

## ALMAN HİMAYE HUKUKU\*

*Wilfried ABEL*

*Çev. Dr. Erdal TERCAN*

### I. GİRİŞ

Federal Almanya'da, yaşlılık, hastalık veya sakatlık nedeniyle yardıma yahut bakıma muhtaç insanlar problemi, bir kaç yıldan beri daha açık bir şekilde, sosyal ve toplumsal politikaya ilişkin tartışmaların esasını oluşturmaktadır. Bunun sebepleri çok yönlüdür; ancak, her halükarda, alman halkının geç yaşlanmasından ve yaşama alışkanlıklarının değişmesinden iki belirleyici faktör ortaya çıkmaktadır. 2000 yılına kadar halkın tahminen % 17,5'i 65 yaşında veya daha yaşlı olacaktır. Bunun yanında bir gelişmeye daha dikkat çekmek gerekir; gittikçe daha çok yaşlı insan yalnız veya iki kişi olarak ev hayatlarını sürdürmektedirler. Bu nedenle şu soru ortaya çıkmaktadır: Bu insanlar hangi şartlar altında hayatlarını - mümkün olduğu ölçüde - kendi kendilerine yönlendirebilirler ve onlara hangi yardımlar gereklidir?

Uzun tartışmalardan sonra, ilk adım olarak, erginler için vesayet ve kayımlığın yenilenmesine ilişkin 12.09.1990 tarihli Kanun (Betreuungsgesetz -BtG-) (Himaye Kanunu) 1 Ocak 1992 tarihinde yürürlüğe girdi (Bundesgesetzblatt 1990 Teil I S.2002). Erginler için kısıtlılık, vesayet ve özürsüzlük haline ilişkin kayımlık yürürlükten kaldırıldı. Medeni Kanun'un (BGB) dördüncü kitabının (aile hukuku) üçüncü bölümünün ikinci başlığı (BGB §§ 1896 - 1908i) tümüyle yeniden düzenlendi; bunun yanında kanunkoyucu, yaklaşık eli kadar ilgili diğer kanunları da kısmen değiştirdi. (Örneğin, Zivilprozessordnung -ZPO-; Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit -FGG-; Rechtspflegengesetz-RpflG-).

\* Bu konu, Hildesheim, Niedersächsische Fachhochschule Rechtspflege bölümü Direktörü Wilfried ABEL tarafından 18.4.1994 tarihinde A.Ü. Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulunda Konferans olarak sunulmuştur.

Yeni himaye hukukunun amacı ilk plânda, bedenî, zihnî veya ruhî sakatlık nedeniyle kendi işlerini kısmen veya tamamen bizzat idare edemeyen insalara bağımsızlıklarını sağlamaktır. Himaye, hasta, sakat veya özürllüer için yardım olmalıdır.

Zayıf ve yardıma muhtaç insanlara sağlanan bu koruma sosyal hukuk devletimizde bir anayasal görevdir. Sosyal yardıma muhtaç olanlar, özellikle, doğuştan veya hastalık nedeniyle yahut da yaşlılık, akıl hastalığı veya zayıflığı nedeniyle sıkıntı çekenler, alkol ve uyuşturucu bağımlıları, topal, kör, sağır ve dilsizlerdir.

31.12.1991 tarihine kadar geçerli olan hukuka göre, erginler için sosyal yardım amacıyla iki hukuki kurum bulunmaktaydı. Bunlar vesayet ve özürllülük haline ilişkin kayyımlıktı. Bir ergin eğer kısıtlanırsa ona bir vasi atanırdı. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle sıkıntı içinde olarlar kısıtlanabilirdi. Kısıtlama işlemi için, bir taraftan nizalı yargı mahkemeleri görevli iken; vasinin seçimi, tayini ve kontrolü, bir nizasız yargı işi olarak vesayet mahkemesine verilmişti. Vesayet altına alınması gerekmeyen sosyal yardıma muhtaç bir ergine, bütün veya bazı işlerinin görülmesi için vesayet mahkemesi tarafından özürllülük haline ilişkin bir kayyım tayin edilebilirdi.

Erginlere ilişkin vesayet hukukunun en önemli dezavantajı, ilgili şahsın, vesayet altına alınırken haklarının tümünden veya büyük bir kısmından mahrum bırakılmasıydı. Mevcut olan vesayet altına alma nedenine göre ilgili şahıs, ya tam ehliyetsiz (akıl hastalığı nedeniyle vesayet) veya sınırlı ehliyetli (akıl zayıflığı veya bağımlılık nedeniyle vesayet) olarak kabul ediliyordu. Özürllülük halinde kayyımlığa ilişkin düzenlemede herhangi bir kısıtlama öngörülmesine ve özürllünün -gerektiğinde halâ mevcut olan- işlem ehliyeti, özürllülük haline ilişkin kayyımın tayin edilmesiyle esas olarak zarar görmezken; ilgili şahıs, işlem hayatında çok defa tümüyle sınırlandırılıyordu. Erginler için vesayet ve özürllülük haline ilişkin kayyımlık -ayrıca her iki kavram da git gide küçük düşürücü bulunuyordu- sonuçta yardım değil tersine (ön) vesayeti ortaya çıkarıyordu. Bu durum, Himaye Kanunu (Betreuungsgesetz) ile değiştirildi; kanunkoyucu reform çalışmalarında Avusturya'da geçerli olan bu konuya ilişkin himaye hukukundan (Sachwalterrecht) yararlanmıştır.

