

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

MUHATABIN KEŞİDECIYE KARŞI
SAHTE VEYA TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKTEKİN DOĞAN
SORUMLULUĞU

FUNDA ÖZDİN

2501030468

TEZ DANIŞMANI

Doç. Dr. Füsün NOMER ERTAN

İSTANBUL, 2006

ÖZ

Bu çalışmanın amacı, sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödeyen bankanın, keşideci karşısındaki sorumluluk esasının belirlenmesidir. Muhatabın bu bağlamdaki sorumluluğu, Türk Hukukunda genel olarak TK m. 724 hükmü ile düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün muhatap açısından getirmiş olduğu “kusuruz sorumluluk” esası, muhatabın keşideciye karşı sorumluluğunun belirlenmesinde önem taşımaktadır. Bunun dışında kusurun önemli olduğu hallerde ise, çek anlaşmasının taraflara yüklemiş olduğu özen gösterme borcu ve kapsamı önem kazanmaktadır.

Bankaların, sahte veya tahrif edilmiş çeklerden kaynaklanan sorumluluklarını sınırlayan veya ortadan kaldıran sözleşme koşullarının geçerliliği de ayrıca önem taşımaktadır.

ABSTRACT

This thesis aims to determine the responsibility principle of the bank, who paid a forged or falsified cheque, against the drawer. This responsibility of bank is drawn up in the article 724 of Turkish Commercial Code. The “objective/absolute responsibility” of banks, which is determined in this article is very important, in the area of the responsibility of bank to the drawer. Besides, when the culpability of bank become important, the care duty of drawer and bank become important too.

The validity of the clauses of cheque contrat which limited the responsibility of bank is separately important.

ÖNSÖZ

Lisans döneminin 3. yılında, Kıymetli Evrak Hukukuyla tanışmamla başlayan Çek Hukukuna karşı özel ilgim, Yüksek Lisansın ilk yılında hocam Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN tarafından yürütülen “Çek Hukukundaki Gelişmeler” konulu seminer derslerine katılmamla beraber daha da arttı. Bu dersler sırasından edindiğim izlenimler, uygulamada sıkça karşılaşılan sahte ve tahrif edilmiş çeklerde, muhatabın keşideciye karşı sorumluluk esaslarının tez konusu olabilecek öneme sahip bir mesele olduğu kanaatini uyandırdı. Böylelikle tez danışmanım Doç. Dr. Füsün Nomer ERTAN’ın da desteğiyle, “muhatabın keşideciye karşı sahte veya tahrif edilmiş çekten kaynaklanan sorumluluğu” nu tez konusu olarak seçtim.

Söz konusu yüksek lisans tezinin hazırlanması aşamasında yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen, tezin her bir satırını en ince ayrıntısına kadar inceleyip, kendi görüş ve değerlendirmelerini her defasında titiz bir şekilde dile getiren; tezin bu şekliyle meydana gelmesindeki katkı ve çabaları dolayısıyla kendisine olan borcumu hiçbir zaman ödeyemeyeceğimi bildiğim değerli hocam Doç. Dr. Füsün Nomer ERTAN’a, yakın ilgi ve katkılarından dolayı teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Ayrıca, son basısının eski bir tarih olması dolayısıyla bulmakta güçlük çektiğim bazı kaynakları, kendi özel arşivinden yararlanmak suretiyle elde etme imkanını bana tanıyan hocam Doç. Dr. Arslan KAYA’ya, göstermiş olduğu yakınlıktan ötürü teşekkür ederim.

Eğitimimle ilgili her aşamada olduğu gibi, yüksek lisans çalışmalarım sırasında da, destek ve ilgilerini benden hiçbir zaman eksik etmeyen sevgili annem Mevlüde ÖZDİN ve babam Hasan ÖZDİN’e olan sonsuz minnetimi, her zaman olduğu gibi bir kez daha dile getirmek isterim. Ayrıca, görüşlerini özgürce ve bağımsızca dile getirebilen bir hukukçu ve bilim insanı olarak yetişmemdeki katkılarından ötürü ablam Av. Hanife Özdin’e teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

Öz (Abstract).....	i
Önsöz.....	ii
İçindekiler.....	iii
Kısaltmalar.....	ix
GİRİŞ.....	1

1. BÖLÜM

SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEK

§ 1. “Sahtelik” ve “Tahrifat”.....	3
§ 2. Çekte Yapılabilecek Sahtelik ve Tahrifat Halleri.....	4

2. BÖLÜM

SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKTE DOĞAN SORUMLULUK

1. KISIM

GENEL OLARAK

§ 1. Yasal Düzenleme.....	7
§ 2. Failin Sorumluluğu	8
§ 3. Fail Dışındaki Kişilerin Sorumluluğu	12
I) Genel Olarak.....	12
II) Keşideci.....	12
III) Muhatap.....	13
1- Keşideciye Karşı.....	13

2- Zarara Uğrayan Çek İlgilisine Karşı.....	13
A)-Genel Olarak.....	13
B)-Muhatabın Kontrol Yükümlülüğü ve Kusurlu Sayılacağı Haller.....	15
IV) Hamil.....	20
V) Ciranta.....	22

2. KISIM

MUHATABIN KEŞİDECIYE KARŞI SORUMLULUĞU

§ 1. Muhatap İle Keşideci Arasındaki İlişki (Çek Anlaşması)	24
I) Karşılık ve Çek Anlaşması.....	24
II) Tarafların Yükümlülükleri.....	26
§ 2. Muhatabın “Kusursuz (Objektif)” Sorumluluğu (TK m. 724)	28
I) Genel Olarak.....	28
II) TK m. 724’te Öngörülen Sorumluluğun Niteliği.....	29
1- Sorumluluğun Kaynağı Açısından.....	29
2- Sorumluluğun Türü Açısından.....	30
III) TK m. 724’ün Emredici Niteliği.....	32
IV) TK m. 724’ün Uygulanma Şartları.....	34
1 - Genel Olarak.....	34
2 - Keşidecinin Zarara Uğramış Olması.....	34
3 - Çek Bedelinin Muhatap Tarafından Ödenmiş Olması.....	35
4 - Çekin Sahte ve/veya Tahrif Edilmiş Olması.....	36
A)- Genel Olarak.....	36
B)- TK m. 724 Kapsamına Giren Sahtelik ve Tahrifat Halleri.....	41
1) – Sahtelik.....	41
a)- Çek Yaprağının Muhatap Dışındaki Kişilerce Bastırılmış Olması.....	41

b)- İmzaların Sahteliği.....	44
aa - Keşidecinin İmzasının Sahteliği.....	45
bb - Diğer Çek İlgililerinin İmzalarının Sahteliği.....	46
c)- Beyanların Sahteliği.....	51
aa - Sahte Temsil Beyanı (Yetkisiz Temsilci).....	51
aaa - Hesap Sahibinin (Keşideci) Temsili.....	51
bbb -Lehtarın Temsili.....	54
ccc - Diğer Çek İlgililerinin Temsili.....	55
bb - Yetki Aşımı.....	55
cc - Açık (Beyaz) Çekin Anlaşma Hilafına Doldurulması.....	56
aaa – Konu.....	56
bbb – Doktrin.....	58
ccc – Kanaatimiz.....	59
2)- Tahrifat.....	61
a)- Çek Üzerinde Yer Alan İsimlerin Tahrifi.....	61
aa - Lehtarın İsminin Tahrifi.....	61
bb - Keşidecinin İsminin Tahrifi.....	63
cc - Diğer Çek İlgililerinin İsminin Tahrifi.....	65
b)- Lehtar İsminin Yanına “veya Hamiline” İbaresinin Eklenmesi.....	65
c)- Çek Bedelinin Tahrifi	67
d)- Çekin Keşide Tarihinin Tahrifi.....	70
e)- Çekin Keşide Yeri veya Ödeme Yerinin Tahrifi.....	73
f)- Diğer Tahrifat Halleri.....	74

§ 3. Muhatabın “Kusur” Sorumluluğu	74
I) Genel Olarak	74
II) Şartları	75
1 - Keşidecinin Kusuru	75
A)- Genel Olarak	75
B)- Kusurun Belirlenmesinde Temel Alınacak	
Özen Ölçüsü	77
C)- Uygun İlliyet Bağı	79
D)- Keşidecinin Özen Göstereceği Hususlar ve Kusurlu	
Sayılmasını Gerektirecek Haller	81
a)- Çek Defterinin Muhafazası	82
b)- Çekin Sahtelik ve Tahrifata Engel Olacak	
Şekilde Düzenlenmesi	86
aa- Bedele İlişkin Kısım	86
bb- Keşide Tarihine İlişkin Kısım	87
cc- Keşide Yerine İlişkin Kısım	87
dd- Diğer Beyanlar	88
ee- Açık Çek Düzenlenmesi	88
c)- Çekin Rıza Hilafına Elden Çıktığının	
Muhataba Bildirilmesi	89
d)- Sahtelik ve Tahrifata Engel Olacak	
Diğer Önlemler	90
2- Muhatabın Kusuru	93
A)- Genel Olarak	93
B)- Özen Gösterme Borcu ve Ölçüsü	93
C)- Özen Borcunun Kapsamı ve Kusurlu	
Sayılmayı Gerektirecek Haller	95
a)- Çek Yaprağının Kontrolü	95
b)- Keşideci İmzasının Kontrolü	95
c)- Temsilcinin Yetkisinin ve İmzasının Kontrolü	100
d)- Şüphe Uyandıran Haller	102

aa)- Bedele İlişkin.....	103
bb)- Çekin İçeriğindeki Değişikliklere İlişkin.....	105
cc)- Hamile İlişkin.....	105
dd)- Çek Hesabına İlişkin.....	105
D)- TK m. 558/II ve TK m. 622/III Hükümlerinin Muhatabın Kusur Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi	107
3- Müterafık Kusur (BK m. 44).....	110
4- Kusurun ve Sorumluluğun Belirlenmesinde Yardımcı Şahısların Rolü.....	114
A)- Genel Olarak.....	114
B)- Yardımcı Şahıs Olarak Nitelendirilecek Kişiler	117
a)- Genel Olarak.....	117
b)- Keşideci Bakımından.....	118
c)- Muhatap Bakımından.....	119
C)- Yardımcı Şahsın Fail Olması.....	123
D)- Yardımcı Şahsın Kusurlu Olması.....	126
§ 4. Muhatabın Rücu Hakkı.....	127
1- Faile.....	127
2- Keşideciye.....	129
3- Hamile.....	129
4- Cirantalara.....	131

3. BÖLÜM

SORUMSUZLUK KAYITLARI

§ 1. Genel Olarak	132
§ 2. Kusursuz Sorumluluğu Bertaraf Eden Kayıtlar	134

§ 3. Kusur Sorumluluğunu Bertaraf Eden Kayıtlar	137
I) Genel Olarak.....	137
II) Doktrin.....	140
III) Kanaatimiz	143
§ 4. Değerlendirme ve -de lege ferenda- Önerilen Denetim Usulü	145
 Sonuç.....	153
Kaynakça.....	157

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
a.g.e.	adı geçen eser
a.g.m.	adı geçen makale
a.g.t.	adı geçen tez
Art.	Artikel
AŞ.	Anonim Şirket
a.y.	aynı yer
b.	bent
BankK	Bankacılık Kanunu
bs.	basım
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Borçlar Kanunu
BKT	Borçlar Kanunu Tasarısı
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	Cilt
c.	cümle
ÇekK	Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanun
bkz.	bakınız
Diss.	Dissertation
dn.	dipnot
E.	Esas (numarası)
EMK	Eski Medeni Kanunu (743 Sayılı)
FJS	Fiches Juridiques Suisses
GİŞ	Genel İşlem Şartları
HD	Hukuk Dairesi

HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	Karar (numarası)
Karş.	Karşılaştırınız
KG	Kammergericht
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	Medeni Kanunu
m.	madde
N.	(Kenar) Numarası
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizer Obligationenrecht
RG	Resmi Gazete
Rn.	Randnummer
S.	Sayı
s.	sayfa
Sz.	Satz
SchG	Scheckgesetz
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
TCK	Türk Ceza Kanunu
TD	Ticaret Dairesi
TK	Türk Ticaret Kanunu
TNBHD	Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
YHD	Yasa Hukuk Dergisi
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YTL	Yeni Türk Lirası
WG	Wechselgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

GİRİŞ

Çekle yapılan ödemenin, peşin para ile yapılan ödemeye kıyasla daha hızlı, kolay ve güvenli olması, çek kullanımını oldukça cazip hale getirmiştir. Nakit paranın nakledilmesi, muhafaza edilmesi ve özellikle büyük meblağlar söz konusu olduğunda sayılması açısından söz konusu olan güçlükler, çek müessesesi ile büyük ölçüde bertaraf edilmiştir. Yine aynı şekilde nakit para açısından söz konusu olan çalınma, yanma, kaybolma ve tahrip olma gibi rizikolar karşısında çek kullanımının sağlamış olduğu güvenlik ortadadır¹. Ne var ki çek, sağladığı bu kolaylıkların yanı sıra bir takım tehlikeleri de bünyesinde barındırmaktadır ki, bazen çek kullanımı nakit para kullanımına oranla daha büyük kayıplara yol açabilmektedir. Zira, sahte çek düzenlenmesi ya da çekte tahrifat yapılması nakit paraya oranla çok daha kolay olabilmekte ve daha büyük maddi zararlara sebebiyet verebilmektedir. Nitekim sahte veya tahrif edilmiş bir çekin muhatap tarafından ödenmesi halinde, haklı hamiller açısından alacaklarını elde edememe; keşideci açısından ise gerçek hak sahibine ifa etme yükümlülüğünün devam ettiği hallerde, çek bedelini ikinci kez ödeme ve özellikle çek bedelinin tahrif edilmiş olduğu hallerde, gerçek borcundan daha fazla bir meblağı ödeme tehlikesi gündeme gelmektedir².

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi neticesinde çoğu kez bir zarar meydana gelir. Ancak sahte çek düzenleyen ya da çekte tahrifat yapan failin bulunması genellikle çok zor olduğu gibi, bulunsa dahi bu kişi muhtemelen zararı ödeme gücünden yoksun olacak ve dolayısıyla zararın giderilmesi aşamasında asıl faile başvurmak çoğu zaman hiçbir fayda sağlamayacaktır. Bu nedenle de, hangi sebeple olursa olsun zararın failden karşılanmasının mümkün olmadığı hallerde, sahteliğin ya da tahrifatın meydana geliş şekline göre çekle ilgili şahıslardan birisinin (ya da muhatabın) söz konusu zarara katlanması gerekecektir. İşte söz konusu çalışma kapsamında incelenecek olan husus, muhatabın böyle bir durumda keşideciye karşı olan sorumluluğu ya da başka bir deyişle, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin

¹ Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku C.III : Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)**, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.264; Gürgân Çelebican (Turgut Kalpsüz / Faruk Erem), **İktisadi ve Hukuki Yönden Çek**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1974, s.20; Nurkut İnan, **Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk**, BTHAE, Ankara, 1981, s. 4.

² Müge Tekil, **Çekte Muhatap Bankanın Hukukî Sorumluluğu**, İstanbul, 1997, s.74.

ödenmesi neticesinde keşideci nezdinde meydana gelen zararın, keşideci – muhatap ilişkisi açısından kime ait olacağıdır.

Muhatabın, sahte veya tahrif edilmiş bir çek ödeyerek ödemiş olmasından ötürü keşideciye karşı sorumluluğu, TK m. 724 hükmü ile özel olarak düzenlenmiş ve söz konusu hüküm, keşideciye atfedilebilecek bir kusurun bulunmaması halinde, zararın -kusursuz olsa dahi- muhataba ait olacağını belirtmek suretiyle, muhatap keşideciye karşı kusursuz bir sorumluluk esası ile yükümlü kılınmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, “sahtelik” ve “tahrifat”ın kavramsal olarak ne anlama geldiği, çek üzerinde gerçekleştirilecek sahtelik ve tahrifat fiillerinin neler olabileceği hususları ele alınmıştır. Sahte veya tahrif edilmiş çekten kaynaklanan sorumluluğun konu edildiği ikinci bölüm ise, üç kısma ayrılarak incelenmiştir. Birinci kısımda, fail ve fail dışındaki kişilerin sorumlulukları genel olarak ele alınırken, ikinci kısımda yalnızca muhatap keşideci karşısındaki sorumluluğu bahsi, son kısımda ise muhatap sahte veya tahrif edilmiş çekten kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da sınırlayan sözleşme şartlarının geçerliliği meselesi incelenmiştir.

1. BÖLÜM

SAHTE VE TAHRİF EDİLMİŞ ÇEK

§ 1. “Sahtelik” ve “Tahrifat”

“Sahtelik” ve “Tahrifat”, gerek kavramsal gerekse meydana geliş şekilleri bakımından birbirinden farklı içeriklere sahip ve dolayısıyla teknik açıdan farklı eylemleri ifade eden terimlerdir. Sahtelik (sahtecilik) en geniş anlamıyla, gerçeğe aykırı/doğru olmayan ya da başka bir ifadeyle gerçekte hiç mevcut olmayan bir durumun, gerçekmiş gibi gösterilmesi amacına yönelik eylemleri ifade etmektedir³. Bu anlamda bir beyanın, belgenin ya da imzanın sahte oluşundan bahsedilebilmesi için, söz konusu belge, beyan ya da imzanın gerçekte hak sahibi olan kişi tarafından değil de, bu konuda tamamen yetkisiz olan bir kişi tarafından meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Tahrifatta ise esasen yetkilisi tarafından geçerli bir şekilde önceden meydana getirilmiş bir şeyin aslının sonradan bozulması, değiştirilerek farklı hale getirilmesi söz konusudur⁴. Buna göre sahtelikte, gerçekte hiç mevcut olmayan bir belge, beyan ya da imzanın, sanki gerçek yetkilisi tarafından (o şekilde) meydana getirilmiş olduğu görünümünü yaratan bir eylem söz konusuyken; tahrifatta, başlangıçta gerçek yetkilisi tarafından oluşturulmuş olan belge ya da beyanın, söz konusu yetkili kişinin iradesi dışında sonradan değiştirilmesi eylemi söz konusudur⁵. Nitekim çekin, teorik olarak sahte mi yoksa tahrif edilmiş mi olduğunun belirlenmesi aşamasında, sözü edilen terimlerin yukarıda ifade edilen kesin manası dikkate alınacaktır.

³ Orhan Turan, “Evrak Üzerinde Sahtekarlık”, (TNBHD 1994/83, s. 33-38), s. 33.

⁴ Harry Zimmermann, *Kommentar des Schweizer Scheckrechts*, Zürich, 1964, Art. 1132, Rn.6, s.609; Turgut Kalpsüz (Faruk Erem / Gürgân Çelebican), *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek*, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1974, s.138; Adolf Baumbach / Wolfgang Hefermehl, *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 22. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, 2000, WG. Art. 7, Rn.2, s.133,134.

⁵ Ancak uygulamada sahtelik kavramı ile ilgili olarak çoğu zaman, tahrifata ilişkin eylemleri de kapsayıcı geniş bir tanımlama yapıldığı görülmektedir. Sahteliğin, kamunun güven duyduğu bir belgenin gerçeğe aykırı olarak keşidesi ya da gerçek bir belgeye ekleme yapılması veyahut tümünün veya bir kısmının değiştirilmesi hali olarak tanımlanmasına ilişkin olarak bkz.: Erol Çetin / İsmail Malkoç, *Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları*, Ankara, 1995, s.128. Ayrıca bkz.: Erol Ertekin / İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, Ankara, 1992, s.655. Ancak her iki kavram da teknik olarak tamamen birbirinden farklı eylemleri ifade etmektedirler.

§ 2. Çekte Yapılabilecek Sahtelik ve Tahrifat Halleri

Çekler açısından söz konusu olabilecek sahtecilik halleri, teorik olarak iki farklı şekilde meydana gelebilecektir: Ya çek yaprağı, kağıt olarak muhatap bankaca bastırılan çek şekline uygun olarak banka dışındaki kişilerce oluşturulacaktır ya da gerçekte banka tarafından bastırılmış olan gerçek çek yaprağı üzerine sahte imza ya da sahte beyan eklenecektir. İlk durumda, çek yaprağının banka dışındaki kişilerce bastırılmış olması ve ayrıca keşideci olarak gözüken kimseye ait imza ve beyanların fail tarafından oluşturulmuş olması dolayısıyla çekin bir bütün olarak sahteliği söz konusu olacaktır. İkinci durumda ise çek yaprağının kendisi geçerli olmakla beraber, çekte adı geçen kişiye aitmiş gibi gözüken imza ya da beyanın esasen bir başka kişi tarafından (fail) çek üzerine konulmuş olması dolayısıyla çekin sahteliği söz konusu olacaktır. Nitekim bir çek üzerinde keşideci, lehtar, ciranta(lar), aval veren(ler), bunların temsilcileri ve teyit beyanında bulunan olmak üzere birden çok ilgili yer alabilecektir. Failin, çeki ele geçiriş şekline ya da varmak istediği amaca göre bu kişilerden birisinin imzasını taklit etmesi ya da sahte beyanda bulunması halinde, sahte çekten bahsedilebilecektir⁶.

İmza sahteciliği, çek üzerine eklenmesi mümkün her türlü imza bakımından söz konusu olabilecekken, beyan sahteciliği sınırlı sayıdadır. Çünkü sahte beyan eklenebilmesi için çekin, bir takım unsurlarının hiç doldurulmamış olarak ele geçirilmiş olması gerekmektedir. Örneğin, “çek meblağı”, “lehtar ismi”, “keşide tarihi” veya “keşide yeri” gibi unsurların doldurulmamış olduğu bir çeki ele geçiren kişinin boş yerleri doldurması halinde, ilgili beyanın gerçek hak sahibince yapılmamış olması sebebiyle çekin sahteliğinden bahsedilebilecektir. Diğer yandan gerçekleşmesi muhtemel bir diğer beyan sahteciliği ise, (sahte) temsil beyanıdır. Nitekim çeki ele geçiren kişi, duruma göre kendisini keşideci, lehtar ya da cirantanın

⁶ İsviçre doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre ise, sahtelik ve tahrifatı birbirinden ayıran ana kriter *imzadır*. Buna göre imzanın gerçek olduğu bir çekte hiçbir zaman sahtelik söz konusu olmaz. Çekin boş kısımlarının keşidecinin iradesine aykırı bir şekilde doldurulması veya çek metninde değişikliklerin yapılmış olması durumlarında hep tahrifat söz konusudur. Buna karşılık imzanın sahte, yani bir başkası tarafından atılmış olduğu durumlarda ise sahtelik söz konusudur. Geçerli bir imzanın hukuka aykırı bir şekilde değiştirilmesi halinde de tahrifat değil, sahtelik söz konusu olacaktır. Peter Hürlimann, *Die Haftung für den aus der Einlösung falscher und verfälschter Checks entstandenen Schaden*, Diss., Zürich/Leipzig, 1928, s.20,21.

temsilcisi gibi göstermek amacıyla çeke sahte bir temsil beyanı ekleyebilecektir. Öte yandan, keşideci ya da cirantalardan birisi lehine aval verildiği görünümünün yaratılması amacıyla sahte aval beyanı ve hatta çekin muhatapça teyit edildiği kanısının uyandırılması amacıyla da sahte teyit beyanı eklenebilecektir. Dikkat edilecek olursa, gerek imzaların gerekse beyanların sahteliğine ilişkin tüm bu durumlarda, çekin ilgili kısımlarının boş olarak, yani ilgilisi tarafından hiç imzalanmamış veya hakkında hiçbir irade beyanında bulunulmamış olarak ele geçirilmiş olması gerekmektedir.

Tahrifatta ise durum tersine olup, daha önce gerçek yetkilisi tarafından çek üzerine konulan imza, unsur ve/veya beyanların, çek ilgililerinin tümünün rızası olmaksızın⁷ silme, kazıma gibi fiziksel veya bir takım kimyasal yollarla hukuka aykırı bir şekilde sonradan değiştirilmesi hali söz konusudur⁸. Bu anlamda keşideci, lehtar ya da ciranta adı, çek bedeli, keşide yer veya tarihi, kısacası çek üzerinde yer alan tüm unsur ve beyanlar tahrif edilip değişikliğe uğratılabilecektir. Tahrifatın hangi unsur veya beyanda meydana geleceği ise, failin çeki elde ediş şekline ve varmak isteği sonuca bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Çeki haksız olarak ele geçiren kişi, son hamilin ismini tahrif edip yerine kendi ismini yazabileceği gibi; ismi tamamen silip son cironun beyaz ciro olduğu görünümünü de yaratabilecektir. Özellikle son cironun beyaz ciro olduğu bir çeki ele geçirmesi halinde, ciro üzerine bir isim yazmak suretiyle çekin bu kişiye tam ciro ile devredildiği izlenimini yaratabilecektir⁹. Ayrıca emre yazılı bir çekte lehtarın isminin yanına “veya hamiline” ibaresini eklemek suretiyle de, çeki hamiline yazılı hale getirip, bedeli

⁷Çek üzerinde keşideci tarafından yapılan değişiklikler ile tüm çek ilgililerinin rızası üzerine yapılacak olan değişiklikler tahrifat sayılmayacaktır. Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C.I, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 1 (1989-1991), İstanbul,1992, s.21. Çünkü böyle bir değişiklikte amaç, sonradan ortaya çıkmış olan bir durumun çek üzerine yansıtılması olup, burada hukuka aykırı herhangi bir durum söz konusu değildir.

⁸ Zimmermann, **a.g.e.**, Rn.6, s.609; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.138; İnan, **a.g.e.**, s.34; Celâl Göle, **Çek Hukuku**, Ankara, 1989, s.149; Teoman, **(YTH-1)**, s.20; Tekil, **a.g.e.**, s.81; Ali Paşlı, “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, **İBD.**, C.74, S.7-8-9, 2000, s.650; Kendigelen, **(Çek)**, s.230.

⁹ Son cironun beyaz ciro olduğu bir çeki devralan kişi, esasen beyaz cironun üzerine isim yazmak suretiyle senedin tam ciro ile devredildiği görünümünü yaratabilecektir. Ancak bu işlemin, çeki haksız bir şekilde ele geçiren kişi tarafından yapılması halinde ise çekin tahrif edilmiş oluşundan bahsedilecektir. Çünkü bu halde, çek bedelinin senedin haklı hamiline ödeneceği yönünde senet üzerinde yansımış olan ciranta iradesinin, haksız bir şekilde sonradan değiştirilmesi ve çekin sanki bu kişi tarafından tam ciro ile devredildiği görünümünün yaratılması eylemi söz konusudur.

tahsil etme yoluna gidebilecektir¹⁰. Diğer yandan özellikle ibraz süresini (TK m. 708) geçirmiş olan hamil, çekin ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olması şartına bağlı olarak kendisine tanınmış olan imkanlardan faydalanabilmek amacıyla, çekin keşide tarihini ya da keşide veya ödeme yerini değiştirmek suretiyle, ibraz süresinin devam ettiğini görünümünü yaratabilecektir. Çekte meydana gelen tahrifat fiillerinin uygulamada en çok karşılaşılanı ise hiç kuşkusuz -çoğunlukla çek bedelinden daha fazla bir miktar elde etmek isteyen çek hamillerince icra edilen- çek bedelinin tahrif edilmesi halidir. Öte yandan, çek bedelinin hak sahibi olmayan kişilerce tahsil edilmesinin engellenmesi ve en azından bedeli tahsil eden kişinin kimliğinin kolayca tespit edilebilmesi amacıyla hizmet eden çizgili çeklerde ve mahsup çeklerinde, çizgiler ya da mahsup kaydı silinerek tahrifat meydana getirilebilecektir.

¹⁰ Söz konusu ibarenin çeke eklenmesi durumunda, çekin emre yazılı olduğu, yani çek bedelinin sadece belirtilmiş olan lehtar veya onun emrine ödeneceği yönünde çek üzerine yansımış olan keşideci iradesinin sonradan değiştirmesi hali söz konusu olacağından, yukarıda yapılan kavramsal açıklama kapsamında düşünüldüğünde, bunun bir tahrifat fiili olduğu sonucuna varılacaktır. Ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B, 2, b.

2. BÖLÜM

SAHTE VEYA TAHRİF EDİLMİŞ ÇEKTE DOĞAN SORUMLULUK

1. KISIM

GENEL OLARAK

§ 1. Yasal Düzenleme

Türk Hukuk sisteminde çek genel olarak, Ticaret Kanunumuzun 3. Kitabının “Kambiyo Senetleri” faslında, “Çek” başlığı altında (TK m. 692 – m. 735) ve ayrıca çekin işleyişiyle ilgili bazı problemleri gidermek amacıyla 1985 yılında kabul edilmiş olan “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanun (ÇekK)¹¹”da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler kapsamında sahte veya tahrif edilmiş çeki ilişkin yegâne hüküm, Ticaret Kanununun 724. madde hükmü¹² olup, ÇekK’da bu konu ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TK m. 724, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi halini yalnızca keşideci ile muhatap arasındaki ilişki açısından ele almış ve muhatabın böyle bir çeki ödemesi nedeniyle keşideci karşısındaki hukuki durumunu göstermiştir.

Bunun dışında, çekte gerçekleştirilen sahtecilik ve tahrifat eylemleri, failin cezai sorumluluğu açısından Türk Ceza Kanununda ayrıca düzenlemiştir. Buna göre, TCK m. 210 uyarınca sahtecilik (veya tahrifat) eylemlerinin emre ve hamiline yazılı çeklerde meydana gelmesi halinde “resmi evrakta sahtecilik” suçu; nama yazılı çeklerde meydana gelmesi halinde ise TCK m. 207 uyarınca, “özel evrakta sahtecilik” suçu oluşacaktır.

¹¹ RG.: 03.04.1985, No.: 18714. Sözü edilen kanun bundan sonra kısaca “Çek Kanunu” olarak anılacaktır.

¹² TK m. 724 hükmü, Ticaret Kanunu Tasarısının 812. maddesinde, hükmün getirdiği esas açısından herhangi bir değişiklik içermeksizin aynen yer almaktadır.

§ 2. Failin Sorumluluğu

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi neticesinde meydana gelen zarardan ötürü sorumlu olan asıl kişi, sahteliği veya tahrifatı gerçekleştirmiş olan faildir. Bu kişi, çeki haksız olarak ele geçirmiş üçüncü bir şahıs olabileceği gibi, bizzat lehtar veya cirantalar yahut haklı hamil dahi olabilecektir.

Çekin sahte veya tahrif edilmiş olması sebebiyle zarara uğrayan herkes, her zaman faile başvurabilecektir. Failin bu anlamdaki sorumluluğu genel olarak **haksız fiil**'e (BK m. 41 vd.) dayanacak ve bunun bir sonucu olarak da zarara uğrayanın, haksız fiil unsurları olan “failin **hukuka aykırı fiili**”, “bu fiil neticesinde meydana gelmiş bir **zararın** varlığı” ve “failin **kusuru**”nu ispat etmesi gerekecektir¹³. Bu bağlamda zarara katlanmak zorunda kalan keşideci veya muhatap (TK m. 724), bedelin ödenmemesi halinde çek hamili, ödenmesi halinde ise çeki yitirmiş olması dolayısıyla çek bedelini elde edemeyen¹⁴ ve ayrıca çek borçlusu sıfatıyla bedeli ödemek sorunda kalan kişi de (TK m. 730/I-b.13 göndermesiyle TK m. 638 uyarınca) faili haksız fiil hükümleri uyarınca takip edebilecektir¹⁵.

Öte yandan yetkisiz temsile ilişkin olarak, gerek (görünüşte) temsil edilen kişinin gerekse (yetkisiz) temsilcinin akitten ötürü sorumlu olmayacağını belirtildiği Borçlar Kanunu düzenlemesinden (BK m. 32 – m. 40) ayrılan TK m. 590 hükmü, kambiyo senetleri açısından yetkisiz temsile ilişkin istisnâi bir düzenleme getirmiştir¹⁶. Söz konusu hüküm uyarınca, hem yetkisiz temsilci hem de yetkisini aşan temsilci, yaptığı işlemde ötürü **bizzat** sorumlu olacaktır. Buna göre sahteliğin, sahte temsil beyanı eklenmek suretiyle gerçekleştirilmiş olması halinde fail, çekten

¹³ İnan, **a.g.e.**, s.102; Göle, **a.g.e.**, s.150; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s.476 vd.

¹⁴ Örneğin, çekin lehtar veya cirantalardan birisinin elinden rıza hilafına çıkmış olması ve bu kişilerin imzalarının sahte olarak atılması (veya isimlerinin altına sahte temsil beyanı konulması yahut ismin tahrif edilmesi) ve muhatabın bedeli ödemesi halinde, çeki yitiren bu kişiler zarara uğramış olacaklardır. Yine aynı şekilde çizgili çekin çalınıp çizgilerinin silinmesi ve bedelin tahsil edilmesi halinde de çeki yitirmiş olan kişi zarara uğramış olacaktır. İnan, **a.g.e.**, s.101.

¹⁵ Örneğin, keşideci imzasının sahte olması dolayısıyla çek bedelinin ödenmemesi ve bunun üzerine hamilin, kendisine müracaat etmesi sonucu çek bedelini ödemek zorunda kalan ciranta, faili haksız fiil hükümleri uyarınca takip edebilecektir.

¹⁶ TK m. 590: “*Temsile salâhiyetli olmadığı halde bir şahsın temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kimse, o poliçeden dolayı bizzat mesul olur ve poliçeyi ödediği takdirde temsil olunanın haiz olabileceği haklara sahip olur. Salâhiyetini aşan temsilci için dahi hüküm böyledir*”.

ötürü bizzat sorumlu olacaktır. Dolayısıyla sahte temsil durumunun varlığı durumunda, muhatabın ödeme yapmaması dolayısıyla çek bedelini elde edememiş ve zarara uğramış olan çek hamilinin, haksız fiil hükümlerinin yanı sıra faili (yetkisiz temsilciyi) doğrudan müracaat borçlusu sıfatıyla takip edebilme ve kambiyo senetlerine özgü takip yöntemi ile bedeli tahsil edebilme imkanı her zaman mevcuttur¹⁷.

Ancak çekin temsilen imzalanması farklı şekillerde olabilecektir. Fail, temsil ilişkisini belirten bir ibare altına bizzat kendi imzasını atabileceği gibi, temsile ilişkin herhangi bir kayıt eklemeksizin doğrudan temsil olunan kişinin adını kullanarak da çeki imzalayabilecektir¹⁸. Hatta sahte temsilci (fail) hayali bir şahsın adını kullanıp, çeki temsilen imzalayan kişinin o şahıs olduğu izlenimini dahi yaratabilecektir. Temsilcinin yetkili olması halinde, çeki keşidecinin imzasını kullanarak imzalamasının geçerli olacağı genellikle doktrinde kabul edilmekle beraber¹⁹; yetkisiz temsilcinin TK m. 590 uyarınca çekten ötürü bizzat sorumlu tutulabilmesi açısından durum tartışmalı olup, bu anlamda failin çek üzerine **kendi imzasını** atmış olmasının gerekip gerekmediği noktasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Özellikle “...bir şahsın temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye **imzasını** koyan kimse... (TK m. 590)” ifadesinden yola çıkan bir kısım yazar, maddenin uygulanabilmesi açısından temsilcinin, (sahte) temsil beyanı altına **kendi imzasını** atmış olması gerektiğini, yetkisiz bir kişinin başka bir ad altında kambiyo taahhüdünde bulunması halinde TK m. 590 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığını²⁰; zira temsilcinin temsil ilişkisini belirtmeksizin doğrudan temsil olunanın (veya hayali bir şahsın) adı altına onun imzasını atmış olması halinde kimliğinin belli olmayacağı, belli olsa bile **kendi imzası** olmadığı için sorumlu tutulamayacağını²¹ ileri sürmüşlerdir. Böyle bir

¹⁷ İnan, **a.g.e.**, s.102.

¹⁸ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.1, Rn. 15,16, s.117,118. Temsilcinin çeki imzalama şekillerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz.: Ünal Tekinalp, “Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar”, **Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar-Sempozyum, (14-16 Haziran 1976)**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1977, s.40 vd.

¹⁹ Alfred Hueck /Claus-Wilhelm Canaris, **Recht der Wertpapiere**, 12. neubearbeitete Auflage, München, 1986, s.59; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.8, Rn.6, s.144. Ayrıca bkz. Tekinalp, **(Temsil)**, s.41 dn.10 ve dn.11’deki yazarlar.

²⁰ Eugen Ulmer, **Das Recht der Wertpapiere**, Stuttgart/Berlin, 1938, s.180,181; Martin Stranz, **Wechselgesetz**, 14. Auf., Berlin, 1952, Art.8, Rn.8, s.72; Karayalçın, **(Ticari Senetler)**, s.49; İnan, **a.g.e.**, s.102; Naci Kınacıoğlu, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. bs., Ankara, 1999, s.125.

²¹ Halil Arslanlı, **Ticari Senetler Dersleri**, 3. bs., İstanbul, 1954, s.31.

yorumun hükmün koruma amacına aykırı düşeceği görüşünden hareket eden ve özellikle Alman doktrininde bir kısım yazar tarafından savunulan aksi yöndeki görüşe göre ise, temsilciymiş gibi hareket eden şahsın, yalnızca (görünüşte) temsil olunan şahsın ismini kullanarak imza atmış olması dahi TK m. 590 uyarınca sorumlu olması için yeterli olmalı ve temsilcinin ismi (kimliği) senetten anlaşılabilir nitelikte olmasa, hatta imza hiç olmayan (hayali) bir kişi veya medeni hakları kullanma ehliyeti olmayan bir kişinin adı ile atılmış olsa dahi²², hakkında TK m. 590 hükmü uygulanmalıdır²³. Zira imzalayanın senetten ötürü sorumlu tutulabilmesi için, senedi kendi gerçek ismiyle imzalamış olması şart değildir²⁴. Önemli olan imzanın *kendi el yazısıyla* atılmış olmasıdır ve bu noktada dikkate alınması gereken imzanın içeriği değil, imzalayan kişinin faaliyeti olmalıdır²⁵.

Son görüş taraftarlarınca, sahtelikten zarar gören kişilerin haklarının korunması amacına yönelik olarak yapılan tespitler, bizce de menfaatler dengesinin sağlanabilmesi açısından en uygun çözüm tarzıdır. Bu konuda ayrıca eklemek isteriz ki, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu senedi imzalama şekline göre farklı hükümlere tâbi kılmak ve böylece ona, bir takım kalem oyunları ile kendisini 590. madde sorumluluğundan kurtarma imkanını sağlamak, bizce her şeyden önce söz konusu madde düzenlemesi ile amaçlanan tedavül güvenliğinin gereği gibi sağlanamaması ve bundan zarar gören kişinin korumasız kalması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle son görüş taraftarlarının da haklı olarak belirledikleri üzere maddenin uygulanabilirliği, failin senedi imzalama şekillerinden bağımsız olarak ele alınmalı ve bu bağlamda failin kendi imzasını veya başka bir imza atmış olması ya da temsili gösteren bir ibareye yer vermemiş olması ve hatta hayali bir isim kullanmış olması halleri, dikkate alınmamalıdır. Aksine, temsilci gibi davranan şahsın iradesi ve bunun sonucu olarak icra ettiği faaliyet, yani imzanın onun kendi el ürünü olup olmadığına önem verilmelidir.

Peki acaba failin kendisini temsilci olarak göstermek yerine, doğrudan çek elinden çıkan keşidecinin veya hamilin imzasını taklit edip (sahte imza atıp), çekin

²² Hueck/Canaris, **a.g.e.**, §6 II 4c, s.59.

²³ Bernhardt Rehfeldt / Wolfgang Zöllner, **Wertpapierrecht**, 10. neubearbeitete Auflage, München, 1972, s.48; Hueck/Canaris, **a.g.e.**, §6 II 4b, s.59; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.8, Rn.6, s.144; Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s.408 vd.

²⁴ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.8, Rn.6, s.144.

²⁵ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.1, Rn.16 b, s.118.

bu kişilerce devredildiği görünümünü yaratması halinde, çeke eklemiş olduğu bu (sahte) imza dolayısıyla çek hukuku hükümlerine göre sorumlu kılınması mümkün müdür? Bu konuda da yine, yetkisiz temsilcinin temsil olunanın imzasını atması halinde olduğu gibi failin, senede kendi imzasını atmamış olduğu gerekçesi ileri sürülmek suretiyle, çek hukuku hükümleri uyarınca sorumlu tutulamayacağı ve dolayısıyla sorumluluğunun ancak genel hükümlere (BK m. 41 vd.) göre belirleneceği ileri sürülmektedir.²⁶ Bizim de isabetli bulduğumuz aksi yöndeki görüşe²⁷ göre ise, bir başka kişinin imzasını taklit etmek suretiyle söz konusu şahsın kambiyo taahhüdünde bulunduğu izlenimini yaratan kişinin de, özellikle tedavül güvenliği açısından çek hukuku hükümleri uyarınca sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir. Zira failin senedi imzalarken kendi imzasını ya da bir başka şahsın adını kullanmasının bir önemi yoktur. Önemli olan failin çeki imzalamış olmasıdır. Esasen burada yetkisiz temsilcinin çeki, temsil olunanın (ya da bir başka şahsın) ismini kullanarak imzalaması hali ile benzer bir durum mevcuttur. Tek fark failin, imzasını taklit ettiği kişinin senedi temsilcisi vasıtasıyla değil de bizzat kendisinin imzalamış olduğu izlenimini yaratmak istemesindedir. Nitekim neticede aynı sonucu doğuran fiillerin sübjektif unsurlarındaki (Subjektive Merkmal)²⁸ bu farklılık, mağdur olmuş kişiyi korumak için getirilmiş olan söz konusu maddenin uygulanmasına engel teşkil etmemelidir. Aksinin kabulü halinde ise faile, söz konusu maddenin elverişsiz sonuçlarından kurtulma imkânı tanınmış olacaktır ki, böyle bir sonuç her şeyden önce aşırı şekilciliğe kaçıp, tutarsız bir uygulama meydana getirecek olması dolayısıyla kabul edilmemelidir. Bu nedenlerden ötürü sonuç olarak, sahte imzasının varlığı halinde failin sorumluluğu açısından TK m. 590'ın

²⁶ Ulmer, **a.g.e.**, s.181; Stranz, Art. 69, Rn. 13, s.366; İnan, **a.g.e.**, s.101. *İnan*, failin ancak emre yazılı çeki yitiren kişinin imzasını taklit edip kendisini görünüşte gerçek hamil haline getirmesi ve daha sonra çeki *kendi gerçek imzasıyla* başkasına devretmesi halinde müracaat borçlusu sıfatını kazanacağını ileri sürmektedir. Yazara göre failin çek hukuku uyarınca sorumlu olabilmesi açısından çeke sahte imza atmış olması tek başına yeterli olmayacak, ayrıca çeki kendi imzasıyla bir başkasına devretmiş olması gerekecektir.

²⁷ Rehfeldt/Zöllner, **a.g.e.**, s.49; Hueck/Canaris, **a.g.e.**, §6 II 5, s.59,60; Peter Bülow, **Heidelberger Kommentar zum Wechselgesetz, Scheckgesetz und zu den Allgemeine Geschäftsbedingungen**, 2. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1995, WG. Art.7, Rn.10, s.53; Arthur Meier-Hayoz / Hans Caspart von der Crone, **Wertpapierrecht**, zweite überarbeitete Auflage, Bern, 2000, §4, Rn.47,48, s.93,94; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.8, Rn.6, s.144 ve ayrıca Art.7, Rn.2, s.1.34; Öztan, **(Kıymetli Evrak)**, s.419,420; Kınacıoğlu, **a.g.e.**, s.123; Reha Poroy / Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 16. Bası, Arıkan Basım-Yayım Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2005, N.211, s.132,133.

²⁸ Söz konusu kavram için bkz.: Hueck/Canaris, **a.g.e.**, §6 II 5, s.59,60.

kıyasen uygulanması, menfaatler dengesinin sağlanabilmesi açısından en uygun çözüm tarzı olacaktır.

§ 3. Fail Dışındaki Kişilerin Sorumluluğu

I) Genel Olarak

Sahte ve tahrif edilmiş çeklerde asıl sorumlu her ne kadar zarar doğuran eylemi gerçekleştiren fail olsa da, bu kişinin bulunamaması, bulunsa dahi ödeme gücünden yoksun olması, zorunlu olarak fail dışındaki kişilerin sorumluluğu bahsini gündeme getirir. Ancak burada adı geçen sorumluluk esasen, kişinin kendi zarar verici eylemlerinin sonucuna katlanması anlamına gelen gerçek manadaki sorumluluk değildir. Burada söz konusu olan, zararın asıl sorumlu tarafından giderilmemesi halinde kime ait olacağı meselesidir.

Meydana gelen zarardan ötürü kimin sorumlu olacağı meselesi, sahtelik veya tahrifatın meydana geliş şekli ve çekin muhatap tarafından ödenmiş olup olmamasına göre değişiklik gösterecektir.

II) Keşideci

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin **ödenmesi** halinde ilk etapta zarara uğrayacak olan kişi, sahtelik veya tahrifatın meydana geliş şekline bağlı olarak keşideci ya da çek elinden rızası hilafına çıkmış olan kişi/ciranta olacaktır. Keşidecinin zarara uğrayacağı haller ve buna bağlı olarak zararın keşideciye mi yoksa çeki ödemiş olan muhataba mı ait olacağı meselesi (TK m. 724), çalışmanın asıl konusunu teşkil etmesi sebebiyle bir sonraki kısımda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu nedenle burada yalnızca ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz²⁹.

Bankanın çek bedelini **ödememiş** olması ihtimalinde ise keşideci ilk etapta doğrudan bir zarara uğramayacaktır. Ancak, sahteliğin veya tahrifatın meydana gelmesine kusurlu davranışları ile sebebiyet vermiş olması durumunda, zarar görmüş olan diğer çek ilgililerine karşı haksız fiil hükümleri uyarınca sorumluluğu söz

²⁹ Bkz.: 2. Bölüm, 2.Kısım, § 2 ve § 3.

konusu olabilecektir³⁰. Örneğin keşidecinin bedel kısmını tahrifata elverişli şekilde doldurması ve çekin tedavülü esnasında bedelin tahrif edilerek yükseltilmesi durumunda; tahrifattan sonra çeki imzasını ilk koyan kişi tahrif edilmiş bedel dolayısıyla en son müracaat edilecek kişi olması dolayısıyla (TK m. 660), gerçek çek bedeli ile tahrif edilmiş çek bedeli arasındaki fark kadar zarara uğrayacaktır. Nitekim zarara uğrayan ciranta, söz konusu zararını tahrifatın meydana gelmesine kusuru ile sebebiyet vermiş olan keşideciden, haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilecektir.

III) Muhatap

1- Keşideciye Karşı

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin **ödenmesi** neticesinde zarara uğrayacak olan kişi, sahtelik veya tahrifatın meydana geliş şekline bağlı olarak keşideci ya da çek elinden rızası hilafına çıkmış olan kişi olacaktır. Keşidecinin zarara uğradığı haller ve buna bağlı olarak muhatabın keşideciye karşı sorumluluk esas ve kapsamı, çalışmanın esas konusunu teşkil etmesi sebebiyle burada yine yalnızca ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz³¹.

Muhatabın çek bedelini **ödememiş** olması halinde ise keşidecinin herhangi bir zararı doğmayacağı için, bu durumda muhatabın keşideciye karşı bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

2- Zarara Uğrayan Çek İlgilisine Karşı

A)- Genel Olarak

Muhatabın çek bedelini **ödememesi** halinde, bedeli elde edemeyen iyi niyetli hamil zarara uğrayacaktır. Ancak çekin sahte veya tahrif edilmiş olması nedeniyle bedeli tahsil edememiş ve dolayısıyla zarara uğramış olan söz konusu hamilin, muhatabın sorumluluğuna gitmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu durumda muhatabın ödeme yapmamasının sebebi, çekin sahte veya tahrif edilmiş olmasıdır ve muhatap zaten böyle bir çeki ödememe yükümlülüğü altındadır.

³⁰ Keşidecinin kusurlu sayılabilecek davranış tarzları hakkında ayrıntılı bir açıklama için bkz.:2. Bölüm, 2. Kısım, § 3, II, 1, D.

³¹ Bkz.: 2. Bölüm, 2.Kısım, § 2 ve § 3.

Muhatabın böyle bir çeki **ödemesi** halinde ise zarara uğrayacak olan kişi (keşideci dışında) çek rızası hilafına elinden çıkmış olan kişi, yani çek bedelini elde edemeyen haklı hamil olacaktır. Böyle bir durumda muhatap, çekin sahte veya tahrif edilmiş olduğunu fark etmede kusurlu olması şartıyla, çek bedelini elde edememiş olan kişiye karşı sorumlu olacaktır. Muhatabın söz konusu çek ilgilisi ile arasında akdi bir ilişki ya da kambiyo ilişkisi bulunmaması (TK m. 696) sebebiyle, buradaki sorumluluğu haksız fiilden kaynaklanacaktır³².

Peki acaba muhatabın zarar gören çek ilgisine karşı haksız fiil hükümleri uyarınca söz konusu olan sorumluluğun belirlenmesinde, “**hilesi** ya da **ağır kusuru** olmaksızın senedi ödeyen kişinin sorumluluktan kurtulacağını” öngören TK m. 558/II veya TK m. 622/III hükümlerinin uygulanması söz konusu olacak mıdır? Kıymetli Evrak’ın “Umumi Hükümler” kısmında yer alan TK m. 558/II’nin açıkça “borçludan” bahsetmesi, buna karşılık muhatabın hiçbir zaman kambiyo borçlusu sıfatını kazanamaması; diğer yandan poliçeye ilişkin kısımda düzenlenmiş olan TK m. 622/III hükmüne, TK m. 730’da atıf yapılmamış olması, söz konusu hükümlerin çeklerde *doğrudan* uygulanma imkanını ortadan kaldırmıştır³³. Ancak çekte borçlu sıfatıyla dahi sorumlu olmayan muhatabın, borçlu açısından belirlenmiş olan sorumluluk kriterinden daha ağır şartlarla sorumlu tutulması adil olmayacağından; söz konusu hükümler muhatabın zarar gören çek ilgilisi karşısındaki sorumluluğunun belirlenmesinde *kıyasen* uygulanabilmeli³⁴ ve hilesi ya da ağır kusuru olmaksızın ödeme yapan muhatap, zarar gören çek ilgisine karşı sorumlu olmamalıdır.

Öte yandan, zararın meydana gelmesinde muhatabın yanı sıra zarara uğrayan çek ilgisinin de kusurunun bulunması, yani müterafık kusur halinin varlığı

³² “... TTK.’nın 713. maddesi muhatabın görevini saptamak yoluyla, kusurun belirlenmesinde yol gösterici bir nitelik taşır... Çekin muhatabı, kambiyo borçlusu sıfatını kazanamaz. Kambiyo borçlusu olmayan muhatap bankanın keşideciye karşı kambiyo ilişkisi dışında ve genel hükümlere, (çek anlaşmasından) doğan sözleşme borcu altındadır. Diğer çek ilgililerine karşı ise ancak haksız fiilden doğan sorumluluğu söz konusu edilebilir...” 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (A. Hulusi Gürbüz, **Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar**, 2. Baskı, İstanbul, 1985, s.859).

³³ Aksine, söz konusu hükümlerin çekte muhatap – hamil ilişkisinin belirlenmesinde *doğrudan* uygulanabileceği yönünde bkz.: Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.300; René von Büren, **La Responsabilité du Banquier Pour le Paiement des Chèques Faux ou Falsifiés**, Lausanne, 1939 s.128 veya “Chèques Faux ou Falsifiés”, **FJS**, N. 722a, s.1 (Tekil, **a.g.e.**, s.93 dn.119-naklen veya İnan, **a.g.e.**, s.116 dn.101-naklen).

³⁴ Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.107; İnan, **a.g.e.**, s.138; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1115; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art. 35, Rn. 1a, s.653.

durumunda, BK m. 44 uyarınca muhatabın zararı tazmin yükümlülüğü, zarar görenin kusuru oranında hafifleyecektir. Çek hamillerinin hangi davranışlarından ötürü kusurlu sayılacakları hususunda ise, ileride³⁵ keşidecinin kusurlu davranışları hakkında yapacağımız ayrıntılı açıklamalara paralel olarak çek yaprağının iyi saklanmaması, kaybolması veya çalınması halinde derhal keşideciyi (TK m. 711/III³⁶ uyarınca bankaya ödemededen men talimatı vermesi için) haberdar etmemesi gibi, zararın meydana gelmesinde etkili davranışlar sayılabilecektir.

B)-Muhatabın Kontrol Yükümlülüğü ve Kusurlu Sayılacağı Haller

Muhataba, ödeme yapmadan önce yerine getirmek zorunda olduğu bir takım görevler yüklemek suretiyle genel olarak sorumluluğunun belirlenmesinde yol gösterici rol oynayan TK'nın 713. maddesi, bu niteliği itibariyle muhatabın sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemesi dolayısıyla zarar gören çek ilgisine karşı sorumluluğunun belirlenmesinde büyük önem taşır³⁷. Burada kanun koyucu muhataba, emre yazılı bir çeki ödemededen önce ciro zincirinin düzenli olup olmadığını inceleme; herhangi bir kopukluğun bulunması halinde ise bedeli ödememe görevini yüklemiştir. Ciro zincirinin kopuk yani düzensiz olması, çekin hak sahibi olmayan kişilerce ele geçirildiğine dair bir kârine oluşturacak³⁸, dolayısıyla muhatabın böyle bir çeki ödememesi gerekecektir. Buna göre muhatap emre yazılı çeklerde, ciro zincirinin düzgün³⁹ olup olmadığını kontrol edecektir. Bu

³⁵ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 3, II, 1, D.

³⁶ Hemen belirtelim ki, çekin keşideci ya da ciralardan birisi elinden rıza hilafına çıkması halinde, keşideciye muhatabı ödemededen men yetkisi tanıyan TK m. 711/III düzenlemesi, Ticaret Kanunu Tasarısının son halinde (m. 799) kapsam dışı bırakılmıştır. Dolayısıyla söz konusu tasarının kanunlaşması halinde sözü edilen ödemededen men müessesesi, uygulama dışı kalacaktır. Eleştirisi için bkz.: Abuzer Kendigelen, **Makalelerim**, C.II, (2001-2006), Arıkan Basım-Yayın-Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2006, s.272 vd.

³⁷ "... TTK'nın 713. maddesi muhatabın görevini saptamak yoluyla, **kusurun** belirlenmesinde yol gösterici bir nitelik taşır..." 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (Gülbüz, **a.g.e.**, s.859).

³⁸ Tekil, **a.g.e.**, s.92; "Ciro silsilesinde kopukluk varsa, hamil yetkili sayılamaz." 12.HD., 30.01.1992, E.6641, K.711 (Gönen Eriş, **Açıklamalı - İctihatlı Uygulamalı Çek Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s.165).

³⁹ **Düzgün ciro zinciri** ile kastedilen, çeki her ciro eden kişinin bir önceki ciroda çek kendisine ciro edilen kişi olmasıdır. Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, N.131, s.128. Şöyle ki, ilk ciranta lehtardan başlayarak senedi elinde bulunduran son hamile kadar devam eden cirolardan ilki lehtarın imzasını, daha sonrakilerden her biri ise bir önceki cirodaki lehtarın imzasını taşımak suretiyle devam ediyorsa, ciro zincirinin düzgün olduğundan bahsedilecektir. Hayri Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 1990, s.612; Öztan,

bağlamda imzaların el ile atılmış olup olmadığı (TK m. 730/I-b.19 atfı uyarınca TK m. 668), kısmi cironun⁴⁰ ve özellikle çizilmiş ciroların var olup olmadığı incelenecektir.

Ciro zincirindeki çizilmiş cirolar, tahrifat şüphesi uyandırabilecek olması dolayısıyla özellik arz eder. TK m. 598/I/c.2'ye göre muhatap, ciro zincirindeki çizilmiş ciroları “yazılmamış” olarak kabul edecektir. Kimlerin ciroyu çizebileceği hususunda kanunda genel bir düzenleme bulunmamakla beraber, kural cironun hakkı olan kimse tarafından çizilmesidir⁴¹. Buna göre her ciranta senedi teslim etmeden önce kendi yaptığı ciroyu çizebileceği gibi⁴², TK m. 639/II (TK m. 730/I-b.13) hükmü uyarınca çeki ödemiş olan her ciranta da kendi cirosunu ve kendisinden sonra gelen borçluların cirosunu çizme yetkisine sahiptir. Ancak cironun, yapacağı çizme işlemi ile kendi hak sahipliğinde her hangi bir değişikliğe neden olan, mesela kendisini şeklen meşru hamil haline getiren kişi tarafından çizilmesi işlemi ise “tahrifat” sayılacaktır⁴³⁻⁴⁴. Bu durum, özellikle (tam ciroda) ciro beyanının çizilmiş olmasına rağmen, altındaki imzanın çizilmemiş olması halinde, çizilmeden bırakılmış olan imzanın akıbetinin ne olması gerektiği tartışmasında önem arz etmektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca çizilmeden bırakılmış olan

(**Kıymetli Evrak**), s.1113. İmzalardan bir ya da birkaçının sahte olması veya temsilci sıfatıyla imzalayan kişinin yetkisiz olması ise, şeklen düzgün olan ciro zincirinde kopukluk meydana getirmeyecektir. Arslanlı, **a.g.e.**, s.110; Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.141,142; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.35, Rn.1a, s.653. Dolayısıyla muhatapın ciro zincirinin dış görünüş itibarıyla düzgünlüğünü incelemesi yeterli olacak ve şeklen düzgün olan ciro zincirine dayanarak ödeme yapmış olan muhatap, -lehtar veya ciranta imzalarından bir ya da bir kaç sahte olsa dahi- meydana gelmiş olan zarardan ötürü sorumlu olmayacaktır.

⁴⁰ “Kısmi ciro geçersizdir. İki lehtardan birinin cirosu ile poliçe, bono veya çekteki hak hamile geçmez”. 11.HD., 04.03.1992, E.1843, K.2450 (Eriş, (2004), s.151); 12.HD., 08.03.1988, E.87/4298, K.88/2705 (YKD., C.14, S.7, s.952).

⁴¹ Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.258, s.155,156.

⁴² Hayri Domaniç, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, 1975, s.70; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.258, s.155,156.

⁴³ Bumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.16, Rn.5, s.197; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.258, s.156; Abuzer Kendigelen, **Çek Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Arıkan Basım-Yayım-Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2006, s.173,174.

⁴⁴ Doktrinde Arslanlı [**a.g.e.**, s.109]ve İmregün [Oğuz İmregün, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Filiz Kitabevi, 13. bs., İstanbul, 2005, s.553] tarafından ileri sürülen “hamilin silsileyi düzgün hale getirmek amacıyla cirolardan bir ya da bir kaçını silebileceği” yönündeki görüşün eleştirisi için bkz.: Kendigelen, (**Çek**), s.174. Kanaatimizce de çek hamiline böyle bir imkan tanınması, çeki ele geçiren kötü niyetli kişilere ciro zincirinde oynama yapmak suretiyle, çeki kendi lehlerine kullanılabilir hale getirme imkanı tanımak anlamına gelir ki, böyle bir sonuç kanun koyucunun amacına tamamen aykırıdır.

imza “beyaz ciro” olarak kabul edilebilecektir⁴⁵. Bizim de taraftar olduğumuz bir diğer görüş⁴⁶, ve Yargıtay uygulaması⁴⁷ ise çizilmeden bırakılmış olan imzanın beyaz ciro olarak kabul edilemeyeceği yönündedir. Maddedeki “cironun çizilmesi” kavramının, cironun bir bütün olarak, yani hem ciro kaydının hem de imzanın çizilmesi olarak algılanması, özellikle çeki ele geçiren kötü niyetli kişilere son cirodaki ciro beyanını çizip çeki beyaz ciro ile iktisap ettiği görünümünü yaratma imkanının verilmemesi açısından bir zorunluluktur. Aksinin kabulü halinde, senedi herhangi bir şekilde ele geçirmiş olan kötü niyetli kişi son cironun yalnızca üst kısmını (ciro kaydını) çizip imzayı bırakarak, çekin beyaz ciro ile kendisine devredilmiş olduğu görünümünü kolaylıkla yaratabilme imkanına sahip olacaktır. Ancak böyle bir sonuç, kanun koyucunun bizzat kendi düzenlemesi ile söz konusu tahrifata imkan tanınması, hatta bir bakıma sahtekârı bu yönde teşvik etmiş olması anlamına gelir ki, bizce bu durum söz konusu düzenlemenin amacına tamamen aykırı ve kabulü mümkün olmayan bir uygulama meydana getirir. Dolayısıyla muhatabın böyle bir durumda zincirin düzgün olup olmadığını incelerken hem çizilmiş ciro kaydını hem de altındaki imzayı yok sayması; bu noktada bir kopukluğun bulunması halinde ise bunun tahrifat sonucu meydana gelmiş bir durum olabileceğinden şüphelenerek bedeli ödememesi gerekecektir. Aksi taktirde, çek bedelini elde edemeyerek zarara uğrayan cirantaya karşı sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Çekin nama yazılı olması halinde ise muhatap, temlikname zincirinin düzgün olup olmadığını inceleyecektir. Burada düzgün temlikname zinciri ile kastedilen ise, temliknamelerin geçerli olmasının yanı sıra imzalar arasında bir teselsülün

⁴⁵ Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.143; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art. 16, Rn.5, s.197.

⁴⁶ Gürbüz, **a.g.e.**, s.293; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.258, s.155,156; Murat Alışkan, **Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro**, Yaylın Yayıncılık, İstanbul, 1998, s.158,159; Kendigelen, (**Çek**), s.174; Hasan Pulaşlı, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. bs., Karahan Kitabevi, Adana, 2004, s.123,124; İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, m.(420-815)**, 4. bs., Beta Basım-Yayım-Dağıtım AŞ., İstanbul, 2004, s.1836. Ancak *Pulaşlı* ayrıca bir istisna getirerek cironun ciranta tarafından çizilmesi ve daha sonra aynı ciranta tarafından (cironun kendisi tarafından çizilmiş olduğunu belirtmek amacıyla) imzalanması halinde, çizilmeyen imzanın beyaz ciro olarak kabul edilebileceğini, zira burada kötü niyetli olarak çizme oyunlarının söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir ki, bu görüşe katılma imkanı bulamıyoruz. Çünkü ciro beyanını çizerek tahrif eden ve böylece çekin beyaz ciro ile kendisine devredilmiş olduğu görünümünü yaratmak isteyen kimse, ciroyu çizip tahrif ettikten sonra cirantanın imzasını taklit etmek suretiyle de aynı sonuca varabilecektir.

⁴⁷ 12.HD., 19.04.1979, E.3473, K.3664 (YKD., 1980, S.9, s.1255); TD., 12.12.1933, E.5070, K.2804 (Doğanay, **a.g.e.**, s1825).

bulunması, yani kendisine alacağın temlik edildiği kişinin bir sonraki temliknamede temlik eden durumunda bulunmasıdır⁴⁸.

Hamiline yazılı çeklerde ise muhatabın sorumluluğu oldukça hafifletilmiştir. Çünkü hamile yazılı çeki elinde bulunduran kişinin çekin maliki ve çek bedelini talep etmeye yetkili kişi olduğu varsayılır⁴⁹. Peki acaba muhatap, böyle bir çekin ibrazı halinde ödeme yapmadan önce hamilin kimliğini tespit etmeli midir; yani bu husus bankanın kontrol görevi kapsamında değerlendirilebilecek midir? Emre ve nama yazılı çeklerde, çeki ibraz eden kişinin çek üzerinde (şeklen) hak sahibi olarak gözüken kişi olup olmadığının anlaşılabilmesi açısından, hamilin kimliğinin incelenmesi bir gerekliliktir⁵⁰. Ancak hamile yazılı çeklerde senedin zilyedi olan kişinin meşru hamil olduğu varsayılmak gerektiğinden, muhatabın ayrıca hamilin kimliğini kontrol etme yükümlülüğünün var olup olmadığı hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Muhatabın hamiline yazılı bir çeki ibraz eden kişinin kimliğini tespit etme yükümlülüğünün olmadığı yönündeki görüşe göre, kanun koyucunun çeki hamiline düzenleme imkanı tanımaktaki amacı, hamilin kimliğinin gizli kalmasını ve çekin anonimliğini sağlamaktır. Bu nedenle de böyle bir çekin kimin tarafından ibraz edildiğinin incelenmesi çek kullanımının yaygınlaşmasına engel olacaktır⁵¹. Diğer taraftan zaten keşidecinin hamiline bir çek düzenleme yolunu seçmesi, bankanın hamilin kimliğini tespit etmeden ödeme yapmasını önceden kabul ettiğinin bir göstergesidir⁵².

