

**İSVİÇRE MEDENİ KANUNUNUN YURTLARDA VEYA
BAKIM KURUMLARINDA KALAN AYIRT ETME GÜCÜ
BULUNMAYAN KİŞİLER HAKKINDAKİ HÜKÜMLERİ VE
TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ***

*The Provisions of the Swiss Civil Code Regarding Persons Who Are
Incapable of Discernment that Stay in Dormitories or Care
Institutions and its Evaluation from a Turkish
Legal Perspective*

S. Hülya İMAMOĞLU**

ÖZ

İleri yaşta önemli zihinsel hastalıklara maruz kalarak ayırt etme gücünü kaybeden, bu yönde bakım, ilgi ve desteğe şiddetle ihtiyaç duyan özellikle yaşlı kişilerin korunması, güncel hukuki meseleler arasındadır. İsviçre Medeni Kanununun vesayete ilişkin hükümlerinde 2008 yılında yapılan değişiklikle, yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin korunması amacıyla uygulanması zorunlu, sözü edilen kişilerin hukuki durumlarını belirli açılardan iyileştirmeye yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Bu yönde ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile kurum arasındaki bakım sözleşmesinin asgari içeriği, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temsili, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin korunması, bu bağlamda hareket özgürlüğünün sınırlanmasının şartları, ilgili kurumların denetimi ve ilgili kurumların kararlarına karşı yasal başvuru yolları hakkında önemli hükümler öngörülmüştür. Sözü edilen hükümler, ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile

Makalenin geliş tarihi: 03.03.2019 **Makalenin kabul tarihi:** 04.04.2019

- Bu makale, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 26- 27 Aralık 2018 tarihlerinde gerçekleştirilen “Hukukun Güncel Sorunları – II” Sempozyumunda sunulan sözlü bildirinin yeniden gözden geçirilerek genişletilmiş halidir. 1 Şubat 2019 tarihinde yürürlükte olan mevzuat esas alınmıştır.
- ** Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

kurum arasındaki hukuki ilişkiye şeffaflık sağlanması ve ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin korunması yönünden dikkate değerdir.

Türkiye’de ayırt etme gücü bulunmayan erişkinlerin ihtiyaç duyduğu bakım ve desteğin sağlanması, özellikle yaşlı ve engelliler bakımından 2828 sayılı ve 24.05.1983 tarihli Sosyal Hizmetler Kanunu ve bu Kanuna dayanarak çıkarılan çeşitli Yönetmelikler çerçevesinde düzenlenmiştir. Türk hukukundaki düzenlemelerin isabetli yönleri bulunmakla birlikte, ilgili mevzuat genel olarak değerlendirildiğinde bütünlükten uzak bir görünüş sergilemektedir. Özellikle ilgili sosyal hizmet kuruluşlarında kalan kişilerin etkili bir biçimde korunmasını sağlayacak açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Türk hukukunda bakıma ihtiyaç duyan erişkinlerin, özellikle bunama vb. hastalıklardan muzdarip ileri yaştaki kişilerin hukuki durumu, güncel bir bakış açısıyla, bütünlük gösterecek şekilde yeniden düzenlenmelidir. Bu süreçte İsviçre hukukundaki düzenlemenin ve bu konudaki bilimsel görüşlerin dikkate alınması da yararlı olur.

Anahtar kelimeler: Ayırt etme gücü, bakım kurumu, bakım sözleşmesi, kişilik hakkı, hareket özgürlüğü.

ABSTRACT

The protection of elderly persons especially, who are no longer capable of discernment due to significant mental illnesses at advanced ages and who, therefore strongly require attention and support, is among the topical legal issues. With the changes made in 2008 in the Swiss Civil Code regarding its provisions relating to guardianship, a regulation, the application of which is mandatory, has been put in place in order to improve the legal statuses of and protect the persons who are not capable of discernment, that stay in dormitories or care institutions. In this regard certain provisions have been provided; such as the minimum content of the care contract between the institution and the person who is incapable of discernment, the protection of the personality and the representation of the person that is incapable of discernment, the restriction of the freedom of movement, auditing of the relevant institutions and the legal remedies against the decisions of these institutions. These provisions are noteworthy in the sense that they provide transparency for the legal relationship between the institution and the person that is incapable of discernment and the protection of the personality of such person.

In Turkey, the provision of care and support for adults that are not capable of discernment, especially for the elderly and the disabled, is regulated with the Law on Social Services numbered 2828 and dated 24.05.1983 and various Regulations related therewith. Although the relevant regulations of Turkish law has well-directed points, the legislation in general seems to lack coherence. In particular, there are no explicit provisions that effectively protect the persons staying in the relevant social services institutions. The legal status of adults that require care, especially the elderly people suffering from illnesses such as dementia, should be coherently re-regulated with a modern perspective. Taking the regulations in Swiss law and the scientific views into consideration in this process would be beneficial.

Key Words: Discernment, care institutions, care contract, personal right, freedom of movement.

I. GİRİŞ

İsviçre Medeni Kanununun vesayete ilişkin hükümlerinde 2008 yılında yapılan değişiklikle yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin hukuken korunmasına ilişkin olarak kanun gereği alınması gereken tedbirler hakkında önemli bir düzenleme getirilmiştir (Art. 382- 387 ZGB)¹.

Dünyada yaşlı insan nüfusu giderek artmaktadır². Yine demografik sebeplerle ve ayrıca değişen aile yapısı dolayısıyla birçok insanın ileri yaşta ihtiyaç duyduğu yardım, ancak yurtlar veya bakım kurumları aracılığıyla sağlanabilmektedir³. Diğer taraftan ileri yaşta Alzheimer vb. bunama hastalıklarına yakalanma riski de ortaya çıkmaktadır⁴. Bu da sözü edilen kurumlarda daha çok ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kalması ihtimalini artırmaktadır.

¹ BBl 2006 7002 vd., 7014 vd., 7038 vd. Bu düzenleme, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Andrea Büchler, Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse, 4. Auflage, Basel 2012, s. 259.

² Konu hakkında bkz. Sandra Hotz, Der Betreuungsvertrag, FamPra.ch 2016, s. 815.

³ Hotz, s. 815, 816; Daniel Steck, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Basel 2014- 2015, Vor Art. 382- 387, N. 1.

⁴ Hotz, s. 816; Steck, Vor Art. 382- 387, N. 1.

Kurumlarda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler, birçok halde ihtiyaç duydukları hukuki korumadan yararlanamamaktadır⁵. Bu yönde sözü edilen kişilere sağlanan bakımın yetersizliği, hak ve özgürlüklerine riayet edilmemesi, sözleşme ilişkilerinin şeffaflıktan yoksun olması, şiddetle eleştirilen hususlardır⁶. Yine kurumlardaki bu kişilerin yalnızlık çektiği ve ihtiyaçlarının yeterince karşılanmadığı hususuna da sıkça işaret edilmektedir⁷.

Bu hususları dikkate alan İsviçre kanun koyucusu, yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin korunması amacıyla uygulanması zorunlu, sözü edilen kişilerin hukuki durumlarını belirli açılardan iyileştirmeye yönelik hükümler öngörmüştür⁸. Bu yönde mesela ayırt etme gücü bulunmayan kişinin uzun bir süre için bir yurtda veya bir bakım kurumunda kalması halinde, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin yazılı bir sözleşmede belirlenmesi zorunluluğu getirilmiştir⁹. Yine özellikle ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temsili, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin korunması, bu bağlamda hareket özgürlüğünün sınırlanmasının şartları, ilgili kurumların denetimi ve ilgili kurumların kararlarına karşı yasal başvuru yolları üzerinde durulması gereken önemli hükümlerdir¹⁰.

⁵ Audrey Leuba/Micaela Vaerini, FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013, Einführung zu Art. 382- 387, N. 2; Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi- Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Bern 2014, Rz. 2.206; BBI 2006 7014.

⁶ BBI 2006 7014- 7015; Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387, N. 2.

⁷ BBI 2006 7015; Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387, N. 2.

⁸ BBI 2006 7015; Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387, N. 5; Walter Boente, ZK-Zürcher Kommentar, Der Erwachsenenschutz, Art. 360- 387 ZGB, Zürich 2015, Vor Art. 374-387, N. 36; Patrick Fassbind, OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 382 N. 1; Hermann Schmid, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360- 456 ZGB, Zürich 2010, Art. 382 N. 1; Cevdet Yavuz/Fulya Erlüle/Murat Topuz, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017, s. 78 vd.. Yurtda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin daha iyi korunmasına yönelik hükümlerin bir "yurt kanunu fragmanı" biçiminde tespit edildiği yönünde bkz. Yvo Biderbost, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, s. 315; aynı yönde Peter Mösch Payot, Das Neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Bern 2011, Vor Art. 382- 387; Boente, Vor Art. 374-387, N. 37.

⁹ Art. 382 ZGB.

¹⁰ Bkz. Hausheer/Geiser/Aebi- Müller, Rz. 2.206 vd.; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Alexandra Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015, § 51 N. 47 vd.; Christof Bernhart, Handbuch der fürsorglichen Unterbringung, Basel 2011, N. 643 vd.

Bu çalışmada kaynak İsviçre Medeni Kanununun ileri yaşta önemli zihinsel hastalıklara maruz kalarak bakım, ilgi ve desteğe şiddetle ihtiyaç duyan özellikle yaşlı kişilerin korunması amacıyla öngörmüş olduğu hükümler, konunun güncelliği de göz önünde bulundurularak incelenmek ve benzer sorunların yaşandığı ülkemiz açısından da bir durum değerlendirilmesi yapılmak istenmiştir.

II. Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler Hakkındaki Düzenlemenin Esasları

1. Uygulama Alanı

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenleme, İsviçre Medeni Kanununun erişkinleri koruma kısmında, ayırt etme gücü bulunmayan kişiler için kanun gereği uygulanması gereken tedbirlere ilişkin hükümler içinde yer almaktadır¹¹.

