T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK MEDENÎ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK

Hazırlayan
Sena BAŞPINAR

Birinci Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN

İkinci Danışman
Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN

Yüksek Lisans Tezi

Haziran 2019
Kayseri

T.C.
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK MEDENÎ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK

(Yüksek Lisans Tezi)

Hazırlayan
Sena BAŞPINAR

Birinci Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN

İkinci Danışman
Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN

Haziran 2019
Kayseri

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Sena BAŞPINAR

İmza :

YÖNERGEYE UYGUNLUK

"Türk Medenî Hukuku ve İslam Hukukunda Gaiplik" adlı Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi'ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan	**Danışman**
Sena BAŞPINAR	Prof. Dr. Murat DOĞAN

..... Anabilim Dalı Başkanı

.....

KABUL ONAY SAYFASI

Prof. Dr. Murat DOĞAN danışmanlığında **Sena BAŞPINAR** tarafından hazırlanan **"Türk Medeni Hukuku ve İslam Hukukunda Gaiplik"** adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü **Özel Hukuk** Anabilim Dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

21/06/2019

JÜRİ:

Danışman : Prof. Dr. Murat DOĞAN

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR

Üye : Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 01../07../2019 tarih ve ..27..... sayılı kararı ile onaylanmıştır.

01../07../2019

.....

Enstitü Müdürü

Doç. Dr. Kenan GÜLLÜ
Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

Türk medenî hukuku ve İslam hukukunda mukayeseli bir çalışma yapma imkânına eriştiğim bu süreçte alanlarına ilişkin engin bilgi birikimleri ve tecrübeleriyle yoluma ışık tutan kıymetli hocalarım, tez danışmanlarım Prof. Dr. Murat Doğan'a ve Prof. Dr. H. Yunus Apaydın'a; mukayeseli hukukun ne olduğunu, amacını, önemini kavramamı sağlayan, engin bilgi birikimiyle bu alanda beni yetiştiren, akademiyle tanışmama vesile olan ve her şeyden önemlisi henüz acemi bir lisans öğrencisiyken beni fark eden, teşvik eden, desteklerini her daim hissettiğim değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Sinan Okur'a; bu süreçte desteklerini esirgemeyen Dr. Öğr. Üyesi Osman Bayder'e, Arş. Gör. Alpaslan Balcı'ya, Arş. Gör. Fatih Aydın'a ve Arapça hocam Aslı Paran'a şükranlarımı sunarım.

"Sen yeter ki oku" diyerek hayallerimin peşinden gitmemi sağlayan, büyük bir özveri ve fedakârlıkla ilim yolunu bana açan, maddî ve manevî desteklerini her daim hissettiğim aileme; bilhassa canım annem Hatice Başpınar'a, canım babam Hasan Başpınar'a ve meslektaşım, üstadım, pek kıymetli teyzem Suna Tarhan'a en kalbî şükranlarımı sunarım.

Sena BAŞPINAR

Kayseri, Haziran 2019

TÜRK MEDENÎ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK

Sena BAŞPINAR

Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2019
Birinci Danışman: Prof. Dr. Murat DOĞAN
İkinci Danışman: Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN

KISA ÖZET

Sağ ya da ölü olduğu bilinemeyen kayıp kişilerin hukukî durumları üzerinde bir belirsizlik hâkimdir. Bu belirsizlik hâlinin giderilmesi ve gerek kaybolanın gerekse kaybolan ile hukukî ilişkisi bulunan kişilerin hak ve menfaatlerinin dengelenmesi amacıyla hukuk sistemleri çeşitli çareler öngörmüştür. Bu çalışmada, kayıp kişi hakkında Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde geliştirilen kıstaslar ve mahkemece verilen gaiplik (hükmen ölüm) kararının hüküm ve sonuçları incelenmiş ve mukayese edilmiştir. Mahiyet itibariyle bir "mikro mukayeseli hukuk" çalışması olan bu tezin birinci bölümünde Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde kişi, kişilik ve kişiliğin sona ermesi kavramları mukayeseli olarak incelenmiştir. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde gaiplik kurumu ayrı ayrı ele alınmış ancak takip edilen ortak başlıklandırma usulü sayesinde bir mukayese zemini oluşturulmuştur. Dördüncü ve son bölümde ise Türk medenî hukuku ile İslam hukuku sistemlerinin gaiplik kurumuna ilişkin düzenlemeleri mukayese edilerek birtakım benzerlikler ve farklılıklar tespit edilmiştir. Muhteva itibariyle "dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk" olarak nitelenen bu çalışma vasıtasıyla Türk medenî hukukuna eleştirel bir gözle bakma imkânı bulunmuş ve günümüz hukukunu geliştirmek adına bazı teklifler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Gaiplik, Hükmen Ölüm, Gaip, Mefkud, Türk Medenî Hukuku, İslam Hukuku, Mukayeseli Hukuk.

DISAPPEARANCE IN TURKISH CIVIL LAW AND ISLAMIC LAW

Sena BAŞPINAR

Erciyes University Institute of Social Sciences
Post Graduate Thesis, June 2019
First Supervisor: Prof. Dr. Murat DOĞAN
Second Supervisor: Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN

ABSTRACT

There is an uncertainty over the legal status of missing persons, whether they are alive or dead. In order to eliminate this uncertainty and to balance the rights and interests of both the disappeared and those who have legal relationship with the disappeared, legal systems have provided various solutions. In this study, the criteria developed in Turkish civil law and Islamic law systems and the decision and the results of the court's decision of declaration of disappearance (by default of death) on the missing person were examined and compared. In the first part of this thesis, which is a principally study of micro comparative law, the concepts of person, personality and termination of personality in Turkish civil law and Islamic law systems are examined comparatively. In the second and third chapters of the study, the institution of the disappearance were examined separately in Turkish civil law and Islamic law systems, but a comparison basis was established owing to the followed common title procedure. In the fourth and last chapter, some similarities and differences have been determined by comparing the regulations of Turkish civil law and Islamic law systems relating to the institution of the disappearance. Through this study, which is described as a "dogmatic practical comparative law", in terms of content, it was possible to look at Turkish civil law critically and some proposals were offered in order to improve today's law.