Aksi yönde ileri sürülen görüşe⁵³ göre ise, muhatabın hamilin kimliğini tespit etmesi, nama ve emre yazılı çeklerde olduğu gibi hamilin alacaklı olup olmadığını tespit için değil; herhangi bir hukuki ihtilafın örneğin çek üzerinde gerçekleşmiş olan

⁴⁸ Ruth Erica Habicht, **Der Checkvertrag und das Checkrecht**, Diss., Winterthur, 1956, s.40; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.79, s.68.

⁴⁹ Karayalçın, **(Ticari Senetler)**, s.33.

⁵⁰ Göle, **a.g.e.**, s.143,144; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, 106; Kendigelen, **(Çek)**, s.194.

⁵¹ Kalpsüz, [Nurkut İnan / Serpil Kıvanç, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I**, Ankara, Ocak 1984, (Tartışmalar)], s.166. Ayrıca bkz.: Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.108 vd. Hamiline yazılı senetlerde borçlunun hamilden kimlik isteyemeyeceği, kimlik ibrazında ısrar etmesi halinde ise borçlunun temerrüde düşeceği yönünde bkz.: Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.122, s.86,87.

⁵² Seza Reisoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek**, Gözden Geçirilmiş 3. bs., Ankara, Haziran 2003, s.239,240; Öztan, **(Kıymetli Evrak)**, s.1205.

⁵³ Domaniç, **(Kıymetli Evrak)**, s.462; Göle, **a.g.e.**, s.143,144.

bir sahtelik fiilinin vukuunda, failin takip edilebilmesi ve muhatabın böyle bir halde keşideciye karşı sorumlu olmaması açısından söz konusudur.

Yargıtay da konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlarında⁵⁴ muhatabın, hamiline yazılı bir çeki ibraz eden kişinin kimliğini tespit etmesi gerektiğini belirtmiş ve özellikle bir kararında⁵⁵ hamile yazılı ve sahte imzalı veya çalınmış olan bir çeki hamilin kimliğini saptamadan ödeyen bankayı, (724. madde açısından) kusurlu bulmuştur. Bizce de gerek Yargıtay gerekse ikinci görüş taraftarlarının belirttiği gibi bankanın, hamiline yazılı çeklerde çeki ibraz edenin kimliğini tespit etmekle yükümlü olduğunu kabul etmek, özellikle sahtekârlık nedeniyle mağdur olan çek ilgililerini daha fazla mağdur etmemek açısından son derece yerinde olacaktır. Zira hamiline çek düzenleme alışkanlığının ve bu arada çek sahtekârlıklarının oldukça yaygın olduğu ülkemiz koşullarında, özellikle sahtekârlık nedeniyle uğranılan zararın başka türlü giderilme imkanının olmadığı hallerde, zarara uğrayan kişiye en azından suçlunun kim olduğunu bilme ve bu sayede onu dava yoluyla takip etme imkanının tanınması, her şeyden önce MK. m. 2'nin bir gereği ve bu bağlamda muhatabın yerine getirmek zorunda olduğu bir özen borcudur. Özellikle TK m. 20/II uyarınca muhatap açısından söz konusu olan “basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü”, muhatabın bu tarz çeklerde meydana gelebilecek olan sahtelik ve tahrifat rizikosuna karşı bir önlem olarak, ödeme yaptığı kişinin kimliğini tespit etmesini zorunlu hale getirmektedir⁵⁶. Ayrıca belirtmek isteriz ki aksi yönde görüş bildiren yazarların, kanun koyucunun çeki hamiline düzenleme imkanı tanımaktaki amacının, hamilin kimliğinin gizli kalmasını sağlamak olduğu yönündeki gerekçelerine katılmıyoruz. Çünkü çekin hamiline düzenlenebilmesindeki amaç her şeyden önce, bir ödeme aracı olarak çekin piyasada kolayca tedavül edebilmesini ve para gibi devredilebilmesini sağlamaktır. Oysa kanun koyucunun sağladığı bu kolaylığın, sahtekârlara kimliklerini saklı tutma imkanı tanıma sonucunu doğuracak şekilde yorumlanması, kötü niyetli kullanımların bizzat kanun koyucu tarafından himaye altına alınması gibi bir sonuç meydana getirecektir.

⁵⁴ 11.HD., 26.04.1982, E.1982, K.1948 ve 11.HD., 17.11.1981, E.4528, K.4880 (â/Kıvanç, **a.g.e.**, s.161).

⁵⁵ 11.HD., 25.02.1981, E.817, K.743 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.161).

⁵⁶ Aksi yönde görüş için bkz.: Reisoğlu, **a.g.e.**, s.239.

Uygulamada bankaların, gerek ödenen çekin sahte veya tahrif edilmiş olması ihtimalinde yüklenmek zorunda oldukları zarar (TK m. 724) nedeniyle söz konusu hamile rücu edebilmeleri, gerekse yaptıkları ödemeyi belgeleyebilmeleri (TK m. 730/I-b.8, TK m. 621) açısından, genellikle çekin arkasına ibraz edenin imzasını almak suretiyle hamilin kimliğini tespit ettikleri görülmektedir. Nitekim 4814 sayılı kanunla Çek Kanununda yapılan değişiklik ile kanun koyucu ÇekK m. 4/II'de muhataba, ödeme yapacağı hamilin kimliğini saptama yükümlülüğünü getirmiş ve böylece her türlü çek açısından hamilin kimliğinin saptanması, kanuni bir zorunluluk halini almıştır. Ancak muhatabın söz konusu görevini yerine getirmemesinin yapılan ödemenin geçerliliğini etkilememesi ve yalnızca ÇekK m. 15'te belirtilmiş olan cezai müeyyidenin uygulanmasını gerektirecek olması⁵⁷ nedeniyle, söz konusu kanuni düzenleme muhatabın hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde etkili olamayacak ve dolayısıyla da yukarıda belirttiğimiz şekilde muhatabın bu anlamdaki sorumluluğunun MK m. 2 ve muhatabın kontrol yükümlülüğü kapsamında temellendirilmesi gerekecektir.

IV) Hamil

Bankanın çek bedelini **ödememesi** halinde, bedeli elde edemeyen hamil zarara uğrayacak ve söz konusu zararını faile başvurmak dışında, kambiyo ilişkisine dayanan müracaat hakkını kullanmak suretiyle giderebilecektir. Bu durumda hangi çek ilgisinin ne şekilde sorumlu olacağı ise, sahtelik veya tahrifatın meydana geliş şekline ve müracaat hakkı kurallarına göre belirlenecektir.

Çek bedelinin **ödenmesi** halinde ise hamilin bir zararı doğmayacaktır. Ancak bu sefer hamil, keşidecinin bedeli iade talebiyle karşılaşabilecektir. Peki acaba senet üzerindeki iradesi sahte olan keşideci, kendisinin düzenlemediği böyle bir çek dolayısıyla ödenmiş olan meblağı hamilden geri alabilecek midir? Bu noktada hamilin iyiniyetli olmasının (TK m. 704) bir fonksiyonu olacak mıdır?

Keşideci imzasının sahte olduğu bir çekin iyiniyetli hamil tarafından bankadan tahsil edilmiş olduğu, bunun üzerine ise keşidecinin bedelin iadesi davası açmış olduğu bir olayda Yargıtay, senetteki sahtecilik definin mutlak defilerden

⁵⁷ Kendigelen, (Çek), s.217,218.

olduğunu, borçlunun bu defiyi MK m. 2 kuralları içerisinde iyiniyetli hamile de ileri sürebileceğini ve bu defiyi yapılan ödemenin istirdadı için dahi kullanabileceğini belirtmiştir⁵⁸. Yüksek mahkeme yine ilgili bir başka kararında, kambiyo senetlerinde sahtecilik definin iyiniyetli hamil de dahil olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilecek bir mutlak defî olduğundan yola çıkarak, ilk derece mahkemesince hamilin kötünietli olmadığı ya da iktisabında ağır kusuru bulunmadığı gerekçesiyle reddedilen (keşidecinin) çek bedini tahsil davasının kabul edilmesi yönünde karar vermiştir. Zira yüksek mahkemeye göre 724. maddede öngörülen düzenleme, sahte veya tahrif edilmiş çeklerin ödenmesi dolayısıyla muhatap bankanın üstlendiği sorumlulukla ilgili olup, bu madde hükmü içeriğinden imza sahteciliği halinde iyiniyetli hamillerin korunacağı sonucuna varılamayacaktır⁵⁹. Yargıtay, bu konuda vermiş olduğu en son tarihli kararında da yine keşidecinin senette sahtecilik def’ini iyiniyetli hamil dahil herkese karşı ileri sürebileceğini ve bu hakkını iyiniyetli hamil de dahil olmak üzere üçüncü şahıslara yapılan ödemenin istirdadı amacıyla da kullanabileceğini belirtmiştir⁶⁰.

Dikkat edilecek olursa tüm bu kararların hareket noktasını, keşidecinin sahip olduğu mutlak def’i hakkı oluşturmakta, buna karşılık iyiniyetli hamilin hakkını koruma amacına yönelik olarak düzenlenmiş olan 704. madde hükmünün varlığından dahi bahsedilmemektedir. Bizce bu uygulama, iyi niyetli hamilin çekin dış görünüşüne olan güvenini hiçe saymak suretiyle önemli bir hak ihlâlline neden olmaktadır. Çünkü TK m. 704 hükmünün açık düzenlemesi karşısında, çek bedelini tahsil etmiş olan hamilin çeki kötü niyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisapta ağır kusuru bulunduğu ispatlanamadığı taktirde, keşidecinin söz konusu çek bedelini hamilden geri alabileceğini kabul etmek bizce mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir kabul, senedi devralacak olan üçüncü kişinin, senette yazılı olan kayıtlara, başka bir deyişle senedin hukuki görünüşüne olan güvenini ve iyi niyetini korumak amacıyla düzenlenmiş olan 704. madde hükmünün vazediliş amacına aykırı olacaktır. Diğer yandan, çek bedelini tahsil etmiş olan iyi niyetli hamilden bedelin geri alınması,

⁵⁸ 11.HD., 06.03.2000, E.353, K.1902 (yayınlanmamış), karar için bkz.: Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.106, s.81.

⁵⁹ 11.HD., 31.05.1999, E.2769, K.4662 (Eriş, (2004), s.326.

⁶⁰ 11.HD., 06.03.2005, E.535, K.1902 (BATİDER, 2001, s.342 vd.). Kararın eleştirisi için bkz.:Kendigelen, (Çek), s.236.

işlem güvenliğine zarar verip, çekle yapılan ödemelere karşı şüpheyile bakılmasına neden olacağı gibi; özellikle hamilin, çek üzerinde imzası olan diğer sorumlulara karşı çek hukuku hükümleri uyarınca başvurma imkanının elinden alınması ve hamile, aralarındaki temel ilişkiye dayanarak sadece kendi cirantasına başvurabilme gibi bir kısıtlı imkan tanınması sonucunu doğuracaktır ki, bizce böyle bir uygulama her şeyden önce hamilin senedin dış görünüşüne olan güvenini korumasız bırakması ve adil olmayan bir netice meydana getirecek olması sebebiyle kabul edilemez. Ayrıca şunu da eklemeliyiz ki, böyle bir durumda kusursuz keşideci ile iyiniyetli hamil arasında bir kıyaslama yapılacak olursa, hamilin zararın meydana gelmesinde hiçbir fonksiyonu olmamasına rağmen, potansiyel olarak sahtelik eylemine her zaman maruz olabilme ihtimali olan çekin fiziksel olarak var olmasına ve dolayısıyla muhtemel bir sahteciliğin doğmasına neden olan esasen keşidecinin kendisidir. Dolayısıyla bu noktada hamilin menfaati, keşidecinin menfaatine tercih edilmelidir. Sonuç itibariyle bizce keşidecinin, çek bedelini tahsil etmiş olan hamile karşı sebepsiz iktisap davası açabilmesi için, 704. madde anlamında hamilin çeki iktisabında kötü niyetli olduğunu veya ağır kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir.

V)- Ciranta

Cirantanın sorumluluğu çek bedelinin gerçek hak sahibinden başka bir kişiye **ödenmiş** olmasından kaynaklanacaktır. Çekin lehtar ya da sonraki cirantalardan birisi tarafından yitirilmesi ve çeki ele geçiren kişinin çek bedelini tahsil etmesi halinde; çek rızası hilafına elinden çıkan ciranta, artık bedeli ne çek hukuku hükümleri uyarınca ne de temel ilişkiden kaynaklanan alacak hakkı uyarınca elde edebilecektir. Ancak ciranta, ödemede ağır kusuru ya da hilesi olan muhataba haksız fiil hükümleri uyarınca başvurabilecektir (TK m. 558/II, TK m. 622/III)⁶¹. Bunun dışında zararın, çekin yitirilmiş olması sebebi dışında bir nedenden ötürü, örneğin çek bedelinin tahrif edilmiş olması nedeniyle meydana gelmiş olması halinde ise, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunması şartıyla keşideciye karşı da haksız fiil hükümleri uyarınca başvurabilecektir.

⁶¹ Muhatabın zarar gören çek ilgisine karşı sorumluluğu ile ilgili olarak bkz.:2. Bölüm, 1. Kısım, § 3, III, 2, A.

Çek bedelinin **ödenmemiş** olması halinde ise, cirantanın zarara uğrayıp uğramayacağı ya da zararının ne olacağı, sahtelik veya tahrifatın meydana geliş şekline bağlı olarak, müracaat hakkı kuralları uyarınca tespit edilecektir.

2. KISIM

MUHATABIN KEŞİDECİYE KARŞI SORUMLULUĞU

§ 1. Muhatap İle Keşideci Arasındaki İlişki (Çek Anlaşması)

I) Karşılık ve Çek Anlaşması

Kanun koyucu TK m. 695/I'de çek keşide edilebilmesini, muhatabın elinde keşidecinin emrine tahsis edilmiş bir **karşılık** bulunması ve keşidecinin bu karşılık üzerinde çek keşide etmek suretiyle tasarruf hakkını haiz olacağına dair muhatap ile keşideci arasında açık veya zımni/örtülü bir **anlaşma** bulunması şartına bağlamıştır⁶².

Maddede sözü edilen karşılık, esasen keşidecinin banka nezdinde bulunan ve üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olduğu bir miktar paradır⁶³. Bu anlamda kişinin bir bankada hesabının bulunması ise, söz konusu hesap üzerinde, çek düzenlemek suretiyle tasarrufta bulunulabilmesi açısından tek başına yeterli

⁶² Hükümün ilk fıkrasında çek keşide edilebilmesinin ön koşulu olarak belirtilen bu şartlar, aslında pratikte çekin ödenmesi aşamasında önem kazanmakta ve göz önünde bulundurulmaktadır. Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.103; Kendigelen, (**Çek**), s.53. Çünkü TK m. 695/I'in son cümlesinde, bu hükümlere riayetsizliğin senedin çek olarak muteber olmasını engellemeyeceği açık bir şekilde dile getirilmiştir. Bu nedenle keşidecinin, karşılık ve çek anlaşması olmaksızın keşide ettiği çek hukuken geçerli bir çek vasfını haiz olacak; ancak ödeme aşamasında söz konusu şartlardan birisinin bulunmaması sebebiyle çek ödenmeyebilecektir.

⁶³ Bu paranın, söz konusu hesaba keşideci ya da bir başka kişi tarafından yatırılmış (veya havale edilmiş) olmasının bir önemi yoktur. Hueck/Canaris, **a.g.e.**, s.186. Keşidecinin ciro ve/veya teslim yoluyla devrettiği kıymetli evrak yahut muhatap bankadan olan alacağı ya da üçüncü bir şahsın muhatap bankada keşidecinin çekle tasarrufuna amade kıldığı para veya alacağın da karşılık kapsamında değerlendirilebileceği yönünde, keşidecinin muhatap banka nezdinde bulunan tüm değerlerini bu kapsama sokan görüş için bkz.: Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.102. Ayrıca karşılığın varlığından bahsedilebilmesi için mutlaka banka nezdinde keşidecinin kullanımına tahsis edilmiş bir miktar paranın bulunması şart değildir. Banka, keşidecinin çek kullanmak suretiyle üzerinde tasarruf edebileceği bir miktarı, kredi olarak keşideciye tahsis etmiş olabilir ki, bu kredi miktarı da karşılık kapsamında değerlendirilir. Hürlimann, **a.g.e.**, s.64; Peter Jäggi / Jean Nicolas Druey / Christoph von Greysers, **Wertpapierrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wechsel und Check**, Basel und Frankfurt am Main, 1985, s.270; Göle, **a.g.e.**, s.101; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1084,1085; Tekil, **a.g.e.**, s.25; Kınacıoğlu, **a.g.e.**, s.270; Mayer-Hayoz/von der Crone, **a.g.e.**, Rn.21,s.221; Kendigelen, (**Çek**), s.54. Kredi miktarı, tarafların iradesine bağlı olarak belli bir üst limitle sınırlı olabileceği gibi sınırsız da olabilir. Söz konusu kredi verme, uygulamada genellikle taraflar arasındaki cari hesap sözleşmesinin yapılması esnasında taraflarca kararlaştırılmaktadır. Diğer yandan böyle bir kredi ilişkisinin yokluğuna rağmen uygulamada, bankaların müşterilerini karşılıksız çek keşidesinin sonuçlarından kurtarmak amacıyla çek bedelini ödemek suretiyle karşılığı tahsis ettikleri de görülmektedir. Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.449, s. 263; 11. HD., 24.06.1983, E. 3125, K. 3302 (YKD., C.IX, S.10, s.1496).

olmayacaktır. Bunun için hesap sahibi ile muhatabın, hesap sahibinin söz konusu karşılık üzerine çek keşide etmek suretiyle tasarruf edebileceği, muhatabın ise söz konusu karşılık üzerine keşide edilen çekleri ödeyeceği hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir (TK m. 695/I). Keşideci (hesap sahibi) ile muhatap arasında akdedilen ve muhatap bankanın kendi nezdinde, keşidecinin emrine tahsis edilmiş olarak bulunan karşılık üzerine çekilmiş olan çekleri ödemeyi taahhüt ettiği söz konusu anlaşma, “çek anlaşması” olarak nitelendirilmektedir⁶⁴.

TK m. 695/I hükmü, söz konusu anlaşmanın **açık** veya **örtülü/zımni** şekilde yapılabileceğini belirterek, uyulması gereken herhangi bir şekil şartı (BK m. 11) öngörmemiştir⁶⁵. Ancak, her ne kadar çek anlaşmasının örtülü olarak yapılmasına imkan tanınmış olsa da, uygulamada genellikle bir bankada vadesiz tasarruf mevduatı hesabı açtırmak isteyen kişiye banka tarafından imzalatırılan (standart) sözleşme⁶⁶, çekle ilgili işlemler hakkındaki hükümleri, dolayısıyla da çek anlaşmasını ihtiva eder bir şekilde matbu olduğundan, müşterinin söz konusu sözleşmeyi imzalamasıyla birlikte çek anlaşması da mevduat hesabı sözleşmesinin bir eki olarak -yazılı şekilde- yapılmış olur ve banka talep edilmesi halinde ÇekK m. 3 gereğince bastırmış olduğu çek defterini müşterisine teslim ederek çek kullanımına olanak sağlar.

⁶⁴ Bu anlaşmanın, ilk defa **Georg Cohn** tarafından “çek anlaşması (Checkvertrag)” olarak nitelendirildiği bilinmekle beraber (Habicht, **a.g.e.**, s.10); söz konusu ilişkiyi belirtmek üzere “çek sözleşmesi” (Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.456, s.267) ve özellikle banka uygulamalarında “çek taahhütnamesi” gibi terimlerin kullanıldığı görülmektedir.

⁶⁵ Doktrinde, taraflar arasında yazılı olarak akdedilmiş bir çek anlaşması mevcut olmamasına rağmen, üzerine keşide edilen çekin banka tarafından ödenmesi, (Göle, **a.g.e.**, s.91) ya da yine yazılı bir anlaşma olmadan bankanın müşterisine çek defteri vermesi halleri, çek anlaşmasının örtülü olmasına örnek olarak gösterilmektedir: Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.283; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.102; Kınacioğlu, **a.g.e.**, s.267; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1089,1090. **Poroy/Tekinalp** ise, cari hesap açıldıktan sonra bankanın müşterisine çek defteri vermesi işleminin örtülü değil, tam tersine açık bir anlaşma olduğu görüşünü savunmaktadır. Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.456, s.267. **Kendigelen**, burada bir ayrım yapmakta ve her sözlü anlaşmanın her zaman örtülü olması gerektiği sonucuna varılamayacağını belirterek, matbu çek formlarının kullanıldığı hallerde, örtülü bir anlaşmanın var olup olmadığı hususunun, ancak tarafların bu husustaki “davranışlarının” incelenmesi neticesinde belirlenebileceğini belirtmiştir. Buna göre yazar, yazılı bir anlaşma olmamasına rağmen hesap sahibinin talebi (icap) üzerine bankanın, müşterisine çek defteri vermesi (kabul) halinde örtülü bir anlaşmanın varlığından bahsedilemeyeceğini; ancak hesap sahibin bu yönde bir talebinin olmamasına rağmen bankanın çek defteri göndermesi (icap) ve müşterinin çek defterini belli bir süre içinde iade etmemesi veya derhal kullanmaya başlaması (kabul) halinde anlaşmanın örtülü olacağını ifade etmiştir. Kendigelen, (**Çek**), s.58.

⁶⁶ “Banka Standart Sözleşmeleri” ile ilgili olarak bkz.: İbrahim Kaplan, **Banka Sözleşmeleri Hukuku**, C.I, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s.12,13.

Diğer taraftan, ÇekK m. 3 gereğince çek defteri bankalarca bastırılıp, her bir çek yaprağına çek hesabının bulunduğu şubenin adı, hesap numarası ve -4184 sayılı değişiklikten sonra bir de- hesap sahibinin vergi kimlik numarası yazılır. Bu şekilde üzerinde keşidecinin çek kullanmak suretiyle tasarrufta bulunabileceği hesap numarasının dahi yazılı olduğu çek defterinin keşidecinin eline geçmiş olması halinde, keşideci ile muhatap arasında bu konuda daha önceden anlaşılmış olduğu, yani bir çek anlaşmasının yapılmış olduğu açıktır⁶⁷. Bu nedenle, keşidecinin elinde banka tarafından bastırılmış çek yapraklarının (ÇekK m. 3) bulunması, ister açık ister örtülü olsun, keşideci ile muhatabın bu konuda daha önceden anlaşmış olmalarının bir kanıtıdır⁶⁸.

II) Tarafların Yükümlülükleri

Keşideci ile muhatap arasında çek bedelinin ödenmesi amacına yönelik olarak kurulmuş olan hukuki ilişki, her iki tarafın da borç altına girdiği akdi bir ilişkidir⁶⁹. Bu ilişkinin kurulmasıyla birlikte, taraflar arasında bir “borç ilişkisi” meydana gelmiş olur ve bu borç ilişkisi, her iki taraf açısından da yerine getirilmesi (ifası) ya da uyulması gereken bir takım yükümlülüklerin doğumuna sebep olur. Bunlar genel olarak “**asıl edim yükümlülükleri**” ve “**yan edim yükümlülükleri**” olmak üzere iki kısma ayrılır⁷⁰.

Asıl edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin konusunu oluşturan ve borçlunun alacaklı yararına borçlandığı, gerçekleştirmek zorunda olduğu bir menfaati, davranışı, yani söz konusu ilişkinin asıl amacını simgeleyen ve böylelikle somut borç ilişkisinin tipini belirleyen edim yükümleridir. Çek anlaşması uyarınca muhatabın, keşideciye karşı yerine getirmek zorunda olduğu asli yükümlülüğü, üzerine keşide edilmiş olan çekleri -karşılığın ya da kredinin varlığına ve miktarına bağlı olarak-

⁶⁷ Tekil, **a.g.e.**, s.17.

⁶⁸ Kendigelen, (**Çek**), s.69, dn.83.

⁶⁹ Habicht, **a.g.e.**, s.31; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1090.

⁷⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler**, C.I, 6. Baskı, İstanbul, 1998, s.28,29.

hak sahibi olan hamile ödemek⁷¹; keşidecinin asli yükümlülüğü ise, banka nezdinde yeterli miktarda karşılık bulundurmadır⁷².

“Özen gösterme borcu” olarak da adlandırılan yan edim yükümlülükleri ise asli yükümlülüklerin ifasına yardım eden; ifanın, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaate uygun bir şekilde, gereği gibi, tam ve doğru olarak yerine getirilmesini sağlamak amacına hizmet eden yükümlülüklerdir⁷³. Muhatabın çek anlaşması ile yüklenmiş olduğu özen gösterme borcu, asli yükümlülüğü olan ödeme edimini gerçekleştirmeden önce, çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığının (TK m. 724) ve çeki ibraz eden kişinin meşru hamil olup olmadığının kontrolüne (TK m. 713) ilişkindir. Çünkü muhatabın ödeme yetki ve yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, her şeyden önce keşidecinin, aralarındaki çek anlaşması gereğince bankadan aldığı çek yaprağını doldurup imzalamak suretiyle tedavüle çıkarmış ve böylelikle muhatabı ödeme yapması hususunda yetkilendirmiş olması gerekmektedir. Oysa, keşideciye aitmiş gibi görünen imzanın aslında keşideciye ait olmadığı (sahte olduğu) veya çek muhtevasının keşidecinin gerçek iradesini yansıtmadığı (bedelin tahrif edilmiş olması gibi) hallerde, keşidecinin muhatabı söz konusu çek bedelini ödemesi hususunda yetkilendirmiş olduğundan bahsedilemeyecektir⁷⁴. Bu nedenle de muhatap, çek bedelini ödeme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirebilmek için, ödeme yapmadan önce gerekli dikkat ve özeni göstermek suretiyle ibraz edilen çekteki imzanın gerçekten keşideciye ait olup olmadığı, çekin muhtevasının keşidecinin gerçek iradesini yansıtip yansıtmadığı ve bu arada senet metninde herhangi bir tahrifatın bulunup bulunmadığı, çekin süresinde ibraz edilip edilmediği

⁷¹ Habicht, **a.g.e.**, s.33,34; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1098; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.3a, s.510.

⁷² Keşidecinin banka nezdinde karşılık bulundurması edimi, sözleşmesel ilişki gereğince muhataba karşı yüklenmiş olduğu asıl yükümlülük olmakla beraber, esasen çek anlaşmasının tali muhtevasını teşkil eden bir edim niteliğindedir. Çünkü taraflar arası ilişki esasen, çek bedelinin muhatap tarafından ödenmesi gayesine hizmet etmektedir ve dolayısıyla da anlaşmanın asıl muhtevasını muhatabın yükümlülüğü, yani çekin ödenmesi edimi teşkil etmektedir. Habicht, **a.g.e.**, s.33; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1098.

⁷³ Rona Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkileri”, **MHAD**, 1968, S.3, s.118; Eren, (**BH-I**), s.29,30.

⁷⁴ Claus-Wilhelm Canaris, **Bankvertragsrecht**, (Erster Teil), 3. Auflage, Berlin, 1988, Rn.710, s.502; Bülow, **a.g.e.**, Rn.10, s.536; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1108; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.13, s.519.

gibi hususları inceleyip; şüphe uyandıran bir durumun varlığı halinde derhal keşideciye başvurmalı ve edindiği kanâate göre işlem yapmalıdır⁷⁵.

Çek anlaşmasının keşideciye yüklemiş olduğu yan yükümlülükler ise genel hatlarıyla, çek defterinin yetkisiz kişilerin eline geçmesine engel olacak şekilde muhafaza edilmesi, çekin keşidesi ve ayrıca devredilmesi aşamalarında gerekli bazı önlemlerin alınması gibi bir takım önleyici davranış tarzlarıyla, çekte meydana gelebilecek olan sahtelik ve tahrifat fiillerine engel olmaktır⁷⁶. Bu anlamda keşidecinin kötü niyetli kullanımlara engel olmak amacıyla çek defterinin muhafazasında gereken tüm özeni göstermesi, çeki sonradan meydana gelebilecek olan tahrifat fiillerine engel olacak şekilde düzenlemesi ve son olarak da bankayı her hangi bir sahtelik veya tahrifat fiilinin vuku bulmuş olması ihtimaline karşı uyarması fiilleri, keşidecinin bakaya karşı söz konusu olan özen gösterme borcunun gerektirdiği genel hareket tarzlarıdır.

§ 2. Muhatabın “Kusursuz (Objektif)” Sorumluluğu (TK m. 724)

I) Genel Olarak

Uluslararası alanda çek kullanımının yaygınlaşması, ülkelerin çekle ilgili mevzuatlarında birlik sağlamaları ihtiyacını doğurmuş ve bu konuda yoğun çalışmalar yapılmıştır. Nitekim 1931 yılında hazırlanan uluslararası nitelikli “Yeknesak (Tek Tip) Çek Kanunu Hakkındaki Cenevre Anlaşması (Genfer Abkommen)”, Kıta Avrupası sistemine tâbi birçok ülke tarafından kabul edilmiş⁷⁷ ve adı geçen “Yeknesak Çek Kanunu (Einheitliches Scheckgesetz)”, söz konusu ülkelerin çek hukuklarının temelini oluşturmuştur. Türk Ticaret Kanununun kıymetli evraka ilişkin hükümlerinin -bazı farklılıklar hariç- aynen alındığı mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun çeker dair hükümlerinin kaynağını da, esasen sözü edilen Yeknesak Çek Kanunu oluşturmaktadır. Söz konusu kanunun yapılmasına yönelik çalışmalar esnasında, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinden doğan zararın kime ait olacağı meselesinin, keşideci ile muhatap arasındaki ilişkiyi ilgilendirdiği ve

⁷⁵ Habicht, **a.g.e.**, s.37.

⁷⁶ Habicht, **a.g.e.**, s.34-36.

⁷⁷ Söz konusu anlaşma, ekleri, ihtirazi kayıtlar ve taraf devletler için bkz.: Schettler/Büeler, **Das Wechsel und Scheckrecht aller Länder- Handbuch für die Praxis**, C. I-III.

dolayısıyla da kambiyo ilişkisi dışında kaldığı gerekçesiyle, bu husus taraf ülkelerin serbest iradelerine yani iç hukuk düzenlemelerine bırakılmıştır⁷⁸ (EK-II, m. 19/II). Bu serbestiden yararlanan İsviçre Kanun Koyucusu da, böyle bir çekin ödenmesi neticesinde meydana gelecek olan zararın aidiyeti meselesini, OR Art. 1132 (“*Gefälschter Check*”) hükmü ile düzenlemiş ve söz konusu düzenleme, Ticaret Kanunumuzun 724. maddesinde, “*Sahte veya Tahrif Edilmiş Çek*” kenar başlığı ile çek hukukumuzda dahil edilmiştir. Sözü edilen hüküm uyarınca: “*Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur; meğer ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun*”⁷⁹.

Dikkat edilecek olursa hüküm, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi halinde ortaya çıkacak olan zararın fail dışında kime ait olacağı meselesini, **yalnızca keşideci - muhatap ilişkisi** açısından ele almış ve bu anlamda muhatapın böyle bir çeki ödemesi nedeniyle keşideci karşısındaki hukuki durumunu belirleyici bir sorumluluk esası getirmiştir. Ancak, her ne kadar hükmün ilk cümlesi, muhatapın tüm çek ilgililerine karşı sorumluluğunu düzenliyor gibi gözükse de, hükmün ilerleyen kısmında muhatapın sorumluluktan kurtulabilmesi açısından sadece keşidecinin sorumluluğundan bahsedilmiş olması, maddenin yalnızca keşideci - muhatap ilişkisi dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiş olduğunu göstermektedir.

II) TK m. 724’te Öngörülen Sorumluluğun Niteliği

1- Sorumluluğun Kaynağı Açısından

Bir borcun doğmasına, meydana gelmesine sebep olan olgular, diğer bir deyişle borçların kaynakları birbirinden farklı olabilir. Borçlar Kanunumuzun “Borçların Teşekkülü” başlığını taşıyan birinci bölümü, borç kaynaklarını: “Sözleşmeden Doğan Borçlar” (BK m. 1-40); “Haksız Muameleden Doğan Borçlar” (BK m. 41-60) ve “Haksız Bir Fiil ile Mal İktisabından Doğan Borçlar” (BK m. 61-

⁷⁸ Habicht, **a.g.e.**, s.36,67; Kalpsüz (Çelebican/Erem), **a.g.e.**, s.138; İnan, **a.g.e.**, s.103; Öztan, **(Kıymetli Evrak)**, s.1104; Tekil, **a.g.e.**, s.74.

⁷⁹ 724. madde metninde yer alan “keşideci” ve “bırakılan” kelimeleri, söz konusu hükmün Ticaret Kanunu Tasarısındaki karşılığı olan 812. maddesinde “düzenleyen” ve “verilen” olarak değiştirilmiştir.

66) olmak üzere üç ayrı kategori olarak belirlemiştir. Ancak bunların yanı sıra çeşitli kanunların değişik maddelerinde yer alan ve söz konusu bu gruplardan herhangi birisine dahil olmayıp, doğrudan kanun koyucu tarafından oluşturulmuş bir mükellefiyet olarak ortaya çıkan borçlar söz konusudur ki, bunlar kaynağını kanunun oluşturduğu ve “**Kanundan Doğan Borçlar**” olarak adlandırılan dördüncü bir borç kaynağı olarak karşımıza çıkarlar⁸⁰. Nitekim, TK m. 724’te muhatap açısından düzenlenmiş olan sorumluluk, Borçlar Kanunumuzda belirlenmiş olan borç kaynaklarından hiçbirisine uymayan, doğrudan kanun koyucunun iradesini yansıtan “**kanundan doğan**” bir sorumluluk esasıdır⁸¹. Zira kanun koyucu burada, kambiyo ilişkisi dışında kalan ve tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir alan olan keşideci - muhatap ilişkisine dışarıdan müdahale ederek, aslında keşideciye karşı yalnızca sözleşmesel ilişki (çek anlaşması) kapsamında sorumlu olan muhatabı, sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemesi ve bunun keşidecinin zararının doğmasına sebebiyet vermesi halinde uygulanacak olan özel bir sorumluluk esası ile yükümlü kılmıştır.

2- Sorumluluğun Türü Açısından

Hukuka veya borca aykırı bir fiille başkasına zarar vermiş olan bir kişinin söz konusu zarardan ötürü sorumlu olabilmesi, kural olarak “kusur” unun varlığı şartına bağlıdır. Bir başka deyişle, kişinin meydana gelmiş olan bir zarardan ötürü sorumluluğunun doğması için, sorumluluk hukukunun temel dayanağı olan “kusur ilkesi” gereğince zararın muhakkak söz konusu şahsın kusurlu bir eyleminden kaynaklanmış olması gerekmektedir⁸². Genel kural bu yönde olmakla beraber, özellikle son zamanlardaki teknolojik gelişmelere bağlı olarak artan zarar rizikosunu,

⁸⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.35 vd. Ayrıca karşı: Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s.33,34; Eren, **(BH-I)**, s.165 vd.

⁸¹ Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.1, s.609; Thomas Hippele (Heinrich Honsell / Peter Vogt / Rolf Watter), **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II : OR. Art. 530-1186**, Basel-Frankfurt am Main, 1993, Art. 1132, Rn.4, s.2267; Kalpsüz (Çelebican/ Erem), **a.g.e.**, s.139; İnan, **a.g.e.**, s.116,126; Ekrem Törüner, “Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekârlık ve Tahrifat (TTY m. 724)”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 1980, s.214; İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.156; Göle, **a.g.e.**, s.151,152; Gürbüz, **a.g.e.**, s.184; Domaniç, **(Şerh)**, s.841; Öztan, **(Kıymetli Evrak)**, s.1110,1111; Tekil, **a.g.e.**, s.74; Pashı, **a.g.m.**, s.655; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.362,363; Kendigelen, **(Çek)**, s.206. “...TK m.724’te söz konusu olan sorumluluk, muhatap açısından kusursuz ve **yasadan doğan bir sorumluluktur.**” 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.157,158 ya da Gürbüz, **a.g.e.**, s.859).

⁸² Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, Ankara, 1981, s.1; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.497; Eren, **(BH-I)**, s.19,20.

ayrıca modern dünyanın kaçınılmaz sonucu olan karmaşık yapıli ilişkilerin neden olduğu zarar oranının oldukça yüksek olması gibi sebepler, somut olayda hakkâniyetin gereği gibi sağlanması ve toplumun adalet duygusunun yeterince tatmin edilebilmesi açısından kusur sorumluluğu ilkesinin bazı durumlarda zayıflamasına neden olmuş, hatta bazen tamamen ortadan kalkarak “kusursuz sorumluluk” esasının uygulanması gereğini doğurmuştur. Nitekim, sahte veya tahrif edilmiş bir çekli ödeyen muhatapın keşideciye karşı sorumluluğunu konu edinmiş olan TK m. 724’te, muhatap açısından öngörölmüş olan sorumluluk esası, kusur ilkesinin bertaraf edildiği tipik bir “**kusursuz sorumluluk**” halidir⁸³. Buna göre muhatap, gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş olması ya da sahtelik veya tahrifatın anlaşılamayacak türden olması nedeniyle kusursuz olsa ve bu anlamda kusursuzluğunu ispat etse dahi, söz konusu sorumluluktan kurtulamayacaktır⁸⁴.

Kanun koyucunun sahte veya tahrif edilmiş bir çeklin ödenmesi neticesinde keşideci nezdinde meydana gelmiş olan zararı, (keşidecinin kusurunun bulunmadığı durumlarda - TK m. 724/son cümle) kusurlu olup olmadığını önemsemeksizin muhataba yüklemiş olmasının, yani bu noktada muhatap açısından kusursuz sorumluluk esasını benimsemiş olmasının temel dayanağı, hiç kuşkusuz **hakkaniyetin gereği gibi sağlanması** düşüncesidir. Bu düşünceye göre bir zarara kusuru olmaksızın sebep olan kimse, hakkaniyet gerektiriyorsa zararı tazmin etmeli veya mağdurla paylaşmalıdır. Burada özellikle zarara sebep olan (muhatap) ile mağdurun karşılıklı mali durumları göz önünde bulundurulmakta⁸⁵ ve zarar -kusuru olmasa dahi- ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafa yüklenmektedir. Bankaların ödeme gücünün müşterilerine oranla (çoğu zaman) daha yüksek olması, bunun yanı

⁸³ Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.1, s.609; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, Art. 1132, Rn.4, s.2267; Kalpsüz (Çelebican/ Erem), **a.g.e.**, s.139; İnan, **a.g.e.**, s.116,126; Törüner, **a.g.m.**, s.214; İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.156; Göle, **a.g.e.**, s.151,152; Gürbüz, **a.g.e.**, s.184; Domaniç, (**Şerh**), s.841; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1110,1111; Tekil, **a.g.e.**, s.74; Paslı, **a.g.m.**, s.655; Reisoğu, **a.g.e.**, s.362,363; Kendigelen, (**Çek**), s.231. “...TK m.724’te söz konusu olan sorumluluk, muhatap açısından **kusursuz** ve yasadan doğan bir sorumluluktur.” 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.157,158 ya da Gürbüz, **a.g.e.**, s.859); “...Muhatap bankanın 724. maddede öngörölen sorumluluğu **kusur aranmayan** bir sorumluluk olup, muhatap kusursuzluğunu ispat etse bile bu sorumluluktan kurtulamaz...” 11.HD., 23.03.1989, E.4814, K.1859 (Ertekin/Karataş, **a.g.e.**, s.210); 11.HD., 19.04.2001, E.1590, K.3376 (Eriş, (2004), s.326 vd.)

⁸⁴ “**TTK**’ nın 724. maddesine göre muhatap bankanın bu maddede öngörölen sorumluluğu kusur aranmayan bir sorumluluk olup, muhatap kusursuzluğunu ispat etse bile bu sorumluluktan kurtulamaz...” 11.HD., 23.03.1989, E.88/4814, K.89/1859 (Erdoğan Moroğu / Abuzer Kendigelen, **Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 8. bs., İstanbul, 2004, s.673).

⁸⁵ Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, Ankara, 1961, s.5.

sıra kendilerini bu gibi rizikolara karşı çok daha etkin bir şekilde koruyabilecek olmaları, zararın bankaların sorumluluğunda bırakılmasının haklı gerekçeleridir.

Kusursuz sorumluluk hallerinin bir diğer dayanağı olan **objektif özen yükümünün yerine getirilmemiş olması** düşüncesi ise, bankanın 724. maddede belirtilmiş olan zarardan ötürü sorumlu kılınmasının bir başka haklı gerekçesidir. Bu düşünceye göre, bir şey veya kişi hakkında kendisine yasal bir özen gösterme ödevi yükletilen kimse, bu ödevi yerine getirmezse, kusuru bulunmasa bile doğan zarardan sorumlu olmalıdır⁸⁶. Buna göre, çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığını inceleme hususunda objektif özen gösterme yükümlülüğü altına olan bankanın, sahteliği veya tahrifatı fark etmemesi, bir bakıma özen gösterme yükümünü yerine getirmemiş olmasının bir göstergesi olacak, dolayısıyla da böyle çeki ödemesi keşidecinin zararının meydana gelmesine sebep olacaktır. Gerçekten de keşidecinin kusursuz olduğu bir durumda, sahteliği veya tahrifatı fark etme olasılığı bulunan tek kişinin banka, yani çekin ibraz edildiği banka memuru olması; fakat aksine bankanın söz konusu çek bedelini ödeyerek kendi egemenlik alanı içinde engelleme imkanı bulunduğu zararın doğumuna sebebiyet vermiş olması, zarara katlanmasını gerektirecektir.

Netice itibarıyla muhatabın, 724. madde sorumluluğunun doğması için sonucun, yani zararın ortaya çıkması (ve ayrıca TK m. 724'ün uygulanabilmesi için gerekli diğer şartların bulunması) yeterli olmakta, dolayısıyla da muhatabın kusursuz olduğunu ispatlaması, söz konusu sorumluluktan kurtulmasını sağlayamamaktadır. Nitekim bu durum doktrinde⁸⁷, kavramsal “Sonuç Sorumluluğu” olarak nitelendirilmiştir ki, bizce de bu kavram muhatabın 724. maddede sözü edilen sorumluluğunu nitelendirmek açısından uygun olacaktır.

III) TK m. 724'ün Emredici Niteliği

724. maddenin emredici bir niteliğe sahip olup olmaması, aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı noktasında önem taşıyacaktır⁸⁸. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun XXIV - XXXIII kısımlarının revizyonuna ilişkin 21 Şubat 1928

⁸⁶ Tandoğan, (Mesuliyet), s.6.

⁸⁷ Domaniç, (Şerh), s.841.

⁸⁸ Ayrıca bkz.: 3. Bölüm, § 2.

tarihli Federal Meclis Komisyonu raporunda, 1132. (TK m. 724) maddenin emredici nitelikte bir kanun hükmü olmadığı ve banka ile müşterisinin, aralarında yapacakları bir anlaşma ile OR Art. 100/I'e (BK m. 99/I) aykırı olmamak şartıyla başka herhangi bir sorumluluk esası düzenleyebilecekleri belirtilmiştir⁸⁹. Nitekim gerek İsviçre gerekse Türk doktrinlerinde söz konusu hükmün emredici değil, düzenleyici karakterde bir hüküm olduğu çoğunluk tarafından kabul edilmektedir⁹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de konuya ilişkin kararlarında, söz konusu madde hükmünün düzenleyici/yedek karaktere sahip bir hüküm olduğunu açık bir şekilde dile getirmiştir⁹¹. Tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay ise, konuyla ilgili olarak bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında TK m. 724'ün emredici ya da düzenleyici bir hüküm olup olmadığı hususunda doğrudan bir nitelendirme yapmamıştır. Ancak yüksek mahkemenin özellikle son zamanlardaki “...*tarafkların hiç birinin kusurlu olmadığı hallerde, banka sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemenin sorumluluğundan kurtulamaz...*”⁹² ve “...*Bankanın iç ilişkilerini düzenleyen tamimler ve tarafklar arasında imzalanan taahhütname hükümleri, TTK'nın 724. maddesinde düzenlenen sorumluluk ilkelerini ortadan kaldıramaz...*”⁹³ şeklindeki kararları, 724. maddeye emredici bir nitelik tanıma eğiliminde olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır⁹⁴.

⁸⁹ Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.8, s.618; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.141. Bu son yazar tarihi “28 Şubat” olarak göstermiştir ki, esasen “21 Şubat”tır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunun ilgili kısmının revizyonuna ilişkin olarak 1919 tarihinde **Hueber** ve 1923 tarihinde **Hoffmann** tarafından iki taslak hazırlanmış olup, 1132. madde hükmü ikinci taslağın aynen kabul edilmiş halidir. İsviçre Kanun Koyucusu, Yeknesak Çek Kanunu hakkındaki Cenevre Anlaşmasının tasdikine ilişkin uyum yasası müzakerelerinde, ikinci taslağın sorumluluk esası açısından birinci taslakla aynı olduğu fakat, söz konusu hükme emredici nitelik tanımayı reddettiğini belirtmek suretiyle, 1132. maddenin emredici değil düzenleyici bir niteliği sahip olduğunu belirtmiştir. Habicht, **a.g.e.**, s.67-70.

⁹⁰ Habicht, **a.g.e.**, s.70; Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.8, s.618; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, OR. Art. 1103, N.III, Rn.6, s.2267; Jäggi/Druey/von Greysers, s.274; Meier-Hayoz/von der Crone, **a.g.e.**, Rn.11, s.224,225. Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.300; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.141; İnan, **a.g.e.**, s.139,140; Göle, **a.g.e.**, s.153; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1116; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.488, s.288; Tekil, **a.g.e.**, s.23,75; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.369; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.229; Eriş, (**2004**), s.321; Kendigelen, (**Çek**), s.232,233. Aksi yönde görüş için bkz.: Törüner, **a.g.m.**, s.218. Ayrıca hükmün şu anki mevcut haliyle emredici nitelikte olmadığını kabul etmekle beraber, keşidecinin yeterince korunabilmesi açısından söz konusu hükmün emredici hale getirilmesi gerektiği görüşü için bkz.: Von Büren, **a.g.t.**, s.170 (Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.301 dn.70- naklen); İnan, **a.g.e.**, s.139,140; Hamdi Yasaman, “Çek”, **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1997, s.230; Paşlı, **a.g.m.**, s.669.

⁹¹ BGE 122 III 26,32; BGE 108 II 314, 316; BGE 122 III 373.

⁹² 11.HD., 19.04.2001, E.1590, K.3376 (Eriş, (**2004**), s.326-328).

⁹³ 11.HD., 05.06.2003, E.13371, K.5992 (Eriş, (**2004**), s.329).

⁹⁴ Ayrıca bkz.: 3. Bölüm, § 2.

IV) TK m. 724'ün Uygulanma Şartları

1 – Genel Olarak

TK m. 724 uyarınca: “ **Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemiş** olmasından doğan **zarar** muhataba ait olur; meğer ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun”. Buna göre muhatabın keşideciye karşı, sahte veya tahrif edilmiş bir çek dolayısıyla sorumlu olabilmesi için, **i.** ödeme neticesinde keşidecinin zarara uğramış olması, **ii.** muhatabın söz konusu çek bedelini ödemiş olması ve **iii.** çekin sahte veya tahrif edilmiş olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Şimdi bu şartları teker teker inceleyelim:

2 - Keşidecinin Zarara Uğramış Olması

Kanunu koyucu 724. madde gereğince muhatabın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmesi neticesinde bir “**zararın**” doğması gerektiğini belirtmiş, fakat bunun “kimin zararı” olduğunu açık bir şekilde dile getirmemiştir. Bu nedenle de hükmün uygulama alanının kesin bir şekilde belirlenebilmesi açısından, muhatabın sorumluluğunun kime karşı olduğunun, diğer bir deyişle hangi çek ilgisinin zararından ötürü sorumlu tutulabileceği hususunun belirlenmesi son derece önemlidir.

Hükmün ilk cümlesinin ifade ediliş tarzı her ne kadar muhatabın sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemesi neticesinde meydana gelecek olan her türlü zarara katlanması gerekeceği gibi bir izlenim uyandırır da, geri kalan kısımda muhatabın sorumluluktan kurtulması ile ilgili olarak sadece “**keşidecinin kusurundan**” bahsedilmiş olması, söz konusu hükmün yalnızca keşideci – muhatap arası ilişkiye yönelik olarak sevk edilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak da muhatabın, söz konusu madde dolayısıyla sadece keşideci nezdinde meydana gelecek olan zarardan ötürü ve yalnızca keşideciye karşı sorumlu tutulabileceğinin açık bir göstergesidir⁹⁵.

⁹⁵ Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, Art.1132, Rn.1, s.2266,2267; Tekil, **a.g.e.**, s.74. İnan, **a.g.e.**, s.117 vd.; Törüner, **a.g.m.**, s.207; Göle, **a.g.e.**, s.150,151; Gürbüz, **a.g.e.**, s.186; Paslı, **a.g.m.**, s.636; Kendigelen, (Çek), s.228. Aksi yönde, yani hükmün sadece keşideci-muhatap ilişkisi içinde değil, cırantalar açısından da uygulanabileceği yönünde bkz.: Kalpsüz, [İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, (Tartışmalar)], s.166, ayrıca bkz.: Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.138 vd.

Dolayısıyla, sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödeyen muhatabın 724. madde uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu ödeme neticesinde mutlaka keşideci nezdinde bir zararın doğmuş olması gerekmektedir. Bu itibarla “keşidecinin zararının doğmuş olması” olgusu, muhatabın 724. madde sorumluluğunun doğması için gerçekleşmesi gereken ilk şarttır.

3- Çek Bedelinin Muhatap Tarafından Ödenmiş Olması

Muhatabın, TK m. 724 gereğince sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için gerekli bir diğer şart ise, sahte veya tahrif edilmiş çekin muhatap tarafından ödenmiş olmasıdır. Bu husus madde metninde: “*Sahte veya tahrif edilmiş bir çeki **ödemiş olmasından doğan** zarar muhataba ait olur...*” şeklinde ifade edilmiştir. Burada sözü edilen ödeme kavramı, “nakdi” ödemelerin yanı sıra, TK m. 717 anlamında hamilin hesabına alacak kaydı, takas, veya hesap nakli suretiyle yapılmış olan “kaydi” ödemeleri de kapsar⁹⁶. Bu aşamada önemli olan, çek bedelinin duruma göre keşidecinin hesabından düşülmesi ya da hesabına borç kaydedilmesi neticesinde, çek bedeli kadar bir meblağın keşidecinin malvarlığından fiilen çıkmış olmasıdır. Bu nedenle muhatabın, hukuken çek tutarını keşidecinin hesabından düşmeye hakkı olup olmamasının dahi bu safhada bir önemi olmayacaktır⁹⁷.

Diğer yandan ödemenin, rızaen ya da başka bir nedenden ötürü mecburen yapılmış olması arasında da bir fark bulunmayacaktır. Örneğin, muhatap bankanın çekin sahte veya tahrif edilmiş olduğu gerekçesi dışında başka bir sebep ileri sürmek suretiyle çeki ödemekten kaçınmış olması ihtimalinde, konunun yargıya aksetmesi ve neticede mahkemenin muhatabın ödemeyi yapması gerektiği yönünde karar vermesi, buna bağlı olarak da muhatabın söz konusu sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemesi, 724. maddenin uygulanması açısından bir fark yaratmayacak ve muhatap böyle bir çeki ödemiş olmasının tüm sonuçlarına katlanacaktır⁹⁸.

Muhatabın ibraz edilen sahte veya tahrif edilmiş bir çeki hangi sebeple olursa olsun ödememesi halinde ise, TK m. 724’ün uygulanması söz konusu olmayacaktır⁹⁹.

⁹⁶ Tekil, **a.g.e.**, s.84.

⁹⁷ İnan, **a.g.e.**, s.24.

⁹⁸ İnan, **a.g.e.**, s.133; Tekil, **a.g.e.**, s.84.

⁹⁹ İnan, **a.g.e.**, s.132,133; Göle, **a.g.e.**, s.151. Çekin muhatap tarafından ödenmemiş olması halinde de muhtemelen bir zarar meydana gelecektir; ancak, bu zararın kimin üzerinde kalacağı TK m. 724’e

Bu anlamda muhatabın çeki ödememesinin gerekçesi, sahtelik veya tahrifat dışında tamamen başka bir nedene dayalı olsa, hatta muhatap sahtelik ve tahrifatı hiç fark etmemiş olsa dahi, sonuç olarak çeki ödememiş olması ve buna bağlı olarak da keşidecinin zararının doğmamış olması, muhatabın 724. maddedeki sorumluluktan kurtulması için yeterli olacaktır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi madde kapsamında değerlendirilecek olan zarar, muhatabın çek bedelini ödemiş olması nedeniyle keşideci nezdinde meydana gelmiş olan zarardır.

4- Çekin Sahte veya Tahrif Edilmiş Olması

A) – Genel Olarak

TK m. 724 hükmünün uygulanabilmesi açısından gerekli olan bir diğer şart ise, çekin “**sahte**” veya “**tahrif edilmiş**” bir çek olmasıdır¹⁰⁰. Kanun koyucu “sahte çek” ve “tahrif edilmiş çek” şeklinde iki farklı kavram kullanarak maddenin uygulanabilirliği açısından farklı iki durum belirlemiş, ancak söz konusu kavramların içeriksel manasının ne olduğu ya da başka bir deyişle hangi sahtecilik ve tahrifat eylemlerinin bu kapsamda değerlendirileceği hususunda herhangi bir açıklama yapmamıştır. Dolayısıyla bu durum, çek üzerinde gerçekleşecek her türlü sahtelik veya tahrifatın, söz konusu madde uyarınca muhatabın sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği sorusunu gündeme getirmiş ve maddenin uygulama alanına giren sahtelik ve tahrifat hallerinin neler olabileceği hususunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur:

i. Bu konuda ileri sürülen bir fikre göre, “sahte veya tahrif edilmiş çek” ibaresinden hem bir bütün olarak senedin, hem de senetteki imza veya bayanların sahteliği veya tahrifi anlaşılmalı ve çek üzerinde gerçekleşebilecek **her türlü**

göre değil, sahteliğin veya tahrifatın meydana geliş şekline göre, kambiyo ilişkisine dayanan müracaat hakkı kurallarına göre belirlenecektir.

¹⁰⁰Bazı hallerde çeki çalan (ya da bulan kötü niyetli) kişi, çek üzerinde herhangi bir sahtecilik veya tahrifat yapmaksızın çek bedelini tahsil etmek suretiyle de keşideciyi zarara uğratabilmektedir. Mesela, keşidecinin hamiline düzenlemiş olduğu bir çeki henüz lehtara vermeden çaldırması ihtimalinde, hırsızın çek bedelini tahsil edebilmesi için çek üzerinde herhangi bir sahtelik veya tahrifat yapmasına gerek yoktur. İşte böyle bir halde 724. maddenin uygulanamayacağı açıktır. Çünkü muhatabın söz konusu madde gereğince sorumlu olabilmesi için, çekin sahte veya tahrif edilmiş olması şarttır. Yukarıda belirttiğimiz ihtimalde ise herhangi bir sahtelik veya tahrifat söz konusu olmadığından, 724. maddenin uygulanması söz konusu olmayacak ve zarara kural olarak keşideci (veya TK m. 711/III’ün kullanılmış olması ihtimalinde muhatap) katlanacaktır. Bu nedenle, muhatabın 724. madde uyarınca sorumlu kılınabilmesi için, zararın çekin sahte veya tahrif edilmiş olması nedeniyle meydana gelmiş olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir.

sahtelik ve/veya tahrifat, 724. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu görüş uyarınca, sahtelik veya tahrifatın keşidecinin imzasında veya beyanında gerçekleşmesi ile herhangi bir cirantanın imza veya beyanında gerçekleşmesi arasında bir fark olmayacaktır. Çünkü ciranta senedi ciro etmekle, ciro ettiği şahsa çek bedelini tahsil etme, muhataba ise ödeme yetkisi vermekte ve böylelikle bir bakıma keşidecinin yaptığı işi tekrarlamaktadır. Bu nedenle de keşideci için geçerli olan 724. madde hükmünün, keşideci ile aynı hukuki durumda bulunan ciranta(lar) hakkında uygulanmaması, menfaatler vaziyetine aykırı olacak ve aynı hukuki duruma farklı hukuki sonuçlar bağlamak gibi bir çelişki ortaya çıkaracaktır¹⁰¹.

ii. Diğer bir fikre göre ise, “sahte veya tahrif edilmiş çek” ten söz edebilmek için sahteliğin ya da tahrifatın, **çekin düzenlediği anda mevcut olan, kanunen zorunlu unsurlarında** bulunması gerekmektedir. Söz konusu bu unsurlar dışında, çekte sonradan eklenen imza ve/veya beyanlarda meydana gelen sahtelik veya tahrifat ise 724. madde kapsamı dışında kalacaktır¹⁰². Bu görüş uyarınca ciro imzalarının sahteliği halinde keşidecinin zarar görmesi, ancak lehtarın imzasının sahteliği halinde söz konusu olmakta, lehtardan sonraki bir hamilin imzasının sahteliğinde ise, keşidecinin herhangi bir zararı doğmamaktadır. Ancak çekin lehtarın ya da sonraki hamilin elinden çıkmış olması, keşideci ve muhatap açısından tamamen tesadüfi olacağından, lehtarın imzasının sahteliğinde zararın muhataba yüklenmesinin, diğer ciro imzalarının sahteliğinde ise imzası sahte olanda bırakılmasının hiç de tutarlı bir uygulama olmayacağı gerekçesi ileri sürülmek suretiyle, “sahte ve tahrif edilmiş çek” kavramı, yukarıda belirttiğimiz gibi bir sınırlamaya tabi tutulmuş ve çekin düzenlenirken mevcut olan unsurları dışındaki sahtelik veya tahrifatın 724. madde kapsamına girmeyeceği ileri sürülmüştür¹⁰³.

iii. Hakim fikre göre ise, 724. maddenin uygulama alanına giren sahtelik ve tahrifat hallerinin belirlenmesinde, **“keşidecinin zararının doğmuş olması”**

¹⁰¹ Kalpsüz, [İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, (Tartışmalar)], s.166; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.138.

¹⁰² Von Büren, **a.g.e.**, s.139,146 ya da **a.g.m.**, s.3,4 (İnan, **a.g.e.**, s.32 dn.52 ve s.118 -naklen).

¹⁰³ Görüş Türk doktrininde özellikle **İnan** tarafından keşidecinin zararına sebep olan diğer unsurlardaki sahtelik ve tahrifat hallerinin madde kapsamı dışında bırakılmasının haksızlığına ve tutarsızlığına dikkat çekilmek suretiyle eleştirilmiş ve bu yorumun 724. madde amacına aykırı olduğu dile getirilmiştir. İnan, **a.g.e.**, s.118 vd. Aynı yönde bkz.: Törüner, **a.g.m.**, s.206; Paslı, **a.g.m.**, s.638.

kıstasından hareket edilmelidir¹⁰⁴. Söz konusu maddenin sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi neticesinde ortaya çıkacak olan zararın, keşideci – muhatab ilişkisi içinde hangi tarafa ait olması gerektiği hususunu düzenliyor olması, “**keşidecinin zararına**” neden olacak her türlü sahtelik ve tahrifat halinin, 724. madde kapsamında değerlendirilmesini gerekli hale getirmektedir. Buna göre muhatabın yaptığı ödeme neticesinde keşideci nezdinde bir zararın doğmasına neden olan her türlü sahtelik ve tahrifat, söz konusu madde kapsamında değerlendirilmelidir.

Ancak, zarar kıstasından hareket eden son görüş taraftarları arasında da özellikle keşidecinin zararının doğumuna sebep olan bütün sahte imzaların, muhatabın 724. madde sorumluluğu kapsamına girip girmeyeceği noktasında fikir ayrılığı bulunmaktadır. Bu fikir ayrılığının sebebi, ciro yoluyla devredilen çeklerde muhatabın ciranta imzalarının sahte olup olmadığını incelemekle yükümlü olmadığını belirten TK m. 713 hükmüdür. Söz konusu düzenlemeden yola çıkan bir kısım yazar¹⁰⁵, ciranta imzalarında gerçekleşecek olan sahteliğin 724. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek, 713. maddenin bir bakıma imzalarda gerçekleşecek olan sahtelik açısından 724’ün uygulanma sınırını oluşturduğunu ileri sürmüşler ve TK m. 724 kapsamında imzada sahtelikten anlaşılması gerekenin, sadece keşidecinin (veya yetkili temsilcisinin) imzasındaki sahtelik olduğunu savunmuşlardır. Buna göre muhatabın, ciranta imzası sahte bir çeki ödemesi neticesinde keşidecinin bir zararı doğmuş olsa dahi, muhatabı, ciranta imzalarının geçerliliğini kontrol etme yükümlülüğünden kurtaran 713. maddenin varlığı, söz konusu bu zararın 724. madde kapsamında değerlendirilmesine ve muhatabın sorumluluğunun doğmasına engel olacaktır. Dolayısıyla da çek üzerindeki imzalarda vuku bulabilecek sahtelik hallerinden sadece keşidecinin imzasının sahte olması hali 724. maddenin uygulanmasını gerektirecektir.

¹⁰⁴ İnan, **a.g.e.**, s.117 vd.; Törüner, **a.g.m.**, s.207; Gürbüz, **a.g.e.**, s.185,186; Tekil, **a.g.e.**, s.74; Paslı, **a.g.m.**, s.636; Kendigelen, (**Çek**), s.229. Zarar kıstasını kabul etmekle beraber, ciranta imzalarında gerçekleşen sahtelik hallerinde de 724. maddenin uygulanabileceği yönünde ayrıca bkz.: Göle, **a.g.e.**, s.150,151.

¹⁰⁵ Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn.5/2.c, s.608; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, Art. 1132, Rn.2, s.2267; Domaniç, (**Şerh**), s.613 ve (**Kıymetli Evrak**), s.458; Tekil, **a.g.e.**, s.78,79; Ali Bozer / Celal Göle, **Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi**, BTHAE, Ankara, 2004, s.131; Reisoglu, **a.g.e.**, s.362; Kendigelen, (**Çek**), s.229; Ergun Tuna, **Ticaret Hukuku**, C. III : Kıymetli Evrak, İstanbul, 2004, s.332; Eriş, (**2004**), s.321.

Karşı görüşte olanlar¹⁰⁶ ise 713. madde ile 724. madde hükümlerinin farklı hususları konu edindiklerini, bu sebeple de iki hüküm arasında her hangi bir ilişkinin bulunmadığını ifade ederek, 724. madde kapsamının 713. madde ile sınırlandırılmayacağını ileri sürmüşlerdir. Buna göre TK m. 713 muhatabın çek anlaşmasından doğan sorumluluğunda ve hamile karşı haksız fiil sorumluluğunda “kusurunun” var olup olmadığının tespitinde önem kazanan ve bu bağlamda muhatabın görevlerini belirleyen ve kusurunun saptanmasında yol gösteren bir hükümken; TK m. 724, muhatap açısından “kusursuz” yani maddenin uygulanabilmesi için kusurun varlığına ihtiyaç duymayan, tamamen kanundan doğan sorumluluk esasının düzenlendiği bir hükümdür. Bu nedenle de temel ilkeleri farklı söz konusu iki hüküm arasında bu şekilde bir ilişki kurulamayacağı belirtilmiş ve TK m. 724’ün uygulama alanını sınırlayan tek kriterin, ödeme sonucunda keşidecinin zarar görmesi olgusu olduğu ileri sürülmüştür. Yargıtay’ın da vermiş olduğu bir karardan, aynı görüşü benimsediği sonucuna varmak mümkündür¹⁰⁷.

iv. Görüşümüz: Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, herhangi bir kanun hükmünün uygulanma alanının belirlenebilmesi açısından ilk olarak yapılması gereken hiç kuşkusuz, söz konusu hükmün bir bütün olarak ele alınması ve bu suretle kimlere yönelik olarak neyi düzenlemiş olduğunun belirlenip, kanun koyucunun gerçek amacının ortaya koyulmasıdır. Bu açıdan bakıldığında maddenin uygulanabilmesi açısından her şeyden önce çekin ödenmesi neticesinde bir “zarar”ın ortaya çıkmış olması gerekmekte olup, bu zararın “kimin zararı” olduğu sorusuna verilecek olan yanıt, “sahte ve tahrif edilmiş çek” kavramının sözü edilen madde anlamındaki içeriğinin tespitinde, yol gösterici ve sınırlayıcı bir rol oynayacaktır.

¹⁰⁶ İnan, **a.g.e.**, s.116, 117, s.117 dn. 107; Gürbüz, **a.g.e.**, s.185,186; Törüner, **a.g.m.**, s.207; Paşlı, **a.g.m.**, s.642 vd. Bir gerekçe belirtmeksizin ciranta imzalarında gerçekleşen sahteliğin de 724. madde kapsamında değerlendirileceği yönündeki görüş için ayrıca bkz.: Göle, **a.g.e.**, s.149 vd.

