

TİCARİ HÜKÜMLERE GÖRE BEY'İN MUHTELİF NEVİLERİ

Doçent Dr. Halil Arslanlı

D. Numune üzerine satım.

Nümune üzerine satımda, teslim edilecek malın, âkidlerden birine veya üçüncü bir şahsa tevdi edilen kısmına veya «nümuneye» yahut tarafların mutabık kaldığı bir mala uyacağı kararlaştırılır [1].

1. Nümune üzerine satım şartsız bir bey aktidir. Burada, sadece satıcı mebiin nümuneye uyacağını tekeffül etmiştir. Teslim edilecek malın nümuneye uyması veya uymaması akdin mahiyeti üzerine müessir değildir. Diğer bir söyleyişle âkit taraflar arasında tam olarak inikad etmiş ve akdin inikadı ile de hükümleri tesir icra etmeğe başlamıştır. Bu aktin başlıca hususiyeti teslim edilecek malın nümuneye uymamasından satıcının mesul olmasıdır. Aktin «nümuneye uygunluk» şartına muallâk olmadığı bilhassa mebiin nümuneye uymadığı hallerde tezahür eder. Mebiin nümuneye uyması keyfiyeti bir «şart» telâkki edilseydi, akta inikad etmemiş nazariyle bakılmak gerekirdi, halbuki bey akti şartsız olarak inikad etmiş olduğundan mebi nümuneye uymasa da, satıcının borçları bakidir ve alıcı Ticaret Kanununun 721 ve Borçlar Kanununun 194 müteakib ve 198 ve müteakip maddeleri dairesinde dilerse aktin fesihini dilerse semenin tenzilini ve her iki surette ayrıca zarar ziyan da isteyebilir [2].

[1] Oser, Das Obligationenrecht, s. 527. Tarifi daha dardır. M. Chauveau, P. Chauveau, Ventes Commerciales, F. XXVII. No. 4270, «Taraflar teslim edilecek malın, bu maldan, vasıf ve mahiyetini tayin ve takdire yarayacak nisbette önceden ayrılan bir miktara (nümuneye) uyacağını kararlaştırmışlarsa, nümune üzerine satım mevcuttur. Bu andan itibaren alıcı nümuneye tamamen uyan bir malın teslimini talep hakkını haizdir.»

Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, I. s. 151 de bakınız.

[2] Staub, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, IV, s. 350. Oser, zge, s. 527. 2.

Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4271. Bu müellife göre, nümunenin kabul edildiği

Bununla beraber mebiin nümuneye uyması keyfiyeti taraflarca şart olarak vasıflandırılmış olabilir, ancak bu nokta anlaşmadan açıkça tezahür etmelidir. Mebiin nümuneye uyması taraflarca şart olarak düşünülmüş ise bey nümune üzerine aktedilmiş sayılmaz.

2. Nümune üzerine satımda, satıcının teslim edeceği malların nümuneye uygun olması borcu aktin bariz unsurunu teşkil eder. Hakikati halde taraflar arasında alelâde bir satım sözleşmesi yapılmış ve satıcı bu anlaşmada mebiin muayyen vasıflarını hususî bir tarzda zikr ve vaid etmiştir, şu farkla ki, sair satımlarda bu vasıflar sözle veya yazı ile tarif edilirken, burada tariften sarfı nazar edilerek, mebiin evsafı diğer bir mala kıyas suretiyle tesbit edilmiştir. Demek oluyor ki nümune üzerine satımda satıcı nümunedeki mevcut olan evsafı mütekeffildir [3]. Bu itibarla mebiin maksud olan menfaate elverişli olmaması (B. K. 194) veya orta nevi ve vasıftan aşağı olması (T. K. 660) bir rol oynamaz. Nümune ne ise mebi de o olmak lâzımdır. Bu akitte malın teslimi sırasında mebi ile nümune mukayese edilir, mebi nümuneye uyuyorsa satıcı borcunu ifa etmiştir. Kezalik alıcının da talep hakkının muhtevası mebiin nümuneye uyması üzerinde temerküz eder.

O halde, nümune üzerine satımda akdin merkezi sikleti mebiin vasıflarını tayin eden nümunedeki ve nümunedeki vasıfların satıcı tarafından vaadedilmiş olmasındadır.

3. Satımın nümune üzerine aktedilip edilmediği Ticaret Kanununun 675-679 uncu maddeleri dairesinde tesbit edilmelidir. Bu meyanda bilhassa satıcının diğer bir malda yani nümunedeki bulunan vasıfları tekeffül kasdı ehemmiyetlidir. Akitte bu kast sarahaten veya zimnen mündemiç olmak lâzımdır. Meselâ, nümune müşterinin iştira arzusunu teşvik maksadiyle ibraz edilmişse, nümune üzerine satım yoktur.

4. Nümune üzerine satımın doğumu için, Oser, nümunenin tevdiini şart kılar. Kezalik Fick de nümunenin alıcıya tevdiini aktin doğumu için bir unsur addeder. Bu müellife göre nümune üzerine satımda teslim edilen malın akitte vaadedilen vasıflara uyduğunu isbat için satıcı alıcıya nü-

ve şarta tâlik edilmediği andan itibaren satış kat'idir.

Chauveau, zge. No. 4272. «Nümune üzerine satımda bazan şöyle bir şekil ihtiyar edilmiş olabilir. Satıcı teslim edeceği malın nümunesini alıcıya tevdi eder. Alıcı bu nümuneyi beğenip beğenmemekte muhtar bırakılmıştır. Beğenmediği takdirde akid inikat etmemiştir. Beğendiği takdirde nümune üzerine bir akit doğmuştur.»

[3] Staub, zge. s. 350, No. 2.

[4] Alıcının hata, hile sebebiyle fesih hakkı mahfuzdur.

muneyi tevdi eder. Nümunenin alıcıya tevdi edildiği ve rızasını bu nümune üzerine beyan ettiği takdirde nümune üzerine satış akti inikat etmiştir. Meselâ, evvelce teslim edilen bir mala göre mebiin vasıfları tayin edilmişse, nümune üzerine bey yoktur, meğer ki taraflar nümune olacak parçayı alıkoymuş olsunlar[5]. Staub'da bu bakımdan sarahat olmamakla beraber verilen izahattan, tevdiin şart olduğu neticesi çıkmamaktadır[6], hattâ teamül mevcutsa ibraz dahi kâfi görülmüştür, ancak nümune alıcıya tevdi edilmişse, satımın nümune üzerine yapıldığına bir karine teşkil eder.

Fikrimizce tevdi nümune üzerine satımının doğumu için zarurî bir unsur değildir. Yukarıda izah edildiği veçhile nümune üzerine beyde bariz vasıf satıcının nümune olarak kararlaştırılan bir malda mevcut olan vasıfları taahhüt etmiş olmasıdır. Bu nümunenin tesbitine imkân oldukça, satımın nümune üzerine yapıldığı kabul edilmek gerekir. Meselâ, bir menücat fabrikasının numara ve sair işaretlerle ihzar ettiği kumaş nümune kartonları ibraz edilip taraflar arasında satım bu nümune üzerine yapılmış, hattâ nümune ibraz edilmeksizin âkitlerce malûm olan bu nümuneler üzerine akit varit olmuşsa, satış, nümune tevdi edilmemiş de olsa nümune üzerine yapılmış sayılır, yeter ki satıcı ve alıcının rızaları mebiin kararlaştırılan örneğe uyacağı hususunda birleşmiş olsun[7]. Gerek Ticaret gerek Borçlar Kanununun nümune üzerine bey' hakkındaki hükümleri doğrudan doğruya isbat usulüne mütedair olup aktin mahiyeti ile ilgili değildir. Her iki kanun maddesinde kullanılan «tevdi» tâbiri de bizi şaşırtmamalıdır. Nümune tevdi edilmişse Ticaret ve Borçlar Kanunundaki isbat usulü tatbik edilir, tevdi edilmemişse aktin ve nümunenin

[5] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4273. Nümune üzerine satım için şu unsurları arar: «1. Teslim edilecek maldan nümunenin ayrılmış olması, 2. Tarafların mebiin nümuneye uyacağını kabul etmiş olmaları. Bundan başka âkîdde iki esaslı şartın da yerine getirilmiş olması gerekir. 1. Nümunenin teşkil ve tevdi. 2. Satıcının nümuneye uygun teslim edeceğine dair sarih veya zimni rızası.»

(Fransız mahkeme içtihatlarının bir kısmı nümunenin mühürlenmesini mecburî kılmaktadır).

Chauveau, zge. No. 4303. «La simple référence à un lot déjà livré ne peut pas faire assimiler le marché à ceux établis sur échantillon» Trib. Com. Marseille.

Oser, zge. s. 527.

Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, s. 403. No. 11.

Staub, zge. s. 350. Aksi kanaattedir.

[6] Staub, zge. s. 350.

[7] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4292.

umumî hükümler dairesinde isbatı lâzımdır. Misaldeki durumun, nümüne üzerine satımdan ziyade muayyen bir malda mevcut olan vasıfların satıcı tarafından vaad ve tekeffülü olduğu iddia edilebilirse de bizce hukukî vaziyet değişmez. Çünkü nümüne üzerine satımın bariz vasfı budur, yani satıcının diğer bir malda bulunan vasıfları yazılı veya sözlü tarif yerine bu maldan bahsedilmek suretiyle tekeffül etmesidir. Taraflar aktin izah edilen şekilde inikat ettiğini isbat edebilmişlerse, bu sözleşme hükümleri ile nümunenin tevdi edildiği bir satım akti arasında fark yoktur[8].

