

“İSVİÇRE MEDENİ KANUNU’NUN (ZGB’nin) YETİŞKİMLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN YENİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ”

“EVALUATION OF NEW PROVISIONS ON THE PROTECTION OF SWISS CIVIL CODE (ZGB’S) ADULTS”

İbrahim KAPLAN*

Özet: 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) 360 ile 456 maddeleri hükümleri ayrıntılı olarak değerlendirilmiş, yeni kanun metninde yer alan kayyımlik türleri açıklanmıştır.

Anahtar kelimeler: Yetişkinlerin Korunması Yetişkinleri Koruma Makamları, Kayyım ve Kayyımlik Türleri

Abstract: Provision between Articles 360 and 456 of Swiss Civil Code which entered into force on 1 January 2013 are particularly examined and new types of trusteeship evaluated in the new code are also described.

Keywords: Protection of Adults, Convention on the International Protection of Adults, Protection of Adults Authorities, Adviser and Advisory Board

I. Kanun Ön Tasarısı, Federal Kanun Tasarısı ve Federal Kanun’un Yürürlüğe Girişine Dair Temel Bilgiler

1. Ön Tasarıya İlişkin Çalışmalar

1993 yılında, Adalet ve Polis Departmanı, Hukuk İşleri Federal Makamına üç profesörden oluşan bir uzmanlık grubu kurulmasına karar vermiş, bu uzmanlar kurulundan “İsviçre Vesayet Hukukunun Revizyonu” için Avrupa’daki hukuki gelişmeler de dikkate alarak öneri ve tezler ilgili bir metin sunmasını talep etmiştir. 1995 Temmuz ayında, üç profesör “İsviçre Vesayet Hukukunun Revizyonu” için raporunu bir mukayeseli hukuk bölümü ile birlikte ibraz etmiştir.

¹ Prof. Dr., Ankara Üniversitesi SBF Fakültesi Medeni Hukuku - Borçlar Hukuku Anabilim Dalları Em. Öğretim Üyesi

1995 Eylül ayında Freiburg'da yapılan bir panelde bu raporda önerilen "yetişkinlerin korunması"na dair reform önerileri, çeşitli çalışma grupları teşkil edilerek, tartışılmış ve değerlendirilmiştir.

1996 yılı Kasım ayında, Federal hukuk İşleri Makamınca aynı uzmanlar grubu, İsviçre Vesayet Hukukunda yapılacak temel ve reform değişiklikleri üzerinde ilk ön tasarımı hazırlamakla görevlendirilmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun "Yetişkinlerin Korunması"na İlişkin Olarak Değiştirilmesi Ön Tasarısı, gerekçesi ile birlikte Prof. Bernhard Snynder tarafından 1998 yılında teslim edilmiştir.

1999 yılında Federal Adalet ve Polis Departmanı, disiplinler arası uzmanlardan oluşan bir uzmanlar komisyonunda ön tasarı hükümlerinin tartışılması ve değerlendirilmesini talep etmiş, Komisyon ise ön tasarı metnini 2002 sonbaharında ibraz etmiştir.¹

¹ Federal Kanunun ön taslağı ile kanun taslağını hazırlayan Komisyon üyeleri ile Federal Adalet Bakanlığı Özel Hukuk İşleri Bölümü hukukçularının da bildiği ve göz önünde tuttuğu, 13 Ocak 2000 tarihli uluslararası alanda yetişkinlerin korunması hakkında La Haye sözleşmesi (Ülkemiz tarafından imzalanmamış), hükümlerinin özet olarak değerlendirilmesini, şöylece yapmak mümkündür:

I. Anlaşmayı İmzalayan Devletler:

Anlaşmaya 01.06.2013 tarihi itibarıyla, Almanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya ve İsviçre olmak üzere, 11 devlet imzalamıştır. Anlaşma metni toplam (59) maddeden ibarettir.

Anlaşmanın 2. maddesinde; bu anlaşma hükümleri anlamında, 18 yaşını tamamlamış kişilerin yetişkin sayıldığı, ayrıca 18 yaşını daha tamamlamış olmakla beraber, hakkında tedbirler uygulanacağı öngörülmüştür.

II. Anlaşmanın Amacı ve Kapsamı

Anlaşmayı imzalayan üye devletler, yetişkin insanların korunmasına dair tedbirleri almaya yetkili makamı, uygulanacak hukuku, koruma tedbirlerinin tenfizi ve tanınmasına ilişkin düzenlemeleri ve bu tedbirlerin uygulanması için kendi menfaatlerini koruyamayan yetişkinlere ilişkin uluslararası alanda birlikte çalışmayı öngören kuralları koymayı üstlenmişlerdir.

Anlaşmanın 1. maddesinde; Anlaşmanın amacının;

- a- Yetişkin kişinin veya malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirleri almaya hangi devletin, hangi makamlarının yetkili olduğunu,
- b- Belirlenen bu makam yetkilerini kullanırken, hangi ülkenin hukukunu uygulayacağını,
- c- Yetişkinlerin temsilinde hangi hukukun uygulanacağını belirlemek.
- d- Koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizini garanti altına almakla,
- e- Anlaşmanın amaçlarının gerçekleşmesi için

Üye devlet makamlarının birlikte çalışması için gerekli olan resmi kurumları kurmakla, yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

III. Anlaşmanın Uygulanma Alanı ve Tedbirleri Almaya Yetkili Makamlar

Anlaşma engelleme veya kişisel yeteneklerinin elverişli olmaması nedeniyle, korunmaya muhtaç yetişkinlerle ilgili uluslararası olaylarda uygulanacaktır. (Madde 1 HESÜ)

Federal Hükümet tarafından hazırlanan 28 Haziran 2006 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukuna) ilişkin kanun değişiklikleri ile bu kanuna bağlı değişiklikleri de öngören toplam 56 sayfalık kanun tasarısını Federal Meclislere sunmuştur.

Anlaşma hükümleri, üye devletin ülkelerinde yürürlüğe girdiği tarihte üye devlet tarafından alınacak tedbirler hakkında uygulama alanı bulacaktır. (Madde 50 HESÜ)

Yetişkin kişinin veya mal varlığının korunmasına yönelik tedbirleri almaya yetişkinin ikametgâhının bulunduğu, üye devletin mahkemeleri veya idari makamları yetkilidir (Madde 5 fık.1)

Yetişkin alışılmış ikametgâhını başka bir üye devletin ülkesi olarak değiştirdiği takdirde, yeni ikametgâhının bulunduğu üye devlet tedbirleri almaya yetkilidir (Madde 5 fık.2 HESÜ)

Üye devletin idari makam veya mahkemelerinin yetkileri kapsamına giren koruma tedbirleri ilgili muhtemel durumlar, anlaşmanın 6 ila 12. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Üye devletlerin yetkili Resmi makamları, yetkilerini kullanırken kendi hukuk kurallarını uygulayacaklardır (Madde 13)

Anlaşmanın 14 ila 21. maddeleri arasında Anlaşmanın “uygulama alanı” ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür.

IV. Koruma Tedbirlerinin Muhtevasına Giren Durumlar

Anlaşmanın 3. maddesinde; yetişkinlere ilişkin koruma tedbirlerinin muhtevası şöylece düzenlenmiştir;

1. Temyiz kudretinin yokluğu ve alınacak koruma düzeni hakkında karar vermek.
2. Yetişkinin bir mahkemenin veya idari makamın koruması altına almak, Vesayet, kayımlık ve bunlara dair hususları düzenlemek.
3. Yetişkin veya onun malvarlığı hakkında temsil yetkisi kullanacak veya ona yardım edecek sorumlu kişi veya makamı ve onun görevlerini tespit etmek.
4. Yetişkinin, korumanın temin edileceği bir kuruma veya başka bir yere kalmasını sağlamak.
5. Yetişkinin malvarlığının idaresi ve korunmasını sağlamak veya üzerinde tasarrufta bulunmak,
6. Yetişkinin veya malvarlığının, korunması için alınacak belirli önlemleri müsaade etmek.

V. Anlaşma Hükümlerinin Uygulanamayacağı Hukuki Durumlar (Madde 4)

Anlaşmanın 4. Maddesinde; anlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hukuki durumlar şöylece sıralanmıştır.

1. Nafaka yükümlülükleri,
 2. Evliliğin iptali ve sona erdirilmesi ile ilgili boşanma sebepleri ile eşlerin ayrılık durumları,
 3. Eşler arasında mal rejimleri,
 4. Eşlerin miras ve vakıfları,
 5. Sosyal güvenlik hakları
 6. Sağlıkla ilgili alınacak genel kamu tedbirleri,
 7. Yetişkinin işlediği suçlarla ilgili alınmış tedbirler,
 8. Sığınma ve göçmenlik durumları,
 9. Kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbirler.
- hakkında uygulanmayacaktır.