¹⁰⁷ “...Doğrudan doğruya çeklerde uygulanacak nitelikte olan ve sadece (keşideci-muhatap) ilişkisi içindeki zararın aidiyetine ilişkin olan TK m. 724’ün birinci cümlesindeki “sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemiş olmasından doğan zarar muhataba ait olur” şeklindeki gene kural, tarafların kusurlu olmadıkları hallerde uygulanacaktır. Zira TK m. 713’ün muhatabın görevini saptamak yoluyla, kusurun belirlenmesinde yol gösterici nitelik taşımasına karşın, TK m. 724’te söz konusu olan sorumluluk, muhatap açısından kusursuz ve yasadan doğan bir sorumluluktur. Çekin muhatabı kambiyo borçlusu sıfatını kazanamaz. Kambiyo borçlusu olmayan muhatap banka keşideciye karşı kambiyo ilişkisi dışında ve genel hükümlere göre, çek anlaşmasından doğan sözleşme borcu altındadır. Diğer çek ilgililerine karşı ise, ancak haksız fiilden doğan sorumluluğu söz konusu edilebilir. Her iki nevi sorumluluk da kusura dayalı sorumluluktur.” 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (Eriş, (2004), s.322 yahut Gürbüz, **a.g.e.**, s.859,860).

Nitekim, hükmün sadece muhatap ile keşideci arasındaki ilişkiyi konu edinmiş oluşu¹⁰⁸, muhatabın sorumluluğunun yalnızca keşideci nezdinde meydana gelecek olan zarar ile sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Bu nedenle son görüş taraftarlarının da belirttiği gibi, madde kapsamına giren sahtelik ve tahrifat hallerinin belirlenmesinde bizce de **“sahtelik veya tahrifat neticesinde keşidecinin zararının doğmuş olması”** olgusu temel alınmalıdır.

Bu belirlemeler ışığında, birinci görüşün söz konusu “zarar” kıstasına hiç değinmemiş oluşu ve buna bağlı olarak da herhangi bir ayırt edici kriter dahi getirmeksizin “sahte ve tahrif edilmiş çek” kavramını hükmün geri kalan kısmından tamamen soyut bir şekilde sadece biçimsel açıdan değerlendirilmiş oluşu, görüşün eksik yanını oluşturmaktadır. İkinci görüş ise “zarar” olgusuna değinmiş, ancak söz konusu kriterin tesadüfi ve tutarsız bir uygulama meydana getirecek olması dolayısıyla uygulanabilir olmadığını ileri sürerek, sahtelik veya tahrifatın yalnızca çekin düzenlenirken mevcut kanunen zorunlu unsurlarında yapılmış olması gibi bir kriter getirmiştir. Ne var ki bu görüş, muhatabı tüm cirantaların ve bu arada lehtarın imzasının geçerliliğini inceleme yükümlülüğünden kurtaran, dolayısıyla da görüşün tutarsızlık olarak belirtmiş olduğu uygulamayı daha baştan çözüme kavuşturan TK m. 713 (OR Art. 1121) hükmünü dikkate almamış olması nedeniyle eksiktir. Çünkü 713. maddenin varlığı nedeniyle lehtarın imzasının sahte olması hali de -keşidecinin zararına neden olsa dahi- diğer ciranta imzalarının sahte olması halinde olduğu gibi TK m. 724’ün uygulanma kapsamına girmeyecek ve böylelikle yazarın belirtmiş olduğu tesadüfi durum söz konusu olmayacaktır.

Gerek 713. maddenin gerekse 724. maddenin, muhatabın çekle ilgili işlemlerinden kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin düzenleme getiren birer kanun hükmü olmaları, muhatabın sorumluluğunun belirlenmesi bahsinde her iki hükmün de göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Bu aşamada 724’ün “kusursuz”, 713’ün ise “kusura dayanan” bir sorumluluk esası düzenliyor oluşu, kanaatimizce söz konusu hükümlerin farklı hususları konu edinmiş olmaları manasına gelmeyecektir. Bu nedenle her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, muhatabın sorumluluk kapsamı ile ilgili olarak kanun koyucunun 724. maddede sahteliği tanımlamaksızın

¹⁰⁸ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, I.

yalnızca genel bir ifadeyle “keşidecinin zararı” olgusuna yer vermekle yetinmiş olduğu; buna karşılık 713. madde düzenlemesinde, muhatabın açık bir şekilde ciranta imzalarının sahteliğinden muaf tutulduğu görülmektedir. Nitekim lehtarın imzasının, keşidecinin zararının doğumuna sebep olacak şekilde sahte olması halinde, her iki hükmün uygulama alanı kesişecek; ancak 713’ün açık düzenlemesi karşısında muhatabı söz konusu sahtelikten ötürü sorumlu tutmak bizce de mümkün olamayacaktır.

Netice itibariyle TK m. 724 anlamında sahte ve tahrif edilmiş çekten anlaşılması gereken, muhatabın yaptığı ödeme neticesinde keşideci nezdinde bir zararın doğumuna neden olan her türlü sahte ve tahrif edilmiş çeklerdir. Ancak keşidecinin zararının doğumuna neden olan **sahte imzalar** hususunda, muhatabın ciranta imzalarının sahte olup olmadığını incelemekle yükümlü olmadığının belirtildiği 713. madde hükmünün özellikle dikkate alınması gerekmektedir¹⁰⁹.

B)- TK m. 724 Kapsamına Giren Sahtelik ve Tahrifat Halleri

1)- Sahtelik

a)- Çek Yaprağının Muhatap Dışındaki Kişilerce Bastırılmış Olması

Çek yaprağının kâğıt olarak muhatap banka tarafından bastırılan formülerine uygun olarak taklit edilmesi suretiyle, sahteliği gerçekleştiren şahıslar tarafından oluşturulması halinde çek bütünüyle sahte olacaktır¹¹⁰. Bu durumda, muhatap bankanın bilgi ve isteği dahilinde bastırılmış bir çek yaprağı değil, aksine sahteliği amaçlayan kişi tarafından oluşturulmuş, çek yaprağı görünümünde (sahte) bir senet söz konusudur¹¹¹. Ancak bu sahtelik hali, yeterince pratik olmaması ve ayrıca bankalarca fark edilme olasılığının oldukça yüksek olması nedeniyle, uygulamada

¹⁰⁹ Ayrıca bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B, 1, b, bb.

¹¹⁰ Tekil, **a.g.e.**, s.76.

¹¹¹ Bu sahtecilikte genellikle orijinalinden taklit edilerek özel matbaalarda basılmış olan çek yaprağı, özellikle bedel kısmı talebe uygun şekilde düzenlenip, uydurma imza ve beyanlarla doldurulmak suretiyle kullanılır. Bu şekilde tamamen sahte olarak basılan ve düzenlenen çeklerde, orijinal hallerindeki yazı, rakam, işaret ve diğer desenler aynen yapılmaya çalışılarak, bankaya ibraz edilmesi halinde, bankanın kendi bastırmış olduğu geçek çek formülerinden ayırt edilebilme riski asgariye indirilmeye çalışılır.

çok fazla tercih edilmemektedir. Özellikle 3167 sayılı Çek Kanunundan sonra çek defterlerinin matbu şekilde kullanılmaya başlanması ve bu formlarda meydana gelecek olan sahtelikleri önlemeye yönelik olarak çek defterlerinin baskı şekline ilişkin esasların oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi (Merkez Bankası Tebliği¹¹², Sıra No: 2003/I, m.2) neticesinde, bankaların çek yapraklarının sahte olup olmadığını etkin bir şekilde kontrol edebilme imkanlarının artması, söz konusu sahtelik halinin meydana gelme olasılığını büyük ölçüde azaltmıştır¹¹³.

Çek Kanununun (ÇekK eski m. 3/II; ÇekK m. 3/I), çek yapraklarının bankalarca bastırılacağı yönünde getirmiş olduğu düzenleme neticesinde, uygulamada çek yaprakları tamamen matbu bir şekilde kullanılır hale gelmiş olmakla beraber, çek yapraklarının matbu olmasının senedin “çek” olarak geçerli olabilmesi açısından zorunlu olup olmadığı hususunda doktrinde bir görüş birliği oluşmamıştır. Bir görüşe göre¹¹⁴, ÇekK m. 3 düzenlemesi, banka tarafından bastırılmış matbu çek formlarının kullanılmasını, senedin çek olarak geçerli sayılabilmesi açısından bir zorunluluk haline getirmiştir. Buna göre, çek düzenlemek isteyen kişi, mutlaka bankanın bastırmış olduğu çek formlarını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, herhangi bir kağıt üzerinde oluşturulmuş olan senet çek olabilmek için gerekli diğer tüm unsurları (TK m. 692, ÇekK m. 3) içerse dahi, çek vasfını kazanamayacaktır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe¹¹⁵ göre ise, ÇekK m. 3 düzenlemesi, Ticaret Kanununda çeke ilişkin getirilen hükümlerde herhangi bir değişiklik yapmak amacıyla değil, çekle ödemelerde düzenin sağlanmasına yönelik olarak getirilmiştir. Bu nedenle de, bir senedin çek vasfını kazanabilmesi açısından, çek olmak için gerekli tüm kanuni unsurları (TK m. 692 ve ÇekK m. 3 gereği hesap sahibinin vergi kimlik numarası) ihtiva eder bir şekilde herhangi bir kağıt üzerine yazılmış olması yeterli olacak, çekin geçerliliği açısından ayrıca bir de matbu çek formlarının kullanılmış olması şartı aranmayacaktır. Nitekim Çek Kanununda 4184 sayılı

¹¹² RG. 09 Nisan 2003, Sayı: 25074. Bundan sonra kısaca “Tebliğ” olarak anılacaktır.

¹¹³ Daha kolay ve güvenilir bir kullanım sağlaması nedeniyle, çek yapraklarının matbu olarak kullanılması söz konusu kanundan önce de tercih edilmekteydi; ancak, ilgili düzenlemeden sonra çek yapraklarının matbu olması ve bankalar tarafından bastırılması genel bir kural haline geldi.

¹¹⁴ Süheyl Donay, **Son Değişiklikler Açısından Çek**, İstanbul, 1986, s.13; Yasaman, **a.g.m.**, s.225; Tekil, **a.g.e.**, s.17, s.16 dn.2; Kınacıoğlu, **a.g.e.**, s.270; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.49.

¹¹⁵ Göle, **a.g.e.**, s. 6,7; Domaniç, (**Şerh**), s.564; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1066 vd., 1081; Kendigelen, (**Çek**), s. 70,71.

kanunla yapılan değişiklik ile, çekin geçerliliği ile ilgili olarak sadece TK m. 692 ve 693 hükümlerine yollama yapılıp (ekK m. 3/III), bankalarca baskı şekline ilişkin esaslara aykırı davranılmasının çekin geçerliliğini etkilemeyeceği açıkça belirtilmek suretiyle (ekK m. 3/II), ek defterlerinin matbu olmasının çekin geçerliliği açısından bir zorunluluk olmadığı görüşü kanun koyucu tarafından açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Söz konusu tartışmanın konumuz açısından önemi, banka tarafından bastırılmış matbu ek formunun değil de, keşideci tarafından düzenlenmiş olan ek yaprağının sahte olması ya da herhangi bir kağıdın keşidecinin isteği dışında sahte bir şekilde ek haline getirilmesi halinde, söz konusu senedin ek olarak kabul edilip edilmemesine göre, muhatabın 724. madde gereğince sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Matbu ek formu kullanmanın zorunlu olmadığına kabul edilmesi halinde, söz konusu senet kambiyo hukukuna göre ek vasfında sayılacak ve diğer koşulları da sağlaması kaydıyla böyle bir çekin sahte olması ve ödenmesi neticesinde muhatabın, 724. madde gereğince sorumluluğunu gerektirecektir. Aksinin kabul edilmesi halinde ise, senet ek vasfında sayılmayacak ve zorunlu şekil şartlarından birisi eksik olan böyle hükümsüz bir belgeyi “ek” olarak kabul edip demiş olmasından ötürü banka tamamen sorumlu olacaktır. Söz konusu belge üzerinde TK m. 724 kapsamında değerlendirilebilecek olan bir sahtelik hali gerçekleşmiş olsa ve keşideci, bu sahteliğin meydana gelmesinde söz konusu madde anlamında kusurlu olsa dahi, bankanın hükümsüz bir çeki demiş olması keşidecinin kusurunu bertaraf edecek ve zararın tümüne bankanın katlanması gerekecektir¹¹⁶. Hemen belirtelim ki, uygulamada Tebliğ hükümleri kapsamında banka tarafından bastırılmış matbu ek görünümünde olmayan senetlerin ek olarak tedavül etmeleri hemen hemen imkansız olduğundan, burada yapılan tartışma pratikte bir anlam ifade etmemekte ve durum tamamen teorik açıdan ele alınmaktadır.

¹¹⁶ Oğuz İmregün, **Bilirkişi Raporları**, (1992), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s.79,80.

b)- İmzaların Sahteliği

İmza, yazılı bir irade beyanının kendisine ait olduğunu belirtmek amacıyla bir kimsenin ismi için kullandığı, özel biçimdeki çizgi ve harflerden oluşan¹¹⁷ ve imzalayanın kimliğini belirten kişiye özgü bir işarettir¹¹⁸.

Ticaret Kanunumuz imza hususunda, 668. madde hükmü ile kambiyo senetlerine özel bir düzenleme getirmiştir. Söz konusu madde gereğince senet üzerindeki beyanların **el yazısı** ile imza edilmiş olması şart olup, bunun yerine mihaniki (mekânîk) her hangi bir vasıta veya el ile yapılan veyahut tasdik edilmiş olan bir işaret yahut resmi şahadetname kullanılması mümkün değildir¹¹⁹ (TK m. 668 f.I ve f.II)¹²⁰.

İmza unsurunu içeren hemen hemen her türlü belge, özellikle hakkın varlığı konusunda şekli muhtevanın çok önemli olduğu kambiyo senetleri¹²¹ açısından gündeme gelebilecek olan en önemli tehlike, kuşkusuz imzanın sahte olması tehlikesidir. Sahte imzadan kasıt, bir kişininmiş gibi görünen, fakat aslında o kişiye

¹¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 114.

¹¹⁸ Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.66. “... İmza el yazısı ile olmak gerekir. Ancak imzanın ne şekilde olacağı konusunda, bir şekil şartı yoktur. Kişi kendisine özgü sembollerle imza atabileceği gibi, ad ve soyadını yazarak da imza atabilir...” Y. 12. HD., 29.01.2004, E.24424, K.1711. (Eriş, (2004), s106).

¹¹⁹ Her ne kadar 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu” [RG: 23.01.2004, S.25355] m.5’te güvenli elektronik imzanın, el ile atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı kabul edilmiş olsa da, çekler (ve aynı zamanda bono ve poliçeler) açısından getirilmiş olan TK m. 668 hükmünün varlığı karşısında, söz konusu hükmün geçerli olması mümkün değildir. Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), **a.g.e.**, N.42, s.112; Kendigelen, (**Çek**), s.98,99. Zaten böyle bir uygulamanın kambiyo senetleri açısından da geçerli olacağının kabulü, mevcut sahtecilik imkanlarının yanı sıra, özellikle sanal ortamda her türlü sahteliği gerçekleştirme konusunda son derece yetenekli olan kişilere (sahtekârlara) ekstra bir sahtelik imkanı daha tanımak anlamına gelir ki, böyle bir sonuç kambiyo senetlerine olan güvenin daha da azalmasına sebebiyet verecek olması dolayısıyla kabul edilemez. Nitekim Ticaret Kanunu Tasarısının 1526. maddesinde, kambiyo senetlerinin düzenlenmesi esnasında hiçbir kambiyo taahhüdünün güvenli elektronik imza ile yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

¹²⁰ Amâların el yazısı ile atıkları imzaların da ayrıca usulen tasdik edilmiş olması şartını getiren TK m. 668’in üçüncü fıkrası ise, 5378 sayılı “Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile, 01. 07. 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²¹ Kambiyo senetleri sıkı şekil şartlarına bağlı senetler olup, bu senetlerde hak senedin muhtevasına göre tayin edilir. Alacağına karşılık olarak bir kambiyo senedi kabul etme aşamasında olan lehtar veya sonraki hamiller, senedin geçerli olup olmadığı veya senetteki hakkın var olup olmadığı yönündeki kuşkularını, senedin şekli muhtevasını incelemek suretiyle giderebilirler. Diğer bir deyişle, senet üzerindeki imza ve/veya beyanların görünüş itibarıyla geçerliliğine olan güvenleri korunur; geçerlilik denetimi yapma gibi bir yükümlülükleri söz konusu olmaz. Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.54.

ait olmayan; başka bir deyişle kendisine aitmiş gibi görünen kişi tarafından değil de, bir başkası tarafından atılmış imzadır¹²².

Bir çek üzerinde keşideci, lehtar, ciranta(lar), aval veren(ler), bunların temsilcileri ve teyit beyanında bulunan olmak üzere birden çok çek ilgilisi yer alabilecek olup, bu kişilerden birisinin imzasının sahte olması halinde, çek üzerinde somut olarak bir sahtecilik fiili vuku bulmuş olacaktır. Ancak tabiki bu imzalardan yalnızca keşidecinin zararının doğumuna neden olan sahte imza, 724. madde uygulamasını gerektirecektir.

aa - Keşidecinin İmzasının Sahteliği

Keşideci, kural olarak çekle işleyen hesabın sahibi olan ve söz konusu hesaptan ödeme yapılabilmesi için çek düzenlemek suretiyle bankayı ödeme hususunda yetkilendiren kişidir. Bir senedin çek olma niteliğini kazanabilmesi açısından kanunda belirlenmiş olan bir takım zorunlu şekil şartlarını¹²³ ihtiva etmesi gerekir ki, **keşidecinin imzası** bunlardan en esaslı¹²⁴ ve en önemli olanıdır. Zira tüm borçlandırıcı muamelelerde olduğu gibi çekte de imza, asli ve yapıcı bir unsurdur. Keşidecinin imzasının yokluğu halinde söz konusu belge çek niteliğini kazanamayacağı gibi, imza eksikliği sebebiyle tarafları bağlayan bir muamelenin varlığından dahi bahsedilemeyecektir¹²⁵.

Keşideci çek düzenleyip lehtara vermek suretiyle muhatabı, aralarındaki çek anlaşması kapsamında belirtilen meblağın ödenmesi konusunda yetkilendirir¹²⁶. Diğer bir deyişle, muhatabın ödeme hususunda yetkili olabilmesi için, keşidecinin bu yöndeki iradesini çeke imzasını atmak suretiyle beyan emesi gerekir. Ancak çek üzerinde keşideciye aitmiş gibi gözüken imzanın aslında ona ait olmaması yani imzanın sahte olması durumunda, keşidecinin hesabından ödeme yapılması

¹²² İnan, **a.g.e.**, s.33.

¹²³ TK m. 693 hükmü saklı kalmak üzere, aynı kanunun 692. maddesinde belirtilen unsurlar ile 4814 sayılı kanunla değişik Çek Kanunun 3. maddesi gereği, hesap sahibinin vergi kimlik numarası, bir senedin çek niteliğini kazanabilmesi için ihtiva etmesi zorunlu olan kanuni unsurlardır. Zorunlu unsurlardan birisinin yokluğu halinde -TK m. 693 hükmü saklı olmak üzere- senet çek niteliğini kazanamaz (TK m. 693/I).

¹²⁴ Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.65.

¹²⁵ Domaniç, (**Kıymetli Evrak**), s.383,384.

¹²⁶ Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1108; Ayrıca bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 1, I.

hususunda bir talebi olmadığı gibi¹²⁷, muhatabı bu yönde yetkilendirmiş olması da söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, imzasının sahte olması halinde keşidecinin muhataba karşı yöneltilmiş olduğu geçerli bir ödeme talimatının varlığından bahsedilemeyecektir¹²⁸. Çünkü böyle bir halde keşidecinin ödenmesi gereken bir borcu yoktur¹²⁹. İmza geçersizdir ve keşideci yönünden hükümsüzlük sonucunu doğuracaktır¹³⁰. Dolayısıyla muhatabın, keşideci imzasının sahte olduğu böyle bir çeki ödemesi halinde, keşideci nezdinde meydana gelen zarardan ötürü TK m. 724 uyarınca sorumlu olması gerekecektir.

Keşidecinin imzasının taklit edilmesi suretiyle sahte bir çek düzenlenebilmesi için, keşideciye ait çek yaprağının boş ya da imzaya ilişkin kısmın doldurulmamış olarak ele geçirilmiş olması gerekir. Bu nedenle de uygulamada, çekin çalınması ile sahte çek keşidesi eylemleri genellikle birlikte görülür. Boş çek yaprağını ele geçiren failin çekten faydalanabilmesi, yani çek bedelini tahsil edebilmesi için gerekli yerleri doldurması ve sahte bir imza atmak suretiyle çeki kullanılabilir hale getirmesi gerekir¹³¹. Bu aşamada fail, doğrudan keşidecinin imzasını taklit edebileceği gibi, yetkili temsilcisinin imzasını da taklit edebilecektir. Nitekim her iki durumda da, muhatabın 724. madde sorumluluğunu doğurabilecek nitelikte sahte imzalı bir çek söz konusu olacaktır¹³².

bb - Diğer Çek İlgililerinin İmzalarının Sahteliği

i. Çekin lehtara teslim edilmesinden önce keşideci tarafından yitirilmesi ve lehtar imzasının taklit edilmesi: Çek üzerinde yer alabilecek diğer imzalarda (lehtar, ciranta, aval veren, teyit beyanında bulunan ve bunların temsilcilerinin imzalarında) meydana gelecek olan sahtelik hallerinden keşidecinin zararına neden olacak olan tek

¹²⁷ Hürlimann, **a.g.e.**, s.54; Törüner, **a.g.m.**, s.208.

¹²⁸ Hürlimann, **a.g.e.**, s.54; Rehfeldt/Zöllner, **a.g.e.**, § 26, V.2.a, s.124; Hueck/Canaris, **a.g.e.**, § 20, IV.1.c, s.187.

¹²⁹ İnan, **a.g.e.**, s.119.

¹³⁰ Gürbüz, **a.g.e.**, s.655. Ancak belirtmeliyiz ki, çek olmak için gerekli diğer bütün şartlarla beraber görünüşte keşidecinin imzasını içeren bir senet, imzanın sahte olması halinde sadece keşideci açısından hükümsüz olacak, çekte imzası bulunan diğer çek ilgililerinin hak ve borçları bu hükümsüzlükten etkilenmeyecektir. Bu durum, kambiyo senetlerindeki imza ya da beyanların birbirinden bağımsız bir borcu ifade etmelerinin (imzaların istiklâli prensibinin) bir sonucudur.

¹³¹ İnan, **a.g.e.**, s.31.

¹³² Domaniç, (**Şerh**), s.840; Kendigelen, (**Çek**), s.229.

bir hal söz konusudur ki, o da çekin lehtara teslim edilmeden önce, yani henüz keşidecinin elindeyken çalınması veya kaybolması sonucunda, **lehtarın imzasının** taklit edilerek çek bedelinin tahsil edilmesi halidir¹³³. Şöyle ki, bir hakkın kıymetli evrak üzerinde doğması ve talep edilebilir hale gelmesi için, doktrinde genellikle kabul edildiği üzere¹³⁴ söz konusu kıymetli evrakın düzenlenip “oluşum (kambiyo) sözleşmesi¹³⁵” adı verilen bir sözleşme ile ilk lehtarına verilmesi (teslim edilmesi) gerekir¹³⁶. Bu nedenle taraflar arasında bir çek ilişkisinin kurulabilmesi ve çek keşide eden kimsenin lehtara karşı çek dolayısıyla kambiyo borcu altına girebilmesi için, tarafların karşılıklı irade beyanlarının bu hususta uyuşması, diğer bir deyişle keşidecin çeki imzalaması ve lehtara teslim etmesi (kambiyo sözleşmesi) gerekmektedir. Aksi taktirde, örneğin keşidecinin kasasında lehtar lehine düzenlenmiş olarak bulunan bir çek -lehtar söz konusu çekin varlığından haberdar olsun ya da olmasın- lehtara teslim edilmedikçe¹³⁷, taraflar arasında bir kambiyo ilişkisinin oluşumuna sebebiyet vermez ve bu durumda ne lehtar çek dolayısıyla keşideciye karşı bir talepte bulunabilir, ne de keşideci, lehtarın alacağını talep etmesi halinde çek ilişkisinin varlığını lehtara karşı bir def’i olarak ileri sürebilir. İşte lehtarın isminin ve keşidecinin imzasının yer aldığı böyle bir çeki ele geçiren kişi, çek bedelini elde edebilmek amacıyla iki şekilde davranabilecektir: Ya lehtarın isminde tahrifat yapacak ya da fark edilme olasılığı daha az olduğu için büyük ihtimalle lehtarın imzasını atmak suretiyle, çekin lehtar tarafından kendisine (ya da

¹³³ İnan, **a.g.e.**, s.119 vd.; Törüner, **a.g.m.**, s.208 vd.; Tekil, **a.g.e.**, s.77; Paslı, **a.g.m.**, s.646 vd. Ayrıca bkz.: Kendigelen, (**Çek**), s.229.

¹³⁴ E. Ernst Hirsch, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. bs. İstanbul, 1948, s.486; Arslanlı, **a.g.e.**, s.34,35; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.40,41.Yargıtay da bir kararında “ayni sözleşme” olarak adlandırdığı kambiyo sözleşmesinin varlığının, kambiyo ilişkisinin söz konusu olabilmesi açısından gerekli olduğunu belirtmiştir: 11. HD., 02.04.1981, E.81/628, K.81/1456 (İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, s.144 dn.26).

¹³⁵ Kıymetli evrak üzerindeki hakkın doğması ve talep edilebilir hale gelmesi açısından, kıymetli evrakı ihraç eden ile lehtarı arasında yapılan bu sözleşme, doktrinde farklı şekillerde adlandırılmaktadır: **Arslanlı**, “ayni akit” (Arslanlı, **a.g.e.**, s.34,35); **Öztan**, “senedin verilmesine ilişkin sözleşme” (Öztan, **Kıymetli Evrak**, s.40,41); **Poroy/Tekinalp**, “oluşum sözleşmesi (kambiyo senetlerinde: kambiyo sözleşmesi)” (Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.64, s.56) terimlerini kullanmaktadır.

¹³⁶ Kıymetli evrak teorileri hakkında geniş bir inceleme için bkz.: Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N. 44-66, s.47 vd.

¹³⁷ Yargıtay’ın önüne gelen “banka çeki” ile ilgili bir olayda, banka, müşterisin (çek amiri) talimatı ile keşideci ve muhatabının anılan banka olduğu bir çeki müşterisinin belirlediği bir lehtar üzerine düzenlemiştir. Çeki alan çek amiri ise daha sonra, çeki lehtara vermekten vazgeçmiş ve çeki bankaya iade ederek depo ettiği parayı geri almıştır. Durumu öğrenen lehtar ise bankayı dava etmiştir. Yargıtay ise çek zilyetliğinin ayni bir sözleşme ile (kambiyo sözleşmesi) lehtara geçmemiş olması dolayısıyla, lehtarın davasının kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. 11. HD., 02.04.1981, E.81/628, K.81/1456 (İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, s.144 dn.26).

bir başkasına) ciro edilmiş olduğu görünümünü yaratacaktır. Nitekim, gerek lehtar isminin tahrif edilmiş olduğu gerekse lehtar imzasının taklit edilmiş olduğu bir çekin muhatap tarafından ödenmesi halinde, keşideci aynı çek meblağını hem çek hamiline hem de çekin gerçek lehtarına olmak üzere iki kez ödemek zorunda kalacak ve çek meblağı kadar bir zarara uğrayacaktır. Zira gerçek lehtar, temel borç ilişkisinden doğan alacağına dayanarak keşideciden ödeme talep edecek; keşideci ise düzenlediği çeki lehtara veremedi, yani aralarında bir kambiyo ilişkisi kurulmadan yitirdiği için, lehtardan çekin iadesini ya da iptal kararı¹³⁸ (TK m. 676) getirmesini istemesi gibi bir imkanı olamayacak ve aynı meblağı ikinci kez ödemek zorunda kalacaktır¹³⁹. Yani taraflar arasında kambiyo ilişkisinin henüz kurulmamış olması, keşidecinin kambiyo ilişkisine dayanan bir def'i ileri sürmesine engel olacak; dolayısıyla da muhatapın yapacağı ödeme sonucu keşideci, çek bedelini önce faile, sonra ise gerçek hak sahibine (lehtara) olmak üzere iki kez ödemek zorunda kalarak zarara uğrayacaktır.

Peki acaba lehtarın imzasının sahteliği sebebiyle keşidecinin zarara uğramış olması, 724. maddenin uygulanmasını gerektirecek midir? Daha önce¹⁴⁰ ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere mesele, muhatapın ciranta imzalarının sahte olup olmadığını incelemekle yükümlü olmadığını belirten 713. madde hükmünün, muhatapın 724. madde sorumluluğunda etkili olup olmayacağı hususu ile ilgilidir. Bu konuda farklı iki görüş bulunduğunu ve bize göre mevcut hukuki düzenleme karşısında muhatapı ciranta ve bu arada lehtar imzasının sahteliğinden ötürü 724. madde uyarınca sorumlu kılmanın mümkün olmadığını belirtmiştik¹⁴¹.

¹³⁸ “İptal” yitirilen senedin geçersizliğinin mahkeme kararı ile açıklanmasıdır. İptal kararı, iptal edilen senedin yerine geçmez ancak, iptal talebinde bulunan kişiye, borçludan ifa (ödeme) isteme hakkını verir. Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.134,136, s.94,95.

¹³⁹ İnan, **a.g.e.**, s.121,122; Törüner, **a.g.m.**, s.209; Paslı, **a.g.m.**, s.647.

¹⁴⁰ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, A.

¹⁴¹ Şunu belirtmeliyiz ki, düşük bir ihtimal olmakla beraber muhatapın lehtarın gerçek imzasını biliyor olması ihtimalinde, örneğin lehtarın bankanın müşterisi olması durumunda, söz konusu imzadaki sahteliği fark etmeksizin ödeme yapması, bizce somut olay koşullarına bağlı olarak muhatapın TK m. 724 gereğince sorumlu olmasını gerektirebilecektir. Ancak bu istisnanın kapsamı olabildiğince dar tutulmalıdır. Muhataba, her çekin lehtar bölümünde adı yazılı olan kişinin imza örneğine sahip olup olmadığını inceleme gibi bir yükümlülük yüklenemeyeceğinden, söz konusu istisnai durum ancak MK m. 2 uyarınca somut olay koşullarının gerekli kılması halinde uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, çekte lehtar olarak gözüken kişinin, çekin ibraz edildiği banka şubesindeki banka memurunca fark edilmeyi gerektirecek sıklıkta işlem yapan bir kişi olması halinde, söz konusu şahsın lehtar olarak gözüktüğü çekteki imzanın sahteliğinin söz konusu memurca fark edilmemesi, bankanın sorumluluğunu gerektirecek istisnai bir hal olarak nitelendirilebilecektir.

Ancak meseleye 724. madde açısından bakıldığında, teorik olarak sahteliğin keşidecinin imzasında yapılması ile -çekin henüz lehtara teslim edilmesinden önce-lehtarın imzasında yapılması arasında, keşideci açısından meydana gelecek olan sonuç bakımından bir fark olmayacak ve keşideci, her iki halde de zarara uğrayacaktır. Yine aynı şekilde, böyle bir çeki ele geçiren kişi lehtarın imzasını taklit etmek yerine, ismini tahrif edip yerine kendi ismini yazabilecektir ki, keşideci her iki halde de zarara uğrayacak olmasına rağmen, muhatap 713. madde düzenlemesi sebebiyle lehtar imzasının sahteliği durumunda 724. madde uyarınca sorumlu tutulamayacaktır. Bize göre ise söz konusu hükmün uygulanabilirliğini failin tercih edeceği sahtecilik şekline bağlı kılmak, keşidecinin 724. madde korumasından gereği gibi faydalanamamasına ve dolayısıyla da hükmün var oluş amacına aykırı bir uygulamanın doğumuna sebep olacaktır. Ne var ki kanunun şu anki mevcut sistematığı, aynı sonucu doğuran söz konusu iki durumun farklı kurallara tabi tutulmasını ve muhatapın lehtarın imzasının sahteliğinden ötürü 724. madde uyarınca sorumlu olmayacağı sonucuna varmayı zorunlu hale getirmektedir.

Kanaatimizce söz konusu uygulama, lehtarın imza örneğine sahip olmaması dolayısıyla imzanın sahte olup olmadığını inceleme ve fark etme imkanı olmayan muhatap açısından son derece yerinde olmakla beraber; her iki ihtimalde de aynı zarara uğrayacak olan keşideci açısından, kabul edilebilir bir gerekçeye sahip değildir. Bu nedenle her ne kadar muhatapın böyle bir sahteliği fark etme imkânı olmasa da, keşideciye oranla hem ekonomik açıdan daha üstün konumda bulunması, hem de söz konusu riziko karşısında kendisini güvence altına alma imkânı olması, lehtarın imzasının sahteliği rizikosunu keşidecinin değil, muhatapın üstlenmesini gerektirmektedir. Zira bu sonuç bizce, hakkâniyete ve 724. madde düzenlemesinin var oluş amacına en uygun çözüm tarzı olacaktır. Ayrıca 724. maddenin getirmiş olduğu sorumluluk esası açısından da böyle bir sonuca varmak, bizce mümkün olmamalıdır. Çünkü muhatap banka sahtelik ya da tahrifatın fark edilme imkanının olmadığı (iğfal kabiliyetinin bulunduğu) diğer -724. madde kapsamında değerlendirilen- sahtelik ve tahrifat hallerinden sorumludur. Örneğin, keşideci imzasının sahte olduğunun fark edilmeyecek şekilde orjinaline benzemesi ve dolayısıyla muhatapın imzanın sahteliğini fark etmesinin imkansız olması olgusu, muhatapın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Öyleyse muhatapın lehtar

imzasının sahteliğini fark etme imkanının bulunmaması, keşidecinin zararının doğumuna neden olan lehtar imzasındaki sahteliğin, muhatabın 724. madde kapsamı dışında tutulması için uygun bir gerekçe meydana getirmeyecektir.

Tüm bu nedenlerden ötürü bizce sonuç olarak, keşidecinin menfaati muhatabın menfaatine tercih edilmeli ve mevcut düzenlemedeki çelişki, 713. madde hükmüne 724. maddenin saklı olduğu yönünde eklenecek bir fıkra ile giderilmelidir¹⁴².

ii. Çekin keşideci tarafından düzenlenip lehtara teslim edilmesinden sonra yitirilmesi ve lehtar imzasının taklit edilmesi: Bu ihtimalde, sahtelikten ötürü keşideci nezdinde herhangi bir zarar meydana gelmeyecek, dolayısıyla da TK m. 724'ün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Şöyle ki, BK m. 114/II hükmü gereğince kambiyo taahhüdünde bulunma, dolayısıyla çek keşidesi, kural olarak *ifa yerine* değil, *ifa uğruna* edim niteliğindedir¹⁴³. Yani, lehtarın temel borç ilişkisinden doğan talep hakkı, keşidecinin lehine düzenlemiş olduğu çek dolayısıyla ortadan kalkmaz. Keşidecinin, lehtar ile aralarındaki temel borç ilişkisi için bir çek düzenlemiş olması ve bu çeki lehtara vermiş olması, borcun yenilenmesi (tecdit) sonucunu doğurmaz. Temel borç ilişkisinden doğan alacak hakkı ile çekten doğan kambiyo alacağı hakkı, paralel ve yarışan iki alacak hakkı olarak varlığını sürdürür¹⁴⁴ ve alacaklı bu haklardan dilediğini kullanmakta serbesttir¹⁴⁵. Ancak lehtarın, söz konusu temel borç ilişkisine dayanarak alacağını talep edebilmesi için çeki iade etmesi ya da çekin elinden rıza hilafına çıkmış olduğu durumlarda söz konusu çekin iptal edildiğine dair bir mahkeme kararı getirmesi gerekecektir¹⁴⁶. Ne var ki çeki yitirmiş olan lehtar, çeki iade edemeyeceği gibi, çekin ödenmiş olması nedeniyle iptal kararı da alamayacak; dolayısıyla da lehtarın keşideciden temel alacağını talep

¹⁴² Tam tersine, 724. madde hükmüne 713'ün saklı olduğu yolunda bir fıkra eklenmesi gerektiği şeklindeki görüş için bkz.: Tekil, **a.g.e.**, s.79.

¹⁴³ Kural olarak kambiyo taahhüdü *ifa uğruna* yapılmakla beraber, tarafların kambiyo taahhüdünün *ifa yerine* yapılacağı hususunda anlaşmalarına bir engel yoktur. İfa yerine olacağının kararlaştırılması halinde borç yenilenmiş olur, temel borç ortadan kalkar ve onun yerine kambiyo borcu geçer. Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.171,172, s.115; İmregün, (**Kıymetli Evrak**), s.538.

¹⁴⁴ İsmet Sungurbey, **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul, 1957, s.89 vd.; Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.57,58; İnan, **a.g.e.**, s.16,17; Oğuz İmregün, **Bilirkişi Raporları**, (1971-1982), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.142; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.172, s.115.

¹⁴⁵ Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.172, s.115; 11. HD., 25.04.1978, E.1978/2055, K.1978/2164 (YKD., 1979, S.1, s.81). Kambiyo senedi verilmiş olması, temel ilişkiden doğan borcun talep edilmesinde, talebi önleyici bir def'i oluşturur.

¹⁴⁶ İnan, **a.g.e.**, s.17,18,121; Tekil, **a.g.e.**, s.77 dn.65; Törüner, **a.g.m.**, s.209; Paslı, **a.g.m.**, s.646,647.

etmesi mümkün olmayacaktır. Böyle olunca da keşideci, çek bedelini ikinci bir kez (gerçek lehtara) ödemek zorunda kalmayacağı için zarara uğramayacak ve 724. maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁴⁷.

Aynı şekilde sahteliğin, lehtardan sonraki hamillerden herhangi birisinin imzasında gerçekleşmesi ve muhatabın söz konusu çeki ödemesi neticesinde de keşideci açısından herhangi bir zarar söz konusu olmayacak ve ciranta imzasının sahteliği nedeniyle meydana gelecek olan zarar, muhatabın 724. madde gereğince sorumlu olmasını gerektirmeyecektir¹⁴⁸. Zira, çek elinden rızası hilafına çıkan yani imzası taklit edilen hamilin, elde edemediği çek bedeli için keşideciye başvurması mümkün olamayacağından, keşideci çek bedelini ikinci kez ödemek mecburiyetinde kalmayacak ve bu nedenle de onun açısından herhangi bir zarar doğmayacaktır.

c)- Beyanların Sahteliği

aa - Sahte Temsil Beyanı (Yetkisiz Temsilci)

aaa- Temsil Edilenin Hesap Sahibi (Keşideci) Olması

Boş ya da keşideci tarafından imzalanmamış olan bir çeki ele geçiren kişinin, söz konusu çeki kendi lehine kullanılabilir hale getirebilmek amacıyla başvurabileceği yöntemlerden birisi, kendisini (ya da üçüncü bir kişiyi) hesap sahibinin temsilcisiymiş gibi göstermektir. Kişinin bu durumda yapacağı şey genellikle, temsil ilişkisinin varlığını belirten “temsilen” veya “vekaleten” gibi bir ibareyi keşidecinin adı altına ekleyip, kendi adını da yazmak suretiyle çeki imzalamak olacaktır ki, bu hal “yetkisiz temsil” terimi ile nitelendirilmektedir (TK m. 590). Yetkisiz temsil, bir kimsenin üçüncü kişi tarafından kendisine verilmiş bir temsil yetkisi bulunmaksızın kendisini o kişinin temsilcisiymiş gibi göstermek suretiyle senet üzerine (çeki) imzasını atması halidir¹⁴⁹. Dikkat edilecek olursa

¹⁴⁷ İnan, **a.g.e.**, s.121; Tekil, **a.g.e.**, s.77 dn.65. Von Büren’e göre ise çeki çaldıran lehtar, temel borç ilişkisine dayanarak keşideciye başvurabilecektir [**a.g.e.**, s. 134] (İnan, **a.g.e.**, s.121 dn.127’den naklen).

¹⁴⁸ İnan, **a.g.e.**, s.121,122; von Büren, **a.g.e.**, s.136 (İnan, **a.g.e.**, s.121 dn.122’den naklen); Törüner, **a.g.m.**, s.208,209. Aksi yönde bkz.: Kalpsüz, [İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, (Tartışmalar)], s.166; Göle, **a.g.e.**, s.149.

¹⁴⁹ Tekinalp, **(Temsil)**, s.42; Öztan, **(Kıymetli Evrak)**, s.406 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.181.

burada, aslında çek üzerinde yer almayan sahte bir beyanın (“temsilen”, “vekaleten”, “adına” vb.) çeki sonradan eklenmesi fiili söz konusudur. Sahte temsil beyanını ekleyen kişinin attığı imza kendi imzası¹⁵⁰ olduğundan ve hesap sahibinin imzasının taklit edilmesi gibi bir fiil söz konusu olmadığından, sahte imzanın varlığından bahsedilemeyecektir.

Keşidecinin temsilcisiymiş görünümünün yaratılarak çek bedelinin elde edilmesi halinde de, keşidecinin, imzasının sahte olması halinde olduğu gibi zarara uğrayacağı kesindir. Peki acaba söz konusu bu durum, TK m. 724 kapsamında değerlendirilebilecek bir sahtelik hali olarak kabul edilebilecek midir? Bu konuda farklı iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre¹⁵¹, çekin yetkisiz temsilci tarafından imzalanması hali ile sahte veya tahrif edilmiş olması halleri farklı anlamlar ifade eder. Bir kimsenin çek yaprağını ele geçirmesi ve hesap sahibinin imzasını taklit etmeksizin, temsil durumunu gösteren bir ibare yazarak çeki imzalaması halinde çek sahtekârlığı söz konusu olmayacaktır. Çünkü bu halde uygulanacak olan hüküm TK m. 724 değil, TK m. 730/I-b.3 atfı gereğince çekler açısından da geçerli olan TK m. 590 olacak ve buna göre temsile yetkisi olmadığı halde çeki imzasını koyan kimse (yetkisiz temsilci), söz konusu çek sebebiyle bizzat sorumlu olacaktır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁵² ise, TK m. 590 yetkisiz temsilcinin söz konusu sahte beyanı sebebiyle sorululuk esaslarının belirlendiği; TK m. 724 ise asıl failin bulunamadığı hallerde zarara kimin katlanacağı hususunun düzenlendiği bir hükümdür. Doktrinde¹⁵³ de haklı olarak belirtildiği gibi yetkisiz temsilci, diğer sahtekârlık ve tahrifat hallerinde olduğu üzere “asıl fail” sıfatıyla zaten

¹⁵⁰ Şunu belirtmeliyiz ki, temsilci, normal işlerinde kullandığı kendi imzasını kullanabileceği gibi, uydurma herhangi bir imza da atmış olabilir ki, her iki hal de bir şahsın imzasının taklit edilmesinden farklı olup, sahte temsilin sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla burada sözü edilen “kendi imzası” terimi, yalnızca “sahte imza” ile “sahte temsil beyanı” arasındaki farkı belirtmek amacıyla yönelik olup, bununla kastedilen temsilcinin sadece normal işlemlerinde kullandığı, yani gerçek kimliğini ortaya koyan imzası değildir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 1. Kısım, § 2.

¹⁵¹ Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.6, s.609; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.138; Göle, **a.g.e.**, s.149; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1112; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.371; Tuna, **a.g.e.**, s.332; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.227. Ancak **Göle** ve **Pulaşlı** her ne kadar böyle bir durumda problemin TK m. 590 uyarınca çözüme kavuşturulacağını ileri sürseler de, yetkisiz temsilcinin bulunamadığı hallerde yine de muhatabın TK m. 724 uyarınca sorumlu olması gerektiğini kabul etmektedirler.

¹⁵² İnan, **a.g.e.**, s.32,34,122,123. Törüner, **a.g.m.**, s.210,211; Tekil, **a.g.e.**, s.80; Paşlı, **a.g.m.**, s.649; Kendigelen, (**Çek**), s.229. Ayrıca karşı: Göle, **a.g.e.**, s.149; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.227.

¹⁵³ İnan,**a.g.e.**, s.122,123.

sorumludur¹⁵⁴. Oysa ki TK m. 724 asıl failin bulunamadığı hallerde zarara kimin katlanacağı hususunu düzenleyen bir hükümdür ve düzenleniş amacı itibariyle de 590. maddenin 724'ün uygulanmasını engellemesi mümkün değildir. Gerçekten de hesap sahibinin imzasının taklit edilmesi sonucu ortaya çıkacak olan zarar ile aynı zarara sebebiyet verecek olan bu tür eylemlerin “sahtelik” kapsamında değerlendirilmemesinin gerekçesini, yetkisiz (sahte) temsilcinin çekten ötürü bizzat sorumlu olacağını belirten 590. maddenin oluşturması mümkün değildir. Zira 590. madde düzenlemesi, yetkisiz temsilcinin genel hükümler (BK m. 39) gereğince söz konusu olan sorumluluğunun (tazminat yükümlülüğü) kambiyo senetleri açısından alacaklıyı koruyabilecek yeterlilikte olmaması; dolayısıyla da söz konusu senetlerinin tedavül edebilmesi için gerekli olan güvenliğin sağlanabilmesi açısından kambiyo senetlerindeki yetkisiz (veya yetkisini aşmış olan) temsilciyi yaptığı işlemlerden ötürü bizzat sorumlu kılma amacına hizmet eden, özel bir sorumluluk hükmüdür¹⁵⁵. Bu anlamda TK m. 590 yetkisi olmaksızın kambiyo senedini imzalamış olan kişinin sorumluluk durumu ile ilgili bir hükümken; TK m. 724, keşideci tarafından muhataba karşı ödeme yapılması yönünde yöneltilmiş olan bir irade beyanının yokluğuna rağmen muhatabın, keşidecinin iradesini yansıtmayan bir çeki ödemesi neticesinde meydana gelecek olan zarardan, ilgili taraflardan (keşideci-muhatap) hangisinin sorumlu olacağı meselesinin düzenlendiği bir hükümdür. Dolayısıyla esasen failin sorumluluk esaslarını belirleyen TK m. 590 hükmü, muhatabın keşidecinin iradesine uygun olmayan bir ödeme yapması nedeniyle keşideci nezdinde meydana gelecek olan zarardan ötürü sorumlu olup olmayacağı hususunu düzenleyen 724. madde hükmünün uygulanmasına bir engel teşkil etmeyecektir. Aksine bir yorum tarzı ise, kanun koyucunun kusursuz keşideciyi senet metninde meydana gelecek olan sahteliklerden koruma amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, hesap sahibinin imzasını taklit etmek ile aynı sonucun doğmasına sebebiyet verecek olan sahte temsil beyanlarının da, temsil yetkisinin

¹⁵⁴ Çeki (sahte) temsilci olarak imzalayan failin TK m. 590'dan kaynaklanan sorumluluğu ile ilgili olarak bkz.: 2. Bölüm, 1. Kısım, § 2.

¹⁵⁵ Mehmet Helvacı, “**Kambiyo Senetlerinde Defiler**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1985, s.46. TK m. 590'ın düzenleniş amacıyla ilgili olarak ayrıntılı bir inceleme için ayrıca bkz.: M. Fatih Arıcı, “Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdünde Bulunmasından Doğan Sorumluluk”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, s.12 vd.

gerçekten var olup olmadığını inceleme imkanı olan muhatabın 724. madde sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sahte temsilci çeke imzasını farklı şekillerde koyabilecektir. Çeki, temsil ilişkisinin varlığını belirten “temsilen” veya “vekaleten” gibi bir ibare altına kendi adını da yazmak suretiyle imzalayabileceği gibi; herhangi bir temsil ilişkisinin varlığından bahsetmeksizin ve kendi adını da belirtmeksizin doğrudan (sözde) temsil edilenin adı altına da imzasını koyabilecektir¹⁵⁶. Hatta kendi kimliğinin gizli kalmasını sağlamak açısından bir başka kişinin ismini (ya da uydurma bir isim) kullanmak suretiyle de çeki imzalama yoluna gidebilecektir¹⁵⁷. Nitekim görünüşte temsil edilen kişinin “keşideci” olduğu tüm bu haller, keşideci açısından imzasının taklit edilmiş olması hali ile aynı sonucu doğuracak ve muhatabın 724. madde sorumluluğunu gerektiren bir sahtelik olarak kabul edilecektir.

bbb –Temsil Edilenin Lehtar Olması

Hesap sahibinin görünüşte temsil edilmesi dışında keşidecinin zararının doğumuna neden olabilecek bir diğer hal ise, (görünüşte) temsil edilen kişinin, çek eline hiç geçmemiş olan “lehtar” olması halidir¹⁵⁸. Ancak muhatabın TK m. 713 gereği ciranta imzalarının geçerliliğini inceleme yükümlülüğünün ve imkanının olmaması, lehtarın yetkisiz bir kişi tarafından temsil edilmesi halinin – keşideci zarar görse dahi- mevcut hukuki düzenleme uyarınca, muhatabın TK m. 724 sorumluluğu kapsamı dışında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁵⁹. Ancak lehtar imzasının sahteliği ile ilgili kısımda da açıklamış olduğumuz üzere¹⁶⁰, bizce muhatabın söz konusu sahteliği fark etme imkanının olmayışı, söz konusu sahtelik halinin, muhatapça fark edilme imkanının olmamasına rağmen muhatabın sorumluluğunun doğumuna neden olan diğer sahtelik ve tahrifat hallerinden farklı bir

¹⁵⁶ Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.408 vd.; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.1, Rn15,16, s.117,118 ve WG. Art.8, Rn.5,6, s.143,144; Ayrıca kambiyo senetlerinde temsilcinin çeki imzalama şekilleri için bkz.: Tekinalp, (**Temsil**), s.42 vd.

¹⁵⁷ Tekil, **a.g.e.**, s.80.

¹⁵⁸ İnan, **a.g.e.**, s.123.

¹⁵⁹ Mevcut düzenleme uyarınca her ne kadar lehtarın yetkisiz temsili durumu, muhatabın sorumluluğunu doğurmayacak olsa da, düşük bir ihtimal olmakla beraber muhatabın, lehtarın gerçek temsilcisi hakkındaki bilgilere sahip olması ihtimalinde, örneğin lehtarın bankanın müşterisi olması durumunda, gerekli incelemeyi yapmaksızın sahte temsil beyanına dayanarak ödeme yapması, bizce muhatabın TK m. 724 gereğince sorumlu olmasını gerektirmelidir.

¹⁶⁰ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B, 1, b, bb.

sonucun doğumuna neden olmamalıdır. Bu nedenle bizce lehtarın yetkisiz bir kişice temsil edilmesi hali –keşidecinin zararının doğumuna neden olması durumunda- muhatabın 724. madde sorumluluğunu doğurmalıdır.

Çekin lehtara devredilmesinden sonra lehtar lehine yapılacak sahte temsil beyanı ise, hiçbir şekilde keşidecinin zararının doğumuna sebep olmayacağı için, bu hal 724. madde kapsamına giren bir sahtelik hali olarak kabul edilmeyecektir¹⁶¹.

ccc- Diğer Çek İlgililerinin Temsili

Keşideci ve lehtar dışında çek üzerinde imzası bulunan kişiler (hamil, aval veren, teyit beyanında bulunan) lehine yapılacak sahte temsil beyanları, keşideci açısından bir zarar meydana getirmeyecek olması dolayısıyla 724. madde uygulaması kapsamına giren bir sahtelik olarak kabul edilemeyecektir.

bb - Yetki Aşımı

Keşidecinin çek keşide etme yetkisi olan (yetkili) temsilcisinin, temsil yetkisinin “miktar” bakımından sınırlandırılmış olması durumunda, yetki sınırının üstünde bir meblağ içeren çek keşide etmesi (yetki aşımı), TK m. 724’ün uygulama kapsamına giren bir sahtelik olarak kabul edilebilecek midir? Olumlu görüş bildiren yazarlara göre¹⁶² yetkisiz temsil (sahte temsil beyanı) ile yetki aşımı arasında TK m. 724’ün uygulanabilirliği açısından bir fark bulunmamakta, dolayısıyla da yetkili temsilcinin yetkisi üstünde bir meblağ içeren çek keşidesi nedeniyle meydana gelecek olan zarardan ötürü muhatabın, 724. madde gereğince sorumlu tutulması gerekir. Aksi yöndeki görüşe göre¹⁶³ ise sahtelikte söz konusu olan, çek üzerinde aldatma amacına yönelik bir görünüm yaratılmasıdır. Yetki aşımında ise böyle bir durum bulunmayıp, sadece temsilcinin keşideciye karşı olan görevini ihlâl etmesi söz

¹⁶¹ Bu durum çekin lehtara devrinden sonra lehtar imzasında gerçekleştirilen sahtelik ile aynı hükümlere tabidir. Ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV,4, B,1, b, bb.

¹⁶² İnan, **a.g.e.**, s.123; von Büren, **a.g.e.**, s.145 (İnan, **a.y.** dn.133’ten naklen). **Von Büren**’e göre yetki sınırının aşılması halinde bankanın, çek bedelinin tamamından sorumlu olması gerekecektir. Çünkü bu durumda hesap sahibi aslında hiç bir borç altına girmemektedir. Von Büren, **a.y.** (Tekil, **a.g.e.**, s.81 dn.75’ten naklen). İnan’ın açıklamalarında ise bankanın çek bedelinin tamamından mı yoksa sadece aşılan miktarından mı sorumlu olacağı hususunda herhangi bir belirleme olmamakla beraber, yazar, von Büren’in bankanın çek bedelinin tamamından sorumlu olması gerektiğini belirttiği sayfaya atıf yapmıştır.

¹⁶³ Tekil, **a.g.e.**, s.81; Kendigelen, (**Çek**), s.230; ayrıca bkz.: Reisoğlu, **a.g.e.**, s.371; Tuna, **a.g.e.**, s.332.

konusudur ki, bunun sahtecilikle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de yetki aşımından kaynaklanan zararın TK m. 724 gereğince muhataba yüklenmesi mümkün değildir.

Gerçekten de gerek sahtelik gerekse tahrifat fiillerinin icrasında kişi, çek üzerine bir takım eklemeler ya da çekte değişiklikler yapmak suretiyle muhatapta, çekin sanki keşideci tarafından doğrudan o şekilde düzenlenmiş olduğu izlenimini yaratmak istemekte ve muhatabı bu şekilde kandırmak suretiyle de mevcut durum itibarıyla hakkı olmadığı halde çek bedelini elde edilebilir hale getirmektedir. İşte failin çeki, temsilci sıfatıyla imzalamasındaki durum da, tam olarak muhatabın kandırılması suretiyle çek bedelinin elde edilmesi amacına yönelik bir sahtelik eylemidir. Oysa ki gerçekte çek düzenleme yetkisi olmakla beraber miktar açısından sınırlandırılmış olan yetkili temsilcinin, yetkisini aşan miktarda çek düzenlemesi halinde, yukarıda belirtildiği şekilde muhatabın kandırılması suretiyle çek bedelinin haksız yere elde edilmesi sonucuna yönelik bir amacın varlığından bahsedilemeyecek ve dolayısıyla da her şeyden önce temsilcinin söz konusu bu eylemini, varılmak istenen “amaç” açısından sahtelik kapsamında değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Burada zaten çek düzenlemekle yetkili ve görevli olan bir kişinin, söz konusu görevin gereklerine aykırı hareket etmesi ve dolayısıyla da keşideciye karşı olan borcunu ihlâl etmesi hali mevzu bahistir. Bu nedenle durum esasen keşideci ile temsilci arasındaki ilişkiyi ilgilendirmekte olup, bu halde 724. madde kapsamında değerlendirilebilecek bir sahtelik halinden bahsedilebilmesi kanaatimizce mümkün değildir¹⁶⁴.

cc - Açık (Beyaz) Çekin Anlaşma Hilafına Doldurulması

aaa- Konu

Açık ticari senet, tedavüle çıkarılması esnasında unsurları tam olmayan, tarafların söz konusu unsurların aralarındaki özel anlaşmaya uygun bir şekilde sonradan tamamlanacağı hususunda anlaştıkları ve anlaşmaya uygun bir şekilde doldurulmasından sonra sanki başlangıçtan beri doldurulan bu içeriğiyle

¹⁶⁴ Ancak böyle bir durumda keşideci, daha önce kendisine bildirilmiş olan miktar sınırlamasına uymaksızın ödeme yapan muhatabı, özen borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olması dolayısıyla genel hükümler uyarınca sorumlu tutabilecektir.

varmış gibi işlem gören senet türüdür¹⁶⁵. Kanun koyucu bu senetlere ilişkin düzenlemeyi poliçe kısmında 592. madde ile yapmış olmakla beraber, söz konusu hüküm TK m. 730/I-b.3 atfı gereği çeklerde de uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁶.

Açık çekin geçerli olabilmesi açısından lehtara teslimi aşamasında hangi unsur veya unsurları içermesi gerektiği hususunda Yargıtay¹⁶⁷ ve doktrindeki hakim görüş¹⁶⁸, sadece keşidecinin imzasının bulunmasının açık senedin geçerli olabilmesi açısından gerekli ve yeterli olduğunu kabul etmektedir. Buna göre açık çek, keşideci tarafından imza kısmının doldurulmuş olduğu; diğer boş unsurların¹⁶⁹ ise çeki alan kişi tarafından keşideci ile aralarında söz konusu olan anlaşma esaslarına göre doldurulacak olduğu bir çek türüdür. Burada beyaza imza atan (keşideci) ile unsurları tam olmayan çeki alan kişi arasında, boş unsurların nasıl ve ne zaman doldurulacağı hususunda açık veya örtülü bir anlaşma söz konusudur¹⁷⁰. Buna göre çeki alan kişi boş unsurları doldururken, keşidecinin kendisine vermiş olduğu doldurma yetkisi kapsam ve sınırları dahilinde hareket etmekle yükümlüdür. Ancak tabiki çekin anlaşmaya aykırı bir şekilde doldurulması riski her zaman mevcuttur. Peki acaba böyle bir çekin, keşidecinin boş unsurların doldurulması hususunda verdiği yetki kapsamı dışında doldurulmuş olması, TK m. 724'ün uygulanmasını gerektirecek bir sahtelik hali olarak kabul edilebilecek midir?

¹⁶⁵ Karayalçın, (Ticari Senetler), s.119; Gürbüz, a.g.e., 509; Poroy/Tekinalp, a.g.e., N.220, s.136; Baumbach/Hefermehl, a.g.e., WG. Art.10, Rn.1, s.150.

¹⁶⁶ TK m. 592: “Tedavüle çıkarılırken tamamen doldurulmamış bir poliçe, aradaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulursa bu anlaşmalara riayet edilmemiş olması keyfiyeti hamile karşı ileri sürülemez; meğer ki, hamil poliçeyi kötü niyetle iktisap etmiş veya iktisap sırasında kendisine ağır bir kusur isnadı mümkün bulunmuş olsun.”

¹⁶⁷ HGK., 17.01.1979, E. 11-537/25, K.36.1979/2-288 (Doğanay, a.g.e., s.1401,1402); HGK., 08.05.1979, E.11/654, K.483 (Gürbüz, a.g.e., s.511); HGK., 01.05.1981, E.12/1272, K.343 ve 13.01.1982, E.12-973, K.21 (Gürbüz, a.g.e., s.512 dn.99). Benzer kararlar için ayrıca bkz.: Gürbüz, a.g.e., s.512 vd. Yargıtay’ın son zamanlarda yeknesâklık kazanmış diyebileceğimiz görüşü sadece imzanın yeterli olduğu yönünde ise de, önceden vermiş olduğu bir kararında bunu yeterli görmediği anlaşılmaktadır: “TTK 592. madde hükmü keşideci imzası ve ihdas tarihi dışındaki diğer boşluklar için sevk edilmiş bir hükmüdür.” 12. HD., 23.11.1970, E.11394, K.11597 (Doğanay, a.g.e., s.1400 dn.128 ya da Gürbüz, a.g.e., s.514).

¹⁶⁸ Karayalçın, (Ticari Senetler), s.120; Kalpsüz (Erem/Çelebican), a.g.e., s.73; Domaniç, (Kıymetli Evrak), s.153; Öztan, (Kıymetli Evrak), s.506; Poroy/Tekinalp, a.g.e., N.221, s.137; Meier-Hayoz/von der Crone, a.g.e., § 4, Rn.60; Hueck/Canaris, s.118,119; Ülgen (Helvacı/Kendigelen/Kaya), a.g.e., N. 44, s.200; Kendigelen, (Çek), s.110.

¹⁶⁹ Uygulamada bankalar tarafından bastırılan matbu çek yapraklarının kullanılıyor olması dolayısıyla, çekin boş bırakılan kısımları yalnızca keşide yeri, keşide tarihi ve bedelden ibaret olacaktır.

¹⁷⁰ Karayalçın, (Ticari Senetler), s.119; Gürbüz, a.g.e., s.515.

bbb- Doktrin

Doktrinde çoğunlukta olan görüş, açık çekin anlaşma hilafına doldurulmuş olması halinin, TK m. 724'ün uygulanmasını gerektirecek bir sahtelik hali olarak kabul edilemeyeceği yönündedir¹⁷¹. Bu konuda ileri sürülen bir fikre göre¹⁷², açık çekin anlaşma hilafına doldurulmuş olması lehtarın iradesi açısından sahtecilikle aynı olmasına rağmen, keşideci açısından böyle bir çek sahte çek niteliği taşımayacaktır. Söz konusu görüş uyarınca, konun koyucunun bu durumun keşideci tarafından iyiniyetli hamile karşı ileri sürülemeyeceği yönünde getirmiş olduğu iyi niyetli üçüncü şahısları koruyucu kural (TK m. 592), böyle bir anlaşmanın varlığından haberdar olmayan muhatap açısından da uygulanmalı, dolayısıyla da bu tür bir durum anlaşmanın tarafı dahi olmayan muhatabın 724. madde gereğince sorumluluğuna yol açmamalıdır.

Bir diğer görüşe göre¹⁷³ ise, açık çekin anlaşmaya aykırı bir şekilde doldurulmuş olması nedeniyle meydana gelecek zarardan ötürü muhatabın sorumlu olmaması gerektiği yönünde varılan sonuç, böyle bir halde TK m. 724'ün uygulanması yolu ile de elde edilebilecektir. Buna göre, bir çekin sahte çek olup olmadığının tespitinde keşidecinin değil failin hareketi esas alınır; böyle olunca da çekin sahte çek haline gelmesine sebep olan fiil, failin fiili olmaktadır. Keşideci ise TK m. 724'te rol oynar ve zarar görmüş olması halinde söz konusu hüküm uygulama alanı bulur. Buna göre açık çekin anlaşmaya aykırı düzenlenmiş olması durumunda, hem bir sahte çek, hem de keşideci açısından meydana gelmiş bir zarar söz konusu olacak ve böylece TK m. 724'ün uygulanması için gerekli tüm şartlar yerine gelmiş olacaktır. Ancak somut durumda keşidecinin, kendisine güvenilemeyecek bir kimseye açık çek vermesi TK m. 724/c.2 bakımından “kusurlu” bir davranış olarak kabul edilecek ve keşideci ile lehtar arasındaki anlaşmadan haberdar olması neredeyse imkansız olan muhatabın kusursuzluğu karşısında, zarara kendi kusuru ile neden olan keşidecinin katlanması gerekecek; kusursuz muhatabın ise herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

¹⁷¹ Tekil, **a.g.e.**, s.76 dn.61; von Büren, **a.g.e.**, s.140,141 (Tekil, **a.y.**, naklen); Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, WG. Art.10, Rn. 6, s.155; Kendigelen, (**Çek**), s.230. Açık çekin anlaşmaya aykırı doldurulmasının “sahte çek” oluşturacağı yönünde aksi görüş için ise bkz.: Doğanay, **a.g.e.**, s.2167.

¹⁷² Tekil, **a.g.e.**, s.76 dn.61; Kendigelen, (**Çek**), s.230. Ayrıca bkz.: von Büren, **a.g.e.**, s.140,141 (Tekil, **a.y.**, naklen).

