



Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması

Nejat Aday*

Öz

Uygulamadaki adıyla vesayet tedbir şerhi, TMK m. 420 kapsamında verilen geçici hukuki koruma önlemleri arasında en çok uygulananıdır. Ancak bu önlemin ne anlama geldiği konusunda mahkemeler ve kararı uygulayan merciler arasında tam bir fikir birliği bulunmadığından uygulamada ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki vesayet hukukunun amacı, belirli zayıflık durumu içinde bulunan kişilerin esenliğinin sağlanmasıdır. Dolayısı ile vesayet makamının alacağı geçici hukuki koruma önlemlerinin de bu amaca hizmet etmesi gerekir. Aksi takdirde bu önlemler kanun koyucunun amacına aykırı olarak ilgili kişinin esenliğini tehdit eden sonuçlar doğurabilmektedir. Uygulamada vesayet makamlarınca verilen geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvuru hakkı da tanınmamaktadır. Hukuka aykırı olan bu uygulama nedeniyle konuya ilişkin olarak yüksek mahkeme içtihatları oluşmamakta, böylece uygulamada yeknesaklık sağlanamamaktadır. Çalışmamızda kısıtlı uygulama örneklerinden hareketle sorunu ortaya koyarak bazı çözüm yolları önerilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Vesayet Hukuku, Vesayet Tedbir Şerhi, TMK m.220

Provisional Legal Protection in Protection Law and Surveillance Measure Application

Abstract

With the name given to it in practice, precautionary wardship annotation is the most common temporary protective measure among those that are outlined in Art. 420 TCC. However, since there is not a complete consensus about the meaning of this measure between the courts and the offices that execute the decision, big problems arise in practice. Nonetheless the purpose of the wardship is to maintain the welfare of the people in a certain state of weakness. Therefore, the temporary protective measures that the wardship office rules should serve this purpose. If not, against the purpose of the lawmaker, these measures may result in threatening the welfare of the relevant person. In practice, the temporary protective measures ruled by wardship offices are not allowed to be appealed. Because of this illegitimate practice, there are no Supreme Court decisions about this subject, therefore unity in practice cannot be maintained. In this study, we attempt to suggest some solutions by presenting the problem with reference to limited examples from practice.

Keywords

Protection Law, Precautionary wardship annotation, Art 220 TCC

* Sorumlu Yazar: Nejat Aday (Doç. Dr.), İstanbul Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: naday@fsm.edu.tr ORCID: 0000-0003-2586-7332

Atf: Aday N, "Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması" (2019) 77(2) İstanbul Hukuk Mecmuası. Forthcoming. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2019.77.2.0000>

Extended Summary

Wardship is regulated under the title of “*wardship*” in the Third Part of the Second Book of Turkish Civil Code titled Family Law. In articles 396-494 of the Civil Code, regulations on restricting the persons in need of protection, which are called narrow tutelage, are included. The purpose of our study is to examine some of the current problems related to the temporary protection measures given by the court during the restriction and wardship process within the scope of these regulations and the custody measure comment which is often applied by the courts to express all such measures. However, these measures are sometimes applied to even after the appointment of a guardian, and similar problems are encountered in the measures taken with or after the restriction decision. Therefore, other measures related to wardship law are mentioned in our study as appropriate. Essentially, the interim measures provided for in TCC Art. 420, which are examined in detail below, are intended to provide temporary legal protection within the period until the relevant decision is taken and a guardian is appointed. For this reason, in cases of necessity in the interim period, judges and temporary legal protections are decided upon for the works and transactions that the guardian will perform at the time or in the future.

The law does not define a custody/wardship measure between temporary legal protections. TCC art. 420/1 sets out in general terms that the guardianship authority may take interim measures required by guardianship duties before the appointment of a guardian. An example of temporary measures in the regulation is the temporary abolition of the capacity of the restricted candidate and the appointment of a representative. Accordingly, the wardship authority shall take the necessary measures ex officio before the appointment of the guardian, if wardship affairs are required; in particular, he may temporarily remove the person’s capacity to act and appoint a representative to him/her. It is understood from the phrase especially in the provision that the measures that can be taken by the court are not limited to these, and other measures may be taken due to the nature of the issue. Besides, according to the TCC art. 420, the person who has avoided wardship or who has objected to the appointment of guardian is obliged to carry out the duties of the guardian until another person is appointed.

As discussed in detail below, the intention is to ensure as far as possible the well-being of people who are in a limited sense of custody in certain situations of weakness, and to protect them from the effects of these situations. The law is based on the assumption that necessary protection will be provided by the appointment of a guardian to the person who is in such situations of weakness and the custody provisions become effective from this moment on. This is because the final protection of the court will be ensured. Indeed, TCC m. 419/1 regulates that wardship authority is obliged to appoint a guardian without delay. The purpose of the provision is to

ensure the protection of the person concerned as soon as possible. However, in any case, there will be a short or long trial process until the guardian is appointed. In cases where a restriction decision is required to appoint a guardian, due to the nature of the work, the restriction decision will have to wait. Naturally, it will take time to find a suitable guardian. During this period, it may be necessary to decide on certain tasks such as having the limited candidate undergo emergency surgery, placement in an institution or following up a case or collecting the receivable for health reasons and monitoring the works required by the decision. The temporary legal protections provided for by this article (*TCC art. 420*) allow the necessary actions to be taken to protect the person concerned during this interim period. Because of this, in the period before the abolition of the wardship institution in Switzerland, the abolition of the capacity to act as a temporary legal protection measure and the appointment of a representative was called a temporary restriction in practice. This legal protection measure, which aims to ensure the protection of the restricted by the restriction decision and the use of the restricted candidate within the period from the appointment of a guardian, should not be called a temporary restriction.

Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması

I. Giriş

Vesayet kurumu Medeni Kanun'un "*Aile Hukuku*" başlığını taşıyan İkinci Kitabının Üçüncü Kısımında "*Vesayet*" üst başlığı ile düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un 396-494. maddelerinde ise "*dar anlamda vesayet*" olarak adlandırılan, korunmaya muhtaç kişilerin kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamızın konusunu, bu düzenlemeler kapsamında kısıtlama ve vasi tayini sürecinde sulh mahkemesince verilen geçici koruma önlemleri ve mahkemelerce çoğu kez bu tür önlemlerin tamamını ifade edecek şekilde uygulanan "*vesayet tedbir şerhi*"ne ilişkin bazı güncel sorunlar oluşturmaktadır. Ancak söz konusu önlemler kimi zaman vasi atanmasından sonra da devam edecek şekilde uygulandığı gibi kısıtlama kararıyla birlikte veya sonrasında verilen tedbirlerde de benzer sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda vesayet hukukuna ilişkin diğer tedbirlere de yer geldikçe değinilecektir. Esasen TMK m. 420 hükmüyle öngörülen ve aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz geçici önlemler, ilgili hakkında kısıtlama kararı alınıp vasi atanıncaya kadar geçecek süre içinde geçici hukuki koruma sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, ileride vasiinin yapması veya yerine getirmesi öngörülen iş ve işlemler için, bu ara dönemde zorunluluk ortaya çıkması halinde sulh hâkimi, geçici hukuki korumalara karar verecektir.

Kanun'da geçici hukuki korumalar arasında "*vesayet tedbir şerhi*" adı altında bir önlem tanımlanmış değildir. TMK m. 420/f. 1, henüz vasi atanması gerçekleşmeden önce, vesayet makamının, vesayet işlerinin zorunlu kıldığı geçici önlemleri alabileceğini genel bir ifadeyle düzenlemiştir. Düzenlemede geçici önlemlere örnek olarak, "*kısıtlı adayı*"nın¹ fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması ve kendisine bir temsilci atanması gösterilmiştir. Buna göre, "*Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasiinin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir.*" Hükümde geçen "*özellikle*" ibaresinden, sulh hâkiminin alabileceği önlemlerin bunlarla sınırlı olmadığı, işin niteliği gereği (vesayet işlerinin zorunlu kıldığı) başkaca önlemlerin de alınabileceği anlaşılmaktadır². Ayrıca, TMK m. 423 hükmü gereğince, vasilikten kaçınmış veya vasi atanmasına itiraz edilmiş kimsenin yerine bir başkası atanana kadar vasiye ait görevleri yerine getirmekle yükümlü

¹ "*Kısıtlı adayı*" Yargıtay uygulamasıyla yerleşmiş bir deyimdir. İsbati tartışılabilir olsa da, avukatlar ve mahkemeler tarafından yaygın olarak kullanılan bu deyimimiz biz de olduğu gibi kullanmayı tercih ettik. Örnek olarak bkz. Yargıtay 8. HD 12.11.2018, /9902/18472 (YBS): "*Taraflar arasında görülen ve yukarıda açıklanan davada yapılan yargılama sonunda Mahkemece, davanın yetkisizliğine karar verilmiş olup, hükmün kısıtlı adayı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairece dosya incelendi, gereği düşünüldü.*"

² Ömer Uğur Gençcan, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar 2. Cilt*, Md. 185-494 (Yetkin 2015) 1893.

tutulması da geçici hukuki koruma önlemlerinden sayılmaktadır³.

Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, dar anlamda vesayetle belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişilerin, bu durumların etkisinden mümkün olduğunca kurtarılmak yoluyla esenliklerinin sağlanması amaçlanmaktadır. Kanun, söz konusu zayıflık durumları içinde bulunan kimseye vasi atanması ve bu andan itibaren vesayet hükümlerinin işlerlik kazanması ile gerekli korunmanın sağlanmış olacağı varsayımından hareket etmektedir. Zira mahkemenin bu konuda vereceği hükmün kesinleşmesi ile nihai koruma da sağlanmış olacaktır. Nitekim TMK m. 419/f. 1 hükmü, vesayet makamının gecikmeksizin vasi atamakla yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Hükmün amacı, ilginin korunmasının en kısa sürede sağlanmasıdır⁴. Ancak her halde vasi atanana kadar kısa veya uzun bir yargılama süreci yaşanacaktır⁵. Vasi atanması için kısıtlama kararı verilmesi gereken durumlarda, işin doğası gereği, kısıtlama kararının beklenmesi gerekecektir. Uygun bir vasi bulunmasının zaman alacak olması da doğaldır⁶. Bu dönemde kısıtlı adayının sağlık nedeniyle acil bir ameliyata alınması, kuruma yerleştirilmesi veya bir davayı takibi ya da alacağının tahsili gibi işlere karar verilmesi ve kararın gereği olan işlerin takibi gerekebilir⁷. İşte TMK m. 420 hükmüyle öngörülen geçici hukuki korumalar, bu ara dönemde ilgiliyi korumak için gerekli işlemlerin yapılmasına imkân tanımaktadır. Bu niteliği nedeniyle, İsviçre’de vesayet kurumunun yürürlükten kalkmasından önceki dönemde, geçici hukuki koruma önlemi olarak fiil ehliyetinin kaldırılması ve temsilci atanmasına, uygulamada “geçici kısıtlama” denilmekteydi⁸. Gerçekten, kısıtlama kararı ile kısıtlıya sağlanacak korumadan, vasi atanmasına kadar geçecek süre içinde de kısıtlı adayının yararlanmasını sağlamayı hedefleyen bu hukuki koruma önlemine “geçici kısıtlama” adı verilmesi yadırganmamalıdır⁹.

II. TMK m. 420 Hükmüyle Öngörülen Geçici Hukuki Koruma Türleri

Kısıtlı adayı hakkında mahkemeye alınabilecek geçici hukuki koruma önlemleri arasında fiil ehliyetinin kaldırılması ve temsilci atanması, *ultima ratio* (son çare/araç/ imkân) niteliğindedir¹⁰. Daha hafif bir önlemle hedeflenen koruma sağlanabilecek ise

³ Doğa Elçin, ‘Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine Veya Sona Ermesine Ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması’ (2018) 67 (2) AÜHFHD 279-354, 297.

⁴ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümtüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14th edn, Filiz 2019) 426.

⁵ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan 2015) 1315-1316.

⁶ Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2th edn, Filiz 1998) 471.

⁷ Feyzullah Taşkın, *Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2002) 64.

⁸ Örneğin bkz. BGE 113 II 386, S. 388.

⁹ Öğretide “geçici vasi” deyimini hakkında bkz. Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Aile Hukuku*, (2th edn, Filiz1989) 326; Öztan 1316; Fatih Ertürk, *Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesayetin Sona Ermesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010) 81; Taşkın 65. Bu deyim uygulamada da kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Y. 20. HD., 21.6.2016, 4835/7281; Y. 11. HD., 10.04.2017, 1297/2018; Y. 2. HD., 1.7.2014, 13487/15105, Karşı Oy <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

¹⁰ Bkz. BGE 113 II 386.

fiil ehliyetinin kaldırılmasına karar verilemez¹¹. Dolayısıyla, öğretilerde fiil ehliyetinin geçici olarak sınırlandırılması ile diğer tedbirler arasında bir ayırım yapılmakta, bu ikinciler “*genel tedbirler*” başlığı altında incelenmektedir¹².

Uygulamaya yönelik eserlerde ise bu önlemlerin üç ana başlık altında incelendiği anlaşılmaktadır¹³: 1) Kısıtlı adayının malvarlığına ilişkin olarak verilen geçici koruma önlemleri. “*Akçalı geçici önlemler*” de denilen bu önlemlerle, kısıtlı adayının taşınmazlarının devrini önlemek amacıyla tapu kayıtlarına tedbir konulmakta, taşınıruları bir yedime teslim edilmekte¹⁴, bir ticari işletmenin işletilmesinin devamı veya süreye bağlı bir hakkın kullanılması sağlanmaktadır¹⁵. Uygulamada kısıtlı adayının “*yeniden borçlandırılmaması, kredi kullandırılmamasına*” yönelik tedbir kararları verilebildiği de anlaşılmaktadır¹⁶.

2) “*Kişisel geçici önlem*” ile kısıtlı adayının şahsına ilişkin tedbirler alınmakta, örneğin bir tedavi veya barınma merkezine yatırılması sağlanmakta¹⁷ veya acil bir ameliyata izin verilmektedir¹⁸. Esasen vasiinin “*kişiyeye özen*” yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler burada da dikkate alınmalıdır. Çünkü TMK m. 445-447 hükümleriyle vasiye yüklenen görevler, zorunluluk halinde sulh mahkemesinin vereceği geçici hukuki koruma önlemleriyle yerine getirilecektir. Şu halde vesayet makamı, bu ara dönemde, kısıtlı adayı küçüğün “*bakımı ve eğitimi için gereken önlemleri*” (TMK m. 445/f. 1) bu kez TMK m. 420 hükmü gereğince geçici hukuki koruma kararıyla alacaktır. Kısıtlı adayının yetişkin olması durumunda ise bu kez TMK m. 447'nin “*Vasi, kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlüdür. / Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde vasi, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebilir*”

¹¹ Peter Breitschmidt, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. Heinrich Honsell, Nedom Peter Vogt, Thomas Geiser), (2th edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2002) Art. 386, Nr. 11, S. 1895.

¹² Bkz. Oğuzman, Dural 472-473; Öztan 1316 vd.; Dural, Öğüz, Gümüş 426; Ertürk 80; Belma Kayran, *Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2012) 53.

¹³ Gençcan 1892-1893. İsviçre’de de kişiliği ve malvarlığını koruyan önlemler ayırımı yapılmakta, bunların birbiriyle kombine edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Breitschmid Art 396, Nr. 9, S. 1894.

