

İSVİÇRE HUKUKUNDA TEDBİR VEKÂLETİ

The Advance Care Directive in Swiss Law

Dilşad KESKİN*

ÖZET

Tedbir vekâleti İsviçre Medenî Kanunu Art. 360-369 ZGB'de düzenlenmiştir. Art. 360 Abs. 1 ZGB hükmü uyarınca, fiil ehliyetine sahip bir kimse, ayırt etme gücünün kaybı durumunda şahsî bakımını veya malvarlığının idaresini üstlenmek ya da kendisini hukukî işlemlerde temsil etmek üzere bir gerçek veya tüzel kişiyi yetkilendirebilir. Tedbir vekâleti, vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybı erteleyici şartına bağlıdır. Yetkilendirilen kişi, vekâlet vereni tedbir vekâleti çerçevesinde temsil eder ve görevlerini Borçlar Kanunundaki vekâlet hükümlerine uygun olarak yerine getirir. Tedbir vekâleti, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını kullanmasına imkân sağlaması açısından önemli bir düzenlemedir. Toplumun nüfus yapısındaki değişiklikler dikkate alındığında, bu düzenlemenin gelecekte Türk hukuku bakımından da büyük önem taşıyacağı sonucuna varılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Tedbir vekâleti, vekâlet veren, vekil, temsil yetkisi, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ABSTRACT

The advance care directive is regulated by art. 360-369 of the Swiss Civil Code. According to art. 360 para. 1 of the Swiss Civil Code, a person with capacity to act may instruct a natural person or legal entity to take responsibility for his or her personal care or the management of his or her assets or to act as his or her legal agent in the event that he or she is no longer capable of judgement. The advance care directive is subject to the suspensive condition of the judgement inability of the client. The appointee shall represent the client in accordance with the advance care directive and fulfil his or her obligations under the provisions of the Code of Obligations on agency contracts. The advance care directive is an important regulation in terms of self determination right. In view of demographic changes in society, it is expected that "the advance care directive" will become important also for Turkish law.

Key Words: Advance care directive, appointee, client, representation, self determination right.

I- GİRİŞ

İsviçre Medenî Kanununun vesayete ilişkin Art. 360- 455 hükümleri, 2008 yılında kapsamlı bir değişikliğe tâbi tutulmuştur. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişik metinde, İsviçre Medenî Kanununun aile hukuku kitabının vesayete ilişkin üçüncü kısmı, "*Erişkinlerin Korunması*" başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile korunmaya muhtaç durumdaki erişkinler için alınacak tedbirler hükme bağlanmaktadır. Yapılan değişikliklerde öne çıkan temel amaç, korunmaya muhtaç erişkinlerin, mümkün olduğunca resmî müdahale ile karşı karşıya bırakılmadan, gerektiğinde ailelerinin desteğini de alarak, ihtiyaç duydukları bakım ve korunmaya kavuşturulmalarıdır. Böylece kanun koyucunun yaklaşımının, aile birliğinin kuvvetlendirilmesi ve resmî müdahalenin tâlilîği ilkelerine uygun olduğu görülmektedir¹.

¹ Hausheer, Heinz: "Der neue Erwachsenenschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, I. Cilt, Ankara 2010, 1111-1116; Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.: *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern 2010, 3 vd.; Biderbost, Yvo: "Der neue Erwachsenenschutz im Überblick", *SJZ* 106/2010, 309 vd.; Gümüş, Mustafa Alper: *Türk Medenî Hukukunda Kayyumluk*, İstanbul 2006, 351-355.

Kanunda daha önceki düzenlemelerde yer alan ve hâlihazırda Türk hukuku bakımından da geçerli olan uygulama, korunmaya muhtaç erişkinlere bu korumanın vesayet kurumundan faydalanılarak sağlanmasıdır. Mahkemece verilecek bir kısıtlama kararı üzerine haklarında vesayet tesisi ve kendilerine bir vasi atanması ile bu kimseler, bir taraftan özellikle hukukî işlemlerde temsil edilme imkânına kavuşurken, bir taraftan da, denetim makamının faaliyetleri dikkate alındığında görüleceği üzere, adeta resmî bir himayeye erişmiş olmaktadırlar. Kanun koyucu, vasinin atanması hususunda getirdiği düzenlemelerle, kısıtlamaya ve resmî makamların konuya dâhil olmalarına rağmen, kısıtlanan kimsenin muhtaç olduğu korumanın aile içinde sağlanmasını da kısmen mümkün kılmıştır². Bu sebeple vesayet kurumunun esas itibarıyla, resmî müdahalenin tâlilîği ilkesine değilse bile, aile birliğinin güçlendirilmesi ilkesine uygun olduğu söylenebilir. Vesayet kurumu ile sağlanamayan, ancak İsviçre Medenî Kanunundaki son değişikliklerle getirilen son derece önemli bir imkân ise kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını (*Selbstbestimmungsrecht*) kullanmasının sağlanmasıdır³.

Vesayet kurumu çerçevesinde alınan tedbirler, her ne kadar korunmaya muhtaç erişkinin menfaatlerine hizmet etmekteyse de, bilhassa kısıtlamanın akıl hastalığı veya akıl zayıflığına dayandığı durumlarda, vesayet altına alınan kimseye söz hakkı tanımaz. Zira vesayet, ancak vesayeti gerektiren hallerden biri ortaya çıktığı takdirde söz konusu olabilir. Başka bir deyişle, hakkında vesayet tesisi ile kendisine vasi atanacak olan kimse, kısıtlama sebebine bağlı olarak, bu aşamada artık kendisi hakkında bizzat karar verebilecek durumda değildir. Hal böyle olunca vesayetdeki durum aslında kısıtlının, gerektiğinde şahsının ve malvarlığının en iyi biçimde korunması için güvенеceği kişinin ve menfaatlerinin sağlanması için izlenmesi gereken yolun, bir başkası tarafından belirlenmesinden ibarettir.

İsviçre kanun koyucusu, vesayet ve kısıtlama kurumlarını bütünüyle yürürlükten kaldırdığı değişiklikle, kişinin kendisi hakkında bizzat karar

² Haklı sebepler engel olmadıkça, vesayet altına alınacak kişinin öncelikle eşi veya yakın hısımlarından biri, vasilik koşullarına sahip olmaları kaydıyla bu göreve atanır (MK m. 414, Art. 380 aZGB).

³ Arter, Oliver: "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder", *Der Schweizer Treuhänder*, 9/2007, 657.

verebilmesine hizmet eden iki yeni kurum getirmiştir. Bunlardan biri hasta tasarrufu (*Patientenverfügung*)⁴, diğeri ise çalışma konumuzu oluşturan tedbir vekâletidir (*Vorsorgeauftrag*). Bu iki kurumun ortak noktası, bir kimsenin, henüz ayırt etme gücüne ve fiil ehliyetine sahipken, gelecekte ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açacak bir durumla karşı karşıya kalma ihtimalini düşünerek, bu dönemde yapılacakları geçerli hukukî düzenlemeler çerçevesinde belirlemesini mümkün kılmasıdır. Hasta tasarrufu, ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde söz konusu olabilecek tıbbî tedbirlere ilişkin tasarruflarını ifade etmektedir (Art. 370 ZGB). Tedbir vekâletinde ise, fiil ehliyetine sahip bir kimse, ileride ayırt etme gücünü kaybettiği takdirde, şahsî bakım ve korunmasını sağlamak, malvarlığını yönetmek ve kendisini hukukî işlemlerde temsil etmek üzere bir temsilci belirlemektedir (Art. 360 ZGB).

Ayırt etme gücünün beklenmedik bir hastalık veya kaza sonucunda kaybedilmesi, her zaman söz konusu olabilir. Bunun yanı sıra değişen hayat şartları ve tıbbî gelişmeler sonucunda ortalama hayat süresinin uzamış olması, ilerleyen yaşlarda alzheimer hastalığına veya başka hastalıklara bağlı olarak ortaya çıkabilecek demans sebebiyle ayırt etme gücünün kaybedilmesi riskini ciddi ölçüde artırmaktadır⁵. Türk hukukunda, bu durumda alınabilecek yegâne hukukî tedbir, kısıtlama ve vasi tayinidir. Kanaatimizce, bu kimselere ayırt etme gücünden yoksun buldukları sürece kendileriyle ve malvarlıklarıyla ilgilenecek, hukukî işlemlerde kendilerini temsil edecek kişiyi bizzat tayin etme imkânının verilmesi zorunludur. Bu sebeple “tedbir vekâleti”nin, tıpkı “hasta tasarrufu” gibi hukukumuz bakımından da değerlendirilmesinin önemli olduğu düşüncesindeyiz⁶.

⁴ “Hasta tasarrufu”, ölüme bağlı bir tasarruf niteliğini taşımadığından, çalışmada, doktrinde tercih edilen “hasta vasiyeti” terimi kullanılmamıştır. Aynı yöndeki kullanım ve hasta tasarrufuna ilişkin Alman Hukukundaki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. *Demir, Mehmet*: “Hasta Tasarrufları ve Tıbbî Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme”, *III. Sağlık Hukuku Kurultayı*, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, 602. Aksi yöndeki kullanım için bkz. *İmamoğlu, Hülya*: “İsviçre Medenî Kanununun Tıbbî Tedbirlere Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış”, *www.e-akademi.org* (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı: 132, Nisan 2013, 3.

⁵ TÜİK ölüm nedeni verilerine göre, 2010 yılında Alzheimer hastalığından ölen yaşlı nüfus oranı %2,7 iken bu oran 2011 yılında %2,9, 2012 yılında ise %3,4'e yükselmiştir (*Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni*, Sa. 16057, 19 Mart 2014. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=16057>).

⁶ Erişkinlerin, özellikle yaşa bağlı olarak ortaya çıkan akli ve/veya fizikî melekelerindeki yetersizlikleri ya da noksanlıkları nedeniyle gerek bireysel olarak, gerek malvarlıkları bağlamında korunmaları, milletlerarası düzeyde 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin

II- TEDBİR VEKÂLETİNİN TANIMLANMASI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A) TEDBİR VEKÂLETİNİN TANIMLANMASI

Tedbir vekâleti, İsviçre Medenî Kanununda Art. 360-369 ZGB hükümleriyle düzenlenmiştir. Kanunda tedbir vekâletinin tanımına yer verilmemiştir. Art. 360 ZGB hükmü, fiil ehliyetine sahip bir kişinin, ayırt etme gücünün kaybı halinde şahsî bakımını veya malvarlığının idaresini üstlenmek üzere ya da hukukî ilişkilerde kendisini temsil etmek için, bir gerçek veya tüzel kişiyi yetkilendirebileceğini belirtmektedir (Art. 360 ZGB Abs. 1). Buna göre tedbir vekâleti, bir kimsenin, ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde geçerli olmak üzere, bir başkasına şahsî bakımı, malvarlığının idaresi ve hukukî işlemlerde temsili hususunda yetki vermesi şeklinde tanımlanabilir⁷.

B) TEDBİR VEKÂLETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanunda her ne kadar "vekâlet" (*Auftrag*) terimi kullanılmışsa da, tedbir vekâleti başlangıçta yalnızca, yetki verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi erteleyici şartına bağlı bir temsil yetkisi verilmesinden ibarettir⁸. Yetkilendirilen kişi, tedbir vekâleti ile kendisine yükletilen ödevleri yerine getirmeyi ve dolayısıyla bu ilişkiye dâhil olmayı kabul edinceye kadar,

Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi" ile düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Sargin*, Fügen: "Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", *AÜHFD* 2003, C. 52, Sa. 2, 1-75.

⁷ *Heiniger Pfister*, Jeannette: "Der Vorsorgeauftrag und die pflichtteilbelastende Nacherbeneinsetzung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht", *Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012*, Zürich 2012, 201; *Widmer Blum*, Carmen Ladina: *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich 2010, 311; *Breitschmid*, Peter/Matt, Isabel: "Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wurrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff)", *Pflegerecht* 2012, 226; *İmamoğlu*, 3; *Frei*, David W./*Holderegger*, Nicole: "Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2013, 1225; *Stoll*, Daniel: "Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?", *Successio - Zeitschrift für Erbrecht* 2013, 39.

⁸ *Fassbind*, Patrick: *ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kommentar, inkl. Anhang zum neuen Erwachsenenschutzrecht*, Zürich 2011, 1664; *Schmid*, Jörg: "Vollmachten und Vorsorgeauftrag", *Nachlassplanung und Nachlassteilung/Planification et partage successoraux*, Zürich 2014, 277; *Breitschmid/Matt*, 226; *Stoll*, 40; *Gutzwiller*, Peter Max: "Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des 'Vorsorgeauftrages' (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.6.2006)", *AJP* 2007, 558.

tedbir vekâleti olarak adlandırılan hukukî ilişki kurulmuş olmaz⁹. Bu kabul ise ancak "Erişkinleri Koruma Makamı"nın (*Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde*) tedbir vekâletine ilişkin geçerlilik ve etkinlik şartlarını incelemesinden sonra söz konusu olabilir¹⁰. Böylece tedbir vekâleti, yetkilendirilen kişinin vekâleti kabulüne kadar, kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece her zaman geri alabileceği tek taraflı bir irade açıklaması özelliği gösterir¹¹. Erişkinleri Koruma Makamının gerekli incelemeleri yapmasının ardından yetkilendirilen kişinin vekâleti kabulü ile kurulan hukukî ilişkinin, erişkinleri koruma hukukuna özgü, sözleşme benzeri bir hukukî ilişki¹² niteliği taşıdığı kabul edilmektedir¹³.

