

CARİ HESAPTA TECDİT MESELESİ VE RU HUSUSTA TÜRK HUKUKUNUN KABUL ETTİĞİ HAL TARZI

(B. K. m. 115 ile Tic. K. m. 783 bent 2 nin telifi meselesi)

Asistan Halid Kemal ELBİR

§ I. Giriş ve Mevzuu Hudutlamak İhtiyacı.

I. Birbirleriyle daimi surette münasebet ve muamelede bulunan iki şahıs (ki bunlardan biri ekseriya bir tacir veya bir bankadır) iş münasebetlerinden doğan karşılıklı alacaklarını «zimmet» ve «matlup» şeklinde bir hesaba kayıt ile, ekseriya muayyen olan bir müddetin hitamında hesabı kesmeği kararlaştırırlar. Hesaplar kesilince, mütekabil alacaklar yekûnu arasındaki fark (*bakiye*) hangi tarafın lehine ise, o, bakiyenin kendisine tediyesini diğer taraftan talep edebilir. Bu tarzda bir münasebet halinde, taraflar arasında bir carî hesap münasebetinin mevcudiyetinden bahsedilir¹.

Modern hayatta ehemmiyeti ve faydaları hudutsuz olan carî hesap münasebetinin iktisadî ve içtimai rolü üzerinde duracak değiliz. Yalnız bu hususta meşhur bir fen adamı olan *Joseph Montgolfier*'nin 1785 de sarfetmiş olduğu sözleri zikretmekle iktifa edeceğiz: «Yüz yıl sonra dünya iki vasıta sayesinde değişecektir: elektrik ve carî hesap.»². Hakikaten bu sözlerin sarfından bir asır sonra, elektriğin fen sahasında sağladığı fayda ve kolaylıkları iktisat, hukuk ve bilhassa bankacılık sahasında carî hesap temin etmiştir.

Carî hesap müessesesi tekâmülü boyunca hukukçular arasında bir çok münakaşalara mevzu teşkil etmiş ve el'an da etmektedir. Carî hesap, «kuvvetli» ve «orijinal» hukukî neticeler doğuran bir münasebettir. *Escarra*'nın dediği gibi: «carî hesap tekniği, borçlar hukuku ve ticaret hukukunun bazı esas kaidelerinin tatbikini icap ettirir. Ona sadece bir

1) GÖNENSAY A. Samim, *Borçlar Hukuku*, İst. 1934, s. 313; TUHR Andreas von, *Partie Générale du Code fédéral des Obligations* (trad. Torrenté-Thilo), 2. édition, Lausanne 1934, Tome II, § 76, s. 576.

2) LYON-CAEN et RENAULT L., *Traité*, 4. édition, Tome IV, s. 669, not 1 de zikredilmiştir.

muhasebe konusu nazarile bakmak şöyle dursun, bugün cari hesapta mahir ve mürekkep bir mekanizma görmek hususunda ittifak mevcuttur»³.

Münakaşalar bilhassa cari hesabın hukuki mahiyeti ve hükümleri üzerinde cereyan etmektedir:

1. Cari hesap münasebetinin sadece bir muhasebe meselesi olmadığı bugün herkes tarafından kabul edildiği gibi, *akdî mahiyeti* de gerek doktrin gerek birçok mevzuat tarafından benimsenmiştir. Nitekim Ticaret Kanunumuz, 782 nci maddesinde cari hesabı şu şekilde tarif etmektedir: «İki kimsenin yekdiğerine ita edecekleri nukut ve mülkiyeti kabili devir olan her nevi emvalden mütevellit matlûplarını alelinfirat talepten müteakabilen sarfınazar ve bunları kalem kalem zimmet ve matlup şekline ifrağ ile hesabın kat'ından hasıl olacak bakiyeyi talep salâhiyetine dair aktecekleri *mukaveleye* hesabı cari itlâk olunur.»

Ticaret Kanunumuza göre bu akit şekle tâbi olmadığı gibi şahitten maada her türlü delille isbat olunabilir (Tc. K. m. 794).

Hukukçular arasında münakaşa kendini bu *mukavelenin tavsifinde* göstermiştir. İleri sürülen fikirler arasında cari hesabı karşılıklı bir karz, karşılıklı karz ve vekâlet, karz, vedia, vekâlet ve temlikten mürekkep bir akit olarak kabul edenler bulunduğu gibi, cari hesabın hükmi şahsiyeti de ileri sürülmüştür⁴. Bugün kahir ekseriyet, nev'i şahsına münhasır *sui generis* bir akit olduğu neticesine varmaktadır.

2. Cari hesap aktinin vücade getirdiği hükümler de, birçok enteresan hukuki problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu meselelerin başlıcaları şunlardır:

a) Bakiyenin elde edilme usul ve sureti hususunda ihtilâf mevcuttur. Bazılarına göre, bakiye, muhtelif kalemler arasında *mütemadî* surette yapılan takaslar neticesinde husule gelir (*Mütemadî takas teorisi*)⁵. Bu teori, hukukçular tarafından haklı birçok tenkitlere maruz kalmakta ve

3) ESCARRA Jean, *Principes de Droit Commercial*, Tome VI, Paris 1936, s. 260-276, No. 435.

4) Bu muhtelif fikirler için bk. LYON-CAEN, *a.g.e.*, s. 671-674, No. 792.

5) Bu teori, Almanyada MOHR'un *Kontokorrent-Verkehr* (Berlin 1902) adlı eserinde müdafaa edilmiş ve *İtalyada* Torino İstinaf Mahkemesinin 31 Ekim 1905 tarihli kararında benimsenmiştir (VIVANTE C., *Traité de Droit Commercial* (trad. Escarra) Tome IV, s. 300, not 25 ten naklen). — *Françada* ve *Belçikada* aynı tez bilhassa PIRET'nin *«Le Compte Courant»* (Bruxelles et Paris 1931) adlı eseri ile tanınmıştır (ESCARRA, *a.g.e.*, No. 476 ve s. 301, not 1 den naklen).

carî hesapta muhtelif kalemler arasında takasın yalnız bir defa, o da bakiyenin tesbiti anında vuku bulduğu kabul edilmektedir⁶. Tc. K. muz m. 788 f. 2 de «hesabı carinin muvazenesini yapmak» ile m. 786 da bahsettiği «bakiye» yi ayırmakla ikinci teze uymaktadır.

b) Carî hesabın adı bir muamele mi, yoksa ticarî bir muamele mi olduğu meselesi — birçok memleketlerin aksine — hukukumuz için varit olamaz, zira Tc. K. m. 21 bent 6, «hesabı carî mukavelât ve muame-lâtı» nı mutlak surette ticarî kabul etmektedir.

c) Tc. K. m. 790 da sarahaten beyan edilen hesabı carinin gayri kabili tecezzi bir küll teşkil ettiği prensibi, yani zimmet ve matlûpların heyeti umumiyesile bir bütün oldukları esası faiz, teminat, müruruzaman, haciz ve iflâs meselelerinde üzerlerinde durulması icab eden birçok ehemmiyetli konular ortaya koymaktadır.

d) Nihayet, muhtelif borçların, mücerret bir hesabı cariye kaydedilmesiyle yenilenmiş olup olmayacağı meselesi vardır ki, gayri kabili tecezzi olma vasfı daha ziyade üçüncü şahısları ilgilendirdiği halde, bu husus âkitler için ehemmiyet arzeder⁷. Tecdit meselesi, etüdümüzün ayrı bir paragrafını teşkil edecektir.

II. Yukarıda bazı izahata girişmemiz, ele aldığımız mevzuun hudutlarını önceden tesbit etmek zaruretinden neşet etmektedir. Biz, etüdümüzde, hukukî bakımdan işlenmeye son derece elverişli olan ve mürekkep bir mahiyet arzeden carî hesap mukavelesinin yalnız bir noktası, sırf Türk hukukunu alâkadar eden bir meselesi üzerinde durmak ve carî hesapta tecdit problemi karşısında Türk hukukunun arzettiği orijinal vaziyeti izah ve tahlil etmek niyetindeyiz.

