

CÂRİ HESAPTA TEDDİD

Asistan Ersin CAMOĞLU

I — GİRİŞ

Meselenin vaz'ı ve mefhumlar

Borcun sukut sebeplerinden biri olarak teddid müessesesi, bilhassa cârî hesap mukavelesinde hususî bir önem kazanır. Bu önem, cârî hesabın günümüzün iktisadî hayatında tuttuğu mühim mevki ve teddide teferrü eden neticelerin pratik değerinden doğmaktadır.

1 — *Cârî Hesap Mefhumu ve Önemi*¹

Büyük fen adamı Mongolfiye, daha 1785 yıllarında «Yüzyıl sonra dünya iki vasıta sayesinde değişecektir: elektrik ve cârî hesap....» sözleriyle bu mukavelenin önemini belirtmişti².

Ticarî hayatın en mübrem iki ihtiyacı, sür'at ve basitlik vasıflarını bünyesinde toplayabilen bu müessese, 12. asırda İtalyan şehirlerinde teamülî olarak doğmuştur³.

Cârî hesap mukavelesinde (alım satım, hizmet v.s. gibi münasebetlerden dolayı) birbirlerine devamlı ve karşılıklı tediyelerde

[1] bk. Toksal, Bakî: Hukukî Cephesile Hesabı Carî (tez), İstanbul 1956, s. 1 vd. Arslanlı, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. bası, İstanbul 1960, s. 238-258; Escarra, Jean: Principes de Droit Commercial, Paris 1936, s. 266 vd.; Hirs, Ernst: Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul 1946, s. 680 vd.; Ripert, Georges: Traité Élémentaire de Droit Commercial, Paris 1954, 3. édition, p. 838 vd.; Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. bası, Ankara 1960, s. 455-472; Guhl, Théo: Le Droit Fédéral des Obligations, (trad. René Des Gouttes) Zurich 1947, p. 206; Kerorguen: Joël du Bouetiez, La Théorie des «Remises» en Compte Courant et le Principe de l'affectation général, (thèse) 1954, (Polligraphique) p. 1 vd.

[2] Lyon Caen-Renault: Traité de Droit Commercial, Paris 1925, tome 4., 5. édition, p. 721, not: 1.

[3] Arslanlı: age., s. 238; Toksal: age., s. 6; Lyon Caen-Renault: age., s. 722, not: 791.

bulunması gereken iki şahıs, borçlarını câri hesap usulü ile ifa etmeyi taahhüt ederler. Alacak ve borçlar umumiyetle taraflardan biri tarafından tutulan müşterek bir hesaba kaydolunur. Artık, taraflar alacaklarını münferiden talep etmekten vazgeçmiştir. Âkitlerin mukavele ile tayin edecekleri veya ticari teamülle tesbit edilecek ya da kanunun (TK. 92) taayyün edecek hesap devreleri sonunda bakiye tesbit olunur. Hesabı cârîde hesap devreleri ile anlaşma süresi ayrı mefhumlardır. Şayet anlaşma süresi bitmemişse, tesbit edilen bakiye yeni hesap devresine ilk kalem olarak geçirilir. Anlaşma süresi taraflarca kararlaştırılmamışsa mukavele gayri muayyen müddet için akdedilmiş sayılır. Hesap kesiminde alacak (matlûp) ve borçlar (zimmet) toplanır, elde edilen bakiye (fark) ifa edilmekle borç münasebeti çözülür. Şu mekanizma göstermektedir ki bu müessese ticari hayatta lüzumsuz ödemeleri ve masrafları azaltıp para hareketlerini frenlemektedir⁴.

Tekâmülü boyunca hukukçular arasında birçok münakaşalara yol açan (mahiyeti, hükümleri, takas, müruruzaman vs.) câri hesap mukavelesinde bilhassa etüdümüzün konusunu teşkil eden tecdid problemi çok tartışılmıştır⁵.

2 — *Tecdid Mefhumu*

Tecdid ana hatlarıyla, bir borcun akdi surette ihdası ile eski borcun ortadan kaldırılmasıdır⁶. Tecdid akdi ile alacaklı, eski alacağından vazgeçerek yeni bir alacak kazanır. Borçlu için ise yepyeni bir borç doğar ve eski borç sukut eder.

[4] Lyon Caen-Renault: *age.*, s. 719, no: 788; Toksal: *age.*, s. 1 vd.; Arslanlı: *age.*, s. 239.

[5] Toksal: *age.*, s. 8 vd.

[6] Von Tuhr, Andreas: *Borçlar Hukuku*, (Edege terc.) Cilt: 2, İstanbul 1952, s. 703 vd.; Saymen-Elbir: *Türk Borçlar Hukuku*, İstanbul 1958, s. 858-866; Birsen, Kemalettin: *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1954, I. kitap, 3. bası, s. 602 vd.; Arsebük, Esat: *Borçlar Hukuku*, 3. bası, Ankara 1950, Cilt: 2, s. 863 vd.; Göktürk, H. Avni: *Borçlar Hukuku*, I. kısım, *Umumî Hükümler*, Ankara 1947, s. 312 vd.; Oser-Schöneberger: *İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi*, (2. basıdan terc. Ayiter), 3. cilt, Ankara, 1950, m. 117, s. 835; Funk, Fritz: *Borçlar Kanunu Şerhi*, (Velidedeoğlu-Selek terc.), I. *Umumî Hükümler*, 3. bası, s. 182 vd.; Becgueline, Edouard: *Novation*, F.J.S. No: 809; Planiol-Ripert: *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome: 7, *Obligations*, Paris 1954, 3. bası, s. 663; Tunçomağ, Kenan: *Borçlar Hukuku Dersleri*, Cilt: II, İstanbul 1962, s. 711 vd.; Guhl: *age.*, s. 205; Messineo, Francesco: *Manuale Di Diritto Civile et Commerciale*, Volume Secondo, Parte seconda, Milano 1952, s. 401.

Tecdid, ifa yerine edaya (Datio in solutum) benzeyen bir borçtan kurtulma şeklidir⁷. Borçlar Kanununun 114. m. f. 1'e göre «Tecdid akitten vazihen anlaşılmalıdır». Diğer bir ifade ile, tecdid hiç bir zaman karine olarak kabul edilemez. Bir hukuki münasebette tecdidden bahsedebilmek için, önce yenilenecek bir alacak bulunmalı (Objektif şart) ve tarafların bu alacağı düşürerek yerine yenisini ikame etmek kasdı (Sübjektif şart, Animus Novandi) mevcut olmalıdır⁸. Şimdi, ana hatlarını çizdiğimiz tecdid müessesesinin câri hesap mukavelesindeki durumunu inceleyebiliriz.

3 — Cârî Hesapta Tecdidin Önemi

Bir hukukçu cârî hesapta tecdid problemini şu teşbihle izah ediyor: «Tecdid bakımından cârî hesabın hükümlerini öyle bir kimya reaksiyonuna benzetebiliriz ki bu reaksiyonda, bir araya getirilen maddeler kendilerinininkinden tamamen ayrı vasıflar taşıyan bir cisim vücuda getirmektedirler⁹.

Acaba cârî hesapta tecdidin kabulü veya reddinin önemi nerededir? Diğer bir söyleyişle, tecdid ne gibi neticeler tevhit edecektir? Borçlar hukukundaki tecdidin umumi neticeleri gözönünde tutularak denebilir ki tecdid kabul edilirse¹⁰:

a — Eski alacak sukut edeceği için ona bağlı teminatlar da (ki bunlar aynı veya şahsi olabilir) düşecektir.

b — Kalemlerden birini (eski alacağı) sakatlıyan ayıplar, fesat sebepleri ve bu alacağa karşı ileri sürülebilecek defiler yenilenmiş olan alacağa karşı ileri sürülemezdir.

c — Her bir kalem için yürümekte olan zamanaşımı kesilir ve tecdide uğramış alacak için yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar.

d — Kabili icra bir vesikaya bağlı alacak bu vasfını kaybeder¹¹.