¹⁷³ Paslı, **a.g.m.**, s.644,645.

ccc- Kanaatimiz

Açık çekin anlaşmaya aykırı doldurulmuş olması halinde TK m. 724'ün uygulanamayacağı yönünde varılan sonuca katılmakla beraber; bu konuda iyi niyetli üçüncü kişileri koruyucu TK m. 592 hükmünün anlaşmadan haberdar olmayan muhatap hakkında da uygulanması gerekeceği yönünde ileri sürülen gerekçeye katılmıyoruz. Çünkü TK m. 592 hükmü, açık senedin yetkiye aykırı bir şekilde doldurulmuş olması halinde, keşidecinin hamil karşısındaki durumunu düzenlemekte olup; iyiniyetli hamili, keşidecinin senedin hükümsüzlüğü def'ine (ya da davasına) karşı koruyucu bir kural getirmektedir. Muhatabın ise TK m. 724 ile düzenlenmiş olan sorumluluk esasının belirlenmesinde, söz konusu koruyucu kuraldan yararlanması bizce mümkün olmayacaktır. Zira söz konusu madde ile kanun koyucunun muhataba yüklemiş olduğu sorumluluk esası, dış etkilere soyut ve kusurun varlığına ihtiyaç duymayan objektif bir sorumluluk halidir. Bu nedenle de muhatabın, anlaşmanın varlığından (ya da doldurma yetkisinin kapsamından) haberdar olması, bizce ancak kusurun önem taşıdığı hallerde dikkate alınabilecektir¹⁷⁴. Dolayısıyla kanaatimizce mesele, muhatabın durumu bilip bilmemesine göre değil, söz konusu fiilin 724'ün keşidecinin menfaatini korumadaki amacı kapsamına giren bir sahtelik hali olup olmadığına göre çözüme kavuşturulmalıdır.

Diğer yandan açık çek verilmesi eylemi, keşidecinin TK m. 724 anlamında kusurlu sayılabilmesi için her zaman yeterli bir sebep teşkil etmeyebilecektir¹⁷⁵. Zira bir senedin imza dışında herhangi bir ögesinin boş olarak tedavüle çıkarılması, ticari yaşamın vazgeçilmez bir ögesi olan "karşılıklı güven ve işlerlik ilkesi"ne dayanan bir uygulamadır¹⁷⁶. Söz konusu eylemin kusurlu sayılıp sayılmayacağı ise, esasen her

¹⁷⁴ Muhatabın, anlaşmanın varlığından haberdar olmasına rağmen anlaşmaya aykırı bir şekilde düzenlenmiş olan çeki ödemesi halinde, çekin keşideci açısından sahte bir çek olarak kabul edilme imkanı olmadığı için TK m. 724 uygulanmayacaksa da, keşideci, çek anlaşmasından kaynaklanan özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olması dolayısıyla muhatabı genel hükümler çerçevesinde (BK m. 96 vd.) takip edebilecektir.

¹⁷⁵ Karş.: Paşlı, **a.g.m.**, s.645 dn.51.

¹⁷⁶ Edip Şimşek, **Hukukta ve Cezada Ticari Senetler**, Ankara, 1983, s.356. Kambiyo ilişkisinin doğumuna sebebiyet veren temel ilişkiye ilişkin bir takım esasların, senedin düzenlenip karşı tarafa verilmesi esnasında kesin bir şekilde belirlenemediği durumlarda, keşidecinin açık bir senet düzenleyip, boş kısımların daha sonra oluşacak koşullara ve belirlemelere göre senet lehtarı tarafından

somut olay açısından mevcut koşullara göre incelenmesi gereken bir durumdur¹⁷⁷. Bu nedenle ikinci görüşün, açık çekin anlaşmaya aykırı düzenlenmiş olması halinde TK m. 724'ün uygulanabileceği, zira maddenin uygulanması neticesinde varılacak olan sonucun, söz konusu maddenin olaya uygulanma imkanının olmadığı yönünde bildirilen görüş ile aynı olacağı şeklinde yaptığı tespit, keşidecinin açık çek vermesinin kusur olarak nitelendirilemeyeceği hallerde, geçerliliğini yitirecektir. Çünkü bu durumda muhatap, TK m. 724 uyarınca zararın tümüne katlanmak zorunda kalabilecektir.

Bizce çekin, keşideci ile lehtar arasındaki anlaşmaya aykırı bir şekilde doldurulması, örneğin çek bedelinin belirlenen miktardan daha fazla yazılması veya keşide tarihinin daha önceki bir tarih olarak gösterilmesi fiillerini, keşidecinin iradesini ve gerçeği yansıtmaması nedeniyle, teknik olarak birer sahtelik hali olarak kabul etmek mümkündür. Ancak bu sahtelik fiillerini, TK m. 724 kapsamında değerlendirilen diğer sahtelik hallerinden ayıran önemli bir husus vardır. Dikkat edilecek olursa gerek imza gerekse beyanların sahteliği hususunda yaptığımız açıklamalarda, çekin çoğu zaman keşidecinin elinden rızası hilafına, haberi dahi olmadan çıkması (çalınması, kaybolması) durumu veya sahteliğin, keşideci tarafından öngörülemez bir şekilde yapılması durumu söz konusuydu. Açık çekte ise durum tamamen farklı olup, keşidecinin bazı unsurlarını boş bıraktığı bir çeki bilerek ve isteyerek lehtara teslim etmesi ve boş yerlerin doldurulması hususunda lehtarı yetkilendirmesi söz konusudur. Böyle bir durumda keşideci, çekin kendi iradesine (anlaşmaya) aykırı bir şekilde doldurulabileceği ve çeki kolaylıkla sahte beyanların yazılabileceği hususunun bilincindedir. Dolayısıyla diğer sahtelik hallerinden farklı olarak burada çekin, boş bir şekilde bizzat keşideci tarafından, doldurulmak üzere lehtara verilmesi söz konusudur ki, kanaatimizce bu halde

doldurulmasına imkan tanınması, ticari hayatta oldukça yaygın ve geçerliliği kabul edilen bir uygulamadır. “TK m. 592 maddesinin konuluş amacı tacirler arasında ticari işlemleri ve bunların gerektirdiği kredinin sağlanmasını kolaylaştırmaya yöneliktir...” TD., 21.09.1971, E.3944, K.5577 (Gürbüz, **a.g.e.**, s.512 ya da Şimşek, **a.g.e.**, s.578); “Boş bir bononun borçlu tarafından imzalanarak senet lehtarına boş olarak teslim edilmesinde ve onun tarafından da bu bononun aradaki anlaşmaya uygun bir biçimde doldurularak tedavüle çıkarılmasında kanuna aykırı bir yön yoktur...” HGK., 17.01.1979, E.11-537/25, K.36.1979/2-288 (Doğanay, **a.g.e.**, s.1401,1402).

¹⁷⁷ Örneğin, açık çekin verildiği kişinin daha önce çek sahtekarlığından hüküm giymiş birisi olması ve bunun, keşideci tarafından biliniyor olması halinde, keşidecinin bu kişiye açık çek vermesi eyleminin kusurlu bir fiil oluşundan bahsedilebilecektir.

keşideci, bilerek yaratmış olduğu rizikonun sonuçlarına bizzat kendisi katlanmalıdır. Çünkü kanun koyucu 724. madde ile, keşidecinin zararına neden olan sahtelik ve tahrifat eylemlerinden ötürü meydana gelecek olan zararı muhataba yüklerken, keşideciyi, iradesi dışında cereyan eden ve önleme imkanının olmadığı (öngörülemeyen) sahtecilik ve tahrifat fiillerinin sonucundan koruma amacını gütmüştür. Oysa ki açık çeki veren keşideci açısından böyle bir imkansızlık söz konusu olmadığı gibi, bazı durumlarda sahteliğin meydana gelmesine bizzat keşidecinin sebep olduğu dahi ileri sürülebilecektir. Bu sebeple her ne kadar lehtarın eylemi teknik açıdan bir sahtecilik hali teşkil etse de, bu durumda keşideci açısından TK m. 724'ün uygulanmasını gerektirecek bir sahte çekin varlığından bahsetmek bizce mümkün olmayacaktır.

B)- Tahrifat

a)- Çek Üzerinde Yer Alan İsimlerin Tahrifi

Bu tahrifat fiili genellikle çeki haksız bir şekilde elde etmiş olan kötü niyetli kişiler tarafından, çeki kendi lehlerine kullanılabilir hale getirmek amacıyla yapılır¹⁷⁸. Fail, söz konusu amaca yönelik olarak silme, karalama, lekeleme, kazıma gibi fiillerle orijinal ismi yok edip yerine kendisinin (ya da bir başkasının) ismini yazma veya harflerde oynamalar (sürşarj) yaparak ismi değiştirme gibi çeşitli ihtimallerden birisini kullanmak suretiyle, çeki kendisi tarafından tahsil edilebilir hale getirir. Tabiki çek üzerindeki herhangi bir ismin değil, (belirli durumlarda) belirli kişilerin isimlerinin tahrif edilmesi halinde ancak keşideci nezdinde bir zarar doğar ve TK m. 724 uygulanabilir.

aa – Lehtarın İsmine Tahrifi

Lehtarın isminin tahrif edilmiş olması ve bunu fark etmeyen muhatabın, ödeme yapmış olması halinde meydana gelecek olan zarardan ötürü keşideciye karşı sorumlu olabilmesi için, söz konusu zararın keşidecinin zararı olması gerekir. Bu nedenle meseleyi, tahrifatın çekin lehtara teslim edilmesinden

¹⁷⁸ İnan, a.g.e., s.123.

önce veya sonra yapılmış olmasına göre iki ayrı ihtimal dahilinde inceleme gereği ortaya çıkar.

Çekin henüz lehtara teslim edilmeden önce keşideci tarafından yitirilmesi ve daha sonra çeki ele geçiren kişi tarafından lehtar isminin tahrif edilmek suretiyle çek bedelinin haksız bir şekilde muhataptan tahsil edilmesi halinde, keşideci aynı çek meblağını aralarındaki temel ilişki dolayısıyla borçlu bulunduğu gerçek lehtara ikinci bir kez ödemek zorunda olması nedeniyle zarara uğrayacak ve söz konusu bu zarar dolayısıyla muhatap, TK m. 724 uyarınca sorumlu tutulabilecektir¹⁷⁹. Zira keşideci tarafından düzenlenmiş olan çekin lehtara teslim edilmesiyle oluşacak olan kambiyo ilişkisi, söz konusu bu durumda henüz gerçekleşmiş olmadığından, keşideci, (gerçek) lehtarın temel borç ilişkisine dayanan alacak talebi karşısında kambiyo ilişkisine dayanan herhangi bir defi ileri süremeyecek ve aynı çek bedelini hem haksız lehtara hem de gerçek lehtara olmak üzere iki kez ödemek zorunda kalması dolayısıyla zarara uğrayacaktır¹⁸⁰.

Dikkat edilecek olursa muhatabın buradaki sorumluluğu, sahte çek bahsinde anlatılanların tam tersidir¹⁸¹. Şöyle ki, lehtarın isminin yazılı olduğu bir çeki ele geçiren kişi, iki şekilde hareket edebilecektir: Ya lehtarın imzasını taklit ederek çekin kendisine lehtar tarafından ciro edilmiş olduğu görünümünü yaratacaktır ya da yukarıda belirttiğimiz şekilde lehtarın ismini tahrif etmek suretiyle kendisini (ya da bir başkasını) lehtarmış gibi gösterme yoluna gidecektir. Her iki ihtimalde de keşideci açısından meydana gelecek olan zarar aynı olacaktır. Ne var ki muhatabın, TK m. 713 gereğince ciranta imzalarının, dolayısıyla lehtarın imzasının gerçekliğini inceleme yükümlülüğünün olmaması, onu, lehtarın imzasının sahteliği halinde keşideci nezdinde meydana gelecek olan zarara katlanma yükümlülüğünden kurtaracaktır¹⁸². Böyle olunca da muhatap, kanunumuzun mevcut sistematiği gereği sahtekârın tercihiine bağlı olarak, lehtarın isminin tahrif edilmesi halinde TK m. 724 gereğince sorumlu tutulabilecek; lehtarın imzasının taklit edilmesi halinde ise TK m. 713 uyarınca sorumluluktan kurtulacaktır.

¹⁷⁹ İnan, **a.g.e.**, s.123; Törüner, **a.g.m.**, s.212; Tekil, **a.g.e.**, s.82; Paslı, **a.g.m.**, s.650.

¹⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B,1, b, bb.

¹⁸¹ Lehtarın imzasının taklit edilmesi hali ile lehtarın isminin tahrif edilmiş olması halinde muhatabın sorumluluk esasının aynı olacağı, yani her iki halde de muhatabın TK m. 724 gereğince sorumlu olacağı yönünde bkz.: İnan, **a.g.e.**, s.123; Törüner, **a.g.m.**, s.209; Paslı, **a.g.m.**, s.646.

¹⁸² Ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B, 1, b, bb.

Çekin lehtara teslim edilmesinden sonra, lehtarın elinden rıza hilafına çıkması ve lehtar isminin tahrif edilerek çek bedelinin tahsil edilmesi halinde ise, keşideci nezdinde herhangi bir zarar meydana gelmeyecek ve dolayısıyla da TK m. 724'ün uygulanmasını gerektirecek bir sahtelik hali söz konusu olmayacaktır¹⁸³. Zira, sahte çeklerle ilgili bölümde belirttiğimiz üzere¹⁸⁴, çek elinden rızası hilafına çıkmış olan lehtarın, çeki iade etmek suretiyle temel ilişkiden doğan alacağını talep etme imkanı olmadığı gibi; çek bedelinin muhatap tarafından ödenmiş olması dolayısıyla mahkemeden bir iptal kararı almak suretiyle temel ilişkiye dayanması da mümkün değildir. Bu nedenle de keşidecinin, çek bedelini ikinci bir kez ödemek zorunda olmayışı, yani herhangi bir zararının doğmamış oluşu, TK m. 724 uygulanmasına engel olacak ve meydana gelecek olan zarara ilk etapta çek elinden çıkan lehtar katlanmak zorunda kalacaktır.

bb – Keşidecinin İsmi Tahrifi

Çek üzerindeki isimlerde meydana gelebilecek olan tahrifat hallerinden bir diğeri de, **keşidecinin isminin** tahrif edilmesi halidir ki, bu durum diğerlerine oranla bir takım farklılıklar içerir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, keşideci isminin tahrif edilmesindeki amaç, aynı banka şubesinde hesabı bulunan bir başka kişinin çek hesabından haksız yere para tahsil etmektir. Bu nedenle burada zarar görecektir olan kişi, ismi tahrif edilen (yani değiştirilen keşideci) değil, tahrifat neticesinde çek üzerine ismi yazılacak olan (keşideci olarak görünen) kişidir. Çek defterlerinin hesap sahibinin adını, vergi kimlik numarasını ve hesap numarasını içerir bir şekilde matbu olarak hazırlanması¹⁸⁵ ve özellikle bu yaprakların basımında

¹⁸³ İnan, **a.g.e.**, s.123; Törüner, **a.g.m.**, s.212; Tekil, **a.g.e.**, s.82; Paslı, **a.g.m.**, s.650,651. *Von Büren*'e göre ise lehtar ismindeki tahrifat ister çek lehtara teslim edilmeden önce isterse teslim edildikten sonra olsun, her durumda TK m. 724 gereğince muhatabın sorumluluğunu gerektirecektir. Zira yazara göre lehtar isminin çekin düzenlenirken mevcut unsurlarından birisi olması nedeniyle, bunda meydana gelecek olan tahrifat her koşulda TK m. 724'ün uygulanmasını gerektirecektir. *Von Büren*, **a.g.e.**, s.134 (İnan, **a.g.e.**, s. 123, dn.135 naklen).

¹⁸⁴ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B,1, b, bb.

¹⁸⁵ Çek Kanununa ilişkin Merkez Bankası Tebliğinin çek defterlerinin baskı şekline ilişkin 2. maddesinin c) bendine göre: “Çek defterlerinin her yaprağına çek hesabının bulunduğu banka şubesinin adı, hesap numarası, çek numarası ve hesap sahibinin vergi kimlik numarası ile adının yazılmasına ve imzasının atılmasına imkan verecek ibareler konulur.” Her ne kadar tebliğde hesap sahibinin adının yazılı olacağı değil de, yazılmasına imkan verecek olan ibarelerin koyulacağından bahsedilmiş olsa da, uygulamada bankaların çek defterlerini mutlaka hesap sahibinin adını da içerir bir şekilde bastırdıkları görülmektedir.

tahrifata karşı duyarlı kağıtlar ve kodlama esnasında manyetik mürekkep kullanılması, keşideci isminin fark edilmeyecek biçimde tahrif edilmesini son derece zorlaştırmaktadır. Zira keşidecinin ismi dışında ayırt edici diğer iki unsurun, “vergi kimlik numarası” ile “hesap numarasının” da çek üzerinde yer alıyor olması, failin amacına ulaşabilmesi açısından, keşideci ismi dışında bu unsurların da tahrif edilmesini bir bakıma zorunlu hale getirmektedir ki, bunun zorluğu ortadadır. Aksi taktirde vergi kimlik numarasının veya hesap numarasının çek üzerinde adı yazılı olan keşideci ile uyuşmadığını gören banka memuru, tahrifatı fark edebilecek ve çeki ödemeyecektir. Ancak tabi ki sadece keşideci isminin tahrif edilmiş olduğu, diğer iki unsorda ise herhangi bir tahrifatın gerçekleşmiş olmadığı bir halde de, banka memurunun tahrifatı fark etmeksizin çek bedelini ödemesi, dolayısıyla da bankanın 724. madde sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır.

Burada dikkati çeken bir husus da, herhangi bir kişinin bir banka şubesinde kimlerin çek hesabı olduğunu (veya bu kişilerin vergi kimlik numaraları ile hesap numaralarını) bilmesinin zor olması; dolayısıyla da böyle bir tahrifatın gerçekleşmesi açısından banka içinden bir görevliden bu hususta yardım alınması gereğidir. Banka görevlisi, faile istediği bilgileri temin etmek suretiyle yardımda bulunmuş olabileceği gibi (fer’i fail); tahrifatı bizzat gerçekleştiren kişi (asli fail) dahi olabilir. Böyle bir ihtimalde banka memurunun söz konusu eyleminden ötürü bankanın sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi ise ileride ayrıntılı bir şekilde incelenecek olduğundan, bu aşamada yalnızca ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁸⁶.

Keşidecinin isminin tahrif edilmesi neticesinde keşideci olarak görünen başka bir kişi ortaya çıkacak ve muhatabın tahrifatı fark etmeksizin çek bedelini bu kişinin hesabından ödemesi neticesinde borçlu olmadığı bir meblağı ödemiş olması nedeniyle bu kişi nezdinde bir zarar meydana gelecek ve bu zararın TK m. 724 gereğince muhatap tarafından karşılanması gerekecektir. Keşidecinin ise tahrifatın meydana gelmesinde bir kusurunun olması, yani muhatabın katlanmak zorunda olduğu zararın keşidecinin çek anlaşması ile kendisine yüklenmiş olan (çek defterini iyi muhafaza etme gibi bir) görevini ihlâl etmesi nedeniyle ortaya çıkmış olması halinde ise, keşidecinin kusuru oranında muhatap bankaya karşı sorumlu olması

¹⁸⁶ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 3, C.

gerekecektir. Diğer bir deyişle muhatap banka, TK m. 724 gereğince keşideci gibi görünen kişinin zararını karşılayacak ve daha sonra kusuru oranında keşideciye başvurabilecektir. Ancak bizce, çekin basılı unsurlarında gerçekleşen böyle bir tahrifatı fark edemeyen muhatap bankanın kusuru, her halükarda çeki iyi muhafaza edemeyen ve tahrifata neden olan keşidecinin kusuruna oranla daha ağır taktir edilmelidir.

cc – Diğer Çek İlgililerinin İsimlerinin Tahrifi

Lehtar ve keşidecinin ismi dışında çekte yer alabilecek diğer isimlerde (cirantalar, aval verenler, teyit edenler) meydana gelecek olan tahrifat ise, keşideci açısından her hangi bir zararın doğumuna sebebiyet vermeyeceği için, TK m. 724'ün uygulanmasını gerektirmeyecektir. Mesela, hamilin isminin tahrif edilmesi ve çekin ödenmesi halinde meydana gelecek olan zarar, ismi tahrif edilen hamilin zararı olacaktır. Çünkü bu halde hamil ile keşideci arasındaki kambiyo ilişkisi ortadan kalkmış olduğundan, hamilin keşideciye başvurması, dolayısıyla da keşidecinin zarar görmesi mümkün değildir.

b)- Lehtar İsmi Yanına “veya Hamiline” İbaresinin Eklenmesi

Çeki haksız bir şekilde elde etmiş olan kişi, lehtarın imzasını taklit etmek ya da ismini tahrif edip değiştirmek yerine, doğrudan lehtarın isminin yanına “veya hamiline” ibaresini eklemek suretiyle çeki, her ibraz edene ödenecek türden, yani hamiline yazılı bir çek haline getirip çek bedelini tahsil edebilecektir. Zira TK m. 697/II gereğince: “*Muayyen bir kimse lehine olarak veya “Hâmiline” kelimesinin yahut buna benzer diğer bir tabirin ilâvesiyle keşide kılınan çek, hâmile yazılı bir çek sayılır*”. Buna göre çekte, lehtar olarak bir kişi gösterilmiş olsa dahi, bu kişinin adının yanına “veya hamiline” ibaresinin eklenmesi o çeki hamiline yazılı hale getirecektir.

İşte bu imkandan yararlanan kişi, çekin aslında hamiline düzenlemiş olduğu görünümünü yaratmak suretiyle çek bedelini tahsil etme yoluna gidebilecektir. Dikkat edilecek olursa, “veya hamiline” ibaresinin çeki sonradan eklenen bir ibare olması ve çek üzerinde başka herhangi tahrifat eyleminin gerçekleşmemiş olması, ilk bakışta bunun bir sahtecilik eylemi olduğu kanısını uyandırmaktadır. Ancak, aslında bu halde çek üzerinde yer alan ve çekin emre yazılı olduğu yönünde var olan

keşideci iradesinin, sonradan yapılacak olan bir ekleme ile değiştirmesi söz konusudur. Dolayısıyla söz konusu fiil bir tahrifat fiili olarak kabul edilmelidir¹⁸⁷.

Zira sahtecilikte, gerçekte senet üzerinde hiç olmayan bir unsurun senede eklenmesi söz konusu olduğundan, tüm unsurları tamam olan bir senede yapılacak olan eklemeler ancak o unsurun değiştirilmesi amacına yönelik olacaktır ki, bu durumun sahtecilik değil, tahrifat olarak adlandırılması gerekecektir¹⁸⁸. Ancak tabiki böyle bir tahrifatın, TK m. 724 kapsamında değerlendirilebilmesi için, çekin ödenmesi neticesinde meydana gelmiş olan zararın, keşidecinin zararı olması gerekir ki, bu da ancak, çekin henüz lehtara teslim edilmeden önce keşidecinin elinden rızası hilafına çıkması halinde mümkün olabilecektir. Çünkü keşideci, yalnızca bu ihtimalde çek bedelini ikinci bir kez ödemek zorunda kalacağı için zarara uğrayacak; çekin lehtar cirantalar veya diğer çek ilgililerinin elinden çıkması ve tahrif edilmesi halinde ise ikinci bir ödeme talebiyle karşılaşmayacağı için, herhangi bir zararı söz konusu olmayacaktır.

Aslında kanun koyucu, kıymetli evraka ilişkin “Umumi Hükümler” in 562. maddesinde, nama, emre ve hamiline yazılı senetlerin birbirlerine dönüştürülebilmesi (tahvil) imkanını tanımıştır. Buna göre, nama veya emre yazılı bir senet, senet ile kendisine hak verilmiş ve borç yüklenmiş olan bütün kişilerin muvafakatının olması şartıyla, hamiline yazılı bir senet haline dönüştürülebilecektir (TK m. 562/I). Yani meşru hamil, diğer çek ilgililerinin de muvafakatini almak suretiyle emre yazılı bir çeki, “veya hamiline” ibaresini ekleyerek hamile yazılı bir çek haline getirebilecektir. Ancak dikkat edilecek olursa bu durum, yukarıda belirttiğimiz tahrifat halinden tamamen farklı olup, burada çekin hırsız ya da çeki bulan kişi tarafından değil bizzat meşru hamil tarafından, üstelik diğer çek ilgililerinin de muvafakatının alınması şartıyla geçerli bir şekilde hamiline senet haline dönüştürülmesi söz konusudur.

Netice itibariyle, çeke eklenen “veya hamiline” ibaresinin, TK m. 724 kapsamında değerlendirilecek bir tahrifat hali olarak kabul edilebilmesi için, (lehtar

¹⁸⁷ Örnek vermek gerekirse: “Cem Uslu” emrine düzenlenmiş olan bir çekin, lehtarın kardeşi “Cemil Uslu” tarafından keşidecinin kasasından çalınması ve daha sonra lehtar adının, ‘il’ eki eklenmek suretiyle “Cemil Uslu” haline getirilmesi bir tahrifat eylemi olup; lehtarın adının yanına “veya hamiline” ibaresinin eklenmesi fiilinden, her hangi bir farkı yoktur. Zira her iki durumda da keşidecinin iradesinin sonradan değiştirilmesi söz konusudur ve eylem, her iki durumda da nitelik olarak bir tahrifat eylemidir.

¹⁸⁸ İnan, **a.g.e.**, s. 34,123.

isminin yazılı olduğu) çekin henüz lehtara teslim edilmeden önce keşideci tarafından yitirilmiş olması gerekmektedir. Çünkü keşideci yalnızca bu ihtimalde zarara uğrayacaktır.

c)- Çek Bedelinin Tahrifi

Keşideciye en büyük zararı verecek olan tahrifat şekli hiç kuşkusuz, çek bedelinin tahrif edilmesi halidir. Her şeyden önce keşideci, gerek tedavüle çıkarmadan önce gerekse tedavüle çıkardıktan sonra çek bedelinin tahrif edilmesi rizikosuyla karşı karşıyadır. Bu tahrifatın meydana gelebilmesi için çekin rıza hilafına gerçek hak sahibinin elinden çıkmasına dahi gerek yoktur. Zira uygulamada da sıkça görüldüğü üzere tahrif edilmek suretiyle çek bedelinin arttırılması fiili, daha çok gerçek hak sahiplerince (meşru hamillerce) gerçekleştirilen bir tahrifat türüdür¹⁸⁹.

Çek bedelinin tahrif edilmesi, **rakamların** değiştirilmesi suretiyle yapılabileceği gibi, **para biriminin** değiştirilmesi şeklinde de gerçekleştirilebilecektir¹⁹⁰. Zira Türk Lirası (TL) ile açılan bir hesap üzerine yabancı para ile çek keşide edilebilmesine kanuni bir engel bulunmamakta ve Yargıtay'ın da birçok kararında belirttiği gibi keşideci, salt matbu çek formlarındaki TL ibaresini çizip yerine başka bir para birimi eklemek ve ayrıca yazı ile yazılan bedeli de yabancı para üzerinden göstermek suretiyle, çeki dilediği para birimi üzerinden keşide edebilmektedir¹⁹¹. Ne var ki keşideciye tanınmış olan bu imkan, bedeli tahrif edip arttırma niyetinde olan kötüniyetli kişilerin işlerini son derece kolaylaştıracak niteliktedir. Dolayısıyla Türk Lirası ile açılan bir hesap üzerine yabancı para birimi üzerinden çek keşide edilmiş olduğu durumlarda, muhatabın son derece dikkatli olması ve bunun, bizzat keşidecinin kendi iradesinin bir sonucu olduğu hususunda emin olduktan sonra ödeme yapması, şüphelenmeyi gerektirecek bir halin varlığında

¹⁸⁹ İnan, **a.g.e.**, s.124.

¹⁹⁰ Tekil, **a.g.e.**, s.83; Abuzer Kendigelen, **Ticaret Hukuku Kürsüsünde 15 Yıl (1986-2001)-Hukuki Mütalaalar**, C.III, (Ticari İşletme, Kıymetli Evrak ve Borçlar Hukuku), Kararları Tamamlanmış 3. Bası, Arıkan Basım-Yayım-Dağıtım Ltd. Şti, İstanbul, 2006, s. 389-394.

¹⁹¹ “*Matbu senette Türk Lirası çizilip, Amerikan Doları yazılması ve ayrıca yazılı bölümde de dolar yazılması, geçerli olup, bu senedin dolar üzerine düzenlendiğinin kabulü gerekir.*” 12.HD., 19.01.2004, E.23835, K.581 (Eriş, (2004), s.105); 12.HD., 05.12.2000, E.18436, K.19130 (Eriş, (2004), s.84).

ise keşideciden onay almadan ödememe yapmaması gerekecektir¹⁹². Hatta daha da ileri giderek, Türk Lirası ile açılan bir hesap üzerine yabancı para birimi üzerinden çek keşide edilmiş olması halinin, başlı başına tahrifat şüphesi uyandırma niteliğini haiz bir durum olduğu dahi ileri sürülebilecektir.

Diğer yandan çek bedeli, birisi “rakam” diğeri “yazı” olmak üzere iki farklı karakterde yer alacağından, fail, her iki karakteri de değiştirebileceği gibi, sadece birisini değiştirmiş olabilir ki, böyle bir durumda çek üzerinde biri yazıyla diğeri rakamla gösterilen iki farklı bedel söz konusu olur. Peki acaba böyle bir halde yapılması gereken ne olacaktır? Senet bedelinin farklı şekillerde gösterilmiş olduğu hallerde uygulanmak üzere düzenlenmiş olan ve TK m. 730/b.2 atfı gereğince çekler açısından da uygulanacak olan TK m. 588 hükmü uyarınca: “*Polîçe bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur*”. Ne var ki, söz konusu hükmün uygulama alanı, her iki bedelde de herhangi bir tahrifatın söz konusu olmadığı, yani her iki bedelin de keşideci tarafından yazılmış olduğu hallerle sınırlıdır¹⁹³. Çünkü, söz konusu kuralın tahrifat halinde uygulanması ihtimalinde, bundan yararlanmak isteyen fail doğrudan yazı ile gösterilen bedeli değiştirip, 588. madde gereğince yazıya itibar edecek olan muhataptan tahrif edilmiş bedeli kolaylıkla tahsil edebilecektir ki, böyle bir uygulama maddenin düzenleniş amacına tamamen aykırı sonuç doğuracaktır. Zira söz konusu maddenin amacı, keşidecinin çeki düzenlemesi esnasında meydana getirmiş olduğu çelişkinin, ödeme aşamasında belli bir kurala tabi tutulması suretiyle giderilmesidir. Bu nedenle de, çek bedelinin tahrif edilmek suretiyle sonradan değiştirilmesi halinde sözü edilen kuralın uygulanması mümkün olmayacaktır.

¹⁹² Nitekim *Kendigelen*, bono bedelinin bu şekilde değiştirilmiş olduğu bir olayda, matbu olan senet metnindeki Türk Lirası ibaresinin çizilerek, yerine yabancı bir para biriminin eklenmesinin, senet metnini değiştirilmesi (tahrifat) olarak kabul edilmesi gerektiğini ve böyle bir durumun keşideci tarafından onaylanmadığı sürece, onun açısından bağlayıcı olmayacağını belirtmiştir. *Kendigelen, (Mütalâalar)*, s. 389 vd. Ayrıca TL üzerinden işleyen bir hesapta, yabancı para kaydının geçerliliği açısından keşidecinin iradesinin herhangi bir şüphe uyandırmayacak kadar açık olması gerektiği hususunda bkz.: *Kendigelen, (Çek)*, s.76,77.

¹⁹³ “...588. maddenin birinci fıkrasında (senet bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur) hükmü yer almış ise de, bu hükmün uygulanabilmesi, senetlerin rakam ve yazı kayıtlarında herhangi bir tahrifatın yapılmaması koşuluyla bağlıdır.” 11. HD. 25.04.1978, E.1587, K.2170 (Eriş, (2004), s.165); “Yazı ile olan kısma itibar edilmesinin rakamla olan kısımda tahrifat olmaması ile mümkün olduğu cihetle tahrifat hususunun uzman bir bilirkişiye tetkik ettirip, sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken ...” 12. HD. 02.06.1986, E.12696, K.6545 (Eriş, (2004), s.168).

Bedelin, farklı meblağlar şeklinde gösterilmiş olduğu böyle durumlarda bankanın izlemesi gereken prosedür bizce, keşideci ile irtibat kurup ondan alacağı cevaba göre işlem yapmak olmalıdır. Her hangi bir tahrifatın olmadığı ve farklılığın tamamen keşideciden kaynaklanmış olduğunun anlaşıldığı durumlarda, 588. madde hükmünün uygulanıp yazı ile yazılmış olan bedelin ödenmesi, aksi halde, yani keşidecinin bedelin tahrif edilmiş olabileceğini belirtmesi ya da çek bedelinden müracaat borçlusu olarak sorumlu olan diğer çek ilgililerinin tahrifatın varlığını ileri sürmeleri halinde¹⁹⁴, çek uzman kişilere inceletilmeli ve bunun sonucuna göre hareket edilmelidir. Aksi takdirde muhatap, tahrif edilmiş bedeli ödemesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan, TK m. 724 gereğince keşideciye karşı sorumlu olur.

Bedeli tahrif edilmiş bir çeki ödeyen muhatap, keşideciye karşı ödemiş olduğu tüm çek bedeli ile değil, yalnızca gerçek çek bedeli üzerine tahrifat ile eklenmiş olan miktar kadar sorumlu olacaktır¹⁹⁵. Zira bedelin tahrif edilmeden önceki hali, keşidecinin ödenmesi yönünde muhataba yöneltilmiş olduğu gerçek iradesini yansıttığından, bu kısım açısından keşidecinin zararının doğması söz konusu olmayacaktır. Örneğin 5.000 YTL üzerinden düzenlenmiş olan bir çekin, daha sonra tahrif edilerek bedelin 15.000 YTL haline dönüştürülmesi ve bu meblağın bankadan tahsil edilmesi halinde, keşidecinin zararı tahrifat sonucu ortaya çıkan bedel ile keşidecinin kendi yazmış olduğu ilk bedel arasındaki fark kadar, (15.000 YTL – 5.000 YTL =) 10.000YTL olacaktır. Dolayısıyla da burada, bedel kısmının bizzat fail tarafından yazılmış olduğu sahte çekten farklı olarak tam değil, kısmi bir hükümsüzlük söz konusu olacak ve keşideci, tahrifattan önceki çek miktarı ile sorumlu olmaya devam edecektir¹⁹⁶.

Ayrıca böyle bir durumda, çekte imzaları yer alan diğer kişilerin sorumluluğu, aynen devam edecek olup (TK m. 660)¹⁹⁷, bu kişilerin sorumluluk kapsamı ancak

¹⁹⁴ “Senette tahrifat iddiası öne sürüldüğü takdirde yazı ile gösterilmiş miktara değer vermek suretiyle hüküm kurulamaz...” 12.HD., 10.10.1988, E.87/13385, K.11122 (Talih Uyar, **İcra Hukukunda Kambyo Senetleri**, 2. bs., Manisa, 1989, s.937.)

¹⁹⁵ İnan, **a.g.e.**, s.124; Törüner, **a.g.m.**, s.211; Paşlı, **a.g.m.**, s.651.

¹⁹⁶ “Kambyo senetlerinde bedel üzerinde tahrifat olmasına karşın bu senedin tutarlarına ilişkin kısmının yazı veya rakam hanesini borçlu yazmış ise, borçlunun yazdığı bu tutar borçluyu bağlar.” 11.HD., 04.02.1982, E.6874, K.550 (Eriş, (2004), s.171). Aynı yönde: 12.HD., 17.10.1983, E.5633, K.7549 (Eriş, (2004), s.166); 11.HD., 18.02.1986, E.625, K.774 (Eriş, (2004), s.171).

¹⁹⁷ “Senet Metninde Değişiklikler” kenar başlığını taşıyan TK m. 660 uyarınca: “Bir poliçe metni tahrif edildiği takdirde değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kimseler değişmiş metin

bankanın ödeme yapmamış olduğu hallerde veya karşılıksız olduğu tespit edilen çeklerdeki müracaat hakları bakımından önemli olacaktır. Bankanın ödeme yapmış olması halinde ise TK m. 724 gereğince keşidecinin zararını giderme yükümlülüğü aynen devam edecektir¹⁹⁸.

Sonuç olarak vurgulayalım ki, tahrif edilmek suretiyle arttırılmış çek bedelinin muhatap tarafından ödenmiş olması hallerinde, tahrifatı kim ne zaman gerçekleştirmiş olursa olsun, keşideci muhakkak zarar görecektir. Bu nedenle de çek bedelinde yapılan tahrifat -bedelin ödenmiş olması koşuluyla- daima TK m. 724 kapsamına girecek ve muhatabın sorumluluğunu doğuracaktır.

d)- Çekin Keşide¹⁹⁹ Tarihinin Tahrifi

Çek bedelinin bankadan talep edilebilmesi için kanun koyucunun 708. madde hükmü ile belirlemiş olduğu ibraz süresini geçirmiş olan hamil, çekin ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olması şartına bağlı olarak kendisine tanınmış olan imkanlardan²⁰⁰ faydalanabilmek amacıyla, çekin keşide tarihini değiştirip daha ileriki bir tarihe alarak, ibraz süresinin devam ettiğini görünümünü yaratabilecektir. Böylelikle çeki bankaya ibraz ederek ödeme talep edebilecek ve çekin karşılıksız çıkması halinde ise çek hukukunun kendisine tanımış olduğu hukuki ve cezai yaptırımları kullanabilecektir.

Böyle bir ihtimalde çeki ödeyen muhatabın keşideciye karşı TK m. 724 gereğince sorumlu olup olmayacağı hususu ise, TK m. 711/I ile keşideciye tanınmış olan “cayma hakkı”nın kullanılıp kullanılmamış olmasına göre değişiklik gösterecektir. TK m. 711/I e göre: “Çekten cayma, ancak ibraz müddeti geçtikten sonra hüküm

gereğince ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metin gereğince mesul olurlar”. TK m. 730/I-b.17 uyarınca çekler hakkında da uygulanacak olan düzenleme, esasen kambiyo senetlerinde herkesin kendi beyan ve imzasından sorumlu olmasını öngören imzaların istiklâli prensibinin bir görünümüdür. Senetteki beyanların -dış görünüş itibariyle- doğruluğuna inanan kimsenin bu inancının korunması suretiyle kambiyo senetlerinin güvenilirliğini sağlayıp, tedavül edebilme kabiliyetini arttırma amacını güden söz konusu prensip hakkında ayrıntılı açıklama için bkz.: Fırat Öztan, “Ticari Senetlerde İmzaların İstiklâli İlkesi”, **BATİDER**, C.X, S.2, 1979, s.391 vd.

¹⁹⁸ Domaniç, (**Şerh**), s.842.

¹⁹⁹ Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, “keşide etmek” fiili yerine “düzenlemek” fiili kullanılmış ve keşide günü ve yeri, düzenlenme günü ve yeri olarak değiştirilmiştir. Söz konusu değişikliğin eleştirisi için bkz.: Kendigelen, (**Makalelerim**), s.268.

²⁰⁰ Hamilin, çek bedelinin ödenmemiş olması halinde TK m. 720 ile kendisine tanınmış olan müracaat hakkını kullanabilmesi için, çeki yasal ibraz süresi içinde muhataba ibraz etmiş olması gerekmektedir. Yine aynı şekilde Çek Kanununda öngörülen cezai hükümlerin (ÇekK m. 16) uygulanabilmesi de, çekin ibraz süresi içinde ibraz edilmesi şartına bağlıdır.

ifade eder”. Buna göre keşidecinin ibraz süresi içinde çekten cayması hiçbir hüküm ifade etmeyecek ve muhatap bu süre içinde ödenmek üzere ibraz edilen çeki, cayma beyanını dikkate almaksızın ödeyecektir. İbraz süresi içinde yapılmış olan cayma beyanı ise, ancak ibraz süresinin bitiminden itibaren hüküm ifade edecek ve muhatabı bağlayacaktır²⁰¹. Bu nedenle, ibraz süresi geçen bir çekin keşide tarihinin değiştirilerek sürenin henüz dolmadığı izleniminin verilmesi ve çekin ibraz edilerek ödeme talep edilmesi halinde banka, keşidecinin önceden yapmış olduğu cayma beyanını, ibraz süresinin henüz dolmamış olması gerekçesiyle kabul etmeyecek ve çek bedelini ödeyecektir. Oysa ki, keşidecinin cayma beyanı gerçek keşide tarihine göre geçerli, yani banka tarafından uyulması gereken bir beyan olduğundan, bankanın söz konusu beyana uymaması keşidecinin zararına sebep olacaktır²⁰². Dolayısıyla da keşide tarihi değiştirilmiş çekteki tahrifatı fark etmeyen, bu nedenle de keşidecinin geçerli olan cayma beyanını (geçersiz olduğu düşüncesiyle) dikkate almaksızın çek bedelini ödeyen ve keşideciyi zarara uğratan banka, TK m. 724 gereğince keşideciye karşı sorumlu olacaktır.

İbraz süresinin geçmiş olmasına rağmen keşidecinin çekten caymamış olması halinde ise, muhatabın sorumluluk esası değişecektir. Şöyle ki, TK m. 711/II gereğince: “*Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz müddetinin geçmesinden sonra dahi çeki ödeyebilir*”. Söz konusu düzenleme ile kanun koyucu, ibraz süresinin geçmiş olmasına rağmen keşideci tarafından cayma beyanında bulunulmamış olması ihtimalinde, muhataba, ibraz süresinin geçmesinden sonra ibraz edilecek olan bir çeki ödeyip ödememe hususunda serbesti tanımıştır. Buna göre muhatabın ibraz süresinin geçmesinden sonra yapacağı ödeme, TK m. 711/II gereğince geçerli bir ödeme olacaktır. Yani keşidecinin, ibraz süresinin geçmiş olmasına rağmen çekten caymamış olması, bir bakıma ibraz süresi geçmiş olsa dahi söz konusu çek bedelinin ödenebileceği hususunda rıza göstermiş olduğu anlamına gelmektedir²⁰³. Bu açıdan muhatabın, keşide tarihi tahrif edilmemiş, fakat ibraz süresi geçmiş olan bir çeki TK m. 711/II gereğince ödemesi ile keşide tarihi tahrif edilmek suretiyle ibraz süresinin hala devam ettiği izleniminin yaratılmış olduğu bir çeki ödemesi arasında, keşideci

²⁰¹ Abuzer Kendigelen, “Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı”, **İBD.**, 1990, S.7-8-9, s.599.

²⁰² İnan, **a.g.e.**, s.124; Törüner, **a.g.m.**, s.212; Tekil, **a.g.e.**, s.83; Pashı, **a.g.m.**, s.652,653.

²⁰³ Tekil, **a.g.e.**, s.83.

açısından meydana gelecek olan sonuç bakımından herhangi bir fark bulunmayacaktır. Çünkü çekin keşide tarihinde tahrifat yapılmamış olsaydı dahi muhatap banka, TK m. 711/II'nin kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmak suretiyle ibraz süresi geçmiş olan çeki ödeyebilecekti ve bu ödeme geçerli olacaktı.

Sonuç olarak, keşide tarihi tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi nedeniyle keşidecinin zararının doğması, sadece keşidecinin çekten caymış olması halinde söz konusu olacak ve muhatap, meydana gelen bu zarardan ötürü TK m. 724 gereğince sorumlu olacaktır. Keşidecinin çekten caymamış olması halinde ise, ibraz süresi geçen bir çeki ödeyen muhatap keşidecinin iradesine aykırı davranmış olmayacak ve “zarar” şartının eksikliği sebebiyle de TK m. 724 ün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Ancak bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre²⁰⁴ ise çekten cayılmamış olması, bankanın çekin geçerliliğini, özellikle tahrif edilmiş olup olmadığı araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacak ve banka, ancak hukuken geçerli olan bir çeki ibraz süresinden sonra ödeyebilecektir. Dolayısıyla da çekten cayılmamış dahi olsa, bankanın tahrif edilmiş bir çeki ödemiş olması dolayısıyla TK m. 724 gereğince sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bizce de TK m. 711/II'de bankaya tanınmış olan ödeme yetkisi, yalnızca bütün unsurları tam ve herhangi bir sahtelik ya da tahrifat içermeyen çekler açısından söz konusu olacaktır; ancak böyle bir halde yapılan ödemenin muhatabın 724. madde sorumluluğunu doğurabilmesi her şeyden önce “zarar” unsurunun gerçekleşmiş olması koşuluna bağlıdır. Oysa ki, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle keşidecinin çekten caymamış olması halinde, tahrif edilmiş böyle bir çekin ödenmesi neticesinde keşidenin herhangi bir zararı söz konusu olmayacak ve dolayısıyla da TK m. 724'ün uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak keşideci, her ne kadar muhatabı 724. madde gereğince sorumlu tutamayacaksa da, muhatabın çek anlaşmasından kaynaklanan özen borcunu gereği gibi yerine getirmediği, dolayısıyla da çekteki tahrifatı fark etmeyerek ödeme yapmış olduğu gerekçesini ileri sürerek muhatabı, BK m. 96 vd. hükümlerince dava etmesi her zaman mümkündür.

²⁰⁴ Teoman, (YTH-1), s.21,22.

Diğer taraftan, keşide tarihinin yanı sıra çek bedelinin de tahrif edilmiş olması ihtimalinde, keşidecinin çekten caymamış olması muhatabın gerçek çek bedelini aşan kısımdan TK m. 724 gereğince sorumlu olmasına engel teşkil etmeyecektir. Zira bu halde keşideci, çek bedelinin tahrif edilmiş olması dolayısıyla gerçek bedel üzerine eklenen meblağ kadar bir zarara uğramış olacaktır ki, söz konusu bu zarar TK m. 724 gereğince muhatabın sorumlu olmasını gerektirecektir.

Öte yandan, faili keşide tarihini tahrif etmeye yönelten neden, her zaman ibraz süresinin uzatılması ile ilgili olmayabilir. Mesela, temel ilişkiye bağlı bir uyuşmazlık nedeniyle keşidecinin mahkemeden almış olduğu bir ihtiyati tedbir kararının sonuçlarından kurtulmak isteyen hamil, çekin keşide tarihini değiştirmek suretiyle bankayı yanıltıp çek bedelini tahsil etme yoluna gidebilir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda çek hamili, hakkında ihtiyati tedbir kararı bulunan çekin, keşide tarihini değiştirmek suretiyle çek bedelini tahsil etmiştir²⁰⁵ ki, bu gibi durumlarda keşidecinin çekten caymış olup olmadığının bir önemi olmayacaktır.

e)- Çekin Keşide Yeri veya Ödeme Yerinin Tahrifi:

Çekin keşide edildiği yer ile ödenecek olduğu yer (TK m. 693 saklı kalmak kaydıyla) TK m. 692'de belirtildiği üzere çekte bulunması zorunlu olan unsurlardandır. Zira söz konusu bu unsurlar, çekin 708. madde belirlenmiş olan 10 gün, 1 ay ve 3 aylık ibraz sürelerinin belirlenmesinde temel alınmaktadır. Dolayısıyla ibraz süresini uzatmak isteyen hamil, keşide tarihini değiştirmek yerine çekin keşide yerini veya ödeme yerini değiştirmeyi tercih edebilir ki, söz konusu bu değişiklik esasen keşide tarihinin değiştirilmesi ile aynı sonucu doğurur. Örneğin 10.05.2000 tarihli, keşide ve ödeme yeri İstanbul olan bir çekin ibraz süresini uzatmak isteyen hamil, tarihi değiştirmek yerine, keşide veya ödeme yerini değiştirerek başka bir şehir ismi yazmak suretiyle de aynı sonuca ulaşabilir. Zira 708. maddeye göre ibraz

²⁰⁵ “... Davacı Akbank vekili, çekte muhatap banka olduklarını, keşideci ve ilk lehtar arasındaki uyumsuzluk nedeniyle keşidecinin bu çek için ihtiyati tedbir kararı aldığını, çek lehtarı davalı Altınyıldız Ltd. Şti. çeki, davalı Kırçay AŞ. 'ye ciro ettiğini, davalı Kırçay AŞ. de çekteki keşide tarihini değiştirerek, bu çeki davalı Çaybank AŞ. 'ye tahsile verdiğini, bu bankanın Rize Şubesi de tahrifatı söylemeksizin davacı bankanın İzmir Şubesinden provizyon alarak çek bedelini ödediğini ve müvekkili bankanın zarara uğradığını ileri sürerek çek bedelinin tahsiline karar verilmesini istemiştir.” 11.HD., 20.09.1994, E.1010, K.6613 (Eriş, (2004), s,323).

süresi çekin keşide yeri ile ödeme yerinin aynı yer olması halinde 10 gün, farklı yerler veya ödeme yerinin aynı kıtadaki farklı bir ülke olması halinde 1 ay, ödeme yerinin farklı bir kıtada olması halinde ise 3 aydır.

Bu tahrifat biçimi çekin keşide tarihinin değiştirilmesi ile aynı sonucu doğuracağından, muhatabın bu haldeki sorumluluk esaslarıyla ilgili olarak tekrar yapmaktan kaçınarak, bir önceki şıkta (e) yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz.

f)- Diğer Tahrifat Halleri:

Dikkat edilecek olursa buraya kadar anlatılan tahrifat halleri, hep çek üzerine keşideci tarafından eklenmiş olan unsurlarla, yani çekin sonradan doldurulacak olan kısımlarıyla ilgiliydi. Zaten çek yapraklarının bankalar tarafından özel bir takım teknikler kullanılmak suretiyle tahrifata duyarlı bir şekilde matbu olarak hazırlanıyor olması, çek üzerindeki yazı veya işaretlerin tahrif edilmesini son derece zorlaştırmakta, daha doğrusu bu gibi tahrifat hallerinin kolaylıkla fark edilmesini sağlamaktadır. Ne var ki her türlü sahteciliğin gerçekleştirilebildiği günümüz koşullarında, bu tarz bir tahrifatın yapılamayacağını söylemek hiç de mantıklı olmayacaktır. Nitekim bir Yargıtay kararına²⁰⁶ konu olan olayda, çeki kaybeden kişinin bedelin ödenmemesi amacına yönelik olarak almış olduğu ihtiyati tedbir kararını saf dışı bırakmak isteyen kişi, “0726572” sayılı çek numarasını “0726578” şeklinde değiştirip, çek bedelini bankadan tahsil etmiştir.

§ 3. Muhatabın “Kusur” Sorumluluğu

I) Genel Olarak

Muhatabın sahte veya tahrif edilmiş bir çeki ödemesinden doğan sorumluluğunun, kural olarak “kusursuz sorumluluk” niteliği taşıdığını yukarıda belirtmiştik. Ancak, sahtelik veya tahrifatın meydana gelmesinde “keşidecinin kusurunun” bulunması halinde (TK m. 724/c.2), muhatabın kusursuz sorumluluk

²⁰⁶ 19.HD., 25.06.1997, E.10362, K.6597 (Eriş, (2004), s.325).

esas ı ortadan kalkar. Bu aşamada muhatabın sahte veya tahrif edilmiş çekten doğan sorumluluğunda, kusurlu olup olmaması rol oynar. Şöyle ki, keşidecinin kusurlu olması halinde zarara yalnızca keşidecinin mi yoksa keşideci ile muhatabın birlikte mi katlanacağı sorusu gündeme gelir. Dolayısıyla da bu aşamada muhatabın, zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gereğı doğar. Muhataba hiçbir kusurun atfedilemiyor olması durumunda, muhatabın sorumluluğu tamamen ortadan kalkar ve zarar bütünüyle keşideciye ait olur. Ancak keşidecinin kusurunun yanı sıra muhatabın da kusurunun bulunduğu sonucuna varılması ihtimalinde ise, meydana gelecek olan zarara keşideci ile muhatabın birlikte katlanmaları gerekir ve bu durumda tarafların sorumluluk kapsamları (miktarı) somut olaydaki kusur oranlarına göre belirlenir.

Diğ er yandan, uygulamada bankaların kendilerini sahte veya tahrif edilmiş çeklerden doğacak olan sorumluluktan kurtarmak amacına yönelik olarak çek anlaşmalarına bir takım sorumsuzluk kayıtları koydukları görölmektedir ki, geçerliliğı ileride²⁰⁷ tartışılacak olan bu kayıtların varlığı da, mahkemeleri ve özellikle Yargıtay'ı, 724. madde ile ilgili uyuşmazlıklarda muhatabın kusurunu incelemeye sevk etmektedir²⁰⁸.

II) Şartları

1 - Keşidecinin Kusuru

A)- Genel Olarak

TK m. 724'ün muhataba yüklemiş olduğı kusursuz sorumluluk esasının uygulama alanı, yine aynı maddenin ikinci cümlesinde: “*meğ er ki, senette keşideci olarak gösterilen kimseye kendisine bırakılan çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olsun*” denilmek suretiyle sınırlandırılmış ve böylece sahtelik veya tahrifatın meydana gelmesinde keşidecinin kusurunun bulunması hali, muhatap açısından söz konusu olan “kusursuz sorumluluk” esasının ortadan kalkma sebebi olarak gösterilmiştir. Kanun koyucu burada muhataba, keşidecinin kusurlu olduğunu ispat etmek suretiyle maddenin birinci cümlesinde kendisine yüklenmiş

²⁰⁷ Bkz.: 3. Bölüm, § 1.

²⁰⁸ İnan, **a.g.e.**, s.127; İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.161.

olan “kusursuz olsa dahi zarara katlanma yükümlülüğünü” bertaraf etme imkanını tanımıştır. Ancak muhatabın, keşidecinin kusurlu olduğunu ispatlaması²⁰⁹ kendi sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağı ve zararın bütünüyle keşideci tarafından karşılanacağı manasına gelmeyecektir. Keşidecinin kusurunun varlığı, yalnızca muhatabın “kusursuz sorumluluk esasını” bertaraf edecek ve artık bu andan itibaren muhatabın kusurlu olup olmaması önem kazanacaktır. Buna göre keşidecinin muhatabın kusurlu olduğunu ispatlaması durumunda zarar, hakim (ya da duruma göre bilirkişi) tarafından belirlenecek olan kusur oranlarına göre taraflar arasında paylaştırılacak²¹⁰; muhataba herhangi bir kusurun atfedilemiyor olması halinde ise, zarara bütünüyle keşidecinin katlanması gerekecektir²¹¹.

Uygulamada da sahte veya tahrif edilmiş çekten doğan sorumluluk ile ilgili meselelerde, ilk etapta çoğu zaman tarafların kusur durumu araştırılıp, meydana gelen zararın kusur oranlarına göre taraflar arasında paylaştırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla “kusurun” varlığı ve “oranı”, tarafların sorumluluk esas ve sınırlarının belirlenmesindeki temel kriteri oluşturmaktadır. Bu nedenle keşidecinin kusurlu sayılmasını gerektiren davranış tarzlarının neler olabileceği hususu özellikle incelenmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Maddenin ifade ediliş tarzına bakıldığında, bu anlamda ilk dikkati çeken, keşidecinin kusurlu olduğu hallerde zarara katlanacağı hususunun belirlenmesinde ‘...kendisine bırakılan **çek defterini iyi saklamamış olması** gibi bir kusur...’ dan bahsedilmiş olmasıdır ki, bu husus ilk bakışta şu soruyu akla getirmektedir: Acaba çek defterinin iyi saklanmamış olması hali, keşidecinin kusurlu sayılabileceği yegâne hal midir? Bu soruya verilecek olan yanıt esasında metnin lâfzında açıkça mevcuttur. Şöyle ki, metinde yer alan “**gibi**” kelimesi çek defterinin iyi saklanmamış olması halinin, keşidecinin kusurlu sayılmasını gerektirecek davranışlarına yalnızca bir

²⁰⁹ Keşidecinin kusurunun varlığını ispatlama yükümlülüğü muhataptadır. Domaniç, (**Şerh**), s.841. Uygulamada bankaların ilk etapta sahteliği ya da tahrifatı fark etmeksizin çek bedelini ödemeleri, bunun üzerine ise keşidecinin muhatabı dava etmesi söz konusu olmaktadır ki, bu aşamada muhatabın 724’ün kendisine yüklediği kusursuz sorumluluktan kurtulabilmesi için keşidecinin kusurunun bulunduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

²¹⁰ Bu durumda BK m. 98/2 atfı gereği BK m. 44 (müterafık kusur) hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 3, II, 3.

²¹¹ Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.301; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.139,140; İnan, **a.g.e.**, s.129; Reisoglu, **a.g.e.**, s.364.

örnek teşkil edebileceğini gayet net bir şekilde açıklamaktadır²¹². Diğer taraftan hükmün mehzaz kanundaki meninde (OR Art. 1132) yer almakla beraber TK m. 724 metninde bulunmayan “**namentlich = özellikle**” ifadesi, sözü edilen durumun kanun koyucunun özellikle vurgulamak istediği bir kusurlu davranış olduğunun, dolayısıyla da keşidecinin bu kapsamda değerlendirilebilecek davranışlarının söz konusu bu durumla sınırlandırılmayacağını diğer bir göstergesidir²¹³. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu noktada kazuistik bir metot kullanmak yerine genel olarak kusurun varlığından bahsederek, meselenin her bir somut olay açısından ayrı ayrı ele alınmasını ve bu aşamada genel bir prensip olan “objektif iyiniyet ilkesi” ile taraflar arası çek anlaşması hükümlerinin dikkate alınmasını, başka bir deyişle meselenin uygulama tarafından çözüme kavuşturmasını uygun bulmuştur²¹⁴. Dolayısıyla keşidecinin, kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olan “çek defterini iyi saklamamış olması” hali dışındaki kusurlu davranışlarının belirlenmesinde, çek anlaşmasında bu hususta yer alan kayıtlar ve somut olayda objektif iyi niyet (dürüstlük) ilkesi (MK m. 2) gereği hakimnin belirleyeceği, diğer bir deyişle uygulama tarafından getirilen kurallar dikkate alınacak ve her bir olay kendi koşulları içinde ayrı bir değerlendirilmeye tabi tutularak, kusurun olup olmadığına karar verilecektir.

B)- Kusurun Belirlenmesinde Temel Alınacak Özen Ölçüsü

Kusur, genel olarak “kast” ve “ihmal” olmak üzere iki çeşittir. Kast, kişinin hukuka aykırı bir fiili bilerek ve isteyerek işlemesi halidir²¹⁵. İhmal ise, kişinin hukuka aykırı sonucu istememesine rağmen, bu sonucun meydana gelmesini önlemek için hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir²¹⁶. Uygulamada çeke ilişkin sahtelik ve tahrifat hallerinde keşidecinin kastından ziyade, ihmalinin söz konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenle keşidecinin kusurunun

²¹² Karayalçın, (Ticari Senetler), s.300; Kalpsüz (Erem/Çelebican), a.g.e., s.140; İnan, a.g.e., s.137; Göle, a.g.e., s.152; Öztan, (Kıymetli Evrak), s.1103; Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 4 (1982-1983), İstanbul,1995, s.98; Poroy/Tekinalp, a.g.e., N.488, s.288; Reisoğlu, a.g.e., s.364.

²¹³ Habicht, a.g.e., s.35,36. Orijinal metinde yer alan “...wie namentlich eine nachlässige Verwahrung der ihm überlassenen Checkformulare ...” ifadesi, “**özellikle kendisine verilen çek defterinin özensizce saklanması gibi**” şeklinde çevrildiğinde, durum daha net bir şekilde anlaşılacaktır.

²¹⁴ Habicht, a.g.e., s.35,36; Öztan, (Kıymetli Evrak), s.1104.

²¹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s.493.

²¹⁶ Tandoğan, (Mesuliyet), s.48; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.512.

belirlenmesi hususunda yapacağımız açıklamalar, daha çok ihmalin bulunup bulunmadığı çerçevesinde ele alınacaktır.

İhmalde, irade esasen hukuka aykırı sonuca yönelmemiş olmasına rağmen, kanun koyucu gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halini normal hareket tarzına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kusurlu bir davranış olarak nitelendirmiştir²¹⁷. Peki acaba somut durumda gereken özenin gösterilmiş olup olmadığı meselesi nasıl, yani hangi **ölçü** esas alınmak suretiyle belirlenebilecektir? Bugün hakim görüş²¹⁸ ve Yargıtay²¹⁹, “**kusurun objektifleştirilmesi**” yani bir kimsenin bir olayda kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde sübjektif değil, objektif bir ölçünün esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre somut olayda kusurun var olup olmadığı meselesi kişinin zekasına, kabiliyetine, bilgisine kısacası sübjektif olarak sahip olduğu özelliklerine göre değil; hayat tecrübelerine göre normal bir insandan söz konusu durumda göstermesi beklenen hareket tarzına, genel olarak kabul edilen objektif bir ölçüye göre belirlenmek gerekecektir. Ancak hemen belirtelim ki, keşidecinin kusurunun belirlenmesinde örnek alınacak olan herhangi bir normal insan tipi değil, işin mahiyetinin (yani çek kullanımının) gerektirdiği genel bilgi, beceri vb. nitelikleri haiz bir insanın davranış tarzı olacaktır²²⁰. Bu anlamda çek keşidecisinin somut olayda kusurlu olup olmadığının tespitinde, keşidecinin bilgi, beceri vb. kişisel özellikleri değil; ödemelerinde çek kullanmayı tercih eden, dolayısıyla da mevcut tehlikelerin varlığından haberdar olması gereken makul bir insandan söz konusu somut durumda göstermesi beklenen davranış tarzı temel teşkil edecektir. Dolayısıyla keşidecinin somut olayda diğer işlerinde normal olarak gösterdiği özeni göstermiş olması, kusurlu sayılmasına bir engel teşkil etmeyecektir²²¹. Zira ondan beklenen davranış “çek kullanımının” gerektirdiği özen ve dikkati sarf etmesidir ki, buradaki ölçünün diğer günlük işlerde gereken özen ölçüsüne oranla daha ağır olması gereği, işin niteliğinin bir sonucudur.

²¹⁷ Tandoğan, (Mesuliyet), s.48,49.

²¹⁸ Tandoğan, (Mesuliyet), s.50, ve dn. 12’deki yazarlar; Çetin Aşçıoğlu, “Kusurun Belirlenmesinde ve Derecelen-dirilmesinde Hakimin ve Bilirkişinin Fonksiyonları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – V**, Ankara, 1998, s.109. Kusurun objektifleştirilmesinin kusur kavramı ile bağdaşmayacağı yönündeki aksi görüş için bkz.: Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.514.

²¹⁹ 4. HD., 09.10.1980, E.9386, K.11399 (YKD., 1981, S.8, s.964,965); 4. HD., 29.06.1967, E.2876, K.5612 (Tekinay (Akman/Burcuoğlu/Alttop), **a.g.e.**, s.494, dn.3).

²²⁰ Tandoğan, (Mesuliyet), s.51,52; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.513; Aşçıoğlu, **a.g.m.**, s.109.

²²¹ İnan, **a.g.e.**, 128; Tekil, **a.g.e.**, s.85.

Öte yandan keşidecinin “tacir” olması halinde ise TK m. 20/II gereğine “basiretli bir tacir” gibi davranma yükümlülüğü gündeme gelecek ve dolayısıyla özen gösterme ölçüsü tacir olmayan keşideciye oranla daha da ağır olacaktır. Nitekim Yargıtay da keşidecinin tacir olması halinde, kusurunun belirlenmesinde “basiretli bir tacir gibi hareket etme” ölçüsünün esas alınması gerekeceğini bir çok kararında belirtmiştir²²².

Çek, nakit paraya oranla bir çok açıdan daha kullanışlı bir ödeme aracı olmakla beraber, kötü niyetli kişilerin eline geçmesi halinde keşideci dışındaki kişilerin (çek bedelini elde edemeyen hamilin²²³ veya TK m. 724 uyarınca muhatabın) dahi zarara uğramasına neden olabilme riskini taşır. Yani çek kullanımının bünyesinde taşımış olduğu rizikonun tek muhatabı her zaman keşideci değildir. Bu nedenle ödemelerinde çek kullanan bir kişiden, meydana gelebilecek olan tüm tehlikelere karşı son derece uyanık olması ve normalin üstünde bir özen ve dikkat göstermesi beklenecektir. Özellikle TK m. 724’ün sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi halinde meydana gelecek olan zararı kusurlu olup olmadığına bakmaksızın muhataba yüklemiş olması, keşidecinin sahteliğin veya tahrifatın meydana gelmesine sebep olan her türlü kusurlu davranışından sorumlu tutulmasını zorunlu hale getirmektedir. Dolayısıyla keşidecinin en ufak bir dikkatsizliği yani “**hafif kusuru**” (Culpa Levissima) dahi sorumluluğunun doğması için yeterli kabul edilmelidir²²⁴.

C)-Uygun İlliyet Bağı

Keşidecinin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi açısından kusurlu fiili ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet²²⁵ ilişkisinin bulunması gerekeceği açıktır.

²²² 11. HD., 11. 06.1979, E.3282, K.3056 (Gönen Eriş, **Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.II : Kıymetli Evrak ve Taşıma**, Ankara, 1988, s.859,860); TD., 02.06.1967, E.1654, K.2375 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2172).

²²³ Örneğin keşidecinin çek defterini iyi saklamaması nedeniyle sahte çek keşidesine sebep olması ve alacağına karşılık olarak söz konusu çeki sahtekardan alan hamilin çeki bankaya ibraz etmesi, fakat bankanın sahteliği fark edip bedeli ödememesi halinde, hamil zarara uğramış olacaktır.