Esas olarak vekâlet sözleşmesi ile benzerlik arz etmesine rağmen, tedbir vekâleti, borçlar hukuku anlamında bir vekâlet sözleşmesi değildir. Öncelikle, tedbir vekâleti ilişkisinin kurulması, borçlar hukuku anlamında adi vekâlet sözleşmesinin kurulmasına nazaran çeşitli açılardan farklılık gösterir. Borçlar hukukunda sözleşmeler, tarafların birbirine uygun irade beyanlarının karşılıklı olması sonucu meydana gelir. Başka bir deyişle, sözleşme taraflarının aynı anda hem irade açıklamasının sahibi hem de karşı tarafın irade açıklamasının muhatabı olmaları gerekir¹⁴. Oysa tedbir vekâletinde, tedbir vekâleti veren ile tedbir vekilinin irade açıklamaları karşılıklı değildir. Tedbir vekâleti verenin iradesi, Erişkinleri Koruma Makamına yönelmiştir. Ayırt etme gücünün kaybı üzerine Erişkinleri Koruma Makamının yapacağı incelemenin ardından, tedbir vekili de kabul iradesini yine Erişkinleri Koruma Makamına yönelik olarak açıklar¹⁵. Tedbir

⁹ *Widmer Blum*, 272. Tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişinin vekâleti kabul etme zorunluluğu yoktur (*Kuhn, Rolf/Jakob*, Marjolaine: "Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht: Ein Überblick und einige Gedanken", *TREX* 2013, 107).

¹⁰ *Kuhn/Jakob*, 107.

¹¹ *Fassbind*, 1664; *Kuhn/Jakob*, 107.

¹² Bilhassa tedbir vekâletinin kuruluşuyla ilgili özellikler, öneri ve kabul ile meydana gelen basit bir iki taraflı hukukî işlem niteliğini şüpheli kılmaktadır (*Widmer Blum*, 312).

¹³ *Stoll*, 40; *Schmid*, 279; *Kuhn/Jakob*, 108; *Brückner*, Christian: "Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen - eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz", *BN* 2011, 41. Tedbir vekâletinin hukukî niteliğine ilişkin olarak "kendine özgü vekâlet" kavramının kullanılması için bkz. *Fassbind*, 1664.

¹⁴ *Eren*, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, 219.

¹⁵ Tedbir vekilinin kabul iradesini, henüz ayırt etme gücüne sahip olduğu sırada, tedbir vekâleti verene yönelik olarak açıklaması, teorik olarak mümkün ise de tedbir vekâleti ilişkisinin kurulmasını sağlamaz (*Brückner*, 40; *Schmid*, 289). Kabul iradesi açıklandığı sırada tedbir vekâleti verenin ayırt etme gücünü kaybetmiş olacağı hususu ise, varması

vekâletinin kurulmasında, tarafların irade açıklamalarının zaman itibarıyla birbirini takip etmesi de söz konusu değildir. Tedbir vekâleti verenin irade açıklaması ile tedbir vekilinin kabul açıklaması arasında yıllar olabilir¹⁶.

Tedbir vekâleti, muhtevası itibarıyla da borçlar hukuku anlamında adi vekâlet sözleşmesinden farklıdır. Borçlar hukuku anlamındaki vekâlette, vekâlet verenin sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirme hakkının bulunmasına karşılık, tedbir vekâletinde tedbir vekâleti verenin, vekâletin yürürlüğe girmesinden sonra artık vekâleti sona erdirme imkânı bulunmamaktadır¹⁷. Bir başka önemli farklılık, vekilin hesap verme yükümlülüğüne ilişkindir. Tedbir vekilinin hesap verme yükümlülüğü, borçlar hukuku anlamındaki vekâletten farklı olarak, vekâlet verene değil, Erişkinleri Koruma Makamına karşıdır¹⁸.

Borçlar hukuku anlamında vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerden bazıları, tedbir vekâletine kıyasen uygulanabilir¹⁹. Kanun koyucu, Art. 363 Abs. 3 ve Art. 365 Abs. 1 ZGB hükümlerinde, doğrudan doğruya adi vekâlet hükümlerine atıf yapmaktadır²⁰. Böylece, yetkilendirilen kişinin sorumluluğuna ilişkin olarak Art. 398 OR, hakların devrine ilişkin olarak Art. 401 OR ve yetkilendirilen kişinin ücretine ilişkin olarak Art. 402 OR hükümleri, tedbir vekâleti bakımından da geçerlidir²¹. Buna karşılık vekâletin kurulmasına ve sona ermesine ilişkin Art. 395 ve Art. 404-406 OR düzenlemeleri, tedbir vekâletine uygulanamaz²². Art. 396 Abs. 3 OR'de yer alan vekilin dava açmak, sulh olmak, hakeme başvurmak, iflâs, iflâsın

gerekli bir irade açıklaması olan kabul açıklamasının bu niteliği, muhatabının ayırt etme gücüne sahip bulunmasını gerektirdiği için önemlidir (*Schmid*, 279).

¹⁶ *Schmid*, 279.

¹⁷ *Breitschmid/Matt*, 229 dpn. 49; *Brückner*, 40.

¹⁸ Esasen tedbir vekâleti veren, tedbir vekili ile aralarındaki hukukî ilişkinin başlangıcından itibaren fiil ehliyetinden yoksun bulunduğundan, sözleşmeden doğan denetim hakkını kullanabilecek durumda da değildir (*Brückner*, 40).

¹⁹ *Hrubesch-Millauer*, *Stephanie/Jakob*, David: "Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags", *Das neue Erwachsenenschutzrecht - insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson*, Bern 2012, 85; *Geiser*, Thomas: "Vorbemerkungen zu Art. 360-369, Kommentierung der Art. 360-369, Art. 454-456 ZGB und Art. 14/14a SchlT ZGB", *Erwachsenenschutz*, Bern 2013, 150; *Heiniger Pfister*, 202; *Brückner*, 41.

²⁰ *İmamoğlu*, 7 dpn. 59; *Stähli*, Peter: "Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag", *Das neue Erwachsenenschutzrecht - insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson*, Band 13 der Schriften INR, Bern, 2012, 130; *Geiser*, 150.

²¹ *Geiser*, 151; *Heiniger Pfister*, 202.

²² *Stähli*, 130; *Geiser*, 150.

ertelenmesi ve konkordato talep etmek, kambiyo taahhüdünde bulunmak, başıslama yapmak, kefil olmak, taşınmazı devretmek ve bir hak ile sınırlandırmak hususlarında özel olarak yetkili kılınmasını öngören hüküm de, tedbir vekâleti bakımından geçerli değildir. Tedbir vekâleti, içerdiği görevler çerçevesinde, bunun açıkça belirtilmesine gerek olmaksızın dava açma ve taşınmaz üzerinde işlem yapma yetkisini de içerir²³. Tedbir vekili, Art. 400 OR'de düzenlenen hesap verme ve iade yükümlülüğüne tâbidir. Bununla birlikte tedbir vekâleti veren, bu aşamada ayırt etme gücünü kaybetmiş olacağından, hesap verme yükümlülüğü doğrudan doğruya Erişkinleri Koruma Makamına veya Erişkinleri Koruma Makamı tarafından atanacak kanunî temsilciye ya da vekâlet veren öldüğü takdirde onun mirasçılara karşı söz konusu olabilir²⁴.

Tedbir vekâleti, hukukî niteliği itibarıyla, yine erişkinleri koruma hukukuna özgü bir kurum olan hasta tasarrufundan kesin olarak ayrılır²⁵. Hasta tasarrufu ile ayırt etme gücüne sahip bir kimse, bir taraftan ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda hangi tıbbî tedbirlere rıza gösterip hangilerine göstermeyeceğini açıklayabilir, diğer taraftan da ayırt etme gücüne sahip bulunmadığı dönemde karar yetkisine sahip olmak üzere bir gerçek kişiyi belirleyebilir²⁶. Oysa tedbir vekâleti, tıbbî tedbirlere ilişkin tasarrufları kapsamaz. Bir tedbir vekâleti çerçevesinde maddi olarak hasta tasarrufu kapsamında düzenlenmesi gereken hususların yer alması halinde, söz konusu tasarruf, şeklen tedbir vekâleti gibi düzenlenmiş olsa dahi, hasta tasarrufu olarak nitelendirilir²⁷.

III- TEDBİR VEKÂLETİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Tedbir vekâletinin geçerli olarak düzenlenmesi, kanunda belirlenmiş olan ehliyet ve şekil şartlarına uyulmasıyla mümkündür.

²³ Geiser, 150; Schmid, 280. Tedbir vekâletinde Art. 396 Abs. 3 OR'de yer alan işlemler bakımından da yetki verildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Stähli, 132; Widmer Blum, 289.

²⁴ Geiser, 151.

²⁵ Heiniger Pfister, 203; Fountoulakis, Christiana/Köbrich, Tim: "Die Verbindlichkeit des mittels No-CPR-Stempels erklärten Verzichts auf Reanimationsmassnahmen im neuen Erwachsenenschutzrecht", AJP 2013, 1439; Frei/Holderegger, 1224.

²⁶ Stähli, 133; Demir, 602; İmamoğlu, 3; Stoll, 39; Frei/Holderegger, 1224.

²⁷ Fountoulakis/Köbrich, 1439; Frei/Holderegger, 1224.

A) TEDBİR VEKÂLETİ VERENİN EHLİYETİ

Art. 360 Abs. 1 ZGB uyarınca tedbir vekâleti verenin, vekâleti düzenlediği sırada tam fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Ayırt etme gücünün varlığı tek başına yeterli değildir, kanun koyucu tam fiil ehliyeti²⁸ni aramıştır²⁹. Böylece ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip olsalar bile, kapsamlı kayyımlik (*umfassende Beistandschaft*) altında bulunanlar, kanundaki "tam fiil ehliyetine sahip olmak" şartını taşımadıklarından, tedbir vekâleti veremezler³⁰. Tedbir vekâletinin verilmesinde temsil de yürümez³¹.

B) TEDBİR VEKÂLETİNİN DÜZENLENMESİNDE UYULACAK ŞEKİL

Tedbir vekâletinin düzenlenmesi, Art. 361 ZGB hükmü ile şekle tâbi kılınmıştır. Buna göre tedbir vekâleti, noter tarafından onaylama biçiminde veya bizzat vekâlet verenin el yazısı ile düzenlenir³². Tedbir vekâletine

²⁸ İsviçre Medenî Kanunundaki son değişikliğin ardından "tam fiil ehliyeti" kavramı, esas itibarıyla ergin olan ve ayırt etme gücüne sahip bulunan kişilerin durumunu ifade etmektedir. Yeni düzenlemede "vasilik" ve "yasal danışmanlık" yer almamaktadır. Korunmaya muhtaç durumdaki erginler için yetkili makam (Erişkinleri Koruma Makamı) tarafından alınabilecek başlıca tedbirler; refakat kayyımılığı (*Begleitbeistandschaft*), temsil kayyımılığı (*Vertretungsbeistandschaft*), malvarlığının yönetimine ilişkin temsil kayyımılığı (*Vermögensverwaltungsbeistandschaft*), katılım kayyımılığı (*Mitwirkungsbeistandschaft*) ve kapsamlı (tam) kayyımlik (*umfassende Beistandschaft*) şeklinde sayılabilir. Bunlardan refakat kayyımılığının fiil ehliyetine bir etkisi yoktur. Diğer kayyımlik türlerinde ise fiil ehliyeti, somut olayın özelliklerine göre farklı ölçülerde sınırlandırılır. Kapsamlı kayyımlik, fiil ehliyetinin kanun gereği ortadan kalkmasına yol açar. Kendisine kapsamlı kayyım atanan ayırt etme gücüne sahip ergin, fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsiz durumundadır (*İmamoğlu*, 8 dñn. 69; *Gümüş*, 351). Doktrinde tedbir vekâletinin düzenlenmesine ilişkin olarak, kapsamlı kayyımlik dışında, kendisine kayyım atanmış olan ergin kişinin her somut olayda fiil ehliyeti bakımından değerlendirilerek "tam fiil ehliyetine sahip bulunma" şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespitinin gerektiği savunulmuştur (*Widmer Blum*, 273; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 86).

²⁹ *Widmer Blum*, 273; *Geiser*, 121; *Hrubesch-Millauer Stephanie/Jaussi*, Martina: "Instrumente der Vermögenssorge - das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Auftrag und zur Vollmacht", *AJP* 2014, 1283.

³⁰ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 86.

³¹ *Geiser*, 121; *Hrubesch-Millauer/Jaussi*, 1283.

³² *Heiniger Pfister*, 201; *Widmer Blum*, 271; *Hrubesch-Millauer/Jaussi*, 1282; *Geiser*, 122; *Arter*, 658; *Breitschmid/Matt*, 226; *Frei/Holderegger*, 1227, dñn. 22. Öngörülen şekil şartı esasen vasiyetnamenin düzenlenmesinde aranan şekil şartıdır. Böylece tedbir vekâletinin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu durumlarda dahi, vekâlet kapsamında yer verilen hususların vekâlet verenin son arzuları olarak dikkate alınması mümkün kılınmış

ilişkin belgenin, tamamıyla, bizzat vekâlet verenin el yazısıyla yazılması, tarih atılarak imzalanması gerekir³³. Bir başkasına dikte ettirilmek suretiyle veya daktilo, bilgisayar gibi bir araçla hazırlanan tedbir vekâleti geçerli değildir³⁴. Hazırlanan belgenin imzalanmamış olması veya tarihin yazılmaması, şekil eksikliğine yol açar. Belgenin düzenlendiği yerin gösterilmesi ise zorunlu değildir³⁵.