[7] Von Tuhr: age., s. 703.

[8] Saymen-Eibir: age., s. 859; Von Tuhr: age., s. 705.

[9] Lacour-Bouteron: Précis de Droit Commercial, 3. édition, Tome: 2, Paris 1925, p. 241, not: 2.

[10] Escarra: age., s. 306; Lyon Caen-Rensault: age., s. 751-752, no: 825; Guhl: age., s. 205.

[11] Toksal: age., s. 58, not: 3 de, Delaisi'ye atfen, hesabı cârîde tecdidin iki sonucunu daha zikrediyor. Bunlar; a) Alacağın dâva mercilerinin hesabı cârîye tâbi olması, 2) Alacağın ticarîlik ve âdilîlik vasfının değişmesi halleridir. Kanaatimce bu iki sonucun, alacağın tecdid edilmiş olması veya olmaması meselesi ile hiç bir ilgisi yoktur. Bir alacak hesabı cârîye kaydedilmekle TK. 1, 3 ve 4. maddeleri gereğince ticarî vasıf kazanır ve dâva mercileri de hesabı cârîye tâbi olur. Fakat

İşte bu sayılan neticelerin meydana gelip gelmemesi câri hesapta tecdid probleminin haline bağlıdır.

II — CÂRİ HESAPTA TECDİD PROBLEMİNE TOPLU VE MUKAYESELİ BAKIŞ

A — Doktrin:

Beynelmilel doktrinde Klasik Teori câri hesaba geçen her alacağın tecdid edilmiş olacağını kabul eder¹². Çünkü müelliflere göre, tecdid niyeti bizatihi hesabı câri mukavelesinde mündemiçtir. Netice olarak, eski alacak düşecek, onunla birlikte alacağı temin eden ve genişleten feriler de sukut edecek, alacak kendine hâs üstünlük ve nakîselerle (defilere mâruz kalma ve ayıplı olma) birlikte yok olacak, yerini yepyeni bir alacağa bırakacaktır. Fakat bu gruba giren hukukçulardan bir kısmı söz konusu tecdidi hususî bir tecdid olarak tavsif ederler. Onlara göre «Önce bir nevi tecdid vuku bulunmaktadır. Bunun neticesinde münferit alacak hesabın heyeti umumiyesine bağlanır. Ve onun kaidelerine tâbi olur. Hesabın bir parçası haline gelen alacağın şahsiyetini kaybetmiş olduğu iddia edilemez. Hakikatı halde bu alacak kendisini temsil eden adet arkasına gizlenmiş bulunmaktadır. Ve tahavvülleri ve sakatlıklarıyla her an tekrar ortaya çıkmağa hazırdır. Buna karşı alacak, vasıflarını, âdi ve ticarî mahiyetini, kendisine bağlı olan teminat ve faizlerini kaybeder. Bütün bu hususlarda câri hesabın takip ettiği kaidelere tâbi olur.»¹³

Görülüyor ki bu ikinci grup da biraz daha mutedil olmakla beraber yine, alacağın hesabı câriye girmekle tecdide uğrıyacağını kabul ederek, klasik teori içinde yer almaktadır.

Buna karşılık Modern Telâkki, câri hesaba giren alacağın tecdide maruz kalmıyacağını benimser ve savunur. Bu gruba giren müelliflerin delilleri şunlardır¹⁴:

bu sonuçların doğması hesaba giren alacağın tecdide uğrayıp uğramamasına bağlı değildir.

[12] Hirs: age., s. 685; Ripert: age., s. 845.

[13] Hamel, Joseph: Banques et Opérations De Banque, Paris 1933, Tome: 1, p. 527, no: 339.

[14] Bu deliller için bk. Elbir, Halit Kemal: Cârî Hesapta Tecdid Meselesi ve Bu Hususta Türk Doktrininin Kabul Ettiği Hal Tarzı, İHFM. 1948, Cilt: XIV, sayı: 1-2, s. 301 vd.

1 — Alacağın hesabı câriye kaydı tarafların niyeti yönünden tecdidi tazammun etmez. Tecdid, alacakla birlikte teminatların da düşmesini gerektirir ki alacaklı tarafın menfaati icabı buna yanaşmayacağı mefruz olduğundan animus novandi'den bahse imkân yoktur.

2 — Tecdid müessesesi artık eskimiş ve modern iktisadi ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. Bugün tecdidin yerini, alacaklı için daha garantili hükümler ihtiva eden, alacağın devri ve borcun nakli gibi müesseseler almıştır¹⁵.

3 — «Alacağa sadece bir hesap kalemi nazarıyla bakma temayülü mücerret bir fikirdir ve her mücerret fikir gibi de tehlikelidir. Hakkın yerine muhasebenin kaim olduğu zehabını uyandırabilir. Halbuki alacak hakkı yerini bir hesaba terkedemez.»¹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında meseleyi inceliyerek şu veciz sonuca varmıştır: «Matlûp ve zimmete geçirilen kalemler hukuk doğuran hâdiseler değildir. Onlar sadece muhasebe defterinde hukukî muamelelerin birer resminden ibarettir.»¹⁷

4 — Vivante ise tecdidin umumi şartları zaviyesinden câri hesapta tecdidin olamayacağını isbata çalışıyor. Müellife göre, tecdid için önce bir alacağın varlığı gerekir. Halbuki câri hesap münasebetinde ekser alacak, câri hesaba geçirilirken, hesapla birlikte doğmaktadır. Vivante, bu hareket noktasından, tecdidin ancak câri hesap mukavelesinden önceki alacaklar için söz konusu olabileceği sonucuna varıyor¹⁸.

B — Mukayeseli Mevzuat:

Câri hesapta tecdid konusunda mukayeseli mevzuata göz atacak olursak, bir kalemin hesaba geçmesinin tecdid sayılıp sayılmaması yönünden çeşitli memleketler mevzuatını şöyle tasnif etmek mümkündür¹⁹:

1 — Câri hesap müessesesini ve câri hesapta tecdid meselesini tanzim etmiyerek doktrin ve içtihadı bırakan memleketler: Ezcümle Fransız TK. da câri hesabın sadece tâbiri mevcuttur, izah ve tanzimi

[15] Bu fikri ileri süren müellifler: Esmein, Planiol, Martin, Guhl, Göktürk, Colin-Capitan (Elbir, agm., s. 301, not: 14 ten).

[16] Elbir: agm., s. 301 den.

[17] A. T. F., 41, III, 218 ve JdT., 1915, s. 557 (Elbir: agm., s. 302 den).

[18] Elbir: agm., s. 302.

[19] Elbir, agm., s. 302-305, bk. Lyon Caen-Renault: age., s. 750, no: 823.

doktrin ve içtihadı kalmıştır. Doktrinde ekseriyet teccid lehinedir. (Thaller, Hamel, Lyon Caen, Escarra, Journal, Bonnecarere, Colin-Capitan) ²⁰ Esmein'in temsil ettiği grup ise aleyhindedir. İctihat 1935'e kadar teccidi benimsemiş görünüyordu. Fakat Fransız Yargıtayı 1935 tarihli kararı ile bir kalemin hesaba geçmesini teccid saymamıştır ²¹. Buna rağmen 1936 dan itibaren eski içtihadı teccid eden kararlara da rastlanmaktadır. 1942 İtalyan Medeni Kanunu da teccidi sarıhçe düzenlememiştir. Fakat 1827. maddesinde, bir alacağın hesaba geçmesi o alacağa ait dâva ve şahsî defî haklarını düşürmez hükmünü vazettiği için, teccidi kabul etmediği sonucuna varılabilir.