Mevzuatımızda meseleye temas eden iki maddeyi burada aynen zikretmek faydadan âri değildir:

Borçlar Kanunu m. 115:

«Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye mücerred kaydedilmesiyle borç tecdit edilmiş olmaz.

«Şu kadar ki hesap kesilip te diğer tarafça kabul edilmiş olduğu takdirde, borç tecdit edilmiş olur.

«Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilâfı şart edilmedikçe bu teminata hâlel gelmez.»

6) Ezcümle VIVANTE, *a.g.e.*, No. 1720, s. 279. ESCARRA, *a.g.e.*, No. 476, s. 300 ve müt.

7) ESCARRA, *a.g.e.*, No. 469, s. 297.

Ticaret Kanunu m. 783 bent 2:

«Tarafeyn arasında hesabı cari mukavelesinin aktinden evvel mevcut bir matlup tarafeynin rizasile hesabı cariye kayıt edildiği halde hilâfı şart edilmedikçe bu matlûp tecdit edilmiş olur.»

Bu iki hükümün ortaya attıkları ve cevaplandırmaya çalışacağımız başlıca sualler şunlardır: Bu iki hükümün muvacehesinde Tc. K. m. 2 nin durumu ve rolü nedir? Bu iki hüküm kabili telif midir? Kabili telif ise, husule gelecek netice nazari ve tatbiki cihetten ne dereceye kadar tatminkârdır?

Ancak, bu hükümlerin tahliline ve suallerin cevaplandırılmasına doğrudan doğruya girişmeden evvel, hukukumuzun arzettiği orijinalitenin daha iyi canlandırılabilmesi için cari hesapta tecdit meselesine toplu ve mukayeseli bir nazar atfetmek icab eder.

§ II. Cari Hesapta Tecdit Meselesine Toplu ve Mukayeseli bir Nazar

I. Cari hesap münasebeti, mahiyeti icabı, hususî bir muhasebeye muhtaçtır⁸ ve muhtelif alacakların muhasebe yolile defterde «zimmet» ve «matlûp» hanelerinde birer adetle ifade edilmelerinin, bunların cari hesaba kalem kalem geçirilmelerinin tecdit mahiyetinde olduğu, yani zimmet veya matlûp hanesine kaydedilen alacak veya borçların esas mahiyetlerini kaybettikleri zehabını uyandırmaktadır. Nitekim bir hukukçu: «Tecdit bakımından cari hesabın hükümlerini öyle bir kimya reaksiyonuna benzetebiliriz ki, bu reaksiyonda, bir araya getirilen maddeler, kendilerinkinden tamamen ayrı vasıflar taşıyan bir cisim vücade getirmektedirler» diyor⁹.

Mesele, neticeleri bakımından son derece mühimdir. Hesaba kayıt ile borcun tecdit edildiğini kabul ettiğimiz takdirde, tecdit müessesesinin bütün hükümleri meydana gelecek, eski borcun ayıpları, onu ifsad eden sebebler ve ona karşı dermeyan edilebilecek defiler ortadan kalkmış olacak¹⁰, teminat, ve diğer fer'i haklar bağlı oldukları borçla birlikte sukut

8) Cari hesapta muhasebe usulleri için bk. DAUBRESSE Louis, *Comptes Courants et d'Intérêts*, Mons (Belgique).

9) LACOUR L. - BOUTERON J., *Précis de Droit Commercial*, 3. édition, Tome II, Paris 1925, s. 241, not 2. — Bu teşbihin tenkidi için bk. HAMEL Joseph, *Banques et Opérations de Banque*, Paris 1933, Tome I. s. 528, not 1.

10) Yalnız, B. K. m. 505 f. 1 e göre kumar ve bahis borcundan doğan defiler aynen devam ederler. Bk. TUHR Andreas von, *a.g.e.*, § 76, s. 573, not 5. — Bu hususta bk. keza A. T. F. 44 II 156.

edecektir (B. K. m. 113). Meselâ, cari hesabın taraflarından biri, bayi ise, semenin ademi tediyesi sebebiyle akti feshedemeyecek (B. K. m. 221), kira akdinde kiralayan durumunda ise, kiranın ademi tediyesini ileri sürerek akti bozamıyacak (B. K. m. 260), keza bir nakliye mukavelesinde, mürselünileyh vaziyetinde bulunan taraf, hasar sebebiyle nakliyeciyeye karşı bir dava ikame edemeyecektir (Tc. K. m. 904 ve müt.)¹¹.

Her ne hal ise, hukuk sahasında eski *klâsik telâkkiye göre*, hesabı cariye geçecek her alacak, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, değişir, şahsiyetini, kendine hâs vasıflarını ve kendine bağlı olan teminatları kaybeder, bir tek kelime ile tecdit edilmiş olur. Tecdit kastü niyeti, *animus novandi*, bizzat carî hesap mukavelesinde mündemiçtir. Yalnız hemen şunu ilâve etmemiz icab eder ki, bu hukukçulardan bazıları, hesabı carî mukavelesinde tecdit hükmünü kabul etmekle beraber, bunda *hususî bir tecdit* şekli görmekte dirler. Onlara göre, «önce bir nevi tecdit vuku bulunmaktadır. Bu yenileme neticesinde münferit alacak hesabın heyeti umumiyesine bağlanır ve onun kaidelerine tâbi olur. Hesabın bir parçasını teşkil eden alacağın şahsiyetini kaybetmiş olduğunu iddia etmek doğru olmaz; hakikat halde bu alacak, kendisini temsil eden adet arkasında gizlenmiş bulunmakta ve tahavvülleri ve sakatlıkları ile her an tekrar ortaya çıkmaya hazırdır. Buna mukabil, alacak vasıflarını, adî veya ticarî mahiyetini, kendisine bağlı olan teminatları ve faizleri kaybeder, bütün bu hususlarda, carî hesabın takip ettiği kaidelere tâbi olur»¹². Görülüyor ki, mutedil bir lisan kullanarak, «tecdit» tâbiri yerine «bir nevi tecdit» denilmekle beraber gene alacağın hesaba kaydedilmesile tecdidin hükümlerinin cereyan edeceği kabul edilmekte ve netice itibarıyla klâsik telâkkiye dönülmektedir.

Buna mukabil, *modern telâkki* carî hesaba kayıt ile alacağın yenileneceği fikri aleyhindedir. Klâsik noktayı nazarın muhalifleri¹³ tezlerini bilhassa aşağıdaki esaslara istinat ettirmektedirler:

11) Bu misaller için: VIVANTE, *a.g.e.*, No. 1735, s. 301-302.

12) HAMEL, *a.g.e.*, No. 339, s. 527, 528. — «*Hususî bir tecdit*» tâbirini kullanan bazı müellifler: THALLER E., *Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 6. édition, Paris 1922, No. 1664, s. 951; HAMEL, *a.g.e.*, No. 365, s. 575, 576 ve 527. LYON-CAEN, *a.g.e.*, No. 805, s. 679 ve No. 823, s. 697; ESCARRA, *a.g.e.*, No. 486; BONNECABERE Ph. et LABORDE-LACOSTE M., *Exposé Méthodique de Droit Commercial*, 3. édition, Paris 1946, s. 481.

13) Bunlar arasında bilhassa: ESMEIN Paul, *Essai sur la Théorie du Compte Courant* (Revue Trimestrielle de Droit Civil, Tome XIX, 1920, s. 79-102), ve aynı müellifin *Note sous Cass. 23 janvier 1922* (Sirey 1923. 1. 225 ve müt.), s. 226 III.