Key Words: Disappearance, By default of death, Disappeared, Lost, Turkish Civil Law, Islamic Law, Comparative Law.

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK i
YÖNERGEYE UYGUNLUK ii
KABUL VE ONAY iii
ÖNSÖZ iv
KISA ÖZET v
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER vii
KISALTMALAR xiv

GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
KİŞİ, KİŞİLİK VE KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ KAVRAMLARI

I. Kişi 5
A. Mahiyeti 5
B. Türleri 9
1. Gerçek Kişiler 10
2. Tüzel Kişiler 11
II. Kişilik 13
III. Kişiliğin Sona Ermesi 16
A. Türk Medenî Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi 16
1. Kişiliğin Doğal Sona Erme Nedeni: Ölüm 16
a. Ölüm Anının Saptanması 17
aa. Biyolojik Ölüm 18
bb. Beyinsel Ölüm 19
cc. Ülkemizdeki Durum 19
b. Ölümün İspatı 20

aa. İspat Yükü....20
bb. İspat Araçları....20
aaa. Kişisel Durum Sicili....20
bbb. Birlikte Ölüm Karinesi....21
2. Kişiliğin Karineyle Sona Ermesi: Ölüm ve Gaiplik Karinesi....22
a. Genel Olarak....22
b. Ölüm Karinesi....23
B. İslam Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Türk Medenî Hukuku ile Mukayesesi....26
1. Genel Olarak....26
2. Hakîkî Ölüm....26
3. Hükmî Ölüm....30

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA GAİPLİK

I. Gaiplik Kavramı....33
A. Tanımı ve Unsurları....33
B. Benzer Kavramlardan Farkı....36
1. Ölümden Farkı....36
2. Ölüm Karinesinden Farkı....37
C. Gaiplik Sistemleri....38
1. Genel Olarak....38
2. Ölüm Kararı Sistemi....39
3. Gaiplik Kararı Sistemi....41
4. Karma Sistem....42
II. Gaiplik Kararının Şartları....42
A. Esasa İlişkin Şartlar....42
1. Genel Olarak....42
2. Kanunun Öngördüğü Olaylardan Birinin Gerçekleşmesi....43

a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma 43
b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama 45
3. Belirli Sürenin Geçmiş Olması 46
a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma Hâlinde Süre 47
b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama Hâlinde Süre 47
4. Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması 49
B. Usule İlişkin Şartlar 50
1. Yetkili ve Görevli Mahkeme 50
2. Mahkemeye Başvurmaya Yetkili Kişiler 52
3. İlan 55
a. İlanın Amacı 55
b. İlanın Süresi, Adedi ve Şekli 55
c. İlanın Sonuçları 57
aa. Gaiplik İsteminin Düşmesi 57
bb. İlanın Sonuçsuz Kalması ve Gaipliğe Karar Verilmesi 58
III. Gaiplik Kararının Mahiyeti ve Hüküm Doğurma Anı 58
IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları 60
A. Genel Olarak 60
B. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama 61
1. Kaybolanın Malvarlığına Yönelik Alınacak Tedbirler 61
a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresi 61
aa. Genel Olarak 61
bb. Temsil Kayyımı Tayini 62
cc. Yönetim Kayyımı Tayini 63
b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunması 66
2. Kaybolanın Ailesine Yönelik Alınacak Tedbirler 68
C. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama 69
1. Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar 69
a. Nişanlılığa Etkisi 69
b. Evliliğe Etkisi 72

c. Kadın İçin Bekleme Süresine Etkisi 76
d. Mal Rejimine Etkisi 77
e. Babalık Karinesine Etkisi 80
f. Velayet ve Vesayet Üzerindeki Etkisi 83
2. Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar 85
a. Genel Olarak 85
b. Gaibin Mirası 85
aa. Genel Olarak 85
bb. Gaibin Mirasçılarının Tespiti 86
cc. Güvence Gösterme Zorunluluğu 87
aaa. Güvencenin Amacı 87
bbb. Güvencenin Türü ve Miktarı 88
ccc. Güvence Süresi 88
dd. Geri Verme Yükümlülüğü 89
aaa. Genel Olarak 89
bbb. Gaibin Ortaya Çıkması Hâlinde 91
ccc. Üstün Hak Sahibinin Ortaya Çıkması Hâlinde 94
c. Gaibin Hem Mirasbırakan Hem Mirasçı Olması 97
d. Hazinenin Talebi Üzerine Gaiplik Kararı Alınması 99
D. Gaiplik Kararının Hükmünü Yitirmesi 101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK

I. Gaiplik Kavramı 104
A. Tanımı ve Kapsamı 104
B. Hukukî Dayanağı 105
C. Temel Unsuru 108
II. Gaiplik Kararının Şartı: Süre 109
A. Genel Olarak 109

B. Gaipliğe Hükmedilebilmesi için Geçmesi Gereken Süre Hususunda İslam Hukukçularının İçtihatları 110
1. Hanefî Mezhebinin Görüşü 110
2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü 112
3. Mâlikî Mezhebinin Görüşü 112
4. Hanbelî Mezhebinin Görüşü 113
C. Gaipliğe Hükmedilebilmesi için Geçmesi Gereken Süre Hususunda Osmanlı Hukuku Uygulaması 114
III. Gaiplik Kararının Mahiyeti ve Hüküm Doğurma Anı 115
IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları 116
A. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama 116
1. Kaybolanın Malvarlığına İlişkin Alınacak Tedbirler 117
a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresi 117
aa. Hâkimin Velayeti ve Bazı Tasarrufları 117
bb. Kayyım Tayini ve Kayyımın Yetkisi 120
aaa. Kayyım Tayini 120
bbb. Kayyımın Yetkisi 121
b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunması 123
2. Kaybolanın Ailesine İlişkin Alınacak Tedbirler 126
a. Genel Olarak 126
b. Kaybolanın Mevcut Malvarlığından Nafaka Takdir Edilmesi 127
aa. Nafaka Alacaklılarının Tespiti ve Nafaka Takdir Davası 127
bb. Nafaka Takdirine İlişkin Hükümler 129
aaa. Kaybolanın Malvarlığının Nafaka Cinsinden Olması 130
bbb. Kaybolanın Malvarlığının Nafaka Cinsinden Olmaması 132
c. Kaybolanın Malvarlığının Mevcut Olmaması Durumunda Nafaka Takdiri 134
3. Kaybolanın Eşinin Boşanabilmesi Meselesi 134
B. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama 137
1. Genel Olarak 137
2. Gaibin Evliliğiyle İlgili Hüküm ve Sonuçlar 138