2 — Hesabı cârî müessesesine kanunlarında yer veren memleketleri ise teccid meselesini düzenleyiş yönünden şöyle gruplandırabiliriz ²²:

a — Teccidi kabul edenler: 1890 tarihli Arjantin Ticaret Kanunu 346. m. ile bir kalemin hesabı cârîye geçmesini (bu alacak ister hesabı cârî mukavelesinden önce ister sonra doğsun) sarıh olarak teccid saymıştır ²³.

b — Teccidi reddedenler: 1900 Alman Ticaret Kanununda açıkça tecciddin bahsedilmez. Fakat mezkûr kanunun 356. m. de bakiyenin kabulü halinde kalemleri temin eden teminatların bakiyeyi de teminde devam edeceğini belirten hükmünden teccidi reddettiği neticesi çıkarılmaktadır. Çünkü bu hüküm, teccidin en mühim neticesini reddetmektedir ²⁴. İsviçre Borçlar Kanunu 117. m. de kalemlerin hesabı cârîye girmesinin, teccidi tazammun etmiyeceğini sarıhçe beyan eder. Hilâfı şart edilmedikçe teminatlar bakiyeyi de temin etmekte devam eder. İsviçre - Türk sisteminde, ancak bakiyenin diğcr âkit tarafından kabulü teccid vasfındadır ²⁵. 1957 tarihli Ticaret Kanununun kabulünden sonra Türkiye de bu gruba dahil olmuştur ²⁶.

c — İkili hal tarzı kabul eden memleketler: Ezcümle Şili, 1865

[20] Elbir: agm., s. 303, not: 22.

[21] Sirey: 1935.1.387 (Elbir: agm., s. 303, not: 25).

[22] Elbir: agm., s. 303-304.

[23] 1882 mülga İtalyan Ticaret Kanunu da teccidi sarıhaten kabul etmişti.

[24] Elbir: agm., s. 304.

[25] İsviçre ve Türkiye'yi teccidi kabul etmeyenler grubuna dahil ederken itibası önlemek için, bu tasnifin kriterini hatırlatalım: Tasnif bir kalemin hesaba girmesinin teccid sayılıp sayılmaması yönündendir. İsviçre - Türk sisteminde bakiyenin kabulü teccid vasfındadır.

[26] bk. Herde III, B.

tarihli Ticaret Kanunu ile, cârî hesap mukavelesinden önce mevcut bir alacağın hesaba geçirilmesini tecdid addetmekte, buna mukabil, mukaveleden sonra doğan bir alacağın hesaba ithalini tecdid saymamaktadır. Yani Şili kanunu zaman bakımından bir tefrik yapmaktadır. 1926 tarihli Ticaret Kanunumuz 783. m. ile bu sistemi benimsemişti.

III — TÜRK HUKUKUNDA CÂRİ HESAPTA TECDİD PROBLEMİ

Bugünkü mevzuatımızda meselemiz, hem Borçlar Kanunu (m. 114-115) hem de Ticaret Kanunu (m. 87-99) tarafından düzenlenmiştir. Bu hükümleri kül olarak ele alıp bir sonuca varmazdan önce, mevcut sistemin pek yakın bir tarihte değişmiş olduğunu gözönünde tutarak, aynı zamanda tarihi gelişime dayanan mukayeseli bir fikir vermek için, Eski Ticaret Kanunu (ETK.) zamanındaki duruma göz atmanın yerinde olacağı fikrindeyiz.

A — Eski (1926) Ticaret Kanunu Zamanında Meselemiz ve Doktrinde Varılan Hal Tarzı:

Bu devrede, BK. nun ilgili 115 inci maddesi ile ETK. nun 783 üncü maddesi gibi ilk nazarda mütenakiz görünen iki hüküm mevcuttu. BK. 115'e göre «Muhtelif kalemlerin bir hesabı cârîye mücerret kaydedilmesi ile borç tecdid edilmiş olmaz, şu kadar ki hesap kesilip de diğer tarafça da kabul edilmiş olduğu takdirde deyin tecdid edilmiş olur. Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilâfı şart edilmedikçe işbu teminata hâlel gelmez.» Maddenin çok açık ifadesinden anlaşılıyor ki BK. sistem olarak modern telâkkiyi benimsemiştir. Sadece, 115/3 tecdide teminatlar hususunda oldukça mühim bir istisna koymuştur. Bunun yanında ETK. 783/2 «Taraflar arasında hesabı cârî mukavelesinin akdinden evvel mevcut bir matlûp tarafeynin rızası ile hesabı cârîye kaydedildiği halde hilâfı şart edilmedikçe bu matlûp tecdid edilmiş olur» hükmünü sevk ediyordu. Kısaca, eski Ticaret Kanununda bir tecdid karinesi mevcuttu. Tecdid var sayılabilmek için ETK. 'nun aradığı şartlar şunlardır: 1. Hesabı cârî mukavelesinin akdinden önce mevcut bir alacak, 2. Bu alacağın tarafların rızası ile hesaba kaydedilmesi, 3. Hilâfının şart edilmemiş olması.

Lâfzen mütenakiz görünen bu iki hüküm karşısında Türk Doktrinin tutumu ne olmuştur? Belirtmek gerekir ki bu iki hükme

mukayeseli ve sentetik olarak temas edenler çok değildir. Mevcut fikirler iki grupta toplanabilir²⁷.

1 — Telifçiler

Bu grubun tezi en özlü ifadesini *Saymen*'in eserinde bulunur «İki kanun mütenakiz değildir. Borçlar Kanunu prensipi koymakta, Ticaret Kanunu ise temas ettiği konuda buna bir istisna getirmektedir. Netice olarak, bir alacağın hesaba geçmekle teccid olunabilmesi için, bu alacağın câri hesap mukavelesinden önce doğmuş olması gerekir. Şayet, mukaveleden sonra doğacak alacak hesabı câriye giriyorsa, mücerret bu kayıtle teccide uğramış olmaz.»²⁸ Telifçi müellifler arasında Ali Kemal Elbir, Gönensay ve Toksal da bulunmaktadır²⁹. A. K. Elbir bir eserinde: «Hesabı câri mukavelesinden önce mevcut bir alacağın tarafların rızası ile hesaba girmesi tecciddir. Mukavelenin akdinden sonra husule gelen alacak hesaba girmekle teccid edilmiş olmaz ve teminatlar bâki kalır.» diyor³⁰. Hırş de diğer telifçi müellifler gibi BK. 115 'i umumi hüküm ve TK. 783/2 istisna addetmektedir³¹. Toksal telifçi görüşe şu nüans farkı ile katılıyor; Müellife göre, ETK. 783/2 deki hükmü «câri hesap mukavelesinin akdinden önce mevcut matlûp» olarak değil, «câri hesap akdinin dışından kalan matlûp» şeklinde geniş tefsir etmek gerekir. Zira, bir alacak akitten sonra doğar da, akdin şümulüne girmiyebilir. Bu alacağın da hesaba kaydedilmesi teccidi tazammun eder. Kısaca müellif, diğer telifçilerin zaman şeridi içinde yaptıkları tasnifi daha geniş tefsir etmektedir³².

2 — *Manasse*'in temsil ettiği grup

Bu gruptaki müellifler ETK. ve BK. nun mütenakiz olduğu kanaatindedir. Alacak hesabı câri mukavelesinden ister önce ister sonra doğsun teccide uğramalıdır. Eski Ticaret Kanununun sarıh hükmü karşısında Borçlar Kanununun hiç bir surette tatbik yeri yoktur. Zaten mehaz İsviçre Borçlar Kanununda söz konusu edilen

[27] Toksal: age., s. 62.

[28] Saymen, Ferit Hakkı: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1950, s. 567.

[29] Elbir: agm., s. 310.

[30] Elbir, Ali Kemal: Les Relatoins d'Affaires, Paris 1939, s. 279 (Elbir, Halit K.: agm., s. 309 dan).

[31] Hırş: age., s. 681, 682-686.