²²⁴ Habicht, **a.g.e.**, s.35; Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn.1, s.609,610; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, Rn.5, s.2267; Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.300; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.140; İnan, **a.g.e.**, s.127. Keşidecinin her türlü ihmalden sorumlu olacağı yönünde verilmiş bir İsviçre Federal mahkemesi kararı için bkz.: BGE 51 II 183.

²²⁵ “İlliyet” kavramı, birbirini izleyen olaylar arasındaki sebep- sonuç bağımlı, daha açık bir deyişle bir olayın, diğer bir olayın doğumuna sebep olması halini ifade eder. Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku**

Buna göre keşidecinin meydana gelen zarardan sorumlu olabilmesi açısından kusurlu fiili ile zarar arasında bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekecektir. Bu husus doktrinde genellikle kabul edilmekle beraber, bu illiyet bağının “**uygun illiyet bağı**” olup olmaması gerektiği noktasında farklı iki görüş ortaya çıkmıştır. Birinci görüşe göre²²⁶ keşidecinin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması şart olmayıp, TK m. 724 anlamında bir kusurdan bahsedilebilmesi için keşidecinin, sahtecilik veya tahrifat fiillerinin gerçekleşmesini mümkün kılmış veya kolaylaştırmış olması yeterli sayılmalıdır. Bu görüşe tamamen karşı olmamakla beraber, uygun illiyet bağının gerekmeyeceği yargısının yerinde olmadığını belirten ikinci görüşe göre²²⁷ ise, keşidecinin fiili ile sahtecilik veya tahrifat fiili arasında daha yakın bir ilişki bulunmalı ve buna göre ancak keşidecinin fiili olmasaydı failin asıl fiili ya hiç işlemeyecek ya da başka türlü gerçekleştirmek zorunda kalacağı hallerde, keşidecinin kusurlu olduğunun kabul edilmesi gerekecektir.

Öncelikle şunu ifade edelim ki, bir fiilin mahiyeti itibariyle olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olması halinde, söz konusu fiil ile zarar arasında “uygun illiyet bağının” varlığından bahsedilebilecektir²²⁸. Burada fiil ile zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi, yani mantıken kabul edilen bir illiyet bağının var olmasının yanı sıra, söz konusu fiilin ayrıca meydana gelen sonucun “uygun sebebi” olması aranmaktadır. Bu nedenle uygun illiyet bağı teorisinde kişi, yalnızca fiilinin objektif ihtimal dahilindeki uygun ve tipik sonuçlarından sorumlu tutulabilmekte ve bu sayede sorumluluk alanı sınırlandırılmaktadır ki, kanaatimizce bu sonuç adaletin gereğince sağlanabilmesi açısından son derece yerindedir. Bu açıdan bakıldığında son görüş taraftarlarının da haklı olarak belirttiği gibi keşidecinin sorumluluğunun, yani TK m. 724 anlamında kusurlu olduğunun kabul edilebilmesi için, keşidecinin fiilinin sahtelik veya tahrifatın somut olaydaki haliyle gerçekleşmesine neden olması veya imkan tanınması; başka bir deyişle söz konusu fiilin gerçekleşmemiş olması ihtimalinde, sahtelik veya tahrifatın somut olaydaki şekliyle değil de bir başka

Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.10; Tekinay (Akman/Burcuoğlu/Altıp), **a.g.e.**, s.567.

²²⁶ Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.300; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1104; Doğanay, **a.g.e.**, s.2168; von Büren, **a.g.m.**, s.6 (Tekil, **a.g.e.**, s.85, naklen).

²²⁷ İnan, **a.g.e.**, s.128,129. Aynı yönde: Tekil, **a.g.e.**, s.86.

²²⁸ Eren, (**Uygun İlliyet Bağı**), s.52; Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.76,77; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.502,503.

şekilde gerçekleştirilebilecek (ya da hiç gerçekleştirilemeyecek) olması gerekmektedir. Örneğin keşidecinin çek bedelini yazarken sonradan eklemek suretiyle yapılacak olan tahrifata elverişli boşluklar bırakması ve failin de senet bedelini boş bırakılan yerlerden yararlanıp rakam eklemek suretiyle gerçekleştirmiş olması, keşideci açısından kusurlu bir fiil olarak nitelendirilecektir. Buna rağmen tahrifatın rakam eklemek suretiyle değil de, değiştirme (3 rakamının 8 haline getirilmesi gibi) veya kazıma gibi fiillerle yapılmış olması halinde ise, keşidecinin fiili ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının varlığından bahsedilemeyecek ve dolayısıyla keşidecinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır²²⁹. Zira keşidecinin bedeli boşluklar bırakarak doldurması fiilinin normalde neden olacağı sonuç, boşluk bırakılan yerlerin sonradan -rakam eklenerek- doldurulması suretiyle bedelin arttırılması halidir. Bu nedenle keşidecinin davranışı her ne kadar tek başına ihmâli bir davranış olarak nitelendirilebilecekse de, sahtelik veya tahrifatın somut olayda gerçekleşmiş olduğu şekliyle meydana gelmesinde etkili olmadıkça, keşidecinin zararın meydana gelmesine neden olan kusurundan ve dolayısıyla sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira bu, adaletin gereği gibi sağlanabilmesi açısından bizce en uygun çözüm tarzıdır.

D)- Keşidecinin Özen Göstereceği Hususlar ve Kusurlu Sayılmasını Gerektirecek Haller

Keşidecinin kusurlu olup olmadığı meselesi, esasen çek kullanımına ilişkin esasları gereği gibi yerine getirmiş olup olmadığı probleminin çözümüne bağlı bir husustur. “Çek kullanımına ilişkin esaslar” kavramı ile kastedilen, çek defterinin keşidecinin eline geçmiş olduğu andan, çekin muhatap tarafından geçerli bir şekilde ödenmesi anına kadar geçen süre zarfında, keşidecinin yerine getirmekle yükümlü

²²⁹ İnan, a.g.e., s.128,129. Bu konudaki örnekleri çoğaltmak mümkündür: Mesela keşidecinin keşide tarihinin gün ve ay kısımlarını, ekleme yapmaya imkan verecek şekilde yazmış olması (1. 4. 2001), fakat tahrifatın ay veya gün kısmına ekleme yapılarak değil de, yıl kısmında rakam değişikliği yapılarak (2002) gerçekleştirilmesi halinde de, yine aynı şekilde keşidecinin fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağından ve dolayısıyla keşidecinin kusurundan bahsedilemeyecektir. Diğer yandan keşidecinin bedel kısmını yazmış olduğu bir çeki -kusurlu olarak- kaybetmesi ve çeki ele geçiren kişinin bedelde tahrifat yaparak çeki tahsil etmesi halinde, bedelin tahrif edilmesi keşidecinin fiilinin uygun sonucu olarak kabul edilemeyeceğinden, keşideci çeki kusurlu olarak kaybetmiş olması dolayısıyla tahrifattan önceki çek bedelinden sorumlu olacaksa da, tahrifat sonucu bedele eklenmiş olan kısım ile uygun illiyet bağının yokluğu sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır.

olduğu bir takım davranış kurallarıdır. Bu anlamda 724. maddede açıkça belirtilmiş olan “çek defterinin muhafazası”nın yanı sıra, gerek çek anlaşması gerekse dürüstlük kuralı ışığı altında uygulama tarafından belirlenecek olan davranış tarzları, keşidecinin somut olayda kusurlu sayılıp sayılmayacağının belirlenmesinde etkili olacaktır. Nitekim kanun koyucu, keşidecinin kusurlu sayılacağı halleri teker teker saymaktan kaçınarak, meselenin uygulama tarafından çözüme kavuşturulmasını uygun bulmuştur. Bu nedenle bu kısımda yapacağımız açıklamalar daha çok kanun, çek anlaşması hükümleri ile dürüstlük kuralı, işlerde cari telâkkiler ve ayrıca bugüne kadar verilmiş olan Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınacaktır. Bu bağlamda keşidecinin, çekte meydana gelebilecek olan sahtelik ve tahrifata engel olma amacına yönelik olarak göstereceği özenin, çekin “muhafazası”, “keşidesi”, “rıza hilafına elden çıkmış olması halinde muhatabın derhal haberdar edilmesi” halleri ve “çekin keşidesinden sonraki önlemler” olarak ayrı ayrı incelenmesi uygun olacaktır.

a)- Çek Defterinin Muhafazası

Kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiş olmasının yanı sıra, bankaların çek taahhütnamelerinde de hemen her zaman yer alan “çek defterinin muhafazası” yükümlülüğü, kuşkusuz keşidecinin yerine getirmekle yükümlü olduğu en temel ve öncelikli görevidir. Boş çek yapıklarının kötü niyetli kullanımlar açısından son derece elverişli olmaları, keşidecinin çek defterini söz konusu kötü niyetli kişilerin eline geçmeyecek şekilde muhafaza etmesini zorunlu hale getirmektedir. Diğer yandan çek defterinin başka kişilerinin eline geçmesi özellikle anlaşmanın diğer tarafı olan muhatabın menfaatine aykırı sonuçlar doğurabileceğinden, keşideci zaten her şeyden önce “dürüstlük kuralı” gereğince çek defterini dikkatli bir şekilde muhafaza etme yükümlülüğü altındadır²³⁰. Peki acaba keşidecinin söz konusu koruma görevini yerine getirirken göstermesi gereken özenin ölçüsü ne olmalıdır? Başka bir deyişle, keşidecinin bu görevini gereği gibi yerine

²³⁰ Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn.15a, s.628. İsviçre Federal Mahkemesi henüz OR Art. 1132 (TK m. 724) madde hükmünün vazedilmiş olmadığı 1898 tarihinde verdiği bir kararında, tarafların anlaşmada keşideciye çek defterlerinin muhafazası hususunda yüklemiş oldukları özel bir yükümlülük olmasa dahi, dürüstlük kuralı gereğince anlaşmanın tarafların birbirlerinin menfaatlerini dikkate alacağı hususunu kapsadığı, bu yüzden de keşideciye böyle bir yükümlülük özellikle yüklenmiş olmasa dahi, keşidecinin çek defterlerinin kötü niyetli kullanımlardan korumak amacıyla durumun gerektirdiği her türlü tedbiri almak zorunda olduğu belirtilmiştir: BGE 24 II 584 (Hürlimann, **a.g.e.**, s.72,73).

getirmiş olduğunun yani kusursuz olduğunun kabul edilebilmesi için ne şekilde davranmış olması gerekmektedir? Bu soruya verilecek olan yanıt esasen, her bir somut olay açısından içinde bulunulan hal ve şartlara göre farklılık gösterecek olmakla beraber, çekin, nakit para gibi kullanılabilir olması dolayısıyla taşıdığı kolayca “kötüye kullanılabilme rizikosunu”, nakit parada olduğu gibi güvenli ve herkesin kolayca ulaşamayacağı bir yerde saklanması gereğini doğurmaktadır²³¹. Diğer taraftan 724. maddenin ifade ediliş tarzına bakıldığında, kusurdan bahsedilirken çek defterinin “iyi saklanmamış” olmasından, aynı ifadenin mehzar kanundaki karşılığında da “nachlässige Verwahrung” yani “saklamada gerekli dikkatin gösterilmemiş” olmasından bahsedilmiştir ki bu, keşidecinin en ufak bir ihmalden dahi sorumlu olması gerektiğinin bir göstergesidir²³². Ayrıca şunu söyleyebiliriz ki, çek defterinin kaybolması ya da çalınması halinde muhatap açısından meydana gelecek olan tehlike, yani kanun koyucunun muhatabı meydana gelecek olan zarardan -kusursuz dahi olsa- sorumlu tutmuş olması nedeniyle muhatabın katlanmak zorunda olduğu riziko göz önünde bulundurulduğunda, keşideciden bu konuda son derece dikkatli davranmasını beklemek hiç de adaletsiz bir yaklaşım olmayacaktır. Bu nedenle de keşideciyi, çek defterinin yetkisiz kişilerin eline geçmesini mümkün kılan her türlü kusurlu davranışından ötürü sorumlu tutmak gerekecektir.

Yargıtay’ın²³³ ise daha da ileri giderek keşidecinin salt çek defterini kaybetmiş olması halini kusurlu bir davranış olarak nitelendirdiği görülmektedir ki, bizce bu durum, kusurun varlığının kabul edilebilmesi açısından tek başına yeterli olmamalıdır. Zira somut durumda keşideci gereken tüm tedbiri almış olmasına rağmen, çekin kaybolmasına (veya çalınmasına) engel olamamış olabilir ki, böyle bir halde keşideciyi sırf çek defterini kaybetmiş olması dolayısıyla kusurlu saymak, bizce hakkâniyete aykırı olacaktır. Örneğin önemli bir iş toplantısına giderken çek defterini yanına alan ve görüşmeler esnasında çıkan bir yangın sebebiyle panik içinde dışarıya çıkmaya çalışırken çek defterini düşüren bir kişinin, içinde bulunduğu

²³¹ Wolfram Timm, “Sorgfaltspflichten des Schecksausstellers und die Scheckprüfungspflichten der Kreditunternehmen (ohne ec-Scheck)”, **Seminar im Wertpapier und Bankrecht-Sommersemester 1999**, s.9.

²³² Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.140.

²³³ Kararlar için bkz.: İnan/kıvanç, **a.g.e.**, s.159 dn 71.

koşullar ve imkanları göz önünde bulundurulduğunda, çek defterini kaybetmiş olmasını kusur olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu nedenle bizce çek defterinin gereği gibi korunmasına engel olacak nitelikteki fevkalâde hal veya mücbir sebeplerin varlığı²³⁴, keşidecinin çok ağır olmayan ihmalini bertaraf edici sebepler olarak kabul edilebilmeli ve dolayısıyla keşidecinin çeki kaybetmiş olmasının bir kusur olup olmadığı meselesi, mutlaka somut olay koşulları göz önünde bulundurularak çözüme kavuşturulmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki, keşidecinin böyle bir durumda çek defterini kaybettiğini fark eder etmez bankayı durumdan haberdar etmemesi ise kusurlu sayılmasını gerektiren bir davranış olarak kabul edilebilecektir.

Diğer taraftan keşideci çek defterinin bütünlüğünü de kontrol etmelidir²³⁵. Zira çek defterini ele geçiren kişi, kolayca fark edilmesine engel olmak amacıyla defterden bir (ya da birkaç) yaprak kopartabilir ki, keşideci böyle bir rizikonun varlığı karşısında dikkatli olmalı ve gerekli kontrolü yapmalıdır.

Çek defterinin dikkatli bir şekilde saklanmasıdaki amaç, çekin yetkisiz kişilerin eline geçmesine engel olmak olduğundan, keşidecinin bu amaca yönelik olarak ilk önce alacağı tedbir, çek defterini yetkili temsilcisi dışında iş yerinde çalışan kişilerin kolayca ulaşamayacağı bir yerde muhafaza etmek olacaktır. İş yerinde çalışanların çek defterine ulaşmaları, dışarıdaki kişilere (hırsızlara) oranla çok daha kolay olabilecek ve özellikle bu kişilerin keşidecinin imza örneğine vakıf olmaları sahte çek keşidesini büyük ölçüde kolaylaştıracaktır. Bu açıdan çek defterinin göz önünde bırakılması ya da kolayca ulaşılabilir bir yerde saklanması, kusurlu bir davranış olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle de çek defterinin duruma göre çelik bir kasa ya da kilitlenebilir bir dolap içinde saklanması uygun olacaktır²³⁶.

²³⁴ “Mücbir sebep” ile “Fevkalâde hal” birbirinden farklıdır. Mücbir sebep daima harici bir olayken, fevkalâde hal için böyle bir şart aranmaz. Meselâ bir fabrikada kazan patlaması sonucu çıkan yangın bir fevkalâde halkan; yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangın mücbir sebep teşkil eder. Fevkalâde halde olay borçlu için kaçınamayacağı tarzda borcun ihlâline yol açtığı halde, mücbir sebepte borcun ihlâlinden kaçınamama herkes için söz konusu olacak niteliktedir. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.346.

²³⁵ Timm, **a.g.m.**, s.10.

²³⁶ Hürlimann, **a.g.e.**, s.75,76; Timm, **a.g.m.**, s.9.

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında, çek defterini kilitlemeyen ya da temsilcisine teslim etmeden uzun süre yurt dışına tatile giden keşidecinin bu davranışını kusurlu bir davranış olarak nitelendirmiştir²³⁷.

Öte yandan keşideci, çek defterinin muhafazasını sağlayan araçların seçiminde ve bu araçların saklanması da gerekli özeni göstermek zorundadır. Örneğin çek defterinin sürekli iş yerinde bulunan kilitlenebilir bir evrak çantasında ya da kolayca açılabilen veya taşınması kolay bir kasada saklanması, yahut kasa anahtarlarının muhafazasında²³⁸ gerekli özenin gösterilmemesi, keşidecinin kusurlu sayılmasını gerektirebilecektir.

Keşidecinin dikkat etmek zorunda olduğu diğer önemli husus ise, defteri teslim edeceği kişinin -ki bu kişi çek düzenlemeye yetkili temsilci olabileceği gibi, özel olarak çek defterlerinin muhafazası için görevlendirilen bir kişi de olabilir- yeterince güvenilir olup olmadığıdır. Keşideci, bu kişilerin seçiminde çok dikkatli davranmalı ve özellikle bunların yaptıkları işlemleri sürekli kontrol altında tutmalıdır²³⁹. Örneğin muhafaza ile görevlendirilen kişinin sahtekârlık suçundan sabıkalı veya duruma göre sahtelik yapabilme eğilimi olan bir kişi olması (ve bunun keşideci tarafından biliniyor ya da bilinebilecek durumda olması) halinde, keşidecinin söz konusu yardımcı şahsı seçme ve dolayısıyla da çek defterini muhafaza görevini gereği gibi yerine getirmemiş olması nedeniyle kusurlu olduğundan bahsedilebilecektir.

Yargıtay ise bir kararında²⁴⁰ çek defterinin üçüncü bir kişinin (muhasebecinin) muhafazasına terk edilmesini kusurlu bir davranış olarak nitelendirmiştir. Oysa söz konusu davranışın kusurlu bir davranış olup olmadığı meselesi, bizce yine somut olay koşulları kapsamında değerlendirilmelidir. Çek defterinin bu hususta özellikle görevlendirilmiş olmayan ve yalnızca keşidecinin muhasebesi ile ilgili işlemlerini yerine getirmekle görevlendirilmiş olan bir kişinin muhafazasına terk edilmiş olması, gerçekten de çek kullanan bir kişiden beklenebilecek basiretli bir hareket tarzı olmayacaktır. Ancak özellikle tüzel kişi keşidecinin çek düzenleme yetkisi olmayan bir kimseyi özel olarak çek defterinin

²³⁷ BGE 24 II 590 (Hürlimann, **a.g.e.**, s.74).

²³⁸ Tekil, **a.g.e.**, s.86.

²³⁹ Hürlimann, **a.g.e.**, s.78.

²⁴⁰ 11.HD., 19.02.1976, E.286, K. 851 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2168).

muhafazasıyla görevlendirmiş olması mümkün olabilecektir. İşletmenin ticari faaliyetlerini aksatmadan yerine getirebilmesi için gerekli olan bu tarz bir görevlendirmenin ise tek başına kusurlu bir davranış olarak kabul edilmesi bizce mümkün değildir. Bu açıdan somut durumda çek defterinin üçüncü bir kişinin (mesela muhasebecinin) muhafazasına terk edilmesinin kusurlu bir davranış olup olmayacağı meselesi, her şeyden önce keşidecinin söz konusu görevlendirmeyi yaparken gerekli özeni gösterip göstermemiş olması ve duruma göre böyle bir görevlendirmenin gerekli olup olmadığı hususları dikkate alınmalıdır.

b)- Çekin Sahtelik ve Tahrifata Engel Olacak Şekilde Düzenlenmesi

aa- Bedele İlişkin Kısım

Keşidecinin en önemli yükümlülüklerinden birisi de “çeki sonradan meydana gelebilecek olan sahtelik veya tahrifat fiillerine engel olacak şekilde dikkatli ve özenli bir şekilde düzenleme” yükümlülüğüdür²⁴¹. Bu anlamda keşideci her şeyden önce çek üzerinde doldurulmamış bir unsur bırakmamalıdır²⁴². Buna yönelik olarak “bedel” kısmının, hem rakam hem de yazıyla yazılması amacına yönelik olarak yer alan boşlukların her ikisinin de muntazam bir şekilde doldurulması gerekecektir. Zira bedelin hem rakam hem de yazıyla yazılmış olması, bedelde yapılacak herhangi bir tahrifatın fark edilmesini kolaylaştıracaktır. Özellikle TK m. 588/1’de bedelin hem yazı hem de rakamla gösterilmiş olması ve ikisi arasında fark bulunması halinde yazıyla gösterilmiş olan bedelin dikkate alınarak ödeme yapılacağı yönünde getirilmiş olan kural karşısında, keşidecinin yazı ile yazılacak olan kısmı doldurmamış olması halinde kusurlu olduğunu kabul etmek gerekecektir²⁴³. Bedelde tahrifat olması halinde ise artık, TK m. 588/1 hükmü uygulanmayacak ve yazı ile gösterilen meblağ dikkate alınmayacaktır²⁴⁴. Diğer yandan bedelin rakamla yazılması esnasında da çok dikkatli olunmalıdır. Bu

²⁴¹ Hürlimann, **a.g.e.**, s.79; Tekil, **a.g.e.**, s.87; Timm, **a.g.m.**, s.10; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.14, s.520. TD., 02.06.1967, E.1654, K.2375 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2172).

²⁴² Timm, **a.g.m.**, s.10. Çek formlarının uygulamada bankalar tarafından matbu olarak bastırılıyor olması nedeniyle tamamlanması gerekli unsurlar, “bedel” (yazı ve rakam olarak), “keşide yeri” ve “keşide tarihi” ile sınırlıdır.

²⁴³ Tekil, **a.g.e.**, s.87; Timm, **a.g.m.**, s.11; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.14, s.520; RGZ 92, 50,52.

²⁴⁴ Buna ilikin Yargıtay kararı için bkz. Kendigelen, (**Mütalâalar**), s.399 vd.

bağlamda sonradan rakam eklemek suretiyle yapılabilecek olan tahrifata engel olmak amacıyla, rakamları boşluk bırakmadan yazmalı ve özellikle bedelin sağ ve soluna yapılacak eklemelere karşı buralara bir takım işaretler koyulmalıdır²⁴⁵.

bb- Keşide Tarihine İlişkin Kısım

Keşidecinin çeki düzenlerken dikkat etmesi gereken hususlar çek bedeli ile sınırlı olmayıp, ayrıca çek üzerinde yer alan diğer tüm unsur ve beyanlar, bu anlamda gereken tüm dikkat ve özenin sarf edilmesi suretiyle doldurulmalıdır. Bu bağlamda çekin keşide tarihinin ayı ve günü belirten kısmının “1. 2. 1999” şeklinde değil de “01. 02. 1999” şeklinde yazılması, ekleme suretiyle yapılacak olan tahrifata engel olabilecek nitelikte bir önlemdir.

cc- Keşide Yerine İlişkin Kısım

Uygulamada genellikle çekin keşide yerinin kısaltılarak yazıldığı görülmektedir. Ancak bu durum, özellikle çekin ibraz tarihini uzatmak isteyen hamil açısından kötüye kullanılmaya son derece açıktır. Nitekim söz konusu durumdan yararlanmak isteyen fail, boş yerleri doldurmak suretiyle çekin ibraz süresini uzatma yoluna gidebilecektir ki, böyle bir ihtimalde keşidecinin kusuru ortadadır. Somut bir örnek üzerinde açıklayalım: Keşide yerinin İstanbul veya Ankara olduğu ve keşidecinin bunları ‘İst’ ve ‘Ank’ şeklinde belirtmiş olduğu bir ihtimalde, ibraz süresini uzatmak isteyen fail, pekala bunları ‘İskenderun’ veya ‘Antakya’ haline getirebilecek ve aslında keşide ve ödeme yeri aynı olan böyle bir çektaki 10 günlük ibraz süresini 1 aya çıkarabilecektir.

Bu açıdan keşidecinin, çek üzerinde yer alan ve 692. maddede belirlenmiş olan unsurları doldururken son derece dikkatli olması ve meydana gelebilecek muhtemel sahtelik veya tahrifat hallerine karşı uygun tedbirleri alması gerekecektir²⁴⁶.

²⁴⁵ Timm, **a.g.m.**, s.13.

²⁴⁶ Çeklerin genellikle keşidecinin bu hususta yetkilendirmiş olduğu temsilcisi tarafından düzenleniyor olması halinde ise keşidecinin, temsilci tarafından düzenlenen çeklerin yukarıda belirtildiği şekilde tedbirli bir şekilde düzenlenip keşide edilgi hususunu zaman zaman kontrol etmesi gerekecektir. Hürlimann, **a.g.e.**, s.81.

dd- Çeke Eklenecek Beyanlar

Keşideci, boşlukların doldurulması dışında ayrıca çeke ekleyeceği her türlü beyanı da, meydana getirebileceği tehlikeleri göz önünde bulundurarak dikkatle seçmelidir. Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda²⁴⁷, davacı kooperatifin yetkili temsilcileri keşideci sıfatıyla çeki imzalamışlar ve ayrıca çekin arkasına sanki çek bedelini davalı bankadan bizzat kendileri alıyormuşçasına “tamamen makbuzumuz olmuştur” şeklinde bir beyanda bulunup altını da imzaladıktan sonra, kooperatifte kâtip olarak çalışan adamlarına vermişlerdir. Kâtip ise çek bedelini tahrif etmiş ve bankadan daha yüksek bir meblağ tahsil etmiştir. İşte keşidecinin henüz parayı almadan, önceden almışçasına çeke “tamamen makbuzumuz olmuştur” şeklinde eklemiş olduğu bu beyan, Yargıtay tarafından haklı olarak kusurlu bir davranış olarak nitelendirilmiştir.

ee- Açık Çek Keşidesi

Çekin bir takım unsurlarının bilinçli olarak doldurulmamış olduğu açık (beyaz) çekin lehtara teslim edilmiş olması hali ise daha önce de belirttiğimiz gibi²⁴⁸ tek başına keşidecinin kusurlu sayılmasını gerektiren bir davranış olarak kabul edilemeyecektir²⁴⁹. Ancak -açık çekten farklı olarak- muhataba ibrazı anında zorunlu şekil şartlarından her hangi birisini taşımayan ve “eksik çek” olarak nitelendirilen çekler açısından ise durum farklıdır. Eksik çekte keşideci, çekin bir takım unsurlarını doldurulmayı ihmal etmiştir. Dolayısıyla de böyle bir çekte sahteliğin meydana gelmesinde, keşidecinin çeki düzenlemedeki kusurunun payı büyüktür. Ancak uygulamada açık çek ile eksik çeki birbirinden ayırt etmek zordur ve mesele ispat hukukunun konusudur.

²⁴⁷ TD., 02.06.1967, E.1654, K.2375 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2172).

²⁴⁸ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 4, B, 1, c, cc.

²⁴⁹ Karş.:Paslı, **a.g.m.**, s.644,645.

c)- Çekin Rıza Hilafına Elden Çıktığının Muhataba Bildirilmesi

Uygulamada bir çok Yargıtay kararında²⁵⁰ belirtilen ve ayrıca çek anlaşmalarında hemen her zaman yer alan, “çekin kaybolduğunun ya da çalındığının kısacası rıza hilafına elden çıkmış olduğunun zamanında bankaya bildirilmemiş olması” hali keşideci açısından söz konusu olacak diğer bir kusurlu davranıştır²⁵¹. Söz konusu bu yükümlülük her şeyden önce çek ilişkisinden kaynaklanmakta ve sahteliğin gerçekleşebilme ihtimalinin varlığından haberdar olan keşidecinin durumu öğrenir öğrenmez muhataba haber vermesi, her şeyden önce dürüstlük kuralının bir gereğidir. Dolayısıyla da keşidecinin söz konusu yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilmesi için, çek anlaşmasına bu yönde koyulmuş olan bir kaydın varlığı dahi şart değildir.

Çekin rıza hilafına elden çıkmış olduğunun muhataba bildirilmesi, muhatabın sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemesine engel olma amacına yönelik, diğer bir deyişle muhatabı bu hususta uyarmayı amaç edinen bir tedbir olduğundan, keşidecinin söz konusu durumu muhataba zamanında bildirmiş olması kusursuz sayılması için yeterli olacak; bu nedenle de, kusursuz addedilmesi için ayrıca TK m. 711/III gereği ödeme yasağı koydurması gerekmeyecektir²⁵². Zira burada amaç, muhatabın söz konusu tehlike hususunda bilgilendirilmesidir. İşte böyle bir bildirimin yapılması halinde banka tüzel kişisine düşen görev ise, durumu derhal bütün şubelerine bildirmek suretiyle gereken tüm tedbirleri almak olacaktır²⁵³.

Çekin çalınmış veya kaybolmuş olduğunun “zamanında bildirilmiş olması” ifadesinden, keşidecinin çeki kaybettiğini veya çekin çalınmış olduğunu fark eder fark etmez (yani vakit geçirmeksizin) muhatabı durumdan haberdar etmesi gereği anlaşılmalıdır²⁵⁴. Bu nedenle keşidecinin söz konusu bildirme yükümlülüğünü ihlâl

²⁵⁰ “Çeki kaybeden keşideci şirket çekin kaybolmasını zamanında haber vermemekle de kusurludur.” 11.HD., 23.10.1990, E.8448, K.6808 (Eriş, 1993, s.157); Aynı yönde bkz.: HGK., 07.12.1984, E.1983, K.1028 (Eriş, (KıymetliEvrak), s.857); İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, s.159, dn.72’deki kararlar.

²⁵¹ Hürliemann, **a.g.e.**, s.78; Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn.15a, s.628; Timm, **a.g.m.**, s.10; Göle, **a.g.e.**, s.152; Tekil, **a.g.e.**, s.86; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.14.

²⁵² Tekil, **a.g.e.**, s.86, dn.97.

²⁵³ “Çeklerin kaybedildiğinin hiç zaman kaybedilmeden kendisine bildirilmiş olmasına rağmen, bu durumun muhatap banka genel müdürlüğünce diğer şubelere duyurulmaması sebebiyle ödemede bulunulmuş olmasından doğan zararda bankanın sorumlu tutulması gerektiğine; keyfiyetin hiç zaman geçirilmeden bildirilmiş olması sebebiyle, keşidecinin müterafık kusurundan söz etmeye imkan bulunmadığına...” 11.HD., 22.11.1982, E.4972, K.4867 (Gürbüz, **a.g.e.**, s.868,869).

²⁵⁴ Tekil, **a.g.e.**, s.86, dn.97.

etmiş olmasından ve kusurunun varlığından bahsedilebilmesi için, çek defterinin rıza hilafına elinden çıkmış olduğunun bilincinde olmasına rağmen, derhal muhatabı bu hususta bilgilendirmemiş olması gerekmektedir ki, meselenin her bir somut olay açısından içinde bulunulan hal ve şartlara göre değerlendirilmesi gereği ortadadır. İşte bu sebeple keşidecinin bu noktada kusurlu sayılabilmesi için bizce, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olması halinde fark edebileceği bir durumu, ihmali yüzünden fark edememiş olması veya durumun bilincinde olmasına rağmen bankayı haberdar etme hususunda gereken sürâti göstermemiş olması gerekmektedir. Örneğin çantası çalınan bir kişinin kredi kartlarını hemen iptal ettirmiş olmasına rağmen çek defterinin çantasında olup olmadığını hatırlamadığından muhatabı derhal haberdar etmemesi, kusurlu bir davranış olarak kabul edilebilecektir. Ancak çantası kapkaç sonucu çalınan ve bu arada şiddete maruz kalıp belli bir süre baygın kalan, şoka giren veya ihbarda bulunamayacak şekilde yaralanan bir kişinin durumu derhal muhataba bildirmemiş olması, mevcut hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda kusurlu bir davranış olarak nitelendirilemeyecektir. Bu açıdan bankaların çek taahhütnamelerinde yer alan “çekin rıza hilafına elden çıkmış olduğunun bankaya bildirilmemiş olması” halinin keşideci açısından kusur teşkil edip etmeyeceği meselesi, her bir somut olay açısından içinde bulunulan koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmek gerekecektir.

d)- Sahtelik ve Tahrifata Engel Olacak Diğer Önlemler

Bu başlık altında esasen keşidecinin, çeki düzenlemesinden sonraki hareket tarzları incelenecektir. Özellikle keşidecinin çeki, lehtara ulaştırması amacıyla güvenilir olmayan bir kişiye teslim etmesi, fakat bu kişinin çekte tahrifat yapmak suretiyle çek bedelini tahsil etmesi halinde, keşidecinin kusurundan bahsedilebilecektir. Diğer taraftan keşideci, lehine çek düzenleyecek olduğu kişinin güvenilir bir kişi olup olmadığını incelemek zorunda olmamakla beraber, lehtarın sahtekârlıktan sabıkası olduğunu bildiği halde bu kişiye çek vermesi ve daha sonra bu kişinin bedelde tahrifat yapmak suretiyle bankadan fazla para tahsil etmesi

halinde, zararın meydana gelmesine keşidecinin kusurunun bulunduğundan bahsedilebilecektir²⁵⁵.

Öte yandan, zaman alması dolayısıyla çok fazla uygulanmamakla beraber, bankaların hesap hareketlerine ilişkin olarak verdikleri hesap defterlerinin keşideci tarafından kontrol edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda keşidecinin düzenlediği çeklere ilişkin olarak tuttuğu kayıtları, belli zaman aralıkları dahilinde banka kayıtları ile karşılaştırması, çek kullanan bir kişiden muhtemel sahteliklerin önlenmesi amacıyla yönelik olarak beklenebilecek bir hareket tarzıdır²⁵⁶. Yine aynı şekilde keşideci, muhtemel bir çalıntı ya da kaybolma durumunu zaman geçmeksizin fark edebilmesi açısından, çek defterindeki yapraklarda her hangi bir eksiklik olup olmadığını da çek numaralarına dikkat etmek suretiyle düzenli olarak kontrol etmelidir²⁵⁷.

Taraflar arası çek anlaşmalarında çoğu kez keşideciye, kullanılmayan ya da kullanılmaya elverişli olmayan çek yaprakları ile hesabın kapatılması halinde o tarihe kadar kullanılmamış olan çek yaprakları veya defterini bankaya iade etme yükümlülüğü yüklenmektedir ki, keşidecinin bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmesi, bankanın söz konusu çeklerin numaralarını takip etmek suretiyle meydana gelebilecek sahtelikleri engelleyebilmesi açısından son derece önemlidir. Taraflar arasındaki anlaşmada bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi, keşideci zaten meydana gelebilecek olan sahtelikleri engellemekle yükümlü olduğu için, dürüstlük ilkesinin bir gereği olarak söz konusu çek yapraklarını veya defterini kötü niyetli kişilerin eline geçmeyecek şekilde yok etmekle yükümlüdür²⁵⁸. Bu anlamda keşideci çek işlemleri sırasında kullanılamayacak şekilde yıpranmış, yırtılmış yada yanlış düzenlenmiş olması nedeniyle karalanmış olan çek yapraklarını, kötü niyetli kullanımlara engel olacak şekilde yok etmeli ve daha sonra durumu çek numaralarının kontrol edilebilmesi açısından bankaya bildirmelidir²⁵⁹. Örneğin

²⁵⁵ Ancak tabiki keşidecinin söz konusu kişiye olan borcunu ödemesi bakımından çek düzenlemekten başka çaresinin olmaması halinde, keşidecinin kusurunun daha hafif taktir edilmesi gerekir.

²⁵⁶ Hürlimann, **a.g.e.**, s.85.

²⁵⁷ Canaris, **a.g.e.**, Rn.714, s.511.

²⁵⁸ Hürlimann, **a.g.e.**, s.86.

²⁵⁹ "...Mahkeme, çek defterlerini hüsnü muhafaza ile mükellef davacının bir yaprağın zıyına sebebiyet verdiği ve keyfiyetten davalıyı haberdar etmediği için TTK'nın 724/c.2 maddesine tevfiikan, davanın reddine karar vermiştir... Dava mevzuu (25.000) liralık çek, karnenin 24. yaprağını teşkil etmekte ve bundan evvelki 372923 sayılı 23. yaprak 25.07.1960 ve bir sonraki 372925 numaralı 25.

keşidecinin çeki yanlış düzenlemesi nedeniyle çöpe atması ve daha sonra üçüncü bir kişinin çeki bularak bedeli tahsil etmek için bankaya ibraz etmesi halinde, keşidecinin bankayı söz konusu çek yaprağı hakkında önceden bilgilendirmiş olması halinde banka, söz konusu çeki ödemeyecek ve böylelikle zararın meydana gelmesine engel olunabilecektir.

Öte yandan keşideci, temsilcisi olarak bildirmiş olduğu kişinin yetkisini sonradan kaldırması ya da daraltması halinde, durumu vakit kaybetmeksizin muhataba bildirilmelidir. Aksi taktirde keşidecinin bu anlamda özen gösterme yükümlülüğünü ihlâl etmiş olmasından ve kusurundan bahsedilecektir. Örneğin bir anonim ortaklıkta imza yetkisine sahip olan yönetim kurulu üyelerinin, yeni dönemde değişmesi ve bu değişikliğin Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilmesi (TK m. 300/b.8, TK m. 33) fakat bankaya bu hususta herhangi bir bilgi verilmemesi, bizce tüzel kişi hesap sahibinin kusurlu sayılmasını gerektirecektir. Bu noktada TK m. 39 gereğince ilânın, aleniyet sağlayacağı ve bankanın iyi niyetini ortadan kaldıracığının ileri sürülmesi, günlük iş yükü oldukça ağır olan bankaya ayrıca bir de ticari şirket olan müşterilerinin yetkili temsilcilerini takip etme gibi ağır bir kontrol mükellefiyeti, daha doğrusu külfeti yüklemekten başka bir şey olmayacağından, ilânın aleniyet fonksiyonunun böyle bir ihtimalde ileri sürülmesi, her şeyden önce dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Ayrıca söz konusu olasılıkta anonim şirketin “basiretli bir tacir” gibi davranma yükümlülüğünün varlığı, yeni üyelerin imza örneğini vakit geçirmeksizin bankaya ulaştırmasını zorunlu hale getirmektedir²⁶⁰.

yaprak ise 26.07.1960 tarihinde davacı tarafından imzalanarak kullanılmış bulunmaktadır. Sahte çek 06.08.1960 tarihinde ...ibraz edilerek para alındığına nazaran bu çek yaprağının davacıya ait çek karnesinden 25. yaprağın keşide edildiği günden evvel veya en geç aynı gün kopartıldığı tezahür etmektedir. O halde, Ticaret Kanununun 724. maddesinin 2. fıkrasında açıklandığı üzere davacının çek defterini iyi saklamaktan mütevellit ağı kusuru ve 26.07.1960'dan sahte çekin ibraz gününe kadar aradan 10 günü mütecaviz bir zaman geçmiş olmasına rağmen ... bankaya olay hakkında malumat vermemek suretiyle akdi ihlâl eylediği...” 11.HD., 27.03.1965, E.3266, K.1211 (Ertekin/Karataş, **a.g.e.**, s.212,213).

²⁶⁰ Tekil, **a.g.e.**, s.81 dn.74.

2- Muhatabın Kusuru

A)- Genel Olarak

Sahte veya tahrif edilmiş çekin ödenmiş olması sebebiyle keşidecinin uğramış olduğu zarardan, muhatabın -kusur sorumluluğu ilkesi- çerçevesinde sorumlu olabilmesi için gereken ikinci şart, muhatabın çeki ödemekte “kusurlu” olmasıdır. Muhatabın kusurlu olup olmadığı ise kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirmiş olup olmadığı ile ilgili bir konu olduğundan, söz konusu özenin ölçüsü, kaynakları ve özen borcunun hangi halleri kapsadığı hususları, ayrı ayrı incelenmek gerekecektir.

B)- Özen Gösterme Borcu ve Ölçüsü

Muhatabın sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde her hangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı meselesi, esasen özen gösterme borcunu ifa ederken kendisinden beklenen (gerekli) tüm dikkat ve özeni gösterip göstermemiş olması ile ilgili bir konudur²⁶¹. Bu nedenle somut olayda muhatabın kusurlu olup olmadığının belirlenmesi aşamasında, kendisinden beklenen özen borcunu gereği gibi yerine getirmiş olup olmadığının tespit edilmesi, bunun için ise her şeyden önce muhatabın “özen borcunun ölçüsünün” ya da başka bir ifadeyle ondan beklenen “özen ölçüsünün” ne olduğunun belirlenmesi gerekecektir.

Bankalar, mevduat toplayarak başkalarının parası ile yatırım yapan, söz konusu işlemlerde müşterilerine kıyasla ekonomik açıdan daima üstün konumda bulunan; bunun yanı sıra BK m. 99/II anlamında “**imtiyazlı**” (ayrıcalıklı)²⁶²⁻²⁶³ ve

²⁶¹ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 1, II.

²⁶² Ünal Tekinalp, **Banka Hukuku Esasları**, İstanbul, 1988, s.292; Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, “Hukuki Mütalâalar”**, (1992-1996), Ankara, 1997, s.83,84; Haluk Tandoğan, “Türk Hukukunda Bankacının Hukuki Sorumluluğu”, **Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, C.III, Bankacılıkta Sorumluluk**, Ankara, 1974, s.111,112; Tandoğan, (Mesuliyet), s.457; Ali Erten, **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s.239,240; Kaplan (**Banka Sözleşmeleri**), s.454; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1119; İnan, **a.g.e.**, s.141; Ahmet Battal, **Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu**, BTHAE, Ankara, 2001, s.53.

²⁶³ BK m. 99/II’de “... hükümet tarafından **imtiyaz** sureti ile verilen bir sanatın icrası...” şeklinde yer alan ifade, Borçlar Kanunu Tasarısının 114. maddesinin 3. fıkrasında “**Uzmanlığı** gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen **izinle** yürütülebiliyorsa ...” şeklinde daha açıklayıcı bir şekilde dile getirilmiştir.

ayrıca yürüttükleri faaliyet icabı “**güven kurumu**”²⁶⁴ niteliğini haiz kuruluşlardır. Sahip oldukları bu vasıflar ve özellikle bankacılık mesleğinin ve sektörünün kendine özgü nitelikleri, bankalarının özen borcunun ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlar olup²⁶⁵, özen ölçüsünün ağırlaşmasına neden olan temel etkenlerdir. Nitekim imtiyazla çalışan, yeterliliği ve uzmanlığı kabul edilmiş olan bankaların bu özel vasıflarının kendilerine yüklemiş olduğu özen borcuna uygun hareket etmeleri gerekecek²⁶⁶ ve bankacılık faaliyetlerini başkalarından ayrıcalıklı olarak icra etme yetkisi kendisine verilmiş olan bankalardan, her halükârda olağan düzeyin üzerinde bir özen göstermesi beklenecektir²⁶⁷.

Anonim ortaklık olarak kurulması zorunlu olan (BankK m. 7) ve dolayısıyla tacir sıfatına sahip olan (TK m. 18) bankalar, TK m. 20/II uyarınca “**basiretli bir işadamı gibi hareket etme**” yükümlülüğü altındadırlar. “Basiretli iş adamı” kavramı ile kanun koyucu, tacirin özen borcunun ölçüsü ile ilgili bir belirleme yaparak tacire, ticari işletmesi ile ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek olan özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren, tedbirli ve öngörülü hareket eden tecrübeli bir tacirden beklenen özeni gösterme yükümlülüğünü yüklemek suretiyle, tacirler açısından objektif bir özen ölçüsü getirmiştir²⁶⁸. Dolayısıyla bir ticari işletme olarak bankalardan, bütün faaliyetlerinde²⁶⁹, bu arada çekle ilgili işlemlerinde, objektifleştirilmiş ve aynı zamanda ağırlaştırılmış bu özen ölçüsü kapsamında hareket etmeleri beklenecektir.

²⁶⁴ Tandoğan, (Bankacı), s.109,110. Bankaların hukuki sorumluluğunun güven nedeniyle ağırlaşması ile ilgili geniş açıklama için bkz.: Battal, a.g.e., s.97 vd. Yargıtay da bankaların özen borcunun güven kurumu olmaları nedeniyle ağırlaşması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz.: HGK., 15.06.1994, E.11-178, K.398 (YKD., 1995, S.5, s.532).

²⁶⁵ Tandoğan, (Bankacı), s.104; İnan, a.g.e., s.131; İbrahim Kaplan, “Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988), Ankara, 1990, s.140; Battal, a.g.e., s.151.

²⁶⁶ Battal, a.g.e., s.149.

²⁶⁷ Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 5 (1992-1993), İstanbul, 2000, s.177; Ayrıca Stoufflet’e göre, bankaların rüçhanlı bir durumda bulunmaları ve özel vasıfları haiz oluşu dolayısıyla, bankalardan, normal olarak diğer tüccarlardan beklenenden daha fazla tekayyuz ve ihtimam istenebilecektir. J. Stoufflet, “Bankacılıkta Sorumluluk”, Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, C.III, Bankacılıkta Sorumluluk, Ankara, 1974, s.6.

²⁶⁸ Kendigelen, (Mütalâalar), s.397-399; Battal, a.g.e., s.149. Söz konusu kavram ile ilgili olarak ayrıca bkz.: Reha Poroy / Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 8.bs, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1998, N.206, s.117.

²⁶⁹ Tüzel kişilerin adi ilişkileri olmayacağı için bakalar, tüm eylem ve işlemlerinde bu ölçüye tâbi olacaklardır.

Ayrıca basiretli tacir ölçüsünün belirlenmesinde bankanın icra ettiği faaliyetin türüne özellikle dikkat edilmeli ve bu anlamda özel bir ihtisas gerektiren bankacılık mesleğinin ve sektörünün kendine has nitelikleri ve bankanın faaliyet sahası muhakkak nazara alınmalıdır²⁷⁰. Bu noktada bankadan çekle ilgili işlemleri yerine getirirken “söz konusu işlemin gerektirdiği” ölçüde özen göstermesi beklenecek; çekin sahte veya tahrif edilmiş olması riskinin daima mevcut olması karşısında, bakanının son derece dikkatli olması gerekecektir. Müşterisinin çek hesabı üzerinde tasarruf etme imkanı bulunan bankanın, çek üzerinde vuku bulabilecek olan sahtelik ve tahrifat fiilleri hakkında belirli bir birikime ve tecrübeye sahip olması, buna karşılık keşidecinin muhtemel bir sahteliği veya tahrifatı fiilen fark etme imkanının dahi çoğu zaman bulunmayışı, bankadan beklenen özenin daha da ağırlaşmasına sebep olacaktır.

C)- Özen Borcunun Kapsamı ve Kusurlu Sayılmayı Gerektirecek Haller

a) Çek Yaprığının Kontrolü

Ödenmek üzere ibraz edilmiş olan bir çekin, her şeyden önce banka tarafından bastırılmış orijinal çek yaprağı olup olmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda çek yapraklarının basımında özel bir takım usullerin kullanılması suretiyle sahteliği engellemeye yönelik olarak alınmış tedbirler, sahteliğin kolayca fark edilmesini sağlayacaktır. Banka memurunun söz konusu incelemeyi yapmaksızın çeki ödemesi ise, bankanın ağır kusurlu sayılmasını gerektirecek başlıca hallerdendir.

b)- Keşideci İmzasının Kontrolü

Muhatabın kendisine ibraz edilmiş olan bir çeki ödeme yetkisinin varlığından bahsedilebilmesi için, keşidecinin çeki düzenleyip imzalamak suretiyle bankaya bir ödeme talimatı yöneltmiş olması gerekmektedir ki, bu durum bankanın kendisine ibraz edilmiş olan çekteki imzanın gerçekten hesap sahibine ait olup olmadığını

²⁷⁰ Tandoğan, (Bankacı), s.110; İnan, a.g.e., s.131; Kaplan, (Bankanın Sorumluluğu), s.140; Battal, a.g.e., s.151.

inceleme yükümlülüğünü gündeme getirmektedir²⁷¹. Bu bağlamda muhatabın çek yaprağının sahte olup olmadığı incelemesinden sonra kontrol etmesi gereken en önemli ve öncelikli husus, **keşidecinin imzası** olacak; bu görevini yerine getirmemiş olması hali ise doğal olarak ağır kusurlu sayılmasını gerektirecek hallerin başında yer alacaktır.

Bankanın, imzanın gerçekten hesap sahibine ait olup olmadığını kontrol edebilmesi için her şeyden önce keşidecinin imza örneğine sahip olması gerekmektedir. Uygulamada bankalar, çoğunlukla çek kullanmak isteyen müşterilerine çek anlaşması ya da banka literatüründe kısaca “çek taahhütnamesi” olarak adlandırılan ve çek kullanımına ilişkin hükümleri içeren bir metni imzalatırlar. Bu durum, bankaların çoğu zaman keşidecinin imza örneğine sahip olmalarını sağlamakta, dolayısıyla da çekteki imzanın keşidecinin gerçek imzasıyla karşılaştırılması mümkün hale gelmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, çok sık rastlanan bir durum olmamakla beraber uygulamada, herhangi bir yazılı çek anlaşması bulunmaksızın bankaların müşterilerine çek defteri verdikleri ve daha sonra bu çekleri ödedikleri görülmektedir²⁷². Ancak bu durumda keşidecinin imza örneğine sahip olunmaması, bankanın kontrol etme yükümlülüğünü kesinlikle ortadan kaldırmayacaktır. Böyle bir durumda bankanın yapacağı şey, ödemedi önce keşideciye başvurup, imza örneğini kendisine ulaştırmasını istemek olacaktır. Aksi taktirde ise kontrol yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle kusurlu olduğu varsayılmak gerekecektir.

Hesap sahibinin imza örneği, fiziksel olarak çek hesabının açılmış olduğu banka şubesinde yer alacağından, çekin bu şubeye ibraz edilmesi halinde imza kontrolü kolaylıkla yapılabilecektir. Ancak çek, ÇekK m. 4/II’de açıkça belirtildiği üzere, hesabın bulunduğu şube dışında herhangi bir şubeye de ibraz edebilecektir ki, bu şubenin hesap sahibinin imza örneğine sahip olmadığı açıktır. Acaba böyle bir durumda söz konusu banka şubesinin keşidecinin imza örneğine sahip olmaması nedeniyle imzaları karşılaştırma imkanının olmadığı, dolayısıyla da böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı ileri sürülmek suretiyle, bankanın imza karşılaştırması

²⁷¹ Habicht, **a.g.e.**, s.37; Canaris, **a.g.e.**, Rn.710, s.502; Bülow, **a.g.e.**, Rn. 10, s.536; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1107; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.13, s.519 ve Rn.26, s.525

²⁷² Ayrıntılı açıklama için bkz.: Kendigelen, (**Çek**), s.57 vd.

yapmaksızın ödeme yapması halinde kusurlu sayılmayacağı söylenebilecek midir? Doktrinin genel kanaati²⁷³ ve Yargıtay'ın bu konudaki görüşü²⁷⁴, çekin hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibraz edilmesi halinin, bankayı imza incelemesi yapmaktan ve (ağır) kusurlu sayılmaktan kurtarmayacağı yönündedir²⁷⁵. Buna göre çek ister hesabın bulunduğu şubeye, isterse bankanın diğer bir şubesine ibraz edilmiş olsun, bankanın keşidecinin imzasını inceleme yükümlülüğü her iki ihtimalde de varlığını sürdürecektir.

Gerçekten de, günümüz teknolojik gelişmeleri karşısında çekin, hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibrazı halinde imza kontrolünün yapılmasının imkansız olacağını söylemek artık mümkün değildir²⁷⁶. Özellikle uzun yıllardan beri var olan ve yazılı bilgileri iletmeye yarayan “fax” aleti sayesinde hesabın bulunduğu şube, keşidecinin imza örneğini birkaç dakika içinde çekin ibraz edildiği diğer şubeye gönderebilecek ve bu sayede imza kontrolü mümkün hale gelebilecektir. Yine aynı şekilde “scanner” adı verilen ve yazılı bilgileri sanal ortamda aktarmaya

²⁷³ Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1108; Tekil, , **a.g.e.**, s.90; Paslı, **a.g.m.**, s.660,661. Ancak **Reisoğlu**²⁷³ çeki ilişkin eski tarihli bir sempozyumda (Reisoğlu, (inan/Kıvanç, **a.g.e.**, [Tartışmalar]), s.167), böyle bir durumda bankanın kontrol imkanının olmaması nedeniyle ağır kusurlu sayılmaması gerekeceğini, aksi taktirde bankanın sorumluluktan kurtulmak amacıyla böyle bir çekin ödenmesine müsaade etmeyeceğini ileri sürmüştür. Oysaki gerek ÇekK eski m.4 ve gerek ÇekK m. 4 uyarınca çek, muhatap bankanın herhangi bir şubesine ödenmek amacıyla ibraz edilebilecektir. Dolayısıyla muhatap banka, çek ister hesabın bulunduğu şubeye, isterse herhangi bir şubeye ibraz edilmiş olsun, çekin geçerli bir çek olması ve karşılığın mevcut olması halinde çeki ödemekle mükelleftir. Bu nedenle **Reisoğlu**'nun belirttiği gibi çekin hesabının bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibrazı halinde bankanın ağır kusurlu olmaktan kurtulabilmek amacıyla, çek bedelini ödememe yoluna gitmesi mümkün olmayacaktır. Zira banka, gerek ÇekK m. 4 gerekse TK m. 695/2 hükmü gereğince çek bedelini kanunen ödeme yükümlülüğü altındadır. Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.280,281; Domaniç, (**Kıymetli Evrak**), s.387,392; Ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz.: Kendigelen, (**Çekten Cayma**), s.596,597.

²⁷⁴ “...Çekin aynı bankanın bir başka şubesine ibraz edilmesi hali dahi -imza incelemesinden- davalı bankayı vareste kılmayacağını ve bu itibarla da davalı bankanın keşidecinin imzasını tahkik etmeden tediyede bulunmasının kendisi için “ağır” bir kusur teşkil edeceği...” TD., 20.12.1963, E.2626, K.4855 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2171); Aynı yönde: 11. HD., 19.02.1976, E.286, K.851 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2168); 11.HD., 03.05.1999, E.1629, K.3470 (Eriş, (**2004**), s.325). Benzer kararlar için ayrıca bkz.: İnanç/Kıvanç, **a.g.e.**, s.160 dn.74.

²⁷⁵ Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında tam aksi bir görüş belirttiği görülmektedir: “...Çekin ihdasındaki gaye bakımından başka bir şubeye ibrazı halinde çekteki imza ile sirkülerdeki imzanın karşılaştırılmasına maddeten imkan bulunmadığı gibi mücerret imza tatbikinin yapılmamış olması da banka için bir kusur teşkil etmez.” 11.HD., 30.03.1965, E.-, K.1211 (Çevik, **a.g.e.**, s.859). Hemen belirtelim ki, bu kararın daha sonra istikrarlı bir şekilde vurgulanan “çekin hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibraz edilmesi halinin, bankayı imza incelemesi yapmaktan ve kusurlu sayılmaktan kurtarmayacağı” yönündeki kararlar karşısında bir önemi kalmamıştır.

²⁷⁶ “...Banka, kendisine ibraz edilen çekteki keşideci imzasının bulunup bulunmadığını araştırmak ve çekteki imzayı, imza örneği ile karşılaştırmak ve imza örneği başka şubede ise, bu şubeden imza tarifi alınarak değerlendirmek veya bunun için teknik imkanlardan yararlanması gerekir. Bu yönleri eksik bırakan banka ... sorumludur.” 11.HD., 03.05.1999, E.1629, K.3470 (Eriş, (**2004**), s.325).

yarayan araç sayesinde de keşidecinin imza örneği, internet vasıtasıyla kısa bir süre içinde çekin ibraz edildiği şubeye gönderilebilecektir. Peki acaba banka, söz konusu bu araçlara sahip olmadığını ya da bunları kullanma zorunluluğunun bulunmadığını ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecek midir? Bankalar, basiretli bir tacir gibi hareket etme zorunluluğu bulunan (TK m. 20) ve para işleriyle uğraşan ayrıcalıklı birer kurum olarak, kendilerine duyulan bu güveni gereği gibi sağlamak durumundadırlar. Dolayısıyla da, ticari faaliyetlerini gereği gibi yerine getirebilmek amacıyla gereken tüm araç, gereç ve donanımına sahip olmak zorundadırlar. Diğer yandan bankaların, hesabın bulunduğu şube dışındaki herhangi bir şubesine ibraz edilen çeki karşılığı bulunduğu taktirde ödemekle yükümlü kılınmış olmaları (TK m. 695/II, ÇekK m. 4/II), bankaların bu gibi durumlarda imza incelemesini yapmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü oldukları fikrini destekleyen bir diğer sebeptir²⁷⁷. Zira yürüttükleri faaliyet ve elde ettikleri kâr oranı düşünüldüğünde, bankaların müşterilerine karşı olan yükümlülüklerini gereği gibi ifa etme amacına hizmet eden bu gibi araçlara sahip olmak zorunda olmadıklarını ileri sürmeleri, her şeyden önce bizce dürüstlük ilkesine aykırı olacaktır.

Sonuç olarak çekin hesabın bulunduğu şubeye ibraz edilmesi ile diğer herhangi bir şubeye ibraz edilmiş olması, bankanın keşidecinin imzasını kontrol etme yükümlülüğü açısından herhangi bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Diğer taraftan muhatabı yabancı olan çeklerde, ibrazın Türkiye'deki muhabir bankaya yapılması halinde de muhabir bankanın keşidecinin imza örneğine sahip olmaması, yukarıda belirttiğimiz nedenlerden ötürü muhatabın imza kontrolü yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacak ve muhatabın, keşidecinin imza örneğini muhabir bankaya gönderip, imza kontrolünü mümkün hale getirmesi gerekecektir. Aksi taktirde muhatap kusurlu sayılacaktır²⁷⁸.

İmzanın sahte olup olmadığını tespit edecek olan banka memurunun, görevini yerine getirirken mesleğinin gerektirdiği bilgi ve özen kapsamında hareket etmesi, yani özenli bir bankacıdan beklenen makul düzeyde bir ihtimam sarfetmesi

²⁷⁷ Kendigelen, (Çek), s.217,218.

²⁷⁸ “İmza kontrolü yapmasına imkan bulunmadığını bile bile muhabir Türk bankasına ödeme yetkisi veren İsviçre bankasının, sahte imzalı çekin ödenmesinden doğan zarara katlanacağına ve muhabir bankanın zararını tazmin etmesi gerektiğine...” 11.HD., 17.04.1986, E.1119, K.2300, (Eriş, (Kıymetli Evrak), s. 867,868).

yeterli olup, ayrıca profesyonel bir yazı bilirkişinin (grafolog) bilgi ve tecrübesine sahip olması gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir²⁷⁹. Çekteki imzanın keşidecinin imza örneğine uygun olup olmadığının kontrolü esnasında dikkat edilmesi gereken en önemli husus, imzaların karakteristik özelliklerinin farklı olup olmadığıdır. Bu anlamda göze çarpan bir (ya da daha fazla) karakteristik sapmanın varlığı, imzanın sahte olabileceği şüphesinin uyanmasına neden olabilecektir²⁸⁰. İşte banka memurunun tereddüt ettiği bu gibi hallerde ödeme yapmaktan kaçınması ve ancak çeki uzman kişilere incelettirdikten sonra ödeme yapıp yapmayacağı hususunda karara varması gerekecektir. Aksi davranışı, yani şüphelenmeyi gerektirecek durumun varlığına rağmen ödeme yapması, kusurlu sayılmasını gerektirecektir²⁸¹.

İmzayı kontrol edecek olan banka memurundan göstermesi beklenen özenin ölçüsü, kişisel bilgi ve becerisine göre ya da bu konuda uzman olan bir kişiden beklenebilecek olan yeteneğe göre değil; sürekli bu işlerle uğraşan bir bankacı olarak kendisinden beklenecek olan basiret/öngörüye göre belirlenecektir²⁸². Buna göre banka memurunun mutat bankacılık işlemlerinde kendisinden beklenen özenin ölçüsü, imza karşılaştırması yaparken gerekli ihtimamı gösterip göstermemiş olduğunun belirlenmesinde hareket noktasını oluşturacak ve somut olayda göstermesi beklenen özeni göstermemiş olması nedeniyle kolayca fark edebilecek olan bir sahteliği (ya da tahrifatı) fark edememiş olması halinde, özen borcunu gereği

²⁷⁹ İnan, **a.g.e.**, s.130; Gürbüz, **a.g.e.**, s.183; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1107; Bülow, **a.g.e.**, Rn.17, s.539; Tekil, **a.g.e.**, s.89. “*Muhatap bankanın kusurlu olup olmadığını tespit bakımından çekteki imza ile sirkülerdeki imzanın uygunsuzluğunun ilk bakışta ve basit bir incelemeyle anlaşılabilir mahiyette olup olmadığı, bilirkişi marifetiyle incelettirilmek gerekir.*” TD., 29.04.1965, E.907, K.1473 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2171).

²⁸⁰ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.27a, s.525.

²⁸¹ Ancak önemle belirtelim ki imzanın atılışı esnasında içinde bulunulan koşullar bazı farklılıkların doğumuna neden olabilecektir. Örneğin kişinin imzayı çok yorgun olduğu ya da acele etmesini yani hızlı olmasını gerektiren bir durumda atmış olması ya da imzanın normale oranla daha sert bir altlık veya sabit durmayan bir masa üzerinde atılmış olması yahut kullanılan kalem türlerinin farklı olması gibi kişisel ve çevresel faktörler, aslında aynı kişi tarafından atılmış olan iki imzanın farklıymış gibi görünmesine sebebiyet verebilecektir. Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.27a, s.525,526. Bu açıdan incelemeyi yapacak olan banka görevlisinin bu gibi ayrıntıları gözden kaçırmaması gerekecektir.

²⁸² “Çekle ödene yapmayı kabul eden ve müşterileri ile çek anlaşmaları yapan bir bankanın her şeyden önce basiretli bir iş adamı gibi hareket ederek gerekli dikkat ve ihtimamı göstermesi ve tereddüt halinde çeki uzman kişilere inceletmeli, gerektiğinde keşideciden tahkik edip alacağı cevaba göre hareket etmelidir” 11. HD., 17.03.1983, E.1126, K.1289 (Moroğlu/Kendigelen, **a.g.e.**, s.672,673 ya da YKD., 1983, S.5, C.9, S.724).

gibi yerine getirmemiş olduğundan bahsedilebilecektir. Ancak şunu da belirtmekte fayda var ki, banka tüzel kişisine bu aşamada düşen görev, çek işlemlerini yapan görevlilerini en azından imza incelemesi yaparken dikkat edilmesi gereken hususlar ve karar verirken temel alınması gereken kriterler hakkında bilgilendirmektedir²⁸³. Zira banka memurunun bilgisizliği nedeniyle sahte imzalı bir çeki ödemiş olması dolayısıyla ortaya çıkacak olan zarar, sonuç itibarıyla banka tüzel kişisine ait olacaktır ve banka sahteliği fark etmeyen memurunun bilgisizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

c)- Temsilcinin Yetkisinin ve İmzasının Kontrolü

Çekin bizzat hesap sahibi tarafından değil de, hesap sahibinin temsilcisi olarak hareket eden bir kişi tarafından düzenlenmiş (imzalanmış) olması halinde ise muhatap, bu kişinin gerçekten yetkili temsilci olup olmadığını, eğer yetkili temsilciyse imzasının gerçek olup olmadığını ve ayrıca hesap sahibinin, temsilcinin yetkisini miktar açısından sınırlamış olduğu durumlarda, temsilcinin bu sınırlamaya uyup uymadığını araştırmakla yükümlüdür. Zira muhatap ödeme yapmadan önce, keşidecinin kendisini bu hususta gerçekten yetkilendirmiş olup olmadığını bilmek ve özellikle bu yetkinin miktar açısından sınırlarına uymak zorundadır²⁸⁴.

Temsilci tarafından imzalanmış olan bir çekin ibrazı halinde bankanın, öncelikle bu kişinin gerçekten keşidecinin çek düzenlemeye yetkili temsilcisi olup olmadığını ve ayrıca imzasının gerçek olup olmadığını incelemesi gerekecektir. Bankanın, keşidecinin yetkili temsilcisi ile ilgili bilgilere sahip olmaması ise bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacak; sadece bankaya ek olarak keşideci ile temasa geçme külfetini yükleyecektir. Çünkü gerçekte böyle bir yetkinin olmaması ya da imzanın gerçek olmaması, çekin sahte olduğunu ve aslında keşidecinin bankaya karşı yöneltmiş olduğu böyle bir ödeme emrinin bulunmadığını gösterecektir ki, bankanın bu hususu kontrol etmemesi, kontrol etme yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelecek, dolayısıyla kusurlu sayılmasını gerektirecektir²⁸⁵. Ancak hemen belirtelim ki,

²⁸³ Bülow, **a.g.e.**, Rn.17, s.539.