a. Genel Olarak....138
b. İddet....138
c. Mehir....139
d. Nafaka....140
3. Gaibin Mirasıyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar....141
a. Genel Olarak....141
b. Gaibin Mirasçılarının Tespiti....141
c. Gaibin Mirasının Kapsamı....142
C. Gaiplik Kararının Hükmünü Yitirmesi....142
1. İkinci Evlilik Yapmış Olan Gaibin Eşine İlişkin Hükümler....143
2. Malvarlığının Gaibe İadesine İlişkin Hükümler....145

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK MEDENÎ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİĞİN MUKAYESESİ

I. Gaiplik Kavramına İlişkin Mukayese....148
II. Gaiplik Kararının Şartlarına İlişkin Mukayese....152
III. Gaiplik Kararının Mahiyetine ve Hüküm Doğurma Anına İlişkin Mukayese....155
IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin Mukayese....157
A. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama....157
1. Kaybolanın Malvarlığına Yönelik Alınacak Tedbirlerin Mukayesesi....157
a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresine İlişkin Mukayese....157
b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunmasına İlişkin Mukayese....158
2. Kaybolanın Ailesine Yönelik Alınacak Tedbirlerin Mukayesesi....159
3. Kaybolanın Eşinin Boşanabilmesine İlişkin Mukayese....160
B. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama....163
1. Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçların Mukayesesi....163
2. Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçların Mukayesesi....168
C. Gaiplik Kararının Hükmünü Yitirmesi....169

1. Malvarlığının Gaibe İadesine İlişkin Mukayese 169
2. Gaibin Evliliğinin Akıbetine İlişkin Mukayese 171

SONUÇ.....173

KAYNAKÇA 176

ÖZ GEÇMİŞ.....190

KISALTMALAR

b.	**:** bent
BGB	**:** Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
bkz.	**:** bakınız
C.	**:** Cilt
CC	**:** Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
c.	**:** cümle
CD.	**:** Ceza Dairesi
Çev.	**:** Çeviren
DİA	**:** Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
dn.	**:** dipnot
E.	**:** Esas
Ed.	**:** Editör
E.T.	**:** Erişim Tarihi
eBK	**:** 818 sayılı Borçlar Kanunu
eMK	**:** 743 sayılı Medenî Kanun
f.	**:** fıkra
h.	**:** hicri
HAK	**:** Hukuk-ı Aile Kararnâmesi
Haz.	**:** Hazırlayan
HD.	**:** Hukuk Dairesi
HGK.	**:** Hukuk Genel Kurulu
HMK	**:** 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK.	**:** İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	**:** 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	**:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	**:** Karar
Krş.	**:** Karşılaştırınız
m.	**:** madde
MÖHUK	**:** 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
M.Ü.	**:** Marmara Üniversitesi

NHK	**:** 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
p.	**:** page
RG.	**:** Resmî Gazete
s.	**:** sayfa
S.	**:** Sayı
sy.	**:** sayılı
T.	**:** Tarih
TDK	**:** Türk Dil Kurumu
TMK	**:** 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TBK	**:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
vb.	**:** ve benzeri
vd.	**:** ve devamı
vs.	**:** ve sair
Yarg.	**:** Yargıtay
yy.	**:** yüzyıl
ZGB	**:** Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

GİRİŞ

Toplumlardaki dini anlayışların, halkların karakter özelliklerinin, tarihî gelişimin ve uygarlık gelişiminin farklılığı, insan yaşamının birçok alanını farklı yönde şekillendirmiştir. Bu alanlardan birisi de hiç şüphesiz hukuktur. Zira, hukuk düzenlerinin temel yapılarını şekillendiren ve bu sebeple aralarında derin farklar oluşturan bazı belirleyici unsurlar mevcuttur. Bu unsurlar; bir hukuk düzeninin tarihî kökeni ve gelişimi, bu hukuk düzenindeki özel bir hukukî düşünce tarzı, özgün hukukî kurumlar, hukukun kaynakları, bunların yorumu ve ideolojik etkenler olarak temayüz etmektedir[1]. İşte hukuk düzenlerindeki bu belirleyici (değişmez) unsurları değişken unsurlardan ayırmamızı sağlayacak disipline "mukayeseli hukuk" adı verilmektedir.

Mukayeseli hukukun mahiyetine ilişkin yapılan en önemli ayırım, "mikro ve makro mukayeseli hukuk" ayırımıdır. Makro mukayeseli hukuk; hukuk sistemlerinin yapısına, belirleyici unsurlarına, gelişim yönlerine ve bunlar arasındaki benzerlik ya da aykırılıklara odaklanır[2]. Buna karşılık mikro mukayeseli hukuk ise, bir hukuk kuralını, kavramını ya da kurumunu en az iki farklı hukuk sisteminde açıklayarak elde edilen benzerliklerden ve farklılıklardan birtakım münferit sonuçlara ulaşma çabasıdır[3]. Yani mukayeseli hukuk, mikro veya makro düzeydeki mukayeseli çalışmalar vasıtasıyla elde edilen yeni bilgilerden ortak birtakım kurallara, bir bütüne ulaşmayı konu edinen bir disiplindir. Dolayısıyla mukayeseli hukuk çalışmaları, farklı hukuk düzenlerine ilişkin

---

[1] Arzu **Oğuz**, "Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni – Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 486.