Kanun tasarısı Federal Meclislerde görüşülmüş ve 19 Aralık 2008’de toplam 58 sayfadan oluşan bir kanun metni olarak kabul edilmiştir.

Kanun değişikliğinin yürürlüğe girmesi için 19 Nisan 2009 tarihi-ne kadar yani süresi içerisinde ihtiyar referandum talebi de bulunmadığından, Federal Kanun 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2. Federal Kanun’un Genel Gerekçesinin Özeti

İsviçre Federal Hükümeti’nin 28 Haziran 2006 tarihli, İsviçre Medeni Kanunu’nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukunun) Değiştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun’un genel gerekçesinde;

İsviçre Medeni Kanunu’nun (ZGB’nin) 360-455. maddeleri (TMK.m.396-494) arasında düzenlenmiş bulunan “Vesayet Hukuku” ile ilgili hükümlerinin, ZGB’nin yürürlüğe girdiği 01 Ocak 1912 tarihinden beri pratik olarak dokunulmadan aynen yürürlükte kaldığını, bunun en önemli istisnasının ise, 06 Ekim 1978 tarihinde kabul edilen ve 01 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe giren, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Hakkındaki Kanun” olduğunu, bu kanunla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin öngördüğü tedbirlerle paralellik sağlandığı açıklamıştır.

Vesayet hukukunun amacının, kendi iş ve işlemlerini yapamayan ve başkalarının yardımının da ulaşmadığı zayıf kişileri korumak olduğu açıklanmıştır.

Yürürlükteki Vesayet Hukuku, yetkili resmi makamlarca alınan göreve bağlı üç tedbiri öngörmektedir. Kanun’un 368 ile 372. maddeleri (TMK.m.404-408) vasiliği; 395. maddesi (TMK.m.42) yasal danışmanlığı; 392-394. maddeleri (TMK.m.426-428) ise kayyımlığı düzenlemektedir.

Görevle bağlantılı bu üç tedbir tipe bağlılık ve tipi belirtilme ilkesi uyarınca ve muhtevası kanunda açıkça öngörülmüş tedbirlerdir. Bunların yanında yardıma muhtaç kişilerin bakımı için bir kuruma yerleştirilmesini (Art. 397a -TMK m.432) koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını düzenleyen hükümlerinin de mevcut olduğunun unutulmaması gerektiği ayrıca vurgulanmıştır.

Kanun'un gerekçesinde; kanun değişikliğinin amacının, kişinin "kendi kaderini belirleme hakkının" gelişmesini teşvik etmek olduğu, ön tasarı metnindeki "kendine bizzat bakım" başlığı altında Art.360 -373 hükümlerindeki Medeni Kanun'un iki yeni hukuki kurumu tartışmaya açtığı, bunlardan ilkinin "Bakım Vekâleti (Vorsorgeauftrag), ikincisini ise hastanın" tasarrufi işlemi" nin (Patientenverfügung) oluşturmakta olduğu belirtilmiştir.

"Bakım Vekâleti" ile önceden fiil ehliyetine sahip kişi, ilerde ayırt etme yeteneğini (fiil ehliyetini) kaybetmesi durumunda, kendisinin bakımı veya malvarlığını yönetimini üstlenecek veya hukuki işlemlerde kendisini temsil edecek, fiil ehliyetine sahip gerçek kişi veya tüzel kişiyi vekil tayin etmektedir.

Kişinin hastalık öncesi tasarrufi işlemi ise; fiil ehliyetine sahip bir kişinin, kendisinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda, hangi tıbbi tedbirleri onayladığını veya onay vermediğini ve ayrıca, aynı durumda kendisi hakkında karar verme yetkisine sahip gerçek kişiyi önceden tespit etmesi işlemidir.

Bir kişi geçici olarak veya -örneğin ömrünün sonuna yakın -devamlı olarak fiil ehliyetini kaybederse, bugünkü uygulamada değişik pragmatik biçimlerdeki usul aşamalarından geçerek yardım alabilmektedir. Bu nedenle; yeni yetişkinleri koruma hukuku, fiil ehliyeti bulunmayan kişilerin yakınlarının büyük usule zahmetlere katlanmadan belli kararları alabilme ihtiyaçlarını göz önünde tutmaktadır. Böylece aile içerisinde dayanışma güçlendirilmekte ve resmi makamların sistematik olarak koruma ve bakım işlemleri yapması zorunluluğundan kaçınılmış olunmaktadır.

Hastalık öncesi tasarruf işlemi yapmamış olan kişinin belli bir derecedeki yakınlarına, fiili ehliyeti bulunmayan kişi hakkında, belirli bir tıbbi tedaviye onay vermek veya reddetmek hakkı tanınmaktadır (Tasarı m.378).

Bir bakım ve huzur evinde yaşayan fiil ehliyetsiz kişilerin, her zaman gereken ve ihtiyaç duyulan korumadan yararlandığını söylemek mümkün görülmemektedir. Tasarı, bu kişilere yardımcı olacak hükümler de öngörmektedir (m.382-387). Bu bağlamda tasarıda, bu gibi kişiler için yazılı bir bakım sözleşmesinin yapılması hükme bağlanmakta ve bu suretle, verilen bakım hizmetlerinde açıklık, şeffaflık sağ-

lanmasını öngörmektedir. Ayrıca hareket serbestisini kısıtlayan tedbirlerin, hangi şartlar altında caiz olduğunu, hükme bağlamaktadır.

Bugün bu görevleri yürüten resmi makamlarca yani vesayet makamları, kayyımlık ve yasal danışmanlıkça alınan tedbirlerin, önceden belirli içerikte olduğu için, ölçülülük –orantılılık ilkesine yeterli derecede hesaba kattığı söylenemez. Bir kişi, akli engeli ve psikolojik rahatsızlığı veya benzeri bir akıl zayıflığı nedeniyle kendiişlerini göremiyorsa ve akrabalar veya özel veya kamu hizmetleri de yeterli gelmiyorsa, onun korunması için, sözü geçen resmi makamların yerine, birleşik bir hukuk kurum olarak, kayyımlık makamı kurulmalıdır (m.390-425).

Böylece standartlaşmış tedbirlerin alınması yerine, gelecekte kurulacak bu makamlardan, her münferit olayda gerçekten gerekli olan ölçüde devlet bakımının yapılması talep edilecektir.

Tasarıda, altı (6) tür kayyımlık öngörülmektedir. Bunlar ise;

- belirli işlerle birlikte hareket kayyımlığı,
- temsil kayyımlığı,
- mal varlığı yönetimi kayyımlığı,
- birleşik kayyımlık,
- belli işlemlerde onay kayyımlığı ve
- kapsamlı kayyımlıktır.²

Birlikte hareket etme kayyımlığı, yalnızca yardıma muhtaç kişinin onayı ile kurulan kayyımlık olup, kişinin fiil ehliyetine dokunulmamaktadır.

Temsil kayyımlığında; yardıma muhtaç kişinin belirli işlerini kendisi yapamayacağı ve tamamlaması mümkün olmadığı için, kendisine temsilci kayyımı atanmaktadır. Bu durumdaki kişi, kayyımın yapacağı hesaba sayacak veya kabul etmek zorunda kalacaktır. Yetişkinleri koruma makamı da, bu kişinin temsile ihtiyaç duyulan konulardaki işlemlerini sınırlayacaktır.

Mal varlığı yönetimi kayyımlığında ise; kayyım yalnızca, ilgili kişinin mal varlığının yönetimi ile görevlidir.

² Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler; Bern 2013,S,393- vd.

Onay kayyımlığında ise; yardıma muhtaç kişinin belirli davranış ve işlemlerinin geçerliliği, onun korunmasına ilişkin olarak, kayyımın onayına bağlanacaktır.

Birleşik kayyımlık ise; Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıklarının ve bunların görevlerinin birleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan bir kayyım türüdür.

Kapsamlı kayyımlık ise; bir kişi devamlı olarak fiil ehliyetsiz ise, hacir altına alınması kurumunun halefi olarak onun yerine, kanuni sebeplerin varlığı halinde öngörölmüş bir kayyımlık türüdür (Art. 369-372 ZGB).

Bu kayyımın görevi alanı kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır.

Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıkları arasında birleştirme mümkündür.

Kapsamlı kayyımlıkta; kayyımın görevi alanı; kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır.

