

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

TÜRK HUKUKUNDA
YASAL DANIŞMANLIK KURUMU

ALPTEKİN BURAK BOYDAK

2501060729

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. HÜSEYİN HATEMİ

İSTANBUL 2009

YAPILAN DÜZELTMELER:

Tezin sistemi bölüm esasına göre yeniden düzenlendi.

Bu çerçevede bazı başlıklar bölüm sisteminin gerektirdiği şekilde alt başlıklar haline dönüştürülürken, bazı başlıklar kaldırılarak kaldırılan başlıktaki konulardan başka bir ilgili alt başlığın içinde bahsedildi.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi zamanında kullanılan kavramlar, 4721 sayılı yeni medeni kanunumuzda kullanılan kavramlara dönüştürülerek kavram birliği sağlanılmaya çalışıldı.

Tezimizde bahsedilen konularla ilgili bir yandan öğretilerdeki görüşlere yapılan atıf sayısı artırılırken diğer yandan da daha önce aktarılan bazı yargı kararları ve görüşlerden durumun gerektiği şekilde kısaltmalara gidildi.

Bunlarla birlikte tezdeki yazım yanlışları ve kaynakçadaki eksiklikler düzeltildi.

ÖZ

TÜRK HUKUKUNDA YASAL DANIŞMANLIK KURUMU

ALPTEKİN BURAK BOYDAK

Bu tezin konusu Türk Hukukunda yasal danışmanlık kurumudur. Tez, giriş, ve sonuç bölümü dışında dört bölümden oluşmuştur. Giriş bölümünde konunun takdimi ve çalışma metoduna yer verilmiş, daha sonra birinci bölümde; yasal danışmanlığın kavramsal ve yasal olarak yerinden ve diğer vesayet hukuku kurumlarından farkından; ikinci bölümde, yasal danışman tayini için gerekli şartlar, gerekli hallerden, üçüncü bölümde yasal danışmanlığın türlerinden, son bölümde ise yasal danışman tayininde usul, yasal danışmanın sorumluluğu ve yasal danışmanlığın sona ermesinden bahsedilmiştir. Yasal danışmanlık kurumu incelenirken kurumun tarihsel kökeni araştırılmış bunun haricinde her bir temel başlık anlatılırken kendi içindeki ayrımlara yer verilmiş ayrıca konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öğretilerde ki farklı görüşlerden ve Yargıtay kararlarından bol miktarda yararlanılmıştır. Sonuç bölümünde ise vesayet hukuku kurumları içerisinde amaç-araç uygunluğu bakımından en elverişli durumda bulunan yasal danışmanlık kurumunun öncelikle yasal ve akademik çevrede daha sonrada uygulayıcılar bakımından hak ettiği yeri bulması temennisi ve gerekliliği dile getirilmiştir.

ABSTRACT

The subject of this thesis is the legal counsel institute in Turkish Law. The thesis is composed of preamble; four parts and a conclusion. Presentation of the subject and the work plan are in the preamble part. After this, In the first part, the theoretical and the legal place of legal counsel and differences between other guardianship law institute are explained. In the second part need for hired legal counsel; in the third part, the kind of legal counsel are explained; and last part the responsibility of legal counsel and procedure and finishing the legal counsel are explained. While examining the legal counsel institute, its history was searched. Furthermore, while explaining each main chapter, each kind of these chapters were told. Additionally, in order to understand the subject, different ideas in doctrine and high court decisions were used. In the conclusion part, it is stated that despite the legal counsel institute is the most sufficient institute between the guardianship institutes, it hasn't been cared enough by the legal and academics area and we hope that the status quo will change.

ÖNSÖZ

Vesayet hukuku kurumlarından vasilik ve kayyımlık üzerine yapılan akademik çalışmalara karşılık, yasal danışmanlık üzerine daha önce kapsamlı bir çalışmanın yapılmamış olması bizi bu tezi hazırlamaya sevk eden en önemli etken oldu.

Bu durum tezin hazırlanış sürecini hem artı hem de eksi yönde etkiledi. Artı yönde etkisi, hukuk öğreti dünyasına böyle bir tez hazırlamanın bize verdiği heyecan iken, eksi tarafı daha önce bu tarzda bir kapsamlı çalışmanın olmamasının kaynakçanın oluşmasında yaşattığı zorluklar oldu. Buna karşılık yine de hukuk ilminin değerli üreticilerinin tezimizin konusuyla ilgili farklı yerlerdeki görüşlerini bir araya getirerek, kendi fikirlerimizle harmanlayıp yasal danışmanlık kurumunun hukukumuzdaki yerini anlatmaya çalıştık.

Yasal danışmanlık kurumunu anlatırken tarihsel kökenini, benzer kurumlardan farkını, başlama ve sona erme usullerini, Yargıtay kararları eşliğinde okuyucuya sunulmuştur.

Bu tezin hazırlanmasında, onca yoğunluğuna rağmen her gittiğimde eşsiz nezaketini ve hukuk bilgisini bizden eksik etmeyen danışman hocam Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye; idari konularda gerekli kolaylıkları esirgemeyen Prof. Dr. Rona Serozan hocama ve de değerli aileme şükranlarımı sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YASAL DANIŞMANLIK KAVRAMI, YASAL DÜZENLEMESİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

I.KAVRAM VE YASAL DÜZENLEME.....	4
II.YASAL DANIŞMANLIK KURUMUNUN BENZER KURUMLARDAN FARKI.....	8
A. VESAYET KURUMU İLE YASAL DANIŞMANLIK KURUMU ARASINDAKİ FARKLAR.....	11
B. YASAL DANIŞMAN İLE KAYYIM ARASINDAKİ FARKLAR.....	14

İKİNCİ BÖLÜM

YASAL DANIŞMAN TAYİNİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR VE GEREKLİ HALLER

III. YASAL DANIŞMAN TAYİNİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	16
A. KANUNİ ŞARTLAR.....	17
1. OLUMSUZ ŞARTLAR.....	17
2. OLUMLU ŞARTLAR.....	18
B. MADDİ ŞARTLAR.....	18
IV. YASAL DANIŞMAN TAYİNİ İÇİN GEREKLİ HALLER.....	19
A. AKIL HASTALIĞI VEYA AKIL ZAYIFLIĞI.....	20

B. SAVURGANLIK,ALKOL,UYUŞTURUCU MADDE BAĞIMLILIĞI, KÖTÜ YAŞAM TARZI,KÖTÜ YÖNETİM.....	22
C. İLGİLİNİN TALEBİ ÜZERİNE.....	24

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YASAL DANIŞMANLIĞIN TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK YASAL DANIŞMANLIĞIN TÜRLERİ.....	30
A. KATILIM DANIŞMANLIĞI	30
1. DAVA AÇMAK ve SULH OLMAK.....	39
2. TAŞINMAZLARIN ALIMI, SATIMI, REHNEDİLMESİ veya BUNLAR ÜZERİNDE BAŞKA BİR AYNİ HAK KURULMASI.....	42
3. KIYMETLİ EVRAK ALIMI SATIMI ve REHNEDİLMESİ.....	44
4. OLAĞAN YÖNETİM SINIRLARI DIŞINDA KALAN YAPI İŞLERİ.....	45
5. ÖDÜNÇ VERME ve ALMA.....	45
6. ANAPARAYI ALMAK.....	46
7. BAĞIŞLAMA.....	47
8. KAMBİYO TAAHHÜDÜ ALTINA GİRME.....	48
9. KEFİL OLMA.....	49
B. İDARE DANIŞMANLIĞI.....	50
C. TAM DANIŞMANLIK.....	58

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
YASAL DANIŞMAN TAYİNİNDE USUL,
YASAL DANIŞMANIN SORUMLULUĞU
VE
YASAL DANIŞMANLIĞIN SONA ERMESİ

I. YASAL DANIŞMAN TAYİNİNDE USUL.....	61
II. YASAL DANIŞMANIN SORUMLULUĞU.....	68
III. YASAL DANIŞMANLIĞIN SONA ERMESİ.....	70
SONUÇ.....	74
KAYNAKÇA.....	78
EKLER: FEDERAL MAHKEME,NİN YASAL DANIŞMANLIĞA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ..	83

KISALTMALAR CETVELİ

AD. : Adalet Dergisi
a.e. : Aynı eser
a.g.e. : Adı geçen eser
AMKD: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜ: Ankara Üniversitesi
AÜHF: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM: Anayasa Mahkemesi
BGE: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
Bkz –bkz: Bakınız
C. : Cilt
CD. : Ceza Dairesi
Çev. : Çeviren
D. : Daire
DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dp. : Dipnot
E. : Esas
Enst. : Enstitüsü
HD: Hukuk Dairesi
HGK: Hukuk Genel Kururu
İBD: İstanbul Barosu Dergisi
İBK: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K: Karar
MK: Medeni Kanun
m: Madde
RG: Resmi Gazete
s. : Sayfa
t: Tarih
vd: ve diğeri
YİBGK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YİBGKK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı
YİBKK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı
YKD: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Bilineceği üzere hukuk, adalete yönelmiş toplum düzeninin tesisi için gereklidir; “adalete yönelmek” ise, öncelikle kişi hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınmasını gerektirir. Bu çerçevede kişi hak ve özgürlükleri konusunda gerekli titizliliği göstermeyen bir devletin “adalete yöneldiğini” başka bir ifadeyle hukuk devleti olduğunu söylemek mümkün değildir.

Medeni Hukuk öğretisinde şüphesiz ki kişi özgürlüğüne müdahalenin en yoğun olduğu dallardan biri çalışma sahamız olan vesayet hukukudur. Öyle ki yeri geldiğinde vesayet altına alınan kişinin basit bir sözleşmeyi bile tek başına yapma özgürlüğü o “kişinin korunması” amacıyla elinden alınabilmektedir.

Kişi özgürlüğü açısından bu derece önem arz eden vesayet hukuku kurumları içerisinde, vasilik ve kayyımlik kurumları gerek yasal düzenlemeler, gerek öğreti sahasında ve bunların sonucu olarak uygulamada yeterince düzenlemelere, araştırmalara ve kararlara konu olsa da, bu çalışmamızın konusunu oluşturan yasal danışmanlık kurumu için aynı şeyleri üzümlere söyleyememekteyiz.

Yasal danışmanlık, ifade ettiği anlam itibariyle önemli bir vesayet hukuku alanı olmasına ve çözüme kavuşturulması gerekli birçok problemi içermesine rağmen, Türk Hukukunda özel olarak kapsamlı bir şekilde incelenmiş değildir. Yapmış olduğumuz araştırmalar sonucunda konuya bütünsel açıdan yaklaşan herhangi bir kapsamlı bilimsel esere, doktora veya yüksek lisans tezine rastlanılmamıştır.

Buna karşın tez konumuzla ilgili değerli hukukçuların makaleleri ve Aile Hukuku eserlerindeki görüşleri tezimizin kaynakçasının oluşumuna yardımcı olmuştur. Zira sözü edilen eserlerde çok değerli hukukçular tarafından, tezimizin çeşitli bölümlerinde inceleyeceğimiz konulara değinilmiş ve konuya ilişkin çok önemli fikirler beyan edilmiştir. Bu nedenle, tezimizin asıl amacı, dağınık halde bulunan bu

tespitlerin genişletilerek bir çalışmada toplanması, bu çalışmalardan faydalanarak konunun daha önce üzerinde durulan veya durulmayan her yönüyle incelenmesi; bunun sonucunda konuya ilişkin çeşitli problemlere çözüm önerileri getirilerek konuya açıklık kazandırılması ve gelecekte konuyu inceleyecekler için kaynakça oluşturulmak istenmiştir.

Çalışmamızda genel olarak benimsenecek metod, konuya ilişkin çalışmalardaki görüşleri gözler önüne sermek ve bu görüşler yardımıyla problemlere objektif bir şekilde yaklaşabilmek ve ayrıca daha önceleri konuyla ilgili değinilmemiş hususlara da bu görüşler ışığında yorum getirebilmektir.

Araştırmalarımızı yaparken gördük ki, yasal danışmanlık gibi önemli bir kurum maalesef pozitif hukukumuzda bir maddeyle düzenlenmeye çalışılmış, bunun sonucu olarak ortaya çıkan sorunlar da, büyük farklar göstermesine karşın kendisine vasilik veya kayyımlığa ait hükümler kıyasen uygulanarak giderilmeye çalışılmıştır.

Yasa koyucunun kendisine gösterdiği bu ilgisizlik öğretiyeye ve yargı kararlarına da yansımıştır. Maalesef diğer vesayet hukuku kurumları olan vasilik ve kayyımlık üzerine sayfalarca yazı yazılmışken, yasal danışmanlık, aile hukuku kitaplarında bir iki sayfayla anlatılmıştır. Yargı kararlarında ise, çoğu zaman amaç-araç uygunluğu çerçevesinde kişinin korunması açısından en uygun olan araç yasal danışmanlıkken çoğu kez kişiye yasal danışman tayin edildiği görülmüştür.

İşte bu çalışmamızda yukarıda sözü edilen eksikliğin nedenleri, kurumun ilk olarak ortaya çıktığı Kıta Avrupası Hukukundaki tarihçesi araştırılarak incelenmeye çalışılmış, daha sonra, iktibas ettiğimiz İsviçre Medeni Kanununun şerhlerini yapan hukukçulardan Andre Egger ve Pierre Tuor'un yasal danışmanlık ile ilgili açıklamalarından büyük ölçüde faydalanılarak, kurumun Türk Hukukundaki yeri aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Sonraki aşamada, kurumun diğer vesayet hukuku kurumlarından farkları izah edilmiş; yasal danışmanlığın tesisi için gerekli şartlar, başlangıcı, tayin usul ve sona erışı irdelenmiştir.

Uygulamada yasal danışman tayinine gerek duyulup duyulmaması hususunda karar verilirken adli tıptan faydalandığı için, çalışmamızda adli tıp ve vesayet ilişkisi üzerine yazılmış makalelerden ve araştırmalardan çalışmamıza uygun düştüğü oranda yararlanılmıştır.

Konunun hem daha iyi anlaşılması hem de uygulamada ki bakış açısını göstermek maksadıyla bol miktarda Yargıtay kararına yer verilmiş, ayrıca İsviçre Hukukunda ki uygulamasına göz atmak amacıyla “ek olarak” Prof. Bilge Öztan’ın “Kanuni Müşavir ve Federal Mahkemenin Bu Konuya İlişkin Görüşü (AÜHF Dergisi 50.yıl Armağanı)” isimli makalesinden faydalanılarak İsviçre Federal Mahkemesi’nin yasal danışmanlığa bakışı irdelenmiştir.

Çalışmamız, tüm tez boyunca irdediğimiz konular çerçevesinde tespit, değerlendirme ve önerilerimizi özetlediğimiz sonuç bölümüyle son bulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
YASAL DANIŞMANLIK KAVRAMI, YASAL DÜZENLEMESİ
VE
BENZER KURUMLARDAN FARKI

I.KAVRAM VE YASAL DÜZENLEME

Bir vesayet hukuku kurumu olan yasal danışmanlık, sözlük anlamı itibariyle, belli bir hukuki işlemi yapma hususunda yeterli kapasitesi olmayan bir kimseye o işlemin yapılmasında yol gösteren kişinin yaptığı görevi anlatmak için kullanılır.

Yasal danışmanlık Fransız Hukukundaki “**Conseil judiciaire**” nin aynısıdır. Yalnız buna İsviçre Medeni Kanununun Fransızca metninde “**Conseil legal**” denmiştir. Buna karşılık ne bu tabirler, ne Almanca tabiriyle “**Beiratschaft**” ne de bizim danışmanlık tabirimiz, bu kurumun hukuki manasını tam anlamıyla izaha yeterlidir.¹

Yasal danışmanlık, kısıtlanması için gerekli şartları haiz olmayan buna karşılık, savurganlık, yaşlılık, deneyimsizlik, hastalık gibi hallerde belli başlı işlemler yönünden zarara uğramaması amacıyla, ilgili kişiyi koruyucu ve yol gösterici işlevleri olan bir kurumdur.

Her ne kadar yasal danışmanlık kurumu, kavram olarak vesayet organları arasında sayılıp gösterilmemişse de doktrinde ittifakla kabul edildiği üzere aslında

¹ Oğuzoğlu, **Aile Hukuku**, Ankara, 1963, s.223

vesayet organlarından biridir.² Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de “ Medeni Kanunun 379. maddesinde tayin olunan müşavirler de vasiler ve kayyımlar gibi vesayet uzuvlarındandır.”³ demek suretiyle doktrinle aynı görüşü savunmuştur.

Hukuki açıdan bir vesayet hukuku kurumu olduğu şüphe götürmeyen yasal danışmanlık (kanuni müşavirlik) kurumuna, gerek 741 sayılı Türk Kanunu Medenisinde gerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda vesayet organları arasında yer verilmediği için niteliği konusunda çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Kimi yazarlar yasal danışmanlığı, kayyımlığın bir çeşidi olarak nitelemiş⁴,kimileri vesayetle kayyımlık arasında kalan fakat vesayete daha yakın bir kurum olarak bahsetmiş⁵,kimisi de bir hafifletilmiş vesayet olarak nitelemiştir.⁶

Bütün bu ayrıık tanımlamaların sebebi, medeni kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre Medeni Kanununa, yasal danışmanlık kurumunun, ilk kanun taslağında yer almamasına rağmen, sonradan eklenmesi ve bu nedenle tasarıdaki sistemin bozulmasıdır.

Yasal danışmanlığın Medenî Kanunda yer alması hususunda yapılan ilk teklif Federal Konsey (Hükümet) tarafından(**Bundesrat**), bu hususta pratik bir ihtiyacın bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmişti. Daha sonra 1905 yılında milletvekillerinden Thélin, Federal Meclis’e (**Bundesversammlung**) Medenî Kanun'a kanunî müşavirliğin ilâve edilmesi yolunda bir teklif getirmiştir. Federal Meclis, fiil

² Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz,2005, s. 726; Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2001 s.522; Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 530, Gençcan; **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009,s.905

³ Yargıtay. 2. h.d.' nin,17.10.1996 gün 9340 e. , 10398 k. sayılı kararı (Özmen, **Vesayet Hukuku Davaları**, Ankara, 2004, s. 499)

⁴ Özmen, ; **Vesayet Hukuku Davaları**, Ankara, Kartal Yayınevi,2004,s. 483, Gençcan; **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009,s.909

⁵ Uslu, **Vesayet, Prensipler, Doktrin, Kazai İctihat. Roma Hukukunda Vesayet Mülga Ahkâmında Vesayet, Türk Kanuni Medenisinde Vesayet**, s. 535, 1941

⁶ Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, s. 644, İstanbul, Filiz, 1990

ehliyetinin tahdidinin Medenî Kanun'un sistematigine uymadığı ve böyle bir müessesenin gerektiği şekilde düzenlenmesi için sürenin yetersiz bulunduğu nedenleriyle teklifi reddetmiştir; fakat yasal danışmanlığın bir temsil müessesesi olmadığı, bu müessesenin kendisine yasal danışman tayin edilen kişiye yol gösterici bir nitelik taşıdığı, himaye fonksiyonu bulunduğu, kişinin vesayet altına alınmasına gerek olmayan, fakat yine de korunmaya ihtiyaç duyulan hallerde kendisine yardımcı olabileceği görüşlerinin savunulması üzerine, söz konusu teklif ilgili komisyonda benimsenmiş ve Medenî Kanun'da yasal danışmanlık müessesesine yer verilmiştir; ancak, müessese ile ilgili gerekli hükümler Kanun'a konmamış, konunun tek maddeye sıkıştırılmasıyla yetinilmiştir ve bu maddede, sadece, hangi muamelelere kanunî müşavirin müdahale edebileceği tadadî (sınırlayıcı) olarak sayılmıştır.⁷

Bütün bu tartışmalar neticesinde yukarıda da belirtildiği gibi, yasal danışmanlık kurumu, İsviçre Medeni Kanununa 395. madde ile girmiştir. Bu madde iki fıkrada iki ayrı yasal danışmanlık türünü düzenlemiştir.

Bunlar: a) **Conseil Legal Cooperant (Mitwirkungsbeiratschaft)**

b) **Conseil Legal Gerant (Verwaltungsbeiratschaft)** (İdare Danışmanlığı) olarak geçer.⁸

İsviçre Medeni Kanunu'nun 395. maddesi Türk Kanunu Medenisine 379. madde ile Mahdut Ehliyet başlığı altında iktibas edilmiştir.

⁷ Öztan, "Kanuni Müşavir ve Federal Mahkemenin Bu Konuya İlişkin Görüşü", **AÜHF Dergisi 50.yıl armağanı**, s.297- 298

⁸ Ercan A. , " İsviçre ve Türk Kanunu Medenisinde Vesayet, Kayımlık ve Müşavirlik Müesseselerine Tatbikat Yönünden Toplu Bir Bakış"; **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 36, s. 8

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu da 429. maddesinde yasal danışmanlık başlığı adı altında kurumu şu şekilde düzenlemiştir.

“Yasal danışmanlık”

Madde 429.- Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır.

1. Dava açma ve sulh olma,
2. Taşınmazların alımı, satımı, rehn edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması,
3. Kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehn edilmesi,
4. Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri,
5. Ödünç verme ve alma,
6. Anaparayı alma,
7. Bağışlama,
8. Kambiyo taahhüdü altına girme,
9. Kefil olma

Aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir.”

Yeni düzenlemeyle eski düzenleme arasında çok büyük farklılıklar mevcut değildir. 741 sayılı kanundaki mahdut ehliyet başlığı kaldırılarak yerine, yasal danışmanlık ibaresi getirilmiştir. Yeni maddede “reyi alınmak üzere müşavir” lafzı yerine “yasal danışman” lafzı kullanılmış.”, husumet” yerine “dava açma ve sulh olma” ifadeleri kullanılmış ve madde de başka bir hüküm değişikliği yapılmamıştır.

Yasal danışmanlık gibi önemli bir kurumun ana hatları itibariyle tek bir maddede düzenlenmesinin önemli bir eksiklik olduğu kanaatindeyim. Zira uygulamada yasal danışmanlık kurumunun uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunlara vasilik ve kayyımlığa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yoluyla çözüm arandığı görülmektedir ki yasal danışmanlık kurumunun, vasilikten ve

kayımlıktan farklı özellikleri göz önüne alındığında sorunlar karşısında her zaman hukuki bir tatmine gidilemeyeceği açıktır.

II-YASAL DANIŞMANLIK KURUMUNUN BENZER KURUMLARDAN FARKI

Yasal danışmanlık her ne kadar bir koruma kurumu olması itibariyle vasilik ve kayımlığa yaklaşırsa da bünyesinde kendisini diğer vesayet hukuku kurumlarından ayıracak önemli nitelikler taşır.

Şüphesiz yasal danışmanlığı, diğer vesayet hukuku kurumlarından ayırırken söylenebilecek en önemli ölçüt, yasal danışmanlığın fiil ehliyetine olan etkisidir. Bilineceği üzere bir kimsenin kendi irade ve fiili ile borç altına girebilme ve hak edinebilme ehliyetine fiil ehliyeti denir. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere fiil ehliyeti dört gruba ayrılır.

a) Tam ehliyetliler: Ayırt etme gücüne sahip, ergin olup da kısıtlı olmayan ve aynı zamanda yasal danışmanı da olmayan kişileri ifade eder.

b) Tam ehliyetsizler: Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi nedenlerle ayırt etme gücünden yoksun olan kişileri ifade eder.

c) Sınırlı ehliyetsizler: Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlıları ifade eder.

d) Sınırlı ehliyetliler: İşte, asıl çalışma sahamız olan bu grubu, kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla beraber menfaatleri gereği, MK'nın 429. maddesindeki bazı işlemlerde görüşü alınmak üzere kendisine bir yasal danışman atanan kişiler oluşturur.

Korunması gerekli görülen kişiye vasi tayini halinde vesayet altına alınan kişinin fiil ehliyeti kaldırılırken; kayyım tayini halinde kendisine kayyım tayin edilen kişinin fiil ehliyetinde herhangi bir değişiklik olmaz. Bunlara karşılık yukarıda da belirtildiği üzere yasal danışman tayini halinde danışanın fiil ehliyeti belli başlı işlemler yönünden sınırlandırılarak kişi fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetliler kategorisinde kabul görür.

Buna karşılık, Dural/Öğüz; “Kişiler Hukuku” isimli eserinde, kanun koyucunun amacının yasal danışman atanmasını gerektiren kişilerin fiil ehliyetine bir kısıtlama getirmek olmadığı, kısıtlanan şeyin tasarruf kudreti olduğu ayrıca yasal danışmanlığı düzenleyen eski 379. maddenin başlığının mahdut ehliyet olduğu buna karşılık yeni medeni kanunun 379. maddeye karşılık gelen 429. maddesinin kenar başlığının “yasal danışmanlık” olduğu gibi gerekçelerle yasal danışmanlığın kişinin ehliyetine bir sınırlama getirmediği sadece yardım amaçlı bir kurum olduğunu öne sürmüşlerdir.⁹

Kanaatimce, kendisine yasal danışman atanması icap eden kimselerin fiil ehliyetlerinin MK. 429/1 de kısmen, MK 429/2 de ise daha yoğun bir şekilde tahdide uğradıkları maddenin gerek lâfzî yorumunda gerekse özüne ait yorumunda açıktır. Zira kanun koyucu “kısıtlanmaları için yeterli sebep olmamakla beraber” demekle şahsı ehliyetsizler statüsüne sokmak istememiş; “korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen” demek suretiyle de ilgili kişiyi belli bir takım muameleler yönünden tam ehliyetliler statüsüne sokmak istememiştir. Mülga kanunun yasal danışmanlığı düzenleyen 379. maddesinin başlığı “mahdut ehliyet” iken yeni Medeni Kanunun başlığının “ yasal danışmanlık” olması ise sadece şekli bir değişikliktir; maddenin özü değişmemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun belirli

⁹ Dural/Öğüz; **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz, 2002 s.60; Yasal danışman atanmasının fiil ehliyetine sınırlama getirdiği yönünde aksi fikirde: Dural/Öğüz/Gümüş; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 2005, s. 730

birtakım işlemler yönünden kişinin fiil ehliyetine sınırlama getirmek istediğinin kabulü gerekir.