[2] Ergun **Özsunay**, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 40.

[3] **Oğuz**, "Metod", s. 482-483; **Özsunay**, *Karşılaştırmalı*, s. 39. Mikro mukayesenin metodu "işlevsel denklik ilkesi"ne göre belirlenmekte, işlevsel denklik ilkesi ise, sadece aynı ödevi gören ve aynı işlevi yerine getiren kurumların birbiriyle mukayese edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Oğuz**, "Metod", s. 486-488.

verileri de göz önünde tutarak, belirli bir alanda daha elverişli ve tatmin edici çözümlere varabilmemize zemin hazırlamaktadır[4].

Mukayeseli hukukun mütemmim cüzü mahiyetindeki diğer bir disiplin ise, hukuk tarihidir. İlk bakışta, mukayeseli hukukun yaşayan hukuk düzenlerini, hukuk tarihinin ise geçmişte kalmış hukuk düzenlerini konu aldığı düşünülebilir ise de bütün hukuk tarihi araştırmalarının mukayeseli unsur içerdiği kuşkusuzdur[5]. Zira hukuk tarihçisinin görevi, hadiseleri zaman içinde teselsül kıstasına göre açıklamaktan ibaret olmayıp, aynı zamanda önceden bir olgu olarak beliren hukukî kurumların sonradan giderek nasıl uyulması zorunlu hukuk kurallarına dönüştüğü üzerinde tefekkür etmektir[6]. Diğer taraftan mukayeseli hukuk araştırmacısı ise, mukayesenin sıhhati açısından, incelediği kurum veya kavramın içinde geliştiği tarihî koşulları da dikkate almalıdır[7]. Dolayısıyla hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk, belirli bir zaman dilimindeki ya da coğrafi alandaki hukukî çözümlere daha derin bir bakış açısıyla yaklaşmada, aynı kökenden gelen "ikiz" disiplinler olarak kabul edilmektedir[8].

Türk hukuk tarihinde önemli bir yere sahip olan İslam hukuku ise, İslam dini içerisinde vahye dayalı olarak zamanla gelişmiş olan hukuk kurallarının tümünü ifade etmektedir[9]. Türk hukukunda 12. yüzyıldan başlayarak 19. yüzyılın ilk çeyreğine kadar uygulanan Hanefî İslam hukuku, 3 Kasım 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile resmen ilan edilen "Tanzimat" reformlarına kadar Türk hukukundaki etkisini tam anlamıyla sürdürmüştür[10]. 1839 yılında gerçekleştirilen bu reformlar sonucunda, Türk hukuku batı etkisine açılmaya başlamış ve 1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu'nun tümüyle iktibas edilmesiyle de Türk hukukunda fiilen "lâik-batı hukuku" adı verilen yeni bir döneme

---

[4] Hüseyin **Hatemi**, *Medenî Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 15.
[5] Arzu **Oğuz**, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 41.
[6] Sinan **Okur**, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Mukâyeseli Hukuk Disiplininin Başlangıç Evresine Eleştirel Bir Giriş: Bir Osmanlı Hukukçusu Mişon Ventura'nın Mukâyeseli Hukuk Düşüncesine Tahlîlî Bir Yaklaşım", *Turkish Studies – International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Volume 10/6, Spring 2015, p. 694; **Özsunay**, *Karşılaştırmalı*, s. 27.
[7] Sinan **Okur**, "Erken Dönem Hukuk Tarihi Eserlerinde Bir Yöntem Olarak Mukayese Usulü: Metodoloji Tartışmaları İçin Bir Giriş Denemesi", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (Ed. Fethi Gedikli), C. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 176; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 41.
[8] Konrad **Zweigert** and Hein **Kötz**, *An Introduction To Comparative Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York 2011, p. 8.
[9] Mehmet **Erdoğan**, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2016, s. 259.
[10] Hüseyin Nail **Kubalı**, "XIX.cu Yüzyılın Sonlarından İtibaren Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu", (Çev. Özer Seliçi), *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 7, S. 10, 1973, s. 5.

geçilmiştir[11]. Bu yeni dönemde uygulanan Türk medenî hukuku, yapısı ve belirleyici unsurları itibariyle, İslam hukuku sisteminden büyük ölçüde farklılık arz etmektedir. Örneğin, yöntemsel açıdan bakıldığında, Türk medenî hukuku sisteminde benzer nitelikteki olay ya da işlemleri hukuk sistemini kuşatacak ve teorisini belirleyecek genel kurallar hâlinde inceleyen "soyut / mücerred" yöntem hâkimken; İslam hukuku sisteminin içinde geliştiği yöntem ise karşılaşılan her bir somut meselenin ayrı ayrı ele alınıp çözümlenmesi anlamına gelen "kazuistik / meseleci" yöntemdir[12]. Bu ve buna benzer farklılıklara rağmen, çeşitli hukuk sistemleri ve kurumları mukayeseli hukuk vasıtasıyla işlevsel olarak incelendiğinde, farklı hukuk düzenlerinde aynı şekilde ortaya çıkan hukukî problemlerin – terimler ve hukukî kurumların dış görünümleri farklı olsa bile – aynı ya da çok benzer çözümleri olduğu görülmektedir[13]. İşte bu hukukî problemlerden birisi olan kayıp kişinin hukuku, Türk medenî hukukunda "gaiplik", İslam hukukunda ise "mefkûdluk" kurumuyla çözüme kavuşturulmuştur.