²⁸⁴ Habicht, **a.g.e.**, s.37; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.34.

²⁸⁵ Bülow, **a.g.e.**, Rn. 17, s.541; Tekil, **a.g.e.**, s.80.

keşidecinin yetkili temsilcisi ile ilgili bilgileri bankaya hiç bildirmemiş ya da yanlış bildirmiş olması halinde, ayrıca keşidecinin kusurlu olduğundan bahsedilebilecektir.

BK m. 388 gereğince temsilcinin (veya vekilin) kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi -çek keşide edebilmesi için- “özel yetkiye” ihtiyacı vardır. dolayısıyla da çekin temsilen veya vekâleten imzalanmış olması hallerinde muhatabın ödemede bulunmadan önce bu konuda verilmiş bir özel yetkinin bulunup bulunmadığını araştırması gerekecektir²⁸⁶. Tüzel kişiler adına yetkili olanlar ise imza sirküleri ile belirlendiğinden, tüzel kişinin bu hususu belirten imza sirkülerini bankaya tevdi etmesi gerekli ve yeterli olacaktır²⁸⁷. Öte yandan BK m. 450/1 gereğince ticari mümessilin ayrıca özel yetki gerekmeksizin çek düzenleyebilme yetkisinin varlığı, buna karşılık BK m. 453 gereğince ticari vekil olarak atanan kişinin ise kendisine açık yetki verilmedikçe kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisinin olmadığı hususunun da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Zira bir ticari vekil, çok geniş yetkilerle donatılmış olsa dahi, ticari mümessil sıfatını haiz olmadıkça veya kendisine özel olarak verilmiş bir çek düzenleme yetkisi bulunmadıkça, çek keşide edemeyecektir²⁸⁸.

Hesap sahibinin çek keşide etme hususunda yetki vermiş olduğu temsilcinin bu yetkisini “miktar” açısından sınırlandırmış ve bu durumu bankaya bildirmiş olması halinde bankanın ödeme yapmadan önce bu hususu mutlaka göz önünde bulundurması, yetki sınırının aşılmış olması halinde ise ödeme yapmaması gerekecektir²⁸⁹. Aksi taktirde kusurlu sayılacaktır²⁹⁰. Diğer taraftan hesap sahibi,

²⁸⁶ Reisoğlu, **a.g.e.**, s.33,34; “*Vekaletname ile kambiyo taahhüdünde bulunmak için açık bir yetki verilmediğinden (bütün senetleri imzaya dair) vekaletnamede yazılı yetkinin kambiyo senetlerini kapsamına almasına olanak yoktur.*” 12.HD., 28.04.1978, E.3634, K.3882 (Uyar, **a.g.e.**, s.384).

²⁸⁷ Tekil, **a.g.e.**, s.80,81. TK m. 42/II : “Her tacir kullanacağı ticaret unvanını ve bunun altına atacağı imzayı notere tasdik ettirdikten sonra sicil memuruna tevdi etmeye mecburdur. Tacir hükmi şahıs ise unvanla birlikte onun namına imzaya salahi yetli kimselerin imzaları da notere tasdik ettirilerek sicil memuruna verilir”.

²⁸⁸ “*Ticari vekil özel yetkisi olmadığı taktirde kambiyo senedi düzenleyemez. Bütün ticari işlerde temsil yetkisi verilmişse, bu vekil olmayıp ticari mümessil sayılır ve kambiyo senedi düzenleyebilir.*” 12.HD., 13.04.2000, E.4199, K.5864 (Eriş, (2004), s.82).

²⁸⁹ Detlev Joost, “Die Verteilung des Risikos von Scheckfälschungen”, **ZHR** 153, 1989, s.254; Canaris, **a.g.e.**, Rn.713, s.509; Bülow, **a.g.e.**, Rn.17, s.541; BGH II ZR 53/81 (Hans-Jürgen Ahrens / Karl Kreuzer, **Internationale Rechtsprechung zum Genfer Einheitlichen Wechsel- und Scheckgesetz**, 4. Folge (1974-1984), Tübingen, 1993, s.203).

²⁹⁰ Daha önce de belirtmiş olmakla beraber tekrar edelim ki, miktar açısından yetki sınırının aşılması suretiyle düzenlenmiş olan bir çek her ne kadar 724. madde anlamından “sahte çek” olarak kabul edilemeyecekse de, böyle bir çekin ödenmesi nedeniyle keşidecinin zarara uğraması halinde muhatap, kontrol yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş olması dolayısıyla BK m. 96 vd. hükümleri

çekin ancak iki ya da belirteceği sayıda yetkili kişi tarafından imzalanmak suretiyle düzenlenebileceği şartını koymuş olabilir ki, bankanın ödeme yapmadan önce bu hususa da muhakkak dikkat etmesi gerekecek ve söz konusu şartın gerçekleşmemiş olmasına rağmen bankanın çeki ödemesi ise kusurlu bir davranış olarak nitelendirilecektir²⁹¹. Keşideci ile muhatap bu hususu çek anlaşmasına koyacakları bir kayıtla ya da sözlü olarak belirleyebilecekleri gibi, söz konusu belirleme kanun tarafından da yapılmış olabilecektir. Nitekim TK m. 321/III gereğince anonim şirket adına tanzim edilecek evrakın geçerli olması için, ana sözleşmede aksine hüküm olmadıkça, temsile yetkili olanlardan ikisinin imzasının bulunması şarttır. Dolayısıyla hesap sahibinin bir anonim şirket olması durumunda muhatapın, aksine bir bildirim olmadıkça çift imza ile keşidemiş olan bir çeki ödememesi gerekecektir.

d)- Şüphe Uyandıracak Haller

Muhatabın kontrol görevi yalnızca imzanın geçerliliği ya da temsilci ile ilgili hususların incelenmesinden ibaret değildir. Zira sahtelik veya tahrifat çek üzerinde yer alabilecek tüm unsurlarda gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla muhatapın çeki bir bütün olarak ele alması ve çekin yarattığı toplam intibayı göz önünde bulundurarak inceleme yapması gerekmektedir²⁹². Muhatap, söz konusu incelemeyi yaparken bir takım hususların gerçekliği hakkında şüpheye düşmesi halinde ise, ödemeyi yapmadan önce muhakkak keşideci ile temasa geçmeli²⁹³ ya da durumun özelliğine göre -mesela keşideciye ulaşamaması halinde- çeki uzman kişilere inceletmelidir²⁹⁴.

uyarınca kusurundan ötürü keşideciye karşı sorumlu olacaktır. “Çek düzenlemeye yetkili vekile, bir limit içinde çek keşide etmesi bakımından vekâlet verilebilir. Bu vekâleti bilen muhatap bankanın, özenli bir uygulama içine girerek, bu limitin aşılmasını ödememesi gerekir. Tersine bir durumda, muhatap banka çek hesabı sahibine karşı birinci derecede sorumlu olur...” 11.HD., 26.04.1999, E.1317, K.3252 (Eriş, (2004), s.325.

²⁹¹ “Çek anlaşmasına ve keşideci şirketin çift imza ile temsil edilmesine karşın tek imzalı çek ile ödeme yapan banka, bu kusurlu davranışı nedeniyle sorumludur. Hukuka aykırı işlemler teamül oluşturmaz. Bu nedenle daha önceki tek imzalı uygulamaların teamül haline geldiği savunması geçersizdir.” 11. HD., 17.11.1981, E.4528, K.4880 (Gülbüz, a.g.e., s.866,867).

²⁹² Bülow, a.g.e., Rn.17, s.539; Öztan, (Kıymetli Evrak), s.1110; Baumbach/Hefermehl, a.g.e., SchG. Art.3, Rn.27b, s.526

²⁹³ Baumbach/Hefermehl, a.g.e., SchG. Art.3, Rn.27b, s.526.

²⁹⁴ 11. HD., 17.03.1983, E.1126, K.1289 (Moroğlu/Kendigelen, a.g.e., s.672,673 ya da YKD., 1983, S.5, C.9, S.724).

aa)- Bedele İlişkin

Bu bağlamda somut durumda bankanın şüphelenmesini gerektirecek durumların başında, özellikle müşterisinin (keşidecinin) çek hesabı kullanım tarzında alışılmadık bir değişikliğin meydana gelmesi hali bulunmaktadır. Ancak bu hususun belirlenebilmesi açısından çeki ödeyecek olan memurun, söz konusu keşidecinin o ana kadar süre gelmiş olan davranış tarzının ne yönde olduğunu bilmesi gerekmektedir ki, banka memurlarının müşterilerin tüm alışkanlıklarını hafızasında tutmasının neredeyse imkansız olduğu açıktır²⁹⁵. Bu nedenle böyle bir durumda somut olay özelliği, müşterinin çek keşide etme sıklığı gibi hususlar, banka memurunun göstermesi gereken özenin kapsamını belirlemede yardımcı olacaktır. Bu anlamda şüphelenilmesi gereken durumların başında, çek bedelinin alışılmadık şekilde yüksek olması hali gelecektir. Çünkü sahteciliği ya da tahrifatı yapan fail, keşidecinin hesabından olabildiğince yüksek bir meblağ çekmek isteyecektir. Bazı durumlarda salt çek bedelinin yüksek oluşu şüphelenmeyi gerekli kılan bir hal olarak nitelendirilebilecekken²⁹⁶, özellikle somut olay koşullarında söz konusu çek keşidecisinin o zamana kadar düzenlemiş olduğu çeklerle kıyaslandığında, ibraz edilen çekin olağandışı bir şekilde yüksek bir bedel üzerinden düzenlenmiş olması hali de şüphe uyandırması gereken önemli bir durumdur²⁹⁷.

Peki acaba banka memuru kendisine ibraz edilen herhangi bir çeki ödmeden önce mutlaka bu hususu incelemeli midir, yoksa bu inceleme somut olayda banka memurunun, ilgili müşterinin hesap hareketlerini bilip bilmemesi gereğine göre mi zorunlu olmalıdır? Alman Federal Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında²⁹⁸, 30 yıldır işyerinin yakınındaki banka şubesiyle çalışan ve dolayısıyla hesap hareketleri buradaki banka memurları tarafından bilinen bir müşterinin, 28.000 DM bedelindeki sahte bir çekin ödenmesi nedeniyle zarara uğramasında, bankanın kontrol görevini gereği gibi yerine getirmemesinin etkili olduğunu; zira bu süre zarfında düzenlenmiş olan çeklerin bedel kısmının istisnasız 3.500 ile 4.500 DM arasında bir rakam olmasına ve bankaca bu durumun biliniyor olmasına rağmen, son düzenlenen çek

²⁹⁵ Bülow, **a.g.e.**, Rn.17, s.540.

²⁹⁶ Örneğin, yüksek meblâglı bir çeki elinde bulunduran kişinin, hayatın normal akışı gereği özellikle dış görünüş itibarıyla böyle bir çeki sahip olma olasılığının düşüklüğü karşısında, bankanın çekin çalıntı olabileceği hususunda şüphelenmesi gerekecektir.

²⁹⁷ Hürlimann, **a.g.e.**, s.99; Canaris, **a.g.e.**, Rn.713, S.509; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Rn.29, s.527.

²⁹⁸ BGH, WM 1986, 123,124 (Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Rn.29, s.527).

meblağının alışılmışın dışında oldukça yüksek bir rakam oluşunun göz ardı edilmesinin, bankanın kontrol yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle kusurlu sayılmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Bizce de somut olay koşullarında ilgili banka şubesinin daha önce keşidecinin çek işlemlerini gerçekleştirmesi dolayısıyla bu husustaki hareket tarzının ne yönde olduğunu bilmesi, bedeldeki olağan dışı yükselmeyi fark etmesini, aksi taktirde ise kusurlu sayılmasını gerektirmelidir. Ancak banka şubesinin söz konusu keşideciye ait bir çeki ilk defa ödeyecek olması halinde ise keşidecinin çek düzenleme tarzını bilme, dolayısıyla karşılaştırma yapma imkanının olmaması nedeniyle, kusurlu olmasından bahsedilemeyecektir. Zira keşidecinin o ana kadar düzenlemiş olduğu çekler, bankanın farklı şubelerine ödenmek üzere ibraz edilmiş olabilir ki, çeki ilk defa ödeyecek olan banka şubesinden söz konusu keşidecinin kendi bünyesinde gerçekleşmeyen hesap hareketlerini incelemesini beklemek, çekle ilişkin günlük işlem sayısının yüksekliği ve ayrıca bu işlemlerin olabildiğince hızlı yapılması gereği karşısında mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan çek defterinin tamamının çalınmış olması ihtimalinde hırsız, yüksek meblağlı çekleri arka arkaya bankaya ibraz edebilecektir. Acaba böyle bir durum bankanın şüphelenmesini gerektirmeli midir? Yine somut olayın özelliğine göre, yüksek meblağlı ve özellikle hamilin aynı kişi olduğu çeklerin kısa bir süre zarfında aynı banka şubesine²⁹⁹ arka arkaya ibraz edilmesi hali, kanaatimizce bankanın şüphelenmesini ve hesap sahibinden teyit almasını gerektiren bir durum olarak kabul edilmelidir³⁰⁰.

²⁹⁹ Çeklerin farklı banka şubelerine ibrazı halinde ise durumun fark edilmesi güç olmakla beraber, çeklerin aynı gün içinde ibraz edilmesi ve karşılığın sorulması, en azından hesabın bulunduğu şubenin dikkatini çekmelidir.

³⁰⁰ İsviçre Federal Mahkemesi ise konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında aksini kabul etmiş ve muhatabın çekin ibrazı üzerine sadece hesapta karşılık olup olmadığını kontrol edeceğini, ne kanunun ne de çek sözleşmesinin muhataba hesap hareketlerini izleme gibi bir borç yüklediğini belirtmiştir. SJ, 1972, s.42,43 (Tekil, **a.g.e.**, s.90 naklen). Muhatabın, öncelikle basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, diğer taraftan çekteki sahteliği fark etme imkanı olan tek kişi olması ve özellikle çek üzerinde ne gibi sahtekarlıkların gerçekleşebileceği hususunda oldukça deneyimli olması, onu bu gibi konularda daha dikkatli davranmaya sevk etmelidir. Bu açıdan normal bir insanda dahi şüphe uyandırabilecek olan bir durumun, bizce banka tarafından evleviyetle fark edilmesi gerekmektedir.

bb)- Çekin İçeriğindeki Değişikliklere İlişkin

Çeki inceleyen banka memurunun söz konusu görevi yerine getirirken dikkat etmesi gereken diğer bir husus da, çekin içeriğinde şüphelenmeyi gerektiren her hangi bir durum olup olmadığıdır. Bu noktada özellikle keşideci tarafından imzalanmak suretiyle tasdik edilmemiş olan kazıma, silme, ekleme gibi fiillerle yapılmış olan değişikliklerin varlığı, muhatabın ödeme yapmadan önce göz önünde bulundurması gereken önemli bir husustur³⁰¹. Ancak tahrifatı yapan failin keşidecinin imzasını taklit etmek suretiyle keşidecinin söz konusu değişikliği onayladığı görünümünü yaratması ihtimali de her zaman mevcut olacağından, bizce banka böyle bir durumda imzanın varlığıyla dahi yetinmemeli ve mutlaka keşideciden onay almalıdır.

Ayrıca çekin ilgili kısımlarının farklı el yazıları ile doldurulmuş olması hali ise, özellikle açık (beyaz) çek kullanımının yaygınlığı karşısında, tek başına bankanın şüphelenmesini gerektirecek bir hal olarak nitelendirilemeyecektir³⁰².

cc)- Hamile İlişkin

Çeki ibraz eden kişinin banka tarafından tanınan bir kişi olmaması durumu tek başına banka açısından herhangi bir sahtelik şüphesi uyandırmaya yeterli olmayacaktır. Zira çekin bir ödeme aracı olması dolayısıyla elden ele geçmesi, çeki ibraz edecek olan kişinin genellikle banka tarafından tanınmayan bir kişi olmasına neden olacaktır. Ancak somut durumun özelliğine göre, bedeli oldukça yüksek olan bir çekin, ibraz eden kişinin elinde bulunmasının objektif kriterlere göre şüphe uyandırabilecek nitelikte olması, banka memurunun daha dikkatli olmasını ve ödmeden önce durumu keşideciye teyit ettirmesini gerektirecektir.

dd)- Çek Hesabına İlişkin

Acaba muhatabın çek hesabında para olmamasına rağmen (sahte) çek bedelini ödemesi, kusurlu bir davranış olarak nitelendirilebilecek midir? Yargıtay, konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarında ödeme ister kredi verilmek suretiyle³⁰³,

³⁰¹ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Rn.29, s.526.

³⁰² Joost, **a.g.m.**, s.254; Bülow, **a.g.e.**, Rn.17, s.541; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Rn.29, s.526.

³⁰³ 11.HD., 28.05.1979, E.2576, K.2828 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.160).

isterse keşidecinin çek hesabı dışındaki bir hesaptan³⁰⁴ yapılmış olsun, muhatabın bu hareketini kusurlu bir davranış olarak nitelendirmektedir. Keşidecinin, üzerine çek düzenlenmiş olan hesabında hiç ya da yeterli bir karşılık olmaması halinde bizce de muhatap, muhtemel bir sahtelik ya da tahrifata engel olabilmek için, bu yönde özel bir talimat (virman talimat) bulunmadığı sürece keşidecinin aynı bankada bulunan bir başka hesabından ya da keşideciye kredi sağlamak suretiyle ödeme yapmamalıdır³⁰⁵. Bu anlamda o ana kadar olan uygulama, keşidecinin hesabında karşılık bulunmamasına rağmen keşide edilen çeklerin muhatap tarafından ödenmesi şeklinde olsa ve bu uygulama taraflar açısından mutata hale gelmiş olsa dahi, bu durum muhatabın kusurunu ortadan kaldırmak için yeterli bir sebep olarak kabul edilemeyecek, ancak kusurun derecesinin belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilecektir.

Diğer taraftan Yargıtay'ın da haklı olarak belirttiği üzere muhatabın, hamiline yazılı ve sahte imzalı (veya çalınmış olan) bir çeki hamilin kimliğini saptamadan ödemesi³⁰⁶; keşideciye göndermesi gereken ekstreleri uzun süre göndermeyerek keşidecinin muhasebecisinin yolsuzluğunun uzun süre devamına imkan vermesi³⁰⁷; keşidecinin çek defterini kaybettiğini zamanında bildirmiş olmasına rağmen bunu tüm şubelere hemen bildirmeyerek çekin ödenmesine sebebiyet vermesi³⁰⁸ halleri, muhatabın “kusurlu” sayılmasını gerektiren haller olarak kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak çekteki muhtemel bir sahtelik veya tahrifat halinin nasıl araştırılması gerektiği, hangi hallerde kuşkulandırılması ve ödeme yapılmaması gerektiği meselesi, her bir somut olay açısından ayrı ayrı incelenmesi gereken bir meseledir. Ancak genel bir değerlendirme³⁰⁹ yapmak gerekirse, bankanın ortalama hareket tarzının belirlenmesinde, para işleriyle uğraşan “**imtiyazlı**” bir kurum olması, bunun yanı sıra özellikle bir “**itibar**” ve “**güven**” müessesesi olması dolayısıyla piyasada kendisine duyulan güveni gereği gibi yerine getirebilmesi açısından,

³⁰⁴ 11.HD., 04.02.1980, E.450, K.453 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.160).

³⁰⁵ Bu yönde bkz.: Tekil, **a.g.e.**, s.26; Kendigelen, (**Mütalâalar**), s.409,410.

³⁰⁶ 11.HD., 23.02.1981, E.812, K.743 ve 26.04.1982, E.1982, K.1948 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.161).

³⁰⁷ 11.HD., 19.02.1976, E.286, K.851 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2168).

³⁰⁸ 11.HD., 22.11.1982, E.4972, K.4867 (Gülbüz, **a.g.e.**, s.868,869).

³⁰⁹ Canaris, **a.g.e.**, Rn.713, s.508; Bülow, **a.g.e.**, Rn.17, s.539; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, Rn.25B, s.524; OLG Karlsruhe 1 U 202/72 (Ahrens, **a.g.e.**, 202); OLG Köln 16 U 3/83 (Ahrens/Kreuzer, **a.g.e.**, s.203).

basiretli bir tacire oranla daha fazla öngörülü ve özenli olması gerektiği hususları özellikle göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak bunun yanı sıra bir yandan bankaların günlük iş yükünün ve özellikle çeke ilişkin günlük işlem sayısının yüksekliği; diğer yandan çek ödemelerinde beklenen çabukluk ve kolaylığın sağlanması zorunluluğu, ayrıntılı ve titiz bir inceleme yapılmasını engelleyecektir. Bu açıdan bankanın kendisine ibraz edilen çekin sahte olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğünü yerine getirirken, çekin gerçek olduğu yönünde bütün olarak dış görünüşünün bıraktığı intiba dikkate almış olması, söz konusu inceleme yükümlülüğünü kurallara uygun ve özenle yerine getirmiş sayılması için yeterli olacaktır. Buna karşılık bankanın yoğun iş yükü içinde normal olarak kendisinden beklenen özeni göstermiş olması durumunda fark edebilecek olduğu sahteliği ya da tahrifatı fark etmemesi ya da bankacılık uygulamalarında teamül halinde gelmiş davranış şekilleriyle bağdaşmayacak şekilde hareket etmiş olması hallerinde, özen gösterme yükümlülüğünün kesin bir şekilde ihlâl edilmiş olduğundan bahsedilebilecektir³¹⁰.

D)- TK m. 558/II ve TK m. 622/III Hükümlerinin Muhatabın Kusur Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi

TK m. 558/II ve TK m. 622/III hükümleri uyarınca, **hilesi** veya **ağır kusuru** bulunmadıkça senedi (poliçeyi) ödeyen borçlu (kimse), borcundan kurtulacaktır. Bu hükümlerin çeke uygulanacağının kabul edilmesi halinde, 724. madde çerçevesinde muhatabın kusur sorumluluğu sadece hilesinin veya ağır kusurunun bulunması halinde söz konusu olacaktır. Aşağıda bu ihtimali değerlendirmeye çalışacağız.

Öncelikle şunu belirtelim ki, doktrinde³¹¹ ifade edildiği üzere, TK m. 724 sahte ve tahrif edilmiş çeklerde muhatabın sorumluluğunun düzenlendiği ve dolayısıyla çekler açısından **doğudan doğruya** uygulama alanı bulan bir hükümken; yukarıda sözü edilen TK m. 558/II ve m. 622/III hükümlerinin çekler hakkında doğrudan uygulanabilmesi mümkün değildir. Şöyle ki, Kıymetli Evrak'ın "Umumi Hükümler" kısmında yer alan TK m. 558/II hükmü açıkça "borçlu" dan bahsetmektedir ki, çek muhatabının "kabul yasağı" sebebiyle (TK m. 696) hiçbir

³¹⁰ Öztan, (Kıymetli Evrak), s.1107; Baumbach/Hefermehl, a.g.e., Rn.25B, s.524.

³¹¹ İnan, a.g.e., s.115.

zaman kambiyo borçlusu sıfatını haiz olamaması, söz konusu hükmün çekler bakımından doğrudan uygulanma imkanını ortadan kaldırmaktadır. Diğer yandan aynı yönde düzenleme getirmekle beraber, “poliçe”ye ilişkin kısımda yer alan ve TK m. 558/II’den farklı olarak “borçlu” yerine “(poliçeyi) ödeyen kimse” den bahseden TK m. 622/III hükmünün ise, çeke uygulanacak olan poliçe hükümlerine atıf yapan TK m. 730’da, ilgili hükme atıf yapılmamış olması nedeniyle çeklere doğrudan uygulanması mümkün olmayacaktır³¹². Diğer taraftan doktrinde bir kısım yazar³¹³ ise, çeklerde uygulanabilir olup olmadığını dahi tartışmaksızın, söz konusu hükümlerin muhatabın 724. madde sorumluluğundan başka bir ilişkiyi düzenlediklerini belirtmekte ve buna göre TK m. 724’ün çekte muhatap-keşideci ilişkisini, TK m. 558/II ve m. 622/III’ün ise muhatabın gerçek hamil karşısındaki durumunu hükme bağladığını ileri sürmektedirler. Bize göre ise söz konusu hükümlerin “doğrudan” muhatap - çek hamil arası ilişkiye yönelik olarak düzenlenmiş olduğunun kabulü için herhangi bir hukuki sebep mevcut olmadığı gibi, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu hükümlerin çekler hakkında doğrudan uygulanabilir olduğunu kabul etmek dahi mümkün değildir. Dolayısıyla bu noktada asıl tartışılması gereken husus, muhatabın çek bedelini geçerli bir şekilde ödemiş olup olmadığının tespitinde, ödeyenin yalnızca hile ve ağır kusurundan sorumlu tutan sözü konusu hükümlerin “kıyasen” uygulanabilme imkanının olup olmadığıdır.

Sahte ve tahrif edilmiş çeklerdeki sorumluluk açısından keşideci ile muhatap arasındaki ilişkinin -Türk Hukukundan farklı olarak- özel bir hüküm ile düzenlenmiş olduğu Alman Hukukunda, TK m. 622/III.c.1’e karşılık gelen WG. Art. 40/3.Sz.1’in, TK m. 713’e karşılık gelen SchG. Art. 35’e eklenmemiş olmasının nedeni olarak, muhatabın çek hukuku hükümleri uyarınca (scheckmäßg) sorumluluğunun söz konusu olmaması, bu nedenle de sorumluluk ölçüsünün ancak genel hukuk kuralları, özellikle de çek anlaşmasına göre belirlenebilecek olması gösterilmiş; ancak çek

³¹² İnan, **a.g.e.**, s.114,115. Aynı yönde ayrıca bkz.: Paslı, **a.g.m.**, s.640. Alman hukukunda TK m. 558 (OR. Art. 1030) hükmüne tam karşılık gelen bir düzenleme bulunmayıp, bu konuda TK m. 622 (OR. Art. 1030) hükmünün tam karşılığı olan WG. Art. 40 hükmü mevcuttur. Bu nedenle Alman doktrininde, TK m. 622/III c.1’e (WG. Art. 40/3,Sz.1) çekle ilgili kısımda yer verilmeyişinin sebebi olarak, muhatabın çek hukuku hükümleri uyarınca sorumlu olmaması gerekçe olarak gösterilmiştir. Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. SchG. Art.35, Rn.1a, s.653.

³¹³ Von Büren, **a.g.e.**, s.128 ve **a.g.m.**, s.1 (İnan, **a.g.e.**, s.116, dn.101-naklen); Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.300.

işlemlerinin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, muhatap açısından kapsamlı bir kontrol yükümlülüğü belirlemenin kabul edilemez olacağı ve ayrıca bankanın poliçe borçlusu gibi tazminat ödeme yükümü altında oluşu dikkate alınarak, söz konusu hükmün banka açısından kıyasen uygulanması ve bankanın, yalnızca hile ve ağır kusuru halinde sorumlu olması gerektiği Alman doktrininde ileri sürülmüştür³¹⁴.

Türk doktrininde de bir kısım yazar³¹⁵ TK m. 622/III'ün çekte kıyasen uygulanabileceğini kabul etmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda ilk olarak *İnan*³¹⁶ tarafından ileri sürülen karşı görüşe göre ise, TK m. 724 uyarınca keşidecinin hafif kusurundan dahi sorumlu olmasına rağmen, muhatabı yalnızca hilesinden veya ağır kusurundan sorumlu tutup hafif kusurundan sorumlu tutmamak, birbirlerine akdi bir bağ (çek anlaşması) ile bağlı olan keşideci ile muhatap arasındaki dengeyi bozmak anlamına gelecektir. Böyle bir sonuç ise TK m. 724'ün getirdiği düzenleme açısından kabul edilebilir değildir.

Yargıtay ise, muhatabın 724. madde sorumluluğuyla ilgili olarak verdiği bir çok kararında, söz konusu maddelerin kıyasen uygulanabilir olup olmadığını dahi tartışma konusu yapmaksızın, muhatabın her türlü kusurundan ötürü sorumlu olacağını belirtmiştir.

Biz de bu konuda İnan ve Yargıtay tarafından benimsenmiş olan görüşe katılmakla beraber, ayrıca eklemek isteriz ki, sahte ve tahrif edilmiş çeklerde meydana gelen zararın, keşideci ile muhatap arası ilişkiye müdahale edilmek suretiyle düzenleme altına alındığı İsviçre - Türk Hukukunda (OR. Art. 1132 - TK m. 724), kanun koyucunun çekin sahte ve tahrif edilmiş olması rizikosunu hiç kusuru bulunmasa dahi muhataba yüklemiş olması, muhatap açısından oldukça

³¹⁴ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.35, Rn.1a, s.653. Aynı yönde: Ulmer, **a.g.e.**, 321; Canaris, **a.g.e.**, Rn. 721; s.513. Ayrıca *Canaris*'e göre banka, her ne kadar kabul yasağı dolayısıyla hamile karşı ödeme yükümlülüğü altında olmasa da, çek işlemlerinin kesintisiz/arızasız (Reibungslosigkeit des Scheckverkehrs) bir şekilde yerine getirilmesi gereği, bankanın ödeme işlemlerinde hızlı olmasını gerektirmekte ve ayrıca bankanın, çek anlaşması dolayısıyla keşideciye karşı (hamile) ödeme yapmakla yükümlü oluşu ve ödemenin yapılmamasından ya da gecikmesinden ötürü (keşideciye karşı) sorumlu oluşu, bankanın yalnızca hamilin yetkisizliği hususunda önemli/özel şüphelerin varlığı halinde kontrol etmekle yükümlü olmasını ve ancak ağır kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Canaris, **a.g.e.**, Rn. 721; s.513.

³¹⁵ Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.107; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1115; **Domaniç** ise aynı sonuca farklı bir yoldan giderek varmaktadır. Ona göre hile ya da ağır kusuru olmadan çeki ödeyen muhatap, hile ya da ağır kusuru olmadan çeki iktisap etmiş olan hamilin çeki geri vermeyeceği hükmüne (TK m. 704) kıyasen sorumluluktan kurtulur. Domaniç, (**Kıymetli Evrak**), s. 461.

³¹⁶ İnan, **a.g.e.**, s.131. Aynı yönde bkz.: Gürbüz, **a.g.e.**, s.180; Paslı, **a.g.m.**, s.641.

ağırlaştırılmış bir sorumluluk düzeni getirme isteğinin açık bir göstergesidir. Kusursuz olması halinde dahi zararı muhataba yükleme eğilimi içinde olan kanun koyucunun, kusurun önemli olduğu durumlarda muhatabı yalnızca hilesi veya ağır kusurunun bulunması halinde sorumlu kılıp, hafif kusurluluk halini göz ardı etmesi, her şeyden önce hükmün düzenleniş amacına ve sistematığına aykırılık teşkil edecektir. Zira 724. madde, “sahte ve tahrif edilmiş çeklerde” muhatabın sorumluluk esaslarını özel olarak düzenleyen ve kusurun önemli olduğu hallerde muhatabı her türlü kusurundan ötürü sorumlu kılan özel bir düzenlemedir. Dahası keşidecinin hafif kusurundan dahi sorumlu olmasına karşılık, güven kurumu olan ve bunun yanı sıra basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü (TK m. 20/2) altında olan bankanın yalnızca hilesi veya ağır kusurunun bulunduğu hallerde sorumlu olduğunu kabul etmek, anlaşma tarafları arasındaki dengeyi bozmak anlamına geleceği gibi; özellikle muhatabın, sahip olduğu nitelikler açısından keşideciye oranla daha ağır bir özen gösterme borcu altında olması gerektiği düşünüldüğünde, hiç de adil olmayan sonuçların doğumuna neden olabilecektir. Dolayısıyla sonuç olarak bizce, TK m. 558/II ve m. 622/III hükümlerinin, muhatabın 724. madde kapsamında keşideciye karşı söz konusu olan sorumluluğunun belirlenmesinde kıyasen dahi uygulanabilmesi mümkün olmamalı ve muhatap, kusurun önem taşıdığı hallerde her türlü kusurundan ötürü sorumlu olmalıdır.

3- Müterafık Kusur (BK m. 44)

Çekin sahte veya tahrif edilmiş olmasında keşidecinin herhangi bir kusurunun bulunmaması halinde, zararın -kusursuz olsa dahi- muhataba ait olacağını düzenleyen 724. madde hükmü, hem keşidecinin hem de muhatabın kusurlu olması halinde zarara kimin, ne oranda katlanacağı hususunda her hangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Ancak doğaldır ki keşidecinin kusurlu olması, zararın yalnızca keşideci tarafından karşılanacağı manasına gelmeyecek ve bu yalnızca muhatabın 724. maddenin kendisine yüklemiş olduğu “kusursuz sorumluluk” esasını ortadan kaldırarak, somut olay açısından muhatabın kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gereğini doğuracaktır. Bu bağlamda yapılacak inceleme neticesinde keşidecinin kusurlu olmasına rağmen, muhatabın hiçbir kusurunun bulunmaması halinde, zarara kimin katlanacağı gayet net bir şekilde belirlenebilecekken; her iki

tarafın da kusurlu olması halinde zararın ne şekilde karşılanacağı meselesi gündeme gelecektir. Bu husus 724. maddede ele alınmadığı gibi, TK’da özel bir düzenlemeye de konu edilmemiştir. Bu konuda gerek doktrinde³¹⁷ gerekse Yargıtay uygulamalarında³¹⁸ genel olarak kabul edildiği üzere BK m. 98/2’nin atfı uyarınca **BK m. 44** hükmü³¹⁹ uygulama alanı bulacak ve buna göre zarar, tarafların somut olaydaki kusurlu davranışları karşılaştırılmak suretiyle belirlenen “kusur oranına” göre taraflar arasında paylaştırılacaktır³²⁰.

Uygulamada Yargıtay, tarafların özen yükümünün kapsamını belirlerken olabildiğince geniş bir çerçeve çizmekte ve her somut olayda her iki tarafın hareketlerini inceleyerek karşı kusurun bulunup bulunmadığını araştırmakta ve tarafları en hafif dikkatsizliklerinden ötürü dahi sorumlu tutarak zararı, kusur oranlarına göre taraflar arsında paylaştırmaktadır³²¹. Böyle olunca da somut olayda genellikle hem keşideci hem de muhataba atfedilebilecek bir kusur bulunmakta; bu

³¹⁷ Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn. 14, s.626,627; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.140,141; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1105; Canaris, **a.g.e.**, Rn. 714, s.511; Hürlimann, **a.g.e.**, s.120,121; İnan, **a.g.e.**, s.126 dn.147; Tekil, **a.g.e.**, s.23; Törüner, **a.g.m.**, s.216 ; Kaplan, (**Banka Sözleşmeleri**), s.103,104; Paşlı, **a.g.m.**, s.662,663; Mustafa Çeker, **Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı**, Karahan Kitabevi, Adana, 2004 , s.257.

³¹⁸ “...TTK’nın birinci maddesi yollaması ile BK’nın 98 ve 44. maddelerine göre olayda tarafların kusur derecelerinin saptanıp; meydana gelen zarardan bu orana göre tarafları sorumlu tutmak gerekirken...” 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2169); Aynı yönde bkz.: 11.HD., 02.03.1983, E.868, K.974 ve 11.HD., 19.02.1976, E.286, K.851 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2168); TD., 08.07.1969, E.2850, K.3768 ve TD., 20.12.1963, E.2626, K.4855 (Doğanay, **a.g.e.**, s.2171)

³¹⁹ BK m. 44’ün uygulanma alanının genişliğine ilişkin olarak: “...*Borçlar Kanununun 44. maddesinin niteliği gereği geniş bir uygulama alanı vardır. Nitekim, haksız eylemlerde, sözleşmeye aykırı eylemlerde uygulanan bu hükmünü, yasadan doğan sorumluluklarda da uygulanması gerekir...*” İBK., 24.12.1973, E.4, K.6 (RG., No:14800).

³²⁰ Ancak doktrinde hesap sahibinin/keşidecinin bankadaki parasının, bankanın mülkiyetinde olduğu görüşünden hareketle sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyen bankanın söz konusu ödemeyi esasen “kendi malvarlığından” yapmış olacağı, dolayısıyla da böyle bir çekin ödenmesi neticesinde zarara uğrayacak olan kişinin keşideci değil banka olacağı belirtilerek, bankanın BK m. 44 uyarınca ortak kusuru oranında keşideciye başvurusunun mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre ortak kusur ancak “kendisi” haksız fiil mağduru olan kişi açısından söz konusu olabilecektir. Oysa ki böyle bir durumda zarara uğrayan bizzat “banka” olup, keşidecinin doğrudan bir zarara uğraması söz konusu değildir. Bu durumda keşideci/müşteri ancak bankanın zararını önlemeye yönelik özen gösterme borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olması halinde “sözleşmenin müspet ihlali”nden ötürü sorumlu olacak ve bankanın ileri süreceği “tazminat talebi” uyarınca zarar, tarafların kusur oranlarına göre paylaştırılacaktır. Georg Gautschi, **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht**, Band IV, 2. Abteilung: **die einzelnen Vertrags-verhältnisse**, 4. Teilband, OR. Art. 394-406, 3. Neu Bearbeitete Auflage, Bern, 1971, SchG. Art.398, Rn. 36d; Rolf Weber, “Haftung für Schäden bei Ausföhrung gefälschter Zahlungsaufträge”, **SJZ 1985**, s.87,88; Atamer, **a.g.e.**, s.270 dn.139,140. Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi neticesinde zarara uğrayacak olan kişinin esasen “keşideci” olacağına ilişkin açıklamalarımız için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, IV, 2 ve 3. Bölüm, § 3, III.

³²¹ Reisöglu, **a.g.e.**, s.370.

da zararın BK m. 44 gereğince taraflar arasında paylaştırılmasını gerekli hale getirmektedir ki, işte bu aşamada “kusur oranının” belirlenmesi önemli hale gelmektedir. Kusur oranlarının uygulamada genellikle bilirkişi aracılığıyla tespit ettirilmesi tercih edilmekle beraber³²²; Yargıtay’ın bazı durumlarda somut olayın özelliğini dikkate almak suretiyle kusur oranını bizzat tespit ettiği de görülmektedir. İlgili kararların bazılarında, keşidecinin imzasının sahte olduğu çeki ödeyen banka %60, çek defterinin kaybolduğunu zamanında bankaya bildirmeyen keşideci %40³²³; çek hesabında para olmadığı halde çeki ödeyen banka 1/3, çek defterini kaybeden keşideci 2/3³²⁴; hamilin kimliğini saptamayan banka %60, çek defterini iyi saklamayan keşideci %40³²⁵; imza kontrolünü yeterince yapmayan muhatap birinci derecede kusurlu kabul edilerek %70, çek karnesini özenle korumayan ve yitirdiğini bankaya hemen bildirmeyen keşideci ise %30³²⁶ kusurlu bulunmuştur.

Bu aşamada özellikle şunu belirtmeliyiz ki, keşidecinin veya muhatabın zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı ve her ikisinin de kusurlu olması halinde söz konusu zarara hangi oranda katlanacakları meselesi, mevcut hal ve koşulların göz önünde bulundurulması suretiyle her bir somut olay açısından ayrıca taktir edilmesi gereken bir husustur³²⁷. Zira her olayın oluşum sürecinde farklı faktörlerin etkili oluşu adil bir netice elde edilebilmesi açısından, her münferit olayda kusur oranının mevcut hal ve şartların göz önünde bulundurularak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu nedenle, Yargıtay’ın tarafların kusur oranları ile ilgili belirlemelerde bulunmuş olduğu bu gibi kararların

³²² “...keşidecinin de karşılık kusuru bulunduğu açıktır. O halde ... uzman bilirkişiler aracılığıyla ... tarafların olaydaki kusur dereceleri saptanıp...” 11.HD., 15.04.1982, E.1270, K.1728 (Gürbüz, **a.g.e.**, s.181); 11.HD., 19.04.1982, E.1804, K.1757; 11.HD., 27.04.1982, E.1394, K.1976; 11.HD., 03.05.1982, E.2117, K.2067 (Bu kararların tümü için bkz.: İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.162 dn.86). Aynı şekilde ilk derece mahkemeleri de çoğu kez kusur oranının belirlenmesinde bilirkişiye başvurmakla beraber, bu konuda son kararın somut olay koşullarına vakıf olan mahkemeler tarafından verilecek olması dolayısıyla, hakim taktir yetkisini bilirkişi raporundan bağımsız bir şekilde kullanması her zaman mümkün olabilecektir. Nitekim Yargıtay, çek defterini kaybeden keşidecinin %75, bankanın ise %25 kusurlu olduğunu belirten bilirkişi raporunun aksine, olayın özelliğini göz önünde bulundurarak tarafların %50 kusurlu olduğuna hükmetmiş olan bir mahkeme kararını onamak suretiyle, hakim kusur oranının belirlenmesinde bilirkişi raporu ile bağlı olmayacağını teyit etmiştir: 11.HD., 07.07.1994, E.736, K.5888 (Eriş, (2004), s.324 dn.14).

³²³ 11.HD., 21.05.1979, E.2831, K.2670 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.161).

³²⁴ 11.HD., 04.02.1980, E.450, K.453 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.161).

³²⁵ 11.HD., 26.04.1982, E.1982, K.1948 (İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.162).

³²⁶ 11.HD., 07.04.1983, E.1593, K. 1771 (Gürbüz, **a.g.e.**, s.190).

³²⁷ Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132,, Rn.3, s.611; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1105; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.14, s.520.

emsal teşkil edebilmesi için bizce, söz konusu karara konu olmuş olay koşulları ile somut olay koşullarının -bire bir olmasa dahi- büyük ölçüde benzer özelliklere sahip olması gerekmektedir.

Keşideci ve muhatabın, gerek kanun (TK m. 724, TK m. 713), gerek çek anlaşması ve gerekse genel davranış kuralları (MK m. 2 – dürüstlük kuralı) gereğince yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülüklerini, somut olayda hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olmaları kusuru gündeme getirecek ve ihmâlin ağır veya hafif oluşuna göre belirlenecek olan kusur oranı, sorumluluk kapsamının tayininde belirleyici olacaktır. Taraflardan hangisinin ihmalinin daha ağır olduğu ve diğer tarafın kusurlu fiiliyle kıyaslandığında ne oranda kusurlu kabul edilmesi gerektiği meselesi ise, her bir somut olayda MK m. 4 gereği hak ve adâlet (hakkâniyet) ölçüsü esas alınmak suretiyle, hakim tarafından ayrı ayrı taktir ve tespit edilmelidir. Bu amaca yönelik olarak olayın gerçekleşme şekli, kişinin davranış şekli ve bu davranışa etkili olan olgular göz ardı edilmemelidir³²⁸. Öte yandan taraflardan çek işlemlerinde göstermeleri beklenen özen ölçüsü özellikle göz önünde bulundurulmalı ve bu anlamda bankanın, halkın ve devletin mali durumunu etkileyen bir ekonomik faaliyeti herkesten ayrıcalıklı (imtiyazlı) bir şekilde icra eden bir güven kurumu oluşu nedeniyle keşideciye karşı ağırlaştırılmış bir özen gösterme borcu altında oluşu; keşidecinin ise çek kullanmayı tercih etmiş bir kişi olarak meydana gelebilecek her türlü sahtelik ve tahrifata engel olmak amacıyla gereken tüm tedbiri alma ve böylece bankanın zarara uğramasına engel olma yükümlülüğü, kusurun ağır veya hafif olarak nitelendirilmesi esnasında temel alınmalıdır. Bu anlamda bankanın, çek yaprağının sahte olup olmadığını ve keşidecinin (veya temsilcisinin) imzasını kontrol etme, temsilcinin yetkili olup olmadığını araştırma, senet üzerinde herhangi bir tahrifatın bulunup bulunmadığını inceleme (TK m. 724) ve ayrıca emre yazılı çeklerde ciro zincirinin, nama yazılı çeklerde ise temlik zincirinin düzgünlüğünü inceleme (TK m. 713), hamilin kimliğini tespit etme gibi özen gösterme borcuna ilişkin yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olduğu hallerde, ağır kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Yine aynı şekilde senedin sahte veya tahrif edilmiş olabileceğine ilişkin şüphelerin varlığına rağmen bankanın, basiretli bir tacir gibi

³²⁸ Aşçıoğlu, **a.g.m.**, s.114, 115.

davranmaksızın ekstra bir inceleme yapmadan (veya keşideciden onay almadan) çek bedelini ödemesi halinde de şüphe uyandıran durumun netliğine göre³²⁹ bankanın ağır kusurlu sayılması gerekebilecektir.

Diğer taraftan keşidecinin, çek defterini iyi bir şekilde muhafaza etmemesi başta olmak üzere, gerek çekin doldurulması gerekse tedavüle çıkarılması esnasında sahtelik veya tahrifatı önlemeye yönelik gerekli temel tedbirleri almamış olması ve ayrıca çeki yitirmiş olduğunu fark eder etmez bankayı haberdar etmemiş olması gibi haller, ödemelerini çek kullanmak suretiyle yapmayı tercih eden bir kişiden beklenmeyecek ve dolayısıyla da ağır kusurlu sayılmayı gerektirecek hallerdir.

4- Kusurun ve Sorumluluğun Belirlenmesinde Yardımcı Şahsın Rolü

A)- Genel Olarak

Borçlar Kanunumuzun 100. maddesine göre: “*Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya mahiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes’uldür*”³³⁰. İfade ediliş tarzından da anlaşılacağı üzere hükmün uygulanabilmesi için, her şeyden önce **bir borç ilişkisinin** varlığı ve söz konusu bu ilişkiden doğan bir borcun ifasının veya bir hakkın kullanılmasının **yardımcı şahsa bırakılmış olması** gerekmektedir. Buna göre çek anlaşması dolayısıyla aralarında akdi bir borç ilişkisi (çek anlaşması) bulunan keşideci ile muhatabın, söz konusu akitten doğan bir borcun ifasını (veya bir hakkın kullanılmasını) yardımcı bir şahsa bırakmış olmaları ve bu kişinin görevini ifası sırasında karşı tarafa bir zarar vermiş olması halinde, gerek keşideci gerekse muhatap -belirteceğimiz diğer koşulların da mevcut olması şartıyla- meydana gelen

³²⁹ Söz konusu durumun şüphelenmeyi gerektirecek açıklıkta olup olmadığının belirlenmesinde, sürekli bu işlerle uğraşan ve bu işi kendisine meslek edinmiş olan bir kurumun göstermesi gereken dikkat ve özen kriter olarak alınacaktır.

³³⁰ Söz konusu hüküm, Borçlar Kanunu Tasarısının 115. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*”

zarardan ötürü borç ilişkisinin diğer tarafına karşı BK m. 100 gereğince sorumlu olacaktır³³¹.

Borcun ifasını yardımcı şahsına bırakmış olan borçlunun, BK m. 100 gereğince sorumlu tutulabilmesi için, borcun ifasında yardımcı şahıs kullanılmasının caiz olması; diğer bir deyişle borca aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. BK m. 100/I'deki “*kanuna muvafık surette tevdi*” ibaresi³³², bu hususu açıkça belirtmektedir. Borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında yardımcı şahıs kullanılmasının borca aykırılık teşkil etmesi halinde, borçlu zaten BK m. 96 gereğince akdi kusurunun varlığı sebebiyle yardımcı şahsın alacaklıya vermiş olduğu zarardan ötürü sorumlu olacaktır³³³. Bu nedenle borçlunun BK m. 100 hükmü uyarınca sorumlu olabilmesi için yardımcı şahıs kullanılmasının borca aykırı bir nitelik taşımaması gerekmektedir. Yardımcı şahıs kullanımının borca aykırılığı, taraflar arası anlaşmadan veya işin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi³³⁴; esasen yardımcı şahıs kullanmaya cevaz bulunmakla beraber söz konusu somut durumda yardımcı kullanmakta gerekli özenin gösterilmemiş olmasından da kaynaklanabilir³³⁵. Çekle ilgili işlemlerde gerek muhatap gerekse keşideci açısından yardımcı şahıs kullanılması ne çek anlaşması ne de işin niteliği gereği borca aykırılık teşkil edecek bir fiil olarak nitelendirilebilir. Hatta tüzel kişiliği haiz bir ticaret şirketi olan banka ve tüzel kişi keşideciler açısından bu bir gerekliliktir. Dolayısıyla bu noktada ancak borçlunun yardımcı şahsı seçerken gereken özeni göstermemiş olması veya gerekli kontrolleri yapmaması dolayısıyla borca aykırı davranmasından bahsedilebilir ki, somut olay özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilecek olan böyle bir

³³¹ Çek anlaşması gereğince birbirlerine karşı akdi bir yükümlülük altında olan tarafların buradaki sorumluluğunun, istihdam eden ile zarar gösteren şahıs arasında önceden bir borç münasebetinin bulunması şartına ihtiyaç duymayan ve başkalarının fiillerinden ötürü akit dışı mesuliyet esaslarının düzenlenmiş olduğu BK m. 55'e değil; taraflar arasında önceden mevcut olan bir borç münasebetinin varlığı koşuluna bağlı olan BK m.100'e dayanacağı açıktır. BK m. 100 ile BK m. 55 hükümlerinin ayrıntılı mukayesesini için bkz.: Tandoğan, (Mesuliyet), s.449 vd.

³³² BKT m. 115/I: “...*kanuna uygun surette*...”.

³³³ Tandoğan, (Mesuliyet), s.441; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.355; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku - Genel Hükümler**, C.III, Ankara, 1990, s.251.

³³⁴ Tandoğan, (Mesuliyet), s.441.

³³⁵ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.355.

durumda keşideci ya da muhatap, BK m. 96 hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır³³⁶.

BK m. 100'ün uygulanabilirliği açısından göz önünde bulundurulması gereken en önemli ve sınırlayıcı koşul ise, maddede “*bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarar*” ifadesi³³⁷ ile vurgulanan; borçlunun, yardımcının alacaklıya verdiği her türlü zarardan değil, bunların ancak görevlerini (işlerini) yerine getirirken borcun ihlali niteliğini taşıyan fiillerle meydana getirmiş oldukları zarardan ötürü sorumlu olacağıdır³³⁸. Buna göre:

i. ilk olarak yardımcı şahsın, somut olayda söz konusu borcun ifasını (veya hakkın kullanılmasını) yerine getirmekle görevlendirilmiş olması gerekmektedir. Zira BK 100 gereğince borçlu, ancak belli bir konuda yetkilendirmiş (görevlendirmiş) olduğu kişinin, söz konusu yetki dahilinde icra ettiği borca aykırı davranışlarından ötürü sorumlu tutulabilecektir³³⁹. Örneğin, yalnızca çek defterinin muhafazası ile görevlendirilmiş olan bir kişinin yetkisini aşarak çek düzenlemesi, fakat bedeli tahrifata elverişli bir şekilde doldurulmuş olması dolayısıyla bir zarar meydana gelmesi halinde, keşidecinin BK m. 100 gereğince kusuru söz konusu olmayacaktır³⁴⁰. Zira böyle bir durumda yardımcı şahsın görevini ifa ederken meydana getirmiş olduğu bir zarardan, daha doğrusu herhangi bir “görev ilişkisinin” varlığından bahsedilemeyecektir.

ii. İkinci olarak borcun ifası (veya hakkın kullanımı) için görevlendirilen yardımcı şahsın fiilinin “borcun ihlali” niteliğinde olması gerekmektedir. Bu anlamda yardımcı şahsın, borçlunun borcuna aykırı bir davranışla karşı tarafa bir zarar vermiş olması gerekir. Buna göre yardımcı şahsın fiili borca aykırı bir nitelik

³³⁶ Örneğin keşidecinin, iş yerinin temizliğiyle görevli müstahdemine çek defterinin saklanması görevini vermesi, daha sonra çek defterinin çalınarak sahte çek keşidesi halinde keşideci, meydana gelecek olan zarardan ötürü yardımcı şahıs kullanımında gereken özeni göstermemiş olması dolayısıyla BK m. 96 gereğince sorumlu olacaktır. Zira böyle bir görevin söz konusu şahsa verilmiş olması, keşidecinin yardımcı şahıs kullanımında gereken özeni göstermemiş olduğunun bir göstergesidir.

³³⁷ BKT m. 115/I: “...onların işi yürüttükleri sırada...”

³³⁸ Tandoğan, (Mesuliyet), s.441 vd.; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.356.

³³⁹ Hürlimann, a.g.e., s.116, 117.

³⁴⁰ Keşideci her ne kadar BK m. 100 uyarınca sorumlu olmayacaksa da, 724. madde anlamında kendi kusurunun bulunması (mesela yardımcı şahsı seçmede kusurlu olması) halinde, sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

taşımadığı sürece, meydana gelen zarar BK m. 100 uyarınca sorumlu olmayı gerektirmeyecektir.

iii. Son olarak ise, Türk ve İsviçre hukuklarında hakim olan görüş uyarınca, yardımcı şahsın zarar doğuran borcun ihlâli niteliğindeki fiilin, “kendisine bırakılan görevinin icrası esnasında” meydana gelmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, borç ilişkisinden doğan borcun (görevin) ifası ile zarar verici fiil arasında “amaç” ve “görev” bakımından sıkı bir irtibat, yani fonksiyonel bir bağ bulunmalıdır³⁴¹. Yani zarar, yardımcı şahsın kendisine verilmiş olan görevi yerine getirmek amacına yönelik olarak ika ettiği (borca aykırı) hareketlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış olmalıdır. Buna göre borçlu, ancak yardımcı şahsının “işinin görülmesi amacıyla” yaptığı davranışlarının borca aykırı nitelik taşıması halinde (BK m. 100 gereğince) sorumlu olacaktır³⁴².

B)- Yardımcı Şahıs Olarak Nitelendirilecek Kişiler

a)- Genel Olarak

BK m. 100’de “yardımcı şahıs” kavramı kapsamında borçlu ile birlikte yaşayan ve onun mahiyetinde çalışan kişiler zikredilmiş olmakla beraber, gerek işin niteliğinden gerekse mehzaz kanunun ilgili maddesinde (OR Art. 101) yer alan “gibi (wie)” kelimesinden de anlaşılacağı üzere, söz konusu kavram yalnızca bu kişilerle sınırlandırılmayacaktır. Bir şahsın yardımcı şahıs olarak kabul edilebilmesi için genel olarak kabul edilen kıstas, borçlunun söz konusu şahsın borcun ifasında veya hakkın kullanılmasında faaliyet göstermesi hususunda **muafakatinin** veya **talimatının** bulunması gereğidir³⁴³. Bu nedenle BK m. 100 anlamındaki “yardımcı şahıs” kavramı, BK m. 55’te yer alan ve borçluya tâbi olmayı gerektiren “müstahdem” mefhumundan daha geniş bir kapsama sahiptir ve borçluya tabi

³⁴¹ Peter Portmann, **Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht-Heft 335, Bern, 1958, s.51; Tandoğan, (Mesuliyet), s.442; Tekinay (Akman/Burcuoğlu/Altöp), **a.g.e.**, s.896; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s. 356. Bu konuda ayrıntılı bir inceleme ve ileri sürülen diğer bir görüş için bkz.: Zariife Şenocak, **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Hukuku Yayınları, Ankara, 1995, s.170 vd.

³⁴² Tekil, **a.g.e.**, s.88.

³⁴³ Tandoğan, (Mesuliyet), s.436; G. Sermet Akman, “**Sorumsuzluk Anlaşması**”, Doktora Tezi, İstanbul, 1976, s.216; Tekinay (Akman/Burcuoğlu/Altöp), **a.g.e.**, s.892; Şenocak, **a.g.e.**, s.104 vd.; Ögüzman/Öz, **a.g.e.**, s.353; BGE 98 II 288, BGE 80 II 253.

olmayan fakat borcun ifası -bir kez dahi olsa- kendisine tevdi edilmiş olan şahıslar da BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs kapsamında değerlendirilecektir³⁴⁴. Bu açıdan yardımcı şahsın sürekli bir hizmet sözleşmesi ile borçluya bağlı olması gibi bir zorunluluk bulunmamakta, borçlunun bilgisi, idare ve kontrolü altında hareket etmesi, yardımcı şahsı olarak kabul edilebilmesi açısından yeterli olmaktadır³⁴⁵. Dolayısıyla keşideci ya da muhatabın, üçüncü bir şahsın neden olduğu bir zarardan ötürü diğer tarafa karşı sorumlu olup olmayacağı meselesinin çözümünde ilk olarak belirlenecek husus, bu kişinin borcun ifası (veya hakkın kullanımı) konusunda borçlu tarafından görevlendirilmiş bir kişi, yani BK m. 100 anlamında bir yardımcı şahıs olup olmadığı olacaktır.

b)- Keşideci Bakımından

Keşidecinin çek düzenleme yetkisi vermiş olduğu temsilcisi ve çek anlaşması ile yüklenmiş olduğu -çek defterinin muhafazası gibi- görevleri tevdi etmiş olduğu diğer kişiler, söz konusu madde anlamında keşidecinin yardımcı şahsı olarak kabul edilebilecektir. Çekte “lehtar” olarak gösterilmiş olan kişinin ise, sırf bu sıfatı haiz olması dolayısıyla yardımcı kişi olarak kabul edilebilmesi, prensip olarak mümkün değildir³⁴⁶. Zira çek lehtarı kural olarak keşidecinin çek ilişkisi dışındaki temel bir ilişki gereğince kendisine borçlu olduğu ve keşideciden olan alacağını çek kabul etmek suretiyle temin etmeyi amaçlayan bir kişidir. Bu anlamda lehtarın, keşidecinin bir çalışanı veya herhangi bir üçüncü kişi olması da fark etmeyecektir. Mesela keşidecinin borcuna karşılık olarak vermiş olduğu çekin lehtar tarafından gereği gibi saklanmamış olması nedeniyle ortaya çıkmış olan zarardan ötürü keşideci değil, bizzat lehtar sorumlu olacaktır. Lehtarın keşidecinin çek defterinin muhafazasıyla sorumlu bir çalışanı olmasının da sonuca herhangi bir etkisi olmayacaktır. Zira böyle bir durumda söz konusu kişinin çek lehtarı olması ile çek defterinin muhafazası hususunda kendisine görev verilmiş olması, farklı amaçlara hizmet etmektedir.

Ancak BK m. 100 anlamında keşidecinin yardımcı şahsı sayılan bir kişinin “görevi icabı” çekte lehtar olarak gösterilmiş olması mümkündür ki, bu durumu farklı

³⁴⁴ Portmann, **a.g.e.**, s.47; Akman, **a.g.t.**, s.216; Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.436,437.

³⁴⁵ Hürlimann, **a.g.e.**, s.116; Akman, **a.g.e.**, s.216.

³⁴⁶ İnan, **a.g.e.**, s.129; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1105; Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG Art.3, Rn.14, s.520.

değerlendirmek gerekecektir³⁴⁷. Şöyle ki, bankadan para çekmek isteyen keşidecinin, çalışanını “lehtar” olarak gösterip çeki ona teslim ederek, bankadan söz konusu çek bedelini tahsil edip kendisine getirmesini istemesi durumunda, çek lehtarı keşidecinin yardımcı şahsı olarak kabul edilebilecek ve keşidecinin somut olay açısından yardımcı şahsı olan lehtarının zarar verici eylemlerinden ötürü BK m. 100 gereğince sorumlu olacağı söylenebilecektir. Örneğin böyle bir durumda lehtarın çeki dikkatsizliği sebebiyle kaybetmesi ve bedelin kötü niyetli kişiler tarafından elde edilmesi halinde meydana gelen zarar, BK m. 100 uyarınca keşidecinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir³⁴⁸. Sonuç olarak kanaatimizce keşideci, yalnızca çek anlaşmasından kaynaklanan bir borcun ifası veya hakkın kullanımı amacıyla görevlendirmiş olduğu çek lehtarının borca aykırı davranışlarından ötürü sorumlu tutulabilecektir. Yoksa yegâne “lehtar” sıfatı, keşidecinin bu kişinin eylemlerinden ötürü sorumlu olmasını kesinlikle gerektirmeyecektir.

c)- Muhatap Bakımından

Bankalar, ancak bir anonim ortaklık olarak kurulabildikleri için (BankK m. 7), her zaman tüzel kişiliğe sahiptirler. Bu nedenle, eylemleriyle tüzel kişiyi (BK m. 96 vd. hükümlerine göre) borç altına sokan “organ” ile yukarıda tanımlamış olduğumuz “yardımcı şahıs” ayırımına dikkat edilmelidir. Zira MK m. 50/II uyarınca organın fiili, tüzel kişinin kendi fiili olarak nitelendirildiğinden, tüzel kişinin organın fiilinden dolayı sorumluluğu BK m. 100’den değil, BK m. 96’dan kaynaklanacaktır³⁴⁹. Dolayısıyla tüzel kişinin yardımcı şahsının fiilinden BK m. 100

³⁴⁷ İnan, **a.g.e.**, s.129.

³⁴⁸ **İnan**, böyle bir ihtimalde lehtarın çek bedelinde tahrifat yaparak fazla para tahsil etmesi halinde meydana gelecek olan zarara da BK m. 100 gereğince keşidecinin katlanması gerektiğini ileri sürmektedir ki; ileride de belirteceğimiz nedenlerden ötürü bizce keşidecinin, yardımcı şahsının görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak bizzat gerçekleştirdiği sahtelik ve tahrifattan ötürü BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulması mümkün değildir. İnan, **a.g.e.**, s.129. Ayrıntılı açıklama için bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 3, II, 4, C.

³⁴⁹ Portmann, **a.g.e.**, s.35 vd.; Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.449; Hüseyin Hatemi, “Organın Eylemlerinden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları – Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22 Ekim 1977, s.136; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.354; Şenocak, **a.g.e.**, s.130.

uyarınca sorumlu olabilmesi için, bu yardımcı şahsın organ sıfatını haiz olmaması gerekmektedir³⁵⁰.

Organ, bir tüzel kişinin iradesinin belirlenmesinde önemli rol oynayan ve tüzel kişiye ait görevleri kanuna, ana sözleşmeye ve tüzüğe yahut bunlara uygun olarak belirlenmiş olan iç yönetmeliğe dayanarak bağımsız bir biçimde icra eden kişi veya kişi gruplarına verilen addır³⁵¹. Bu anlamda organ sıfatını kural olarak kanun veya tüzel kişinin ana sözleşmesi, tüzüğü, iç yönetmenliği ya da bu konuda karar verme yetkisine sahip kurul kararı tayin eder. Bankacılık Kanunu düzenlemesinde bankaların organları genel olarak: **genel kurul, yönetim kurulu, kredi komitesi, genel müdür ve yardımcıları, denetçiler ve banka müfettişleri** olarak belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden hareket edildiğinde, banka şubelerinde çalışan tüm personelin -bu arada şube müdürünün- yardımcı şahıs olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Çekle ilgili işlemlerin neredeyse her zaman şubelerde yapıldığı düşünüldüğünde ise, bankanın sahte veya tahrif edilmiş çeklerden kaynaklanan sorumluluğunun hemen her zaman BK m. 100 hükmüne tabi olacağı sonucuna varılabilecektir.

Ancak bizce geniş örgüt ağına sahip olan tüzel kişilerin ve bu arada bankaların, sorumluluğunun belirlenmesi aşamasında “organ” ve “yardımcı şahıs” ayrımı yapılırken, her zaman söz konusu biçimsel şartın varlığı aranmamalıdır. Nitekim çekle ilgili işlemlerin neredeyse her zaman banka şubelerinde yapıldığı düşünüldüğünde, burada çalışan kişilerin icra ettikleri işlemlerin niteliği ve özellikle bağımsız hareket edebilme yetkileri, bankanın sorumluluğunun kendi (organın) fiilinden mi yoksa yardımcı şahsın fiilinden mi doğduğunun belirlenmesi aşamasında önem taşımaktadır. Ticari gayelerle işlem kapasitelerini ve dolayısıyla çalışan sayısını arttırmaktan çekinmeyen banka tüzel kişileri, nasıl ki açmış oldukları şubelerdeki kişilerin icra ettikleri faaliyetler sonucunda kâr elde ediyorlarsa, bu kişilerin özellikle sosyo-ekonomik açıdan bankaya oranla çok daha zayıf durumda bulunan kişilere vermiş oldukları zararlardan ötürü de kendi kusurlarıymış gibi (BK m. 96 vd. uyarınca) sorumlu olmalıdırlar. Bu nedenle bizce bankanın

³⁵⁰ Bilge Öztan, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 1970, s.93; Şenocak, **a.g.e.**, s.131.

