

TÜRK HUKUKUNA GÖRE AYNI ÇATI ALTINDA YAŞAMA VAKIASI

Doç. Dr. Nuşin AYİTER

I — Mefhumun menşei ve modern MK. larda gördüğü kabul, II — Türk MK. na göre evde oturanlar arasında câri hukuk nizamı III — Birlikte yaşama vakiasının üçüncü kişiler bakımından ehemmiyeti.

I — Mefhumun menşei ve modern MK larda gördüğü kabul :

İnsanların barınak olarak kullandıkları dört duvarla kapalı bir dam altını ifade eden ev, bir bakımdan da bir hukuk mefhumudur. Aynı çatı altında yaşayanları birbirine bağlayan münasebetler nesep gibi, evlilik gibi, akit gibi şartlardan doğmuş olabilir. Fakat bu şartların dışında mücerret aynı çatı altında yaşama vakiası, bir hukukî münasebet olarak nazarı itibara alınmak ve hukuk nizamı tarafından değerlendirilmek mecburiyetindedir. Gerçi aynı çatı altında yaşayan kimseler arasında cari nizam, hukukun tesirine en az maruz olan sahalardan biridir. Bu nizama daha ziyade ahlâk ve örf kaidelerinin hâkim olacağı, hukukun tesirinin ise tâli ehemmiyet arzedeceği aşikârdır. Fakat herşeye rağmen hukuk nizamı hayatî bir ehemmiyet arzeden bir vakıadan tecahül edemez.

A — «Ev» mefhumu tarih içinde dahi daima bir teşkilâtı ifade etmiş, bir eve mensup olma haline, mücerret aynı çatı altında yaşama vakasına, hukuk nizamı zaman ve mahalle göre değişen neticeler izafe etmiştir. Hukukun aynı çatı altında yaşamak, vakiasına tanıdığı hüküm ve neticeler arasındaki bu farklar, *manus* yahut *munt'a* tâbi ev nizamının, zamanımızın karı koca ve reşit olmayan çocuklardan mürekkep modern aileye inkilâp edinceye kadar geçirdiği istihaleye uygundur. Nitekim «Familia» kelimesin-

deki «Famel» köküntün uşak manasına geldiği anlaşılmaktadır (1). Demek ki bugün modern manada kullandığımız bu kelime menşei itibariyle manus hamilinin iktidarından bir iz taşımaktadır (2). Filhakika bugünün modern ailesinin menşei teşkil eden Roma ailesi Pater Familiasın hâkimiyeti altında kapalı bir nizam demektir. Ulpianus D. L. 16 1952, (3) müteaddit defalar üzerinde işlenmiş olmasına rağmen (4) Roma ailesi hakkında sarîh bir fikir vermektedir. Roma aile reisinin otoritesi bilâhare çok zayıflamış olmakla beraber bidayette aile mensubunun hayatı üzerinde dahi hakkı ihtiva etmekte idi. Böyle bir hâkimiyet münasebeti hâkimiyet altındaki kimsenin mâmelek ehliyetine imkân vermemekte (5) hâkimiyet altında bulunan kimsenin iktisapları da ipso jure hâkimiyet sahibine düşmektedir (6). Germen hukukunun *munt'u* - yahut latinceleştirilmiş tabiri ile *mundium'u* - dahi Roma hukukunun manusuna müşabih bir veçhe arz etmektedir (7). Manus altında bulunan şahıs gibi munt altında bulunan kimsede de mâmelek ehliyeti yoktur. Binaenaleyh üçüncü şahısların bunlara karşı cebrî icrada

- (1) Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots. Nouvelle édition. 1943. Paris Famulus, Famula
- (2) Bugün garp türkçesinde kullanılan ve bir aileye mensup küçük erkek çocuğu ifade eden uşak kelimesinin aynı zamanda hizmetkâr manasına gelmesi dikkate şayan bir husustur. Bk. Hüseyin Kâzım Kadri : Türk lûgatı cilt 1. s. 396 ve müt.
- (3) D. 50. 13, 1952 Aileden hukuken bir kimsenin hâkimiyeti altında bulunan bir çok kimseyi anlarız. Bunların hâkimiyet altınca bulunmaları ya tabiattan veya hukuktan doğar. Meselâ Pater familias (aile babası), aile anası, aile evladı, aile kızı ve onları hemen takip eden erkek ve kız torunlar vesaire. Evde hâkimiyeti elinde bulundurana aile babası deriz. Kendisine bu adı oğlu olmasa da veririz. Çünkü biz bu isimle yalnız şahsı değil aynı zamanda hukukunu belirtiriz. Bu bakımdan reşit olmayan küçüğe de bu ismi veririz.
Bir aile hâkimiyeti altında olanlar ve aynı evden ve «gens» den gelenlerin hepsi familia ismini taşırlardı.
- (4) Weis - Egon Institutionen des Römischen Privatrechts 2 ci bası Basel 1949, § 23, 91
- (5) Weis age. § 23 s. 92
- (6) Gaius II, 87
- (7) Bu müşabehet lisan bakımından da mevcuttur. Hübner Rudolf : Grundzüge des deutschen Privatrecht § 90, s. 616; Huber System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts IV, § 121 s. 245 ve müt.

bulunabilmeleri de tasavvur edilemez. Mamelek hususundaki bu ehliyetsizlik, munt yahut manus altında bulunan şahsın fiilinden zarar gören kimsenin karşısında bu zararı tazminle mükellef başka birisini bulması ihtiyacını tevliid etmektedir. Bu mes'ul şahıs munt hamilidir ve mesuliyet, munt'un mahiyetinde mündemiçtir. Mes'uliyetin doğması için zarar ika edene veya evin reisine isnadı kabil bir kusurun mevcudiyetine lüzum yoktur. Fakat hâkimiyet sahibinin, hâkimiyeti altında bulunan şahsın iktisaplarından müstefid olduğu düşünülürse, bu mes'uliyetin bir hâkkanîyet ve nasafet kaidesine tekabül ettiğini de kabul etmek gerekir (8). Zarar ika edeni zarar görene teslim (*noxaededere*) usulü - ki bilahare germen hukukuna da yerleşmiştir - hâkimiyet altından çıkarmayı tazammun eder.

Nihayet dışarıdan eve karşı vâki tecavüzlerin modern hukukta garantisi olan mesken masuniyetinin münakaşalı olan menşei bazı müellifler yine hâkimiyet mefhumunda bulmaktadırlar (9). Şahsi hürriyetle yakın alâkası bulunan mesken masuniyeti nevi şahsına münhasır bir hukukî değer teşkil eder ve germen hukuk tarihinde tecavüzün objesi daima evdeki hâkimiyet sayılmıştır

B — Menşei partiarkal hâkimiyete dayanan aynı evde yaşamak mefhumu bugünün medeni Kanunlarında tarihî ehemmiyetinden çok kaybetmiştir. Mamafih ev birliği bugün dahi bir reisi ve mensupları olan organik bir bütündür. Bugün dahi sağlam bir cemiyet düzeninin temeli ve aşırı endividualizme dayanan son kaledir. Bu bakımdan Fransız MK gibi en ferdiyetçi bir Kanun bile ev nizamına başlı başına bir hüküm ayırmış olmamakla beraber, hiç olmazsa eve mensup olanların üçüncü şahıslarla münasebetini nazarı itibara almamazlık edememiştir. Alman ve 1942 tarihli İtalyan MK ları, aynı dam altında yaşama vakıasını bir hukukî münasebet olarak nazarı itibara almamaktadırlar. Gierke Alman MK daki bu eksikliğin, aile hukuku kitabını, birbirinden tecrit edilmiş şahıslar arasındaki münferit münasebetlerin heyeti mecmuası haline getir-

(8) Hübner age. § 77 I, s. 562; Steiner İrene Das Haus im Schweizerischen recht Bern. Diss. 1923 s. 34 ve müt.