Yetişkinlerin Korunması Hukukunun Hukuki Kurumları^{3*}

		Tedbirler / Hukuki Kurumlar	Artikel ZGB
İdari Tedbirler	Görevle Bağlantılı Tedbirler	Birlikte hareket etme Kayyımlığı	393
		Temsil Kayyımlığı	394
		Malvarlığı Yönetimi Kayyımlığı	395
		Onaylama Kayyımlığı	396
		Birleşik Kayyımlık	397
		Kapsamlı Kayyımlık	398
	Görevle Bağlantılı Olmayan Tedbirler	Yetişkinleri Koruma Makamının Aldığı Gerekli Tedbirler	392
		Bakım Evine Yerleştirme	426 ff.

³ Bu tablo: H. Hausheer, /Geiser/E. Aebi – Müller; Das Neue Erwachsenenschutzrecht Bern 2014, s.7' den tercüme edilerek alınmış ve atf yapılmıştır

İdari Olmayan Tedbirler	Kanuni Tedbirler	Eşin Temsili	374 ff.
	Kendisinin Kararlaştırdığı Bakım Tedbirleri	Bakım Vekâleti	360 ff
		Hastalık Halinde Sonuç Verecek Tasarrufi İşlem	370 ff

II. Federal Kanunun SistematiK Yapısına İlişkin Açıklamalar ve Tespitler

01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren, İsviçre Medeni Kanunu’nun 360. maddesi ile 456. maddeleri arasındaki toplam 136 maddeden oluşan, “Yetişkinlerin Korunmasına” ilişkin hükümler, İsviçre Medeni Kanunu’nun ikinci kitabını oluşturan, “Aile Hukukunun”, üçüncü kısmında yer almaktadır.

Aşağıda; ZGB’nin Vesayet Hukukunun tamamını değiştiren ve kanun metninden “Vesayet (Vormundschaft)” kelimesini tamamen çıkaran, toplam (136) maddelik kısmın, şimdilik yalnızca, Kanun’un 360 ile 389 maddeleri arasında hükme bağlanmış bulunan, doğrudan yetişkinlerin korunması ile ilgili madde metinleri incelenecek ve değerlendirilecektir.

Madde hükümlerinin hukuki açıdan değerlendirilmesine geçmeden önce, Kanun’un bu kısmının sistematik olarak düzenlenmesine ilişkin tespit ve değerlendirmeleri yapılacaktır. Toplam (3) ayırım ve toplam (5) adet alt ayırımdan oluşan ve toplam (29) maddeden ibaret Kanun’un bu kısmında;

- “Bizzat Bakım” başlığını taşıyan 1. kısmının “Bakım Vekâleti” başlıklı birinci ayırımının kapsamında yer alan 360 ila 369 maddelerinde sırasıyla; “Bakım Vekâleti”ne ilişkin olarak;
- 360. maddesinde, Temel İlke,
- 361. maddesinde, Kurulması ve Geri alınması – Kurulması,
- 362. maddesinde, Rücu – Geri Alınması,
- 363. maddesinde, Bakım Vekâleti Varlığının Tespiti ve Etkisi ve Kabulü,
- 364. maddesinde, Yorumu ve Tamamlanması,

- 365. maddesinde, Bakım Vekâletinin İfası,
- 366. maddesinde, Tazminat ve Masrafların Ödenmesi,
- 367. maddesinde, Bakım Vekâletinin Feshi,
- 368. maddesinde, Yetişkinler Makamının Müdahalesi,
- 369. maddesinde, Fiil ehliyetinin Yeniden Kazanılması, düzenlenmiştir.

“Hastalık Öncesi Tıbbi Tedaviye İlişkin Tasarrufi İşlem” başlıklı 2. alt ayırım Kanun’un 370 ila 373. maddelerinde yer almış bulunmaktadır.

- 370. maddede, Fiil Ehliyetine Sahip Yetişkinin, Hastalık Öncesi Tıbbi Tedavisi Tasarruf İşlemi Hakkında –Temel İlke,
- 371. maddede, Tasarrufi İşlemin Kuruluşu ve Geri Alınması,
- 372. maddede, Fiil Ehliyetinin Kaybının Ortaya Çıkması,
- 373. maddede ise, Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi düzenlenmiştir.

Kanun’un, “Fiil Ehliyetsiz Kişiler Hakkındaki Kanuni Tedbirler” başlıklı 2. kısmının, “Eş Tarafından Temsil ve Kayıtlı Partner Tarafından Temsil” ayırımının yer aldığı başlık 1. alt 374 ila 376. maddelerinden,

- 374. maddesinde, Temsil Hakkının Şartları ve Kapsamı,
- 375. maddesinde, Temsil Hakkının Kullanılması,
- 376. maddesinde, Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi, hususları hükme bağlanmıştır.

“Tıbbi Tedavi Tedbirlerinde Temsil” başlıklı 2. alt ayırında yer alan 377 ila 381. maddelerinde ise sırasıyla;

- 377. maddede, Tedavi Planı,
- 378. maddede, Temsil Yetkisine Sahip Kişi,
- 379. maddede, Acil Durumlar,
- 380. maddede, Psikolojik Rahatsızlığın Tedavisi,

- 381. maddede, Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi, konuları düzenlenmiştir.

“Meskende veya Bakım Kuruluşunda Kalma – Oturma” başlıklı 3. alt ayırmada yer alan 382 ile 387. maddelerinde ise sırasıyla,

- 382. maddesinde, Bakım Sözleşmesi,
 - 383. maddesinde, Fiil Ehliyetsiz Kişinin Hareket Serbestisinin Kısıtlanmasının Şartları,
 - 384. maddesinde; “Tedbirlerin Protokole Bağlanması ve Bilgi Verme”;
 - 385. maddesinde; “Yetişkinleri Koruma Makamının Müdahalesi”;
 - 386. maddesinde; “Fiil Ehliyetsizin Kişilik Haklarının Korunması”;
 - 387. maddesinde; “Mesken ve Bakım Evleri Üzerinde Denetim”;
- konuları hükme bağlanmıştır.

Kanun’un Resmi Makam Tedbirleri konulu 11. üst başlıklı kısmının 1. ayırımındaki “Temel İlkeler” kısmında yer alan 388 ve 389. maddelerinde ise sırasıyla,

- 388. maddesinde, Resmi Makamın Alacağı Tedbirlerin Amacı,
 - 389. maddesinde, Tedbirlerin Tali (Sekundar –Subsidier) Nitelikte ve Ölçülülük-Orantılık İlkesine Uygun Olması
- hükmü bağlanmış bulunmaktadır.

III. Kanunun Belli Başlı Önemli Hükümleri ve Değerlendirilmeler

Birinci Ayırım: Kendisine Özgü Bakım ve Buna İlişkin Tedbirler

Birinci alt ayırım; Bakım Vekâleti;

1. Bakım Vekâleti Kavram ve Kapsamı

Madde 360- Temel İlke

¹⁰ Fiil ehliyetine sahip kişi, kendisinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda, kendisinin bakımı üstlenecek ve malvarlığını yönetmek veya hukuki işlemleri yapmak üzere bir gerçek kişiyi veya tüzel kişiyi temsil yetkili, vekil tayin edebilir.

2^o Vekile hangi görevleri devrettiği açıkça belirtmelidir. Bunların ifası için vekile talimat verebilir.

3^o Kişi, vekil üstlendiği görevleri için uygun değilse veya vekâleti kabul etmemişse veya onu azletmişse, ek işlemlerde bulunma yetkisine sahiptir.

Bu madde hükmünde; yetişkinlerin korunması hukukunda yer alan “Kişinin Kendisine Bakımı” ile ilgili yeni hukuki kurum olan “Bakım Vekâletini düzenlenmiştir.

Her insan bir kaza veya hastalık sonucu fiil ehliyetini kaybedebilir. Bu durumların muhtemelen devam süresi tıptaki gelişmeler nedeniyle oldukça aza inmiştir. Yükselen yaşam kalitesi ve yaşam süresi, yatalak ve bakıma muhtaç kişilerin sayısını çoğaltmaktadır. Yaşlılık durumunda, bunama ve unutkanlık rizikoları ortaya çıktığı da bilinen bir gerçektir.⁴

Kişinin, kendisinin fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda devlet kurumlarına veya yardımcı kişilere bağlı olmaksızın geçerli olacak tedbirleri önceden belirlemesine ihtiyaç duyulmaktadır. Kişi, önceden böyle durumlarda kendisiyle kimin ve nasıl ilgileneceğini, fiil ehliyeti dışında da belirleme hakkına sahiptir. Bu ilke Anayasalarda yer alan “insan haysiyetine saygı” ilkesinin de bir gereğidir. Böylece devlet de bu görevden kurtulmaktadır.⁵

Borçlar Kanunu Hükümlerine göre;

Hukuki işlemle tesis edilen temsil yetkisi ile vekâletlerin tıbbi tedavi dışında özellikle kişinin fiil ehliyetini kaybı durumunda, verilir verilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Federal mahkeme, BGE 132 III 222 sayılı kararında, hukuken doğru bir değerlendirme olarak, bu belirsizliği kısmen de olsa gidermiş ve kişinin verdiği temsil yetkisinin, temsil olunan fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda da geçerli olacağını kabul etmiştir.