Nitekim, Duman-Göka'nın Yeni Türk Medeni Yasası ve Psikiyatri¹⁰ adlı çalışmasında da konuya şu şekilde değinilmiştir:

“ Muayene sonucu hukuksal yeterliliğini tam olarak yitirmediği ancak tam bir ruhsal-zihinsel sağlık içinde bulunmadığı ve belirgin bir psikiyatrik yeti yitimi durumunun saptandığı hastalar için vasi tayini yerine yasal danışman (müşavir) atanması gerekebilir. Kişinin kısıtlanması için yeterli neden bulunmamasıyla birlikte medeni haklarını kullanma yeterliliğinden kısmen yoksun bırakılmasının yararına olacağı durumlarda kişiye görüşü sorularak bir yasal danışman atanır. Medeni hakları kısmen kısıtlanmış olan kişi, mallarını satışa sunamaz, devredemez ancak mal gelirlerini istediği gibi kullanma yetkisi devam etmektedir. **Kendisine yasal danışman atanan kişinin medeni hakları elinden alınmamış ancak sınırlanmıştır.**”

Yargıtay, yasal danışman atanmanın fiil ehliyeti üzerine etkisi hususunda ki görüşünü diğer bir kararında da şu şekilde izah etmiştir:

“Kendisine müşavir atanan kişi kural olarak ergin, sezgin (reşit-mümeyyiz) bulunan ve kısıtlı olmayan kimsedir. Bunların tam ehliyetlilerden farkı yoktur. Kişilik ve mal varlığına ilişkin işlemleri tek başlarına yapma yeteneğine sahiptirler. Ancak zihinsel gelişim, anlama, kavrama, deneyimsizlik, irade yetersizliği gibi nedenlerin bulunmasına bağlı olarak bu gibi kimselere yasal danışma (müşavir) atanmasını gerektirebilir.”¹¹

Uygulamada, yasal danışmanlığın diğer vesayet hukuku kurumlarından, başta fiil ehliyetine olan etki olmak üzere birçok farklılık taşımasına rağmen, yasal danışmanlık ile vesayet ve kayyımlik kurumlarının birbirleri yerlerine kullanıldıkları

¹⁰ Duman Ö Y, Göka E. , “Yeni Türk Medeni Yasası ve psikiyatri”, (çevrimiçi) www.kocaelibarosu.org.tr, 05 Mayıs 2009, aynı görüşte: Gençcan; **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009,s.905

¹¹ Yargıtay 2. HD. nin 23.03.1994 t. , 1994/2859 k. Sayılı kararı (Kazancı Bilişim)

yanlışına düşüldüğü göz önüne alındığında; yasal danışmanlıkla bu kurumlar arasındaki farkları belirlemekte fayda olduğu açıktır.

Hatta uygulamada zaman zaman kişiye yasal danışman atanmasına yönelik raporların varlığına rağmen yine vasi tayini yoluna gidildiği bile görülmektedir.

“Dava, Türk Medeni Kanununun 405. maddesinde yer alan sebebe dayalı vasi atanması isteğine ilişkin olup, boşanma davasına bakan Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin bildirim (TMK. md. 404 /2 ve HUMK. md. 42/1) üzerine vesayet makamının önüne getirilmiştir. Kısıtlanmayı gerektirir bir durum olmadığı raporla sabittir.

Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kurulunun 3.9.2004 tarihli 10274 sayılı raporunda; ilgiliye yasal danışman (TMK. md. 429) atanmasının uygun görüldüğü bildirilmiş olmasına rağmen, yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırıdır.

Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen sebeplerle BOZULMASINA, bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına, oybirliğiyle karar verildi.”¹²

Şimdi sırasıyla, yasal danışmanlık kurumunun vesayetten ve kayyımlıktan farklarını ayrıntılı olarak inceleyelim

A. VESAYET KURUMU İLE YASAL DANIŞMANLIK KURUMU ARASINDAKİ FARKLAR

Öncelikle söylenmesi gereken yasal danışmanlık kurumunun, vesayet müessesesinin ilk basamağı olduğu ve ne vesayet ne de kayyımlik kurumları ile sağlanamayacak tedbirleri öngördüğüdür.¹³

Vesayet ile yasal danışmanlık arasındaki en önemli fark fiil ehliyetinin tesiri bakımındandır.¹⁴ Daha önce de belirttiğimiz gibi, kişi vesayet altına alınmakla birlikte artık medeni hakları kullanabilme yetisini kaybetmiştir, buna karşılık

¹² Yargıtay 2. H.D. , E. 2005/10663 K. 2005/12914 T. 03.10.2005, (Çevrimiçi)

www.sagiroglu.av.tr, 5 Nisan 2009

¹³ Öztan, a.e. , s.300

kendisine yasal danışman atanan kimsenin medeni haklarını kullanma ehliyeti sadece sınırlanmıştır.

Kendisine yasal danışman atanan kişiler, kendisine vasi atanmış kimselerin aksine MK. 429 maddede sayılan muameleler haricinde yine medeni haklarını kullanmaya eksiksiz bir biçimde devam eder. Bir başka deyişle kendisine yasal danışman atanmış kişiler açısından ehliyetlilik kural; ehliyetsizlik ise istisnadır.

Yine, kendisine yasal danışman atanan kimse, vesayet altına alınanın aksine kanuni temsilciye muhtaç değildir.¹⁵ (Buna karşın eğer ilgiliye MK 429/2 anlamında bir yasal danışman atanmışsa, bu durumda yasal danışman ilgili kişinin malvarlığının özüyle ilgili işlemler bakımından onun kanuni temsilcisi durumundadır.)

Yargıtay HGK da verdiği bir kararında yasal danışmanın vasinin aksine bir yasal temsilci olmadığını altını çizmiştir. Söz konusu karar şu şekildedir:

“ ...MK’ nın 379. maddesi hükmünce “hacrine kafi sebep bulunmamakla beraber Medeni haklarını kullanma salahiyetinden kısmen mahrum edilmesi menfaati iktizasından bulunan reşide madde de belirtilen işlerde oyu alınmak üzere bir müşavir atanır. **Kanuni müşavir vasi gibi genel yetkilere haiz bir kanuni temsilci olmadığı gibi kayyım gibi özel bir vekil de değildir.** Hakkında kayyım atanan kişi medeni haklarını kullanma ehliyetini koruduğu halde, kanuni müşavir atanan kişi medeni haklarını kullanma ehliyetini kısmen kaybeder. Bu kimseler kanuni müşavir atanan konuda kanuni müşavirin oyunu almadan medeni haklarını kullanamazlar. Aksi halde yani kanuni müşavirin oyu alınmaz veya kanuni müşavir icazet vermezse yaptıkları muamele kendilerini bağlamaz.

Yasal danışmanlık kurumu önemini, vasilikten kendini ayıran sahalarda daha bariz bir şekilde gösterir. Başka bir ifadeyle eğer yasal danışmanlık kurumu olmasaydı, korunmaya muhtaç kişiler vasiliğin fiil ehliyetlerini ellerinden alan müdahaleleriyle yüz yüze kalabilirlerdi. Örneğin danışmanlık altındaki bir kimse fiil ehliyetine sahip olması nedeniyle çalışma hayatını kendi başına ve özgür iradesiyle

¹⁴ Egger, **Şerh**, Çev. Volf Cernis, Ankara, Adalet Bakanlığı, 1952, s.393

¹⁵ Öztan, **a.e.** , s.300

idame ettirme yetkisini elinde tutmaya devam eder. Vesayet altındaki kimse bir meslek veya sanatı bizzat icra edebilmek için MK 453 gereği vesayet makamının iznine muhtaçtır.

Bir diğer fark da, yasal danışman, MK 429. maddede kazuistik bir biçimde belirtilen sınırlı bir saha içerisinde hareket ederken, vasinin yetkilerinin çok daha geniş olmasıdır.

Ayrıca yasal danışman tayini vesayettekinin aksine kişinin dilediği tâbiyeti ve ikametgâhı seçmesini engellemez. Diğer bir ifade ile kendisine yasal danışman tayin edilen kişi, vesayet mahkemesinin iznine ihtiyacı olmaksızın, tâbiyetini veya ikametgâhını değiştirebilir; evlenme ehliyetini muhafaza eder; evlât edinebilir; evlâtlık olarak alınabilir.¹⁶ Bütün bunlar için, vesayet altına alınan kişinin durumundakinin aksine, vesayet mahkemelerinin iznine ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte, ebeveynin kısıtlanması durumunda onların evlatları üzerindeki velayet hakları MK 324/2. fıkra da belirtilen “diğer önemli sebepler varsa” cümlesinden destek alarak hâkim tarafından kendilerinden alınabileceği halde, kendilerine bir yasal danışman tayini halinde, bunu velayetin kaldırılması için önemli bir sebep kategorisine koymak hemen hemen imkânsızdır.

Bir diğer fark da vesayetin ilanı MK 410 gereği ilan olunması gerekirken, yasal danışmanın atanmasına ilişkin ilan hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.(MK 431/2)

Vasinin vesayet altındaki kişinin şahsına bakım ve itina göstermekle yükümlü olduğu kuşkusuzdur. Buna karşın yasal danışmanın ilgili kişi üzerinde böyle bir yükümlülüğü olup olmadığı tartışmalıdır. Yasal danışmanlığın malvarlığı ile ilgili bir kurum olduğu ve vasiden farklı olarak yasal danışmanı olduğu kimsenin kişiliğini koruma görevi olmadığı akla gelebilse de Federal Mahkeme yasal danışmanın

¹⁶ Öztan, a.e. , s.301

gerektiği durumlar da yasal danışmanı olduğu kişinin kişiliğini korumaya y6nelik tedbirler alabileceğini kabul etmiştir.¹⁷

B. YASAL DANIşMAN İLE KAYYIM ARASINDAKİ FARKLAR

Kayyımlık ile yasal danışmanlık arasındaki en b6y6k fark yine iki kurumun kişinin fiil ehliyetine tesiri bakımından kendini g6sterir. Kayyımlığın kendisine kayyım tayin edilen şahsın fiil ehliyetine doğrudan hiçbir etkisi yoktur(MK 458).Buna karşılık kendisine yasal danışman tayin edilen kişinin fiil ehliyeti sınırlı bir alanda da olsa tahdide uğramıştır.

Kayyım, belirli bir işin g6r6lmesi ya da malvarlığının veya bir malın idaresi gayesiyle, Medenî Kanunumuzda ve diğer kanunlarda 6ng6r6len durumlarda, vesayet makamınca (sulh hukuk mahkemesince), ilgilisinin isteği 6zerine veya re'sen atanan kişidir.

Kayyımlık geçici bir koruma sunan bir kurum olmasına karşılık, yasal danışmanlık vesayet gibi s6rekli olarak tesis edilir. Danışmanlığın geçici bir m6ddet için tayini caiz değildir.¹⁸ (Bir başka deyişle 6rneğin, kayyımlık belli bir işin yapılması s6resince tesis edilmesine karşılık, diğer vesayet hukuku kurumlarında belli bir işin yapılması m6ddetince, yani geçici bir koruma s6z konusu olmayıp, ilginin korunma ihtiyaçını devam ettiği s6rece tesis s6z konusudur.)

Medenî Kanun'un 426-428'inci maddeleri kayyım tayinini gerektiren halleri kesin bir surette belirtmiştir. Bu maddelere g6re, reşit bir kimseye, hen6z doğmamış bir çocuğa, bir t6zel kişiye, bir vakıf veya mal varlığına kayyım tayin edilebilir.

¹⁷ BGE 96 II 369 (naklen, Dural/6đ6z; a.e. , s.62)

¹⁸ Egger, a.e. , s. 394

Hâlbuki yasal danışman Medeni Kanunumuzun 429. maddesinde görüleceği üzere sadece reşit bir kişiye tayin olunur.

Gerek kayyım, gerek yasal danışman, kişinin kendi arzusu üzerine de tayin edilebilir; fakat burada da her iki müessesenin aradığı şartlar birbirinden farklıdır.¹⁹

Yine medeni kanunumuza baktığımız zaman kayyımın, tüzel bir kişilik için de atanabileceğini görürüz. Buna karşılık bir yasal danışman veya vasi ancak gerçek bir kişi için tayin edilebilir.

Ayrıca her ne kadar birbirlerine yakın gibi gözükseler de MK 429/2 gereğince atanan idare danışmanı ile idare kayyımı arasında da mahiyet itibarıyla fark vardır; idare danışmanlığı yeri ve kimliği belli bir kimsenin ehliyetini sınırlamak ve o kimseyi kendisine karşı korumak amacına dayandığı halde, idare kayyımlığı genel olarak idaresiz kalan malların hebasını önleme amacıyla kurulur.²⁰

Bunun haricinde, Öztan'a göre idare kayyımında, idare danışmanlığının aksine ilgili kişinin kendisinin ve yakınlarının fakirleşmesi tehlikesi unsur olarak aranmaz. Mesela bir vakıf veya mal varlığı için kayyım tayin olunur. Burada belli bir kişinin menfaati söz konusu değildir.²¹

Yine MK 429/1 gereğince kurulan katılım danışmanlığında 429. maddede numerus clausus(sınırlı sayı) şekilde sayılan konularda ilgili işleme danışmanın oy verme suretiyle katılımı söz konusuken; katılım kayyımlığı, kayyıma yüklenen belli bir işlemin yapılmasıyla nihayet bulur.

¹⁹ Öztan, **a.e.** , s. 302

²⁰ Tekinay, **a.e.** , s. 645

²¹ Öztan, **a.e.** , s. 303

İKİNCİ BÖLÜM
YASAL DANIŞMAN TAYİNİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR
Ve
GEREKLİ HALLER

I-YASAL DANIŞMAN TAYİNİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Yasal danışman her ne kadar kanunumuzda ana hatları itibariyle tek bir maddede düzenlenmiş de olsa vesayet hukukunun ulaşmak istediği gayelerin tesisi açısından önemli fonksiyonları haiz bir kurumdur.

Bir kere kademeler silsilesini, vesayet tedbirlerinde tasarrufu, amaç ile araç arasındaki hassas dengeyi mümkün kılan kurum, danışmanlıktır; bu müessese kısıtlanmayı daha dar bir alana hapsederken, korunmaya muhtaç kimseleri, gerçekten gerekmeyen hallerde fiil ehliyeti kaybından koruyarak, vesayet hukukunu daha toleranslı ve daha insani bir şekilde sokar.²²

Bir başka ifade şekliyle yasal danışmanlık menfaati gereği korunması gereken şahsa kayyım tayininin yeterli olmadığı, bununla birlikte vasi tayininde kişinin korunması bakımından aşırıya kaçacağı olaylarda uygulayıcının imdadına koşan bir müessesedir.

İşte, vesayet hukuku bakımından ve dolayısıyla aile hukuku bakımından bu derece öneme haiz olan yasal danışmanlık kurumunun tesisi için bir takım şartlar gereklidir. Ancak bu şartların somut olayda doğru analizi yoluyla ilgili şahsa vesayet hukukunun kademeler silsilesinde doğru bir yer bulunabilir.

²² Egger, a.e. , s.389

Himayeye muhtaç ilgiliye yasal danışman atanması için gerekli şartları kanuni şartlar ve maddi şartlar olarak ikili bir ayırma tabi tutabiliriz. Kanuni şartları da kendi içerisinde MK 429 un lâfzî yorumundan ilerleyerek olumlu şartlar ve olumsuz şartlar olarak ikiye ayırabiliriz.

A. KANUNİ ŞARTLAR

1. OLUMSUZ ŞARTLAR

Olumsuz şart, kişinin kısıtlanması için yeterli sebebin vuku bulmamasıdır. Yani kişinin kısıtlanması için yeterli şartlar mevcutsa kişiye yasal danışman değil, vasi atanır. Medeni Kanunumuz da 429. maddenin ilk fıkrasında “kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan” demek suretiyle bu şartı vurgulamıştır.

Yargıtay’ımız da eski tarihli bir kararında²³: “ Medeni hakları kullanma yetkisinden kısmen yoksun bırakılma: İsrâf, sui hal, sui idare sebebi ile bir kimsenin hacredilmesi için açılan bir davada mahkeme, delilleri, takdir de ederek **davalının hacrini müstelzim bir sebep mevcut olmadığına**, ancak medeni hakları kullanmak salahiyetinden kısmen mahrum edilmesi, menfaati iktizasından kanaat hâsıl ederse, karar vermesi icap eder” diyerek aynı hususu dile getirmiştir.

Kişinin fiil ehliyetinin kısıtlanması ilgili kişinin fiil ehliyeti açısından ağır ve yoğun bir sınırlama olacağından, kısıtlanma için yeterli sebebin bulunup bulunmadığı somut olay adaleti içinde titizlikle incelenmelidir. Meselâ, yaşlılığı nedeniyle bazı işlemler bakımından bir hukuki yol göstericiye ihtiyaç duyan buna karşılık birçok işini kısıtlanmayı gerektirmeyecek şekilde yönetebilen kişiye yasal

²³ Yargıtay, 2. HD. , 4.3.1952, E: 783, K:6414 (Özmen, a.e. , s. 507)

danışman atanır ve böylece kişi, fiil ehliyeti tamamen kaldırılmasının mahzurlarından korunmuş olur.

2. OLUMLU ŞARTLAR

Olumlu şartları yine MK 429/1 deki “korunması bakımından kısıtlanması gerekli görülen ergin bir kişiye” ifadesini kılavuz olarak tespit edebiliriz. Anlaşılacağı üzere olumlu şartlar; fiil ehliyetinin sınırlandırılması ilgili kimse açısından gerekli olması ve bu kimsenin ergin olmasıdır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere ancak ergin bir kimse üzerinde yasal danışmanlık kurumu tesis edilir, eğer kişi ergin değilse zaten duruma göre velayet veya vesayet tedbirleriyle sarılıdır.

Fiil ehliyetinin sınırlandırılması kişinin korunması açısından gerekli olup olmadığı eğer gerekliyse ölçüsünün ne olması gerektiği yine amaç-araç uygunluğu ve somut olay adaleti çerçevesinde değerlendirilmelidir. Eğer koruma hukukunun kademeler silsilesi içerisinde ilgili şahsın fiil ehliyetini kısıtlamadan kayyımlik kurumunu araç olarak kullanarak koruma amacına ulaşamıyorsa, buna karşın vesayet kurumunun fiil ehliyetini kaldıran işlevi amaca ulaşma bakımından ağır ve orantısız kalıyorsa bu durumda bu durumda fiil ehliyetini MK 429 anlamında sınırlandırılabilir demektir.

B. MADDİ ŞARTLAR

Öncelikle danışman tayini, kendisine danışman atanacak kişi açısından gerekli olmalıdır. Örneğin, bir kimse mali işlerini vesayet altına alınmayı gerektirmeyecek şekilde yürütüyor, buna mukabil o kimse bazı muamelelerde düşüncesizlik veya yeteneksizlik gösteriyor; gereksiz davalar açıyor veya kendini zarara uğratacak gayrimenkul spekülasyonlarına atılıyor ise o kimse açısından bir katılım danışmanın

tesisi gereklidir diyebiliriz yahut da himaye ihtiyacı daha yaygındır ve bu şahıs anlayışsızlık, kendini üstün görme, kendi başına hareket edememe, psikopati gibi sebeplerle mallarını idare edebilme yetisine sahip değilse, o kimse açısından da idare danışmanlığı gereklidir diyebiliriz.²⁴

Bir diğer maddi şart olarak, kişinin korunması için öngörülen tedbirin yeterli olması gerektiğini söyleyebiliriz. Amaç-araç uygunluğu içerisinde öngörülen yasal danışmanlık tedbiri, yegâne amaç olan kişinin ve toplumun korunması açısından kifayetsiz kalıyorsa uygulanmaz. Örneğin, bir kişi savurganlığı sebebiyle malvarlığını kendisini veya ailesini yoksulluğa düşürecek ağırlıkta azaltıyorsa; bu durumda söz konusu kişi için yasal danışman tayini yetersiz bir tedbir olacağından kişiye diğer şartlar da varsa vasi tayini gereklidir denilebilir.

II. YASAL DANIŞMAN TAYİNİ İÇİN GEREKLİ HALLER

Yasal danışmanlık tayinini gerekli kılan özel sebeplere ayrıntılı olarak ne mehz İsviçre Medeni Kanununda, ne 741 sayılı Türk Kanunu Medenisinde ne de 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda yer verilmiştir. Dolayısıyla kanunun uygulayıcısı hâkimlere geniş takdir hakkı tanımıştır.

Yine de yasal danışmanlık kurumu sınırlı da olsa vesayetteki gibi fiil ehliyetinin kullanımında bir tahdit meydana getirdiğinden, Medeni Kanun'un fiil ehliyetini sınırlandırma halleri arasında gösterdiği MK'nın 405–406–408. maddelerini kıyasen yasal danışman tayini hususunda da uygulayıcılara yol gösterici olarak ele alabiliriz.

Bu şekilde MK 405 deki akıl hastalığı veya akıl zayıflığı; MK 406. maddesinde ki savurganlık, alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim;

²⁴ Egger, a.e. , s. 398

MK 408 deki ilgilinin kendi talebi durumlarından birinin varlığı halinde ilgili kişiye yasal danışman tayini yoluna gidilebilir; meğerki bu haller kısıtlanmayı gerektirecek ağırlıkta olsun.

A. AKIL HASTALIĞI VEYA AKIL ZAYIFLIĞI

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı hallerinde kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması yoluna gidildiğinde, sınırlandırmanın ölçüsünü belirleyecek en önemli faktör, kişinin sürekli bakım ve yardıma muhtaç olup olmadığı hususudur. Sürekli olarak bakım ve yardıma muhtaç olmadığı raporla belirlenen kişiler elverdiği ölçüde kısıtlanmanın sakıncalarından korunmalıdırlar.

Psikiyatri alanındaki öğretilerde, akıl hastalığı veya akıl zayıflığının varlığı halinde, kişiye mümkün olduğu ölçüde yasal danışman tayini görüşü savunulmaktadır; çünkü vesayet altına alınmada çoğu zaman, kişi zararsız ve pasif de olsa bir müesseseye konmakta, fiil ehliyeti tamamen kaldırılmaktadır, hâlbuki hastalığın ilk devrelerinde söz konusu kişiye bir yasal danışman tayini pek çok durumlarda daha uygun olabilir.²⁵ Nitekim Federal Mahkeme 96 II 369 sayılı kararında devamlı akıl hastası olmayan bir kişiye yasal danışman tayinini öngörerek, bir karar değişikliği yapmış ve doktrinde haklı olarak uzun süredir savunulan bir görüşü benimsemiştir.²⁶

Kısıtlama gerektiren nedenlerin başında akıl hastalığı ya da zekâ geriliği gelmekle birlikte her akıl hastası ya da zekâ geriliği olan kişinin kısıtlama altına alınması gerekmemektedir. Yasa, kısıtlama için iş görmekte beceriksizlik, düşkünlük, sürekli yardım ve özene, bakıma gereksinim duyma ve başkalarının güvenliğini tehdit etme koşullarını getirmiştir. Ruhsal rahatsızlığı olan kişilerin olağan dışı özellikler taşıyan davranışları işlerini yerine getirme biçimlerini

²⁵ Öncü Fatih, Medeni Hukuk ve Psikiyatri , (Çevrimiçi), www.istanbulsaglik.gov.tr , 05 Mayıs 2009

²⁶ Öztan, a.e. , s. 306

farklılaştırmış olabilir. Bu nedenle yalnızca akıl hastalığı tanısı ve klinik tablo adıyla karar almayı tüm olgularda işlerini gerektiği gibi yapamama, bakım ve yardıma gereksinimi olup olmadığı şeklinde değerlendirme yapılmalıdır.²⁷

Kısıtlama kararı akıl hastalığının süreklilik kazanmış olmasını gerektirdiğinden hastalığın başlangıcında kısıtlamaya gidilmesi uygun ve gerekli olmayabilir. Bir Bipolar Bozukluk hastası epizotlar sırasında geçici olarak kısıtlanabilirse de genellikle kısıtlama önerilmemektedir; eğer hastalık süreklilik kazanır ataklar ciddi bir biçimde sıklaşırsa kısıtlama düşünülebilir; şizofrenide ise klinik tablonun süreklilik göstereceği düşünülerek kısıtlamaya gidilmektedir.²⁸

Kısıtlanma gerektiren psikiyatrik bozukluklar babında; psikozlar, zekâ gerilikleri, demans, deliryum, amnestik bozukluklar, kontrol altına alınamayan veya psikiyatrik komorbidite ile birlikte seyreden epilepsi, kendi işini görmesine engel teşkil edecek bedensel, duyuşsal veya duygusal yetersizlik gösteren yaşlılıktan bahsedebiliriz; psikiyatrik bozukluk anlamında zekâ geriliklerinde, hafif derecede zeka geriliğinde kişinin durumuna göre sezginlik, yasal danışmanlık ve vesayet önerilebilir, orta, ileri ve ağır zeka geriliklerinde ise vesayet önerilmiştir.²⁹

Yine, vesayet kurumuna ilişkin dosyaların incelendiği bir çalışmada³⁰; hipomani, hafif derecede zeka geriliği, anti sosyal kişilik bozukluğu, epileptik karakter bozukluğu hallerinde kişiye yasal danışman atanması gerektiği bildirilmiştir.