Bu düzenlemenin içerdiği hükümler, bir yurttan veya bakım kurumunda yaşayan ayırt etme gücü bulunmayan ergin kişiler hakkında uygulanır¹². Düzenlemenin uygulama alanı, sadece yaşlı kişilerle sınırlı değildir; doğuştan zihinsel engelli ergin kişiler hakkında da uygulanır¹³.

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkında öngörülen düzenleme, sözü edilen kişilerin ilgili kurumlardaki bakımına ilişkindir¹⁴. Ayırt etme gücü bulunmayan kişi, kuruma yerleşmeye mukavemet etmediği takdirde, kurumda psikişik (ruhsal) bakım da alabilir¹⁵. Diğer taraftan yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme

¹¹ Art. 382- 387 ZGB. Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 1.

¹² Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 6; farklı görüşte Steck, Art. 382 N. 5.

¹³ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 9.

¹⁴ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art 382- 387 N. 10. Ancak kişinin ayırt etme gücünün bulunmamasına rağmen, bir kuruma yerleşmeye mukavemet göstermesi halinde, koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümler uygulanır (Art. 426 vd. ZGB). Konu hakkında bkz. Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 12; Schmid, Art. 382 N. 9; Boente, Art. 382 N. 60; Steck, Art. 382 N. 47; Fassbind, Art. 382 N. 4; BBl 2006 7015.

¹⁵ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 13. Burada tıbbi karar alma süreci, İsviçre Medeni Kanununun tıbbi tedbirlerde temsil hakkındaki hükümlerine göre cereyan eder (Art. 377 vd. ZGB). Bu noktada işaret etmek gerekir ki İsviçre Medeni Kanununa göre ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin bir psikiyatri kliniğinde psikişik (ruhsal) bakımı – tedavisi – söz konusu olduğu takdirde, yine koruma amacıyla yerleştirme hakkındaki hükümler uygulanır (Art. 426 vd. ZGB). Ancak böyle bir halde ayırt etme gücü bulunmayan kişinin mukavemet

gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenleme ile getirilen hükümler, evdeki bakım hizmetini kapsamaz¹⁶.

2. Kurum Kavramı

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenlemenin uygulanabilmesi için sözü edilen kişilere sağlanan bakımın ilgili kurumlarda gerçekleşmesi gerekmele birlikte, kurum kavramı, kanunda tanımlanmamıştır¹⁷. Doktrinde kurum kavramı bağlamında ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin de bakımını sağlayabilecek durumda olan, bu yönde maddi araç ve gerekli personel kapasitesine sahip, bakım amacıyla kurulmuş her çeşit kuruluşun söz konusu olacağı ifade edilmektedir¹⁸. Diğer taraftan yurtlar, ortaklaşa konaklama ve gıda ihtiyacının karşılandığı kurumlara ifade eder¹⁹. Bakım kurumları ise ortaklaşa konaklama ve gıda ihtiyacının karşılanması yanında, tıbbi bakım ve hasta bakımının sağlandığı kurumlara ifade eder²⁰. Buna göre bakım kurumlarında sağlıkla ilgili hizmetler, doğrudan yerinde sunulmaktadır. Buna karşılık yurtlarda kalan kişilerin sağlıkla ilgili tedavi ve bakım hizmetleri, çoğu kez kurumla sözleşme bağı olmayan, kurum dışından çağrılan hekimlerce karşılanır²¹.

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenleme, yaşa bağlı bunama (demans) veya diğer bozukluğu olan ayırt etme gücü bulunmayan kişilere bakım sağlayan psikogeriatrik kurumlar için de uygulanır²². Çünkü bu kurumlarda sağlanan psikişik (ruhsal) bakımın başlıca amacı, bakıma ihtiyaç duyan yaşlı insanlara eşlik etmek olup, yaşa bağlı bir gerilemenin (dejenerasyonun) yol açtığı ve bu yüzden çoğu kez geriye çevrilemez psikişik (ruhsal) bozuklukları tedavi etmek değildir.

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenleme uyarınca sözü edilen kişilere kurum tarafından sağlanması gereken bakım, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin sadece

gösterip göstermemesinin önemi yoktur. Konu hakkında Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 13; BBl 2006 7037- 7038.

¹⁶ Boente, Art. 382 N. 6; Steck, Art. 382 N. 18.

¹⁷ Steck, Art. 382 N. 12; Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 15 vd., N. 17.

¹⁸ Steck, Art. 382 N. 12; krş. Boente, Art. 382 N. 15, N. 17.

¹⁹ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 16.

²⁰ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 16.

²¹ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 16.

²² Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 14.

konaklama ve gıda ihtiyacının karşılanmasından ibaret değildir, bilakis kurumun ayırt etme gücü bulunmayan kişiye kişisel yönden de destek olması gerekir²³. Bu açıdan kişisel destek (bakım) sunmayan kurumlar, mesela oteller, burada sözü edilen kurum kavramı içinde değerlendirilmez, dolayısıyla ilgili hükümler (Art. 382 vd. ZGB) uygulanmaz²⁴. Hastaneler de esasen Art. 382 ZGB anlamında kurum değildir²⁵. Zira hastanelerin başlıca görevi, sağlık hizmeti sunmaktır. Ancak hastanenin ayırt etme gücü bulunmayan insanlara yönelik psikiyatrik bir bölümü mevcutsa, bu takdirde Art. 382 ZGB anlamında kurum olarak değerlendirilir²⁶.

Yurt veya bakım kurumu, kamusal bir kurum olabileceği gibi sübvansede edilen ya da sübvansede edilmeyen bir özel kurum da olabilir²⁷.

3. Yurtlarda veya Bakım Kurumlarında Kalan Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişiler Hakkındaki Düzenleme Çerçevesinde Öngörülen Başlıca Tedbirler

3.1. Bakım Sözleşmesi

Kişinin bir yurttan veya bir bakım kurumunda bakılması, bir sözleşme temelinde gerçekleşmelidir²⁸. Kurumda kalacak kişi, fiil ehliyetine sahipse, sözleşmenin esaslı noktalarını kendisi belirleyebilir ve sözleşmeyi bizzat imzalayabilir²⁹. Böyle bir halde Art. 382 ZGB hükmünde öngörülen düzenlemenin uygulanması söz konusu olmaz³⁰. Kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması halinde ise, özel korunma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır³¹. Bu bağlamda Art. 382 ZGB uyarınca ayırt etme gücü bulunmayan ergin bir kişinin bir yurttan veya bakım kurumunda bakılması, yazılı bir sözleşme yapılmasını gerektirmektedir³².

²³ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 18.

²⁴ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 18.

²⁵ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 18; ayrıca bkz. Steck, Art. 382 N. 16.

²⁶ Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 18; ayrıca bkz. Steck, Art. 382 N. 17; Boente, Art. 382 N. 18.

²⁷ Steck, Art. 382 N. 13; Leuba/Vaerini, Einführung zu Art. 382- 387 N. 17.

²⁸ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 1.

²⁹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 1; Hotz, s. 822.

³⁰ Hotz, s. 822.

³¹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 1; Steck, Art. 382 N. 19. Ayrıca bkz. aşağıda “Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişinin Temsili”.

³² Hotz, s. 822 vd.; Steck, Art. 382 N. 19; Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 2; Boente, Art. 382 N. 26.

Yazılı sözleşme ile tarafların bakım sözleşmesinden doğan yükümlülükleri bağlamında kurumun yerine getireceği edimler ve buna karşılık kurumda kalacak kişinin borçlanmış olduğu bedel belirlenir³³. Art. 382 ZGB hükmüyle hedeflenen koruma, federal düzeyde asgari şartların belirlenmesiyle sınırlanmıştır³⁴. Bu yönde anılan hüküm, kurumun ayrı ayrı hangi edimleri yerine getirmek zorunda olduğu hakkında bilgi vermemektedir³⁵. Bununla birlikte kurumun yerine getirmekle borçlandığı yükümlülükler, her halde ortaklaşa konaklama ve gıda ihtiyacının karşılanmasını içerir³⁶. Burada bir veya birden çok yataklı oda tahsisi, ana ve ara öğün zamanlarının hazırlanması, masa servisi, oda ve ortak yerlerin temizlenmesi, kişisel giysilerin bakımı vb. söz konusu olur³⁷. Bu çerçevede ortak yerlerin serbestçe kullanılması, kurum tarafından düzenlenen etkinliklere, sohbet programlarına ve diğer uğraşılara katılma imkânının sağlanması da sayılabilir³⁸.

Doktrinde kurumda kalmanın gerektirdiği giderlerin, basitçe toptan bir şekilde (götürü usulde) değil, bilakis çeşitli edimlerin fiyatının gösterilerek belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁹. Edim yükümlülüklerine ilişkin bu bilgilerin sözleşmede yer alması, ayırt etme gücü bulunmayan kişiye daha iyi bir koruma ve kurumla olan hukuki ilişkide şeffaflık sağlanması bakımından önemlidir⁴⁰. Bununla birlikte doktrinde bakım sözleşmesinin yasal olarak öngörülen asgari içeriğinin dışında, zaman zaman uygun olmayan durumlara yol açabilecek pek çok hususun da federal düzeyde düzenlenmesinin faydalı olacağına işaret edilmektedir⁴¹. Bu bağlamda mesela sözleşmenin sona ermesi, bu yönde sözleşmenin feshedilebileceği haller ve sözleşmeyi ihlalin sonuçları, yine mesela kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin gelirlerinin ve malvarlığının yönetiminin kuruma bırakılmasının söz konusu olup olmayacağı ya da hangi şartlar altında kurumun oda değişikliği talep edebileceği gibi hususlar anılabilir⁴².

³³ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 2; Steck, Art. 382 N. 19; Boente, Art. 382 N. 29.

³⁴ Steck, Art. 382 N. 20.

³⁵ Steck, Art. 382 N. 20.

³⁶ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 4.

³⁷ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 4. Konu hakkında ayrıca bkz. Hotz, s. 826 vd., 839 vd., 849 vd.

³⁸ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 4.

³⁹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 4; Steck, Art. 382 N. 25; ayrıca bkz. Hotz, s. 829; krş. Boente, Art. 382 N. 34.

⁴⁰ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 4; Steck, Art. 382 N. 25.