⁴ Federal Hükümet, 2006 tarihli kanun gerekçesinde; 65 yaş üzerindeki %8; 85 yaş üzerindeki %30 İsviçrelilerin (toplam 89.000 kişinin) “Alzheimer” hastası veya bunaklığının başka görünümünde hasta olduğunu, belirtmiştir.

⁵ BBL 2006,7012

2 . Bakım Vekâletinin Kuruluşu ve Geri Alınması –İptali

Madde 361- Kuruluş ve İptali- Kuruluşu

1⁰ Bakım vekâleti, el yazılı olarak veya resmi senetle düzenlenir.

2⁰ El yazılı bakım vekâleti, vekâleti veren kişi tarafından baştan sona kadar el ile yazılır, tarih koyup imzalanır.

3⁰ Nüfus Müdürlüğü talep üzerine, ilgili kişinin bakım vekâletinin mevcut olduğunu, bunun merkezi veri bankasında saklandığını, kayıt altına alır. Federal Hükümet veri bankasındaki verileri kimlerin görmeye yetkili olduğunu çıkaracak yönetmelikle düzenler.

Madde- 362 İptal

1⁰ Vekâlet veren, bakım vekâletini, onun kuruluşunda aranan şekle uygun olarak her zaman iptal edebilir.

2⁰ Bakım vekâleti resmi senedini, imha ederek, iptal edebilir.

3⁰ Kişi önceki bakım vekâletini açıkça sona erdirmeden, yeni bir bakım vekâleti tesis ederse, bu hiç şüphe edilmeyecek derece tamamlayıcı nitelikte değilse, yenisi, önceki vekâletin yerine kaim olur.

Bakım vekâleti ile vekil tayin eden kişi, kendisinin fiil ehliyetini ve karar verme yeteneğini kaybetmesi halinde diğer bir kişiyi vekil olarak görevlendirmektedir. Bu temsil yetkisi genel nitelikte olup, kişinin bakımını da ve tıbbi açıdan tedavi tedbirlerini de kapsamaktadır (Art. 360 n ZGB). Ancak vekil tayin eden kişi, vekâletin kapsamını kaleme alabileceği gibi bakım vekâletini belli alan veya belli işlemlerle sınırlandırabilir. Kişi vekilin üstlendiği vekillik görevlerini nasıl ifa edeceğine ilişkin talimatlar verebilir (Art. 360 Abs. 2, nZGB).

Bakım vekâleti, kişisel bakım, malvarlığı yönetimi ve hukuki işlemlerde temsil yetkisini kapsamakta ise, o zaman ortada kapsamlı birleşik kayyımlığın varlığı söz konusudur (Art. 398 n ZGB; BBI 2006, S.7025).

Vekil atayan kişi, bakım vekilliğini kimin yapacağını isim olarak açıkça belirtmek mecburiyetindedir. Bakım vekilini üçüncü bir kişinin belirlemesi geçerli sayılmaz. Bakım vekâletinin muhtevasında, ilgili kişi için bakım vekilinin vekil atamaya yetkili olduğu şeklindeki kayıt da geçerli değildir.

İlk vekilin görevi kabul etmemesi veya vekilin görevini ifaya engel halinin bulunması veya ilk vekâletnamenin herhangi bir nedenle geçersiz sayılması durumunda, ancak, ikame bakım vekili olarak ismi açıkça yazılı başka bir kişinin bakım vekili olarak atandığı kaydı, bu şarta bağlı olarak geçerlidir.

Bakım vekili olarak gerçek kişi veya tüzel kişi atanabilir (Art. 360 Abs. 1 n ZGB) örneğin bir banka veya yaşlılara hizmet veren bir özel hukuk tüzel kişisi veya kamu hukuku kurumu olabilir.

Kişi Bakım Vekili olarak, birden çok kişiyi görevlendirebilir. Ancak bunların hangi görevleri yapmaya yetkili olduklarını açıkça düzenlemek gerekmektedir.

Bakım vekâletini düzenleyen kişinin fiil ehliyetine ve ayırt etme gücüne sahip 18 yaşını tamamlamış olması şarttır (Art. 360 Abs1. nZGB).

Vekâlet veren bakım vekâletini, aralarındaki güven ilişkisi ortadan kalkmışsa, her zaman iptal edebilir. Bir başka deyimle, bakım vekilini her zaman azledebilir. İptal veya azil için, yine kuruluştaki olduğu gibi, fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir.

İptal, bakım vekilliği şartları oluşmadığı sürece, yani kişi fiil ehliyetini kaybetmediği sürece, her zaman önceden mümkündür.

Bakım vekâletinin iptali, kuruluşu gibi şekle tabidir.

Bakım vekâleti, ilgili kişinin fiil ehliyetini kazanması ile kanun hükmü gereği kendiliğinden sona erer (Art. 369 Abs. 1 n ZGB) Bu arada, kişi tekrar, fiil ehliyetini kaybederse vekâlet iptal edilmediyse, tekrar yürürlüğe girer.⁶

Bakım vekâleti, bakım vekilinin ve vekâlet veren şahsın ölümü sona erer.

3. Bakım Vekâletinin Etkisinin Tespiti ve Kabulü

Madde 363- Geçerliliğinin Tespiti ve Kabulü

1⁰ Yetişkinleri koruma makamı, bir kişinin fiil ehliyetini kaybettiğini öğrenir ve onun bakım vekâletinin mevcut olup olmadığı hakkında bilgisi yoksa Nüfus Müdürlüğünden bu konuda bilgi ister.

⁶ BBL, 2006, s.7029.

2^o Bir bakım vekâleti mevcutsa, yetişkinleri koruma makamı;

1. Bu vekâletin geçerli olarak kurulup kurulmadığı,
2. Geçerlilik şartlarının oluşup oluşmadığını,
3. Bakım vekilinin, bu göreve uygun düşüp düşmediğini, denetler
4. Yetişkinin korunması için alınması gereken diğer tedbirleri mevcut olup olmadığını inceler.

3^o Bakım vekili olan kişi, bakım vekilliğini kabul ederse, yetişkinleri koruma makamı, ona Borçlar Kanununa göre kendisinin yükümlülüklerini hatırlatır ve yetkilerinin nelerden ibaret olduğunu bildiren bir senet (resmi vekâletname) düzenleyip teslim eder.

Bakım vekâleti, etkisini ve hükümlerini, vekâlet veren fiil ehliyetini kaybedince gösterir. Ancak geçici süre fiil ehliyetinin kaybı yeterli değildir. Ölçü, bakım vekâleti verenin, bakım vekâletinin kapsamına giren hukuki alanda fiil ehliyetini kaybetmişse, bu an bakım vekâletinin yürürlüğe girmesi anı olmalıdır.⁷

Bakım vekili, kendisine verilen vekâlet kapsamı dâhilinde, fiil ehliyeti bulunmayan kişiyi temsil etmeye yetkilidir. Buradaki temsil yetkisi, kanundan değil, hukuki işlemde doğan bir temsil yetkisidir.

Borçlar Kanunu'nun vekâletle ilgili OR Art. 394 ff. Maddeleri (TBK 502 vd.), ZGB'de (TMK'da) aksine düzenleme yoksa bakım vekâleti hakkında da uygulanır.

Bakım vekili öncelikle;

- Fiil ehliyetsiz kişinin menfaatlerini özenle korumak ve onun işlemleri vekâlet kapsamında ifa etmek,
- Vekâlet kapsamında üstlendiği bakımı şahsen ifa etmek,
- Bilgi ve belgeleri tebellüğ etmek, postaları açmak,
- Kişiyi yazılı talimat gereğini hukuki işlemlerde temsil etmek,
- Her zaman hesap vermeye hazır olmak için, ifa ettiği görevlere ilişkin belgeleri özenle olarak muhafaza etmek,

⁷ Hausheer/Geiser/Aebi -Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern, 2010, s. 32, N.2.22;

- Vekâletin kapsamına girmeyen işlemlerin varlığın halinde, durumu hemen, derhal yetişkinleri koruma makamına bildirmekle yükümlüdür (Art. 365 n ZGB)

4. Vekile Ücret ve Masraflarının Ödenmesi

Madde 366- Ücret ve Masraflar

1⁰ Bakım vekâletinde, vekilin ücreti hakkında bir düzenleme mevcut değilse, yetişkinleri koruma makamı vekilin yaptığı görevlerle haklılık gösterdiği ölçüde, vekilin yapı hizmetlerin ücret karşılığında yapıldığı açıkça belli ve alışılmış nitelikte ise, vekil için bir ücret tespit eder.