1) Bir alacağın cari hesaba kaydı, tarafların kast ve niyetleri bakımından tecdidî tazammun edemez, yani bu vaziyette *animus novandiden* bahsedilemez. Tecdit, alacağa bağlı teminatın da sukutunu icab ettirecektir ki, alacaklı olan, menfaati icabı, bu neticeye kat'iyen yanaşmak istemez.

2) Tecdit müessesesi modern hukukta eski iktisadî ve faal rolünü kaybetmiştir. Bu müessese Roma hukukundan gelmekte ve bugünkü ihtiyaçlarımızı karşılayamamaktadır. Tecdidin yerini gitgide, alacaklı için daha garantili hükümleri ihtiva eden alacağın devri ve borcun yüklenmesi gibi modern müesseseler almaktadır¹⁴. Nitekim Alman doktrini tecdidî tanıdığı halde, B. G. B. bu müesseseyi nizamlamak ihtiyacını dahi hissetmemiştir¹⁵. Bundan dolayı, cari hesap gibi modern ihtiyaçları karşılayan bir hukukî müesseseye, eskimiş tecdit hükümlerini kabil olduğu kadar az tatbik etmek en doğru yoldur.

3) Alacağa sadece bir hesap kalemi nazarıle bakmak temayülü mücerret bir fikirdir ve mücerret olan herşey gibi de tehlikelidir¹⁶: hakkın yerine muhasebenin kaim olduğu zehabını uyandırabilir. Halbuki *alacak hakkı* yerini bir *hesaba* terkedemez. Alacak, bir hukuk mefhumu iken, muhasebe kalemi bir hesap mefhumudur: aynı sahada bulunmaktadırlar. *Von Tuhr*'un gayet güzel tebarüz ettirdiği gibi: «Bir kalemin hesaba geçirilmesi, muhasibin tek taraflı bir muamelesi olup, hukukî münasebeti tâdil edemez»¹⁷. Hesap âleminde yaşayan bir varlığın, hukukî varlığın neticelerini husule getiremeyeceği bedihîdir. «Bilâkis, alacak, olduğu gibi mevcudiyetini muhafaza etmektedir fakat, sadece muhasebede bir kredi kalemi vasıtasile ifade ve *temsili edilmektedir*»¹⁸

14) Tecdidin eski değerini kaybetmiş olduğunu ileri sürenler arasında bk. *Fransada*: ESMEIN, *a. g. makale*, s. 83 ve müt.; PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 7. édition, Tome II, Paris 1917, No. 530, s. 173; COLIN-CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, Tome II, 4; édition, Paris 1924, s. 105 — *İsviçrede*: MARTIN Alfred, *Le Code des Obligations*, Genève 1919, s. 173. GUHL Théo, *Le Droit fédéral des Obligations* (trad. des Gouttes), Zurich 1947, s. 205 — *Türkiyede*: GÖKTÜRK H. A., *Borçlar Hukuku, Birinci Kısım*, Ankara 1947, s. 312.

15) Bk. SALEILLES Raymond, *Étude sur la Théorie Générale de l'Obligation*, 3. édition, Paris 1925, No. 47, s. 37, 38; von TUHR, *a. g. e.*, s. 572, not 2; PLANIOL, *a. g. e.*, No. 530, s. 173.

16) ESMEIN, *a. g. makale*, s. 83-89.

17) von TUHR, *a. g. e.*, § 76, s. 576.

18) ESMEIN, *a. g. makale*, s. 89.

«hesaptaki kalem alacağın tam kendisidir»¹⁹. *İsviçre Federal Mahkemesi*, bir kararında bu meseleye temas etmek fırsatını bulmakta ve «matlûp ve zimmete geçirilen kalemler, hukuk doğuran hâdiseler değildir, onlar sadece muhasebe defterinde hukukî muamelelerin birer resminden ibarettirler»²⁰ diyerek, vaziyeti gayet veciz bir şekilde izah etmektedir.

4) Nihayet *Vivante* gibi bazı müellifler, doğrudan doğruya tecdit müessesesinin şartları üzerinde durarak, tecdidin vücut bulması için önceden mevcut bir alacağın elzem olduğunu; halbuki cari hesaplı münasebetlerde ekseriya alacağın, cari hesaba geçirilirken hesap ile aynı zamanda doğduğunu iddia ederek, tecdidin ancak cari hesap mukavelesinden önce mevcut alacaklar için mevzu bahis olabileceğini ileri sürerek genel olarak tecdit fikrini bir hayli baltalamaktadırlar²¹.

II. Acaba *mukayeseli hukuk bakımından*, muhtelif kalemlerin cari hesaba geçirilmesi halinde tecdit meselesi, muhtelif hukuk rejimlerinde nasıl bir hal tarzına bağlanmıştır? Bu hususa bir cevap vermeden evvel, genel olarak belirtmemiz icab eder ki, cari hesap her şeyden evvel ticarî örf ve âdet hukukundan doğmuş bir müessesedir. Bazı hukuk çevreleri bu müesseseyi henüz kanunlarında tanzim etmedikleri halde (*Fransa* gibi), diğer birçok memleketler, ezcümle *Şili* (Tc. K. m. 602-619), *İtalya* (Tc. K. m. 345-348), *Rumanya* (Tc. K. m. 370-373), *Portekiz* (Tc. K. m. 344-350), *Arjantin* (Tc. K. m. 771-797), *Japonya* (Tc. K. m. 290-295) bu müesseseye Ticaret Kanunlarında ayrı fasıllar ayırmışlar, *Almanya* (Tc. K. m. 355-357), *Avusturya* (Tc. K. m. 291, 294, 374), *Bulgaristan* (Tc. K. m. 302, 303), *Macaristan* (Tc. K. m. 285, 379), *İspanya* (Tc. K. m. 175/9 ve 909/6), *İsviçre* (C. O. m. 117, 124 f. 3 ve 314 f. 3) de sadece bazı hükümler sevk etmişlerdir.

Türk Ticaret Kanunu taahhüdatı ticariye babının yedinci faslında 782 ilâ 796 ncı maddelerinde müesseseyi tanzim etmektedir. *Borçlar Kanunumuz* 115, 122 ve 308 inci maddelerinde cari hesabı yakından alâkalandıran hükümler sevk etmiş bulunmaktadır.

Tecdit problemi bakımından, muhtelif hukukları şu şekilde bir tasnife tâbi tutmak mümkündür:

1. Hesabı cari müessesesinin ve dolayısıyla cari hesapta tecdit husu-

19) ESMEIN, a. g. not, s. 226.

20) A. T. F., 41, III 218 ve JdT 1915, s. 557.

21) VIVANTE, a. g. e., No. 1734, s. 299-300 ve No. 1735 ve müt.

sunun hallini doktrin ve jürisprüdansa bırakan memleketler: ezcümle Fransa.

2. Hesabı cari müessesesini kanunlarında tanzim eden, hiç değilse bu müesseseye temas eden memleketler:

- a) Tecditten bahsetmiyenler (Japonya).
- b) Tecdidi kabul edenler (Romanya, İtalya, Arjantin, Portekiz).
- c) Tecdidi reddedenler (Almanya, İsviçre).
- d) Tecditte ikili bir hal tarzına varanlar (Şili, Türkiye).

1. *Fransız Hukukunda*, cari hesap mevzuat ile tanzim edilmiş değildir. Her ne kadar Fransız Ticaret Kanununda (m. 575 f. 2), bu *tâbire* reslamak mümkün ise de, müessesenin mevcudiyeti tamamen doktrin ve jürisprüdansın eseri olmuştur.

Doktrinde ekseriyet, tecdide, hiç olmazsa «bir nevi tecdid» e taraftardır²². Buna mukabil, başlarında *Esmein* olmak üzere, birçok hukukçular, daha 1920 yılında bu mütalâaya itiraz etmekten ve tecdidi kuvvetle reddetmekten çekinmemişlerdir²³.