5. Satıcı tevdi ettiği nümuneye rağmen nümüne üzerine teslimi taahhüt etmemiş veya tevdi edilen nümüne ile satılan mal nev'i arasında açık bir çeşit farkı mevcutsa, nümüne üzerine bir anlaşma yapılmış sayılamaz. Kezalik nümüne, teslim edilecek malın imali sırasında imalât hakkında bir fikir edinilmesi için ibraz veya teslim edilmişse nümüne üzerine bey yoktur[9]. Satım sözleşmesinden sonra veya ifa sırasında verilen nümuneler hakkında da aynı esas câridir. Bu kabil hallerde nümunenin ibraz veya tevdiinden maksat imal veya ihzar edilecek malın cinsini kontrol veya akitte vaadedilen vasıfları müşahhas bir şekilde tesbit olabilir.

6. Nümüne üzerine satımda satıcı nümunedeki mevcut olan vasıflardan başka vasıflar vaadetmiş olabileceği gibi, nümunedeki bulunan vasıfların yalnız bir kısmını meselâ yalnız rengini veya yalnız cinsini tekeffül etmiş olabilir. Her iki halde nümunedeki inhıraf kastı vâzih olmalıdır. Nümunenin eski olmasına rağmen taraflar yeni mal teslimini kararlaştırmışlarsa satıcının yeni mal teslimi ile mükellef tutulabilmesi için herhalde sözleşmede bu nokta şüpheye mahal bırakılmıyacak tarzda açıklanmış olmalıdır. Bazan satıcı nümunedeki usulü dairesinde bir muayene ile keşfi mümkün olmıyan bir vasfı zikretmiş olabilir. Bu halde vaadedilen vasıf ilerde nümunedeki zuhur etmese de bayi mesuldür. Nümuneye muzaaf olmakla beraber bu tarzda bir beyan hususî bir vasıf vaadi şeklinde tefsir edilmelidir[11]. Nümunenin sair vasıflarını tekeffül ticarî teamülden, halin icabından veya mebiin satıcıca malûm tahsis gayesinden de doğabilir[12].

[8] Chauveau, zge. F. XXVII. No, 4293 ve müt. bahslerde verdiği izahata göre nümunenin tevdiini ve mühürlenmesini şart kılar.

[9] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4304.

[10] Staub, zge. s. 351. Oser, zge. s. 527.

[11] Staub, zge. s. 352.

[12] Oser, zge. s. 527.

Borçlar Kanununun 194 üncü maddesine göre «satıcı alıcıya karşı satılanın zikr ve vaadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir. Satıcı bu ayıpların mevcudiyetini bilmesede onlardan mesuldür.»

Oser'e göre nümune üzerine teslim edilecek malın maksut olan menfaate elverişli olmaması veya orta nevi ve vasıftan aşağı olması haizi ehemmiyet değildir[13]. Mebiin bilûmum vasıfları sadece nümuneye göre tesbit edilir. Staub'a göre mebiin nümuneye uyması keyfiyeti maddi bir mesele olup taraf rızalarına göre tayin edilmelidir. Teslim edilecek malın akitle takip edilen menfaate elverişli olması nümune üzerine satımla da kabili teliftir. Hilâfı kararlaştırılmamışsa, nümune üzerine bey'de tarafların başlıca maksadı mebiin nümuneye uymasıdır. Nümuneyi alan taraf nümune üzerine satın alacağı malın güttüğü gayeye elverişli olup olmadığını bilmelidir. Bu itibarla satıcının yegâne borcu nümuneye uygun mal teslimidir. Bu malın alıcının akitle takip ettiği gayeye uygun olup olmaması onu hiçbir veçhile ilgilendirmez[14]. Hâkim olan kanaate göre sair vasıflar tekeffül edilmemişse satıcının borcu nümuneye uyan bir mal teslimidir. Alıcı hilâfını iddia ediyorsa isbat ile mükelleftir.

7. Nümunenin hangi andaki durumunun esas olacağı tarafların sarîh veya zımnî rızalarına, hâdisenin mahiyetine göre tesbit edilmek gerekir. Hilâfı kararlaştırılmamış ve halin icabından da açık bir neticeye varılmıyorsa, nümunenin tevdi edildiği ve nümune üzerine rızaların beyan edildiği andaki vaziyeti mebiin cinsini tayin eder.

8. Nümune üzerine satımda mutlak uygunluk şart olup teslim edilecek malda mevcut olan ehemmiyetsiz ayıplardan da satıcı mesuldür[15]. Bununla beraber her zaman mutlak uygunluk şart olmayabilir. Akde mevzu teşkil eden mal nev'inde ehemmiyetsiz farklar ticarî teamül icabı

[13] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4305. «La condition de qualité loyale et marchande est toujours sous-entendue dans les contrats, et le vendeur en est tenu, à défaut de stipulation expresse l'en dégageant, même en cas d'une vente sur échantillon, à plus forte raison quand le courtier s'est contenté de remettre à l'acheteur suivant l'usage un échantillon non cachetés». Trib. com. Le Havre.

[14] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4308/9.

Staub, zge. s. 352.

Oser, zge. s. 527.

[15] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4310/13.

caiz görülüyorsa, mebi nümuneye tamamen uymasa da, satıcı borcunu yerine getirmiş sayılır[16]. Hattâ sözleşmede mebiin nümuneye aynen uyacağı tasrih edilmiş olsa bile alıcı satılan malda içtinabı imkânsız olan ehemmiyetsiz farkları kabule mecburdur[17].

Teslim edilen mal nümuneye uygun değilse, vasıf tekeffülü hakkında câri hükümler nümune üzerine satıma da tatbik edilir[18].

Mebi nümuneye uygun ise, alıcı nümunede zâhir olan veya usulü dairesinde bir muayene ile keşfedilebilen ayıplara itiraz edemez. Bilhassa nümune üzerine bey'de alıcının nümuneyi muayene edip tasvip ettiği mefruzdur. Buna mukabil muayene ile keşfedemediği gizli ayıplardan satıcının mesuliyeti bakidir[19]. Nümune üzerine satımda alıcının bu kabil ayıpları da kabul ettiği iddia edilemez. Alıcı, usulü dairesinde muayene ile, vazifesini ifa etmiştir. Gizli ayıbın keşfi mümkün olmadığı cihetle kabul etmiş sayılamaz. Ancak alıcı sözleşmede bu kabil ayıpları da üzerine almış olabilir. Sair hallerde olduğu gibi, nümune üzerine satımda da gizli ayıpların keşfedildikleri zaman derhal ihbarları lâzımdır.

8. Nümune üzerine satımda kaideten nümune alıcıya veya tarafların tayin edeceği bir şahsa tevdi edilerek mühürlenir. Satımının nümune üzerine akdi bilhassa isbat sahasında mühim kolaylıklar temin eder. Gerek Ticaret, gerekse Borçlar Kanunundaki hükümler bu maksatla sevkedilmiştir.

a. Kaideten alıcı satımın nümune üzerine yapıldığını, satıcı da nümune üzerine yapılmadığını isbat ile mükelleftir. Lâkin nümunenin tevdi sözleşmenin nümune üzerine yapıldığına bir karine teşkil eder. Hilâfını iddia eden iddiasını isbat ile mükelleftir.

[16] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4313.

[17] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 4313.

[18] Staub, zge. s. 352. 6a.

[19] Chauveau, zge. F. XXVII. No. 5335. aksi kanaattedir.

G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. Zivilg. und Obligationenrecht.

No. 5244. Nümunenin alıcı tarafından kabul ve tasvibi, usulü dairesinde bir muayenede anlaşılamiyan ayıplardan satıcının mesuliyetini bertaraf etmez.

No. 5245. Nümunede gizli bir ayıp mevcut olup bu ayıba bahis mevzuu malda etkseriyetle tesadüf ediliyor ve vukuf sahibi alıcının bunu bilmesi icap ediyorsa, akıt bu sebebe dayanılarak feshedilemez.

No. 5247. Derhal teslim ve ifası gereken satılarda, semenin tediyesi nümuneye uygun olmıyan bir malın kabulünü mutazammın değildir. Ayıp umumi hükümler dairesinde ihbar edilebilir.

b. Akdın nümune üzerine varit olduğu tebeyün etmişse, teslim edilen malın nümuneye uygun olduğunu satıcı isbat etmekle mükelleftir (T. K. 708. 2).

c. Nümune alıcının elinde iken bozulmuş veya telef olmuş ise, mebliin nümuneye uymadığını isbat külfeti alıcıdadır.

Ticaret Kanunu alıcının kusurlu olup olmadığına bakmaksızın sözü geçen hükmü vazetmiştir. Borçlar Kanununa göre, alıcının kusuru olmasa da aynı esas câridir, Her iki kanun hükmü aynı hukuk müessesesini tanımladığından, Ticaret Kanununda bir boşluk mevcutsa, bu boşluğun Borçlar Kanununun sözü geçen hükmü ile itmamı gerekir.

ç. Nümune üçüncü bir şahsın elinde iken kusuru olmaksızın veya kusuru ile bozulmuş veya telef olmuşsa, her iki şıkta isbat külfeti umumî esaslara göre tayin edilmek lâzımdır. Ancak üçüncü şahıs kusurlu ise, mesuliyeti vedia hakkındaki hükümler dairesinde tesbit edilir.

d. Nümune bozulmuş olmakla beraber, bu bozulma usulü dairesinde yapılan bir muayeneden doğmuşsa b. bendindeki esasa göre satıcı teslim ettiği malın nümuneye uygun olduğunu isbat ile mükelleftir.

e. İbraz edilen nümunenin tevdi edilen nümune olup olmadığının isbatı cihetine gelince, bu bakımdan da Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu arasında esasta fark yok gibidir.