Kişiliğin ölümle sona ereceği temel hukuk ilkesi gereğince bir kişinin öldüğüne dair kesin delil bulunmadıkça sağ kabul edilmesi esastır. Ancak özellikle savaşların, uzun zaman süren yolculukların ve doğal felaketlerin daha yaygın olduğu, buna karşılık iletişim imkânlarının sınırlı bulunduğu dönemlerde, insanların yerinden yurdundan ayrıldıktan sonra uzun süre kendilerinden haber alınamaması olgusuyla sıkça karşılaşıldığı bilinmektedir[14]. Dolayısıyla, yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen ve uzun süre kendisinden haber alınamayan bu kişilerin ilanihaye sağ kabul edilmesinin hem kayıp kişi hem de onunla hukukî ilişkisi bulunan kimseler hakkında şahsî ve malî birtakım hukukî problemler doğuracağı aşikârdır[15]. Bu itibarla, kaybolan kişiler hakkında hem Türk medenî hukuku hem de İslam hukukunda belirli bekleme süreleri takdir edilmiş; bu sürelerin geçmesi sonucunda ise yargı yoluyla bu kişilerin "hükmen ölü" sayılmasına karar verilmiştir[16]. İşte hakkında gaiplik kararı verilmiş olan bu kişi Türk medenî hukukunda "gaip", İslam hukukunda ise "mefkûd" terimiyle ifade edilmektedir.

[11] **Kubalı**, s. 5 vd.; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 99 vd.
[12] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yakup **Mahmutoğlu**, "İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 2012, s. 131-151; Saffet **Köse**, *İslâm Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2016, s. 65; Ahmet **Yaman** ve Halit **Çalış**, *İslâm Hukukuna Giriş*, 4. Baskı, M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s. 27.
[13] **Hatemi**, *Giriş*, s. 15; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 77; **Oğuz**, "Metod", s. 487.
[14] Beşir **Gözübenli**, "Mefkûd", DİA, İstanbul 2003, C. 28, s. 353; Mehmet **Şener**, "Mefkûd", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, C. 3, s. 164.
[15] M. Âkif **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 211; **Gözübenli**, s. 353.
[16] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210-211; **Gözübenli**, s. 353.

Dolayısıyla Türk medenî hukukundaki "gaiplik" kurumu ile İslam hukukundaki "mefkûdluk" kurumunun işlevsel olarak denk ve mukayeseye elverişli olduğunu söylemek mümkündür.

"Türk Medenî Hukuku ve İslam Hukukunda Gaiplik" olarak adlandırılan bu çalışmada takip edilen yöntem mikro mukayesedir. Çalışmanın birinci bölümünde, Türk medenî hukuku ve İslam hukukunda kişi, kişilik ve kişiliğin sona ermesi kavramları mukayeseli olarak incelenmiştir. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde, Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde "gaiplik" kurumuna ilişkin düzenlemeler ayrı ayrı ele alınarak ayrıntılarıyla incelenmiştir. Bununla birlikte, iki hukuk sisteminde kullanılan ortak başlıklandırma usulü sayesinde, konuya ilişkin mukayese zemini hazırlanmış ve böylece hukuk sistemlerinin kendi içlerindeki ve birbirleriyle olan insicamı sağlanmıştır. Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise Türk medenî hukuku ve İslam hukukunda gaipliğe ilişkin düzenlemeler, ikinci ve üçüncü bölümlerde kullanılan ortak başlıklandırma usulüne riayet edilerek mukayese edilmiştir.

Çalışmanın muhteva itibariyle bir "dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk" çalışması olduğunu belirtmek gerekir. Zira "dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk", hareket noktası yürürlükteki bir milli hukuk olmak üzere, başka hukuk düzenleri ile yapılan mukayeseyi konu edinmektedir[17]. Her ne kadar bu tür çalışmalar yürürlükteki hukuk düzenlerine hasredilse de – Türk medenî hukukunun özelliği itibariyle – önceki hukukla hâlen yürürlükte bulunan hukukun mukayesesinde önemli faydalar görülmektedir[18]. Zira "tatbikî dogmatik mukayeseli çalışmalar" vasıtasıyla günümüz hukukunun daha iyi kavranması, öğretideki ilmî seviyenin yükselmesi, iktibas edilen hukukun uygulanmasında en uygun "hâl suretlerinin" bulunması ve mevzuatın şekil ve muhteva itibariyle ıslahı mümkün olabilir[19]. Böylelikle "dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk", İslam hukukunu da araştırma alanına dahil ederek, Türk medenî hukuku hakkındaki bilgiyi genişletip derinleştirmek gayesine hizmet eder[20].

---

[17] Bülent **Davran**, *Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 102. Diğer taraftan, "mukayeseli hukuk tarihi (dikey mukayeseli hukuk)" ise, hukukî kurumların kökenini ve gelişimini mukayeseli olarak araştıran ve geçmişe ait bilgilerimiz bakımından mevcut boşlukları mukayese yoluyla doldurmaya çalışan bir alandır. Bkz. **Davran**, s. 103.

[18] **Davran**, s. 103.

[19] **Davran**, s. 102-103.

[20] **Davran**, s. 103.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİ, KİŞİLİK VE KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ KAVRAMLARI

I. Kişi

A. Mahiyeti

Eski Türkçe'de "insan"ı ifade etmek için kullanılan "kişi" kelimesi, sözlükte "adam, şahıs" olarak tanımlanmıştır[21]. Arapça kökenli olan "şahıs" kelimesi ise "yüksekliği veya görünür cismi olan varlık; kişi, insan" anlamlarında kullanılmaktadır[22]. Günümüz Türkçesi'ne bakıldığında "kişi" ile "şahıs" kelimelerinin eş anlamlı olarak kullanılmaya devam ettiği görülmektedir[23].

Türk medenî hukuku terminolojisinde, hukuk kurallarının süjesi (öznesi, sahibi) durumundaki varlıkları ifade etmek için 743 sayılı eski Medenî Kanun[24] zamanında Arapça kökenli "şahıs" terimi kullanmış ve eMK'nın birinci kitabı "Şahsın Hukuku" olarak adlandırılmıştı. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda[25] ise birinci kitaba "Kişiler Hukuku" denilerek "şahıs" terimi terkedilmiş ve Türkçe kökenli olan "kişi" terimi benimsenmiştir[26]. Kişi teriminin Roma hukuku ve

---

[21] Şemseddin **Sâmi**, *Kâmûs-ı Türkî*, Enderun Kitabevi, İstanbul 1989, s. 1170; Hüseyin **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 15.