Kanunda şekil şartı, tedbir vekâleti bakımından geçerlilik şartı olarak düzenlenmiş olduğundan, şekle aykırılık, tedbir vekâletinin kesin geçersiz olması sonucunu doğurur³⁶. Şekil şartının yerine getirilmiş olup olmadığını incelemekle yükümlü olan Erişkinleri Koruma Makamı, geçersizlik halinde tedbir vekâleti veren için gereken koruma tedbirlerini alır³⁷. Tedbir vekâleti ile yetkilendirilen kişinin, şekil eksikliğine rağmen "vekil" olarak kabulü mümkün değildir. Bununla birlikte, Erişkinleri Koruma Makamı, özellikle tedbir vekâleti veren kimseye bir kayyım atanmasının gerekli olduğu durumlarda, kayyımın kimliği ve görevlerinin kapsamı hususunda, şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan tedbir vekâletinde belirlenmiş olan esasları göz önünde bulundurur³⁸.

olmaktadır (*Hrubesch-Millauer/Jaussi*, 1282; *Geiser*, 122; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 85; *Stoll*, 40).

³³ *Widmer Blum*, 272; *Heiniger Pfister*, 201; *Hrubesch-Millauer/Jaussi*, 1282. Tedbir vekâletinin düzenlendiği tarihin tam olarak gösterilmesi zorunlu değildir, kullanılan ifadeden tarihin anlaşılabilmesi yeterli görülmüştür (*Geiser*, 123). Tarihin yanlış olması da kural olarak tedbir vekâletinin geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Ancak bunun için tedbir vekâleti verenin, vekâlet verildiği tarih itibarıyla tam fiil ehliyetine sahip olduğunun şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde ispatlanabilir olması ve birden çok tedbir vekâleti düzenlenmiş olması sebebiyle bunlar arasındaki sıranın ihtilaf konusu edilmemesi gerekir (*Fassbind*, 1667; *Geiser*, 126).

³⁴ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 85; *Geiser*, 123.

³⁵ *Geiser*, 123. Tedbir vekâletinin noterce onaylama şeklinde yapılmasına ilişkin olarak federal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kantonlarda geçerli farklı düzenlemeler vardır. Noter vekil olarak atanan kişinin kimliğini ve vekâlet verenin talimatlarını incelemekle yükümlüdür. Bununla birlikte bu kişinin kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmeye ehil olup olmadığı meselesi, tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi aşamasında değerlendirilmesi gereken bir konu olduğundan, noterin yükümlülükleri kapsamı dışında kalır (*Geiser*, 124; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 86).

³⁶ *Stoll*, 40; *Geiser*, 126.

³⁷ *Geiser*, 126.

³⁸ Esasen Erişkinleri Koruma Makamı, korunmaya muhtaç erişkinle ilgili faaliyetlerini yürütürken zaten onun isteklerini dikkate almakla yükümlüdür. Şekil açısından uygun olmasa da söz konusu kişi tarafından düzenlenmiş bir tedbir vekâleti, muhtevası itibarıyla Erişkinleri Koruma Makamının dikkate almaya mecbur olduğu bu isteklerin somutlaşmış halinden başka bir şey değildir (*Geiser*, 125).

İsviçre Medenî Kanunu, tedbir vekâletinin saklı kalması ve böylece ayırtım gücünü kaybedenin, bu durum için öngördüğü hususların gerçekleştirilememesi ihtimalinin önüne geçmek için, tedbir vekâletinin bir bilgi bankasına kaydedilebilmesi imkânını getirmiştir (Art. 361 Abs. 3 ZGB)³⁹. Bir kimse ayırt etme gücünü kaybettiği için hakkında erişkinleri koruma hukukunda öngörülen tedbirlerin alınması gerektiğinde, Erişkinleri Koruma Makamı, Nüfus Müdürlüğünden, bu kimseye ait bir tedbir vekâleti kaydının bulunup bulunmadığını sormak zorundadır (Art. 363 ZGB). Bununla birlikte, tedbir vekâletinin bilgi sistemine kaydı bir geçerlilik şartı değildir. Kanun koyucu bu imkânı getirmekle, sadece tedbir vekâletinin daha etkili bir biçimde uygulanabilmesini sağlamayı amaçlamıştır⁴⁰.

IV- TEDBİR VEKÂLETİNİN MUHTEVASI

Tedbir vekâleti veren, vekili şahsî bakımı, malvarlığının idaresi ve hukukî işlemlerde temsil edilmesi hususlarında yetkilendirebilir. Tedbir vekâletinin bu üç alandan birine hasredilmesi veya bunların hepsini kapsaması mümkündür⁴¹.

A) ŞAHSÎ BAKIM

Kanunda, tedbir vekâletinin şahsî bakımı kapsayabileceği hükme bağlanmışsa da, bu bakımdan ne anlaşılması gerektiği belirlenmemiştir. Bununla birlikte "şahsî bakım" kavramının, tedbir vekâleti verenin şahsı ile ilgili tüm alanları kapsadığı kabul edilmektedir⁴². Böylece ev işleri ve tedbir vekâleti verenin bakımıyla ilgilenen personelin işe alınması, denetlenmesi ve işten çıkarılması, tıbbî tedbirlerin alınmasına ilişkin olarak gerekli onayın verilmesi⁴³, vekâlet verenin bir hastaneye, kliniğe veya bir yaşlılar yurduna

³⁹ Tedbir vekâletinin *Infostar* isimli bu bilgi sistemine kaydına ilişkin işlemleri Nüfus Müdürlüğü yürütür. Yapılan kayıta sadece bir tedbir vekâletinin düzenlenmiş olduğu, düzenleme zamanı ve belgenin saklandığı yer belirtilir, vekâletin kapsamı kaydedilmez (*Heiniger Pfister*, 201; *Geiser*, 127; *Frei/Holderegger*, 1227 dpn. 22; *Arter*, 658).

⁴⁰ *Fassbind*, 1667; *Stoll*, 40. Belgenin nerede muhafaza edilmekte olduğunun *Infostar*'a kaydedilebilmesine karşılık, kanunda tedbir vekâletinin saklanabileceği resmî bir saklama yeri öngörülmemiştir (*Geiser*, 127).

⁴¹ Tedbir vekâleti şahsî bakım, malvarlığının idaresi ve hukukî işlemlerde temsil yetkilerinin üçünü birlikte kapsadığı takdirde kapsamlı kayımlık (*umfassende Beistandschaft*) ile örtüşür (*Fassbind*, 1664; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 29; *Heiniger Pfister*, 201; *Schmid*, 277; *Kuhn/Jakob*, 107).

⁴² *Widmer Blum*, 285; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 88.

⁴³ Tıbbî tedbirlere ilişkin hususların düzenlenmesine yönelik tasarruflar, maddi olarak hasta tasarrufu niteliği taşıyalar da aynı zamanda şahsî bakım ve özenin de bir parçasını teşkil

ya da bakımevine yerleştirilmesi kararının alınması ve haklarının bu kurumlarda görev yapan personele karşı korunması⁴⁴, tedbir vekâleti verenin tüm posta ve diğer gönderilerinin kabulü, açılması ve düzenlenmesi, tedbir vekâleti veren tarafından kullanılması mümkün olan tüm bilgi ve iletişim araçları ile ilgili olarak gerekli işlemlerin yapılması, "şahsî özen ve bakım" yükümlülüğü çerçevesinde tedbir vekilinin yerine getirmesi gereken faaliyetlerin başlıcalarıdır⁴⁵.

B) MALVARLIĞININ İDARESİ

Malvarlığının idaresi, tedbir vekilinin, ayırt etme gücünü kaybetmiş olan vekâlet verenin malvarlığına ilişkin menfaatlerini korumak hususunda yetkili ve görevli olduğunu ifade eder⁴⁶. Buna göre tedbir vekili, bütün alacak ve borçların incelenmesi, tahsili ve ödenmesi; ödemelerin kabulü, diğer getirilerin temini, malvarlığının idaresi ve bunlar üzerinde tasarruf, banka hesapları, kasalar, menkul varlıklar üzerinde tasarruf, kredilerin feshi, uzatılması, artırılması ve bunlar için teminat gösterilmesi, kasalarda saklanan içeriğin incelenmesi, teslim alınması; taşınmaz malların iktisabı, bir aynı hakla sınırlandırılması ve devri, bunlar için gerekli sicil işlemlerinin yapılması; tedbir vekâleti verenin resmî makamlar, mahkemeler, özel kurumlar, sosyal sigorta ve yardım kuruluşları önünde temsil edilmesi ve buna ilişkin usul işlemlerinin yürütülmesi; vergi beyannamelerinin doldurulması, imzalanması, sunulması hususlarında yetkili ve bunların icrası ile yükümlüdür⁴⁷.

C) HUKUKÎ İŞLEMLERDE TEMSİL

Tedbir vekilinin şahsî bakım ve malvarlığının idaresi konularındaki yetki ve görevleri, ancak kendisine hukukî işlemlerde temsil yetkisi de verildiği takdirde bir anlam ifade eder. Gerçekten de, temsil yetkisi olmaksızın tedbir vekâleti, sadece iç ilişki bakımından etkili olabilir ve

ettiklerinden, tedbir vekâletinde yer alabilirler (*Fountoulakis/Köbrich*, 1439; *Widmer Blum*, 286; *Fassbind*, 1665). Bununla birlikte bu husustaki görevler, yalnızca gerçek kişilere verilebilir (Art. 370 Abs. 2 ZGB).

⁴⁴ Tedbir vekâleti verenin bakımıyla ilgilenen doktorlar, hemşireler ve diğer personel için, tedbir vekili karşısında, vekâlet verenin durumuyla ilgili konularda sır saklama yükümlülüğü söz konusu değildir. Bankalar ve sır saklama yükümlülüğü bulunan diğer kişi ve kurumlar için de aynı muafiyet geçerlidir (*Stähli*, 126).

⁴⁵ *Kuhn/Jakob*, 108; *Stähli*, 125-126.

⁴⁶ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 88.

⁴⁷ *Stähli*, 127.

tedbir vekâletini düzenleyen menfaatlerinin korunmasına ilişkin fonksiyonlarını yerine getiremez. Tedbir vekâleti verenin dışa karşı temsil edilmesi, ancak vekile hukukî işlemlerde temsil yetkisinin de verilmesiyle mümkün olabilir; ancak bu suretle şahsî bakımın ve malvarlığının idaresine ilişkin hukukî işlemler, tedbir vekili tarafından geçerli olarak yapılabilir⁴⁸.

Hukukî işlemlerde temsil yetkisine ilişkin kanunî sınırlar, tedbir vekâleti çerçevesinde verilecek temsil yetkisi bakımından da geçerlidir⁴⁹. Böylece tedbir vekili, ayırt etme gücünü kaybetmiş olan tedbir vekâleti verenin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamaz⁵⁰.

Tedbir vekilinin, Erişkinleri Koruma Makamının temsil yetkisine ilişkin bir tasarrufu bulunmaksızın temsil yetkisine sahip olup olmayacağı tartışmalıdır⁵¹. Bununla birlikte bir kere temsil yetkisinin varlığı kabul edildikten sonra, tedbir vekili, münferit işlemler bakımından Erişkinleri Koruma Makamından bağımsız hareket eder. Başka bir deyişle, tedbir vekâletinden kaynaklanan temsil yetkisine dayanılarak yapılan hukukî işlemlerin geçerliliği, Erişkinleri Koruma Makamının iznine veya onayına bağlı değildir⁵².

V- TEDBİR VEKÂLETİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

Tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi için öncelikle vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmiş olması gerekir⁵³. Bununla birlikte ayırt etme

⁴⁸ *Widmer Blum*, 287; *Stähli*, 127; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 88.

⁴⁹ Tedbir vekâletine dayanan temsil yetkisinin, temelinde bir hukukî işlem bulunmakla birlikte, içeriği ve etkileri bakımından yasal temsil ile örtüştüğü hakkında bkz. *Geiser*, 153.

⁵⁰ *Kuhn/Jakob*, 108.

⁵¹ Doktrinde Erişkinleri Koruma Makamının, yapacağı incelemelerin ardından tedbir vekâletinin geçerliliğini tespit eden bir karar vereceği (*Validierungsentscheid*) ve bu kararın, tedbir vekilinin temsil yetkisini kazanması bakımından kurucu etkiye sahip olacağı savunulmuştur. Buna göre Erişkinleri Koruma Makamının bu kararından önce yapılacak işlemler yalnızca ivedi ve zorunlu hallerde istisnai olarak geçerli sayılabilir (*Hrubesch-Millauer/Jakob*, 93; *Widmer Blum*, 272). Bu görüş, tedbir vekâletinin amacının temsil hakkının resmî bir tasarrufa ihtiyaç bulunmaksızın varlığını gerektirdiğinden hareketle eleştirilmiştir (*Geiser*, Thomas: “Vermögenssorge im Erwachsenenschutzrecht”, *ZKE* 2013, 341; *Geiser*, 153).

⁵² *Schmid*, 290. Erişkinleri Koruma Makamı, Art. 368 ZGB hükmü gereğince koruyucu bir tedbir olarak hukukî işlemlerin geçerliliğini rızasına tâbi kılan bir düzenleme yapabilir (*Geiser*, 153).