⁴¹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 9. Konu hakkında ayrıntılı olarak Hotz, s. 851 vd., 866 vd.

⁴² Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 9; Hotz, s. 866 vd.

Tıbbi bakım, bakım sözleşmesinin kapsamında değildir⁴³. Ancak kişinin bir bakım kurumunda kalması halinde, bakım kurumu, çoğu kez, ortaklaşa konaklama ve gıda ihtiyacının karşılanması yanında, geriatrik bakım sağlama yükümlülüğü altına da girmektedir⁴⁴. Bakım kurumunda, hekim dışındaki kişilerce de gerçekleştirilebilen sınırlı bir sağlık bakımının sunulması halinde, kurumda kalan kişinin gerekli sağlık hizmetini alabilmesi için kurum dışında, ayrıca bir hekimle de sözleşme yapması söz konusu olabilir⁴⁵.

Art. 382 Abs. 2 hükmü uyarınca kurum tarafından yerine getirilmesi gereken edimlerin belirlenmesinde olabildiğince ayırt etme gücü bulunmayan kişinin istekleri (mesela vejetarif menü; uyku saatlerinin düzenlenmesi vb.) de dikkate alınır⁴⁶. Burada ayırt etme gücü bulunmamasına rağmen, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına mümkün olan en iyi şekilde riayet edilmesi amaçlanır⁴⁷.

Yazılı sözleşme, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kurumda uzun bir süre için kalması halinde yapılır⁴⁸. Kişinin kurumda geçici olarak, mesela dinlenmek için veya sadece kısa bir süre için, mesela kendisiyle ilgilenen yakınının tatil yapmasını sağlamak amacıyla birkaç gün veya bir ya da iki hafta için kaldığı hallerde yazılı bir sözleşme gerekli değildir⁴⁹. Kurum bakımının süre belirlenmeksizin talep edilmesi halinde, diğer bir ifadeyle kurumda kalmanın belirsiz süreli olması halinde, kanunun aradığı kurumda uzun bir süre için kalma şartı gerçekleşmiş olur⁵⁰. Bununla birlikte sürenin uzunluğu, somut olayın şartları değerlendirilerek belirlenir⁵¹.

⁴³ BBl 2006 7038; Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 5; Hotz, s. 828; Schmid, Art. 382 N. 4; Boente, Art. 382 N. 28; Peter Breitschmid, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1- 456 ZGB, 2. Auflage, Zürich 2012, Art. 382 N. 2.

⁴⁴ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 5. Böyle bir halde bakım kurumunun geriatrik bakım için uygun bir yapıya da sahip olması gerekir. Konu bağlamında ayrıca bkz. Bernhart, N. 649.

⁴⁵ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 5.

⁴⁶ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 7, N. 8; Hotz, s. 827; Steck, Art. 382 N. 41; Boente, Art. 382 N. 43.

⁴⁷ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 7; Steck, Art. 382 N. 41; ayrıca bkz. Boente, Art. 382 N. 44.

⁴⁸ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 2; Hotz, s. 824; Schmid, Art. 382 N. 2; BBl 2006 7038.

⁴⁹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 2; Einführung zu Art. 382- 387 N. 19; Schmid, Art. 382 N. 2; Steck, Art. 382 N. 11; Boente, Art. 382 N. 20; BBl 2006 7038. Farklı bir yaklaşım için bkz. Fassbind, Art. 382 N. 2.

⁵⁰ Steck, Art. 382 N. 11; ayrıca bkz. Tuor/Schnyder/Jungo, § 51 N. 49; Schmid, Art. 382 N. 2.

⁵¹ Art. 4 ZGB; Steck, Art. 382 N. 11.

Yazılı şekil şartı ve tarafların yükümlülüklerinin sözleşmede gösterilmesi, yukarıda da belirtildiği gibi, kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile kurum arasındaki hukuki ilişki bakımından şeffaflık sağlamaya hizmet eder ve bu yönde suiistimal tehlikesini önlemelidir⁵². Farklı görüşlerle birlikte, yazılı şekil şartı, geçerlik şartı değildir⁵³. Bakım sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmasa da geçerlidir⁵⁴.

3.2. Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişinin Temsili

Kişinin bir yurtda veya bir bakım kurumunda bakılması, daha önce de ifade edildiği gibi, bir sözleşme temelinde gerçekleşmelidir⁵⁵. Keza kurumda kalacak kişi, fiil ehliyetine sahipse, sözleşmenin esaslı noktalarını kendisi belirleyebilir ve sözleşmeyi bizzat imzalayabilir⁵⁶. Böyle bir halde Art. 382 ZGB hükmünde öngörülen düzenlemenin uygulanması söz konusu olmaz⁵⁷. Buna karşılık kurumda kalacak kişinin ayırt etme gücünün bulunmaması halinde, özel korunma ihtiyacı ortaya çıkar ve Art. 382 ZGB hükmünün uygulanması söz konusu olur. Böyle bir halde ayırt etme gücü bulunmayan kişinin, menfaatlerinin korunması, bu yönde üçüncü bir kişi tarafından temsil edilmesi gerekir⁵⁸.

Art. 382 Abs. 3 hükmüne göre bakım sözleşmesinin yapılmasında, değiştirilmesinde ve ortadan kaldırılmasında ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temsili hakkında, tıbbi tedbirlerde temsile ilişkin hükümler uygulanır. Tıbbi tedbirlerde temsile ilişkin hükümler de, İsviçre Medeni Kanununda 2008 yılında yapılan kapsamlı değişiklik çerçevesinde getirilmiş olup, bu hükümlerde ayırt etme gücü bulunmayan bir kişiye yapılacak tıbbi

⁵² Krş. Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 2, N. 13; Steck, Art. 382 N. 35; BBl 2006 7038.

⁵³ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 13; Hotz, s. 825; Boente, Art. 382 N. 38; Fassbind, Art. 382 N. 2; BBl 2006 7038. Geçerlik şartı olduğu görüşünde Schmid, Art. 382 N. 5; ayrıca bkz. Steck, Art. 382 N. 35.

⁵⁴ Doktrinde özel hukuka tabi bir kurumla yapılan bakım sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla isimsiz sözleşme olarak kabul edilmektedir. Zira bakım sözleşmesi, esaslı noktaları ve hukuki sonuçları yönünden kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Diğer taraftan bakım sözleşmesine ilişkin Art. 382 ZGB hükmü, federal düzeyde uygulanması gereken bir düzenleme olmakla birlikte, bir kamu kurumuyla yapılan bakım sözleşmesi ile kamu hukukuna tabi bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Bu konuda bkz. Steck, Art. 382 N. 37, N. 40; Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 11.

⁵⁵ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 1.

⁵⁶ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 1; Hotz, s. 822.

⁵⁷ Hotz, s. 822.

⁵⁸ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 1.

müdahaleye ilişkin olarak kim tarafından karar verileceği ve bu sırada nasıl hareket edileceği hususu düzenlenmiştir (Art. 377 vd. ZGB).

Anılan hükümlere göre temsile yetkili kişiler, belirli bir kanuni sıra düzeni içinde tespit edilmiştir⁵⁹. Bu kanuni sıra düzeninde temsil yetkisi, ilk olarak bir hasta vasiyetinde veya bir tedbir amaçlı vekâlette gösterilen kişiye aittir⁶⁰. Böylece tıbbi müdahale yapılacak kişi tarafından ayırt etme gücünün bulunduğu sırada bizzat belirlenen kişilerin, temsil yetkisi bakımından önceliği söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan bu sıra düzeni içinde kanunda öngörülen şartlar dâhilinde aile fertlerine de temsil yetkisi tanınmıştır⁶¹. Buna göre bir hasta vasiyeti veya bir tedbir amaçlı vekâlet ile belirlenen bir kişi yoksa ve bunun dışında somut halde ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi tıbbi tedbirlerde temsile yetkili olarak atanmış bir kayyım mevcut değilse, aile fertlerinin temsil yetkisi söz konusu olur⁶². Burada sırasıyla ayırt etme gücü bulunmayan kişinin eşi⁶³, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan ve ona düzenli olarak ve kişisel destek gösteren kişi, altsoy, ana baba ve kardeşler, temsil yetkisini kullanır. Aile fertlerinin temsil yetkisi, doğrudan kanundan kaynaklanır.

⁵⁹ Konu hakkında bkz. Hausheer/Geiser/Aebi- Müller, Rz. 2.74 vd.

⁶⁰ Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1. Hasta vasiyeti, bir kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde kendisine uygulanacak tıbbi tedbirler hakkında önceden açıklamış olduğu iradesidir (Art. 370- 373 ZGB). Hasta vasiyetini düzenleyen kişi, hasta vasiyetinde, ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde kendisi için uygulanması gereken tıbbi tedbirler hakkında karar verecek bir kişiyi de belirleyebilir. Tedbir amaçlı vekâlette ise kişi, başka bir kişiyi, ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde kendi menfaatlerini korumakla görevlendirir (Art. 360- 369 ZGB). Tedbir amaçlı vekâlet, tıbbi tedbirlerde temsili de kapsayabilir. Hasta vasiyeti ve tedbir amaçlı vekâlet hakkında bkz. Hausheer/Geiser/Aebi- Müller, Rz. 2.40 vd., Rz. 2.06 vd.

⁶¹ İsviçre kanun koyucusuna göre aile fertlerine tıbbi temsil yetkisinin tanınmasıyla, aslında uygulamada karşılaşılan bir durum, normlaştırılmış; ayrıca bu suretle aile içi dayanışma da güçlendirilmek istenmiştir. Bkz. BBl 2006 7013- 7014.

⁶² Kayyım, tıbbi konularda temsile yetkili olarak erişkinleri koruma makamı tarafından atanır ve tıbbi tedbirlerde temsile yetkili kişilere ilişkin kanuni sıra düzeninde ikinci basamakta yer alır (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Erişkinleri koruma makamı, uzmanlık makamı olup, prensipte erişkinleri korumaya ilişkin bütün görevler bakımından yetkilidir (Art. 440 ZGB). Konu hakkında bkz. Tuor/Schnyder/Jungo, § 58 N. 1.