1. Nümuneyi berayi muhafaza alan taraf ibraz ettiği nümunenin evvelce kendisine tevdi olunan nümune olduğunu isbata mecbur değildir. Nümune usulü dairesinde yapılan bir muayene neticesinde değişmiş olsa da aynı hüküm câridir. Umumî isbat kaidelerine göre bu iddiayı serdeden tarafın iddiasını isbat etmesi gerekirken Borçlar Kanunu hususî bir hüküm sevk etmiştir. Nümuneyi muhafaza eden tarafın nümunenin aslına uygun olduğunu mahkeme huzurunda beyan etmesi kâfidir. Nümune usulü dairesinde yapılan bir muayene neticesinde değişmiş olsa bile bu beyanla iktifa olunur. Nümuneyi muhafaza eden tarafın bu beyanı yemin yerine geçer ve kendisine yemin teklif edilemez[20]. Lâkin karşı taraf hilâfını iddia ediyorsa iddiasını isbat edebilir.

2. Nümune alıcının elinde bozulmuş ise, kusurlu olsun olmasın nümunenin mahiyetini isbat alıcıya aittir.

3. Nümune üçüncü bir şahsın elinde iken bozulmuş ise mahiyetini isbat umumî kaidelere göre tayin edilir.

9. Nümune kaideten ifanın bir kısmı addedilmez. Ticarî teamül de bu merkezdedir. Nümune satın alınmaz, teslim edilecek malın vasıflarını tayin için tevdi edilir. Mebliin nümune ile mukayesesini nümunenin tahlil

[20] Oser, zge. s. 528. Fick, zge. s. 404. No. 28.

veya istihlâki ile mümkün ise, alıcı nümuneyi iadeye mecbur tutulamaz. Bununla beraber değeri yüksek nünunelerin iadesi mecburi sayılabilir[21].

E. Tecrübe veya muayene şartıyla satım:

I. Tecrübe veya muayene şartıyla bey, malı muayene veya tecrübe edip tasvip kaydı ile, yani alıcının iradesine tâbi bir şart altında yapılan bir sözleşmedir[1]. Buradaki şartın tahakkuku sırf alıcının arzusuna bağlı olduğundan potestatif bir mahiyet taşır, alıcı «malı kabul veya reddetmekte» tamamen serbesttir [2] [3]. Akdin bu mahiyeti Ticaret Kanununda daha açık bir ifadesini bulmuştur[4]. «Beğenirse almak» tâbirlerinden de anlaşılacağı veçhile malı muayene veya tecrübe edip tasvip etmek alıcının beğenmesine, yani şahsî arzusuna bırakılmıştır, hattâ aşağıda görüleceği veçhile muayene ve tecrübe borcu dahi yoktur[5], ister muayene eder ister etmez. Muayene ve tecrübe ettikten sonra da muayene ve tecrübe müsbet netice vermiş olsa dahi malı almak mecburiyetinde değildir. Hakikatı halde bu kabil sözleşmelerde şartı tahakkuk ettirmek alıcının elinde olduğundan alıcı için bir borç da doğmuş sayılamaz[6].

a. Buna mukabil muayene ve tasvip şartı, taraflarca, alıcıya, muayene ve tecrübe borcunu, muayene veya tecrübe müsbet netice verdiği takdirde, kabul vecibesini tahmil eder mahiyette düşünülmüş olabilir. Bu halde muayene veya tecrübe menfi netice vermişse, alıcı malı reddederek yerine kararlaştırılan vasıflara uygun mal teslimini istiyebileceği gibi[7]

[21] Staub, zge. s. 356.

[1] Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. üncü bası, IV. s. 356. No.13. Dr. Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, II. 1929. s. 668. Virgile Rossel, Manuel Du Droit Fédéral Des Obligations, 1920. I. s. 303. No. 453-456.

[2] Flick, Das schweizerische Obligationenrecht, s. 290. No. 9. C. C. madde 1174 de bakınız.

[3] B. K. madde 210.

[4] T. K. madde 709.

[5] Fransız hukukunda, tecrübe şartıyla satımda alıcıya tecrübeyi yapmak borcu tahmil edilmektedir. Maxime Chauveau - Paul Chauveau, Traité Théorique et Pratique Des Ventes Commerciales, I. F. XXV. No. 4128.

[6] Flick, zge. s. 290. No. 10.

[7] B. K. 203. «Satılan miktarı muayyen mîsli şeylerden ise, alıcı dilerse fesh veya semenin tenzilinden hiçbirini talep etmeyip satılanın *ayaptan âri mîsli ile değiştirilmesini dava edebilir*. Ticaret Kanununun 721. inci maddesine göre, «mebl mu-

satım sözleşmelerinden doğan sair haklarını da kullanabilir. Muayene veya tecrübeden müsbet netice alınmışsa, alıcı malı alıkoyarak semeni ödemek mecburiyetindedir. Bu satış şeklinin tecrübe veya muayene şartıyla beyden başlıca farkı, muayene veya tecrübede zuhur edecek neticenin takdirinde alıcıya veya üçüncü bir şahsa bırakılan takdir hakkının mutlak olmayıp icabında hâkimin murakabesine tâbi bulunmasıdır[8].

b. Taraflar arasında yapılan anlaşmaya göre, alıcının ihtiyaçlarına uygun düşmeyen bir malın muayyen bir süre içinde iade edilebileceği kararlaştırılmışsa, bu halde de muayene veya tecrübe şartıyla bir satım mevcut sayılamaz. Çünkü alıcı mal ancak ihtiyacına uygun düşmediği takdirde iade hakkını haizdir, yani şart potestatif değildir. Buna mukabil malın ihtiyacına uygun olup olmadığı takdir hakkı alıcıya bırakılmışsa, tecrübe veya muayene şartıyla bey bahis mevzuu olabilirse de bu kabil akitlerde tarafların hedefi daha ziyade «maksut olan menfaate» göre mal teslimidir. Normal olarak satıcının tekeffülü altında bulunan bir vasıf[9] burada akdin esaslı bir unsuru mertebesine çıkarılmıştır. Teslim edilen mal işletmenin ihtiyaçlarına uygun ise alıcı mebbii reddedemez. Bu bakımdan alıcının takdir hakkı a, bendinde olduğu gibi «ihtiyaca uygunluk ölçüsü» ile tahdide uğramıştır[10].

c. Bazan alıcı malı, muayyen bir süre içinde iade etmek hakkı mahfuz olmak üzere satın almış olur. Bu halde infisahî veya tâlikî tecrübe ve muayene şartına muallâk bir satım bahis mevzuu olabileceği gibi, fiili iadeye tâbi bir satış da yapılmış olabilir. Gerçi aralarında büyük bir fark yoktur. Çünkü son şıkta da alıcının iade hakkı bir kayıt ve şarta bağlı değildir[11]. Diğer yandan malın iadesi için tayin edilen süreyi ayıp[12] ihbarı süresinin uzatılması şeklinde de tavsîf etmek mümkündür.

kavele veya kanun ile muayyen seraiti cami olmadığı surette, müsterî muhayyer olup dilerse *akdin feshini*, dilerse *semenin tenzilini* mahkemeden talep edebilir. (Borçlar Kanununun sözü geçen hükmünün ticari satıslara tatbik imkânı başka bir yazıda incelenecektir).

[8] Staub, zge. s. 357, No. 14. Oser, Das Obligationenrecht, s. 7-8, 529a.

[9] B. K. madde 194 de bakınız.

[10] Staub, zge. s. 357, No. 14.

[11] Oser, z.g.e. s. 529. d.

[12] Staub, z.g.e. s. 357, No. 14.

Dr. O. Daepfen, Bundesgerichtspraxis zum Obligationenrecht, 1936, s. 310, 496. madde 223 ve 225. «Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satıcının, alıcıya iade veya mukarrer fiat üzerinden almak şartıyla teslim ettiği mallara mütedair akitler de tecrübe veya muayene şartıyla satım değildir». 52.II.192.

ç. Alıcı malı, satacağı diğer bir şahsın tasvip şartına muallâkan satın almış olabilir. Bu halde de hodbehod iade hakkını haiz olmayıp müşterisinin beğenmediğini isbat ile mükellef tutulabilir[13].

d. Alıcıya değiştirmek hakkını tanıyan bir satım sözleşmesi de tecrübe veya muayene şartıyla aktedilmiş sayılamaz. Burada sözleşme şarta muallâk olmayıp kesindir. Alıcıya tebdil hakkının tanınmış olması ona doğrudan doğruya fesih hakkı vermez. Bilâkis satıcı ayıpsız mal teslimi ile fesih hakkını önliyebilir[14].