³⁵¹ Portmann, **a.g.e.**, s.26; Tandoğan, (**Kusura Dayanmayan Sorumluluk**), s.77; Öztan, B., **a.g.e.**, s.81,82 ve 28 vd.

sorumluluğunun organın eyleminden mi yoksa yardımcı şahsının eyleminden mi kaynaklandığının belirlenmesi aşamasında, yalnızca biçimsel açıdan “organ” sıfatına sahip olunması olgusu değil; icra edilen işlemin niteliği, bağımsız hareket edebilme ve özellikle karar alıp icra edebilme yetkisi göz önünde bulundurulduğunda, biçimsel açıdan organ sıfatını haiz olmamakla beraber, “organ gibi” hareket ettiği düşünülen kişilerin eylemleri de dikkate alınmalıdır. Bu anlamda “banka müdürü”, “operasyon yetkilisi” ya da “kısım şefi” adı verilen kişilerin, şube içinde bulundukları konum ve karar verebilme yetkileri göz önünde bulundurulduğunda, bu kişilerin çekle ilgili olarak vermiş oldukları kararlardan ve eylemlerinden ötürü “organ gibi” hareket ettikleri ve bankanın bunların yaptıkları işlemlerden ve verdikleri onaylardan (kararlardan) ötürü BK m. 100 uyarınca değil, BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerektiği yargısına -de lege ferenda- varmaktayız. Örneğin gişe memurunun bu kişilerden birisinin onayını aldıktan sonra ödeme yapması ve ödeme neticesinde bir zarar doğması halinde, banka BK m. 100’e göre değil, doğrudan 96 vd. gereğince sorumlu olmalıdır. Buna karşılık şube içinde icra ettikleri faaliyet, karar alabilme ve bağımsız hareket edebilme yetkisi gibi kriterler göz önünde bulundurulduğunda, “gişe memurları”nın BK m. 100 anlamında yardımcı şahıs olarak kabul edilmeleri gerekmektedir³⁵². Zira bu kişiler, bankanın yetkili organları tarafından önceden alınan kararları ve belirlenen kuralları uygulayan ve olağan bankacılık işlemlerinin temel olarak yerine getirilmesini sağlayan işleciler olup, bağımsız olarak hareket edebilme yetkileri mevcut değildir.

Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, “organ gibi” hareket ettiğini kabul ettiğimiz “banka müdürü”, “operasyon yöneticisi (şefi)” veya başka bir ad altında aynı konumda/kademede bulunan bir kişinin emri ya da bilgisi dahilinde, gişe memuru tarafından yapılan işlemler, bankanın kendi eylemi olarak kabul edilmelidir. Yine aynı şekilde gişe memurunun, bankanın çekle ilgili işlemlere ilişkin olarak belirlemiş olduğu kurallara (iç yönetmenlik) uygun hareket etmiş olması halinde de, bankanın kendi eyleminden bahsedilecektir. Çünkü bu halde gişe memuru, esasen bizzat banka tüzel kişisi (organları) tarafından belirlenmiş olan kuralları icra

³⁵² Banka şubelerinde görev yapan personelin, mevduata ilişkin bütün işlemlerde bankayı temsil yetkisinin bulunması dolayısıyla bankanın organı olarak kabul edilmesi ve bu kişilerin usulsüz işlemlerinden dolayı bankanın 99/II kapsamında sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz.: Çeker, **a.g.e.**, s.283.

etmektedir³⁵³. Buna karşılık gişe memurunun, banka tüzel kişiliğinin çekle ilgili işlemlerde uygulanmak üzere belirlemiş olduğu prosedüre uygun hareket etmemesi ve bu nedenle bir zararın meydana gelmesi halinde, yardımcı şahsın görevini icrası sırasında borca aykırı davranışından bahsedilecektir. Örneğin, gişe memurunun çeki provizyon sormaksızın ya da sahte ve tahrif edilmiş olup olmadığı incelenmeksizin ödemesi halinde, yardımcı şahsın borca aykırı fiilinin varlığından bahsedilecektir³⁵⁴.

Öte yandan, son zamanlarda borcun ifası sırasında borçlunun kullandığı otomatik ve elektronik araçların da BK m. 100 anlamında yardıma şahıs olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir ki, bizim de katıldığımız bu görüşe göre insan yerine makineleri ikame eden borçlunun, böyle bir durumda yardımcı kişinin hata yapması rizikosunu değil de, makinelerin gereği gibi çalışmaması rizikosunu üstlenmiş olduğunu kabul etmek gerekir³⁵⁵. Zira bu yönde bir kabul, borçlunun yardımcı şahsından dolayı sorumlu tutulması yönündeki hukuki düzenlemenin amacına ulaşabilmesi açısından bir gerekliliktir. Bu anlamda bankalar, bilgisayar hatalarından kaynaklanan zararlardan ve özellikle çek yaprağının sahte olup olmadığını kontrol eden makinelerin görevlerini gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan zarardan ötürü BK m. 100 uyarınca sorumlu olmalıdırlar. Örneğin makinenin gereği gibi çalışmaması sebebiyle çek yaprağının sahteliğinin anlaşılamaması veya bilgisayardaki teknik bir arızadan ötürü şubeler arası iletişimin zamanında ya da gereği gibi sağlanamaması hallerinde bir zararın meydana gelmesi durumunda, banka BK m. 100 uyarınca sorumlu olmalıdır.

³⁵³ Örneğin gişe yetkilisinin bankanın iç genelgesinde yer alan “bedelin 100 YTL altında olması halinde provizyon sorulmadan ödeme yapılabileceği” yönündeki kurala uygun hareket etmesi neticesinde bir zararın meydana gelmesi durumunda, bankanın BK m. 100 uyarınca değil, BK m. 96 vd. uyarınca sorumlu olması gerekmektedir.

³⁵⁴ Organ ile yardımcı şahıs ayrımı, özellikle sahtelik veya tahrifatın banka çalışanları tarafından yapılmış olduğu hallerde önem arz edecektir. Bir sonraki başlık altında belirteceğimiz üzere sahtelik veya tahrifatın yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde, banka BK m. 100 gereğince sorumlu tutulamazken, organ tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde söz konusu eylemden ötürü BK m. 96 vd. uyarınca sorumlu olacaktır.

³⁵⁵ Canaris, **a.g.e.**, Rn.367, s.237,238; Şenocak, **a.g.e.**, s.106-109; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.355. Görüş özellikle Alman Hukukunda taraftar bulmuş olup, bu konuda fikir beyan eden yazarlar için bkz.: Şenocak, **a.g.e.**, s.107 dn.174,175,176 ve Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.355 dn.382.

C)- Yardımcı Şahsın Fail Olması

Uygulamada en sık karşılaşılan sorun, sahtelik veya tahrifatın bizzat yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde, keşideci ya da muhatapın söz konusu madde uyarınca sorumlu olup olmayacağı meselesidir. Bu bağlamda özellikle keşidecinin sorumluluğu ile ilgili olarak doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüş, sahtelik veya tahrifatın çek defterini “görev icabı” elinde bulunduran yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde, keşidecinin BK m. 100 gereğince “asil fail” gibi sorumlu olacağı, dolayısıyla da böyle bir durumda muhatap bankanın TK m. 724 uyarınca sorumlu tutulamayacağı yönündedir³⁵⁶. Örneğin görevi icabı çek defterini elinde bulunduran yardımcı şahsın, keşidecinin imzasını taklit edip sahte bir çek düzenlemesi halinde meydana gelecek olan zarardan ötürü keşideci, BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulacaktır. Bu görüşe göre yardımcının “görevi icabı” çek defterini elinde bulunduruyor olması, keşidecinin BK m. 100 uyarınca yardımcı şahsın meydana getirdiği zarardan ötürü sorumlu olması için gerekli ve yeterlidir. Ancak aksi yönde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer görüşe³⁵⁷ göre ise, sahteliğin veya tahrifatın bizzat yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmesi halinde, borca aykırı davranış ile görev arasındaki nedensellik bağı (fonksiyonel ilişki) kesilmiş olduğundan, böyle bir durumda keşidecinin BK m. 100 gereğince sorumlu olduğundan bahsedilemeyecektir. Çünkü “görev ilişkisinin” varlığı ve “fiilin borca aykırı” nitelikte oluşu, borçlunun söz konusu madde uyarınca sorumlu tutulabilmesi için yeterli olmayacaktır. Zira madde metninde de açıkça ifa edildiği üzere zararın,

³⁵⁶ İnan, **a.g.e.**, s.129; Törüner, **a.g.m.**, s.215; Paşlı, **a.g.m.**, s.658, 659; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.364. Yargıtay’ın da vermiş olduğu bir kararında, aynı görüşü benimsemiş olduğu söylenebilir: “Davacı şirket, muhasebecisi H’nin tahrifi sonucu çek bedelinin bankadan alındığını ve hesabında eksilme olduğunu ileri sürerek bu bedeli banka ve muhasebeci H’den istemiş ve banka hakkındaki dava reddedilmiştir. Hüküm davacı şirket tarafından temyiz edilmiştir. Davanın dayanağı olan tahrif edilmiş çekin tahsilinden TK’nin 724. maddesine göre muhatap banka sorumlu ise de, “olayda tahrifat yapan kişinin davacı şirketin istihdam ettiği ve kendisine para tahsiline yetki tanıdığı kimse olması hasebiyle” banka hakkındaki davanın reddi doğru olduğundan, davacının temyiz istemini reddiyle hükmün onanması gerekmiştir”. 11.HD., 06.10.1977, E.3444, K.4050 (Eriş, **(Kıymetli Evrak)**, s.859).

³⁵⁷ Tekil, **a.g.e.**, s.87,88; aynı yönde bkz.: Canaris, **a.g.e.**, Rn. 714, s.511. Yazar, yardımcı şahsın özen gösterme yükümlülüğünü ihlâl etmesi halinde, keşidecinin BK m. 100 (BGB § 278) uyarınca sorumlu olacağını, ancak bizzat sahteliğin kendisinin söz konusu madde kapsamına giren bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğini ve dolayısıyla da yardımcı şahsın bu fiilinden ötürü keşidecinin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Yine aynı şekilde bankanın yardımcı şahsının, çek bedelini zimmetine geçirmesi eyleminde de, yardımcı şahsın görevinin icrası ve bu anlamda yükümlülüğünün ifası amacına yönelik bir eyleminin varlığından bahsedilemeyeceği için, bankanın BK m. 100 (BGB § 278) uyarınca sorumlu olmayacağını belirtmiştir. Canaris, **a.g.e.**, Rn. 815, s.571

yardımcı şahısların “... işlerini icra esnasında...” meydana gelmiş olması gerekmektedir ki, buna göre keşideci ancak görevi sebebiyle çek defterini elinde bulunduran yardımcının söz konusu görevini icra etme amacına yönelik olan, fakat borca aykırı nitelikte olması dolayısıyla zararın doğumuna neden olan fiillerden ötürü sorumlu tutulabilecektir. Örneğin çek defterini muhafaza etmekle görevlendirilmiş olan bir kişinin, muhafaza için gerekli tedbirleri almamış olması dolayısıyla çek defterinin çalınması veya kendisine çek düzenleme yetkisi tanınmış olan kişinin çeki düzenlerken tahrifata engel olacak tedbirleri almaması (çek bedelini boşluklar bırakarak yazması, bedelin yazı ile yazılacak olan kısmını hiç yazmaması vb.) nedeniyle çekin tahrif edilmesi hallerinde meydana gelen zarar, yardımcı şahsın görevini icra ederken gerekli tedbirleri almamış olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmış olduğundan, keşidecinin BK m. 100 uyarınca sorumlu olmasını gerektirecektir. Oysa ki yardımcı şahsın sahteliği veya tahrifatı bizzat gerçekleştirmiş olması halinde ise ne görevin icrasından ne de buna yönelik amacın varlığından bahsedilebilecektir. Burada söz konusu olan yardımcı şahsın kendisine devredilmiş olan görevin sağladığı imkan ve fırsattan faydalanmak suretiyle kendi menfaati uğruna sahtecilik veya tahrifat yapmasıdır ki, keşideci açısından söz konusu fiilin herhangi bir üçüncü şahıs veya bizzat yardımcısı tarafından gerçekleştirilmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Çünkü keşidecinin yardımcı şahsının eyleminden sorumlu olabilmesi için yukarıda da belirttiğimiz gibi görevin icrası ile zarar verici fiil arasında özellikle “amaç” açısından sıkı bir irtibatın, daha açık bir ifadeyle söz konusu fiil ile görev arasında “uygun illiyet bağının” bulunması gereklidir. Yardımcı şahsın sahtelik veya tahrifatı bizzat gerçekleştirmesi halinde ise, keşidecinin bu kişiye verdiği görev ile kişinin gerçekleştirdiği fiil arasında herhangi bir irtibatın bulunmadığı açıktır³⁵⁸. Ayrıca burada, keşideci ile muhatap arasındaki mevcut borç

³⁵⁸ BK m. 100’ün (BGB § 278) uygulanmasına ilişkin bir Alman Mahkeme Kararında, zarar verici davranışın taraflar arası sözleşmesel ilişki çerçevesinde kalması gerektiği belirtilerek, borçlunun yardımcı şahsının sözleşmeye aykırı eylemlerinin bütününden sorumlu tutulamayacağı ve bu konuda bir sınırlama getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre yardımcı şahsın sözleşmeyi ifa amacını aşan davranışlarının söz konusu hüküm kapsamı dışında tutulması öngörülmüş ve yardımcı şahsın poličeyi karalamak suretiyle tahrif ettiği karara konu olayda, bu gibi sahtecilik ve senedin kötüye kullanılması hallerinin, sözleşmenin aşılması olarak nitelendirileceğini, zira söz konusu eylemlerin taraflar arası sözleşmesel ilişkinin içeriği ile bir ilişkisinin olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle bu eylemlerin daha ziyade sözleşmesel durumda ortaya çıkan bağımsız ve yeni olaylar olduğu ve sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasında bulunması gereken illiyet bağıni kestiği ileri

ilişkisinden doğan bir borcun, muhataba karşı ihlâl edilmesi (yani hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi) değil; yardımcı şahsın bizzat keşideciye karşı olan borcunu ihlâl etmesi ya da bir haksız fiil işlemesi söz konudur³⁵⁹. Bu nedenle sonuç olarak bizce keşidecinin BK m. 100 sorumluluğu, yalnızca yardımcı kişilerin görevlerini icrası esnasında sahtelik veya tahrifatı mümkün kılan ya da kolaylaştıran davranışlarda bulunmaları halinde söz konusu olmalı; sahtelik veya tahrifatın bizzat yardımcı şahıs tarafından gerçekleştirilmiş olması hali ise keşidecinin BK m. 100 sorumluluğu kapsamında değerlendirmemelidir. Zira iktisadi faaliyetlerin aksamadan yerine getirilebilmesi açısından zorunlu olarak iş bölümü yapmak durumunda olan borçluyu ve bu arada keşideciyi, yardımcı şahsının görevinin sağladığı imkanlardan yararlanmak suretiyle meydana getirdiği sahtelik veya tahrifat fiillerinden ötürü sorumlu tutmak, özellikle yardımcı şahısların güvenilirliği konusunda kesin ve net bilgi sahibi olunmasının imkânsızlığı karşısında, borçlu açısından adil olmayan ağır bir sorumluluk yükü meydana getirecektir. Dahası sahtelik ve tahrifat fiillerinin uygulamada çoğunlukla yardımcı şahıslar tarafından gerçekleştiriliyor olması gerçeği karşısında, TK m. 724'ün keşideci açısından hedeflemiş olduğu korumayı sağlayabilme imkanının son derece azalacağı da bir gerçektir. Dolayısıyla gerek hukuken gerek sosyal adalet açısından bizce en uygun çözüm, keşidecinin bizzat yardımcıları tarafından görevlerinin vermiş olduğu imkandan faydalanarak gerçekleştirmiş oldukları sahtelik veya tahrifattan ötürü BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulmamasıdır.

Durum muhatap açısından da aynı olmalıdır. Örneğin gişe memurunun, çek defterini hesap sahibine teslim etmeden önce çek yapraklarından birisini koparması ve daha sonra bu çeki doldurmak suretiyle bedeli tahsil etmesi halinde, söz konusu yardımcı şahsın görevini icrası amacına yönelik bir eyleminden bahsetmek mümkün

sürülmüştür. (Karar için bkz.: Hürimann, **a.g.e.**, s.116,117 ve dn.172). İsviçre Federal Mahkemesi de konuyla ilgili eski tarihli bir kararında, hesap sahibinin yardımcı şahsının sahte senet düzenlemek suretiyle banka hesabından yetkisiz bir şekilde kendi menfaatine para tahsil etmesi halinde, hesap sahibinin değil bankanın zarara uğrayacağını belirtmiştir. Zira bankanın böyle bir durumda hesap sahibini, BK m. 100 (OR Art. 101) veya BK m. 55 (OR Art. 55) uyarınca yardımcı şahsının meydana getirdiği zarardan ötürü sorumlu tutmasının mümkün olmayacağını, çünkü söz konusu eylemin hesap sahibi tarafından verilmiş bir görev ya da ödeme talimatının ifası amacına yönelik bir davranış olarak nitelendirilemeyeceği ve aksine bunun, yardımcı şahsın kendi keyfi iradesiyle gerçekleştirmiş olduğu bir sahtelik hali olduğu ifade edilmiştir: BGE 40 II 144.

³⁵⁹ Ayrıca bkz.: Tekil, **a.g.e.**, s.88.

olmayacak, aksine görevinin sağladığı imkandan faydalanmak suretiyle görevini ihlâl etmesi durumu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla da bankalar yukarıda belirttiğimiz gerekçelerden ötürü yardımcı şahıslarının bu ve benzeri sahtecilik eylemlerinden ötürü sorumlu olmayacaklardır. Ancak söz konusu eylemin bankanın yardımcı şahsı tarafından değil de bizzat organı (ya da organ gibi hareket ettiğini varsaydığımız kişiler) tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde ise, banka tüzel kişinin Bk m. 96 vd. uyarınca sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Örneğin, sahteliğin şube müdürü tarafından gerçekleştirilmiş olması halinde banka, doğrudan BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olmalıdır.

D)- Yardımcı Şahsın Kusurlu Olması

Borçlar Hukuku doktrinde hakim olan görüş³⁶⁰ göre, BK m. 100 uyarınca sorumluluğunun söz konusu olabilmesi açısından borçlunun, borç bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bizzat kendisi bulursa idi sorumlu tutulabilecek olması gerekmektedir. Buna göre ne bizzat borçlunun ne de yardımcı şahsın **gerçek** kusurunun bir önemi vardır. Asıl önemli olan, borçlunun **farazi** kusurudur ve buna göre borçlu ancak, yardımcı şahsının hareket tarzında kendisi bulunsaydı, bu hareket tarzı kendisi için dahi kusurlu sayılmayacak idiye (bunu ispat etmek suretiyle) sorumluluktan kurtulabilecektir. Dikkat edilecek olursa burada borçlunun, yardımcı şahsın yerinde olması faraziyesi göz önünde bulundurulmakta ve borçlu, ancak yardımcı şahs gibi hareket etmiş olması halinde söz konusu dikkatsizliğin kendisi için de kusurlu sayılmayı gerektirecek bir dereceyi bulmuş olması halinde sorumlu tutulmaktadır (farazî kusur)³⁶¹. Dolayısıyla yardımcı kişinin somut olayda zarara sebep olan davranışı, borçlu açısından geçerli olan ve onun borcun ifasında göstermek zorunda olduğu özen ölçüsüne göre bir değerlendirilmeye tabi tutulacak; yardımcı kişinin somut olaydaki davranışı borçlunun göstermek zorunda olduğu bu özen derecesine ulaşmıyorsa, borçlu sorumlu olacaktır³⁶²⁻³⁶³.

³⁶⁰ Portmann, **a.g.e.**, s.50,51; Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.444 vd.; Tekinay (Akman/Burcuoğlu/ Altop), **a.g.e.**, s.898; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.358; Eren, (**BH-III**), s.254 vd.; Şenocak, **a.g.e.**, s.210 vd.

³⁶¹ Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.445. “Farazi kusur” teorisi ve ayrıca bu konuda ileri sürülen diğer görüşler için bkz.: Portmann, **a.g.e.**, s.49,50 ve Şenocak, **a.g.e.**, s.210 vd.

³⁶² Şenocak, **a.g.e.**, s.211.

³⁶³ Tüzel kişi keşidecilerde ve bankalarda, organın fiili keşidecinin kendi fiili olarak nitelendirildiğinden (MK m. 50/II), onlar açısından “organ için geçerli olan özen ölçüsü” dikkate

Borçlunun kendi (gerçek) kusurunun bulunup bulunmamasının BK m. 100 sorumluluğunda bir etkisi olmayacağından, borçlu yardımcı kişiyi seçme, denetleme ve ona talimat vermede bir kusurunun olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁶⁴.

Söz konusu bu sorumluluk esasının sağlamış olduğu pratik fayda aslında şudur: Borçlu bir taraftan işi kendisi yapsaydı sorumlu olmayacağı bir hareket tarzından bunu sırf yardımcı şahsa yaptırdığı için sorumlu tutulmamakta, diğer taraftan yardımcı şahsın daha az bilgili, kabiliyetli veya temyiz kudretini haiz bulunmamasının rizikosunu karşı tarafa yani alacaklıya yükletilememekte ve böylece hem borçlunun hem de alacaklının menfaatli hakkaniyete uygun bir şekilde korunmaktadır³⁶⁵. Buna göre borçlunun yardımcısının fiilinden BK m. 100 uyarınca sorumlu olup olmayacağının belirlenmesinde, yardımcı şahsın zarara neden olan borca aykırı fiilinin borçlu tarafından yapılmış olduğu farz edilecek ve borçlunun söz konusu fiilin icrası nedeniyle kusurlu sayılmasını gerektirecek hallerin var olması durumunda BK m. 100 anlamında sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dolayısıyla borçlunun kusurlu sayılmasını gerektirecek bir fiilin, yardımcı şahıs tarafından icra edilmiş olması gerekecektir. TK m. 724 kapsamına giren bir olayda keşideci ile muhatabın müterafık kusurunun (BK m. 44) bulunması halinde de, tarafların sorumluluk ölçüsü yine aynı şekilde yardımcıların gerçekleştirmiş olduğu fiilin taraflarca icra edilmiş olması ihtimalinde söz konusu olacak olan kusur oranına göre belirlenecektir.

§ 4. Muhatabın Rücu Hakkı

1- Faile

Sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi dolayısıyla keşidecinin uğradığı zararı üstlenmek zorunda kalan muhatap, söz konusu zararını gidermek amacıyla sahtelik ve tahrifat fiilinin failine her zaman rücu edebilecektir. Keşidecinin zarara uğramasının, dolayısıyla da muhatabın zararının doğmasının asıl sebebi, esasen

alınacak ve tüzel kişinin organı, yardımcı kişinin somut olaydaki davranış tarzında bulunmuş olsaydı, bu davranış tarzının organ için (yani tüzel kişi borçlu için) bir kusur teşkil edip etmeyeceği belirlenecektir. Şenocak, **a.g.e.**, s.130,131.

³⁶⁴ Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.446; Şenocak, **a.g.e.**, s.203.

³⁶⁵ Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.446.

sahtelik ve tahrifatı meydana getiren failin söz konusu fiilidir. Diğer yandan muhatabın, keşidecinin gerçek iradesini yansıtmayan böyle bir çeki ödemiş olması ise, zararın doğumuna neden olan bir diğer sebeptir. Bu nedenle esasen burada, failin ve muhatabın birbirlerinden bağımsız fiillerinin birlikte meydana getirmiş olduğu bir zarar ve dolayısıyla da muhatap ile fail arasında bir “eksil teselsül ilişkisi (BK m. 51)” mevcuttur. Birden fazla kişinin aynı veya değişik hukuki sebepler dolayısıyla bir zararın doğumuna sebep olması halinde, bu kişiler arasında eksik teselsül ilişkisinin varlığından bahsedilir³⁶⁶. Borçlar Kanunumuzun 51. maddesi, eksik teselsülde sorumlu kişiler arasındaki rücu meselesini düzenleyen bir hükümdür. Söz konusu hüküm uyarınca sorumluluğu kusura bağlı olmayan kişi, gerek sözleşme ile gerekse haksız fiil işleyerek sorumlu olana; sözleşme dolayısıyla sorumlu olan kişi yalnızca haksız fiil işeyene rücu edebilecek; haksız fiil işleyen kişi ise kimseye rücu edemeyecek ve zarara katlanacaktır³⁶⁷. Başka bir deyişle haksız fiil ifa eden birinci derecede, sözleşme sebebiyle sorumlu olan ikinci derecede, kanun hükmü icabı sorumlu olan ise en son olarak sorumlu olacaktır³⁶⁸.

Meydana gelen zarar açısından gerek muhatap gerekse fail, keşideciye karşı BK m. 51 uyarınca sırasıyla “kusura dayanmayan kanundan doğan sorumluluk esası (TK m. 724)” ve “haksız fiil” nedeniyle sorumludur. Yukarıda da belirttiğimiz üzere kural olarak zararın, ilk olarak haksız fiil ifa eden, son olarak ise kanun hükmü icabı (kusursuz) sorumlu olan kişi üzerinde kalacak olması dolayısıyla, zararı karşılayan muhatap, keşideciye karşı haksız fiil hükümlerince sorumlu olan faile rücu edip, ödediği meblağı failden BK m. 51 uyarınca talep edebilecektir³⁶⁹. Öte yandan, sorumluluğunun kusura dayanması halinde muhatabın keşideciye karşı sorumluluğu sözleşmenin ihlâlinden doğacak ve yine bu halde de muhatap, kusuru oranında

³⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.325; Tandoğan, (**Mesuliyet**), s.380; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.682.

³⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.709,710.

³⁶⁸ 11.HD., 09.06.1980, E.3109, K.3074 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, 710, dn.11)

³⁶⁹ İnan, **a.g.e.**, s.125; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1112; Tekil, **a.g.e.**, s.93; Paşlı, **a.g.m.**, s.663,664. “...Davacının keşide ettiği (124.385) TL.’lık isme yazılı çek, lehtar tarafından yapılan sahtecilik sonucu (4.920.000) TL.na çevrilerek davalı bankaya ibraz edilmiş ve banka tarafından çekte yazılı meblağ lehtara ödenmiştir... TTK nun 724. maddesi hükmüne muhatap banka olayda kusurlu olsun olmasın sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemekten dolayı sorumlu sayılmıştır. Bu sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Davacı keşidecinin bankadaki hesabından fazla bir ödeme yapılması sonucu zarar doğmuştur. Bu zarardan BK m. 51 maddesi hükmüne hem banka hem de tahrifat yapan çek hamili sorumludur...Davalı banka zararı ödediği takdirde sahteliği yapan çek hamiline rücu edebilir...” 11.HD., 21.02.1991, E.89/9256, K.91/1139 (YKD., S.8, C.17, 1991, s.1213,1214).

ödemek zorunda kaldığı meblağı failden aynı şekilde talep edebilecektir. Ancak kendisine rücu yoluyla başvurulmuş kişi, bu arada fail, her halükârda mağdura (keşideciye) ödemekle yükümlü olduğu meblağdan daha fazlası ile yükümlü tutulamayacaktır³⁷⁰.

2- Keşideciye

Muhatabın TK m. 724 uyarınca uğramış olduğu zarar için keşideciye rücu etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Çünkü keşidecinin kusurlu olması halinde zarara zaten muhatap değil keşideci katlanacaktır (TK m. 724/c.2). Keşidecinin kusurlu olmaması halinde ise zararın bütünüyle muhatap üzerinde kalacağı TK m. 724'te açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla muhatap - keşideci ilişkisi açısından muhatabın katlanmak zorunda olduğu zarardan ötürü keşideciye rücu etmesi söz konusu olmayacaktır³⁷¹. Ancak doktrinde muhatabın, kusurlu olması halinde keşideciye rücu edebileceğinden bahsedildiği görülmektedir³⁷². Ancak burada, yukarıda belirttiğimiz şekliyle bir zararın doğumuna birlikte neden olan şahıslardan birinin ödediği bedel uyarınca bir diğerine başvurması hali değil; kusurlu olması dolayısıyla esasen keşidecinin katlanması gereken zarar miktarının (çek bedelinin) muhatap tarafından ödenmesi durumunda, muhatabın ödediği bu meblağı TK m. 724 uyarınca keşideciden talep etmesi hali ifade edilmektedir. Oysa bizim “muhatabın rücu hakkı” başlığı altında incelediğimiz husus, TK m. 724 uyarınca zarara katlanmak zorunda kalan muhatabın, keşideci dışındaki kişilere başvuru imkanının olup olmadığıdır. Zira, zararın keşideci ile muhatap arası ilişkide aidiyeti meselesi zaten TK m. 724 tarafından çözüme kavuşturulmakta ve buna göre zarara katlanmak zorunda bırakılmış olan muhatabın, bir daha keşideciye başvurması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle muhatabın keşideciye karşı yukarıda belirttiğimiz manada bir rücu hakkının varlığından bahsetmek mümkün değildir.

3- Hamile

Bu noktada incelenmesi gereken bir diğer önemli husus da, muhatabın bedeli tahsil etmiş olan hamile rücu ederek ödediği bedeli geri alma imkanının olup

³⁷⁰ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.684.

³⁷¹ İnan, **a.g.e.**, s.125.

³⁷² Eriş, (2004), s.321.

olmadığıdır. Bu konuda Alman doktrin ve uygulamasında, çekin sahte veya tahrif edilmiş olması halinde geçerli bir havaleden bahsedilemeyeceği, dolayısıyla da bu gibi durumlarda yapılan ödemenin, hamile ödeme ve aynı zamanda keşidecinin hesabından o oranda küçülme şeklinde ortaya çıkan “eşzamanlı etkisini (Simultaneffekt)” gösteremeyeceği belirtilmek suretiyle, bankanın hamile karşı BK m. 61 (BGB § 812/I/Sz.1) uyarınca doğrudan doğruya sebepsiz zenginleşme talebinde bulunabileceği; ancak bunun için ayrıca hamilin havalenin geçersiz olduğunu biliyor olması gerektiği ileri sürülmektedir³⁷³. Nitekim konuya ilişkin Alman Mahkemesi kararlarında da, bankanın doğrudan hamile başvurup başvuramayacağı meselesi, somut olay koşulları göz önünde bulundurulmak suretiyle iyiniyet prensibi (Treu und Glauben) uyarınca çözüme kavuşturulmuştur³⁷⁴. Türk doktrininde de aynı şekilde bankanın hamile rücu edebilmesi açısından hamilin kötünietli olması gerektiği kabul edilmekte³⁷⁵ ve ayrıca bu noktada TK m. 704 hükmünün uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³⁷⁶.

TK m. 704 hamiline veya emre yazılı bir çekin herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış olması durumunda, çeki ele geçiren yeni hamilin ancak çeki kötünietle iktisap etmiş olması veya iktisabında ağır kusurun bulunması halinde o çeki geri vermekle yükümlü olacağını belirten ve böylelikle çek hamillerini koruyucu nitelikte kural getiren bir düzenlemedir. Kanun koyucunun aynı zamanda çekin bir güven ortamında tedavülünü sağlamak ve çekin dış görünüşüne olan güveni korumak amacıyla³⁷⁷ sevk etmiş olduğu söz konusu hüküm uyarınca, çek hamilinin kötünietli ve ağır kusurlu olmaması halinde çeki geri vermek zorunda olmayışı; iyiniyetli hamilin çek bedelini tahsil edebilme yetkisine dayanarak elde ettiği bedeli de geri vermek zorunda olmayacağı manasına gelmelidir. Diğer bir deyişle, TK m. 704

³⁷³ Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.7, s.515.

³⁷⁴ BGH, 66, 362/365 (Baumbach/Hefermehl, **a.g.e.**, SchG. Art.3, Rn.7, s.515 – naklen).

³⁷⁵ Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1112; Eriş, (**2004**), s.322; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.371,372. Yargıtay bir kararında, ödemedi men yasağının varlığına rağmen çeki ödeyen bankanın, bu ödemeyi hataen yaptığını ileri sürerek ödediği bedeli hamilden geri alabilmesi için hamilin kötünietli olduğunu kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir: 19. HD., 03.07.1997, E.10092, K.7000 (Eriş, (**2004**), s.245). Bu karardan yola çıkıldığında, Yargıtay’ın da bankanın hataen yaptığı ödeme nedeniyle hamile başvurabilmesi için hamilin kötünietli olması gerektiği koşulunu aradığı söylenebilecektir.

Aksi yönde ileri sürülen bir görüşe göre ise muhatap, hataen yaptığı bu ödemeyi -hamil iyiniyetli olsa dahi- sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri alabilecektir. Von Büren, **a.g.e.**, s.148 vd. (İnan, **a.g.e.**, s.125-naklen).

³⁷⁶ İnan, **a.g.e.**, s.125,126; Tekil, **a.g.e.**, 93,94; Pash, **a.g.m.**, s.664; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.228.

³⁷⁷ Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N. 266, s.160,161.

uyarınca çeki geri vermek zorunda olmayan hamil, aynı şekilde çek bedelini de geri vermek zorunda olmamalıdır³⁷⁸. Zaten aksinin kabul edilmesi, hamilin çekin hükümsüz kalması dolayısıyla TK m. 720 uyarınca müracaat hakkını kullanmasını ve hakkını çek hukukuna ilişkin hükümler aracılığıyla elde etmesini imkansız hale getirecektir³⁷⁹. Böyle bir sonuç ise çek kullanımının gerektirdiği güveni ortadan kaldıracak gibi, iyiniyetli içek hamilini TK m. 720 ile getirilen hukuki güvenceden de yoksun bırakacaktır. Bu nedenle muhatabın çek bedelini tahsil etmiş olan hamile rücu edebilmesi için, hamilin kötünietli ya da ağır kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Burada kötüniet, senedin önceki hamilin elinden rızası dışında çıktığını bilmek ya da bilebilecek durumda olmak; ağır kusur ise senedi iktisap ederken olağan (gereken) özeni göstermemek anlamına gelmektedir³⁸⁰.

4- Cirantalara

Çeki tahsil eden hamil dışında, ondan önceki cirantalardan birisinin çeki iktisap etmede kötünietli ya da ağır kusurlu olması da söz konusu olabilecektir. Bu halde de muhatap yine kötünietli ya da ağır kusurlu olduğunu ispat etmek suretiyle cirantanın sorumluluğuna gidebilecektir. Zira çekin sahte veya tahrif edilmiş olduğunu bilen ya da dikkatli özeni göstermiş olması halinde fark edebilecek olan cirantanın, çeki devralması ve devretmesi halinde muhataba (ve keşideciye) karşı işlemiş olduğu bir haksız fiilden bahsedilebilecektir. Dolayısıyla muhatabın böyle bir durumda cirantayı haksız fiil hükümleri uyarınca dava etmesi mümkün olacaktır.

Bir başka ihtimal de cirantalardan birisinin çekte sahtelik veya tahrifat yapılmasını kolaylaştırıcı nitelikte kusurlu bir fiilin bulunmasıdır. Böyle bir durumda da muhatabın, haksız fiil hükümlerine dayanarak söz konusu cirantaya rücu edebilmesi gerekir³⁸¹. Örneğin cirantanın çekin muhafazasında gereken özeni göstermemesi ve çekin çalınarak kötünietli kişilerce bedelin tahsil edilmesi durumunda, muhatap zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan cirantayı dava edebilmelidir. Ancak zararın meydana gelmesinde cirantanın kusurlu davranışının sebep olup olmadığı meselesi, fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının var olup

³⁷⁸ İnan, **a.g.e.**, s.126.

³⁷⁹ İnan, **a.g.e.**, s.126; Tekil, **a.g.e.**, s.94.

³⁸⁰ Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.266, s.161.

³⁸¹ İnan, **a.g.e.**, s.132.

olmadığı araştırılarak çözüme kavuşturulmalı ve bu bağlamda muhatap, uygun illiyet bağının varlığını ispat etmelidir. Cirantaların hangi davranışlarından ötürü kusurlu sayılacakları hususunda ise paralel olması dolayısıyla, daha önce ayrıntılı bir şekilde açıklamış olduğumuz keşidecinin kusuru ile ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz³⁸².

³⁸² Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 3,II, 1, D.

3. BÖLÜM

SORUMSUZLUK KAYITLARI

§ 1. Genel Olarak

Keşideci ile muhatap arasındaki çek anlaşması, Kambiyo Senetleri Hukuku alanı dışında kalan ve tamamen Borçlar Hukuku hükümlerine tâbi bir özel hukuk ilişkisidir. Bu anlamda her ne kadar Borçlar Hukuku alanında hâkim “Sözleşme Serbestisi İlkesi” gereğince, söz konusu anlaşma hükümlerinin taraflarca müzakere edilerek birlikte serbestçe tayin edilmesi mümkün olsa da (BK m. 19/II); bir yandan bankacılık işlemlerinin sayısız müşteri grubuyla yapılıyor olması dolayısıyla işlemlerin hızlandırılması ihtiyacı, diğer taraftan bankacılık işlemlerinden doğacak rizikoların bankalar açısından sınırlandırılması ve ortaya çıkan zararın kısmen de olsa müşteriye yüklenmesi gibi gayeler, banka ile müşterileri arasındaki ilişkilerin, şartları önceden banka tarafından tek taraflı olarak belirlenmiş olan “standart sözleşmelerle” düzenlenmesi yönünde bir uygulama meydana getirmiştir³⁸³. Bankacılık sektöründe yoğun bir şekilde kullanılan ve “standart”, “matbu” ya da “formüler” sözleşme olarak nitelendirilen bu modelde, sözleşme koşulları banka tarafından, hukuk literatüründe “Genel İşlem Şartları” (GİŞ) olarak nitelendirilen kayıtlarla önceden belirlenmekte ve müşterinin sözleşmeyi imzalamasıyla birlikte söz konusu şartlar, taraflar arasında geçerlilik kazanmaktadır³⁸⁴.

Muhtevanın tamamının (ya da bir kısmının) önceden müteşebbis (banka) tarafından belirlenmiş olduğu söz konusu standart sözleşmelerde, genellikle belirli tipteki sözleşmelere ilişkin hukuki sorunların çözümüyle ilgili kurallar; mesela tarafların asli ve yan yükümlülükleri, borçların ifasının gereği gibi olmaması veya borcun hiç ifa edilmemesi gibi taraflar arası işlemin esaslı unsurları genel işlem şartları ile düzenleme altına alınmaktadır³⁸⁵. Sözleşmenin kurulması esnasında tarafların, söz konusu sözleşmenin muhteva ve şartları üzerinde görüşüp tartışması

³⁸³ İbrahim Kaplan, “Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, Aralık 1991, C. XVI, S.2, s.51,52; Kaplan, (**Banka Sözleşmeleri**), s.12,13.

³⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.155; Yeşim Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Basım-Yayın-Dağıtım A.Ş., 2. bs., İstanbul, 2001, s.61 vd.

³⁸⁵ Kaplan, (**Standart Sözleşmeler**), s.52,53.

ise söz konusu olmamakta ve bu anlamda banka ile arasında hukuki bir ilişki kurmak isteyen müşteriye tanınan tek imkan, ilgili standart sözleşmeyi imzalamak olmaktadır.

Nitekim çekle ilgili işlemlerde banka ile hesap sahibi arasındaki ilişkiyi düzenleyen çek anlaşması da, uygulamada hemen her zaman muhtevası önceden banka tarafından belirlenmiş bir standart sözleşme metni halinde müşterinin imzasına sunulmakta; çek düzenlemek suretiyle hesabı üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen müşterinin ise söz konusu sözleşme şartları üzerinde tartışması veya bunlarda değişiklik yapması gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Anlaşmanın sahte ve tahrif edilmiş çeklerle ilgili kısmında ise genellikle, böyle bir çekin ödenmesi neticesinde meydana gelen zararın keşideciye ait olacağı, bankanın ise bu alandaki kusurundan ya da kusurunun çeşitli derecelerinden sorumlu olmayacağı belirtilerek, bankanın sorumluluğu sınırlandırılmakta ve hatta tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Örneğin Fortis Bank Genel Hizmet Sözleşmesinin çekle işleyen hesaplara uygulanacak hükümlerinin 4.10. maddesi uyarınca: “... *Banka’ca ödenen çeklerin bedelleri, çekin veya hamilin kimlik belgesinin sahte veya tahrif edilmiş olması ile ilgili olmaksızın ve bu hususta hiçbir sorumluluğu bulunmaksızın müşteri hesabının borcuna geçer. Banka bu nedenle ağır kusuru dışında her hangi bir kusurundan ötürü sorumlu tutulmayacak ve ağır kusur iddiası halinde bunun ispatı müşteriye ait olacaktır.*” Aynı şekilde Oyak Bank Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesinin çek ile işleyen hesaplara uygulanacak hükümlerinin “v” şıkkı uyarınca: “*Müşteri gerek keşide çeklerinin gerek imzalı ve imzasız diğer çeklerin rızası veya adına çek düzenlenen 3. kişinin rızası dışında herhangi bir şekilde elden çıkması halinde (kaybolma, çalınma, zorla alınma gibi) veya çekte sahtekârlık ve tahrifat yapılması durumunda bu hususu, bu çeklerin alındığı şubeye, keşide çekleri çekte muhatap olarak belirtilen şubeye gecikmeye yer vermeksizin en çabuk vasıta ile bildirecek, ayrıca gerek bu çeklerin iyi muhafaza edilmemesi veya rızası dışında elden çıkması, gerek bu hususları yukarıda sözü edilen şubelere derhal bildirmemesi veya hiç bildirmemesi halinde her türlü sorumluluk müşteri’ye ait olacak ve bu yüzden banka herhangi bir şekilde zarara uğradığı veya ödemede bulunduğu taktirde, bu zararı tazmin edecek veya ödemeyi karşılamayı yüklenecek ve Banka’yı bu hususta tamamen iبرا edecektir.*”

Sahte ve tahrif edilmiş çeklerden kaynaklanan sorumluluğun müşteriye (keşideciye) kaydırılmış olduğu sözleşme metnini imzalayan kişi, böyle bir halde meydana gelen zararın kendisine ait olacağını sözleşme hükümleri uyarınca kabul etmiş olacaktır. İşte bu noktada söz konusu kayıtların, çalışmanın bundan önceki kısımlarında incelemiş olduğumuz kanuni düzenleme, yani keşidecinin kusursuz olduğu hallerde zarara, -kusursuz olsa dahi- bankanın katlanacağına hükmeden 724. madde düzenlemesi karşısındaki hukuki durumun ne olması gerektiği problemi ile karşılaşılmaktadır. Acaba bankanın, kusursuz olduğu hallerde zararı kendisine yükleyen kanuni düzeni (TK m. 724) sözleşmesel ilişkide bertaraf etme imkanı var mıdır? Öte yandan bankanın kusurlu olduğu durumlarda ise yalnızca ağır kusurundan sorumlu olacağı yönündeki kayıtların akıbeti ne olmak gerekecektir?

İsviçre ve Türk doktrinlerinde mesele, çoğunlukla “bankanın kendi (sözleşmesel) sorumluluğunu” ortadan kaldırması veya sınırlandırması problemi olarak ele alınmış ve söz konusu kayıtların geçerliliği, muhatabın “kusurlu” veya “kusursuz” oluşuna göre farklı hukuki değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Bu bağlamda bankanın kusursuz olduğu hallerde zararın keşideciye ait olacağına ilişkin sözleşme şartının geçerliliği, keşidecinin kusursuz olması halinde zarara -kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın- muhatabın katlanacağını öngören 724. madde hükmünün “emredici” olup olmadığı meselesi ile ilişkilendirilerek çözüme kavuşturulurken; bankanın kusurlu olduğu hallerde yalnızca ağır kusurundan sorumlu olacağını belirtmek suretiyle sorumluluğunu sınırlandırmış olduğu sözleşme kayıtlarının geçerliliği meselesinin ise, Borçlar Kanunumuzun sorumsuzluk şartlarının sınırını belirleyen 99. ve 100. madde hükümleri (OR. Art. 100 – Art. 101) ışığı altında denetlenilmesi gerektiği öngörülmüştür³⁸⁶.

§ 2. Kusursuz Sorumluluğu Bertaraf Eden Kayıtlar

Bankaların müşterileri ile yaptıkları çek anlaşmalarına, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesinde kendilerine atfedilebilecek herhangi bir kusurun

³⁸⁶ Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn. 8,9,10, s.618-623; Habicht, **a.g.e.**, s.68-71; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, Rn. 6, s.2267; Meier-Hayoz/von der Crone, **a.g.e.**, Rn. 11, s.224,225; Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.301; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.141; İnan, **a.g.e.**, s.138 vd.; Törüner, **a.g.m.**, s.218,219; Göle, **a.g.e.**, s.153; Kaplan, (**Standart Sözleşmeler**), s.83,84; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1117-1119; Tekil, **a.g.e.**, s.23; Pashı, **a.g.m.**, s.665,666; Kendigelen, (**Çek**), s. 233; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.369; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.229; Eriş, (**2004**), s.321.

bulunmaması, yani kusursuz olmaları halinde söz konusu ödeme neticesinde meydana gelen zararın müşteriye ait olacağına ilişkin olarak koydukları kayıtların geçerliliği meselesi, TK m. 724 hükmünün **emredici** bir karaktere sahip olup olmaması ile ilişkilidir. Buna göre eğer hüküm emredici nitelikte ise, keşidecinin kusursuz olması halinde zararın muhataba ait olacağı yönündeki kanuni düzenin sözleşme hükümleri ile değiştirilmesi mümkün olmayacak ve sözleşmede aksi kararlaştırılmış olsa dahi, söz konusu kanuni düzenlemenin getirmiş olduğu sorumluluk esasını geçerliliğini koruyacaktır.

Nitekim çalışmanın ilk kısmında da belirttiğimiz üzere³⁸⁷, gerek İsviçre gerekse Türk doktrinlerinde söz konusu hükmün emredici değil, düzenleyici karakterde bir hüküm olduğunu tartışmasızca kabul edilmiş ve tarafların çek anlaşmasına koyacakları kayıtlarla muhatap açısından kanun hükmü ile getirilmiş olan kusursuz sorumluluk esasını (TK m. 724), kusur sorumluluğu esasına dönüştürülebilecekleri belirtilmiştir³⁸⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de konuya ilişkin kararlarında, söz konusu madde hükmünün düzenleyici/yedek karaktere sahip bir

³⁸⁷ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 2, III.

³⁸⁸ Habicht, **a.g.e.**, s.70; Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.8, s.618; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, OR. Art. 1103, N.III, Rn.6, s.2267; Jäggi/Druey/von Greysers, s.274; Meier-Hayoz/von der Crone, **a.g.e.**, Rn.11, s.224,225. Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.300; Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.141; İnan, **a.g.e.**, s.139,140; Göle, **a.g.e.**, s.153; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1116; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.488, s.288; Tekil, **a.g.e.**, s.23,75; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.369; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.229; Eriş, (**2004**), s.321; Kendigelen, (**Çek**), s.232. Aksi yönde görüş için bkz.: Törüner, **a.g.m.**, s.218. Ayrıca hükmün şu anki mevcut haliyle emredici nitelikte olmadığını kabul etmekle beraber, keşidecinin yeterince korunabilmesi açısından söz konusu hükmün emredici hale getirilmesi gerektiği görüşü için bkz.: Von Büren, (**a.g.t.**), s.170 (Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.301 dn.70- naklen); İnan, **a.g.e.**, s.139,140; Yasaman, **a.g.m.**, s.230; Paşlı, **a.g.m.**, s.669. Diğer yandan, bir sonraki başlık altında belirteceğimiz üzere bir kısım yazar, bankanın hesap sahibi (veya yetkili temsilcisi) tarafından verilmiş olan geçerli bir ödeme talimatı olmaksızın sahte çeke dayanarak yetkili olmayan bir kişiye ödeme yapması halinde, “geçerli bir ifadan” bahsedilemeyeceği ve bankanın hesap sahibine karşı söz konusu meblağı borçlu olmaya devam edeceğinden yola çıkarak, bankanın böyle bir ödemeyi müşterisine karşı ileri sürmesinin söz konusu olmayacağını belirtmişlerdir. Buna göre ödemeyi “kendi malvarlığından” yapmış olan banka, hasara katlanmak zorunda kalacaktır. Bankanın ödemeyi hesap sahibinin zimmetine geçirmesi halinde ise bankaya karşı “ifa davası” açılacak, bu durumda bankanın kusurlu olup olmaması önem arz etmeyeceği gibi, banka sorumluluktan kurtulma şartına dahi dayanamayacaktır. Gautschi, **a.g.e.**, Art.398, Rn.36b,36c, s.403; Eugen Bucher, “Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen”, **recht 1984**, s.97-100; Weber, **a.g.m.**, s.87; Atamer, **a.g.e.**, s.267 vd. Ancak bu görüşün meseleyi, 724. madde açısından çözüme kavuşturmuş olduğunu sanmıyoruz. Çünkü, görüşün belirtildiği şekilde sahte veya tahrif bir çeki ödeyen bankanın, söz konusu ödemeyi kendi malvarlığından yapmış olacağı ve esasen zarara uğrayanın banka olacağı kabul edilse dahi; banka böyle bir ödeme neticesinde uğrayacağı zararı sözleşmeye koyacağı kayıtlar karşı tarafa/keşideciye yüklemek isteyebilecektir. Nitekim böyle bir durumda söz konusu kaydın geçerliliği, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi neticesinde meydana gelen zararı -keşidecinin kusursuz olması ihtimalinde- muhataba yükleyen 724. madde düzenlemesinin hukuki niteliğine bağlı olarak çözüme kavuşturulabilecektir.

hüküm olduğunu ve belirli sınırlar (BK m. 99 ve m. 100) dahilinde aksinin kararlaştırılabileceğini açık bir şekilde ifade ederek, tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile rizikonun ne şekilde paylaşılacağı hususunu belirleyebileceklerine ve rizikoyu keşideciye yükleyen bu gibi kayıtların geçerli olacağına hükmetmiştir³⁸⁹.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay ise, konuyla ilgili olarak bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında TK m. 724'ün emredici ya da düzenleyici bir hüküm olup olmadığı hususunda doğrudan bir nitelendirme yapmamıştır. Yüksek mahkeme eski tarihli bazı kararlarında, çek taahhünamesinin taraflar arası ilişkide dikkate alınması gerektiğini, ancak TK m. 724'ün de ihmal edilmemesi gerektiğini belirtmiştir³⁹⁰. Söz konusu kararlarda gerek kanun hükmünün gerekse anlaşma hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanırken, anlaşma hükümlerinin daha çok TK m. 724/c.2 ile keşideci açısından belirlenmiş olan muhafaza ve diğer özen gösterme mükellefiyetinin kapsamını belirleyen kısımlarının geçerliliği üzerinde durulmuştur. Yani söz konusu kararlarda, muhatabın anlaşmaya koyacağı kayıtlarla 724. madde sorumluluğunu bertaraf edebileceğinden değil, daha çok anlaşmada taraflar (özellikle keşideci) açısından belirlemiş olan özen gösterme yükümlülüğü ile ilgili kısımların geçerliliği üzerinde durulmuştur. Nitekim Yüksek Mahkemenin daha sonraki bir çok kararında, çek anlaşmasında (çok büyük ihtimalle) yer alan sorumsuzluk kayıtlarına dahi değinmeksizin, “bankanın 724. madde

³⁸⁹ BGE 122 III 26,32; BGE 108 II 314, 316; BGE 122 III 373.

³⁹⁰ “...*Izah edilen duruma göre taraflar arasındaki anlaşmazlık muhatap bankanın sahte çeke müsteniden vaki tediyesinden doğan zararın tazmininde kusur ve hukuki sorumluluğun hangi tarafa raci olduğunun tespitindedir...BK'nın 19/1 maddesi uyarınca düzenlenmiş olan çek sözleşmesi ön planda ele alınmak ve TTK'nın bu husustaki hükümlerini de ihmal etmemek gerekir. Anılan sözleşmenin 3. ve 4. maddeleri ile, çek defteri veya yaprakları kaybolması halinde yanlış bir tediye mahal vermemek için davacı, davalı bankayı derhal keyfiyetten haberdar etmek vecibesi ile mükellef tutulmuş, aksi taktirde yapılan ödemelerin davacı hesabına zimmet kaydedileceği kural olarak kabul edilmiştir. TTK'nın 724. maddesinin 2. fıkrasında paralel şekilde tanzim olunan mukaveledeki bu maddeler münderecatı hukuken geçerli ve akit tarafları bağlayan hükümlerdir.*” 11.HD., 27.03.1965, E.3266, K.1211 (Ertekin/Karataş, **a.g.e.**, s.212,213). “...*Çek muhatabının sorumluluğunu düzenleyen Türk Ticaret Kanunun 724. maddesi bu sorumluluğu keşideci gösterilen kimseye bırakılan çek defterini iyi saklama şartına bağlamıştır. Davacı kâtibinin bu çekleri ele geçirmiş olması davacının saklanma hususundaki gerekli tedbir itinaı göstermediğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, taraflar arası çek taahhünamesinin özel hükümleri ve özellikle bu taahhünamenin 3.ve 4. maddeleri bankanın sorumluluğu için özel şart ve esaslar kabul etmiş bulunmaktadır. Mahkemece Türk Ticaret Kanununun anılan 724. maddesi ile davacıya tahmil olunan muhafaza mükellefiyeti ve aradaki anlaşmanın özel hükümleri göz önünde tutulmadan, kusurun davalıya raci bulunduğunu kabul etmek suretiyle davanın kabulü...kanuna aykırıdır...*” HGK., 14.03.1974, E.1971/T-81, K.1973/201 (Ertekin/Karataş, **a.g.e.**, s.211,212).

uyarınca, kusursuz olsa dahi sorumlu olması gerektiği”ne hükmettiği görülmüştür³⁹¹. Özellikle son zamanlardaki “... *tarafların hiç birinin kusurlu olmadığı hallerde, banka sahte veya tahrif edilmiş çeki ödemenin sorumluluğundan kurtulamaz...*”³⁹² ve “...*Bankanın iç ilişkilerini düzenleyen tamimimler ve taraflar arasında imzalanan taahhütname hükümleri, TTK’nın 724. maddesinde düzenlenen sorumluluk ilkelerini ortadan kaldıramaz...*”³⁹³ şeklindeki kararlar, Yargıtay’ın Türk Hukuku açısından, bankanın sorumluluğunu ortadan kaldıran çek taahhütnamesi kayıtlarını geçersiz saydığı ve dolayısıyla 724. maddeye emredici bir nitelik tanıma eğiliminde olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamaktadır.

Sonuç olarak, 724. madde hükmü esasen emredici karaktere sahip bir kanun hükmü olmamakla beraber, İsviçre uygulamasından farklı olarak Türk uygulamasının özellikle son zamanlarda söz konusu hükme emredici nitelik kazandırdığı ve bu anlamda 724’ün aksini öngören anlaşma hükümlerini geçersizlik yaptırımına tabi tuttuğu görülmektedir ki, bizce bu uygulama ileride³⁹⁴ ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere son derece yerindedir.

§ 3. Kusur Sorumluluğunu Bertaraf Eden Kayıtlar

D)- Genel Olarak

Muhatabın “kusursuz” sorumluluğu (TK m. 724), çekin sahte veya tahrif edilmiş olmasında keşideciye atfedilebilecek herhangi bir kusurun bulunmaması

³⁹¹ “TTK’nın 724. maddesi açık hükmüne göre, sahte veya tahrif edilmiş bir çekten doğan zarar muhataba aittir. Şu kadar ki keşideciye yani davacıya çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir kusurun isnadı mümkün olduğu takdirde muhatap sorumluluktan kurtulmuş olur. Davada davalı banka böyle bir savunma ileri sürmediğine göre, çekin mücerret tahrif edilmiş olması muhatabın sorumlu tutulması sonucunu doğurur.” 11.HD., 30.10.1981, E.81/4768, K.81/4535 (Ertekin/Karataş, **a.g.e.**, s.212). “...TTK’nın 724. maddesinde öngörülen sorumluluk, kusur aranmayan bir sorumluluk olup, muhatap banka kusursuzluğunu ispat etse bile bu sorumluluktan kurtulamaz ... çeklerin tutarında yapılan tahrifatın ifsal kabiliyetini haiz olması, büyüteçle bakılsa bile fark edilemeyecek nitelik taşıması davalı muhatap bankanın TTK’nın 724. maddesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu etkilemez. Zira davacı keşideciye mezkûr maddenin ikinci cümlesinin öngördüğü biçimde bir kusurun isnadı mümkün değildir. Bu durumda davanın tamamen kabulüne karar verilmek icap ederken haklı bulunmayan aksine düşüncelerle ... TL’lik çek bedeline ilişkin tahsil talebinin reddi cihetine gidilmesi anılan Yasa hükmüne aykırı olup, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.” 11.HD., 23.03.1989, E.88/4814, K.89/1859 (Moroğlu/Kendigelen, **a.g.e.**, s.673). Bu yönde ayrıca bkz.: İnan/Kıvanç, **a.g.e.**, s.157,158.

³⁹² 11.HD., 19.04.2001, E.1590, K.3376 (Eriş, (2004), s.326-328).

³⁹³ 11.HD., 05.06.2003, E.13371, K.5992 (Eriş, (2004), s.329).

³⁹⁴ Bkz.: 3. Bölüm, § 4.

halinde söz konusu olacaktır. Keşidecinin kusurlu olması ihtimalinde ise, muhatabın kusurlu olup olmadığı önemli hale gelecek ve dolayısıyla bu durumda genel hükümler, yani sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Genel hükümler uyarınca, borcun gereği gibi ifası için her türlü dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü altında olan borçlu (BK m. 98), prensip olarak sözleşmeyi ihlâl edici her türlü kusurundan (kast, ihmal, tedbirsizlik) ötürü sorumludur (BK m. 96)³⁹⁵. Ancak taraflar BK m. 19/I (sözleşme serbestisi ilkesi) uyarınca, aralarında yapacakları anlaşma ile genel kuralın aksine, borçlunun sorumluluğunu genişletebilme veya daraltabilme imkanına her zaman sahiptirler. Nitekim banka genel işlem şartlarında yer alan ve bankaların, sahte veya tahrif edilmiş çeklerden ötürü sorumsuzluğunu öngören veya sorumluluğunu yalnızca ağır kusur ile sınırlayan anlaşma hükümleri, bu serbestiye dayanılarak müşteri aleyhine oluşturulmuş olan birer sorumsuzluk şartıdır.

Ancak BK m. 19/I hükmünün kişilere tanımış olduğu, kendi hukuki ilişkilerinin muhtevasını kendi iradeleriyle belirleme (değiştirme, ortadan kaldırma) özgürlüğü sınırsız değildir. Sözleşme hükümlerinin ve bu arada sorumsuzluk şartlarının, akdın muhtevasını belirleme özgürlüğüne getirilmiş olan genel sınırlamalara (MK m. 2, BK m. 19 ve m. 20) ve özellikle sorumsuzluk şartlarının geçerliliğine ilişkin olarak düzenlenmiş olunan emredici nitelikteki³⁹⁶ BK m. 99 ve m. 100 hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

BK m. 99, borçlunun kendi davranışlarından doğacak olan sorumluluğuna; BK m. 100 ise yardımcı şahsının fiilinden dolayı sorumluluğuna ilişkin kural ve istisnaları tespit edip, bu alandaki sorumsuzluk şartlarının geçerlilik sınırını, “kusur derecesini” göz önünde bulundurmak suretiyle saptayan birer kanun hükmüdür³⁹⁷. Sözü edilen hükümlerde, ilk önce sorumsuzluk şartlarının geçerlilik sınırları hakkındaki kural düzenlenmiş (BK m. 99/I ve m. 100/II), daha sonra ise bu kural uyarınca geçerli olması gereken sorumsuzluk şartlarının, bazı hallerde geçeriz sayılacağı belirtilmek suretiyle, kurala bir takım istisnalar getirilmiştir (BK m. 99/II

³⁹⁵ BK m. 96: “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine **hiçbir kusurun** isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”

³⁹⁶ BK m. 99 ve 100’ün emredici niteliğiyle ilgili ayrıntılı açıklama için bkz.: Erten, a.g.e., s.77 vd.

³⁹⁷ Erten, a.g.e., s.207 vd.

ve m. 100/III). Buna göre borçlunun, kendi davranışlarından doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran sorumsuzluk şartları, “ağır kusurlu” olduğu hallerde geçersiz,” hafif kusurlu” olduğu hallerde geçerli sayılırken (BK m. 99/I); yardımcı şahsın fiilinden doğan sorumluluğu ortadan kaldıran sorumsuzluk şartlarının ise bu kişilerin ağır veya hafif kusurlu olmaları arasında bir ayırım yapılmaksızın geçerli olacağı kabul edilmiştir (BK m. 100/II). Genel kural bu yönde belirlenmiş olmakla beraber, BK m. 99/II’de borçlunun kendi davranışından doğan sorumluluğu, BK m. 100/III’te ise yardımcı şahsının fiilinden doğan sorumluluğu, “*anlaşmanın ileri sürülmesi sırasında alacaklının, borçlunun hizmetinde olması*” hali ve “*sorumluluğun, borçlunun hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir sanatla uğraşmasından doğması*” hallerinde farklı kurallara tabi tutulmuştur. Buna göre söz konusu iki istisnai durumdan birisinin varlığı halinde hakim, BK m. 99/II uyarınca borçluyu kendi davranışından kaynaklanan sorumluluğunda, hafif kusurundan dahi sorumlu tutabilecek; yardımcı şahsın fiilinden doğacak olan sorumluluk açısından ise borçlu, yalnızca bu şahsın hafif kusurlu olması halinde sorumluktan kurtulabilecektir. Bir başka deyişle borçlu söz konusu istisnai durumlarda, -hakimin taktirine bağlı olarak- kendi hafif kusurundan ötürü dahi sorumlu olmak zorunda kalabilecekken; yardımcı şahsının hafif kusurundan ötürü sorumlu olmayacağı yönündeki kayıt, her durumda geçerliliğini koruyacaktır³⁹⁸.

Nitekim gerek İsviçre³⁹⁹ ve Türk⁴⁰⁰ doktrinde gerekse uygulamada⁴⁰¹ bankacılığın 99/II ve 100/III anlamında “Hükümet tarafından **imtiyaz** suretiyle

³⁹⁸ BK m. 99/II ve m. 100/III anlamında “*sorumluluğun, borçlunun hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir sanatla uğraşmasından doğması*” hali, söz konusu hükümlerin Borçlar Kanunu Tasarısındaki karşılığı olan 114/III ve 115/II hükümlerinde: “*uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa*” demek suretiyle daha açık bir şekilde ifade edilmiş ve sadece bu istisnanın varlığı durumunda uygulanacak olan yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre söz konusu istisna kapsamına giren borçlunun “*hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma*” (114/III) ve “*yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma*” (115/II) –mevcut düzenlemeden farklı olarak- *kesin olarak hükümsüz* olacaktır.

³⁹⁹ Habicht, **a.g.e.**, s.40,41; H. Conrad Stockar, **Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht**, Diss., Basel, 1971, s.25,26. Aksi yönde görüş için bkz.: Zimmermann, **a.g.e.**, Art.1132, Rn.8, s.619 vd.

⁴⁰⁰ Tandoğan, (**Bankacı**), s.111,112; Tekinalp, (**Banka**), s.291,292; İnan, **a.g.e.**, s.141; Karayalçın, (**Meseleler**), s.84; Akman, **a.g.t.**, s.63; Gürbüz, **Bankalarla Ticari Senetler İlişkisi**, Ankara, 1981, s.61.vd.; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1119; Teoman, (**YTH-5**), s.177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s.884; Kaplan, (**Standart Sözleşmeler**), s.77; Kaplan, (**Banka Sözleşmeleri**), s.113; Paşlı, **a.g.m.**, s.666,667; Battal, **a.g.e.**, s.57; Çeker, **a.g.e.**, s.281,282. Aksi görüş için bkz.: Kalpsüz (Erem/Çelebican), **a.g.e.**, s.141.

verilen bir san'atın icrası" olduğu ve bu nedenle de bankaların sorumluluğunu ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin 99/II ve 100/III hükümleri sınırlamasına tabi olması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁰².

II) Doktrin

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere bankanın -sahte ve tahrif edilmiş çeklerde- yalnızca **ağır kusur**undan sorumlu olacağını belirtmek suretiyle sorumluluğunu sınırlandırmış olduğu sözleşme kayıtlarının geçerliliği meselesi, gerek İsviçre gerekse Türk doktrinlerinde sorumsuzluk şartlarının sınırını belirleyen BK m. 99 ve m. 100 hükümleri (OR Art. 100 – Art. 101) kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁰³.