⁶³ İsviçre Medeni Kanununa göre eş olarak kanun gereği temsil yetkisine sahip bulunanlar, evlilik birliğindeki karı veya kocadan biri ya da aynı cinsiyetten olup beraberlikleri resmi makamlarca tanınmış çiftlerden birisidir (Art. 374- 375 ZGB). Tescil edilmiş eşlik (hayat ortaklığı) olarak da ifade edilebilecek son halde İsviçre medeni hukukunun kabul ettiği bir kurum söz konusudur (bkz. 18.06.2004 tarihli Partnerschaftsgesetz).

Art. 382 Abs. 3 ZGB hükmü çerçevesinde bakım sözleşmesinin yapılmasında, değiştirilmesinde ve ortadan kaldırılmasında ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temsili hakkında, tıbbi tedbirlerde temsile ilişkin hükümlerin uygulanması suretiyle, tek ve aynı kişinin, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi, kuruma yerleşme sırasında hem tıbbi meselelerde hem de yerleşmeye ilişkin meselelerde temsil etmesi avantajı sağlanmıştır⁶⁴.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsil yetkisine ilişkin olarak kuruma yerleşme kararının verilmesi hususu, bakım sözleşmesinin akdedilmesi hususundan ayrı değerlendirilmelidir⁶⁵. Kuruma yerleşme kararı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olup, ayırt etme gücünün bulunması halinde kuruma yerleşecek kişi, bu kararı bizzat verir⁶⁶. Ancak kuruma yerleşme kararı bakımından ayırt etme gücüne sahip olarak görünen kişi, bakım sözleşmesinin akdedilmesi bakımından ayırt etme gücüne sahip olmayabilir, bu yönde bakım sözleşmesinin akdedilmesi, ilgili kişinin fikri kapasitesini aşabilir⁶⁷. Böyle bir halde kuruma yerleşme kararını bizzat veren kişi, bakım sözleşmesinin akdedilmesi sırasında kanun gereği temsile yetkili kişi tarafından temsil edilir⁶⁸. Temsilci, ilgili kişi adına bakım sözleşmesini akdeder.

Kuruma yerleşecek kişinin kuruma yerleşme kararı bakımından gerekli ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde ise, doktrinde kanun gereği temsil yetkisinin kuruma yerleşme kararının verilmesini de kapsadığı kabul edilmektedir⁶⁹. Ancak bu durumda ayırt etme gücü bulunmayan kişinin, kuruma yerleşmeye mukavemet etmemesi gerekir⁷⁰. Aksi takdirde İsviçre Medeni Kanununun koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin hükümlerinin uygulanması söz konusu olur⁷¹.

Temsile yetkili kişi, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kurumda kaldığı süre zarfında bakım sözleşmesi uyarınca kurum tarafından üstlenilen

⁶⁴ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 17.

⁶⁵ Steck, Art. 382 N. 47.

⁶⁶ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 18.

⁶⁷ Steck, Art. 382 N. 49; Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 18; BBl 2006 7039.

⁶⁸ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 18.

⁶⁹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 18; ayrıca bkz. Steck, Art. 382 N. 48.

⁷⁰ Steck, Art. 382 N. 47, N. 48.

⁷¹ Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 18. Koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin hükümler çerçevesinde ayırt etme gücü bulunmayan kişi, kanunda öngörülen şartlar dâhilinde, erişkinleri koruma makamının vereceği kararla kuruma yerleştirilir (Art. 426 vd. ZGB).

yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmelidir⁷². Bu da temsilcinin ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle doğrudan ve düzenli olarak iletişim halinde bulunmasını gerektirir. Diğer taraftan temsilci, kararlarını alırken ayırt etme gücü bulunmayan kişinin farazi (varsayılan) iradesini ve menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır⁷³. Temsilcinin görevini gereği gibi yapmaması, erişkinleri koruma makamının müdahalesine yol açar ve temsilcinin sorumluluğunu gerektirir⁷⁴.

3.3. Hareket Özgürlüğünün Sınırlanması

Hareket özgürlüğü, kişisel özgürlüğün bir parçası olarak anayasal güvenceye bağlanmış ve kanunen Art. 28 vd. ZGB/TMK m. 24 vd. hükümleri ile korunmuştur⁷⁵.

Zorla gerçekleştirilen bir tedbir olarak hareket özgürlüğüne yönelik her sınırlama, bu temel hakka ağır bir müdahale oluşturur ve insan haysiyetini ilgilendirir⁷⁶. Bu bağlamda hareket özgürlüğünün sınırlanması, kanuni bir dayanak gerektirir. Ayrıca hareket özgürlüğünün sınırlanması, ölçülülük ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir⁷⁷.

⁷² Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 18.

⁷³ Steck, Art. 382 N. 51; Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 19. Farazi iradenin belirlenmesinde, yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temsili hakkında uygulanması gereken tıbbi tedbirlerde temsile ilişkin hükümler bağlamında Art. 378 Abs. 3 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması söz konusu olur. Art. 378 Abs. 3 hükmü uyarınca tıbbi tedbirlerde temsile yetkili kişi, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak bir hasta vasiyetinde belirlenmiş talimatlar yoksa ayırt etme gücü bulunmayan kişinin farazi iradesine ve menfaatlerine göre karar verir. Burada farazi irade, hastanın tıbbi müdahale sırasında ayırt etme gücü bulunsaydı, tedaviye rıza gösterip göstermeyeceği sorusunun açıklığa kavuşturulmasıyla belirlenir. Konu hakkında bkz. Thomas Geiser, Demenz und Recht, Regulierung – Deregulierung, ZVW 2003, s. 104 vd.

⁷⁴ Steck, Art. 382 N. 53; Leuba/Vaerini, Art. 382 N. 21, N. 20. Kayyım dışında diğer kanun gereği temsile yetkili kişilerin sorumluluğu hakkında vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır (Art. 456 ZGB).

⁷⁵ Art. 10 Abs. 2 ve Art. 31 BV/AY m. 19; Steck, Art. 383 N. 2; Vaerini, Art. 383 N. 1. Kişilik değerleri ve kişilik hakkının korunmasına ilişkin olarak bkz. ayrıca Andreas Meili, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser), Basel 2014- 2015, Art. 28 N. 17 vd.; Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 42. Bası, Ankara 2017, s. 275 vd., 283 vd. ; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2017, s. 149 vd. ; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay- Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015, s. 193 vd.

⁷⁶ Krş. Steck, Art. 383 N. 2. Ayrıca bkz. BGE 5A_335/2010, E. 3. 1 (06.07.2010).

⁷⁷ Krş. Steck, Art. 383 N. 2.

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin korunması için sözü edilen kişilerin hareket özgürlüğünün sınırlanması, kaçınılmaz olabilir⁷⁸. Mesela bu kişilerin çok defa bulanık zihinsel durumları sebebiyle yönelme yeteneğini kaybederek kendilerini tehlikeye düşürmeleri halinde, bir tedbir olarak hareket özgürlüğünün sınırlanması gerekebilir⁷⁹.

Yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenleme çerçevesinde sözü edilen kişilerin hareket özgürlüğünün tedbir olarak sınırlanabilmesinin kanuni temeli de oluşturulmuştur (Art. 383- 385 ZGB)⁸⁰. Kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirler, federal düzeyde hükme bağlanmıştır⁸¹. Yeni hükümler, hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirlerin alınması için sıkı kurallar içermektedir.

Hareket özgürlüğünün sınırlanmasında sadece bedensel hareket imkânlarının sınırlanması söz konudur⁸². Bu da mekanik veya diğer araçlar kullanılmak suretiyle gerçekleşebilir. Kanun koyucu, Art. 383 ZGB bağlamında ayırt etme gücü bulunmayan kişinin sadece hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirlerin uygulanabileceğini öngörmüştür⁸³. Bu sebeple mesela sakınlaşması için ayırt etme gücü bulunmayan kişiye zor kullanılarak ilaç verilmesinde olduğu gibi, hareket özgürlüğünün sınırlanması amacıyla vücut bütünlüğüne yönelik müdahale, Art. 383 ZGB kapsamında değildir⁸⁴. Sözü edilen durumda vücut bütünlüğünün ihlaliyle birlikte zorla gerçekleştirilen bir tedbir söz konusu olur; burada rıza olmaksızın (zorla) tedaviden söz edilir ve böyle bir halde tıbbi tedbirlerde temsil hakkındaki hükümler uygulanır^{85 86}.

⁷⁸ Steck, Art. 383 N. 3.

⁷⁹ Krş. Steck, Art. 383 N. 3; Schmid, Art. 383 N. 1; Bernhart, N. 659.

⁸⁰ Steck, Art. 383 N. 3.

⁸¹ Steck, Art. 383 N. 4; Vaerini, Art. 383 N. 4.

⁸² Steck, Art. 383 N. 7.

⁸³ Vaerini, Art. 383 N. 8; Steck, Art. 383 N. 7b, N. 10.

⁸⁴ Vaerini, Art. 383 N. 8; Schmid, Art. 383 N. 3; BBl 2006 7039. Ayrıca bkz. Steck, Art. 383 N. 10.

⁸⁵ Vaerini, Art. 383 N. 8. Bu yönde bkz. Art. 377 vd. ZGB. Ayırt etme gücü bulunmayan kişi, psikik (ruhsal) bozukluğundan dolayı bir psikiyatri kliniğine yerleştirilmişse, tedavi için özel hükümler uygulanır (Art. 434 vd.).

⁸⁶ Zorla gerçekleştirilen tedbirler olarak kişinin açıklanan iradesine ters veya onun mukavemetini doğuran ya da kendini ifade edemeyecek durumdaki kişinin farazi (varsayılan) iradesine ters her müdahale anlaşılır. Uygulamada özgürlüğün sınırlanması ve

Hareket özgürlüğünün sınırlanması kavramı, geniş anlaşılmaktadır⁸⁷. Burada mesela elektronik gözetleme tedbirleri (kodla emniyete alınan kapılar gibi), kapıların kilitlemesi, yatağa parmaklık takılması ve diğer sınırların konulması, düşmeleri önlemek için kemerle bağlama gibi tedbirler söz konusu olabilir⁸⁸. Genel kontrole hizmet eden ve personele yardımcı müdahalelerde bulunma imkânı veren cihazlar (güvenlik kamerası, elektronik bildirimci, gece nöbeti gibi), bu tedbirler kapsamında değildir^{89 90}.