²⁷ Duman Ö Y, Göka E. , Yeni Türk Medeni Yasası ve psikiyatri”, (çevrimiçi)

www.kocaelibarosu.org. tr, 05 Mayıs 2009

²⁸ Duman Ö Y, Göka E. , **a.e.**

²⁹ Öncü Fatih, Medeni Hukuk ve Psikiyatri , (Çevrimiçi), www.istanbulsağlık.gov.tr , 05 Mayıs 2009

³⁰ Bilge Yaşar, “Ankara 16. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1996 Yılı Kararlarına Göre Velayet, Vesayet, Kanuni Müşavirlik Hakkındaki Dosyaların Retrospektif İncelemesi”, AÜHF Dergisi, 1996 Cilt 45 Sayı: 1, s.440

Paranoiklerde ve psikopatlarda spekülasyona, kefil olmaya, aşırı bağışta bulunmaya meyil fazladır. Bütün bu hallerde yasal danışman, vasi ile sağlanması düşünülen himayeyi aynen gerçekleştirebilir. Aynı şekilde, sık sık gereksiz dava açmaya meyilli olan bir kimseye yasal danışman tayin edildiğinde de istenen himaye sağlanabilir; yine, kişinin vesayet altına alınması halinde ortaya çıkacak psikolojik sarsıntılardan korunmasının gerekli olduğu hallerde de yasal danışman tayini tercih olunmalıdır.

B. SAVURGANLIK, ALKOL, UYUŞTURUCU MADDE BAĞIMLILIĞI, KÖTÜ YAŞAM TARZI, KÖTÜ YÖNETİM

Malvarlığını düşüncesizce ve aşırı biçimde harcayan kişilerin savurganlıkları kısıtlanmayı gerektirmeyecek ağırlıkta olduğu buna karşılık yine de bazı işlemler yönünden bir yol göstericiye ihtiyacı olduğu hallerde kişiye yasal danışman atanması yoluna gidilebilir.

Alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı genelde müptela birey üzerinde daimi bakım ve gözetim ihtiyacını gerektirmesi nedeniyle bu bireyleri en iyi şekilde koruyabilecek kurum vesayet olarak gözükmektedir. Bununla birlikte somut olay özelliklerinin gerektirdiği hallerde istisnai olarak yasal danışman tesisi yoluna da gidilebilir. Alkol ya da madde bağımlılığı nedeniyle kısıtlama yoluna gidilmesi, kişinin bağımlılık nedeniyle kendisini ya da ailesini darlık ve yoksulluğa düşürme tehlikesine yol açan, bu yüzden devamlı korunmaya ve bakıma gereksinim gösteren ya da başkalarının güvenliğini tehdit eden erginler için söz konusu edilmektedir.³¹ Alkol bağımlıları esas itibarıyla kötü idarecilerdir. Bu nedenle, mallarının idaresi gereklidir. Böyle kimselerin ekonomik menfaatleri mümkün olduğu kadar erken korunmaya başlanmalıdır ve bu durum da yasal danışmanlığı gerekli kılar³². Zira

³¹ Duman Ö Y, Göka E. , a.e.

³² Egger, a.e. , s. 403

vasilik kurumunun bürokratik işleyişinin gerektirdiği danışmanlığa nazaran daha yavaş işleyiş düşünüldüğünde, yasal danışmanlık daha tercihe şayandır.

Öztan'a göre ayyaş ve savurgan olan kişiye yasal danışman tayin edilmesi halinde yasal danışman kişinin mallarını idare ederken, aynı zamanda şahsına da itina göstermelidir.³³

Her ne kadar kötü yaşam tarzı ve kötü yönetim durumunda yasal danışman atanmanın kişiyi vesayetdeki kadar koruyamayacağı akla gelebilse ve bir an için yasal danışmanlık kurumunun salt malvarlığını koruyucu bir kurum olduğu kabul edilse bile malvarlığını korumanın çoğu kez kişinin şahsına itinayı da gerektirdiği göz önüne alınınca kötü yaşam tarzı ve kötü yönetim hallerinde de kişiye yasal danışman atanabileceğinin kabulü gerekir.

Bunun haricinde bağımlılık ve savurganlık durumunda kişiye yasal danışman atanabileceği kabul ediliyorsa, kötü yönetim ve kötü yaşam tarzı halinde de gerekirse MK 429/1 deki katılım danışmanlığıyla, MK 429/2 deki idare danışmanlığı birleştirilerek dahi olsa ilgiliye tam yasal danışman tesisinin uygulanabileceği kabul edilmelidir. Zira her ne kadar fiil ehliyetine etkisi diğer danışmanlık türlerine göre daha yoğun olsa da kişinin fiil ehliyetini elinden almaması nedeniyle tam danışmanlık, vasiliğe nispetle kişi özgürlüğü ve koruma tedbirleri tasarrufu açısından daha elverişlidir. Öztan³⁴ da, “kanunî müşavirin de kişinin şahsi bakımına itina gösterebileceğini, Kanun'da bunun aksine kısıtlayıcı bir hüküm olmadığı gerekçesiyle şartların elvermesi durumunda kötü yaşam tarzı ve kötü yönetim gösteren kişilere de yasal danışman atanabileceği” kanaatindedir.

Kişinin mallarını kötü idare ettiği hallerde, ilginin fiil ehliyetinin kaybını önlemek için ilgiliye vasi yerine katılım danışmanı veya idarî danışman tayini kişinin

³³ Öztan, a.e. , s. 307

³⁴ Öztan, a.e. , s. 307

lehine gözükmektedir. Bu halde de hakim, kötü idare hali nedeniyle fiil ehliyetinin kaldırılması istenen kişi açısından yasal danışmanlığın yeterli bir tedbir olup olmadığını araştırmalı ve dosya kapsamı, yapılan araştırmalar neticesinde danışmanlığın yeterli bir tedbir olduğu kanaatine haiz olması durumunda ilgiliye yasal danışman atama yoluna gitmelidir.

C. İLGİLİNİN TALEBİ ÜZERİNE

MK'nın 408. maddesi “ Yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gereği gibi yönetemediğini ispat eden her ergin kısıtlanmasını isteyebilir” hükmüne yer vermiştir. MK'nın 428. maddesi de “ İsteğe bağlı kısıtlama sebeplerinden biri varsa, ergin bir kişiye kendi isteği üzerine kayyım atanabilir.” hükmüne yer vermiştir.

Görülebileceği üzere Medeni Kanun, vesayet hukukunun her iki dalında da kişinin kendi talebi üzerine kişiye vesayet hukukunun koruyuculuğundan yararlanma fırsatı vermiştir. Öyleyse bir diğer vesayet hukuku kurumu olan yasal danışmanlıkta da kişinin kendi talebi üzerine şartları varsa ilgiliye yasal danışman tesisi yoluna gidilmesinde sakınca olmamalıdır.

Hâkim, böyle bir talep karşısında kişinin kendi isteğiyle kısıtlanması için gerekli şartların oluştuğu kanısına varırsa ve fakat kişinin medeni haklarını kullanma ehliyetinin tamamen kaldırılmasını amaç-araç dengesi açısından yerinde görmezse, yasal danışman atama yoluna gidebilir. Egger'e göre de “hacir makamı, bir hacir talebini reddetmekle beraber MK 429 gereğince danışmanlık veya MK 428 gereğince kayyım tayini yoluna gidebilir”.³⁵

³⁵ Egger, a.e. , s. 404

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında³⁶: “ Davacı, çok yaşlı olup yerinden kalkamayacak ve işlerini göremeyecek bir durumda olan davalıya vasi atanmasını istemiştir. Hekim raporlarına göre, davalının akli melekatinin tam olduğu ve vasi atanması gerektirecek bir hali bulunmadığı gibi kanuni müşavir atanması için de bir sebep ve istek, mevcut olmadığından, ısrar kararı kanuna uygun bulunmaktadır ve itirazlar yersizdir.” demek suretiyle yasal danışman tayini hususunda ayrıca bir istek ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Tekinay³⁷, isabetli olarak bu kararı; “ Müşavir tayini tam fiil ehliyetinin daha dar ölçüde kısıtlanması demektir. Yargıç, kısıtlanması istenen kimsenin ehliyetini vasi tayinini gerektirecek ölçüde değil, daha dar ölçüde sınırlamaya, yani bir müşavir tayin etmeye karar verebilmelidir. Nitekim olayda özel dairenin görüşü bu yolda idi” demek suretiyle eleştirmiştir.

Yukarıda sayılan haller haricinde öğretide MK 407'nin kıyasen uygulanması suretiyle, bir yıl veya daha üzeri hürriyeti bağlayıcı bir ceza alan erginlere de yasal danışman atanabileceği savunulmaktadır.³⁸ Buna karşın MK 405 deki akıl hastalığı veya akıl zayıflığı; MK 406 da ki savurganlık, alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim hususları kendi içlerinde farklı oranlarda ağırlık ve yoğunluk gösterebilen olgular olması nedeniyle kişinin fiil ehliyetinin bu ağırlık ve yoğunluk oranlarına göre tamamen veya kısmen sınırlanması mümkünken; MK 407 deki bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı halin bu nitelikte olmaması ve kanunun açık hükmü karşısında, bu maddenin yasal danışmanlığı kıyasen uygulanamayacağı kanaatindeyim.

Bunlara ek olarak öğretide MK 429 un açık lafzından destek alarak, bir kişi için, MK 405- 407 de sınırlı şekilde sayılan biyolojik, kişisel- mekânsal eksiklik, yetersizlik ve engeller dışındaki başka bir yetersizlik hali ve MK 405- 406 da

³⁶ HGK. 28.11.1962 tarih E. 2/36, K:63 no'lu kararı (Özmen, a.e. , s. 512)

³⁷ Tekinay, a.e. , sy. 641,2. Dipnot

³⁸ Öztan, a.e. , s. 308, Egger, a.e. , s. 332, Dural/Öğüz/Gümüş, a.e. , s. 427

öngörülen sosyal olgular (örneğin işlerinin görememe, sürekli bakım ihtiyacı, kendisi veya ailesini darlık ve yoksulluğa düşürmek v.s.) gerçekleşirse, bu kişi için MK 429 gereğince yasal danışman atanması gerektiği belirtilmiştir.³⁹

Her ne kadar yasal danışmanlık tesisinin en önemli nedeni kişinin malvarlığının korunması olsa da bugün için hakim olan görüşe göre kişinin sürekli nitelik taşımayan kişisel korunmasının gerektiği hallerde de yasal danışman tayin olunabilir.⁴⁰ İsviçre Federal Mahkemesi de, her ne kadar 1970 yılına kadar ki içtihatlarında yasal danışman atamanın ancak kişinin ekonomik himayesi yönünden zaruri olduğu durumlarda mümkün olabileceğini belirtmişse de 1970 yılında verdiği kararla bu içtihadından dönerek, sürekli nitelik taşımayan kişisel korumanın vasi atanmadan da sağlanabileceği hallerde de yasal danışmanlık tesisinin mümkün olabileceğini belirtmiştir⁴¹. Karara konu olayda:

“Yıllardan beri paranoid halluzinatorischen şizofreni hastası olan ve hastalığın devre devre ortaya çıktığı Bayan X, 1958 tarihinden itibaren 6 kere psikiatrikliniğinde tedavi görmüş ve bu devrelerde gerek şahsî bakım ve ihtimamı, gerek mal varlığının idaresi zorunlu olmuştur; 1958 yılında intihara teşebbüs etmiş; 1966 da New York'a gitmiş, çok değerli mücevherlerini ve bavullarını orada kaybetmiş; 25 Ekim 1968de lüks bir otelde bir arkadaşını —bir Japon prensini— beklediğin iddia ederek büyük miktarda para sarf etmiştir. Kardeşinin sözkonusu olayları önlemedeki gayretleri sonuçsuz kalmıştır. Bayan X, dava tarihinde halen bir büroda çalışmaktadır ve Ocak 1969'dan itibaren devamlı tedavi altındadır. Aralık 1968 tarihinden itibaren ailevî ilişkileri tamamen gevşediği için kendisi hakkında yeni tedbirlerin alınması gerekmiştir.”⁴²

Görüleceği üzere bahsi geçen olayda malvarlığı idareye muhtaç ama bununla birlikte şahsi bakım ve ihtimam gerektiren bir davalı söz konusudur. Eğer yasal danışmanlığın salt malvarlığı yönünden himayeye muhtaç bir kimseye tesisinin mümkün olacağı düşüncesiyle hareket edilirse somut olayımızda davalıya yasal danışman değil de vasi atanması gerekirdi.

³⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.e.** , s. 727

⁴⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.e.** , s. 727, Oğuzman/Dural, **a.e.** , s.522, Öztan, **a.e.** , s. 307

⁴¹ BGE 65 II 142, 66 II 14, 78 II 336, BGE 96 II 369 (naklen Dural/Öğüz/Gümüş, **a.e.** , s. 7)

⁴² BGE 96 II 369, (naklen, Öztan, **a.e.** , s. 322) (kararın tamamına “ek” bölümünde yer verilmiştir.)

Nitekim Kanton Mahkemesi: “Hastalığın muvakkaten geçmiş olduğu devrelerde de davalının devamlı bakım ve itinaya ihtiyacı olacağı, meselâ tedavinin kendisi tarafından veya çalışma yerinde ortaya çıkan güçlükler veya ikametgâhının farklı olması nedeniyle kesilmesi halinde, anî müdahalenin gerekebileceğini, bunların ise, davalının ailevî bağları ortadan kaldırdığına göre, ancak vasi tayini ile mümkün olacağını, idare ve iştirak müşavirliğinin yeterli olmayacağını, çünkü kişi yönünden vasinin göstereceği şahsî bakım ve ihtimamın ağır bastığını; yeni bir hastalık devresinin ciddi olarak ortaya çıkması ve akrabalarının dikkat ve ihtimamının söz konusu olmaması, iyileşme devrelerinde bile devamlı olarak belli ölçüde vesayet tedbirlerine ihtiyacı olduğu, çünkü tecrübeler göre, yeni hastalık devresinin birdenbire ortaya çıktığı, vasi tayin edilmediği takdirde böyle bir devrede gerekli tedbirlerin alınmasında çok geç kalınacağı” gibi gerekçelerle davalıya vasi tayin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁴³ Buna karşılık davalı; kendisinin devamlı himaye altına alınmasının doğru olmadığını, çünkü halen fizikî ve sosyal yönden devamlı olarak normal bulunduğunu, gelecekteki bir tehlikenin ise kesinlikle tespit edilemediğini savunmuş ve nitekim doktor raporunda da hastalığın kronik olarak devam ettiği fakat, ZGB 369'da akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olarak öngörülen şartların, mevcut akıl hastalığının gösterdiğinden, farklı olması nedeniyle davalı hacrine karşı çıkılmıştır.⁴⁴

Yasal danışmanlıkla, vasilik arasındaki ince çizgiyi korumada, amaç-araç bütünlüğünün sağlanması önemli bir yer tutar. Zira eğer kişinin himayesi yasal danışmanlık tesisiyle de yeteri ölçüde sağlanabiliyorsa yasal danışmanlık tesisi yoluna gidilmelidir. Bu himaye içerisinde, malvarlığının korunmasının yanında yasal danışmanlığın bir vesayet uzvu olmasının doğal sonucu olarak vasilikteki kadar olmasa da danışanın kişi varlığının korunması da yer tutar.

⁴³ BGE 96 II 369, (naklen, Öztan, **a.e.** , s. 322) (kararın tamamına “ek” bölümünde yer verilmiştir.)

⁴⁴ BGE 96 II 369, (naklen, Öztan, **a.e.** , s. 322)

İşte İsviçre Federal Mahkemesi de yukarıda anlatılan olayda Kanton Mahkemesinin görüşüne katılmamış: “... Davalının hastalığın devamı süresince muavenet ve tekayyüde gerek şahsı, gerek mal varlığının idaresi yönünden muhtaç olması, hastalığın devamı sırasında hareketleriyle gerek şahsî, gerek malvarlığı ciddi bir tehlike içine girmesi ve bu nedenle bir taraftan şahsî bakım ve itinaya muhtaç olmakta diğer taraftan da mallarının idaresi gerekmesi; buna karşılık, ara devrelerde davalının iyileşmesi; gerek şahsî bakım ve ihtimamına, gerek mal varlığının idaresine gereken dikkat ve itinaı göstermesi; hiçbir hastalık emaresi göstermemesi ve dolayısıyla ZGB 369 anlamında bakım ve tekayyüde muhtaç bulunmaması ayrıca Kanunî müşavirin kişinin şahsına ihtimam göstermesi pek çok durumda onun iktisadî menfaatlerinin korunmasına zorunlu olarak bağlı olması; bununla beraber davalıya bir vasi tayin edilseydi, buna dayanılarak vasinin davalıyı daha iyi himaye edeceği veya hastalık devrelerinden daha çabuk malûmattar olacağı iddia olunamayacağı zira davalının akrabaları, her gün beraber olmaların rağmen, ne 1958 yılındaki intihar teşebbüsünü, ne 1966 da yapılan Amerika seyahatini engelleyebilmemeleri gibi gerekçilerle davalıya vasi tayinin yerine yasal danışman tayininin daha isabetli olacağına” karar vererek daha önceki içtihatlarından dönmüştür.⁴⁵

Akla gelebilecek bir soru da yasal danışman atanması için yukarıda anlatılan hal ve şartlara haiz olup da kendisine yasal danışman atanmamış bir kimsenin yaptığı tasarrufun mukadderatıdır. Yargıtay’ımızın bu konuyla ilgili birbirine zıt iki kararı mevcuttur. Birinci kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁴⁶, vekilce gerçekleştirilen tasarrufun gerçekleştirdiği sırada asilin kendisine yasal danışman

⁴⁵ BGE 96 II 369, (naklen, Öztan, a.e. , s. 324)

⁴⁶ “... Olayda miras bırakan üçüncü bir kişiyi vekâlet vererek taşınmazına vekil marifetiyle sattırılmış ancak satış sırasında adı geçen kanuni müşavir tayin edilmesi gerektiği adli tip raporuyla tespit edilmiştir.

Yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca miras bırakana bir kanuni müşavir tayiniyle oyunun alınmadığı gerçekleşmiştir. Hal böyle olunca taşınmaz satışına ilişkin sözleşmenin bağlayıcı nitelikte bulunmadığının kabulü gerekir. Gene olayda satışın vekil marifetiyle yapılmış bulunması da sözleşmenin bağlayıcılığı sonucunu da doğurmaz. Zira vekil müvekkilinin emir ve talimatı altında hareket etme zorunda olup, emir ve talimatın hukuki sonuç doğurması dahi kanuni müşavirin oyunun alınmasını zorunlu kılar. Diğer taraftan olayda aynı durumda bulunan ve miras bırakan tarafından yapılmış diğer bir satış sözleşmesinin de geçerli bulunamayacağına karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Bu nedenle direnme kararı usul ve yasaya uygun olduğundan onanmalıdır.” Yargıtay HGK. 23.11.1984 gün, E: 1- 828, K: 975 (Özmen, a.e. , s. 495- 496)

atanacak durumda olduğu belirlendiği için, vekil tarafından yapılan satış işleminin geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır. Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin aksi yöndeki diğer bir kararında⁴⁷ ise, henüz kendisine yasal danışman atanmamış bir kimsenin vekili tarafından gerçekleştirilen taşınmaz satışının geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Bu konuyla ilgili olarak öğretide **Koç**⁴⁸ : “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında varılan sonuç, kendisine yasal danışman atanacak durumda olmakla birlikte, henüz yasal danışmanı olmayan kimsenin menfaatlerinin korunması bakımından daha elverişli olduğu söylenebilirse de, sadece hakkaniyet düşüncesiyle açıklanabilir. Bu sonuç, ancak yasal danışmanlığa ilişkin Medenî Kanunumuzun 429. maddesinde (EMK m.381), bu konuda bilinçsiz bir kanun boşluğunun bulunduğu kabul edilmesi koşuluyla desteklenebilir. Ancak, kanun koyucunun bu konuda bilinçli bir boşluk bıraktığı ve hukukî güvenlik ilkesini gözeterek, kendisine henüz bir yasal danışman atanmamış bir kimsenin, tek başına veya vekili aracılığıyla yapacağı bütün hukukî işlemlerin geçerli olmasını istediği görüşü kuvvetle savunulabilir.”

ifadeleriyle kendisine danışman atanması gerekirken henüz atanmamış kimsenin tasarruflarını muteber kabul etmiştir. Kanaatimce de burada, işlemi yapan kişiye satış tarihinde yasal danışman atanması gerektiği için, “korunması gereken kişiye ait kişisel yarar” ile işlemin yapıldığı tarih itibariyle henüz yargı kararıyla gerçekleşmiş bir danışman tayininin varlığı söz konusu olmadığı için hukuki güvenlik ilkesinin gereği olan “kamusal yarar” çatışması meydana geldiğinden, kamusal yararın hukuki güvenlik ilkesi gereği bireysel yarara tercihi dolayısıyla işlemin yapıldığı tarihte henüz verilmiş bir danışman atanması kararı olmadığından satış işlemin geçerliliğinin kabulü gerekir.

⁴⁷ Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 01.06.1981 gün ve 1981/6765- 7242 Sayılı kararı (Özmen, a.e. , s. 495)

⁴⁸ Koç N. , a.e. , s. 111- 112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YASAL DANIŞMANLIĞIN TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK YASAL DANIŞMANLIĞIN TÜRLERİ

Medeni Kanunumuzun 429. maddesi iki fıkraya ayrılmak suretiyle iki tür danışmanlık öngörmüştür.

Bunlardan birincisi Medeni Kanunumuzun 429. maddesinin 1. fıkrasında yer alan ve kişiye maddede sınırlı sayı prensibine bağlı olarak sayılan hallerde oyunu sunmak üzere atanan katılım danışmanıdır; diğeri ise kişinin malvarlığının himayesi açısından gerekli görülmesi halinde kişinin malvarlığının özünü yönetmek üzere atanan idare danışmanıdır.

Bunların haricinde yasal danışmanlığın diğeri bir türünü, günlük yaşamın gereği olarak ortaya çıkabilen ve korunmanın salt katılım veya idare danışmanlığı tesisiyle sağlanamadığı hallerde ortaya çıkan tam danışmanlık oluşturur. Tam danışmanlıktan kanun koyucu bahsetmese de gerek öğretide¹ gerek uygulamada² varlığı kabul edilmiştir.

A. KATILIM DANIŞMANLIĞI

Ergin bir kişinin fiil ehliyetinde sınırlamaya gidilmesi onun yararına ise, fakat bu sınırlamanın daha düşük yoğunlukta olması kişinin menfaatine daha uygun düşüyorsa ilgili kişiye MK 429 da sayılan dava açma-sulh olma, taşınmazların alım

¹ Öztan, **a.e.** ,s. 319; Akıntürk, **Aile Hukuku**, Beta, 2006, s. 517

² Yargıtay 2. HD. nin 23.03.1994 t. , 1994/2859 k. Sayılı kararı; (Özmen, **a.e.** , s.510)

ve satımı, rehnedilmesi, bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması; kıymetli evrakın alımı-satımı-rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme-alma; ana parayı alma; bağışlama; kambiyo taahhüdü altına girme; kefil olma işlerinde görüşü alınmak üzere bir danışman atanır ki biz danışmanlığın bu türüne katılım danışmanlığı diyoruz.

Danışmanın MK'nın 429. maddesindeki işlemleri bizzat değil, işlemden önce veya işlem anında izin veya işlemden sonra icazet şeklinde yani "katılım" suretiyle yürütmesi karşısında danışmanlığın bu türünü "katılım danışmanlığı" olarak nitelemenin yerinde bir tabir olacağı kanaatindeyim. Zaten her ne kadar kanunumuzda "görüşü alınmak üzere" ifadesi yer alsada, ZGB 395'de "görüş" alma değil, "**Mitwirkung**" ("katılım") ifadesi kullanılmıştır ki bu da bize danışanın yasal danışmanın görüşünü aldıktan sonra yine dilediğini yapabilme hakkının olmadığını kabulünün gerekliliğini³ ve katılım danışmanlığı ifadesinin kanunun özüne daha uygun olduğunu gösterir.

Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinin birinci fıkrasında sayılan muameleleri kişi doğrudan doğruya yapar; ancak, muamelenin geçerli olması katılım danışmanının işleme izin veya icazet suretiyle katılımına bağlıdır.

Kanun koyucu yapılan muamelenin geçerliliği için bir tamamlayıcı olgu olarak kişinin iradesinin yanında, katılım danışmanının izin veya icazet suretiyle işleme katılımını da aramaktadır. Bir başka ifadeyle kendisine yasal danışman atanmış olan kişinin yaptığı hukukî işlemin sonuçları, onanıp onanmamaya ilişkin hukukî işlemin var olup olmaması ile elde edilmektedir.

Yasal danışmanın onayı, belirtildiği üzere bir tamamlayıcı olgu niteliğindedir; onayı gerektiren işlemler açısından, onayın verilmesini zorunlu kılmada amaç, sınırlı

³ Hatemi, **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)** , İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005,s.44

ehliyetlinin çıkarlarını korumak, onun girişeceği hukukî işlemlerde kendi hak ve çıkarlarının zedelemesini engellemektir.⁴

Verilen onay, yukarıda belirtildiği üzere işlemi tamamlamakta, geçerli hale gelmesini sağlamaktadır. Ancak onayın verilmiş olduğu durumlarda, hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması mümkündür. Burada onay, veren kimsenin tek yanlı olarak gerçekleştirdiği bir hukukî işlemdir. Bir irade açıklaması söz konusudur.