¹⁴ Gençcan 1892-1893.

¹⁵ Ekrem Yıldız, Serhan Gürsoy, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları* (Vedat 2010) 69-76. Bu tür önlemlerin, üçüncü kişilerin hak kazanmalarına engel olmadığı yönünde bkz. Y 2. HD., 25.5.1993, 4885/5535. Karara göre, “*Mahcurun taşınmazlarının kaydı üzerine konan tedbir; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 101. maddesine göre olmayıp, Medeni Kanununun 370. maddesi hükmündedir. Vesayet altındaki kimsenin mallarının korunması için alınan tedbirler; 3. kişilerin haklarını elde etmelerine engel teşkil edemez. Tedbirin devamını haklı gösteren bir neden de yoktur. Şu halde, tedbir kararının kaldırılması isteğinin reddi usul ve yasaya aykırıdır.*” <e-uyar.com> accessed 15 Aralık 2019. Kararda “*mahcurun taşınmazları*” denilmesinden hareketle kısıtlama kararı verildiği kabul edilecek olursa, ilginin ayırt etme gücüne sahip olsa bile fiil ehliyetinin bu kararla kaldırılmış olduğu, dolayısıyla taşınmazları üzerinde tasarrufta bulunamayacağı kabul edilmelidir. Buna karşılık, kararda 743 sayılı mülga Medeni Kanun’un 370. maddesinden söz edildiği dikkate alınrsa, henüz kısıtlama kararı verilmeden alınan bir geçici hukuki korumanın söz konusu edildiği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda da geçici hukuki koruma üçüncü kişilerin hak kazanmalarına engel olmayacaksa işlevinin ne olduğu sorusu cevapsız kalmaktadır.

¹⁶ Örneğin bkz. Y. 19. HD, 12.10.2016, 4861/13282 (YBB).

¹⁷ Yıldız, Gürsoy 69-76.

¹⁸ Oğuzman, Dural 473.

veya orada alıkoynabilir ve durumu derhal vesayet makamına bildirir” yolundaki hükmünü geçici hukuki koruma kararında dikkate alacaktır. Dolayısı ile, kısıtlı adayının bakımı için gerekli olan her iş ve işlem bu çerçevede gündeme gelebilir. Kısıtlı adayının boşanması, ayrılığı, nafaka talebi, geçimi, bir sözleşmenin feshini ihbar etmesi gibi tüm iş ve işlemleri kişisel bakımı ile ilgili geçici önlemler olarak düşünülebilir¹⁹. Ancak bu durumda dahi kişinin özgürlüğünün TMK m. 420 hükmüne göre kısıtlanamayacağı, bunun için TMK m. 432’deki olguların gerçekleşmesinin şart olduğu ifade edilmelidir²⁰.

3) “Karma geçici önlem” ile ise, kısıtlı adayının hem malvarlığı hem de şahsına ilişkin geçici hukuki korumalar ifade edilmektedir²¹. Uygulamada, henüz kısıtlama kararı verilmeden kısıtlı adayının tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açması gerektiğinde, ilgilinin fiil ehliyeti geçici olarak kaldırılarak kendisine bir temsilci atanmakta ve temsilciye davayı açması için yetki verilmektedir²². Hâlbuki tek bir davayla ilgili önlem alınması gerektiğinde, sadece o davayı takip edebilecek bir kayyımın yeterli olup olmayacağı değerlendirilmelidir²³. Nitekim bir alacağın tahsili, bir sözleşmenin feshini ihbar, borçların ödenmesi gibi tedbirler de söz konusu

¹⁹ Bkz. Breitschmid Art 396, Nr. 10, S. 1895. Yargıtay 20. HD’nin 6.12.2016 tarih ve 12607/11769 sayılı kararına (YBB) konu olan bir olayda, “... davacı vekili müvekkilinin kısıtlı adayı ...’nin kızı olup, ...’ın 77 yaşında ve uzun zamandır felçli olduğunu, idrak yeteneğinin zayıf ve bakıma muhtaç bir kişi olduğunu, davalı olan diğer kardeşi ... tarafından kısıtlı adayını görmesinin engellendiğini, kısıtlı adayının bakımı ve mal varlığının korunması amacı ile müvekkilinin annesi olan kısıtlı adaya vasi olarak atanmasına ve kısıtlı adayı ile müvekkili aralarında dava sonuçlanıncaya kadar şahsi ilişki kurulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiş, sulh mahkemesince davacının şahsi münasebet kurulması talebinin tefriki ile yeni esas üzerinden davanın yürütülmesine karar verildikten sonra mahkemenin görevsizliğine karar verildiği anlaşılmıştır.” Yargıtay haklı olarak dava konusu talep hakkında aile değil sulh mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle kararı bozmuşsa da, kararın gerekçesinde “kısıtlı ergin kişi ile davacı arasında kişisel ilişki tesisine yönelik istek kısıtlanmamış ve ona yardım etme yükümlülüğü kapsamında tedbir alınması niteliğinde (TMK.md.487) olup, bu talebi inceleme ve karara bağlama görevi vesayet makamına (sulh hakimine) aittir” denilmesini isabetli bulmuyoruz. Kanımızca, davada “şahsi ilişki kurulması” talebinin kısıtlı adayının korunması ve ona yardım edilmesi bakımından tedbir alınmasına yönelik olduğu isabetli bir biçimde belirlendiğine göre, bu yöndeki bir talebin MK m. 487 değil m. 420 kapsamında geçici hukuki koruma önlemi ile karşılanabileceği göz önünde bulundurulmalıydı.

²⁰ Mustafa Alper Güntüş, *Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması* (TMK 432-437) (2005) I/2, YÜHFD 189-228, 196.

²¹ Gençcan 1893.

²² “... Davacı Z. ’nin vesayet altına alınması için kızı Ş.B. ’nun 08.08.2007 tarihinde Kastamonu Sulh Hukuk Mahkemesinden talepte bulunduğu, aynı gün mahkemenin tedbir kararı ile Z. D. ’nun TMK. ’nun 420. maddesi hükmü gereğince fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılmasına ve kızı Ş. ’in temsilci olarak atanmasına, temsilciye tapu iptali ve tescil davası açmak üzere yetki verilmesine karar verildiği...” (Y 1. HD., 8.11.2013, 12308/15496 <www.Lexpera.com.tr> Accessed 15 Aralık 2019. Ayrıca bkz. Antalya BAM 1. HD., 22.3.2017, 168/158: “... Davaya konu taşınmazın önceki maliki ve davadan önce kısıtlanması talep edilen K1 ’in babası tarafından açılan davadan önceki olayın gelişim biçiminden, kısıtlanması talep edilen hakkının tehlikede olduğu, bu tehlikeyi gören babası tarafından yasal yollara başvurulduğu, vesayet makamından kızının kısıtlanması ve hatta tedbirin kısıtlanması talebinde bulunduğu halde bu yönde bir karar verilemeden dava konusu taşınmazın dava dışı 3. kişiye, kısıtlanma talebinden ve iş bu davadan 1 gün sonra davalı tarafından devredildiği, vesayet davasının halen derdest olduğu kamu düzeni ile doğrudan bağıntılı olan böyle bir durumda ilk derece Mahkemesince vesayet davasının sonucunun beklenmesi, vasi atanması halinde ona davanın ihbarı ile T.M.K. ’nun 462/8. maddesinde sözü edilen husumete izin kararı alınarak, vasi huzuru ile davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması, kısıtlanma talebi red edildiği taktirde şimdiki gibi davanın aktif husumet ehliyeti noktasından reddine karar verilmesi gerektiği, bunun usul ekonomisine de uygun düşeceği, Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 26.03.2012 tarih 2012/3762 - 3371 E.K. sayılı ilamının da aynı yönde olduğu...” <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

²³ Yargıtay, açtığı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası devam ederken Sulh Mahkemesine yapılan ihbar sonucunda hakkında vesayet davası açılan davacının, duruşmaya gelmemesi nedeniyle dosyanın işleminden kaldırılmasına dair yerel mahkeme kararını, kişiye temsil kayyımı atanarak davaya devam edilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Bkz. Y. 1. HD., 1.4.2010, 3055/3734 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

olabileceği gibi²⁴, hâkim gerekirse bu işler için bir kayyım da atayabilir²⁵. Herhalde alınacak önlemlerin, TMK m. 420 hükmünün çizdiği çerçeveyi aşmaması şarttır²⁶. Bu bakımdan, önlem alınmasını gerektiren iş veya işlemin niteliğine uygun olmayan önlemler Kanun'a aykırı olur²⁷. Dolayısı ile alınacak geçici önlemlerin âciliyeti yanında görülecek işe elverişli olması ve o işle orantılı (amaca uygun) bulunması da şarttır²⁸.

III. Bazı Ön Tespitler ve Uygulama Sorunları

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, geçici hukuki korumalara karar verecek hâkim, esas itibariyle ileride (atandıktan sonra) vasinin yerine getireceği görevleri dikkate alarak bir karar vermek durumundadır. Bir diğer deyişle, görevini yerine getiren bir vasi bulunmuş olsaydı hâkimin geçici hukuki koruma kararı vermesine gerek bulunmayacaktı. Dolayısı ile geçici hukuki koruma kararı verilirken, vasinin görevlerine ilişkin TMK m. 438-454 hükümleri dikkate alınmalıdır²⁹.

Diğer yandan, alınacak kararın ihtiyati tedbir niteliği gözetilerek, ihtiyati tedbirlere ilişkin yargılamadaki kural ve ilkeler dikkate alınmalıdır. Yapılacak işe veya ulaşılması amaçlanan sonucun elde edilmesine elverişliliği ve orantısallığı bakımından önlemin amacının göz önünde bulundurulması zorunluluğu da buradan kaynaklanmaktadır. Öncelikle elde edilmek istenen sonucu sağlamaya elverişli en hafif önlem alınmalı; önceden alınmış bir önlem varsa sonraki önlemin buna uyarlanmasına çalışılmalıdır. Bu bağlamda, önceki önlemin hafifletilmesi veya ağırlaştırılması gündeme gelebileceği gibi, düzeltilmesi veya ayrıntılandırılması da gerekebilir³⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi, sürdürülmesi halinde fiilen kısıtlama kararı verilmesini önceleyen (sanki kısıtlama kararı varmış gibi sonuç doğuran) tedbirlerin hakkaniyete uygun olmayacağına hükmetmiştir³¹. Karara konu olan olayda, kısıtlama kararı da verilmiş olmasına rağmen karar henüz kesinleşmemiştir. Federal Mahkemeye göre, kararın kesinleşmesi ile fiil ehliyetinin zaten kaldırılacak olması mevcut tedbirin devamı için yeterli gerekçe oluşturmaz. Hatta ilgilinin borçlu olması da yeterli gerekçeyi sağlamaz. Tedbirin devamı için, vesayete ilişkin olarak görülmesi gereken acil iş veya işlemlerin varlığı veya ilgilinin çarçur etmesi tehlikesine karşı malvarlığının korunmasını gerektiren sebeplerin bulunması da şarttır. Kararda ayrıca

²⁴ Oğuzman, Dural 473.

²⁵ Köprülü, Kaneti 236. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, akıl hastalığına duçar olduğu sağlık kurulu raporu ile anlaşılan kimseye tedbiren değil de nihai olarak kayyım atanmış olmasını bozma sebebi sayılmıştır. Bkz. Y. 2. HD, 30.3.1987, 1880/2746 (Ejder Yılmaz, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* Cilt 1 (Yetkin 2001) 689).

²⁶ Breitschmid Art 396, Nr. 9, S. 1894.

²⁷ Oğuzman, Dural 473.

²⁸ Öztan 1316.

²⁹ Breitschmid Art 396, Nr. 6, S. 1894.

³⁰ Breitschmid Art 396, Nr. 6, S. 1894.

³¹ BGE 113 II 386.

İlgilinin, hâlihazırda yeniden psikiyatri kliniğine yatmış olması nedeniyle ekonomik varlığının başka önlemlerle de güvence altına alınabileceğine, *ultima ratio* olarak öngörülen fiil ehliyetinin kaldırılmasına gerek bulunmadığına da dikkat çekilmiştir. Sonuçta Yüksek Mahkeme, vesayet makamının tedbirin devamına yönelik kararının keyfilik yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Bilindiği gibi, TMK m. 420/f. 2, önlemler arasında bir ayırım gözetmeksizin “*Vesayet makamının kararı ilân olunur*” hükmünü sevk etmiştir. Buradan hareketle mahkemece alınan geçici önlemlerin ilanı gerektiği, ancak TMK m. 410/f. 2’nin kıyasen uygulanması ile iyiniyetli üçüncü kişilerin ilandan önce karardan etkilenmeyeceği kabul edilmektedir³². Hâlbuki bu hükmün kaynağı olan ve bugün yürürlükte bulunmayan Art. 386 ZGB hükmü önlemler arasında bir ayırım gözetmiş ve sadece fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılarak kısıtlı adayına temsilci atanmasına dair önlemlerin ilan edilmesini hüküm altına almıştır. İsviçre öğretisinde diğer önlemlerin ilanına gerek bulunmadığı, sadece malvarlığını güvence altına alan önlemlerin ilan edilmese de bankalar ve ilgili mercilere bildirilmesinin önlem alınmasındaki amaca uygun düşeceği kabul edilmektedir³³. Uygulamada ilan, hatta herhangi bir geçici koruma kararı dahi olmaksızın ilgilinin tasarruflarına getirilen fiili kısıtlamalar düşünüldüğünde, Türk Hukuku bakımından da fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması dışındaki kararların ilan edilmemesi uygun olacaktır. Bankalara ve ilgili mercilere bildirim yapılması gereken durumlarda ise verilen geçici hukuki korumanın içeriği ve kapsamı konusunda hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak açıklamalar yapılmalı, böylece önlemin amacını aşacak şekilde uygulanmasına engel olunmalıdır.

Uygulamada kısıtlı adayı hakkında vesayet tedbir şerhi kararı verildikten sonra kendisine temsilci atanmasının ihmal edildiğine dahi rastlanmaktadır. Esasen açıklık taşımayan her türlü tedbir kararı amacı dışında uygulanma riski taşır. Zira bizdeki gibi her türlü sorumluluktan kurtulmayı “*hayır*” cevabının kolaylığında arayan bürokrasilerde, tedbir, “*yapamazsın!*” anlamına gelmektedir. Hâlbuki bütün bir vesayet kurumunun amacı, ilgilinin içinde bulunduğu zayıflık durumlarının yol açtığı elverişsiz koşulların mümkün olduğunca giderilerek o kişinin esenliğinin sağlanmasıdır. Fiilen kısıtlı veya kısıtlı adayının esenliğini ihlal eden uygulamaların, kişinin Anayasa ile güvence altına alınan temel haklarını³⁴ ve keyfilik yasağını ihlal ettiği açıktır. Anayasa’nın 61. maddesinde “*sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler*” başlığı altında “*Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır*” (f. 2), “*Yaşlılar, Devletçe korunur. Yaşlılara Devlet yardımı ve sağlanacak diğer haklar ve kolaylıklar kanunla*

³² Dural, Ögüz, Gümüş 427.

³³ Breitschmid Art 396, Nr. 9, S. 1894.