2⁰ Vekilin ücretini ve yaptığı masrafları, vekâlet veren karşılamakla yükümlüdür.

5. Kişinin Hastalık Öncesi İlerdeki Bir Hastalık Durumunda Tedaviye İlişkin Tasarrufi İşlemleri (Bakım ve Tedavi Vekâletleri)

Kanun'un 370. maddesinden önceki "hastalık durumunda tasarrufi işlem" başlıklı 2. ayırımında da yer alan maddelerden,

Madde 370- Temel İlke

1⁰ Fiil ehliyetine sahip kişi, ehliyetini kaybetmesi durumunda hangi tür tıbbi tedavi tedbirlerini onay verdiğini veya vermediğini tespit edebilir.

2⁰ Kişi, bir gerçek kişiyi belirleyerek, fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda tedavi yapan hekimle kendisiyle ilgili tıbbi tedbirler hakkında konuşarak, kendisi adına karar vermekle yetkili kılabilir. Bu kişiye ayrıca talimatlar da verebilir.

Madde 371- Kuruluşu Ve İptali

1⁰ Hastalık tedavisi tasarrufi işlemi, yazılı olarak tarih ve imza koyarak tanzim olunmalıdır.

2⁰ Hastalık tedavisi tasarrufi işlemi yapan kimse, bu durumu ve muhafaza edildiği yeri, sigorta kartına tescil ettirmelidir. Federal Hükümet bu konuda gereken düzenlemeleri ihtiva eden bir yönetmelik çıkaracaktır.

3^o Bakım vekâletinin iptali ile ilgili hüküm, anlamına uygun şekilde burada da uygulanır.

Tedavide hekim tarafından yapılacak tıbbi tedbirler, kaide olarak hasta kişinin kişiliğini zedeleyici ve birer müdahale niteliğindedir. ZGB Art. 28 Abs. 2'ye göre, kişilik haklarına saldırı, yalnızca, tecavüze uğrayanın rızasının varlığı, kamu veya özel menfaatlerin özel ağırlığı mevcut veya kanun hükmü gereğince yapılıyorsa, hukuka aykırı değildir.

Hastalık durumuna ilişkin tasarrufi işlem (tedavi vekâletinde) (Art. 370 n, ZGB) ile ilgili kişi bu işlemle, kendisinin fiil ehliyetini kaybedip, gelecekte hasta olması durumunda tedavi için hangi tıbbi tedbirlerin alınabileceğini bildirmektedir.

Bu tedavi vekâletinin (tasarrufi işlemlerin) iki türü vardır. İkisinin birleştirilmesi de mümkündür⁸

- İlgili kişi, hastalık hali tedavi vekâletinde (tasarrufi işleminde) belli hastalık durumunda, hangi tedavi tedbirleri onayladığını, hangilerini onaylamadığını, reddettiğini, tespit edebilir (Art. 370 Abs. 1. m. ZGB). Ayrıca, bu vekâletnamede; tedaviye katılan hekimlerle, kanuni temsilcisinin, kendi isteğinin belirlenmesinde hangi hususları göz önünde tutmaları gerektiği yönünde talimatlar yazabilir.
- İlgili kişi fiil ehliyetinin bulunmadığı hastalık durumunda kendisi için, uygun hangi tedavi tedbirlerin alınması hakkında karar verecek kişiyi belirleyebilir. Bu kişinin sözü edilen kararı verirken, dikkate alması gereken arzuları ile talimatları, tasarrufi işleminde (tedavi vekâletnamesinde) açıklayabilir. İlâveten, ilke olarak görevlendirdiği kişinin, herhangi bir nedenle görevlerini ifa edemediği takdirde onun yerine görevlendirecek kişi ile ilgili ikame vekâlet (tasarrufi işlem) yapabilir veya ikame vekili – vekil olacak kişiyi tespit edebilir (Art. 370 Abs. 3 n ZGB).

İlgili kişi hakkında, karar verecek kişinin, “bakım vekâletinde” olduğu gibi, bireysel olarak açıkça isimlendirilmesi gerekir. Bu işlemde de, birden çok kişi görevlendirilebilir. Ancak bunların hepsinin gerçek kişi olması şarttır (Art. 370 Abs. 2 n ZGB).

⁸ Hausheer/Geiser/Aebi – Müller; ages. s.37, N. 2.41 –2.42.

Tedavi vekâleti (tasarrufi işlemi), her türlü tedaviyi kapsamına alabilir, hem ruh hem beden sağlığı hastalıklarının tedavisini de kapsayabilir. Fiil ehliyetinin kaybının ruh hastalıklarından mı veya bayılmadan mı ortaya çıkmış olmasının önemi mevcut değildir.⁹

Hastalık tedavi vekâletinde (tasarrufi işlemde) ismi açıklanan temsilci - hekim, bu görevi kabul etmekle yükümlü değildir. Bakım vekâletindeki aksine (Art. 367 Abs. 1 n ZGB), vekâlet verilen kimse, kabul ettiği vekâletten haklı sebeplerin varlığı halinde derhal istifa edebilir. Kanun'da bu husus düzenlenmemiştir. Bu durumda Art. 404 OR (YBK.m.512; e BK.m.396) hükmü gereğince, görevinden her zaman istifa etmeye hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Madde 372- Fiil Ehliyetinin Kaybının Ortaya Çıkışı

1⁰ Fiil ehliyeti bulunmayan ve hastalık halinde tedavi vekâleti de (tasarrufi işlemi de) mevcut olmayan, kişinin tedavisini yürüten hekim, bu durumu sigorta kartına bakarak belirler. Acil durumlarda yapılacak işlemler saklıdır.

2⁰ Kanun hükümlerine aykırılık veya hastanın serbest veya muhtemel iradesine dayanmadığı hususlarında haklı şüpheyi gerektirecek haller dışında, hekim hastayı, hastalık halinde tedavi vekâletine (tasarrufi işlemine) uygun tedaviyi yapmakla yükümlüdür.

3⁰ Tedaviyi yapan hekim, hastanın dosyasında, hangi nedenlerle tasarrufi işlem gereğince davranmadığını belirtir.

Hastanın, tedavi vekâletinin verilmesi (tasarrufi işleminin kurulması) gibi iptali de belirli bir şekle tabidir. Şeklen yazılı olması, tarih konmuş olarak imzalanmış bulunması şarttır.

Hastanın yakınları, tedaviyi yürüten hekimin tedavi vekâletine (tasarrufi işleme) ve sağlık hukuku ilkelerine uygun tedaviyi yapmadığını, yazılı olarak yetişkinleri koruma makamına bildirmeye hakkı mevcuttur. Koruma Makamı, böyle bir aykırılığın veya sapmanın mevcut olup olmadığını inceler ve duruma göre, tasarrufi işlemin gereğinin yapılması için, uygun tedbirleri alır (Art. 373. Abs. 1. 2.ff. 1 ZGB).

⁹ BBl. 2006, s. 7030

6. Fiil Ehliyetsiz Kişiler Hakkında Yasal Olarak Alınacak Tedbirler

Kanun'un Art.374. maddesinde, “Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Şartları” kenar başlığı altında aynen;

Madde 374- Temsil Yetkisinin Şartları ve Kapsamı

1⁰ Bakım vekâleti ve tedavi vekâleti bulunmayan (hasta tasarru-fi işlemi yapmamış) veya kayyımlık altında olmayan ve fiil ehliyetini kaybetmiş kişinin, eşi veya onunla aynı çatı altında yaşayan veya kişisel olarak bakımını yapan kişi, kanun hükmü gereği temsil yetkisine sahiptir.

2⁰ Temsil Yetkisi;

- Alışılmış bakım giderlerinin karşılanması için gerekli olan bütün hukuki işlemlerini,
 - Gelirlerin ve diğer mal değerlerinin olağan yönetimini,
 - İcabında postalarının açılması ve gereğinin yapılmasını,
- kapsar.

3⁰ Malvarlığı üzerinde olağanüstü yönetimi gerektiren hukuki işlemler için, eşin veya hayat arkadaşının, yetişkinleri koruma makamının iznini alması gerekir”.