[32] Toksal: age., s. 63.

ve yalnız bakiyenin kabulü halini tecdid sayan câri hesap, hakiki mânada câri hesap değildir³³. Elbir mezkûr makalesinde Manasse'i tenkit etmektedir. Müellife göre, İsviçre Borçlar Kanunundaki câri hesabın gerçek anlamda hesabı câri olmadığı söylenemez. Bu görüş, Manasse'in Rossel ve Schneider'in yanlış anlamasından doğmaktadır. Kaldı ki Türk Hukuku yönünden, Borçlar Kanunu ve Eski Ticaret Kanunundaki câri hesabı ayrı telâkki etmeğe imkân yoktur. Zira Hukuk bir küldür³⁴.

Yine Elbir, Eski Ticaret Kanunu zamanındaki sistemin tahlil, telif ve tenkidinde: bu konuda bir kanunlar içtimaından bahsedilemeyeceğini söylüyor. Müellife göre, BK. ve TK. mümassil hâdiseleri düzenliyen hükümleri ihtiva etmemektedir. Borçlar Kanunu umumî kaideyi koyarak, bir kalemin mücerret hesaba geçmesini tecdid sayılmıyacağını belirtmekte; Eski Ticaret Kanunu ise bunun tek istisnası olan mukaveleden önce mevcut bir alacağın hesaba geçmesinin tecdidi tazammun edeceği, hükmünü vazetmektedir. Hattâ bu neticeye Borçlar Kanununa gitmeden, Ticaret Kanununun mefhumu muhalifinden de gidilebilir. Sadece BK. 115/3 teminatlar hususunda tecdide bir istisna getirmiştir. Teminatların akîbeti hususunda eski Ticaret Kanununda boşluk vardır. Müellife göre, tecdide rağmen teminatların düşmiyerek bakiyeyi temin etmekte devam edeceği yolundaki BK. 115/3'ün hükmünü ETK. 783/2 deki tecdid haline kıyasen uygulamak gerekir. Zaten Ticaret örf ve âdet de bu yoldadır³⁵.

Elbir, Borçlar Kanunu ve Eski Ticaret Kanununun telifi neticesinde vardığı sonucu üç safhada inceliyor:

a — Cârî hesap akdinin inikadından önceki safhada doğan bir alacağın tarafların rızası ile hesaba girmesi halinde hilâfı şart edilmedikçe, tecdid vardır (ETK. 783/2). Müellife göre, teminatlar hususunda BK. 115/3 kıyasen tatbik olunur.

b — Cârî hesap mukavelesinin inikadından sonraki safhada doğan bir alacak hesaba girmekle tecdid edilmiş olmaz. (Prensip budur. BK. 115/1).

c — Bakiyenin kabulü, ipso iure, kanundan dolayı tecdidi tazammun eder. Ve tecdidin bütün neticelerini husule getirir (BK.

[33] Elbir: agm., s. 308; Toksal: age., s. 62.

[34] Elbir: agm., s. 309.

[35] Elbir: agm., s.312.

115/2). Yalnız, teminatlar bakımından bir istisna mevcuttur (BK. 115/3).

Fakat Elbir, pozitif hukukun kendisini götürdüğü bu üç safhalı neticenin tehlikeli olduğu fikrindedir. Müellifin kanaatine göre, «Mukaveleden önce doğanlarla sonrakileri aynı kaidelere tâbi tutmak, işleri karıştırmaktan başka işe yaramaz. En iyi yol gerek mukaveleden önce ve gerek sonraki alacaklarda bakiyenin kabulüne kadar tecdidi reddetmektir.»³⁶ Müellif, de lege feranda, vardığı bu netice ile modern telâkikye katılmaktadır. (Tecdidin eskiliği, animus novandinin karine olamayacağı, alacağa sadece bir hesap kalemi nazarıyla bakılamıyacağı delilleri ile).

B — 1957 Türk Ticaret Kanunundan Sonra Hukukumuzda Cârî Hesapta Tecdid Problemi:

1957 tarihli Türk Ticaret Kanunu (TK.) 87-99. maddelerinde cârî hesabı tanzim etmiş, aynı zamanda tecdid probleminde bir sistem değişikliği getirmiştir. Artık Elbir'in mezkûr makalesindeki «Yeni Ticaret Kanununun vazı arefesinde, kanun koyucunun daha modern kaideler vaz'ı ile Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerini ahenkleştirmesini temenni ederiz.» şeklindeki arzusu bugün gerçekleşmiş ve iki kanun arasındaki zâhiri ahenksizlik giderilmiştir. ETK. 783/2 karine olarak tecdidi kabul ettiği halde, Ticaret Kanununun ona tekabül eden 88/3. maddesi borçlar hukukunun sistemine de uyarak, tecdidin karine sayılamıyacağı prensibini koymuştur. Böylece modern görüşe uyulmuştur. Halen, Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu arasında bir ahenk ve yekdiğerini itmam etme münasebeti mevcuttur. O halde, bugünkü cârî hesapta tecdid problemini şöyle formüle edebiliriz:

1 — *Tecdidin Şartları (Hangi Hallerde Tecdid Vardır?)*

a — Cârî hesap mukavelesinden önce mevcut bir alacağın, tarafların rızasıyla hesaba geçmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, tecdid değildir (TK. 88/3).

b — Münferit kalemlerin mücerret hesaba geçmesi ile borç tecdid edilmiş olmaz (BK. 115/1).

c — Bakiyenin kabulü tecdid vasfındadır (BK. 115/2).

[36] Elbir: agm., s. 314-315.

2 — *Tecdidin İlmî ve Objektif Şartları Yönünden Bugünkü Sistemimiz*

a — Mukaveleden önce mevcut bir alacağın, tarafların rızasıyla hesaba geçirilmesiyle tecdid edilmiş olmayacağı yolundaki hüküm, ilmî yönden makul ve yerindedir. Zira bu sistem modern görüşe tetabuk etmektedir. Bu sebeple modern görüşün temsilcileri tarafından ileri sürülen deliller burada da aynen vârittir. Gerçekten, bu durumda her ne kadar tecdidin objektif şartı yani önceki alacağın varlığı mevcut gibi görünmekte ise de, animus novandi'nin mevcudiyetinden bahsedilemez. Taraflar alacağı sukut ettirip yerine bir yenisini ikame etmek değil, belki onun hesabı cârî hükümleri dairesinde itfasını arzu etmişlerdir.

Halbuki Elbir sözü geçen makalesinde, Eski Ticaret Kanunu zamanındaki tecdid karinesinin ilmî yönden doğru olabileceğini söylemektedir³⁷. Bu fikrin mefhumu muhalifinden bugünkü sistemin ilmî yönden terviç edilemeyeceği sonucu çıkar. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Maamafih, müellifin modern görüşe iltihak etmiş olması, yeni Ticaret Kanununun tecdidini reddetmesi temennisinde bulunması ve makalesinde kat'î bir ifade kullanılmıyarak «olabilir» tâbiri ile sadece bir imkânı belirtmiş olduğu göz önünde tutulursa bu mefhumu muhalif delili ile pek ihticac edilemeyeceği neticesine de varılabilir.

b — «Bir kalemin hesabı cârîye mücerret kaydı tecdid değildir» hükmü ilmî yönden yanlış değildir. Çünkü, bu halde sübjektif şart, animus novandi'den bahsedilemez. Bu hüküm de modern görüş tarafından desteklenmektedir. Ayrıca, objektif şart da yoktur. Hesaba geçirilen bir alacağın hesap içi ve dışı olarak iki ayrı varlığı mevcut değildir. Alacak hesaba geçirilmekle sadece bu surette ifa edilmesi istenmiştir. Yani hesaba kayıt fiili bir durumdur. Nitekim Von Tuhr da bu neticenin tabii olduğuna işaret ediyor. Ve tecdidin bir akit olduğu yolundan yürüyerek şu pek makul esbabı mucibeyi veriyor: «Bir kalemin hesaba kaydı muhasibin tek taraflı bir muamelesidir. Binaenaleyh hukukî rabıtayı tâdil edemez.»³⁸ Toksal da BK. 115/1 hükmünün zait olduğu kanaatindedir. Kanaatına göre, BK. 114/2 ve 115/1; 114/1 de konan ana prensibin çeşitli tezahürlerinden ibarettir. BK. 114/1 sübjektif unsuru (animus novandi) inceler. BK. 115/1 ise sübjektif unsur itibariyle tecdidin mevcut

[37] Elbir: agm., s. 313.