(9) Steiner İrene age. s. 38 ve müt; Liszt - Schmidt Lehrbuch des deutschen Strafrecht. 25 inci bası., s. 581, 582

miş, bu yüzden Alman aile hukukunun bir mozaike benzemiş olduğunu söylemiştir (11). Mamafih gerek Alman, gerek İtalyan MK ları nezaret altında bulunması gereken şahısların, üçüncü şahıslara verdikleri zarardan mes'uliyet prensibini hükme bağlamaktadırlar.

İsviçre MK bu işaret edilen MK lardan başka bir yol tutmuştur; aynı evde yaşama vakıası İsviçre MK da başlı başına tanzim edilmiş bir münasebettir. Kanunu hazırlayanın, birlikte yaşama vakıasını, sadece dışarıya karşı mes'uliyet bakımından değil fakat içerde cari nizam bakımından da bir hukukî mefhum telâkki etmesi lehde ve aleyhde birçok cereyana yol açmıştır. Bütün Medenî Kanun içinde en fazla münakaşayı mucip olmuş hükümler belki de projenin ev reisliğine müteallik hükümleridir. Projede Evin içinde nizamı tesisle mükellef olan kimsenin eve mensup olanlara evin işlerini görme vazifesi tahmil edebilmesi, hısmı olan bütün küçüklere karşı tedip hakkı ile mücehhez olması, riyaseti altında bulunan herkeste bir itaat mükellefiyeti bulunması (ön proje 358 ve müt.) (12), Komisyonunda endişe ile karşılanmıştır (13). Filhalka Kanunun ev reisliği nâmı altında patriarkal aile ve Pater Familias heyûlasını canlandıracağından korkulmuş, itaat mükellefiyetine, tedip hakkına, iş yaptırma hususuna taalluk eden hükümler atılarak, bütün müesseseye daha elastiki ve hukuktan ziyade ahlâka yaklaşan bir veçhe verilmiştir. Fakat şurası muhakkak ki, Kanun hazırlayanın maksadı yeni bir otorite yaratmak değil, zaten mevcut bir otoriteyi tanzim etmektir. Nitekim Eugen Huber millî mecliste : «Biz bu nizamı koymakla eve mensup olanların menfaatini düşünüyoruz» demiştir.

Türk MK ev reisliğine müteallik 318 ve müt. maddelerinde aynen İsv. MK hükümlerini takib etmektedir. Ancak İsv. MK da Manus'un izini taşıyan «autorité - gewalt - kudret, hâkimiyet» gibi tabirler herhalde daha hafif bir tabir olan reislik kelimesi ile ifade olunmaktadır.

II — Türk MK göre, evde oturanlar arasında cari hukuk nizamı :

(11) Gürke Otto von, Entwurf eines BGB und das deutsche Recht. S. 394 ve müt.

(12) Erl. zum Vorentwurf, s. 252 ve müt.

(13) Sten Bull. XV 1905 s. 850 ve müt., s. 1223 ve müt.

A — Kanun 318 inçî maddesinde, aynı evde yaşama mefhurundan daha dar bir mâna ifade eden «aile halinde yaşayanlar» tabirini ihtiva etmektedir. Mehaz Kanun ise «aile halinde yaşamak» yerine «in gemeinsamen Haushalt» «en ménage commun», «in comunione domestica» tabirlerini kullanmaktadır. Bu ifade tarzları bir aile yakınlığından çok müşterek ev hayatını tazammun etmeleri bakımından daha geniş ve isabetlidirler. Müteaddit kimseler arasında müşterek ev hayatına sebebiyet veren bağlar muhtelif olabilir. ezcümle nesep gibi tâbii bağlar, evlenme, velayet gibi kanundan ötürü ikametgâh (MK 21) ve mesken birliği (MK 152) doğuran bağlar, akdi bağlar (BK 313) ve müt, 318) ve nihayet bir kimsenin aynı dam altında yaşamasına sarahaten veya zımnen rıza göstermek gibi filî ve ahlaki bağlar müşterek ev hayatını tevlid edebilir. (Meselâ artık çalışmayan ihtiyar bir hizmetkârı evde barındırmak gibi) Müşterek ev hayatı doğuran akdi bağlar içinde Kanun misâl kabilinden 318/II de işçi, çirak ve amelenin durumuna işaret etmiştir. Bu sayılan akdi bağlar dışında pansiyonerler, leyli mektep ve yurt talebeleri, otelde yaşayanlar, yemek, yatmak v.s. gibi ihtiyaçların da temin edildiği bir kira münasebeti... ilh düşünülebilir. Bineanleyh Kanunun «aile halinde yaşamak» ibaresinden bir aile hukuku münasebeti ile bir arada yaşayanların camiasını değil, fakat birbirine benzemeyen münasebetlerle de aynı çatı altında oturanların topluluğunu anlamak icabeder. Bu şahısları bir çatı altında yaşamak dolayısıyla bir nizam altında tutmak zarureti vardır. Bu nizamı temin yetkisi evin reisine terettüp etmektedir.

B — Reis - (Chef, Haupt, Capo). Kanun reisin kim olduğunu tespit etmemektedir. Zaten etmesine imkân yoktur. Bazen reis sıfatı kanundan doğar. Koca ailenin reisi, sıfatıyla aynı zamanda evinde reisidir. Hatta karı evde kahvahane, atolye, pansiyon gibi bir teşebbüsü işletse dahi kocanın ev reisi olmak sıfatı haleldar olmaz. Bütün bu hallerde kârı BK 55 mucibince istihdam eden saymak lâzımdır (14). Evliliğin sona ermesi halinde velâyet hakkının hamiline ev reisi sıfatı terettüp eder (15). Fakat münhasıran koca veya veli olmak ev reisi sayılmak için kâfi değildir. Müstakil yaşayan bir aile için koca veya velinin ev reisi olduğu şüphe götürmezse de, bir anlaşma yahut örf dolayısıyla reis sayılan kimse nezdin-

(14) Bl. Zür. Rechtsprechung. 18, 92 -, Egger art. 331 No : 15

(15) FMK. 41 II, 29

de (meselâ babasının evinde karı ve çocukları ile) yaşayan oğul evlilik birliğinin reisi olduğu halde ev reisi değildir. Temyiz mahkemesi yerinde bir kararla, velâyet hakkının hamili bulunan annesi ile birlikte eniştesinin nezdinde yaşayan çocuk üzerinde ev reisliği otoritesinin enişteye terettüp ettiği içtihadında bulunmuştur (16).