³⁴ Geçici hukuki korumaların Anayasa Hukuku ile ilişkisi bakımından bkz. Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (Onikilevha 2013) 20 vd.

düzenlenir” (f. 3), “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır” (f. 4), “Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur” (f. 5) hükümlerini sevk edilmiştir³⁵. Uygulamada, hakkında tedbir kararı bulunmayan konularda bile kısıtlı adayı veya kısıtlının malvarlığını kilitleyen, vasi tarafından bile işlem yapılmasına izin verilmeyen durumların söz konusu olduğu düşünüldüğünde, konunun ne denli önemli ve acil önlemler alınmasını gerektirdiği anlaşılır. Sorunun ciddiyetini ortaya koymak bakımından bir örnek olaydan söz etmekte yarar görüyoruz:

Detayları ve belgeleri kişisel arşivimizde mevcut olan bu örnek olayda mahkeme, kısıtlılık kararı vermesine rağmen kısıtlının maaşının yatırıldığı hesaba tedbir koymamıştır. Zira kısıtlının aylık bakım giderleri maaşının çok üzerinde olup, bu giderler kısıtlının aynı zamanda vasisi olan bir yakını tarafından maaş hesabına aktarılmakta ve oradan harcanmaktadır. Vesayet makamı dönemsel olarak bu harcamalara ilişkin dökümleri ve vasi tarafından hazırlanan raporları incelemekte ve bunlara onay vermektedir. Ancak maaş hesabının bulunduğu banka şubesi, hesap sahibinin kısıtlı olduğunu anladığında hesap üzerine kendiliğinden vesayet şerhi koymuş ve hesabı işleme kapatmıştır. Vasi, itirazlarının banka tarafından kabul görmemesi üzerine mahkemeye müracaat ederek hesap üzerindeki tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme ise, kendisinin verdiği bir tedbir kararı bulunmadığından, bankaya hitaben bu işlemin sebebinin açıklanmasını isteyen bir yazı göndermiştir. Bankanın mahkemeye verdiği cevabın ilgili kısımları şöyledir:

“...Mahkemenizin ... sayılı vesayet kararınızda ...'in vesayet altına alındığı ve kısıtlı olduğu belirtildiğinden ... şubemizdeki ... no.lu hesabına **kısıtlılık (vesayet) şerhi işlenmiştir**. Bu nedenle, Türk Medenî Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ün 24'üncü maddesi uyarınca **mahkeme kararı ya da yetkili vasi olmaksızın hesaplarda işlem yapılamamaktadır**. Mahkemenizce belirlenen yetkili vasi tarafından hesap üzerinde yine **mahkemenizce belirtilen işlemler** yapılabilecektir. Bu doğrultuda, Vasi ...'in bankamız müşterisi ...'in hesapları üzerinde işlem yapmak istemesi sebebiyle işbu yazıyı düzenleme zarurietine³⁶ doğmuştur. Buna göre, vasinin bankamız nezdinde hesapla ilgili para yatırma, para çekme, havale, eft ve internet bankacılığı ürün tanımlaması ile internet bankacılığından her türlü bankacılık işleminin yapılabilmesi işlemlerini gerçekleştirebileceği hususunda **olurunuzu** arz ederiz.”

Bu yazı, uygulamadaki keyfilik boyutlarını göstermesi bakımından yeterlidir. Yazıda gerekçe olarak gösterilen VVMT m. 24 hükmünün bankalara yönelik bir düzenlemesi olmadığı gibi, hükmün içeriği de kısıtlıya ait paranın mutlaka bir hesapta biriktirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, böyle bir zorunluluk olduğunda paranın hesapta biriktirilmesi kararını verecek olan banka değil mahkemedir. Esasen VVMT, 20 maddesinde “*Malvarlığının ihtiyaca*

³⁵ Bu konuda bkz. Asu Gözüm, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2011) 7-13 vd.

³⁶ Yazıda bu şekilde geçtiği için düzelmemiş olup “zaruret” şeklinde anlaşılmalıdır.

yetmesi durumunda yapılacak işlemler”i açıklarken “*aşağıdaki*” hükümlere atıfta bulunmuş, bunlar arasında “*Para ve menkul kıymetler*” başlığı altında 24. maddede bazı düzenlemelerde bulunmuştur. Dolayısı ile, düzenlemenin sistematüğinden, malvarlığının ihtiyaca yetmemesi durumunda bu hükümlerin uygulanmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Esasen mahkeme de bu nedenle VVMT m. 24 gereğince herhangi bir karar almamıştır. Çünkü düzenlemenin, somut olayda olduğu gibi maluliyet aylığından başka geliri ve malvarlığı bulunmayan bir kısıtlı ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak banka kendisini hâkim yerine koyduğunda bu yorumları yapabilmekte ve bu hatalı uygulama düzeltilene kadar kısıtlı veya kısıtlı adayı ciddi tehlikelere maruz kalabilmektedir. Örneğin acil bir tedavi veya ilaç ihtiyacını giderememekte, bu nedenle sağlığı riske edilebilmektedir. Bu duruma maruz kalan bazı kısıtlılar yakınlarının yardımıyla bu ihtiyaçlarını giderebiliyor olsa da, böyle bir imkânı bulunmayan kimselerin yaşadığı riskleri, onları bu tür risklerden korumak için alınması gereken önlemler sonucunda yaşıyor olması çok ciddi ve bir an önce el atılması gereken bir sorundur.

Örnek verilen banka yazısında asıl gözden kaçırılan husus, kısıtlama kararı ile kısıtlananın vasi değil, kısıtlının bizzat kendisi olduğudur. Vasi, TMK m. 449’da sayılan yasak işlemler dışında kısıtlı nam ve hesabına her türlü hukuki işlemi yapmaya ehil ve yetkilidir. Vasinin hangi işlemler için vesayet veya denetim makamından izin alması gerektiği TMK m. 462 ve 463 hükümlerinde düzenlenmiştir. Bunların dışında vasinin vesayeten yapacağı iş ve işlemlerin kısıtlanabilmesi için vesayet makamınca verilmiş bir tedbir kararının varlığı gerekir. Böyle bir karar bulunmaksızın kısıtlının hesaplarına bizzat banka tarafından tedbir konulması ve uygulanması, mahkemeden rol çalmak anlamına gelir. Böylesine hukuk dışı bir uygulamanın hiçbir engelle karşılaşmadan uzun zamandır devam ediyor olması, bürokrasiyi keyfi bir şekilde uygulayan görevlilerin tutumları karşısında yurttaşların ne denli savunmasız ve çaresiz olduğunu gösterir. Kısıtlama kararlarının bankalara bildirilmesinin sebebi, kısıtlının işlem ehliyetinin kaldırılmasından bankayı haberdar ederek kısıtlının bizzat işlem yapmasına engel olmaktır. Hesap üzerinde vasinin işlem yapmasını engellemek bakımından ise bankanın ne görevi ne de yetkisi bulunur.

Bir Yargıtay kararına konu olmuş bir başka örnek olaydan söz etmek, sorunun bir başka yönünü ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır. Karara³⁷ konu olan olayda, “*Davacı vekili, müvekkilinin babası ile davalı yüklenici arasında 18.11.2005 tarihinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzalandığını; sözleşme gereği, sözleşme tarihinden itibaren 24 ay olarak kararlaştırılan teslim süresinde müvekkiline ait 3 dairenin teslim edilmediğini, binanın yıkılıp, davalıya tesliminden yeni bina yapıp murise teslimine kadar geçecek süre içerisinde yüklenicinin bir daire tahsis edeceği, yada aylık 350,00 TL kira ödeyeceğinin kararlaştırılmasına rağmen bu edimin de yerine getirilmediğini*

³⁷ Y. 23. HD, 09.05.2016, 1014/2984 (YBB).

ve bu nedenle murisin huzur evinde kaldığını ileri sürerek şimdilik kaydıyla kira gelir kaybı kapsamında 3.000,00 TL, kira gelir kaybı gecikmesi için 1.000,00 TL, huzurevi borcu için 4.000,00 TL'nin ticari faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

“Davalı vekili, ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2007/426 esas sayılı dosyası ile **vesayet makamınca taşınmaza tedbir konduğunu, tedbirin muris ölene dek devam ettiğini**, bu tedbir sebebiyle kat irtifakı kurulmadığını, iskan ruhsatı alınamadığını, bu sebeple müvekkilinden doğmayan sebeplerden dolayı zarar talep edilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.”

Mahkeme davayı kabul etmiş, davalının temyizi üzerine Yargıtay “sözleşmeye konu olan taşınmaz üzerine ... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2007/426 Esas sayılı dosyasında 17.07.2007 tarihinde **tedbir şerhi** konulduğu anılan tedbir kararının, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin arsa sahibinin görev ve yükümlülükleri maddesiyle birlikte değerlendirilerek, arsa sahibinin yada vesayet altına alındıktan sonra vasisinin kat irtifakının kurulmaması ve yükleniciye ait kat irtifak tapularının devredilmemesi nedeniyle yüklenicinin finans ihtiyacını karşılayamamasının inşaatın geç teslimine etkisinin ne olduğu üzerinde durularak gerekirse ek rapor alınmak suretiyle gecikme tazminatına hükmedilip edilmeyeceği konusunda yeterli araştırma yapılmadan ve doyurucu gerekçe gösterilmeden karar verilmesinde isabet görülmemiştir” gerekçesiyle hükmü bozmuştur.

Uygulamada vesayet sürecindeki tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamayacağı kabul edildiğinden, bu örnekte olduğu gibi tedbire ilişkin kararlara, ancak bunlardan dolayı olarak söz eden başka kararlar vasıtasıyla ulaşılabilmektedir. Yukarıda alıntılanan kararda da doğal olarak tedbirin haklılığı tartışılmamış, ancak tedbirin etkisi, davalının kusurunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı veya azaltıp azaltmayacağı bağlamında ele alınmıştır. Hâlbuki tedbir kararına ilişkin bir Yargıtay incelemesi yapılmış olsaydı, tapuyu kilitleyecek şekilde verilen veya böyle uygulanan bir tedbirin, kısıtlı aday veya kısıtlının çıkarlarını korumak ve esenliğini sağlamakla hiçbir ilgisinin olmadığı ortaya çıkabilirdi. Kısıtlı adayının devam etmekte olan işlerinin bulunması halinde, bunların bizzat kısıtlı aday tarafından sürdürülmesinde sakınca görüldüğü takdirde mahkemenin, bu işlerin tümüyle durması sonucunu doğuracak bir önlem almaktan ziyade işlerin devamı sağlayacak önlemler almalı, gerekirse bu işlerin yönetimi için kayyım atamak yoluna gitmelidir. Bu yapılmadığı için, yukarıda alıntı yaptığımız Yargıtay kararına konu olan olayda taraflardan birinin mutlak surette zarara katlanması gerekecektir. Hâlbuki bu zarardan kusuru olmayan kısıtlı aday veya kısıtlı sorumlu tutmak doğru olmadığı gibi, salt vesayet makamının isabetli bir önlem almaması nedeniyle davacının zarara katlanması gerekmesi de hakkaniyete aykırıdır. Geçici önlemlerin hiç uygulanmaması kadar yanlış uygulanmasının da ciddi zararlara yol açabileceği bu örneklerle yeteri kadar gösterilmiş olmaktadır.

IV. Tapu ve Nüfus Sicillerinde Vesayet Şerhi Uygulaması

Yukarıda vesayet tedbir şerhinin bankalar ve mahkemeler uygulamasında yol açtığı bazı sorunlara işaret ettik. Ancak vesayet makamının verdiği kısıtlama ve geçici hukuki koruma kararlarının tapu ve nüfus sicillerine işlenmesi de uygulamada sorunlara yol açmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere, TKGM ve NVİGM, ilgili müdürlüklere gönderdikleri yazılarla bu sorunlara çözüm getirmeye çalışmaktadır. Ancak sorunların asıl çözüm yerinin yüksek mahkeme içtihatları olması gerekse de, buraya kadar örnek olarak zikrettiğimiz yargısal kararlardan da anlaşılacağı üzere, doğrudan doğruya söz konusu geçici hukuki koruma önlemlerine ilişkin yüksek yargı kararlarına rastlanmamaktadır. Bunun en önemli nedeni, geçici önlemlere ilişkin kararlara karşı kanun yollarının fiilen kapatılmış olmasıdır.

Yasal temelini TMK m. 420 hükmünde bulan ve bu yönüyle geçici hukuki korumalardan olduğu kuşku götürmeyen vesayet tedbir şerhinin ne anlama geldiği ve hukuki sonuçlarının neler olduğu ancak uygulamada karşılaşılan somut olaylar bağlamında ortaya konulabilir. Bu nedenle, hakkında yayınlanmış çok az sayıda yargısal karar bulunan bu kurumu, sadece bilinen az sayıdaki yargısal içtihatlar bağlamında değil; TKGM ve NVİGM uygulamaları açısından da aydınlatmakta zorunluluk bulunmaktadır. Uygulamada ortaya çıkan sorunların başında, vesayet tedbir şerhinin, kendisine vasi atanmış kısıtlılar hakkında da uygulanması gelmektedir. Bu tür uygulamaların nadirattan olmadığı, TKGM ve NVİGM'nin aşağıda nakledeceğimiz yazılarından açıkça anlaşılmaktadır. Böylece, mahkeme ilamıyla elde edilmesi amaçlanan nihai hukuki korumanın dışında bir geçici hukuki korumaya süreklilik kazandırılmış olmaktadır. Hâlbuki mahkemenin vasi atanmasına ilişkin kararının kesinleşmesi ile vesayet kurumu tüm yasal sonuçlarıyla kısıtlıyı koruma işlevini yerine getirmeye başlamaktadır. Dolayısıyla, vasi atama kararının kesinleşmesi³⁸ veya vasinin göreve başlaması³⁹, geçici önlemlerin de kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurur. Hâlbuki kısıtlama kararı vasinin de kısıtlanması anlamına gelmediğinden, kanunen vesayet veya denetim makamının iznini gerektirmeyen işlemler bakımından vasinin kısıtlı adına işlem yapmasında hiçbir engel bulunmaz. Ancak TMK m. 420 gereğince verilen geçici önlemlerin uygulamada “vesayet tedbir şerhi” olarak işlenmesi, vasinin işlem yapmasını fiilen engellemekte, işlem yapılması için sulh mahkemesinden yetki alınması talep edilmektedir.

Şu halde, vesayet kararını veren mahkemenin, bu kararın, kısıtlı ile hukuki işlem yapacak üçüncü kişilere bildirilmesi amacını taşıyan işlemleri yapması yeterli olmalıdır. Bu nedenle, kişisel hakların tapu kütüğüne yazımı anlamına gelen “şerh” deyimini hiç kullanılmamalı, bu işlevi yerine getirmek üzere vesayet kararının tapu kütüğündeki beyanlar hanesine yazımıyla yetinilmelidir. Kısıtlının hesabı bulunan

³⁸ Gençcan 1894.

