

PROF. DR. REHA
POROY'A
ARMAGAN



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ
1995

YANLIS BIR BAKIYENIN KABUL EDILMESI: IHTILAF SEBEBSIZ ZENGINLESME HUKUKUNA GÖRE MI YOKSA SÖZLESME HUKUKUNA GÖRE MI ÇÖZÜLÜR?

Federal Mahkeme 1. Hukuk Dairesinin
23 Aralık 1994 Tarihli Kararı Üzerine*

Eugen BUCHER**
Çev.: Vedat BUZ***

A) ÖN MÜLÂHAZALAR

1. Genel Olarak

Cari hesaplar son yıllarda korkunç şekilde yaygınlaşmıştır ve bugün artık tacirlerle sınırlı kalmayıp, ayrıca tahsilat ve ödemelerini eskiden banka hesabı üzerinden sonuçlandıran ve kredi kartı kullanan geniş bir kitle tarafından da kullanılmaktadır. Periyodik olarak bakiye kararlaştırılmadan cari hesap işlemi düşünülemez. Kabul edilmiş bir bakiyenin sonradan yanlış olduğu anlaşılırsa nasıl bir hukuki durum ortaya çıkar? Esas itibarıyla bir düzeltmenin mümkün olması gerektiği hususunda tartışma yoktur. Bu amaca ulaşmayı mümkün kılacak hukuki yol sorunsuz degildir.

Burada takdim edilen, sonuçta tamamen doğru bir çözümü ihtiva eden Federal Mahkeme kararı, bu yol üzerine düşünmeye vesile olmuştur. Esas itibarıyla iki çözüm yolu akla gelmektedir: Eksik miktar (yani kararlaştırılan bakiye ile gerçek bakiye arasındaki fark) lehine yanlışlık yapılan şahsın bir zenginleşmesi olarak nitelendirilebilir ki, bunun sebepsiz zenginleşme hukukuna göre iadesi talep edilebilir ("Kondiktion"), veya sözleşme hukuku zemininde kalınır ve bu takdirde ya bakiye anlaşması irade sakatlığı nedeniyle iptal edilecek ya da belki salt sözleşmesel esaslara göre olması gereken durumun yeniden te-

* Semaine Judiciaire 1994, s. 269-274 de yayınlanmıştır (resmi külliyatta yer almamaktadır.)

** Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*** A.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

sisine ilişkin bir yükümlülük kabul edilecektir. İlk çözüm yolu mevcut kararda Federal Mahkeme tarafından tercih edilmiştir ve öğretilerdeki mutlak hakim görüşüne uygundur. Bu satırların yazarı da aynı görüşe katılmıştır; ancak mevcut olayın şartları muvacehesinde diğer çözümün daha doğru olduğuna kanaat getirmiştir: Bu çözüm kabul edildiğinde bir bakiye anlaşması yapan tarafların iradeleri bakımından gerçek dsi varsayımlara gerek kalmayacaktır. Kararın sonucunun maddi bakımdan doğruluğu da bu yolu takip etmeyi gerektirir. Çünkü lehine yanlışlık yapılan şahsa, (sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak) maddi açıdan uygun gözükmeyen zenginleşmenin kalktığı defini (IBK¹ m. 64) ileri sürme imkânı tanınmamaktadır.

2. Cari Hesap Nedir?

Bir cari hesap sözleşmesi ile taraflar, is ilişkilerinden doğan karşılıklı alacak ve borçların münferit olarak ileri sürülemez, bir hesaplama ilişkisi (iste cari hesap!, yani yürüyen hesap) içine dahil edileceğini kararlaştırırlar². Bunun ile taraflar, önceden karşılıklı taleplerinin takasını kararlaştırırlar; aynı zamanda cari hesap ilişkisinin devami müddetince, her defasında ortaya çıkan bakiyenin denkleştirilmesinden vazgeçerler.

Geçici olarak bakiyenin denkleştirilmesinin zorunlu olmaması şeklindeki kural, çoğu zaman, muhtemelen taraflar arasında yapılmış bir erteleme anlaşması olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca cari hesap anlaşması ile tarafların muhtemel ödünç vaadlerinin (yani karşı tarafın her defasında ortaya çıkan borç bakiyesine ilişkin ödünç vaadlerinin) çakıştığını söylemek de mümkündür. Çoğu zaman, cari hesaba bir bankanın katılması halinde daima kredi modaliteleri ayrıntılı olarak tespit edilir: Borçlanılan faizler, kredi limiti, yani bankanın cari hesapta alacaklı tarafından kullanılmasına izin verdiği miktar vb.

Özellikle cari hesaba onu "yürüten" bir bankanın katılması halinde cari hesap bir vekalet ilişkisi ile çakışmaktadır: Bankanın bütün işlemler hakkında "defter tutması" ve müşteriye bilgi vermesi gerekir. Bundan başka banka, müşteri tarafından yapılan ödeme emirlerini yerine getirmek, yapılan ödemeleri kabul etmekle, yani belirli tahsil fonksiyonlarını icra etmekle (özellikle

¹ İsviçre Borçlar Kanunu.

² Taraflarca hesaba verilen isim kural olarak önemli değildir. Aşağıda ana hatları ile incelenecek kurallar bankaca yürütülen çoğu hesaplar bakımından kısmen veya tamamen geçerlidir.

idare edilen malvarlığı değerlerinden kazançları ve ana para ödemelerini tahsil etmekle vb.) yükümlüdür. Taraflar arasında geçerli olacak oyun kurallarının ayrıntılarını hesabi tutan banka genel işlem şartlarında belirleyecektir. Taraflar vekâlet hukukuna ilişkin bir güven ilişkisi içinde bulunurlar ve bu ilişkiden çeşitli sözleşmesel yükümlülükler türetilir (bu satırların zararına göre bunlara, hatalı bir şekilde hesaplanan veya kabul edilen bakiyenin sonradan düzeltilmesine gerekli düzeltme işlemlerinin yapılmasına izin vererek katlanma yükümlülüğü de dahildir; kars. asa. B/VI).

Giris kısmında bahsedilen cari hesap sözleşmesinde yer alan takas anlaşması, "cari hesaba yazma yükümlülüğünden" söz edilmesine yol açar. Bunun ile, münferit alacakların tek başına ileri sürülemediği dile getirilmek istenir. Bu husus kural olarak cari hesap sözleşmesinin tarafları arasındaki bütün ilişkileri bakımından geçerlidir. Esasen iş ilişkilerinin belirli bir kısmını cari hesap dışında bırakmak taraflara kalmış bir husustur. Böyle bir şey sadece bazı özel durumlarda bir anlam ifade edebilir ve bütün hallerde karine olarak kabul edilemez.

Cari hesaba yazma yükümü tasvir edilebilir, ancak yeterince açık değildir. Çünkü tarafların bir davranış veya edim yükümlülüğü söz konusu değildir: Cari hesap anlaşması olsa olsa yukarıda anılan vekâlet hukukuna ilişkin yan noktalar bakımından taahhüt işlemi niteliğinde olup, daha ziyade ağırlıklı olarak taraflardan her birinin ileride doğacak alacaklarına ilişkin önceden yapılmış, yani sarta bağlı tasarruflarını ihtiva eder: Bu alacaklar takas edilir, ortaya çıkan bakiye ertelenir ve bir ödünç alacağına dönüştürülür.

3. Bakiyenin Çıkarılması ve Kabul Edilmesi

(Bakiye Anlaşması)

Bir cari hesap ilişkisinin uzun süre cari hesap bakiyesi müessesesi ve bakiyenin taraflarca kabulü olmadan düşünülmesi, mümkün değildir. Bakiyeden, cari hesabın belirli bir anda hesaplanan ve taraflardan birinin o zamanki alacağının ve diğer tarafın bunun karşılığını oluşturan borcunun miktarını gösteren durumu anlaşılır. Bakiyenin kabul edilmesiyle, halihazırdaki alacak durumu araştırılırken (ve özellikle buna ilişkin görüş ayrılığı halinde) cari hesap ilişkisinin başladığı ana kadar geriye gidilmesi ve geçmişe ilişkin bütün pozisyonların (ka-

lemlerin) de gözönünde tutulması (ve ihtilaf halinde ispatı) zorunluluğu ortadan kalkar ve hesaplama veya buna ilişkin tartışma en son kabul edilen bakiyeye dayanarak başlayabilecektir.

Bakiyeyi periyodik olarak veya cari hesap bakımından önemli bazı olaylarda hesaplayan ve karşı tarafa bildiren, kural olarak taraflardan biridir (cari hesaba bir bankanın katılması halinde bankadır). Bakiyenin çıkarılmasının gerçek hukuki sonucuna, bakiyenin tek taraflı olarak hesaplanması ve bildirilmesi işlemi ile değil, onun karşı tarafça "kabul edilmesi" ile ulaşılır. Bakiyenin "kabul edilmesi" suretiyle meydana getirilen hukuki işlem taraflar arasındaki bir sözleşme olarak (bakiyenin bildirilmesi icap, "tanınması" kabul olarak) nitelendirilmelidir.