Bu çeşit satış sözleşmelerinde satıcının ilk teslim ettiği mal tam satılmış, mülkiyet ve hasar da iadeye kadar müşteriye geçmiştir. Ancak alıcı tebdil hakkından istifade edip etmemekte serbestir, dilerse değiştirir, dilerse değiştirmez. Tebdil hakkı umumiyetle hiç bir kayda bağlı değildir. Alıcı satıcıya müracaat ederek aldığı malın iadesini istemesi kâfi olup satıcı yerine kararlaştırılan malı vermekle mükelleftir. Tecrübe veya muayene şartıyla beyde olduğu gibi, satıcının uzunca bir müddet tereddütte kalması muvafık olmadığından ekseriyetle alıcının tebdil isteğini muayyen bir süre içinde beyan etmesi kararlaştırılır. Böyle bir müddet yoksa, satıcının tayin edeceği bir müddet zarfında veya halin icabına uygun bir zaman içinde alıcı tebdil talebinde bulunmazsa, tebdil hakkı sukut eder. Oser'e göre bu kabil satım sözleşmelerinde alıcıya alternatif bir salâhiyet bahşedilmiştir[16]. Yalnız burada satıcının borcu seçimlik bir borç değildir. Çünkü satıcının esas vecibesi ilk teslim ettiği maldır. Alıcı bunu iade ettiği takdirde yerine vereceği diğer bir mal ile de borcunu ifa etmiş sayılır. Halbuki seçimlik borçlarda ikinci edimin de alternatif borçlanılmış olması gerekir[17].

[13] Staub, z.g.e. s. 357. No. 14.

[14] Staub, z.g.e. s. 359. No. 15. a. Borçlar Kanununun 203 üncü maddesini de tetkik ediniz.

(Değiştirmek şartıyla yapılan satım sözleşmelerinin başka neveleri de mevcuttur).

Oertmann, z.g.e. s. 669. d. Bu müellif de tebdil şartıyla yapılan bey' akitlerinin tecrübe veya muayene şartıyla satım olarak tavsif edilemeyeceği kanaatindedir.

[15] Staub, z.g.e. s. 359. No. 15. a.

[16] Ticaret Kanununun 643 ve Borçlar Kanununun 83 üncü maddesi mânasında. Oser, z.g.e. s. 529. b. yi de tetkik ediniz.

Herbert Wendler, Der Kauf auf Umtausch, Diss., 1936. Bu müellife göre, tebdil şartıyla bey', alıcıya bir taraflı olarak tebdil hakkının tanındığı bir satım sözleşmesidir, s. 21.

[17] Oser, z.g.e. s. 271. No. 3.

Staub, alıcıya tebdil hakkının tanındığı satışlarda şöyle bir tefrik yapar: «Taraflar ilk teslim edilen mal yerine verilecek malın cinsini ve fiyatını kararlaştırmamışlarsa, tebdil hakkının mevzuu gayri muayyen olduğundan bağlayıcı bir kudreti haiz olamaz». Bu halde âkitlerin tebdil edilecek mal için yeni bir sözleşme yapmaları lâzımdır. Değiştirilecek mal «tayin» edilebiliyorsa, ilk teslim edilen mal nihai edim olarak düşünülmemiştir. Alıcı gereken süre içinde beyanda bulunarak yerine «tayini kabil» olan edimin ikamesini isteyebilir [18, 19].

[18] G. Weiss, Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht, III. s. 1823, No. 5252. «Elektrikli bir piyano ile değiştirilmek şartıyla el ile işliyen bir organonu satın alan kimse, vaziyet müsait değilse, normal fiatlara uygun yeni bir piyano isteyebilir, eski bir piyano istiyemez. Taraflar mevzu ve fiyat üzerinde anlaşmamışlarsa, ilk yapılan muamele muteberdir.

Staub, z.g.e. s. 359. 15. a.

[19] Fransız hukukunda, Türk, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi, tecrübe veya muayene şartıyla satımı toplu olarak tanzim eden bir hukuk müessesesi yoktur.

a) Alıcı beğenmediği veya mebl üçüncü bir şahsa satılmadığı takdirde iade etmek şartıyla satım. İnfisahî şarta muallâk bir bey' olarak tavsif edilir. Chauveau, z.g.e. No. 4079-92.

b) Tecrübe şartıyla satım. C. C. 1588. inci maddesine tevfikân «tecrübe şartıyla bey taliki şarta muallâk olarak yapılmış addolunur», Mukavele geniş mikyasta alıcının arzusuna tâbi olmakla beraber akit bir satım vaadi değil satış şeklinde tavsif edilir. Kezalik şart potestatif mahiyette değildir. Alıcı gereken müddet ve mahalde tecrübeyi yapmak ve beyanda bulunmak zorundadır. Bu böyle olmakla beraber şartı tahakkuk ettirmek alıcının ihtiyarına bırakılmıştır (Aksi kanaatte bulunan müellifler de vardır. Aubry et Rau, No. 349. Chauveau, z.g.e. No. 4122 de z.). «Tecrübe şartıyla yapılan bütün satışlarda alıcı hâkim olup kontrole tâbi değildir». Tunus Huk. H. 5.6.1919. Chauveau, z.g.e. No. 4124 de z. 4093 de bakınız.

c) Tadip beğenirse almak şartıyla satım. C. C. madde 1587. Umumiyetle müellifler tecrübe şartıyla bey ile bu satış şekli arasında bir tefrik yaparlar. Bu tefriki sebep C. C. in 1587 ve 1588. inci maddeleridir. 1587. nci maddeye göre şarap, zeytinyağı gibi maddeler tadılıp tasvip edilmedikçe satış yoktur. Bu maddedeki satış şekli potestatif bir mahiyet taşıdığı ve potestatif bir şartla aktedilen mukaveleleri C. C. 1174 bâtil addettiği cihetle mebl tadılıp beğenilmedikçe satımın doğmadığı kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki anlaşma bir kısım müelliflere göre satım vaadi, bazılarına göre de bir icaptır. Lâkin tecrübe şartıyla bey'e benzeten müellifler de vardır. Chauveau, z.g.e. No. 4135, 4149.

II. Tecrübe veya muayene şartıyla bey'in hukukî mahiyeti münakaşalıdır. Bir kısım müellifler sözü geçen satım çeşidinde Ticaret Kanununun 665 ve Borçlar Kanununun 3 üncü maddesi anlamında bir «icab» görürler, alıcı bu icabı icazeti ile kabul veya sukutu yahut reddi mutazammın bir hareketi ile reddeder[20]. Oser ve Fick'e göre icab nazariyesi ile Ticaret Kanununun 710 ve Borçlar Kanununun 221 inci maddelerinde alıcıya yüklenen borç kabili telif olmadığı gibi icab bir taraflı bir rıza beyanıdır, halbuki tecrübe veya muayene şartıyla bey' akd olmaksızın tasavvur edilemez. Alıcı ile satıcı arasında evveleminde tecrübe ve muayene hakkında bir anlaşma yapılmış olmalıdır. Gerçi gerek icabda gerekse bu satış şeklinde yalnız alıcı bağlanmıştır. Ancak, tecrübe ve muayene şartıyla bey'de alıcının ef'ali de bağlılık doğurabilir[21]. Bu bağlılığın doğabilmesi için herhalde taraflar arasında bir sözleşmeye ihtiyaç vardır. Bundan başka icabdaki bağlılık bir taraflı bir rıza beyanının mahsulü iken buradaki bağlılık müşterek bir anlaşmadan doğmaktadır.

Bununla beraber tecrübe veya muayene şartıyla satım bir icab mahiyetini de iktisap edebilir. Meselâ, satıcı önceden alıcı ile anlaşmadan, alıcıya, muayyen bir müddet içinde, beğenip beğenmemek hususunda rızasını beyan şartıyla, mal göndermişse, bu muamele müddetli bir icabdan farksızdır. Satıcı ile alıcı arasında Ticaret Kanununun 668 inci maddesi anlamında daimî ticarî bir münasebet mevcut değilse, icaba muhatap olan tarafın mücerret sukutu kabul kabul sayılamıyacağı gibi kendisine

d) Alıcının tasvibine muallâk satımlar. Tadip beğenmek şartıyla yapılan aktlerin tâli bir nev'i addedilmektedir. Akdın doğumu, malı tasvip edip etmemekte serbest olan alıcının iradesine bağlıdır. c. deki satış şekline farkı daha ziyade akdın inkiat suretindedir. C. C. 1587. nci maddede akdın mevzuu ön saftadır, burada ise sarîh veya zımni bir anlaşmaya ihtiyaç vardır. Chauveau, z.g.e. No. 4234 ve müt.

1893 tarihli İngiliz Bey' Kanununun 18 inci maddesinin 4 üncü bendine göre «alıcıya mebli tasvip» veya «satmak veya iade etmek», yahut buna benzer şartlar altında teslim edilmişse, mülkiyet şu hallerde intikal eder:

a) Alıcı tasvip veya kabul ettiğini satıcıya bildirir veya satışa icazet verdiği delâlet eden diğer bir harekette bulunursa,

b) Tasvip veya kabul ettiğini satıcıya bildirmemekle beraber, reddettiğini ihbar etmeksizin mebli muhafaza ederse, meblin iadesi için müddet tayin edilmişse bu müddetin geçmesi ile müddet tayin edilmemişse münasip bir müddetin geçmesi ile. Münasip müddetin tayini maddi mesailendir.

[20] Bekker, Pandekten 2 no. 106. Oser, z.g.e. s. 529 da zikredilmiştir.

Oertmann, z.g.e. s. 670. No. 2 de tetkik ediniz.