Hareket özgürlüğünün sınırlanması, sıkı yasal şartlara bağlanmıştır: Buna göre hareket özgürlüğünün sınırlanması tedbiri, ilgili kişinin veya üçüncü bir kişinin hayatı ya da vücut bütünlüğü için ciddi bir tehlikeyi önlemeye yaramalıdır ya da ortak hayatı ağır derecede sarsan bir ihlali ortadan kaldırmaya yaramalıdır^{91 92}. Bu yönde mesela kişinin kendisine zarar vermeye kalkışması, kişinin kurumda kalan diğer kişilere veya personele karşı

zorla tedavi ayrımı yapılmaktadır. Buna göre kişinin sadece hareket özgürlüğünün sınırlanması halinde özgürlüğün sınırlanması söz konusu olur. Mesela kişinin kapalı bir bölüme yerleştirilmesi, izole edilmiş bir odada tutulması veya kemerle yatağa bağlanması halinde sadece özgürlüğün sınırlanması söz konusu olur. Buna karşılık zor kullanılarak kişiye ilaç verilmesinde zorla tedavi söz konusu olur. Zira burada zorla gerçekleştirilen tıbbi tedbirle kişinin sadece özgürlüğünün sınırlanması söz konusu olmayıp, aynı zamanda vücut bütünlüğü de ihlal edilmektedir. Burada ilacın zorla verilmesinde kişiyi sakinleştirme amacının bulunması halinde de durum değişmez, zorla tedavi olarak değerlendirilir. Konu hakkında bkz. Vaerini, Art. 383 N. 8; Steck, Art. 383 N. 7a, N. 10.

⁸⁷ Steck, Art. 383 N. 7; Vaerini, Art. 383 N. 9; Schmid, Art. 383 N. 3; BBI 2006 7039.

⁸⁸ Vaerini, Art. 383 N. 9; Steck, Art. 383 N. 8.

⁸⁹ Vaerini, Art. 383 N. 9; Steck, Art. 383 N. 11.

⁹⁰ Doktrinde hareket özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik olarak başlıca şu tedbirlere işaret edilmektedir: Kişinin izole edilmesi, mesela kapalı bir alana konulması, ayrı yemek verilmesi, kapıların sürgülenmesi; kişinin serbestçe hareket imkânının sınırlanması, mesela kişinin yatağını terk etmesinin engellenmesi, bu yönde kişinin kemerle bağlanması, kişinin oturduğu yeri terk etmesinin engellenmesi, bu yönde kişinin sandalyeye bağlanması, hareketine yardımcı araçların uzaklaştırılması; ellerin bağlanması; zorla yıkama veya saç kesme gibi bakım hizmetlerinin gerçekleştirilmesi; ilgili kişide subjektif olarak engellenmiş izlenimini uyandırmak suretiyle kapalı bir çevre oluşturulması vb. Buna karşılık alkol ve sigara yasağı, ilgili hükümlerin uygulama alanına girmez. Konu hakkında bkz. Vaerini, Art. 383 N. 10, N. 11; Steck, Art. 383 N. 8, N. 9, N. 11.

⁹¹ Art. 383 Abs. 1 ZGB. Konu hakkında bkz. Vaerini, Art. 383 N. 12, N. 13 vd.; Steck, Art. 383 N. 12 vd.

⁹² Hareket özgürlüğünün sınırlanması, önleyici bir tedbir olarak uygulanamaz. Bu yönde mesela gerçekleşmesinden korkulan bir ihlali engellemek amacıyla ilgili kişinin hareket özgürlüğü sınırlanamaz. Kanundaki düzenlemenin yorumu, bu sonucu teyit ettiği gibi, önleyici bir tedbir olarak hareket özgürlüğünün sınırlanması, ölçülülük ilkesine de aykırıdır. Konu hakkında bkz. Vaerini, Art. 383 N. 18; Steck, Art. 383 N. 13a.

saldırgan davranışlar sergilemesi, kişinin davranışının onunla birlikte yaşamayı imkânsız kılacak derecede kurumda kalan diğer kişilerin özgürlüğünü zedelemesi, mesela kişinin sürekli olarak kurum düzenine mukavemet göstermesi, gürültülü yapması, eşyayı sağa sola fırlatması gibi hallerde bir tedbir olarak hareket özgürlüğünün sınırlanması yönüne gidilebilir⁹³.

Art. 383 Abs. 1 ZGB hükmü gereği hareket özgürlüğünü sınırlamaya yönelik tedbir, ölçülülük ve talilik ilkesi gözetilerek uygulanmalıdır⁹⁴. Buna göre daha az radikal (şiddette) bir tedbir yetmediği veya önceden yetersiz görüldüğü takdirde hareket özgürlüğünün sınırlanması yönüne gidilmelidir. Hareket özgürlüğünün sınırlanması, son çare olmalıdır⁹⁵. Keza hareket özgürlüğünün sınırlanması, ceza karakteri taşıyamaz⁹⁶. Hareket özgürlüğünün sınırlanması tedbirine, başarı şansı olan bütün terapötik imkânlar kullanıldıktan sonra başvurulmalıdır⁹⁷. Ayrıca kişinin davranışının herhangi bir sebebi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır (mesela ağrı çekmesi, ilaçların yan etkisi, bakımla ilgili şartlar vb.)⁹⁸. Hareket özgürlüğünün sınırlanması tedbiri uygulanırken kişinin zarar görmemesi için gerekli dikkat gösterilmelidir⁹⁹.

Kanun gereği hareket özgürlüğünün sınırlanmasından önce ilgili kişiye, ne olup bittiği, tedbirin neden alındığı, muhtemelen ne kadar süreceği ve bu süre zarfında kendisiyle kimin ilgileneceği hususları açıklanır¹⁰⁰. Acil durumlar, bunun dışındadır¹⁰¹. Burada kişi, ayırt etme gücü bulunmasa da karar alma sürecine dâhil edilir¹⁰². Ayırt etme gücünün bulunmaması, bu durumun kişiyi kendisine uygulanacak tedbirin sebeplerini anlama, tedbirin muhtemel süresi hakkında fikir edinme ve bu süre zarfında kendisiyle

⁹³ Vaerini, Art. 383 N. 15- 17; Steck, Art. 383 N. 12a, N. 14.

⁹⁴ Vaerini, Art. 383 N. 19; Steck, Art. 383 N. 12; Fassbind, Art. 383 N. 1; BBl 2006 7040.

⁹⁵ Steck, Art. 383 N. 12; Vaerini, Art. 383 N. 19.

⁹⁶ Vaerini, Art. 383 N. 20.

⁹⁷ Vaerini, Art. 383 N. 21.

⁹⁸ Vaerini, Art. 383 N. 22.

⁹⁹ Vaerini, Art. 383 N. 22, N. 31; Steck, Art. 383 N. 23.

¹⁰⁰ Art. 383 Abs. 2 ZGB.

¹⁰¹ Bununla birlikte acil durumlarda hareket özgürlüğünü sınırlamaya yönelik tedbirden önce yapılamayan açıklama, şartlar uygun olunca derhal gerçekleştirilmelidir. Bkz. Steck, Art. 383 N. 21; Vaerini, Art. 383 N. 25.

¹⁰² Vaerini, Art. 383 N. 24.

ilgilenecek kişiyi tanıma hususunda mutlaka engelleyeceği anlamına gelmez¹⁰³. Kişi, uygun bir biçimde aydınlatılmalıdır¹⁰⁴.

Kanun, hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbiri almaya hangi kişilerin yetkili olduğu hususunda hüküm öngörmemiştir¹⁰⁵. Kanunun gerekçesine göre bu konuda yetkili kişiyi belirleyecek düzenlemeyi yapmak, kurumun görevidir¹⁰⁶.

Art. 383 Abs. 3 ZGB hükmü, ölçülülük ilkesine uygun olarak, hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirin, olabildiğince erken kaldırılması gerektiğini öngörmüştür¹⁰⁷. Yine anılan hüküm uyarınca tedbirin, yerinde bir tedbir olup olmadığı da düzenli bir biçimde kontrol edilmelidir. Kontrol, tedbiri alan kişi veya kurum içi bir düzenleme ile belirlenecek bir üçüncü kişi tarafından yapılabilir¹⁰⁸. Tedbirin yerinde olup olmadığının değerlendirilmesinde somut olayın şartları dikkate alınır ve bu yönde kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verilir¹⁰⁹.

Art. 384 ZGB hükmü uyarınca hareket özgürlüğünü sınırlayan her tedbir, protokole bağlanmalıdır ve ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi kanun gereği temsile yetkili kişi, bu konuda bilgilendirilmelidir. Protokolde özellikle tedbiri alan kişinin adı, tedbirin amacı, çeşidi ve süresi belirtilir. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi kanun gereği temsile yetkili kişi ve yurdu veya bakım kurumunu denetleyen kişiler, protokolü inceleme hakkına sahiptir¹¹⁰. Kanunun gerekçesine göre protokol tutma ve hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbir hakkında ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi kanun gereği temsile

¹⁰³ BBl 2006 7040; Vaerini, Art. 383 N. 25; Steck, Art. 383 N. 20.

¹⁰⁴ Steck, Art. 383 N. 19; Vaerini, Art. 383 N. 25. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi kanun gereği temsile yetkili kişinin, şartlar izin verdiği takdirde durumdan haberdar edilmesi ve kanun gereği temsile yetkili kişiye mümkün olduğu takdirde katılım imkânının sağlanması gerektiği yönünde bkz. Steck, Art. 383 N. 19.

¹⁰⁵ Steck, Art. 383 N. 15; Vaerini, Art. 383 N. 26.