⁴⁰¹ "...para üzerinde işlem gören ve tacir olmaları itibarıyla tedbirli bir iş adamı gibi hareket etmek durumunda olan bankaların kasıt ve ağır kusurları halinde sorumlu olmayacaklarına dair müşterileri ile yaptıkları sözleşmelerde koyulan kayıtlar geçersiz olduğu gibi, kendi uğraşlarında özenle davranmaları beklenen bu gibi ticaret ortaklıklarının hafif kusurdan doğacak sorumluluktan kurtulmalarını önceden belirleyen hükümlerin dahi BK'nın 99. maddesi gereğince geçersiz sayılması icap eder. Çünkü banka işlemleri özel kanunlar ile düzenlenmiş ve kuruluşları Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlı tutulmuştur. Gördükleri işler ise, yasal anlamı ile imtiyazdır..." 11.HD., 08.03.1977, E.866, K.1033 (YKD., 1978, S.8, s.1327 vd.); "...Türkiye'de bankalar Hükümetçe imtiyaz suretiyle verilen bir işi yapan müesseselerdir. O halde bankalar BK'nın 99/II. maddesine tâbi kuruluşlardır..." HGK., 15.06.1994, E.11-178, K.398 (YKD, 1995, S.4, s.530 vd. ya da Moroğlu/Kendigelen, **a.g.e.**, s.672). Türkiye'de bankaların Hükümetçe verilen bir işi icra eden kurumlar olduğuna dair aynı yöndeki yayımlanmamış Yargıtay kararları için bkz.: Çeker, **a.g.e.**, s.282 dn.169.

İsviçre Federal Mahkemesi de 12. 07. 1983 tarihli bir kararında, bankacılığın devlet tarafından verilmiş olan imtiyazdan yararlanmak suretiyle icra edilen bir meslek olup olmadığı meselesine değinmiş ve doktrinde son zamanlarda ileri sürülen bu yöndeki görüşe atıf yapmak suretiyle, bankaların söz konusu kategoriye dahil olduklarını belirterek, bu kuruluşların yaptıkları sorumsuzluk anlaşmalarının BK m. 100/III (OR Art. 101/III) sınırlamasına dahil olduğunu ifade etmiştir: BGE 109 II 118. Yine Federal Mahkeme, 18. 11. 1986 tarihli bir diğer kararında, bankaların BK m. 99/II (OR Art. 100/II) anlamında imtiyazlı kuruluşlar olduğunu yineleyerek, hakimın taktir yetkisini kullanarak GİŞ'te yer alan sorumsuzluk şartını geçersiz kılabileceğini kabul etmiştir: BGE 112 II 450.

⁴⁰² Bu konuda İsviçre doktrininde *Stockar* tarafından ileri sürülen görüşe göre sorumluluk, devlet tarafından verilmiş olan imtiyaza dayanan bir sanatın icrasından doğmamış olsa dahi, BK m. 100/III genel işlem şartlarında yer alan sorumsuzluk şartları açısından her zaman uygulama alanı bulacaktır. Yazarın bu yöndeki belirlemesinin dayanağını, GİŞ kullanan işletmenin/borçlunun, faaliyet gösterdiği alanda **fiili bir monopol** yaratıyor olması halinde, durumun işletmenin 100/III'te belirtildiği üzere imtiyaz suretiyle verilmiş olan bir sanatın icra edilmesinden kaynaklanan üstünlükten farklı olmadığı düşüncesi oluşturmaktadır. Zira yazara göre fiili bir monopole sahip olan ve GİŞ kullanarak sorumsuzluk anlaşması yapan borçlu, bu arada bankalar, sahip oldukları konumdan istifade ederek, kendilerinin tayin ettiği bir sorumluluk düzeni oluşturmaktadırlar ki, bu kabul edilemez. *Stockar*, **a.g.e.**, s.47, 35 vd.

⁴⁰³ Zimmermann, **a.g.e.**, Art. 1132, Rn. 8,9,10, s.618-623; Habicht, **a.g.e.**, s.68-71; Hippele (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, Rn. 6, s.2267; Meier-Hayoz/von der Crone, **a.g.e.**, Rn. 11, s.224,225; Karayalçın, (**Ticari Senetler**), s.301; Kalpsüz (Erem/Çelebicin), **a.g.e.**, s.141; İnan, **a.g.e.**, s.138 vd.; Törüner, **a.g.m.**, s.218,219; Göle, **a.g.e.**, s.153; Kaplan, (**Standart Sözleşmeler**), s.83,84; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1117-1119; Tekil, **a.g.e.**, s.23; Pashı, **a.g.m.**, s.665,666; Kendigelen, (**Çek**), s. 233; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.369; Pulaşlı, **a.g.e.**, s.229; Eriş, (**2004**), s.321.

Ancak, çoğunluk tarafından kabul edilmiş olan bu denetim mekanizması, özellikle İsviçre doktrininde bazı yazarlarca eleştirilmiş ve bankanın genel olarak sahtecilik ya da tahrifat nedeniyle yanlış/yetkisiz kişiye yapmış olduğu ödemelerin sorumluluğunu müşteriye yüklediği bu gibi GİŞ niteliğindeki sözleşme kayıtlarının denetiminde, sorumsuzluk şartlarının sınırını belirleyen BK m. 99 ve 100 hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁴⁰⁴. Bu görüş uyarınca bankanın, müşterisinin o yönde bir talimatı olmaksın yanlış/yetkisiz kişiye yaptığı ödeme, esasen “kanunen geçerli bir ifa” meydana getirmeyecektir. Çünkü böyle bir durumda yetkili kişi (hesap sahibi) tarafından yapılmış bir ödeme emri, bu yönde verilmiş bir talimat yoktur; aksine burada yetkisiz kişinin (sahtekârın) bir tasarrufu söz konusudur ki, bu durumda bankanın söz konusu bedeli müşterisinin hesabına borç kaydedebilmesi için gerekli olan hukuki sebep mevcut değildir. Dolayısıyla var olmayan bir talimat sonucunda yanlış kişiye (üçüncü kişiye) ödemede bulunmuş olan banka, söz konusu ödemeyi “kendi malvarlığından” yapmış olacak⁴⁰⁵ ve maliki olduğu paranın yarar ve hasarı kendisine ait olacağı için de, ödenen tutarı hesap sahibine karşı borçlu olmaya devam edecektir. Bankanın böyle bir çeki ödemesi halinde, müşterisine karşı olan borcunu ifa etmiş olmasından bahsedilemeyeceği için de, sözleşme ile yüklenilmiş olan borcun yerine getirilmesi esnasındaki kusurlu davranışlardan kaynaklanan sorumluluğun sınırlandırılmasını düzenleyen BK m. 99 ve m. 100 (OR Art. 100 ve 101) hükümlerinin, borçlunun (bankanın) üçüncü bir kişiye edimde bulunması durumunda uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır. Çünkü esasen burada söz konusu olan bankanın müşterisine karşı olan sorumluluğunu sınırlandırması değil; müşterinin meydana gelen zarardan ötürü sorumlu olacağı şartını getirmek suretiyle riziko dağılımını tespit edip, kendi malvarlığında oluşmuş olan zararı, müşterisinin hesabına kaydetmek için gerekli hukuki zemini hazırlamaktır. Bu nedenle bankanın (hesap sahibine karşı) sorumluluğunun bulunmadığı böyle bir durumda BK m. 99 (OR. Art. 100) hükmünün uygulanması mümkün değildir. Nitekim, bankanın söz konusu bedeli

⁴⁰⁴ Gautschi, **a.g.e.**, Art. 398, Rn.36b,36c, s.403; Bucher, **a.g.m.**, s.97-100; Weber, **a.g.m.**, s.87; Atamer, **a.g.e.**, s.204,205.

⁴⁰⁵ Von Büren’e göre de muhatap ödemeyi bizzat kendi adına ve hesabına yapmakta ve keşidecinin borcunu onun yerine ödemektedir ki, muhatabın kendi fonlarından yaptığı bu ödemenin sahtelik ve tahrifat nedeniyle amacına ulaşmaması halinde ödenen meblağ kendi üzerinde kalacak ve zarara uğrayacak olan esasen muhatap olacaktır. Von Büren, **a.g.e.**, s.133 (Tekil, **a.g.e.**, s.76 dn.63-naklen).

keşidecinin hesabına borç kaydetmesi halinde, keşidecinin bankaya yönelteceği dava, para borcuna ilişkin bir **ifa davası** olacak⁴⁰⁶ ve bankanın bu aşamada kusurlu olup olmaması, herhangi bir önem arz etmeyecektir. Dava bir “tazminat davası” niteliği taşımadığı için de bankanın sorumluluktan kurtulma şartına dayanması söz konusu olmayacak⁴⁰⁷; banka kusursuz olsa dahi ödediği bedeli hesap sahibine geri vermek zorunda kalacaktır. Ayrıca tüm bunlara ek olarak, taraflar arasında bir vekâlet ilişkisinin varlığının kabul edilmesi halinde dahi bankanın, BK m. 394/II (OR Art. 402/II)⁴⁰⁸ uyarınca vekâleti icra esnasında uğramış olduğu zararın tazmini talebinde bulunmasının mümkün olmayacağı; zira söz konusu hükmün uygulanabilmesi için her şeyden önce zararın “vekâletin icrası esnasında” ortaya çıkması gerektiği, oysa ki burada hesap sahibi tarafından verilmiş bir talimattan ve dolayısıyla vekâletten bahsetmenin mümkün olmadığı ileri sürmüştür⁴⁰⁹.

Federal Mahkemeye göre ise⁴¹⁰, sahte bir ödeme talimatı her ne kadar gerçek bir talimat olarak nitelendirilemese de, keşideci ile banka arasında var olan hukuki ilişkiye (çek anlaşmasına) dayanmaktadır. Yani eğer taraflar arası ilişki hiç kurulmamış olsaydı, davalı (banka) söz konusu ödemeyi hiç gerçekleştirmeyecekti. Dolayısıyla sahte ödeme talimatının esasen tek başına değil, taraflar arası cari hesabın açılmasıyla birlikte kurulan sözleşmesel ilişki kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yüksek mahkemeye göre banka ile müşterisi arasında kurulan böyle

⁴⁰⁶ Gautschi, **a.g.e.**, Rn. 36c, s.403,404. Bu yönde ayrıca bkz.: Weber, **a.g.m.**, s.87; Atamer, **a.g.e.**, s. 270. Böyle bir ihtimalde, yanlış ödeme neticesinde zarara uğrayacak olan kişinin banka olacağı, dolayısıyla da bankanın söz konusu ödemeyi müşterinin hesabına yansıtması halinde müşterinin bankaya karşı açacağı davanın, hesaba borç kaydedilmesi işleminin iptali ve hesabın haksız işleminden önceki hale getirilmesi davası olacağı yönünde ayrıca bkz.: Bucher, **a.g.m.**, s.100,101.

⁴⁰⁷ Görüş, Türk doktrininde **Tandoğan** tarafından eleştirilmiş ve sorumluluktan kurtulma şartının yalnızca sorumluluğu kaldıran bir şart olarak değil, aynı zamanda müşterinin kusuru bunu haklı gösterdiği ölçüde ifadan kaçınma olanağı veren bir şart olarak da yorumlanabilmesi gerektiği belirtilmiştir. Tandoğan, **(Bankacı)**, s.116.

⁴⁰⁸ BK m. 394/II: “*Vekil, vekâleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini müvekkilinden isteyebilir. Meğer ki, müvekkil bu hususta kendisinin sun’u taksiri olmadığını ispat etsin.*”

⁴⁰⁹ Gautschi, **a.g.e.**, Art.398, Rn.36b, s.403; Atamer, **a.g.e.**, s.269. Ayrıca yazılı bir havalenin veya yetki talimatının, yahut bir çekin sahte veya tahrif edilmiş olması halinde, gerçek bir vekâlet veya talimat var sayarak ödemede bulunan vekilin, vekâleti gereği gibi ifa etmiş olmayacağı ve ödemeyi yaparken iyiniyetli olsa dahi, bu ödemeyi masraf olarak müvekkilinden isteyemeyeceği veya onun verdiği karşılıktan mahsup edemeyeceği yönünde ayrıntılı açıklama için bkz.: Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri)**, C.II, 3. bs., Ankara, 1987, s. 581-585,600.

⁴¹⁰ BGE 108 II 314, BGE 109 II 116. Son Federal Mahkeme kararının konuya ilişkin kısmı resmi olarak yayınlanmamış olup, söz konusu kısım için ayrıca bkz.: Weber, **a.g.m.**, s.86.

bir hukuki ilişki, esasen taraflar arasında sürekli bir iş ilişkisi/bağı meydana getirir ki, buna göre banka, müşterisi yararına ödeme kabul eder veya onun zimmetine üçüncü kişiye ödeme yapar, ona hesap durumu ile ilgili bilgiler verir. Dolayısıyla (sahte) ödeme talimatlarının hukuki dayanağı esasen, müşteri ile banka arasındaki cari hesap ilişkisinin varlığı süresince devam eden hukuki ilişkidir.

III) Kanaatimiz

Hesap sahibi/keşideci ile aralarında yer alan sözleşmesel ilişki uyarınca muhatap, keşideciye karşı üzerine düzenlenecek olan her bir münferit çeki, -gerekli kontrolleri yaptıktan sonra- hamile ödemekle yükümlüdür⁴¹¹. Çekin ödenmesi amacına yönelik olarak taraflar arasında akdedilen anlaşmanın hukuki niteliği tartışmalı⁴¹² olmakla beraber, İsviçre ve Türk doktrininde çek anlaşmasının Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan akitlerden herhangi birisi ile tam uyum halinde olmayan kendine özgü (sui generis) bir akit olduğu, ancak BK m. 386/II⁴¹³ (OR Art. 394/II) uyarınca bünyesine uygun düştüğü oranda “vekâlet sözleşmesi” hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁴¹⁴. Ancak çek anlaşması, özellikle bankanın hamile yaptığı ödemeyi hesap sahibi adına değil, çek anlaşmasından kaynaklanan edimini yerine getirmek amacıyla bizzat “kendi adına” yapıyor olması noktasında vekâlet akdinden ayrılır⁴¹⁵. Zira banka, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere çek anlaşması ile hesap sahibine karşı, üzerine çekilmiş olan çekleri ödeme yükümlülüğü altına girmiştir ki, işte bankanın hamile yaptığı ödeme, esasen çek ilişkisinin kendisine yüklemiş olduğu edimi yerine getirme amacına yönelik, “kendi adına” yaptığı bir ifadır⁴¹⁶. Buna karşılık muhatap ödemeyi kendi hesabına değil, “keşidecinin

⁴¹¹ Bkz.: 2. Bölüm, 2. Kısım, § 1, II.

⁴¹² Çek anlaşmasının hukuk niteliği ile ilgili olarak ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı inceleme için bkz.: Habicht, **a.g.e.**, s.14 vd.; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1090 vd.

⁴¹³ BK m. 386/II: “Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tâbi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur.”

⁴¹⁴ Habicht, **a.g.e.**, s.31,32; Widmer (Honsell/Vogt/Watter), **a.g.e.**, OR. Art. 1103, Rn.6, s.2204,2205; Meier-Hayoz/von der Crone, **a.g.e.**, s.222; Göle, **a.g.e.**, s.93; Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1097; Poroy/Tekinalp, **a.g.e.**, N.456, s.267; Eriş, (2004), s.114.

⁴¹⁵ Kendigelen, (**Çek**), s.64 dn.68. Çek anlaşması ile vekâlet akdinin uyuşmayan diğer yönleri ile ilgili olarak bkz.: Öztan, (**Kıymetli Evrak**), s.1094.

⁴¹⁶ Tekil, **a.g.e.**, s.76 dn.63; Kendigelen, (**Çek**), s.58 dn.57.

hesabına” yapmaktadır⁴¹⁷. Zira keşidecinin banka üzerine çek düzenleyebilmesi için, ya bizzat banka hesabına para yatırmak ya da banka tarafından kendisine bu yönde kullanılmak amacıyla kredi açılması suretiyle belirlenmiş olan bir karşılığın var olması şarttır (TK m. 695). Nitekim bankanın yaptığı ödemeler ilişkinin niteliği icabı, keşideci tarafından önceden yatırılmış veya taraflar arasında kararlaştırılmış olan bu değer üzerinden keşideci hesabına/zimmetine yapılmaktadır⁴¹⁸. Dolayısıyla çekin sahte veya tahrif edilmiş olması rizikosunu, bankanın kusursuz olduğu hallerde esasen hesap sahibine aittir. Banka ödemeyi keşidecinin hesabına yaptığı için, çek gerçekte keşideci (veya yetkili temsilcisi) tarafından düzenlenmemiş olsa veya sonradan tahrif edilmek suretiyle değişikliğe uğratılmış olsa dahi, banka söz konusu çek bedelini keşidecinin hesabına fiilen borç olarak kaydedecek ve dolayısıyla söz konusu ödeme neticesinde zarara uğrayan kişi netice itibarıyla keşideci olacaktır. Nitekim bu durumu göz önünde bulunduran İsviçre ve Türk kanun koyucuları TK m. 724 (OR Art. 1132) hükmünü sevk ederek, her iki tarafın da kusursuz olması halinde keşidecinin uğrayacak olduğu bu zararı, onun üzerinden alıp muhataba yüklemişlerdir ki, bizzat böyle bir hükmün düzenlenmiş olması dahi zararın gerçekte muhatabın değil keşidecinin malvarlığı üzerinde gerçekleşecek olduğunun önemli bir göstergesidir. Zira yukarıda belirtildiği üzere bir kısım yazar tarafından savunulmuş olduğu gibi zarar, gerçekte muhatabın kendi malvarlığı üzerinde gerçekleşiyor olsaydı, kanun koyucu zararı muhataba yükleyen böyle bir hükmü sevk etmek suretiyle hukuki durumu tekrar etme yoluna zaten gitmezdi.

Diğer yandan Federal Mahkeme tarafından da tespit edildiği üzere bankanın yaptığı ifa, esasen taraflar arasında önceden kurulmuş olan borç ilişkisine (çek anlaşmasına) dayanmaktadır. Zira bu ilişki hiç kurulmamış olsaydı, banka zaten

⁴¹⁷ Tekil, **a.g.e.**, s.76 dn.63. Karş.: Domaniç, (**Şerh**), s.605,606. Bu son yazar muhatabın, ödemeyi hem keşideci hesabına hem de keşideci adına, ona vekâleten yaptığını ileri sürmektedir ki, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere muhatabın ödemeyi keşideci adına yapmış olduğu görüşüne katılmıyoruz. Aynı şekilde bankanın havale esasına dayanan bütün ödemelerini, müşterisi adına ve hesabına yaptığı hususunda bkz.: Fırat Öztan, **Garantili Çek**, Ankara, 1982, s.29. Von Büren ise tam tersine, muhatabın ödemeyi bizzat kendi adına ve hesabına yaptığı, keşidecinin borcunu onun yerine ödediğini ileri sürmüştür. Von Büren, **a.g.e.**, s.133 (Tekil, **a.g.e.**, s.76 dn.63-naklen).

⁴¹⁸ Bu noktada bankanın herhangi bir kredi ilişkisinin yokluğuna rağmen müşterisini karşılıksız çek keşidesinin sonuçlarından kurtarmak amacıyla çek bedelini ödemek suretiyle karşılık tahsis etmesi halinde de sonuç değişmeyecek ve bu halde de bankanın yaptığı ödeme taraflar arasında zimnen akdedilmiş olan kredi sözleşmesi uyarınca, keşideciye sağlanmış olan kredi miktarından keşideci hesabına yapılmış olacaktır.

böyle bir çeki ödemeyecekti. Dolayısıyla sahte veya tahrif edilmiş çeklerde her ne kadar keşideci tarafından yöneltilmiş bir ödeme talimatı olmasa veya talimatın içeriği sonradan değişikliğe uğratılmış olsa da, yapılan ödeme her şeyden önce taraflar arasında yer alan sözleşmesel ilişkiye, yani çek akdine dayanmaktadır. Tabiki bu durum, ödemenin geçerli bir ifa olarak kabul edilmesi manasına gelmemektedir; ancak, söz konusu ilişki uyarınca üstlenilmiş olan borcun yerine getirilmesi amacına yönelik, fakat gereği gibi yapılmamış yani “kötü bir ifanın” varlığından bahsetmeyi olanaklı kılmaktadır. Bu nedenle bankanın sahte veya tahrif edilmiş bir çek bedelini keşideci hesabına borç kaydetmek suretiyle ödemiş olması halinde, bankanın çek anlaşması uyarınca üstlenmiş olduğu borcunu gereği gibi ifa etmemiş olmasından ve keşideci nezdinde oluşmuş bir zararın varlığından bahsedilecektir⁴¹⁹. Dolayısıyla ikinci görüş taraftarlarının böyle bir durumda söz konusu çeki ödeyen muhatabın borcunu ifa etmiş olmasından bahsedilemeyeceği ve netice itibariyle zarara uğrayacak olanın banka olacağı yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

§ 4. Değerlendirme ve -de lege ferenda- Önerilen Denetim Usulü

i. Kusursuz Sorumluluğu Bertaraf Eden Kayıtlar: Bankanın sorumluluğunu kaldıran kayıtlarla ilgili olarak buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bankanın kusursuz olduğu durumlara ilişkin genel tutum, TK m. 724’ün emredici olmadığı ve dolayısıyla tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile söz konusu kanuni düzenlemenin aksini kararlaştırmalarının mümkün olduğu yönündedir. Yargıtay’ın ise 724. maddenin aksinin kararlaştırılamayacağı yönünde vermiş olduğu kararlarından, hükme emredici bir nitelik tanıma eğiliminde olduğu görülmektedir.

⁴¹⁹ Borçlar Hukuku alanında bir “borcun ihlâli” ya da başka bir söylemle “borcun ifa edilmemesi”, borcun hiç ifa edilmemiş olmasının yanı sıra, borç ilişkisine uygun bir ifanın yapılmamış olması halini, yani borcun kötü ifa edilmiş olmasını veya başka bir deyişle borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması hallerini de kapsar. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s.283; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, **a.g.e.**, s.851; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 1975, s.243-248; Eren, **(BH-III)**, s.219. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi bankanın, hesap sahibi (veya yetkili temsilcisi) tarafından düzenlenmiş olmayan bir (sahte) çeki veya sonradan tahrif edilmiş bir çeki ödemesi halinde, gereği gibi yapılmamış olan yani kötü bir ifanın varlığından bahsedilecektir.

İsviçre ve Türk Hukuklarında, muhtevası önceden sözleşenlerden birisi (banka) tarafından tek yanlı olarak belirlenmiş, GİŞ esasına dayanan ve rizikoyu büyük ölçüde karşı tarafa yükleyen bu gibi sözleşme hükümlerini, ekonomik ve sosyal açıdan daha güçsüz olan taraf açısından sınırlayıp, bu kişileri koruyucu nitelikte kurallar getiren özel bir kanuni düzenleme bulunmaması, bankaların sorumluluğunu sınırlayan ya da ortadan kaldıran sözleşme hükümlerinin geçerliliği meselesinin, genel hükümler ışığı altında değerlendirilmesini zorunlu hale getirmiştir. Alman Hukukunda GİŞ ilk olarak 9 Aralık 1976 tarihinde kabul edilen “Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Kanun” (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen/AGBG)⁴²⁰ ile özel olarak düzenlenmiş ve daha sonra bu yasa, maddi hukuka ilişkin hükümleri bakımından Alman Medeni Kanununun bünyesine alınmıştır (BGB § 305-310). BGB § 307 (1) uyarınca: “*GİŞ içinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde mağdur eden hükümler geçersiz sayılacaktır.*”. BGB § 307 (2), 1 uyarınca ise: “*GİŞ içinde yer alan bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde yatan asli düşünceye aykırı düşüyorsa, bu kaydın kullanan karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde mağdur ettiği kabul edilir.*”.

Konuya Alman Medeni Kanununda yer alan söz konusu düzenleme açısından yaklaşıldığında, bankaların koşullarını tek taraflı olarak belirledikleri çek anlaşmalarındaki 724. madde düzenlemesinin aksini öngören sözleşme kayıtlarının, banka müşterilerini dürüstlük kuralına aykırı olarak mağdur ettiğinden bahsedilebilecektir. Nitekim çek kullanmak isteyen kişilerin söz konusu sözleşme koşullarını tayin etme sürecine katılmaları bir yana, sözleşme hükümleri üzerinde tartışma ya da pazarlık yapma imkanı dahi bulunmaksızın sözleşmeyi imzalamak durumunda oldukları göz önünde bulundurulduğunda, bu yöndeki banka uygulamalarının hesap sahiplerini ne derece mağdur ettiği anlaşılabilecektir. Zira bir yandan TK m. 694/I uyarınca çek muhatabının banka olması zorunluluğu nedeniyle keşidecinin muhatabı seçme imkanının olmayışı, diğer yandan neredeyse piyasadaki tüm bankaların genel işlem şartlarında 724’ün aksine düzenlemelerin bulunması,

⁴²⁰ Söz konusu kanunun yürürlükte kaldığı süre: 09.12.1976 – 31.12.2001.

fakat müşterilerin aksini kararlaştırma hatta tartışma imkanın dahi bulunmayışı, sözleşme özgürlüğü ilkesinin ne derece banka lehine kullanıldığının açık bir göstergesidir. Dolayısıyla da taraflar arasında kendi iradesini beyan edebilme ve özellikle kabul ettirebilme hususunda bu derece bir farklılığın bulunduğu GİŞ esasına dayanan sözleşmelerde, kanun koyucu tarafından getirilmiş olan yedek hukuk kuralının (TK m. 724) aksinin kararlaştırılabileceğini kabul etmek bizce mümkün olmamalıdır. Çünkü sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün taraflardan birinin elinden tamamen alınmış olduğu böyle bir ilişkide, sözleşme özgürlüğü ilkesinin ve sözleşme taraflarına tanınmış olan yedek hukuk kurallarının aksini kararlaştırma imkanının açıkça amacından saptırılması⁴²¹ ve bankalarca kötüye kullanılması söz konusudur ki, bu durum banka müşterileri açısından mağdur edici oluşu, kamu düzenine⁴²² ve ayrıca dürüstlük kuralına aykırılığı sebebiyle kanaatimizce kabul edilemez⁴²³. Nitekim Türk Kanun Koyucusu, Borçlar Kanunu Tasarısının 20 ile 25. maddeleri arasında GİŞ’i genel olarak düzenleme altına almış ve içerik denetimine ilişkin “Geçersizlik” başlığını taşıyan 25. maddede: “Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa **dürüstlük kurallarına** aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu **ağırlaştırıcı** nitelikte olanlar geçersizdir.” demek suretiyle, “dürüstlük kuralı” ölçütüne dayanan bir denetim normu belirlemiştir⁴²⁴.

Bu belirlemeler ışığı altında, GİŞ’e dayanan sözleşme kullanan bankaların, sahte ve tahrif edilmiş çeklerden kaynaklanan 724. madde sorumluluklarını ortadan

⁴²¹ Yargıtay da bir kararında GİŞ denetiminde yedek hukuk kurallarının işlevini vurgulamıştır: “...Ayrıca tamamlayıcı hukuk kurallarının düzenleme fonksiyonu, hakkaniyete uygunluk gibi esaslar göz önünde tutularak, genel işlem şartları içinde yer alan bazı kuralların da geçersiz sayılacağı kabul edilebilecektir.” 11.HD., 14.04.1995, E.1993, K.3369 (YKD., 1995, s.1407 vd.).

⁴²² Stockar, **a.g.e.**, s.75 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s.201 vd.

⁴²³ Nitekim Alman Hukukunun sözü edilen düzenlemesinden esinlenen **Teoman** da, genel işlem şartlarında yer alan ve GİŞ kullananın karşısındaki sözleşme tarafını iyi niyet kurallarına aykırı bir biçimde zarar uğratan kayıtların geçersiz olacağını belirtmiş ve tarafların genel işlem şartı ile ayrıldıkları yasal düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmayan ya da sözleşmenin niteliğinden doğan hak ve yükümleri, sözleşmenin amacını gerçekleştirmesini tehlikeye düşürecek biçimde sınırlandıran kayıtların varlığı durumunda, bunların karşı tarafı zarara uğrattığının kabul edileceğini ifade etmiştir. Teoman, Alman Genel İşlem Şartları Yasası’nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye’de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı, **İstanbul Ticaret Odası Yayını** (teksir), İstanbul, 1981.

⁴²⁴ Ancak şunu belirtmeliyiz ki, “dürüstlük kuralı” ölçütünü temel alan söz konusu tasarı hükmünün, Alman Medeni Kanununda (BGB § 307) olduğu üzere söz konusu ölçütü daha somut bir şekilde açıklaması ve bu anlamda hangi hallerin varlığı durumunda dürüstlük kurallarına aykırı davranılmış olacağının belirlenmesi, hükmün uygulama alanının daha net bir şekilde belirlenebilmesi açısından bizce yerinde olurdu.

kaldıran ve tam tersi bir sorumluluk esası öngören sözleşme kayıtlarının geçerliliği denetiminde izlenilmesini öngördüğümüz prosedürü şu şekilde özetleyebiliriz: Bankaya hiçbir kusurun atfedilemiyor olması ihtimalinde zararın keşideciye ait olacağına ilişkin sözleşme kaydının, tam tersine tarafların kusursuz olduğu hallerde zararın bankaya ait olmasını öngören 724. madde hükmünün temelinde yatan asli düşünce ile bağdaşması mümkün olmadığı için bizce “geçersiz” sayılması gerekmektedir. Burada hakim, mukayeseli hukuktan (BGB § 307) yararlanabileceği gibi; kanun koyucunun sözleşenler arası dengeyi gözetmek suretiyle oluşturmuş olduğu söz konusu yedek hukuk kuralını, karşılıklı irade uyuşması suretiyle değil de, bulunduğu ayrıcalıklı ve üstün konumdan yararlanmak suretiyle tek yanlı olarak hazırladığı GİŞ ile uygulama dışı bırakan bankanın bu işlemini, mevcut özel hukuk düzenimizin genel ilkelerine (MK m. 2, kamu düzeni, sözleşme serbestisi ilkesi (BK 19/II)) aykırılığı sebebiyle de geçersiz kılabilir. Zira sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün banka müşterilerinin elinden alınmış ve taraflar arası kuvvet eşitliğinin banka lehine bozulmuş olduğu böyle bir ilişkide, sözleşme hukukumuzun temelini teşkil eden “sözleşme özgürlüğü ilkesi”nin geçerli bir şekilde kullanılmış olduğundan bahsetmek mümkün olmayacak, dolayısıyla da bankanın bu ilkeye dayanarak oluşturduğu yedek hukuk kuralının aksini öngören sorumsuzluk kayıtları, dürüstlük ilkesine ve kamu düzenine aykırı bir şekilde oluşturulmuş olmaları nedeniyle geçersiz sayılabilecektir.

Sonuç itibarıyla 724. madde her ne kadar emredici nitelikte bir hüküm olmasa da, söz konusu hükmün aksini öngören düzenlemenin denetimi aşamasında bizce her şeyden önce, sözleşmenin bireysel bir sözleşme değil, GİŞ’e dayanan bir standart sözleşmede niteliğinde olması ve dolayısıyla sözleşme içeriğinin belirlenmesi hususunda taraflar arasında yer alan kuvvet eşitsizliği ve buna bağlı olarak yedek hukuk kuralının aksinin, BK m. 19/II uyarınca taraf iradelerinin uyuşması suretiyle değil de, bankaca tek yanlı olarak belirlenmiş olması göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim bu hususların dikkate alınması durumunda, sözleşme özgürlüğü ilkesinin diğer tarafını mağdur edecek şekilde kötüye kullanan bankanın, üstün konumundan yararlanmak suretiyle, müşterisi lehine getirilmiş olan söz konusu yedek hukuk kuralını (TK m. 724) tek taraflı olarak değiştiren ilgili genel işlem şartı, medeni hukukun temel ilkelerine (MK m. 2, kamu düzeni, sözleşme özgürlüğü) aykırılığı

sebebiyle kanaatimizce geçersiz sayılabilecektir. Dolayısıyla doktrinde⁴²⁵ önerildiği üzere sözü edilen hükme emredici nitelik tanınması suretiyle varılacak olan sonuç, esasen hükmün şu an ki durumuyla dahi yukarıda belirtmiş olduğumuz denetim usulünün uygulanması suretiyle elde edilebilecektir.

ii. Kusur Sorumluluğunu Bertaraf Eden Kayıtlar: Bankanın kusurlu olduğu hallerde sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da sınırlandıran kayıtların geçerliliği, BK m. 99 ve m. 100 hükümleri çerçevesinde ele alınmış ve bu bağlamda bankalar, 99/II ve 100/III anlamında “imtiyazla verilen bir sanatı icra eden kurumlar” olarak nitelendirilmek suretiyle, banka sözleşmelerinde yer alan sorumsuzluk şartlarına önemli sınırlandırmalar getirilmiştir. Ne var ki çekle ilgili işlemlerin genellikle bankaların yardımcı şahısları tarafından gerçekleştiriliyor olması gerçeği karşısında, bankaya yardımcı şahsının hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluktan kurtulma imkanı tanıyan bir denetim mekanizmasının (BK m. 100/III), GİŞ’e dayanan banka sözleşmelerinde diğer taraf açısından yeteri derecede bir koruma sağlayıp sağlayamayacağı meselesi bizce tartışmaya açıktır. Çünkü, banka ile müşterileri arasındaki **GİŞ esasına dayanan sözleşmesel ilişki**, bireylerin sözleşme içeriğini ve dolayısıyla sorumluluğa ilişkin şartları belirleyebilme hususunda eşit konumlarda olduğu **bireysel sözleşme**⁴²⁶ ilişkilerinden ayırt edilmeli ve şartların tamamının banka tarafından tek taraflı olarak belirlendiği böyle bir ilişkide, “sözleşme özgürlüğü ilkesi”nin tamamen banka yararına kullanıldığı göz ardı edilmemelidir.

Nitekim sorumsuzluk şartlarının geçerliliğini düzenleyen BK m. 99 ve m. 100 hükümleri, esasen daha çok her iki tarafın da kendi gerçek idaresini beyan etme, sözleşmenin diğer tarafını ve bu bağlamda sözleşme koşullarını seçme olanağının bulunduğu bireysel sözleşmeler açısından etkin bir denetim sağlayabilecek olup; sözleşme muhtevasını belirleme serbestisinin -banka sözleşmelerinde olduğu üzere- yalnızca taraflardan birisi lehine kullanıldığı ve özellikle sosyo-ekonomik açıdan daha üstün konumda bulunan tarafın diğer tarafı, tek yanlı olarak hazırladığı

⁴²⁵ Yasaman, **a.g.m.**, s.230; Paslı, **a.g.m.**, s.669.

⁴²⁶ “Bireysel Sözleşme” ile kastedilen, BK m. 1 anlamında sözleşme deyince akla ilk gelen klasik sözleşme tipidir. Burada sözleşenler irade uyuşması elde edinceye kadar her nokta üzerinde tartışır ve pazarlık ederler. İcaba davet, icap, karşı icap ve kabul, bireysel sözleşmelerin karakteristik özelliğini teşkil eder. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s.154.

sözleşme muhtevasını adeta kabul etmek zorunda bıraktığı GİŞ esasına dayanan sözleşmeler açısından ise söz konusu hükümlerin ne derece işlevsel olacağı tartışmaya açık bir meseledir.

Daha önce de belirtildiği üzere⁴²⁷ GİŞ'e dayanan sözleşmelerde, sözleşme kapsamının taraflarca karşılıklı görüşme ve pazarlık yapma usulünce belirlenmesi gibi bir durum söz konusu olmayıp, üstün konumda bulunan tarafın tek yanlı iradesiyle daha çok kendi menfaatlerini gözetir şekilde oluşturmuş olduğu bir sözleşme modeli söz konusudur. Dolayısıyla böyle bir ilişkide sözleşme özgürlüğü ilkesinden -taraflardan birisi lehine- sapılmış olduğu açıkça ortadadır. Nitekim ekonomik ve sosyal açıdan müşterisine oranla daha üstün konumda bulunan bankanın, müşterisini sözleşmeyi ya söz konusu GİŞ ile beraber kurma ya da hiç kurmama şeklinde bir tercihe zorladığı, ona sözleşme içeriği ve koşulları üzerinde hiç bir söz hakkı tanımadığı hallerde, irade özgürlüğünden bahsedilmesi mümkün değildir⁴²⁸. Dolayısıyla her iki tarafın da sözleşme muhtevasının belirlenmesi aşamasına aktif bir şekilde katılmış olduğu sözleşmelerdeki sorumsuzluk kayıtlarının denetimi amacına yönelik BK m. 99 ve m. 100 hükümlerinin; taraflardan yalnızca birisinin iradesini yansıtan -GİŞ'e dayanan- sözleşmelerde, diğer tarafın haklarının adalete ve hakkâniyete uygun bir şekilde korunabilmesi açısından tek başına yeterli olması bizce mümkün değildir. Her ne kadar kanun koyucu 99/II ve 100/III maddelerinde getirmiş olduğu istisnalarla sözleşme özgürlüğü ilkesinin kötüye kullanılması suretiyle güçsüz tarafın mağdur edilmesini engellemeye çalışmış olsa da, bizce yine de söz konusu hükümler GİŞ'e dayanan sözleşmeler açısından yeteri derecede etkin bir koruma sağlayamayacaktır. Şöyle ki, 99/II ve 100/III anlamında imtiyazlı bir kuruluşla sözleşme akdedecek olan kişinin -bu kurum GİŞ kullanmadığı sürece- az çok sözleşmenin içeriği hakkında fikir beyan etme ve bazı hususları tartışabilme imkanı vardır ya da en azından öyle olduğu kabul edilebilir. Oysa ki GİŞ'e dayanan sözleşme modelinin kullanıldığı durumlarda böyle bir imkan söz konusu değildir. Kişinin yapabileceği tek şey, içeriği ve şartları önceden karşı tarafça belirlenmiş olan sözleşmeyi imzalamak ya da sözleşme konusundan vazgeçmektir. GİŞ kullanan tarafın genellikle geniş örgüt ağına sahip bir tüzel kişilik olacağı ve bu

⁴²⁷ Bkz.: 3. Bölüm, § 1.

⁴²⁸ Serozan, (Sözleşmeden Dönme), s.208; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, a.g.e., s.882

nedenle faaliyetlerini daha çok yardımcı şahısları vasıtasıyla yerine getireceği düşünüldüğünde de, yardımcı şahsın hafif kusurundan kaynaklanan zarardan sorumsuzluğu öngören 100/III düzenlemesinin, GİŞ kullanan tarafın menfaatine, ancak diğer tarafın aleyhine ve dolayısıyla hakkâniyete aykırı sonuçlar meydana getireceği açıktır.

Dolayısıyla sorumsuzluk kayıtlarının denetlenmesi aşamasında bizce, öncelikle bu kayıtların irade ve sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca belirlenmiş olan bireysel bir sözleşme de mi, yoksa söz konusu ilkenin büyük ölçüde sözleşme içeriğini belirleyen taraf lehine ihlâl edilmiş olduğu GİŞ esasına dayanan bir sözleşmede mi yer aldığı belirlenmeli ve bu fark, sorumluluğu sınırlayan ya da kaldıran sözleşme şartının geçerliliği denetimde dikkate alınmalıdır. Zira ikinci durumda, genel işlem şartlarının kaleme alınmasında hiçbir işlevi olmayan müşteri, normalde akdedeceği bireysel sözleşmede sahip olacağı konumdan çok daha dezavantajlı bir konumda olup, özellikle sözleşme tarafları arasında en adil dengeyi sağladığı düşünülen⁴²⁹ yedek hukuk kurallarının hepsinden kendisi aleyhine sapılmış durumdadır⁴³⁰. Dolayısıyla da genel işlem şartlarında yer alan sorumsuzluk şartlarının, bireysel sözleşmelerde yer alanlara oranlara daha sıkı bir denetime tabi tutulması, özellikle hukuk düzeninden beklenen adalet ve hakkâniyetin gereği gibi sağlanabilmesi ve bu anlamda sözleşenler arasındaki eşitliğin korunup, dengeyi bozucu davranışların etkin bir şekilde denetim altına alınabilmesi açısından bir zorunluluktur.

Tüm bu belirlemeler ışığı altında, banka ile müşterisi arasındaki sözleşmesel ilişkinin oluşum süreci göz önünde bulundurulduğunda, bankanın kusurlu olduğu hallere ilişkin sorumsuzluk şartlarının geçerliliği hususunda BK m. 99/II ve m. 100/III'e oranla, daha sıkı bir denetime ihtiyaç olduğu sonucuna varmaktayız. 724. madde uyarınca en ufak bir dikkatsizliğinden ötürü dahi sorumlu olan ve sözleşmesel ilişkide bu sorumluluğunu kısıtlama imkanı olmayan keşidecinin her türlü kusurundan ötürü sorumlu olmasına karşılık, bankanın, 100/III hükmünün sağlamış olduğu “yardımcı şahsın hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluktan kurtulma imkanı”ndan faydalandırılması, sözleşenler arasındaki dengenin banka lehine

⁴²⁹ Akman, **a.g.t.**, s.71.

⁴³⁰ Atamer, **a.g.e.**, s.59.

bozulması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla kanaatimizce banka genel işlem şartlarında yer alan ve bankayı yalnızca ağır kusurundan ötürü sorumlu kılan bu gibi sözleşme kayıtlarının, yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü geçersiz sayılması ve bu doğrultuda bankanın gerek organının gerekse yardımcı şahsının her türlü kusurundan ötürü sorumlu tutulması gerekmektedir. Bu noktada bankanın kusurunun derecesi, yalnızca sorumluluk kapsamının ve bu anlamda tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Nitekim BK m. 99/II ve m. 100/III hükümlerinin Borçlar Kanunu Tasarısındaki karşılığını oluşturan 114/III ve 115/II hükümlerinin, sorumsuzluk kayıtlarına ilişkin daha katı kurallar getirmesi, sevindirici bir gelişmedir. Buna göre, imtiyaz suretiyle verilen bir işi icra eden borçlunun, hafif kusurundan doğan sorumluluğunu bertaraf eden sözleşme kaydının geçerliliğini hakim taktirine bırakan BK m. 99/II düzenlemesi, BKT m. 114/III'te *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* denmek suretiyle değiştirilmiş ve hakim taktir yetkisine bağlı olarak geçerlilik kazanabilecek sorumsuzluk şartı, kesin olarak hükümsüz kılınmıştır. Diğer yandan borçluya, yardımcı şahsın hafif kusurundan doğan sorumluluktan önceden yapacağı anlaşma ile kendisini kurtarma imkanı tanıyan BK m. 100/III hükmü, BKT m. 115/II’de: *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san’at, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* şeklinde değişikliğe uğratılmıştır. Nitekim tasarının bu haliyle kanunlaşması durumunda, banka sözleşmelerinde yer alan sorumsuzluk şartları daha etkin bir şekilde denetim altına alınabilmektedir.

SONUÇ

Söz konusu çalışma kapsamında varmış olduğumuz sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Muhatabın keşideciye karşı sahte veya tahrif edilmiş çekten doğan sorumluluğu, Ticaret Kanunumuzun “**Sahte veya Tahrif Edilmiş Çek**” kenar başlığını taşıyan 724. madde hükmü ile özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmesi neticesinde meydana gelen zararın, fail dışında kime ait olacağı hususunu, **yalnızca keşideci - muhatap ilişkisi** açısından ele almış ve muhatap bakımından “**kanunda doğan kusursuz bir sorumluluk esası**” getirmiştir. Buna göre, sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyen muhatap, zararın meydana gelmesinde keşidecinin hiçbir kusurunun bulunmaması durumunda, kusursuz olsa dahi keşideci nezdinde meydana gelen zarara katlanmak zorundadır.

2. Muhatabın, keşideciye karşı 724. madde uyarınca sorumlu tutulabilmesi için, çekin **sahte** veya **tahrif edilmiş** olması, çek bedelinin muhatapça **ödenmiş** olması ve ödeme neticesinde **keşidecinin zarara uğramış olması** gerekmektedir. Muhatabın sorumluluğunun hangi sahtelik veya tahrifattan kaynaklanacağı madde kapsamında belirtilmemiş olmakla beraber, hükmün yalnızca keşideci - muhatap arasındaki ilişkiye yönelik oluşu ve TK m. 724/c.2’de yalnızca “keşidecinin zararından” bahsedilmesi, “**keşidecinin zararına neden olan (her türlü) sahtelik ve tahrifatın**”, muhatabın söz konusu madde sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmamızı sağlamıştır.

3. Ancak, muhatabın ciranta imzalarının geçerliliğini inceleme yükümlülüğünün olmadığını belirten 713. madde düzenlemesi, söz konusu kurala, keşidecinin zararına neden olan **ciranta imzaları** bakımından bir **istisna** getirmiştir. Buna göre, muhatabın keşideciye karşı sahte imzadan kaynaklanan sorumluluğu, yalnızca keşidecinin (veya temsilcisinin) imzasının sahteliği halinde söz konusu

olabilecektir. Oysa ki, çekin henüz lehtara teslim edilmeden keşideci tarafından yitirilmesi ve lehtar imzasının taklit edilerek çek bedelinin tahsil edilmesi halinde, keşideci lehtar imzasının sahteliği sebebi ile zarara uğrayacak; fakat 713. maddenin açık düzenlemesi karşısında, ciranta imzasındaki sahteliği -keşidecinin zararına neden olsa dahi- 724. madde kapsamına giren ve dolayısıyla muhatabın keşideciye karşı sorumluluğunu gerektiren bir sahtelik hali olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak bu uygulama, 724. maddenin uygulanabilirliğini ve dolayısıyla muhatabın keşideciye karşı sorumluluğunu, failin tercih ettiği sahtecilik usulüne bağlı kılmak anlamına gelmektedir ki, bu durumu, söz konusu maddenin uygulama alanı açısından tutarsız sonuçlar doğuracak olması nedeniyle kabul etmek zordur. Çünkü, böyle bir çeki ele geçiren kişi, lehtarın imzasını taklit etmek yerine ismini tahrif etme yoluna gidebilecektir ki, her iki ihtimalde de sahtelik dolayısıyla zarara uğrayan keşideci, imza sahteliği halinde 724. madde korumasından faydalanamayacaktır. Söz konusu uygulama, lehtarın imza örneğine sahip olmaması dolayısıyla imzanın sahte olup olmadığını inceleme ve fark etme imkanı olmayan muhatap açısından son derece yerinde olmakla beraber; her iki ihtimalde de aynı zarara uğrayacak olan keşideci açısından, kabul edilebilir bir gerekçeye sahip değildir. Bu nedenle bizce her ne kadar muhatabın böyle bir sahteliği fark etme imkânı olmasa da, keşideci oranla hem ekonomik açıdan daha üstün konumda bulunması, hem de söz konusu riziko karşısında kendisini güvence altına alma imkânı olması, muhatabın, lehtarın imzasının sahte olması rizikosunu üstlenmesini gerektirmektedir. Zira bu sonuç bizce, hakkâniyete ve 724. madde düzenlemesinin var oluş amacına en uygun çözüm tarzı olacaktır. Sonuç olarak burada keşidecinin menfaati muhatabın menfaatine tercih edilmeli ve mevcut düzenlemedeki çelişki, 713. madde hükmüne 724. maddenin saklı olduğu yönünde eklenecek bir fıkra ile giderilmelidir

4. Zararın meydana gelmesinde **keşidecinin kusurunun** bulunduğu hallerde, 724. maddede öngörülmüş olan kusursuz sorumluluk esası ortadan kalkacak ve bu andan itibaren **muhatabın kusurlu olup olmaması** önem kazanacaktır. Her iki

tarafın da kusurlu olması durumunda zarar, **kusur oranına** göre taraftar arasında paylaştırılacaktır.

Bu bağlamda, kusurun ağırlığı belirlenirken bankaların yürüttükleri faaliyet icabı “**güven kurumu**” niteliğini haiz, “**imtiyazlı**” kuruluşlar oluşu ve özellikle bankacılık mesleğinin ve sektörünün kendisine özgü nitelikleri, bankaların özen ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Nitekim bankacılık faaliyetlerini başkalarından ayrıcalıklı olarak icra etme yetkisi kendisine verilmiş olan bankalardan, her halükarda olağan düzeyin üzerinde özen göstermeleri beklenecektir.

Öte yandan keşidecinin kusurunun belirlenmesi aşamasında ise, ödemelerinde çek kullanmayı tercih etmiş bir kişi olarak, tüm tehlikelere karşı uyanık olması ve normal işlerinde gösterdiğinden daha fazla dikkat ve özen göstermesi beklenecektir. Dolayısıyla keşidecinin somut olayda diğer işlerinde normal olarak gösterdiği özeni göstermiş olması, kusurlu sayılmasına bir engel teşkil etmeyecektir. Zira ondan beklenen davranış “çek kullanımının” gerektirdiği özen ve dikkati sarf etmesidir ki, buradaki ölçünün diğer günlük işlerde gereken özen ölçüsüne oranla daha ağır olması gereği, işin niteliğinin bir sonucudur.

5. Sahtelik veya tahrifatın bizzat keşidecinin ya da muhatabın **yardımcı şahsı tarafından** gerçekleştirilmiş olması halinde, keşideci ya da muhatap meydana gelen zarardan ötürü BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulmamalıdır. Çünkü bu durumda BK m. 100’ün uygulanması için gerekli olan “*zararın yardımcı şahısların işlerini icra ederken meydana getirmiş olmaları*” şartı eksiktir ve görevin icrası ile zarar verici fiil arasındaki “**uygun illiyet bağı**” kesilmiş durumdadır.

6. TK m. 724’in emredici nitelikte bir hüküm olmaması, kural olarak taraflara söz konusu hükmün aksini kararlaştırabilme imkanı sağlar. Ancak söz konusu yasal düzenlemenin aksini öngören sözleşme şartının, bireysel bir sözleşmede değil de GİŞ’e dayanan bir standart sözleşmede yer aldığı, dolayısıyla sözleşme içeriğinin belirlenmesi hususunda taraflar arasında yer alan kuvvet eşitsizliği ve buna bağlı olarak yedek hukuk kuralının aksinin, BK m. 19/II uyarınca taraf iradelerinin uyuşması suretiyle değil de, bankaca tek yanlı olarak belirlenmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda; sözleşme özgürlüğü ilkesini, diğer tarafı

(keşideciyi) mağdur edecek şekilde kötüye kullanan bankanın, üstün konumundan yararlanmak suretiyle müşterisi lehine getirilmiş olan söz konusu yedek hukuk kuralını (TK m. 724) tek taraflı olarak değiştiren ilgili genel işlem şartı, medeni hukukun temel ilkelerine (MK m. 2, kamu düzeni, sözleşme özgürlüğü) aykırılığı sebebiyle geçersiz sayılmalıdır.

Bankanın sorumluluğunu, yalnızca **ağır kusuru** ile sınırlayan sözleşme hükümlerinin geçerliliği de aynı şekilde, sorumsuzluk şartının GİŞ'e dayanan bir sözleşmede yer alması dolayısıyla geçersizlik yaptırımına tabi olmalı ve sonuç olarak kusurun önem kazandığı hallerde gerek muhatap gerekse keşideci, **her türlü kusurundan** ötürü sorumlu olmalıdır.

KAYNAKÇA*

AHRENS, Hans-Jürgen /
KREUZER, Karl

**Internationale Rechtsprechung zum
Genfer Einheitlichen Wechsel- und
Scheckgesetz**, 4. Folge (1974-1984),
Tübingen, 1993.

AKMAN, G.Sermet

“Sorumsuzluk Anlaşması”, Doktora
Tezi, İstanbul, 1976.

ALIŞKAN, Murat

Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro,
Yaylın Yayıncılık, İstanbul, 1998.

ARICI, Fatih M.

“Kambiyo Senetlerinde Temsilcinin
Yetkisini Aşarak Kambiyo Taahhüdünde
Bulunmasından Doğan Sorumluluk”,
**Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş
Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, s.11-
28.

ARSLANLI, Halil

Ticari Senetler Dersleri, 3. bs.,
İstanbul, 1954.

AŞÇIOĞLU, Çetin

“Kusurun Belirlenmesinde ve Derecelen-
dirilmesinde Hakimin ve Bilirkişinin
Fonksiyonları”, **Ticaret Hukuku ve
Yargıtay Kararları Sempozyumu – V**,
Ankara, 1998, s.105-120.

ATAMER, Yeşim

**Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırıl-
ması Sorunu Çerçevesinde Genel
İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta
Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., 2. bs.,
İstanbul, 2001.

BATTAL, Ahmet

**Güven Kurumu Nitelendirmesi
Işığında Bankaların Hukukî Sorumlu-
luğu**, BTHAE, Ankara, 2001.

BAUMBACH, Adolf /

* Birden fazla çalışmasından yararlanılmış olan yazarların, eserleri arasında karışıklığa sebep olmamak için, parantez içinde ilgili esere ait kısaltmalar verilmiştir.

HEFERMEHL, Wolfgang	Wechselgesetz und Scheckgesetz , 22. neubearbeitete und erweiterte Auflage, München, 2000.
BOZER, Ali / GÖLE, Celal	Bankacılar İçin Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi , BTHAE, Ankara, 2004.
BUCHER, Eugen	“Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen”, recht 1984 , s.97-104.
BÜLOW, Peter	Heidelberger Kommentar zum Wechselgesetz, Scheckgesetz und zu den Allgemeine Geschäftsbedingungen , 2. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, 1995.
CANARİS, Claus-Wilhelm	Bankvertragsrecht , (Erster Teil), 3. Auflage, Berlin, 1988.
ÇEKER, Mustafa	Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı , Karahan Kitabevi, Adana, 2004.
ÇETİN, Erol / MALKOÇ, İsmail	Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları , Ankara, 1995.
DOĞANAY, İsmail	Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.II, m.(420-815) , 4. bs., Beta Basım-Yayım-Dağıtım AŞ., İstanbul, 2004.
DOMANİÇ, Hayri	Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.IV: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması , İstanbul, 1990. (<i>Şerh</i>)
DOMANİÇ, Hayri	Kıymetli Evrak Hukuku , Genişletilmiş 2. bs., İstanbul, 1975. (<i>Kıymetli Evrak</i>)
DONAY, Süheyl	Son Değişiklikler Açısından Çek , İstanbul, 1986.
EREN, Fikret	Borçlar Hukuku - Genel Hükümler , C.I, 6. Baskı, İstanbul, 1998. (<i>BH-I</i>)
EREN, Fikret	Borçlar Hukuku - Genel Hükümler , C.III, Ankara, 1990. (<i>BH-III</i>)

- EREN, Fikret **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975. (*Uygun İlliyet*)
- ERİŞ, Gönen **Açıklamalı – İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.II : Kıymetli Evrak ve Taşıma**, Ankara, 1988. (*Kıymetli Evrak*)
- ERİŞ, Gönen **Açıklamalı - İctihatlı Uygulamalı Çek Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004. (*2004*)
- ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet **Uygulamada Ticari Senetler Hukuku**, Ankara, 1992.
- ERTEN, Ali **Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.
- GAUTSCHI, Georg **Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band IV, 2. Abteilung: die einzelnen Vertragsverhältnisse**, 4. Teilband, OR. Art. 394-406, 3. Neu Bearbeitete Auflage, Bern, 1971.
- GÖLE, Celâl **Çek Hukuku**, Ankara, 1989.
- GÜRBÜZ, A. Hulûsi **Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar**, 2. Baskı, İstanbul, 1985.
- ÇELEBİCAN Gürgân / KALPSÜZ Turgut / EREM Faruk) **İktisadi ve Hukuki Yönden Çek**, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1974.
- HABICHT, Ruth Erica **Der Checkvertrag und das Checkrecht**, Diss., Winterthur, 1956.
- HATEMİ, Hüseyin “Organın Eylemlerinden Dolayı Tüzel Kişiliğin Sorumluluğu”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları – Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22 Ekim 1977.

HELVACI, Mehmet

“Kambiyo Senetlerinde Defiler”,
Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
İstanbul, 1985.

HIRSCH, Ernst E.

Ticaret Hukuku Dersleri, 3. bs.
İstanbul, 1948.

HONSELL, Heinrich / VOGT, N. Peter /
WATTER, Rolf

**Kommentar zum schweizerischen
Privatrecht, Obligationenrecht II :
OR. Art. 530-1186**, Basel-Frankfurt am
Main, 1993. (Bu eserin yararlanılan
kısımları **Thomas HIPPELE** ve **Ernst
WIDMER** tarafından yazılmıştır.)

HUECK, Alfred /
CANARİS, Claus-Wilhelm

Recht der Wertpapiere, 12.
neubearbeitete Auflage, München, 1986.

HURLIMANN, Peter

**Die Haftung für den aus der Einlösung
falscher und verfälschter Checks
entstandenen Schaden**, Diss.,
Zürich/Leipzig, 1928.

İMREGÜN, Oğuz

Bilirkişi Raporları, (1971-1982), Filiz
Kitabevi, İstanbul, 2000.

İMREGÜN, Oğuz

Bilirkişi Raporları, (1992), Filiz
Kitabevi, İstanbul, 2001.

İMREGÜN, Oğuz

Kıymetli Evrak Hukuku, Filiz
Kitabevi, 13. bs., İstanbul, 2005.
(*Kıymetli Evrak*)

İNAN, Nurkut

**Çek Rizikolarından Doğan
Sorumluluk**, BTHAE, Ankara, 1981.

İNAN, Nurkut / KIVANÇ, Serpil

“Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Çeke
İlişkin Kararları (1979-1982)”, **Ticaret
Hukuku ve Yargıtay Kararları
Sempozyumu I**, Ankara, Ocak 1984.

JÄGGI, Peter /DRUEY, Jean Nicolas /
von GREYERS, Christoph

**Wertpapierrecht unter besonderer
Berücksichtigung von Wechsel und
Check**, Basel und Frankfurt am Main,
1985.

- JOOST, Detlev
“Die Verteilung des Risikos von Scheckfälschungen”, **ZHR** 153, 1989, s.237-269.
- KALPSÜZ Turgut / EREM Faruk / ÇELEBİCAN Gürgân)
İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1974.
- KAPLAN, İbrahim
“Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hâtırasına Armağan (1925-1988)**, Ankara, 1990, s.449-460. (*Bankanın Sorumluluğu*)
- KAPLAN, İbrahim
Banka Sözleşmeleri Hukuku, C.I, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1996. (*Banka Sözleşmeleri*)
- KAPLAN, İbrahim
“Banka Standart Sözleşmeleri ve Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, Aralık 1991, C. XVI, S.2, s.40-90. (*Standart Sözleşmeler*)
- KARAYALÇIN, Yaşar
Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, “Hukuki Mütalâalar”, (1992-1996), Ankara, 1997. (*Meseleler*)
- KARAYALÇIN, Yaşar
Ticaret Hukuku C.III : Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970. (*Ticari Senetler*)
- KENDİGELEN, Abuzer
Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Arıkan Basım-Yayım-Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2006. (*Çek*)
- KENDİGELEN, Abuzer
“Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı”, **İBD.**, 1990, S.7-8-9, s.586-618. (*Çekten Cayma*)
- KENDİGELEN, Abuzer
Makalelerim, C.II, (2001-2006), Arıkan Basım-Yayım-Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2006. (*Makalelerim*)
- KENDİGELEN, Abuzer
Ticaret Hukuku Kürsüsünde 15 Yıl (1986-2001)-Hukuki Mütalâalar, C.III, (Ticari İşletme, Kıymetli Evrak ve

- Borçlar Hukuku), Kararları Tamamlanmış 3. Bası, Arıkan Basım-Yayım-Dağıtım Ltd. Şti, İstanbul, 2006. (*Mütalâalar*)
- KINACIOĞLU, Naci
- MEIER-HAYOZ, Arthur / von der CRONE, Hans Caspar
- MOROĞLU, Erdoğan
- MOROĞLU, Erdoğan / KENDİGELEN, Abuzer
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut
- ÖZTAN, Bilge
- ÖZTAN, Fırat
- ÖZTAN, Fırat
- ÖZTAN, Fırat
- PASLI, Ali
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal
- Borçlar Hukuku, 5. bs., Ankara, 1999.
- Wertpapierrecht**, zweite überarbeitete Auflage, Bern, 2000.
- “Bonoda İmza”, (Karar İncelemesi), **BATİDER**, 1968, C.IV, S.4, s.714-717; **Makaleler I**, 3. Tıpkı Bası, Arıkan Basım-Yayım-Dağıtım Ltd. Şti, İstanbul, 2006, s.41-44.
- Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 8. bs., İstanbul, 2004.
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, 1970.
- Garantili Çek**, Ankara, 1982.
- Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 1997. (*Kıymetli Evrak*)
- “Ticari Senetlerde İmzaların İstiklâli İlkesi”, **BATİDER**, C.X, S.2, 1979, s.391-396.
- “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, **İBD.**, C.74, S.7-8-9, 2000, s.635-672.
- Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, Genişletilmiş 16. Bası, Arıkan Basım-Yayım Dağıtım Ltd. Şti., İstanbul, 2005.

- POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi **Ticari İşletme Hukuku**, 8.bs, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1998.
- PORTMANN, Peter **Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht**, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht-Heft 335, Bern, 1958.
- PULAŞLI, Hasan **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. bs., Karahan Kitabevi, Adana, 2004.
- REHFELDT, Bernhardt / ZÖLLNER, Wolfgang **Wertpapierrecht**, 10. neubearbeitete Auflage, München, 1972.
- REİSOĞLU, Seza **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek**, Gözden Geçirilmiş 3. bs., Ankara, Haziran 2003.
- SCHETTLER, Wolfgang / BÜELER, Heinrich **Das Wechsel- und Scheckrecht aller Länder-** Handbuch für die Praxis, Köln, 1957.
- SEROZAN, Rona “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkileri”, **MHAD**, 1968, S.3, s.108-129.
- SEROZAN, Rona **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 1975. (*Sözleşmeden Dönme*)
- STOCKAR, H. Conrad **Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht**, Diss., Basel, 1971.
- STOUFFLET, J. “Bankacılıkta Sorumluluk”, **Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, C.III, Bankacılıkta Sorumluluk**, Ankara, 1974, s.1-120.
- STRANZ, Martin **Wechselgesetz**, 14. Auf., Berlin, 1952.
- SUNGURBEY, İsmet **Borç İkrarı ve Borç Vaadi**, İstanbul, 1957.

ŞENOCAK, Zarife

Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuku Yayınları, Ankara, 1995.

ŞİMŞEK, Edip

Hukukta ve Cezada Ticari Senetler, Ankara, 1983.

TANDOĞAN, Haluk

Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, 1981. (*Kusura Dayanmayan Sorumluluk*)

TANDOĞAN, Haluk

Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara, 1961. (*Mesuliyet*)

TANDOĞAN, Haluk

“Türk Hukukunda Bankacının Hukuki Sorumluluğu”, **Mukayeseli Banka Hukuku İhtisas Dönemi, C.III, Bankacılıkta Sorumluluk**, Ankara, 1974, s.100-125. (*Bankacı*)

TANDOĞAN, Haluk

Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), C.II, 3. bs., Ankara, 1987.

TEKİL, Müge

Çekte Muhatap Bankanın Hukukî Sorumluluğu, İstanbul, 1997.

TEKİNALP, Ünal

Banka Hukuku Esasları, İstanbul, 1988. (*Banka*)

TEKİNALP, Ünal

“Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar”, **Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar-Sempozyum, (14-16 Haziran 1976)**, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1977. (*Temsil*)

TEKİNAY, Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk /ALTOP, Atillâ

Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

TEOMAN, Ömer

Alman Genel İşlem Şartları Yasası’nın Maddi Hukuka İlişkin Hükümlerinin Ana Çizgileri ve Bu Alanda Türkiye’de Uygulanabilecek Bir Yasa Taslağı,

- İstanbul Ticaret Odası Yayını** (teksir), İstanbul, 1981.
- TEOMAN, Ömer **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C.I, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 1 (1989-1991), İstanbul,1992. (*YTH-1*)
- TEOMAN, Ömer **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C.I, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 4 (1982-1983), İstanbul,1995.
- TEOMAN, Ömer **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C.I, Hukuki Mütalâalar, Kitap: 5 (1992-1993), İstanbul, 2000. (*YTH-5*)
- TIMM, Wolfram “Sorgfaltspflichten des Schecksausstellers und die Scheckprüfungspflichten der Kreditunternehmen (ohne ec-Scheck)”, **Seminar im Wertpapier und Bankrecht-Sommersemester 1999**.
- TÖRÜNER, Ekrem “Ticaret Yasamız Açısından Çekte Sahtekârlık ve Tahrifat (TTY m. 724)”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.2, 1980, s.204-221.
- TUNA, Ergun **Ticaret Hukuku**, C. III : Kıymetli Evrak, İstanbul, 2004.
- ULMER, Eugen **Das Recht der Wertpapiere**, Stuttgart/Berlin, 1938.
- UYAR, Talih **İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri**, 2. bs., Manisa, 1989.
- ÜLGİN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan **Kıymetli Evrak Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- WEBER, Rolf “Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge”, **SJZ 1985**, s.85-90.

VON BÜREN, René

La Responsabilité du Banquier Pour le Paiment des Chèques Faux ou Falsifiés, Lausanne, 1939.

VON BÜREN, René

“Chèques Faux ou Falsifiés”, **FJS**, N. 722a.

YASAMAN, Hamdi

“Çek”, **40. Yılında Türk Ticaret Kanunu**, Beta Basım-Yayım-Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1997, s.224-230.

ZIMMERMANN, Harry

Kommentar des Schweizer Scheckrechts, Zürich, 1964.