⁵³ *Heiniger Pfister*, 202; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 89; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 32; *Stoll*, 40.

gücünün kaybı, tek başına, tedbir vekilinin belirlenen hususlarda faaliyet gösterme yetkisine sahip olması sonucunu doğurmaya yetmez⁵⁴. Ayırt etme gücünün kaybı üzerine, Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâletinin geçerli bir şekilde düzenlenmiş olup olmadığını, ayırt etme gücünün kaybının gerçekleşip gerçekleşmediğini, yetkilendirilen kişinin kendisine yükletilen ödevleri yerine getirmeye elverişli olup olmadığını ve tedbir vekâleti veren için kanunda öngörülmüş olan diğer tedbirlerden birinin alınmasının gerekip gerekmediğini inceleyerek, ulaştığı sonuca göre, tedbir vekâletinde belirlenmiş olan kişiye vekâleti kabul edip etmediğini sorar. Tedbir vekâleti ilişkisi, ancak yetkilendirilen kişinin vekâleti kabul etmesi ile kurulmuş olur ve hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵⁵.

A) AYIRT ETME GÜCÜNÜN KAYBININ GERÇEKLEŞMESİ

Tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi için ayırt etme gücünün kaybının gerçekleşmiş olması zorunludur⁵⁶. Ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedilmiş olduğu her durumda tedbir vekâletinin işlerlik kazanması mümkün değildir. Bununla birlikte kaybın kesin ve nihai olması da gerekmez. Ayırt etme gücüne sahip bulunmadığı sırada tedbir vekâleti veren için bir işlem yapılması zorunluluğunun ortaya çıkması, ayırt etme gücünün kaybı şartının gerçekleşmesi için yeterli görülmektedir⁵⁷.

Ayırt etme gücünün kaybına yönelik bir başka problem, kaybın derecesiyle ilgilidir. Kanunda, ayırt etme gücünün kaybının ne kapsam ve ölçüde gerçekleşmesi gerektiği hükme bağlanmamıştır⁵⁸. Ayırt etme gücü

⁵⁴ Tedbir vekâletinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, tedbir vekâleti veren tarafından, ayırt etme gücünün kaybına ilaveten başka şartların da gerçekleşmesine bağlanmış olabilir (*Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 29; *Steck*, Daniel: "Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen: Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner", *FamPra.ch* 2013, 941).

⁵⁵ Erişkinleri Koruma Makamı, yaptığı incelemeler sonucunda tedbir vekâletinin geçerli olduğunu ve atanan kişinin artık "vekil" sıfatını taşıdığını gösteren bir belge (*Legitimationsurkunde*) düzenler. Bu belgenin düzenlenmesi, her ne kadar tedbir vekâletinin geçerlilik kazanmasının bir şartı değilse de, vekâletin geçerlilik kazandığı bu belge ile resmen tasdik edilmiş olur (*Frei/Holderegger*, 1225; *Geiser*, 135; *Hrubesch-Millauer/Jaussi*, 1283).

⁵⁶ Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının önceliği ve resmî müdahalenin taliliği ilkeleri gereğince, tedbir vekâletinin, yalnızca ayırt etme gücünün kaybı halinde değil, fiil ehliyetinin ortadan kalkmasına yol açan her durumda yürürlüğe girmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. *Widmer Blum*, 277.

⁵⁷ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 32; *Geiser*, 137.

⁵⁸ *Gutzwiller*, 558.

nispi bir kavramdır. Bir kimse, bazı hukukî işlemler bakımından ayırt etme gücüne sahip kabul edilebilirken, bazı işlemler bakımından ayırt etme gücüne sahip olmayabilir. Bu sebeple ayırt etme gücünün varlığının her somut olayda, her işlem için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi için ayırt etme gücünün tamamıyla kaybedilmiş olmasının aranıp aranmayacağı önem taşır. Tedbir vekâleti veren, yalnızca belirli işlemler bakımından ayırt etme gücünden yoksun kabul edildiği takdirde vekâletin yürürlüğe girmesi için gereken şartın gerçekleşmemiş olacağı sonucuna varmak, tedbir vekâletinin amacını tehlikeye düşürür. Tedbir vekâleti verenin menfaatlerinin gerektiği gibi korunabilmesi için, ayırt etme gücünün belirli işlemler bakımından kaybının da, vekâletin yürürlüğe girmesi için yeterli olacağını kabul etmek gerekir⁵⁹. Böylece, ayırt etme gücü tamamen kaybedilmemiş olsa bile, tedbir vekâleti verenin, vekâletin kapsamına giren hukukî işlemler bakımından ayırt etme gücünden yoksun sayıldığı hallerde, tedbir vekâletinin yürürlüğü için gerekli şart, gerçekleşmiş olur⁶⁰.

Ayırt etme gücünün kaybedilmiş olup olmadığının tespit edilmesi, Erişkinleri Koruma Makamının görevidir. Tedbir vekâleti veren, bu hususta tedbir vekâletinde belirlediği kişiyi yetkili kılmış olsa dahi, vekâletin yürürlük kazanması noktasında, Erişkinleri Koruma Makamı yerine vekil tarafından yapılacak tespitin esas alınması mümkün değildir⁶¹. Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâleti verenin ayırt etme gücünü kaybetmiş olduğunu bizzat belirlemek ve düzenleyeceği belgede bu hususu teyit etmekle yükümlüdür⁶².

⁵⁹ Doktrinde tedbir vekâletinin belirli hukukî işlemlerle sınırlandırılması halinde bu çözümün kabul edilebileceği; ancak genel kapsamlı tedbir vekâletinin yürürlüğe girebilmesi için vekâlet verenin ayırt etme gücünü bütünüyle kaybetmiş olması gerektiği ileri sürülmüştür (*Gutzwiller*, 558). Bu görüş, özellikle Alzheimer gibi ilerlemiş yaşa bağlı hastalıklarda ayırt etme gücünün aşamalı olarak kaybedildiği, tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi için ayırt etme gücünün bütünüyle kaybedilmiş olmasının aranması halinde ise, vekâletin kapsamına dâhil hukukî işlemler bakımından ayırt etme gücünden yoksun hale gelen vekâlet veren için -tedbir vekâleti düzenlenmiş olmasına rağmen- başka koruyucu tedbirler alınması gerekeceği, bunun ise kanun koyucunun amacına ve tâlil ilkesine uygun olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir (*Widmer Blum*, 279).

⁶⁰ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 32; *Geiser*, 138; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 90.

⁶¹ Farklı bir değerlendirme için bkz. *Gutzwiller*, 559.

⁶² *Geiser*, 135; *Widmer Blum*, 280.

B) ERİŞKİMLERİ KORUMA MAKAMININ İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tedbir vekâleti verenin ayırt etme gücünü kaybetmesiyle tedbir vekâleti kendiliğinden yürürlüğe girmez. Vekâletin yürürlüğe girmesi, Erişkinleri Koruma Makamının Art. 363 ZGB'de gösterilen hususlarda yapacağı incelemelerin sonucuna bağlıdır.

1- Tedbir Vekâletine İlişkin İnceleme Yükümlülüğü

Erişkinleri Koruma Makamının tedbir vekâletine ilişkin inceleme yükümlülüğü, öncelikle vekâletin mevcut ve geçerli olup olmadığını, sonra da vekâletin yürürlüğe girmesi için gerekli olan ayırt etme gücünün kaybı şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitine yöneliktir.

Erişkinleri Koruma Makamı, bir kimsenin ayırt etme gücünü kaybettiğinden haberdar olduğunda, bir tedbir vekâletinin mevcut olup olmadığını araştırmak zorundadır. Bu husus, ilgili kayıtları tutan Nüfus Müdürlüğünden sorulur⁶³. Bizzat tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişinin de Erişkinleri Koruma Makamına ulaşarak tedbir vekâletinin düzenlenmiş olduğunu bildirmesi mümkündür. Eğer bir tedbir vekâleti yoksa veya Erişkinleri Koruma Makamı tedbir vekâletinden haberdar olamamışsa ya da düzenlenen tedbir vekâletinin geçersiz olduğu sonucuna ulaşmışsa, Art. 388 ZGB ve devamı hükümleri uyarınca gereken tedbirler alınır⁶⁴.

Erişkinleri Koruma Makamı, araştırmaları sonucunda bir tedbir vekâletinin düzenlenmiş olduğunu öğrendiği takdirde, vekâlete ilişkin belgeye ulaşarak tedbir vekâletinin şekil, ehliyet ve muhteva açısından geçerli biçimde düzenlenmiş olup olmadığına karar verir⁶⁵. Erişkinleri

⁶³ *Heiniger Pfister*, 203; *Fassbind*, 1670; *Schmid*, 287. Kanunda, tedbir vekâletinin varlığıyla ilgili araştırma yükümlülüğü, kayıtlı tedbir vekâletinin varlığı ile sınırlandırılmıştır. Başka bir deyişle kayıtlı bir tedbir vekâletinin bulunmadığı durumlarda, Erişkinleri Koruma Makamının başkaca bir araştırma yapma yükümlülüğü açıkça öngörülmemiştir. Bununla birlikte Erişkinleri Koruma Makamının genel özen yükümünden, kayıtlı olmasa da bir tedbir vekâletinin bulunup bulunmadığına ilişkin tüm makul araştırmaların yapılmasına ilişkin bir yükümlülüğün söz konusu olduğu sonucu çıkarılabilir (*Geiser*, 136).

⁶⁴ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 34; *Geiser*, 135; *Widmer Blum*, 313; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 91. Böyle bir durumda Art. 374 ZGB'de düzenlenmiş olan yasal temsil yetkisi önem kazanır (*Steck*, 940).

⁶⁵ *Fassbind*, 1670. Her ne kadar kanunda bu husus açıkça düzenlenmiş değilse de, tedbir vekâleti olarak düzenlenmiş bir belgeyi elinde bulunduran herkes, Erişkinleri Koruma Makamının daveti üzerine, bu belgeyi teslim etmekle yükümlüdür (*Geiser*, 136).

Koruma Makamının incelemesi, vekâlet verenin serbest iradesiyle hareket edip etmediğini ve iradesini doğru ifade etmiş olup olmadığını da kapsar. Bu bağlamda yetkili makam, belgede yer alan hükümlerden hangilerinin tedbir vekâleti olarak nitelendirileceğini ve hangilerinin -mesela hasta tasarrufu gibi- farklı düzenlemeler niteliğini taşıdığını açıklığa kavuşturmakla yükümlüdür. Aynı belge içinde tedbir vekâletinden başka hususların da düzenlenmiş olması, tedbir vekâletini geçersiz kılmaz⁶⁶.

Tedbir vekâletinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlıdır. Bu sebeple Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâletini düzenleyen ayırt etme gücünü kaybedip etmediğini de inceleyerek tespit etmekle yükümlüdür⁶⁷.

2- Tedbir Vekâletinde Yetkilendirilen Kişiyeye İlişkin İnceleme Yükümlülüğü

Art. 360 Abs. 1 ZGB uyarınca, tedbir vekâleti ile yetkilendirilen kişi, bir gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Yetkilendirilen kişinin tedbir vekâletinde ismen belirtilmesi gerekir; vekilin kimliğini belirleme yetkisinin bir üçüncü kişiye bırakılması mümkün değildir⁶⁸. Bununla birlikte tedbir vekâleti veren, belirlediği kişinin vekâleti kabul etmemesi veya Erişkinleri Koruma Makamı tarafından yapılacak inceleme sonucunda vekâlete uygun bulunmaması ya da bu husustaki tasarrufunun başka herhangi bir sebeple geçersiz olması ihtimali için alternatif bir isim belirleyebilir⁶⁹. Tedbir vekâletinde birden çok ismin belirlenmesi de söz konusu olabilir⁷⁰. Böyle bir durumda, yetkilendirilen kişiler arasındaki ilişkinin ve bu kişilerden her birinin hangi yetkilere sahip olacağının ayrıca belirlenmesi zorunludur⁷¹.

Tedbir vekilinin fiil ehliyeti bakımından durumunun ne olması gerektiği, kanunda belirtilmemiştir. Bununla birlikte doktrinde, her ne kadar merkezinde temsil yetkisi bulunsa da, tedbir vekâletinde taraflar arasındaki hukukî ilişki saf temsil yetkisi verilmesinden ibaret olmadığından, en

⁶⁶ Geiser, 137.

⁶⁷ Widmer Blum, 280; Frei/Holderregger, 1225.

⁶⁸ Fassbind, 1665.

⁶⁹ Kuhn/Jakob, 107; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, 29; Fassbind, 1665; Hrubesch-Millauer/Jakob, 87.

⁷⁰ Fassbind, 1665.

⁷¹ Stähli, 130; Hrubesch-Millauer/Jakob, 87.

azından vekâlet benzeri bir ilişki niteliği taşıdığından, ayırt etme gücünün varlığının yeterli olmayacağı, vekilin fiil ehliyetine sahip bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁷².

Tedbir vekâletinin geçerliliğine ve hüküm ve sonuçlarını doğurması için gereken şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin incelemelerinin ardından, Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişinin vekâleti yürütmeye elverişli olup olmadığı hususunu da inceleyerek, bu hususta bağlayıcı bir karar vermekle yükümlüdür. Bu inceleme, yetkilendirilen kişinin tedbir vekâletinin kapsamına giren görevleri yerine getirme yeterliliğine sahip olup olmadığı ve tedbir vekâleti veren ile vekil arasında, bu görevlerin yerine getirilmesini engelleyecek bir menfaat çatışmasının bulunup bulunmadığı hususlarını içerir⁷³.