¹⁰⁶ BBl 2006 7040. Doktrinde özel bir tedbir teşkil ettiği için hareket özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik kararın, prensipte bir hekim veya tıp alanında eğitim almış bir başka meslek personeli tarafından verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Vaerini, Art. 383 N. 26.

¹⁰⁷ Vaerini, Art. 383 N. 30; Steck, Art. 383 N. 22.

¹⁰⁸ Vaerini, Art. 383 N. 32.

¹⁰⁹ Steck, Art. 383 N. 22; Vaerini, Art. 383 N. 30, N. 31, N. 32.

¹¹⁰ Bu noktada Art. 387 ZGB hükmüne işaret edilmelidir. Buna göre kantonlar, federal hükümlerle hâlihazırda bir denetim sağlanmadığı takdirde, ilgili kurumların denetimini gerçekleştirmekle yükümlüdür.

yetkili kişinin bilgilendirilmesi, suiistimalin önlenmesi bakımından etkili bir korumaya hizmet eder¹¹¹. Ayrıca temsile yetkili kişi, kurumu kontrol ve gerekirse erişkinleri koruma makamına başvurma yönündeki görevini, ancak bu suretle gereği gibi yerine getirebilir.

Hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbire karşı erişkinleri koruma makamına başvurma imkânı getirilmiştir (Art. 385 ZGB)¹¹². Buna göre hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbirden etkilenen kişi veya ona yakın bir kişi, başvuruda bulunabilir¹¹³. Başvuru, hukuki güvenlik sebepleriyle yazılı olarak gerçekleştirilir, başvuru için belirli bir süre öngörülmemiştir¹¹⁴. Erişkinleri koruma makamı, tedbirin yasal gerekliliklere uymadığını tespit ederse, tedbiri değiştirir, ortadan kaldırır veya erişkinleri korumaya ilişkin resmi bir tedbire karar verir; gerekirse kurumun bağlı olduğu denetim makamına haber verir¹¹⁵.

3.4. Kişiliğin Korunması

Art. 386 ZGB çerçevesinde yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin özel korunma ihtiyacı dikkate alınarak, kişilik hakkına ilişkin genel hükümleri (Art. 28 vd. ZGB/TMK m. 24 vd.) bazı açılardan somutlaştıran bir düzenlemeye yer verilmiştir¹¹⁶. Bu yönde kuruma, kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi gerekli biçimde koruma

¹¹¹ BBl 2006 7040. Konu hakkında bkz. Steck, Art. 384 N. 2, N. 3; Vaerini, Art. 384 N. 1, N. 7. Hareket özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik tedbire ilişkin protokol, federal veya kantonal düzeyde verilerin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde işleme tabi tutulur. Bkz. Vaerini, Art. 384 N. 9.

¹¹² Konu hakkında bkz. Steck, Art. 385 N. 3, N. 4.

¹¹³ Hareket özgürlüğü sınırlanan kişi, tedbire karşı olduğunu yazılı olarak ifade edebilecek durumda olabilir. Bu yönde erişkinleri koruma makamına başvuru bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu kabul edilir. Bunun dışında ilgili kişiyi, prensipte kanun gereği temsile yetkili kişi temsil eder. Yakın kişi kavramı, hareket özgürlüğü sınırlanan kişiyi iyi tanıyan, sözü edilen kişinin güvenini kazanmış ve bu kişiye gerçekten bağlılık hisseden bütün kişileri kapsayacak biçimde geniş bir anlamda anlaşılır. Konu hakkında bkz. Vaerini, Art. 385 N. 4, N. 5; Steck, Art. 385 N. 9, N. 10.

¹¹⁴ Krş. BBl 2006 7041; Steck, Art. 385 N. 11, N. 12.

¹¹⁵ Hareket özgürlüğünü sınırlayan tedbir hakkında erişkinleri koruma makamına yönelik başvuru talebi, gecikmeksizin bu makama iletilmelidir (Art. 385 Abs. 3 ZGB). Zira ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatlerinin korunması söz konudur. Burada erişkinleri koruma makamının karar verebileceği resmi tedbirler bağlamında mesela kayyım atanması söz konusu olabilir (Art. 388 vd. ZGB). Konu hakkında bkz. Steck, Art. 385 N. 14, N. 15, N. 18.

¹¹⁶ Steck, Art. 386 N. 2.

yükümü yüklenerek ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kurum dışındaki kişilerle iletişimi ve kurum dışından destek görmesi teşvik edilmiştir¹¹⁷.

Art. 386 ZGB hükmü uyarınca ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kaldığı yurt veya bakım kurumu, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğini korumakla yükümlüdür¹¹⁸. Kurum, kefil konumuyla, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin korunması için gerekli önlemleri almalıdır¹¹⁹. Kurum personeli, kurumda kalanlara özenli davranmalıdır¹²⁰. Bu yönde kurumda kalanların kişiliğine saygı gösterilmeli ve onurunu zedeleyen davranışlardan kaçınılmalıdır. Keza kurum, kurumda kalan kişilerin özel ihtiyaçlarını dikkate almalı, esenliği ile ilgilenmeli, yalnızlıklarını azaltmak için elinden geleni yapmalıdır¹²¹. Nitekim bu yönde ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kurum dışındaki kişilerle iletişim kurması, olabildiğince teşvik edilmelidir¹²². Kurumun bu yükümlülüğü, kurumun aktif olarak davranmasını gerektirir¹²³. Bu yönde mesela kurum içindeki kültürel etkinliklerden yakınların haberdar edilmesi söz konusu olabilir. Kurum dışı iletişim çerçevesinde kurumda kalan kişi için gazete ve televizyon imkânı da sağlanmalıdır¹²⁴. Bu noktada ifade etmek gerekir ki kurumun dışarıya açılması, kurumda kalanlara karşı gerçekleştirilecek kötü muamelelere ilişkin olarak önleyici bir etki yaratabilir¹²⁵. Diğer taraftan kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin korunması için gerekli olduğu takdirde kurum, ölçülülük ilkesini gözeterek kurum dışı iletişimi sınırlandırabilir¹²⁶.

Kanun koyucu, kurumda kalan kişinin, kurum dışından bir başka kişi tarafından da desteklenmesini istemiştir¹²⁷. Genellikle bu kişi, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi kanun gereği temsile yetkili kişidir¹²⁸. Ancak başka bir kişi

¹¹⁷ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 1. Kanunun gerekçesine göre Art. 386 ZGB hükmü, İsviçre Borçlar Kanununda işverenin işçi karşısındaki koruma yükümünü öngören Art. 328 Abs. 1 hükmü (krş. TBK m. 417) örnek alınarak düzenlenmiştir. Bkz. BBl 2006 7041.

¹¹⁸ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 1.

¹¹⁹ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 5; Steck, Art. 386 N. 7a.

¹²⁰ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 6.

¹²¹ BBl 2006 7041.

¹²² Steck, Art. 386 N. 6.

¹²³ Steck, Art. 386 N. 7.

¹²⁴ Steck, Art. 386 N. 7.

¹²⁵ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 10.

¹²⁶ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 12; Steck, Art. 386 N. 7a.

¹²⁷ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 13.

¹²⁸ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 13; Steck, Art. 386 N. 9; ayrıca bkz. BBl 7041.

de söz konusu olabilir¹²⁹. Burada sözü edilen kişinin ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle doğrudan ve yeterince sık iletişim kurması aranır¹³⁰. Zira bu suretle sözü edilen kişi, ayırt etme gücü bulunmayan kişiye kurumda sağlanan bakımın kalitesi hakkında iyice fikir sahibi olabilir. Kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle kurum dışından hiç kimsenin ilgilenmemesi halinde ise kurum, erişkinleri koruma makamını haberdar etmelidir (Art. 386 Abs. 2 ZGB). Erişkinleri koruma makamı, bu halde gereken tedbirleri alır¹³¹. Bu yönde erişkinleri koruma makamı, kayyım atayabilir veya üçüncü bir kişiyi görevlendirebilir.

Yurtlarda veya kurumlarda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hakkındaki düzenleme çerçevesinde kurumda kalan kişi, kişisel özgürlük hakkı kapsamında tedavi olmak istediği hekimi, önemli sebepler bulunmadıkça, serbestçe seçebilmelidir¹³². Önemli sebepler olarak mesela hekimin uzakta olması sebebiyle gerekli tedaviyi sorunsuz sağlayamaması veya acil hallerde derhal müdahale edememesi sayılabilir¹³³. Hekimi serbestçe seçme hakkından sözleşme ile vazgeçilemez¹³⁴.

3.5. Denetim

Art. 387 ZGB uyarınca kantonlar, federal hukuk hükümleri çerçevesinde hâlihazırda bir denetim sağlanmadığı takdirde, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kaldığı yurt veya bakım kurumlarının denetimini gerçekleştirmekle yükümlü tutulmuştur. Anılan hükmün gerekliliği, yurt veya bakım kurumlarına yerleştirilen ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin özel korunma ihtiyacından kaynaklanmaktadır¹³⁵. Zira korumanın etkili olması, gerçekleştirilen kontrollerin düzenliliğine ve kalitesine bağlıdır. Bu hüküm uyarınca gerçekleştirilen denetim, genel ve önleyici niteliktedir¹³⁶. Burada denetim, suiistimalleri önlemeye veya ortaya çıkarmaya, kurumdaki eksikliklere karşı tedbirler almaya ve bakımla ilgili olumlu çabaları teşvik

¹²⁹ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 13.

¹³⁰ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 13.

¹³¹ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 14; Steck, Art. 386 N. 9.

¹³² Art. 386 Abs. 3 ZGB; Steck, Art. 386 N. 12; BBI 2006 7041.

¹³³ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 16; Steck, Art. 386 N. 16.

¹³⁴ Leuba/Vaerini, Art. 386 N. 16; farklı görüşte Steck, Art. 386 N. 18.

¹³⁵ BBI 2006 7042; Steck, Art. 387 N. 3.