[38] Von Tuhr: age., s. 705.

olamayacağı bir durumu nizamlar. Bu itibarla BK. 115/1 deki hüküm zaittir. Yine bu halde tecdid objektif unsuru itibariyle de mevcut değildir. Çünkü Toksal, alacağın hesabı câriye girmesi mefhumunu reddederek alacağın hesabı câri zımında doğduğunu ileri sürmektedir. Müellife göre alacağın hesap içi ve dışı olmak üzere iki ayrı varlığı yoktur³⁹.

c — Bakiyenin kabulünün tecdidi tazammun etmesi prensibi de tecdidin umumî şartları ile kabili teliftir. Çünkü, bakiye muhtelif kalemlerin devre sonunda yapılan muhasebesi neticesinde elde edilen muhassaladır. Tâbir câizse, tek potada eriyen alacakların bir alışıdır. Onun husule gelmesinde her alacağın rolü vardır. Bakiyenin tanınması ile eski alacak yerine yepyeni bir alacak geçmiştir. Bu sebeple animus novandi'den bahse imkân vardır. Objektif şart da gerçekleşmiştir, zira önceki alacaklar düşüp yerlerine yepyeni bir alacak geçmiştir.

3 — *Tecdidin Doğum Anı (Tecdid Hangi Anda Husule Gelir?)*

Borçlar Kanununun 115. maddesinin 2. fıkrası, «bakiyenin kabulü ile» tecdidin husule geleceğini beyan etmektedir. Bilindiği gibi câri hesap mukavelesinde hesaplaşma devreleri sonunda bakiyenin taraflarca müştereken tesbit edilmesi veya hesabı tutan tarafça diğer âkide bildirilerek onun tarafından sarîh veya zımnî kabulü veya mahkeme marifetiyle tesbit ettirilmesi «tanıma» veya kabul muamelesidir. Her hesap devresi sonunda aktif ve pasif farkının yani bakiyenin, hesabı tutan âkitçe tesbiti ise hesap kapanması veya Toksal'ın tâbiri ile «hesaplaşma»dır. Sual şudur: acaba tecdid hesaplaşma anında mı yoksa kabul (tanıma) anında mı husule gelmektedir? Müelliflerin büyük ekseriyeti bu konuda tanıma anını esas alırlar⁴⁰: Ezcümle Von Tuhr tanımaya tecdid vasfını izafe etmektedir⁴¹. Gerçekten BK. 115/2 nin metni de bunu müeyyit görünür. Buna mukabil Toksal'a göre bizatihi hesap kapamaları tecdid vasfındadır. Müellifin kanaatine göre, BK. 115/2 nin metni ile yetinilirse, tanıma ile ikinci defa tecdid olunacağı sonucu çıkar ki mantıksızdır⁴². Toksal mehzâmın fransızca ve almanca

[39] Toksal: age., s. 64-66.

[40] Saymen - Elbir: age., s. 681 de «Tecdid kabul anında olur» denilmektedir. Arslanlı: age., s. 247; Karayalçın: age., s. 466.

[41] Von Tuhr: age., s. 708.

[42] Toksal: age., s. 115.

metinleri arasında fark olduğunu beyanla, almanca metnin «... bir yenilemenin mevcudiyetini kabul gerekir» şeklindeki ifadesinin türkçesi gibi kat'i olmadığını söylemektedir. Yine müellife göre, BK. 115/2 bir karine koymaktadır. Fakat bu hükmün yeri ve diğer hükümlerle olan münasebeti bir karineye de mânidir. BK. 115/1 alacağın hesaba girmesi tecdid değildir demek ve aynı maddenin ikinci fıkrası ise (BK. 115/2) «Şu kadar ki» tâbiri ile 1. fıkraya bağlı olarak başlamaktadır. Böylece ikinci fıkranın hükmü hudutlanmak istenmiştir. Daha doğrusu ikinci fıkranın tatbik sahası yönünden tereddüde mahal verilmemek istenmiştir. Gaye, bu durumdaki tecdid imkânsızlığının tanımaya şâmil olmadığını belirtmektedir. Yoksa, her tanımın tecdid olduğunu veya tecdide karine olduğunu söylemek değil. Şu muhakkaktır ki hesaplaşma ile tahakkuk eden bakiyenin tanıma muamelesi zımında tecdidine mâni yoktur⁴³. Netice olarak müellife göre, tecdid hesaplaşma anında vukua gelir. Bakiyenin tanınması ile taraflar bu borcu teyid ve tasvip etmişlerdir. Yani, tanıma anlaşması iki taraflı borç ikrarı mahiyetindedir. Anlaşmazlık halinde bakiyenin mahkemeye tesbit ettirilmesi de yine tecdid vasfını taşır.

Bizce, tecdid, bakiyenin kabulü anında vukua gelir. Hesap kapamalarına tecdid vasfının izafesine, tecdidin bir akit olması mânidir. Hesap kapanması işlemi tek taraflı bir tesbit amelîyesidir. Bu sebeple tecdidi tazammun edemez. Toksal'ın aksi tezi kabul ettirmek için ileri sürdüğü esbabı mucibe bir zorlamadan ibarettir. Sonra, Toksal ifadelerinde tenakuza düşmektedir. İki defa tecdid kabul etmenin mantıksız olacağını söylemekte, buna rağmen bakiyenin tanıma muamelesi zımında tecdidine mâni bulunmadığını ilâve etmektedir. Hakikatı halde, hesap kapanmasının tecdid vasfı olmayıp sadece bakiyenin kabulü tecdidi tazammun ettiği için bir tecdid tekerrüründen de bahsedilemeyecektir.

4 — Hesabı Cârîde Tecdidin Sonuçları

Meselemizin en mühim kısmı şüphesiz pratik sonucudur. Acaba bir kalemin hesaba geçmesinin tecdid sayılmaması ve bakiyenin kabulünün tecdidi tazammun etmesinin tesirleri ne olacaktır? Bu neticeleri üç bakımdan incelemek mümkündür.

[43] Toksal: age., s. 116.

A — Tecdidin Teminatlara Tesiri:

a — *Umumî Olarak*

İlmi bakımdan tecdid neticesinde, eski alacağın sukutunun tabii neticesi olarak teminatların da düşmesi gerekir⁴⁴. Fakat, BK. 115/3 teminatların bakiyeyi temin etmekte devam edeceği kaidesini koymuştur. Halbuki BK. 115/2 ye göre, bakiyenin kabulü tecdid vasfındadır. Bu hüküm teminatların fer'iliği ve tecdid prensibine tamamen aykırıdır. Fakat kanun vazı ilmi mutalara aykırı olan bu kaideyi, menfaatler vaziyetini gözönünde tutarak vazetmekte fayda görmüştür⁴⁵.