3- Diğer Tedbirlerin Değerlendirilmesi

Erişkinleri Koruma Makamı, vekâletin geçerliliğine ve yetkilendirilen kişinin vekâleti yürütmeye elverişli olup olmadığına ilişkin incelemesinin ardından, tedbir vekâletinin, ayırt etme gücünü kaybetmiş olan kişinin menfaatlerinin gerektiği gibi korunmasını sağlayıp sağlayamayacağını da değerlendirir. Art. 363 Abs. 2 ZGB hükmüne göre yetkili makam, bu hususta tedbir vekâletinin yeterli olmayacağı sonucuna vardığı takdirde, tedbir vekâleti verenin korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür⁷⁴. Bu kapsamda tedbir vekâletine ek olarak bir kayyım atanması ve hatta kayyımın tedbir vekili ile aynı kişi olması da mümkündür. Tedbir vekâletinin yanı sıra kayyımlık gibi bir ek tedbirin öngörülmesi halinde Erişkinleri Koruma Makamı, vekil ile atadığı kayyım arasındaki yetki sırasını mümkün olduğunca kesin bir biçimde belirlemelidir. Vekil ile kayyımın aynı kişi olması halinde de, farklı etkileri olan iki farklı hukukî ilişki söz konusu olacağından, bu husus son derece önemlidir. Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâletinin gerekli korumayı sağlayamayacağı hususunu tespit ettikten sonra, Art. 368 ZGB'de düzenlenmiş olan tedbirlerden herhangi birinin alınmasına karar verebilir⁷⁵.

⁷² *Widmer Blum*, 284.

⁷³ *Frei/Holderegger*, 1225; *Geiser*, 139; *Stähli*, 137; *Hrubesch-Millauer/Jaussi*, 1283; *Stoll*, 41.

⁷⁴ *Kuhn/Jakob*, 107.

⁷⁵ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 91 dpn. 109; *Geiser*, 140.

C) TEDBİR VEKÂLETİNDE YETKİLENDİRİLEN KİŞİNİN VEKÂLETİ KABULÜ

Geçerli olarak düzenlenmiş bir tedbir vekâleti, vekâlet verenin ayırt etme gücünün kaybı ve Erişkinleri Koruma Makamının incelemesinin ardından, ancak yetkilendirilen kişinin vekâleti kabul etmesi ile hüküm ve sonuçlarını doğurur⁷⁶.

Tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişinin vekâleti kabul etme yükümlülüğü yoktur. Esasen vekâletin kabulü, en erken, tedbir vekâleti verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi üzerine Erişkinleri Koruma Makamının yapacağı inceleme sırasında gündeme gelir⁷⁷. Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişiyi, kabul açıklaması ile kurulacak hukukî ilişkiden doğacak hak ve yükümlülükleri hususunda bilgilendirir. Yetkilendirilen kişi, bundan sonra tedbir vekâletini kabul edip etmeyeceği hakkında bir karar verir. Kabule ilişkin irade, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın açıklanabilir. Bu açıklamanın yapılmasıyla tedbir vekâleti veren ile tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişi arasında, sözleşme benzeri bir hukukî ilişki meydana gelir⁷⁸.

Tedbir vekâletinin kabulü üzerine Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekiline, ayırt etme gücünden yoksun bulunan tedbir vekâleti vereni temsile yetkili olduğuna dair bir belge verir⁷⁹. Bu belge, özellikle üçüncü kişilerle ilişkilerde, tedbir vekâletinden doğan temsil yetkisinin ispat edilmesi bakımından önem taşır⁸⁰.

VI-TEDBİR VEKÂLETİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLER

Tedbir vekâletinin kabulü ile taraflar arasında kurulan vekâlet benzeri hukukî ilişki, hem tedbir vekâleti verene hem de vekile bazı yükümlülükler yüklemektedir. Aşağıda bunlar sırasıyla ele alınıp incelenmiştir.

A) TEDBİR VEKÂLETİ VERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tedbir vekâleti verenin vekile karşı iki temel yükümlülüğü; ücret ödemek ve vekilin, tedbir vekâletinde öngörülen görevleri yerine getirirken yaptığı masrafları karşılamaktır (Art. 366 ZGB).

⁷⁶ Kuhn/Jakob, 107; Fassbind, 1671.

⁷⁷ Geiser, 141; Kuhn/Jakob, 107; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, 31.

⁷⁸ Widmer Blum, 272; Hrubesch-Millauer/Jakob, 92; Geiser, 141.

⁷⁹ Heiniger Pfister, 203; Geiser, 142; Widmer Blum, 313.

⁸⁰ Hrubesch-Millauer/Jakob, 92; Geiser, 142; Heiniger Pfister, 203.

1- Tedbir Vekiline Ücret Ödenmesi

Kanunda tedbir vekâletinin ivazlı olmasını gerektiren bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple tedbir vekâleti ivazlı ya da ivazsız olabilir. Tedbir vekâleti veren, bu hususu kendi takdirine göre serbestçe belirler⁸¹.

Tedbir vekâletinde ücret hususunda hüküm bulunmaması halinde, bundan tedbir vekâleti verenin vekâletin ivazsız olmasını istediğinin anlaşılabilmesi kaydıyla, Erişkinleri Koruma Makamının vekâleti tamamlamak ve vekile bir ücret takdir etmek yetkisi vardır⁸². Bunun için tedbir vekâleti sebebiyle vekilin yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüklerin kapsamının, vekile bir ücret ödenmesini haklı göstermesi gerekir⁸³. Ücretin belirlenmesinde, yürütülen faaliyetlerin özelliği ve tedbir vekâleti verenin ekonomik durumu dikkate alınır. Özellikle vekilin, tedbir vekâletinden doğan yükümlülükleri, aynı zamanda meslekî faaliyetinin kapsamına girdiği takdirde, ödenecek miktarın bu duruma uygun olması gerekir⁸⁴. Erişkinleri Koruma Makamı, gerektiğinde, aynı tedbir vekâleti çerçevesinde gerçekleştirilen farklı işler için ödenecek ücretin hesaplanmasında uygulanmak üzere farklı esaslar belirleyebilir⁸⁵.

2- Tedbir Vekâletinin Yürütülmesi Sırasında Yapılan Masrafların Karşılanması

Tedbir vekilinin vekâletin yürütülmesi sırasında yaptığı masrafları karşılamak, tedbir vekâleti verenin yükümlülüğüdür. Bu kapsamda; ayırt etme gücünü kaybetmiş olan vekâlet verenin bakım masrafları, vekilin ücreti, Erişkinleri Koruma Makamının faaliyetlerinden kaynaklanan masraflar, ödenmesi gereken harçlar ve vekilin diğer masrafları sayılabilir. Söz konusu masraflar, kural olarak tedbir vekâleti verenin malvarlığından

⁸¹ *Kuhn/Jakob*, 108; *Geiser*, 160; *Fassbind*, 1674; *Widmer Blum*, 288.

⁸² Eğer tedbir vekâleti verenin ivazsız bir vekâlet kurmak istediği anlaşılırsa, Erişkinleri Koruma Makamının bu hususu değiştirmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişi, vekâlet ivazsız olduğu için vekâleti kabul etmediği takdirde, yetkili makam, tedbir vekâleti verene bir kayyım tayin eder. Bu kayyım, tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişi olabilir (*Geiser*, 161; *Kuhn/Jakob*, 108).

⁸³ *Widmer Blum*, 288; *Geiser*, 164; *Kuhn/Jakob*, 109.

⁸⁴ Tedbir vekili olarak belirlenen hemşirenin, vekâlet veren için profesyonel şahsî bakım faaliyeti yürütmesi halinde durum böyledir (*Geiser*, 164).

⁸⁵ Bir hukukî uyumsuzluğun söz konusu olması halinde, tedbir vekilinin kendisi de avukat olduğu takdirde, faaliyetinin bu kısmı için ayrıca uygun bir ücret ödenmesi talebinde bulunabilir (*Geiser*, 164).

karşılır. Vekâlet verenin malvarlığı ve gelirleri yeterli olmadığı takdirde, bakım ve destek yükümlülüğü çerçevesinde hısım ve eşlere müracaat edilebilir. Eğer bu da mümkün olmazsa, masrafları devlet karşılar⁸⁶.

Ayırt etme gücünü kaybetmiş olan kişinin bakımının tedbir vekâleti çerçevesinde sağlanmasının, bu kişiye bir kayyım atanması suretiyle sağlanmasına nazaran önemli ölçüde fazla masrafa yol açtığı durumlarda, bir kayyım atanması da talep edilebilir⁸⁷.

B) TEDBİR VEKİLİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tedbir vekili, tedbir vekâleti çerçevesinde vekâlet vereni temsil etmek ve kendisine yüklenen ödevleri, vekâlete ilişkin borçlar hukuku hükümleri uyarınca, özenle yerine getirmekle yükümlüdür (Art. 365 Abs. 1 ZGB). Bu temel yükümlülüğün yanı sıra, vekil için, belirli durumlarda Erişkinleri Koruma Makamını bilgilendirme yükümlülüğü de öngörülmüştür (Art. 365 Abs. 2-3 ZGB). Aşağıda bunlar ayrı ayrı ele alınmıştır.

1- Tedbir Vekâletinin Özenle Yürütülmesi

Tedbir vekili, vekâletin kapsamında yer alan şahsî bakımın sağlanması, hukukî işlemlerde temsil ve malvarlığının idaresi hususlarındaki yetki ve görevlerini, tedbir vekâleti verenin menfaatlerini koruyucu bir biçimde ve özenle kullanmak ve yerine getirmek zorundadır⁸⁸.

Kural olarak vekâletin yürütülmesinin şahsen gerçekleştirilmesi gerekir. Bununla birlikte şahsî bakımın sağlanması için gerekli faaliyetlerin bir üçüncü kişi aracılığıyla sürdürülmesi veya münferit hukukî işlemlerin yapılması için bir başkasının vekil tayin edilmesi, tedbir vekâletinden aksi anlaşılmadıkça, mümkün olmalıdır⁸⁹.

Tedbir vekâletinin yürütülmesi, Art. 365 Abs. 1 ZGB uyarınca, adi vekâleti düzenleyen borçlar hukuku kurallarına tâbidir. Buna göre tedbir vekili, görevlerini özenle yerine getirmek (Art. 398 OR) ve her zaman işlerin

⁸⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, 34; Arter, 659; Geiser, 165.

⁸⁷ Geiser, 166.

⁸⁸ Widmer Blum, 290; Arter, 659; Geiser, 152; Schmid, 289. Vekilin özen borcu konusunda geniş bilgi için bkz. Başpınar, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, 1040 vd.; Gümüş, Mustafa Alper: Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, 45 vd.

⁸⁹ Heiniger Pfister, 202; Geiser, 155.

yürütülmesi hakkında hesap verebilecek durumda olmak (Art. 400 OR) zorundadır. Bu kapsamda olmak üzere, yapılan işlemlerin belgelenebilir olması sağlanmalıdır. Hazırlanan belge ve raporlar, tedbir vekâleti veren ayırt etme gücünü yeniden kazandığı takdirde ona veya gerektiğinde Erişkinleri Koruma Makamına, kayyım ya da tedbir vekâleti verenin mirasçılara sunulur⁹⁰.

Tedbir vekili, faaliyetlerinden Art. 398 OR ve devamı hükümlerine göre sorumludur⁹¹.

2- Erişkinleri Koruma Makamının Bilgilendirilmesi

Tedbir vekili, tedbir vekâletinin ve dolayısıyla kendi görev ve yetkileri çerçevesinin dışında kalan, ancak yapılması zorunlu olan bir işlemi tespit ettiği veya başka herhangi bir sebepten, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin menfaatinin korunması için erişkinlerin korunmasına ilişkin başka bir tedbirin alınması gerektiği takdirde, Erişkinleri Koruma Makamını gecikmeksizin durumdan haberdar etmekle yükümlüdür⁹². Erişkinleri Koruma Makamının tedbir vekâletinin kapsamını genişletme yetkisi yoktur. Bununla birlikte, tedbir vekâleti verenin menfaatlerinin korunması için yerine getirilmesi gereken bu ek görevler bakımından tedbir vekilini "kayyım" olarak ataması veya kanunda öngörülmemiş başka tedbirleri alması mümkündür⁹³.

Erişkinleri Koruma Makamını bilgilendirme yükümlülüğü doğuran bir başka durum, tedbir vekâleti veren ile tedbir vekili arasında bir menfaat çatışmasının söz konusu olmasıdır. Art. 365 Abs. 3 ZGB hükmü, böyle bir durumda tedbir vekilinin yetkisinin düşeceğini öngörmektedir. Menfaat çatışmasının varlığından haberdar olduğu halde ilgili işlemi yapan vekil, çatışan menfaatler sebebiyle meydana gelecek zarardan sorumlu olur. Art. 456 ZGB uyarınca bu sorumluluk, borçlar hukukundaki adi vekâlet hükümlerine tâbidir. Menfaat çatışmasının kendisine bildirilmesi üzerine Erişkinleri Koruma Makamı, söz konusu işlem için bir kayyım atar⁹⁴.

⁹⁰ Kanunda envanter düzenlenmesi yükümlülüğü öngörülmemiş olmakla birlikte, tedbir vekâleti verenin malvarlığının muhafazası da vekilin görevleri arasında yer aldığından, dolaylı olarak bu hususta bir yükümlülüğün de var olduğu kabul edilmektedir (*Geiser*, 155).

⁹¹ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 95; *Heiniger Pfister*, 202.

⁹² *Arter*, 659; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 33; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 95.

⁹³ *Geiser*, 156.

⁹⁴ *Schmid*, 291; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 33; *Arter*, 659; *Kuhn/Jakob*, 109; *Widmer Blum*, 315; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 94.

VII- TEDBİR VEKÂLETİNİN SONA ERMESİ

Tedbir vekâleti, vekâlet verenin vekâleti geri alması, vekilin tedbir vekâletini feshetmesi, vekâlet verenin ayırt etme gücünü yeniden kazanması, vekâlet verenin ölümü ve tedbir vekâletinde bir süre belirlenmiş olması halinde bu sürenin dolmasıyla sona erer.