Jürisprüdans 1935 e kadar tecdit fikrini benimsemiş görünüyordu²⁴. Fakat Fransız Yargıtayı 29 Temmuz 1935 tarihli kararında, muhtelif kalemelerin hesaba geçirilmesile tecdidin vuku bulmayacağı tezini kabul etmiştir²⁵. Bu meşhur karar büyük bir Fransız hukukçusuna: «hesabı cari jürisprüdansı tamamen değiştirmektedir» sözlerini sarfettirmişdir²⁶.

2. Cari hesabı Kanunlarında tanzim eden memleketlere gelince:

22) THALLER, HAMEL, LYON-CAEN, ESCARRA ve BONNECARERE'in not 12 de zikredilen eserlerinden maada bk.: JOURNEL Paul, *Les effets de la faillite ou de la saisie - arrêt sur le Compte Courant*, Paris 1928, s. 157 ve müt.; COLIN-CAPITANT, *a. g. e.*, s. 103; LACOUR-BOUTERON, *a. g. e.*, No. 1492, s. 241-242; de la MORANDIERE Julliot, *Le Droit Commercial*, Paris 1939, s. 130; HAMONIC G., *Cours de Droit Commercial*, 3. édition, Paris 1946, No. 273; WAHL Albert, *Précis de Droit Commercial*, Paris 1922, No. 1764, s. 636 ve No. 1775-1779.

23) ESMEIN, *a. g. makale*, ve 1923 tarihli jürisprüdans notu (S. 1923. 1. 225 ve müt.).

24) Bk. bilhassa Fransız Yargıtayının 25 Nisan 1910 tarihli kararı, *Sirey* 1913. 1. 265.

25) *Sirey*. 1935. 1. 387.

26) HAMEL, *D. P.* 36. 1. 33 teki jürisprüdans notunda (BONNECARERE, *a. g. e.* den naklen, s. 480). — Bu karar için bk. ESCARRA, *a. g. e.*, No. 437, s. 268.

a) *Japon Tc. K.* u bu müesseseyi tanzim etmekle beraber tecdit meselesine temas etmemektedir²⁷.

b) Tecdidi kanunlarile kabul eden memleketleri incelediğimiz takdirde şu manzara ile karşılaşırız:

1890 tarihli *Arjantin Tc. K. m. 775 e göre*²⁸: «Âkit taraflardan birinin cari hesap mukavelesinden önce diğerine borçlu bulunduğu bir kıymetin cari hesaba ithali tecdidi tazammun eder. Keza, taraflardan her birinin borcu *ne sebebte ve ne zamanda olursa olsun* cari hesaba geçmekle tecdit edilmiş olur. — Tecdide mâni olmak için, tarafların veya birinin bunu şart etmesi lâzımdır — Sarahaten şart edilmedikçe, bir kıymetin cari hesaba ithali, kayıtsız ve şartsız yapılmış telâkki edilir.»

1882 tarihli *İtalya Tc. K. m. 345*, cari hesabın hükümlerini sayarken, cari hesaba kaydolan alacağın tecdit edildiğini sarahaten beyan etmektedir²⁹. Bu hüküm *Vivantenin* şiddetli hücumlarına maruz kalmıştır. Büyük İtalyan hukukçusunun tenkitlerine başka bir vesile ile etüdümüzde temas edilecektir.

1888 *Portekiz Tc. K. m. 346* da: «Cari hesap mukavelesinin hükümleri şunlardır: 1 — Cari hesaba kaydedilen alacağı karşı tarafa nakletmek, 2 — Cari hesaba geçirilmiş mezkûr³⁰ alacağı taraflar arasında yenilemek, 3 — ...»³¹ diyerek bu gruba girmektedir.

c) 1900 tarihli *Alman Tc. K. 356 ncı maddesinde*³² tecdidi doğrudan doğruya zikretmemekte; teminatlı alacakların cari hesaba ithalini

27) Bk. LOENHOLM L., *Code de Commerce de l'Empire du Japon de 1890*, Tokyo 1899.

28) Bk. PRUDHOMME Henri, *Code de Commerce Argentin de 1890*, Paris 1893.

29) Bk. TURREL Edmond, *Code de Commerce Italien de 1882*, Paris 1892.

30) Portekiz Tc. K. nun bu hükmü üzerinde biraz durmak ihtiyacını hissediyoruz. Maddenin E. LEHR tarafından yapılan Fransızca tercümesi aynen şu şekildedir: «2— De faire novation entre le crédité et le débité, à raison de l'obligation antérieure transformée en créance de compte courant». Burada «obligation antérieure» tâbirini «birinci bente mevzuubahis borç», «mezkûr alacak», «obligation précédente» mânasına almak, maddenin gayesine daha uygundur kanaatindeyiz. Yoksa «obligation antérieure» tâbirinden «cari hesap mukavelesinden önce mevcut alacak» mânasını çıkarmak icap etseydi, mütercim bu halde şu tâbiri kullanmayı tercih edecekti: «l'obligation antérieure au compte courant».

31) LEHR Ernest, *Code de Commerce Portugais de 1888*, Paris.

32) Bk. CARPENTIER Paul, *Code de Commerce Allemand de 1900*, Paris 1901.

nazara almakta, bakiyenin kabulü halinde, muhtelif kalemleri temin eden rehin, kefalet veya herhangi bir teminatın, bakiyeyi de o miktar nisbetinde temin edeceğini kabul etmektedir. Böylece, tecdidin en esaslı hükmü olan, asıl ile birlikte ferilerin de sukut edeceği prensibi Alman Ticaret hukukunda baltalanmakta ve netice itibarile tecdid inkâr edilmektedir.

«*Société d'études législatives*», carî hesabı nizamlamak için hazırladığı kanun projesinin 7 nci maddesinde aynı hükmü benimsemiştir³³.

İsviçre Borçlar Kanunu 117 nci maddesinde, Alman Tc. K. dan daha kategorik hareket ederek, muhtelif kalemlerin carî hesaba kaydedilmesinin tecdidi tazammun etmediğini beyan etmiştir. Ancak bakiyenin kabulü halinde, bakiye için tecdit mevzuubahis olur. Hilâfı şart edilmedikçe, bakiye tesbit ve kabul edildikten sonra, kalemlerden birinin hususi teminatı bakiyeyi de temin eder³⁴.

d) Nihayet *Şili ve Türk Hukuku*, tecdit meselesinde ikili bir hal tarzı benimsemiş görünmektedirler. Türk hukuku 3 ve 4 üncü paragraflarımızın konusunu teşkil edecektir.

1865 tarihli *Şili Tc. K. m. 607* ye göre³⁵: «Taraflardan birinin diğerine her ne sebeble olursa olsun *önceden* borçlu bulunduğu kıymetlerin carî hesaba ithali tecdidi tazammun eder. Aksi taraflarca şart edilebilir. Sarıh bir şartın ademi mevcudiyeti halinde, bir kıymetin carî hesaba ithali bilâkaydû şart yapılmış farzedilir.»

Ticaret Kanununumuzun 783 üncü maddesinin 2 nci bendine çok yakın olan bu hükme tekrar avdet edilecektir.

33) Bu Kanun Projesi için bk. ESCARRA, a. g. e., No. 492, s. 341, BONNECARRERE, a. g. e., s. 480.

34) İsviçre Hukukunda carî hesap hususî bir nizama tâbi değildir. Müesseseye B. K., yalnız bir iki hükmünde temas etmekte ve asıl rol içtihadâ kalmaktadır. Nitekim *Federal Mahkeme* bir kararında carî hesabın gayet nefis bir tarifini yapmak fırsatını bulmuştur: Bk. A. T. F. 44 II 261 ve JdT. 1919, s. 16.