Ev reisi otoritesi bir de aynı çatı altında yaşayanların anlaşmasından doğabilir. Nitekim evlerinde bir pansiyon işleten iki kardeşten birisi anlaşma neticesinde ev reisi otoritesini deruhte edebileceği gibi, her ikisi de reis sayılacaklarını kararlaştırmış olabilirler (17). Fakat kira veya hizmet akdi yahut çıraklık mukavelesi, mutlaka reislik otoritesi doğuran bir münasebet telakki edilmemelidir. Bu akitler tarafların birisini hakim ve mes'ul mevkie koyabilirler. Fakat bir hakim mevki her zaman reisliği tazammun etmez. (BK. 55). Meselâ babasının evinde karısı ve çocukları ile yaşayan bir oğul hizmetine küçük bir işçi alsa, işçinin tabi olduğu şahıs oğul, fakat işçi üzerinde reislik otoritesine sahip kimse büyük babadır. Nitekim mehazın Almanca metni, akit değil, fakat anlaşma : Vereinbarung demektedir (18).

Mamafih reis otoritesinin akitten doğduğu bir hal olarak MK 328, aile şirketi emvalinde temsile müteallik hüküm akla gelebilir. Bu maddeye göre tâyin edilen müdürün her halde reis otoritesinin de hamili olduğu karinesi vardır. Zaten mehaz kanun da müdür kelimesini değil, fakat ev reisliği faslındakine muvazi olarak reis (Chef, Haupt, Capo) tabirlerini kullanmaktadır.

Reis otoritesi bir de örf ve adetten doğar. Reisin kim olduğu mıntakadan mıntakaya değişen bir husustur. Bilhassa geniş aile topluluklarında, ezcümle otel, hastahane mektep v.s. de kimin reis otoritesinin hamili sayılması icab ettiği örf ve adete göre taayyün edebilir. Reis ekseri teşebbüsün sahibi sayıldığından bir hükmi şahıs dahi (19) (Hastahanesi bulunan hayır cemiyeti gibi) icabında ev reisi sayılabilmelidir. Şu kadar ki, bu halde hükmi şah-

(16) Olgaç s. I, 320 No : 1443

(17) FMK 44 II, 9

(18) Silbernagel - Waber; art 331, No : 1, «Kendi arzusu ile tabi olmak»

(19) Egger 331/15

sın otoriteyi fiilen istimal hususunda hakiki bir şahsı görevlendir-
mesi gerekecektir.

C — Ev reisinin hukukî durumu : Kanun reis otoritesinin hu-
kuki mahiyeti hakkında bir açıklamada bulunmuyor. Otoritenin
müeyyidesi de kanunda itaate zorlayıcı bir hüküm olarak mevcut
değildir. Fakat reisi evin sakinlerine bağlayan münasebetlerin ma-
hiyetinde müeyyideler de mündemiçtir. (Evlilik, velâyet, vesayet,
yahut hizmet akdi gibi) Ezcümle evin nizamını ihlâli itiyat haline
getirmiş bir hizmetçi ile aradaki akdi münasebet muhik sebepler-
den dolayı her zaman ihbara lüzum olmaksızın feshedilebilir. (BK
344, II.) Fakat muayyen bir müeyyide olmamasına rağmen ev
reisi ile ev sakinleri arasında bir tâbi metbu münasebeti doğar. Bu
bakımdan bu otoriteyi manus'dan kanunda kalmış hafif bir iz te-
lâkki etmek lâzımdır. Fakat bir çok medeni hukuk mefhumunda
olduğu gibi, ev reisliğinin de mahiyetinde derin bir değişme vuku
bulmuştur. Artık ev reisi keyfine göre idare eden bir hâkimi mut-
lak değil, tıpkı veli, koca veya vasi gibi bir medeni hukuk fonksi-
yonunu icra eden kimse durumundadır. Binaenaleyh bu fonksiyonu
icabı kendisine tanınan selâhiyetleri bir subjektif hak telâkki et-
memek lâzımdır. (20). Eve mensup olanları kendisine tâbi hale ge-
tiren bu fonksiyonu icabı ev reisinin kanun vazına benzer bir du-
rumu vardır. Bu hal ev nizamını koyma yetkisinde tebarüz etmek-
tedir. Fakat bu yetki eve mensup olanların menfaatleri ile sınırlan-
mıştır. Ev reisi evin nizamına müteallik kaideleri koyarken eve
mensup olanların menfaatlerini adilâne bir surette gözetmiş ola-
caktır (MK 319). 319 uncu maddenin müteakip fıkrası ile bu tah-
did müşahhas bir hale getirilmektedir. Zira birinci fıkranın mü-
cerret ve objektif ifadesi ev reisinin ev nizamını koyarken selâhi-
yetini suiistimal etmesine karşı kâfi bir garanti teşkil etmemekte-
dir. Binaenaleyh ev reisi bilhassa, eve mensup olanları talim ter-
biyeleri, san'atları, dinî ihtiyaçları için muktazi hürriyetten mah-
rum edemeyecektir. Burada da MK 23 üncü maddede hükme bağ-
lanan prensibin bir tatbik şekli ile karşı karşıya bulunulduğuna
şüphe yoktur.

Ev reisi otoritesinin bir medeni hukuk fonksiyonu olduğunun
en güzel delili ev reisine tahmil edilen mükellefiyetlerdir. Bu mü-
kellefiyetleri, ev reisi ile tek tek evde yaşayanlar arasındaki husu-

si münasebetten doğan vazifelerden tefrik etmek gerekir. Ezcümle bir kimsenin koca, baba (MK 152/I, II) vasi (MK 389) olarak vazifelerinden başka, ev reisi olarak hususi mükellefiyetleri vardır. Bu mükellefiyetler mücerret ev reisinin otoritesi altında bir kimsenin yaşaması vakiasından doğar.

1 — MK 319/III e göre ev reisi birlikte yaşayanların evdeki eşyasını, kendi eşyasına karşı göstereceği aynı ihtimam ile muhafaza etmek ve emniyet altında bulundurmamakla mükelleftir. Bu nevi eşya hakkında ev reisinin yapacağı ya bizzat saklamak veya eşyanın sahibine bunları gereği gibi saklayabileceği bir yer temin etmektir. Burada otelci ve hancıların kıymetli eşyadan mes'uliyetine müteallik BK 479 (OR 485) hükmüne mümasil bir hüküm mevcuttur. Filhakika eğer eve mensup olanların kendi nezdinde saklaması müteamil olan eşya, nakit ve emsali mevzuubahs ise 479 uncu madde kıyasen tatbik olunmalıdır (21).

Bu eşyanın muhafazasında ev reisinin göstereceği ihtimam, kanunun ifadesi ile «kendi eşyasına karşı göstereceği aynı ihtimam» dır. Bu ihtimamın objektif bir ölçüye göre mi yoksa subjektif bir ölçüye göre mi tâyin edileceği meselesi münakaşalıdır. Prof. Saymen (22) ve Prof. Velidedeoğlu (23) subjektif esastan hareket edilmesi icab ettiği kanaatındadırlar. Ona mukabil İsviçre şarihleri bu hususta iyi bir aile babasının göstereceği ihtimamı esas almaktadırlar - ki bu görüş müessesenin mahiyetine daha uygundur. Eşyasını yangına karşı sigorta ettirecek, kilit kullanacak kadar basiret sahibi olmayan bir ev reisi her halde bu basiretsizliğinden dolayı mes'uliyetten beriğ addedilmek suretiyle mükafatlandırılmamalıdır (24). Ev reisinin işbu ihtimamı göstermemesi kendisini malı hasara uğrayan ev mensubuna karşı tazminatla mükellef kılar.