## II. YENİ HİMAYE HUKUKUNUN ESASLARI

Himaye işlemlerini yürütmek tümüyle vesayet mahkemesinin elinde bulunmaktadır ve Nizasız Yargı işlerine İlişkin Kanun'da (FGG §§ 65-69 m) yeniden düzenlenmiştir.

Himaye hukukunu, ayrıntılı olarak aşağıdaki ilkeler çerçevesinde incelemek mümkündür:

### *1- Himayenin Şartları*

Eğer bir ergin, psikolojik bir hastalık veya bedensel akli veya ruhî bir engel nedeniyle kendi işlerini kısmen veya tamamen göremeyecek durumdaysa, vesayet mahkemesi, ilgili şahsın kanunî temsilcisi olarak ona bir hami tayin eder (BGB § 1896 Abs. 1 Satz 1). Buna göre, en azından 18 yaşına gelmiş ve bir hastalık veya engel nedeniyle sıkıntı içinde olan kimse, ilgili kabul edilir. Bu özürüllük tekraren, ilgilinin kendi hayatını idare edebilmek için ya tüm veya sadece belirli fiili veya hukuki davranışları bizzat yapamamasına neden olmalıdır. Ayrıca ilâve etmek gerekir ki, himaye, somut bir yardım ihtiyacı olması halinde gereklidir. (BGB § 1896 Abs.2 Satz 1). Bundan örneğin şu sonuç ortaya çıkmaktadır; normal bir erginin dahi tek başına yapamayacağı; ancak bir yetkili (örneğin banka işlemleri) veya diğer yardımlar -sosyal hizmetler-- ki, bunlar için herhangi bir kanuni temsilci gerekli değildir -aracılığıyla yapabileceği işlemler için bir hami tayin edilemez (BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2). Eğer bir kimse, sadece, tümüyle maddi nitelik taşıyan işlerini (örneğin kendi ev işlerinin idaresi) kendi başına yapamıyorsa, bu durum kural olarak bir haminin tayin edilmesini gerektirmez. Burada sadece pratik yardımlar (evin temizlenmesi, yemeklerin hazırlanması vb.) sözkonusudur. İlgilinin bunlar için kanuni bir temsilciye ihtiyacı yoktur.

Himayeyi gerektiren nedene göre, sadece himayenin gerekip gerekmediği değil, gerekli ise, onun kapsamı da belirlenir. Bu nedenle, haminin görev alanı da, vesayet mahkemesi tarafından tam olarak belirlenmelidir ve -eğer bütün alanlara ilişkin bir yardım ihtiyacı bulunmuyorsa- bu takdirde fiilen hamiye ihtiyaç duyulan tek tek somut işlerle görev alanı sınırlandırılmalıdır. Örnek olarak akla gelen görev alanları şunlar olabilir:

- Malvarlığının idaresi
- Bir kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ve pansiyon sözleşmesinin kurulması
- Tıbbî tedavilerin teminat altına alınması
- İkametgâhın belirlenmesi
- Belirli bir terekeye ilişkin uyuşmazlıklarda temsil edilme
- Belirli bir terekeye ilişkin işlemlerin düzenlenmesi

- Himaye edilenin haklarının, onun temsilcisine karşı ileri sürülmesi (BGB § 1896 Abs. 3)

- Posta ve telefon kontrolü (BGB § 1896 Abs.4)

Eğer, ergin özellikle bedensel bir engel nedeniyle kendi işlerini yapamıyorsa ve iradesini açıklayabilecek durumda bulunuyorsa, hami tayini için onun talebi de gereklidir (BGB § 1896 Abs. 1 Satz 3).

## 2- Haminin Seçimi

Hamilik için, vesayet mahkemesi tarafından gerçek bir kişinin tayin edilmesi asıldır; bu kişinin, himaye edilenin mahkeme tarafından belirlenen görev alanındaki işlerini görmeye ve onu bu alanlarda gerekli olduğu ölçüde şahsen himaye etmeye uygun birisinin olması gerekir (BGB § 1897 Abs. 1). İlgili kişinin bir hami teklif etmeye hakkı vardır. Vesayet mahkemesi, eğer bu teklif, ilgili kişinin menfaatlerine aykırı değilse, ona uygun hareket etmelidir. İlgili kişi, belirli bir kimsenin tayin edilmemesini teklif etmişse, bu durum dikkate alınmalıdır (BGB § 1897 Abs. 4). Eğer, ilgili kişi bu teklif hakkını kullanmazsa veya uygun olmayan bir kimse teklif ederse, vesayet mahkemesi hamiyi kendisi seçebilir ve burada bir taraftan ilgili kişinin kişisel bağlarını (örneğin anne-baba, çocuklar, eş), diğer taraftan menfaat çatışması tehlikesini gözönüne almaz (BGB § 1897 Abs. 5). Örneğin, müstakbel bir mirasçı hami tayin edilirse, ona, bir miras bırakma olayı gerçekleştiğinde, himaye edilenin malvarlığından, şimdiye kadarki hayat standardını devam ettirmesini sağlayacak miktardan daha fazla mal düşebilir.