³⁹ Yıldız, Gürsoy 69, 76.

bankalara da vesayet kararı gönderilmelidir. Ancak burada amaç hesabın işleme kapatılması değil, kısıtlı adına işlem yapma yetkisinin vaside olduğunun bankaya bildirilmesidir. Böylece kısıtlanarak fiil ehliyeti kaldırılan kimsenin, tam ehliyetli bir kişi gibi hukuki işlemler yaparak kendisine ve üçüncü kişilere zarar vermesi önlenmiş olur. Çoğu kez mahkemenin amacı bu olsa da, kısıtlı hakkında “vesayet tedbir şerhi” bulunduğu dair bir kararın bankaya bildirilmesi, herhangi bir sorumluluk taşımak istemeyen bankaları hesapları kilitlemeye yönlendirmekte, bu da kısıtlyı korumaktan çok onu zarara uğratan bir uygulamaya dönüşmektedir.

Esasen TMK m. 420/f. 2 hükmünde şerhten hiç söz edilmeksizin “Vesayet makamının kararı ilân olunur” denilmektedir. Fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılmasına ilişkin önlemin bir tür geçici kısıtlama kararı olduğu görüşünden hareketle, bu kararların geçici olarak fiil ehliyeti kaldırılan kişinin yerleşim yeri veya nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilanı gerektiği kabul edilmekte⁴⁰; ilanının ise Türkiye çapında yayın yapan bir gazetede yayımlanarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır⁴¹. Ancak bu ilan iyiniyet iddiasında bulunulmasına engel olsa da, geçici hukuki koruma önleminin geçerliliği ilama bağlı değildir⁴². Bununla birlikte, uygulamada ihtiyati tedbirin bankaya bildirilip bildirilmediğinin araştırılması gerektiğine hükmedilmektedir⁴³.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, vasi atanmasına ilişkin kararın kesinleşmesi ile yargılama sürecinde alınan geçici önlemlerin tamamı kendiliğinden ortadan kalkar. İster vesayet tedbir şerhi, isterse başka bir ad altında verilsin, hiçbir geçici koruma önlemi bu kuralın kapsamı dışında kalmaz. Kuşkusuz mahkemenin, vasi atanmasına dair kararıyla birlikte veya sonradan Kanun’un öngördüğü başkaca önlemleri alması mümkündür. Ancak bunlar, yargılama sırasında verilen geçici hukuki koruma önlemi niteliğinde değil, TMK m. 438-444 hükümlerinde düzenlenen vasinin görevleri kapsamında verilen kararlardır. Bu yüzden, vasi atanmasına dair kararın kesinleşmesi ile yargılama sırasında verilen geçici hukuki koruma önlemlerinin, bu arada vesayet tedbir şerhinin de terkinini gerekir. Hâlbuki tedbir şerhinin işlendiği sicilleri tutan idari merciler veya bankaların kendiliğinden bu şerhleri terkin etmeyeceklerini

⁴⁰ Fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması önleminin aynı anda “ilgili idari birimlere süratle” bildirilmesi gerektiği hakkında bkz. Ali İhsan Özüğür, *Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleriyle Açıklamalı – İçtihatlı Kişi Hukuku – Velayet Vesayet – Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (5th edn, Seçkin 2016) 822.

⁴¹ Yıldız, Gürsoy 70, 76; Özüğür 822.

⁴² Yıldız, Gürsoy 70, 76.

⁴³ Y. 19. HD, 12.10.2016, 4861/13282 (YBB). Karardan, tedbirin mahiyeti açık bir biçimde anlaşılammakta; ancak davalı tarafından “davacı Bankanın ... şube müdürlüğüne davalının kasıtlı adayı olduğunun bildirildiği” savunmasında bulunulduğu anlaşılmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, “Mahkemece, davalı hakkında vesayet altına alınmasına ilişkin davanın yargılaması sırasında, davalının yeniden borçlandırılmaması, kredi kullanılmamasına ilişkin yazının davacı bankanın ... Şube Müdürlüğüne bildirildiği belirtilmiş ise de dosya içerisinde ihtiyati tedbire konu yazının davacı bankaya tebliğ edilip edilmediği anlaşılmamaktadır. Bu nedenle davalı kısıtlı hakkında ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 06.09.2011 tarihli yazısı ile davacı bankaya yazılan yazının tebliğ edilmediği, edilmiş ise tebliğ tarihinin tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Kanımızca hesap sahibinin “kısıtlı adayı olduğunun bildirilmesi” bankayı herhangi bir yükümlülük altına sokmaz; buna karşılık kararda “davalının yeniden borçlandırılmaması, kredi kullanılmamasına ilişkin” bir açıklık bulunması halinde banka aksine davranıştan sorumlu tutulmalıdır. Dosyadan bu hususun anlaşılammaması sebebiyle bozma kararının yerinde olduğunu düşünüyorum.

tahmin etmek güç olmasa gerektir. Bu nedenle, vasi atanmasına ilişkin kararı veren mahkemenin geçici önlemlerin kalktığını ve varsa vasinin görevini yerine getirmesine ilişkin yeni önlemlerin neler olduğunu ilgili yerlere bildirmesi en doğru tutum olacaktır. Ancak mahkemenin talep üzerine dahi böyle bir karar vermemesi halinde vasinin elindeki tek imkân olarak denetim makamına itirazda bulunmak kalmaktadır. Çünkü sulh mahkemesinin bu tür kararlarına karşı ancak denetim makamı nezdinde itirazda bulunabileceği ve asliye mahkemesinin bu konuda vereceği kararın kesin olduğu kabul edilmektedir. Bu durum, yeknesak bir uygulamanın oluşturulmasına da engel olmaktadır. Hâlbuki geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânı mevcut olup, aksi yöndeki uygulamanın kanuna aykırı olduğuna aşağıda ayrıca değinilecektir.

Uygulamada durum daha da çetrefil bir görünüm arz etmektedir. Öyle ki, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, TKGM'nin resmi internet sayfasında bulunan bir işlemden⁴⁴, yargılama devam ederken mahkemeden gelen vesayet şerhi konulmasına dair kararların tapuda “vesayet altına alınmıştır” şeklinde tescil⁴⁵ edilebildiği anlaşılmaktadır. TKGM anılan yazısında bu tür kayıtların “vesayet tedbir şerhi” olarak değiştirilmesi ve beyanlar hanesine yazılması gerektiğini belirtmektedir. Esasen TST m. 55 “Müdürlüğün, hak sahibinin vesayet altına alındığına veya vesayetin kaldırıldığına dair mahkeme kararlarından yazılı olarak bilgisi olursa, bu durum taşınmazın kütüğünün beyanlar sütununa tarih ve yevmiye numarası ile yazılır” hükmünü sevk etmiştir. Aynı hükmün vesayete ilişkin yargılama esnasında verilen tedbir kararlarında da uygulanması gerektiğinden kuşku duyulmamalıdır. Ancak uygulamada “vesayet tedbir şerhi” deyiminin ne anlama geldiği konusunda bir birlik oluşturulmadığı sürece tapu kayıtlarına “vesayet altına alınmıştır” yerine beyanlar hanesine “vesayet tedbir şerhi” yazılmış olması da sorunun çözümü için yeterli olmayacaktır. Çünkü kısıtlı adayına ait taşınmazın beyanlar hanesinde “vesayet tedbir şerhi” bulunduğunu gören tapu memuru, taşınmazla ilgili olarak işlem yapılmasını reddedecektir.

⁴⁴ “...yevmiye nolu işlem; ...adına kayıtlı 10 taşınmaz üzerinde, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin, “...görülmekte olan, vesayet davası nedeniyle vesayet şerhi konulması kararının uygulamasıdır. Tescilin, “vesayet altına alınmıştır” şeklinde yapıldığı saptanmıştır. “...yevmiye nolu işlem; ... adına kayıtlı 5 ayrı taşınmazda benzeri şekilde, dava açılması ile ilgili vesayet tedbir şerhi uygulamasıdır. Şerh “Vesayet altına alınmıştır” şeklinde yapılmıştır. “Vesayet şerhi kararı, açılan dava ile ilgili olup, henüz mahkemece vesayet altına alma kararı verilmemiştir. Bu nedenle malik halen vesayet altına alınmamıştır. Yapılan tesciller ise vesayet altına alındığını belirtmektedir. Yargıcın kararı ile çelişen bu kayıtların, TST'nin 85. Maddesi son fıkrası uyarınca, vesayet tedbir şerhi olarak değiştirilmesi, benzeri işlemlerde bu hususa dikkat edilmesi gerekir. Tapu Dairesi Başkanlığınca tenkite kısmen iştirak edilmiş olup, yapılan açıklama; Müdürlükten faks ile temin edilen belgelerin incelenmesinden; ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin ... tarihli, ... Esas sayılı müzakeresinde, “Kısıtlanan ... adına kayıtlı ... İlçesi, ... Köyü, 103 ada 63 nolu, 136 ada 19, 106 nolu, 140 ada 66, 129 nolu, 154 ada 25 nolu, 162 ada 29 nolu, 176 ada 156 nolu, 184 ada 78 nolu, 200 ada 5 nolu parsellere vesayet şerhinin konulması” hususunun istenildiği anlaşıldığından, Müdürlükçe ... tarih ve ... yevmiyeli işleme anılan taşınmazların tapu kütüğünün beyanlar hanesinde, “...vesayet altına alınmıştır.” şeklinde yapılan belirtme yerinde görülmele birlikte, “... adına kayıtlı taşınmazlara ilişkin olarak ise; ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin ... tarihli, ... Esas sayılı müzakeresinde “...ilgiliye ait kayıtlı taşınmazın bulunması halinde vesayet tedbir şerhi konularak ...” denildiği, ancak Müdürlükçe ...tarih, ... yevmiyeli işlem ile ... adına kayıtlı taşınmazların beyanlar hanesinde “Malik vesayet altına alınmıştır.” şeklinde belirtme yapıldığı anlaşıldığından, işleme Müfettiş tenkiti doğrultusunda yön verilmesi gerekmektedir.” https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/vesayet_tedbir_serhi.doc.

⁴⁵ Burada “tescil” bir aynı hakkın tapu kütüğüne yazımı anlamında değil, teknik anlamı dışında, tedbir kararının beyanlar hanesine yazımı olarak anlaşılmalıdır.

Geçici hukuki koruma önlemine ilişkin kararların nüfus sicillerine yazımında da benzer sorunlar yaşandığını söyleyebiliriz. Nitekim NVİGM, il valiliklerine gönderdiği “*Vesayet Kararlarının Nüfus Müdürlüğüne Gönderilmesi*” konulu 16.05.2014 tarihli bir yazıda⁴⁶, “*her ne kadar vesayete ilişkin mahkeme kararları, Nüfus Hizmetleri Kanununun 55’inci maddesi uyarınca mahkeme yazı işleri müdürleri tarafından kararın kesinleşmesinden itibaren 10 gün içerisinde bildirim gereken kararlardan biri olmasa da kısıtlılık kararlarına bağlanan hukuki sonuçlarının takibi ile telafisi imkansız hukuksal hata veya hukuken sakat işlemlere yol açılmaması hususunda anılan kararların nüfus siciline şerh edilmesinin faydalı*” olacağını il müdürlüklerine bildirmiştir. Yazıda geçen “*Vesayet makamı tarafından alınan geçici kısıtlama kararları ile boşanma davasında verilen tedbiren velayete ilişkin kararlarda kesinleşme aranmayacaktır*” ibaresinden, TMK m. 420 gereğince kısıtlı adayının fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılmasına dair kararların (geçici hukuki koruma önlemlerinin) kastedildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, kısıtlılık kararının ancak karar kesinleştikten sonra nüfus siciline şerh edileceği kabul edilmektedir.

Yazıda söz konusu edilen şerhin, aile kütüklerinde bulunması gereken bilgileri düzenleyen NHK m. 7/f. 1, (1) hükmünün gereği olduğu düşünülse bile, burada da şerh yerine bilgi verme amaçlı bir kaydın söz konusu olduğu anlaşılır. Çünkü bu kayıt sayesinde, örneğin babanın, vesayet altındaki çocuğu tanınması durumunda, vesayet makamına tanınmanın bildirilmesi sağlanmış olur (NHKY m. 107). NVİGM’nin yazısında atıfta bulunulan NHK m. 55 hükmünde “*Mahkeme yazı işleri müdürleri, aile kütükleri üzerinde tescil yapılmasını gerektirecek bütün karar ve işlemleri, kesinleştirme işlemi veya düzenleme tarihinden itibaren on gün içerisinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler*” denilmektedir. Bu hükümden, vesayet makamının vereceği geçici hukuki korumaların nüfus siciline kaydı gerektiği anlaşılmamaktadır. Bilakis bu hüküm, mahkemelerin tescili gereken karar ve işlemlerinin hangi usule uyularak tescil edileceğini düzenlemektedir. Buna karşılık “*Aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler*”i düzenleyen NHK m. 7 hükmünün 1. fıkrasının (1) bendinde “*Velayete ve vesayete ilişkin bilgileri*” denilmek suretiyle en azından vesayet kararlarının tescili gerektiği düzenlenmiştir. Ancak, yukarıda verdiğimiz örnekte, tanınmanın henüz vesayet kararı kesinleşmeyen mahkemeye bildirilmesinde de yarar olduğu kabul edilebilir. Bu nedenle, sadece vesayete ilişkin kararların değil geçici hukuki korumaların da nüfus sicilinde kaydının tutulması isabetli sayılabilir.

Ancak bu bilgilerden hareketle vesayet tedbir şerhinin ne anlama geldiği sorusuna hâlâ bir cevap verilemediğini kabul etmemiz gerekiyor. Sadece NVİGM’nin, vasi atanmasından önce verilen geçici hukuki koruma önlemleri ile vasi atanmasına dair kararlar arasında bir ayırım yapılması gereğinin farkında olduğu, bu konuda

⁴⁶ <https://www.nvi.gov.tr>

il müdürlükleri arasında farklı uygulamalara gidilmemesi için çaba gösterdiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, vesayet tedbir şerhi uygulamasına ilişkin yüksek yargı kararlarının azlığı da sorunların çözümünü güçleştirmekte, konuya ilişkin yeknesak bir uygulama oluşturulmasını engellemektedir. Aşağıda bu uygulamanın olması gereken hukuk bir yana, yürürlükteki hukuk bakımından bile savunulamayacağını göstermeye çalışacağız.

V. Bir Geçici Hukuki Koruma Önlemi Olarak Vesayet Tedbir Şerhi

A. Çekişmesiz Yargıda Verilen Geçici Hukuki Korumalar ve Kanun Yolu

Vesayet hukuku, belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişileri korumak amacıyla bir dizi tedbirin uygulanmasını öngörmektedir. Bunların en önemlileri, fiil ehliyetine sahip olmayan yetişkinlerin kısıtlanması ve hukuki işlemlerini onların nam ve hesabına yapacak bir yasal temsilci atanmasıdır. Ancak bunlar çekişmesiz yargı sonucunda verilecek ilamla nihai hukuki korumayı sağladığından, teknik anlamda ihtiyati tedbir veya geçici hukuki koruma önlemi sayılmaz. Uygulamada vesayet davası sürecinde verilen geçici önlemlerin tümünü kapsayacak bir anlamda kullanılan “*vesayet tedbir şerhi*” ise, mahkemece kesin hukuki koruma önlemi olarak kısıtlama ve vasi tayin etme kararı verilene (kesinleşene) kadar kısıtlı adayının kişi ve malvarlığı haklarının korunmasını amaçlar. Bu yönüyle geçici hukuki koruma önlemleri arasında mütalaa edilmelidir.