A) TEDBİR VEKÂLETİNİN GERİ ALINMASI

Tedbir vekâleti veren, vekâleti her zaman geri alabilir. Bunun için ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Kendisine bir kayyım atanmış olması da -bunun için fiil ehliyeti aranmadığından- geri alma imkânını ortadan kaldırmaz⁹⁵.

Tedbir vekâletinin geri alınması şekle tâbidir; tedbir vekâleti veren, ancak kanunda vekâletin düzenlenmesi için öngörülmüş olan şekillerden biriyle vekâleti geri alabilir (Art. 362 Abs. 1 ZGB). Bununla birlikte geri alma için, vekâlet verilirken kullanılmış olan şekle uyulması zorunlu değildir; vekâlet veren mesela noterde onaylama biçiminde verdiği vekâleti, kendi el yazısı ile düzenlediği bir belge ile geri alabilir⁹⁶.

Tedbir vekâletinin, bu hususa ilişkin tasarrufu içeren orijinal belgenin, vekâlet veren tarafından, bilinçli olarak yok edilmesi suretiyle geri alınması da mümkündür (Art. 362 Abs. 2 ZGB)⁹⁷. Söz konusu belgenin, kazara veya bir üçüncü kişi tarafından vekâlet verenin rızası dışında yok edilmesi halinde, tedbir vekâletinin içeriğinin tespit edilebilir olması kaydıyla, vekâlet geri alınmış sayılmaz⁹⁸.

Tedbir vekâleti, yeni bir tedbir vekâletinin düzenlenmesi suretiyle de geri alınabilir. Vekâlet veren, yeni bir tedbir vekâleti düzenlediğinde, içeriğinden önceki vekâletin tamamlanmasını amaçladığı anlaşılmadıkça, eskisini geri almış olur. Bu sonucun doğması için, yeni vekâlet düzenlenirken ilki ile aynı şeklin uygulanmasına gerek yoktur⁹⁹.

Geri alınmış olan tedbir vekâletinin hukuken artık bir anlamı ve etkisi kalmaz. Geri almadan sonra vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi

⁹⁵ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 95; *Kuhn/Jakob*, 107; *Breitschmid/Matt*, 229.

⁹⁶ *Fassbind*, 1668; *Geiser*, 131.

⁹⁷ *Stähli*, 136; *Arter*, 658. Vekâletin noter aracılığıyla düzenlendiği durumlarda, noterin orijinal belgeyi yok edilmek üzere vekâlet verene teslim etmesi gerekir (*Geiser*, 131).

⁹⁸ *Geiser*, 130; *Fassbind*, 1668.

⁹⁹ *Breitschmid/Matt*, 229 dpn. 48; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 31.

halinde de tedbir vekâleti yürürlüğe girmez. Geri alınmış olan tedbir vekâletinin yeniden geçerlilik kazanması için, geri almaya yönelik tasarrufun iptal edilmesi gerekir¹⁰⁰.

B) TEDBİR VEKÂLETİNİN FESHİ

Tedbir vekâletinin vekil tarafından feshi, Art. 367 ZGB'de düzenlenmiştir. Buna göre tedbir vekili, iki aylık fesih süresine uymak kaydıyla her zaman, Erişkinleri Koruma Makamına yapacağı yazılı bir ihbarla tedbir vekâletini sona erdirebilir. Tedbir vekâletinin bu şekilde olağan feshi için bir gerekçe belirtilmesine gerek yoktur¹⁰¹.

Tedbir vekâletinin, feshi ihbar süresi olmaksızın sona erdirilmesi de mümkündür. Ancak olağanüstü fesih için haklı bir sebebin bulunması zorunludur. Haklı sebep, ayırt etme gücünden yoksun olan tedbir vekâleti verenin veya etrafındaki diğer kişilerin davranışlarından, Erişkinleri Koruma Makamının vekâleti başka tedbirlerle veya görevlerle birleştirmiş olmasından ya da vekilin şahsında meydana gelen hastalık, yolculuk gibi önemli durumlardan kaynaklanabilir. Her halde, tedbir vekilinin, nispeten uzun bir süre olan feshi ihbar süresi boyunca vekâleti yürütmesinin beklenemeyeceği durumlarda, haklı sebebin varlığı kabul edilir¹⁰².

C) AYIRT ETME GÜCÜNÜN GERİ KAZANILMASI

Tedbir vekâleti veren kimsenin, kaybettiği ayırt etme gücünü sonradan yeniden kazanması halinde, kural olarak vekâlet kanundan dolayı, kendiliğinden sona erer (Art. 369 Abs. 1 ZGB). Bunun için ayırt etme gücünün kazanıldığıнын bir başkası tarafından anlaşılmış olması gerekmediği gibi, Erişkinleri Koruma Makamının tedbir vekâletinin sona erdiğine dair bir tasarrufu da aranmaz¹⁰³. Bununla birlikte kanunda bu kurala iki istisna getirilmiştir. Bu istisnalardan ilki Art. 369 Abs. 2 ZGB'de yer alır. Söz konusu hüküm uyarınca, ayırt etme gücünü yeniden kazanan kişinin menfaatleri tehlikede olduğu takdirde vekil, tedbir vekâleti veren kendi menfaatlerini bizzat gözetecek duruma gelinceye kadar, üstlendiği görevleri sürdürmekle yükümlüdür. Böylece, kişinin ayırt etme gücünü yeniden

¹⁰⁰ Geiser, 129.

¹⁰¹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, 32; Fassbind, 1675; Stähli, 135; Geiser, 170; Heiniger Pfister, 203.

¹⁰² Fassbind, 1675; Geiser, 172.

¹⁰³ Geiser, 182.

kazanması üzerine tedbir vekâletinin sona ermesi sebebiyle bir yetki boşluğu doğmasının ve tedbir vekâleti verenin bu durum dolayısıyla zarara uğramasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır¹⁰⁴. İkinci istisnayı düzenleyen Art. 369 Abs. 3 ZGB ise tedbir vekilinin, ayırt etme gücünün yeniden kazanıldığından haberdar olmaması halini hükme bağlamaktadır. Buna göre vekilin, yetkisinin sona erdiğini bilmeksizin yaptığı işlemlerden, tedbir vekâleti veren, vekâlet devam ediyormuş gibi sorumludur¹⁰⁵.

Ayırt etme gücünün kazanılmış olduğundan söz edebilmek için, bu durumun sürekli olmasını aramak gerekir¹⁰⁶. Ayırt etme gücünün yeniden kaybedilmesi halinde, geri alınmış olmadıkça tedbir vekâleti yeniden yürürlüğe girer¹⁰⁷.

D) VEKÂLET VERENİN ÖLÜMÜ

Vekâlet verenin ölümü, tedbir vekâletini sona erdirir. Bununla birlikte tedbir vekâletinde, vekâletin ve temsil yetkisinin, ölümden sonra da geçerli olacağı öngörülebilir (Art. 35 Abs. 1 ve Art. 405 Abs. 1 OR). Bu durumda, artık doğrudan doğruya borçlar hukuku kurallarının uygulanacağı bir vekâlet söz konusu olur. Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekâleti verenin ölümünden sonra vekile talimat veremeyeceği gibi vekâleti ya da temsil yetkisini de kaldıramaz¹⁰⁸.

E) TEDBİR VEKÂLETİNDE BELİRLENEN SÜRENİN DOLMASI

Tedbir vekâletine ilişkin tasarrufun ne kadar süre ile geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme, kanunda yer almamaktadır. Vekâlet veren, belirli bir süre içinde vekâletin yürürlüğe girmesini gerektirecek olayın gerçekleşmemesi halinde tedbir vekâletinin geçersiz olacağını öngörebilir. Bu durumda vekâlet, yalnızca belirlenen sürede vekâlet veren ayırt etme gücünü kaybettiği takdirde geçerli olur. Tedbir vekâleti verenin, vekâleti yalnızca belirli bir tarihe kadar etkili olacak şekilde ya da yalnızca ayırt etme gücünün kaybından itibaren belirli bir süre boyunca geçerli olacağı kaydıyla sınırlandırması da mümkündür¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Widmer Blum*, 283; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 96; *Stähli*, 135.

¹⁰⁵ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 96.

¹⁰⁶ *Stähli*, 135; *Schmid*, 277; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 31; *Widmer Blum*, 283.

¹⁰⁷ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 31; *Geiser*, 131.

¹⁰⁸ *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 97; *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 31.

¹⁰⁹ *Geiser*, 132.

VIII- ERİŞKİNLERİ KORUMA MAKAMININ MÜDAHALESİ

Erişkinleri Koruma Makamı, gerektiğinde tedbir vekâletine müdahale ederek tedbir vekâleti verenin menfaatlerinin korunmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu müdahale, tedbir vekâletinin yorumlanması veya tamamlanması (Art. 364 ZGB) suretiyle görece pasif nitelikte olabileceği gibi, tedbir vekâletinin yürütülmesi sırasında kanunda belirlenen koruma tedbirlerinin alınması (Art. 368 ZGB) şeklinde de olabilir.

A) TEDBİR VEKÂLETİNİN YORUMLANMASI VE TAMAMLANMASI

Tedbir vekâleti, taraflar arasında sürekli bir hukukî ilişki kurar. Vekâletin geçerli olduğu süre içinde, tedbir vekâletinin düzenlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmuş hususlar değişiklik gösterebilir veya genel kapsamlı olarak düzenlenmiş tedbir vekâletinin somutlaştırılması ve detaylandırılması gerekebilir. Erişkinleri Koruma Makamı, tedbir vekilinin veya bir üçüncü kişinin talebiyle ya da gerektiğinde resen, vekâletin yorumlanması yoluna gidebilir. Tedbir vekâletinin yorumlanmasında esas olan vekâlet verenin iradesidir¹¹⁰.

Tedbir vekâletinin tamamlanması ise yorumlanmasının aksine vekilin rızasını gerektirir ve ancak yan noktalarda söz konusu olabilir. Erişkinleri Koruma Makamının, tedbir vekâletini tamamlama faaliyeti sonucunda, tedbir vekiline yeni görevler yüklemesi mümkün değildir¹¹¹.

B) TEDBİR VEKÂLETİNİN YÜRÜRLÜĞÜ SIRASINDA KORUMA TEDBİRLERİ ALINMASI

Tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi için vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi şart olduğundan, bir kere yürürlüğe girmiş olan tedbir vekâletinin, artık ayırt etme gücü bulunmayan vekâlet veren tarafından sona erdirilmesi mümkün değildir. Bunun gibi vekilin, tedbir vekâletinde yer alan talimatlara aykırı hareket etmesi, sonradan meydana gelen değişiklikler sebebiyle tedbir vekâletini yürütmeye elverişliliğini yitirmesi veya tedbir vekâleti verenin menfaatlerinin başka herhangi bir sebeple tehlikeye düşmesi halinde, bu menfaatlerin bizzat vekâlet veren tarafından korunması da söz konusu olamaz. Tedbir vekâleti verenin böyle durumlar karşısında

¹¹⁰ *Stähli*, 128; *Geiser*, 145; *Hrubesch-Millauer/Jakob*, 92.

¹¹¹ *Kuhn/Jakob*, 107; *Geiser*, 147; *Fassbind*, 1672.

korunabilmesi için, Erişkinleri Koruma Makamının müdahalesi gerekir¹¹². Bu müdahale, talep üzerine veya resen gerçekleştirilebilir (Art. 368 Abs. 1 ZGB). Kanun koyucu, Erişkinleri Koruma Makamına tanınan müdahale yetkisiyle, tedbir vekâleti veren bakımından iki aşamalı bir koruma sağlamış olmaktadır. Yetkili makam, hem tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesinden önce, ayırt etme gücünü kaybetmiş olan vekâlet veren için başka bir tedbirin gerekli olup olmadığını inceleyerek ulaştığı sonuç doğrultusunda faaliyette bulunmak ve hem de tedbir vekâletinin yürürlükte olduğu süre boyunca vekâlet verenin menfaatlerinin tehlikeye düştüğü her durumda onun korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorundadır¹¹³.

Erişkinleri Koruma Makamının tedbir vekâletinin yürütüldüğü sırasında alabileceği tedbirler arasında kayyımlik (*Beistandschaft*) tesis etmek, vekile talimat vermek ve vekilin tedbir vekâletinden doğan yükümlülüklerine ek olarak envanter çıkarma veya periyodik hesap ve rapor verme yükümlülüğü öngörmek ve gerektiğinde vekilin yetkilerini kısmen veya tamamen kaldırmak sayılabilir (Art. 368 Abs. 2 ZGB). Buna karşılık Erişkinleri Koruma Makamının, bir başka kişiyi tedbir vekili olarak ataması mümkün değildir. Vekilin tedbir vekâleti için artık uygun olmadığı sonucuna varıldığı takdirde, tedbir vekâleti yerine kayyımlik tesis edilir. Tedbir vekilinin daha sıkı bir şekilde denetlenmesi zorunlu ise, istisnai durumlarda, tedbir vekâletinin kayyımlikla değiştirilmesi ve vekilin kayyım olarak atanması da düşünülebilir¹¹⁴.

IX-TEDBİR VEKÂLETİNİN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk hukukunda "tedbir vekâleti" ismiyle düzenlenmiş bir kurum bulunmamaktadır. Ayırt etme gücünden yoksun erişkinler için öngörülen nihai koruma tedbiri, bu kimselerin kısıtlanarak vesayet altına alınmasıdır.

A) TÜRK HUKUKUNDA AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN ERİŞKİNLERİN DURUMU

Türk Medenî Kanunu m. 405 hükmü uyarınca, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için

¹¹² Schmid, 289; Geiser, 175; Arter, 659; Hrubesch-Millauer/Jakob, 93.