Bu sözleşmenin tam olarak içeriğinin, hukuki niteliğinin ne (taahhüt işlemi mi yoksa tasarruf işlemi mi) olduğu, uzun zamandan beri severek sürdürülen doktriner bir tartışmadır. Bir çok kişi, bakiyenin kabul edildiği sözleşmenin, kurucu borçlandırıcı etkiyi ve bundan doğan dava edebilme imkânını ihtiva eden soyut bir borç ikrarı teskil ettiğini kabul etmektedir. Karşı görüş, bakiye anlaşmasını, yargılamada (aksinin ispatının mümkün olması kaydıyla) bir alacağın varlığına karine teskil edip kendisi dava sebebi olmayan vakıaların müstereken kabulü olarak anlamaktadır³. Her iki görüşün de kendi içinde baskaca farklar düşünülebilir. Bu bağlamda daha simdiden bu görüşlerin değerlendirilmesine veya sadece bu görüşler hakkında genel bir bilgi vermeye çalışmak mümkün değildir. Yine de metod bakımından bir hususa simdiden işaret etmek gerekir: Burada sorulması gereken soru, hangi çözümün bakiye anlaşmasını dogmatik açıdan daha doğru bir şekilde açıkladığından ziyade, hangi yorumun en fazla tarafların iradesine uygun olduğu olacaktır.

4. Bakiye Anlaşması ve "Yenileme"

Bakiye anlaşması teorisi ile bağlantılı olarak "novation" (veya yenileme) kavramı önemli bir rol oynar. Bu kavram daha

³ Bakiye anlaşmasının bağımsız bir borç sebebi olduğu şeklindeki görüşün kurucusu olarak Grünhut kabul edilir; kars. Grünhut, in: Grünhuts Zeitschrift (Z.f.d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart) Bd. 3 (Wien 1876), s. 473-534, burada özellikle s. 508 vd.; günümüzdeki görüş için kars. önce Avaconi/Iro/Kozoiol, Oesterreiches Bankvertragsrecht, Bd. I, VIten 1987, Rz. 5/36-5/50. Aşağıda B/IV/2 de anılan yazarların çoğu bakiye anlaşmasının kurucu borç ikrarı olduğu şeklindeki görüşe meylenmektedir.

B, 23.12.1993 Tarihli Crédit Lyonnais Kararı

I. Olay

Felicio Cenevre'deki **Crédit Lyonnais Suisse** (burada **CL** olarak kısaltılacaktır) nezdinde bir cari hesaba sahiptir. **Felicio CL**'den, **Z** isimli birinin hesabi için **Y** isimli bir sahse \$ 79'400 lik bir akredetif açmasını, daha doğrusu bu miktarı ona ödemesini talep eder. **Felicio** söz konusu miktarı **CL** nezdindeki hesabına yatırır. **CL** de aldığı bu direktifi yerine getirir, fakat bir hata sonucu bunu **Felicio'nun** cari hesabına zimmet olarak kaydetmez. **Felicio, Z** den söz konusu miktarı **CL** nezdindeki hesabına yatırmamasını ister ve **Z** de bunu garanti eder, ancak gerçekte bunu yapmaz. **CL** tarafından **Felicio'ya** gönderilen üç aylık hesap özetinde **Felicio** lehine \$ 80'125.58 lik bir bakiye görülmektedir. Bu rakam, **Z** nin taahhüt ettiği ödemeyi yaptığını zannettiği için, **Felicio'nun** beklentilerine de uymaktadır; gerçekte **Z** hiç bir ödeme yapmamıştır ve bakiyenin **CL** tarafından hesaplanan yükseklikte çıkmasının tek sebebi, **CL'nin Y'ye** yaptığı ödemeyi aynı oranda cari hesaba zimmet olarak kaydetmemesidir⁵. **Felicio, CL'ye**, \$-hesabının bakiyesini başka bir bankadaki hesaba yatırmaması direktifini verir. **CL**, bir çeyrek yıl sonra hatayı farkeder ve **Felicio'dan** \$ 79'400 i (veya bunun karşılığını) talep eder: Ancak **Felicio** bu miktarı ödemekten kaçınır. **CL** söz konusu miktarı dava eder.

önce Roma kaynaklarında kullanılmıştır (kars. Dig. 46,2) ve tarafların mevcut bir alacak ilişkisi yerine, yeni meydana getirilen başka birinin geçmesi hususunda anlaşmalarını ifade eder. Burada eski alacağın ifa ile ortadan kalktığı düşüncesi mevcuttur ki, ifa yeni meydana getirilen ikinci alacağın tanınmasıdır.

Bakiye anlaşmasında yenileme niteliği görmek, sadece bu anlaşmanın kurucu borç ikrarı olarak nitelendirilmesi halinde söz konusu olup, onun sadece bildirici, ispat hukukuna ilişkin bir işlem olarak görülmesi halinde mümkün değildir. Bakiye anlaşması yenileme olarak anlaşılacak istendiği takdirde, iki ana çözüm yolu söz konusu olabilir: Birincisi "sebebe bağlı" yenilemedir ki, buna göre yeni meydana getirilen alacak yerine geçtiği eski alacağın mevcudiyetine bağımlıdır. İkinci olarak "soyut" yenileme: Buna göre yeni alacak, yerine geçtiği eski alacağın yazgisinden bağımsız olarak mevcuttur. Aşağıda görüleceği gibi, kabul edilmiş yanlış bir bakiyenin ne şekilde düzeltileceği, özellikle bakiye anlaşmasının soyut bir yenileme (yani borç ikrarı) olarak nitelendirilip nitelendirilmediğine bağlıdır.

Sonuç olarak burada belirtmek gerekir ki, yenileme kavramı kesin hatlara sahip olmayıp, Roma hukukunun gelişimi içinde ve ayrıca yeni çağda da değişimlere uğramıştır: Bazen borcun teyidi, bazen yeni bir borcun meydana getirilmesi olarak gerçek anlamda "yenileme" ön plandadır; bundan başka bazen yenileme lehine bazen aleyhine bir karine mevcuttur⁴. Tarafların yenileme olarak nitelendirilen anlaşmasının ne dereceye kadar geçmisse dönülmesine engel olacağı, yani eski alaktan doğan itirazların, ileri sürülmeleri mümkün ise, hangi ölçüde caiz olduğu sorusu ve bundan sonra, en azından ilk alacağın mevcudiyetinin ikinci alacağın mevcudiyetinin şartı olup olmadığı sorusu ön plandadır. Kanun koyucu açık bir tavir takinmediği için, bu satırların yazarına göre, somut sorunların, çok defa üstü kapalı bir biçimde ileri sürüldüğü gibi, teorik anlayışlar vasıtasıyla değil, tarafların iradesine dayanarak bir çözüme kavuşturulması gerekir.

⁴ Bilgi için kars. M. Kaser, Römischeres Privatrecht (Kurzlehrbuch), 16. Aufl. 1992, § 54/1; Jörs/Kunkel/Wenger, Römischeres Recht (3. Aufl. 1949) § 124 veya Honsel/Mayer-Maly/Selb tarafından islenen yeni baskısında (1987) §104.

⁵ Karar metninin Semaine Judiciaire'de yayınlanan kısmında, hesap özeti, Felicio'nun kontrol esnasında söz konusu pozisyonunun (kalemin) eksik olduğunu fark edebileceği biçimde münferit zimmet kalemlerini gösterip göstermediği açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu husus ve olayın tam olarak anlaşılabilmesi için yayınlanan pasajdan önce gelen paragrafın (E.3c) aynen aktarılması yerinde olacaktır (metni, kararın Federal Mahkemenin rica edilen orijinalinden alıyorum): "Enfin, c'est le lieu de préciser que le compte dont le défendeur (sc. Felicio) est titulaire auprès de la demanderesse (sc. CL) est un compte courant (pour la notion, cf. ATF 100 III 79 consid. 3 p. 83 et les références). Les relevés de compte, adressés tous les trimestres au défendeur par le demanderesse et se référant -au moins certains d'entre eux- au 'compte courant' de celui-là, ont été établis en la forme usuelle de compte courant. En effet, les prétentions nées de part et d'autre ont été inscrites dans le compte du défendeur et ont été compensées automatiquement lors de l'établissement de chaque relevé. Les créances portées en compte ont donc été considérées comme des articles de compte pour en déterminer le solde". ("Nihayet burada belirtmek gerekir ki, davalı tarafın (yani Felicio'nun) davacı (yani CL) nezdindeki hesabi bir cari hesaptır (Kavram için bkz. ATF 100 III 79 consid. 3p. 83 ve göndermeler). Davacı tarafından her üç ayda bir davalı tarafa gönderilen hesap özetleri -ki içlerinden en az bir kaç "cari hesap"a ilişkin bulunmaktadır- cari hesaba özgü alısdik biçimde düzenlenmiştir. Sonuç olarak, her iki taraf lehine doğan alacaklar davalının cari hesabına kaydedilmiş ve her hesap özeti düzenlenmesi sırasında kendiliğinden takas edilmiştir. Hesaba geçirilen alacaklar ise bakiyeyi belirleyen cari hesap kalemleri olarak kabul edilmiştir.")