2 — Ev reisinin diğer bir mükellefiyetine MK 320/I, II de işaret olunmaktadır. Bu mükellefiyet ev reisinin çatısı altında bulunan küçüğün, mahcurun, dimağ hastalığı yahut akıl zafı ile malûl olanın, ahvalin muktazi olduğu nezaret altında tutulmasıdır. Ancak mezkûr madde mükellefiyetin iki şeklini derpiş etmektedir :

(21) Silbernagel - Wäber art 332 No : 16

(22) Saymen age, s. 486

(23) Velidedeoğlu. Türk aile hukuku II, 2., s. 404

(24) Egger 332/6; Silbernagel - Wäber 332, 16, 17

a — 320/I, riyaset altında bulunan küçüğe, mahcura, dimağ hastalığı veya akıl zayıflığı ile malûl olana, içinde buldukları ruhî duruma uygun bir şekilde mukayyet olmaktır. Bittabi normal bir ruhî inkişaf gösteren çocuğun muhtaç olduğu tekayyüt ile akli zayıf bir çocuğun muhtaç olduğu tekayyüt; mümeyyiz bir mahcura gösterilecek tekayyüt ile tehlikeli bir vaziyet arzeder akıl hastasına gösterilecek tekayyüt arasında fark bulunacaktır. Ayrıca böyle bir tekayyüt ve nezaret mükellefiyetinde, riyaset altında bulunan subjektif durumu kadar objektif şartlar, yani mahal, adet ve teammüller, hayatın icapları da nazarı itibara alınmak mecburiyetindedir. Federal Mahkemenin bir kararında da işaret olunduğu veçhile normal bir çocuğun alelade oyunları oynamasına müsaade eden baba, icabı halin muktazi bulunduğu nezaret vazifesini ihmal etmiş sayılmaz (25). Diğer bir karar mükellefiyetin ölçüsünü tâyin bakımından mahalli şart ve adetleri nazarı itibara almaktadır (26).

Reisin nezaret ve tekayyüt mükellefiyetinin şamil olduğu şahıslar kanunda tahdidî olarak sayılmıştır. Hacir altındaki reşitler ancak akıl zafiyeti ve dimağ hastalığı zümresine ithal mümkün olduğu takdirde tekayyüde muhtaçlardır. Bir kimsenin tekayyüde muhtaç bulunanlar zümresine dahil olduğunu isbat bunu iddaa edene düşecektir.

b — Mezkur 320 inci maddenin ikinci fıkrası, ev reisinin nezaret etmekle mükellef olduğu şahıslar arasından akıl zayıfları ve akıl hastaları hususunda ev reisine hususî tedbirler almak mükellefiyetini yüklemektedir. Bu kabil şahıslar zaten kanunda pek muhtelif vesilelerle korunmaktadır (MK 13, 264/II, 355, 608/II, BK 21..) 320/II de bu hususî himaye hükümlerinden biri olup bu kabil kimselerin kendilerini ve başkalarını zarara sokmaktan korumak için gerekli tedbirleri ittihaz ile ev reisini mükellef kılmaktadır. 320/II birinci fıkradan daha şumüllü bir mükellefiyet derpiş etmekle, sade nezaret ve tekayyüt değil, aynı zamanda daha büyük bir faaliyet isteyerek gerekli tedbirler almak vazifesini de tahmil etmektedir. Federal Mahkemenin bir mart 1934 tarihli bir kararında mevzuu bahs olan vak'a şudur (27): Ondört yaşında akıl zafiyeti

(25) FMK 57 II, 129

(26) FMK. 41 II, 419

(27) FMK. 60, II, 145 erw 3.

ile malûl bir kız çocuk, her sabah banliyö trenine binerek, kendisi gibi çocuklar için kurulmuş olan bir müesseseye gitmektedir. Çocuğun annesi kendisine bir kaç sabah trende refakat ettikten sonra, aynı trene binen diğer kimselere çocuğa mukayyet olmalarını rica etmiş ve artık çocuğu seyahatlerinde yalnız bırakmıştır. Tren çocuğun ineceği istasyonda fevkalade kısa bir müddet - yalnız 27 saniye yani aklen malul bir insan için tehlikeli şartlar - durmaktadır. Çocuk vaktinde davranmadığı için hareket haline geçen trenden atılarak bacağına kesilmesi ile neticelenen bir kazaya uğramıştır. Federal mahkemenin içtihadına göre, bu hadisede evin reisi olan baba kanunun kendine yüklediği tedbir alma mükellefiyetini ihlâl etmiştir. Çocuğa bir kaç defa gideceği yere kadar refakat etmek ve inip bineceği yeri öğretmek kâfi bir tedbir sayılamaz. Zira tren yolculuklarında yolcu her an beklenmedik hallerle karşılaşabilir ve ancak bu hallerde nasıl hareket edeceği hususunda muayyen bir zeka ve irade hassasına sahip olanlar kazadan korunabilirler. Çocuğu diğer yolculara emanet etmek de kâfi bir tedbir sayılamaz, zira bu yolcular çocuğa dikkat etmek üzere bir taahhüt altına girmiş değillerdir.

Federal mahkemenin kararında da belirtildiği üzere bu tedbirlerin derece ve mahiyeti, hakkında tedbir alınması gereken şahsın subjektif haline göre tâyin olunacaktır. Tedbirin mahiyetini tâyin hususunda bilhassa doktor raporları yol gösterebilir (28). Tedbir alma mükellefiyetinin ihlâli ev reisini yerine göre hakkında tedbir alınmadığı için bizzat zarar gören kimseye, veya bu şahsın fiilinden zarar gören üçüncü şahsa karşı mes'ul kılar (29). Tedbirleri bizzat ittihaz etmeyen ev reisi zabıtaya haber vermekle mükelleftir.

3 — *Sarahaten ivazdan feragat etmeksizin Sayını veya varidatını aileye tahsis eden reşit evlat karşısında* ana - babanın durumunu kanun ev reisliğine müteallik fasıl içinde derpiş etmektedir. Bu mesele ile alâkalı MK 610 hükmünü de bu arada nazarı itibara almak lâzımdır. Burada hakikatta ev reisinin bir borcu değil, fakat çocuğun say ve varidatından istifade eden ana veya babanın borcu mevzuu bahistir. Fakat bilhassa müstahsil ailelerde sık sık görülen bu müşterek hayat tarzında, ev reisi ekseri aynı zaman-

(28) Egger art 333/27 ve müt.

(29) Egger art 333/27 ve müt.

da 321 inci maddede ifade edildiği şekilde ana veya baba olacaktır. Kanunun 321 inci maddede «say ve varidatını aileye tahsis eden...» ve 610 uncu madde matlabında da «aile için yapılan fedakârlığa karşı tazminat», «ZGB 633 - sacrifices faits pour la famille = an die hausliche gemeinschaft» ibareleri, ev reisine terettüp eden bir borç intibasını uyandırmakta iseler de, borç yalnız reşit evladın sây ve varidatından istifade edene, yâni ya ana veya sadece babaya terettüp etmektedir (30). Binaenaleyh borcun terettüp ettiği şahsı mutlaka her halde ev reisi addetmek yerinde değildir (31). Reis otoritesinin baba veya anaya terettüp etmediği bir müşterek ev hayatında, hatta ana babanın yanında yaşayan evlât bizzat reis otoritesine sahip dahi olsa (MK 328), 321 inci maddedeki şartlar mevcut ise, lehine bir alacak hakkı doğacaktır. Şu halde kanaatimce hükmün kanundaki yeri mantıksızdır ve zâten ne 610 uncu madde ne de 321 inci madde kanundaki yerlerine yakışmamakta, zorla araya sıkıştırılmış intibai vermektedirler. Her halde velayetin rüştle sona ermesinden sonraki bir durum mevzuubahs olduğuna göre 262 ve müt. maddeler arasında bir yere konması daha uygun olurdu. Kanunun sarih ifadesine göre ev reisi olduğu halde büyük ana ve büyük babanın yanında yaşayan ve sâyını onlara vakfeden çocuğun MK 321 ve 610 hükümlerinden istifade etmesi mümkün değildir.