[21] T. K. 710. B. K. 221.

bir muhafaza mükellefiyeti de tahmil edilemez. Tecrübe veya muayene şartıyla satımda ise, alıcıya muhafaza borcu tahmil edilebileceği gibi mal kendisine gönderilmişse sükûtu, aralarında daimî bir ticarî münasebet bulunmasa da, kabul sayılır[22]. Gerçi aralarında mühim bazı irtibat noktaları vardır. Her ikisinde iptidaen yalnız satıcı bağlanmıştır. Alıcı her iki şekilde serbestir. Kezalik alıcının gerek icabda gerekse satış akdinde muayene ve tecrübe borcu yoktur. Ancak tecrübe veya muayene şartıyla satımda alıcı muayyen bir süre içinde beyanda bulunmazsa, malı kabul etmiş sayılır. Halbuki icabda akit ve şart ancak muhatabın icazeti ile gerçekleşir. Tecrübe veya muayene şartıyla satımda mebi müşteriye gönderilmemişse, icab ile aralarındaki müşabehet artabilir. Şartla satımda müşteri muayyen müddet içinde beyanda bulunmazsa satıcının bağıllığı ortadan kalkar, halbuki müddetli icabda akit ve bağıllık ancak alıcının icazeti ile doğabilir. Yalnız şunu itiraf etmek lâzımdır ki, satıcı ile alıcı arasında, Ticaret Kanununun 668 inci maddesi mânasında daimî ticarî münasebet mevcutsa, bu halde tecrübe şartına muallâk ve müddetle mukayyet bir satım icabını hüküm bakımından tefrik müşkülât arzedebilir[23].

Tecrübe veya muayene şartıyla satışlarda akit nazariyesinin başlıca mesnedi Ticaret Kanununun 710 uncu, Borçlar Kanununun 221 inci maddelerinde alıcıya tahmil edilen mükellefiyettir. Filhakika taraflar arasında bir anlaşma bulunmaksızın mezkûr maddelerdeki hükmü izah mümkün değildir. Her üç madde vahdet arzeden bir hukuk müessesesinin muhtelif şıklarını tanzim ettiğiinden, mal teslim edilsin edilmesi, akdî bir anlaşmanın her iki şıkta zarurî olduğu müdafaa edilebilir. Tecrübe veya muayene şartıyla bey'in inikadı için bir akdin mevcudiyetini zarurî addedersek, bu satış şeklinin doğumu için akdin esaslı unsurlarını ihtiva eden bir sözleşmenin de bulunmasını şart koşmalıyız. Alıcı akdin doğumu hususunda da serbestisini muhafaza etmiş veya akdin esaslı unsurları taraflar arasında kararlaştırılmamışsa [24] tecrübe veya muayene şartıyla satım yoktur.

Bir kısım müellifler bu satış şeklini icazetle bey akdine inkılâp eden bir ön akde benzetirler[25]. Bu telâkkiye göre ön akdin mevzuu, şartın tahakkuku halinde, satım sözleşmesinin tam olarak inikadı olmak gerekir.

[22] Staub, z.g.e. s. 356/7. No.13. a.

[23] Staub, z.g.e. s. 357. No. 13. a.

[24] Bey akdinin mevzuu adlı yazımı tetkik ediniz. Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946. C. XII, s. 2.

[25] Thöl. Handelsrecht, no. 259. Oser, z.g.e. s. 529 da zikredilmiştir.

Diğer bir söyleyişle, müşteri malı tasvip ederse, yani ön akitteki şart gerçekleşirse, ikinci akit, satım sözleşmesi, kendiliğinden ve şartsız olarak doğmuş olacaktır. Ancak icazetle ön akdin tam bir satım akdine inkılâp edebilmesi için taraf rızalarının da bu tarzda bir tebeddüle müteveccih olması gerekir. Diğer yandan ön akit nazariyesi kabul edildiği takdirde, iradî şarta bağlı her muamelede bir ön akdin mevcudiyetini kabul etmek lâzımdır. Hakikati halde tecrübe veya muayene şartıyla bey'in iradî şarta muallâk bir akit şeklinde tavsifi hem kanun hükümlerine uymakta hem de bize müessesenin mahiyetine uygun bir mesnet vermiş olmaktadır. Esasen bilûmum nazariyelerin başlıca vazifesi kanun hükümlerini ve çarpışan menfaatleri hukukî teknik ve mantık bakımından en âdil tarzda izahtır. İmdi tecrübe veya muayene şartıyla bey'i iradî şarta muallâk bir akit olarak tavsif ettiğimiz takdirde gerek Ticaret gerek Borçlar Kanununda tanzim edilen müessese her bakımdan tatmin edici bir tarzda izah olunmuş olur.

Tecrübe veya muayene şartıyla bey' bir akde dayanır, yalnız taraf vecibelerinde fark vardır. Satıcı bilâkaydüşart bağlanmış iken alıcı ancak arzu ettiği takdirde yani iradî şartı gerçekleştirdiği takdirde borç altına girer. Zımnen veya sarahaten beğenmek bu şartın tahakkuku olup ikinci bir akdin doğumunu intaç eden hukukî bir muamele değildir.

Ticaret Kanununun 709 uncu maddesinin 2 nci cümlesinde «hilâfına mukavelede sarahat yoksa, bey'in inikadı, şartın tahakkukuna talik edilmiş addolunur» denmiş olmasından Türk Ticaret hukukunda, akdin dahi ancak şartın gerçekleşmesi ile doğabileceği mülâhaza edilebilir. Cümlenin başında ve diğer iki maddede kullanılan «mukavele» kelimesi, Ticaret Hukukunda da bu satış şeklinin bir akde dayandığını «bey» ve «inikat» tâbirlerinin akit mânasına gelmediğini göstermektedir. Kanuncunun maksadı şartın tahakkuku ile satım sözleşmesinin her iki taraf hakkında tamam olduğunu izah olup bu netice Ticaret Kanununun 710 uncu maddesinin son fıkrasındaki ifade tarzı ile teyit edilmiş bulunmaktadır: «Alıcı semeni ödemiş veya mebide tecrübe için lâzım gelen suretin haricinde bir suretle tasarruf eylemiş» yani şartı tahakkuk ettirmişse, «beyi tamam olur». Bu itibarla 709 uncu maddedeki hükmü satım sözleşmesinin inikadı şeklinde değil, şartın tahakkuku ile satımın her iki taraf için tamam olacağı şeklinde anlamak lâzımdır.

III. Ticaret Kanununun 675 inci maddesine göre «ticarî bir mukaveledeki ibarelerin mânaları vâzih ve mâkul ise, ibarelerin zâhiri mânalarına itibar olunur.

Kullanılan ibare tarafların bedihî olan maksatlarına münâfi görünürse, bu halde maksada itibar olunur».

Akıdların tefsiri bakımından Ticaret Kanununun sözü geçen maddesi ile Borçlar Kanununun 18 inci maddesi arasında âhenksizlik olduğu ileri sürülebilir. Lâkin Borçlar Kanununun 18. inci maddesinden de maksat, akitlerin gizli kalmış batını iradeleri olmayıp herhangi bir şekilde izhar edilmiş olan iradeleridir. Batını irade ile izhar edilen irade arasında fark bulunduğu iddia edilse dahi batını irade ancak izhar edilmiş olan sair iradeler delâletiyle tayin edilebilir. Her iki kanuna göre bahis mevzuu hükümlerin tatbiki için bir akdın mevcudiyeti şarttır. Akit ise ancak izhar edilen iradelere göre doğmuştur. Bu itibarla Borçlar Kanununun 18. inci maddesinin 1. inci fıkrasında, yalnız bir ibare veya ifade tarzı muvacehesinde, hakikî maksada kıymet verilmiş olmakla beraber, bu hükümden, mukavelenin lâfzi ve zahiri mânası karşısında, irade beyanının, diğer beyanlardan, meselâ ön müzakerelerden, tarafların mukavelenin inikadı sırasında veya sonraki ef'al ve hareketinden, yani zahir olan beyanlardan, çıkabilen hakikî mânası anlaşılmalıdır[26]. Demek oluyor ki Borçlar Kanununa göre de, hukuken ehemmiyetli olan zahiri irade beyanlarıdır. Bunlar ister mukavelede inikâs etsin, ister mukaveleden önce veya sonraki beyanlardan, tarafların hareket tarzlarından neşet etsin, herhangi bir şekilde izhar edilmiş olmalıdır ki, batını ve hakikî iradenin mahiyeti araştırılabilir. «Hakikî maksat deruni veya batını maksat değildir. İzhar edilmemiş olan bir iradenin hukuk nizamında bir mevcudiyeti yoktur. Harice aksetmemiş olan batını irade, ancak izhar edilen beyanlardan istidlâl edilebildiği takdirde vakıa olarak bahis mevzuu olabilir» [27].

Her iki kanun izhar edilmiş iradelere ehemmiyet vermiş olmakla beraber, bu iradelerin tefsiri usulünde Ticaret Kanununun Borçlar Kanunundan ayrıldığı iddia olunabilir. Ticari muamelelerde, mukavelenin vazih ve makul ibareleri karşısında hakikî maksatların tesbiti için, sair beyanlara hot be hot müracaat caiz değildir. Taraflardan biri hakikî maksadının yanlış ifade etmiş olduğunu iddia etse dahi mukaveledeki ibare vazih ve makul oldukça, aksini isbat edemez. Ancak kullanılan ibare bir tarafın değil *her iki tarafın* aşikâr olan maksadına aykırı görünürse maksada itibar olunur [28]. Borçlar Hukukuna göre, hakikî maksatların tesbiti zımında müracaati kabul olunan sair beyanlara, Ticaret

[26] Oser, z.g.e. s. 73/74. Funk, Borçlar Kanunu Şerhi, I, Umumi hükümler, t.ç. H. Veldet C. Hakkı, s. 29 da tetkik ediniz.

[27] Oser, z.g.e. 73.

