w, N. 13; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 19; Werner, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke), §675w, N. 17; M. Koch, s. 179; Einsele, s. 300; Stange, ss. 74-75; Bertelmann, s. 212; Hoppe, ZBB 1999, s. 93; Jungmann, JbJZivRWiss 2007, s. 348.

<sup>1129</sup> Federal Mahkeme de 05.10.2004 tarihli kararında benzer yönde görüş bildirmiştir. Buna göre,

Burada “kısa süre”den kastın ne olduğu belirsizdir. Öğretide bir görüş, kurbanını uzunca bir süre takip etmeye meyilli inatçı bir failden yola çıkarak bu sürenin genellikle yarım günden (yani on iki saatten) uzun olamayacağını ileri sürmüştür<sup>1130</sup>. Ancak bu hususta önceden genel geçer bir süre tespitinde bulunmak yerine her somut olaya göre durumu ayrı ayrı değerlendirmek daha isabetli olur. Gerçi failin genelde hamili gizlice gözetleyip PIN’i öğrendikten sonra onu takip etmesi ve kısa bir süre içinde kartı çalmak için pusuya yatması, ilk görünüşün çürütülmesi bakımından bir şart olarak görülebilir. Fakat PIN’in gizlice öğrenilmesi

---

PIN’in üçüncü kişilerce gizlice gözetlendiği iddiasının, ilk görünüş ispatını çürüten alternatif bir nedensellik olarak kabul edilebilmesi için hamilin en son bankamatikte veya POS terminalinde PIN’i girdiği an (yani kartını en son kullandığı an) ile kartın çalındığı an arasında zamansal bir bağlantının bulunması gerekir. Çünkü gizlice gözetleme ile fail yalnızca PIN bilgisine ulaşmış olur; fakat kartın zilyetliğini elde etmiş olmaz. Genellikle failin hamili şahsen tanımadığı da dikkate alındığında, PIN’i gizlice öğrendikten kısa bir süre sonra kartı çalması beklenir. Ancak somut olayda süreç bu şekilde işlemediği ve davacı kartını çaldığı gün debit kartıyla para çekmediğini belirttiği için PIN’in gizlice gözetlenmiş olma ihtimali bulunmaz. Sonuç olarak mahkeme vermiş olduğu kararda, hamilin kartla PIN’i bir arada tuttuğu veya PIN’i kartın üzerine not ettiği yönünde bir ilk görünümünden yola çıkarak hamile ağır ihmal isnat etmiştir (Bkz. Werner, BKR 2004, s. 504. Aynı yönde bkz. Krepold ve Fischbeck, s. 99; Hofmann, ZvglRWiss 2007, Cilt: 106, s. 187. Kararın ilgili kısmı için bkz. BKR 2004, s. 496; WM 2004, s. 2313). AmtG. Frankfurt a.M. de nispeten yeni tarihli bir kararında Federal Mahkemenin kıstaslarını dikkate almış ve ilk görünüş ispatını sarsamayan hamilin sorumluluğuna hükmetmiştir. Konunun önemine binaen, kararın büyük bir kısmını alıntılarla meselenin aydınlanmasına katkı sağlayacaktır. Karara konu olayda, davacının (hamilin) hesabından 05.09.2009 günü saat 15:00:03 ve 15:00:55’te 500’er Euro ve saat 15:01:44’te 1000 Euro olmak üzere toplamda 2.000 Euro para çekilmiştir. İşlemler esnasında hatalı PIN girişinin yapıp yapılmadığı hususunda taraflar arasında ihtilaf vardır. Davalı (kart kuruluşu) savunmasını, borç kayıtlarına ilişkin belgelere ve hatalı girişleri kayıt altına alan sayaç verisine (FBZ-Fehlbedienungszähler) dayandırmıştır. Bu verinin çıktısı olan raporda tam olarak “FBZ alt: 3” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Davacı ise 05.09.2009 günü saat 15:00 ile 16:00 arasında, debit kartının da içinde bulunduğu cüzdanın park halindeki aracından çalındığını; ancak kartıyla gizli kodunu hiçbir şekilde bir arada bulundurmadığını ve bunu üçüncü kişilerle paylaşmadığını iddia etmiştir. Nitekim davacıya göre hatalı girişleri sayan sayaç da bu savunmasını doğrulamaktadır. Bunun dışında davacı, çalıma olayından birkaç gün kadar önce bir binicilik mağazasında kartını kullandığını ve bu esnada şifresinin gizlice gözetlenmiş olabileceğini de ileri sürmüştür. Mahkeme vermiş olduğu kararda, davacının kartla PIN’i bir arada saklamasına yönelik ilk görünüş ispatından hareketle hükmünü tesis etmiş ve davayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, davacının kartını son olarak kullandığı binicilik mağazasında gizlice gözetlenmiş olduğunu ileri sürmesi, ilk görünüş ispatını çürütmeye yetmez. Bir kere bu varsayım tartışmalıdır ve doğruluğu sınanmamıştır. Diğer taraftan somut olayda gizlice gözetleme ile kartın yetkisiz kullanımı arasında oldukça uzun zaman geçmesi dikkate alınarak (davacının iddiasının aksine, kartın en son ihtilaf konusu işlemde epey zaman önce kullanıldığı kayıtlardan anlaşılmıştır) tipik olay akışının varlığı kabul edilmelidir. Mahkemeye göre, davacının aksi yöndeki açıklama çabaları öyle ya da böyle gerçeklikten uzaktır. Ayrıca hatalı girişleri kayıt altına alan sayaç verileri de davacıyı doğrulamamaktadır. Zira raporda geçen “FBZ alt:3” ifadesi, işlemde üç kez hatalı giriş yapıldığını değil, aksine kullanıcının üç hatalı giriş daha yapma hakkının bulunduğu göstermektedir. Diğer türlü davacının iddia ettiği gibi üç hatalı giriş yapılmış olsaydı, kartın bankamatikte alıkonulması gerekirdi. Dolayısıyla ihtilaf konusu işlemlerde hiç hatalı PIN girişi yapılmamıştır (19.03.2011 tarihli bu karar için bkz. WM 2011, ss. 496-497).

<sup>1130</sup> Bkz. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bası, München 2009 (Casper), §675h, N. 34. Karş. Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 19; Kollrus, MDR 2012, ss. 379-380.

(hamilin kartını en son kullandığı an) ile kartın çalınması arasında uzun süre geçmiş olması, her zaman gizlice izlenme ihtimalinin gerçekçi olmadığı anlamına gelmez. Nitekim fail, hamilin tanıdığı biriye, PIN'in gizlice öğrenilmesi ile kartın ele geçirilmesi arasındaki süre tahmin edilenden daha uzun olabilir. Özellikle küçük şehirlerde, iş çevresi veya yakın tanıdıklar ya da benzer ilişkiler içinde olanlar bakımından bu süre daha da uzayabilir. Ancak bunun için PIN'in casuslukla öğrenilme ihtimali ile kartın çalınması (hırsızlık eylemi) arasında en azından mekânsal bir ilginin (räumlicher Zusammenhang) bulunması gerekir. Gerçekten de fail, hamilin yakın çevresinden biri olup PIN bilgisini önceden gizlice edinmişse, mantık olarak kartı yine hamilin sürekli ikâmet ettiği yerde çalması beklenir. Yoksa PIN'i gizlice öğrenen failin, daha sonra kartı bir başka şehirde (diyelim, uzak bir tatil beldesinde) çaldığı iddiası genellikle çok gerçekçi bulunmaz. Aksi sonuç kabul edildiğinde, hamili tanıyan ve yakınında bulunan failin, kartı çalmak amacıyla hiç yoktan yere onun arkasından yolculuğa çıkması gibi tuhaf bir durum ortaya çıkar<sup>1131</sup>.

Sonuç olarak PIN'in (hamilin kusuru olmadan) gizlice gözetlenip öğrenildiği iddiası karşısında, ilk görünüşün çürütülmesi bakımından somut olaydaki koşulları ayrı ayrı değerlendirmek icap eder. PIN'in gizlice gözetlendiği iddiasının tutarlı olabilmesi için "kural olarak" hamilin bankamatikte veya POS terminalinde en son yaptığı -ve gizlice gözetlendiği muhtemel olan- işlemten kısa bir süre sonra kartının çalınmış olması gerekir. Diğer yandan, aradan uzunca bir süre geçmiş olması, her zaman ilk görünüş ispatının sarsılmasına engel teşkil etmez. Özellikle failin hamilin yakınından biri olma ihtimali bulunuyorsa, arada uzunca bir süre bulunsa dahi ilk görünüşü çürütmek mümkün olabilir. Fakat bu ihtimalde, en azından gizlice gözetleme ile hırsızlık eylemi arasında mekânsal bir bağlantının bulunması gerekir.

#### **(d) Hamilin Yetersiz Güvenlik Önlemlerini ve Manipülatif Saldırıları Öne Sürmesi**

İlk görünüşü sarsmak isteyen hamilin, kaybolma veya çalınma eylemi ile PIN'in gizlice gözetlenmesi ihtimali dışında, yetersiz güvenlik önlemlerini ve manipülatif saldırıları öne sürmesi mümkündür. En basitinden hamilin

<sup>1131</sup> Bu hususlarda bkz. M. Koch, ss. 179-180. Aynı yönde bkz. Hoppe, ZBB 1999, s. 93.



bankamatikteki güvenlik sisteminin yetersizliğine dayanması ve bilirkişiler eliyle yapılan teknik incelemelerle bunun teyit edilmesi sorumluluktan kurtulması adına yeterli olacaktır<sup>1132</sup>. Buna karşılık bilişim sisteminden kart bilgilerinin ele geçirilmesinin mümkün olmadığına bilirkişiler eliyle tespit edilmesi durumunda, kart kuruluşu lehine ilk görünüş ispatı yeniden canlanır<sup>1133</sup>.

Bunun dışında hamil, skimming saldırısına maruz kaldığını da öne sürebilir. Ancak bu gibi hallerde teknik olarak ilk görünüş ispatının çürütülmesinden bahsedilmez. Çünkü ilk görünüş ispatının uygulanabilmesi için “orijinal” kartın PIN’le birlikte kullanılması gerekir. Oysa manipülatif girişimler veya skimming türü saldırılar sonrasında genellikle kopya kartlar kullanıldığından, kart kuruluşunun zaten ilk görünüş ispatından faydalanması mümkün değildir<sup>1134</sup>. Bu ihtimalde kart kuruluşu, protokole uygun bir şekilde bankamatiklerdeki güvenliği tesis ettiğini, hamilin iddiasının aksine herhangi bir manipülatif saldırının gerçekleşmediğini; dolayısıyla tartışmalı işlemde orijinal kartın kullanılmış olduğunu ispatlamak durumundadır. Kart kuruluşu bu ispat faaliyetini, bankamatikte -orijinal kartla- işlem yapıldığını gösterir belgeyi (Journalstreifen/ Geldautomatenjournal) veya sahtelik denetimi yapılan bankamatiklerde paranın hamil tarafından çekildiğini gösteren diğer delilleri (gerektiğinde kamera kayıtlarını) mahkemeye ibraz ederek yerine getirebilir<sup>1135</sup>.

Yine bankamatikler dışında, POS ve sanal POS uygulamalarında da manipülatif girişimler gündeme gelebilir. Bu tip işlemlerde de üçüncü kişilerin

<sup>1132</sup> Benzer yönde bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 260, N. 23; Linardatos, ss. 324-325; Haybäck, s. 86.

<sup>1133</sup> Yargıtay da bir kararında (13. HD, T. 18.10.2012, E. 2012/15986, K. 2012/24014) bu hususu vurgulamıştır. Bu karar şöyledir: “ Davacı, davalı ile aralarında kredi kartı kullanımına ilişkin sözleşme bulunduğunu, kredi kartından bilgisi ve izni dışında Ankara’daki bir şirketin 4.9.2008 tarihinde tek seferde 4.999 TL para çekildiğini, davalı bankanın kusurlu olduğunu ileri sürerek borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini istemiştir. Davalı, kart bilgileri ve şifre kullanılarak yapılan işlemde kusuru olmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece, davalının güvenlik zafiyetinden %90 oranında kusurlu olduğunu kabul edilerek hüküm kurulmuştur. Yargılamada alınan bilirkşi raporunda bankanın bilişim sisteminden davacıya ait kredi kartı bilgilerinin 3. şahsın eline geçmesinin olanaksız olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda davalının kusurundan bahsedilemez. Mahkemece, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” (Bu karar için bkz. Saraç, s. 497).

<sup>1134</sup> LG Berlin de almış olduğu bir kararda (WM 2010, s. 2356) bu hususa dikkat çekmiştir. Ayrıca bkz. ve karşı. Hoeren ve Kairies, WM 2015, s. 549; M. Koch, s. 181; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 24.

<sup>1135</sup> Bu yönde bkz. Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 24; Lochter ve Schindler, MMR 2006, s. 295.

phishing, pharming veya aradaki adam saldırılarıyla hamilin kart bilgilerine ulaşarak bunları kötüye kullanması her zaman ihtimal dâhilindedir. Ancak burada phishing saldırıları bakımından ayrı bir parantez açmak gerekir. Çünkü diğerlerinden farklı olarak phishing saldırılarında sistem yerine hamil manipüle edilir. Dolayısıyla bu saldırılarda hamilin hiç beklenmeyecek şekilde ve en olmadık oltaya yem olma ihtimali her zaman mevcuttur. Örneğin uygulamada en sık karşılaşılan durum, (A) isimli kart kuruluşuna ait bir kartı kullanmakta olan hamilin, (B) isimli kart kuruluşundan gönderilmiş gibi görülen bir e-posta iletisindeki linke tıklaması ve açılan sayfaya kart bilgilerini girmesidir. Kanımızca bu noktada, uyuşmazlıkta phishing saldırısı olduğunun tespit edilmesi, her zaman hamilin sorumluluktan kurtulduğu anlamına gelmemelidir. Saldırı karşısında en basit özeni bile göstermekten uzak kalan ve kolayca oltaya düşen hamili, sebep olduğu zararlardan ötürü sorumlu tutmak gerekir.

#### **(e) Hamilin İçerden Gerçekleşen Saldırıları (Innentäterattacke) Öne Sürmesi**

Kart hamili, kart kuruluşunda çalışan bir memur veya personelin PIN'i öğrenmek amacıyla merkezi bilgisayar sistemine sızdığı, belirli bir bankamatik veya POS cihazını manipüle ettiği veya bu kişilerin kart kuruluşunun kullanmış olduğu sistem yazılımında bir açık bulduğu şeklinde birtakım iddialar ileri sürerek ilk görünüş ispatına ilişkin algıyı sarsabilir<sup>1136</sup>.

İçerden gerçekleşen saldırıların çeşitli görünümelerde ortaya çıkması mümkündür. Ancak pratikte bu tip saldırılar, genellikle kart kuruluşundaki bir çalışanın kartın çıkarılma sürecinde karta ve PIN'e ait bilgileri ele geçirmesiyle gerçekleşir. Bir diğer ifadeyle, çalışan sistemdeki bir güvenlik açığından faydalanarak kullanılan şifreleme algoritmasını öğrenir ve PIN'i deşifre etmeyi sağlayan bu önemli bilgiyi ya bizzat kendisi kullanır ya da üçüncü kişilerle paylaşır. Bu tür saldırılarda fail, kartın üretilmesinde, ortaya çıkartılmasında, şifrelenmesinde ve çip yerleştirilmesinde görevli olan bir personel olarak karşımıza çıkar.

Bunun dışında, içerden gerçekleşen saldırıların bir türü olarak “hayali borç

---

<sup>1136</sup> Bkz. M. Koch, s. 183.

kayıtları” (Phantom- Abbuchungen) da gündeme gelebilir. Bu formatta, hamilin herhangi bir istemi bulunmamasına rağmen, kart kuruluşunda çalışan personel, kartın kullanılamaz durumda olduğu veya PIN’in unutulduğu gerekçesiyle yeni bir kart / PIN çıkartılması konusunda başvuruda bulunulur. Çıkarılan yeni kart / PIN üzerinden hamilin bilgisi dışında harcamalar yapılarak hayali borç kayıtları oluşturulur<sup>1137</sup>.