¹³⁶ Steck, Art. 387 N. 4a; Fassbind, Art. 387 N. 1.

etmeye hizmet eder¹³⁷. Bu yönde denetimle, kurumların kanun hükümlerine uygun davranması ve kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kişilik hakkına riayet edilmesi sağlanmalıdır¹³⁸. Denetime yetkili makam, kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatlerinin tehlikeye düşmesi veya ihlali halinde gerekli önlemleri alır ve kuruma karşı uygun yaptırımları uygular¹³⁹.

IV. Türk Hukukundaki Durum ve Değerlendirme

Türkiye’de ayırt etme gücü bulunmayan erişkinlerin ihtiyaç duyduğu bakım ve desteğin sağlanması, özellikle yaşlı ve engelliler bakımından 2828 sayılı ve 24.05.1983 tarihli Sosyal Hizmetler Kanunu ve bu Kanuna dayanarak çıkarılan çeşitli Yönetmelikler çerçevesinde düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁴⁰. Bu bağlamda ilgili kişilerin, özellikle yaşlı ve engellilerin ihtiyaç duyduğu bakım ve destek, resmi ve özel huzurevleri, bakım ve rehabilitasyon merkezleri aracılığıyla sağlanmaktadır¹⁴¹.

Sosyal Hizmetler Kanununa göre huzurevleri, ihtiyacı olan yaşlı kişileri huzurlu bir ortamda korumak ve bakmak, sosyal ve psikolojik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan yatılı sosyal hizmet kuruluşlarını ifade eder (m.3/f - 4). Bakım ve rehabilitasyon merkezleri ise bedensel, zihinsel ve ruhsal engellilikleri sebebiyle normal yaşamın gereklerine uymama durumunda olan kişilerin, fonksiyon kayıplarını gidermek ve toplum içinde kendi kendilerine yeterli olmalarını sağlayan beceriler kazandırmak veya bu becerileri

¹³⁷ Steck, Art. 387 N. 4a; Leuba/Vaerini, Art. 387 N. 2; Fassbind, Art. 387 N. 1.

¹³⁸ Steck, Art. 387 N. 4b; Fassbind, Art. 387 N. 1; Leuba/Vaerini, Art. 387 N. 3, N. 4.

¹³⁹ Leuba/Vaerini, Art. 387 N. 5. Denetimin şekli ve sıklığı, keza uygulanabilecek yaptırımlar, kantonlarca belirlenir. Bkz. Steck, Art. 387 N. 8.

¹⁴⁰ Sosyal Hizmetler Kanunu için bkz. RG. 27.05.1983, 18059. Ayrıca bkz. Huzurevleri ve Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği (RG. 21.02.2001, 24325); Kamu Kurum ve Kuruluşları Bünyesinde Açılacak Huzurevlerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelik (RG. 05.04.1987, 19422); Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği (07.08.2008, 26960); Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri Yönetmeliği (RG. 30.07.2006, 26244); Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği (04.11.2016, 29878); Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmelik (RG. 03.09.2010, 27691).

¹⁴¹ Ev tipi sosyal hizmet birimleri de bu çerçevede anılabilir. Sosyal Hizmetler Kanununa göre ev tipi sosyal hizmet birimleri, çocuk, kadın, engelli ve yaşlılar ile bakım veya barınma ihtiyacı olan kişilere hizmet verilen mesken niteliğindeki yatılı sosyal hizmet birimlerini ifade eder (m. 3/f - 13).

kazanamayanlara devamlı bakmak üzere kurulan sosyal hizmet kuruluşlarını ifade eder (m. 3/f - 5). Alzheimer vb. bunama hastalıklarından muzdarip özel bakım yaşlılarına genellikle yaşlı bakım merkezlerinde gerekli destek sağlanmaktadır¹⁴².

Türk hukukundaki düzenleme değerlendirildiğinde ilk tespit olarak şu husus ifade edilebilir. Sosyal Hizmetler Kanunu, amacı ve kapsamına uygun olarak korunma ihtiyacı içindeki aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere sağlanan sosyal hizmetler ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan özel ve kamuya ait sosyal hizmet kuruluşları hakkında genel bir çerçeve getirmektedir. Anılan Kanunun 4. maddesinde sosyal hizmetlere ilişkin genel esaslara yer verilmiştir. Mesela 4. maddenin (1) bendi uyarınca korunmaya, bakıma ve yardıma ihtiyacı olan kişilere hizmet sunumu, insan haysiyet ve vakarına yaraşır şekilde yerine getirilir. Yine anılan 4. maddenin (1) bendi uyarınca ihtiyacı olan engelli ve yaşlıların hayatlarını sağlık, huzur ve güven içinde sürdürmesi, ihtiyacı olan engellilerin toplum içinde kendi kendilerini idare edebilecek ve üretken hale gelebilecek şekilde bakım ve rehabilitasyonlarının yapılması, bunlardan tedavisi mümkün olmayanların sürekli bakım altına alınması amacıyla her türlü tertip ve tedbir alınır.

Sosyal Hizmetler Kanununun sosyal hizmetlere ilişkin esasları, hedefe yönelik ilkesel hükümler niteliğindedir. Nitekim 4. maddenin (a) bendinde, sunulacak bakım ve hizmetlerin kapsamı ve bu hizmetleri verecek olan gerçek ve tüzel kişilerin izin, çalışma usul ve esasları ve diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle sosyal hizmetlerin nasıl gerçekleştirileceği, sosyal hizmetin yöneldiği kişi grupları dikkate alınarak yönetmeliklere bırakılmıştır. Bu yönde konumuz çerçevesinde kurumlarda kalan ayırt etme gücü bulunmayan, özellikle ileri yaştaki erişkinler ve engellilere sağlanan sosyal hizmetler, esas itibarıyla yönetmelik düzeyinde düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁴³. Burada özel ve kamuya ait kurumlarda kalan yaşlı, özel bakıma ihtiyaç duyan ve engelli kişiler dikkate alınarak çeşitli hükümler öngörülmüştür.

Anılan yönetmeliklerin isabetli yönleri mevcuttur. Mesela Bakıma Muhtaç Özürlülere Yönelik Resmi Kurum ve Kuruluşlar Bakım Merkezleri

¹⁴² Bu yönde bkz. mesela Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliği (dn. 140), m. 4.

¹⁴³ Bkz. dn. 140.

Yönetmeliğinde öngörülen bireysel bakım planı, bakım hizmetleri kapsamındaki psikososyal destekler, engelli kişinin kişiliğinin belirli alanlarının korunması için alınması gereken tedbirleri büyük ölçüde somutlaştırması bakımından dikkate değerdir¹⁴⁴. Yine ilgili Yönetmeliğe göre bakım merkezi, bakıma ihtiyaç duyan engelli kişilerin özelliklerine göre bakım hizmetlerini geliştirerek uygulamalıdır (m. 29). Keza Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair Yönetmelikte engelli kişilere ilişkin rehabilitasyon kararının alınması, planlanması, yürütülmesi ve sonlandırılması dâhil her aşamasında engelli ve ailesinin aktif ve etkilimi katılımı öngörülmüştür¹⁴⁵. Yine sözü edilen Yönetmelikte engelli ve ailesini engelli hakları konusunda bilgilendirmek ve aile içi iletişimi güçlendirmek amacıyla aile danışmanlığı hizmeti getirilmiştir (m. 36).

Anılan yönetmeliklerin problemleri yönleri de mevcuttur. Burada özellikle Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliğine işaret edilebilir¹⁴⁶. İlgili Yönetmelikte disiplin hükümlerine yer verilmiştir (m. 75- 78). Bu yönde mesela yaşlı kişinin temizlik kurallarına uymaması, uyarma gerektirirken, uyarmayı gerektiren halleri en fazla üç kez tekrarlama halinde kendi isteği dışında odası, katı veya bloğu değiştirilir. Sözü edilen düzenlemede disiplin hükümlerinin tedbir niteliğinde mi olduğu, yoksa yaptırım karakteri mi taşıdığı açık değildir. Diğer taraftan disiplinle ilgili hükümlerde yaşlının disiplin hükümlerinin uygulanmasını gerektiren davranışına ilişkin olarak ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması yönüne değinilmemiştir. Burada korunma ihtiyacı içindeki yaşlıya yönelik disiplin uygulamalarından söz edilmesi, güncel yaklaşıma uygun değildir. Yine mesela Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Özürlülerin Bakımı, Rehabilitasyonu ve Aile Danışmanlığı Hizmetlerine Dair

¹⁴⁴ İlgili Yönetmelik, m. 4/c; m. 28. Ayrıca ilgili Yönetmelik için bkz. dn. 140. Bu yönde bkz. Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği (dn. 140), m. 24; m. 25; m. 26.

¹⁴⁵ İlgili Yönetmelik, m. 31. Ayrıca ilgili Yönetmelik için bkz. dn. 140.

¹⁴⁶ 21 Şubat 2001 tarihli Resmi Gazetede (S. 24325) yayımlanan bu Yönetmelik, Sosyal Hizmetler Kanununun 15. maddesine dayanılarak çıkarılmıştır. Ancak anılan Yönetmeliğe dayanak teşkil eden ilgili 15. madde, 3 Haziran 2011 tarihli ve 633 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 35. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer taraftan anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin ilgili 35. maddesi de, 2 Temmuz 2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda yeni bir düzenlemeye gidilmesi gerekir.

Yönetmelikte kendisine ve çevresine zarar verme durumunda olan engellilere yönelik acil müdahale, gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması ve bu engellilerin sağlık kuruluşlarına sevk ve takibi konularında Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün uygulama esaslarını belirleyerek merkezlere bildireceği öngörülmektedir¹⁴⁷. Bize göre doğrudan engelli kişinin öncelikle fizik kişilik değerlerine müdahaleyi gerektiren bu uygulamaların kanun temelinde düzenlenmesi, güvenlik tedbirlerinin açıklığa kavuşturulması gerekir¹⁴⁸.