G. Weiss'de zikredilen kararları da tetkik ediniz. G. Weiss, z.g.e. No. 5250/51.

[28] T. Kanun 675. inci maddesinin 2. nci fıkrasını tetkik ediniz.

Hukukunda, ancak bir beyanın müteaddit mânaya hamli mümkün olduğu takdirde, gidilebilir [29].

Bu itibarla ticarî bir mukavelenin tefsirinde evvelemirde mukaveledeki vazih ve makul ibarelere önem vermek lâzımdır. İmdi tatbikatta, tecrübe ve muayyene tâbirleri muhtelif mânalarda kullanıldığından, bu kabil terimlerle tarafların hangi mukavele tipini kasdettikleri müşkülât arzedebilir. Yukarıda izah edildiği gibi, tecrübe ve muayene kanununun anladığı mânada düşünülmüş olabileceği gibi, tecrübe ve muayeneden maksat, akitle vaadedilen vasıflara uygun mal teslimi de olabilir. Bizce mücerred bu terimlerin istimalinden Ticaret Kanununun 709 - 11 . inci maddeleri mânasında bir mukavelenin mevcudiyeti istidlâl edilemez. Son zamanlarda arz ve talep arasındaki âhenksizliğin bu akit tipinin tatbik sahasını daraltmış olduğu da tefsirde hususî bir âmil olarak mülâhaza edilmelidir. Bununla beraber giyim eşyasının çoğunda halen de bu satış usulü revaçtadır. Binaenaleyh tecrübe ve muayene tâbirlerinin tefsirine gidilmeden, bunlar lâfzî bakımdan müteaddit anlama gelmemekle beraber, tatbik neticeleri verilecek hukukî mânaya göre değişebileceğinden Ticaret Kanununun 676. ncı maddesi delâletiyle aktin mevzuu bakımından câri örf ve âdete bilhassa ehemmiyet vermek lâzımdır.

Tecrübe veya muayene şartıyla satımda, satıcı kat'î surette bağlanmış olup alıcının borcu iradesine bağlı bir şartın tahakkukuna tâbî olduğu cihetle, bu şartın gerçekleşmesi hususunda alıcıya tanınan salâhiyetin muhtevası bilhassa ehemmiyetlidir. Alıcı bağlanıp bağlanmamakta serbest bırakılmış ve bu cihet mukaveleden anlaşılıyorsa, tecrübe ve muayene şartıyla bir akit mevcuttur. Bu hususta muhik bir tereddüt varsa, mukavele Ticaret Kanununun 678 inci maddesi gereğince, satıcının lehine alıcının aleyhine tefsir edilmek menfaatler vaziyetine en uygun hal şekli olsa gerektir.

IV. Alman Medenî Kanununun 495. inci maddesine göre, tecrübe veya muayyen şartıyla satım, şüphe halinde, talikî tasvip şartına muallakan akte edilmiş sayılır. Oser'e göre Borçlar hukukunda da sözü geçen satım alıcının arzusuna bağlı talikî şarta muallâktır[30]. Kezalik Ticaret Kanununun 709. uncu maddesindeki ifade tarzı da şartın talikî mahiyet taşıdığına delâlet etmektedir. Bununla beraber taraflar akti infisahî bir

[29] T. K. 676.

[30] Oser, z.g.e. s. 529, E. Hirs, Ticaret Hukuku Dersleri, 2 nci bası, 1946, s. 701. No. 704. Borçlar hukukundaki şartın münakaşalı olduğunu beyan eder.

Dr. O. Daepfen, z.g.e. s. 310. 52. II. 192.

Chauveau, z.g.e. No. 4136-4147 de tetkik ediniz.

şartla da inşa edebilirler, ancak kanunî karine talikî şart lehine bulunduğundan, şartın infisahî mahiyeti vazih olmalı ve isbat edilebilmelidir [31].

V. Tecrübe veya muayene şartı ile satımın isbat cihetine gelince şarta muallâk akitler hakkında cârî genel kaideyi tecrübe şartıyla bey'e de tatbik edebiliriz. Hâkim olan kanaate göre, bir aktin şarta muallâk olduğunu iddia eden taraf, aktin şarta muallâk olduğunu ileri sürmekle, dava sebebini inkâr etmiş sayıldığından, satıcı satımın şartsız inikat veya şartın tahakkuk ettiğini isbat etmekle mükelleftir. Buna mukabil alıcı, aktin infisahî şartla inikad ettiğini iddia ederse, isbat külfeti alıcıdadır. Bu isbat kaidelerini izah için şu mülâhaza serdedilir: Birinci halde ikrar edilenden ayrı bir muamele iddia edilmiştir, ikinci halde ise, aktin doğumu ikrar edilmiş lâkin infisah ile ortadan kalktığı ileri sürülmüştür. İnfisahî şart hakkında ileri sürülen isbat usulü umumen kabul edilmekle beraber, talikî şart hakkındaki usul geniş tenkidlere yol açmıştır [32].

Bizce, muhterem hocam Mustafa Reşit Belgesay'ın da meylettiği «tabii vaziyet nazariyesi» bu kabil akitlerdeki isbat külfeti durumunu da en âdil tarzda halledebilir. Bilindiği gibi bu nazariyeye göre, davada rolü ne olursa olsun, tabii olan bir vaziyeti iddia eden taraf isbat ile mükellef tutulamaz. Tecrübe veya muayene şartı ile satıma bu nazariyeyi tatbik ederken malın alıcıya teslim edilip edilmediği bakımından bir tefrik yapmak lâzımdır. Şartsız bey akitlerinde normal vaziyet mebiin teslimi ile semenin peşin olarak ödenmesidir. Bu itibarla mal henüz teslim edilmişse, tabii vaziyet alıcının lehine satıcının aleyhinedir, satıcının hem akdi, ve tecrübe veya muayene şartı iddia edilmişse, hem de şartın tahakkukunu isbat etmesi lâzımdır. Mal alıcıya teslim edilmişse, tabii vaziyet alıcının aleyhine satıcının lehinedir, alıcı aktin tecrübe veya muayene şartı ile yapıldığını iddia ediyorsa, iddiasını isbat ile mükelleftir.

Buna mukabil satıcı aktin şarta muallâk olduğunu kabul, lâkin bu

[31] C. C. madde 1587 ve 1588. tetkik ediniz.

[22] Oser, z.g.e. 398/9. 529. Fick, z.g.e. 405. Staub, z.g.e. 360/6/3. 16. c. 19. b. 23. a. Oertmann, z.g.e. s. 671. No. 8. Dr. O. Daepfen, z.g.e. s. 310, «alıcı aktin şarta muallâk olduğunu isbat ile mükellef olmayıp satıcı bey'in şartsız olduğunu isbat edecektir». 55.II.192.

Fransız hukukunda, elbise gibi bazı emtea müstesna, tecrübe şartı ile bey' bir satış nev'i addedilmediğinden, tecrübe şartını iddia eden satış şeklini isbat etmekle mükelleftir. Chauveau, z.g.e. No. 4101. Bununla beraber, satılan emteanın tecrübe şartı ile satımı âdet haline gelmişse, C. C. 1587. maddesinin tatbik edilebileceği kabul olunmaktadır. Chauveau, z.g.e. No. 4101, 2.

şartın tasvib ile tahakkuk ettiğini iddia ediyorsa, malın teslim edilmediği hallerde iddiasını isbat ile mükellef olduğu gibi mal teslim edilmiş olsa da isbat külfeti satıcıdadır. Çünkü şartın mevcudiyeti ikrar, tahakkuk ettiği iddia olunmuştur, şartın mevcudiyeti münakaşalı değildir, tahakkuk iddiası ise umumî kaideye göre iddia eden tarafça isbat olunmalıdır. Yalnız alıcı açtığı bir davada şartın tahakkuk ettiğini iddia edip bundan kendi lehine bir takım neticeler çıkarıyorsa, gerek akti, gerekse şartın tahakkukunu isbat etmelidir.

VI. Tecrübe veya muayene şartıyla satımda, alıcının borç altına girmesi, iradesine bağlı olduğundan bu durum satıcıyı son bulmayan bir tereddüt devresi içinde bırakılabilir. Buna mâni olmak için Kanuncu, gerek Ticaret gerek Borçlar Kanununa, lüzumlu hükümleri sevk etmiş ve malın teslim edilip edilmediğine göre alıcının ef'al ve harekâtına gereken hukukî neticeleri bağlayarak bu tereddüdün izalesine çalışmıştır.

A. a) Ticaret Kanununun 710. uncu maddesine göre, «mebi muayene ve tecrübe için müşteriye teslim olunmuşsa, müşteri mukavele ile ve mukavele olmadığı surette örfen muayyen müddet zarfında mebi kabul edip etmediğini beyana mecburdur. Mukavele veya örf ile muayyen bir müddet yoksa, bayi münasip bir mehil tayin ederek müşteriyi mebi kabule veya redde davet eder. Müşteri mezkûr müddetler zarfında bir cevap vermemişse mebi kabul etmiş addolunur.

Müşteri hakkı hiyarını sarahaten muhafaza etmeksizin, semenin tamamını veya kısmını tediye etmiş veya mebie tecrübe için lâzım gelen suretin haricinde bir suretle tasarruf eylemiş ise, beyi tamam olur.»