II. İlk Derece Mahkemelerinin ve Federal Mahkemenin Karar Gereççeleri

1. İlk Derece Mahkemeleri

CL'nin davası birinci ve ikinci derecede Cenevre Mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. Bu kararların gerekçesi, Federal Mahkemenin kararının gerekçelerinden dolayı olarak anlaşıldığı üzere, CL'nin alacağının sebepsiz zenginleşmeden (IBK.m. 62 vd) doğan bir alacak olduğu, fakat mevcut olayda IBK.m.64 ün şartlarının gerçekleştiği, yani **Felicio'nun** artık zenginleşmediği şeklindedir (Bu sonuca hangi gerekçelerle varıldığı Federal Mahkemenin kararından anlaşılamamaktadır).

2. Federal Mahkeme

Waad Kantonu mahkemelerinin sonucu itibarıyla kabul edilmesi oldukça güç olan bu kararı, Federal Mahkeme tarafından bozulmuş ve dava kabul edilmiştir. E.1 ve 2 de burada bizi ilgilendirmeyen usul hukukuna ilişkin hususlar incelenirken, E.4 ve 5 te mahkeme, konumuz bakımından önemli cari hesap hukukuna ilişkin sorunları tartışmaktadır⁶. E.4 de, CL'nin bir sebepsiz zenginleşme talebine sahip olup olmadığı, bu sorunun olumlu olarak cevaplandırılmasından sonra E.5 te (ilk derece mahkemelerinden farklı olarak) **Felicio'nun** pekâlâ zenginleştiği, yani onun direktifi üzerine paranın başka bir bankaya yatırılmasının hiç bir şekilde IBK.m. 64 anlamında zenginleşmenin kalkması olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmak için incelenmektedir. Bu sonuç o kadar tabiidir ki, Federal Mahkemenin bu konudaki düşünceleri bizi ilgilendirmemektedir. Ancak karar gerekçelerinde konumuz bakımından ilginç bir hususa işaret edilmektedir: Gerçi haksız bir şekilde elde edilen paranın (mevcut olayda olduğu gibi) faydalı bir şekilde kullanılması fakirleşme oluşturmaz. Ancak eğer zenginleşen, karşılıksız bir kazandırmada ("liberalité") bulunmuş yahut tatil ge-

⁶ Yukarıda gerekçe E.3 paragraf c aynen aktarılmıştı. Orada tarafların karşılıklı ilişkilerini, sözleşme ile cari hesap kuralarına tabi kıldıklarından söz edilmekte idi. Burada ayrıca eklemek gerekir ki, taraflar arasında aynı zamanda bir vekâlet ilisi kişi mevcuttur: "La cour cantonale a retenu que le défendeur était seul lié par un contrat de mandat à la demanderesse. L'arrêt attaqué n'est pas critiqué sous cet angle; il ne saurait d'ailleurs l'être" (Kanton mahkemesi, davalı tarafın davacıya sadece bir vekâlet sözleşmesi ile bağlı olduğunu kabul etmiştir. İtiraza konu olan mahkeme kararı bu noktadan dolayı eleştirilmemiştir, zaten eleştirilecek bir yanı da bulunmamaktadır").

zisi veya diğer manevi amaçlar için yapılan harcamalar gibi ("soit d'une manière générale à des valeurs extrapatrimoniales...") sürekli bir fayda sağlamayan harcamalar yapmış olsa idi, bir fakirleşme sözkonusu olurdu.

Federal Mahkeme tarafından sadece sebepsiz zenginleşme hukuku ilkelerinin uygulanması tartışılmış, yani E.4 de ilk derece mahkemesinin görüşü paylaşılarak bir sebepsiz zenginleşme talebinin varlığı olumlu cevaplandırılmış ve E.5 de (burada ilk derece mahkemesinden farklı olarak) IBK.m.64 anlamında fakirleşme (zenginleşmenin kalkması) reddedilmiştir. Sebepsiz zenginleşme hukukunun uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu, E.4'ün başlangıcında ortaya atılmış ve hattâ bu hususun re'sen araştırılması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak gerçekte tek bir kelime ile dahi bu problem incelenmemiş, bilakis E.4/a da hemen CL'nin sebepsiz zenginleşme talebinin şartlarının mevcut olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır. Sebepsiz zenginleşme hukukunun esas alınması gerekçelendirilmemiştir; belli ki bunun yapılmamasının sebebi bu hususun tartışılması olmamasıdır.

III. Zenginleşmenin Kalktığı Definin (BK.m.64) Somut Olayda Uygun Olmaması

Sebepsiz zenginleşme anlayışının doğrudan doğruya ortaya çıkan ana sakıncası, bu suretle zenginleşene zenginleşmenin kalktığı defini (BK.m.64; BGB § 818) ileri sürme imkânının açılmasıdır. Ancak uygunsuzluk iddiasının gerekçelendirilmesi gerekmektedir; burada tahlil edilen karara konu olan olay bunun için oldukça etkili bir inceleme malzemesi sunmaktadır. Yanlılık sonucu zamanında (yani bakiyenin kabul edilmesinden önce) cari hesaba zimmet olarak işlemeyen bankanın, bu yüzden alacaklı lehine doğan zenginleşmenin kalkması ve IBK.m.64'ün şartlarının gerçekleşmesi halinde harcamalarının tazminine ilişkin talep hakkını kaybedeceği şeklindeki sonuç doğru olamaz. Zenginleşmenin kalkması örneğin olayımızda **Felicio'nun** parayı hayale ettiği banka ödeme güçlüğüne düşmüş olsaydı veya **Felicio** sözkonusu parayla ispatı mümkün olmak üzere, daha sonra değeri düşen kıymetli evrak iktisap etmiş olsaydı, pekâlâ sözkonusu olabilirdi. Federal Mahkeme tarafından, -sadece öğretici ve tâli, ama isabetli olarak-, anılan örnekler üzerinde düşünüldüğünde, sonuç daha da rahatsız edicidir: Bedelin bağışlanması veya onunla finans edile-

len bir geziye çıkılması nedeniyle zenginleşmenin kalkması. Ancak rollerin değişebileceğini ve buna göre bakiyeyi hatalı olarak müşterisi aleyhine hesaplayan bankanın daha sonra düzeltmeden kaçınmak için, IBK.m.64 anlamında zenginleşmenin kalktığı defini ileri süreceğini de gözden uzak tutmamak gerekir⁷.

Burada ortaya konan düşüncelerde daima su husun mevcut olduğu varsayımından hareket edilebilir: Bakiyenin yanlış hesaplanması ve bunun sonucunda tarafların hatalı anlaşması, kaza sonucu (yani taraflardan hiç birinin kusuru olmaksızın) meydana gelmiştir ve bunun sebepleri diğer açılardan da taraflardan birinin veya diğerinin sahasına dahil edilememektedir. Keza tarafların bakiyenin yanlış hesaplanması sonucu doğrudan doğruya bir zarara uğramadıkları varsayılmaktadır. Eldeki bilgilere binaen mevcut olayda her iki hususun da varlığı kabul edilebilir⁸.

Sebebsiz zenginleşme müessesesinin, ihtiva ettiği zenginleşmenin kalktığı definin ileri sürülebilmesi imkânî yüzünden günümüzdeki uygulamada ne denli tehlikelerle yüklü olduğunu, mevcut olayın yargılama öyküsü gözler önüne sermektedir: ilk iki derecede defî kabul edilmiş, ancak üçüncü ve son derecede düşünülebilecek tek çözüm olarak gözükken çözüm öne çıkmayı basarabilmiştir.

IV. Bakiye Düzeltmeleri İçin Doğru Hukuki Temel Sorunu

1. Sorunun Ortaya Konusu

İnceleme konumuzun odak noktasını teşkil eden, yürürlükteki hukuka göre yanlış bir bakiyenin kabul edilmesi ile elverişli konuma giren tarafa zenginleşmenin kalktığı definin tanınmasının caiz olup olmadığı şeklindeki sorun, bir cari hesap çerçevesinde ortaya çıkan hatalı işlemlerin nasıl düzeltilmesi gerektiği şeklindeki temel soruna dayanır. Hatalı işlemin ta-

⁷ Banka nezdinde meydana gelen fakirleşme (zenginleşmenin kalkması) örnekleri kuskusuz fazla değildir, ama yine de düşünülebilir: Bir banka, sadece belirli bir müşterisiyle olan ilişkileri bakımından bir cari hesap tutmaktadır; bir alacağı matlu olarak hesaba geçirmeyi unutan banka, müşterisine karşı, sözkonusu pozisyonu nezdinde tuttuğu muhabir bankasının ödeme güçlüğüne düşmesi halinde, zenginleşmenin ortadan kalktığını (fakirleşmeyi) ileri sürebilecektir.

⁸ Bu varsayımların doğru olmaması ve taraflardan birinin diğerini kusurlu olarak zarara uğratması halinde denkleştirme, cari hesabın düzeltilmesi yoluna gidilerek değil, sözleşme hukuku esaslarına göre gerçekleştirilmelidir.

rafların bakiye üzerinde anlaşmasından önce mi yoksa sonra mı farkedildiği ve gerekli düzeltmenin böyle bir anlaşmadan önce mi yoksa sonra mı talep edildiğine göre esaslı bir fark ortaya çıkar.