İçerden gerçekleşen saldırılarda, diğer durumlarda olduğu gibi, iddia edilen hususların yalnızca teorik olarak ileri sürülmesi ilk görünüşü sarsmaya yetmez; bunun dışında iddiaların somut uyuşmazlık açısından dikkate değer olduğunun gerekçeli bir şekilde izahı gerekir. Ancak kart kuruluşundaki iç işleyişi bilmeyen hamilin bu tür iddiaları somut gerekçelerle açıklayabilmesi oldukça güçtür. Bu nedenle, yakın geçmişe kadar müşteri ve kredi kartı verilerinin gizlice çalınmış olduğu iddiasına dayanılarak ilk görünüş ispatına yönelik algı sarsılamamıştır. Ayrıca içerden gerçekleşen saldırılarda -çoğu zaman- isim, hesap numarası ve kart numarası gibi başka tür ve özellikteki bilgiler ele geçirildiğinden, bunların biliniyor olması tek başına PIN sisteminin güvenliğini olumsuz yönde etkilemez. Bu saldırılarla, PIN’i deşifre etmeye yarayan gizli algoritmaların ele geçirilmesi durumu mukayese edilemez<sup>1138</sup>. Ancak yine de hamilin içerden bir saldırı gerçekleştirdiği iddiası üzerine kart kuruluşunun, almış olduğu güvenlik tedbirlerini bildirmesi ve tartışmalı ödeme işlemiyle ilgili olarak elinde bulundurduğu bütün teknik kayıtları ibraz etmesi gerekir. Keza kart kuruluşu, işletme sırlarını ifşa etmeyecek veya ileride bu sırların bir daha kullanılmasını engellemeyecek şekilde mevcut şifreleme sistemi hakkında bilgilendirmede bulunmalıdır<sup>1139</sup>.

---

<sup>1137</sup> Bkz. Stange, s. 76.

<sup>1138</sup> Bkz. M. Koch, s. 183.

<sup>1139</sup> Nobbe, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe), §675w, N. 43-44; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 22. İçerden gerçekleşen saldırılarda, hamilin, kart kuruluşunun güvenlik düzenini ilgilendiren verileri sorgulaması mümkün olamayacağından ve kendisinden böyle bir şey beklenemeyeceğinden, uygulamada genellikle ikincil beyan yükümlülüğü (sekundäre Darlegungslast) olarak adlandırılan bir süreç devreye girer. Buna göre, teknik güvenliği ilgilendiren hususlarda yalnızca kart kuruluşunun görüş bildirebileceği dikkate alınır ve bilgi verme yükümlülüğü çerçevesinde hamilin iddialarını yine kart kuruluşu cevaplamak durumunda kalır [Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 259, N. 22; Zetzsche, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg), §675w, N. 16, 22]. Kart kuruluşunun bu yükümlülüğü, kötüye kullanımın teknik arızadan dolayı gerçekleştiğine dönük iddialarda da devreye girer (Bkz. Kollrus, MDR 2012, s. 380).

#### 4. Ara Sonuç

Kartın hazırlar arası işlemlerde PIN'le, MO/TO işlemlerinde tek kullanımlık şifreyle birlikte kullanılması, ilk etapta ödeme talimatının hamil tarafından verildiği anlamına gelir. Bunun aksini ileri süren hamilin, öncelikle kartın kendisi tarafından kullanıldığına yönelik algıyı sarsması, yani işlemin başkası tarafından gerçekleştirildiği yönünde gerçekçi bir ihtimali ileri sürmesi gerekir<sup>1140</sup>. Kart hamili, somut uyuşmazlıkta atipik bir olay akışına (alternatif nedensellik bağına) atıfta bulunarak (kartının kaybolmuş veya çalınmış olduğunu ileri sürerek) ve gerektiğinde bunu ispatlayarak ilk görüşe ilişkin birinci varsayımı çürütebilir. Ancak kart gizli kodla birlikte kullanılmışsa, ikinci aşamada kart kuruluşu, kartın ve yalnızca hamilin uhdesinde bulunan gizli kodun onun ihmali olmadan üçüncü kişilerce ele geçirilemeyeceği varsayımına dayanabilir. Hamilin bu durumda ikinci varsayımı da çürütmesi icap eder. Hamil, kötüye kullanımın -kendi ihmali dışında- bir başka nedenden kaynaklandığını ileri sürerek ikinci varsayımı çürütebilir. Ancak hamilin iddiasını yalnızca teorik olarak dile getirmesi, örneğin kart kuruluşu tarafından uygulanan şifreleme sisteminin, ödeme güvenliğini sağlama noktasında yetersiz olduğunu iddia etmesi, ilk görüşü sarsmaya yetmez; hamilin ayrıca bu iddiasını somutlaştırması gerekir<sup>1141</sup>. Nihayet tüm bu ispat çabalarından sonra hâkim, son aşamada ilk görüşün sarsılıp sarsılmadığını mevcut delilleri serbestçe değerlendirerek takdir eder<sup>1142</sup>.

#### B. Kart Kuruluşu ile Üye İşyeri Arasındaki Uyuşmazlıklarda İspat Yükünün Belirlenmesi

Hazırlar arası işlemlerde, üye işyeri ile kart kuruluşu arasında çıkan uyuşmazlıklarda, ispat yükünü kimin taşıyacağı konusunda özel bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle ilk etapta genel ispat kuralının uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. Bilindiği üzere TMK m. 6 uyarınca kanunda aksi belirtilmediği sürece taraflardan her biri hakkını dayandırmış olduğu olguları ispatla

<sup>1140</sup> M. Koch, s. 177.

<sup>1141</sup> Bkz. Koch ve Vogel, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner), s. 259, N. 22; Graf von Westphalen, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann), §675w, N. 15.

<sup>1142</sup> Bkz. Pavalenco, s. 200.

yükümlüdür. Ancak bu kural tek başına ispat yükünü belirlemede tam olarak yeterli olmaz ve HMK m. 190 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı sürece ispat yükü, iddia edilen vakiya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine haklar çıkaran tarafa aittir. Bu sonucu temel meselemize uyarlıysak, ileri sürdüğü vakadan lehine haklar çıkaran kart kuruluşunun, açacağı tazminat davasında üye işyerinin (veya ifa yardımcısı konumundaki çalışanın) özen yükümlülüğünü objektif olarak ihlal ettiğini ispatlamak durumunda kalacaktır.

Buna karşılık dikkat edilirse HMK m. 190’da, genel ispat yükünün “kanunda özel düzenleme bulunmadığı” hallerde uygulanacağı belirtilmiştir. Oysaki kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki uyuşmazlıklar sözleşme temeline dayanmaktadır. Akdi sorumluluğu düzenleyen TBK m. 112’de ise genel ispat yükünden farklı bir kural benimsenmiştir. Gerçekten de anılan kural uyarınca borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemediğini ispat etmedikçe alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Akde aykırılıkta, kusurun ispatı bakımından bu şekilde farklı bir esas benimsenmesi ve ispat yükünün borçluya yıkılması gayet doğaldır. Çünkü faaliyet ve işletmesi üzerinde hâkimiyeti bulunan borçlu, edimin ifasını imkânsız kılan durumları, alacaklıya nazaran daha iyi bilebilecek konumdadır<sup>1143</sup>. Öğretide de ağırlıklı olarak zarara sebep olan olayın borçlunun organizasyon ve tehlike sahasında gerçekleşmesi halinde, (genel) ispat yükünün alacaklının lehine olacak şekilde yer değiştirmesi gerektiği savunulur. Bu kabulden yola çıkıldığında ifa ilişkisindeki uyuşmazlıklarda üye işyerinin, kendisinin veya kendi nezdinde çalışan yardımcı kişinin kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekir<sup>1144</sup>.

Belirtelim ki, ispat yükünü üye işyerinin aleyhine olacak şekilde belirleme gayreti, işyerinin özen yükümlülüklerine uyması şartıyla harcama belgesindeki tutarı elde edebilmesine dayanır. Yani bir nevi burada üye işyerinin özen yükümlülüklerini yerine getirdiğini ispatlaması beklenir. Ancak ispat yükünün bu şekilde üye işyerlerine yıkılması, onların ölçüsüz bir şekilde mağdur edilmesi sonucunu doğuracaktır. Her ne kadar kartın kabulü işlemi, üye işyerinin işletme sahasında gerçekleşmekte, yani işlem tamamen üye işyeri tarafından kontrol edilmekteyse de,

<sup>1143</sup> Bkz. İşgüzar, s. 132.

<sup>1144</sup> Bkz. Taupitz, s. 178. Weber, s. 297.

kitlesel bir ödeme aracı olan kartlı ödemelerde bu tür kabul işlemleri çok sık gerçekleştiğinden, üye işyerlerinin uyuşmazlığa konu münferit işlemleri hatırlamakta zorlanacağı açıktır. Diğer taraftan üye işyerlerinin, işlem esnasında özenli davrandığına yönelik tanık göstermeleri de mümkün değildir. Sonuç olarak, kartlı ödeme sistemi özelinde bakıldığında, ispat yükünün üye işyerine yıkılması, işyerinin ölçüsüz bir şekilde mağduriyetine yol açacağı söylenebilir. Bu nedenle, kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki uyuşmazlıklarda genel ispat kuralının geçerli olduğu, yani kart kuruluşunun kural olarak üye işyerinin özen yükümlülüğünü objektif bir şekilde yerine getirmediğini ispatla mükellef olduğu kabul edilmelidir<sup>1145</sup>.

Yine benzer sonuca TBK m. 112’de yer alan ispat kuralından hareketle de ulaşılabilir. Üye işyeri sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğundan, üye işyeri ve kart kuruluşu karşılıklı olarak hem borçlu hem de alacaklı konumdadır. Ancak kartlı sistemlerde üye işyeri, kredi kartını kabul etmek suretiyle edimi yerine getirdiğinden, kart çıkaran kuruluş karşısında harcama belgesinin ödenmesi yönünden alacaklı konumdadır. O halde borçlu konumunda bulunan kart kuruluşu, kartın kötüye kullanılmasında hiçbir kusuru bulunmadığını ispatlamalıdır<sup>1146</sup>.

Hazırlar arası işlemlerde durum bu şekildeyken, MO/TO işlemleri açısından BKKKK m. 32/I’de açık bir kural getirilmiştir. Buna göre “*Kart numarası bildirilmek suretiyle üye işyerinden telefon, elektronik ortam, sipariş formu veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılan işlemlerden doğan anlaşmazlıklarda ispat yükü üye işyerine aittir.*” Ancak daha önce de belirtildiği gibi, üye işyerine bu yükü elindeki argümanlarla sınırlı olarak yüklemek isabetli olur. Dolayısıyla üye işyerinin kötüye kullanımda herhangi bir kusurunun bulunmadığını elindeki belgelerle ispatlaması yeterli görülmelidir. Aksi takdirde üye işyerinden, kartın gerçekten yetkili hamil tarafından kullanıldığını ispatlamasını beklemek, kendisine üstesinden gelemeyeceği bir yük yüklemek anlamına gelir<sup>1147</sup>.

<sup>1145</sup> Tüm bu hususlarda bkz. Taupitz, s.s 178-179. Buna karşılık Weber katı bir şekilde üye işyerinin, ödeme talimatının gerçekten hamil tarafından verildiğini ispatla mükellef olduğunu savunur. Yazara göre, üye işyeri bu durumu kanıtlarsa, kredibilite rizikosunu taşıyan kart kuruluşu hamilin ödeme güçsüzlüğüne katlanmak zorunda kalır. Ancak üye işyeri durumu kanıtlayamazsa, kart kuruluşu ters ibraz yoluyla veya sebepsiz zenginleşmeden hareketle uğramış olduğu zararı giderebilir (ss. 297, 309).

<sup>1146</sup> Bkz. İşgüzar, s. 132.

<sup>1147</sup> Bkz. Yuk. VII, B, 3, c, (1), (b).

## SONUÇ

### I - II

Yaklaşık son on, on beş yıldan beri kartlı ödemelerin gittikçe yaygınlaşması, aynı oranda kötüye kullanımların da artması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle kanun koyucu duruma müdahale etme gereği duymuş ve özel düzenlemeler getirmiştir.

1. Hukukumuzda kartlı sistemleri düzenleyen temel kurallar, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve bu Kanun'un uygulanmasını konu edinen Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik ile yürürlüğe girmiştir. Kanun ve Yönetmelik, özellikle sistemin organizatörü olan kart kuruluşunun yükümlülüklerini çerçeve nitelikte kurallarla ele alması ve tüketici konumundaki hamilin kötüye kullanımdan dolayı hangi şartlarda, ne şekilde sorumlu tutulacağını açıkça düzenlemesi bakımından oldukça önem taşır.

2. 5464 sayılı BKKKK, tam açılımından da anlaşılacağı üzere banka (debit) ve kredi kartlarını konu edinmektedir (BKKKK m. 1 ve BKKKK m. 3/I- d, e). Dolayısıyla bu kartlara nazaran nakdi ödemelere daha yakın olan müşteri kartları ile ön yüklemeli kartlar, BKKKK'nın uygulama alanı dışındadır.

### III

Kartlı sistemlerde, hamil ile üye işyeri (bedel ilişkisi), hamil ile kart kuruluşu (karşılık ilişkisi) ve üye işyeri ile kart kuruluşu (ifa ilişkisi) arasında olmak üzere, üç köşeli bir ilişki söz konusudur. Kötüye kullanım rizikosuna ilişkin analizlere geçmeden önce, taraflar arasındaki münferit hukuki ilişkilerin niteliğini belirlemek, bilhassa yukarıda anılan temel düzenlemelerde boşluk bulunması durumunda hangi kuralların uygulanacağını belirleme noktasında büyük önem arz eder.

3. Üç köşeli ilişki kapsamında, hamilin tek bir ödeme talimatıyla hem kart kuruluşunu hem de üye işyerini yetkilendirmesi, taraflar arasındaki münferit hukuki

ilişkilerden bağımsız olarak sistemin “havale” temeline oturtulduğunu gösterir. Bu açıdan münferit sözleşmelerde veya özel düzenlemelerde boşluk bulunması durumunda ve sistemin mahiyetiyle örtüştüğü ölçüde TBK m. 555 vd. yer alan kurallar, kartlı ödeme sistemlerine de uygulanabilir.

4. Taraflar arasında, münferit iş görme sözleşmelerinden başka, bu sözleşmelerin icrasına olanak sağlayan “cari hesap” ilişkisi de kurulur. Ancak banka cari hesap sözleşmelerinde, tipik cari hesap sözleşmelerinden farklı olarak bir taraf genellikle ya hep alacaklı ya da hep borçlu konumunda bulunur. Kredi kartlarında olduğu gibi taraflardan birinin (hamilin) hep borçlu olduğu cari hesap sözleşmeleri “borçlu cari hesap sözleşmeleri” olarak anılırken; debit kartlarda olduğu gibi taraflardan birinin kural olarak alacaklı konumunda bulunduğu cari hesap sözleşmeleri de “alacaklı cari hesap sözleşmeleri” olarak anılır.

5. Kart hamili ile kart kuruluşu arasındaki münferit ilişki vekâlet sözleşmesine dayanır. Bu sözleşme kapsamında kart kuruluşu, hamilin talimatı üzerine harcama belgesindeki tutarı üye işyerine öder. Daha sonra, üye işyerine ödediği bu miktarı “masraf tazminatı” adı altında bir müddet sonra hamilden tahsil eder. Kartlı sistemde gerçekleşen tüm takaslaşmalar -kart kuruluşunun üye işyerine yaptığı ödemeler ve bu ödemelerin karşılığı olarak hamilin hesabına borcun düşülmesi- cari hesaplar üzerinden ve kayden gerçekleşir.