35) Bk. *Código de Comercio, Edition de Códigos de la República de Chile*, Tomo III, 1945, s. 149. — Bu vesile ile, Şili Ticaret Kanununu temin eden ve bizzat nefis bir Fransızcaya tercüme ederek etüdümüzü kolaylaştırmak için elinden geleni yapan ve müracaatımızı alâka ile karşılayan Şili Cumhuriyeti Ankara Elçisi *Ekselans B. Manuel GARRETON*'a burada tesekkür etmeyi bir borç biliriz.

§ III. Türk Hukukunda Mevcut İki Hükümün İncelenmesi ve Türk Doktrini.

I. B. K. m. 115 şu şekilde vazedilmiştir:

«Muhtelif kalemlerin bir hesabı cariye mücerred kaydedilmesile borç tecdit edilmiş olmaz.

«Şu kadar ki hesap kesilip te diğer tarafça da kabul edilmiş olduğu takdirde, borç tecdit edilmiş olur.

«Eğer kalemlerden biri mukabilinde teminat varsa hesap kesilip tasdik edilmiş olsa bile hilâfı şart edilmedikçe bu teminata hâlel gelmez.»

Madde esas itibarile, muhtelif kalemlerin bir cari hesaba kaydedilmesinin borcu tecdit etmiyeceği prensibini kabul etmekte ve böylece, cari hesapta tecdit probleminde modern nokta nazara iltihak etmektedir. *von Tuhr* ve keza *İsviçre Federal Mahkemesinin* başka bir vesile ile de temas ettiğimiz kanaatlerine göre «matlûp ve zimmete geçirilen kayıtlar, hukuk doğuran hâdiseler değildir. Onlar sadece muhasebe defterinde hukukî muamelelerin birer resminden ibarettirler»³⁶.

Buna mukabil, bakiye hesap edilip *kabul edilince*, tecdit cereyan etmekte ve kabul edilen bakiye yeni bir alacak olarak meydana çıkmaktadır. Bakiyenin kabulü ehemmiyetlidir. Tecdit kendini ancak bakiyenin kabulü anında gösterecektir. Taraflardan birinin lehine olarak vücut bulan bakiye hesabın kat'ı ile bir borcun arta kalan bir miktarı değildir; kat'ilemiş hesabın kabulü ile *yeni bir alacak* doğar³⁷. Bakiyenin taraflarca kabulü hukukî neticeler doğuran bir hukukî muameledir³⁸. Şayet bakiyenin kabulünden sonra, taraflar arasında cari hesap mukavelesi devam ediyorsa, bu bakiye yeni bir borç olarak cari hesaba kalem olarak geçirilebilir. Muhtelif alacakların tâbi oldukları müruru zaman, hesabın kesilmesi anında değil, fakat yalnız bakiyenin kabulü anında kat'edilmiş olur³⁹. Bakiyenin kabulü neticesinde husule gelen tecdit, *bütün* kalemlere karşı dermeyan edilecek kumar ve bahis def'ine hâlel vermez. Fakat bu kalemlerden yalnız *bazıları* kumar ve bahis borcu ise, vaziyetin ne olacağı hususunda müellifler arasında fikir ayrılıkları mevcuttur; *Federal Mahkeme* de bu hususta kat'î bir karar vermekten çekinmiştir⁴⁰.

36) Bk. *A. T. F.* 41 III 218; *JdT* 1915, s. 557 ve *von TUHR a. g. e.*, § 76, s. 576.

37) *von TUHR, a. g. e.*, § 76, s. 577.

38) Bakiyenin kabulünün hukukî mahiyeti ve neticeleri hakkında Bk. E. HİRS, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 2. bası, 1st. 1946, s. 687 ve müt.

39) *JdT*, 1928, s. 323.

40) *A. T. F.* 44 II 156. — Keza: *LYON-CAEN, a. g. e.*, No. 824, s. 697-698; *von TUHR, a. g. e.*, § 76, s. 573, Not 5.

B. K. m. 115 in ortaya attığı en enteresan hüküm belki de üçüncü fıkrada münderiç olanıdır. Hakikaten, madde, ikinci fıkrasında bakiyenin kabul ile tecdit edileceği prensibini vazetmekle beraber bu fıkrada, diğer kalemleri temin eden teminatların *ipso jure* bakiyeyi de temin edeceklerini ileri sürmektedir. Bu teminatlar şahsî olduğu gibi aynı de olabilir. Fakat İc. İf. K. m. 206 nın iflâs halinde bazı alacaklara tanıdığı «rüçhan hakkı» da B. K. m. 115 f. 3 teki «teminat» tâbirine dahil midir? von Tuhr, Funck, Jäeger gibi müellifler⁴¹ haklı olarak bu rüçhan hakkının B. K. nun mezkûr maddesinin şümülüne girmeyeceğini, iflâs halinde kalemlerden birine tanınan rüçhan hakkının, bakiyenin kabulü halinde, bakiyeye bağlı kalmıyarak sukut edeceğini ileri sürmektedirler. Hakikaten, maddemizin mehzazını teşkil eden İsviçre B. K. m. 117⁴² f. 3 «*garantie spéciale - hususî teminat*» demek suretile, alacağın istifade ettiği umumi bir rüçhan hakkından değil, fakat hususî olarak o alacağı temin eden teminatları kasdetmektedir. Bu hususta E. Hirs aksi kanaattedir⁴².

II. Tc. K. m. 783 bent 2 ye göre:

«Hesabı cari mukavelesinin ahkâmı berveçhizir beyan olunur:

«1.

«2. Tarafeyn arasında hesabı cari mukavelesinin aktinden evvel mevcut bir matlûp tarafeynin rızasile hesabı cariye kaydedildiği halde hilâfı şart edilmedikçe bu matlûp tecdit edilmiş olur»⁴³.

Maddeye göre, mukavele ile bir tahdit mevcut değilse, âkitler arasında cari hesap mukavelesinin aktinden önce mevcut olan bir alacak cari hesaba geçirilebilir⁴⁴. Madde, cari hesaba geçirilen bir alacağın yenilenmiş telâkki edilebilmesi için bazı takyidat koymuştur:

1) Alacak cari hesap aktinden evvel mevcut olacaktır. Kanunumuz «hesabı cari mukavelesinden evvel mevcut matlûb» un ne olduğunu tarif etmek ihtiyacını hissetmemiştir. Halbuki Alman Tc. K. m. 357 nin 2 nci cümlesinde şöyle bir hükme rastlayabiliriz: «Cari hesap mukavelesinin:

41) von TUHR, *a. g. e.*, s. 577-578, bilhassa s. 578, not 43; FUNK Fritz, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations* (trad. Porret), Paris-Neuchatel, 1930, s. 97, No. 3; JAEGER C., *Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dette et la Faillite* (trad. Petiment-Bovay), Tome II, Lausanne-Genève, s. 251, No. 9.

42) HIRS, *a. g. e.*, s. 685.

43) Prof. HIRS, «tecdit edilmiş olur» yerine «kalem mahiyetine düşer» tâbirinin kullanılmasını tavsiye etmektedir. Bk. E. HIRS, *Notlu Ticaret Kanunu*, Ankara - İstanbul 1946, s. 381, madde 783, not b.

44) Cari hesaba girebilecek hususlar için Bk. HIRS, *a. g. e.*, s. 682.

akti ânında doğmuş bulunan bir haktan veya bu ândan önce borçlu olan bir 3 üncü şahsın borcundan tevellüt edecek muameleler, mezkûr maddenin kasdettiği mânada yeni muamele telâkki edilemezler»⁴⁵. Bu hükmün mefhumu muhalifinden hareket ederek, *yeni* muameleleri izah etmek mümkündür.

- 2) Cari hesaba kaydında tarafların rızası olacaktır.
- 3) Hilâfı şart edilmeyecektir.