Seçilen kişi, eğer hami olarak uygun ise ve ailevi, mesleki ve diğer ilişkileri açısından da görevi kabul etmesi uygunsa, himaye görevini üzerine almakla yükümlüdür. Mahkeme, seçileni, görevi kabule hazır olduğunu açıklamasından sonra, hami olarak tayin edebilir (BGB § 1898).

Belirtilen şartlar altında himaye, tanınan bir himaye derneğinin çalışmasına (himaye derneğine bağlı bir hamiyeye) veya himaye makamına da (himaye makamına bağlı bir hamiyeye) devredilebilir. Bunun için ayrıca, himaye derneğinin veya himaye makamının da rızası gereklidir (BGB § 1897 Abs. 2). Eğer, hami olarak uygun hiç bir gerçek kişi göreve hazır değilse, himaye derneği -yani tüzel kişi- kendisi veya tali olarak himaye makamı hami tayin edilebilir

(BGB § 1900 Abs. 4 Satz 1). Dernek veya himaye makamı, himayenin yürütülmesini kendi iç işlerinde bir çalışanına devreder (BGB § 1900 Abs. 2, Abs. 4 Satz 2).

Hak ehliyetine sahip bir dernek, idari bir işlemle himaye derneği olarak tanınabilir ((BGB § 1908 f). Bir himaye derneğinin asıl görevleri, tanınma şartlarından ortaya çıkar. Dernek:

- Yeteri kadar uygun personele sahip olmalıdır ve bunları gözetmeli, yetiştirmeli ve faaliyetleri çevrevesinde başkalarına verebilecekleri zararlara karşı uygun bir şekilde sigorta ettirmelidir.

- Fahri hamilerin kazanılması için plânlı olarak çaba göstermeli ve bunları görevlerine alıştırıp yetiştirmeli ve onlara danışmanlık etmelidir.

- Çalışan personeli arasında tecrübe ve bilgi değişimini sağlamalıdır.

Yeteri miktarda kalifiye haminin kazanılması, Himaye Kanunu ile takip edilen reform amacına ulaşmak için de zarurî bir şarttır. Bu nedenle, himaye derneklerine ve onların başarılı faaliyetlerine çok önemli bir görev düşmektedir. Himaye dernekleri, henüz bütün mahkemelerin görev çevrelerinde kurulmuş değildir.

Himaye makamları BtG Art. 8 -Gesetz über die Wahrnehmung behördlicher Aufgaben bei der Betreuung Volljaehriger (Erginlerin Himayesinde Resmî Görevlerin Yerine Getirilmesine İlişkin Kanun) (Betreuungsbehördengesetz - BtBG-) -ile yeni kurulmuşlardır. Görevleri, özellikle hamilerin korunması ve desteklenmesi; aynı şekilde, kamuya yararlı organizasyonların teşvik edilmesi ve himaye işlemleri sırasında bu konuya ilişkin olarak çıkabilecek fiili durumların açıklığı kavuşturulmasında vesayet mahkemesine yardımcı olmaktadır. Eğer vesayet mahkemesi, himaye makamından hamilik için uygun birini teklif etmesini isterse, himaye makamı fiili duruma uygun birini teklif eder (karş. BtBG §§ 4 vd.)

### **3- Haminin ve Himaye Edilenin Durumu**

a) Hami, himaye edileni mahkemede ve mahkeme dışında, görev alanı içindeki işlerde temsil eder (BGB § 1902); hami, himaye edilenin sadece mahkeme tarafından belirlenen işlerini görmekle kalmamalı, onu bu konularda gerekli olduğu ölçüde şahsen de himaye etmelidir (BGB § 1897 Abs.1).

Haminin faaliyeti için en temel ölçüt, himaye edilenin iyiliğini (menfaatlerini) korumak ve kollamaktır. Himaye edilenin iyiliğine, yetenekleri ölçüsünde hayatını kendi arzu ve düşüncelerine göre şekillendirme imkânı da dahildir (BGB § 1901 Abs.1). Hami bu nedenle, görevlerini yerine getirirken, himaye edilenin arzu ve düşüncelerini de, bunlar onun menfaatine aykırı düşmediği ve hami tarafından dikkate alınması mümkün olduğu sürece dikkate almak zorundadır. Himaye edilenin kendi geleceğini kendisinin belirleme hakkının korunabilmesi için hami, önemli işlerin yapılmasından önce, yapılacak bir görüşme himaye edilenin menfaatine aykırı düşmediği sürece onunla görüşmelidir. (BGB § 1901 Abs. 1). Himaye edilenin arzularına öncelik tanınmasında ve haminin iradesinin dikkate alınmamasında, himaye edilenin psikolojik bir hastalık veya zihinsel özürlü olmasının esas olarak bir etkisi yoktur. Arzu ve düşüncelerin fiil ehliyetine sahip veya sahip olmayan bir kimse tarafından açıklanıp açıklanmamasının da önemi yoktur. Himaye edilenin iradesi; o iradenin gerçekleştirilmesiyle, ilginin arzu ve istekleriyle takip ettiği menfaatlerden daha üstün olan hukuki yararlarının tehlikeye girmesi veya himaye edilenin bütün hayatının önemli ölçüde kötüleşecek olması hallerinde dikkate alınmaz. Hami ve himaye edilen arasında özellikle, himaye edilenin kendi evinde oturmaya devam edip etmeyeceği veya bir bakım evine taşınmanın kaçınılmaz olup olmadığı konusunda anlaşmazlık çıkabilir. Himaye edilenin serbest tasarrufuna bırakılacak para miktarının yüksekliği konusunda da görüş ayrılıklarının ortaya çıkması nadir değildir. Bu durumlarda, vesayet hukuk işleri memurunun önemli görevleri vardır; bu görevlere daha yakından değineceğim.