b — *Teminat Tâbirinin Şümulü*

Hemen bütün müelliflerce kabul edilen husus, teminatların aynı (rehin) veya şahsî (kefalet); rızai veya kanuni olabileceğidir⁴⁶. Tartışılan husus, imtiyaz ve rüçhan haklarının teminat tâbirinin şümulüne girip girmediği meselesidir. Bazı müellifler (Hirş, Vivante, Ripert) rüçhan haklarını da teminatların akibetine tâbi tutar ve neticede, tecdid ile düşmiyerek bakiyeyi temin etmekte devam edeceğini kabul ederler⁴⁷. Von Tuhr, Arslanlı, Elbir, Toksal, Funk gibi müellifler ise imtiyazları teminatlardan ayırmaktadır. Bu ikinci gruba göre, tecdidin neticeleri imtiyazlar hakkında normal olarak yürür. Yani, kabul ile tecdid edilmiş olan bakiye artık imtiyazlardan âzadedir⁴⁸. Elbir bu fikri savunurken, mehaz İsviçre BK. nun 117. maddesinde «garantie special», hususî teminat tâbirini kullanmış bulunması ve bununla umumî bir rüçhan hakkı kastedilmediği gerekçesine dayanır⁴⁹. Toksa ise, bize daha makul görünen bir gerekçe ile bu neticeye varmaktadır. Müellife göre, teminatlar ve imtiyazlar yekdiğerinden mahiyet itibariyle farklıdır. Hâkim kanaate göre, imtiyaz alacağın fer'i değil, vasfıdır. İşte BK. 115/3 bu sebeple imtiyazlara uygulanamaz, yoksa mehazın hususî teminat tâbirini kullanması sebeble değil. Toksal bu neticeye varmakla beraber imtiyazları da doğum sebebine göre, tarafların sıfatından doğan

[44] Fazla bilgi için bk. Ripert: age., s. 847 vd.; Arsebük: age., s. 864; Escarra: age., s. 307; Göktürk: age., s. 314; Lyon Caen-Renault: age., s. 751, no: 825.

[45] Toksal: age., s. 66.

[46] Von Tuhr: age., s. 709; Saymen-Elbir: age., s. 862.

[47] Hirş: age., s. 681-687.

[48] Arslanlı: age., s. 249; Elbir: agm., s. 307; Funk: age., s. 183.

[49] Elbir: agm., s. 307. Ayrıca bk. Saymen-Elbir: age., s. 862.

imtiyazlar ve alacağın mahiyeti icabı tanınan imtiyazlar olmak üzere ikiye ayırıyor. Müellifin kanaatine göre, «İmtiyaz tarafların sıfatından doğuyorsa hesaplaşma ile tecdid edilmesi onu düşürmez.» Fakat alacağın mahiyeti sebebiyle tanınmışsa tecdid neticesinde alacak sukut edeceğinden bakiye de rüçhandan âri kalır⁵⁰. Bizce, bu ikili sonucu haklı gösterecek hiç bir ilmi esbabı mucibe yoktur. Şahsın sıfatından doğanlarla alacağın mahiyetinden doğan imtiyazlar, her ikisi de, bakiyenin kabulü ile tecdid vukua geldiği için, artık devam etmiyerek düşmelidir.

Teminatlar bakiyeyi, kalemleri temin ettiği miktarda temin ederler. Daha doğru bir tâbirle alacak miktarı kadar değil, alacak sebebiyle mes'ul olunacağı miktarda bakiyeyi temin etmekte devam eder.

c — *Tecdid Neticesinde Teminatların Akibeti*

Her ne kadar konumuz tecdid halinde teminatların akibeti ise de, tecdidi tazammun etmiyen diğer halleri de incelemek faydadan hâli değildir.

ca — Mukaveleden önceki bir alacağın hesaba geçmesi halinde, TK. 88/3'e göre alacak tecdid edilmiş olmaz. Binnetice, böyle bir alacağın hesaba girmesi halinde teminatların düşmesi için hiç bir sebep yoktur.

Durum, aynı farziyede bir tecdid karinesi kabul eden Eski Ticaret Kanunu zamanında önemi haizdi. Eski Ticaret Kanunu bu farziyede teminatların durumunu düzenlememiş olduğu için, Elbir, kanunda bir boşluk bulunduğunu ve BK. 115/3'ün kıyasen tatbik edilerek teminatların tecdide rağmen düşmeyip hesaba giren alacağı temin etmekte devam etmesinin maslahata uygun olacağını söylemektedir⁵¹. Toksal bu fikri tenkit sadedinde diyor ki: 1 - BK. 115/3 tecdid prensibine bir istisna getirmiştir. Bu istisna da her istisna gibi mevridine maksur olup kıyasen genişletilemez. 2 - «Maslahata uygun olmak» yani menfaatler vaziyetinin bunu gerektirmesi, esbabı mucibesi de kıyasen tatbiki haklı göstermez. Çünkü, bakiyenin kabulü halinde, münferit kalemlerin teminatı tarafların ilk plânda temas ettikleri bir mevzu değildir. Onlar daha çok alacağın hesap içindeki yeri ve muhasebe durumu ile ilgilidirler. Halbuki ETK. 783/2 deki halde münferit alacak ve onun teminatı, yapılan mua-

[50] Toksal: age., s. 71-72.

[51] Elbir: agm., s. 313.

melenin tek ve doğrudan mevzuudur⁵². Netice olarak müellife göre, BK. 115/3 ün istisnai hükmü ETK. 783/2 deki hale kıyasen tatbik edilemez.

cb — Bir alacağın mücerret hesaba geçmesi hali de tecdid değildir. Bu şık için de prensip olarak teminatların aynen devam edeceği söylenebilir. Yalnız kanunî ve rızai teminatları tefrik etmek gerekir:

cba — Kanunî teminatlarda: Prensibe uygun olarak kanunî teminatın devam etmesi gerekirse de Toksal, «Alacağın hesabı câriye girmesi kanunen temin edilmesindeki gayeyi ortadan kaldırıyor, kanunî teminat da kalkar» demektedir⁵³. Bu fikir bizce, hiç bir kanunî mesnede dayanmamaktadır. Alacak hesaba girmekle tecdide uğramadığına göre kanunî teminatın da devam etmesi gerekir. Toksal'ın verdiği kriter de çok müphemdir. Zaten müellif de kaide olarak kanunî teminatın düşmeyip devam edeceğini söylüyor. Aynı zamanda hesaba girmenin alacağın kanunen temin edilmesi ile güdülen gayeyi ortadan kaldırdığı hale bir misal de vermemektedir.

cbb — Rızai teminatlarda: Bir alacağın mücerret hesaba geçmesi durumunda yine prensibe uygun olarak, rızai teminatlara hâlel gelmez, devam ederler.

cc — Bakiyenin kabulü halinde: BK. 115/2 gereğince, tecdidi tazammun eden bu halde, tecdidin tabii neticesi olarak, alacağın fer'i olan teminatların da düşmesi gerekirken, BK. 115/3 bu kaideye mühim bir istisna koymuş ve teminatların düşmeyip bakiyeyi temin etmekte devam edeceğini belirtmiştir.

cca — Kanunî teminatlar için de netice değişmez. Zira kanun sarihtir, kanunî ve rızai teminat tefriki yapmamıştır.

ccb — Rızai teminatta: BK. 115/3 deki, tecdide rağmen teminatların devam edeceği prensibi, tecdidin umumî neticelerine aykırı olmakla beraber, tarafların arzu ve kasdına uygundur. Çünkü, hesaba giren bir alacak anlaşma süresi sonuna kadar talep edilmeyeceğine ve ancak hesabı câri usulü ile itfa edileceğine göre tarafların onu teminat altına almak istemeleri, Toksal'a göre, ancak bakiyeyi temin etmek istemiş oldukları şeklinde tefsir edilebilir⁵⁴. Yine müellife göre, anlaşma müddeti devam ettikçe, bakiye yeni hesap devresine

[52] Toksal: age., s. 69-70.

[53] Toksal: age., s. 67.

[54] Toksal: age., s. 68.

ilk kalem olarak geçeceği için tarafların bu iradesi mukavele sonu bakiyesine müzaf sayılmalıdır.