III. Acaba B. K. ile Tc. K. muzun mütenakız görünen bu iki hükmü karşısında *Türk Doktrini* nasıl bir vaziyet takınmaktadır? İtiraf etmek lâzım gelir ki, meseleye gerek Ticaret hukuku gerek Borçlar hukuku bakımından temas edenler azdır. Umumiyetle, medeniyeciler kendi sahalalarında kalmayı tercih etmişler, ticaretçiler de B. K. nun hükmüne temas etmemişlerdir. Meseleyi ele alanlar da muhtelif neticelere varmış bulunuyorlar:

1. Ticaret Kanunumuzun 1926 da fransızca tercümesini yapmış olan avukat *E. Manasse*⁴⁶, Kanunun 783 üncü maddesinin 2 nci bendi altına şu notu koymuştur: «Bizce, burada bir yanlışlık vardır. Tecdidin vücut bulması için yenilenen alacağın *mukaveleden önce* mevcut olması şart değildir. Kaydı ânında mevcut olduğu takdirde, niçin, *mukaveleden sonra* doğan alacak, cari hesaba kayıt ile tecdit edilmiş olmasın? — Türk B. K. na göre tecdit ancak bakiye üzerinde cereyan eder: B. K. m. 115. Acaba iki Kanun arasında bir tenakuz mu mevcuttur? yahut B. K. da mevzuubahis edilen hesap, taraflar arasında zımnen veya sarahaten vücut bulan ve *sui generis* bir akit olan cari hesap mukavelesi ile sadece hesap şekli bakımından (muhasebe şekli bakımından) bir benzerlik arzeden, büsbütün başka bir hesap mıdır? Türk B. K. nun mehazı olan İsviçre B. K. da mevzuubahis edilen ve tecdidin yalnız bakiye üzerinde cereyan ettiği cari hesap hakikî mânasında cari hesap değildir. Bakınız: Rossel, Schneider»⁴⁷.

Demek oluyor ki, *Manasse*'a göre, Tc. K. muzun mezkûr hükmü tenkide değer bir mahiyet arzeder. *Manasse*, tecdit bahsinde klâsik teoriye yanaşmaktadır. Müellife göre, Ticaret Kanunumuzun sarahati karşısında

45) «Ne sont point considérées comme opérations nouvelles dans le sens du présent article, celles qui résulteraient d'un droit déjà né lors de l'engagement ou d'une obligation du tiers débiteur existant déjà avant ce moment» Bk. CARPENTIER, not (32) de zikredilen eser.

46) MANASSE E., *Code de Commerce Turc*, Ist. 1926.

47) MANASSE, a. g. e., s. 234, not 1.

Borçlar Kanununun hükmü hiç bir suretle tatbik edilemez, zira bu hüküm Ticaret Kanununun anladığı mânada cari hesap mukavelesine ait bir hüküm değildir.

Bizce, *Manasse* tamamen yanlış bir yola sapmaktadır. Ticaret Kanununun hükmünün kabili tenkit olup olmadığını bir yana bırakırsak; İsviçre B. K. daki cari hesabın hakiki mânada cari hesap olmadığını kabul etmek yersizdir. Müellif bu fikri müdafaa ederken *Schneider* ve *Rosset*'e istinat etmektedir. Halbuki bu İsviçreli müellifler *Manasse* tarafından yanlış anlaşılmışlardır. Bilâkis *Schneider*, B. K. da bahsedilen cari hesabın tam mânasile cari hesap olduğunu ileri sürmekte⁴⁸ keza *Rosset* de şunları söylemektedir: «Mezkûr metin cari hesaptan yalnız tecdit zaviyesinden bahsetmektedir. Doğrudan doğruya cari hesap aktini tetkik etmemektedir»⁴⁹. Bu metinden *Manasse*'in neticesini çıkarmak biraz güçtür. Kaldı ki, *Türk hukuku bakımından* B. K. daki cari hesabı başka ve Tc. K. daki cari hesabı başka telâkki etmek doğru değildir. Pozitif hukuk bir kül teşkil eder ve Tc. K. m. 21 bent 6 bir tek cari hesap nevi tanımakta ve ona ticarî mahiyet atfetmektedir.

2. Bir konferansında⁵⁰: «Hesabı cari faslı - ameli sahada bazı hukukî hâdiselerin hallini müşkülleştiren bir iki iphamdan sarfınazar edilirse — iyi esasları ihtiva etmektedir» diyen Prof. *Ali Kemal Elbir*, başka bir eserinde⁵¹, Tc. K. muzun hükmü ile — zikretmemekle beraber — B. K. muzun hükmünü telif etmekte ve şu neticeye varmaktadır: «Taraflar arasında, cari hesap mukavelesinin aktinden evvel mevcut olan bir alacak, tarafların rızasile cari hesaba kaydedildiği halde tecdit edilmiş olur. Taraflar arasında, cari hesap mukavelesinin aktinden sonra vücut bulan alacak, cari hesaba kaydedilmekle tecdit edilmiş olmaz ve neticede teminat bâki kahr»⁵².

48) SCHNEIDER et FICK, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations* (trad. Porret) Neuchâtel 1911, m. 117 serhi, No. 1 ve 4, s. 252.

49) ROSSEL Virgile, *Manuel du Droit Fédéral des Obligations*, Tome I, Lausanne-Genève 1920, No. 249, s. 175. — Karşılaştırınız: HACI ÂDİL, *Borçlar Kanunu Serhi*, cilt II, 1st. 1926, s. 630.

50) ELBİR Ali Kemal, *Ticaret Kanunumuza Umumi Bir Bakış*, Ank. 1936, s. 31.

51) ELBİR Ali Kemal, *Les relations d'affaires*, Paris 1939, s. 274. (*La Vie Juridique des Peuples* serisinden «*Turquie*» adlı müsterek eser içinde).

52) Aynı müellif; aynı eserin türkçe tercümesinde yalnız Tc. K. muzun maddesini zikretmekle iktifa etmiştir. Bk. ELBİR Ali Kemal, *Ticaret Hukuku*, 1st. 1940 s. 339. («*Türkiye*» adlı müsterek eser içinde).

3. Prof. *Esat Arsebük*, Borçlar Hukuku kitabının birinci tab'ında⁵³, «Borçlar Kanununun hilâfına olarak Tc. K., her hangi bir kalemin hesabı cariye kaydedilmesini tecdit addeder» diyerek, alacağın mukaveleden önce veya sonra mevcut olmasının tecdit meselesi üzerindeki rolünü reddeder bir vaziyet almakta ve 10 numaralı notta da sadece B. K. m. 115 ile Tc. K. m. 783 bent 2 ye bakılmasını işaret etmektedir.

Kıtabının ikinci tab'ında Ticaret Kanununun hükümlerine daha fazla temas etmekle beraber, B. K. ile Tc. K. nun hükümlerini ayrı ayrı tetkik etmekle iktifa edip telif edici veya iki hükümden birini reddedici hiç bir neticeye varmamaktadır⁵⁴.

4. Sayın hocamız, Prof. *A. Samim Gönensay*, henüz neşredilmemiş Borçlar Hukuku takrirlerinde meseleye etraflı bir surette temas ederek iki hükmü, aynen *Ali K. Elbir* ve biraz sonra tetkik edeceğimiz *E. Hırş* gibi telif etmektedir. Bu meseleyi incelemeğe bizi ilk defa teşvik eden de sayın Profesör olmuştur.

5. Prof. *E. Hırş*'in kanaati şu merkezdedir: «Her ne kadar cari hesap münasebeti Tc. K. nun 21 inci maddesinin 6 ncı bendine göre mutlak ticari muamelelerden ise de⁵⁵, Kanunun 782-796 ya kadar olan maddelerinin tamamlanması için B. K. nun ve bilhassa bu Kanunun 113 üncü ve müteakip maddeleriyle 115, 122 nci maddelerinin 3 üncü fıkrasında ve 308 inci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki hükümlerinin de dikkat nazarına alınması ve bunlara müracaat edilmesi lâzımdır»⁵⁶.