Geçici hukuki koruma adı altında mahkemece alınan önlemlerin tümü, “*dava sonunda gerçekleşecek olan asıl (kesin) hukuki korumanın güvencesi*”⁴⁷ olarak kabul edilir. Bir üst başlık olarak ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespitini de içine alan geçici hukuki korumalar⁴⁸, “*Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar*” başlığı altında HMK m. 389-406 hükümlerinde düzenlenmiştir. Ancak geçici hukuki korumalar bunlardan ibaret olmayıp, HMK m. 406/f. 2 hükmünde “*İhtiyati haciz, muhafaza tedbirleri ve geçici düzenleme niteliğindeki kararlar gibi geçici hukuki korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel hükümler saklıdır*” denilmiş olması da bu gerçeği teyit eder. Bununla birlikte, geçici hukuki koruma önleminin öngörüldüğü özel düzenlemede açıklık bulunmaması durumunda HMK m. 389-406 hükümlerinin bunlar hakkında da uygulanacağı, HMK m. 323/f. 1, ç ve 334/f. 1 hükümlerinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın geçici hukuki korunmalardan söz edilmiş olmasından anlaşılmaktadır⁴⁹.

⁴⁷ Ramazan Arslan, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler’, (2013) Özel Sayı Bankacılar Dergisi 7-28, 7.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2th edn, Yetkin 2018) 464 vd.; Esra Güney İnan, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018) 31 vd.

⁴⁹ Bkz. Kuru 465.

Hemen ifade edelim ki, öğretide, çekişmesiz yargıdaki geçici önlemler (*einstweilige Anordnung*) ile çekişmeli yargıdaki ihtiyati tedbirler (*einstweilige Verfügung*) arasında kategorik bir ayırım yapan Alman Hukuku örneğinden hareketle; bir hukuki durum veya ilgilinin korunmasına yönelik geçici önlemlerle bir hakkın kullanılmasını (ıcrasını) güvence altına almak amacını taşıyan ihtiyati tedbirlerin farklı özellikler taşıdığı; bu nedenle, ihtiyati tedbirlere ilişkin HMK m. 389'un “*Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır*” yolundaki 2. fıkrasının çekişmesiz yargıdaki hukuki korumaları ihtiyati tedbir olarak nitelendirmek için öngörülmediği savunulmuştur⁵⁰.

Kanımızca bu görüşlerden hareketle, TMK m. 420 gereğince verilecek geçici hukuki koruma önlemlerine dair kararlara karşı kanun yoluna başvuru imkânının kapalı olduğu sonucuna varılması isabetli değildir. Bununla birlikte, uygulamada, vesayet tedbir şerhi kararları ihtiyati tedbir niteliğinde sayılmamakta, TMK m. 461/f. 2 gereğince denetim makamına itirazda bulunulabilecek vesayet makamı kararı niteliğinde kabul edilmektedir. Bu hatalı değerlendirme sonucunda, vesayet tedbir şerhi konulmasına veya konulmamasına karşı yapılan itirazlar esastan incelenmemekte, denetim makamına itirazda bulunulması gerektiği gerekçesiyle geri çevrilmektedir⁵¹. Bilindiği gibi, TMK m. 488 gereğince “*İlgililer, vesayet makamının kararlarına karşı, tebliğ gününden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Denetim makamı, gerektiğinde duruşma da yaparak bu itirazı kesin karara bağlar.*” Bu hükmün isabeti⁵² bir yana, geçici önlemlere ilişkin olmadığı gerçeğinden yola çıkılmasında yarar bulunmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere, geçici hukuki korumalara karşı kanun yolunu öngören düzenleme HMK m. 394/f. 5 hükmü ile bu hükmün uygulanmasını mümkün kılan HMK m. 389/f. 2 hükmüdür.

Öncelikle yukarıda değinilen ve Alman hukukundaki bir tasnifi yansıttığına işaret ettiğimiz çekişmesiz yargıdaki geçici önlemler (*einstweilige Anordnung*) ile çekişmeli yargıdaki ihtiyati tedbirler (*einstweilige Verfügung*) arasında yapılan kategorik ayırımın Türk hukukunda benimsenmemiş olduğunu⁵³ ifade etmemiz gerekir. Diğer yandan, HMK'nın ihtiyati tedbirin şartlarını düzenleyen 389. maddesinin 2. fıkrası “*Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır*” şeklindedir. HMK m. 393/f. 5 hükmü ise, “*İhtiyati tedbir*

⁵⁰ Bkz. Erişir 334. Aile hukukundaki geçici hukuki koruma önlemleri hakkında benzer bir görüş için bkz. Günay İnan 36, 37.

⁵¹ Örneğin İstanbul BAM, 36. HD'nin 5.12.2016 tarih ve 47/38 sayılı kararında şöyle denilmektedir: “*H.M.K'nun 341/1 maddesi gereğince ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. / Vesayet makamının vesayet altına alınması istenen kişiye ait taşınmazların tapu kayıtlarına vesayet şerhi konulmasına veya kaldırılmasına ilişkin kararları ihtiyati tedbir niteliğinde değildir. Bu kararlara karşı T.M.K'nun 461/2.maddesi gereğince, kararın tebliğ gününden başlayarak 10 gün içinde denetim makamına itiraz edilebilir. Vesayet makamının T.M.K'nun 462. maddesi gereğince verdiği kararlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.*” <www.Lexperacom.tr> accessed 15 Aralık 2019. Benzer biçimde olmak üzere bkz. Gaziantep BAM, 3. HD., 9.5.2017, 463/472 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

⁵² Bu kararlar için de temyiz yolunun açık olduğu görüşü için bkz. Taşkın 32.

⁵³ Esasen Erişir de bu hususu kabul etmektedir. Bkz. Erişir 334 dn. 535.

kararları hakkında kanun yoluna başvurulması hâlinde, tedbire ilişkin dosya ve delillerin sadece örnekleri ilgili mahkemeye gönderilir” şeklinde kaleme alınmıştır. Bu hüküm, ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceğini ifade ettiği gibi, HMK m. 394/f. 5 hükmü daha açık bir şekilde “İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz” demek suretiyle bu hususu açıkça düzenlemiştir. Gerçi geçici hukuki korumalardan bazılarının ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı, örneğin TBK m. 224 hükmüyle düzenlenen geçici hukuki korumanın delil tespiti niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Buna karşılık, çekişmesiz yargı işinde verilmesine rağmen TMK m. 420 gereğince hükmedilen geçici hukuki korumaların ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu, usul hukukunun ön önemli otoritelerinden olan Baki Kuru tarafından da kabul edilmektedir⁵⁵. Diğer yandan, HMK m. 394/f. 5 hükmünün geçici hukuki korumalara uygulanması bakımından dikkate alınması gereken HMK m. 389/f. 2 hükmünde yer alan “niteliğine uygun düştiği ölçüde” ölçütünün TMK m. 420 hükmü bakımından gerçekleşmediği de söylenemez. Çünkü vesayet makamı tarafından verilen bir geçici hukuki koruma kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulmasının, işin niteliğine neden uygun düşmediğinin hiçbir makul açıklaması bulunmamaktadır. Bilakis vesayet tedbir şerhi (veya TMK m. 420 gereğince verilen sair geçici hukuki korumaların) kararlarının ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu gözetilerek, bunlara karşı istinaf kanun yolunun açık tutulması, somut olay adaletinin sağlanması yanında uygulamada yeknesaklığın sağlanmasına da hizmet edecektir. Böylece, çok sayıdaki hatalı uygulamanın düzeltilebileceği de açıktır. Dolayısıyla *de lege feranda* savunulması gereken bir çözüm⁵⁶, yorum yoluyla *de lege lata* bulabildiğimize göre, bunu uygulamaktan kaçınmanın makul bir gerekçesinin olmadığı kabul edilmelidir.

Kaldı ki, küçüklerin ve yetişkinlerin korunması alanında tüm dünyada yaşanan gelişmeler, sadece geçici hukuki koruma önlemlerinin değil, vesayet makamlarının her türlü kararının temyiz denetimine tabi kılınmasının zorunlu olduğunu göstermektedir. Tek amacı ilgilinin esenliğinin korunması olan vesayet kurumuna ilişkin farklı mahkemelerce verilecek farklı kararlarının aynı anda uygulanması sonucunu doğuran bir yasal düzenlemenin yeniden değerlendirilmesi gereği çok açıktır. Bununla birlikte, yürürlükteki hukukun en azından geçici hukuki koruma önlemleri bakımından kanun yoluna başvuruyu açık tutmuş olması, değerlendirilmesi gereken bir imkândır. Şu halde, TMK m. 420 hükmü gereğince verilen geçici hukuki koruma önlemlerine dair kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı yolundaki yürürlükteki hukuka aykırı olan içtihattan bir an önce dönülmesinde yarar bulunmaktadır. Vesayet

⁵⁴ Kuru 467.

⁵⁵ Bkz. Kuru 665.

⁵⁶ HMK değişikliğinden önce yazılan bir eserde, geçici hukuki korumaların tümü için itiraz ve itirazın reddi üzerine temyiz imkânı tanınmasının gerekli olduğunu savunan bir görüş için bkz. Yılmaz 930 vd.

makamının diğer kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânlarının ise de *lege feranda* tartışılması, belki de vesayet kurumunun tümüyle revize edilmesi konusu bir an önce yasa koyucunun gündemine alınmalıdır.

Uygulamadan bir örnekle, konunun ne denli önemli olduğunu göstermekte yarar olduğunu düşünüyoruz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin bir kararına⁵⁷ konu olan olayda, davacının açtığı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası devam ederken, kendisine vasi atanması konusunda Sulh Mahkemesine ihbarda bulunulmuş ve vesayet davası açılmıştır. Bu arada davacı tapu kütüğünün düzeltilmesi davasının duruşmasına katılmamış, mahkeme de bunun üzerine davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir. Temyiz üzerine Yargıtay'ın vermiş olduğu karar şöyledir:

“Dosya içeriği ve toplanan delillerden; yargılama aşamasında davacının ehliyetten yoksun olup olmadığı konusunda mahkemece Sulh Hukuk Mahkemesine yapılan ihbar üzerine 26.03.2009 tarihinde açılan 2009/219 Esas sayılı vesayet davasında Elazığ Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinin 26.11.2009 tarih ve 4947 sayılı ön raporu ile davacı hakkında sağlıklı bir karar verilebilmesi için müşahade altına alınmasının gerektiği bildirilmiş, mahkemece müşahade altına alınma kararı verilmiş ve fakat bu arada Mahkemece davacının duruşmalara gelmemesi gerekçe gösterilerek iptal tescil davası 14.07.2009 tarihinde işlemden kaldırıldıktan sonra 15.10.2009 tarihli celsede de açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

“Bilindiği üzere ehliyetsizlik kamu düzeni ile mahkemece re’sen gözetilmesi gereken bir husustur. Esasen Mahkemece de bu husus gözetilerek davacıya vasi tayini gerekebileceği kanısıyla vesayet davasının açılması sağlanmıştır.

“Bu durumda davacının duruşmalara gelmemesi üzerine mahkemece yapılması gereken iş dosyanın işlemden kaldırılması ve sonuç olarak açılmamış sayılmasına karar verilmesi değil TMK’nun 426 ve devamı maddeleri uyarınca dava takibinin sağlanabilmesi amacıyla vesayet davası sonuçlanıncaya kadar ki aşama için temsil kayyımı atanmasını sağlamak ve böylelikle taraf teşkili sağlanarak yargılamayı yürütmektir.

“Hal böyle olunca; yukarıda açıklanan biçimde işlem yapılmadan yazılı olduğu şekilde davanın açılmamış sayılmasına ilişkin hüküm kurulması isabetli değildir.”

Dikkat edileceği gibi, karara konu olan olayda tapu kütüğünün düzeltilmesi davası Yargıtay önüne gelmemiş olsaydı, vesayet makamı sıfatıyla Sulh Mahkemesinin TMK m. 420 gereğince gerekli tedbiri almamış olması hiçbir şekilde gündeme gelmeyecek, belki de denetim makamı ile vesayet mahkemesi arasında kısıtlı adayının hak kaybına engel olunmaksızın iş sonuçlanabilecekti. Esasen somut olayda, Yargıtay’ın atıfta bulunduğu TMK m. 426 değil, m. 420 hükmünün uygulanması gerekir. Çünkü hakkında vesayet davası devam eden kısıtlı adayı hakkında, ancak nihai bir karar olarak verilebilecek olan TMK m. 426’da sayılan kararlar alınamaz. Kuşkusuz hâkim bu hükmü göz önünde bulundurarak, ancak TMK m. 420 gereğince bir geçici hukuki koruma önlemi olarak kısıtlı adayını davada temsil edecek bir kayyım atayabilecektir.

⁵⁷ Bkz. Y. 1. HD., 1.4.2010, 3055/3734 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

B. Geçici Hukuki Koruma Kararı Verilmesinin Koşulları

TMK m. 420/f. 1 hükmünde “*Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasinin atanmasından önce de re’sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir*” denilmektedir. Maddenin kenar başlığı da “*geçici önlemler*” şeklinde olup, düzenlemede vesayet davası sürerken mahkemenin alacağı geçici hukuki korumaların söz konusu edildiği açıktır. Önlemin geçici olması, ancak belirli bir süreye bağlı olarak alınmasını zorunlu kılar⁵⁸. Uygulamada bu hususa dikkat edildiği söylenemez. Hâlbuki kararda önlemin süresine yer verilmesi, en azından bankalara veya diğer resmi mercilere her defasında tedbirin kalktığına dair müzekkere yazdırılmasının yol açtığı güçlükleri bertaraf edecektir.

TMK m. 420 gereğince geçici hukuki koruma kararı verilebilmesi için vesayete ilişkin bir ana davanın⁵⁹ varlığı şarttır. Gerek hükmün sistematik olarak bulunduğu yer gerekse durumun özelliği, derdest bir vesayet yargılamasının şart olduğunu gösterir. Esasen vesayete ilişkin bir dava bulunmadıkça başka önlemler devreye girer⁶⁰. TMK m. 432 hükmüyle düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında kuruma yerleştirme veya TMK m. 426’da öngörülen hallerde temsil kayyımı atanması, vesayet yargılaması dışında alınan önlemlere örnek oluşturur⁶¹.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, TMK m. 420 hükmüyle düzenlenen geçici hukuki korumalar çekişmesiz yargıda alınan ara kararı niteliğindedir. Geçici hukuki korumaların bu niteliği dikkate alınması gereken bir husustur. Çekişmeli yargıda, çekişmesiz yargının aksine, iki taraf arasında maddi hukuka ilişkin bir hak üzerinde çekişme bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür işlerde ihtiyati tedbir kararıyla izlenen amaç, dava konusunun yargılama sonuçlanıncaya kadar korunmasının sağlanmasıdır. Hâlbuki çekişmesiz yargı işi olarak görülen vesayet davalarında, dava konusuna ilişkin bir çekişme olmadığı için hakkın korunmasına ilişkin bir korumaya da gerek yoktur. Bununla birlikte, kısıtlı adayının kısıtlanmasını gerektiren nedenler, zorunluluk durumunda nihai hükümlerle sağlanacak korumanın kısmen veya tamamen öne çekilmesini gerektirebilir. Aslında kısıtlı adayının fiil ehliyetinin kaldırılarak kendisine temsilci atanmasında gerçekleşen şey de tam anlamıyla budur. Yani çekişmesiz yargı sonunda kişinin kısıtlanarak kendisine vasi atanmasıyla aynı hukuki duruma, geçici hukuki korumayla ulaşılmakta, asıl talep sonucu böylece öne çekilmiş olmaktadır. Bu önlemin uygulanmasında çok daha sıkı davranılmasının gerekli olması tümüyle bu sebebe dayanmaktadır⁶².