6. Kartlı sistemlerde hamil (havale eden), kural olarak üye işyeri (havale alıcısı) üzerinden kart kuruluşuna (havale ödeyicisine) verdiği ödeme talimatını geri alamaz. Hamil, kart kuruluşuna ödeme talimatını paylaşmakla, ona vermiş olduğu bu talimatı geri alamayacağı gibi (TBK m. 559/II), üye işyerine vermiş olduğu tahsil yetkisini de geri alamaz (TBK m. 558/I). Aynı sonucu, kartın kötüye kullanıldığı hallerde de kabul etmek gerekir. Kaldı ki kıyas alınan havale kurallarına göre talimatın geri alınabilmesi için ortada gerçek bir talimatın bulunması şarttır. Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması durumunda, ortada gerçek bir talimat bulunmadığından, bu talimatın geri alınabilmesi de mümkün değildir.

7. Taraflar arasındaki üç köşeli ilişkide soyutluk ilkesi hâkim olduğundan, hamilin bedel ilişkisinden kaynaklanan bir eksikliği karşılık ilişkisine yansıtamaması asıldır. Gerçi vekâlete ilişkin TBK m. 510 kuralında, vekâlet veren (hamil), yalnızca vekâletin gereği gibi ifası için yapılmış olan masraflardan sorumlu tutulmuştur. Bu



nedenle bedel ilişkisindeki eksikliklere rağmen, kart kuruluşunun üye işyerine ödeme yapması, gereksiz bir masraf olarak görülebilir. Ancak bu kuralı münhasıran bedel ilişkisindeki eksikliğin likit olarak ispatlanabildiği hallere uygulamak ve hamilin her itirazında kart kuruluşunun üye işyerine olan ödeme yükümlülüğünün sona ermeyeceğini kabul etmek gerekir. Kart hamilinin hiçbir katkısının olmadığı kötüye kullanımlarda (kartın postada kaybolması, kopyalanması veya oltalama, site trafiğini yönlendirme saldırılarının gerçekleşmesi vs.) bedel ilişkisindeki eksiklik, likit olarak ispatlanabilen bir eksiklik olarak görülebilir.

**8.** Kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ise tartışmalıdır. Öncelikle taraflar, üye işyeri sözleşmesinde, hukuki ilişkinin niteliğini belirleme yoluna gitmişlerse, bu belirlemeyi kartlı sistemlerin yapısına uygun düştüğü ölçüde kabul etmek gerekir. Ancak alacak satımında (üye işyerinin hamilden olan alacağını kart kuruluşuna temlik etmesinde) olduğu gibi, kartlı sistemin mahiyetine aykırı bir belirleme söz konusuysa ya da taraflar herhangi bir nitelik belirleme yoluna gitmemişlerse, aralarında soyut borç vaadi temeline dayalı bir iş görme ilişkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.

**9.** Üye işyeri sözleşmesinin soyut borç vaadi niteliğinin sonucu olarak, bu sözleşmeden kaynaklanan talepleri diğer ilişkilerden bağımsız ele almak gerekir. Bu nedenle kural olarak kart kuruluşu, bedel ve karşılık ilişkisinden kaynaklanan eksiklikleri, ifa ilişkisinde üye işyerine karşı ileri süremez. Bu sonuca, TBK m. 557/I düzenlemesinden de ulaşmak mümkündür. Buna göre, çekince ileri sürmeksizin havaleyi kabul ettiğini havale alıcısına (üye işyerine) bildiren havale ödeyicisi (kart kuruluşu), havale edenle (hamille) arasındaki ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazları, havale alıcısına (üye işyerine) karşı ileri süremez. Yine aynı kuralda, havale ödeyicisinin, yalnızca havale alıcısıyla aralarındaki ilişkiden ve havalenin içeriğinden doğan savunmaları, havale alıcısına yöneltebileceği belirtilmiştir. Öğretide havale ödeyicisinin itiraz imkânını düzenleyen bu kuralın sınırlayıcı nitelikte olmadığı ve havalenin geçersizliği itirazını da kapsadığı kabul edilir. Şu halde kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması durumunda da benzer şekilde ödeme (havale) talimatının geçersiz olmasından bahsetmek mümkündür. Ancak havaleye ilişkin kuralın bu denli geniş yorumlanması, kötüye kullanım rizikosunun devamlı üye işyerinin üzerinde kalması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle kartlı sistemlerde,

anılan imkânı, hamilin işlem ehliyetinin bulunmadığı hallerle ve yine kötüye kullanımın likit olarak ispatlanabildiği hallerle sınırlı olarak uygulamak yerinde olur.

#### IV

BKKKK'nın ve BKKKY'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte, sistem süjelerinin kötüye kullanımları önlemek adına uymak zorunda oldukları yükümlülükler, sınırlayıcı olmayacak şekilde kaleme alınmıştır. Özellikle yasal düzenlemeye kadar üç köşeli ilişkideki sözleşmeleri tek taraflı bir şekilde kaleme alan kart kuruluşları, doğal olarak kendi yükümlülükleri konusunda sessiz kalmayı tercih etmişlerdir. Bu açıdan kanunda ve yönetmelikte kart kuruluşlarının yükümlülüklerini düzenleyen kurallar ayrı bir önem arz eder.

**10.** Kart kuruluşunun yükümlülüklerinin birincisi kayıp - çalıntı bildirimleri için kesintisiz hizmet sunması ve kartı bloke edici mekanizmaları kurmasıdır (BKKK m. 8/III). İkinci temel görevi ise kartlı ödeme sistemlerinin güvenliğini sağlamaktır. TTK m. 18'den ayrı olarak, BKKKK m. 33'te kart kuruluşlarının basiretli bir şekilde hareket etme yükümlülüğünün özel olarak vurgulanmış olması, güvenliği sağlama konusunda yalnızca asgari tedbirleri almalarının yeterli olmadığını, tekniğin gerektirdiği güncel durum neyse bunu karşılamaları gerektiğini göstermektedir.

Kart kuruluşlarının bir diğer önemli yükümlülüğü de talep olmadan kimseye kart göndermemektir (BKKKK m. 8/I, BKKKY m. 21/I). Aksi halde kart kuruluşu ile kart gönderilen kişi arasındaki herhangi bir hukuki ilişki kurulmuş olmaz (TBK m. 7, c. 1). Ancak alıcı bu gönderiyi öneri olarak değerlendirir ve kendi iradesiyle kartı kullanırsa, taraflar arasında hukuki ilişki tesis edilir ve yapılan harcamalardan ötürü alıcı (hamil) sorumlu tutulur. Hukuki ilişkinin kurulamadığı hallerde alıcının ayrıca kartla gizli kodu saklaması ve bunları ilgili kart kuruluşuna göndermesi gerekmez (TBK m. 7, c. 2). Buna karşılık ismarlanmayan gönderinin, saldırgan satış politikasının bir sonucu olarak değil de yanlışlıkla gönderildiği açık bir şekilde anlaşılıyorsa, artık alıcının gönderiyi muhafaza etmesi ve bir şekilde kart kuruluşuna bunu ulaştırması ya da en azından bu hususta bilgi vermesi isabetli olur. Aksi halde, alıcının "culpa in contrahendo"dan veya haksız fiilden ötürü sorumluluğu gündeme gelebilir.

Kart kuruluşlarının bir diğer yükümlülüğü de kötüye kullanımdan şüphelendiği zamanlarda, müteakip kötüye kullanımları önlemek adına derhal hamilin bilgisine başvurmaktır. Özellikle kartın aynı anda farklı yerlerde kullanılması veya hamilin rutin harcama alışkanlığı dışında bir harcama yapması söz konusuysa bu yönde bir şüphe gündeme gelebilir.

Sistem bütünlüğünü koruma ve özellikle kötüye kullanımlara engel olmak adına kart hamillerine de büyük iş düşmektedir. Kartı teslim alan hamilin öncelikle kartın arkasını imzalaması gerekir. Ancak hamilin tek başına bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olması, her zaman sorumlu tutulacağı anlamına gelmez. Özellikle çipli kullanımda, kartın arkasındaki bandın imzalanmamış olması, bu tür kullanımlarda imza karşılaştırması yapılmadığından herhangi bir önem teşkil etmez. Söz konusu yükümlülük olsa olsa imzalı kullanımlar açısından bir anlam ifade edebilir ve kartın arkasını imzalamayan hamilin rizikoya katılması gündeme gelebilir.

Kart hamilinin bir diğer yükümlülüğü, kartı üçüncü kişilerin eline geçmesini önleyecek şekilde saklamak ve gizli kodu güvenli bir şekilde korumaktır. Günümüzde mobil ödemelerin gitgide yaygınlaşması nedeniyle, kanımızca bu yükümlülüğü daha geniş yorumlamak ve hamilin yeri geldiğinde kart fonksiyonu gösteren akıllı telefonunu da güvenli bir şekilde saklamakla yükümlü olduğunu kabul etmek gerekir. Hamilin kartı saklama ve gizli kodu güvenli bir şekilde koruma yükümlülüğü, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilir. Örneğin kartın motorlu araçta bulundurulması ilk etapta yükümlülük ihlali gibi gözükse de, aracıyla sahile giden hamilin kartını yanında bulundurmamak yerine aracında tutması daha güvenli olacağından, bu tutum saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez. Yine gizli kod bilgisini hafızasında tutmakta zorlanan hamilin onu ayrı bir yere not etmiş olması da tek başına koruma yükümlülüğünü ihlal olarak görülmez. Burada önemli olan nokta, hamilin evinde, işyerinde veya dışarıdayken yazmış olduğu gizli kod bilgisini, kartla birlikte aynı yerde muhafaza etmemesidir. Bundan başka, hamilin gizli kod bilgisini üçüncü kişilerle de paylaşmaması ve özellikle POS terminallerinde ya da bankamatiklerde işlem yaptığı esnada, bu bilginin etrafında veya arkasında bulunan üçüncü kişiler tarafından gözetlenmemesi için gereken tedbirleri alması gerekir.

Kötüye kullanımların önlenmesi bakımından belki de hamilin uyması gereken en önemli yükümlülük, kartının kaybolduğunu, çalındığını veya kötüye kullanıldığını

öğrendikten sonra durumu derhal kart kuruluşuna bildirmektir. Nitekim sorumluluğu düzenleyen BKKKK m. 12/I kuralında, bilhassa sınırlı sorumluluk bakımından blokaj bildiriminin yapıldığı an esas alınmıştır. Bu nedenle hamilin zararı en az kayıpla atlatabilmesi için durumu öğrenir öğrenmez, hiçbir gecikmeye mahal vermeden hemen kart kuruluşuna bildirmesi oldukça büyük önem taşır.

Kötüye kullanımların önlenmesinde, kartlı sistemin son sùjesi olan üye işyerlerine de önemli görevler düşmektedir. Günümüzde çipli ve temassız kullanımın yaygınlaşması nedeniyle her ne kadar otorizasyon sürecinde denetimler otomatik olarak gerçekleşiyor olsa da, özellikle kartın hasar gördüğü ve hamilin birtakım şüpheli hareketlerinin bulunduğu durumlarda üye işyeri, hamilin kimliğini ibraz etmesini istemeli ve harcama belgesindeki bilgiler ile kimlikteki bilgilerin örtüşüp örtüşmediğini kontrol etmelidir. Ayrıca üye işyeri sözleşmelerinde, bu gibi hallerde üye işyerinin durumu derhal kart kuruluşundan soruşturması gerektiği özel olarak vurgulanır (Kod 10 otorizasyonu).

## VI

Kartlı sistemlerde kartın kötüye kullanılması durumu, hazırlar arası ilişkilerde gündeme gelebileceği gibi mesafeli işlemlerde de (MO/TO işlemlerinde de) gündeme gelebilir. Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde her ne kadar asıl sorumlu kartı kötüye kullanan kişi olsa da, anonim kimliğinden ötürü veya ödeme gücülüğü içinde bulunması nedeniyle bu kişiden zararın tahsil edilmesi oldukça güçtür. Bu sebeple, rizikonun ödeme sistemi tarafları arasında paylaştırılması kaçınılmaz olur.

**11.** Kartın üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılması durumunda iki temel rizikodan bahsetmek gerekir. Birincisi sahtecilik rizikosu; ikincisi, kartın kaybolması, çalınması veya bir şekilde zilyetliğinin yitirilmesi ya da gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesi rizikosudur.

Sahtecilik rizikosu, kartın hamile ilk gönderilmesi sürecinde yaşanan aksaklıktan kaynaklanabileceği gibi, dolandırıcıların bankamatiklere birtakım özel aparatlar koyarak kart bilgilerini ele geçirmiş olmasından da kaynaklanabilir. Bu gibi

hallerde, hamilin kötüye kullanıma olumlu veya olumsuz hiçbir katkısı bulunmadığından, rizikoyu tek başına kart kuruluşu üstlenmek durumunda kalır.

Sahtecilik rizikosu dışında kalan diğer tüm rizikolar bakımından da yine kural olarak kart kuruluşunun sorumlu olacağı kabulünden yola çıkılır. Dolayısıyla kötüye kullanımlardan kaynaklanan sorumlulukta temel paradigma, kart kuruluşunun sorumlu tutmaktır. Bu paradigmayı destekleyen birçok hukuki gerekçe ileri sürülebilir. Bunlardan en bilineni ve klasik öğretinin de ısrarla atıfta bulunduğu temel dayanak TBK m. 520 kuralıdır. Buna göre, hamil ile kart kuruluşu arasındaki ilişki vekâlet temeline dayandığından, kötüye kullanımlarda hamilin talimatı bulunmamasına rağmen kart kuruluşunun üye işyerine ödeme yapması gereksiz bir masraf olarak görülür (TBK m. 520) ve kart kuruluşunun bu masrafı hamilden talep edemeyeceği sonucuna ulaşılır.

Temel kural bu olmakla birlikte, kuralın iki temel istisnası bulunur. Bunlardan birincisi hamilin yaratmış olduğu hukuki görünüş nedeniyle masraf tazminatından sorumlu tutulması; ikincisi ise kötüye kullanımın hamilin kartın zilyetliğini yitirmesi veya gizli kodun üçüncü kişilerin eline geçmesi ya da kötüye kullanımın genel olarak hamilin özen yükümlülüklerine uymaması nedeniyle gerçekleşmiş olmasıdır. Bu ikinci istisnaya ilişkin durum BKKKK m. 12/I'de açıkça düzenlenmiştir.

**12.** Kart sözleşmelerinde genellikle hamilin ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşmaması gerektiği vurgulanır. Ancak buradan, hamilin ödeme aracını kullanması için bir başkasına temsil yetkisi veremeyeceği sonucu çıkarılamaz. Temsil söz konusu olduğunda, temsilcinin kendisine çizilen sınırlar dâhilinde hareket edip etmemesi önem arz eder. Temsilci, yetki sınırları içinde kaldığı sürece, hamil masraf tazminatından sorumlu tutulmaya devam eder.

Buna karşılık kart ister temsilci isterse bir başkası tarafından kötüye kullanılmış olsun, artık kural olarak hamili temsilci sıfatıyla sorumlu tutmak mümkün olmaz. Zira bu durumda kart, hamilin bilgisi dışında kullanıldığından, otorizasyonsuz bir ödeme söz konusudur ve kural olarak hamilin böyle bir işlem için başkasına temsil yetkisi vermesi düşünülemez. Prensip bu olmakla birlikte, otorizasyonsuz ödemenin, hamilin ödeme aracını üçüncü kişilere vermesi nedeniyle gerçekleştiği hallerde istisna olarak ve koşullar olduğu takdirde kendisini hukuki

görünüŖe dayalı temsil yetkilerinden (özellikle ihmal temsil yetkisinden) ötürü sorumlu tutmak mümkün olabilir.