¹¹³ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, 35.

¹¹⁴ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, 36; Arter, 659; Fassbind, 1676; Geiser, 177; Steck, 954.

kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin, kısıtlanır.

Kısıtlama ile ergin olan ve velayet altında olmayan bir kimsenin fiil ehliyeti, kanunda yer alan sebeplere dayanılarak, kişinin doğrudan doğruya kendisinin ve dolaylı olarak başkalarının korunması amacıyla, mahkeme kararıyla sınırlandırılmış olur¹¹⁵. Ayırt etme gücüne sahip erginler bakımından kısıtlama kararı, tam ehliyetli kişinin ehliyetini sınırlar ve onu sınırlı ehliyetsiz hale getirir. Bununla birlikte ayırt etme gücü olmayan ergin kimse hakkında verilen kısıtlama kararının fonksiyonu, yalnızca mevcut tam ehliyetsizlik durumunu tespit etmektir¹¹⁶.

Türk hukukunda ayırt etme gücünü kaybeden erişkinin tabi olduğu bu sistem, kanaatimizce kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının önceliği ilkesi açısından elverişsiz bir sistemdir. Vesayet hukukunda, kısıtlanan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını kullanmasına kısmen de olsa imkân sağlayacak yegâne hüküm, MK m. 415'te yer alan ve haklı sebepler olmadıkça, vasiliğe, vesayet altına alınacak kişinin ya da ana ve babasının gösterdiği kimsenin atanacağını öngören hükümdür. Hükümün uygulama alanı ise hemen anlaşılacağı üzere, vesayet altına alınacak kişinin ayırt etme gücüne sahip olması haliyle sınırlıdır. Başka bir deyişle, ayırt etme gücünden yoksun erginin kısıtlanması durumunda, vasi atanacak kişinin belirlenmesinde, kısıtlananın isteğinin ve iradesinin hiçbir rolü yoktur. Bu durum, vasiliğe atanmada vesayet altına konulan kişinin eşine ve yakınlarına tanınan öncelik hakkıyla (MK m. 414) ve özellikle ayırtım gücünü kaybeden erginin malvarlığının önem arz ettiği vakalarda ilgililerin menfaat durumlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, uygulamada önemli problemlerin doğumuna zemin hazırlamaktadır¹¹⁷. Ayrıca vesayet sistemi

¹¹⁵ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2014, 378; Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya: *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, İstanbul 2013, 482.

¹¹⁶ Kısıtlama kararı üzerine, kısıtlanan kişiye vasi atanır. Sadece gerçek kişiler vasi olarak atanabilir. Vasinin ergin olması, kısıtlı olmaması ve vasilik görevini yerine getirebilecek yeteneğe sahip bulunması gerekir (Dural/Öğüz/Gümüş, 385; Akıntürk/Karaman, 489).

¹¹⁷ MK m. 467 hükmü uyarınca, vasi, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla vesayet altındaki kişiye verdiği zarardan sorumludur. Vasi, görevini ağır surette savsaklar, yetkilerini kötüye kullanır veya güveni sarsıcı davranışlarda bulunur ya da borç ödemediği takdirde, vesayet makamı tarafından görevden alınır. Vesayet altındaki kişinin menfaatlerinin vasinin görevini yapmakta yetersizliği sebebiyle tehlikeye düşmesi halinde

içerisinde, ayırt etme gücünü kaybeden erişkinin, kendisine atanacak vasiinin vesayeti nasıl yürüteceğine dair önceden -ayırt etme gücüne sahip bulunduğu dönemde- belirteceği iradesinin dikkate alınması da söz konusu değildir. Oysa tedbir vekâleti veren, yapacağı düzenlemede, vekâletin kapsamını ve icra tarzını ayrıntılı olarak belirleme imkânına sahiptir¹¹⁸.

B) VEKÂLETİN AYIRT ETME GÜCÜNÜN KAYBI ERTELEYİCİ ŞARTINA BAĞLANMASI

Tedbir vekâleti ile ayırt etme gücünü kaybeden erişkin kimseye tanınan kendisi hakkında bizzat karar verme imkânı, Türk hukuku bakımından, ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlanmış bir vekâlet sözleşmesiyle kısmen sağlanabilir gözükmektedir¹¹⁹. Erteleyici şarta bağlı işlemlerde, erteleyici şartın gerçekleşmesiyle şartlı işlem kesinleşerek hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar¹²⁰. Taraflardan biri, sonradan şartın gerçekleştiği anda, ölmüş veya fiil ehliyetini kaybetmiş olsa bile, şartlı işlem hüküm ve sonuçlarını kendiliğinden meydana getirir¹²¹. Vekâlet sözleşmesinin, vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi erteleyici şartına bağlanmasında özellik gösteren husus, şartın gerçekleşmesinin aynı zamanda vekâlet verenin fiil ehliyetini kaybetmesi anlamına gelecek olmasıdır. Bu noktada, vekâletin sona ermesini düzenleyen BK m. 513/I hükmünün dikkate alınması gerekir. Buna göre, vekilin veya vekâlet verenin ehliyetini kaybetmesi, kural olarak vekâletin kendiliğinden sona ermesine yol açar. Bununla birlikte, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür. Böylece, vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi erteleyici şartına bağlı olarak kurulan vekâlet sözleşmesi, şartın

de vesayet makamı, kusuru olması bile, vasiyi görevden alma yetkisine sahiptir (MK m. 483). Bununla birlikte yargıya intikal eden uyuşmazlıklar, vesayet altındaki kişinin korunmasına yönelik söz konusu düzenlemelere rağmen, vasilik görevinin kötüye kullanılmasına sıklıkla rastlandığını göstermektedir (Yarg. 2. HD., 541 E./1072 K., 04.02.2002 T.; Yarg. 2. HD., 4490 E./5718 K., 03.05.2004 T.; Yarg. 2. HD., 2180 E./3547 K., 13.03.2003 T.; Yarg. 2. HD., 7043 E./7847 K., 11.06.2002 T.; kararlar için bkz. hukukturk.com).

¹¹⁸ Art. 360 Abs. 2 ZGB.

¹¹⁹ Vekâlet sözleşmesinin erteleyici şarta bağlı olarak kurulabileceği hakkında bkz. *Weber, Rolf H.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basel 2003, 2166.

¹²⁰ *Eren*, 1130; erteleyici şartın hukukî sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara 1992, 129 vd.; *Pulaşlı, Hasan: Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları*, Ankara 1989, 143 vd.

¹²¹ *Akyol, Şener: Türk Medeni Hukukunda Temsil*, İstanbul 2009, 419.

gerçekleşmesiyle, vekâlet verenin fiil ehliyetini kaybetmiş olmasına rağmen, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar¹²². Vekâlet sözleşmesinin, hemen her zaman olduğu gibi, temsil yetkisini de içermesi halinde¹²³, temsil olunanın ayırt etme gücünü kaybetmesinin temsil yetkisine etkisi de, vekâlete benzer şekilde düzenlenmiştir¹²⁴. BK m. 43/I hükmü uyarınca, hukukî işlemde doğan temsil yetkisi, temsil olunanın fiil ehliyetini kaybetmesiyle sona ererse de, bu kuralın aksi taraflarca kararlaştırılabilir veya işin özelliğinden anlaşılabilir¹²⁵.

Vekâletin erteleyici şarta bağlanması suretiyle oluşturulabilecek, tedbir vekâletine benzer bu yapı, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının önceliği ilkesi açısından, vesayet kurumundan daha elverişli görünmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce, ayırt etme gücünden yoksun kişinin muhtaç olduğu korumanın sağlanmasında, şartlı vekâlet de tedbir vekâletine kıyasla yetersizdir. Bu yetersizlik özellikle iki temel noktada ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, ayırt etme gücünü kaybetmesiyle birlikte şarta bağlı vekâlet veren hakkında başlayacak olan vesayet süreci ve bu sürecin sonuçlarıdır. Gerçekten, ayırt etme gücünü kaybeden kişinin kısıtlanarak kendisine bir vasi tayin edilmesi gerekir. Mahkeme tarafından tayin edilecek vasi, ayırt etme gücünü kaybetmiş olan vekâlet verenin yasal

¹²² Nitekim bir kimsenin ölümünden sonra yürürlüğe girmek üzere (*postmortal* temsil) veya ölümünden sonra da devam edecek tarzda (*transmortal* temsil) verilen temsil yetkisi geçerlidir (*Akyol*, 419). Vekâlet verenin ölümünden sonra da geçerliliği devam etmek üzere vekâlet verilmesi de mümkündür (*Gümüş*, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014, 202). Vekâletin vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde devam etmek üzere verilmesinin fiil ehliyetinden yoksun vekâlet verenin menfaatlerinin korunması bakımından sakınca oluşturmayacağı, zira vekâlet verene atanacak vasinin her zaman vekâlet sözleşmesini sona erdirebileceği hakkında bkz. BGE 132 III 222, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c3132222.html> (erişim: 26.01.2015).

¹²³ Vekâlet, genellikle temsil yetkisini de içeren bir işlem olmakla birlikte temsil yetkisi, vekâlet dışında başka sözleşmelerle verilebilir veya vekâlet sözleşmesi temsil yetkisini içermeyebilir (*Weber*, 2169; *Eren*, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014, 702; *Başpınar*, 100; *Gümüş*, *Borçlar Özel*, 141).

¹²⁴ Ayırt etme gücünün kaybı, temsil yetkisinin kendiliğinden sona ermesine sebep olmaz (*Steck*, 957).

¹²⁵ Temsil yetkisinin şarta bağlanması tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş bunun mümkün olduğu yönündedir. Temsil yetkisinin verilmesi, yöneltmesi gerekli bir irade beyanı ile yapılan tek taraflı bir hukukî işlemdir. Burada işlemi yapanın karşısında korunması gereken özel bir menfaat bulunmadığından, temsil yetkisinin verilmesi şarta bağlanabilir. Geciktirici şarta bağlanmış temsil yetkisi verilmesinde, yetki, ancak şartın gerçekleşmesinden sonra hüküm ifade eder (*Sirmen*, 115; *Akyol*, 167; *Oğuzman/Öz*, 173).

temsilcisi sıfatını taşır. Bu sığata ve vesayetten kaynaklanan yetkilerine dayanarak vasinin, vekâlet veren tarafından yetkilendirilmiş olan iradi temsilcinin temsil yetkisini kaldırması, hatta hüküm ve sonuçlarını ayırt etme gücünün kaybından sonra doğuracağı kararlaştırılmış olan vekâlet sözleşmesini de sona erdirmesi ihtimal dâhilindedir¹²⁶. Bu yöndeki tasarrufların her ne kadar kısıtlının menfaatlerinin korunması amacıyla yapılması gerekirse de, netice itibarıyla bu suretle, kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemdeki iradesine aykırı hareket edilmiş olmaktadır. Oysa tedbir vekâleti ile gerçekleştirilebilir hale gelen kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, tam da bu iradenin gereğinin yerine getirilmesini amaçlamaktadır¹²⁷.

Ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağı vekâletinin, tedbir vekâletine nazaran yetersiz kaldığı ikinci husus, tedbir vekâletinde vekâlet veren için öngörülen koruma tedbirlerinin, borçlar hukuku anlamında bir vekâlet sözleşmesi bakımından söz konusu olamayacağı vâkiasıdır¹²⁸. Tedbir vekâletinde Erişkinleri Koruma Makamı, hem vekâletin yürürlüğe girmesi aşamasında hem de vekâlet devam ettiği sürece, ayırt etme gücünden yoksun durumdaki vekâlet verenin menfaatlerinin tehlikede olup olmadığını değerlendirmekte ve bu amaçla tedbir vekâletinde yetkilendirilen kişiyi de denetlemektedir. Erişkinleri Koruma Makamının tedbir vekâletine müdahale etme, yetkilendirilen kişiye talimatlar verme ve gerektiğinde vekâleti kaldırma yetkileri, tedbir vekâleti devam ederken, tedbir vekâletini düzenleyen menfaatlerinin korunmasına hizmet eden yetkililerdir. Taraflar arasında yapılacak, borçlar hukuku anlamında bir vekâlet sözleşmesi çerçevesinde, böyle bir korumanın sağlanması ise mümkün değildir. Ayırt etme gücünün kaybı sebebiyle kısıtlanan kişiye atanacak vasinin ve dolaylı olarak denetim makamının vekil üzerinde de böyle bir denetimi

¹²⁶ *Akyol*, 422.

¹²⁷ Doktrinde temsil olunan hakkında verilecek kısıtlama kararının, temsil olunan aksini emretmiş olsa bile, temsil ilişkisini sona erdireceği de ifade edilmiştir (*Eren*, 408). Kısıtlama kararının temsil yetkisini bu şekilde etkileyeceğinin kabulü, ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağı temsil yetkisi verilmesi ile İsviçre Medenî Kanunu anlamında tedbir vekâleti düzenlenmesi arasındaki farkın büsbütün belirginleşmesi anlamına gelir. Bu durumda ayırt etme gücünün kaybına dayalı olarak kısıtlanan kimsenin verdiği vekâlet, temsil yetkisini içermeyen bir vekâlet olacaktır. Böyle bir vekâletinin ise tedbir vekâletinin düzenlenmesiyle gerçekleştirilmek istenen amaçlar bakımından elverişli olmayacağı açıktır.

¹²⁸ *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*, 28.

gerçekleştirebileceği düşünülebilirse de, vasinin ve vesayetin yürütülme biçiminin belirlenmesine ilişkin problemler, etkili bir denetim faaliyetinin icra edilmesine mani olacaktır. Bu sebeple ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlı bir vekâlet sözleşmesinin kurulmasıyla oluşturulacak yapının, ayırt etme gücünden yoksun erişkine tedbir vekâletiyle sağlanan korumayı sağlayamayacağı sonucuna varılması zorunlu görünmektedir.