B — Tecdidin İtiraz ve Def'i Haklarına Tesiri (Hesabı Cârîde Tecdidin İlliliği - Mücerretliği):

Bakiyenin kabulü tecdid neticesini doğurduğuna göre, her bir alacak kalemine karşı haiz olunan itiraz ve def'iler, bakiyeye karşı ne nisbette ileri sürülebilecektir? Diğer bir söyleyişle, hesabı cârîde tecdid illi mi yoksa mücerret midir?⁵⁵

Şayet, tecdidin illiliği kabul edilirse, menşe alacaktaki (kalemlerdeki) her türlü sakatlıklar aynen bakiyeye de inikas edecek, kalemlere karşı olan def'i ve itirazlar yeni alacağa (bakiyeye) karşı da ileri sürülebilecektir. Yani, yeni alacağın sahih olabilmesi için eski alacağın (kalemlerin) da sahih olması gerekecektir. Mücerretlik kabul edildiği takdirde eski alacak artık sukut ettiği için taraflar yepyeni bir alacağa sahip olmuşlardır. Eski alacağın (kalemlerin) sakatlığı bakiyenin sıhhatine hâlel getirmeyeceği gibi bu sakatlığa matuf def'i ve itirazlar da bakiyeye karşı ileri sürülemeyecektir. Eski alacağın mevcut olmadığı veya batıl olduğu sabit olursa, veya rıza fesadı ile malûl ise, mağdur taraf, bağlı tutulamıyacağını tek taraflı yenilik doğuran bir beyanla karşı tarafa bildirdiği takdirde, yine tecdidin sıhhatine hâlel gelmemekle beraber, bakiyeye karşı haksız iktisap def'i ve dâvası kullanılabilir⁵⁶. Doktrinde tartışmalı olan bu meselede müelliflerin ekseriyeti tecdidin mücerretliği tezini benimsemiştir; ezcümle Von Tuhr, Arslanlı, Funk, Hırş, Toksal, Göktürk, Arsebük bu kanaattedir⁵⁷. Bazı müellifler, ezcümle Birsen illiliği savunur⁵⁸. Doktrinde ekseriyet tecdidi mücerret addetmekle beraber, umumiyetle bu mücerretliğe mutlak bir mâna tanımamaktadır. Yani bu mücerretlik bakiyeye karşı hiç bir def'i ve itirazın ileri sürülemeyeceği mânasında anlaşılmıyor⁵⁹. Bir kısım itiraz ve

[55] Hesabı cârî mukavelesinden önce mevcut bir alacağın hesaba girmesi ve bir kalemin hesaba geçirilmesi halleri tecdidi tazammun etmediği için bu bölümde temas edilmemiştir. Teferruata girilmeksizin denilebilir ki bu hallerde itiraz ve def'i hakları aynen bakidir. Menşe muamelelerin her türlü değişikliği hesaba aynen akseder.

[56] Arslanlı: age., s. 247.

[57] Von Tuhr: age., s. 708; Göktürk: age., s. 314; Funk: age., s. 183; Arsebük: age., s. 863; Toksal: age., s. 76, not: 32; Arslanlı: age., s. 248.

[58] Birsen: age., s. 607.

[59] Karayalçın: age., s. 416.

def'in mücerret tecdide rağmen bakiyeye karşı da ileri sürülebileceği kabul ediliyor⁶⁰. Zira, aksi hal tarzının kabulü mahzurlar doğurabilir. Toksal'ın kanaatine göre, gerçek bakiye hesaptaki sahih kalemlerin mahsulüdür. Şu halde, bakiyenin tanınmasından sonra da bakiye miktarı bazı hallerde tartışılabilir⁶¹. Burada, ileri sürülecek itirazın nevine göre bir tasnif yapmak gerekir:

a — Şekli itirazlar: Kabilî dermeyandır. Hesabın yanlış tutulması ve maddî hesap hatalarına itiraz edilebilir. Bunlar tashih edilmekle yetinilir⁶² (BK. 24/3).

b — Maddî itirazlar: Bunlar kalemlerden birinin sıhhatine müteallik itirazlardır. Bu grupu da sakatlığın derecesine göre tefrik etmek gerekir.

ba — Delaisi'ye göre, rıza fesadı hallerinde yani icazetin muameleye sıhhat vereceği, hallerde, bakiyenin kabulünden sonra itiraz imkânı kalmaz. Çünkü kabul (tanıma) zımnî icazeti tazammun eder. Şüphesiz itiraz imkânının selbolması için kabul anında sakatlığa vâkıf olmak gerekir⁶³. Bizce, bahsolunan bu faraziyede bakiyeyi kabul eden kimse rıza fesadına vakıf olmasa da bu sakatlık bakiyeye karşı ileri sürülemez. Ancak sakatlığın dermeyanı ile o alacak iptal ettirildiği takdirde bakiyede bir haksız iktisap vukua gelecektir ki işte bu, dâva edilebilir.

bb — Sakatlık alacağın butlanını veya yokluğunu müstelzimse; bakiye zımında buna da itiraz kabildir. Bu fikir Toksal tarafından ileri sürülmektedir⁶⁴. Müellife göre alacağın hesabı cârinin şümulüne girmediği itirazı da aynıdır, yani bakiyeye karşı ileri sürülebilir.

Bizce de alacağın hesabı cârinin şümulüne girmemesi ve yoklukla malûliyeti hallerinde bakiyeye itiraz imkânı mevcuttur. Çünkü, bu kadar bariz sakatlık hallerinde sırf bakiyenin tecdid edilmiş olması sebebiyle, mağdura sadece bir sebepsiz iktisap talebi imkânı vermek âdil olmaz. Yok olan veya hesabı câriye girmemesi gereken bir alacağın hesaba geçirilmesi hali maddî (şekli) hesap hatalarına pek benzeyen bir durumdur. Bu sebeple bakiye zımında bunlara itiraz kabil olmalıdır. Fakat sadece alacağın butlanla malûliyeti halinde ise, mücerret tecdid vardır ve ancak haksız

[60] Toksal: age., s. 122.

[61] Toksal: age., s. 117.

[62] Karayalçın: age., s. 470; Toksal: age., s. 122.

[63] Toksal: age., s. 124.

[64] Karayalçın: age., s. 470; Toksal: age., s. 122.

iktisap talebi söz konusu olabilir. Nitekim TK. 99 da, maddi hesap hataları yanında câri hesaptan hariç addolunmak gereken bir kalemin hesaba geçmesi hali de bir itiraz imkânı olarak sayılmıştır.

Toksal'a göre, hata ve hile gibi rıza fesadı halleri de mağduru baştanberi bağlamadığı için butlan gibi muamele görmeli yani bakiye zımında onlara da itiraz edilebilmelidir⁶⁵. Gabin ise buraya girmez. Çünkü gabin iptal edilinceye kadar her iki tarafı da bağlar. Müellifin bu görüşüne de katılmıyoruz. Mücerret tecdid prensibine konulan istisnalar bu derece genişletilemez. Önce tecdidi mücerret kabul edip daha sonra istisnaları âdeta kaide haline getirmek tenakuza düşmek olur.

Bazı müellifler (Arslanlı, Toksal) bakiyenin kabulünü iki taraflı borç ikrarı mahiyetinde görmektedirler. Bu sebeple müelliflere göre def'i ve itirazların akibeti meselesi de bu zaviyeden incelenmek gerekir⁶⁶. Şu halde bakiyeye itiraz eden kimsenin imkânları ile borç ikrar eden kimsenin imkânları aynıdır⁶⁷. Bu kanaate göre de itirazları iki gruba ayırmak icap eder:

1 — Şekle ait itirazlar yapılabilir.