Hükmün kanundaki yerinin uygunsuzluğu her halde MK ön projesinin bu hususu derpiş etmemesi ve köylü sekreterliğinin tahriki ile sonradan mütehassıslar komisyonunca kanuna alınması ile izah edilebilir. MK meriyete girmeden evvelki mahkeme içtihatları ana baba ile çocuk arasında bu nevi bir alacak doğduğunu kabule hiç yanaşmamışlar, BK nunun bir işin ancak hizmet mukabilinde yapılacağı kabul edilirse, ücret kararlaştırılmış addedilir karinesini tatbikten imtina etmişlerdir. Hatta bu karine aksi bir fonksiyon görmüş ve yakın hısımlar arasında hizmetin ücretsiz yapılmasının tabi görüleceği şeklinde anlaşılmıştır. Bu görüş tarzının bilhassa miras hukukunda haksız neticelere müncer olacağı açıktır.

MK 610 ana baba ile birlikte yaşayan ve ivazından sarahaten vaz geçmeksizin sây ve varidatını aileye tahsis etmiş olan reşit evladın, mirasın taksimi esnasında münasip bir tazminat isteyebile-

(30) Egger 334/7

(31) FMK, 43 II, 561

ceğini; MK 321 ise, redaksiyon itibariyle de tamamen uygun şartlar altında, reşit evlâdın ana babası aleyhine vâki hacze iştirak yahut iflasları halinde masaya müraacat hakkını hükme bağlamaktadırlar. Her iki maddenin reşit evlat lehine böyle bir talep hakkının doğması için koyduğu şartlar arasında ayniyet vardır. Zira her iki madde de ana ve babanın mameleklerinin parçalanması halinde onlarla birlikte yaşayan reşit evlâdın, bu mamelekin meydana gelmesinde kısmen de olsa bir payı bulunduğu fikrinden hareket etmektedirler. İşbu talep hakkı reşit evlâdın mamelekteki hakkını üçüncü şahıslara - mirasçılar, hacizli alacaklılar, iflâs masası alacaklılarına - karşı korumak gayesini istihdaf etmektedir. Ancak böyle bir talep hakkını reşit çocukla ana baba arasında inikad etmiş bir akde, hele bir hizmet akdine irca etmek imkânı yoktur. Reşit evlâdın ana ve babasından gerek haciz gerek iflâs hallerinde, muaceliyet kesbeden alacağını akdi bir münasebetten değil, fakat kanundan doğan bir borç telâkki etmek yerindedir (32). Zaten şartlar tahakkuk ettiğinde kanun ana babanın diğer alacaklıları ile çocuk arasında bir fark gözetmemiştir (33).

610 uncu maddeden reşit evlât lehine doğan hakkın mahiyeti ise daha çok düşündürücüdür. Federal Mahkeme (34) ve ekseri müellifler 610 uncu maddenin muhtevi olduğu hükümde mirasa müteallik bir hak mevzuu bahs olduğu fikrindedirler (35). Fakat 610 uncu madde hükmü teknik mânada bir iade değildir. Diğer mirasçılar bakımından hisseden düşmek suretiyle (idealcollation) iade, reşit evlât bakımından pozitif iade (Positive Ausgleichung) telakki edilebilir.

Reşit evlâdın ana babasının terekesinden alacağında vecibevî bir mahiyet bulunmadığını, tamamen mirasçılığa müteallik bir hükümün mevzuu bahs olduğunu enerjik bir şekilde izah ve müdafaa eden sarif Escher dahi (36) hükmün teknik manası ile iadeye benzemediğini, iadeye müteallik hükümlerin 610 uncu maddeden

(32) FMK 45 II, 16; 49 44, 2 «Kanundan doğan ve hakkaniyet mülahazası ile tanınmış bulunan aile hukukuna müstenit bir iade talebi» ayrıca Abt, G. S. Die Ansprüche mündiger Hauskinder aus Zuwendungen an ihre Eltern Zürich diss, 1926 s, 68 ve müt.

(33) Velidedeoğlu age. 417

(34) FMK 45 II erw 1.

(35) Escher art 633 No : 21

(36) Escher art 633 21 ve müt.

doğan hak bakımından pek mahdut ölçüde tatbik edilebileceğini söylemektedir.

610 uncu maddenin tanıdığı hakkın tamamen mirasçılıktan doğduğunu kabul etmek 321 inci madde ile esbabı mucibesini mantıken eş olması gereken bu hükmün tatbikinde büyük bir adaletsizliğe yol açacaktır. Eğer bu hak mirasçılıktan doğan bir hak telakki edilecek olursa ancak terekenin borçları ödendikten sonra istenebilir (37). Halbuki 321 inci maddenin verdiği hak, reşit çocuğu ana babanın diğer alacaklıları ile yan yana koymaktadır. mahiyeti değişmeyen bir hakkın istimalinde bu birbirine uymayan iki durum neden ileri gelmektedir? (38). Terekenin resmen tasfiye edildiğini düşünelim. Bu tasfiye iflâs usulüne göre yapılacak olduğuna göre, çocuk diğer alacaklılarla beraber mi masaya müracaat edecektir? Çocuğun bu alacağı miras hukukundan doğuyorsa, buna cevaz vermemek lâzımdır. Yok eğer ana babanın kanundan ötürü bir borcu telakki edeceksek resmi tasfiye olmadığı hallerde çocuğun gayri müsait durumunun sebebi nedir?

Reşit evladın bu alacağını her halde ana babanın kanundan ötürü bir borcu telakki etmek fakat bu alacağın ancak kanunda muayyen üç halde, haciz iflâs ve taksim hallerinde yani bir mamelek sarsılır ve dağılırken muaccel olacağını kabul etmek, herhalde kanunun istihdaf ettiği hakkaniyet gayesine daha iyi cevap verecektir.

Ancak buna rağmen itiraf etmek lâzımdırki, MK 321 ve 610 hükümleri ailesine tevecihlerde bulunan reşit evladın durumunu kısmen islah etmekten öteye gidememiştir. Bir iki meşhur misale işaret etmekle durum tevazzuh edecektir (39). Çiftliğinde oğlu ile çalışan baba ansızın çiftliği satıp parasını keyfine göre harcıyor. Ana baba oğullarının evlendiği kadını beyenmedikleri için müşterek hayatı çekilmez bir hale sokup onlara evi terkettiriyorlar... Baba ihtiyar yaşında çocuklarının geçinemediği bir kadın aldığı için, çocuklar senelerce emek verdikleri evi terketmek mecburiyetinde kalıyorlar.. İlk hadisede çocuğun her hangi bir şekilde tatmin edilmesine imkân kalmamıştır. Müteakip hadiselerde ise babanın ölümüne ka-

(37) Arık K. Fikret, Adalet dergisi 1946 s. 456 ve müt; Abt age., s. 71 ve müt.