⁵⁸ Gençcan 1894; Kayran 54.

⁵⁹ Her ne kadar çekişmesiz yargıda “*dava*”dan söz edilmesi isabetli değilse de, uygulamadaki alışkanlıkların dışına çıkmamak için bu hatalı terminolojiyi kullanıyoruz. Çekişmesiz yargıda “*dava*” yerine “*iş*” deyiminin kullanılması gerektiği yönünde bkz. Kuru 654. Aynı sebeple çekişmesiz yargıda “ *taraflar*” yerine “*ilgililer*” deyimini kullanılmalıdır. Bkz. Kuru 659.

⁶⁰ Breitschmid Art. 386 Nr. 3, S. 1892, 1893.

⁶¹ Breitschmid Art. 386 Nr. 3, S. 1893.

⁶² Bu konuda bkz. Erişir 333 vd.

Tedbir kararı verilebilmesi için, somut olayda hangi sebebe dayalı olarak kısıtlama talep ediliyorsa, o sebebin varlığının kuvvetle muhtemel olduğunun kanıtlanması gerekir⁶³. Bir diğer deyişle, hâkimin bir kısıtlama sebebinin varlığına kani olması gerekir⁶⁴. Bununla kastedilen, HMK m. 390/f. 3 hükmünde ifadesini bulan yaklaşık ispatın⁶⁵ gerçekleşmiş olmasıdır. Buna göre, “*Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*” Olağan yargılamada davacının dayandığı hakkın veya geçerli hukukun tespiti ve araştırılması amaçlanır. Nihai amaç, hakkın cebri icra aracılığıyla yerine getirilmesidir. Buna karşılık geçici hukuki korumalarla, kural olarak, hukuki ilişki veya hakkın geçici olarak düzenlenmesi veya geçici bir koruma sağlanması amaçlanır⁶⁶. Konu TMK m. 420 bakımından ele alındığında amaç, kısıtlama kararı verilmesini gerektiren koşulların tam olarak ispatı değil, kısıtlı adayının kısıtlanmasını gerektiren sebebin varlığı konusunda hâkimin yaklaşık kanaat sahibi olmasını sağlayacak yaklaşık ispatın gerçekleşmesidir. Örneğin akıl zayıflığına dayalı bir kısıtlama kararı talep edilen davada hâkim, henüz adli tıptan rapor alınmadan dosyada mevcut hekim raporu ve tanık ifadelerine dayanarak geçici hukuki koruma kararı alabilir. Böylece, söz gelimi, gecikmesi hak kaybına yol açacak bir konuda kısıtlı adayının kayyım ile temsiline karar verilebilir. Yine, gecikmesinde tehlike olan bir durumun varlığı halinde kısıtlı adayı dinlenmeksizin de geçici hukuki koruma kararı verilebileceği kabul edilmektedir. Nitekim geçici hukuki korumalar hakkında da uygulanması gereken HMK m. 390/f. 2 hükmüne göre “*Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir.*” Ancak bu durum ilgilinin dinlenme hakkının tümüyle elinden alınması anlamına gelmez. Yargılama sona ermeden yokluğunda geçici hukuki koruma verilen kişinin mutlaka dinlenmesi gerekir⁶⁷.

Diğer yandan, alınacak önlemin, yargılama sonucunda verilecek karar ile kurulması öngörülen vesayet düzeninin ötesine geçecek nitelik ve ağırlıkta olmaması ve vesayet kapsamında yapılacak işlerin bu konuda verilecek bir karara kadar ertelenemeyecek ölçüde aciliyet arz etmesi de gerekir⁶⁸. Bir diğer deyişle, vesayete ilişkin kararın beklenmesi halinde ilgilinin, bizzat kendisi veya bir yakını ya da atayacağı iradi

⁶³ Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893; Erişir 333.

⁶⁴ Oğuzman, Dural 472.

⁶⁵ Davanın kabulü, davacının iddia ettiği olguları ispat etmesine bağlıdır. Davalının da benzer biçimde savunmasını dayandırdığı olguları ispat etmesi gerekir. Hâkimin mümkün olan bütün delilleri inceleyerek ulaştığı kanaate usul hukukunda “*tam kanaat*” denir. Buna karşılık niteliği itibarı ile dava olmayan, mahkemen bir takım usuli taleplerin kabulü bakımından incelenmesi gerekli maddi koşulların ispatında “*yaklaşık ispat yöntemi*” kullanılır. Geçici koruma önlemleri, delil tespiti gibi dava sayılmayan usuli işlemlere ilişkin verilecek kararlar da kesin hüküm oluşturmadığından, konuya ilişkin olarak verilecek ara kararlarda bu yöntem kullanılır. Bu şekilde verilecek bir karar ile uyumsuzluk esastan çözümlenmiş olmaz. Yaklaşık ispat için bütün delillerin incelenmesi de gerekmez. Çünkü amaç, usuli talebin kabul veya reddi ile davaya devam edilmesi ve söz konusu usuli talep nedeniyle davanın geciktirilmesinin önlenmesidir. Bkz. Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin 2013) 30 vd.

⁶⁶ Albayrak 401, 402; Erişir 334.

⁶⁷ Erişir 333, 334.

⁶⁸ Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893.

temsili ya da önceden atanmış bir yasal danışman tarafından önlenemeyecek olumsuz sonuçlarla karşılaşmasından kaygı duyuluyor olmalıdır⁶⁹. Örneğin, kısıtlı adayının bizzat atayacağı bir avukatla davada temsili herhangi bir tehlike oluşturmuyorsa veya gerekli tıbbi bakımı yakınları sayesinde elde edebiliyorsa, bu nedenlere dayalı olarak geçici hukuki korumaya gerek bulunmamaktadır. Ancak kısıtlı adayının kendi seçimlerine dayalı olarak bir davayı yürütmesinin şahsı veya malvarlığı açısından bir tehlike oluşturacağı anlaşılıyorsa, fiil ehliyeti geçici olarak kaldırılarak atanacak bir temsilci vasıtasıyla davasının takibi sağlanmalıdır. Nihayet, alınacak önlemin, gerçekleşmesinden kaygı duyulan olumsuz sonuçları veya tehlikeli durumları önlemeye veya en azından sınırlandırmaya uygun olması gerekir⁷⁰.

Geçici önlemler vasi atanmasına ilişkin yargılama sırasında alınacağından, vesayet makamının vasinin görevlerini dikkate alarak bir karar vermesi gerekir. Sonuçta verilecek karar geçici hukuki koruma önlemine ilişkin olacağından, ihtiyati tedbirlere ilişkin yargılamada gözetilen kuralların da dikkate alınması gerekir. Örneğin, bütün hukuki koruma önlemlerinde olduğu gibi TMK m. 420 hükmünün uygulanmasında da ölçülülük ilkesine uyulmalı, durumun gereklerine uymayan önlemler alınmamalıdır⁷¹.

Hâkim geçici hukuki koruma kararını “*vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde*” vereceğine göre, bu kararın, yasa koyucunun vesayet kurumu ile izlediği amaçla uyumlu olması gerektiği açıktır. Esasen TMK m. 420 hükmünün, vesayet yargılamasının başlaması ile vasi atanması arasındaki boşluğu dolduran bir düzenleme olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Aniden ortaya çıkan önemli ruhsal rahatsızlıklar veya vesayet yargılamasının uzun sürmesi gibi nedenlerle derhal önleyici tedbirlerin alınması gerekli olabilir. Ancak vesayet makamının geçici hukuki koruma önlemi almasının caiz olması için daha yumuşak bir önlemin yeterli olmaması ve önlemin geciktirilemeyecek durumda bulunması şarttır⁷². Dolayısı ile gerek geçici hukuki koruma kararı verilmesini zorunlu kılan olgular gerekse kararın uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçlar bu amaçla uyumlu olmalıdır. Şu halde, geçici hukuki koruma kararının isabetini anlamak bakımından vesayet hukukunun amacının ne olduğunu ortaya koymak gerekir.

VI. Geçici Hukuki Koruma Kararlarının Vesayet Hukukundaki Gelişmeler Işığında Vesayet Hukukunun Amacına Uygunluğu

Vesayet hukuku ile kural olarak belirli zayıflık durumları içinde bulunan gerçek kişilerin, bu yüzden karşılaşabilecekleri olumsuz sonuçlarının önlenmesi, denkleştirilmesi, olmadı hafifletilmesi amaçlanır. İstisnai durumlarda tüzel kişiler için de vesayet hukukunun bu önleyici etkisinden yararlanılır. Böylece zayıf durumda olan

⁶⁹ Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893; Öztan 1316.

⁷⁰ Breitschmid Art. 386 Nr. 5, S. 1893.

⁷¹ Erişir 333.

⁷² Breitschmid Art. 386 Nr. 1, S. 1892.

kişinin esenliği sağlanmaya çalışılır⁷³. Bir başka deyişle, velayet altındaki kişiye velinin göstermek zorunda olduğu dikkat ve özene benzer bir korumanın, vesayet kurumuyla sağlanması amaçlanır⁷⁴. Her ne kadar kişinin kısıtlanması (veya kendisine kayyım ya da yasal danışman atanması) kişilik hakkına yönelik bir müdahale oluştursa da, kısıtlının kendisinden veya sömürülmeye elverişli olması nedeniyle çevresinden gelecek kötü davranışlardan ancak böyle bir müdahale ile korunabileceği kabul edilmektedir⁷⁵.

Kendisine vasi (kayyım, yasal danışman) atandıktan sonra da zayıflık durumu içinde bulunan kimseye yardımda bulunmak için verilen kararlarda, az veya çok, ilgilinin hukuken korunan kişilik ve malvarlığı alanına müdahale edilmiş olur. Vesayet organlarının bu kararları alırken ilgilinin özgürlük, onur ve kişiliğine saygı göstermesi zorunludur⁷⁶. Aksi takdirde alınan kararlar vesayet hukukunun izlediği amaçla bağdaşmaz. Ancak bu kararları alırken vesayet organlarının her defasında özerkliğini koruması ve kararın sorumluluğunu üstlenmesi de şarttır (TMK m. 466-468). Bu nedenle, vesayet organlarının, korunması gerekli kişi için karar verirken çoğu kez paradoksal bir durumla karşı karşıya kaldıkları söylenebilir⁷⁷. Bu iki yönlü baskı, ilgili organı en uygun kararı almak bakımından bir ikilem içinde bırakabilir. Yasal düzenleme ne kadar iyi ve isabetli olursa olsun, bu zorlu işin üstesinden gelinmesi vasi, kayyım, yasal danışman gibi kimselerin profesyonel yeterliliklerine bağlıdır⁷⁸. İsviçre’de bu durumu göze alan yasa koyucu vesayet kurumunda köklü bir revizyon gerçekleştirmiş olup, bizde de benzer bir değişimin eşiğine geldiğinin işaretleri giderek artmaktadır.

Kişinin kısıtlanmasını gerektiren zayıflık durumları; yaş küçüklüğü (TMK m. 404), akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m. 405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m. 406), özgürlüğü bağlayıcı ceza (TMK m. 407), yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık (TMK m. 408) olarak düzenlenmiştir. Vesayet, söz konusu zayıflık durumlarında bulunan kişinin kamu otoritesi tarafından korunması, kollanması, iş ve işlemlerinin

⁷³ Ernst Langenegger, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Vor Art. 360-456, N. 3, S. 1780.

⁷⁴ Bu yönde bkz. Öztan 1258.

⁷⁵ Aslı Açıköz, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha 2017) 1, 2. Yazara göre vesayet kurumunun amacı, “kişisel ve maddi çıkarlarını tek başına koruyamayan kişilerin bu çıkarlarının korunması ve işlerini yürütmek için ihtiyaç duydukları yardımın sağlanmasıdır.” Açıköz 1.

⁷⁶ MK md. 432 vd. hükümlerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bakımından bu amaç şu şekilde ifade edilmektedir: “Kurumun adından ve TMK 432/1 hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere, KAOK’nün amacı kişinin ‘kişisel korumasını’ sağlamaktır. Diğer bir deyişle KAÖK ile kişinin bağımsızlığını ve kendi sorumluluğunu yeniden üstlenebilmesi hedeflenir. Bu nedenle ‘söz konusu amaç’ KAÖK hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması bakımından ‘ana temayı’ oluşturur. Buna göre kişinin ihtiyacı olan zorunlu ilgi ve bakım, kişinin insan onuruna uygun olmayan bir yaşam tarzından içinden çekilip çıkarılabilmesi, koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması ile sağlanacaktır. Sonuçta KAÖK kişinin korunması dışındaki hiçbir amaca hizmet edemez.” Güntüş 193.

⁷⁷ Kurt Affolter, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Art. 406, N. 59, S. 2054.

⁷⁸ Affolter Art. 406, N. 59, S. 2054.

vesayet organları tarafından yerine getirilmesini sağlayan hukuki kurum olarak da tanımlanmaktadır⁷⁹. Bu açıklamalardan da, vesayet ile korunup kollanacak şeyin; belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişinin esenliği olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü bu durumda bulunan kişi, kendi kişisel yetileriyle esenliğini sağlayacak imkânlardan yoksun bulunmaktadır.

Vesayet kurumunun mevcut durumuyla bu amacı sağlamak bakımından yeterli olup olmadığı ayrı bir tartışma konusudur. Nitekim vesayet hukukumuzun kaynağı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri, uzun bir hazırlık öneminin sonunda tümüyle yürürlükten kaldırılmış, 28 Haziran 2006 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukununun) Değiştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸⁰. Kanun'un hazırlık aşamasında İsviçre Federal Meclisinin hazırladığı 28 Haziran 2006 tarihli Rapor'da, mevcut vesayet hukukunun günün şartlarına uymadığı, tümüyle değiştirilmesi gerektiği ayrıntılarıyla gerekçelendirilerek ifade edilmiştir⁸¹.

Zayıflık durumu içinde bulunan kişinin esenliğini sağlamak amacıyla Medeni Kanun'da öngörülen tedbirler, öncelikle tipe bağlılık ilkesi nedeniyle belirli bir sınırın dışında koruyucu etki gösterme imkânına sahip değildir. Öngörülen tedbirlerin sınırlı, şarta ve tipe bağlı oluşu; somut olay adaletine ulaşılmasında güçlülükler yaratmakta, özellikle orantılılık ilkesinin ihlaline yol açmaktadır. Bu düzenlemelerin, kişiye ve olaya özgü önlemler alınmasına engel olduğu açıktır⁸². İsviçre'deki yetişkinlerin korunmasına ilişkin yeni düzenlemelerde, kişinin henüz ayırt etme gücünü yitirmediği dönemde tayin edeceği bir temsilcinin, ehliyetin kaybından sonra yetişkini temsiline dair hükümler kabul edilmiştir. Kişi ayrıca ehliyetli olduğu dönemde, gelecekteki tıbbi müdahaleler hakkında karar alabildiği gibi, bakım vekâleti, konut veya bakımevinde kalma gibi konularda da karar verebilmektedir. Bu sayede vesayet organlarından ancak gerektiği zaman ve gerektiği ölçüde destek alınmış olacağı gibi, kişinin kendi kaderini belirlemesine ve kendisine yine bizzat kendisinin bakmasına yardımda bulunma imkânı da amaca uygun olarak daha geniş bir kapsamda değerlendirilmiş olur⁸³. Sonuçta düzenlemeler değişse de amaç aynıdır. Bu amaç İsviçre Medeni Kanunu'nun (Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukukununun) Değiştirilmesi Hakkındaki Federal Kanun'un genel gerekçesinde de; kendi iş ve işlemlerini yapamayan ve başkalarının yardımının da ulaşamadığı zayıf kişileri korumak olarak gösterilmiştir⁸⁴.