Kendisine yasal danışman tayin olunan kimse herhangi bir nedenle bir hukukî muameleyi yapamayacak durumda ise, yasal danışmanın salt danışmanlık yetkisine binaen kendisine yasal danışman atanmış kimsenin yerine geçerek işlemi bizzat yapamayacağından, böyle bir durumda kayyım tayinine gidilir. Kişiyeye, duruma göre, ya temsil kayyımı, ya da sakatlık veya irade zaafı nedeniyle malvarlığı ile ilgili hiçbir hukukî muameleyi yapamıyorsa, idarî kayyım tayin edilir.⁵

Yukarıda yasal danışmanın katılımının izin veya sonradan verilecek bir icazet şeklinde olabileceğini söyledik. Bu bakımdan kendisine yasal danışman tayin edilen kimsenin durumu sınırlı ehliyetsizin durumuna benzer.⁶ Zira sınırlı ehliyetsizin yapacağı bir hukukî muamelenin geçerliliği için aranan rızanın da yasal temsilcisi tarafından, işlemle hem zaman verilmesi şart değildir. Kısacası yasal danışman tarafından verilecek muvafakatin muamelenin yapılmasından önce veya sonra verilmesi arasında fark yoktur.

Buna karşılık eğer ortada katılım danışmanı tarafından verilen bir rıza yoksa

⁴ Akipek, "Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi", **A.Ü.H.F. Dergisi**, s.272

⁵ Öztan, **a.e.**, s. 310

⁶ Saymen, **Aile Hukuku**, İstanbul, Hak, 1957 s. 538

danışan tarafından yapılan işlem MK'nın 451. maddesinde düzenlenen "askıda hükümsüzlük" yaptırımına maruz kalmış olur.⁷ Eğer işlem danışmanın rızasından önce yapılmışsa sözleşmenin diğer tarafı kendisine danışman atanmış olan diğer tarafa sözleşmenin danışmanca onanması için uygun bir süre verebilir. Eğer bu süre içerisinde de danışman işleme rıza göstermezse, yukarıda da belirttiğimiz gibi işlem geçersiz olur. Aradan geçen zaman zarfında danışmanlık kaldırılmış olursa işleme bizzat danışmanlık altındaki kimse tarafından da icazet verilebilir.⁸

MK 429. maddedeki işlemler, danışmanın onay vermemesi sebebiyle geçersiz olursa, MK'nın 452. maddesi kıyasen uygulanarak, taraflardan her birinin verdiği geri isteyebileceğini; ancak, danışmanlık altındaki kişinin, sadece kendi menfaatine harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumlu olduğunu kabul edebiliriz. Eğer sözleşmenin diğer tarafı, danışanın, ehliyeti hususunda düşürdüğü yanlış nedeniyele bir zarara uğramışsa, yine MK 452/2 fıkrası kıyasen uygulanarak kendisine danışman atanan kişinin karşı tarafın zararını tazminle yükümlü olduğu kabul edilebilir.⁹ Bununla beraber, MK'nın 429. maddesinin ikinci bendi hükmünce kendisine danışman atanarlarda ise danışanın sorumluluğunun serbest malları nispetinde olduğu savunulmuştur.¹⁰

Acaba katılım danışmanı tarafından MK 429. maddedeki işlemler için verilmesi gereken rıza bir şekilde tabi midir?

Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, "yapılan işlemin kendisi şekil şartına bağlı ise katılım danışmanının rızasının bildirilmesinin de şekil şartına bağlı olması gerekir. Meselâ, kıymetli evrakta sadece kişinin imzasının değil, bunun yanında katılım danışmanının da imzasının bulunması şarttır. Aynı şekilde, kişinin yapacağı

⁷ Hatemi, **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)** , İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005,s.44

⁸ Egger, **a.e.** , s. 406

⁹ Gençcan; **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009,s.930

¹⁰ Egger, **a.e.** , s. 423

hukukî işlem, meselâ kefalet, gayrimenkul alım satımı gibi şekle bağlı ise, katılım danışmanın da rızasını resmî şekilde vermesi gerekir.”¹¹ Diğer görüşte ise, katılım danışmanlığında verilecek oyun, geçerliliği için özel bir şekil şartı öngören muamelelerde bile, herhangi bir şekle tabi olmadığı ileri sürülmüştür.¹² Zira bu düşünceyi savunanlara göre işlemi yapan ve bu itibarla şekle riayet etmesi gereken yasal danışmanlık altındaki kimsedir, yoksa yasal danışman değil.

Kanaatimce, özel şekle tabi işlemlerde işlemin taraflarından biri olan yasal danışman altındaki kişi işlemi yaptığı sırada şekil şartına riayet ediyorsa işlem sıhhat şartını sağlamış demektir. Bununla birlikte ileride yasal danışmanın somut olayla ilgili muvafakatiyle ilgili açılacak bir davada ispat hukuku açısından kendisine yasal danışman atanmış kişinin elinde yasal danışmanı tarafından verilmiş yazılı bir muvafakat belgesinin olmasında her zaman fayda vardır.

Yasal danışmanın rızasıyla ilgili söylenmesi gereken bir diğer husus da, yasal danışmanın danışmanı olduğu kişiye karşı MK 429/1 de ki işlemlere ait genel bir izin veremeyeceğidir.¹³ Yasal danışman, danışmanı olduğu kişinin MK 429/1 çerçevesinde yapacağı her işlem öncesi danışmanı olduğu kişi açısından bu işlemin o kişinin mal varlığı açısından sonuçlarını iyice tartmalı ve her somut olay ve dolayısıyla her işlem için ayrı bir izin vermelidir.

Yasal danışman, katılması gereken işlemlerde yukarıda da belirttiğimiz gibi rızasını açıklamadan önce işlemin kişi açısından doğuracağı sonuçları titizlikle incelemelidir. Zira kişiye yasal danışman atanmasının en önemli nedeni kişinin korunma ihtiyacıdır. Bunun için yasal danışman rızasını açıklayacağı her somut olay için, atandığı kişiyi korumak görevi ile sorumlu ve yükümlü olduğunu aklından çıkarmamalıdır.

¹¹ Öztan, **a.e.** , s.311; Frei, **Die BeiratschaftDiss.**, Basel, 1942, s. 45 (Naklen Egger, **a.e.**, s. 406)

¹² Egger, **a.e.** , s. 406. Benzer görüşte: Helvacı, Gerçek Kişiler, Arıkan, 2007, s. 40

¹³ Egger, **a.e.** , s. 406

Nitekim Yargıtay'ımız da 1. Hukuk Dairesince 8.12.1986 tarih ve 12415/ 12834 sayılı kararında:

“... Müşavir Emir Hatice, anasının hukukunu koruyacağı yerde, müşavirlik müessesesini kişisel çıkarları için çalıştırmış, müşavirlik sıfatı ile taşınmazın satın alıcı sıfatlarının bir kişide toplanamayacağını, menfaat çatışmasının meydana geldiğini mahkemeye bildirmemiş, müşavirlik görevinden istifa etmemiştir.”¹⁴

demek suretiyle aynı hususa vurgu yapmıştır.

Bunlara ek olarak, yasal danışmanlık kurumunun kişinin fiil ehliyeti üzerinde MK 429 da tadadi bir şekilde sayılan muameleler açısından bir sınırlama teşkil ettiği ve katılım danışmanının yetkisini aşarak bu muameleler ötesinde bir vasi gibi hareket etme hakkı olmadığını da belirtmek gerekir.¹⁵

Peki, yasal danışman MK 429/1 deki işlemler açısından rızasını vermekten kaçınıyorsa, kendisine yasal danışman atanan kişi ne yapabilir? Böyle bir durumda vesayet altındaki kişi gibi vesayet makamlarına başvurabileceğine dair net bir hüküm Medeni Kanunumuzda yoktur. Buna karşılık öğretilerde kişiye böyle bir hakkın tanınması gerektiği belirtilmektedir. Kişi, yasal danışmanın rızasını vermemesi üzerine vesayet makamına gidebilir. Vesayet makamı rızasını vermeyen yasal danışmanla aynı fikirde değilse, muameleye yasal danışmanın rızasını vermesini ister.¹⁶

Bununla birlikte öğretilerde kabul gören bir görüşe göre de, vesayet makamı veya vesayet makamının kararına itiraz halinde denetim makamının kararı gözetim işlevi çerçevesinde danışanın menfaatlerinin korunmasına yönelik bir yerindelik denetimi olup, verilmiş veya verilmemiş(veya MK 451/2 ye göre verilmemiş sayılan) izin

¹⁴ YKD 1987 Sayı:8 s.1134

¹⁵ Yargıtay 1. Hukuk Dairesininin 01.06.1981 gün ve 1981/6765- 7242 Sayılı kararından: “Tayin edilmiş olsa bile MK nın 379. maddesinde yer alan müşavirin hukuki görevi ve etkisi ehliyeti şahsın yapacağı hukuki muamelede mütalaa dermeyan etmek ve rey beyan etmekten ibaret olup kısmi ehliyetli şahsın tasarruflarını önlemek, bunun icra ve ifasına mani olmak yetkisi yoktur.” (Özmen, a.e. , s. 495)

¹⁶ Egger, a.e. , s. 407

veya icazeti iptal ederek veya değiştirerek somut hukuksal işlem üzerinde bir etkide bulunamaz.¹⁷

Bunun haricinde yasal danışman belli bir hukukî muamelenin yapılıp yapılmaması hakkında vesayet makamlarının rızasını alamaz, onlardan sadece fikir sorabilir; fakat vesayet makamlarının bu konudaki beyanı kendisini sorumluluktan kurtarmaz.¹⁸

Yasal danışman, kişinin temsilcisi olmadığından kendi başına söz konusu kimse adına hukukî işlem yapamaz. Yasal danışman olarak atanma aynı zamanda kişiye yasal temsilcilik sıfatını vermediği için (malvarlığının özüyle ilgili işlemler bakımından idari danışman hariç) böyle bir durumda yapılan işleme “yetkisiz temsil” hükümleri uygulanır.

Yukarıda da belirtildiği gibi katılım danışmanlığı, vesayette olduğu gibi fiil ehliyeti sınırlanan kişiye koruma amacıyla atanan kişiye bir yasal temsilcilik hakkı vermez. Bunun doğal bir sonucu olarak yasal danışman, atandığı kişinin nam ve hesabına onun yerine geçerek işlem yapamaz. Tabii ki kendisine yasal danışman atanan şahıs, yasal danışmanına bir temsil yetkisi verebilir. Ama MK 429 da ki muameleler hususunda böyle bir temsil yetkisi verme serbestîsini haiz değildir.¹⁹

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi bu konuya 1994 yılında verdiği bir kararda şöyle değiniyor:

“Yanlar arasında görülen davada; davacı, 7805 ada, 2 parselin davalıya temlikinin yolsuz olduğunu, ileri sürerek iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davalı, davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Anılan karar, davacı tarafından yasal süre içerisinde, duruşmalı temyiz edilmekle; dosya incelenerek gereği düşünöldü:

¹⁷ Reimer, N.25,s.118 (naklen Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s. 731)

¹⁸ Egger, **a.e.** , s. 407

¹⁹ Egger, **a.e.** , s. 408

...

Her ne kadar idare müşaviri; müşaviri olduğu kişinin malvarlığına ilişkin işlemler bakımından onun kanuni temsilcisi durumunda olduğundan, bu nitelikteki davaları tek başına açabilir, o kişiye karşı açılmış davaları yine aynı şekilde takip edebilirse de iştirak müşaviri, müşavir olduğu kişi adına onun iştirakı olmaksızın dava açamaz, onun aleyhine açılan davayı da tek başına yürütemez. İştirak müşavirliğinde birlikte dava açmaları, aksi halde müşavirin yazılı izni, kendisine müşavir tayin edilen kişinin ise temsil yetkisi vermesi zorunludur.

Somut olayda, tayin edilen kişinin iştirak müşaviri olduğu, Sulh Hukuk Mahkemesi kararlarının içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. Öte yandan, çekişmeli taşınmaz, müşavir tayin edilmeden önce davacı tarafından vekili aracılığıyla devir ve temlik edilmiş, bunun yanında kendisine müşavir tayin edilen kişi, müşavir temyize konu davayı açmasına muvafakat etmediğini bildirmiştir. Yerel mahkemece yukarıda değinilen tüm ilke ve olgulara göre, verilen karar doğrudur.

SONUÇ: Davacının temyiz itirazının reddi ile Usul ve Yasa'ya uygun olan hükmün (ONANMASINA), oybirliğiyle karar verildi."²⁰

Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinde sınırlı sayı prensibine bağlı olarak sayılan (numerus clausus) muamelelerin geçerliliği için, yasal danışmanın izninin gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. Acaba, yasal danışmanın izninin yanında vesayet makamlarının da izni gerekli midir? Eğer maddeyi tarihi yorumla algılasak soruya yanıtımız olumsuz olur. Zira, İsviçre kanun koyucusu bu maddeyi Fransız hukukundan almıştır, bu hukukta ise makama bu yolda müracaat edilmesi kabul edilmiş değildir²¹; bununla beraber diğer vesayet organlarından kayyım ve vasi vesayet makamından izin almak zorunda iken katılım danışmanın vesayet makamın iznine gerek olmaksızın karar vermesinin garip olabileceği de söylenmiştir.²²

²⁰ Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 26.04.1994 tarih E. 1993/11520,K: 1994/5506 sayılı kararı (Özüğür, a.e. 1127- 1128)

²¹ "Biz İsviçreliilere onlara uygun olan bir müesseseyi vermek istiyoruz, yoksa onları tatmin etmeyen bir müesseseyi değil", Speiser, stenBull 15, 1264, H. Fritzsche, Poljb 1917, 108 (naklen Egger, a.e. , s. 409)

²² Egger, a.e. , s. 409; Oğuzoğlu, a.e. , s. 225, Göktürk; **Aile Hukuku**, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, 1953, s. 509; **Arpacı** bu görüşe sadece idare danışmanın malvarlığının özülüyle ilgili işlemleri bakımından katılmıştır (Arpacı, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)** , Beta, 2000, s. 39)

Öztañ'a göre²³, "Medenî Kanun'un 462 ve 463. maddelerinde yazılı muamelelerin geçerliliği için vesayet makamlarının izni gerekli değildir. Aynı muameleler Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinde de sayılmıştır. Bu muameleler için vesayet makamlarının iznine ihtiyaç olsa idi. Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinin birinci fıkrasında muamelelerin teker teker sayılmasına gidilmez, sadece genel bir formülle yetinilirdi. O halde kendisine katılım danışmanı tayin edilen kimse, MK 429/1. maddedeki muamelelerin geçerliliği için sadece yasal danışmanın iznini almak zorundadır. Vesayet makamlarının yapılan muamelelere müdahale hakkı yoktur."

Öğretideki diğer bir görüş ise Medeni Kanununun 429. maddesinde dokuz bent halinde sayılan işlemlerden bazılarını, yasal danışmanın vesayet makamından izin almadan yapabilmesini mümkün görürken, bazılarını (örneğin "sulh" için) yapabilmesi için vesayet makamının da iznini alması gerektiğini belirtmiştir.²⁴

Gerek yukarıda belirtildiği gibi kurumun ilk olarak ortaya çıktığı Fransız Hukukunda vesayet dairelerinin iznine gerek duyulmaması sebebiyle yani tarihsel yorum gereğince; gerekse katılım danışmanlığı kurumunun amacının kişinin medeni haklarını kullanma özgürlüğüne olabildiğince az müdahale etmek olduğu ve bu özgürlüğünü kullanmasını vesayete nazaran mümkün olduğunca az zorlaştırmak olduğu düşünöldüğünde yani amaçsal yorum gereğince yasal danışmanın MK 429/1 deki muameleler için vesayet dairelerinin iznine ihtiyaç duymayacağı kanısındaım.

Nitekim Yargıtay da 2005 yılında verdiği bir kararda:

"... Türk Medeni Kanununun 429/1. maddesi; kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması için fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görölen bir kişiye aşağıdaki işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanır hükmünü içermektedir. **Mahkemece yasal danışmanın Türk Medeni Kanununun 429. maddesinde kendisine verilen yetileri kullanırken mahkemeden izin alınmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı** ise de; bu yanlışlığın giderilmesi hükmün bu yönden düzeltilerek onanmasını gerektirmiştir. (HUMK 438/7)

²³ Öztañ, a.e. , s. 313

²⁴ Özüğür, **Velayet, vesayet, soy bağı ve evlat edinme hukuku**, Ankara, Turhan, 2007 s.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün 2. bende gösterilen nedenlerle 2. paragrafındaki “ yasal danışmanın Medeni Kanununun 429. maddesinde kendisine verilen yetileri kullanırken mahkemeden izin alınmasına” cümlesinin hükümden çıkarılması yerine “Türk Medeni Kanununun 429. maddesi ereğince görüşünün alınmasına” cümlesinin yazılmasına hükmün bu şekliyle DÜZELTİLEREK ONANMASINA... karar verildi.”²⁵

demek suretiyle katıldığımız görüş yönünde oy açıklamıştır.

Şimdi Medeni Kanunumuzun 429/1. maddesinde 9 bent halinde sayılan ve katılım danışmanın oyunun alınmasını gerektiren bu muameleleri yakından inceleyelim

1. DAVA AÇMAK, SULH OLMAK

Medeni Kanunumuzun 429/1. maddesinin 1. bendinde kendisine yasal danışman atanan kişinin dava açabilmesi için katılım danışmanın izninin gerekeceği belirtilmiştir. Bu maddedeki dava açma teriminin içine, karşılık dava ikamesi, davayı ihbar, davaya müdahale, temyiz, davadan vazgeçmek gibi bütün usuli muameleler dâhildir.²⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yasal danışmanın oyu olmaksızın usuli işlemlerin yapılamayacağına ilişkin eski bir kararı şu şekildedir:

“...Davacının ifadesinde davacı olmadığını dava dilekçesinin tarafından verilmediğini söylediği tespit edilse de dosyada bulunan vekaletnamelerle dilekçesinin mündericatında işin vekil marifetiyle takip edildiği anlaşılmasına göre davacının vekaletnamelerden bahisle isticvap olunması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken dava arzuhali kendisi tarafından verilmemiş olduğu halde yalnız bu dilekçe bakımından isticvap olunarak vekaletnamelerden bahsedilmemesi ve isticvabından evvel kendisine kanuni müşavir tayin edilmiş iken bununda isticvap esnasında bulundurulması yolsuzdur. Mümeyyizin sağır ve dilsiz bulunması itibarıyla isticvabı esnasında yapılacak herhangi bir yanlışlığın hukukuna etkisi büyük olabilir. İsticvabı yukarıda işaret edildiği üzere doğru ve etraflı yapılmamış olması ve davacı vekilinin ... tarihli dilekçesi vuku bulan bu yoldaki isteği üzerine bir işlem yapılmaması isabetsiz ve temyiz itirazları varit bulunduğu kabulüyle hükmün açıklanan

²⁵ Yargıtay 2. H.D. , 21.07.2005 T. , 9066-11717 sayılı karar (Özüğür, a.e. , s. 1121-1122)

²⁶ Egger, a.e. , s. 410

sebeplerden dolayı bozulmasına ... karar verilip geri çevrilmekle yeniden yapılan yargımla sonunda, bazı sebep ve düşüncelerle eski hükümde direnmeye karar verilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu Kararı

... Davanın konusu, miras bırakana ait gayrimenkullerin mahfuz hisse kurallarına aykırı olarak davalılara satılması nedeniyle tenkis isteminden ibarettir. Davalılar sağır ve dilsiz olan davacının rızası hilafına vekaletname düzenlendiğini ve dava açıldığını öne sürmüşlerdir. Davacı A ... günü genel vekaletname ile ölü babası A.Ç. dan kalan gayrimenkullerin hisselerinin intikal,ifraz,satış vesair işlemlerini yaptırmak,dava ikamesine de yetkili olmak üzere A yı vekil tayin etmiş ve dava da bu vekaletnameye de dayanılarak açılmış bulunduğu göre vekaletin kabulü zorunludur. Ancak bu vekaletname davacının rızası veya sarıh talimatı hilafına düzenlenmiş ve aynı şekilde dava açılmış olduğu takdirde davanın reddi değil açılmamış sayılması gerekir. Davacı usulü dairesinde davadan feragat ederse o zaman ret yönüne gidilmelidir. Davalıların savunması üzerine Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesine yazılan talimat uyarınca düzenlenen tutanakta yeterli açıklık yoktur. Sağır ve dilsiz davacının tercüman aracılığıyla yapılan sorgusunda kocası A ya verdiği vekaletnameden ... edilmemiştir. Davacının bu ifadesinden vekaletname ve dava dilekçesinin mi rızası hilafına düzenlendiği yoksa sonradan mı davadan vazgeçtiği yönleri açıkça anlaşılammaktadır. Vekaletnameden bahisle sorgu yapıldığı açıklanmadığına göre davacının bu ifadesi ancak açılmış olan davadan feragati kapsayabilir. Yoksa davanın dahi açılmamış sayılmasını gerektirmez. Davacı açılmış olan davadan feragat edebilir ise de sorgu yapıldığı tarihte kendisine Medeni Kanunun 379. maddesinde yazılı bütün işlerde reyi alınmak üzere kocası A müşavir olarak tayin edilmiş bulunmaktadır. **Müşavirin reyi alınmadan vaki feragatin hükmü yoktur.** Müşavir tarafından tevkil edilen avukatın davete rağmen gelmemiş olması bu kanuni lazimeyi ortadan kaldırmaz. Bu itibarla yerinde olan özel daire kararına uyulmak, davacının sorgusu sırasında müşavir olan kocası da hazır bulunarak davacının sormadan Medeni Kanunun 358. maddesi uyarınca vasi tayin edilen müşavirin reyi hilafına davadan feragat edemeyeceği düşünölmek, iddia ve savunma dairesinde davacı sorguya çekilerek vekaletnamenin ve dava dilekçesinin rızası hilafına düzenlenmiş olup olmadığı kendisinden açıkça sorulmak, rızası hilafına dava açılmış olduğu takdirde muhakemeye devam olunmak gerekirken feragat sebebiyle davanın reddini kapsayan evvelki hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”²⁷

Buna karşılık malvarlığıyla ilgili davalar için gerekli ve yeterli olan bu katılım, kişinin şahıs varlığıyla ilgili davalarda uygulama alanı bulmaz.²⁸ Yani kendisine katılım danışmanı atanan şahıs, şahsa sıkı surette bağlı haklarıyla ilgili davaları açarken danışmanın katılımına ihtiyacı yoktur. Zira kısıtlılar dahi Medeni Kanun 16. maddesinin son cümlesi gereği şahsa sıkı surette bağlı haklarını serbestçe kullanırken, fiil ehliyetleri daha az ölçüde sınırlandırılan sınırlı ehliyetliler bu haklarını evleviyetle serbestçe kullanabilirler.

²⁷ Yargıtay HGK 4.10.1969- 3101/4169, (Özüğür, a.e. , s. 1124- 1125)

²⁸ Yargıtay 1. HD. Nin 26.4.1994 tarih E: 1993/1152 K. 1993/5506 sayılı kararından:“Gerek uygulamada, gerekse bilimsel alanda ortaklaşa kabul edildiği üzere, kendisine kanuni müşavir atanan kişi medeni hakları kullanma ehliyetine sahiptir. Özellikle, şahıs varlığı haklarını hiçbir kısıtlama söz konusu olmaksızın kullanabilir.” (Özüğür, a.e.)

Yargıtay da yine bir kararında²⁹, şahsa sıkı surette bağlı herhangi bir hakkın kullanılmasında evlat edinmenin müşavir tayinine muhtaç durumda bulunması halinde bile evlat edinme işlemini kendi başına ve geçerli olarak yapabileceğine hükmetmiştir.

Özetle kendisine katılım danışmanı atanan kişi, boşanma (MK. 161), evliliğin iptali (MK. 148), nişanın bozulmasında manevî tazminat (MK. 121), şahsiyet haklarının ihlâli (BK. 47) gibi şahıs haklarıyla ilgili davaları serbestçe açabilecek.

Kendisine yasal danışman atanan kişinin MK 429/1 gereği malvarlığı haklarıyla ilgili davaları katılım danışmanı olmadan açamayacağını belirttik. Yine yasal temsilcinin rızasının zamanı ile ilgili daha önce anlattığımız gibi katılım danışmanının dava ile ilgili rızası dava açıldığı sırada olabileceği gibi açılan davaya muvafakat verme şeklinde de tezahür edebilir.

Yasal danışmanın dava açmaya izin verip vermemek hususunda yetkili olması ise, kişinin menfaatlerinin daha iyi korunması yönünden gerekli görülmüştür; davaya izin vermeme, davayı kendisine yasal danışman tayin olunan kişinin açması halinde söz konusu olur; fakat, dava danışan kişiye karşı açılmışsa, yasal danışmanın izin vermemesi pek tabii söz konusu olmaz.