Birinci durum herhangi bir güçlük arzetmez: Hesabi tutan taraf (yani banka), o ana kadar yapılmayan hesaba geçme işlemini telafi edecek veya karşı kayıtla düzeltme işlemini ("ristorno" veya her ne şekilde isimlendiriliyorsa) yapacaktır ve bunu yapmaya da yetkilidir. Banka tarafından yapılan düzeltme işleminin haklılığı reddedildiği takdirde, taraflar arasında düzelme hususundaki ihtilaf, kural olarak, bir hesabın borçlandırılması işleminin doğruluğu hakkındaki her ihtilafın tabii olduğu kurallara tabidir. Aynı şey, müşterinin bir hesaba yazma işleminin haklılığını tartışma konusu yapması halinde veya tam tersine böyle bir işlemin yapılmasını talep etmesi (ya yürüyen hesap esnasında ya da hesap özeti bildirilmesi münasebeti ile) halinde de geçerlidir.

Ancak eğer bakiye "kararlandırılmış", yani sadece taraflardan birince hesaplanıp bildirilmekle kalınmamış, ayrıca diğer tarafça (zimmen dahi olsa) kabul edilmiş ise durum farklıdır. Bu kabul (dogmatik açıdan karşı tarafça bakiyenin bildirilmesi suretiyle yapılan icabın kabulü), cari hesabın durumu bakımından tarafların mutabakatının sağlandığı ve taraflardan herbirinin başka bir şeyin ispatına gerek kalmaksızın kararlaştırılan bakiyeye dayanmasına müsaade eden bir sözleşme meydana getirir. Bundan böyle sonradan herhangi bir düzeltme işlemi kural olarak caiz değildir. Çünkü böyle bir şey varılan bakiye anlaşması ile çelişirdi; bu anlaşmadan herhangi bir sapma açık bir hukuki temelin varlığını şart kosar.

2. Sebebsiz Zenginleşme Davası Vasıtasıyla Düzeltme Görüşü

Federal Mahkeme, (ilk derece mahkemeleri ve galiba taraflarla da birlikte) rahatlıkla sebebsiz zenginleşme hukukuna dayandığına göre, ayrıntılarına girmeden, Almanca konusulan çevrelerdeki mutlak hakim görüşü takip etmektedir. Örneğin **von TUHR**, "İsviçre Borçlar Hukukunun Genel Kısmı" ismini taşıyan eserinde, Bd.II § 76/IV, son paragrafta (dipnot 46,47 arası), hatalı olarak hesaplanan ve kabul edilen bakiyeye ilişkin olarak sunları yazmaktadır: "Burada taraflardan biri veya diğeri lehine bir sebebsiz zenginleşme mevcuttur; bu zenginleşmenin m.62

ye göre bakiyenin yükseltilmesi veya indirilmesi suretiyle denkleştirilmesi gerekir". Bu satırların yazarı da bugüne kadar bu görüşü takip etmekte idi⁹.

Almanca literatürde bu anlayış bu gün dahi hemen hemen oy birliği ile savunulmaktadır. Ön plandaki düşünceler şu şekildedir: Yalnız bir bakiyenin kabul edilmesi esas itibarıyla sonradan düzeltmeyi engellemez; ittifakla, medeni hukukun yani sözleşme hukukunun genel kurallarının uygulanabilirliğine dikkat çekilmektedir. Ancak bu bağlamda sasirtici bir şekilde, bakiyenin düzeltilmesinin, hata sebebiyle iptal yoluyla gerçekleşemeyeceği, böyle bir şeyin sözkonusu olamayacağı şeklinde bir görüş ortaya çıkmaktadır. Gerekeç olarak günümüzde, bakiyeyi veren münferit kalemlerin sadece (hata hukuku bakımından dikkate alınmaması gereken) saikler olduğu gösterilmektedir. Buna karşılık eski literatürde, bakiye anlaşmasında yer alan yenileme hukuki sebepten bağımsız, soyut yeni bir alacağın meydana getirilmesi sonucunu doğurduğu için, tekrar basa dönülmesinin, anlaşmaya aykırı bir "protestatio facto contraria" (kendi davranışı ile çelişkili, itiraz) oluşturan ileri sürülmektedir (bu yönde özellikle **GRÜNHUT**, s. 518). O zaman teklif edilen çözüm, yanlış bakiye ile zarara uğratılan tarafın bir sebebsiz zenginleşme talebini ileri sürerek, tekrar herseyi yoluna koyabileceği biçiminde idi; burada sebebsiz zenginleşme talebi, bizzatıhi bakiyenin kabulüne değil, kabul edilen yanlış bakiye ile doğru bakiye arasındaki fark tutarına yöneliktir.

Literatüre İlişkin Bilgi

(Almanya İçin)

Rud. Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2./3. Aufl. Tübingen 1928, s. 660: bu yazar hiç bir maddi argüman getirmemektedir;

W. **Gadow**, in Staub's Komm.zum HGB, Bd.3, 14.Aufl., 1933, zu § 355, dn.22 vd: Yazar gerçi dn.29c de bakiyenin kabulünün irade sakatlığı sebebiyle iptaline cevaz vermekte, ancak dn.29b de şöyle devam etmektedir: "...Bir bakiyenin soyut olarak tanınması bir ifa edimidir (§ 812 Abs.1 BGB). Ancak, ifa edimleri, eğer onları elde eden kimse bu yüzden hukuki sebep olmaksızın zenginleşmiş ise (§ 812 Abs.2 BGB), geçersiz hale getirilebilir (istirdat edilebilir)". Anılan yerde şöyle

⁹ Kars. **E. Bucher**, Obligationenrecht, allgemeiner Teil (2. Aufl. Zürich 1988), s. 413.

devam edilmektedir: "o halde bakiye kabullerinin sona erdirilmesi BGB § 119'a göre hata sebebiyle iptal ile değil, sebebsiz zenginleşme esaslarına göre gerçekleşir.";

Schlegelberger-Hefermehl, Komm.Handelsgesetzbuch, Bd.3, 3.Aufl. 1956, N.44 zu § 355.

C.W. Canaris, in Grosskommentar zum HGB, Bd.3/II, 1978; Komm.BGB, hrsg. von Mitgliedern des BGH, (BGB-RGRK), 12.Aufl.1989, Anm.102 ff. zu § 355.

(Avusturya için)

W. Schuhmacher, in M.Staube, Kommentar zum HGB, Wien 1987; N.32 zu § 355;

H. Hämmerle/H.Wünsch, Handelsrecht, Bd.3, 3.Aufl., Graz/Wien/Köln 1979, s. 125.

3. Bugün Hakim Olan Görüşün Babası Olarak GRÜNHUT

Literatürün yukarıda anılan bu tavrı zahiri bir benzerini, BGB'nin (kendisi ile mukayese edilebilecek bir benzerine başka yerde rastlanamayan, özellikle IBK'da ve Avusturya ABGB'sinde de mevcut olmayan) sebebsiz zenginleşme hukukuna ilişkin bir özelliğinde bulmaktadır: "Sözleşme ile bir borç ilişkisinin mevcut olduğunun veya mevcut olmadığının kabul edilmesini" de sebebsiz zenginleşme hukukuna göre (hukuki sebep olmadan yerine getirildiği için) denkleştirilmesi gereken "edim" olarak sayan BGB § 812 fıkra 2 hükmü. Oy birliği ile kabul edilen görüşe göre, BGB § 812 fıkra 2 hükmü (yanlış) bir bakiyenin kabul edilmesi halini de kapsamaktadır.

BGB § 812 ve bu hükme ilişkin olarak literatürde savunulan görüşler **C.S.GRÜNHUT'un** (dn.3 de anılan) makalesine dayanır. Bu esaslı araştırma, daha sonra devam eden tartışmaları önemli ölçüde etkilemiştir¹⁰.

GRÜNHUT, cari hesap fenomeninin tâ eski Roma'da bulunduğuna inanmakta ve bu müessesenin orta çağdaki gelişimini ispat etmekte, orada "cari hesap muamelesinin yaygın

¹⁰ Gerek Grünhut'un makalesinin gerekse BGB'nin kanunlaşma tarihçesinin oluşumu bakımından **Otto Bähr**'in "Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund; 1. Aufl. 1855, 2. Aufl. 1867" adlı makalesi önemlidir. Bu bağlamda kars. ayrıca **Götz Landwehr**, Abstrakte Rechtsgeschäfte in Wissenschaft und Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, in Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1990, orada özellikle s. 194.

bir şekilde kullanılmış olduğunu" belirtmektedir (s.483). Bu yazarın cari hesap anlayışı, kredi sağlama düşüncesinden etkilenmiştir. Ona göre borç ve kredi pozisyonları yürüyen hesap esnasında artarken, takas ancak bu hesap devrelerinin sona ermesiyle, yani her iki yekûnun çıkarılmasıyla gerçekleşir. Buna karşılık yenileme, ortaya çıkan fark tutarındaki cari hesap borcunun borçlu durumunda bulunan tarafça kabul edilmesi şeklinde görülmektedir (s.505). Kabul (tanıma) önce bakiyenin kendisine değil, onu oluşturan münferit kredi ve borç (zimmet) pozisyonlarına (kalemlerine) ilişkindir. Ortaya çıkan borç tutarının (yani bakiyenin) kabul edilmesinin, (usul hukuku açısından) vakıaların kabul edilmesi anlamında bir "ikrar" olarak mı (ki bu bölünemez), yoksa "bir dizi borcun bağlayıcı bir şekilde kabul edilmesi (promissio)" olarak mı nitelendirilmesi gerektiği sorulmakta, **GRÜNHUT** bu son çözümü kabul etmektedir (s. 511). Ancak bu yazar için de ağırlık noktası, takas sonucunda ortaya çıkan farkın veya sonuç bakiyesinin kabul edilmesindedir. Bu bakiyenin "müstereken tesbitinde bir bağlayıcı borç ikrarı, bağımsız bir borç vaadi, bir stipulatio (promissio) debiti mevcuttur. Bu kabul (tanıma), sadece ispat edici, bildirici değil, hak doğurucu, kurucu bir anlamı sahiptir....." (s. 513/514).