⁷⁹ Yıldız, Gürsoy 3.

⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kaplan, 'İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2018) 137 TBBBD 375-404, 375 vd.; Cevdet Yavuz, Fulya Erlüle, Murat Topuz, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (Beta 2017) 1 vd.; Açıkgöz 9 vd.

⁸¹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Bern 28 Juni 2006, BBL, 158 (2006), H. 36, (S. 7001-7196), S. 7002.

⁸² Mehmet Akçaal, 'İsviçre Medeni Kanunu'na Göre Kayıymlık Türleri' (2018) 20 (2) DEÜHFHD 63-87, 63 vd.

⁸³ Akçaal 65.

⁸⁴ Kaplan 378.

Yetişkinlerin korunmasına ilişkin olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren bazı uluslararası girişimlerde bulunulmuş, sözleşmeler imzalanmıştır⁸⁵. Bunların sonuncusu olan 13 Ocak 2000 tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Lahey Konvansiyonu Türkiye'nin taraf olmadığı bir uluslararası sözleşmedir. Bu noktada, çeşitli iç hukuk düzenlemelerine de yansıyan bazı değişimlere işaret etmek yerinde olur. Gerçekten sosyal hayat ve tıpta yaşanan gelişmeler sonucunda ortalama yaşam süresi uzamış, buna bağlı olarak yaşlılığa bağlı hastalıklar da artmıştır. Bu değişim sonucunda, vesayet hukukuna egemen olan katı teknikler yerine yetişkinlerin hukuki ehliyetini mümkün olduğunca saklı tutan, ancak somut olayda müdahaleyi zorunlu kılan nedenlerin ortaya çıkması durumunda ehliyeti asgari düzeyde sınırlayan daha esnek bir yaklaşım benimsenmeye başlamıştır⁸⁶.

İş hayatını son derece başarılı bir kariyerle geçiren, bununla bağlantılı olarak refah düzeyini yükselten bir kişinin demans, alzheimer veya benzeri bir hastalık sonucunda kısıtlı adayı haline gelmesinin yol açabileceği sorunları tahmin etmek güç değildir. Gerçekten, böyle bir kişiye vasi atanması, böylece kişi varlığı ve malvarlığının korunması için gerekli önlemlerin alınması bakımından mevcut vesayet organlarının alacağı kararların tatminkâr olmadığı açıktır. Bu yeterlilik sadece alınacak kararların isabeti bakımından değil, hızlilik, elverişlilik, orantısallık gibi ölçütler bakımından da sorgulanmalıdır. Kısıtlı adayının olası mirasçılarının devreye girerek, mirasın intikaline kadar geçecek süre içinde malvarlığının eksilmesine engel olmak için birbirleriyle yarışması da nadirattan değildir. Uygulamada vesayet davalarının; birbirlerini kötüleyen, kısıtlı adayının düşmanı gösteren, en uygun vasi adayının kendisi olduğunu ispata çalışan ilgililer tarafından yürütüldüğü inkâr edilmez bir gerçektir. Kısıtlı adayının mevcut refah düzeyini sürdürmekteki en doğal ve vazgeçilmez hakkı ile malvarlığının korunması amacı arasındaki denge, sürece müdahil olan ve mahkeme önünde farklı menfaatleriyle temsil edilen ilgililerin gölgesinde nasıl gözetilecektir? Tümüyle sahipsiz ve malvarlığını sömürme niyetiyle çevresi kuşatılmış bir kişiyi bir yandan bu kötüniteli kimselerden korumak, bir yandan da varlık içinde yokluk çekmesine engel olmak için sulh mahkemeleri ne dereceye kadar etkin bir rol oynayabilir?

Diğer yandan, bu örneklerin zıt kutbunu oluşturan örneklerde ise farklı uygulama sorunlarıyla karşılaşmaktadır. Varlıklı ve iyiniyetli ailesi tarafından bakımı ve her türlü ihtiyacı karşılanan, üzerine titrenen kısıtlı veya kısıtlı adaylarının sayısı da hiç de az değildir. Vesayet kurumunun koruma amacını gerçekleştirmek gerekçesiyle bu tür yakınların karşısına vasiliğin yürütülmesi konusunda türlü zorluklar çıkartılması da tasvip edilmemesi gereken bir durumdur. Kuşkusuz sulh mahkemelerinin güncel

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fügen Sargin, 'Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi' (2003) 52 (2) AÜHFD 1-75, 2 vd.; Nuray Ekşi, 'Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar' Public and Private International Law Bulletin, (2018) 38(1) 41-83, 46,47.

⁸⁶ Bkz. Sargin 3 vd.

iş yoğunlukları arasında farklı olaylar arasındaki nüansları tam anlamıyla kavrayıp somut olaya uygun kararlar vermesi son derece güç, hatta imkânsızdır. Diğer yandan, sorunların çözümü için vazgeçilmez bir gereklilik olan multi-disipliner yaklaşımın, sadece hukuk konusunda uzmanlığı bulunan bir hâkimden beklenmesi de isabetli sayılamaz. Dolayısıyla, başta İsviçre olmak üzere, bu konuda bizden önce harekete geçmiş ülkelerin düzenlemeleri incelenmeli, bunların yasa koyucuya yol gösterici nitelikleri ihmal edilmemelidir.

İsviçre vesayet sisteminde yapılan yenilemenin, Türkiye ve İsviçre arasındaki toplum ve yönetim şekillerinin birbirinden farklılığı nedeniyle Türk hukukuna uyarlanabilirliğinin bulunmadığı, bununla birlikte revizyonun gerekçesi olan kişinin kendi kaderini tayin hakkının güçlendirilmesi ve orantılılık ilkeleri uyarınca kişilik hakkına daha saygılı bir hukuki korumanın kabulünün Türk hukuku bakımından da önemli bir gereklilik olduğu öğretilde savunulmuştur⁸⁷. Buna göre, kişinin fiil ehliyetinin elinden alınmadığı bir vesayet sisteminin uygulanması Türk hukuku açısından da arzu edilen bir durum olduğu gibi, ayırt etme gücü yerindeyken kişinin ileride bu yetiyi kaybetmesi halinde uygulanacak tıbbi müdahaleleri ve malvarlığı veya kişisel iş ve işlemlerini yerine getirebilecek temsilcileri önceden belirleme yetkisine sahip olduğu bir sistem hem daha adil hem de modern dünyanın amaçlarına daha uygundur⁸⁸.

Bu düşüncelere temelde katılmakla birlikte, İsviçre'dekine benzer bir çocuk ve yetişkinleri koruma idaresi veya makamının oluşturulması düşüncesinden hemen vazgeçilmemesi gerektiği kanısındayız. Çünkü mevcut durumda sulh mahkemelerin vesayet makamı olarak somut olayın farklı özelliklerine derinliğine nüfuz etmek suretiyle seri bir biçimde müdahale imkânı bulunmamaktadır. Mahkeme vesayet işlerini, diğer yargısal işleri arasında ve önündeki yoğun iş takvimine uyarak yerine getirmeye çalışmaktadır. Yargılama hukukunun şekli gereklilikleri ve mahkeme kaleminin bu işlerde uzmanlığının bulunmaması da, vesayet sistemiyle izlenen amacın yakalanmasına izin vermemektedir. Kuşkusuz iki ülke arasındaki toplumsal ve yönetsel farklar açıktır. Bu nedenle, İsviçre'dekine benzer bir kurum veya idare, ülkemiz şartlarında kolaylıkla bürokrasinin çarkları arasında işlevsiz kalma tehlikesini barındırmaktadır. Ancak bu tehlikeler, gerekli girişimlerde bulunulmasına engel olmamalıdır. Toplumun değişik kesim ve temsilcilerinin görüşlerini almak suretiyle riskleri belirlemek ve bunları azaltacak çözümler geliştirmeye çalışmak zorunludur. Sorunun çözümünde mutlaka multi-disipliner bir yaklaşım geliştirilmeli; kişinin onuru, saygınlığı ve esenliği sadece lafla değil, fiilen de ön planda tutulmalıdır. Kişinin duygusal derinliği ve onurlu bir insan olarak hayatını sürdürme yeteneği her türlü buyurgan ve savsaklayıcı müdahaleden masun kılınmalıdır.

⁸⁷ Açıkgöz 28, 29.

⁸⁸ Açıkgöz 28, 29.

VII. Sonuç

Vesayet kurumunun geleceğine ilişkin olarak düşüncelerimizi ifade ettikten sonra, olası bir değişiklikte de vesayet kurumunun amacının aynı kalacağını bir kez daha vurgulamamız gerekir. Bu amaç her zaman için, belirli zayıflık durumları içinde bulunan kişinin esenliğinin sağlanmasıdır. Dolayısı ile yürürlükteki hukuk bakımından da vesayet organının alacağı önlemlerin bu amaca uygun olması, özellikle orantılılık (denklik) ilkesini ihlal etmemesi gerekir. Sınırlı önlemlerle amaca ulaşmanın mümkün olduğu durumlarda genel nitelikte önlemler alınması denklik ilkesini ihlal eder⁸⁹. Yargıtay da vesayet kurumunun zayıf kişilerin korunması amacına atıfta bulunmakta, alınacak önlemlerin bu amaçla uyumlu olması gerektiğini vurgulamaktadır. Şu örnekler verilebilir:

“Medenî Kanununun vesayet hükümleri ile, serbest hareket etmekten veya serbest irade ile karar vermekten mahrum olanlar korunmuştur. Bu cümleden olarak 357. madde ile de uzun süre mahkum olanlar koruma altına alınmıştır. Şu halde normun amacına uygun uygulanması için kişinin serbestçe hareketine imkan vermeyen mahkumiyetin bulunması kafidir”⁹⁰.

Bir başka kararında Yargıtay⁹¹ konuya ilişkin olarak şu tespitlerde bulunulmaktadır: *“Vesayet makamlarının ihdas edilmesinin amacı, vesayet altında bulunan kişilerin yararlarının korunmasıdır. İşte bu sebeptendir ki, işlemin niteliğine göre bir kısım muamelelerde, yalnız Sulh Hukuk Hakiminin ve bir kısmında ise Sulh⁹² Hukuk Hakiminin karar vermesi esası kabul edilmiştir. (MK. m. 405-406). Bu maddeler birlikte mütalaa olunduğu, takdirde ortaya çıkan gerçek, vesayet altındaki kimselerin mal varlıklarının azalmasını önlemek gerektiğinde mameleki artırmak ve özellikle gelirlerin artışı sağlamak, yani o kimse iradesine sahip olsaydı müdebbir bir mal sahibi olarak neler yapacak idi ise, onun namına aynı işlemleri yapmaktır.”*

Dikkat edileceği üzere, bu kararlarda atıfta bulunulan amaç ve korunmak istendiği ifade edilen çıkarın ne olduğu konusunda soyut ve genel ifadelerle doğru tespitler yapılmaktadır. Ancak sorun bu doğru ilkelerin somut olaya isabetli bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı konusunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin Gaziantep BAM'ın bir kararında⁹³, *“TMK'nun 403. maddesi ışığında vesayette amacın 'vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak' olduğu tartışmasızdır”* denildikten sonra, *“Bu bağlamda aynı yasanın 412. maddesinde kısıtlının yerleşim yerinin değiştirilmesi dahi vesayet makamının iznine*

⁸⁹ Yıldız, Gürsoy 69.

⁹⁰ Y 2. HD., 13.3.1996, 1395/2770 <www.e-uyar.com> accessed 15 Aralık 2019. Vesayetin üçüncü kişileri koruma amacının da bulunduğu hakkında bkz. Y. 2. HD., 9.7.2001, 9402/10765: *“... vesayetin amacının vesayet altındaki kişi yanında üçüncü kişileri de korumak olduğu, Adli Tıp Kurumu Başkanlığının yazılarından işlemin yapıldığı anda murisin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olduğunun belirlendiği ve şekli anlamdaki vesayet kararının işlemi geçersiz hale getirmez...”* (Manisa Bar. D. 2001/3, s. 47 <www.e-uyar.com> accessed 15 Aralık 2019). Bu görüş öğretide de taraftar bulmuştur: *“Vesayet kurumu aracılığıyla sağlanan korumada vesayete konu olan kişilerin yakın çevresi olan ailesi, onlarla temasta bulunan üçüncü kişiler ve hatta genel güvenliğin sağlanması bakımından toplumun da menfaati bulunmaktadır.”* Bkz. Açıköz 2.

⁹¹ 2. HD., E. 1986/1348 K. 1986/2080 T. 27.02.1986

⁹² “Asliye” olacak.

⁹³ Gaziantep BAM, 3. HD., 9.5.2017, 463/472 <www.Lexperacom.tr> accessed 15 Aralık 2019.

tabi tutulmuş, kısıtlının mal varlığının korunması kaygısıyla 438. maddesinde defter tutulması, 439. maddesinde kıymetli şeylerin saklanması, 440. maddesinde taşınırın satılması gibi kısıtlının mal varlığı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük ile de uygulamanın ayrıntıları şekillendirilmiştir. / Özellikle 4721 sayılı yasanın 442. maddesinde ‘Yeteri kadar güven verici olmayan yatırımlar, güvenli yatırımlara dönüştürülür. Dönüştürme işleminin uygun zamanda ve vesayet altındaki kişinin menfaati gözetilerek yapılması gerekir.’ denilmek suretiyle de yasa koyucu vesayet makamına genel bir çerçeve çizerek kısıtlının mal varlığının güvence altında olması gerekliliğini ve zorunluluğunu bildirmiştir. / Tüm bu yasal düzenlemeler karşısında vesayet düzenine tabi olan vatandaş için ‘istediği aracı almakta engelleyen tek kriterin cebindeki parası’ olmadığı anlaşılmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir. Bu kararda da, diğerlerinde olduğu gibi, vesayet kurumunun amacının vesayet altındaki kişinin menfaatinin korunması olduğu yönündeki temel düşünce hiç kuşkusuz doğru ve isabetlidir. Ancak varılan sonucun bu amaçları gerçekleştirme bakımından isabetli olup olmadığı tartışılmalıdır. Karara konu olan olayın mahiyeti karardan tam olarak anlaşılamiyorsa da, vesayet altındaki kişinin parası (malvarlığı) yeterli olsa bile istediği araca sahip olamayacağı, malvarlığının korunmasına yönelik hükümlerin ağır bastığı yolundaki düşüncelerin kararın alınmasında başat rol oynadığı anlaşılmaktadır.