Yasal danışman avukatlık yapmak imkânına sahipse, işi aynı zamanda bu sıfatla yürütebilir; bu durumda kendisine yasal danışman tayin olunan kişinin açtığı davayı hem avukatlık hem de yasal danışmanlık sıfatını üstünde taşıyan kişinin yürütebilmesi hususundaki rızasını danışanın yazılı olarak mahkemeye bildirmesi zorunludur; davayı, bir avukat yürütüyorsa, avukat yasal danışmanın iznini almak yükümlülüğü altındadır.³⁰

²⁹ Yarg.2. HD. Nin 16.12.1974 tarih ve 1974/8298- 8002 sayılı kararı (**Yargıtay Kararları Dergisi** 1976, sayı 3, s. 303)

³⁰ Frei, a.e. , s. 51 (naklen Öztan, **a.e.** ; s.313- 314)

Bunun haricinde icra işlemleri için de danışmanını katılımını aramaya gerek yoktur. Bu işlemleri danışmanlık altındaki kimse bizzat yapar ve kendisine karşı yapılan icra takiplerinde de takip evrakı müşavire tebliğ edilmez; ancak itirazın kaldırılması işlemine girişmek (bir dava açılması suretiyle itirazın kaldırılması gerçekleşebileceği için) ve ihtiyat haczin kaldırılması davası için danışmanın katılımına ihtiyaç vardır.³¹

MK 429/1. maddenin 1. bendinde katılım danışmanının rızasıyla yapılacak diğer işlem ise sulh olmak olarak belirtilmiştir. Sulhtan maksat, iki taraf arasındaki anlaşmazlığın iki tarafından da isteklerinden karşılıklı olarak fedakârlık ederek anlaşmaya varılmasıdır. Kendisine yasal danışman atanan bu kişinin böyle bir anlaşmayı yapabilmesi için de yasal danışmanının rızasına ihtiyaç vardır.

2. TAŞINMAZLARIN ALIMI, SATIMI, REHNEDİLMESİ veya BUNLAR ÜZERİNDE BAŞKA BİR AYNİ HAK KURULMASI

Yasal danışmanlığın tesisinde en önemli gayelerden birisi şahsın malvarlığını korumak olduğu için, Türk Medeni Kanununun 429/1. maddesinin 2. bendinde, kişinin malvarlığı önemli ölçüde ilgilendiren; taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi veya bunlar üzerinde sair bir ayni hak tesisi gibi hususlarda yasal danışmanın rızası aranmıştır. Buna karşılık miras hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle kendisine yasal danışman atanmış kişinin mirası kabul etmesi veya reddetmesinde yasal danışmanın rızası aranmaz.³²

Medenî Kanun'un gayrimenkullerin, sulh mahkemesinin izniyle satılacağını hükme bağlayan 444'üncü maddesi burada uygulama alanı bulamaz, çünkü bu hükmün katılım danışmanlığı alâkası yoktur. Madde doğrudan doğruya sulh

³¹ Egger, a.e. , s.411- 412

³² Öztan, a.e. , s. 314

mahkemesinin bir görevini belirtmektedir.³³ Kendisine katılım danışmanı atanmış olan kişi, malvarlığındaki gayrimenkullerin alımı, satımı, aynı haklarla kısıtlanması, rehn edilmesi, terkinlere müsaade, rüçhan haklarının bahş edilmesi, şufa ve iştirah haklarının bahş edilmesi, taşınmazın bir şirkete aynı sermaye olarak getirilmesi gibi hususlarda katılım danışmanın rızasına ihtiyaç duyarken; danışmanın oyunu almaksızın taşınmazları ile ilgili adi kira veya hasılat kira³⁴ sözleşmeleri yapabilir.

Kendisine yasal danışman atanmış olan kişi taşınmazını katılım danışmanının onayını almadan devri ile ilgili bir olay Yargıtay'ın önüne gelmiş ve Yargıtay şöyle bir karar vermiştir:

“ Taraflar arasında görülen davada; davacı, satış suretiyle davalı adına tesis olunan 215 ada 12 parsel sayılı taşınmaza ait kaydın ehliyetsizlik nedeniyle iptalini, Ömer adına tescilini istemiştir. Davalı, iddianın doğru olmadığını, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

DAVA VE KARAR: Ömer'in tıbbî durumunun, yapmış olduğu akdin iptalini gerektirecek şekilde olmaması nedeniyle davanın reddine ilişkin kararın duruşmalı olarak Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine; dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayanan iptal ve tescil isteğine ilişkindir. M.K.'nın 379. maddesi hükmünce hacrine kâfi sebep bulunmamakla beraber medeni haklarını kullanmak selahiyetinden kısmen mahrum edilmesi menfaati iktizasından bulunan reşide maddede belirtilen işlerinde oyu alınmak üzere bir müşavir atanır. Kanunî müşavir, vâsi gibi genel yetkileri haiz bir kanunî temsilci olmadığı gibi, kayyım gibi özel bir vekil de değildir. Kendisine kayyım atanan kişi medeni haklarını kullanmak ehliyetini koruduğu halde, kanunî müşavir atanan kişi medeni haklarını kullanma ehliyetini kısmen kaybeder. Bu kişiler, kendilerine kanunî müşavir atanan konuda kanunî müşavirin oyunu almadan medeni haklarını kullanamazlar.

Aksi halde yani, kanunî müşavirin oyu alınmaz veya kanunî müşavir icazet vermezse yaptıkları muamele kendilerini bağlamaz. Olayda; davacı taşınmazını satmıştır. Ancak, satış sırasında adı geçene kanunî müşavir tayin edilmesi gerektiği Adlî Tıp raporuyla tesbit edilmiştir.

SONUÇ: Hal böyle olunca, davacıya bir kanuni müşavir tayin edilerek oyunun alınmadığı gerçekleşmiştir. O halde, taşınmazın satışına ilişkin sözleşmenin bağlayıcı

³³ Öztan, a.e. , s. 314

³⁴ Egger, a.e. , s. 412

nitelikte bulunmadığının kabulü gerekeceği düşünülmeden yazılı olduğu üzere davanın reddine karar verilmesinde isabet yoktur.

Davacının temyiz itirazı yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenden ötürü HUMK.'nun 428. maddesi gereğince (BOZULMASINA), peşin harcın iadesine, oybirliğiyle karar verildi.³⁵

3. KIYMETLİ EVRAK ALIMI SATIMI ve REHNEDİLMESİ

Türk Ticaret Kanununun 557. maddesinde kıymetli evrak için şu tanım yapılmıştır: “ Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki bunlarda mündemiç olan hak senetten ayrı olarak dermeyan edilemeyeceği gibi, başkalarına da devredilemez.” Bu tariften de anlaşılacağı üzere kıymetli evrak, senetle, senedin içinde yazılı olan hakkın birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olduğu ve bu hakkın senetsiz kullanımının mümkün olmadığı değerli kâğıtlardır.³⁶

Kambiyo senetleri (Poliçe, bono, çek), hisse senetleri, emtia senetleri (konşimento, makbuz senedi, taşıma senedi) gibi senetler kıymetli evraktandırlar ve MK 429/1 gereği bu tür senetlerin alımı-satımı veya rehnedilmesi için yasal danışmanın oyu gerekir. Bunun haricinde herhangi bir menkul malın alım ve satımı için katılım danışmanının rızasına ihtiyaç yoktur. Buna karşın yasal danışmanlık kurumunun doğduğu Fransız Hukukunda menkuller hakkındaki muameleler de izin şartına tabi tutulmuştur.³⁷

Sonuç olarak, MK 429/1 bent 2 suretiyle kendisine yasal danışman atanan kişi kıymetli evrakların alımı-satımı ve rehininde yasal danışmanın iznine muhtaç hale gelmiştir.

³⁵ Yarg. 1. HD. Nin 19.12.1985 tarih 1985/475 e, 1985/1835 k sayılı kararı (Kazancı Bilişim)

³⁶ Öztan F. , **Kıymetli Evrak Hukuku**, Turhan, Ankara, 2004, s.11-12

³⁷ Egger, **a.e.** , s.412

4. OLAĞAN YÖNETİM SINIRLARI DIŞINDA KALAN YAPI İŞLERİ

Kanun koyucu kendisine yasal danışman atanan kişinin, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işlerine girişebilmesi için yasal danışmanın katılımını gerekli görmüŐtür.

Anlaşılacağı üzere, kendisine yasal danışman atanan kişi taşınmaza ilişkin ufak tefek tamirat işleri, su borularını yaptırmak, kırılan camların deęiŐtirilmesi gibi olağan yönetim sınırları dâhilinde bulunan işleri tek başına yapmaya ehilken; boş arsaya bina yapmak, mevcut binaya kat ilavesi gibi olağan yönetim sınırlarını aşan işleri tek başına yapmaya ehil değildir.

5. ÖDÜNÇ VERME ve ALMA

Kendisine yasal danışman atanmış kişinin MK 429/1 gereğince fiil ehliyetinin sınırlandığı konulardan biri de ödünç verme ve almadır. Bu fıkra gereği yasal danışman atanan şahıs yasal danışmanın rızası olmaksızın herhangi bir şekilde ödünç veremez ve alamaz.

Ödünç verme ve almanın izne bağlanmış olması kaçamak muamelelerin önlenmesi bakımından gerekli bir himaye olmasını yanında, gerekli olmayan; gayri rasyonel maksatlar için, müsait olmayan şartlarda ödünç para alınmasına karşı da bir korunma tedbiridir.³⁸

Özellikle, savurganlığı, kötü yönetimi gibi nedenlerle kısıtlanması gerekli görülmeyip, kendisine bir katılım danışmanın atanan kişiler; düşüncesizlikleri, öngörü yetersizlikleri gibi nedenlerle geri ödeme imkânı olmayan kişilere malvarlıklarıyla orantısız ödünç para verebildikleri gibi, geri ödeme mali kapasitelerini aşan miktarda ödünç para alabilmektedirler. İşte MK 429/1.

³⁸ Egger, a.e. , s. 413

maddesinin 4. bendi bu şahısların verdikleri paraları geri alamama veya aşırı oranda ve gereksiz harcamalara önceden bir tedbir niteliğindedir. Bunlara karşılık yasal danışmanın katılımı olmaksızın, önemli sayılmayan günlük ihtiyaçlar için verilen ödünçler ile önemsiz ödünç almaları geçerli kabul etmek gerekir.

Ödünç verme ve almanın konusu para olabileceği gibi, diğer misli şeyler de olabilir.

6. ANAPARAYI ALMAK

741 sayılı Türk Kanunu Medenisinde, bu bent sermayeyi almak şeklinde yazılsa da, yazım farklılığı dışında anlamsal bir farklılık mevcut değildir. Kendisine yasal danışman atanmış olan kimse sermaye faizlerini, temettü hisselerini, iratları alabilirse de ne almış olduğu ödünçleri ödemek veya vermiş olduğu ödünçlerin kendisine iadesi şeklinde ne de bir şirketin infisahında tasfiye payı şeklindeki sermayeyi alabilir; ödeme ancak danışmanın izniyle danışmanlık altındaki kimseye, yoksa ancak danışmana yapılabilir.³⁹

Aslında bu bent için, katılım danışmanının görevi, MK 429/2 de bahsi geçen idare danışmanının görevine çok benzemektedir. Bu benzerliği şu şekilde ayırabiliriz; katılım danışmanı atandığı kişinin anaparasını alma hususunda sadece bir katılım göreviyle yüklüken; idare danışmanı atandığı kişiyi anaparasını almanın yanında bu anaparanın yönetimiyle de yükümlüdür.

Buna karşılık öğretide, katılım danışmanının da danışmanlık altındaki kimsenin anaparasının özgülenme biçimini kontrol ve gerektiğinde bu sermayenin tekrar rasyonel bir tarzda yatırılmasını temin ile yükümlü olduğu savunulmuştur.⁴⁰

³⁹ Egger, **a.e.** , s. 413

⁴⁰ Egger, **a.e.** ,s. 413

Kanaatimce, eğer kanun koyucu bu bentle ilgili olarak katılım danışmanına böyle bir yük yüklediye MK 429/2. maddesi, MK 429/1. maddesinin 6. fıkrasının bir tekrarı olmaktan ileri gitmez. Eğer hâkim himayeye muhtaç kişinin anaparasını kontrol gayesiyle bir yasal danışman atamak istiyorsa, MK 429/2 gereği bir idare danışmanı atamalıdır.

7. BAĞIŞLAMA

Bağışlananın malvarlığında artış sağlamak amacıyla, bağışlayanın malvarlığından belirli değerlerinin⁴¹, ivazsız bir şekilde bir diğer tarafa nakli bağışlama sözleşmesinin konusunu oluşturur. Kendisine katılım danışmanı atanmış bir kimse bu tarz bir sözleşmeyle karşılıksız bir kazandırmada bulunmak istiyorsa danışmanın katılımına muhtaçtır.

Eğer kendisine yasal danışman atanan şahıs bağışlama sözleşmesinde alacaklı tarafındaysa bu sözleşmenin geçerliliği için danışmanın izni aranmaz. Zira danışmanlık kurumu kural olarak himayeye muhtaç kişinin malvarlığının zarar görmemesi için tesis edilmiştir, eğer kişi bağışlama sözleşmesinde kazandırılan taraftaysa doğal olarak malvarlığı zarar görmeyecektir.

Bağışlama deyiminin kapsamına gerek elden yapılan bağışlamalar, gerekse bağışlama taahhütleri girer.⁴² Buna karşın ölüme bağlı tasarruflar kişiye bağlı bir hak olduğu için maddenin kapsamına girmez; bununla beraber kişinin sağlığında yaptığı bağışlama, malvarlığına bir zarar vermeyen, mutad olan, arada bir verilen bağışlamalara dahil ise, yasal danışmanın izni aranmaz.⁴³

⁴¹ Zevkliler, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Seçkin, 2007

⁴² Tekinay, **a.e.** , s.643

⁴³ Öztan, **a.e.** , s. 316

Bunlara ek olarak, yasal danışmanlıkta ehliyet sınırlama getiren hükümlerin genişletici yoruma tabi tutulmaması prensibinin varlığına rağmen (ehliyetliliğin kural, ehliyetsizliğin istisna olması nedeniyle) öğretide MK' nın 429. maddesinin 1. fıkrasının 7. bendinde belirtilen “bağışlama”ya, vakıf kurma muamelesinin de dahil edilmesi ve yasal danışmanın onayı alınmadan vakıf kurma muamelesinin yapılmaması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴

Borçlar Kanunu'nun 235'inci maddesinin üçüncü fıkrası, bağışlamayı takip eden bir sene içerisinde başlayan bir muhakeme neticesinde bağışlayanın israfından dolayı hacrine hükmolunması halinde, o bağışlamanın sulh mahkemesince iptal olunabileceğini belirtmiştir. Aynı madde kıyasen yasal danışmanlığa da uygulanmalıdır; çünkü israf nedeniyle vesayet altına alınan bir kimse için öngörülen himaye, kendisine yasal danışman tayin olunan kişi için de söz konusu olmalıdır.⁴⁵

8. KAMBIYO TAAHHÜDÜ ALTINA GİRME

Türk Ticaret Kanununa göre kambiyo senetleri; poliçe, bono ve çek tir. Dolayısıyla Medeni Kanunumuzun 429/1. maddesi kendisine yasal danışman atanan kişinin poliçe, bono veya çek imzalamak suretiyle herhangi bir taahhüt altına girebilmesi için yasal danışmanın katılımını şart koşmuştur.

Örneğin ilgili kişi bir kambiyo senedi imzalayıp taahhüt altına girmek için yasal danışmanının rızasına ihtiyacı vardır.

Bu maddenin uygulama alanı lafzından da anlaşılacağı üzere, keşideci, kabul eden, ciranta, aval veren hakkında da caridir. Yani kendisine yasal danışman atanan kişi ister keşide eden olsun ister muhatap olsun, ister ciranta olsun yasal danışmanın katılımı olmaksızın kambiyo taahhüdü altına giremez.

⁴⁴ Hatemi. **Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda Vakıf Kurma Muamelesi**, İÜHF Yayınları. İstanbul, 1969, s. 278

⁴⁵ Öztan, **a.e.** , s. 316

9. KEFİL OLMA

Yine, Medeni Kanunumuzun 429/1. maddesi gereği kendisine yasal danışman atanan kişi yine, “malvarlığının korunması gayesiyle” başkasının borcu için yasal danışmanın katılımı olmaksızın kefil olamaz. Kefaletin adi kefalet veya müteselsil kefalet olmasının vesayet hukuku açısından bir önemi yoktur. Aynı şekilde kefil olmak vaadi için de yasal danışmanın katılımı şarttır.

Kefalet akdi ne kendisine yasal danışman tayin edilen kimse ne de yasal danışman tarafından tek başına taahhüt olunamaz. Yasal danışmanın muvafakati olmadan imzalanan kefalet senedi, tek taraflı olarak bağlayıcı değildir⁴⁶.

Acaba bu nev'i bir muamele, sonradan medeni hakları kullanma ehliyetindeki bu kısıtlamanın kaldırılması halinde sıhhat kazanabilecek midir?

Federal mahkemeye intikal eden bir hadisede: “(A) kanuni müşavirinin muvafakatini almaksızın bir kefalet senedini imzalamıştır. Ancak kanuni müşavirlik sona erdikten sonra (A) bu kefaletle icazet verir şekilde alacaklıya bir mektup yollamıştır. Asıl borçlunun aczi dolayısıyla alacaklı mahkemeye müracaat etmiş ve (A) nın akdin inikadı anında tek taraflı olarak bağlayıcı olmayan kefaleti, sonradan verdiği icazetle muteber hale getirdiğini iddia etmiştir. Federal Mahkeme bu gibi hallerde sonradan verilecek icazetle; kefalet akdinin sıhhat kazanacağını kabul etmekle beraber, icazetin kefaletin inikadı için aranan şekilde verilmesi icap ettiği görüşünü savunmuştur”⁴⁷

⁴⁶ Reisoğlu, S. , “Kefalet Kavramı Muteberlik Şartları” **A.Ü.H.F Dergisi** Cilt: 19 Sayı: 1, s.353, 1962

⁴⁷, JDT 1929 S. 17. (naklen Reisoğlu , a.e.)

B. İDARE DANIŞMANLIĞI

Medeni Kanunumuzun 429. maddesinin 2. fıkrasında; “Aynı koşullar altında bir kimsenin malvarlığını yönetme yetkisi, gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılabilir.” denilmektedir.

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere “ aynı koşullar altında” demek suretiyle kanunumuz öncelikle idare danışmanlığının tesisi için de MK 429/1. maddede ki şartları aramaktadır. Yani ergin kişinin kısıtlanması için yeterli neden bulunmayacak buna karşılık korunması amacıyla kendisine bir yasal danışman tayini gerekli olacaktır.

Yalnız, idare danışmanlığındaki koruma ve bu korumanın sağlanması için gerekli fiil ehliyetini kısmen tahdit daha yaygındır. Zira idare danışmanlığında kendisine yasal danışman atanması gerekli görülen kişinin salt bazı muameleler yönünden tek başına hareket edilmesinin yasaklanması değil de sermayesi üzerindeki idare hakkı gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere kaldırılmıştır.

İdare danışmanı atanması, katılım danışmanı tayinine nazaran kişiye daha güçlü ve yoğun bir koruyucu müdahaleyi içermesi nedeniyle (idare danışmanı artık danışanın yasal temsilcisi konumundadır) idare danışmanlığı kendisine danışman atanmış kişiye karşı sınırlandırılmış bir ekonomik çerçeve içerisinde vasi gibi hareket etme olanağı tanıyan bir tür kısmi vesayet durumudur.⁴⁸

Görüleceği üzere katılım danışmanlığında kişi, MK 429/1. maddedeki muameleler yönünden danışmanın katılımını ararken ve bu muamelelerde bile işlemi bizzat yaparken, idare danışmanlığında kendisine yasal danışman atanmış kişi sermayesi üzerindeki tek başına idare kudretini kaybetmiştir. Yani kendisine idare danışmanı atanan kişi sermayesi üzerindeki idare sahası dahilinde yalnız sınırlamaya maruz

⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile Hukuku**, s. 732

kalmaz, bilakis bu işlemler yönünden medeni haklarını kullanma ehliyeti hususunda doğrudan doğruya bir kısıtlama ile karşılaşır.⁴⁹

Aslında yukarıda anlatılardan idare danışmanlığının katılım danışmanlığına göre vesayete daha yakın olduğu gözükse de, idari danışman, söz konusu kişiye, bir vasinin sağlayabileceği himayeyi sağlaması ve kişinin fiil ehliyetine tam olarak sahip olmaması gerektiği, fakat fiil ehliyetinin tam olarak kaldırılmasına gerek bulunmadığı hallerde yumuşatıcı bir rol oynaması⁵⁰ nedeniyle vasilikten ayrı ve ondan daha elverişli bir kurumdur.

MK 429/2 den çıkarabileceğimiz en önemli sonuç kendisine idare danışmanı atanan kimsenin mal varlığının özünü etkileyecek işlemleri yapamadığıdır. Malvarlığının özüne ilişkin işlemin hukuken geçerli olması, idare danışmanın bu işleme katılmış olmasıyla mümkündür. Bu da gösteriyor ki idare danışmanlığının etkinliği katılım danışmanlığından daha ileri durumdadır.⁵¹

İdari danışmanlıkta, danışman bazı işlemlerde oy vermekle yetinmez, malların idaresi için gerekli işlemleri bizzat yapmak zorundadır; katılım danışmanlığında ise durum farklıdır, şöyle ki katılım danışmanı hiçbir zaman temsilci sayılmaz, bu danışman sadece muvafakat eder ve bu muvafakata dayanarak işlemi danışan yapar.⁵² Buna karşın MK'nın 449. maddesi gereği vesayet altındaki kimse adına önemli bağışlamalarda bulunulamayacağından, ilgili kişinin malvarlığını koruma amacıyla sevk edilen bir diğer vesayet kurumu olan yasal danışmanlıkta da “önemli bağışlamaları” yasak işlem olarak kabul ederek idare danışmanının da yapamayacağını kabul edebiliriz.⁵³

⁴⁹ Egger, **a.e.** , s.415

⁵⁰ Öztan, **a.e.** , s.31

⁵¹ Zevkliler, **Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler ve Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin, 1999, s. 980

⁵² Tekinay, **a.e.** , s.644

⁵³ Gençcan; **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009,s.985

Yalnız, dikkat edilmesi gereken nokta, malların idaresi yönünden fiil ehliyetinin sınırlanmış olması, kişinin fiil ehliyetinin tamamen kaldırılmış olması anlamına gelmediğidir. Kendisine idari danışman atanmış şahıs, malvarlığının özünü ilgilendiren işlemler dışındaki işlemleri herhangi bir sınırlamaya uğramaksızın bizatihi ve özgürce yapar tıpkı katılım danışmanlığında olduğu gibi(Hatırlanacağı üzere, katılım danışmanlığında da kendisine danışman atanmış kişi MK 429/1 de ki katalog muameleler haricindeki işlemlerde özgürce hareket edebiliyordu).

Buna karşın idare danışmanı, katılım danışmanının aksine malvarlığının özünüyle ilgili işlemler yönünden kendisine yasal danışman atanmış kimseyi temsil yetkisine de haiz bulunmaktadır; yani idare danışmanı, malvarlığının özünün idaresi ile ilgili bütün muameleleri yaparken kişinin yasal temsilcisi durumundadır ki bu temsil, vasinin temsili gibi inhisaridir; danışmanlık altındaki kimse onun yapacağı işlemleri kendi irade beyanlarıyla engelleyemez.⁵⁴

İdare danışmanı malvarlığının özünüyle ilgili işlemler bakımından sahip olduğu bu temsil yetkisinin sonucu, atandığı kişinin malvarlığıyla ilgili bir davayı bizzat açabilir ve atandığı kişiye karşı açılmış davaları takip edebilir. Buna karşın Yargıtay 1994 yılında verdiği bir kararında:

“Somut olayda, danışmanın niteliği belirtilmemiş ise de; **niteliği ne olursa olsun danışman vekil sıfatıyla hareket etme, danışmanı olduğu kişi adına dava açma, başkalarına yasal temsilci gibi davranıp vekalet verme hakkına sahip değildir.** Hak sahibi olan Aysel, danışmanın usulsüz olarak açtığı da veya yargılama sırasında onayda vermediğine (icazet) göre, davanın dava ehliyetinin yokluğu nedeniyle red edilmesi gerekirken usul ve yasa hükümlerine uymayan gerekçelerle yazılı olduğu gibi, dava koşulu oluşmadan davanın kabulü doğru bulunmamıştır.”⁵⁵

demek suretiyle farklı bir görüş ortaya sürse de, bir ay sonra verdiği bir başka kararında:

⁵⁴ Egger, **a.e.** , s. 419

⁵⁵ Yargıtay 2. HD. nin 23.03.1994 t. , 1994/2859 k. Sayılı kararı (Özuğur, **a.e.** ,s.1129)

“Her ne kadar idare müşaviri; müşaviri olduğu kişinin malvarlığına ilişkin işlemler bakımından onun kanuni temsilcisi durumunda olduğundan, bu nitelikteki davaları tek başına açabilir, o kişiye karşı açılmış davaları yine aynı şekilde takip edebilirse de iştirak müşaviri, müşavir olduğu kişi adına onun iştirakı olmaksızın dava açamaz, onun aleyhine açılan davayı da tek başına yürütemez. İştirak müşavirliğinde birlikte dava açmaları, aksi halde müşavirin yazılı izni, kendisine müşavir tayin edilen kişinin ise temsil yetkisi vermesi zorunludur.”⁵⁶

ifadeleriyle, öğretiyile aynı çizgiye gelmiştir.

Danışmanlık altındaki kimse malvarlığının yönetimine ilişkin şeyler hakkında artık tasarrufta bulunamadığı gibi borç altına girmek suretiyle de bu malvarlığını sorumlulukla takyit edemez; danışan, taşınmazlarını bizatihi ne adi kiraya veya hasılat kirasına verebilir, ne de istisna şirket veya karz mukaveleleri akdedebilir.⁵⁷

Yukarıda anlatılanlardan kendisine idare danışmanı atanmış kimsenin mal varlığıyla ilgili işlemleri hiçbir şekilde yapamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. İdare danışmanı somut olayın özelliklerine göre atandığı kişiye izin veya icazet vermek suretiyle atandığı kimsenin işlemleri yapmasına izin verebilir. Bütün danışmanlık türlerinde asıl gaye kişinin korunması amacıyla bazı işlemlerin yasal danışman kontrolünde yapılmasıdır. Eğer danışman uygun görüyorsa dolayısıyla işlem ilgilinin malvarlığı açısından bir tehlike oluşturmuyorsa kendisine yasal danışman atanmış kişi de bu işlemleri yapabilir.