[22] **İbn Manzûr**, Ebu'I-Fazl Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem (h. 711/m. 1311), *Lisanu'l-Arab*, Beyrut: Daru's-Sadır, 1968, C. 7, s. 45, "ş-ḫ-ş" maddesi; İbrahim Kâfi **Dönmez**, "Şahıs", DİA, İstanbul 2010, C. 38, s. 270.

[23] Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "Kişi" ismi için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b7108a2edbc72.44421947; "Şahıs" ismi için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b7107305a77c3.71192149; E.T.: 02.02.2018.

[24] **RG.,** 04.04.1926, S. 339.

[25] **RG.,** 08.12.2001, S. 24607.

[26] Bu sebeple biz de çalışmamızda "kişi" ve "kişilik" terimlerini kullanmayı tercih ettik. Ancak İslam hukuku literatüründe bu terimlerin karşılığı olarak Arapça kökenli "şahıs" ve "şahsiyet" terimlerinin kullanıldığını belirtmek gerekir.

sonraki batı hukuklarındaki karşılığı ise Latince olan *"Persona"* kelimesi olup; bu kelime Alman hukukunda *"Person"*[27], Fransız hukukunda *"Personne"*[28] ve İtalyan hukukunda ise *"Persona"*[29] terimleriyle ifade edilmiştir[30]. "Persona" kelimesinin etimolojik kökenine bakıldığında ise önceleri tiyatro sanatçılarının sahnede yüzlerine taktıkları "maske"yi ve daha sonra sahnede rol yapmayı ifade ettiği, yani "aktör"ü ve oynadığı "rol"ü karşıladığı görülmektedir[31]. Günümüz hukuklarında ise "Persona" kelimesi, kişilerin hayat – ve dolayısıyla hukuk – sahnesinde oynadıkları rolü ve önemi açıklama şeklinde geniş bir anlam kazanmıştır[32].

Türk medenî hukuku terminolojisinde kişi, "hak ve borçlara ehil olan varlıklar" şeklinde tanımlanmaktadır[33]. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere kişi "hak ehliyeti"ne (TMK m. 8) haiz olan varlıkları ifade eden bir terimdir[34]. Bu cihetle Türk medenî hukuku öğretisinde kişi kavramının aktif ve pasif olmak üzere iki yönünün olduğu savunulmaktadır[35]. Bu görüş çerçevesinde, kişinin haklara ehil olması aktif yönünü, borçlara ehil olması ise pasif yönünü teşkil eder. Ancak kişinin pasif yönüyle kastedilen, kendi fiilleriyle borçlar edinebilmesi ve bu borçları ifa edebilmesi anlamına gelen fiil (medenî hakları kullanma)

---

[27] Arif Cemil **Denker** ve Bülent **Davran**, *Almanca Türkçe Büyük Lûgat (Grosses Deutsch Türkisches Wörterbuch)*, Kanaat Kitabevi, İstanbul 1947, s. 66.

[28] Fransa Medenî Kanunu'nun *(Code Civil)* birinci kitabının başlığı: *"Des **personne**s"* (Kişiler).

[29] İtalya Medenî Kanunu'nun *(Codice Civile)* birinci kitabının başlığı: "*Delle **Persone**"* (Kişiler).

[30] Hüseyin **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2; Hasan **Erman**, *Medenî Hukuk Dersleri (Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 135; Jale G. **Akipek**, Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 229-230.

[31] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 16-17; **Helvacı**, s. 21, dn. 1; **Erman**, s. 135; Bilge **Öztan**, *Şahsın Hukuku – Hakiki Şahıslar*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, s. 5; **Ataay**, s. 21; Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, *Türk Medenî Hukuku, Cilt 1 – Cüz 2: Şahsın Hukuku*, Değiştirilmemiş 6. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963, s. 25; **İmre**, s. 347.

[32] **Erman**, s. 135; **Helvacı**, s. 21, dn. 1; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 5; **İmre**, s. 347; **Arsebük**, s. 171, dn. 2m.

[33] Aydın **Zevkliler**, M. Beşir **Acabey** ve K. Emre **Gökyayla**, *Medenî Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 207; Ülker **Gürkan**, "Kişilik Kavramının Evrimi", *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, Ankara 1995, s. 40; Serap **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 21; Mehmet **Ayan** ve Nurşen **Ayan**, *Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 29; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 230; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 5; Ferit H. **Saymen**, *Türk Medenî Hukuku, Cilt II: Şahsın Hukuku*, Yenilenmiş 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 14; Esat **Arsebük**, *Medenî Hukuk, I.: Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, Tan Matbaası, İstanbul 1938, s. 171; **Erdoğan**, s. 518; **Dönmez**, s. 270.

[34] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 229; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 17; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 207; **Ayan** ve **Ayan**, s. 29. Günümüzde kişi olma niteliğinin sadece hak ehliyetini değil, kişilik değerlerini de kapsadığı yönünde bkz. **Erman**, s. 135; Aytekin **Ataay**, *Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım: Giriş – Hakiki Şahıslar*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 21; Zahit **İmre**, *Medenî Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)*, Yenilenmiş 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 347-348; Ergun **Özsunay**, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 1982, s. 9.

[35] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 230; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 207.

ehliyeti değil, kişi fiil ehliyetine sahip olmasa bile – örneğin küçük veya akıl hastası olsa bile – hukuk karşısında kişi olma hüviyetine sahip olduğu için borçlarının ve yükümlülüklerinin bulunabileceğidir. İşte kişi kavramının aktif ve pasif yönleri, hak ehliyeti denilen bütünü birlikte oluşturan ayrılmaz parçalardır[36].