Burada bizi öncelikle ilgilendiren kabul edilmiş hatalı bir bakiyenin düzeltilmesi mekanizmasına ilişkin sorundan, sadece tâli olarak bahsedilmektedir: "Eğer taraflardan biri bakiyeyi kabul etmiş ise, bu kabul ile borç altına girer (Art.294 HGB). Eğer o bu yükümlülüğünü kabul etmek niyetinde değilse, ya kabul edilen borcun mevcudiyetini inkar ederek ya da sadece bazı kalemlerin haksiz bir şekilde bakiyenin faktörleri olarak cari hesaba dahil edildiğini veya diğer bazı kalemlerin haksiz bir şekilde atlandığını iddia ederek, *condictio indebiti*'ye başvurmak zorundadır; sine causa datum (hukuki sebep olmadan verilen şey) gibi sine causa promissium (hukuki sebep olmadan yapılan taahhüt) de iptal edilebilir"¹¹.

4. Sebepsiz Zenginleşme Tezini ve BGB § 812 fıkra 2'nin Tarihi Kökleri-Bugünkü Sebepsiz Zenginleşme Çözümü ile Bağdaştırılamaması

GRÜNHUT'un görüşünün ve ondan esinlenen BGB § 812 fıkra 2'nin anlaşılabilmesi için bunların temellerine inilmesi ge-

¹¹ **Grünhut**, s.519 (benzer şekilde ayrıca s.511). Bunu ispat yükü ve sebepsiz zenginleşme çerçevesinde hatanın gerekliliğine ilişkin açıklamalar takip etmektedir.

rekir. **GRÜNHUT**'un kendisi (s.519 ve dn.130) **ULPIAN**'a dayanmaktadır (Dig.12,7,1 pr.): "Est et haec species conditionis, si quis sine causa promiserit vel si solverit quis indebitum." ("Bir kimsenin borç olmayan bir şeyi ödemesi gibi, bir kimsenin hukuki sebep olmadan taahhütte bulunması da sebepsiz zenginleşmenin bir tezahür biçimidir"). Baska bir deyişle burada, sebepsiz borç vaadi, herkesçe bilinen bir sebepsiz zenginleşme hali olan sebepsiz (varlığına inanılan, fakat gerçekte mevcut olmayan borcun sona erdirilmesi için yapılan) ödemeye esit tutulmuştur. Burada BGB § 812 fıkra 2'nin doğrudan doğruya örneği ile karşı karşıyayız. Bu hükmün *Digesta*'nın anılan yeri olmadan düşünülmesi mümkün değildir. *Digesta*'da yer alan çözüm, muhtemelen ya spontan ya da **GRÜNHUT**'un etkisiyle kabul edilmiştir.

Ancak bundan, burada eleştirilen sebepsiz zenginleşme anlayışının **ULPIAN**'in bilgelisine dayanmış olabileceği sonucu çıkarılmamalıdır; kaynaklara bir bakış tam aksini göstermektedir. Zira **ULPIAN** şöyle devam etmektedir: "Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest quam non dedit, sed ipsam obligationem." ("Ancak hukuki sebep olmaksızın bir borç vaa dinde bulunan kimse, sözkonusu miktarı değil, zira hiç bir ödemede bulunmamıştır, sadece borcun kendisinin iadesini talep edebilir"). Belli ki taahhütte bulunma suretiyle meydana getirilen borç, kendisine taahhütte bulunulan şahsın mal varlığında bir artış sağlayan, taahhütte bulunan şahsın malvarlığının azalması sonucunu doğuran, maddi açıdan haklılık sebebinden çözülmüş "soyut" bir büyüklük olarak nitelendirilmektedir. Sebepsiz zenginleşme talebi, haksiz malvarlığı değişiminin konusunu oluşturan nesnenin iadesine yöneliktir ve bu nesne burada kendisine taahhütte bulunulan şahsa "devredilen" olacaktır. Nasıl ki bir alacağın "devri" onun meydana gelmesine yol açıyorsa, şimdi "geriye devri" onun yok edilmesidir. Dava, "ut promissione liberetur" ("onun -davacının- tahhüdünden kurtarılmasına") yöneliktir. Basitleştirerek, yükümlülüğün hakim tarafından sona erdirilmesine yönelik "*conditio liberationis*" ten ("borçtan kurtarma davası"ndan) sözedilmektedir¹².

5. ULPIAN'ın Sebepsiz Zenginleşme Anlayışının Cari Hesaptaki İlişkiye Aktarılması

ULPIAN'ın bu anlayışından, bugünkü doktrinde cari hesap hakkında söylenenlerin tam tersi bir sonuç çıkmaktadır: Cari he-

¹² Kars. bunun için **Max Kaser**, *Röm.Privat recht, I.Abschnitt (Altrömisches etc.Recht)*, 2. Aufl. München 1971. s.598/99 ve dn.54.

sabin zarara ugratılan tarafının talebi, kabul edilen bakiye ile doğru bakiye arasındaki fark tutarının ödenmesine değil, bakiyenin kabulünün kendisinin ortadan kaldırılmasına yöneliktir. **ULPIAN**'in modelinde (Alman doktrininden ve burada tahlil edilen kararda İsviçre Federal Mahkemesinden farklı olarak) zenginleşmenin kalktığı defî sözkonusu olmaz: Bakiyenin kabul edilmesi ile kurulan yükümlülüğün kendisi sona erdirilmekte, bakiyenin kabulünden önce mevcut olan hukuki durum yeniden tesis edilmektedir. Buna karşılık, sonradan sona erdirilen bakiye anlaşmasının sonucu olarak, zenginleşmenin kalkmasına (fakirleşmeye) yol açabilecek olan tarafların malvarlığına ilişkin olarak yaptıkları tasarruflar ve diğer olaylar herhangi bir etkiye sahip değildir.

Tarihi BGB kanun koyucusunun § 812 fıkra 2 bakımından hangi görüşü benimsediği belli değildir; bu hüküm **ULPIAN** veya Roma kaynakları anlamında mı anlaşılmalıdır, yoksa günümüzde Almanya'da cari hesap bakımından savunulan görüşü mü karşılamaktadır? Soru şöyledir: Sebepsiz zenginleşme davası ile sadece yükümlülüğün (borcun) tamamı mı (yani bizzat bakiyenin kabulü mü) ortadan kaldırılabilir, yoksa dava hatalı kabulün sebep olduğu mal varlığı farkına mı yönelik olacaktır? **ULPIAN**'in yukarıda anılan metni ile sadece birinci yorum bağdaştırılabilir. Ayrıca bu yorum BGB § 812 fıkra 2'nin lafzına da yakındır. Buna göre sebepsiz zenginleşme davasının konusunun hukuki sebep olmadan taahhütte bulunmak suretiyle meydana getirilen yükümlülüğün kendisinin olması gerekir; yanlış bir bakiyenin kabul edilmesi halinde borçtan kurtarma davası sadece, bakiyenin kabulünün ortadan kaldırılmasına ilişkin olabilir. -Sebepsiz zenginleşme davasının asli olarak hukuki sebep olmadan devredilen şeyin kendisini hedef alıp, devir ile sebep olunan malvarlığı değişiminin denkleştirilmesine yönelik olmadığı, sebepsiz zenginleşme hukukunun (BGB § 812 fıkra 2 de de terk edilmeyen) genel ilkesidir. Bir malın (BGB'nin soyutluk ilkesi çerçevesinde) hukuki sebep olmadan devredilmiş olması halinde, sebepsiz zenginleşme davası, malın mameleki değerinin değil, kendisinin iadesine yöneliktir. BGB § 812 fıkra 2 bakımından da aynı durumla karşı karşıyayız: Hukuki sebep olmadan bir alacak kazandırılmış ise, bu zenginleşmenin, ortaya çıkan malvarlığı artisinin ödenmesi suretiyle değil, geriye devir (yani burada borç ikrarının sona erdirilmesi) suretiyle denkleştirilmesi gerekir.