Hami, kusurlu olarak görevine aykırı davranırsa, bu nedenle himaye edilenin uğramış olduğu zararlardan sorumludur (BGB § 1908 i Abs. 1, § 1833).

b) Bir haminin tayin edilmesiyle, himaye edilenin işlem ehliyetinin sınırlanması bağlantılı değildir. Bu konuya ilişkin olarak himaye prosedürü sırasında karar verilmez. Bir ergin daha çok, sadece Medeni Kanun'un (BGB) genel bölümündeki düzenlemelerine göre, eğer serbest iradesini bertaraf eden aklî faaliyetlerin rahatsızlığı içinde bulunuyorsa ve bu durum tabiatına göre geçici de değilse, işlem ehliyetinden yoksundur (BGB § 104 Nr. 2). Ergin, sürekli bir zihinsel hastalık nedeniyle kararlarını mantıklı bir değerlendirmeye bağlayamayacak durumda olmalıdır. İlgili kişide böyle bir

durum olmamakla beraber, himaye için gerekli şartlar mevcutsa, himaye edilen, haminin yanında hukuken fiil ehliyetini muhafaza eder; örneğin, bağımsız olarak sözleşme kurabilir, yetkiler verebilir, hesabından para çekebilir vs.

Vesayet mahkemesi "muvafakat kaydı" getirirse, bu takdirde durum değişir. Bu yeni getirilen hukukî kurum, daha önceki "kısıtlamanın" yerini doldurmaktadır. Himaye edilenin bu durumda, haminin görev alanına ilişkin konularda onun muvafakatını belirten bir irade açıklamasına ihtiyacı vardır (BGB § 1903 Abs. 1 Satz 1). Muvafakat kaydı, himaye edilenin hukukî fiil ehliyetinin sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Küçüklerin hukukî işlemleri için geçerli olan kanunî hükümler ilgili oldukları ölçüde uygulama alanı bulurlar (BGB § 1903 Abs. 1 Satz 2). Himaye edilen tarafından daha önce muvafakat alınmaksızın yapılmış olan tek taraflı hukukî işlemler kural olarak batıldır (BGB § 111); buna karşı sözleşmeler askıda olarak geçersizdir (BGB § 108 Abs. 1). Onların geçerli olup olmayacağı haminin muvafakatına bağlıdır. Himaye edilen için sadece menfaat sağlayan sözleşmeler (örneğin himaye edilene yapılan bağış) BGB § 1903 Abs.3 Satz 1'e göre bundan hariçtir veya -küçüklerle ilişkin düzenlemelerden farklılık gösterdiği ölçüde (karş. BGB § 107) -günlük hayatın sıradan işleri, örneğin günlük ihtiyaçların giderilmesi amacıyla yapılan gıda maddelerine ilişkin alışveriş (BGB § 1903 Abs. 3 Satz 2), için himaye edilenin, haminin muvafakatına ihtiyacı yoktur. Ancak, örnek olarak, bir alkol bağımlısının küçük miktarlarda alkollü içecek elde etmek için hukuken geçerli işlemlerde bulunmasını engellemek amacıyla, vesayet hakimi, öncelikle muvafakat kaydının günlük hayatın sıradan işlerini de kapsayıp kapsamayacağı hakkında karar verebilir.

Vesayet mahkemesi tarafından muvafakat kaydının konması için gerekli şart daima, ilgilinin hukukî işlemlere katılması halinde onun şahsı veya malvarlığı için doğabilecek ciddi tehlikelerdir (BGB § 1903 Abs. 1 Satz 1); muvafakat kaydı, himaye edilenin şursuzca kendi kendine zarar vermesini önlemelidir. Üçüncü kişinin hukukî yararlarının tehlikeye düşmesi, himaye edilenin hukukî durumuna yapılan bu ağır saldırıyı haklı göstermez.

Tümüyle şahsa bağlı bazı işlemler için (örneğin evlenme aktinin yapılması, ölüme bağlı tasarruflar) muvafakat kaydı getirilemez (BGB § 1903 Abs. 2).

#### 4- Prosedür (Usûl)

Bir haminin tayini ve muvafakat kaydının konulması, vesayet hakimi tarafından verilecek bir kararla gerçekleştirilir (FGG § 69). Sadece, BGB § 1896 Abs. 3'de tespit edilen görev alanlarına ilişkin olarak hami, vesayet hukuk işleri memuru tarafından tayin edilebilir. (RpflG § 3 Nr. 2 a, § 14 Abs. 1 Nr. 4). İlgili kişi, işlem ehliyeti dikkate alınmaksızın prosedür (dâva) ehliyetine sahiptir (FGG § 66). Mahkeme, ilgili hakkında kişisel bir izlenim edinmek isteyebilir ve onu -istisnalar hariç- şahsen dinleyebilir (FGG § 68). İlgilinin menfaatlerinin korunması için gerekli görülürse, vesayet mahkemesi tarafından prosedür için bir kayyım tayin edilebilir (FGG § 67). Mahkeme, esas olarak himayenin gerekliliği ve onun kapsamı konusunda, aynı şekilde muvafakat kaydının konulup konulmayacağı hakkında bilirkişi raporu almalıdır; sadece istisnai hallerde -eğer ilgili bilirkişi raporundan vazgeçmişse ve bilirkişi raporunun alınması, özellikle görev alanının kapsamı açısından bağlantılı değilse veya eğer, hami sadece ilgilinin vekiline karşı sahip olduğu hakların ileri sürülmesi için tayin edilmişse- sadece bir doktor raporu yeterlidir (FGG § 68 b). Yetkili himaye makamı da görüşlerini belirtme imkânı elde eder; kural olarak ilgiliye yakın olan kimsele-re örneğin eş, çocuklar -görüşlerini açıklama imkânı verilmiştir (FGG § 68 a).