**13.** Ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşan hamil, kötüye kullanımlardan ötürü prensip olarak katlanma temsil yetkisinden sorumlu tutulamaz. Çünkü bunun için hamilin kötüye kullanımın farkında olması ve buna rağmen duruma tepkisiz kalarak gidiŖatı akışına bırakması gerekir. Kartlı sistemlerde ise hamilin -kart kuruluşunu dolandırma kastıyla hareket etmiyorsa- kötüye kullanımı bilmesi ve durumu akışına bırakması olağan bir tutum değildir. Yine katlanma temsil yetkisinin gündeme gelebilmesi, muhatap nezdinde korunmaya değer bir menfaatin bulunmasına bağlıdır. Oysaki bütün ödeme talimatlarının yetkili hamil tarafından verildiği bilgisine sahip olan kart kuruluşunun, korunmaya değer bir menfaati bulunduğu söylenemez. Bu sebeplerden ötürü, ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşan hamil, prensip olarak katlanma temsil yetkisinden sorumlu tutulamaz.

Kural bu olmakla birlikte, istisnaen online veya mobil bankacılık kullanan ve ödeme aracını vermiş olduğu kişinin yetkisiz kullanımını dönem içi harcamalardan tespit eden hamilin, duruma tepkisiz kalmak suretiyle katlanma temsil yetkisi verdiği kabul edilebilir. Ancak bu takdirde, kart kuruluşu nezdinde korunmaya değer bir menfaatin bulunması şartını devre dışı bırakmak icap eder.

**14.** Hukuki görünüŖe dayalı temsil yetkilerinin ikinci görünümü olan ihmal temsil yetkisinde, temsil olunan, katlanma temsilinden farklı olarak kendi adına hareket edildiğini bilmemekle birlikte, özenli davranmış olsaydı bunu bilebilecek ve işlemin gerçekleşmesini önleyebilecek konumdadır. Buna karşılık ihmali bir tutum sergilemeyi tercih eder ve görünürdeki temsilcinin işlemlerini onaylamış sayılır.

Şu halde, ihmal temsil yetkisi için aranan şartlardan ilki, temsil olunanın görünürdeki temsilcinin davranışlarını bilebilecek durumda olmasıdır. Bu yüzden katlanma temsilinden farklı olarak ihmal temsilinde, görünürdeki temsilcinin davranışlarını belirli bir süre devam etmesi ve mütemadiyen bu tutumunu sürdürmesi aranır. Kartın kötüye kullanıldığı hallerde ise yine prensip olarak hamili ihmal temsilinden sorumlu tutmak mümkün olmaz. Zira hamil yükümlölüklerini ihlal etmiş ve kart bu nedenle kötüye kullanılmış olsa bile, çoğu zaman kötüye kullanımı fark edebilecek (bilebilecek) konumda bulunmaz. Özellikle orijinal kart zilyetliğinde bulunmaya devam eden hamil, bu konuma ancak kötüye kullanım gerçekleşikten

sonra ulaşabilir. Bu prensibin tek istisnasını, hamilin ödeme aracını bir başkasına vermesi oluşturur. Daha açık bir ifadeyle, kartını ve PIN'i bir başkasına veren hamil, artık kartın kaybolduğunu, çalındığını veya kötüye kullanıldığını bilebilecek konuma geçer ve böylelikle ihmâl temsil yetkisinden sorumlu tutulabilir.

Ayrıca hukukumuzda göre daha formel şartlara sahip olan Alman hukukunda - revizyon öncesi dönemde- ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşan hamilin, temsil kuralları kıyas alınarak beyaza imzadan ötürü de sorumlu tutulabileceği hususu kabul edilmiştir. Bu sonuç, bizim hukukumuz bakımından evleviyetle kabul edilebilir. Buna göre hamilin ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaşması durumunda, üçüncü kişinin gizli kod bilgisini biliyor olması beyaza imzadaki “imza” (orijinal belge) şartını; hamilin kartını üçüncü kişiye vermesi ise beyaza imzalı belgenin ibraz edilmesi şartını karşılar. Bu durumda ödeme aracını başkalarıyla paylaşan hamil, üçüncü kişilerin yaptığı harcamaların tamamından (masraf tazminatından) sorumlu tutulur.

Şu halde hamilin ödeme aracını üçüncü kişilerle paylaştığı hallerde kart kuruluşu, taleplerin yarışması noktasında birden fazla imkâna sahip olur. Bu gibi hallerde kart kuruluşu dilerse hukuki görünüşe dayalı temsil yetkilerine veya beyaza imza sorumluluğuna dilerse BKKKK m. 12/I, c. 2 kuralına dayanabilir.

**15.** Kötüye kullanım rizikosunu ödeme sistemi tarafları arasında dağıtırken, kart kuruluşu ile kart hamili ve kart kuruluşu ile üye işyeri arasındaki ikili ilişkiler dikkate alınır. Zira teorik olarak yapılan analizlerde, rizikoyu öncelikle kart hamili ile kart kuruluşu arasında dağıtmak, ardından kart kuruluşunun bu rizikoyu üye işyerine aktararak aktarmayacağını belirlemek rizikonun dağılımında kolaylık sağlar.

Riziko kart kuruluşu ile kart hamili arasında paylaştırılırken, hamilin sorumluluğunu düzenleyen BKKKK m. 12 kuralından yola çıkılır. Anılan kuralın iki açıdan dikkat çekici olduğu söylenebilir. Birincisi, kuralın tüketici konumunda bulunan kart hamilleri nezdinde nispi emredici niteliğe sahip olmasıdır. İkincisi ise kuralın yalnızca karşılık ilişkisini, yani hamil ile kart kuruluşu arasındaki ilişkiyi dikkate alması; bir diğer deyişle bedel ile ifa ilişkisini dışlamasıdır.

**16.** BKKKK m. 12/I'de hamilin sorumluluğunun, iki farklı ihtimale göre tasarlandığı görülmektedir. Buna göre kart hamili, kartı kaybolmuş, çalınmış, bir şekilde elden çıkmış veya gizli kod üçüncü kişilerin eline geçmişse, bildirimden

önceki 24 saatlik süre zarfında gerçekleşen kötüye kullanımlardan ötürü yalnızca 150 TL ile sınırlı sorumlu tutulur (c. 1). Buna karşılık kötüye kullanım, özen yükümlülüklerine kasten veya ağır ihmal teşkil edecek şekilde aykırı hareket etmesinden ya da kötüye kullanımı öğrenmiş olmasına rağmen blokaj bildiriminde bulunmamasından kaynaklanmışsa, sınırlı sorumluluk kuralı devre dışı kalır ve hamil zararın tamamından sorumlu tutulur.

**17.** Kuralın ilk cümlesinde, hamilin sınırlı sorumluluğu düzenlenmektedir. Dikkat edilirse burada hamilin zarardan sınırlı sorumlu tutulması, kartın üzerindeki dolaysız zilyetliğini iradesi dışında yitirmesine bağlanmıştır. Bu noktada, kartın kaybolmuş, çalınmış veya gasp edilmiş olması herhangi bir farklılık doğurmaz. Yine tam ehliyetsiz hamilin kartını bir başkasına vermesi de zilyetliğin irade dışı kaybı olarak görülür ve bu sebeple ortaya çıkan zararlardan ötürü hamil -TBK m. 65 kapsamında hakkaniyet sorumluluğu işletilebilen hallerde- sınırlı olarak sorumlu tutulabilir. Buna karşılık irade sakatlıklarında, sakat da olsa bir irade bulunduğundan, artık kartın irade dışı elden çıkmasından bahsetmek mümkün olmaz. Bunun tipik örneği, hamilin kendisini banka görevlisi olarak takdim eden ve yardım teklifinde bulunan birisine sorgusuz sualsiz kartını teslim etmesi ve gizli kodunu paylaşmasıdır. Bu gibi hallerde hamil, sınırlı sorumluluk imkânından faydalanamaz.

Bazı hallerde kötüye kullanım, orijinal kart hamilin zilyetliğinde bulunmaya devam ederken gerçekleşmiş olabilir. Genellikle teknik yöntemler yardımıyla (kopyalama, ortalama, site trafiğini yönlendirme vs.) ele geçirilen kart bilgileri kullanılarak sahte kartlar üretilmekte ve bunlarla kötüye kullanım gerçekleşmektedir. Her ne kadar burada hamili, BKKKK m. 12/I, c. 1 anlamında kartın zilyetliğini yitirmesi nedeniyle sorumlu tutmak mümkün olamasa da, işlemde gizli kod kullanılmışsa, gizli kodun bir şekilde -özellikle teknik araçlar yardımıyla- üçüncü kişilerce öğrenilmiş olmasından ötürü hamil sınırlı sorumlu tutulabilir.

Sınırlı sorumluluk için aranan bir diğer şart, kartın zilyetliğinin yitirilmesi veya gizli kodun üçüncü kişilerle öğrenilmesi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır. Burada hamilin kusurunun bulunup bulunmadığı hiçbir önem teşkil etmez. Ödeme aracının veya araca ait verilerin üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bunların üçüncü kişilerce kullanılması yeterli olur.



Sınırlı sorumlulukta aranan son şart, hamilin blokaj bildirimini zamanında yapması (gecikme söz konusuysa bunun en fazla hafif ihmal düzeyinde kalması) ve kötüye kullanımların bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşmiş olmasıdır. Kanunda öngörülen 24 saatlik süre koşulu, eleştiriye oldukça açıktır. Kural lafzen ele alındığında, hamilin sınırlı sorumluluk imkânından faydalanabilmesi için kötüye kullanımın üzerinden 24 saat geçmeden blokaj bildiriminde bulunması gerektiği şeklinde bir sonuç ortaya çıkıyor. Oysaki BKKKK m. 16 uyarınca hamilin bildirim yükümlülüğü kayıp, çalıntı durumunu veya kötüye kullanımı öğrenmekle başlar. Ayrıca bu kuralda yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından önem teşkil eden husus, hamilin durumu 24 saat içinde öğrenip bildirimde bulunması değil, durumu öğrendikten sonra derhal bildirimde bulunmasıdır. Yani yükümlülüğü düzenleyen normda herhangi bir üst sınır belirlenmemiş, sadece bildirimin derhal yapılması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Burada “derhal” şeklinde formüle edilen zaman dilimi, somut olaya göre değişiklik gösterir. Alman hukukunda hamilin durumu öğrendikten 45 dakika geçtikten sonra bildirimde bulunması, ağır ihmal olarak yorumlanmaktadır. Ancak Alman hukukunda, kötüye kullanımın üzerinden ne kadar süre geçtiği sorumluluğun belirlenmesinde bir kıstas olarak ele alınmamaktadır.

Kanımızca bu yöntem daha isabetlidir. Olması gereken hukuk açısından (de lege feranda) ilk önce hamilin durumu öğrendikten sonra derhal bildirimde bulunup bulunmadığı tetkik edilmeli ve bildirim yükümlülüğüne uygun davranan hamil herhangi bir süre kısıtı olmadan, bildirimden önceki kötüye kullanımlardan ötürü sınırlı sorumlu tutulmalıdır (Karş. BGB §675v/I). Buna karşılık olan hukuk bakımından (de lege lata), kötüye kullanımın üzerinden 24 saat geçtikten sonra durumu öğrenen hamil, yükümlülüğe uygun olarak derhal bildirimde bulursa veya bu hususta en fazla hafif ihmal sergilese dahi, sınırlı sorumluluk imkânından faydalanamayacaktır (BKKKK m. 12/I, c. 1). Kuralda hamilin zaten belli bir miktarla sınırlı olan sorumluluğunun, bir de süreyle sınırlanmış olması isabetli olmamıştır. Her şeyden önce böyle bir şart getirilmekle, blokaj bildirimini düzenleyen kuralla, sınırlı sorumluluğu düzenleyen kural arasında açık bir çatışma yaratılmıştır.

Tam bu noktada, 24 saatlik süreden önce gerçekleşen kötüye kullanımlarda sorumluluğun kime ait olacağı meselesini de açıklamak gerekir. Hükmün gerekçesinde, bu dönemde gerçekleşen kötüye kullanımlar sebebiyle hamilin

sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Ancak bu zaman dilimindeki zararlardan ötürü doğrudan ve tamamen hamili sorumlu tutmak adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Gerekçeye rağmen, kanun koyucunun böyle bir sonucu amaçladığını düşünmüyoruz. Bize göre en doğru çözüm, burada genel sorumluluk kıstasını, yani kusur sorumluluğunu dikkate almak ve buna göre rizikoyu taraflar arasında paylaşdırmak olacaktır. Şu halde bu dönemde ortaya çıkan zararlardan ötürü hamil yalnızca kusuru oranında sorumluluğa katılmalıdır. Bir başka deyişle bu dönemde gerçekleşen zararlar sebebiyle hamile “kusursuz ve sınırsız sorumluluk” yükletilmemelidir.

Tüm bu sayılan şartların yanı sıra, hamilin kusursuz ve sınırlı sorumluluğunu, AB hukukundaki son revizyonda olduğu gibi kötüye kullanımı “fark edebilme” kıstasına bağlamak son derece isabetli olacaktır. Bilindiği gibi karta ilişkin veriler bir şekilde kopyalanmış ve teknik araçlar yardımıyla gizli koda ulaşılmışsa, orijinal karta zilyet olmaya devam eden hamil kötüye kullanımı kolay kolay fark edemeyebilir. Bu gibi hallerde kötüye kullanıma doğrudan katkısı olmayan ve durumu kolay kolay fark edebilme imkânı bulunmayan hamili, sınırlı da olsa sorumlu tutmak adil bir tutum olmaz.

**18.** Kuralın ikinci cümlesinde, hamilin sınırsız sorumluluğu düzenleme altına alınmıştır. Buna göre kötüye kullanım, hamilin özen yükümlülükleri konusunda kasti veya ağır ihmali bir tutum sergilemesi ya da blokaj bildiriminde bulunmaması nedeniyle gerçekleşmişse, sınırlı sorumluluk kuralı devre dışı kalır ve hamil ortaya çıkan zararın tamamından sorumlu tutulur.

Hamilin hangi hallerde kartı saklama veya gizli kodu güvenli bir şekilde korumada ağır ihmali bir tutum sergilemiş olduğu, somut olaydaki veriler dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir. Ancak kartlı sistemler özelinde prensip olarak üç temel davranış biçiminin ağır ihmal teşkil ettiği söylenebilir. Bunlar: Hamilin gizli kodu kartın üzerine yazması; hamilin kartla gizli kodu bir arada olacak şekilde saklaması veya bunları bir başkasıyla paylaşması; hamilin imkânı olmasına rağmen derhal kayıp bildiriminde bulunmamış olmasıdır.

Bu sayılanlar dışında hamil, PIN’in gizlice gözetlenmesine engel olma konusunda ağır ihmal sergilemiş olabilir. Özellikle bankamatikteki manipölasyonun açıkça belli olduğu hallerde, hamilin işlemi gerçekleştirme konusunda ısrarcı olması ağır ihmal teşkil eder.

Kural kapsamında, özen yükümlülüklerine kasten aykırı hareket eden ve kart kuruluşunu dolandırma saikiyle hareket eden hamil de sınırsız sorumlu tutulur. Bilhassa kartı bizzat kullanmasına rağmen veya bir başkasına bu konuda yetki vermesine rağmen hamilin blokaj bildiriminde bulunması, kart kuruluşunu dolandırma amacıyla hareket ettiğini gösterir.

**19.** Bazı hallerde kart hamilini sınırlı veya sınırsız olarak sorumlu tutmak mümkün olmaz. Bunlardan birincisi, ödeme aracının, özellikle de kartın ilk gönderim sürecinde kaybolması veya çalınmasıdır. Bu durumda kart henüz hamilin sorumluluk sahasına ulaşmadığından, kötüye kullanımı engelleme konusundaki yükümlülükleri devreye girmiş olmaz.