Kanun Art. 375. hükmünde ise, Temsil Yetkisinin İcrası ilişkin olarak aynen,

Madde 375- Temsil yetkisinin Kullanılması

“Temsil yetkisinin kullanılmasında, Borçlar Kanunun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır”

hükmü yer almaktadır.

Kanun'un 377 ile 381. maddeleri hükümlerinde; tıbbi tedavi tedbirlerin alınmasında temsil yetkisinin kullanılması, 382 ile 387. maddeleri arasındaki hükümlerde ise; “Mesken veya bakım evlerinde” yapılacak bakım ve gözetime ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür.

Böylece standartlaşmış tedbirlerin alınması yerine, gelecekte kurulacak bu makamlardan, her münferit olayda gerçekten gerekli olan ölçüde devlet bakımının yapılması talep edilecektir.

IV. Federal Kanunun Öngördüğü Yeni Kayyımlık Türleri

Kanun'da, altı (6) tür kayyımlık öngörülmektedir. Bunlar ise;

- belirli işlerle birlikte hareket kayyımlığı,
- temsil kayyımlığı,
- mal varlığı yönetimi kayyımlığı,
- birleşik kayyımlık,
- belli işlemlerde onay kayyımlığı ve
- kapsamlı kayyımlıktır.¹⁰

Birlikte hareket etme kayyımlığı, yalnızca yardıma muhtaç kişinin onayı ile kurulan kayyımlık olup, kişinin fiil ehliyetine dokunulmamaktadır.

Temsil kayyımlığında; yardıma muhtaç kişinin belirli işlerini kendisi yapamayacağı ve tamamlaması mümkün olmadığı için, kendisine temsilci kayyımı atanmaktadır. Bu durumdaki kişi, kayyımın yapacağı hesaba sayacak veya kabul etmek zorunda kalacaktır. Yetişkinleri koruma makamı da, bu kişinin temsile ihtiyaç duyulan konulardaki işlemlerini sınırlayacaktır.

Mal varlığı yönetimi kayyımlığında ise; kayyım yalnızca, ilgili kişinin mal varlığının yönetimi ile görevlidir.

Onay kayyımlığında ise; yardıma muhtaç kişinin belirli davranış ve işlemlerinin geçerliliği, onun korunmasına ilişkin olarak, kayyımın onayına bağlanacaktır.

Birleşik kayyımlık ise; Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıklarının ve bunların görevlerinin birleştirilmesi sonucunda ortaya çıkan bir kayyım türüdür.

Kapsamlı kayyımlık ise; bir kişi devamlı olarak fiil ehliyetsiz ise, hacir altına alınması kurumunun halefi olarak onun yerine, kanuni sebeplerin varlığı halinde öngörülmüş bir kayyımlık türüdür (Art. 369-372 ZGB).

¹⁰ Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler; Bern 2013,S,393- vd.

Bu kayyımın görevi alanı kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır

Birlikte hareket, temsil ve onay kayyımlıkları arasında birleştirme mümkündür

Kapsamlı kayyımlıkta; kayyımın görevi alanı; kişinin bakımı, malvarlığının yönetimi ve hukuki işlemleri ile ilgili işlerinin hepsini kapsamaktadır.

Yeni kayyım türleri aşağıda şemada daha iyi gösterilmiştir.



- Açık seçik belirlenmiş görev alanı
- Birleştirme mümkün

		Tedbirler / Hukuki Kurumlar	Artikel ZGB
İdari Tedbirler	Görevle Bağlantılı Tedbirler	Birlikte Hareket EtmeKayımlığı	393
		Temsil Kayımlığı	394
		Malvarlığı Yönetimi Kayımlığı	395
		Onaylama Kayımlığı	396
		Birleşik Kayımlık	397
		Kapsamlı Kayımlık	398
	Görevle Bağlantılı Olmayan Tedbirler	Yetişkinleri Koruma Makamının Aldığı Gerekli Tedbirler	392
		Bakım Evine Yerleştirme	426 ff.
İdari Olmayan Tedbirler	Kanuni Tedbirler	Eşin Temsili	374 ff.
	Kendisinin Kararlaştırdığı Bakım Tedbirleri	Bakım Vekâleti	360 ff
		Hastalık Halinde Sonuç Verecek Tasarrufi İşlem	370 ff

Yetişkinlerin Korunması Hukukunun Hukuki Kurumları^{11*}

		Tedbirler / Hukuki Kurumlar	Artikel ZGB
İdari Tedbirler	Görevle Bağlantılı Tedbirler	Birlikte Hareket Etme Kayımlığı	393
		Temsil Kayımlığı	394
		Malvarlığı Yönetimi Kayımlığı	395
		Onaylama Kayımlığı	396
		Birleşik Kayımlık	397
		Kapsamlı Kayımlık	398
	Görevle Bağlantılı Olmayan Tedbirler	Yetişkinleri Koruma Makamının Aldığı Gerekli Tedbirler	392
		Bakım Evine Yerleştirme	426 ff.
İdari Olmayan Tedbirler	Kanuni Tedbirler	Eşin Temsili	374 ff.
	Kendisinin Kararlaştırdığı Bakım Tedbirleri	Bakım Vekâleti	360 ff
		Hastalık Halinde Sonuç Verecek Tasarrufi İşlem	370 ff

¹¹ Bu tablo: Hausheer, H/Geiser/E. Aebi-Müller; Das Neue Erwachsenenschutzrecht Bern 2014, s.7'den tercüme edilerek alınmış ve atıf yapılmıştır

§ 2 “İsviçre Medeni Kanunu’nun Kişiler Hukuku Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”

Art. 13-

Kanun’un 13. maddesinin eski metindeki “mündig” ve “urteilfaehig; ergin ve ayırt etme gücüne sahip yerine, düzenlemede;

“Reşit ve ayırt etme gücüne sahip kişinin fiil ehliyeti mevcuttur” hükmü konmuştur. Almanca metindeki “Mündigkeit ve Unmündigkeit” kelimeleri yerini “reşit (yetişkinlik) ve küçüklük” kelimeleri konmuştur.

Yetişkinleri koruması hukukuna ilişkin hükümlerde; kısıtlılık kelimesi ve kısıtlılık durumları tamamen kaldırılmış yani,

Vesayet makamı yerine çocuk koruma makamı ihdas edilmiş vasilik ve vasi yerine kayyım ve kayyım türleri kanunda düzenlenmiştir.

Art. 14-

14. maddede, Onsekiz yaşını tamamlamış her kişi reşittir hükmü konmuştur. Kenar başlığı da “erginlik” olarak değiştirilmiştir.

Art. 16-

Art. 390 birinci bendinde yapılan değişikliğe paralel olarak, azda olsa toplumda damgalanmayı çağrıştıran “akıl hastalığı” ibaresi yerine “psikolojik rahatsızlık”, “akıl zayıflığı” yerine “ruhi engellilik”, “sarhoşluk” yerine “içicilik” kelimeleri kanun metninde yer almıştır. “İçicilik” kavramının kapsamına alkol ve uyuşturucu maddelerin dâhil olduğu kabul edilmiştir.

Art. 16’nın madde metni “çocukluk yaşı (küçüklük) yüzünden veya ruh bozukluğu, psikolojik rahatsızlığı, içicilik veya bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre, ayırt etme gücüne sahiptir” şeklinde kanunda yer almıştır.

Art. 17-

Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin küçükleri ile kapsamlı kayyım altında bulunanların fiil ehliyeti yoktur. Fiil ehliyetsizliği metninde; “kısıtlılık” yerine “kapsamlı kayyım” ibaresi konmuştur.

Art. 19-

19. maddenin kenar başlığı ile 1. ve 2. fıkra hükümleri aşağıdaki gibi değiştirilmiştir.

1. fıkra; “fiil ehliyeti bulunmayan kişiler, yalnızca yasal temsilci rızası ile borç altına girebilirler ve haklarını feragat edebilirler.

2. fıkroda; karşılıksız kazanılmamalar ile bulunan gibi ve günlük hayattaki alışılmış işlemler bu rızanın varlığı aranmaz.

1.fıkra hükmünde: Art.410 fıkra 1.hükmündeki gibi sınırlı fiil ehliyetsizlerin yani ilke olarak bu kişiler, ehliyetsiz olmakla birlikte, ayırt etme gücüne sahip olduklarından hukuki işlem yapma katılım imkânları mevcuttur. Bunlar, küçükler ile yeni olarak reşit olup kapsamlı kayyımlık altında bulunan kişilerdir (Art. 398 fık.3)

Sınırlı ehliyetsizler hukuki işlemler alanında, Art.19 fıkra 2.deki günlük hayattaki ufak tefek işlemleri, tam yapmaya ehildirler. Bu hukuki çözüm, BGB’nin 1903 paragrafının 3. fıkrasının ikinci cümlesinden, pratik hayata uygun olduğu için alınmıştır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ise (Art. 19 fık.2. ZGB’deki) yeni olarak Art.190’de düzenlenmiştir.