İlgilinin dinlenmesinin sonucu, bilirkişi raporu veya doktor raporu, muhtemel görev alanının kapsamı ve kimin veya hangi yerin hami olarak dikkate alınacağı sorusu, fiili durumun aydınlatılması veya mahkemede dinleme (savunma) hakkı için gerekli ise, ilgili ile sözlü olarak görüşülmelidir. (FGG § 68 Abs. 5 Satz 1). İlgili ile böyle bir sonuç görüşülmesinin yapılabilmesi için, onunla bizzat anlaşmanın mümkün olması gerekir; aksi takdirde, bu husus -eğer ilgili dâvada bir avukat veya davada yetkili bir başka temsilci tarafından temsil edilmiyorsa- dâva (prosedür) kayyımı ile görüşülür (karş. FGG § 67 Abs. 1 Satz 2, Nr. 1, Satz 3). İlgilinin şahsen dinlenmesi ve sonuç görüşmesi, önceden belirlenen bir tarihte gerçekleştirilebilir (FGG § 68 Abs. 5 Satz 2).

Mahkemenin kararına karşı şikâyet kanun yoluna başvurulabilir (FGG §§ 19, 20, 69 g). Şikâyet, bir süreye tâbi değildir; ancak, belirli bazı hallerde hemen şikâyet yoluna başvurulması (süre : 2 hafta) öngörülmüştür (FGG § 69 g Abs. 4, § 22 Abs. 1).

Vesayet hakimi tarafından haminin -ilk olarak- tayin edilmesiyle bağlantılı olarak hukuk işleri memurunun şu görevleri vardır:



Hami, sözlü olarak görevlendirilir ve görev alanı hakkında kendisine bilgi verilir. Bu durum, himaye dernekleri ve himaye makamları için geçerli değildir. Bundan başka hami, tayin edildiğine ilişkin bir belge alır. Uygun durumlarda hukuk işleri memuru, hami ve himaye edilen ile tanıştırma, aydınlatma konuşması yapar (FGG § 69 b; RpfLG § Nr. 2 a).

### *5- Vesayet Mahkemesinin Gözetimi*

Himaye hukukunda farklı hükümler getirilmediği sürece, ergin olmayanlara ilişkin vesayet hakkındaki hükümler, esas olarak geçerlidir. (karş. BGB § 1908 i Abs. 1). Hami, buna göre bağımsız olarak ve kendi sorumluluğu dahilinde hareket eder; fakat vesayet mahkemesi, haminin bütün faaliyetleri üzerinde gözetim yapar ve göreve aykırı davranışlara karşı uygun emirlerle ve yasaklamalarla müdahale edebilir. Bundan başka, hamiye tavsiyede bulunur ve görevine alışması için onunla işbirliği yapılıır (BGB § 1837 Abs. 1 ve 2).

Hami, himaye edilenin kişisel ilişkileri hakkında vesayet mahkemesine yılda en az bir defa rapor vermelidir. (BGB § 1840 Abs. 1). Hami, himayenin kaldırılmasını, sınırlandırılmasını veya genişletilmesini gerektiren şartları öğrenmişse, bunları vesayet mahkemesine bildirmelidir (BGB § 1901 Abs.4).

Vesayet mahkemesi, talimatlarını yerine getirmesi için hamiye-himaye makamı ve himaye derneği hariç- para cezası verebilir (BGB § 1908 i Abs. 1 Satz 1, § 1837 Abs. 3).

Haminin, görev alanına giren bazı önemli işler için vesayet mahkemesinin iznine ihtiyacı vardır. Örnek olarak şunlar belirtilebilir:

- İlgilinin kapalı bir kuruma (örneğin psikiyatri hastanesine) veya kendine zarar verme tehlikesi yahut muayene ve tedavi ihtiyacı nedeniyle bir kurumun kapalı bir bölümüne yerleştirilmesi (BGB § 1906 Abs. 1-3; Prosedür, FGG §§ 70-70 n'de özel olarak düzenlenmiştir);

Bu düzenlemeler, eğer ilgili bir sanatoryumda, yurtda veya bir başka kurumda yerleştirilmeksizin kalıyorsa, mekanik aletlerle (örneğin kafesli yatak, bağlama), ilâçla veya bir başka şekilde uzunca bir zaman için veya düzenli olarak özgürlüğünün elinden alınması

hali için de geçerlidir (BGB § 1906 Abs. 4, FGG § 70 Abs. 1 Nr. 2).

- İlgilinin sağlık durumunun araştırılması, tedavisi ve tıbbî bir müdahalede, eğer himaye edilenin, alınan tedbir nedeniyle ölmesi veya ağır yahut uzun süreli sıhhi bir zarara maruz kalma tehlikesi bulunuyorsa (BGB § 1904).