Acaba, idare danışmanının maddenin birinci fıkrasında dokuz bent halinde sayılan muamelelerin yapılmasında da izni aranacak mıdır? MK 429/1. maddede belirtilen muamelelerden somut olayın özelliklerine göre malvarlığının yönetimi ile ilişkilendirebileceğimiz işlemler bakımından idare danışmanının müdahale yetkisine sahip olduğunu kabul edebiliriz; fakat kendisine idarî danışman tayin edilen kişi, malvarlığının geliri ve kendi kazancı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğinden bu

⁵⁶ Yargıtay 2. HD. 26.04.1994 tarih, 1994/5506 sayılı kararı (Özüğür, a.e. ,s.1128)

⁵⁷ Egger, a.e. , s.415

gelir ve kazançlarla MK 429/1. maddede belirtilen muamelelerden malvarlığının yönetimi ile ilişkilendireceğimiz işlemleri de danışmanın müdahalesi olmaksızın gerçekleştirebilir. Aksine bir yorum maddenin anlamını değiştirir ve kişinin bağımsız tasarrufu hiçbir şekilde söz konusu olmaz.⁵⁸

Eğer kişi idare danışmanının iznini almadan malvarlığının özü üzerinde bir tasarrufta bulunmuşsa MK'nın 451. maddesinin kıyasen uygulanacağı ve idare danışmanı izin vermezse işlemin geçersiz olduğu savunulmuştur.⁵⁹

Buna karşılık “fiil ehliyetsizliğin malvarlığına münhasır olması ve kendisine danışman atanan kişinin bunun dışındaki iltizama ehil olması sebebiyle; danışmanın işleme icazeti olmadığı için işlemin ortadan kalkmayacağı sadece kendisine idare danışmanı atanan kişinin serbest tasarrufunda olan miktarını sınırlarına kadar geçerli olacağı” da öne sürülmüştür.⁶⁰

Gerek idare danışmanlığında gerekse katılım danışmanlığında korunan hukuki yararın aynı olması (kişinin malvarlığının korunması) ve dolayısıyla iki danışmanlık türünün de yegâne gayelerinin aynı olması karşısında, kendisine danışman atanan kişinin yaptığı işleme icazet verilmemesi durumunda işlemin, idare danışmanlığında kısmen de olsa geçerli; katılım danışmanlığında ise tamamen geçersiz saymanın hukuki olmayabileceği kanaatindeyim. Dolayısıyla idare danışmanlığında da danışmanın işleme icazet vermemesi halinde işlemin bağlayıcılığı sona erer.

Medeni Kanunun 429. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde ki “gelirlerinde dilediği gibi tasarruf hakkı saklı kalmak üzere” ibaresinden de anlaşılacağı üzere kişinin malvarlığı üzerindeki yönetim yetkisinin kaldırılmasının kişinin menfaatine olduğu kanısına varılıp kişiye bir idare danışmanı atansa bile, bu kişi malların gelirlerinde dilediği gibi tasarruf edebilir.

⁵⁸ Öztan, a.e. , s. 318

⁵⁹ Dural/Öğüz, a.e. , s. 62

⁶⁰ Egger, a.e. , s.415

Görüleceği üzere kendisine idare danışmanı atanan kişinin fiil ehliyeti, bu gelirler bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın devam eder. Buna karşın kendisine idare danışmanı atanan kişi bu gelirleri bizzat tahsil edemez; ancak çalışmaktan, maaş, ücretten elde edilen gelir ile müstakil bir meslek veya sanatın icrasından meydana gelen gelir, danışmanlık altındaki kimseye bırakılır ve o, bu geliri bizzat tahsil eder.⁶¹

Medeni Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere kendisine idare danışmanı atanan kişiler, bankaya yatırılan paranın faiz geliri, çalışmasının karşılığı olarak kendisine ödenen para, kendisine düzenli olan ödenen sigorta ödemeleri üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilir.

Kendisine idare danışmanı tayin edilen kişi, geliri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabildiğinden, bu gelir üzerinde hibe yapmakta da serbesttir; buna karşılık, malvarlığının özünü ilgilendiren bir alacak hakkını takibe yetkili değildir; meselâ, kiracıdan kiranın kendisine ödenmesini talep edemez; ancak, yasal danışmanın almış olduğu kirayı, ondan talep edebilir.⁶²

İdare danışmanı, kişinin özgür tasarrufuna bırakılmış olan serbest mallardan Medeni Kanunun 429. maddesinin 2. fıkrasındaki görevlerini gereği gibi yapabilmesi için gerekli olan kısmını danışmandan talep edebilir; özellikle bu gelirlerden ileride gereklilik duyulacak tedarikler, yenilemeler için gerekli karşılıklar ayırt edilmelidir.⁶³

Yasal danışman atandığı kişinin malvarlığının özünü idare etme yetkisi yasal danışman için önemli ve sorumluluk gerektiren bir görevdir. Bu sebepten dolayı yasal danışman, atandığı kişi malvarlığına bakım ve itina göstermelidir. Bakım ve itina, yalnız mevcut olan malvarlığının özüne değil bu arada bu malvarlığına dahil olmuş terekeyi de kapsar⁶⁴.

⁶¹ Egger, a.e. , s. 416

⁶² Öztan, a.e. , s.318

⁶³ Egger, a.e. , s. 417

⁶⁴ Egger, a.e. , s. 418

Dava ve icra takibi işlerinde de temsil idare danışmanına aittir. Himayesi altında bulunan kimse namına, onun arzusu hilafına olarak da takipte bulunur; hem de bu takip yalnız sermaye alacaklarına münhasır olmayıp, adi kira ve hasılat kirası bedelleri gibi malların gelirlerini de kapsar.⁶⁵

Medeni Kanununun 460/2. maddesinde, bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş olan kayyımın, malvarlığının yönetim ve gözetimi için gerekli olan işler dışındaki işleri yapabilmesi için temsil olunanın vereceği özel bir yetkinin varlığı veya temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının izni aranmıştır. Acaba kişinin malvarlığının özünü yönetmekle görevlendirilmiş olunan idare danışmanı da malvarlığının yönetimi ve gözetimi için gerekli olan işler dışındaki işleri yapabilmesi için böyle bir yetkiye muhtaç mıdır?

İdare danışmanlığında, malvarlığının gelirleri üzerindeki hakimiyeti dışında malvarlığının idaresiyle ilgili olağan işlemler bakımından bile fiil ehliyeti sınırlandırılmış bir kimseden bunun üzerinde öneme sahip işlemler bakımından yasal danışmanın, izin istemesi hukuki tutarlılıktan uzaktır.

Normal yönetimi aşan işlemler bakımından idare danışmanının vesayet makamlarından izin alması hususunda ise öğretide de bu tür muamelelerde, vasinin bile vesayet makamının iznine muhtaç olduğu gerekçesiyle, idare danışmanının da bu gibi işlemler için MK 462- 463 gereği vesayet dairelerinden izin alınması gerektiği savunulmuştur⁶⁶

Buna karşılık Özmen; vesayet dairelerinden izin alınması hususunda katılım danışmanı ve idare danışmanı arasında bir fark gözetmeden, tüm yasal danışmanlık türlerinde, yasal danışmanın MK 462 ve 463. maddede ki işlemler söz konusu

⁶⁵ Egger, **a.e.** , s.418

⁶⁶ Egger, **a.e.** , s.422; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.e.** , s.732

olduğunda vesayet dairelerinin izninin gerekliliğini savunmuştur. Yazarın gerekçesi şöyledir:

“ Çok azıda kapsar kuralı gereği, vasilerin MK 462-463. maddelerine göre vesayet makamlarından izin alınmaları kural ve gereği yasal danışmanlar içinde uygulanmalıdır. Yasal danışmanın verdiği oydan kendisini atayan yargıcında haberdar olması bu işlemin doğal sonucu olarak kabul edilmelidir. Bu itibarla yasal danışmanın yapılan ve yukarıda belirtilen muamelelerden dolayı vesayet makamlarının iznini almasında isabet bulunduğu gibi bu durum kendisine yasal danışman tayin edilen şahsın da lehinedir. Atanan yasal danışman MK 462 ve 463. maddeler uyarınca yapılan işlemlerde oyunu kullanırken, görüşünü bildirirken veya oyunu kullandıktan sonra yapılan işlemlerin bir de yargıç denetiminden ve nezaretinden geçmesini sağlamak, yanlışlık varsa dönülmesini ve düzeltilmesini yine yasal danışman atanan şahsın büyük zararlara uğramamasını temin etmek ve yasal danışmanın hak ve adalet ilkelerine ve gerçeklere uygun bir biçimde oyunu kullandığını görüp buna göre yapılan muamele için izin veya sormadan icazet almak suretiyle veya yapılan işlemi sonradan onaylayarak geçerlilik kazanmasını sağlamaktır. Bu şekilde yasal danışmanlıkta görülen eksikliğin bu şekilde giderilmesinde yasanın mana ve ruhuna aykırı bir durum bulunmamaktadır. Zira yasal danışman tayini demek tam fiil ehliyetinin daha dar anlam ve ölçüde kısıtlanması demektir. Yargıç kısıtlanması istenen kişinin ehliyetini vasi tayinini gerektirecek biçimde daha geniş ölçüde değil de biraz daha dar ölçüde sınırlamaya gitmiş ve bunun sonucu olarak da sınırlı ehliyetli şahsa bir yasal danışman tayin edilmesini uygun bulmuştur. Bunlar göz önünde tutulduğunda yasal danışmanların işlemin yapılmasından önce ve muamelenin yapılması sırasında oyunu kullanıp mahkemeye giderek yapılan işlemlerin müspet veya menfi şekilde tezahür edişini tüm sebepleriyle birlikte açıklayarak yargıçtan o muamele hakkındaki müspet veya menfi oyu konusunda izin veya tasvip istemesi kurumun yapısına daha uygun olur mu diye düşünmek elbette doğrudur. Ama hukuksal bir kurumu yargı denetiminden uzak veya ayrı tutmak tasvip edilecek bir durum sayılamaz. Aksi halde yasal danışman oyunu kullanırken vesayet organlarının denetiminden uzak kalmış, denetim dışı tutulmuş olur. O zaman ise vesayet organı sayılması keyfiyetiyle bu hal asla bağdaşmaz.”⁶⁷

Bize göre, kanunun lafzi yorumundan yola çıkarak da olsa amaçsal yorumdan yola çıkılarak da olsa, yasal danışmanın MK 429/1. maddedeki katılım işlemi nedeniyle ve 429/2. madde gereği danışanın malvarlığının özünü idare etmesi nedeniyle yaptığı işlemlerde vesayet makamlarının da iznine muhtaç bırakmak mümkün değildir.

Amaçsal yorumdan yola çıkamayız, çünkü yasal danışmanlık kurumunun amacı kişinin malvarlığını korumak olduğu kadar, vesayet kurumunun fiil ehliyetini tamamen kaldıran, kişinin elini kolunu bağlayan bürokratik mahsurlarından kişiyi

⁶⁷ Özmen, a.e. , s.486

kurtarmaktır. Dolayısıyla yasal danışmanlığın vesayetten ayrı sui generis (kendine özgü) bir vesayet uzvu olduğu düşünülduğünde danışanı, vasilikte olduğu gibi vesayet makamının da iznine muhtaç bırakmak danışmanlık kurumunun fiil ehliyetine daha sınırlı müdahale prensibiyle bağdaşmaz.

Lafzi yorumdan da böyle bir sonuca varamayız çünkü Medeni Kanunun hiçbir maddesinde danışanı vesayet makamlarının da iznine muhtaç bırakan bir ima olmadığı gibi kanun koyucunun vesayet makamlarının da iznini aramak gibi bir gayesi olsa MK 429/1. madde işlemleri teker teker saymaması gerekirdi. Yasal danışmanın izin veya icazet suretiyle katıldığı veya idare ettiği işlemlerde vesayet makamının da iznini almamasının keyfiliğe yol açacağı görüşüne de katılmamaktayım. Zira danışan veya diğer ilgili kişiler yasal danışmanın işlemleri sonucu zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalırlarsa her zaman yasal danışmanı vesayet makamına şikâyet hakları vardır, bu da yasal danışmanın keyfi davranmasını önlemek için yeterli bir önlemdir.

Son olarak idari danışmanlıkla ilgili belirtilmesi gereken, danışan, malvarlığının sermaye unsurunun sağladığı ürün ve gelirler üzerinde serbestçe tasarruf olanağına sahip olsa bile bu ürün ve gelirlerin toplanması faaliyeti bir yönetim faaliyeti olarak yasal danışman tarafından yerine getirilir ve idari danışman bu gelirden olağan yönetim giderlerine harcanacak kısmı alıkoymadan sonra, danışan geri kalan üzerinde özgürce tasarruf edebilir.⁶⁸

C. TAM DANIŞMANLIK

Tam danışmanlık, Medeni Kanunumuzda düzenlenmemiş olmasına rağmen öğretilde⁶⁹ ve uygulamada kabul görmüş bir kurumdur.

⁶⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.e.** , s.733

⁶⁹ Öztan, **a.e.** ,s. 319; Akıntürk, **Aile Hukuku**, Beta, 2006, s. 517

Nitekim Yargıtay da bir kararında⁷⁰: “Bir kimseye gerekiyorsa hem oyuna başvurulmak ve hem de yönetime katılmak üzere her iki danışmanlığın yetkilerini kullanabilmek üzere danışman atanabilir.” tarifiyle tam danışmanlığa cevaz vermiştir. Tam danışmanlık, katılım danışmanlığıyla, idare danışmanlığının toplamından oluşan bir danışmanlık türü olduğu için, tam danışmanlık için karma danışmanlık terimini de kullanabiliriz.

Eğer somut olayda kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gereken kişiye katılım danışmanı atanması veya idare danışmanı atanması araç-amaç uygunluğu açısından yetersiz kalıyorsa, ilgiliye MK 429/1 ve 429/2. maddeleri bünyesinde toplamış bir tam danışman atanabilir.

Şüphesiz, tam danışman atanması için öncelikle yasal danışman atanması için önceki başlıklarda anlattığımız, şartların mevcudiyeti şarttır. Daha sonra, bu şartların varlığına rağmen katılım danışmanın da, idare danışmanın da atanması kişinin korunması açısından yetersiz kalıyorsa hâkim, tam danışman ataması yoluna gidebilir.⁷¹ Yalnız hâkimin böyle bir durumda, tam danışman atamadan önce, somut olay adaleti çerçevesinde himayeye muhtaç kişi açısından vasi tayininin mi, yoksa tam danışman tayininin mi daha isabetli olacağını araç-amaç uygunluğu çerçevesinde titizlikle incelemelidir.

Zira tam danışman atanması halinde danışan kişi hem MK 429/1. maddede ki katalog muameleler yönünden, hem de 429/2. fıkradaki malvarlığının özünün idaresi yönünden fiil ehliyeti sınırlanmış olacak ki, bu durum vesayetle danışmanlık arasındaki farkları minimuma indirmiş olacaktır.

⁷⁰ Yargıtay 2. HD. nin 23.03.1994 t. , 1994/2859 k. Sayılı kararı; (Özmen, **a.e.** , s.510)

⁷¹ Tam danışmanlığın söz konusu olacağı hallerde çoğu zaman kısıtlanma şartlarının da gerçekleşeceği ve bu sebeple kişiye vasi atanması gerektiği yönünde aksi fikirde: Oğuzman/Dural, **a.e.** , s. 525

Buna karşılık, kendisine tam danışman atanan kişi sınırlandırılmış da olsa fiil ehliyetini muhafaza ederken, kendisine vasi atanmış kimse bu ehliyetini kaybeder ki; bu uygulayıcılar açısından mecbur kalmadıkça, vasi yerine tam danışman atamanın daha faydalı olabileceğine karine teşkil eder.

Kendisine tam danışman tayin edilen kimse, vasi tayin edilenin aksine ikametgâhını serbestçe seçebilir, kimseye danışmadan özgürce istediği işi icra edebilir.

Tam danışman, kişinin malvarlığının özünü idare edecek ve 429. maddenin birinci fıkrasında yer alan muamelelerin yapılması halinde onların geçerli olması için izin ve icazet vermek suretiyle işleme katılacaktır. Kendisine tam danışman tayin edilen kişi, Medenî Kanun'un 429'uncu maddesinin birinci fıkrasında sayılan muameleler haricindeki işlemleri ise tek başına yapacaktır.

Eğer kişinin fiil ehliyetinin sınırlanması açısından yasal danışmanlık kurumunu bir derecelendirmeye tabi tutarsak, en özgürlükçü rejimin katılım danışmanlığı olduğunu, ondan sonra idare danışmanlığı geldiğini, en kısıtlayıcı rejimin ise tam danışmanlık olduğunu görürüz.

Zira katılım danışmanlığında danışan, MK 429/1. madde ki muameleler haricinde fiil ehliyetinde herhangi sınırlama olmaksızın özgürce hareket ederken, idare danışmanlığında geliri hariç tutulmak üzere malvarlığının özü üzerindeki idare ehliyeti kaybolurken; tam danışmanlıkta danışan hem MK 429/1. madde ki muameleleri tek başına yapma hem de malvarlığının özünü idare etme ehliyetini kaybederek, özgürce hareket serbestisini önemli ölçüde yitirmiştir.

Tam danışman tayini halinde danışan, malvarlığının geliri üzerindeki tasarruf hakkı yine saklı kalır, fakat bu gelire MK 429/1. maddedeki işlemlerden birini yapmak isterse yine tam danışmanın izin veya icazetini almakla yükümlüdür.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
YASAL DANIŞMAN TAYİNİNDE USUL,
YASAL DANIŞMANIN SORUMLULUĞU
VE
YASAL DANIŞMANLIĞIN SONA ERMESİ

I. YASAL DANIŞMAN TAYİNİNDE USUL

741 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 381. maddesi “Vasi tayininde usul ne ise kayyım hakkında da odur” hükmünü öngörmüştü; buna karşın Türk Medeni Kanununun 431. maddesi mülga kanundan farklı olarak yasal danışmanlığı da kapsamına alarak “ Vasinin atanması usulüne ilişkin kurallar, kayyım ve yasal danışman atanmasında da uygulanır.” hükmünü sevk etmiştir. Görüleceği üzere bu madde 741 sayılı Türk Kanunu Medenisinden farklı olarak yasal danışman atanmasındaki usulü de belirlemiştir. Bu maddenin yollamasıyla MK 413/1 gereği yasal danışman atanmasında görevli mahkeme vesayet makamıdır.

Pekala bu vesayet makamı coğrafi olarak hangi yerdeki vesayet makamıdır? Sorunun cevabı için Medeni Kanunumuzun kayyım atanması hususundaki yetki halini düzenleyen 430. maddesi bize yol göstermektedir. Dolayısıyla, yasal danışman atanmasında yetkili mahkemeyi belirlerken MK 430. maddeyi kıyasen uygulamak suretiyle ikili bir ayırımı gitmek gerekir.

Buna göre, katılım danışmanlığında yetkili mahkeme kendisine katılım danışmanı atanmış kişinin yerleşim yeri vesayet makamıdır. İdari danışmanlıkta ise, yetkili makam, idare edilecek malların büyük bölümünün yönetildiği veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğu yer vesayet makamıdır.

Yasal danışman atanmasında uygulanacak olan usul basit yargılama usulüdür Kendisine yasal danışman atanacak şahıs diğer ilgililer gibi kendisine danışman atanmasını dilekçe ile isteyebilir; onun yakınları veya hukuki işlemin tarafları bilhassa MK 429. madde de sayılan işlemlerin tarafları veya bunlardan birisi mahkemeye dilekçe ile başvurarak karşı taraftaki şahsa, koşulları mevcutsa yasal danışman atanmasını isterler.¹ Pekala kişinin kendisine yasal danışman atanmasını bizzat istemesi halinde, başka bir ilgilinin buna müdahale etme hakkı var mıdır? Yasal danışman atanmasının bir çekişmesiz yargı faaliyeti (talebinin amacı kişinin muhtemel zararlardan korunmasıdır ve ilgililer arasında hakiki anlamda bir ihtilaf yoktur) olması ve diğer ilgililerin (mesela korunmaya muhtaç kişinin eşinin) kısıtlanacak kimseye karşı bir subjektif haklarının olmaması nedeniyle bu kimselerin (diğer ilgililerin) mahkeme tarafından verilen danışman atama kararına karşı da bir subjektif kurucu hakları yoktur,² bu gerekçelerle soruya yanıtımız olumsuz olacaktır.

Kendisine yasal danışman atanacak olan kimsenin dinlenilmesinde fayda vardır. Zaten Medeni Kanunumuzun 409/2. maddesi de bu yöndedir.

Önüne yasal danışman atanması talebi gelen vesayet makamının, araştırması gereken en önemli hususlardan biri kişinin himayeye muhtaç olup olmadığı hususudur. Bu husus ise hukuki olmaktan öte tıbbi bir konudur. Bunun için kendisine yasal danışman atanması istenen şahsın himayeye muhtaç olup olmadığı hususunda uzman doktorlardan veya adli tıp kurumundan rapor istenmelidir.

Nitekim Yargıtay da bu konuya duyarlılık göstererek şöyle bir sonuca varmıştır:

“... verilen karar hükme yeterli bir sorduşturmaya dayanmadığı gibi, esasen müşaverete muhtaç olma durumu Adli Tıp kurumu raporu ile açıklığa kavuşturulmadan sonuca gidilmiştir

Hal böyle olunca, dosyanın Adli tıp Kurumuna gönderilmesi; temlik işlemin yapıldığı

¹ Özmen, a.e. , s. 488

² Kuru, **Nizasız Kaza**, Ankara ,1961, s. 83-84

tarihte davacı Emre'nin müşavereye muhtaç olup olmadığının kurum raporu ile saptanması; ondan sonra anılan hukuki sebep değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlığı gerekçe ile hüküm kurulması isabetsizdir.

SONUÇ : Davalının temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerden ötürü H.U.M.K.'nun 428.maddesi uyarınca BOZULMASINA, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine 22.5.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.³

Vesayet makamı, yasal danışman atanması ile ilgili davalarda hemen delilleri toplayacak, kendisine yasal danışman atanacak kişinin yarar ve mallarının korunması için gerekli tedbirleri alacak, tapulu taşınmazların devrinin önlenmesi için tapu sicil müdürlüğüne yazı yazacak, bozulacak mallar varsa satacaktır.⁴

Yasal danışman atanması istemlerinde danışman atanması gerekliliği her türlü delillerle kanıtlanabilir.⁵

Hakim yasal danışman atanması hususunda MK 406. maddedeki şartların oluşmadığı kanaatine varmışsa ve yasal danışman atanması hususunda sağlık kurulu raporu söz konusuysa himayeye muhtaç kişiye yasal danışman atayacaktır.

Yasal danışman atanması MK 429. maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere ergin bir kişinin menfaatineyse yapılır. Bu yararın güncel bir yarar olması gerekir

³ Yargıtay 1. HD. , 22.5.2002 Tarih, 2002/6528 k. Sayılı kararı (Özüğür, **a.e.**)

⁴ Özüğür, **a.e.** , s. 876

⁵ “Davacı vekili06.10.1.998 tarihli duruşmada dinletmek istediği tanıkları olduğunu bildirmiş ve mehil istemiştir.

Mahkeme, tanık dinlenilmesine davalı vekilinin karşı koyduğunu gerekçe göstererek, davacı vekilinin tanık dinletme yolundaki talebinin reddine karar vermiştir.

Dava Medeni Kanununun 379/2. maddesine dayalı kanuni müşavir tayinine ilişkindir. Davacı babası Z.A. ya taşınmazlarını satarken kendisinin reyini almak üzere müşavir olarak atanmasını istediğine göre davacıya dilekçesinde yer alan iddialarını ispat zımında tanık dinletme imkanı verilmeli ve bildirdiği taktirde, tanıkları dinlenerek tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmelidir. SONUÇ: Kararın yukarıda açıklanan sebeple BOZULMASINA... oybirliğiyle karar verildi” Yargıtay 2. HD. 10.02.1999 gün E. 133370- K. 850 , (ÖZÜĞÜR, **a.e.** ,s.1126)

Düzeltilme

yoksa ileride doğacak veya mirasçılarının elde edeceği bir menfaat için yasal danışman atanması yoluna gidilemez:

“ Hükmüne uyulan bozma ilamı gereğince yapılan inceleme ve soruşturma sonucu davalı için Medeni Kanununun 356. maddesindeki israf (savurganlık kazançla ve gelire uygun olmayan gereksiz harcama alışkanlığı) kötü idare(bir kimsenin bilgi eksikliğinden ya da aczinden dolayı ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek idaresizlik) gibi hallerinin olmadığı gerçekleşmiştir. Mahkemece de öyle kabul edilmiştir.

Medeni Kanununun 379. maddesinde “ hacrine kâfi sebep bulunmamakla birlikte medeni haklarını kullanma salahiyetinden kısmen yoksun bırakılması menfaati icabı bulunan reşide müşavir tayin edilir.” Kendisine müşavir tayin edilen C.E. nin başkalarının yardımı ile kalkabilmekten başka eksik hali yoktur. Davalı olduğu yerden mallarının idaresini kimseye bırakmaksızın işlerinin gelirini ve giderini takip edebilmekte ve giderlerinin artırabilmektedir.