Müellife göre, «kanun koyucu, 783 üncü maddenin 2 nci fıkrasında yalnız bir tek hal için bir istisna kabul etmiştir ki, o da, cari hesap mukavelesinin *aktinden evvel* mevcut bir alacak tarafların rızasile, cari hesaba kaydedilirse, bu alacak tecdit edilmiş olur. Böyle bir halde, borcun doğum sebebinin kanunen değiştirilmesi bahis mevzuudur ki, o âna kadar meselâ bey' veyahut karz mukavelesiyle borçlanılan *bir miktar*, cari hesaba kaydedilmekle sanki mukaddem ve kabul edilmiş bir hesabı cari bakiyesi imiş gibi muamele görür. Bundan ötürü cari hesapta mukayyet ve tanınmış bakiye hakkında tatbik edilen bütün kaideler, hususile faiz yürütmek ve teminatın devam etmesine dair olan hükümler, bu rakamlar hakkında da tatbik olunur»⁵⁷.

53) ARSEBÜK Esat, *Borçlar Hukuku*, Ank. 1937, s. 470.

54) ARSEBÜK Esat, *Borçlar Hukuku*, 2. tabı, cilt II, İst. 1943, s. 904 ve müt.

55) Keza Bk. Japon Tc. K. m. 291.

56) HIRŞ, a. g. e., s.681, 682.

57) HIRŞ, a. g. e., s. 686.

IV. Görülüyor ki, B. K. m. 115 ile Tc. K. m. 783 bend 2 karşısında, Türk doktrini daha ziyade telif edici bir sistem tatbik etmekte ve *Ali Kemal Elbir, Samim Gönensay, E. Hırş* gibi müellifler, B. K. m. 115 in hükmünü ana kaide ve Tc. K. m. 783 bend 2 yi istisna olarak kabul etmektedirler.

Biz de aynı neticeye varmakla beraber, konunun borçlar hukuku ve ticaret hukukumuz bakımından bazı ana meseleler ortaya attığı ve bir neticeye varmak için bu meselelerin teşrih edilmesinin şart olduğu kanaatindeyiz. Türk doktrininde meseleyi ele alan müellifler daha ziyade neticeyi tesbit etmekle iktifa etmişler, kanunlarımızda mevcut bu vaziyeti tahlil ve tenkit etmemişlerdir. İşte biz etüdümüzün son kısmında bu boşluğu doldurmaya çalışacağız.

§ IV. Tahlil, Telif ve Tenkit.

I. Etüdümüzün giriş kısmında, meselemizde Türk hukuku bakımından halli elzem olan noktaları üç sual halinde toplamaya çalışmıştık⁵⁸. Aynı hususu tanzim etmek üzere gerek B. K. muzda gerek Tc. K. da hükümler bulunduğu takdirde ilk olarak cevaplandırılması icap eden sual şudur: *Bu iki hüküm muvacehesinde Tc. K. m. 2 ve 3 ün durumu ve rolü nedir?*

Madde malûmdur: «Mesaili ticariye kanunen muteber mukavelâtın ve böyle bir mukavele bulunmadığı halde kavanini ticariyenin sarahat veya delâletiyle halledilir. Bunlarla halledilemediği takdirde âdâtı ticariye mabihittatbik ittihaz ve âdâtı mahalliye veya mahsusa âdâtı umumiyyeye tercih olunur. Âdet dahi mevcut değilse ahkâmı medeniye tatbik edilir». Tc. K. m. 3 e göre de: «Bu kanunun hilâfına sarahat olmadıkça maddei sabıkada münderiç tertibe riayet mecburîdir».

Acaba, B. K. m. 115 ve Tc. K. m. 783 bent 2, cari hesapta tecdit hususunda aynı hükümleri ihtiva ettiklerini ileri sürerek, Tc. K. m. 2 deki sıraya riayet edip, Tc. K. nu tatbik ve B. K. nun hükmünü hareketsiz mi bırakmamız icap edecektir?

Acaba, Tc. K. m. 2 nin tefsirinde Prof. *E. Hırş*'in orijinal teorisine uyarak, «Bir normun ticarî veya âdî olarak tavsifinde biricik ehemmiyetli nokta, mevzuu bakımından istihdaf ettiği gayedir. O halde ticarî vakıalara dair Medenî veya Borçlar Kanununda bulunan hususî hükümler ticarî mahiyette olup Tc. K. da bulunan hükümlerle hemayardır»⁵⁹ diye-

58) Bk. Etüdümüz, § I. II.

59) HIRŞ, a. g. e., s. 66. — Bu kanaate yanan KUYUCAK Hazım Atif, *Ticaret Hukuku*, İst. 1939, s. 13-15.

rek, bunda aynı hâdiseyi nizamlayan iki hükümden bahsedecek ve: «burada kanunlar içtimayı olduğunu, Medenî K. m. 2 yi tatbik etmemizin icap ettiğini»⁶⁰ mi ileri süreceğiz?

Yoksa hocamız Prof. Şevket Memedali Bilgişin⁶¹, Vasfi Raşit Sevig⁶² gibi tefsir ederek, silsilei meratibe olduğu gibi riayet edip yalnız Tc. K. nun hükmünü mü tatbik edeceğiz?

Bizce, ele aldığımız konuda ne bir kanunlar içtimayı ne de Tc. K. m. 2 ve 3 ün tatbikini icap ettiren bir durum vardır. B. K. m. 115 f. 1 ile Tc. K. m. 783 bent 2; mümasıl hâdiseleri tanzim eden kaideler değildir. B. K. umumî kaideyi; kalemin mücerret carî hesaba geçmesinin tecdidî tazammun etmiyeceği prensibini kabul etmekte; Tc. K. ise bu prensibin yegâne istisnasını, carî hesap mukavelesinden önce mevcut alacağın, carî hesaba kayıt ile tecdit edilmiş olacağını vazetmektedir.

Kaldı ki, bu neticeye, B. K. na müracaat etmeden de varmak pekâlâ mümkündür. Tc. K. da tecdit yalnız bir hale inhisar etmektedir. Hükmün mefhumu muhalifinden, taraflar arasında carî hesap mukavelesinin aktinden sonra vücut bulacak bir matlûbun, hesaba kaydedilmesinin tecdidî tazammun etmediğini anlamak mümkündür.

Mesele B. K. m. 115 f. 2 ve 3 ün tatbikinde daha ehemmiyetlidir. Bakiyenin kabulü halinde tecdit ve teminat durumları Tc. K. tarafından tanzim edilmiş değildir. İşte burada Tc. K. nun bir boşluğu ile karşılaşmaktayız. Burada B. K. nun hükümlerini tatbik etmek ve bakiyenin kabulü ile tecdit cereyan edeceğini ve kalemleri temin eden hususi teminatların bakiyeyi de temin edeceklerini kabul etmek icap eder. Hakikat halde, ticarî örf ve âdet te bu merkezdedir. Ticaret âleminde de, kabul edilmiş bakiye yeni bir borç sayılmakta ve hiç bir alacaklı buna rağmen bakiye üzerinde teminatlardan feragat etmemektedir.

II. Demek oluyor ki, B. K. ile Tc. K. muzun hükümlerini telif etmek mümkündür. Durumu izah için, *hukukumuz bakımından* vaziyeti iki değil fakat üç ayrı safhaya ayırmak lâzımdır:

1. *Carî hesap mukavelesinin inikadından önceki safha*: Bu safhada vücut bulmuş alacaklar, sonradan, carî hesaba tarafların rızasıyla kayde-

60) HIRŞ, a. g. e., s. 67.

61) BILGIŞIN Ş. M., *Türk Ticaret Hukuku Prensipleri*, cilt I. 2. bası. İst. 1948. s. 64 ve 67.