(38) Arık K. Fikret. Aynı makale

(39) Silbernagel - Wäber. art.

dar beklemek lâzımdır. Binaenaleyh kendi kusuru olmaksızın ana babayla müşterek hayata devamına imkân olmayan çocuğun durumu, hâli hazır hükümler karşısında şiddetle islahâ muhtaçtır (40).

III — Birlikte yaşama vakiasının üçüncü şahıslar bakımından arzettiği ehemmiyet :

Aynı çatı altında yaşama vakiası sadece bunlar ve bunların üstünde reislik otoritesine sahip şahıslar bakımından değil, dış âlem, üçüncü şahıslar bakımından da hukuken ehemmiyeti haiz bir vakıadır. Eğer birlikte yaşayanlar arasında muayyer bir olgunluk seviyesine yetişmemiş olanlar varsa, birlikte yaşama vakiasının tevliid ettiği en mühim netice reislik otoritesi hamilinin üçüncü şahıslar karşısında mes'uliyetlidir.

A — Ev reisinin üçüncü şahıslara karşı mes'uliyetinin kaynağı kendisine 319 uncu maddede tahmil olunan nezaret ve tedbirler alma mükellefiyetidir. Bu mükellefiyetin kusurla veya kusursuz olarak ihlâli, yani tedbirlerin her neden olursa olsun alınmamış, nezaretin her neden olursa olsun icra edilmemiş olması yüzünden nezaret altında bulunan kimsenin hukuka aykırı bir fiil ile zarara sebebiyet vermesi, nezaret ve tedbir alma ile mükellef olanı, bu zarardan mes'ul kılar.

Binaenaleyh MK 319 kusur karinesi esasından yürümemekte, BK 55, BK 56 ya kıyaslanması icab eden ve kanundan doğan kusursuz mes'uliyet esasını ihtiva etmektedir (41). Kusursuz mes'uliyet hâkimiyetin (Manus) bünyesinde mündemiçtir. Fakat Manus'un 318 ve müt. maddelerdeki izi nasıl zayıflamışsa, kusursuz mes'uliyet de, objektif kuruluş beyyinesi tanımak suretiyle yumuşatılmıştır. Kurtuluş beyyinesi zararı önlemek için gerekli bütün tedbirlerin alınmış veya nezaretin icra edilmiş olduğunun isbatıdır. Bu tedbirlerin alınmamasında ev reisi meselâ ağır bir hastalığı yüzünden kusurlu sayılmayacağı halde, tedbirlerin mücerret alınmamış olması, mes'uliyet için kâfidir. Aslında böyle bir mes'uliyetin yeri Borçlar kanunu olmalıydı. Nitekim eski borçlar kanununun 61 inci maddesi MK 319 a da modellik etmiştir. İşbu mezkur

(40) abt, age s. 137 ve müt.

(41) Saymen. Türk borçlar hukuku I, 1, s. 415 ve müt.

madde hükmünde uzun zaman bir kusur mes'uliyeti hali bulunduğu zannedilmiş fakat beyyine külfetinin ters çevrildiği düşünülmüştür. Eğer bir kusur mes'uliyeti bulunduğu kabul edilecek olursa ev reisi bu mes'uliyetten kurtulmak için kusuru bulunmadığını yani menfi bir hususu isbat edecektir. Halbuki objektif kurtuluş beyyinesi ile isbat edilecek husus müsbet bir surette hattı hareket, yani icabeden tedbirlerin alındığıdır (42). 319 uncu maddenin hükme bağladığı mes'uliyet bittabi kusur mes'uliyetinden daha geniştir. Zira ev reisinin haksız fiil ehliyetinden tamamen müstakil olup, isnadiyetin bütün şartları böyle bir mes'uliyet esası bakımından haizi ehemmiyet değildir. Fakat mes'uliyetin böyle genişlemesine mukabil aranan beyyinenin ikamesi daha kolaydır. Bu esaslar dahilinde zarara maruz kalanın isbat edeceği vakıa sadece zararın mevcudiyeti, zarara sebep olan hadise ile zarar arasındaki illiyet rabıtası, zararı ika eden şahsın 319 uncu maddede tahdidi olarak sayılan şahıslardan - yani küçük, mahcur, akıl hastası veya aklen zayıf - olduğu ve nihayet bu kimse ile davalı arasında bir ev reisliği münasebeti bulunduğudır. Ona mukabil muddei ne fail, ne de reis tarafında bir kusurun mevcudiyeti üzerinde durmayacaktır. Ev reisi de kendi kusursuzluğunu değil, fakat müsbet bir tutumunu, yani nezarete bulunduğunu ve aldığı müşahhas tedbirlerin ahval ve şaraitte uygun olduğunu dermeyan edecektir. İsviçre içtihat ve doktrininde artık bu beyyinenin mahiyeti hakkında ihtilâf kalmamış gibidir (43). Türk hukukunda da Temyiz Mahkemesi (44) ve ilmi içtihatlar (45) tarafından kusursuz mes'uliyet prensibi esas itibarıyla benimsenmiş bulunmaktadır. Fakat bu arada Prof. F. H. Saymen, herhalde CCF 1384 e müteallik kazaî ve ilmi içtihatların da tesiri altında bir kusur karinesi fikrinden hareket etmektedir (46).

Günümüzün Medeni Kanunları, da ekseri bir kusur karinesinden hareket etmektedirler. T. M. K. nun sistemi ile bu kanunlar

(42) Schaeren, M. Haftpflicht und Schadenersatz. s. 123 ve müt.

(43) Steiner İ. age s. 93 ve müt. Egger Komm. art 333

(44) Tev. İç. K. 27/3/1957 E. - K/3 (RG 22/6/1957 No : 9640

(45) İmre, Zahit. Kusursuz mes'uliyet Dok. Tezi İstanbul 1943 s. 160 ve müt.

(46) Saymen age., s. Fakat bilahare aynı müellif Türk Borçlar Hukuku I, 1 s. 415 ve müt.

arasındaki farkı tebaruz ettirmek için, bu kanunlardaki alâkalı hükümleri nazarı itibara almak faydalıdır.

1 — Fransız MK art 1384'ün bizim MK 319 bakımından hususi bir ehemmiyeti vardır. Zira MK 319 un mülhem olduğu eski BK 61 de Fr. MK 1384 ü kendisine model ittihaz etmiştir.

«... la responsabilité ci-dessus a lieu au moins que les pères et mères, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu a cette responsabilité» demekki, nezaretle vazifelilerin ispatla mükellef oldukları husus, zararın husule gelmesini önlemek iktidarının ellerinde bulunmadığı, bu zararın husule gelmesinde kusurları olmadığıdır.