Hamilin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir diğer durum, blokaj bildiriminde bulunmuş olmasıdır. Ancak bu takdirde sorumluluk, bildirimden sonra gerçekleşen zararlarla sınırlı olarak ortadan kalkar. Çünkü hamilin bu andan itibaren elinde kötüye kullanımları engelleyebilecek başka bir argüman bulunmamaktadır. Burada sorumsuzluk anının başlangıcı, blokajın gerçekleştiği an değil, tam olarak bildirimin yapıldığı andır. Yoksa bildirimde rağmen kart kuruluşu blokajı geciktirmişse, bildirim anı ile blokajın fiilen yapıldığı an arasındaki kötüye kullanımlardan ötürü hamil sorumlu tutulamaz. Keza hamil, blokaj bildiriminde gecikmiş olsa bile, kötüye kullanım yine kart kuruluşunun kartı geç bloke etmesinden kaynaklanmışsa hamili sorumlu tutmamak gerekir. Hatta bu hususta bir adım daha ileri giderek, bildirimde bulunmak isteyip de blokaj kabul sistemindeki teknik aksaklıklardan ötürü bunu başaramayan ve bu konuda alternatif hiçbir yöntemi denemeyen hamili de sorumlu tutmamak icap eder. Çünkü blokaj bildirimini zamanında ve gecikmeli olarak yapsın ya da yapmasın, hamilin sistemin organizatörü olan kart kuruluşunun bütün güvenlik tedbirlerini almış olduğuna güvenebilmesi gerekir.

Hamilin sorumluluğunu ortadan kaldıran son faktör mücbir sebeplerdir. Hamilin yükümlülüklerini yerine getirmemesi önceden öngörülmeyen veya engellenmesi mümkün olmayan bir olaya dayanmaktaysa, kötüye kullanımdan ötürü kendisi hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Burada önem taşıyan husus, kötüye kullanımın gerçekleşmesinde hamilin kasti veya ihmali bir şekilde hiçbir etkisinin bulunmamasıdır. Bu açıdan, sorumluluğun ortadan kalkması için kartın zilyetliği deprem, sel, yangın gibi nedenlerden ötürü yitirilmiş olması ve buna bağlı olarak

kötüye kullanımın gerçekleşmiş olması gerekir. Mücbir sebep teşkil eden bu hallerde illiyet bağı kopacağından, hamil kusursuz ve sınırlı olarak dahi sorumlu tutulamaz.

**20.** Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılmasında rizikonun kart kuruluşu ile üye işyeri arasında nasıl dağıtılacağına ilişkin kanunda herhangi bir kural bulunmamaktadır. Kartlı sistem işleyişinde her iki tarafın da menfaati bulunmakla birlikte, elde ettiği menfaat daha ağır basan kart kuruluşunu prensip olarak sorumlu tutmak isabetli olur. Buna karşılık üye işyerinin özen yükümlülüklerine açıkça aykırı davranması durumunda, kart kuruluşu bu sorumluluğu kendisine yıkabilir veya rizikonun bir kısmına katlanmasına sebep olabilir. Bu varılan sonuç, taraflar arasında soyut borç vaadine dayalı bir hukuki ilişki bulunmasıyla da örtüşür.

Kart kuruluşunun, kötüye kullanım rizikosunu doğrudan üye işyerine yaktığı kayıtları kural olarak geçersiz kabul etmek gerekir. Özellikle olası uyuşmazlıklarda ters ibraz kayıtlarını titizlikle değerlendirmek ve ancak çok istisnai hallerde (kötüye kullanımın likit olarak ispatlanabilir olduğu hallerde) geçerli kabul etmek gerekir.

Üye işyerinin kötüye kullanım rizikosuna katılmasını sağlayabilecek ilk durum, kimlik tespitini usulüne uygun bir şekilde yerine getirmemiş olmasıdır. İşyerinin manyetik (imzalı) kullanımlarda, kartın arkasındaki imza bandında yer alan imzayla, harcama belgesindeki imzayı karşılaştırması gerekir. Kart kuruluşu bir şekilde üye işyerinin bu yükümlülüğü ihlal ettiğini kanıtlarsa, artık üye işyerinin kendi tutum ve davranışının rizikonun artmasına herhangi bir katkı sağlamadığını ispatlaması gerekir. Söz gelimi üye işyeri, harcama belgesine atılan imzanın, yetkili hamilin orijinal imzasından ayırt edilemeyecek şekilde benzer olduğunu iddia ve ispat edebilir.

Gizli kodla gerçekleşen işlemlerde ise üye işyerinin yükümlülükleri oldukça hafifler. Çünkü bu tür işlemlerde otorizasyon POS üzerinden offline ve online olacak şekilde gerçekleştiğinden, kullanıcın girmiş olduğu gizli kodla, çipteki algoritmanın eşleşip eşleşmediği otomatik olarak denetlenir. Bu nedenle çipli kullanımlarda, üye işyerinin yalnızca kötüye kullanıma ilişkin bir emareye rastlaması ve gerekirse şüpheli hallerde kart kuruluşunun bilgisine başvurması gerekir. Aksi tutum, kötüye kullanım nedeniyle sorumlu tutulmasına yol açabilir.

Üye işyerinin sorumluluğu konusunda gündeme gelebilecek bir diğer ihtimal, işyeri limitini aşan işlemlerde kart kuruluşunun onayını almamasıdır. Buna ilişkin

uyuşmazlıklarda, limit altında kalan miktardan kart kuruluşunu, limiti aşan kısımdan ise özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen üye işyerini sorumlu tutmak icap eder.

## VII

Kart, hazırlar arasındaki işlemlerde üçüncü kişilerce kötüye kullanılabileceği gibi, mesafeli işlemlerde (MO/TO işlemlerinde) de kötüye kullanılabilir. Bu tür işlemlerde sorumluluğu kimin üstleneceği meselesinde yine aynı yöntemi izlemek ve rizikoyu taraflar arasındaki ikili ilişkiler özelinde ayrı ayrı ele almak isabetli olur.

**21.** Kart kuruluşu ile hamil arasındaki riziko dağılımında karşımıza yanlış anlaşılmaya ve suiistimale oldukça açık olan BKKKK m. 15/III kuralı çıkar. Kural uyarınca, MO/TO işlemleri aracılığıyla yapılan mal ve hizmet alımlarındaki hukuka aykırılıklardan kaynaklanan zararlardan kart hamili sorumlu tutulamaz. Kuralın lafzından ve kararlı ifadesinden yola çıkıldığında, sanki hamilin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yorum, artık günümüzde oldukça yaygın bir şekilde kullanılan MO/TO işlemleri açısından ciddi sıkıntılar doğurabilir. Şöyle ki, kanunun koruma zırhına güvenen kart hamilleri, ahlaki çöküş (moral hazard) teşkil edecek birtakım tavır ve davranışlar içine girebilir. En basitinden, kartı saklama konusunda gereken özen gösterilmeyebilir veya aslında yapılmış bir harcamanın yapılmadığı yönünde itirazlar ileri sürülebilir. Ülkemizde MO/TO işlemlerinde gizli kod (tek kullanımlık şifre) kullanılma zorunluluğu bulunmadığı dikkate alındığında, olası uyuşmazlıklarda ispat yükünü taşıyan kart kuruluşunun de facto sorumlu olacağı şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Bu sakıncadan ötürü BKKKK m. 15/III'ü amaçsal yoruma tabi tutmak ve kuralın yalnızca genel paradigmayı, yani otorizasyonsuz işlemlerden ötürü kural olarak kart kuruluşunun sorumluluğunu öngören paradigmayı, aksi kanıt yöntemiyle tekrarladığını kabul etmek gerekir. Bu kabulle birlikte, hamilin sergilemiş olduğu ihmali tutumlardan ötürü sorumlu olmasının önü açılmış olur.

**22.** MO/TO işlemleri yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi, kart bilgileriyle birlikte güvenli ödeme yöntemleri (3D Secure, BKM Express,

sanal kart vs.) kullanılarak da gerçekleştirilebilir. Bu sebeple kart kuruluşu ile hamil arasında rizikoyu dağıtırken ikinci bir ayrıma daha başvurmak gerekir.

İhtilaf konusu işlem yalnızca kart bilgileri kullanılarak gerçekleşmişse, hamilin kartın veya kart bilgilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesinde bir katkısı olup olmadığı hususu sorgulanır. Sorgulama sonucunda, hamile ağır ihmal veya kast düzeyinde bir yükümlülük ihlali isnat edilmediği sürece kendisini yine BKKKK m. 12/I, c. 1 kapsamında, bildirimden önceki 24 saatlik sürede gerçekleşen kötüye kullanımlardan kusursuz- sınırlı sorumlu tutmak gerekir. Buna karşılık, hamilin kartın da bulunduğu cüzdanı parktaki bir bankta unutup gitmesinde olduğu gibi, kötüye kullanıma ağır ihmali tutumu neden olmuşsa, artık zararın tamamından kendisini sorumlu tutmak gerekir.

İhtilaf konusu işlemin kart bilgileriyle birlikte, güvenli ödeme yöntemleri kullanılarak gerçekleşmesi durumunda ise ilk etapta kural olarak hamilin ağır ihmalinin bulunduğu kabul edilmeli ve sorumluluk kendisine yıkılmalıdır. Zira 3D Secure ve BKM Express gibi yöntemlerde kural olarak hamilin mobil telefonuna tek kullanımlık şifre gönderildiğinden ve bu şifre olmadan otorizasyonsuz ödeme gerçekleşmediğinden, hamilin ihmali sonucunda bu bilginin üçüncü kişilerin eline geçtiği varsayımından hareket edilir. Buna karşılık hamil, manipülatif girişimleri veya dijital saldırıları öne sürerek kendisinin kusurunun bulunmadığını iddia edebilir. Bu durumda, yapılacak olan teknik incelemeyle durumun açıklığa kavuşturulması gerekir. Saldırının tespit edilmesi durumunda, riziko artık kart kuruluşuna geçer.

**23.** MO/TO işlemlerinde kötüye kullanım rizikosunun kart kuruluşu ile üye işyeri arasında paylaştırılması konusunda öğretide farklı tartışmalar ileri sürülmüştür. Ancak hâkim görüşün kabulü, hazırlar arasındaki işlemlerde söz konusu olan prensiplerin aynen MO/TO işlemlerine de uygulanacağı yönündedir. Şu halde, bu tür işlemlerde de kötüye kullanım rizikosunu kural olarak kart kuruluşu taşınmalı, üye işyerine atfedilebilecek bir kusur bulunması durumunda işyeri de rizikoya dâhil edilmelidir.

Buna karşılık, BKKKK m. 32’de MO/TO işlemlerinde ispat yükünün üye işyerine yüklenmiş olması, kötüye kullanım rizikosunun da üye işyerine yüklendiği şeklinde bir algı oluşturmaktadır. Bu algı birçok açıdan çürütülebilir. Her şeyden önce, üye işyerinin harcama belgesindeki tutara hak kazanabilmesi, özen

yükümlülüklerine uygun davranmasıyla mümkündür. Bunun için üye işyerinin hamilin kendisine ilettiği ödeme talimatını (bu tür işlemlerde özellikle kart bilgilerini) usulüne uygun bir şekilde kart kuruluşuna iletmesi gerekli ve yeterlidir. İhtilaf durumunda da aynı şekilde işyerinin bu bilgileri kart kuruluşuna aktardığını ispatlaması yeterli olacaktır. Bunun dışında sanal üye işyerinin, kartın gerçekten hamil tarafından kullanıldığını ispatlamasını aramak, aşırı bir beklenti olur. Bu nedenle uyuşmazlık halinde, üye işyerinin ilgili işlemle ilgili elindeki tüm bilgi ve belgeleri (MO/TO formu, 3D Secure kaydı vs.) kart kuruluşuyla paylaştığını kanıtlaması, ispat yükümlülüğü ve sorumluluktan kurtulması açısından yeterli olur.

## VIII

Kartlı sistemlerde, asıl kart kötüye kullanılabileceği gibi, asıl kart hamilinin talimatıyla çıkartılmış olan ek kartlar da kötüye kullanılabilir. Ek kartın kötüye kullanılmasından dolayı kimin / kimlerin ne kapsamda sorumlu tutulabileceğini ayrıca ele almak gerekir.

**24.** Ek kartla yapılan harcamalardan dolayı kimin sorumlu tutulacağı bahsinde BKKKK'da özel bir kural bulunmamaktadır. Ancak sözleşmelerde genellikle ek kart borçlarından ötürü asıl kart hamilinin de müteselsilen sorumlu tutulması öngörülür.

Ek kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan sorumlulukta da benzer şekilde, ek kartla birlikte asıl kart hamilini sorumlu tutmak isabetli olur. Zira ek kart hamili, asıl kart hamilinin uymak zorunda olduğu özen yükümlülüklerine uymak durumunda olduğundan, bu hususta kendisinin göstereceği ihmal, TBK m. 116 anlamında asıl kart hamilinin ihmali sayılır ve ortaya çıkan zararlardan ötürü asıl kart hamili de sorumlu tutulur. Sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde ise aile tipi ek kartlar ile firma tipi ek kartlar arasında bir ayrıma gitmek gerekir. Buna göre aile tipi kartlarda, asıl kart hamilinin sorumluluğu BKKKK m. 12/I'de belirtilen esaslara göre belirlenirken; firma tipi kartlarda taraflar sözleşmeyle bu kuraldan daha ağır sorumluluk şartları kararlaştırmışlarsa onlar dikkate alınır (BKKKK m.43).

Sözleşmelerde ek kartın kötüye kullanılması durumunda, ek kart hamilinin de asıl kart hamiliyle birlikte müteselsilen sorumlu tutulacağı hususu öngörülebilir. Bu konuda yalnızca firma ek kart hamilleri açısından özel bir parantez açmak gerekir. Bilindiği gibi firma kart hamili, firma için yapmış olduğu harcamalardan ötürü prensip olarak sorumlu tutulmaz. Zira firma ile arasındaki iş görme sözleşmesinin sonucu olarak hamil, işletmesel harcamalarda firma kartını kullanmak zorundadır. Bu zorunluluk karşısında kendisini, işletmenin aczi durumunda kart kuruluşuna karşı sorumlu tutmak adil olmaz. Aynı sonucu firma ek kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı hallerde de kabul etmek gerekir. Gerçi kötüye kullanım durumunda, yapılan harcamanın firmanın menfaatine olduğu söylenemez; ancak işin doğası gereği firma kartların işletmenin menfaati doğrultusunda kullanıldığı dikkate alınarak kötüye kullanım rizikosunun da bu menfaate dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Sonuç olarak firma ek kartın kötüye kullanılması durumunda zarara yalnızca asıl kart hamili olan firmanın katlanması ve buna aykırı kayıtların geçersiz kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte kötüye kullanıma firma ek kart hamilinin özensiz tutumu neden olmuşsa, firma üstlenmiş olduğu sorumluluğu iç ilişkide ek kart hamiline rücu edebilir.

## IX

Kötüye kullanım durumunda haksız olarak hesabına borç kaydı düşülen hamilin başvurabileceği çeşitli hukuki olanaklar mevcuttur.

25. Hamilin kendisine gönderilen hesap özetinde kötüye kullanımı tespit etmesi durumunda, son ödeme tarihini takip eden on gün içinde hesap özetine itiraz etmesi gerekir. Bu süre kaçırılırsa hesap özeti kesinleşir. Ancak hesap özeti kesinleşmesi, hamilin genel hükümlere göre dava açma hakkını ortadan kaldırmaz (BKKKK m. 11/II; TTK m. 90/I-a). Masraf tazminatını henüz ödememiş olan hamil menfi tazminat davası açabilirken, masraf tazminatını ödemişse kart kuruluşu aleyhine sebepsiz zenginleşme davası veya akdin müspet ihlaline dayalı tazminat davası açabilir. Bu konuda hamil lehine hakların yarışması söz konusudur.