Ancak **ULPIAN**'nin anlayışının, cari hesaba uygulandığı takdirde, tek faydası zenginleşmenin kalktığı definin ileri sürülmesi imkanının ortadan kalkması değildir. Onun zorunlu bir diğer sonucu da, bakiyenin kabulünün, düzeltilmesi gereken münferid kalemler ile sınırlı olarak değil, sadece bir bütün olarak ortadan kaldırılabilirdir: Sebepsiz zenginleşme davasının konusu bakiyenin kabul edilmesi olup, onun içinde yer alan cari hesabın münferit kalemlerine ilişkin kabul değildir. Böylece, baksarıya ulaşması istenen bir "borçtan kurtarma davasının" ("Liberationskondition"), sadece hatalı olduğu ortaya çıkan münferit kalemleri değil, bakiyenin kabulünü kapsamaması gerekecektir¹³. Bu, somut sonucu itibarıyla son derece arzu edilmeyen bir durumdur.

6. Karşı Tavrı: Bakiyenin Kabulünün Hata Sebebiyle İptali

Tarafların bakiye üzerinde anlaşması ile birlikte, tek taraflı olarak düzeltici kayıtlarla ya da matlup veya zimmet kalemlerinin ristöno edilmesi (karşı kayıtlarla düzeltilmesi) suretiyle düzene sokulamayan ve bu sebeple ek hukuki çarelere ihtiyaç duyan (karş. yuk.IV/1) bir hukuki durum ortaya çıkar. Hal böyle olunca, ise hatalı durumun ortaya çıkmasına yol açan anlaşmadan başlanması ve bizzat bakiyenin ortadan kaldırılması akla gelmektedir. Bunun için gerekli vasıta irade sakatlığı nedeniyle iptaldir (IBK.m.23 vd; BGB §§ 119 vd; ABGB §§ 870 vd.). Bunun mümkün olması halinde sebepsiz zenginleşme davasına basvurmaya ve BGB § 812 fıkra 2 ye mahal kalmayacaktır.

İrade sakatlığı olarak normal durumda hata akla gelmektedir. Bu hatanın IBK.m.23 ve 24 anlamında "esassizliğinden", yukarıda anılan yazarların çoğunluğunun karşı yöndeki görüşlerine rağmen, ciddiyetle şüphelenemez: Bakiyenin kabulü, mevcut olduğu varsayılan ve bakiyede eriyen münferid kalemlere dayanır; bu kalemlerin mevcut olduğunun varsayılması, bakiye anlaşmasının içeriğini belirlediği gibi, aynı şekilde onun hukuki temelini de oluşturur. IBK.m.24 bent 4 anlamında bir esaslı hatanın unsurları istenenden daha açık bir şekilde gerçekleşmiştir. Burada ele alınan olayda ayrıca m.24

¹³ Bunun anlamı, sebepsiz zenginleşme davasının muhatabının (davalının), sadece o ana kadar tartışılmayan kalemleri tartışma konusu yapmak suretiyle, davacıyı, bakiyenin çıkarılmasına esas teşkil eden bütün kalemlerin ispatına zorlayabileceğidir.

bent 3'te düzenlenen bir "error in quantitate" ("miktar hatası") nin mevcut olduğu da söylenebilir; bu olay, bir kimsenin belirli bir sözleşme fiyatı üzerinden düşündüğünden daha fazla miktarda bir parti mali satması (veya daha az miktarda satın alması) hali ile kıyaslanabilir¹⁴.

7. Bakiyenin Irade Sakatlığı Sebebiyle İptalinin Sonuç İtibariyle Elverişliliği

Bakiyenin kabulüne sebepsiz zenginleşme yerine hata hükümlerinin uygulanması elverişli sonuçlara yol açar: Yanlış bakiye nedeniyle zarara uğratan taraf, hatayı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde karşı tarafa düzeltilmesi gereken kalemleri belirterek kararlaştırılan bakiyenin düzeltilmesini istediğini bildirmek zorundadır (İBK m.31 fıkra 1). Düzeltme talebinde bulunan taraf yargılamada hataya düştüğünü ispat etmekle yükümlüdür. Bu ispat sadece, bakiyeye esas teşkil eden münferit kalemlerin yanlış olduğunun ispat edilmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Bakiyenin kabulü aynı zamanda ona esas teşkil eden münferit kalemlerin kabulünü de kapsadığı için, hatalı olmayan kalemler taraflar arasında geçerli olmaya devam ederler. Bakiyenin kabulünün bir bütün olarak batıl olması sözkonusu olmaz. Bir kalemin hatalı olduğunun ispatı ve diğer kalemlerin doğruluğunun sadece inkar edilmesi suretiyle, karşı tarafın, sanki bakiyenin kabulü hiç vukubulmamış gibi, diğer bütün noktaları ispatla yükümlü olacağı şeklindeki bir görüşü savunmak asla mümkün olamaz. Buna gerekçe olarak, kabulün sadece bir bütün olarak bakiyeye değil, aynı zamanda bakiyeye dahil edilen münferit kalemlere de ilişkin olduğu gösterilebilir; böylece yanlış olduğu ortaya çıkmayan bütün kalemler hâlâ kabul edilmiş sayılır. Eğer bu gerekçe ikna edici bulunmuyorsa, burada, akla gelebilecek diğer her türlü olaydan daha da inandırıcı olarak, İBK.m.20 fıkra 2 anlamında kısmi butlan kabul edilebilir.

8. BGB §§ 781 ve 782'den Sebepsiz Zenginleşme Tezine Ek Gerekçeler?

Temel hatasını İBK.m.24/I bent 4'ten daha az sarıh bir şekilde hükme bağlamasına rağmen, bana öyle geliyor ki aynı düşünceler BGB bakımından da geçerli olmalıydı. Ancak hâlâ bir

¹⁴ Burada incelenen anlayışın babası olan **Grünhut** dahi, asla hatanın esaslı olmadığını iddia etmemektedir; sadece soyut bir şekilde vaadde bulunma özel haline ilişkin olarak, ki ona göre bu bakiyenin kabulünde mevcuttur, esaslı bir sınırlama getirmektedir. Bu çerçevede irade sakatlığının gözönünde tutulması mümkün değildir; hukuki sebebe (veya onun mevcut olmadığına) dayanma imkanının sözleşme ile ortadan kaldırılması sonucuna yol açan husus, sadece, *Grünhut* tarafından kabul edilen bakiyenin tanınmasının (kabulünün) soyutlugudur.

çok yazar tarafından savunulan ve kabul edilen bakiye içinde eriyen münferit kalemlerin doğruluğu sorununun saiklere ilişkin bir sorun olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüş, İsviçre Borçlar Kanununda bir benzeri bulunmayan, sözüm ona kanuni temellere dayanmaktadır.

Digesta örneğine uygun olarak borç ikrarını ve alacaktan feragati bağımsız bir sebepsiz zenginleşme hali olarak hükme bağlayan ve incelediğimiz olay bakımından benzer bir durumun kabulüne ilişkin bir eğilime yol açan BGB § 812 fıkra 2'den daha önce sözedilmisti. Bu husus BGB §§ 781 ve 782 de daha da sarıh hale gelmektedir. Bu kurallar her şeyden önce (eskiden çok defa tartışılan ve ancak geçen yüzyılda tekrar kabule mazhar olan) "soyut borç ikrarının" caiz olduğunu hükme bağlamaktadır. Buna ek olarak düzenlenen yazılı şekil zorunluluğu hemen arkasından § 782 ile uygulama alanı bakımından sınırlandırılmıştır; bu hüküm, "bir hesaplama nedeniyle bir borç vaadinde veya borç ikrarında" bulunulması halinde geçerli olmaz. Burada "hesaplama" ile bir cari hesap bakımından bakiyenin kabul edilmesinin kastedildiği açıktır. O halde bakiyenin kabulünün, "bir hesaplama nedeniyle borç ikrarı" olarak tekrar BGB § 812 fıkra 2 ye tabi olan soyut bir borç ikrarı teşkil ettiği şeklindeki sonuç akla yatkındır. Bu yüzden bugünkü hakim doktrinin, kendi görüşlerinin tarihi kanun koyucunun görüşü olduğunu kabul etmeye sebebi vardır.

Bu görüş, BGB § 781 -deki "borç ikrarı" teriminin tasidiği tuhaf bir belirsizlik ile güçlendirilmektedir. Sözkonusu hüküm bağlamında bu sadece "soyut" borç ikrarı olarak anlaşılabılır¹⁵; yazılı şekil zorunluluğunun diğer borç ikrarlarını kapsayacak şekilde genişletilmesi uygun olmazdı. Asla zorunlu olmamakla birlikte, BGB § 782 de, "bir hesaplama nedeniyle borç ikrarlarının" (yani bakiyenin kabul edilmesinin) sadece soyut ikrarlar biçiminde gerçekleşeceğinin veya sadece bu şekilde hukuki varlığa sahip olabileceğinin öngörüldüğü gibi bir sonuç akla gelebilir. Ancak bu tür sonuçlara varmak yanlıştır: Gerçi kanun koyucu soyut borç ikrarlarında bulunma imkânını hükme bağlamak ve sınırlayıcı bir çerçeve şartı (yazılı şeklin gerekliliği) koymak istemistir, fakat asla borç ikrarlarını "soyut" olanlarla sınırlandırmak istememistir. BGB § 782'deki "sınırlamanın sınırlandırılması" gerçi sadece soyut borç ikrarlarına ilişkindir (çünkü

¹⁵ Kars. **Staudinger-Marburger**, Rz. zu BGB § 781: "§ 781 sadece soyut borç ikrarını düzenlemektedir".

sinirlendirilmesi gereken sekil hükmü sadece bunlar için geçerlidir), ama bunun ile, baska tür borç ikrari olmadığı, bakiyenin kabulünün soyut bir borç ikrari olduğu veya olması gerektiği düzenlenmemiştir.