İvazsız da olsa, üzerine bir vazife alan kimse, onu hem alâkalının, hem üçüncü şahısların menfaati bakımından iyi bir şekilde yapmağa mecburdur. Bu hüsnüniyet kaidesine binaen bir çocuğa yahut aklen malül bir kimseye nezaret etmek vazifesi kendisine terettüp eden kimse, nezareti altında bulunan şahıs diğerlerine bir zarar verirse, bu zararın nezaret edenin bir ihmalinden doğduğu isbat edilebildiği takdirde, zararı tazminle mükellef olur (47). Demekki Fransız MK nunun derpiş ettiği bu mesuliyet kusur karinesine dayanmaktadır ve mes'uliyetin mesnedi zarar verenle nezaret mükellefi arasında mevcut otorite münasebetidir. Bu otorite kimde ise, mes'ul de odur. Meselâ ölüm, ayrılık veya boşanma sebebiyle velayet anaya geçmişse ana mes'uldür. Aksi takdirde mes'ul şahıs babadır. Ancak mes'uliyetin şartlarından biri zarar verenle birlikte oturmaktır. Kusur karinesi otorite kendisine terettüp eden şahsın hadiseye mâni olamadığını ispat suretiyle çürütülebilir. Hadiseye mâni olamamak altında, kusur bulunmadığının ispatı anlaşılmalıdır (48).

2 — Alman MK projesi hazırlanırken başkalarının fiilinden mes'uliyet meselesinde projenin haksız fiile müteallik hükümlerine hâkim olan fikirden, yani ancak dolus yahut Culpa'nın mes'uliyete sebebiyet verebileceği esastan hareket edilmiştir. Motive'nin «kasıt veya ihmal olmaksızın mes'uliyet de yoktur» prensibini benim-

(47) Planiol - Ripert. Traité pratique de droit civil français. 2, ci tabı cilt IV No : 654

(48) Planiol - Ripert. age No : 626 ve müt.

semiş olması (49) dolayısıyla temyiz kudretini haiz olmayan bir şahsın veya bir çocuğun ika ettiği zarardan mes'uliyet mefhumu projenin ruhu ile kabili telif değildir. Bu yüzden nasafet, hakkaniyet mes'uliyeti dahi projeye yabancıdır. Binaenaleyh ev reisinin nezaratı altındaki küçüğün veya akıl hastasının ika ettiği zarardan mes'ul olabilmesi ancak kendi kusuru varsa mümkündür. Bu kusurun isbatı da (proje 710) zarar görene düşmektedir. İstihdam edenin mes'uliyeti de tamamen mümasil şartlara vabestedir (50).

Projenin bu görüş tarzı, bilahare tadile uğramış ve BGB 832, yine kusur prensibine istinat eden (51) fakat hiç olmazsa beyyine bakımından ağırlaştırılan bir esasa bağlanmıştır.

BGB § 832 ye göre, nezarete muhtaç bir kimsenin bir üçüncü şahsa zarar vermesi halinde, kanundan veya akitten ötürü bir kimseye nezaretle mükellef olanlar, zararı tazmin edeceklerdir. Ancak bu hüküm beyyine külfetini davacıya değil, davalıya tahmin ediyor. Davalının mes'uliyeti mevzuu bahs olabilmek için iki şartın gerçekleşmesi lâzımdır :

a — Davalı kanun veya akitten ötürü nezaretle mükellef olacaktır. Kanundan ötürü nezaretle mükellef şahıs her şeyden evvel velâyet hakkının hamili ve vasisidir. (1627, 1631, 1794, 1800, 1905) akitten dolayı nezaretle mükellefiyet ruhî veya bedenî eksikliği dolayısıyla nezarete muhtaç bir kimse veya onun mümes-sili ile hastahane, pansiyon veya yurt gibi müesseselerin sahip veya idarecileri arasındaki akitlerde mevzuu bahstır.

b — Bir zararın mevcudiyeti ve zararla fiil arasındaki rabita kâfidir. Failde kusur ve fiil ehliyeti aranmayacaktır.

Nezareti icra eden bir kusuru bulunmadığını yahut zararın nezarete rağmen vukuu bulacağını isbat suretiyle mes'uliyetten kurtulur.

3 — En yeni MK lardan olan 1942 tarihli İtalyan MK dahi, küçük veya temyiz kudretini haiz olmayanların üçüncü şahıslara verdikleri zarardan mes'uliyeti bunlara nezaretle mükellef olanla-

(49) Gierke otto von. Entwurf eines BGB und das deutsche Recht s.

(50) Gierke Otto von. age., s. 1.

(51) Enneccerus - Lehmann. Recht der Schuldverhältnisse. II 1958
Tübingen

ra tahmil ederken, Culpa in Vigilando esasına sadık kalmıştır (52). C. C. İ. 2048. Bu şahıslar üzerinde otorite sahibi kimse, zarar veren hâdiseye mâni olmak hususundaki kusursuzluğunu isbat suretiyle mes'uliyetten kurtulur.

B — BK 100/I «Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanları velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra sırasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mes'uldür» şeklinde bir hüküm koyarken, acaba aile reisine terettüp eden bir mes'uliyet hali daha mı derpiş etmek istemiştir meselesi sorula bilir. Meseleyi tetkik ederken evvelâ mes'uliyeti mevzuubahs olan âkidin mutlaka reis otoritesine sahip olması icap edip etmediği üzerinde durmak lâzımdır. BK 100 ün ifadesinden her halde MK 318/II de sayılan, yani kan veya sıhri hısımlık sıfatıyla, yahut işçi çırak ve amelede olduğu gibi bir akit sebebiyle bir arada yaşayan şahıslar anlaşılmalıdır (53). BK 100, 1881 tarihli borçlar kanunundaki 115 inci maddeden mehaz kanununun 101 inci maddesine oradan da Türk borçlar kanununa intikal etmiştir. Fakat mezkûr eski 115 inci madde ile hali hazırdaki 100 üncü madde arasında redaksiyonel bakımdan mühim bir fark vardır. 115 inci maddeye göre borçlu «otoritesi altında bulunan aile mensuplarının, memur ve müdahdemlerinin» fiilerinden mes'ul iken, 100 üncü maddedeki mes'uliyetin mevzuubahs olması için bir otorite münasebeti şart değildir (54). Mehazin maddemize tekabül eden 101 inci maddesi ile TKB 100 üncü maddesi arasında da ehemmiyetli bir fark mevcuttur. Gerek Fransızca gerek Almanca metin muavin şahıslar (auxiliaires, Hülfspersonen ifadesini kullanmakta ve «gibi» diyerek yardımcı şahıstan kimlerin anlaşılması icap ettiği hususunda misâl kabilinden yaşayanları ve maiyette çalışanları saymaktadır. Maiyetinde çalışanlar ibaresini dar mânada anlamamak lâzımdır. Maiyette çalışmak, mes'uliyeti mevzuubahs âkide bir hizmet akdi ile bağlı olmayı tazammun ettiği gibi, kendisinden tesadüfi ve geçici bir münasebet dolayısıyla bir iş hususunda emir alan herkez, meselâ bir arkadaş, yahut vasıta şahıs,

(52) Trabucchi. *Instituzioni di dritto civile Padova* 1952 s. 189 ve müt.

(53) Oser. art 101, No : 5

(54) Von Tuhr - Siegwart II, s. 564, II

karşı âkitle aradaki münasebeti bilmese dahi, maiyetinde çalışanlar ifadesinin şumülüne girecektir. Netice itibariyle, otorite altında bulunmanın yahut otorite mevzuubahs olmaksızın dahi bir arada yaşamının 100'üncü maddedeki mes'uliyet bakımından bir ehemmiyeti olmadığı söylenebilir. Ariyet alınan bir mal, sokaktan geçen bir kimsenin yahut hizmetçinin, veya ariyet alanın çocuğunun eline verilerek iade edilirken meydana gelen zarardan mes'uliyet değişmeyecektir.