Bundan başka kart hamili, uluslararası kurallar doğrultusunda ters ibraz prosedürünü işletilmesini de talep edebilir. Bunun için hamilin, otorizasyonsuz ödeme hesabına yansdıktan sonra 120 gün içinde kart kuruluşuna başvurması gerekir. Başvuru üzerine itirazın yerinde olup olmadığı, ihtilafa konu işleme ilişkin belgeler dikkate alınarak idari açıdan soruşturulur. Üye işyerinin istenilen belgeleri ibraz edememesi ve ibraz etmesine rağmen yetersiz bulunması durumunda, hamilin itirazının haklı olduğu sonucuna ulaşılır ve ihtilafa konu tutar hamilin hesabına kayden iade edilir. Burada önemli olan nokta, hamilin hesabının kötüye kullanımdan önceki duruma geri döndürülmesidir. Dolayısıyla hatalı düşülen borç kaydı nedeniyle varsa hamilin uğramış olduğu kayıpların veya ödediği faizlerin de iadesi gerekir. Hamil, harcama itirazıyla birlikte kart sözleşmesini de feshetmişse, alacak kaydı cari hesap tasfiye edilirken düşülür. Ters ibraz prosedürü, hesabın tasfiyesinden sonra tamamlanmışsa ve kart kuruluşunda hamile ait başka bir hesap bulunmuyorsa, iadenin nakden yapılması icap eder.

## **X - XII**

Kartın üçüncü kişilerce kötüye kullanılması dışında, ödeme sistemi taraflarınca kötüye kullanılması da mümkündür.

**26.** Kartın hamil tarafından kötüye kullanılmasında ilk akla gelen ihtimal, hamilin kimliği veya mali durumuyla ilgili gerçeğe aykırı bilgi veya belge paylaşımında bulunarak kart çıkartmış olmasıdır. Henüz kart sözleşmesinin kurulması aşamasında gerçekleşen bu usulsüzlüklerden ötürü başvuruda bulunan kişi, sözleşme kurulmamış olsa bile culpa in contrahendo'dan sorumlu tutulabilir.

Gerçeğe aykırı kimlik bildirimiyle elde edilen kartların kötüye kullanılması durumunda, ortaya çıkan zararlardan ötürü kart hamilinin sorumlu tutulacağı açıktır. Ancak sahte kimlikle hayali bir kimse adına veya başkası adına kart çıkartıldığında, kart kuruluşunun faili tespit edip zararını bu kimseden tahsil etmesi oldukça güçtür. Diğer taraftan gerçek kimliğini kullanmakla birlikte malvarlığı hakkında usulsüz beyanda bulunan hamile ulaşmak mümkün olsa da bu kimse kuvvetle muhtemel ödeme güçlüğü içinde bulunacağından, kart kuruluşu yine zararını giderememe

tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Dolayısıyla bu gibi hallerde rizikoya çoğu zaman kart kuruluşunun katlanacağını söylemek yanlış olmaz.

Karşılık ilişkisinde bu şekilde kötüye kullanım rizikosunu üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşu, kartlı sistemlerdeki soyutluk prensibi nedeniyle bedel ilişkisindeki sakatlığı üye işyerine yansıtamaz. Aynı şekilde kart kuruluşu, soyut borç vaadinden ötürü, usulsüz olarak edinilen kartlarla yapılan harcamaların karşılığını üye işyerine ödemekten kurtulamaz. Diğer bir deyişle ifa ilişkisinde de rizikoya kart kuruluşu katlanmak durumunda kalır.

İkinci olarak kart hamili, gerçekten kartı kaybolmamış veya çalınmamış olmasına rağmen blokaj bildiriminde bulunarak yapmış olduğu harcamaları kart kuruluşuna yıkmak isteyebilir. Yine hamil aynı amaçla kartı ve gizli kodu üçüncü kişilerle paylaşmış olabilir. Her iki durumda da kartın aslında hamil tarafından kullanıldığı veya hamilin bilgisi dâhilinde işlemin gerçekleştiği ispatlanarak hamil sorumlu tutulabilir. Kart kuruluşu, bu konuda yaşayacağı ispat güçlüğü, ilk görünüş ispatı yardımıyla aşabilir. Gerçekten de hazırlar arası işlemlerde kartın gizli kodla birlikte kullanılmış olması, MO/TO işlemlerinde ise otorizasyonun 3D Secure gibi güvenli ödeme yöntemleriyle gerçekleşmiş olması, ilk etapta kartın hamil tarafından kullanıldığı izlenimi uyandırır.

27. Kartın üye işyeri tarafından kötüye kullanılması bakımından ilk akla gelen ihtimal, üye işyeri çalışanının gizlice kart bilgilerini ele geçirmesi ve bu bilgiler yardımıyla sahte kart üretmesidir. Bundan başka aynı kimseler eliyle sahte harcama belgesi oluşturulabilir veya orijinal harcama belgesi tahrif edilerek hamilin daha yüksek masraf tazminatı ödemesi sağlanabilir. Bu gibi hallerde doğal olarak kart hamiline herhangi bir sorumluluk isnat edilemez. Karşılık ilişkisinde rizikoyu üstlenmek durumunda kalan kart kuruluşu ifa ilişkisinde akit partneri olan üye işyerine yönelebilir. Zira üye işyerinin, TBK m. 116 kapsamında işyerinde çalıştırdığı kişilerin tutum ve davranışlarından ötürü kart kuruluşuna karşı sorumluluğu bulunur.

Üye işyerinin işlem bedelini aşacak veya mükerrer olacak şekilde kartı POS terminalinden okutarak kötüye kullanması da mümkündür. Burada gerçek işlem bedelini aşan miktardan ötürü üye işyerini sorumlu tutmak icap eder. Diğer taraftan, harcama belgesini kontrol etmeyen hamile de bu hususta ortak kusur isnat edilebilir.

**28.** Üye işyerinin POS terminalini amaç dışı kullanması, kartın geniş anlamda kötüye kullanılması olarak ele alınabilir. Bunun ülkemiz uygulamasında tipik örneği POS tefeciliğidir. POS tefeciliğinde hamil ile üye işyeri arasında muvazaalı bir ilişki bulunur. Taraflar gerçekte yapmak istedikleri ödünç sözleşmesini, yasal engellerden ötürü satım sözleşmesiyle gizlemeye çalışır. Bu durumda görünürdeki işlem (satış sözleşmesi) muvazaa nedeniyle geçersiz olurken, gizli işlem (ödünç sözleşmesi) kanuna ve ahlaka aykırılıktan ötürü geçersiz sayılır.

Hamil ile üye işyeri arasındaki sözleşmelerin muvazaa nedeniyle geçersiz olması, bedel ilişkisi dışında ifa ilişkisini de etkiler. Zira üye işyeri sözleşmelerinde genellikle, işyerlerinin yalnızca olağan işletme faaliyetleriyle sınırlı olarak kartlı ödemeleri kabul edebilecekleri hususu özel olarak vurgulanır. Bu açıdan POS tefeciliği faaliyetinde bulunan üye işyerinin harcama belgesindeki tutarı, kart kuruluşundan talep edememesi gerekir. Şüphesiz bu sonucu hamilin kart kuruluşuna masraf tazminatını ödemeye yanaşmaması durumunda kabul etmek gerekir. Hamil masraf tazminatını ödemişse, kart kuruluşu nezdinde, hukuki yollara başvuramayacağı gerektirecek bir zarar oluşmaz. Ancak bu ihtimalde kart kuruluşu, müspet ihlali gerekçe göstererek akit partneriyle, yani hamil ve üye işyeriyle olan sözleşmeleri feshedebilir.

POS tefecilik rizikosunu ifa ilişkisinde üstlenmek durumunda kalan üye işyerinin, daha sonra temel ilişkiye yönelmesi ve hamile verdiği ödünçün iadesini talep edebilmesi TBK m. 81, c. 1 uyarınca mümkün değildir. Bununla birlikte somut uyumsuzlukta, fiktif işleme bilerek ve isteyerek katılan hamilin üye işyerinden kartlı ödeme karşılığında ödünç aldığı, buna karşılık masraf tazminatı olarak kart kuruluşuna ödemediği tutarın, TBK m. 81, c. 2 kapsamında devlete mal edilmesi isabetli olur.

**29.** Hamilin talebi üzerine kart kuruluşu tarafından çıkartılan kartların, kart kuruluşu çalışanları ve bu kimselerin irtibatlı olduğu üçüncü kişilerce kötüye kullanılması da mümkündür. Bu durumda kart henüz hamilin hâkimiyet sahasına ulaşmadığından, kendisini sorumlu tutmak mümkün olmaz. Burada yine TBK m. 116 kuralı devreye girer ve kart kuruluşu ifa yardımcısı konumunda bulunan çalışanların sebep olduğu zararlardan ötürü hamile karşı sorumlu olur.

Buna karşılık kart kuruluşu, talebi olmamasına rağmen bir kimse adına kart çıkartmış ve bu kart, ilgiliye gönderilmeden kart kuruluşu çalışanları veya anlaşmalı olduğu üçüncü kişiler tarafından kötüye kullanılmışsa kart kuruluşu, adına kart çıkartılan kişiye karşı, TBK m. 66 kapsamında adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olur.

Keza talep olmamasına rağmen, sadece saldırgan satış politikasının gereği olarak gönderilen kartların, bir şekilde üçüncü kişilerce ele geçirilip kötüye kullanılması durumunda yine kart kuruluşunu sorumlu tutmak gerekir (TBK m. 7).

### XIII

Kartın kötüye kullanılmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin görevli ve yetkili olduğu konusunu, tüketici kart sözleşmeleri ile firma kart sözleşmeleri bakımından ayrı ayrı ele almak isabetli olur.

**30.** Kart hamili ile kart kuruluşu arasındaki uyuşmazlıklarda, görevli mahkemenin belirlenmesi konusunda zaman içinde muhtelif kanun değişiklikleriyle paralel farklı uygulamalar geliştirilmiştir. Ancak son durumda, davayı açan taraf ister kart kuruluşu isterse hamil olsun, tüketici kart sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevliyken; firma kart sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda asliye ticaret mahkemeleri görevlidir.

Yetkili mahkeme konusunda ise BKKKK'da özel bir kural yer almamakla birlikte, tüketici kart sözleşmeleri açısından TKHK m. 73/V'te yer alan özel yetki kuralı devreye girer. Buna göre, HMK'da düzenlenen yetkiye ilişkin kurallar dışında, davanın tüketicinin bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilmesi mümkündür. Uygulamada hamillerin genellikle menfi tespit veya istirdat davası açtıkları görülmektedir. Bu kapsamda icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında, TKHK m. 73/V ve HMK m. 5 vd. da düzenlenen yetkiye ilişkin kurallar geçerli olurken; takip sonrasında açılan menfi tespit ve istirdat davalarında bu kurallara İİK m. 72/son da eklenir. Buna göre takipten sonra açılan menfi tespit davaları ile istirdat davalarının, davalının yerleşim yeri mahkemesi dışında, icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde de açılabilmesi mümkündür. Buna karşılık Yargıtay yerleşik kararlarında, İİK m. 72/son'da belirtilen iki mahkeme dışındaki diğer mahkemeleri

yetkisiz kabul etmektedir. Ticari kart sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da esas itibariyle aynı esaslar geçerlidir. Ancak bu tür sözleşmelerde her iki taraf da tacir olduğundan, taraflar ayrıca yetkili mahkemeyi sözleşmeyle kararlaştırabilir (HMK m. 17). Yetki sözleşmesinin varlığı durumunda, davanın sözleşmede bulunan yer mahkemesinde açılması gerekir.

**31.** Kart kuruluşu ile üye işyeri arasında çıkan uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili mahkeme konusunda BKKKK'da özel bir kural bulunmamaktadır. Bu bakımdan HMK m. 2/II kuralını dikkate almak ve her iki taraf arasındaki uyuşmazlığın TTK m. 4/I (f) bendi kapsamında mutlak ticari davaya konu olduğunu, dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir.

Yetkili mahkeme konusunda da HMK m. 5 vd. kuralları dikkate alınacaktır. Ancak burada görevli mahkemeden farklı olarak üye işyerinin esnaf mı yoksa ticari işletme mi olduğu önem arz eder. Zira üye işyerinin de tacir olduğu hallerde, taraflara üye işyeri sözleşmesinde yetkili mahkemeyi belirleme imkânı tanınmıştır (HMK m. 17).

#### XIV

Kartın kötüye kullanılmasını konu edinen davalarda ispat yükünü kimin taşıyacağı meselesini de ikili ilişkiler üzerinden açıklamak yerinde olur.

**32.** Kart kuruluşu ile kart hamili arasında çıkan uyuşmazlıklarda ispat yükü kart kuruluşunun üzerindedir. Kart kuruluşu ilk etapta ihtilaf konusu işlemin gerçekleştiği anda herhangi bir teknik aksaklığın bulunmadığını ispatlamalıdır (BKKKK m. 32/II). Her ne kadar kuralda açıkça belirtilmemişse de kart kuruluşunun, kartın bizzat hamil tarafından kullanıldığını veya kötüye kullanıma hamilin ağır ihmalinin sebep olduğunu da ispatlaması gerekir.

Bununla birlikte, kötüye kullanım genellikle hamilin hâkimiyet sahasında gerçekleştiğinden, kart kuruluşu iddiasını ispatlamada oldukça güçlük çeker. Kart kuruluşu yalnızca kartın gizli kodla birlikte kullanıldığı hallerde, karşılaştığı bu ispat güçlüğüne ilk görünüş ispatının yardımıyla aşabilir. İlk görünüş ispatında, genel

hayat tecrübelerine göre kartın ya hamil tarafından kullanıldığı ya da onun ağır ihmali sonucunda üçüncü kişilerce kötüye kullanıldığı varsayımından yola çıkılır.

İlk görünüş ispatı doğrultusunda hâkimde oluşan kanaati karşı ispat faaliyetleriyle çürütemeyen hamil, kötüye kullanımdan sorumlu tutulur. Bununla birlikte hamil, yetersiz güvenlik önlemlerini, manipülatif saldırıları veya PIN'i girerken teknik araçlarla gizlice gözetlendiğini öne sürerek atipik bir olay akışına atıfta bulunabilir. Yapılan teknik incelemeyle iddianın doğrulanması durumunda, ispat yükü üzerinde olan kart kuruluşu rizikoya katlanır.

**33.** Hazırlar arası işlemlerde kart kuruluşu ile üye işyeri arasında çıkan uyuşmazlıklarda, ispat yükünün yine kart kuruluşuna ait olduğunu kabul etmek gerekir. Konu ile ilgili BKKKK' da özel bir kural bulunmadığından, prensip olarak kötüye kullanım vakasından lehine haklar çıkaracak olan kart kuruluşunun ispat yükünü taşıdığı kabul edilmelidir (TMK m. 6; HMK m. 190/I). Ayrıca üye işyeri ile kart kuruluşu arasında, karşılıklı ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmesel bir ilişki bulunduğu dikkate alındığında, üye işyeri karşısında harcama belgesindeki tutarı ödeme borcu bulunan kart kuruluşunun üye işyerinin yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispatlaması icap eder (TBK m. 112).

MO/TO işlemleri bakımındansa kanun koyucu ispat yükünü üye işyerine yüklemiştir (BKKKK m. 32/I). Buna karşılık kötüye kullanıma ilişkin uyuşmazlıklarda, üye işyerinin elindeki mevcut argümanları (MO/TO formu, işlemin 3D Secure ile gerçekleştiğini gösteren kayıt, belge vs.) kullanarak kusurlu olmadığını ispatlaması yeterlidir. Bunun dışında üye işyerinin, ihtilaflı işlemin hamil tarafından gerçekleştirildiğini veya hamilin ağır ihmalinin bulunduğunu ispatlaması beklenmemelidir.

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

Akyol, Şener. **Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan**, Afa Matbaacılık, İstanbul, 2001.

Albayrak, Hakan. **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Bamberger, Heinz Georg ve Herbert Roth. **Kommentar zum BGB, §661-1296, 2. Bası, Cilt: 2**, Verlag C. H. Beck, München, 2012. [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı (Ed. Bamberger/Roth)].

Başözen, Ahmet. **Medeni Usûl Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Battal, Ahmet. **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Baumbach, Adolf ve Klaus J. Hopt. **Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)**, 38. neubearbeitete Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2018.