Art. 19a-

Madde metni yenidir. Kişiler hukuku derslerinde, borçlar hukukunun konularından olan, hukuki işlem ehliyeti ilgili anlatılan hususlar doğru olarak madde metni olarak kaleme alınmış ve yasa maddesi olarak, konuma girmiştir.

Ayrıca madde metni düzenlenirken, eski Kanun’un Art.40 (TMK.451-452) maddesi hükmü de dikkate alınmıştır.

Maddenin kenar başlığı ile metni şöyledir;

Kanuni temsilcisinin Kanun’da başka türlü öngörülmediği durumda, kanuni temsilcinin açık veya üstü örtülü izni önceden veya işlem yapıldıktan sonra onama ile gerçekleşebilir. İşlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içerisinde onaylanmazsa diğer taraf bununla bağlı kalmakta serbesttir.

Kanuni temsilciler, sırasıyla duruma göre; velayet hakkı sahipleri ile ilgili kayyımdır. Bakımla görevli ebeveynler ile evlatlık edinmiş

olan ebeveynlerdir. İznin verilmesinin reddedilmesi durumunda, velayet altında bulunan küçük için yapılacak bir şey bulunamaz gibi görünse de; küçük koruma makamına başvurma ve talimatını bekleme imkânı her zaman mevcuttur. Ancak bununda şartı; çocuğun menfaatinin tehlikeye girmiş olmasıdır¹²

Art. 19b- Rızanın Yokluğu

(1) Kanuni temsilcinin rızası gerçekleşmemişse, diğer taraf verdiği geri isteyebilir. Ancak, hukuki işlem ehliyeti bulunmayan kişi, sadece; kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da kötü niyetle elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur.

(2) Ehliyetsiz kişi, hukuki işlem ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafın yanıltmışsa, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olur.

Hukuki işlem yapma ehliyeti bulunmayan kişinin aldıklarını geri verme yükümlülüğünün kapsamı onun iyi veya kötü niyetli oluşuna göre farklılık göstermektedir.

İyi niyetli ise; elinde halen mevcut olanı iade etmekle yükümlüdür. Ayrıca kendi yararına olanı geri vermesi gerekir. Lüks ve lüzumsuz masrafları ise talep edemez. Karşı tarafı hukuki işlem ehliyetinin varlığı hususunda yanıltmış olan kişi, diğer tarafın bu yüzden uğradığı zararları karşılamakla da yükümlüdür ve sorumludur. Bu zarar kapsamı karşı taraf bu sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı, mal varlığının durumu ile hali hazır durumu arasındaki fark yeni menfi zararı olarak belirlenmelidir¹³.

Art. 19c- Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar

(1) Ayırt etme gücüne sahip ehliyetsiz kişiler, kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklarını, bağımsız olarak kullanabilirler. Ancak Kanunun yasal temsilcinin rızasını öngördüğü durumlar saklıdır.

(2) Kanuni temsilci, kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili temsil

¹² Roland Fankhauser, Basler Kommentar zum ZGB; Art. 19a), Basel 2014. 5.Auflage, N.10

¹³ Roland Fankhauser, Basler Kommentar, zum ZGB; Art. 19b N. 7

yetkisinin kaldırıldığı haller bulunmadıkça, ayırt etme gücüne sahip kişileri temsil edebilir.

Bu hükümde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların mutlak nitelikteki haklar ile (nişanlanması, evlenmesi gibi), nispi nitelikteki (isim değişikliği ilgili davalar gibi) kişiliğe sıkı sıkıya bağlı haklar ayrımı göz önünde tutularak, kanun temsilcisinin, mutlak haklarda kesinlikle temsil yetkisinin bulunmadığı, nispi nitelikteki haklarda ise, temsil edebileceği vurgulanmıştır¹⁴.

Art. 19d- Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması

Fiil ehliyeti, (hukuki işlem ehliyeti), yetişkinlerin koruması kapsamındaki tedbirlerle, sınırlandırılabilir.

Kapsamlı kayyımlık durumunda, kanun hükmü gereği, hukuki işlem ehliyeti tamamen ortadan kalkmaktadır (Art. 398).

Onaylanma kayyımlığında, hukuki işlem ehliyeti bulunan kişinin bazı hukuki işlemlerinin, onun korunması amacıyla, kanun hükmü kayyımın onaylamasına bağlı tutulmuştur (Art. 396 / fık. 2).

Temsil kayyımlığında, kanun hükmü gereği sınırlama mevcut değildir (Art. 394).

Birlikte hareket kayyımlığında da aynı şekilde kısıtlama yoktur ¹⁵.

Art. 23- Fıkra 1

Art. 23. Abs. 1- (1) Yerleşim yeri bir kısmın sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir. Öğretim veya bakım için yalnızca bir öğretim kurumuna veya bakım evinde bulunma, yalnızca hastanede veya ceza kurumunda konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucu doğurmaz.

Art.25- c. Küçüklerin İkametgâhı

Art. 25 Kenar başlığı ve fıkra 2 (2) Vesayet altındaki çocukların yerleşim yeri, çocukları koruma makamının bulunduğu yerdir.

Art. 26- d. Kapsamlı Kayyımlık Altında Bulunan Reşitlerin Yerleşim Yeri

¹⁴ Bu iki ve diğer tüm haklara ilişkin örnekler için (Bkz. Roland Fankhauser; Basler Kommentar Zum ZGB; Art. 19c N. 5-6).

¹⁵ Roland, Fankhauser, Basler Kommentar zum ZGB; Art. 19c. N. 2).

Art. 26- Kapsamlı kayyımlik altında bulunan reşidin yerleşim yeri, yetişkinleri koruma makamının bulunduğu yerdir.

Art. 39- Abs. 2. Ziff. 2 de;

(2) “Bir kişinin kişisel veya aile hukukuna ilişkin durumuna, reşitliği, nesebi, evliliği, dâhildir” .hükmü konmuştur.

Art. 89a

Önceki Art. 89 bis karşılamaktadır.

Art. 89b- Yönetim Yokluğu

(1) Eski ZGB'nin 393. maddesinde yer alan “Kanun gereği “Yönetim” kenar başlığı altındaki 5. bendinde yer alan “Halktan Toplanan Mal Varlığı” başlığı altında, bir genel kamu yararı amacı güden başka biri için halktan toplanan mal varlığı yönetilmesi veya harcama yolu sağlanamamışsa, ilgili makam gerekli önlemleri alır.

(2) Toplanan mal varlığı için bir yönetici atanabilir veya bu mal varlığı aynı veya benzer amacı taşıyan dernek veya vakfa tahsis edilebilir.

(3) Toplanan mal varlığı, hakkında yetişkinlerin korunmasındaki kayyım hükümleri kıyasen uygulanır.

§ 3 Aile Hukuku Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Art. 90- Fıkra 2

Art. 90 Abs. 2 Nişanlanma (2) Yaşı küçük olanlar kanuni temsilcinin izni olmadan nişanlanamazlar, şeklinde değiştirilmiş ve hükme bağlanmıştır.

Art. 94- “Evlenmenin Şartları” Evlenme Ehliyeti

2. fıkra hükmü yani “kısıtlılar, kanuni temsilcinin izni olmadan evlenemezler” hükmü kaldırılmıştır.

Art. 102 Abs. 1; 133 Abs. 1, ikinci cümle, 134 Abs. 4; 135 Abs. 2 ve 176 Abs. 3 hükümlerinin önceki Almanca metinlerindeki,

- ergin, erginlik ve kısıtlı tabirlerinin yerine “reşit” “yaş küçüklüğü” ibareleri korunmuştur.

Art. 134 Abs. 4'ün ikinci cümlesindeki “Vesayet makamı” yerine, “yetişkinleri koruma makamı”, çocuk hukukunda ise “çocuk koruma makamı” metne dâhil edilmiştir.

Art. 183 Abs. 2 Evlilik Sözleşmesi

(2) Kayyımlık altında bulunan küçükler ile reşit kişilerin evlilik sözleşmesinin kurulması için hukuki temsilcilerinin izni gereklidir. Yeni hukukta, artık kısıtlı ibaresi kullanılmayacağı için metinden çıkarılmış bunun yerine, “yaş küçüklüğü” ibaresi konmuştur.