Sözü geçen maddenin ilk cümlesinin ifade tarzından anlaşılacağı veçhile, bahis mevzuu hükmün tatbiki için malın muayene ve tecrübe maksadı ile müşteriye teslim edilmiş olması lâzımdır. Mal alıcıya başka maksatla tevdi edilmiş olup muayyen müddetler içinde beyanda bulunulmamışsa, tasvip edilmiş sayılmaz. Buna mukabil mebi hem tecrübe hem de sair bir maksatla tevdi edilmişse, alıcının muayyen müddetler içinde beyanda bulunmamış olması tasvib mânasına gelir. Her iki akit birbirinden ayrı olduğu için her iki aktin yüklediği borçlar da ayrı ayrı ifa edilmelidir.

Aktin tecrübe veya muayene şartıyla yapıldığı sabit ise, malın tecrübe veya muayeneden gayri bir maksatla tevdi edildiğini isbat alıcıya düşer.

b) Mal alıcıya teslim edilmişse, alıcı mukavelede kararlaştırılan müddet zarfında, ve mukavelede müddet yoksa, örfen muayyen müddet içinde ve örfen muayyen müddet de yoksa, satıcının tayin edeceği münasip mehilde, mebi tasvip etmediğini beyan etmemiş ise, mebi kabul etmiş

sayılır. Akti sürenin münasip olması şart değildir. Çünkü taraflar anlaşarak tayin etmişlerdir. Buna mukabil satıcı tarafından müstakilen tayin edilen edilen müddetin münasip olması gerekir. Satıcı, beyana davet isteğinde münasip bir süre tayin etmemişse, alıcının bu süre içinde cevap vermemiş olması tasvib mânasına gelmez. Alıcı, tayin edilen mehile rağmen münasip gördüğü bir süre içinde cevap verebilir ve bu halde, red beyanı muteberdir. Ancak mehlın münasip olup olmadığını takdir hakkı hâkimdedir [34].

Gerek akten kararlaştırılan gerekse örfen muayyen olan müddet, ancak muayene ve tecrübe imkânı gerçekleştikten sonra başlar. Başlamış olan müddet içinde, alıcının kusuru olmaksızın muayene ve tecrübeye imkân bulamaması, müddeti uzatmaz. Kezalik taraflar tecrübe ve muayene için hususî bir müddet tesbit etmişlerse, bu müddet beyan müddetinden ayrıdır, beyan süresi bu müddetin hitamı akabinde başlar. Hususî bir müddet tesbit edilmemişse, Ticaret Kanununun sözü geçen maddesine göre hareket edilir [35]. Satıcının müddete riayete kasten mâni olduğu haller müstesnadır.

Alman müelliflerinden Staub'a göre, «red beyanının müddetin sonunda irsali kâfi olmayıp müddet içinde alıcıya yetişmelidir [36]. Aksi takdirde, alıcı sukût etmiş sayılır, meğerki satıcı beyanın vusulüne hile ile mâni olmuş olsun. Kezalik alıcının Ticaret Kanununun 667 ve Borçlar Kanununun 5. inci maddesinden de istifadeye hakkı yoktur. Satıcı tecrübe ve muayeneyi geciktirmemişse, geç tasvib yeni bir icap mahiyetindedir.»

Bizce malın müşteriye teslim edilip edilmediğine göre bir ayırma yapmak taraf menfaatlerin telifi bakımından zaruridir. Mal müşteriye teslim edilmemişse, muayyen müddet içinde tasvip etmemiş olması red mahiyetinde olduğundan alıcı tasvip arzusunda ise, Borçlar Kanununun 3. üncü maddesi ve Ticaret Kanununun 665. inci maddesi dairesinde tasvip haberini müddet bitmeden evvel satıcıya yetiştirmelidir.

Buna mukabil mal müşteriye teslim edilmişse, tasvip beyanının müddet içinde yetişmesi veya yetişmemesi bir rol oynamaz. Çünkü müddetin geçmesi ile şart kendiliğinden tahakkuk etmiş sayılır. Lâkin

[33] Mustafa Reşit Belgesay, H. U. M. K. Şerhi, II. 1. s. 12 ve müt.

[34] Staub, z.g.e. s. 363. Aynı kanaatte. Ahmet Ziya, Yeni Hukuku Ticaret, s. 622.

[35] Staub, z.g.e. s. 362. Chauveau, z.g.e. No. 4130-4135. tetkik ediniz. Ahmet Ziya, z.g.e. s. 614, 622. Bu müellife göre T. K. 697 nci maddesindeki ihtar gibi bu ihtar da şekle bağlı değildir.

[36] B. K. madde 3.

red beyanı zamanında gönderilmiş olup alıcının kusuru olmaksızın geç vasıl olmuşsa, bu durumdan alıcı aleyhine netice çıkarmak ve rızası hilâfına malı tasvib etmiş addetmek menfaatler vaziyetine uygun değildir. Esasen Borçlar Kanununun 3. üncü maddesinin 2. nci fıkrasındaki kaide akdin inikad sureti hakkındadır, kabul haberinin vaktinde yetişmesi akdin doğumuna âmil olacaktır. Halbuki burada durum tersinedir, bu itibarla kıyas caiz değildir. Alıcı vaktinde red beyanını irsal etmiş veya malı göndermişse şart rızası hilâfına tahakkuk etmiş sayılamaz.

Vaktinde gönderilen red beyanından sonra malın istimali veya bozulması sakıt olan şartı ihya edemez, yalnız tazminat borcu doğurur. Kezalik malda sair suretle tasarruf da red beyanından rücu sayılamaz.

c) Müşteri sarîh bir beyanla malı tasvib edebileceği gibi, sözü geçen müddetler içinde sustuğu veya hiyar hakkını açıkça muhafaza etmeksizin semenin tamamını veya bir kısmını tediye ettiği veya mebide tecrübe için lâzım gelen suretin haricinde bir suretle tasarruf eylediği hallerde de beyi tamam olur.

Kanuncu zımni tasvibi biri menfi diğeri müspet olmak üzere iki şekilde tanzim etmiştir. Lâkin, kanunun saydığı haller tahdidî olmayıp tadadidir. Bu itibarla alıcının mebli muhafazaya karar verdiğine delâlet eden her türlü ef'al ve harekât zımni tasvib mahiyetindedir.

Kanunumuzun saydığı muamele ve tasarrufların tasvib mânasına gelmesi için alıcının niyeti bir rol oynamaz. Diğer bir söyleyişle, alıcının mücerred hareket tarzı şartın tahakkukunu muciptir. Meselâ ödemenin bu neticeyi doğurmaması için hiyar hakkının sarahaten muhafaza edilmiş olması gerekir. Gayri sarîh ihtirazî bir kayıt kâfi olmadığı gibi niyetin bulunmadığını ispat da caiz değildir [39]. Buna mukabil tecrübe için lâzım gelen suretin haricinde bir surette tasarrufta bulunulmuş, yani malı muhafaza edebilmek hakkının vereceği bir salâhiyetle hareket edilmişse, alıcı hiyar hakkını sarahaten muhafaza etmiş olsa bile, tasvib etmiş addolunur. Diğer yandan mebliin müddet içinde iadesi red sayılır, Red için alıcının sebep zikretmesine lüzum olmadığı gibi malı muayene veya tecrübe etmiş olması da şart değildir[40]. İade başka bir maksatla yapılmış olsa dahi alıcının muayyen süreler içinde beyanda bulunması lâ-

[37] Staub, z.g.e. s. 362. No. 19.

[38] Staub, z.g.e. s. 363. No. 19. a.

[39] Oser, z.g.e. 531. Fransız hukukunda kayıt ihtirazî dermeyan edilmeksizin yapılan tediyeler dahi tasvib mânasına gelmiyebilir. Chauveau, z.g.e. No. 4135.

[40] Oser, z.g.e. 531. a. Oertmann, z.g.e. madde 495 ve 496. Bu müellif sözü geçen ef'alın bilerek yapılmasından bahseder. s. 669 ve mül.

zıdır. Alıcı tasvip edip etmediğini bildirmeksizin mebli muayyen müddet içinde teslim etmiş ve iadenin başka bir maksatla meselâ muhafaza kastiyle yapıldığını bildirmişse, şartın tahakkukuna mâni ihtirazi bir kayıt dermeyan edilmedikçe, şart tahakkuk eder [41].

d) Satıcının beyana davet talebi Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanununda farklı bir surette tanzim edilmiştir. Ticaret Kanununa göre alıcının, muayenenin müşterinin nezdinde icra edildiği halde de münasip bir müddet tayin etmesi gerekmektedir. Bu hüküm Borçlar Kanununda daha ağırdır. Alıcı, ihbar akabinde yani derhal malı kabul etmediğini beyan veya reddetmezse, satım tekemmül etmiş addolunur [42].

B. Ticaret Kanununun 711 inci maddesi malın satıcı yedinde bulunduğu hali tanzim eder. 710. uncu maddenin aksine olarak burada alıcının sükûtu kabul değil red mahiyetindedir. Buna mukabil alıcı şartı tahakkuk ettirmek niyetinde ise, tasvip beyanını sözü geçen maddenin tayin ettiği müddetler içinde ve satıcıya yetişecek bir zamanda göndermiş olması lâzımdır.

VII. Gönderme ve iade masrafları, tecrübe veya muayene yüzünden doğan masarîf, hilâfı kararlaştırılmış olmadıkça alıcıya aittir [43].