Belen, Herdem. **6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Bertelmann, Bernd S. **Das BGB-Zahlungsdiensterecht im Kontext der Single Euro Payments Area**, Peter Lang, Saarbrücken 2011, Frankfurt am Main 2011.

Brechtel, Micha. **Die Tilgung von Geldforderungen bei Überweisung, Lastschrift und Kreditkartenzahlung**, Nomos, Baden Baden, 2013.

Brox, Hans ve Wolf Dietrich Wolker. **Besonderes Schuldrecht**, 40. Aufl., Vahlen, München, 2016.

Brückner, Dirk. **Online Banking: Sphärentheorie, Rechtsscheinhaftung, Verschuldenshaftung**, Duncker & Humbold, Berlin, 2002.

Bucher, Michael. **Die Risikoverteilung bei der Benutzung elektronischer kartengesteuerter Zahlungssysteme**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1992.

Bunte, Hermann Josef. **AGB- Banken und Sonderbedingungen, mit AGB-Sparkasse und AGB-Postbank**, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015.

Canaris, Claus Wilhem. **Bankvertragsrecht**, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, 1981.

Canaris, Claus Wilhem, Mathias Habersack ve Karsten Schäfer. **Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar**, 5. Aufl., De Gruyter, Berlin / München/ Boston, 2015. [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, Staub HGB (Ed. Canaris, Habersack ve Schäfer)].

Custodis, Hans. **Das Kreditkartenverfahren**, Walter Kleikamp, Köln, 1970.

Çeker, Mustafa. **Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı**, Banka ve Ticaret Hukuku, Ankara, 1997.

Durgut, Ramazan: **Cari Hesap Sözleşmesi**, İstanbul, 2012.

Einsele, Dorothe. **Bank- und Kapitalmarktrecht**, 3. neu bearbeitete Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.



Ellenberger, Jürgen, Michael Findeisen ve Gerd Nobbe. **Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht**, Finanz Colloquium, Heidelberg, 2010. [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, Kommentar zum ZvR (Ed. Ellenberger, Findeisen ve Nobbe)].

Eren, Fikret. **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Erman, Walter ve Harm Peter Westermann. **Handkommentar zum BGB**, Cilt: I, §§1-758, 14. Bası, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014, [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, Handkommentar (Ed. Erman ve Westermann)].

Faust, Florian. **Bürgerliches Gesetzbuch: Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Nomos, Baden Baden, 2015.

Grabe, Olaf. **Die Risikoordnung im US-amerikanischen Kreditverfahren**, V & R Unipress GmbH, Gottingen, 2006.

Gras, Oliver. **Zahlungszusagen im bargeldlosen Zahlungsverkehr, Bestandsaufnahme-Analyse-Kritik**, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

Hammann, Harald. **Die Universal Kreditkarte: ein Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs**, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

Haybäck, Gerwin. **Risikohaftung bei missbräuchlichen Bankomatbehebungen, Ein österreichisch-deutscher Rechtsvergleich**, Neuer wissenschaftlicher Verlag, Wien- Graz, 2008.

İnceoğlu, Murat. **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

İşgüzar, Hasan. **Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Jauernig, Othmar ve Rolf Stürner. **Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I, Rom-II, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO**, 16. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2015 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, BGB (Ed. Jauernig ve Stürner)].

Joerg, Heidrich, Nicolaus Forgó ve Thorsten Feldmann. Heise **Online-Recht: Der Leitfaden für Praktiker & Juristen**, Hannover, 2011 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, Heise Online- Recht (Ed. Joerg, Forgó ve Feldmann)].

Kaplan, İbrahim. **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, Adalet Matbacılık, Ankara, 1996.

Kaya, Feridun. **Bankacılık Giriş ve İlkeleri**, Beta, İstanbul, 2013.

Keller, Alfred. **Kreditkarten**, Verlag Rüegger, Diessenhofen 1981.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişetilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Kienholz, Gerfried. **Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz**, Verlag C.H Beck, München, 2000.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Kemal Arpacı. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I (Necip Kocayusufpaşaoğlu), Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Koch, Christian. **Umsetzung des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie**, Deutscher Genessonschafts Verlag eG, Wiesbaden, 2009.

Koch, Matthias. **Missbrauch von Zahlungsauthentifizierungsinstrumenten: Haftungsverteilung zwischen Zahlungsdienstleister und Zahlungsdienstnutzer**, Nomos, Baden Baden, 2012.

Krepold, Hans- Michael ve Sandra Fischbeck. **Bankrecht: Konto - Zahlungsverkehr - Darlehensvertrag - Kreditsicherheiten – Übungsklausuren**, Verlag Franz Vahlen, München, 2009.

Krügel, Tina. **Die Zukunft der Kreditkarte als Zahlungssystem im Internet – Die Rechtslage im Anschluss an das Urteil des BGH vom 16.04.2002 (ZR 375/00)**, Masterarbeit, Institut für Rechtsinformatik, Hannover, 2002. (Anılış: Krügel, Die Zukunft der Kreditkarte).

Kuru, Baki. **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Langenbucher, Anja. **Effiziente Risikoallokation bei Kreditkartensystemen- Eine Untersuchung anhand der Ökonomischen Analyse des Rechts**, Dissertation 2002.

Langenbucher, Katja. **Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr**, Verlag C. H. Beck, München, 2001.

Langenbucher, Katja, Wolfgang Gößmann ve Stefan Werner. **Zahlungsverkehr: Handbuch zum Recht der Überweisung, Lastschrift, Kreditkarte und der elektronischen Zahlungsformen**, Verlag C. H. Beck, München, 2004 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, Zahlungsverkehr (Ed. Langenbucher, Gößmann ve Werner)].

Langenbucher, Katja, Dirk H. Bliesener ve Gerald Spindler. **Bankrechtskommentar, 2. Aufl.**, Verlag C. H. Beck, München, 2016 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, Bankrechtskmmentar (Ed. Langenbucher, Bliesener ve Spindler)].

Linardatos, Dimitrios. **Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie**, Nomos, Baden Baden, 2013.

Martinek, Michael. **Moderne Vertragstypen, Cilt: III, Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen**, Verlag C. H. Beck, München, 1993.

Merkel, Helmut. **Das Recht der Kreditkarte in den USA**, Duncker & Humblot, Berlin, 1990.

**Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Cilt: 6: Bankvertragsrecht**, (Ed. Karsten Schmidt ve Walter Hadding), 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2014. [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, MüKoHGB (Ed. Schmidt ve Hadding)].

**Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Aufl., (Ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg), Verlag C. H. Beck, München, 2017. [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, MüKoBGB (Ed. Säcker, Rixecker, Oetker ve Limperg)].

Neumann, Dania ve Christian Bock. **Zahlungsverkehr im Internet, Rechtliche Grundzüge klassischer und innovativer Zahlungsverfahren**, Verlag C. H. Beck, München, 2004.

Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

Palandt, Otto. **Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen**, 75. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2016. (Anılış: İlgili Bölümün Yazarı/Palandt BGB).

Pavalenco, Natalia. **Zahlungskarte- von §676h a. F. BGB über die Zahlungsdiensterichtlinie 2007/64/EG vom 13.11.2007 zum §675u BGB**, Dissertation, Mainz, 2010.

Pekcanitez Usul. **Medeni Usul Hukuku, Cilt. I**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Anılış: İlgili Kısımın Yazarı/ Pekcanitez Usul)

Prütting, Hanns, Gerhard Wegen ve Gerd Weinreich. **BGB Kommentar**, 11. Bası, Luchterhand Verlag, München, 2016.

Russenschuk, Viola. **Die Auszahlung von Bargeld an Geldautomaten nach deutschem Zivilrecht**, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

Saraç, Şükrü. **Yargıtay Kararları Işığında Banka Kredi Kartı Uyuşmazlıkları**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.

Schimansky, Herbert, Hermann Josef Bunte ve Hans Jürgen Lwowski. **Bankrechts Handbuch, B. I**, 5. Bası, Verlag C. H. Beck, München, 2017. [Anılış: İlgili Bölümün Yazarı, Bankrechtshandbuch (Ed. Schimansky, Bunte ve Lwowski)].

Schinkel, Boris. **Zivilrecht unter europäischem Einfluss, die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze, Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen**, (Ed. Gebauer, Martin ve Thomas Wiedmann), 2. Überarbeitete und erweiterte Aufl., Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2010.

Schleicher, Michael. **E-Commerce im Bankbereich**, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

Schulze, Reiner: **Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar**, 8. Aufl., Nomos, Baden Baden, 2014 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, BGB (Ed. Schulze)].

Serozan, Rona. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme -Ek: Uygulama Çalışmaları-** 3. Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Soergel, Hans Theodor. **BGB Kommentar Cilt: 10, Schuldrecht 8 (§§652-704)**, Verlag W. Kohlhammer, 13. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012. [Anılış: İlgili Bölümün Yazarı, BGB 10 (Ed. Soergel ve Benicke)].

Soergel, Hans Theodor. **BGB Kommentar Cilt: 11/3, Schuldrecht 9/3 (§§780-822)**, Verlag W. Kohlhammer, 13. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2012. [Anılış: İlgili Bölümün Yazarı, BGB 11 (Ed. Soergel ve Hadding)].

Stange, Enno. **Bargeldloser Zahlungsverkehr und Drittmisbrauchshaftung in Europa Eine rechtsvergleichende Betrachtung der deutschen, englische und spanischen Rechtsordnung mit besonderem Blick auf die europäische Zahlungsdiensterichtlinie 64/2007/EG**, Dissertation, Berlin, 2009.

Staudinger, von Julius ve Sebastian Omlor. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 675c – 676c (Zahlungsdiensterecht)**, Sellier- De Gruyter, Berlin, 2012.

Sungur, İlhan. **Türkiye’de Banka ve Kredi Kartları Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi**, Bankalararası Kart Merkezi, İstanbul, 2013.

Şener, Oruç Hami. **Satış Noktasından Elektronik Fon Transfer Sistemi ve Hukuki Niteliği**, Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2000.

Taupitz, Jochen. **Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch**, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995.

Tekinalp, Ünal. **Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

Teoman, Ömer. **Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1999.

Türk, Ahmet. **Hukuki Yönden Banka Havalesi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Vogel, Klaus. **Missbrauch von Kreditkarten, aus zivilrechtlicher Sicht**, Verlag Orac, Wien, 2000.

Wackwitz, Volker. **Die Zahlungsdiensterichtlinie und ihre Umsetzung**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2013.

Weber, Beatrix. **Recht des Zahlungsverkehr**, 4. neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2004.

Weller, Michael. **Das Kreditkartenverfahren: Konstruktion und Sicherung**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1986.

Wolf, Manfred ve Jörg Neuner. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Verlag C.H. Beck, München, 2012.

Wolf, Manfred, Walter F. Lindachter ve Thomas Pfeiffer. **AGB-Recht Kommentar**, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2013 [Anılış: İlgili Kısımın Yazarı, AGB Recht (Ed. Wolf, Lindachter ve Pfeiffer)].

Yıldız, Mehmet Emre. **Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**, Adalet, Ankara, 2015.

## MAKALELER

Adams, Michael. “Zur Nichtigkeit des Preisaufschlagverbotes in Kreditkartenverträgen nach §15 GWB”, **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht** 2010, ss. 632-635.

Aepfelbach, Rolf R. ve Gert Cimiotti. “Zur Sicherheit des ec-Kartensystems”, **Wertpapier Mitteilungen** 1998, ss. 1218-1222).

Ahlers, Horst. “Kartengesteuerter Zahlungsverkehr und außergerichtliche Streitschlichtung” - Bericht zum Bankrechtstag am 26. Juni 1998 in Dresden-**Wertpapier Mitteilungen** 1998, ss. 1560-1569.

Ahlers, Horst. “Die neuen Bedingungen für ec-Karten”, **Wertpapier Mitteilungen** 1995, ss. 601-608.

Atamer, Yeşim. “Kredi Kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşır?” **Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: I**, İstanbul 2003, ss.993 - 1031.

Aydoğdu, Murat. “Rahatsız Edici Ticari Elektronik İletiler”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016** (Ed. Hakan Tokbaş, H. Fehim Üçışık), Ankara 2016, ss. 246 - 261.

Bahtiyar, Mehmet. “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’na Göre Kartın Haksız Kullanımından Dolayı Hukuki Sorumluluk”, **Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, İÜHFM** 2013, Cilt: LXXI, Sayı: 2, ss. 71-89).

Bahtiyar, Mehmet. “Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve**



**Uygulamadan Doğan Sorunlar** (Ed. Taylan Özgür Kiraz), İstanbul 2009, ss. 70-86.  
(Anılış: Bahtiyar, Uygulamadan Doğan Sorunlar).

Barnert, Thomas. “Kreditkartengeschäft und AGB- Kontrolle- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16 April 2002= WM 2012, 1120”, **Wertpapier Mitteilungen** 2003, ss. 1153-1157.

Baumann, Diethelm. “Die Umsetzung der Payment Services Directive 2- Chance oder Risiko für Finanzdienstleister?” **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht** 2017, ss. 275-278.

Beesch, Anna- Maria ve Claudia Willershausen. “Bedeutung der zu unterscheidenden Schadens-Fallgruppen Lost/Stolen vs. Skimming und deren Klärbarkeit bei Anwendung des neuen Zahlungsdiensterechts und der Anscheinsbeweis-Grundsätze im Zahlungskartenrecht - zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 370/10 und Erwiderung auf Schulte am Hülse/Welchering”, NJW 2012, 1262”, **jurisPR-BKR 9/2012 Anm. 1.**

Berghaus, Michael. “Fälschungs- und Missbrauchsrisiken im Scheck- und Überweisungsverkehr und bei der ec-Karte”, **RWS-Forum 12**, Bankrecht 1998, ss. 39-66.

Bitter, Georg. “Kreditkarten: Risikoverteilung bei Mängeln des Valutaverhältnisses”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 1996, ss. 104-123.

Bitter, Georg. “Bankpraxis zwischen Recht und Wirtschaft”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 2007, ss. 237-332.

Bitter, Georg. “Problemschwerpunkte des neuen Zahlungsdiensterechts- Teil II- Kreditkartenzahlungen und allgemeine Prinzipien”, **Wertpapier Mitteilungen** 2010, ss. 1773-1782.

Bröckner, Norbert. “Funktion und Begründung des abstrakten Schuldversprechens bei Giroüberweisung, Kreditkartengeschäft und POS-System”, **Wertpapier Mitteilungen** 1995, ss. 468-479.

Buchmüller, Christoph ve Jens Burke. “Zahlungsmittelgelte im E-Commerce, Neurungen durch die Umsetzung der Zweiten Zahlungsdiensterichtlinie ab Januar 2018”, **Multimedia und Recht** 2017, ss. 728-730.

Casper, Matthias ve Theresa Pfeifle. “Missbrauch der Kreditkarte im Präsenz- und Mail- Order- Verfahren nach neuem Recht”, **Wertpapier Mitteilungen** 2009, ss. 2343-2350.

Eckert, Jörn. “Zivilrechtliche Fragen des Kreditkartengeschäfts”, **Wertpapier Mitteilungen** 1987, ss. 161-168.

Einsele, Dorothe. “Der bargeldlose Zahlungsverkehr – Anwendungsfälle des Garantievertrags oder abstrakten Schuldversprechens?” **Wertpapier Mitteilungen** 1999, ss. 1801-1810.

Einsele, Dorothe. “Die Rechtstellung von Unternehmern im Zahlungsverkehr”, **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht** 2011, ss. 1741-1751.

Elçiboğa, Kudret. “Sahte Kart Nedir?”, **Fintechtime**, Sonbahar 2017, Sayı: 7 ss. 122-123.

Erfurth, René. “Haftung für Missbrauch von Legitimationsdaten durch Dritte beim Online Banking”, **Wertpapier Mitteilungen** 2006, ss. 2198-2206.

Etzkorn, Jörg. “Allgemeine Geschäftsbedingungen für Inhaber von Kreditkarten”, **Wertpapier Mitteilungen** 1991, ss. 1901-1907.