Bu durumlarda, vesayet hâkimi gerekli iznin verilmesi için yetkilidir. (RpflG § 14 Abs. 1 Nr. 4). Bunun dışında, gözetimi hukuk işleri memuru yürütür (RpflG § 3 Nr. 2 a). Himaye edilenin temsilcisi olarak haminin, örnek olarak şu işlemleri için de hukuk işleri memurunun iznine ihtiyacı vardır:

- Himaye edilen tarafından kiralanan oturulan yere ilişkin kira sözleşmesinin feshi, aynı şekilde böyle bir kira sözleşmesinin iptaline ilişkin diğer açıklamalar (örneğin, kiralayan ve hami arasındaki iptal sözleşmesi (BGB § 1907 Abs. 1);

- Bir taşınmazın kazanılması ve devri (BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 5 aynı şekilde Abs. 1 Nr. 4 i. V.m. Nr. 1 1. Alt.);

- Himaye edilenin bir taşınmazının ipotek ile yüklenmesi (BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt.);

- Bir mirasın veya vasiyetin reddi (BGB § 1822 Nr. 2);

- Bir terekenin taksimine ilişkin sözleşme yapılması (BGB § 1822 Nr. 2);

- Himaye edilen için alınan borcun kabulü (BGB § 1822 Nr. 8).

Bu sayma tahdidi değildir; sadece himaye edilenin iyiliği için vesayet mahkemesine -özellikle hukuk işleri memuruna- hangi sorumlulukların düştüğünü açıklamaktadır. Genel olarak, haminin faaliyetleri vesayet mahkemesinin çok yönlü kontrolü altındadır.

### **6- Masrafların Ödenmesi ve Ücret**

Kanun, münferit hamilerden hareket etmektedir. Hami, himaye edilene karşı, himayenin yürütülebilmesi için gerekli gördüğü masrafların (harç ve masraflar) ödenmesine ilişkin bir talep hakkına sahiptir. Himaye edilenin ödeme gücü yoksa, talep hazineye yöneltilir. (BGB § 1908 i Abs. 1 Satz 1, § 1835).

Buna karşılık, himaye esas olarak ücretsiz yürütülür; yani hami, faaliyeti için hiçbir ücret talep edemez (BGB § 1908 i Abs. 1

Satz 1, § 1836 Abs. 1 Satz 1). Ancak, bu kural pek çok yerde bozulmuştur.

Himaye edilenin malvarlığı ve haminin işlerinin önemi ve kapsamı haklı gösterirse, vesayet mahkemesi hamiye uygun bir ücret takdir edebilir (BGB § 1836 Abs. 1 Satz 2-4).

Eğer bir kimse, himayeyi mesleğinin sınırları içinde, onun bir parçası olarak ifa ediyorsa ve ona böyle bir kapsamla himaye görevi verilmişse, bu takdirde ona biraz önce belirtilen şartlar olmasada uygun bir ücret takdir edilir (BGB § 1836 Abs. 2 Satz 1). Ücret, himayenin zorluğuna ve ifası için gerekli uzmanlık bilgisine göre halen saat başına 20 DM'dan 100 DM'a kadar ulaşabilmektedir. (BGB § 1836 Abs. 2 Satz 2 ve 3; Tanık ve Bilirkişi Ücretlerine İlişkin Kanun (Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen -ZSEG- § 2 Abs. 2 Satz 1). Bu durumda, ücret talebinin borçlusu hazinedir; aksi takdirde, malvarlığı bulunan himaye edildir (BGB § 1836 Abs. 2 Satz 4, § 1835 Abs. 4).

Hami hiç bir ücret almıyorsa, bu takdirde sıradan masrafların karşılanması (örneğin posta ve telefon ücretinin ödenmesi) için yıllık toplam 300 DM'ı masraf karşılığı olarak belge göstermeksizin isteyebilir (BGB § 1908 i Abs. 1 Satz 1, § 1836 a).

Himaye derneği veya himaye makamına bağlı olan hamiler, veya aynı şekilde, bizzat himaye derneği veya himaye makamı tarafından yapılan himaye için kısmen özel hükümler geçerlidir. İstisnai olarak, bir tanınmış himaye derneği veya himaye makamı hami olarak atanırsa, bunlara, ücrete ilişkin olarak herhangi bir talep hakkı tanınmamıştır; somut masraflar da, himaye edilenin malvarlığı yettiği ölçüde ödenir (BGB § 1908 i Abs. 1 Satz 1, § 1835 Abs. 5, § 1836 Abs. 4, § 1836 a Satz 3).

Himaye derneğine bağlı olan bir hami atanırsa, bu takdirde, sadece tanınmış olan dernek -derneğin çalışanı değil, çünkü ona dernek tarafından ödeme yapılmaktadır- masrafların (genel idare masraflarına kadar) ve uygun bir ücretin ödenmesini isteyebilir (BGB § 1908 e). Himaye makamına bağlı bir hami için, himaye makamının, BGB § 1835 Abs. 1, § 1836 Abs. 1 Satz 2 ve 3'e göre sadece, himaye edilenin gücünün kuvvetinin yerinde, (muktedir) olması halinde masrafların ve uygun bir karşılığın ödemesini isteme hakkı vardır (BGB § 1908 h Abs. 1 ve 2). Himaye makamına bağlı hami, bu hususta herhangi bir hak ileri süremez (BGB § 1908 h Abs. 3).