İslam hukuk düşüncesine bakıldığında ise erken dönem usul eserlerinden itibaren şahıs kavramı ve kendisini meydana getiren hak ehliyeti, doğrudan "insan" ve "âdemî" kavramlarına bağlanmış ve insan olmanın haklara ve borçlara ehil olmak için yegâne şart olduğu birtakım delillerle desteklenmiştir[37]. İslam hukukunda "mahkûmun aleyh" veya "mükellef" denilen ve şer'î (hukukî) hükümlerin muhatabı olan şahsın kavramsal temelinde "zimmet" kavramı yer alır[38]. İslam hukukunda zimmet, "leh ve aleyhde hak ve görevlere ehil olabilme vasfı" olarak tanımlanmaktadır[39]. Buna göre İslam hukukunda her zimmet sahibi varlık, şahıs olarak kabul edilmektedir.

En genel tanımıyla hukuk, toplumsal yaşamı ve kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen yaptırıma bağlanmış kurallar bütünüdür. Dolayısıyla hukukun varlığı için kişiler, yani hak ve yükümlülüklere sahip olan varlıklar, vazgeçilmezdir. Eski Roma hukukuna ve 19. asrın Kara Avrupası medenî hukuklarına bakıldığında, şahsın hukukunun diğer hukukî ilişkilerin (aile, miras, eşya, borç ilişkilerinin) hareket noktasını teşkil ettiği ve bu sebeple medenî kanunlarda ilk sırada düzenlendiği görülmektedir[40]. Bu anlamda, İsviçre Medenî Kanunu ile ondan iktibasla 743 sayılı Medenî Kanun'un ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ilk kitabı da kişiler hukukudur (TMK m. 8-117). Bununla birlikte, modern medenî kanunların hepsinde şahsın hukukuna müstakil bir bölüm ayrıldığı söylenemez. Zira, Fransız, İtalyan ve Avusturya medenî kanunlarında şahsın hukuku, aile hukuku ile birleştirilerek tek bir kitap hâlinde düzenlenmiş; Alman Medenî

---

[36] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 207.

[37] Bu eserlerde insan olmanın haklara ve borçlara ehil olmak için yegâne şart olarak kabul edildiği temellendirilirken, insanın sorumluluk üstlenen ve irade beyanına sonuçlar bağlanan bir varlık olma özelliğini vurgulayan âyetlere (el-A'râf 7/172; el-İsrâ 17/13; el-Ahzâb 33/72) atıflar yapıldığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dönmez**, s. 270.

[38] Ahmed **Akgündüz**, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyâtı - Özel Hukuk-I (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku)*, C. 2, OSAV Yayınları, İstanbul 2012, s. 50; Halil **Cin** ve Ahmed **Akgündüz**, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s. 442.

[39] **Akgündüz**, s. 50; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 442; **Erdoğan**, s. 621. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sava Paşa**, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt* (Çev. Baha Arıkan), 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017, s. 498.

[40] **Velidedeoğlu**, s. 20; Bülent **Köprülü**, *Medenî Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), (1-2. Kitaplar)*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, s. 181.

Kanunu'nda ise şahsın hukukuna genel hükümler bölümünde yer verilmiştir[41]. Ancak, farklı düzenleme tarzlarına rağmen, bütün modern medenî kanunlarda hareket noktası yine şahıs ve şahsın hukukudur.

İslam hukukçularının (fukahânın) ise fıkhın kitap ve bablarını tanzim ederken şahıstan hareket etmediği, araştırma ve teliflerinde şahsı temel almadığı görülmektedir[42]. Bu sebeple İslam hukukçuları, şahsın hukukuna ait meseleleri müstakil bir kitapta toplamayarak muhtelif başlıklar altında incelemeyi tercih etmiştir. Mesela, şahsın hukukunun temel konularından olan "ehliyet" bahsi fıkıh usulü eserlerinde; ehliyet konusunun uzantısı olan "bülûğ yaşı ve belirtileri", "rüşd hâli ve isbatı" konuları ise fıkıh kitaplarının "muâmelat" kısmının *"Kitâb'ül-Hacr"* başlığı altında incelenmektedir[43]. Klasik fıkıh kitaplarının tertibini benimseyen ve 1868 ila 1876 yılları arasında hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de (Mecelle) de şahsın hukuku ile ilgili maddelere "Hacr ve İkrâh Kitabı" olan dokuzuncu kitapta yer verilmiştir[44]. Şahsın hukukunun önemli meselelerinden olan ve araştırma konumuzu teşkil eden *gâiblik* mevzuu ise *"Kitâb'ül-Mefkûd"* adıyla fıkıh kitaplarının "muâmelat" kısmı içerisinde incelenmektedir[45].

İslâm hukukunda şahıs kavramıyla aynı manada kullanılan diğer kavramlar ise *"Abd (kul)"*, *"Mahkûmun aleyh"* ve *"Mükellef"* dir[46]. Fıkıh usulüne ilişkin eserlerde hükme muhatap olma bakımından *"Mahkûmun aleyh"* ve *"Mükellef"* aynı manada kullanılırken; *"Abd (kul)"* kavramı ise küçük ve akıl hastası kişiyi de ifade eden daha geniş bir manayı ihtiva etmektedir. İslam hukuku literatüründe "şahıs" kelimesini ilk defa bir hukuk terimi olarak kullanan ve şahsın hukukuna ilişkin meseleleri müstakil bir kitap içinde tertipleyen kişi Mısırlı hukukçu Muhammed Kadri Paşa, eseri ise 1865

---

[41] **Köprülü**, s. 181; **Velidedeoğlu**, s. 20. Bkz. CC, Kitap I, m. 7-515; İtalya Medenî Kanunu (Codice Civile), m. 1-455; Avusturya Medenî Kanunu (ABGB) § 15-283; BGB § 1-240.

[42] Hayreddin **Karaman**, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 9. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2014, C. I, s. 246; Mustafa Ahmed ez-**Zerka**, *İslam Hukuku 2* (Çev. Servet Armağan), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 1064; Hamdi **Döndüren**, *Delilleriyle İslam Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, İslam Hukuku Külliyatı Yayınları, İstanbul 1983, s. 113.

[43] **Akgündüz**, s. 49; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 441; **Dönmez**, s. 270; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 246.

[44] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017, C. III, s. 1761 vd.

[45] **Akgündüz**, s. 49; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 441.