9. Irade Sakatlığı Sebebiyle İptalin Caiz Olması Sebebsiz Zenginleşmeyi Bertaraf Eder

Burada tartışılan ve bakiyenin düzeltilmesini sebebsiz zenginleşme hukukuna dayandıran doktrin, irade sakatlığı sebebiyle iptali mümkün görmemektedir. Bu doktrin su esas kabul etmek zorundadır: Eger ilişkilerin çözüme kavuşturulmasına bir sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi suretiyle ulaşabiliyorsa, sebebsiz zenginleşmeden doğan taleplere mahal kalmamaktadır. Bundan çıkan sonuç, sebebsiz zenginleşme çözümlünün sadece, gönül rahatlığı ile taraflarca kararlaştırılan bakiye anlaşmasının soyutluğu kabul edilebildiği takdirde ve o ölçüde savunulabilir olduğudur.

Bakiyenin kabul edilmesi suretiyle meydana getirilen borcun soyutluğu, bakiye kabulleri bakımından irade sakatlığı nedeniyle iptal imkanını ortadan kaldıracak yegane bakış açısidir. Bu, soyut borç ikrarlarında def'ilerden ve irade sakatlığı nedeniyle iptal talebinden akdi feragat niteliği gören **GRÜNHUT**'un görüşüdür; irade sakatlığı nedeniyle iptalin ileri sürülmesi, "contradictio in adiecto veya protestatio facto contraria" oluşturur ki, "hakim böyle bir talebi gözönünde tutamaz" (s.518). Sadece, adeta "soyut borç ikrari-irade sakatlığı" ikileminden bir çıkış yolu olarak sebebsiz zenginleşme hukuku tercih edilmiştir: "Tarafların niyetine göre borç ikrarında bir ifa ikamesi mevcuttur; o halde borç olmayan bir şeyin ödenmesi ve borç olmayan bir şeyin kabul edilmesi aynı hukuki esaslara göre değerlendirilmelidir; buna göre, kabulün (ikrarın) iptali için conditio indebitinin şartlarının mevcut olması gerekir" (s.518/519).

10. Bakiye Anlaşması ile Meydana Getirilen Alacağın/Borcun Soyutluğu?

a) Hareket Noktası

Almanya'da "soyut" borç ikrarlarının caiz, yani hukuken geçerli olduğu BGB § 781 ile hükme bağlanmıştır ve bu nedenle tartışmasızdır. İsviçre'de de, sözleşme özgürlüğüne dayanarak, aynı sonucun kabul edilmesi gerekir (IBK.m.67 bu sonucu en azından dolaylı olarak teyit etmektedir)¹⁶.

¹⁶ Bu varsayımlar çoğu kez doğru kabul edilmemektedir. Bu konudaki tartışmalara burada değinmeye gerek yoktur, çünkü burada daha fazla incelenmeyen, yukarıda anılan esasın doğru olmadığı şeklindeki iddia, zaten burada ısrarla talep edilen sonucu doğurmaktadır.

"Soyut" kayrami açıklanmaya muhtaçtır; bu kavram burada, **BÄHR** ve **GRÜNHUT** gibi, tarafların (bu yazarlar tarafından da mevcut kabul edilen) sebeblere geriye dönme imkânını sözleşme ile açıkça kapattıkları ve bu irade mutabakatı ile sorumlu tutulmaları gerektiği şeklinde anlaşılmaktadır.

Bakiye anlaşmalarının bahsedilen anlamda "soyut" olup olmadığı düşünülürken su hususlara dikkat edilmelidir: Sadece sözleşme yapan tarafların iradesi önem tasir; bakiyenin kabul edilmesinin "niteliğine" ilişkin genel dogmatik ifadeler, cari hesaba katılan tarafların muhtemel iradeleri bakımından hukuki vakialara ilişkin karinelere daha da ileri gitmek istedikleri ölçüde, her türlü temelden yoksundur.

b) Yenileme veya Soyut Bir Alacağın Kurulması Aleyhine Karine

Alacakların/borçların soyutluğu karine olarak kabul edilemez, bunun ispat edilmesi gerekir¹⁷. IBK m.116'ya örnek teşkil eden Fransız CC (m.2172), "La Novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte" ("Yenileme karine olarak kabul edilemez; buna ilişkin iradenin hukuki işlemde açıkça anlaşılıyor olması gerekir") demektedir. Ancak her iki kanun da, post klasik Roma hukukuna kadar geriye giden bir çizgiyi takip etmektedir¹⁸. Öyle ise, aynı şey tarafların muhtemel iradelerine ilişkin her türlü doktriner açıklamalar bakımından da geçerli olmalıdır.

c) Hangi Taraf İradeleri Karine Olarak Kabul Edilebilir.

Bugünkü cari hesap uygulamasında, tarafların geleneksel olarak aranılan açıklığı ihtiva eden bir iradesini tespit etmek güçtür. "Soyut" borç vaadi düşüncesi resmîyet ile siki sikiya bağlıdır: Roma'da bu, sekile bağlı stipulatio (taahhüt) işlemi idi. Günümüzde yazılı açık bir beyan olmadan soyut bir borç yü-

¹⁷ Burada kabul edilen anlamda "soyutluk", borcun maddi içeriği yanında ona eklenen ve artık geçmese dönülemeyeceği şeklinde bağımsız bir uyusma (mutabakat) unsurunu gerektirir. Bu yönde bir anlaşmanın mevcut olduğu, soyutluk iddiasında bulunan kişi tarafından genel hükümlere göre ispat edilecektir (ispat yükü bakımından kars. örneğin BGE 107 II 481). Ayrıca tali olarak burada bir hususa işaret etmek gerekir ki, kanun koyucu, soyutluk varsayımına karşı dolaylı olarak bir çekingenlik belirtisi göstermektedir.

¹⁸ Kars. **Max Kaser**, Kurzlehrbuch § 54/I ve orada Inst. 3, 29, 3/3a, Cod.8,41,8 e ilişkin bilgi. Ayrıca **Carpzov** (1595-1666) şöyle yazmaktadır (definitiones, 2,19,14): "Hodie novatio facta non intellegitur, nisi hoc expresse inter contrahentes agatur, quod priorem obligationem novare velint." ("Günümüzde yenilemenin mevcut olduğu varsayılmaz; meğerki taraflar yükümlülüğü yeniden düzenlemek istediklerini açıkça kararlaştırmış olsunlar").

kümlülüğü hemen hemen hiç kabul edilemeyecektir¹⁹. O halde resmîyet olmadan soyut bir alacak sözkonusu olamaz. BGB § 781 de soyut borç ikrarları bakımından yazılı sekin aranması bosuna degildir.

d) Soyutluga Yönelik Taraf Iradelerinin Karine Olarak Kabulünün Mevcut Kanuni Temelleri?

aa) BGB nin yukarıda bahsedilen § 812 fıkra 2, 781 ve 782 hükümleri sonuçta, burada geliştirilen genel ilkelerden uzaklaşmak için, yani tarafların bu yönde açık bir iradesi olmaksızın irade sakatlığı sebebiyle iptal imkânını ortadan kaldıran (ve bu suretle BGB 812 fıkra 2 ve göre sebepsiz zenginleşme talebine yol açan) bir soyutluk iradesinin varlığını kabul etmek için dayanak olarak kullanılamaz: Kanun koyucu bir imkân tanımak istemekte, ancak bunu caiz olan yegâne çözüm haline getirmek istememektedir (yuk.8).

bb) İsviçre'deki hukuki durum biraz daha karmaşıktır. BGB'nin yukarıda anılan hükümlerine benzer hükümler burada mevcut değildir. Ancak bununla ilgili olarak IBK.m.117 ve bu maddenin ikinci fıkrası vardır: "Su kadar ki bakiye çıkarılmış ve kabul edilmiş ise yenileme gerçekleşir." Günümüzde yenileme kavramı çok anlamlıdır; bu kavram bazen illî (hukuki sebebe bağlı) alacakların, bazen soyut alacakların doğuş sebebi olarak anlaşılmaktadır²⁰. Ancak tarihi kanun koyucu "yenileme"den sözettiği zaman, bunu eski alacaktan doğan defilerin sona erdiği şeklinde anlamaktadır (ki bu çoğunlukla "soyutluk" olarak nitelendirilmektedir). Buna rağmen, m.117/N'nin sadece defileri değil, ayrıca bakiye anlasması bakımından irade sakatlığı sebebiyle iptal imkânını da ortadan kaldırmak istediği şekilde sonuç kesinlikle reddedilmelidir. Böyle bir sonuç, İsviçre'de genel olarak hukuki sebepten bağımsız ("soyut") hukuki sonuçlara karşı duyulan çekingenlik ile ve özellikle **EUGEN HUBER** ile²¹ oldukça güç bağdastırabilirdi. 117. maddeye ben-

¹⁹ Kars. **Grünhut**, age. sayfa 515 vd. (Roma'da sadece sekli işlemlerin hukuki sebepten soyutlaştırmaya müsaade ettiğini belirtmektedir): "Sekil, yükümlülüğün sebebinden bağımsız hale gelmesini sağlıyordu."