### 7- *Himayenin Sona Ermesi*

Himaye edilenin ölmesiyle, himaye doğrudan sona erer. Şartları ortadan kalktığı için artık gerekli olmadığından, vesayet hakimi himayeyi sona erdirebilir (BGB § 1908 d Abs. 1 Satz 1). Aynı zamanda, haminin görevi de sona erer. Himaye, kesinlikle ilgilinin sağlık durumunun gerektirdiğinden daha uzun süremez; vesayet hakimi, hami tayin eden veya muvafakat kaydı getiren kararında, aynı zamanda getirilen tedbirin kaldırılması veya uzatılması konusunda en geç hangi anda karar vereceğini de belirtmelidir (FGG § 69 Abs. 1 Nr. 5). Bu an, kararın verilmesinden itibaren en fazla beş yıl sonraya bırakılabilir. Bundan bağımsız olarak hami, himayenin kaldırılmasını veya görev alanının sınırlandırılmasını mümkün kılan şartları öğrenmişse, bunları vesayet mahkemesine haber vermelidir (BGB § 1901 Abs. 4). Haminin görevlerine bundan başka, görev alanı içinde himaye edilenin hastalığını veya özürülüğünü ortadan kaldırmak veya iyileştirmek ve böylece himayenin gerekliliğini tüümüyle sona erdirmek veya en azından sınırlandırmak için ortaya çıkan imkânların kullanılmasında ilgiliye yardımcı olmak da dahildir (BGB § 1901 Abs. 3).

Himayeyi gerektiren şartlar sona ermeksizin, somut himaye ilişkisi haminin ölmesiyle veya azledilmesiyle sona erebilir (karş. BGB § 1908 c). Haminin azledilmesi, eğer kabiliyetleri bu görevi yerine getirmesine artık müsaade etmiyorsa veya başka önemli bir sebep (örneğin işinin fazla olması veya malvarlığının kaybı) bulunması hali için öngürülmüştür (BGB § 1908 b Abs. 1). Hami, eğer, tayin edilmesinden sonra himayeyi yürütmesini ondan beklemenin mümkün olmamasını gerektirecek şartlar (örneğin hastalık, himaye edilenle arasındaki güven ilişkisinin sarsılması vb.) gerçekleşmişse, BGB § 1908 b Abs. 2'ye göre azledilmesini isteyebilir. Himaye derneği veya himaye makamı da, himaye edilen, bir veya birden fazla gerçek kişi tarafından yeterince himaye edilir hale gelir gelmez azledilmelidir (BGB § 1908 b Abs. 5). Bütün bu durumlar için vesayet hâkimi karar verir (RpflG § 14 Abs. 1. Nr. 4). Buna karşı, aşğıdaki hallerde karar verme yetkisi vesayet hukuk işleri memuruna verilmiştir (RpflG § 3 Nr. 2; karşı anlamı § 14 Abs. 1 Nr. 4): Eğer himaye edilen, bu görevi yürütmeye hazır ve uygun yeni bir kimse teklif ederse, hami görevinden azledilir (BGB § 1908 b Abs. 3). Himaye derneğinin veya himaye makamının bir personeli hami olarak tayin edilmişse, dernek veya makamın talep etmesi halinde hami azledilir. Bu azletme, himaye edilenin menfaatleri açısından gerekli

değilse, bu takdirde, vesayet hukuk işleri memuru azletme yerine hamî ile anlaşarak himayeyi bundan sonra gerçek kişi (hamî) olarak sürdürmesine karar verebilir (BGB § 1908 b Abs. 4).

### III. SON TETKİK

Erginlere ilişkin kayyımlik ve vesayet hukukundaki reformun açıklanan amacı, ilgili kişinin hukukî durumunun iyileştirilmesidir. Hukuk kurallarının, vesayet mahkemesi, himaye makamı ve hepsinden önce hamî tarafından uygulanmasında, kanunkoyucu tarafından amaçlanan yaşlı ve sakat insanların hayatındaki iyileşmenin fiilen gerçekleşip gerçekleşmemesinde, bu kurumlar ön plâna çıkmaktadır. Yaklaşık yüz yıllık eski hukukî kurumların kaldırılması ve öngürülen yeni prosedür, ilgililerin yeni bakış açısını gerektirir ve günlük işlerde, ne mahkeme kararlarında ne de doktrinde kesin açıklığa kavuşmamış bir dizi problem ortaya çıkaracaktır.

Örnek olarak aşağıdaki hususlara değinmek istiyorum :

Himaye prosedürü içinde, ilgilinin işlem ehliyetsizliğinin tespitinden vazgeçilmesi, -özellile şüpheli durumlarda- ilgilinin fiil ehliyeti açısından güvensizlikler ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle, kısmen pratik sebeplerden dolayı, daha sonra çıkabilecek uyuşmazlıklardan kaçınmak için ilgilinin işlem ve vasiyet düzenleme ehliyetinin kontrol edilmesi gereklidir. Bununla beraber, kanunkoyucu tarafından hedeflenen reform amacına göre bu, himaye prosedürünün görevi olamaz. Muvafakat kaydının konulması için -yayınlanmış- mahkeme kararları tarafından haklı olara çok katı bir ölçü getirilmiştir. İlgilinin anayasa tarafından korunan kendi geleceğini kendisinin belirleme hakkına (karş. Federal Almanya Anayasası -GG- Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs.1) bu nedenlerden dolayı müdahale edilebilmesi için, ilgilinin psikolojik bir hastalık nedeniyle iradesini serbestçe belirleyememesi şart koşulmuştur.