Büyük malvarlıkları ancak bir merkezden idare edilir. Fizik sakatlık sebebiyle devamlı yardıma ve özene ihtiyaç duyma o kimse için Medeni Kanununun 379.maddesinin uygulanmasını gerektirmez. Diğer yandan **kanuni müşavir tayini sadece ilgili şahsın menfaati gerektiriyorsa söz konusu olur yoksa ileride mirasçılarının elde edeceği yararların artırılması ve korunması amacıyla müşavir tayin edilemez.** O halde C.E. nin mirasçılarının menfaatini koruması nedeniyle müşavir tayinine karar verilmesi yasaya aykırıdır.”⁶

Vesayet makamı kararında hangi tür danışman atadığını belirtmelidir. Kişinin malvarlığına yönelik ciddi ve güncel bir tehlike mevcut bulunmadığı sürece, hakim idare danışmanı değil, katılım danışmanı atamalıdır.⁷

Daha öncede belirttiğimiz gibi hakim muhakeme sonunda yasal danışma atanması istenen kişinin daha yaygın bir korumaya ihtiyacı olduğunu düşünüyorsa ya da salt katılım danışmanın ya da salt idari danışman atamanın ilgilinin korunması açısından yetersiz kalacağı kanaatindeyse tam danışman atamalıdır.

Vesayet makamı yasal danışman atanması için gerekli şartların tamam olduğu kanaatine haiz olmuşsa, Medeni Kanununun 414. maddesi gereği, haklı sebepler engel

⁶ Yargıtay 2. HD. 28.05.1996 gün e.3843, k.5695 (Özüğür, a.e. , s.1126- 1127)

⁷ Dural/Öğüz, a.e.

olmadıkça, himayeye muhtaç kişinin eşini veya yakın hısımlarında birine öncelik vermek ve ergin olmaları şartıyla ilgiliye yasal danışman atar.

Vesayet makamı kendisine yasal temsilci atanan kişiye ve yasal danışman olarak atanan kişiye kararı tebliğ eder. Buna karşın atanmaya ilişkin bu karar ancak vesayet makamı gerekli görürse ilan olunur (MK 431/2). Ancak yasal danışman atanmasına ilişkin kararın ilanında hem yasal danışman atanan kişinin hem de idari makamların yararı vardır.

4721 sayılı Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girmesinden önce ilan hususunda vasi atanmasına ilişkin Türk Kanunu Medenisinin 360. Maddesi hükmü uygulandığından, yasal danışman atanmasına ilişkin kararın ilanı gerekiyordu. Buna karşılık yürürlükteki 4721 sayılı kanun yasal danışman atanmasına ilişkin kararın ilanında mülga kanundan farklı olarak hakime takdir yetkisi vermiştir.

Vesayet makamı yasal danışman atanması ile ilgili kararın ilanını gerekli görürse bu karar MK 421/2 gereği hem kendisine yasal danışman atanan kişinin yerleşim yerinde hem de nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan olunur.

Yasal danışman atanan kişilerde kaçınma, itiraz nedenleri, görevi kabul yükümlülüğü hükümleri buna ilişkin kararın verilmesi, görev teslimi ile ilgili hükümler kıyasen uygulanacaktır. Bunun haricinde yasal danışmanın sıfatına karşı yapılan itirazları ve yasal danışmanın ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini inceleme görevi öncelikle vesayet makamı (varsa Aile Mahkemesine) onun kabul etmemesi halinde ise denetim makamına aittir. Nitekim Yargıtay da bir kararında konuyu şu şekilde açıklığa kavuşturmuştur:

“1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yasal danışman atamaya ilişkin temyiz itirazları yersizdir.

2-Türk Medeni Kanununun 422. maddesi gereğince yasal danışmanın sıfatına karşı yapılan itirazları veya yasal danışmanın ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini (özürleri) inceleme görevi öncelikle vesayet makamı Aile Mahkemesi'ne onun kabul etmemesi halinde denetim makamına aittir. Türk Medeni Kanununun 397. maddesinde belirtilen denetim

makamı görevi; varsa bir sonraki Aile Mahkemesince yoksa o yerdeki Asliye Hukuk Mahkemesince, Asliye Hukuk Mahkemesi derecesinde başka mahkeme yoksa en yakın yerdeki Aile Mahkemesi veya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesince yerine getirilir. (4787 sayılı AMKGHK md. 2/2 ve 7/2) Öyle ise yasal danışmanın şahsına yönelik itiraza ilişkin dilekçenin açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip, vesayet makamınca itiraz ve özür nedenleri yerinde görülmediği takdirde dilekçenin görev yönünden reddi ile denetim makamınca bu konuda kesin bir karar verilmek üzere dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Sonuç: 1-Hükmün yasal danışman atanmasına ilişkin bölümünün 1. bentte gösterilen nedenle ONANMASINA,

...Yasal danışmanın şahsına yönelik itirazla ilgili olarak, dilekçenin görev yönünden reddi ile dosyanın mahkemesine GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 29.1.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi.”⁸

Belirtmek gerekir ki 4787 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrası, 5133 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun⁹ 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Şu halde, yasal danışmanın görevden alınması isteğinin reddine yönelik vesayet makamının kararına karşı, bu düzenlemeden önce olduğu gibi, Medeni Kanunumuzun 431. maddesinde vasi atanması usulüne ilişkin kurallara yapılan yollama uyarınca, denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinde itiraz edilebilir. Denetim makamının kaçınma ve itiraz ile ilgili hükümleri kesin olacak, bu konularda temyiz yoluna başvurulamayacaktır.¹⁰

Buna karşılık, denetim makamının verdiği kararın temyiz edilemeyeceği ileri sürülse ve bu doğrultuda muhalefet şerhleri de olsa Yargıtay bir kararında bu tür kararların da temyiz edilebileceğine hükmetmiştir.

Karar, özetle şu şekildedir:

⁸ Yargıtay 2. HD. , 29.01.2004 T. , 2004/1099 sayılı karar (Özüğür, **a.e.** , s.1122)

⁹ **R.G.** 20.04.2004, S. 25439

¹⁰ Özüğür, **a.e.** , s. 876

“Kural olarak ilk derece mahkemelerinin vermiş oldukları bütün nihai kararlar temyiz edilebilir (H.U.M.K.nun 427/1).

Hangi kararların temyiz edilemeyeceği aynı kanunun 427/2. maddesinde ve özel bazı kanun hükümleriyle belirlenmiştir.

Vesayet hakkındaki hükümler, kıyasen kanuni müşavirler hakkında da uygulanır.

Kanuni müşavirin şahsına itiraz veya müşavirin ileri sürdüğü özürleri inceleme görevi öncelikle Sulh Hakimine, onun kabul etmemesi halinde mahalli Asliye Mahkemesine aittir.

Asliye Mahkemesi tarafından verilen kararlar nihai kararlar olup, istisnai olarak temyizi kanun ile de önlenmediğinden temyiz incelemesine tabidir.

(Y.2.H.D. 28.11.1991 tarih 12271- 14715 sayılı karar)

Bu nedenle hükmün, temyiz incelemesine tabi olduğuna oyçokluğu ile karar verildikten sonra, esas yönden incelenmesine geçilmiştir.

2 - Hükmün esas yönünden temyizine gelince:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün (ONANMASINA) oyçokluğuyla karar verildi,

MUHALEFET ŞERHİ

Vesayet hakkındaki hükümler, kıyasen kanuni müşavirler hakkında da uygulanır.Sulh Mahkemesine yapılan itirazın kabul edilmemesi halinde durumun bir raporla Asliye Mahkemesine bildirilmesi Medeni Kanununun 372/3. maddesi gereği olup, bu konuda Asliye Hukuk Mahkemesince verilen karar kesin olup, temyiz kabiliyeti yoktur.

Nitekim (Y.H.G.K. 25.12.1963 tarih 2/88 esas 95 Karar) sayılı kararında da bu husus öngörülmüştür. Bu sebeple temyiz dilekçesinin incelenmeksizin reddi gerekir. Sayın çoğunluğun kararının bu yönüne katılmıyoruz. Üye: Ferman Kıbnscıklı, Nedim Turhan”¹¹

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2005 tarihli verdiği kararında ise yasal danışman sıfatına ilişkin itirazlarla ilgili denetim makamının kararının kesin olduğunu belirtmiştir:

“ Temyiz isteği, hem yasal danışmanlık kararının esasına hem de atanan yasal danışmanın sıfatına itiraza ilişkindir.

1- Yasal danışmanın sıfatına yönelik itiraz, Türk Medeni Kanununun 422. maddesi

¹¹ Yargıtay 2 HD. 21.04.1994 t. , 1994/4093 k. sayılı kararı (Kazancı Bilişim)

gereğine vesayet makamı tarafından, incelenerek yerinde görülmemiş ve denetim makamınca da bu konuda bir karar verilmemiş olup denetim makamının bu konudaki 27.04.2005 tarihli itirazın incelenmesine yer olmadığına,

2- Yasal danışmanlık kararının esası hakkındaki temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni geciktirici sebeplere ve özellikle Türk Medeni Kanununun 406. maddesinde yer alan kısıtlama sebeplerinin varlığının iddia ve ileri sürülmemiş olmasına göre hükmün ONANMASINA oybirliğiyle karar verildi.”¹²

Söz konusu kararın daha yeni bir karar olması sebebiyle, artık Yargıtay’ın denetim makamının yasal danışmanın sıfatına itiraz hususunda verdiği kararların temyize tabi olmadığı görüşünde olduğunu söyleyebiliriz.

Özellikle yasal danışmanla, vasi arasındaki ince çizginin tespiti açısından sağlık kurulu raporu önem kazanmaktadır. Maalesef uygulamada kişinin fiil ehliyetini kullanma özgürlüğü bakımından daha elverişli olmasına rağmen vasi atandığına rastlanılmaktadır. Yargıtay bir kararında bu durumu şu şekilde eleştirmiştir: “... Toplanan delillerle Türk Medeni Kanununun 406. maddesi koşulları oluşmamış ise de; İskenderun Devlet Hastanesi Sağlık Kurulunun raporu ile ilgiliye yasal danışman atanması gerektiği bildirilmiştir. Davalıya yasal danışman atanacak yerde (TMK 429) yazılı şekilde vasi atanması bozmayı gerektirmiştir.”¹³

II. YASAL DANIŞMANIN SORUMLULUĞU

Yasal danışman; daha önce de belirtildiği gibi bazı sebepler neticesinde kendi işlerini bizatihi yapması sakıncalı görülen şahsın korunması amacıyla kanunda sınırlı sayı prensibine bağlı olarak belirtilen bazı işlemlerde ona yol göstermesi için atanan kişidir. Diğer vesayet hukuku kurumlarında olduğu gibi yasal danışmanlık da bir

¹² Yargıtay 2 HD. , 21.7.2005 tarih 9066- 11717 sayılı karar (Özüğür, a.e. , s.1121)

¹³ Yargıtay 2 HD. 06.03.2003 t. ,1774- 3048 sayılı karar (Özüğür, a.e. , s.1123)

koruma kurumudur. Bunu gereği olarak da yasal danışman, yol gösterme ve koruma ile yükümlü olduğu korunmaya muhtaç kişinin haklarına riayet göstermelidir.

Kendisine verilen bu koruma yükümlülüğüne zarar vermesi halinde sorumluluğunun ne olacağı hususunda, Medeni Kanunun Yasal Danışmanlık ile ilgili bölümünde özel bir hükme rastlanılmamaktadır. Tabii ki bu yasal danışmanın danışman olarak atandığı kişinin haklarına hanel getirmesi durumunda bir yaptırımla karşılaşmayacağı anlamına gelmez. Böyle bir durumda görevini kötüye kullanmak suretiyle danışman olarak atandığı kişiye zarar veren yasal danışman, vesayet organlarının sorumluluğunu düzenleyen Medeni Kanunumuzun 466-469. maddeleri hükmünce zararı tazminle mükelleftir.

Yasal danışmanın, korunması gereken bir kişiye destek amacıyla atanması, yaptığı işi önemli ve bir o kadar da yaptığı işte sorumlu kılar. Yasal danışmanlığın vesayet hukuku açısından gösterdiği öneme rağmen maalesef daha önce açıkladığımız nedenlerle, yasal danışmanlık, kayyımılık ve vasilik gibi ayrıntılı olarak düzenlenmemiş, dolayısıyla yasal danışmanın sorumluluğuyla ilgili herhangi bir madde kanuna konmamıştır. Bu yüzden danışmanlık kurumunun vesayete olan yakınlığı nedeniyle, vasiinin sorumluluğu hakkında konan hükümleri bünyesi uydukça yasal danışmanın sorumluluğuyla ilgili hükümler olarak uygulayabiliriz.

Her ne kadar yasal danışmanlık kanunda vesayet organları arasında sayılmamışsa da daha önce belirttiğimiz gibi gerek öğreti gerekse uygulama yasal danışmanlığı vesayet organlarından biri olarak kabul ettiğinden vesayet organlarının sorumluluğunu düzenleyen Medeni Kanunun 466. ve 467. maddeleri tereddütsüz uygulayabiliriz.

Buna göre yasal danışmanın sorumluluğu, Medenî Kanun'un 466'ıncı ve 467. maddesine göredir; yani yasal danışman görevinin gereklerini yerine getirirken iyi bir yönetimin gereklerini yerine getirmez, görevini yerine getirirken kusurlu davranışıyla danışana zarar verirse Medenî Kanun'un 466 ve 467. maddesine göre sorumlu olur. Bu maddeye dayanarak yasal danışmandan tazminat istenebilir.

Yasal danışmanın göreve başlamadan önce bir defter tutması zorunludur. Böylece kişinin malvarlığı tespit edilmiş olur. Yasal danışmanın görevi, danışanın malvarlığını aynen korumak olup, onu artırmak değildir.¹⁴

Yasal danışman belli aralarla hesap verir (MK. 454/2); ayrıca görev sona ererken, nihaî rapor ve kesin hesap vermekle yükümlüdür(MK. 489).¹⁵

Yasal danışmanın sorumluluğunda zamanaşımı konusunda MK 492. maddeyi kıyasen uygulayarak sonuca ulaşılırız. Buna göre sorumlu yasal danışmana karşı açılacak tazminat davası kesin hesabın tebliğ edildiği tarihten itibaren başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. MK 492/2. fıkraya göre de, tazmin ettirilemeyen zararlar için Devlete karşı açılacak tazminat davasının zamanaşımı süresi, zararın vasi, kayyım ve yasal danışmana tazmin ettirilemeyeceğinin anlaşılmasından başlayarak bir yıldır.

III. YASAL DANIŞMANLIĞIN SONA ERMESİ

741 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisine göre yasal danışmanlık asliye mahkemesinin kararıyla sona eriyordu. Buna karşılık 4721 sayılı Medeni Kanunumuzun 477. maddesinin 3. fıkrasına göre “ Yasal danışmanlık, vesayetin kaldırılmasına ilişkin hükümler uyarınca vesayet makamının kararıyla sona erer.” hükmü neticesinde artık yasal danışmanlığın denetim makamının kararıyla değil vesayet makamının kararıyla kaldırıldığını tereddütsüz söyleyebiliriz.

Dava yeni medeni Kanunun yürürlüğe girdiği andan önce bile açılmışsa yine yasal danışmanlığı sona erdirecek merci 4721 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği

¹⁴ Öztan, a.e. , s. 321

¹⁵ Öztan, a.e. , s.321

andan itibaren vesayet makamıdır. Nitekim böyle bir olay Yargıtay'ın önüne gelmiş ve Yargıtay şöyle bir karar vermiştir:

“Davanın açıldığı tarihteki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni kanunla görevsiz hale gelmişse mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekir. Görev kurallarına aykırılık hükmün kesinleşmesine kadar gerek mahkeme gerekse Yargıtay tarafından kendiliğinden (re'sen) gözetilir.Mercii kararının; Dairenin 2.10.2001 gün ve 9921-13063 sayılı ilamiyle kısmen onanmasına kısmen bozulmasına karar verilmişti. Sözü geçen Dairemiz kararının düzeltilmesi istenilmekle, evrak okundu, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR : Karar Asliye Hukuk Mahkemesinden verilmiştir.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanununun, eski Kanunun 421. maddesini karşılayan 477. maddesi "... yönetim kayyımlığının, kayyımın atanmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması veya kayyımın görevden alınmasıyla sona ereceğini..." hükme bağlamıştır.

Yasanın 397/2. maddesinde; "vesayet makamının Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu..." belirtilmiştir.

O halde yönetim kayyımlığının kaldırılmasında görevli mahkeme, vesayet makamı olan Sulh Hukuk Mahkemesidir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olduğundan görev konusunda taraflar için müktesep hak doğmaz (HGK. 24.5.1974 gün 974/5-133-342 sayılı kararı) ve bu halde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 7. maddesi hükmü uygulanmaz. Yeni bir Kanunla kabul edilen görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan geçmişe de etkilidir. Davanın açıldığı tarihteki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni Kanunla görevsiz hale gelmişse, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekir. Görev kurallarına aykırılık hükmün kesinleşmesine kadar gerek mahkeme gerekse Yargıtay tarafından kendiliğinden (re'sen) gözetilir.

Açıklanan sebeplerle, davanın açıldığı tarihteki kurallara göre görevli olan mahkemenin (Asliye Hukuk), yeni Kanunla görevsiz hale geldiğinden, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi için hükmün bozulması gerekmiştir.¹⁶

Kanun maddesinde geçen “vesayetin kaldırılmasına ilişkin hükümler” ifadesinden vasilik görevinin sona ermesine ilişkin MK 479 ve devamı maddelerde ki hükümleri anlayabiliriz.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere yasal danışmanlığın kalkması için her halükarda vesayet makamının kararı zorunludur. Bunun dışında yasal danışman atanmasını gerekli kılan sebeplerin ortadan kalkması da mahkemenin kararıyla yasal

¹⁶ Yargıtay 2. HD. 07.02.2002 tarih 2002/1390 k. Sayılı kararı (Yetik, **Aile Hukuku**, s. 377)

danışmanlığın sona ermesi sonucunu doğurur.¹⁷ Bunun haricinde MK 477/2. maddenin kıyasen uygulanması suretiyle, yasal danışmanın görevden alınması halinde de yasal danışmanlık sona erer.¹⁸

Yargıtay da bir kararında: “Sulh Hakimi kendisine kanuni müşavir (vasi) atanan kimsenin menfaatlerini tehlikede gördüğü anda vazifesinin gereği gibi ifa etmeyen kanuni müşavirin (Vasinin) başka bir kusuru olmasa bile görevine son verebilir (M.K. md.427). Azlı mucip bir sebebin vücuduna diğer bir suretle haberdar olan, Sulh Hakimi kanuni müşaviri (vasiyi) azle tevessül ile yükümlüdür (M.K. md.428).”¹⁹

ifadeleriyle aynı hususu dile getirmiştir.

Yasal danışmanlıktan kaçınma veya itiraz durumunda, Medeni Kanunun 477. maddesinin son fıkrasındaki yollama gereği vesayet makamı ya bu kaçınma veya itiraz sebebini yerinde görüp yine Medeni Kanunumuzun 422. maddesinin son fıkrasındaki gösterilen usul üzerine yeni bir yasal danışman atar ya da ileri sürülen sebepleri yerinde görmeyip, bu konudaki görüşü ile birlikte gerekli kararı vermek üzere durumu denetim makamına bildirir.

Vesayet makamı, görevden almayı gerektiren bir sebebin varlığını, Medeni Kanunumuzun 484. maddesinin birinci fıkrasında öngörülenden, yani vesayet altındaki kişinin veya ilgilinin istemi dışında başka bir yoldan öğrenirse, aynı maddenin ikinci fıkrasına dayanarak, yasal danışmanı re’sen görevden almakla yükümlüdür.²⁰

¹⁷ Dural/Öğüz, **a.e.** , s.733

¹⁸ Özmen, **a.e.** , s.491

¹⁹ Yargıtay 2. HD. 17.10.1996 tarih 1996/10398 K. Sayılı karar

²⁰ Koç N. , **a.e.** , s. 110

Önceki Medeni Kanunumuzun 428. maddesinin ikinci fıkrasında ise, vesayet makamının(yani sulh hukuk mahkemesi hâkiminin), yasal danışmanın (kanuni müşavirin) görevden alınmasını gerektiren bir sebebin varlığını öğrenmesi durumunda, onun görevden alınmasını denetim makamı olan asliye hukuk hâkimine başvurması gerektiği, fıkra da kullanılan ifadeyle, (azle tevessül ile mükellef) olduğu belirtilmişti; gerçekten, önceki Medenî Kanunumuzun yürürlükte olduğu dönemde, bu Kanunun 429. maddesinden, yasal danışmanın görevine son verme yetkisinin asliye hukuk hâkimince kullanılabilirdiği sonucu çıkartılabiliyordu.²¹

Medeni Kanunumuzun 478. maddesinde ifadesini bulan “ Atamanın ilan edilmiş olması veya vesayet makamının gerekli görmesi hallerinde, kayyımlığın sona erdiği de ilan olunur” hükmünden destek alarak yasal danışmanlığın ilan edilmesi halinde veya vesayet makamı yasal danışmanlık kararının ilanını gerekli görmese bile danışmanlığın kaldırılmasına ilişkin kararın ilanını gerekli görülürse, karar ilan olunur.

²¹ Koç N. , a.e. , s. 110

SONUÇ

I. ÖZET VE DEĞERLENDİRME

Yasal danışmanlık, kısıtlanması için gerekli şartları haiz olmayan buna karşılık, savurganlık, yaşlılık, deneyimsizlik, hastalık gibi nedenler sonucu belli başlı işlemler yönünden zarara uğramaması amacıyla, ilgili kişiyi koruyucu ve yol gösterici işlevleri olan bir kurumdur.

Yasal danışmanlık kurumu mehzaz İsviçre Medeni Kanununa son anda ve gerekli diğer düzenlemeler yerleştirilmeden konulduğu için hukuki niteliği hususunda farklı görüşler ortaya konulsa da, bu kurumu “dar anlamda kayyımlık”, “hafifletilmiş vesayet” gibi vasiliğin veya kayyımlığın bir türü olarak nitelemeyip, vesayetten ve kayyımlıktan farklı kendine özgü bir vesayet organı olarak kabul etmek gerekir.

Yasal danışmanlık, vasilik ve kayyımlıktan farkını yani kendine özgülüğünü esas olarak fiil ehliyetine etki bakımından gösterir. Diğer vesayet hukuku kurumlarından farklı olarak yasal danışmanlık tayini halinde danışan belirli işlemler yönünden “kişinin korunması amacıyla” kanun koyucunun fiil ehliyetine yönelik düşük yoğunluklu bir sınırlama ile karşılaşır.

Bu çerçevede Mülga kanunun yasal danışmanlığı düzenleyen 379. maddesinin başlığı “mahdut ehliyet” iken yeni Medeni Kanunun başlığının “ yasal danışmanlık” olmasını sadece şekli bir değişiklik olarak değerlendirmek ve maddenin özünün değişmediğini kabul etmek gerekir.

Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmayan yine de korunması amacıyla fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin kişiler, yasal danışmanlığın tayini hususundaki gerekli şartları taşıması halinde MK'nın 429. maddesinde belirtilen

katılım danışmanlığı, idare danışmanlığı veya günlük yaşamın gereği olarak korumanın bu iki tür danışmanlık türüyle de sağlanamadığı hallerde bu iki danışmanlık türünün toplamından oluşan tam danışmanlık tayini suretiyle korunurlar.

Söz konusu koruma esas itibariyle malvarlığına yönelik bir koruma olsa da somut olay adaletinin gerektirdiği hallerde bu korumanın kişinin şahsına yönelik de olabileceğinin kabulü gerekir.

Kişinin korunmasının sağlanması amacıyla, yukarıda da belirttiğimiz gibi kişinin fiil ehliyeti katılım danışmanlığı halinde MK 429 da 9 bent halinde sayılan muameleler yönünden sınırlandırılmışken, idare danışmanlığı tayini halinde gelirlinde dilediği gibi tasarruf etme şartıyla malvarlığının özü bakımından kaldırılmıştır, tam danışmanlık tesisi halinde ise kişinin fiil ehliyeti hem MK 429 da 9 bent halinde sayılan muameleler yönünden sınırlandırılmış hem de gelirlinde dilediği gibi tasarruf edebilme şartıyla malvarlığının özü bakımından kaldırılmıştır.

Bu şekilde kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması açısından yasal danışmanlık kurumunu bir derecelendirmeye tabi tutarsak, en özgürlükçü rejimin katılım danışmanlığı olduğunu, ondan sonra idare danışmanlığı geldiğini, en kısıtlayıcı rejimin ise tam danışmanlık olduğunu görürüz.

Her ne kadar en kısıtlayıcı rejimin tam danışmanlık olduğunu söylesek ve tam danışman tayini halinde vesayetle danışmanlık arasındaki farkların minimuma indiğini söyleyebilirsek de, kişinin dar bir alanda da olsa hala bir takım işlemler yönünden (örneğin kendisine tam danışman tayin edilen kimse, vasi tayin edilenin aksine ikametgâhını serbestçe seçebilir, kimseye danışmadan özgürce istediği işi icra edebilir.) fiil ehliyetine sahip olması nedeniyle, mümkün olduğu ve somut olayın elverdiği ölçüde kişiye vasi yerine tam danışman tayin edilmelidir.

Yasal danışmanlığın kişinin fiil ehliyetine sınırlı müdahale ilkesini barındırdığını, danışmanlık tayini halinde ehliyetliliğin asıl olduğunu bu sebeplerle MK 429 da belirtilen işlemler demetinin sınırlı sayı (numerus clasus) olarak belirtildiğinin ve

kıyasen de olsa bu işlemlere yeni işlemler eklenemeyeceğinin ve yine bu sebeplerle vasiinin vesayet makamlarının iznini almasını gerektiren işlemlerde yasal danışmanın da ayrıca vesayet makamlarının iznine muhtaç olmadığını kabulü gerekir.