X- SONUÇ

İsviçre Medenî Kanununda Art. 360-369 ZGB hükümleriyle düzenlenen tedbir vekâleti, bir kimsenin, ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde geçerli olmak üzere, bir başkasına şahsî bakımı, malvarlığının idaresi ve hukukî işlemlerde temsili hususunda yetki vermesini ifade eder.

Tedbir vekâletine ilişkin düzenlemenin esası, ayırt etme gücüne sahip bir erişkinin, gelecekte ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde şahsî bakımının, malvarlığının idaresinin ve hukukî işlemlerde temsiline kim tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin olarak ortaya koyduğu iradenin, ayırt etme gücünden yoksun olduğu aşamada dikkate alınmasını sağlamaktır. Böylece ayırt etme gücünün kaybı halinde uygulanacak tam vesayet ve kayyımlik yerine resmî makamların müdahalesini mümkün olduğunca en aza indiren ve korunmaya muhtaç erişkinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını kullanmasına imkân sağlayan bir sistem kurulmuş olmaktadır.

Tedbir vekâleti ile vekâlet veren, başlangıçta yalnızca şarta bağlı bir temsil yetkisi vermiş olur. Bu yetkinin geçerliliğinin bağlandığı şart, tedbir vekâleti verenin ayırt etme gücünü kaybetmesidir. Bununla birlikte vekâlet veren ayırt etme gücünü kaybettiğinde, tedbir vekâletinde yetkilendirilmiş olan kişi, derhal kendisine verilen temsil yetkisini kullanarak vekâlet veren için faaliyette bulunmaya başlayamaz. Ayırt etme gücünün kaybından haberdar olan Erişkinleri Koruma Makamı, düzenlenmiş bir tedbir vekâleti bulunup bulunmadığını araştırır. Mevcut tedbir vekâletinin geçerliliğinin, yetkilendirilen kişinin elverişliliğinin ve tedbir vekâletini düzenleyen başka bir koruma tedbirine ihtiyaç duyup duymadığının incelenmesinin ardından, yetkilendirilen kişiye vekâleti kabul edip etmediği sorulur. Yetkilendirilen kişinin vekâleti kabul yükümlülüğü yoktur. Buna rağmen vekâlet kabul edilirse, tedbir vekâleti ilişkisi kurulmuş olur. Tedbir vekâletinin geçerli olmadığı sonucuna varılması veya tedbir vekâletinde

yetkilendirilen kimsenin vekâleti kabul etmemesi halinde ise vekâlet verenin korunmasına yönelik başka tedbirlerin alınması gündeme gelir.

Tedbir vekâletinin düzenlenmesine ilişkin ehliyet ve şekil şartları ile vekâletin kapsamı, İsviçre Medenî Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre tedbir vekâleti verenin, vekâleti düzenlediği sırada tam ehliyetli olması gerekir. Noter tarafından onaylama biçiminde veya bizzat vekâlet verenin el yazısı ile düzenlenmemiş olan tedbir vekâleti geçersizdir. Tedbir vekâleti veren, şahsî bakımı, malvarlığının idaresi ve hukukî işlemlerde temsil edilmesi hususlarında temsil yetkisi verebilir. Bununla birlikte vekâletin kapsamında bu üç alanın birlikte yer alması zorunlu değildir; tedbir vekâleti bunlardan birine hasredilebilir.

Tedbir vekâleti, vekâlet verenin vekâleti geri alması, vekilin tedbir vekâletini feshetmesi, vekâlet verenin ayırt etme gücünü yeniden kazanması, vekâlet verenin ölümü ve tedbir vekâletinde bir süre belirlenmiş olması halinde bu sürenin dolması ile sona erer.

Tedbir vekâletinin yürürlüğe girmesi aşamasında önemli rol oynayan Erişkinleri Koruma Makamı, vekâletin devamı sırasında da ayırt etme gücünden yoksun olan vekâlet verenin menfaatlerinin korunmasına yönelik faaliyetlerini sürdürmekle yükümlüdür. Bu ikinci aşamada tedbir vekâletine müdahale, tedbir vekâletinin yorumlanması veya tamamlanması ya da vekâlet verenin menfaatlerinin tehlikeye düştüğü durumlarda gerekli koruma tedbirlerinin alınması biçiminde kendini gösterir. Erişkinleri Koruma Makamının tedbir vekâletinin yürütüldüğü esnada alabileceği tedbirler arasında kayyımlik tesisi, vekile talimat verme ve envanter çıkarma veya periyodik hesap ve rapor verme yükümlülükleri öngörmek ve gerektiğinde vekilin yetkilerini kısmen veya tamamen kaldırmak sayılabilir.

Türk hukukunda ise ayırt etme gücünü kaybeden erişkinlerin menfaatlerinin korunması vesayet kurumu çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Haklarında verilen kısıtlama kararının ardından, bu kişilere bir vasi tayin edilerek, malvarlıklarının idaresi ve hukukî işlemlerde temsil edilmeleri sağlanır. Medenî Kanunun vasi tayinine ilişkin düzenlemeleri, kısıtlananın iradesini büsbütün görmezden gelir nitelikte değildir. Gerçekten MK m. 415 hükmüne göre, haklı sebepler olmadıkça vasiliğe vesayet altına alınacak kişinin gösterdiği kimse atanır. Vesayet altına

alınan kişinin menfaatlerinin korunabilmesi açısından, vesayet ve denetim makamlarının faaliyetleri de, Erişkinleri Koruma Makamının yerine getirdiği sürekli gözetim ve denetim fonksiyonunu büyük ölçüde karşılamaktadır. Bununla birlikte vesayet kurumunun niteliği gereği, kısıtlanan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verebilme hakkını kullanabilmesi mümkün olamamaktadır. Zira vesayet tesisi bir kısıtlama sebebi olarak ayırt etme gücünün kaybı üzerine söz konusu olur; dolayısıyla bu aşamada, hakkında vesayet tesis edilecek kişi, artık kendisi hakkında bizzat karar verebilecek durumda değildir. Hal böyle olunca ayırt etme gücünden yoksun erişkinlerin, resmî müdahalenin tâliliği ve kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının önceliği ilkeleri çerçevesinde korunabilmelerinde, vesayet kurumunun tatmin edici bir çözüm teşkil etmediği sonucuna varılması kaçınılmaz olmaktadır.

Tedbir vekâletine alternatif olarak düşünülebilecek başka bir yöntem, ayırt etme gücünün kaybı erteleyici şartına bağlı olarak bir temsil yetkisi verilmesi veya vekâlet sözleşmesi yapılmasıdır. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu sırada yapacağı şarta bağlı vekâlet sözleşmesi ve bu sözleşme kapsamında vereceği temsil yetkisi ile ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde şahsî bakımı, malvarlığının idaresi ve hukukî işlemlerde temsili hususlarında güvendiği bir kimseyi yetkilendirmesi ve vekâletin icrasına ilişkin ayrıntıları bizzat belirlemesi mümkündür. Bununla birlikte kanaatimizce, ayırt etme gücünün kaybıyla birlikte vesayet tesisine ilişkin sürecin de başlayacak olmasına bağlı olarak, şartlı vekâlet ile sağlanabilecek koruma da tedbir vekâletine nazaran yetersiz kalacaktır. Gerçekten, bir taraftan kısıtlama kararı üzerine atanacak vasinin, ayırt etme gücünün kaybı şartının gerçekleşmesiyle hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan vekâlet sözleşmesini sona erdirmesinin ihtimal dâhilinde olması, diğer taraftan da vekâletin icrası sırasında artık ayırt etme gücüne sahip bulunmayan vekâlet verenin menfaatlerinin korunabilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının, tamamıyla kısıtlananın iradesinden bağımsız olarak belirlenmiş bir vasinin takdirine bağlanması, şarta bağlı vekâlet sözleşmesinin elverişliliğini azaltmaktadır.

Netice itibarıyla, ayırt etme gücünden yoksun erişkinlerin, özellikle kendisi hakkında bizzat karar verebilme hakkı çerçevesinde korunmaları bakımından, ne vesayet kurumu ne de ayırt etme gücünün kaybı erteleyici

şartına bağı vekâlet sözleşmesi, tedbir vekâleti ile sağlanan imkânları sağlayamamaktadır. Bu sebeple tedbir vekâletinin Türk hukuku bakımından da uygulanabilmesini sağlayacak yeni kanunî düzenlemelerin yapılması isabetli olur kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

Abs.: Absatz

AJP: Aktuelle Juristische Praxis

Art.: Artikel

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

aZGB: alte ZGB

BGE: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes

BK: Borçlar Kanunu

bkz.: bakınız

BN: der bernische Notar

C.: Cilt

dpn.: dipnot

E.: Esas

FamPra.: die Praxis des Familienrechts

HD: Hukuk Dairesi

K.: Karar

m.: madde

MK: Medenî Kanun

OR: Obligationenrecht

Sa.: Sayı

SJZ: Süddeutsche Juristenzeitschrift

T.: Tarih

TREX: Der Treuhandexperte

TÜİK: Türkiye İstatistik Kurumu

vd.: ve devamı

Yarg.: Yargıtay

ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

ZKE: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2013.

Akyol, Şener: Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.

Arter, Oliver: "Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder", Der Schweizer Treuhänder, 9/2007, 657-661.

Başpınar, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

Biderbost, Yvo: "Der neue Erwachsenenschutz im Überblick", SJZ 106/2010.

Breitschmid, Peter/Matt, Isabel: "Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)", Pflegerecht 2012, 223-234.

1- *Brückner, Christian: "Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen - eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz", BN 2011, 36-50.*

Demir, Mehmet: "Hasta Tasarrufları ve Tıbbî Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme", III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, 599-612.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümiş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2014.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014. (Kısaltılmışı: Borçlar Özel)

Fassbind, Patrick: ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kommentar, inkl. Anhang zum neuen Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2011.

Fountoulakis, Christiana/Köbrich, Tim: "Die Verbindlichkeit des mittels No-CPR-Stempels erklärten Verzichts auf Reanimationsmassnahmen im neuen Erwachsenenschutzrecht", AJP 2013, 1437-1449.

- Frei, David W./Holderegger, Nicole*: "Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht", *AJP* 2013, 1224-1231.
- Geiser, Thomas*: "Vorbemerkungen zu Art. 360-369, Kommentierung der Art. 360-369, Art. 454-456 ZGB und Art. 14/14a SchlT ZGB", *Erwachsenenschutz*, Bern 2013.
- Geiser, Thomas*: "Vermögenssorge im Erwachsenenschutzrecht", *ZKE* 2013, 329-352. (Kısaltılmışı: "Vermögenssorge")
- Gutzwiller, Peter Max*: "Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des 'Vorsorgeauftrages' (Zum Vorschlag des Bundesrates vom 28.6.2006)", *AJP* 2007, 556-560.
- Gümüş, Mustafa Alper*: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 2014. (Kısaltılmışı: Borçlar Özel)
- Gümüş, Mustafa Alper*: *Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001. (Kısaltılmışı: Özen Borcu)
- Gümüş, Mustafa Alper*: *Türk Medenî Hukukunda Kayımlık*, İstanbul 2006.
- Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.*: *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern 2010.
- Hausheer, Heinz*: "Der neue Erwachsenenschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuches", *Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan, I. Cilt*, Ankara 2010, 1111-1116.
- Heiniger Pfister, Jeannette*: "Der Vorsorgeauftrag und die pflichtteilbelastende Nacherbeneinsetzung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht", *Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2011/2012*, Zürich 2012, 200-207.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie/Jakob, David*: "Das Rechtsinstitut des Vorsorgeauftrags", *Das neue Erwachsenenschutzrecht - insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson*, Bern 2012, 84-97.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie/Jaussi, Martina*: "Instrumente der Vermögenssorge - das Verhältnis des Vorsorgeauftrags zum einfachen Auftrag und zur Vollmacht", *AJP* 2014, 1281-1296.

- İmamoğlu, Hülya*: “İsviçre Medenî Kanununun Tıbbî Tedbirlerde Temsil Hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış”, *www.e-akademi.org* (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı: 132, Nisan 2013, 1-22.
- Kuhn, Rolf/Jakob, Marjolaine*: “Der Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht: Ein Überblick und einige Gedanken”, *TREX - Der Treuhandexperte* 2013, 106-109.
- Pulaşlı, Hasan*: *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları*, Ankara 1989.
- Sargin, Fügen*: "Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", *AÜHFD* 2003, C. 52, Sa. 2, 1-75.
- Schmid, Jörg*: “Vollmachten und Vorsorgeauftrag”, *Nachlassplanung und Nachlassteilung/Planification et partage successoraux*, Zürich 2014, 259-300.
- Sirmen, Lale*: *Türk Özel Hukukunda Şart*, Ankara 1992.
- Stähli, Peter*: "Die Musterurkunde zum Vorsorgeauftrag", *Das neue Erwachsenenschutzrecht - insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson*, Band 13 der Schriften INR, Bern, 2012, 124-139.
- Steck, Daniel*: “Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen: Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner”, *FamPra.ch* 2013, 933-959.
- Stoll, Daniel*: “Der Vorsorgeauftrag als Lösung des Vertrauensdilemmas von Bankkunden?”, *Successio - Zeitschrift für Erbrecht* 2013, 35-43.
- Weber, Rolf H.*: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Basel 2003.
- Widmer Blum, Carmen Ladina*: *Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag*, Zürich 2010.