BK 100 İfa yardımcılarının ve kullanma yardımcılarının zarar verici fiilleri arasında da tefrik yapmamaktadır (55). Fakat kullanma yardımcılarının fiillerinden doğan zarardan mes'uliyet ile MK 319 uncu maddede hükme bağlanan mes'uliyet arasında telâhuk olabilir. Bir misalle açıklayalım. Bir kimsenin kira ile tuttuğu evde oturan nezarete muhtaç bir şahıs bir zarar iras etmiştir. Âkit kiraya veren karşısında iki türlü mes'uldür. ev reisi sıfatıyla gerekli nezareti icra etmediği için veya karşı akitle arasında bulunan borç münasebetinden doğan hakkı başka birine istimal ettirirken bir zarar vukua geldiği için... Kullanma yardımcılarının verdikleri zarardan dolayı MK 319 ile telahuk mümkün olduğu halde, ifa yardımcılarının verdikleri zarardan dolayı yalnız BK 100 deki mes'uliyet mevzuubahs olabilir. Kullanma yardımcılarının borç münasebetinde taraf olana terettüp eden hakkı kullanırken karşı akide verdikleri zarardan mes'uliyet ekseriya ve daha sert esaslar dahilinde hükme bağlanmıştır. (bilhassa enteresan bir hüküm olan 300/II.)

C — *Birlikte yaşama vakıası, icra iflâs ve usul hukukunda da ehemmiyet arzeden bir vakıadır.*

1 — Bu hususta bilhassa icra iflâs kanununun 209 uncu maddede hükmü enteresandır. Müflis defter tutulurken hazır bulunarak mallarını iflâs dairesine göstermeğe ve emrine hazır bulundurmaya mecburdur. Ancak müflisi hazır bulundurmamak mümkün olmazsa, bu mecburiyet onunla bir arada yaşamış kimselerden reşit olanlara düşer. Kanunun bir arada yaşamış kimseler ifadesi ile kimi kastettiği meselesi düşünülmeğe değer. Mehazın maddemize teka-bül eden hükmü «onunla aynı evde yaşayanlar (Die mit ihm in einem Haushalt leben - qui vivent en ménage commun) demekte-

(55) Von Tuhr, Andreas : Schw. J. Z. C. 17., s. 228

dir. Aynı evde yaşayanları Haushalt ve ménage commun tabirlerinin de ifade ettiği gibi aile halinde yaşamak bir eve mensup olmak şeklinde anlamak lâzımdır. Nitekim mehzın 64 üncü maddesi tebligatı kabulle mükellef olanları da aynı tabirle ifade etmektedir. Bu tabir MK 331 deki tabirle âhenk halindedir ve yakın bir rabıya ifade eder. Şu halde bir kimsenin aynı evde yaşayan kiracısı malları göstermek ve iflâs idaresinin emrine hazır bulundurmamakla mükellef tutulamaz. Federal Mahkeme metresi bir arada yaşayanlardan saymış (56) fakat Zürih Kanton mahkemesi oda kiracısında bu vasfı görmemiştir (57). Prof. M. R. Belgesay birlikte yaşayanlar ibaresinden onunla birlikte yaşayan veya ekonomik faaliyette bulunanların anlaşılması icab edeceği kanaatinde (58). Komandit şirkette komandite ortaklar, kollektif şirkette bütün ortaklar ve anonim şirkette idare heyeti azaları gibi.

Bu mecburiyete muhalif hareket eden hakkında müeyyideyi İcra iflâs K. 337 ihtiva etmektedir.

2 — Aynı çatı altında yaşama vakıası 2701 numaralı tebliğat kanunu ile, hususi bir ehemmiyet almaktadır. Bu kanunun 16 inci maddesi mucibince «kendisine tebliğ yapılacak şahıs adresinde bulunmazsa, tebliğ kendisi ile birlikte oturan ailesi efradından veya hizmetçilerden birine yapılır» demektedir. 20 inci madde bu şahısların bir defaya mahsus olmak üzere alacaklının orda bulunmadığını beyan ederek tebliği kabulden imtina edebileceklerini fakat ikinci defa, alacaklı adreste bulunmasa bile tebliği kabulle mükellef olduklarını söylemektedir. Muhatap yerine kendisine tebliğ yapılacak şahsın 15 yaşından ufak yahut ehliyetsiz olduğu bariz surette belli ise, tebliğ yapılmaz Md (22). Fakat buna rağmen yapılmış olursa, yahut muhatabın ehliyetsizliği belli olmadığı hallerde dahi, kendisine tebliğ yapılacak kimsenin ittila kâfidir ve tebliğ muteber bir şekilde yapılmış addolunur. Md (32). Otel, pastahane, tedavi ve istirahat evi, fabrika ve mektep gibi yerlerde bu yerlerin amiri, muhatabı derhal buldurmazsa tebliğat kendisine yapılır. Md (18).

D — Aynı dam altında yaşama vakıası bir de ceza hukukunda ehemmiyet arz etmektedir. Ceza kanunu 524 cü madde muayyen

(56) Jaeger. Daeniker: Schuldbetreibung und Konkurs. 1947. Md. 64., s. 78 FMK. 50 III 176

(57) Blätter für Zürih. R. S. 44, 88

(58) Belgesay M. Reşit. İç. İf. K. Şerhi., s. 401

derecede yakın akraba zararına mal aleyhine işlenen suçun takip edilemeyeceğini hükme bağladıktan sonra, III üncü bendinde «faille beraber bir dam altında yaşayan erkek veya kız kardeşin zararına olarak» mal aleyhine işlenen cürümlerin faili hakkında takibat icra olunamayacağını bildirmekte, son fıkrada ise, aynı dam altında yaşamakta olan amca, dayı, hala teyze, yeğen veya ikinci derecede sıhri akrabasının zararına işlenen suçlarda suç failinin takibini şikayete bağlı kılmaktadır.

Aynı dam altında yaşama vakiasına ceza hukuku bakımından da neticeler terettüp ettiren bu hüküm hemen hemen bütün ceza kanunlarında, hattâ kadim hukuk sistemlerinde dahi yer almaktadır. Bu meselede medeni hukuk bakımından enterasan olan nokta, kanunun aynı dam altında yaşamak ifadesiyle MK 318 ve müteakip-te «aile halinde, birlikte yaşamak» vakiasını kastedip etmediğidir. Muayyen derecede yakın akraba arasında mala karşı işlenen suçlardan dolayı muafiyet kabul etmiyen, fakat şikayete bağlı suç olarak tanzim eden İsviçre C. K. 137 dolayısıyla bu mesele Federal Mahkeme içtihatlarında da mevzuu bahs edilmektedir. Federal Mahkeme, C. K. bakımından aynı eve mensup olmak hususundaki şartların İsviçre MK, 331 dekinden daha dar tutulması icap ettiği kanaatinde-dir. Ona mukabil aynı dam altında yaşayan hizmetkârlar da ibarenin şumülüne girmekte fakat evle çok sıkı bir rabita aranmaktadır (59).

Dönmezer de, kardeşlerin aynı dam altında yaşamaları vakiasında bir devamlılık bulunması ve yaşanan yerin mesken olarak istimal edilmesi hususlarını derpiş etmektedir (60).

(59) FMK. 72 IV, 4

(60) Dönmezer. S : Ceza hukuku hususî kısmı üçüncü bası 1957., s. 366