2 — Maddi (alacağın varlığı veya muteberliğine dair) itirazlar: Bu konuda borç ikrarının mahiyeti ve neticesi hususundaki umumî teoriden istifade etmek gerekir. Bilhassa Alman doktrin ve içtihadı borç ikrarının mücerretliğini kabul eder. Von Tuhr, Arslanlı ve Sungurbey de İsviçre - Türk hukukunda mücerretliği savunurlar⁶⁸. Sözü geçen müelliflerin fikrine göre, bakiyenin kabulü de mücerret bir tecdiddir. Ve ancak haksız iktisap talebine yol açabilir. Bilhassa Fransız müellifleri ve bir kısım İsviçreli müellif borç ikrarının illiliğini müdafaa ederler (Oser, Rossel, Becker)⁶⁹. Bu konuda İsviçre içtihat ve doktrininde Jung'un kendi adını taşıyan teorisi revaçtadır⁷⁰. Jung teorisinde şu kazuistik tasnifi yapmaktadır:

a — Gayrimeşru bir alacak tanınsa da muteber olmaz.

b — Kumar ve bahis borcu tanıma ile ıslah olmaz.

[65] Toksal: age., s. 122. Ayrıca Karayalçın: age., s. 470, not: 30 da zikredilen müellifler; Becker, Schlegelberger aynı fikirde.

[66] Arslanlı: age., s. 247-248; Toksal: age., s. 123-124.

[67] Fazla bilgi için bk. Sungurbey, İsmet: Borç İkrarı, Borç Vaadi, (tez) İstanbul 1955.

[68] Von Tuhr: age., Cilt: I, s. 272-273; Arslanlı: age., s. 248.

[69] Arslanlı: age., s. 248.

[70] Toksal: age., s. 125.

c — Mümeyyiz küçüğün borcu tanıma ile sahih olur, gayrimümeyyizinki sahih olmaz.

d — Şekil sakatlığı, tanıma gereken şekle uygun olarak yapılmışsa, düzelir. Hükümleri makable şâmilidir (Ex nunc).

e — Rıza fesadı, tanıma anında bu fesada vakıf olunması şartıyla tashih olunur.

f — Tanımadan sonra gabin dâvası açılmaz. Tanıma anında gabine ittıla da durumu değiştirmez.

g — Kabili iptal bir borç tanınırsa iptal sebebi kalkar.

h — Şartlı ve ecelli borç tanınırsa şartsız ve ecelsiz hale gelir.

İşte, adı geçen müellifin kanaatı benimsenerek bakiyenin kabulü borç ikrarı vasfında telâkki edilirse bakiyeye karşı ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar yukarki kazuistik metotla izah edilecektir.

c — Ticaret Kanununda tecdidin mücerretliğine ilk nazarda aykırı gibi görünen bazı hükümler mevcuttur. Acaba bunlar mücerret tecdid prensibi ile nasıl bağdaştırılabilir?

ca — TK. 88/1, ETK. 795 deki kaideyi aynen tekrarlamakta ve demektedir ki: câri hesaba zimmet ve matlûp kaydı, zimmet ve matlûbu doğuran mukavele veya muameleye müteallik tarafların haiz oldukları dâva ve müdafaa haklarını düşürmez. Mukavele veya muamele iptal edilirse ondan doğan kalemler hesaptan çıkarılır. Bu hüküm ilk nazarda mücerretliğe aykırı ve illiliğe delil gibi görünmektedir. Fakat tahlil edilirse, alacağın hesaba girmesi halini düzenlemektedir ki bu hal tecdid vasfını taşımamaktadır. Bunun pek tabii neticesi olarak da hesap kaleminin sebebine başlı yani illi olması gerekir. Sebep muameledeki hukukî durum aynen kaleme de inikâs eder. Şayet sebep muamele sakatlığından dolayı iptal edilirse, alacak da hesaptan çıkarılır. Zaten bu hüküm tarafların gayesine de uymaktadır. Çünkü, hesabı câri bir itfa ve istifa münasebetidir. Sebep muamele ile hesaba giren alacağın bağlantısını kesmek müessesenin gayesi değildir⁷¹. Şu halde maddenin ibaresi ancak bakiyenin kabulüne yani tecdid anına kadar câri olabilir. Tecdiden sonra sebep muamelenin iptali bakiyeye müessir olmaz.

cb — TK. 88/3 «Bir ticarî senedin hesaba kaydı bedelin tahsil edilmesi halinde muteber olmak kaydı ile vukubulmuş sayılır.» demektedir. Bu kaide de bakiyenin kabulündeki tecdid prensibini

[71] Toksal: age., s. 77.

takyit eder⁷². Senet bedeli tahsil edilemezse hesaptan çıkarılır. Ticaret Kanununun bu hükmü de mücerretliğe aykırı gibi görünmektedir. Bir kısım müellifler burada senet bedelinin hesaba bir taliki şarta bağlı olarak geçirildiğini ve ancak senet bedelinin tahsili halinde bu kaydın hüküm ifade edebileceğini söylerler⁷³. Nitekim TK. 88/3. maddesi de «şart» tâbiri ile bu fikri destekler görünmektedir. Söz konusu şart taliki olunca, bakiyenin kabulü şayet mücerret tecdid olsaydı, yenilenmiş bakiyenin kayıt ve şarttan tamamen âzade olması gerekirdi denilebilir. Kanaatimce, burada kanun vazı BK. 115/3 de teminatlar konusunda olduğu gibi, tecdid prensibine bir istisna koymuştur. Yoksa, taliki şarta bağlı bir kayıt bahis mevzuu değildir. Ticarî senetlerdeki tedavül emniyeti ve itimadı arttırmak ve senet hâmillerini korumak gayesi bu hükmün sevkinde âmil olmuştur. Bu sebeple sözü geçen hükmün de mücerretlik esasına hâlel getireceği söylenemez.

C — Tecdidin Müruruzamana Tesiri:

Bakiyenin kabulü ile tecdide uğraması sonucunda münferit kalemlerin her biri için yürüyen müruruzaman kesilir ve yeni alacak için yeni bir müruruzaman süresi işlemeğe başlar⁷⁴. Bakiyenin kabulünü tanıma (ikrar) addeden telâkkiye göre ise, BK. 133'ün ikrarı, müruruzamanı kesen bir sebep olarak sayan hükmü gereğince, müruruzaman kesilmiş olacaktır. Yeni işliyecek müruruzaman süresi on yıl değil, TK. 99'a göre beş yıldır. Bakiyenin kabulü ile vâki olan tecdid anı, beş yıllık müruruzamanın olduğu gibi bakiyeye karşı ileri sürülebilecek bir yıllık haksız iktisap müruruzamanının da mebdei olması yönünden önemlidir⁷⁵.

IV — NETİCE

Hesabı cârîde tecdid konusundaki etüdümüzde, mevzuatın incelenmesi ve onu inşalarıyla ören doktrinin yardımıyla yukarda izah olunan neticelere varmış bulunuyoruz. Görülmektedir ki bugün, mevzuu düzenliyen Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında

[72] Arslanlı: age., s. 242; Berkin, Necmettin: Ticaret Hukukumuzda Hesabı Cârî Mukaveleleri, İleri H., sayı: 58, s. 930.

[73] Toksal: age., s. 127.

[74] Von Tuhr: age., s. 703; Lyon Caen-Renault: age., s. 751, no: 825.

[75] Arslanlı: age., s. 258.

ahenk mevcut olup bu hususu doktrin de hemen ittifakla teyid etmektedir. Konumuzdaki doktrin zenginliğine rağmen Yargıtaydan bu konuda prensip kararları, hattâ müteferrik kararlar sadır olmamıştır⁷⁶. Nitekim İsviçrede de hususiyle mevzua temas eden içtihatlar pek nâdirdir. Umumi olarak tecdide müteallik bazı kararlar varsa da câri hesapta tecdid konusunda bir karar mevcut değildir⁷⁷. Türk hukukunda da 1961 senesine kadar münteşir kararlar içinde konumuza taallük edenine rastlıyamadık.

Asistan Ersin CAMOĞLU

[76] Toksal: a.g.e., s. 2 de 1956 senesine kadar bu konuda bir içtihada rastlamadığını belirtiyor ve sebeplerini izah ediyor.

[77] JdT., 1939, C. I, s. 99; 1947, C. I, s. 212; 1948, C. I, s. 143.