Hamî ve himaye edilen arasında görüş farklılığı ortaya çıkarsa, vesayet hukuk işleri memuruna özellikle çok iş düşecektir. Hukuk işleri memuru, hamîye tavsiyelerde bulunmak ve onu aydınlatmakla yükümlüdür; uyuşmazlığın giderilmesi için çalışmak veya -haminin göreve aykırı davranması halinde- gerekli tedbirleri almak, mahkemenin görevidir. Burada, himaye hukukunun ruhuna ve kapsamına uygun olarak, himaye edilenin, -yabancı iradeye tâbi olma veya ön kısıtlama yerine-arzu ve düşünceleri, kendi menfaatlerine aykırı düşmediği ve hamî tarafından ifası kabil bir çerçevede bulun-

duğu sürece, kendi geleceğini kendisinin belirleme hakkının gerçekleştirilebilmesi için, vesayet hukuk işleri memuruna görev düşmektedir. Himayeyi, mesleğinin sınırları içinde veya onun bir parçası olarak ifa edebilen hami için ücrete ilişkin hükümlerin uygulanması, yeteri kadar kalifiye personelin bulunabilip bulunamamasına bağlıdır. Çok sık bir şekilde, avukatlar veya sosyal pedagoglar yahut sosyal çalışanlar meslekten hami olarak faaliyette bulunacaklardır. Mahkeme kararlarında, saat başına 20 DM'in meslekten bir hami için uygun bir ücret olmadığı konusunda geniş ölçüde birlik vardır. Kanun metnine göre, ücret, himayenin yürütülmesi, özel uzmanlık gerektirdiği veya özel güçlükler bulunduğu sürece üç katına kadar arttırılabilir; eğer somut olayda, belirli işlerin yapılmasını olağanüstü zorlaştıran şartlar varsa, ücret bu durumda beş katına kadar arttırılabilir (BGB § 1908 i Abs. 1 Satz 1, § 1836 Abs. 2 Satz 3). Bu hükmün harfiyen uygulanması, pek çok olayda saat ücreti olan yirmi markın yükseltilmesine izin vermezdi. Diğer taraftan, meslekten bir hami için himayenin yürütülmesi, anayasa ile korunan mesleğini icra etme hakkının bir parçasıdır (GG Art. 12 Abs. 1). Kamu yararını gerektiren hiç bir neden olmaksızın bir mesleğin serbestçe icrasının sınırlandırılması, görevini kurallara uygun bir şekilde ifa ederek kamuya hizmet eden meslekten bir hamiye, uygun bir karşılığın, kanundan dolayı verilmemesi bir aşırılık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu temelden hareketle, özel olarak yetişmiş, kalifiye meslekten hamilere, kural olarak daha yüksek bir saat ücreti ödenmelidir. Avukatlarda bu ücret genellikle, 60 DM olarak takdir edilmektedir. Ayrıntılar çok tartışmalıdır ve daha fazla açıklamayı gerektirmektedir. Burada, kanunkoyucu, kamu bütçesinin yüksek orandaki borcu nedeniyle böyle bir düzenleme getirmiştir ve bu düzenleme hukuk işleri memuruna -ve tabîki hukuki prosedür için yetkili hakime- oldukça büyük güçlükler çıkarmaktadır.

Son olarak şu hususa dikkat çekmek istiyorum; himaye prosedürü içinde -veya haminin tayin edilmesinden sonra da -ilgilinin haklarının korunabilmesi için vesayet hakimi veya hukuk işleri memuru- tarafından bir hayli kapsamlı ve zor olan, (ilgililerin) dinlenmesi öngörülmüştür. İlgilinin, -basit bir ifade ile- bütün önemli işler için, mahkemenin kararından önce, eğer onunla anlaşmak mümkün ise ve dinlenme nedeniyle sağlığına önemli bir zarar gelmeyecekse, şahsen dinlenmesi gereklidir (karş. FGG §§ 68, 69 d). İlgilinin menfaatlerinin korunması için gerekli olduğu sürece, mahkeme ona, duruma göre, tek tek himaye tedbirlerine ilişkin prosedür için bir kayyım tayin edebilir (FGG § 67). Himaye hukukunun

sadece bu isteğinin yerine getirilmesi, mahkemeler için önemli ölçüde ilâve bir işyükü getirecektir; bilhassa, ilgililerin dinlenmesi kural olarak ilgilinin oturduğu yerde -buna göre evinde, yaşlılar veya bakım yurdunda- yerine getirilecektir. Burada, reform amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli personele ilişkin şartlar, hakim ve hukuk işleri memuru için uygun yerlerin hazırlanması eyalet adalet idarelerinin görevidir. Bunun yayında, vesayet mahkemelelerinde halen faaliyet gösteren hakim ve hukuk işleri memurları, yoğun yetiştirme tedbirleriyle himaye hukukunun ruhuna ve kapsamına alıştırılmalıdır; böylece, yardıma muhtaç insanlar için hukuken amaçlanan iyileştirme, fiilen de gerçekleştirilebilecektir.