Franck, Jens- Uwe ve Philipp Massari. “Die Zahlungsdiensterichtlinie: Günstigere und schnellere Zahlungen durch besseres Vertragsrecht?”, **Wertpapier Mitteilungen** 2009, ss. 1117-1128.

Freitag, Robert. “Vom Forderungskauf zum abstraktes Schuldanerkenntnis und die Verteilung des Missbrauchsrisikos im Kreditkartengeschäft”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 2002, ss. 322-330.

Gößmann, Wolfgang. “Rechtsfragen neuer Techniken des Bargeldlosen Zahlungsverkehrs (Geldkarte, Kreditkarte)”, **Rws-Forum 12**, Bankrecht 1998, ss. 67-123.

Gößmann, Wolfgang. “Aspekte der ec-Karten-Nutzung”, **Wertpapier Mitteilungen** 1998, ss. 1264-1273.

Gößmann, Wolfgang ve Sönke Bredenkamp. “Phishing, Vishing, Spoofing, Pharming oder Sniffing. Moderne Missbrauchsformen im Zahlungsverkehr”, **Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe** (Hrsg. Mathias Habersack, Hans- Ulrich Joeres, Achim Krämer), Köln 2009, ss. 93-118.

Grundmann, Stefan. “Das neue Recht des Zahlungsverkehrs Teil II- Lastschrift, Kartenzahlung und Ausblick”, **Wertpapier Mitteilungen** 2009, ss. 1157-1164.

Hadding, Walther. “Risikoverteilung bei der Kreditkartenzahlung im Telephone- oder Mailorderverfahren nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, **Deutsche Richterzeitung** 2006, ss. 355-360.

Hadding, Walther. “Zahlung mittels Universalkreditkarte”, **Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag** (Ed. Paul Hofmann), Köln 1986, ss. 17-40.

Heese, Michael. “Risikozuweisung beim Kartenzahlungsverkehr in Europa und den USA”, **Archiv für die civilistische Praxis** 2010, Bd. 210, ss. 251-304.

Hingst, Kai-Michel ve Carsten Lösing. “Die geplante Fortentwicklung des europäischen Zahlungsdienstaufsichtsrechts durch die Zweite Zahlungsdiensterichtlinie”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2014, ss. 315-324.

Hoeren, Thomas ve Maria Kairies. “Der Anscheinbeweis im Bankenbereich – aktuelle Entwicklungen”, **Wertpapier Mitteilungen** 2015, ss. 549- 553.

Hofmann, Christian. “Forderung nach mehr Sicherheit im Mailorderverfahren bei Kreditkarten in jüngster Rechtsprechung des Bundesgerichtshof”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 2004, ss. 405-411.

Hofmann, Christian. “Schadensverteilung bei Missbrauch der ec-Karte- Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 5. Oktober 2004 = WM 2004, 2309”, **Wertpapier Mitteilungen** 2005, ss. 441-450.

Hofmann, Christian. “Das Haftungsregime für Kartenzahlungssysteme im europäischen Rechtsvergleich- eine Bestandaufnahme vor dem Hintergrund des Vorschlags für eine Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt”, **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft** 2007, Bd. 106, ss. 174-202.

Hofmann, Christian. “Haftung im Zahlungsverkehr”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2014, ss. 105- 112.

Hofmann, Christian. “Das neue Haftungsrecht im Zahlungsverkehr”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2018, ss. 62-69.

Hoffmann, Jochen. “Kundenhaftung unter der Neufassung der Zahlungsdiensterichtlinie”, **Verbraucher und Recht** 2016, ss. 243-254.

Hoppe, Tilman. “Anscheinsbeweis bei Ausspähen der PIN”, **Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft** 1999, ss. 88-93.

Joeres, Hans-Ulrich. “Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz”, **Festschrift für Gerd Nobbe** (Ed. Mathias Habersack, Hans- Ulrich Joeres ve Achim Krämer), Köln 2009, ss. 119-140.

Jungmann, Carsten. “Missbrauch von ec-Karten bei PIN- basierten Transaktionen – Rechtfertigung, Grenzen und Zukunft des von der Rechtsprechung entwickelten Beweises des ersten Anscheins”, **Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler** 2007, Recht und Wirtschaft, Düsseldorfer Tagung 6. bis 9. September 2007, ss. 329-358.

Jungmann, Carsten. “Die Verteilung des Missbrauchsrisikos beim Einsatz von Kreditkarten im ECommerce”, **Wertpapier Mitteilungen** 2005, ss. 1351-1357.

Kiraz, Taylan Özgür. “5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ile Getirilen Yenilikler ve İspat Yükü ile Yetkili Mahkeme ve Mercilere İlişkin Maddelerin Değerlendirilmesi”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar** (Ed. Taylan Özgür Kiraz), İstanbul 2009, ss. 11-20.

Kollrus, Harald. “Missbräuchliche Abhebung von Bargeld an Geldautomaten”, **Monatsschrift für Deutsches Recht** 2012, ss. 377-380.

Körber, Torsten. “Die Risikoverteilung bei der Kreditkartenzahlung im Mailorder und E-Commerce – Stand und Entwicklung nach dem Grundsatzentscheidung des BGH vom 16. April 2002, WM 2002, 1120”, **Wertpapier Mitteilungen** 2004, ss. 563-570.

Kubilay, Huriye. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’la İlgili Genel Bir Değerlendirme, **İzmir Barosu Dergisi**, Ocak 2016, Yıl: 81, Sayı: 1, ss. 272-292.

Langenbacher, Katja. “Die Verteilung des Risikos des Kreditkartenmissbrauchs bei Distanzgeschäften – Zugleich eine Besprechung des Beschlusses des BGH, BKR 2001, 161, und des Urteils des OLG Frankfurt a.M., BKR 2002, 140-” **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2002, ss. 119-122.

Linardatos, Dimitrios. “Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil von 06.07.2012- I-17 U 79/11”, **Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht** 2012/2, §675w BGB 1/12, ss. 657-658.

Linardatos, Dimitrios. “Der Kommissionsvorschlag für eine Zahlungsdiensterichtlinie II – Ein Überblick zu den haftungsrechtlichen Reformvorhaben”, **Wertpapier Mitteilungen** 2014, ss. 300-306.

Linardatos, Dimitrios. “Von Anscheinsbeweisen im Zahlungsdiensterecht und fehlgeleiteten Gesetzgebern”, **Neue juristische Wochenschrift** 2017, ss. 2145-2150

Lohmann, Mareike ve Christian Koch. “Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, Wesentliche Inhalte, Bewertung und mögliche Auswirkungen auf den europäischen Zahlungsverkehrsmarkt”, **Wertpapier Mitteilungen** 2008, ss. 57-64.

Lochter, Manfred ve Werner Schindler. “Missbrauch von PIN-gestützten Transaktionen mit ec- und Kreditkarten aus Gutachtersicht”, **MultiMedia und Recht** 2006, ss. 292-297.

Meder, Stephan. “Kreditkartengeschäfte und Anweisungswiderruf gegenüber dem Kartenherausgeber”, **Neue juristische Wochenschrift** 1994, ss. 2597-2598.

Meder, Stephan. “Die Kreditkartenzahlung als Anweisungsgeschäft- Zum Bedeutungswandel rechtsgeschäftlicher Formen unter den Bedingungen eines automatisierten Zahlungsverkehrs”, **Archiv für die civilistische Praxis** 1998, Cilt: 198, ss. 72- 104.

Meder, Stephan. “Die Haftung im beleglosen Zahlungsverkehrs”, **Neue juristische Wochenschrift** 2000, ss. 2076-2078.

Meder, Stephan. “Kritische Präjudizientreue im Anschluss an die neue BGH-Rechtsprechung zum Kreditkartenmissbrauch im Fernabsatz”, **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht** 2002, ss. 2112-2117.

Meder, Stephan. “Kreditkartenzahlung im Internet und Mail-Order-Verfahren”, **Wertpapier Mitteilungen** 2002, ss. 1993-1998.

Nobbe, Gerd. “Neuregelungen im Zahlungsverkehrsrecht, ein kritischer Überblick”, **Wertpapier Mitteilungen** 2011, ss. 961-968.

Nobbe, Gerd. “Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Kartenzahlungen und die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wechsel- und Scheckrecht”, **Wertpapier Mitteilungen** 2012, Sonderbeilage 2, ss. 1-22.

Oechsler, Jürgen. “Die Haftung nach §675v BGB im kreditkartengestützten Mailorderverfahren”, **Wertpapier Mitteilungen** 2010, ss. 1381-1386.

Oechsler, Jürgen. “Haftung beim Missbrauch eines eBay – Mitgliedskontos Verantwortung für die freiwillige Überlassung und das Ausspähen von Verbindungsdaten”, **MultiMedia und Recht** 2011, ss. 631-633.

Omlor, Sebastian. “Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Umsetzung der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie”, **Juristische Schulung** 2017, ss. 626-628.

Omlor, Sebastian ve Julia Elixmann. Das Rundschreiben der BaFin zu Mindestanforderungen an die Sicherheit von Internetzahlungen, **Juris Die Monatszeitschrift** 2015, Say: 11, ss. 398-402.

Pichler, Rufus. “Kreditkartenzahlung im Internet - Die bisherige Verteilung des Mißbrauchsrisikos und der Einfluß der Verwendung von SET”, **Neue juristische Wochenschrift** 1998, ss. 3234-3239.

Piekenbrock, Andreas. “Das Recht der Zahlungsdienste zwischen Unions- und nationalem Recht”, **Wertpapier Mitteilungen** 2015, ss. 797-804.

Spindler, Gerald ve Kai Zahrte. “Zum Entwurf für eine Überarbeitung der Zahlungsdiensterichtlinie (PSD II)”, **Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht** 2014, ss. 265-271.

Şahin, Fatih. “Modern Blok Şifreleme Algoritmaları”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi** 2015, Yıl: 5, Sayı: 7, ss.47-60.

Topaloğlu, Mustafa. “Elektronik Ödeme Sistemlerinde Tüketicinin Korunması”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016**, Ankara 2016, ss. 430 - 442.

Tüzemen Atik, Ebru. “Kredi Kartı Sözleşmelerinde Ek Kart Hamilinin Hukuki Durumu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2014, Sayı: 114, ss. 105-141.

Tüzüner, Özlem. “Banka Kredi Kartı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Kart Hamili Bakımından Avantajlarının Sorgulanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, ss. 277-314.

Yavaş, Murat. “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, **Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Özel Sayı)**, Cilt: 21, Sayı: 2, İstanbul 2015, ss. 741-761.

Yorgancıoğlu Yavuz, Ezgi. “Üye İşyeri ve Üye İşyeri Anlaşması Yapan Kuruluşlara İlişkin Yükümlülükler”, **5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun Değerlendirilmesi ve Uygulamadan Doğan Sorunlar** (Ed. Taylan Özgür Kiraz), İstanbul 2009, ss. 60-69.

Zahrte, Kai. “Neurungen im Zahlungsdienstrecht”, **Neue juristische Wochenschrift** 2018, ss. 337-341.



## İNTERNET KAYNAKLARI

### AJANSLAR, GAZETELER VE HABER SİTELERİ:

<https://aa.com.tr/tr/dunya/70-milyon-kisinin-banka-ve-kredi-karti-bilgileri-calindi/191437> (11.11.2017).

<https://www.gazetevatan.com/56-milyon-kisinin-kredi-karti-bilgileri-calindi-679254-dunya/> (12.04.2018).

<https://www.haberturk.com/ekonomi/haberin-var-mi/haber/1123403-yuzlerce-kredi-kartini-kopyalayip-alisveris-yapmislar> (12.04.2018).

<https://www.hurriyet.com.tr/pos-tefeciligi-yeniden-patladi-25803835> (16.10.2018).

<https://www.milliyet.com.tr/atm-tuslarinin-seslerini/ekonomi/detay/1965445/default.htm?ShowPageSkin=1> (16.04.2018).

<https://securify.com.tr/kullanilabilir-guvenlik/kac-tane-cuzdan-bir-tane-dogru-pin-kodu-eder/> (12.05.2018).

<https://www.teknokulis.com/haberler/guvenlik/2016/01/16/bu-android-virusu-tek-kullanimlik-sifre-caliyor> (20.09.2018).

<https://www.teknotalk.com/mastercard-biyometrik-kredi-karti-56633/> (08.12.2017).

### BANKALARARASI KART MERKEZİ:

<https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/bkm-esas-sozlesmesi.pdf> (03.05.2017).

<https://bkmexpress.com.tr/nerede-kullanilir/> (Son Erişim: 30.06.2017).

<https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/uyeisyerikilavuzu.pdf> (26.02.2018).

<https://bkm.com.tr/urunler-ve-hizmetler/yonlendirme-hizmetleri/>  
(07.04.2018).

<https://troyodeme.com/> (04.04.2018).

<https://bkm.com.tr/secilen-aya-ait-istatistikler/> (26.11.2018).

#### **BLOGLAR:**

<https://emreerdem.me/> (02.05.2018).

#### **İÇTİHAH BİLGİ BANKALARI**

<https://emsal.yargitay.gov.tr> (02.10.2018) .

<https://www.kazanci.com.tr> (21.10.2018).

#### **MASAK:**

[https://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap\\_2010.pdf](https://www.masak.gov.tr/media/portals/masak2/files/faalrap_2010.pdf)  
(16.04.2018).

#### **TÜRKİYE BANKALAR BİRLİĞİ:**

<https://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/7328/pdf/TBB-Dolandiricilik-Eylemleri-ve-Korunma-Yontemleri.pdf> (12.04.2018).

[https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma\\_ve\\_Raporlar/banka\\_kartlari.pdf](https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/banka_kartlari.pdf).  
(21.07.2018).

#### **TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ:**

<https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=22615&lst=MansetListesi>  
(10.03.2018).

#### **ÜYE İŞYERİ SÖZLEŞMELERİ:**

[https://www.akbank.com/Documents/Sozlesmeler/2016.0819\\_MTB\\_Uye\\_Isy\\_eri\\_Sozlesmesi\\_2.pdf](https://www.akbank.com/Documents/Sozlesmeler/2016.0819_MTB_Uye_Isy_eri_Sozlesmesi_2.pdf) (27.12.2017).

<https://www.qnbfinansbank.com/bankacilik/sozlesme.aspx?id=198508>  
(15.03.2017).

#### **VAKIFBANK POS KILAVUZU:**

[https://www.vakifbankpos.com.tr/assets/files/Genel\\_POS\\_Kilavuzu.pdf](https://www.vakifbankpos.com.tr/assets/files/Genel_POS_Kilavuzu.pdf)  
(12.04.2018).

#### **3D SECURE SİSTEMİ:**

<https://3dsecure.akbank.com.tr/akbankacs/enroll.do?brand=mastercard>  
(20.03.2018).

[https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/pk-konto\\_karten-3d\\_secure-sicherer\\_bezahlen\\_im\\_internet.pdf](https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/pk-konto_karten-3d_secure-sicherer_bezahlen_im_internet.pdf) (15.06.2018).

[https://www.deutschebank.de/pfb/data/docs/3d\\_secure\\_sonderbedingungen.pdf](https://www.deutschebank.de/pfb/data/docs/3d_secure_sonderbedingungen.pdf) (20.03.2018).

<https://eticaret.garanti.com.tr/UGP-Nasil-Isler.aspx> (03.12.2017).

<https://eticaret.garanti.com.tr/Garanti-Sanal-POS-Baslangic-Paketleri.aspx>  
(03.12.2017).

<https://www.cardfinansticari.com.tr/poslar/isyeri-hizmetleri/bilgi-bankasi/3D-secure.aspx> (03.12.2017).

<https://www.yapikredipos.com.tr/odeme-cozumlerimiz/3-boyutlu-guvenlik-sistemi.aspx> (03.12.2017).

[https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Bireysel/Kartlar/Documents/ZB\\_3D\\_Secure\\_SSS.pdf](https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Bireysel/Kartlar/Documents/ZB_3D_Secure_SSS.pdf) (03.12.2017).