VIII. Borçlar Kanununun 197. nci maddesine göre, satıcı alıcının satım zamanında malûmu olan ayıptan mesul olmadığı gibi, kâfi derecede muayene ile fark etmiş olacağı ayıptan da mesul değildir. Aynı kaide tecrübe veya muayene şartıyla bey hakkında da caridir. Şu farkla ki, satım zamanı hakkındaki hüküm burada tasvip zamanına racidir. Bununla beraber malın muayene ve tecrübe neticesinde tasvibi, alıcının ayıp ihbarından doğan haklarına hâle getirmiyebilir. Çünkü malın tecrübe ve muayenesi şartı tahakkuk ettirmek maksadile icra edilmiş bir tasarruftur. Bu itibarla 716. nci maddenin hedef tuttuğu muayeneden farklı olabileceği gibi 716. nci maddenin tanzim ettiği muayeneyi de yerine getirmiş olabilir.

Tecrübe veya muayene şartıyla beyde, tecrübe ve muayene şartı

[41] Oser, z.g.e. s. 531. b. aksî kanaattedir.

Ahmet Ziyaya göre, sarîh bir kaydı ihtirazi dermeyan edilmemişse, semenin kısmen veya tamamen tediyesi mebli kabul mânasında telâkki edilemez. Ahmet Ziya, z.g.e. s. 623. Beyanın sarîh olup olmadığını takdir hakkı hâkime ait olmakla beraber hâkim de sarîh beyanlar hakkında tatbıkatta müteamil ölçülerin dışına çıkamaz.

[42] Bu maddede «münasip müddet tayininden» bahis yoktur. Oser bir evvelki maddeye atıf yapmak suretiyle burada da münasip müddet tayininin zarurî olduğunu kabul eder. Oser, z.g.e. s. 529 ve müt.

[43] Staub, z.g.e. s. 364. No. 22. Oser, z.g.e. s. 531. 2.

müsbet netice vermiş ve alıcı malı tasvip etmişse şart tahakkuk etmiştir. Bu andan itibaren şarta muallâk akit şartsız tam bir bey aktine inkılâp etmiştir. Bu andan itibaren akit sair bey akitleri hakkındaki hükümlere tâbidir. Gerek satıcının gerekse alıcının borçları akit tam bir bey akti gibi doğmuştur. Meselâ mal nümune üzerine muayene edilip teslim bilâhare vaki olmuşsa, alıcının haklarını muhafaza edebilmek için 716. ncı madde dairesinde teslim aldığı malın ayıbını iki gün içinde satıcıya bildirmeğe mecburdur. Kezalik mal satıcının nezdinde muayene edilmişse, alıcı teslim zamanında ikinci bir muayeneye teşebbüs ederek keyfiyeti satıcıya bildirmelidir. Ancak, satıcı, nezdinde yapılan muayenede alıcının normal dikkatle farketmesi icap eden ayıplardan mesul değildir.

Ticaret Kanununun 716. ncı maddesindeki muayene mebiin tesliminden sonra başlar. Tecrübe veya muayene şartıyla satımda ise teslim bir unsur değildir.

Gizli ayıplar hakkında 716. ncı madde hükmü bakidir [44].

IX. Gerek Ticaret gerekse Borçlar Kanununa göre tecrübe veya muayene şartıyla bey talikî şarta muallâk sayılır [45]. İmdi, Borçlar Hukukunda, talikî şartla yapılan bey akitlerinde nefi ve hasar ancak şartın tahakkuku anından itibaren alıcıya intikal eder. Lâkin mebi teslim edilmişse alıcı, Borçlar Kanununun 151. inci maddesine binaen fasıla esnasında o şeyden elde ettiği menfaatlara malik olursa da, hasar alıcıya geçmez. Nefi ile birlikte hasarın da intikali için şartın behemehal gerçekleşmiş olması lâzımdır. Bununla beraber taraflar hilâfını sarahaten veya zımnen kararlaştırabilirler [46].

Muhterem hocam Prof. Hırş'e göre, talikî şarta muallâk bey akitlerinde, mal alıcıya teslim edilmişse, şartın ademi tahakkuku halinde mebiin iadesi lâzım geldiğinden, malın teslimi ile talikî şartın infisahî şarta inkılâp ettiği kabul edilmelidir. Çünkü satıcı malı teslim etmekle borcunu ifa etmiş ve bu suretle akitteki şartın mahiyetini değiştirmiştir. İnfisahî şarta muallâk akitlerde, nefi ve hasar aktin inikadı anından itibaren alıcıya geçtiğinden, talikî şarta muallâk olup da mebiin teslim edil-

[44] B. K. nun 197. ncı maddesini tetkik ediniz. Chauveau, z.g.e. No. 4096. Oertmann, z.g.e. s. 671. 5 de bakınız.

[45] Oser, z.g.e. s. 529. b. Flick, z.g.e. s. 404. 4. Hırş, Ticaret Hukuku Dersleri, 2 ncı bası, 1946. Borçlar Kanununda da şartın mahiyetinin ihtilâflı olduğunu beyan eder. s. 701. No. 704.

[46] Oser, z.g.e. s. 469. a. Staub, z.g.e. s. 365. No. 23.

Flick, z.g.e. s. 405. 12.

diği bey akitlerinde de hasarın teslim anından itibaren alıcıya intikal ettiğini kabul etmek lâzımdır.

Aynı müellif Ticaret Hukukunda da bu esasın câri olduğunu ileri sürer. Profesör Hırş'e göre, Ticaret Kanunu, 696. nci maddeyi koyarken, aktin şarta muallâk olup olmaması bakımından hiç bir tefrik yapmamıştır. «Akit ister şarta muallâk olsun ister olmasın, tamam olduğu andan itibaren, nefi ve hasar alıcıya aittir. Bu kaide, aktin doğurduğu diğer hükümleri nazarı itibare almıyarak, yalnızca nefi ve hasar keyfiyetini tanzim etmiştir. Bu kaideye binaen talikî şarta muallâk bey akitlerinde nefi ve hasarın aktin inikadı ile yani şartın tahakkukundan evvel alıcıya intikal ettiğini kabul etmek icap eder. Kezalik Ticaret Kanununun 697. nci maddesi de bir takım istisnalar koymuş ve bu istisnalar arasında mal henüz alıcıya teslim edilmemişse, nefi ve hasarın satıcıda kalacağını tasrih eylemiştir» [47].

Bizce, Ticaret Kanunu şarta muallâk akitleri düzenlemediği gibi nefi ve hasar durumunu tanzim etmemiştir. Bu boşluğu Borçlar Kanunu ahkâmı ile doldurmak lâzım geldiği gibi, sayın hocamın kanaatine göre, Borçlar Kanunundaki ticarî hükümler Ticaret Kanunu ahkâmı ile aynı sırada mevki aldığından, nefi ve hasar müessesesinin her iki kanundaki hükümlere göre toplu olarak mütalâa edilmesi gerekir. Hakikati halde hükümler arasında esasta bir fark yoktur. Ticaret Kanununun 696. nci maddesi Borçlar Kanununun 183. üncü maddesinin 1. inci fıkrasına tekabül eder, Ticaret Kanununun 697 ve 698. inci maddeleri ise, Borçlar Kanununun 183. üncü maddesinin bir tatbik şeklidir. Demek oluyor ki Ticaret Kanunu, Borçlar Kanununun 183. üncü maddesinin 3. üncü fıkrasını tanzim etmemiştir. Bu inhirafın kasdî olduğu ve Ticaret Kanununun 696, 697 ve 698 inci maddelerinin şarta muallâk akitler bakımından Borçlar Kanununa aykırı ahkâmı ihtiva ettiği iddia ediliyorsa, varılan reticede takip edilen yol «menfi norm ihtilâfı» [48] telâkkisine uygun değildir. Teslim halinde talikî şartın infisahî şarta inkılâp edeceği hakkındaki fikir ise, menfaatler vaziyetine, hak ve adalete uygun düşmekle beraber, müdafaası Borçlar Kanununun sarîh hükümleri karşısında müşkül görünmektedir.

Bu itibarla Ticaret hukukuna göre de talikî şartla yapılan satım sözleşmelerinde hasar Borçlar Hukukunun tamamlayıcı hükümlerine tevfi kan ancak şartın tahakkuku anında alıcıya geçer. Alıcı, malı tasvip et-

[47] E. Hırş, Ticaret Hukuku Dersleri, 2 nci bası, 1946, s. 700, 701, No. 703, 704.

[48] E. Hırş, z.g.e. s. 67. b.

mişse, taliki şart tahakkuk etmiştir. Bu andan itibaren nefi ve hasar alıcıya aittir [49].

Mülkiyetin intikali hususuna gelince, Borçlar Kanununun 219. uncu maddesine binaen satılan alıcının yedine geçmiş olsa bile tasvip anına kadar satıcının mülkünde kalır. Aynı kaide Ticaret Hukukunda da câri olmak lâzımdır.

Alıcı mebli tasvip etmemişse şart tahakkuk etmemiştir. Mebli alıcıya teslim edilmişse, fasıla içinde elde ettiği menfaatleri iade ile mükelleftir, satıcı mülkiyet hakkını esasen muhafaza ettiğinden malın iadesini aynı hakkına istinaden istiyebileceği gibi akde veya haksız iktisap kaidelerine dayanarak da talep edebilir.

Tecrübe veya muayene şartıyla bey infisahî şarta muallâk da aktedilmiş olabilir. Bu halde mülkiyet, nefi ve hasar alıcıya aittir. Alıcı mebli tasvip etmezse, akit şartın tahakkuku ile münfesi olur ve satıcı yine malik vaziyetine girer [50].

Halil ARSLANLI

[49] Hasar durumu diğer bir yazımızda incelenecektir.

[50] Staub, z.g.e. s. 365. No. 23. Oser, z.g.e. s. 403 ve müt.