Art. 256 Abs. 1 Bent 2; 256c Abs. 2 und 259 Abs. Bent 2

Bu hükümlerdeki “erginlik yaşı” ve “kısıtlılık” ibareleri yerine, “yaş küçüklüğü” ve “erginlik yaşı” tabirleri konmuştur.

Art. 260 Abs. 2 Tanıma

(2) Tanınacak küçük, kapsamlı kayyımlık altında bulunuyor veya yetişkinleri koruma makamı bu yönde bir karar vermişse, tanıma için kanuni temsilcinin izni gereklidir.

Art. 260c Abs. 2 ve 263 Abs. 1 Bent 2 hükümlerindeki “yaş küçüklüğü” ibaresi yerine “erginlik yaşı” deyimi konmuştur.

Art. 264 Kenar Başlığı “Küçük Evlat Edinilmesi” hükmündeki “kısıtlı” ibaresi yerine “yaş küçüklüğü” ibaresi metne alınmıştır.

Art. 266

Kenar başlığı, “reşit” kişinin evlat edinilmesi” şeklinde değiştirilmiştir.

Bent 1 hükmünde; Furuu yoksa ergin-reşit kişi evlat edinilebilir.

Bent 2 hükmü ise; küçüklük durumunda evlat edinen ebeveynler, onu en az beş yıl boyunca bakım ve terbiyesini üstlenmişlerse, biçiminde; fıkra 3 hükmünde ise; bunun dışında, küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır” şeklinde değişiklik yapılmıştır.

Art. 267a ve 268 fıkra 3 hükümlerinin metnindeki, ergin olmayan kısıtlı olan, tabirleri yerine yaşı küçük “reşit” kelimeleri yasa metnine girmiştir.

Art. 269c fıkra 2 ikinci cümlesi araştırmanın, vesayet organları ye-

rine, bundan böyle “çocuk koruma makamı” tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

Art. 273 Abs. 1, 277 Abs. 1 ve 289 Abs. 1 hükümlerinin Almanca metinlerindeki “ergin olmayan veyahut “ergin” kelimeleri yerine, “yaş küçük” “reşit yaşında” ibareleri metne alınmıştır.

Art. 296- Ebeveyn İhtimamı, Şartları

Bu hüküm; 1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun ile değiştirilmiş, yaşı küçük ebeveyn ile kapsamlı kayyımlik altında bulunan ebeveynlerin, ihtimam yükümlülüğü aranmaz. Bunlar erginlik yaşına geldiklerinde, ebeveyn olarak ihtimam yükümlülüğü geri gelir. Kapsamlı kayyımlik, kaldırılmışsa çocuk koruma makamı, çocuğun menfaatini dikkate alarak, ebeveyn ihtimam yükümlülüğünün tekrar iadesine karar verir.

Art. 298 Abs. 2 ve 3 (Yeni Hüküm) Evlenmemiş Ebeveynlerin İhtimam Göstermesi

Fıkra 3 hükmünde; anne ve baba ebeveyn ihtimam gösterme yükümlülüğünü üstlenmezse mahkeme çocuk koruma makamı bir vasi atanması yetkisi verebilir.

Bu vasilik, Art. 327'de düzenlenmişti. Buna küçüklük nedeniyle vasilik tabir edilmektedir. Bu vasilik için, ebeveyn ihtimam hükmünü, kaldırılmış olması şarttır¹⁶

Art. 298a Fık. 2 ve 3 yeni hükümler olup, evli olmayan çiftlerin ebeveyn ihtimam yükümlülüğü düzenlenmektedir (1 Temmuz 2014 tarihinde yürürlüğe giren Federal Kanun).

Art. 304 Abs. 3; Art. 305 kenar başlığı ile fıkra 1, Art. 306 Abs. 2 ve 3; 311 kenar başlığı ve Fıkra 1, 312.nin kenar başlığında, 314 ve 314a, 314b'de 318 Abs. 1, 315a Abs. 1; 315b Abs. 2'de, 318. Abs. 2 ve 3'de, 316'da, Art. 327a. 327c ve 333 Abs. 1 ve 2'de ve 334 Abs. 1.de “ebeveynin ihtimamlı bakım yükümler”i; kimsesiz küçüklere vasi tayin edilmesi, ailesi birlikte aileye ait işletmede çalışan reşit çocuklar ile büyük çocukların kendilerine uygun tazminat talep etme hakları ile ilgili hususlarda, kanundaki maddelerin Almanca metinlerinde redaksiyonel düzenlemeler yapılmıştır.

¹⁶ Ingeborg Schwenzer/ Michelle Cottier, Basler Kommentar Zum Art. 298 N. 19-20

§ 4 İsviçre Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Art. 468- Miras Sözleşmesi

(1) Ayırt etme gücüne sahip 18 yaşını doldurmuş olan, miras bırakan, miras sözleşmeyi yapmaya ehildir.

(2) Kayyımlik altında bulunan kişinin miras sözleşmesi yapabilmesi için, kanuni temsilcisinin izni gereklidir.

Art. 492a- Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Altsoy

Ayırt etme gücüne devamlı olarak sahip olmayan ve hayatta altsoy ile ikame tayin edebilir.

(2) Altsoy beklememesine rağmen, ayırt etme gücüne tekrar sahip olursa, kanun hüküm gereği, art mirasçılık, ortadan kalkar.

Art. 531- Art Mirasçılık Bakımından

Art mirasçılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan hakkında hüküm saklı kalmak koşuluyla, saklı paylı mirasçılar şekli payları karşısında geçersizdir.

Art. 554 Abs. 1^{bis} ve 2

Bu hüküm Art. 544 maddesini tamamlayıcıdır. Çocuğun doğmadan önceki mirasçılık durumunu düzenlemektedir.

Onun menfaatinin korunması, gerekiyorsa, çocuğu koruma makamı, bir kayyım atayabilir.

(2) Çocuk ölü doğmuşsa, mirasın geçişinde hesaba katılmaz.

Art. 533 Abs. 1

1. Yaşı küçük mirasçı, vesayet altında veya vesayet altına alınacaksa,
2. Mirasçılardan biri uzun süreden beri bulunamıyorsa ve temsilci de yoksa
3. Mirasçılardan birisi veya yetişkinleri koruma makamı talepte bulunmuşsa
4. Reşit olan mirasçı kapsamlı kayyımlik altında bulunuyorsa veya alınması gerekiyorsa, defter tutulmasına karar verilir.

Art. 554 Abs. 3

(3) Ölen kişi, yönetim kayyımlığı altında ise, başka türlü düzenleme yoksa kayyım, mirası yönetmekle de yükümlüdür.

SONUÇ:

İsviçre Medeni Kanunu’nun Vesayet Hukukunu tamamen değiştiren ve 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren, Yetişkinleri Koruma Kanunun (Yeni Yetişkinlerin Korunması, Çocukların Korunması, Kişiler Hukuku ile ilgili) hükümleri, bu konuda 13 Ocak 2000 tarihli uluslararası alanda yetişkinlerin korunması hakkında La Haye Sözleşmesi hükümleri, Federal Almanya ve Avusturya Medeni Hukuklarındaki ve EU yönergelerindeki düzenlemeler, göz önünde tutularak ve değerlendirilerek, ülkemizde de yasalaştırılmalıdır.

01 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu’nun Vesayet Hukukunu düzenleyen 396 ile 494 maddeleri arasında yer alan toplam (98) maddelerindeki halen yürürlükteki hükümlerin de, İsviçre Medeni Kanunu’nun 01 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren “Yetişkinlerin Korunmasına Yönelik olarak, Art.360 ile 456 düzenlenmiş bulunan toplam (96) maddeden ibaret yeni hükümleri dikkate alınarak, yasama organı TBMM tarafından, TMK. hükümlerinde de değişikliğe gidilmesinin hukuken yerinde olacağı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Botschaft, Botschaft zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) Bern 28 Haziran 2006, Bundes Blatter (BBl), sayfa 7001 – 7196
- Andrea Büchler/Christoph Häfeli,
- Audrey Leuba/Martin Stettler, Erwachsenenschutz, Bern 2013
- Heinz/Hausheer/Thomas Geiser/ Regina E Aebi – Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Bern 2014
- Ingeborg Schwenzer/Michelle Cottier, Basler Kommentar Zum ZGB; Art. 298 N. 19-20; 5. Auflage; Basel 2014
- Margrith, Bigler/Eggenberger/Roland, Fankhauser; Basler Kommentar zum ZGB I; 5 Auflage, Basel 2014
- 13 Ocak 2000 tarihli Uluslararası Alanda Yetişkinlerin Korunması Hakkında Den Haag Sözleşmesi (Sr .0.211.232.)