62) SEVIG Vasfi Raşit, *Ticaret Kanunu Şerhi*, cilt I. İst. 1935, s. 158 ve müt. Bilhassa s. 167.

dildikleri takdirde, aksi şart edilmemişse, tecdit edilmiş olurlar ve bizce bunlar hakkında tecdidin bütün hükümleri tatbik edilebilse dahi teminat hususunda yine kıyasen B. K. m. 115 f. 3 ün hükmünü tatbik etmek maslahata daha uygun görünür.

2. *Cari hesap mukavelesinin inikadından sonraki safha:* Bu safhada cari hesaba kaydedilen alacaklar tecdit edilmiş olmaz, ferdiyetlerini olduğu gibi muhafaza ederler. Bu hususu Tc. K. m. 783 bent 2 nin mefhumu muhalifinden çıkarmak mümkün olduğu gibi B. K. m. 115 f. 1 de bu hususta sarihtir. Bu hal tarzı meselemizin ana kaidesini teşkil eder. Nitekim *Şili Tc. K. m. 607* deki hükmün mefhumu muhalifinden de aynı ana kaideyi istihraç etmek mümkündür.

3. *Bakiyenin kabulü ânından sonraki safha:* Bu safhada, bakiyenin karşı tarafça kabulü ile birlikte, bakiye *ipso jure* tecdit edilmiş olur (B. K. m. 115 f. 2). Yeni bir alacak karşısında bulunmaktayız; tecdidin bütün hükümleri cereyan eder, yalnız kalemlerin teminatı B. K. m. 115 f. 3 e binaen bakiyeyi de temin etmekte devam eder.

Bugün elimizdeki metinlere istinat ederek pozitif hukuk bakımından başka bir neticeye varmak biraz güçtür.

III. *Acaba B. K. ile Tc. K. muzun hükümlerini telif ederek ortaya çıkan netice ilmî ve tatbiki cihetten ne dereceye kadar tatminkârdır?*

1. Cari hesap mukavelesinden *evvel* mevcut bir alacağın, tarafların rızası ile hesaba geçirilmesinin tecdidi tazammun edebileceği fikri ilmî bakımdan o kadar yanlış değildir. Tecdit, eski bir alacakla onun yerine geçecek olan yeni bir alacak, yani iki alacağın mevcudiyetini arar. Binaen aleyh, eski bir alacağın cari hesaba geçirilmekle tecdit edilmiş olabileceği pekâlâ düşünülebilir.

İtalyan hukukçusu *Vivante*, İtalyan Tc. K. nun cari hesapta tecdide müteallik hükmünü tenkit ederken ezcümle şöyle söylemektedir: İtalyan kanununu, o zaman Fransada ve İtalyada hâkim olan telâkkiye uyarak, mücerret alacağın cari hesaba geçmesinin neticesini tecdit müessesesi ile izah etmektedir. Hakikaten, taraflardan birinin «matlûb» a geçen her alacağı — hesaptan önce mevcut olan bir alacağın yerine kaim olduğu zaman — objektif tecdit vardır: taraflardan biri diğerini bey'den elde ettiği semeni veya emre muharrer senedin tediyesinden elde edilen miktarı hesaba kayıt hususunda mezun kılınca vaziyet bu merkezdedir. Fakat, umumiyetle alacak, *hemen cari hesaba kaydedilmek şartı ile birlikte doğar*. Hattâ bu şart, bu saik mevcut olmasa, borç münasebetinin teessüs edeceği bile şüphelidir. İşte bu vaziyette, alacak doğrudan doğruya cari he-

sap şeklinde doğmaktadır ve burada iki alacaktan bahsedilemeyeceği için tecdit cereyan edemez. Binaenaleyh carî hesaba alacağın kaydına terettüp edecek hükümler, bütün safhalarda ve her zaman tecdit müessesesi ile izah edilemezler. Bu müessese ancak mukaveleden önce mevcu alacakların durumunu açıklayabilir⁶³.

Hülâsa etmek icap ederse diyebiliriz ki, *Vivante* doğrudan doğruya tecdidin şartları üzerinde durarak, tecdidin vücut bulması için önceden mevcut bir alacağın elzem olduğunu, halbuki carî hesaplı münasebetlerde ekseriya, alacağın, carî hesaba geçirilirken, hesap ile aynı zamanda doğduğunu iddia ederek, tecdidin ancak carî hesap mukavelesinden önce mevcut alacaklar için mevzu bahis edilebileceğini ileri sürmektedir.

2. *Vivante*'nin bu kanaati hukukumuz bakımından hususî bir kıymet arz etmektedir. Bu fikir sayesinde, varmış olduğumuz üç safhalı neticeyi ilmi bir şekilde izah etmek ve carî hesap mukavelesinden önceki alacaklara başka ve mukaveleden sonraki alacaklara başka bir sistem tatbikinin lüzumunu belirtmek mümkün ise de, biz İtalyan hukukçusunun fikrine iştirak edememekteyiz.

Bizce, müellif, carî hesap mukavelesinin aktinden sonra doğan alacakların esasını araştırırken, ekseri müelliflerin saptıkları yoldan kurtulamamış ve «hesaba kayıt» keyfiyeti ile «alacağın doğumu» nu karıştırmıştır. Ekseriya alacağın hesap ile aynı anda doğduğunu iddia ederken, müellif bir hukukî varlık olan «alacak» ile bir muhasebe muamelesi olan «hesap kaydı» nı aynı tutmaktadır. Alacağın doğumu hâdisesile hesaba kayıt muamelesi hiç bir surette aynı zamanda vücut bulamaz. Aradaki zaman ne kadar kısa olsa dahi, muhakkak surette, alacağın kayıttan önce mevcut olması realite icabıdır. Müstakbel bir alacağa mahsuben yapılabilecek kayıtlar mevzu bahis değildir.

Büyük hukukçunun ileri sürdüğü gibi, ekseriya carî hesaba geçirilmenin alacağın esaslı şartım teşkil etmesine gelince, bu fikre de iştirak edemiyoruz. Bu gaye, alacağın mahiyeti üzerinde rol oynayamaz. Alacağın, carî hesaba kayıt şartile doğduğunu kabul edemeyiz. Hattâ daha ileri giderek, carî hesap alacak yüzünden doğmuştur, müteaddit ve karşılıklı alacakların hesaplarını kolaylaştıran bir usuldür demek daha muvafıktır.

3. Kanaatimizce, Türk hukukunda vardığımız üç safhalı netice, ilmi bakımdan tehlikelidir. Mukaveleden önce doğmuş alacakları başka kaidelere, sonra doğmuş alacakları başka kaidelere tâbi tutmak, işleri karıştırmaktan başka bir işe yaramaz.

63) VIVANTE, a. g. e., s. 299-300, No. 1734-1735 ve müt.

Gerek mukaveleden önceki alacakların hesaba kaydında, gerek mukaveleden sonra vücut bulan alacaklarda, bakiyenin kabulüne kadar tecdidini reddetmek en iyi yoldur. Bu fikri benimserken, yukarıda, § II de daha etraflı bir surette tetkik ettiğimiz; tecdit müessesesinin eskiliği, cari hesapta *animus novandi*'nin mevzu bahis edilemeyeceği ve nihayet alacağı bir muhasebe mefhumu gibi bakmaya imkân olmadığı esaslarına istinat etmekteyiz.

Bu bakımdan, B. K. muzun hükmü bize her hususta daha mütekâmil ve daha tatminkâr gelmektedir. Maatteessüf bugün, elimizdeki metinlere istinaden hareket etmemiz ve bir neticeye varmamız icap etmektedir. Fakat, Ticaret Kanunumuzun değiştirilmesinden bahsedilen bu günlerde, cari hesapta tecdit bahsinde, kanun koyucunun daha modern kaideler vazedererek B. K. ile Tc. K. arasındaki lüzumsuz âhenksizliği kaldıracağını ümit etmek hakkımızdır.

Halid Kemal ELBİR