Anılan karardan bağımsız olarak, yeterli malvarlığı bulunan kısıtlının, ayırt etme gücüne sahip olması durumunda, dilediği otomobile sahip olmasına engel olunmasını hangi gerekçeyle açıklayabiliriz? Kuşkusuz gerekçenin, bizzat kısıtlının çıkarı doğrultusunda oluşturulması gerekecektir. Benzer biçimde, ayırt etme gücü olsun veya olmasın, kısıtlı veya kısıtlı adayının otomobili, ayakkabısı, giyecekleri seçilirken ne ölçüde tasarruflu hareket edilmesi gerekir? Örneğin malvarlığı elverişli bulunan kısıtlı, lüks bir lokantada yemek yiyebilir mi? Yiyebilirse, bunu ayda bir defayla mı, yoksa haftada bir defayla mı sınırlamak gerekir? Yoksa her gün de bu ayrıcalıktan yararlanabilir mi? Kuşkusuz bunlar, düşünceyi kışkırtmak için sorulmuş sorular olarak kabul edilebilir ve daha da çeşitlendirilebilir. Her halde önemli olan, somut olay bakımından alınan önlemin ilgilinin esenliğini sağlamaya elverişli olup olmamasıdır. Dolayısı ile, kısıtlı veya kısıtlı adayının kişiliğine veya malvarlığına müdahale anlamına gelecek önlemlerin uygulanmasında, sulh mahkemesine tanınan yetkinin geniş kapsamlı olmasından çok bu yetkinin somut olayın koşullarına uygunluğu, daha hafif bir müdahale ile koruma amacının sağlanıp sağlanmadığı gibi ölçütlerin ön plana çıkmasında zorunluluk bulunmaktadır.

Şu halde her bir geçici hukuki koruma önlemi, ilgilinin esenliğini sağlama amacıyla bağlantılı olarak, öngörülen amaca ulaşmak için gereken yoğunlukta⁹⁴ ancak aşırıya kaçmadan, ilgilinin özgürlüğünü, kişiliğini, konforunu mümkün olduğunca koruyacak

⁹⁴ Öztan 1265.

bir şekilde verilmelidir. Bunun, vesayet hukukuna hâkim olan orantılılık ilkesinin⁹⁵ bir gereği olduğunu söyleyebiliriz. “*Vesayeti önlemler*” bakımından öğretilerde en hafifinden en ağırına doğru şu sıralama yapılmıştır⁹⁶: Temsil kayyımlığı (TMK m. 426/b. 1), yönetim kayyımlığı (TMK m. 427/b. 2), istek üzerine kayyım (TMK m. 428), kombine kayyım (TMK m.426/b. 1 ve b. 2), katılım yasal danışmanlığı (TMK m. 429/f. 1), yönetim yasal danışmanlığı (TMK m. 429/f. 2), kombine yasal danışmanlık, istek üzerine kısıtlanma (TMK m. 408), TMK m. 405 vd. hükümlerine göre kısıtlanma. Geçici hukuki korumalarda da vesayeti gerektiren düzenleme göz önünde bulundurulacağına göre, bunlara hükmedilirken de benzer bir sıralamanın dikkate alınması gerekir. Örneğin şartları gerçekleştiğinde, kısıtlama kararının öncelenmesi anlamına gelecek şekilde kısıtlı adayın fiil ehliyetinin kaldırılmasına karar verilebilecektir. Ancak, koruma amaçlı da olsa geçici koruma önlemiyle kişinin özgürlüğü kısıtlanamayacaktır. Bunun için TMK m. 432’de öngörülen koşulların gerçekleşmesi şarttır⁹⁷. Dolayısı ile, TMK m. 432 kapsamında yargılama devam ederken TMK m. 420’nin *-kiyasen de olsa-* uygulanması mümkün görülmemektedir⁹⁸.

Diğer yandan, geçici hukuki korumayla elde edilmesi hedeflenen menfaat ile kısıtlı adayın esenliği arasında bir denge kurulmalı, bu denge zaman içinde de korunmalıdır. Örneğin, kısıtlı adayın malvarlığı elverişli olduğu sürece, salt bu malvarlığını korumak veya eksiltmemek amacıyla harcamaların asgari düzeyde tutulması orantılılık ilkesini ihlal eder. Amaç, kısıtlı adayın muhtemel mirasçılara bırakacağı muhtemel terekeyi değil, bizzat kısıtlı adayın esenliğini korumaktır. Bu nedenle, fiil ehliyetinin geçici olarak kaldırılması uygun bulunduğu takdirde, atanacak geçici temsilciye aylık harcama limiti belirlenirken kısıtlı adayın mevcut yaşam düzeyi ve kalitesi ile malvarlığının elverişliliği arasındaki denge gözetilmeli, mümkün olduğunca kısıtlı adayın yaşam kalitesinden ödün vermemeye çalışılmalıdır.

Yargıtay da ana hatları ile alınacak önlemlerin aşırıya kaçmaması, insan onuruyla bağdaşması gibi gerekliliklere dikkat çekmektedir: “... *Vasinin mahcur üzerindeki kanuni yetkisi himaye ve müzaharet olarak özetlenebilir. Şu halde vasi ve vesayet idaresi vesayet altındaki kişinin özel durumunun gerektirdiği tüm önlemleri almak ve işlemleri yapmak zorundadır. Hatta kanunda açıkça belirlendiği üzere vasi icabı hale göre onu bir müesseseye koyabileceği gibi, sağlığının bedeni ve ruhi bütünlüğünün korunması; başkalarına zarar verilmemesi amacıyla görüşeceği kimseleri ve gidebileceği yerleri belirleme yetkisine de sahiptir (MK. 328, TCK.473). Ancak vasi bu yetkilerini kullanırken halin icabını aşan tutum ve davranışlardan kaçınmak insan onuru ile bağdaşmayan tedbirleri almamakla da yükümlü olmalıdır (TCK. 477, 478)*”⁹⁹. Ancak,

⁹⁵ Bkz. Dural, Öğüz, Gümüş 410.

⁹⁶ Dural, Öğüz, Gümüş 410.

⁹⁷ Geiser Art. 397a, N. 16, S. 1958; Gümüş 197; Gözümlü 19.

⁹⁸ Gümüş 206.

⁹⁹ Y 2. HD, 11.12.2000, 15373/15682 <www.Lexpera.com.tr> accessed 15 Aralık 2019.

yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu doğru ilkeleri soyut bir biçimde savunmaktan öte, somut olayda gerçekleşip gerçekleşmedikleri yönünden ele almak gerekir.

İsviçre’de vesayet sisteminin değişmesinden önce yazılan eserlerde *–ki bu dönem bizdeki mevcut duruma karşılık gelmektedir–* vesayet kanuna uygun olarak yürütülmesi bakımından seçilecek yöntemin, ilgili kişiyi fiilen vesayet işleyiş sürecine dâhil etme imkânını barındırması gerektiğinden söz edilmektedir¹⁰⁰. Buna göre, ilgilinin birlikte hareket etmesini, motive edilmesini sağlamayan, hatta belki de bunu sabote eden bir yöntemin seçimi durumunda, derhal vesayet tedbirinin uygunluğu sorunu ortaya çıkacaktır. Alınan önlemin izlenen amaca ulaşılmasını sağlamaması halinde ise, bu kez de vasi veya vesayet makamının önlemin orantısallığı sorunuyla yüzleşmesi gerekir. Çünkü sadece aşırıya kaçan önlemler değil, işe yaramayan önlemler de yasaya aykırıdır¹⁰¹. Bu nedenledir ki, İsviçre’de revizyondan önce de, bir yandan vasi tarafından yürütülmesi gereken profesyonel bir danışmanlık ve vesayet çalışmasının yürütülmesi, diğer yandan alınacak vesayet önleminin elverişliliği ve orantısallığı arasında önemli bir karşılıklı etkileşimin bulunduğu kabul edilmekteydi. Buna göre, vesayet (kayımlığın veya yasal danışmanlığın da) profesyonelliğe aykırı bir şekilde yürütülmesi durumunda, önlemin hukuka uygunluğu da ortadan kalkabilecektir¹⁰². Türk hukuk uygulaması bakımından bunlara ilaveten, alınacak önlemin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek bir açıklıkta kaleme alınması ve aynı açıklıkta ilgililer, bankalar ve resmi mercilere bildirilmesi hususunu vurgulamamız gerekir. Kısıtlı veya kısıtlı adayının esenliğini en fazla tehdit eden şeyler arasında, hakkında verilecek geçici hukuki koruma kararının belirsizliği en ön sıralarda yer almaktadır. Yanlış anlaşılmaya, tekit edilmeye, açıklanmaya muhtaç önlemler, önlem olmaktan çok engel olmaktadır.

Sonuç olarak, sulh hâkimi, HMK m. 4’te sayılan dava ve işlerin yanında seçim kurulu üyeliği veya başkanlığı gibi görevler de üstlenebilmekte, bu yoğun dava ve iş trafiği içinde hızla müdahale etmesi gereken vesayete ilişkin konularda kararlar almaktadır. Bu kararlara karşı sadece asliye hukuk mahkemesine itirazda bulunulabildiği, konuya ilişkin yüksek yargı kararlarının oluşmadığı, böylece

¹⁰⁰ Affolter Art. 406, Nr. 60, S. 2054.

¹⁰¹ Örneğin TMK m. 462 hükmünde sulh hâkiminin izni gereken işler arasında “*dava açma*” da sayılmıştır (b. 8). Burada amaç, kısıtlının “*davadaki kazanma şansını incelemek ve sonucuna göre husumete izin verip vermemek bakımından takdir hakkı*”nın sulh hâkimi tarafından kullanılmasıdır. Buna karşılık kısıtlıya karşı açılan bir davada hâkimin vasiye davayı takip izni vermemesinin kısıtlıyı koruma amacıyla bağdaşması mümkün değildir: “*Kanun koyucu, husumet deyimi ile, aktif ve pasif husumeti, yeni davacı yahut davalı sıfatıyla bir davanın tarafı olabilmeyi öngörmüş olup amaç, vesayet altında bulunanın yararını korumaktadır. Mahkeme de bu ilkedan hareket etmiş olmakla beraber, ters bir sonuca ulaşmıştır. Şöyle ki : Olayda izin, hacir altındaki kişinin adına bir dava açmak için değil, hakkında açılacak tapu iptali davasında davalılar arasında yer alacağı içindir. / Gerçekten vesayet altındaki kişinin davacı olması gereken hallerde Sulh Hakimi, davadaki kazanma şansını incelemek ve sonucuna göre husumete izin verip vermemek bakımından takdir hakkına sahip ise de, vesayet altında bulunanın davalı durumunda bulunması halinde isteği az önce açıklanan açıdan incelemek mümkün değildir. Çünkü : Vesayet altındaki bulunan kişinin davalı olduğu davada, sulh hakiminin husumete izin vermemiş olması, davanın reddini gerektirir. Bu takdirde, vasi duruşmadan çıkarılıp davaya gıyapta devam edilir. Onun için Sulh Hakimi husumete izin vermemekle vesayet altındaki şahsı korumuş olmaz, aksine onu savunma imkanından yoksun kılar.*” (Y. 2. HD., 01.07.1974, 4511/4299).

¹⁰² Affolter Art. 406, Nr. 60, S. 2054.

hâkimin istikrar kazanmış örneklerden yararlanma imkânının da bulunmadığı düşünüldüğünde, sistemin bu şekilde işlemesine müsaade edilmesi, bu büyük risklerin mevcut halleriyle geleceğe taşınmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla, yetişkin ve küçüklerin korunmasına ilişkin sistemin mutlaka rasyonel ve bilimsel gelişmeler ışığında yeniden değerlendirilmesi ve zayıflık durumunda bulunan kişilerin esenliğini daha güvenilir ve hızlı bir şekilde gerçekleştirecek bir sisteme geçilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kısaltmalar Cetveli/List of Abbreviations

Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BBL	: Bundesblatt
BGE	: Bundesgerichtssentscheidungen
Bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn	: dipnotu
HD.	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
TMK	: Türk Medeni Kanunu
N.	: Numara
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHKY	: Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
Nr.	: Nummer
NVİGM	: Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü
s.	: sayfa
S.	: Sayı, Seite
TBBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKGM	: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
Vd.	: ve devamı
VVMT	: Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük
Y.	: Yargıtay
YBB	: Yargıtay Bilgi Bankası (karararama.yargitay.gov.tr)
YBS	: Yargıtay Bilgi Sistemi (karararama.yargitay.gov.tr)
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Kaynakça/References

- Açıkgöz A, *Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları* (Onikilevha 2017).
- Affolter K, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) Art. 406, N. 59, S. 2054.
- Akcaal M, 'İsviçre Medenî Kanunu'na Göre Kayyımlik Türleri' (2018) 20 (2) DEÜHFD 63-87.
- Albayrak H, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat* (Yetkin 2013)
- Arslan R, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler', (2013) Özel Sayı Bankacılar Dergisi 7-28.
- Breitschmid P, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) (Art. 386-391).
- Dural M, Ögüz T, Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2019).
- Ekşi N, 'Yargıtay Uygulamasında Vesayete İlişkin Yabancı Kararların Tanınması Davalarında Karşılaşılan Sorunlar' Public and Private International Law Bulletin, (2018) 38(1) 41-83.
- Elçin D, 'Vesâyet Ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine Veya Sona Ermesine Ve Vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi Ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması' (2018) 67 (2) AÜHFD 279-354.
- Erişir E, *Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (Onikilevha 2013).
- Ertürk F, *Türk Hukukunda Vesayeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini Ve Vesayetin Sona Ermesi* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2010).
- Geiser T, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002) (Art. 396-397f).
- Gençcan ÖU, *4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama – Son İçtihatlar 2. Cilt, Md. 185-494* (Yetkin 2015).
- Gözüm A, *Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2011).
- Gümüş MA, 'Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amaçlı Özgürlüğünün Kısıtlanması' (TMK 432-437) (2005) 1/2, YÜHFD 189-228.
- Günay İnan E, *Aile Hukukunda Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2018)
- Kaplan İ, 'İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB'nin) Yetişkinlerin Korunmasına İlişkin Yeni Hükümlerinin Değerlendirilmesi', (2018) 137 TBBBD 375-404.
- Kayran B, *Türk Medenî Kanununda Vesayet Hukuku*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2012).
- Köprülü B, Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz1989).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (2th edn, Yetkin 2018).
- Langenegger E, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, (Hrsg. Heinrich Honsell-Nedim Peter Vogt-Thomas Geiser) (2th edn, Helbing & Lichtenhahn 2002, (Art. 392-395).
- Öğuzman K, Dural M, *Aile Hukuku* (2th edn, Filiz 1998).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6th edn, Turhan 2015).

Özüğür Aİ, *Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleriyle Açıklamalı – İctihatlı Kişi Hukuku – Velayet Vesayet – Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler* (5th edn, Seçkin 2016).

Sargın F, ‘Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi’ (2003) 52(2) AÜHFD 1-75.

Schweizerischer Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Bern 28 Juni 2006, BBL, 158 (2006), H. 36, (S. 7001-7196).

Taşkın F, *Vesayet Organlarının Görev ve Sorumlulukları* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2002).

Yavuz C, Erlüle F, Topuz M, *Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği)* (Beta 2017).

Yıldız E, Gürsoy S, *Türk Vesayet Hukuku Yargılama Usul ve Esasları* (Vedat 2010).

Yılmaz E, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri Cilt 1* (Yetkin 2001).