Türk hukukundaki düzenlemeye ilişkin nihai tespit olarak da şu husus ifade edilebilir. İlgili mevzuat, bütünlükten uzak bir görünüş sergilemektedir. Özellikle ilgili sosyal hizmet kuruluşlarında kalan kişilerin etkili bir biçimde korunmasını sağlayacak açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Mesela İsviçre Medeni Kanununda özellikle düzenlenmiş bir konu teşkil eden kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin hareket özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik tedbirler hakkında kanun ve yönetmeliklerde özel bir hüküm yer almamaktadır. Sadece özgürlüğün keyfi engellenmesi ve diğer kötü muamele halinde personele veya ilgili sosyal hizmet kuruluşuna yönelik yaptırımlardan bahsedilmektedir¹⁴⁹.

Bize göre Türk hukukunda bakıma ihtiyaç duyan erişkinlerin, özellikle bunama vb. hastalıklardan muzdarip ileri yaştaki kişilerin ihtiyaç duyduğu bakım ve desteğin sağlanmasına ilişkin esasların ve bu konuda hizmet sunan kurumların yükümlülüklerinin güncel bir bakış açısıyla, bütünlük gösterecek şekilde yeniden düzenlenmesi gereklidir¹⁵⁰. Özellikle kurumda kalan erişkinler ve ileri yaştaki kişiler için kanun temelinde bir düzenlemeye gidilmesi, isabetli olur. Böyle bir düzenlemede ayırt etme gücü bulunmayan

¹⁴⁷ İlgili Yönetmelik, m. 7/g. Ayrıca ilgili Yönetmelik için bkz. dn. 140.

¹⁴⁸ Benzer bir düzenleme, Özel Huzurevleri İle Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde yer almaktadır (dn. 140). Anılan Yönetmeliğin 24. maddesine göre yaşlı kişilerin engelleri veya sağlık sorunları sebebiyle birbirlerine ve kendilerine zarar vermemesi için her türlü güvenlik tedbirleri alınır. Ancak burada da alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olabileceği belirtilmemiştir.

¹⁴⁹ Bkz. mesela Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği (dn. 140), m. 60; m.61; Sosyal Hizmetler Kanunu, m. 35/B; m. 27.

¹⁵⁰ 14 Aralık 2018 tarihinde basında yer alan bir habere göre Türkiye, bunama vakalarında ön sıralarda bulunmaktadır. Moskova'daki Ulusal Araştırma Üniversitesi tarafından yapılan ve 1990- 2016 yıllarını kapsayan araştırmaya göre Türkiye'de 100.000 kişiden 1192'si bunama hastalığından muzdariptir. Bu vakaların ortalama yüzde 70'ini ise Alzheimer hastaları oluşturmaktadır (Odatv.com).

kişilerin yasal temsili konusu da yeniden ele alınabilir. Burada aile fertlerine de, belirli şartlar dâhilinde temsil imkânı getirilebilir. Bu düzenleme, kişilik hakkını, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ve insan haysiyetini eksen alan anlayışla gerçekleştirilmelidir. Bu süreçte İsviçre hukukundaki düzenlemeden ve konuyla ilgili bilimsel görüşlerden de yararlanılabilir.

V. Sonuç

Yaşlı insan nüfusunun giderek arttığı dünyada değişen aile yapısının da etkisiyle birçok insanın ileri yaşta ihtiyaç duyduğu yardım, yurtlar veya bakım kurumları aracılığıyla sağlanabilmektedir. Bunun yanında ileri yaşta Alzheimer vb. bunama hastalıklarına yakalanma riski de sözü edilen kurumlarda daha çok ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kalması ihtimalini artırmaktadır. Özel bir bakım, ilgi ve destek görmesi gereken bu kişilerin korunması, güncel hukuki meseleler arasındadır. Nitekim İsviçre kanun koyucusu bu yönde önemli bir adım atmış, İsviçre Medeni Kanununun vesayete ilişkin hükümlerinde yaptığı değişikliklerle, yurtlarda veya bakım kurumlarında kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin korunması amacıyla, sözü edilen kişilerin hukuki durumlarını belirli açılardan iyileştirmeye yönelik bir düzenleme getirmiştir.

Anılan düzenlemeye göre ayırt etme gücü bulunmayan ergin bir kişinin bir yurttan veya bakım kurumunda bakılması, federal düzeyde, yazılı bir sözleşme yapılmasını gerektirmektedir. Bu sözleşmede kurumun yerine getireceği edimlerin ve buna karşılık kurumda kalacak kişinin borçlanmış olduğu bedelin belirlenmiş olması zorunludur. Burada özellikle kurumla ayırt etme gücü bulunmayan kişi arasındaki hukuki ilişkide şeffaflık sağlanmak istenmiştir. Diğer taraftan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temsili bakımından da tıbbi tedbirlerde temsil hakkındaki hükümlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Sözü edilen hükümlere göre temsile yetkili kişiler, belirli bir kanuni sıra düzeni içinde tespit edilmiştir. Bu sıra düzeni içinde kanunda belirlenen şartlar dâhilinde aile fertlerine de temsil yetkisi tanınmıştır. Kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin korunması ve kişisel özgürlüğünün bir parçası olarak hareket özgürlüğünün sınırlanması hakkındaki hükümler, üzerinde durulması gereken diğer önemli hükümlerdir. Kuruma, kurumda kalan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğini koruma yükümü yüklenmiştir. Diğer taraftan kurumda kalan kişinin hareket özgürlüğünün sınırlanması, ancak koruma amaçlı bir tedbir olarak kanundaki

şartların gerçekleşmesi halinde, ölçülülük ilkesi uyarınca uygulanmak zorundadır. Ayrıca hareket özgürlüğünün sınırlanması tedbirinin protokole bağlanması ve ayırt etme gücü bulunmasa dahi, ilgili tedbirin uygulanacağı kişinin karar alma sürecine dâhil edilmesi öngörülmüştür. Burada da kanun koyucunun ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kişiliğinin özel olarak korunması yönündeki amacı, belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Yine kişiliğin korunması çerçevesinde kurum, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kurum dışı iletişimini teşvikle yükümlü kılınmıştır. Burada kurumun dışarıya açılmasının, muhtemel kötü muamelelerin önlenmesi bakımından da etkili olacağı düşünülmüştür. Kişiliği koruyucu hükümler, kurumun kararlarına karşı yasal başvuru yolları ve kurumun denetimi hakkındaki hükümlerle tamamlanmıştır.

Türkiye’de ayırt etme gücü bulunmayan erişkinlerin ihtiyaç duyduğu bakım ve desteğin sağlanması, özellikle yaşlı ve engelliler bakımından 2828 sayılı ve 24.05.1983 tarihli Sosyal Hizmetler Kanunu ve bu Kanuna dayanarak çıkarılan çeşitli Yönetmelikler çerçevesinde düzenlenmiştir. Sosyal Hizmetler Kanunu, amacı ve kapsamına uygun olarak korunma ihtiyacı içindeki aile, çocuk, engelli, yaşlı ve diğer kişilere sağlanan sosyal hizmetler ve bu hizmetleri yürütmek üzere kurulan özel ve kamuya ait sosyal hizmet kuruluşları hakkında genel bir çerçeve getirmiş, sosyal hizmetlerin işleyişi bakımından genel esasları öngörmüştür. Ancak sosyal hizmetlerin nasıl gerçekleştirileceği, sosyal hizmetin yöneldiği kişi grupları dikkate alınarak yönetmeliklere bırakılmıştır.

Türk hukukundaki düzenleme genel olarak değerlendirildiğinde, düzenlemenin isabetli yönleri bulunmakla birlikte, ilgili mevzuat, bütünlükten uzak bir görünüş sergilemektedir. Özellikle ilgili sosyal hizmet kuruluşlarında kalan kişilerin etkili bir biçimde korunmasını sağlayacak açıklıkta hükümler bulunmamaktadır. Türk hukukunda kurumda kalan erişkinlerin ve özel bakım gerektiren ileri yaştaki kişilerin hukuki durumunun güncel bir bakış açısıyla, bütünlük gösterecek şekilde kanun temelinde düzenlenmesi isabetli olur. Bu süreçte İsviçre hukukundaki düzenleme ve konuyla ilgili bilimsel görüşler de dikkate alınabilir. Ancak her halükarda düzenleme, kişilik hakkını, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını ve insan haysiyetini eksen alan anlayışla gerçekleştirilmelidir.

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
AY	: 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BBl	: Bundesblatt
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bkz.	: Bakınız
BV	: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999
dn.	: dipnot
E.	: Erwägung
FamPra.ch	: Die Praxis des Familienrechts
Hrsg.	: Herausgeber
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
N.	: Note
OR	: Obligationenrecht
RG.	: Resmi Gazete
Rz.	: Randziffer
s.	: sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen- Zeitung
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı, ve diğerleri
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZVW	: Zeitschrift für Vormundchaftswesen

KAYNAKÇA

- Bernhart, Christof: Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, Basel 2011.
- Biderbost, Yvo: Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, s. 309- 320.
- Boente, Walter: ZK- Zürcher Kommentar, Der Erwachsenenschutz, Art. 360-387 ZGB, Zürich 2015.
- Breitschmid, Peter: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1- 456 ZGB, 2. Auflage, Zürich 2012.
- Büchler, Andrea: Schweizerisches Zivilgesetzbuch und Nebenerlasse, 4. Auflage, Basel 2012.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2017.
- Fassbind, Patrick: OFK- Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016.
- Geiser, Thomas: Demenz und Recht, Regulierung – Deregulierung, ZVW 2003, s. 97- 114.
- Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.: Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage, Bern 2014.
- Hotz, Sandra: Der Betreuungsvertrag, FamPra.ch 2016, s. 815- 873.
- Leuba, Audrey/Vaerini, Micaela: FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013.
- Meili, Andreas: Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Basel 2014- 2015.
- Mösch Payot, Peter: Das Neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Bern 2011.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay- Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 15. Baskı, İstanbul 2015.
- Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 42. Bası, Ankara 2017.
- Schmid, Hermann: Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360- 456 ZGB, Zürich 2010.
- Steck, Daniel: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456 ZGB, 5. Auflage (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Basel 2014- 2015.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich 2015.
- Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Topuz, Murat: Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017.