²⁰ Daha önce **von Tuhr**, OR Bd.II, § 76/II, (bir karine anlamında soyutluk lehine görüş bildirdiğine ve cari hesap halinde soyutluğu şart olarak kabul ettiğine göre) her iki çözüme de cevaz vermektedir. Günümüzde yazarlar ilk planda soyutluk aleyhine görüş bildirmektedir: **Friedrich Kübler**, Feststellung und Garantie, Tübingen 1967, passim, özellikle s. 162 vd.; **Herbert Schönle**, Bank-und Börsenrecht, 2.Aufl. München 1976., § 7/II, 1a/3; keza aşağıda anılan **B. Staehelin** ve **O. Schläpfer**'in monografileri.

²¹ Burada sadece mülkiyetin naklinin "sebebe bağlı" niteliğine (gayrimenkuller bakımından İMK.m.974 fıkra 2, menkuller bakımından BGE 55 II 506) işaret etmek yeterli olacaktır.

zer bir hüküm 1883 tarihli eski IBK'da mevcut değildi; bu hüküm **EUGEN HUBER**'e (1904 tarihli tasarı, orada m.1131a olarak) dayanır²². Onun kanun koyucu olarak amacı sadece, m.117 ile, yenilemenin sonuçlarını meydana getirdiği ana ilişkin (cari hesaba geçirilmesi gereken alacağın doğduğu anda mi? bu alacağın cari hesaba geçirildiği anda mi? Bakiyenin çıkarıldığı anda mi? Yoksa bakiyenin kabul edildiği anda mi?) o zamanki tartışmada bir tavir takinmek ve pek de sevilmeyen yenilemeyi mümkün olduğu kadar geç gerçekleştirmek olabiliyordu (fıkra 1 ve 2); hatta biraz abartarak, 2. fıkranın büyük ölçüde bir "horror novationis"den ("yenileme fobisi"nden) etkilendiğini, yani zaten gönülsüz olarak kabul edilen bu müessesenin sahasını mümkün olduğu kadar sınırlamak istediğini söylemek de mümkündür. Bu anlamda, mevcut teminatların yeni meydana getirilen alacaga aktarılacağı düzenlenmiştir (fıkra 3), yani öyle bir anlayış ki, yenilemenin düşünülüş modeli ile çelişki içinde bulunmakta ve bunun kısmen reddi anlamını tasımaktadır. Eger **HUBER** burada incelenen sorunu (irade sakatlığı sebebiyle iptalin mümkün olmaması) görmüş olsaydı, muhtemelen yenilemenin bu sonucu bakımından da buna engel olacak özel bir hüküm koyacaktı. Sonuç olarak yenilemeye ilişkin m.117 hükmü olumsuz, yenileme etkilerini sınırlayıcı içeriğiyle değerlendirilmeli ve yenilemenin etkilerinin kanun koyucu tarafından genişletildiği düşüncesi reddedilmelidir. Bu tür bir genişletme, ancak tarafların bir yenileme iradesi olmamasına rağmen, bir bakiye anlasmasını yenileme etkileri ile donatmak istediği takdirde sözkonusu olurdu²³.

V. Son Mülâhazalar

1. Sonuç

Simdiye kadar ortaya konulan düşüncelerden sonra kanımca, haksız bakiye anlaşmalarının sebep olduğu sonucun,

²² Huber tasarısı, 1904, m.1131 bent b. (bu metnin olusumu çerçevesinde de mi bir son dakika eklentisi?) -Uzmanlar danışma komisyonunda sözkonusu bu hüküm hakkında sadece tali olarak ve yalnızca redaksiyonel amaçlarla söz edilmiştir (oturum 9 mayıs 1908 de saat 8 den 12.30 a kadar sürmüştür; takriben 50 madde incelenmiştir, ancak burada bizi ilgilendiren maddenin içeriği ile ilgili bir tartışma gerçekleşmemiştir)

²³ Aşağıdaki ilginç monografilerde, buradakinden daha da ileri giderek, bakiyenin kabulünde soyut bir yenileme etkisi tamamen reddedilmekte ve böylece sonuçta burada savunulan görüş teyid edilmektedir: **Otto Schläpfer**, Der Kontokorrentvertrag, Diss., Zürich 1943, s. 78-86 ve özellikle s. 82; **Bernhard Staehelin**, Die Novation, Diss., Basel 1948, passim, özellikle s. 132 vd.

bugüne kadarki görüğe uygun olarak sebebsiz zenginleşme zemininde değil, sözleşme hukuku zemininde düzeltileceği kabul edilmelidir. Bu her şeyden önce, irade sakatlığı nedeniyle iptal yoluna gidilmesi anlamına gelir (bunu için bkz. yuk. M/6 ve 7). Kanimca çoğu kez, tarafların yaptığı cari hesap sözleşmesi çerçevesinde, ilerideki bakiye anlaşmalarının gerçeği önce taraflar arasında geçerli olacak, ancak taraflardan herbirine bakiye anlaşmasından önce vukubulan ve aslında bakiyenin hesaplanmasında gözönünde bulundurulması gereken olaylara geriye dönme (dayanma) yolunun açık olduğu biçiminde (belki de zimni) bir anlaşmanın mevcudiyetinin kabul edilip, edilemeyeceği de araştırılmalıdır; bakiye anlaşmasının sonradan düzeltilmesi, iptal talebinde bulunan tarafın sözkonusu kalemin doğru olmadığını ve buna ilişkin hatanın bakiye anlaşmasının yapıldığı anda mevcut olduğunu ispat edebildiği takdirde gerçekleştirilebilir. -Sonuç itibarıyla bu, iptal talebinin muhatabinin zenginleşmenin kalktığı def'ini ileri süremeyeceği bir düzeltme imkanı anlamına gelir; ihtilaf münferid kalemlerle sınırlı kalıp, bakiye anlaşmasının sonuçları, iptal edilmeyen bütün hususlar bakımından işlerliğini muhafaza eder.

2. Metodik Mülâhazalar

Burada takdim edilen model, bugüne kadarki görüştür pratik sonuçları itibarıyla (yukarıda II de görüldüğü gibi maddi açıdan uygun olmayan zenginleşmenin kalktığı definin caiz olmaması) ayrılmaktadır. Bundan başka, varılan sonucun gerekçesinin dogmatik açıdan basit ve akla yatkın olduğunu düşünüyorum. Özellikle geleneksel anlayışı karakterize eden, bir bakiye anlaşması yapan tarafların muhtemel iradeleri bakımından tutarsız ve gerçek dışı varsayımlara gerek kalmamaktadır.

Eğer yenilemeden, yeni alacağın soyut olması, yani sadece eski alacak ilişkisinden doğan defilerin sona ereceği ve yeni alacağın eski alacağın varlığından bağımsız olduğu değil, ayrıca irade sakatlığı nedeniyle iptal imkanının da kapalı olması anlaşılıyorsa, bakiye anlaşması bakımından tarafların niyeti genellikle alacak ilişkilerinin yenilmesine ilişkin değildir. Bakiye anlaşmasının **GRÜNHUT** gibi, irade sakatlığı sebebiyle iptalin, kişinin kendisiyle çelişen bir davranışı ("contradictio in adjekto"; age. s. 518) anlamına geleceği biçiminde yorumlanması, yeni borcun varlığının eski borcun varlığına olan bağımlılığından

vazgeçmeyi gerektirir ki, günümüzde bu yönde bir irade taraflara (en azından banka müşterilerine) isnad edilemez.

Bakiyenin kabulünde (ki günümüzde genellikle zimnen vukubulmaktadır) burada ele alınan dar anlamıyla bir yenileme iradesi gören görüş, yenilemeyi açık (karsi yöndeki karineleri çürüten) beyanlara bağlayan geleneğe ters düşmektedir: Bu müessesenin kökeninin bulunduğu Roma'da bu husus Stipulatio (taahhüt) sekli işlemiyle gerçekleştirilmekte idi; Bu işlem türünün ortadan kalmasından sonra yeni çağda da hakli sebeplerle aynı çözüme ulaşılmaya çalışılmıştır (yukarıda IV/1 10/b). **GRÜNHUT**'un savunduğu anlamda bir yenilemenin varlığının kabulü mümkün değildir, çünkü günümüzde taraflar, bunun için gerekli olan hukuki tasavvura sahip değildir. Buna karşılık eski Roma'da Stipulatio'ya bağlanmış hukuki sonuçlar kamu oyu için gayet dogaldı.

Sonuç olarak vurgulamak gerekir ki, bu çalışmada geliştirilen model, bakiye anlaşması veya bunun sebep olduğu yenileme etkileri bakımından mevcut olan birbirinden farklı anlayışlardan bağımsızdır. Burada kabul edilmesi şart koşulan yegâne esas, bakiye anlaşmasında, irade sakatlığı nedeniyle iptal imkânından hukuken geçerli bir feragat niteliği görmeyi bırakmak, yani ticari görüşlerin gerçeklere uymayan bu tür yorumundan vazgeçmeye hazır olmaktır.