II. ÖNERİLERİMİZ

Bütün yukarıda bahsi geçen başlıklarda da izah edildiği üzere yasal danışmanlık vesayetin diğer uzuvları gibi uygulamada ihtiyaç duyulan ve bu ihtiyacın yansımaları gereği birçok Yargıtay kararına konu olmuş bir vesayet hukuku kurumudur.

Vasiliğin aşırı kuşatmacı yaptırımlarının amaç araç uygunluğu bakımından aşırıya kaçtığı, buna karşılık kayyımlığın, kişinin fiil ehliyetini hiçbir şekilde kısıtlamayan hallerinin somut olay gereksinimlerine göre yetersiz kaldığı durumlarda vesayet hukukunun imdadına yetişen yasal danışmanlık, birçok karara konu olmasına karşılık vesayet ve kayyımlığın aksine yazılı mevzuatta yeterince yer işgal etmemektedir.

Şüphesiz ki daha önce de bahsettiğimiz üzere yasal danışmanlığın tek bir maddede düzenlenmesinde İsviçre Medeni Kanunun ön taslağında olmaması ve son anda eklenmesi ana rolü oynasa da, artık Medeni Kanunlarda sığıntı gibi kalma durumu yasal danışmanlık gibi vesayet organı olduğu yargı kararlarında ve öğretide tescillenmiş bir kurumun kaderi olmamalıdır.

Medeni Kanunumuzda yeterince düzenlenmemesinden ötürü birçok olay karşısında, yasal danışmanlığa aralarında birçok fark bulunmasına karşın vasilik ve kayyımlıkla ilgili hükümler kıyasen uygulanmakta ve yasal danışmanlıkla ilgili birçok husus normatif bir açıklık olmadığından dolayı öğretide ve uygulamada geçen yüzyıldan beri süregelen görüş ayrılıklarına mahkum edilmektedir.

Bütün bu sebeplerden ötürü, her ne kadar 4721 sayılı yeni kanunumuzda yasal danışmanlıkla ilgili, kayyımlık hükümlerinin içine serpiştirilmiş bir iki hüküm eklense de yasa koyucumuz artık yasal danışmanlık gibi önemli bir vesayet hukuku kurumunu tek bir maddeye mahkûm etmekten kurtarmalı; yeni müstakil maddeler eklemek suretiyle uygulayıcıları her olayda vasilik ve kayyımlık hükümlerini kıyasen uygulama mecburiyetinden ve öğretime uzlaşılmayan birçok tartışmadan kurtarmalıdır.

Kanunun uygulayıcıları da somut olay adaleti çerçevesinde, korunması gereken kişiye hangi vesayet hukuku kurumunun uygulanması gerekeceğini titizlikle seçmeli, yasadaki boşluklarda, yasal danışmanlık kurumunun bünyesine ancak, uygun düştüğü oranda vasilik, kayyımlık hükümlerini kıyasen uygulamalı ve menfaati gereği korunması gereken kişiyi yasal danışmanlıkla himaye mümkünken vasi atama yoluna gitmemelidirler.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale : “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, C. 44 S. 1, 1995
- Akıntürk, Turgut : **Aile Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2006
- Akyol, Şener : **Türk Medeni Hukukunda Temsil**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009
- Arpacı, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000
- Bereket, Z. : **Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Bilge, Yaşar : “Ankara 16. Sulh Hukuk Mahkemesinin 1996 Yılı Kararlarına Göre Velayet, Vesayet, Kanuni Müşavirlik Hakkındaki Dosyaların Retrospektif İncelemesi”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, 1996, cilt 45 sayı:1
- Belgesay, Mustafa R. : **Aile Hukuku**, İ.Ü.H.F. Yayınları, 1952
- Ceylan, Selda: **Roma hukukundan günümüze velayet-vesayet hukuku** Ankara, Yetkin Yayınları, 2004
- Dural Mustafa/
Öğüz Tufan/ : **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005
Gümüş Alper

- Dural Mustafa/
Öğüz Tufan : **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2002
- Duman Ö Y, Göka E. : “Yeni Türk Medeni Yasası ve psikiyatri”, (çevrimiçi)
www.kocaelibarosu.org. tr, 05 Mayıs 2009
- Egger, Andre : **Şerh**, Çev. Volf Cernis, Ankara, Adalet
Bakanlığı,1952
- Ercan Ali : “ İsviçre ve Türk Kanunu Medenisinde Vesayet,
Kayımlık ve Müşavirlik Müesseselerine Tatbikat
Yönünden Toplu Bir Bakış”, **İstanbul Barosu Dergisi**,
Cilt 36,1962,s. 7- 12
- Göktürk, Hüseyin A. : **Aile Hukuku**, Ankara, A.Ü.H.F. Yayınları, 1953
- Gümüş, Alper : **Türk Medeni Hukukunda Kayımlık**, İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2007
- Gençcan, Ö. Uğur : **Vesayet Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009
- Hatemi, Hüseyin : **Önceki ve Bugünkü Türk Hukukunda
Vakıf Kurma Muamelesi**,İstanbul, İÜHF Yayınları 1969
- Hatemi, Hüseyin : **Kişiler Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001
- Hatemi, Hüseyin : **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)** , İstanbul,
Vedat Kitapçılık, 2005

- Helvacı, Serap : Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 2001, s. 863-880
- Helvacı, Serap : **Gerçek Kişiler**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007
- Koç Nevzat : “Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış” **DEÜHF** Özel Sayı; Prof. Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına, Armağan, İzmir 2005, s.99- 120
- Kuru, Baki : **Nizasız Kaza**, Ankara , Ajans Türk Matbaası, 1961
- Oğuzoğlu, Cahit H: **Şahsın Hukuku-Aile Hukuku**, Ankara, 1963
- Oğuzman, Kemal/
: **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001
- Dural, Mustafa
- Öncü Fatih : Medeni Hukuk ve Psikiyatri , (Çevrimiçi) www.istanbulsaglik.gov.tr, 05 Mayıs 2009
- Özkan, Hasan : **Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı: 1. c.: Türk Medeni Yasasından Doğan Davalar**, İstanbul , Legal Yayıncılık, 2007
- Öztan, Bilge : Kanuni Müşavir ve Federal Mahkemenin Bu Konuya İlişkin Görüşü, **AÜHF Dergisi 50.yıl Armağanı, S. 297- 327**
- Öztan, Bilge : **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009
- Öztan, Fırat : **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi,2004

- Özüğür Ali İ. : **Velayet, Vesayet, Soy Bağı ve Evlat Edinme Hukuku**
Ankara, Turhan Kitabevi, 2007
- Özmen, İsmail : **Vesayet Hukuku Davaları**, Ankara, Kartal Yayınevi,2004
- Reisoğlu, Seza : “Kefalet Kavramı Ve Muteberlik Şartları”
A.Ü.H.F Dergisi Cilt: 19 Sayı: 1 Yayın Tarihi: 1962
- Reisoğlu, Safa : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi,
2004
- Saymen, Ferit : **Aile Hukuku**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1957
- Tekinay, Selahattin: **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990
- Tuor, Pierre: **İsviçre Medeni Kanununun Mahkeme**
İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı, Çev. Amil Artus,1956
- Uslu, Feyzullah : **Vesayet, Prensipler, Doktrin, Kazai İçtihat.Roma**
Hukukunda Vesayet Mülga Ahkamında
Vesayet, Türk Kanuni Medenisinde Vesayet,
1941
- Şener Esat : **Nafaka**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1994
- Yargıtay Kararları Dergisi**, Yıl: 1987, Sayı :8
- Yetik Nurten : **Aile Hukuku** , Ankara , Bilge Yayınevi, 2007

Zevkliler, Aydın : **Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri**
Kişiler ve Aile Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999

Zevkliler, Aydın : **Borçlar Hukuku:Özel Borç İlişkileri**, Ankara,
Seçkin Yayıncılık, 2007

Zevkliler, A.

Acabey, M/ : **Medeni Hukuk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2000
Gökyayla,E.

ZEYBEK, A., C. : “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak
Değeri ve Yeri” **DD**, Y: 18, 1988, S: 68- 69.

İnteraktif Diğer Kaynaklar:

Kazancı Bilişim

www.sagiroglu.av.tr , (Çevrimiçi) 5 Nisan 2009

EKLER

FEDERAL MAHKEME, 'NİN YASAL DANIŞMANLIĞA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ [BGE 96 II 369].¹

“Federal Mahkeme, ZGB 395 (MK. 379)'in katı bir hüküm şeklinde düzenlenmeyip, yoruma elverişli bir elastikiyete sahip olması nedeniyle, maddenin uygulama alanını genişletmiştir. Federal Mahkeme, 25 Eylül 1970 tarihli kararında devamlı akıl hastası olmayan bir kişiye vasi yerine kanunî müşavir tayinini öngörmekle, onun şahsiyet haklarına daha saygılı davranmış, kişi ile toplum arasındaki ilişkiyi devam ettirmiştir. 25 Eylül 1970 tarihinde İkinci Hukuk Dairesi'nce alman bu kararda, hastalığı zaman zaman ortaya çıkan bir akıl hastası için, vesayet makamlarınca alınması gereken tedbirin, ZGB'a göre kişiyi hacir altına almak mı, yoksa ZGBa göre, kendisine kanunî müşavir tayin etmek şeklinde mi olacağı sorunu tartışılmış ve kişinin şahsî bakım ve ihtimamının sadece vasiye değil, kanunî müşavire de verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece Federal Mahkeme bir içtihat değişikliği yapmıştır. Söz konusu kişi için kanunî müşavirlik yeterince himaye sağlıyorsa, hacirden vazgeçilmelidir. Karara neden olan olay ve kararın gerekçesi şöyledir: Bayan X yıllardan beri paranoid-halluzinatorischenzizofreniden hastadır ve hastalık devre devre ortaya çıkmaktadır.

Bayan X, 1958 tarihinden itibaren 6 kere psikiatri kliniğinde tedavi görmüş ve bu devrelerde gerek şahsî bakım ve ihtimamı, gerek mal varlığının idaresi zorunlu olmuştur; 1958 yılında intihara teşebbüs etmiş; 1966 da New York'a gitmiş, çok değerli mücevherlerini ve bavullarını orada kaybetmiş, 25 Ekim 1968de lüks bir; otelde bir arkadaşını —bir japon prensini— beklediğini iddia ederek büyük miktarda

¹ ÖZTAN Bilge, Kanuni Müşavir ve Federal Mahkemenin Bu Konuya İlişkin Görüşü, **AÜHF Dergisi 50.yıl armağanı**, s.322- 327 (söz konusu sayfalardan aynen aktarılmıştır.)

para sarf etmiştir. Kardeşinin, söz konusu olayları önlemedeki gayretleri sonuçsuz kalmıştır. Bayan X, halen bir büroda çalışmaktadır ve Ocak 1969'dan itibaren devamlı tedavi altındadır. Aralık 1968 tarihinden itibaren ailevî ilişkileri tamamen gevşediği için kendisi hakkında yeni tedbirlerin alınması gerekmiştir. Kanton Mahkemesi ZGB 369'a göre söz konusu kişinin hacir altına alınmasını kararlaştırmıştır.

Dâvâlı bu kararın kaldırılmasını istemiştir. Federal Mahkeme, dâvâlının talebini haklı görmüş ve kendisine vasi yerine 395/I-IIye göre tam müşavir tayini yoluna gitmiştir. Federal Mahkemenin gerekçesi şöyledir: ZGB 369'a göre (MK. 355) akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini görmekten âciz veya daimî muavenet ve takayyüte muhtaç olan yahut başkasının emniyetini tehdit eden her reşit için,

a) Bidayet mahkemesinin fiili tespitlerine nazaran - OG 69/2'ye göre - mahkeme için bağlayıcı olan ve ZGB 374/1 gereğince alınan raporlarla sabit olduğu üzere, dâvâlı uzun süreden beri paranoid-haluzinatorischen şizofreniden hastadır. Rapora göre, durumun ZGB 369 anlamında bir akıl hastalığı olduğu da şüphesizdir. Dâvâlının durumu 1969 Ocak ayından beri bir iyileşme hali gösteriyorsa da, eldeki fiilî tespitler nedeniyle hastalığın tamamen kalkmış olduğu kabul edilemez. Hastalığın kronik olarak devam ettiği hali hazırda kendisini tedavi ve devre devre muayene eden ve ilâçlarını veren Dr. Z. tarafından verilen raporla sabittir. Dr. Z'nin 18 Mayıs 1969 tarihli özel raporunda, dâvâlının hacrine karşı oluş nedeni, ZGB 369'da akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olarak öngörülen şartların, mevcut akıl hastalığının gösterdiğinden, farklı oluşudur.

b) Hastalığın devamı süresince dâvâlı muavenet ve tekayyüde gerek şahsı, gerek mal varlığının idaresi yönünden muhtaçtır. Hastalığın devamı sırasında hareketleriyle gerek şahsî, gerek malvarlığı ciddi bir tehlike içine girmektedir ve bu nedenle bir taraftan şahsî bakım ve itinaya muhtaç olmakta diğer taraftan da mallarının idaresi gerekmektedir. Buna karşılık, ara devrelerde dâvâlı iyileşmekte; gerek şahsî bakım ve ihtimamına, gerek mal varlığının idaresine gereken dikkat ve

itinayı göstermektedir; hiçbir hastalık emaresi göstermemekte ve dolayısıyla ZGB 369 anlamında bakım ve tekayyüde muhtaç bulunmamaktadır. Bidayet mahkemesi bu durumu görmüş, fakat hastalığın muvakkaten geçmiş olduğu devrelerde de dâvâlinin *devamlı* bakım ve itinaya ihtiyacı olacağı, meselâ tedavinin kendisi tarafından veya çalışma yerinde ortaya çıkan güçlükler veya ikametgâhının farklı olması nedeniyle kesilmesi halinde, âni müdahalenin gerekebileceğini, bunların ise, dâvâlinin ailevî bağları ortadan kaldırdığına göre, ancak vasi tayini ile mümkün olacağını, idare ve iştirak müşavirliğinin yeterli olmayacağını, çünkü kişi yönünden vasinin göstereceği şahsî bakım ve ihtimamın ağır bastığını ileri sürmüştür. Dâvâli kendisinin devamlı himaye altına alınmasının doğru olmadığını, çünkü halen fizikî ve sosyal yönden devamlı olarak normal bulunduğunu, gelecekteki bir tehlikenin ise kesinlikle tesbit edilemediğini savunmuştur.

c) Bidayet mahkemesi, dâvâli için bir kriz ânının geleceğini ve bir tehlikenin varlığını hesaplamış, şimdiye kadar olan hastalığın seyrini ve vehametini ve daha önceki hastalık devrelerinde dâvâlinin hareket tarzını göz önünde tutmuştur. Bidayet mahkemesinin görüşü, yeni bir hastalık devresinin ciddi olarak ortaya çıkması ve akrabalarının dikkat ve ihtimamının söz konusu olmaması, iyileşme devrelerinde bile devamlı olarak belli ölçüde vesayet tedbirlerine ihtiyacı olduğu, çünkü tecrübeler göre, yeni hastalık devresinin birdenbire ortaya çıktığı, vasi tayin edilmediği takdirde böyle bir devrede gerekli tedbirlerin alınmasında çok geç kalınacağı yolundadır; ayrıca bidayet mahkemesi dâvâlinin iyilik devrelerinde bile sadece mallarının idaresini yeterli bulmayıp, belli bir ölçüde şahsî bakım ve ihtimama da muhtaç olduğu görüşündedir.

Böylece, söz konusu kişinin durumunu ve hareketlerini kontrol edecek ve hastalığın ortaya çıkması halinde, şahsın korunması ile ilgili tedbirleri alacak bir kişinin olmasını gerekli görmektedir.d) Kişinin şahsına takayyüt ve ihtimama bu güne kadar mevcut içtihatlar göre, sadece vasi yetkilidir (BGE 85 II 235). Kanunî müşavirin de kişinin şahsına ihtimam gösterebileceği hususu bu karara kadar devamlı olarak reddedilmiştir (BGE 65 II 142; 66 II 14; 78 II 336). Bu sonuç esas itibarıyla ZGB 395'in kanunî müşavir tayinini düzenleme tarzından çıkarılmıştır. Söz konusu

kişinin himâyesi için, bu madde anlamında fiil ehliyetinin tahdidinin gerektiği ispatlanırsa, ZGB 395'e göre kendisine kanunî müşavir tayin edilecek kişinin fiil ehliyeti, iktisadî ilişkiler açısından, sadece maddenin birinci fıkrasında sayılan muameleler için veya mâmeleğin idaresi yönünden, kısıtlanabilir. Gerçekten, ilk plânda kanunî müşavir, kendisine kanunî müşavir tayin edilen kişinin iktisadî menfaatlerini korumak için öngörülmüştür. Bu sadece maddenin lâfzî bir yorumu olmayıp, aynı zamanda ZGB 395'den de anlaşılmalıdır. Maddenin konuş nedeni budur. Milletvekili *Theelin* tarafından Kanun'a girmesi istenen kanunî müşavirlik, Fransız Medenî Kanununun da yer alan, İsviçre'-nin İtalyanca konuşulan kantonlarının çoğu tarafından kabul edilen, almanca konuşan kantonlarında uygulanan kayyımlığa benzeyen(*conseil juridique*) bir müessesedir ve ZGB'de de yer almıştır(Stenn. Bul 1905 sh 1251, 1259, 1262 f, 1417 ff; 1906 sh. 54 vd. 56/57, 72; 74; 1907 sh. 284 vd., *Egger* 2 Auf. n. 24 zu art 395 ZGB).

Kanunî müşavirliğin konmasında kişi ZGB 395'de gösterilen haller dışında fiil ehliyetine sahiptir. Ancak, bu sahada bir tahdit gereklidir. O halde kanunî müşavirlik, kişinin şahsî ilişkileri sahasında fiil ehliyetini tahdit etmemektedir; tam aksine, kişi özel hayatını dilediği gibi düzenleyebilir; kanunî müşavir sadece mâmeleği ilgilendiren muameleler yönünden, onun yerine muamelede bulunacaktır(BGE 80 II 17/18); fakat kişinin kanunî temsilcisi değildir; ona talimat veremez, hukukî muamele yapması için zorlayamaz.

Vasiden farklı olarak (ZGB 406), vesayet makamlarının iznini alarak şahsı (ZGB 421 ziff. 13) bir hastahaneye yatıramaz. Ancak, buradan, Federal Mahkeme'ce şimdiye kadar benimsenen görüş, yani kanunî müşavirin kişinin şahsî bakım ve ihtimamını yüklenmeyeceği sonucu çıkarılamaz. Böyle bir ihtimam, şahsî ilişkiler yönünden, fiil ehliyeti tahdit edilmeyen bir kişiye karşı da mümkündür. Keza, bir vesayet uzvu, elinde bir müeyyide olmadan da, hiç olmazsa kişiyi kendisinin aleyhinde olmamak kaydıyla, belli bir ölçüde şahsî ilişkilerinde de koruyabilir, onun iyi durumda olmasına itina gösterebilir, gerekirse tavsiyelerde bulunabilir veya ikaz edebilir; başka tedbirlerin alınmasına gerek bulunan gayri müsait gelişmelerin âni ortaya çıkışma dikkat edebilir. Böyle bir bakımın kanunî müşavirlikte de

uygulanmasının gerekliliğine, Guhl (ZbJV1940, s. 523) de Federal Mahkemenin bir ayyaş hakkında kanunî müşavirliğin kaldırılmasına ilişkin (BGE 65 II 141 vd.) kararına karşı yazdığı makalede temas etmiştir. Guhl, Federal Mahkeme'-nin ileri sürdüğü, «kanunî müşavirin kişinin şahsî bakım ve ihtimamına karışmaması düşüncesinin» fazla nazarî olduğunu, hayat tecrübelerine göre vicdanlı bir kanunî müşavirin, kontrolü altında olan bir ayyaşın iyileşmesi için, gayret edeceğini ileri sürmüştür.

Egger (Nr 20 zu Art. 395 ZGB) isabetli bir şekilde, kişinin mameleki menfaatlerinin korunmasının, kanunî müşavirce kişinin şahsî bakım ve ihtimamı nazara alınmadığı takdirde çoğu kez mümkün olmayacağını belirtmiştir. Kanunî müşavir, ZGB 395/I'de sayılan hukukî muamelelere icazet veya izin vermeden önce kişinin isteklerini bilmelidir; bu durum verilecek karara müessirdir. Aynı şekilde, kişinin şahsî bakım ve ihtimamı olmadan ZGB 395/2 anlamında malvarlığının idaresi mümkün değildir. Tam aksine, ZGB 395/I anlamında icazet vermek veya vermemek kişinin şahsî bakım ve ihtimamına tesir edecektir.

Nihayet, daha önemli bir neden, kanunî müşavire verilen idare mükellefiyetinin, muayyen bir ölçüde, kişinin şahsını da ilgilendirmesidir; (Bkz. *B. Shchnyder, Die Stufenfolgender Vormundschaftlichen Massnahmen und die Verhältnismässigkeitdes Eingriffes*, ZbJV 1969, sh. 268 ff. 279).

Kanunî müşavirin kişinin şahsına ihtimam göstermesi pek çok durumda onun iktisadî menfaatlerinin korunmasına zorunlu olarak bağlıdır. Kanunî müşavir, kişinin iktisadî menfaatlerini korumakla yükümlü ise de, Art 395 anlamında kanunî müşavire yapacağı işlere, dolaylı olarak kişinin şahsî bakım ve ihtimamı ile ilgili görevler de eklenebilir.

Kanunî müşavirin, kişinin şahsî bakım ve ihtimamı ile ilgili işleri yapması bir hükme bağlanmamışsa da, kanunî müşavir bu görevleri yerine getirebilir. Kanunî müşavirlik sahasının bu şekilde genişletilmesi, ZGB'ye daha sonraki bir devrede alman ve eksik olarak düzenlenen kanun maddesi ile kısıtlanmamıştır. Tam aksine,

görevi tanımlamak için «beirat» «conseillegal» «assistente» deyimleri kullanılmamıştır (bkz. BGE 82 II211/212 ve ilgili literatür).

Kişiye şahsî ihtimamın ZGB 395 anlamında iktisadî ihtimamı aşması gerektiği hallerde, fakat fiil ehliyetini tam olarak tahdidin zorunlu olmadığı durumlarda, bu esas daha da önem taşır. Hacir altına alma sadece daha hafif tedbirlerin maksada yeterli olmadığı hallerde gereklidir (BGE 69 II 19 E. 3; *Egger*, nr 26zu 369 ZGB; *Schnyder*, age. kıyaslayınız 96 II 78 ve oradaki literatür, velayet ancak daha hafif tedbirler yetmediği takdirde alınır).

f) Söz konusu kişi iyileşme devrelerinde ZGB 395/1-2'deki uameleleri kendi başına yapabilmektedir, fakat fiil ehliyetin tahdidi iktisadî alanda zorunludur; aksi halde hastalığın ortaya çıkması ile mantık dışı tasarruflarda bulunması beklenmeyen bir hal olmayacaktır. ZGB 395'de öngörülenin dışında fiil ehliyetinin tahdidi zorunlu değildir.

Yeni bir hastalık devresinin ortaya çıkması halinde, hastanın bir tedavi yurduna yatırılması zorunlu olabilir ve bunu kanunî müşavir yapamaz; fakat, aynı şekilde vasi de bu durumda kendiliğinden bir tedbir alamayacaktır. Bunun dışında bir akıl hastasını bir akıl hastahanesine yatırmak ancak vesayet makamlarının iznini aldıktan sonra Art 421/ziff 13 ile mümkündür (*Egger*, Nr 18 zu Art 406 ZGB). Mutad olarak, bir doktor çağırabilir; fakat, bir hastahaneye yatırmak için mümkün olduğu kadar önceden bir izin talebinde bulunacaktır. Bu yol ise, bir vasi için olduğu kadar, bir kanunî müşavir içinde mümkündür.

Kanunî müşavir de hastalığın ortaya çıkması ânında vasininalacağı tedbirleri alabilir. İktisadî sahada ona yüklenen faaliyet yanında (ZGB 395) tıpkı vasi gibi, himaye edilecek kişiye bakım ve ihtimam gösterebilir.

Kronik akıl hastası olan bir kimsenin bakımı ve kontrolü için, kanunî müşavir de doktorlarla temas halinde olabilir; kişinin yeni bir hastalığın işaretlerini gösterdiğini veya tedaviyi sebepsiz bırakmak istediğini vs... doktora bildirebilir. ZGB

395'e göre kanunî müşavir kişinin kanunî temsilcisi olmadığı ve herhangi bir müeyyideye sahip bulunmadığı halde bunları yapabilir.

Dâvâlıya bir vasi tayin edilseydi, buna dayanılarak vasinin dâvâlıyı daha iyi himaye edeceği veya hastalık devrelerinden daha çabuk malûmattar olacağı, gene iddia olunamazdı. Dâvâlının akrabaları, her gün beraber olmaların rağmen, ne 1958 yılındaki intihar teşebbüsünü, ne 1966 da yapılan Amerika seyahatini engelleyebilmişlerdir. O halde vasi tayini gereksizdir. Böyle bir tedbir çok sert olacak ve kişinin yeni işi ve çalışması yönünden güçlük yaratacaktır. Vasi yerine idare ve iştirak müşavirliklerini bir arada toplayan«tam müşavir» tayini daha isabetlidir.”