[46] Hüseyin Tekin **Gökmenoğlu**, *İslâm'da Şahsiyet Hakları*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2010, s. 33 vd.

tarihli *"el-Aḥkâmü'ş-şerʿiyye fi'l-aḥvâli'ş-şaḫṣiyye"* adlı şahıs, aile ve miras hukukuna dair kanun taslağıdır[47].

B. Türleri

İster beşerî ister ilâhi menşe'li olsun bütün hukuk sistemlerinin muhatabı, kişi denilince akla gelen ilk varlık, şüphesiz insandır. Ancak eski zamandan beri umumiyetle hukuk sistemleri, insanın yanında belirli niteliklere sahip kişi ya da mal topluluklarına da kişi olma niteliği tanıyarak kişi kavramının maddî değil, hukukî bir mefhum olduğunu ortaya koymuştur[48]. Günümüzde hayvan haklarından söz edilerek hayvanların hak sahibi (kişi) olduğu yönünde bir algı varsa da gerek İslam hukukunda gerekse modern hukuk düzenlerinde hayvanların hakkın sahibi değil, ancak konusu (objesi) olabileceği genel kabul görmüştür[49].

Modern hukuklarda hak sahibi (süje) olma iktidarını tanıyan kanun koyucu olduğuna göre, hangi varlıkların hakkın sahibi (süjesi) ve hangilerinin hakkın konusu (objesi) olabileceğini belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir[50]. Günümüz çağdaş hukuk sistemleri ve Türk Medenî Kanunu, gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere iki türü hak sahibini kişi olarak kabul etmiştir.

İslâm hukukunun sistematiğine bakıldığında ise klasik eserlerde hukuka muhatap olma bakımından gerçek (hakîkî) ve tüzel (hükmî) şahıs tasnifine benzer bir tasnife rastlanmamaktadır[51]. Ancak son devirlerde te'lif edilen İslâm hukukuna ilişkin eserlerde

---

[47] **Gökmenoğlu**, s. 32; **Zerka**, s. 1065; **Dönmez**, s. 270; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 246; **Döndüren**, s. 113. *"1869-1876 yılları arasında hazırlanan ve uygulamaya konan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, birtakım siyasî sebepler ve Fransa'nın tesiriyle, o zaman Osmanlı Devleti'ne bağlı bulunan Mısır'da uygulanmamıştır. Bunun yerine devrin Mısır Adliye Nâzırı M. Kadri Paşa tarafından "medenî kanun" olarak kabul edilmek üzere üç kitap kaleme alınmıştır ki bunlardan biri el-Ahkâmü'ş-şeriyye'dir. Ancak bu kitap Mısır hidivi tarafından tasdik edilmemiş ve kanunlaşmamıştır. Bununla birlikte gerek Mısır'da gerekse Filistin gibi bazı Arap ülkelerinde uzun süre âdeta bir kanun gibi mahkemelerin müracaat ve bilgi kaynağı olmuştur. Eser iki bölüm ve beş "kitap" halinde 647 maddeden ibarettir. Birinci bölüm aile ve kısmen şahıs hukukuna, ikinci bölüm miras hukukuna dairdir. Eser hazırlanırken sadece Hanefî mezhebinin görüşlerinden faydalanılmıştır."* bkz. Mehmet Akif **Aydın**, "El-Ahkamü'ş-Şer'iyye Fil-Ahvali'ş-Şahsiyye", DİA, İstanbul 1988, C. 1, s. 557. Kadri Paşa'nın kanun taslağının şahıs ve aile hukuku ile ilgili hükümleri için bkz. **Akgündüz**, s. 95-98 ve 1571-1668.

[48] Mustafa **Dural** ve Tufan **Öğüz**, *Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 5; M. Kemal **Oğuzman**, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 2; **Zerka**, s. 1065; **Döndüren**, s. 113.

[49] **Helvacı**, s. 21; **Dönmez**, s. 271. Fransız, İsviçre, Alman ve Türk hukuklarında hayvanların hukukî durumuna ilişkin bkz. **Helvacı**, s. 22 ve dn. 5, 6, 7, 8; **Saymen**, s. 10. İslam hukukunda hayvanların hukukî durumuna ilişkin bkz. **Dönmez**, s. 271.

[50] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 231.

[51] **Gökmenoğlu**, s. 39.

şahsın hukuku konusunun modern hukukun sistematiğine uygun tarzda ele alındığı görülmektedir[52]. Bu sebeple çalışmamızda İslam hukuku açısından şahıs, gerçek (hakîkî) ve tüzel (hükmî) şahıs tasnifine uygun olarak incelenmiştir.

1. Gerçek Kişiler

Hukukta kişi denince öncelikle gerçek kişiler, yani insanlar anlaşılır. Gerçek kişileri ifade etmek üzere "hakîkî" veya "tabii" kişiler terimleri de kullanılmıştır. Günümüzdeki çağdaş hukuk sistemleri, tabii hukuk öğretisine uyarak "eşitlik ilkesi"ni benimsemiş ve her insanın hak ehliyetine sahip, yani "gerçek kişi"[53] olduğunu kabul etmiştir[54]. Fakat eski devirlerde haklara ehliyet bakımından umumîlik (genellik) prensibi yoktu. Meselâ, câhiliye Araplarında, Roma[55] ve İran'da köleler; hatta medenî Avrupa devletlerinin sömürgelerindeki "zenci köleler" hak sahibi (hak süjesi) değil, eşya gibi hak konusu (hak objesi) idi[56]. Özellikle Roma hukukunda bir evrensel hukuk-kavimler hukuku *(ius gentium)* müessesesi olan köleliğin ve esirliğin, 19. yüzyılın sonuna kadar muhtelif hukuk sistemlerinde varlığını sürdürdüğü görülmektedir[57].

Bütün modern medenî kanunlara ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'na göre her insan, hiçbir ayrım gözetilmeksizin hak ehliyetine sahip ve eşittir (*TMK m. 8; CC. m. 7, 8; BGB § 1 vd.; ZGB m. 11 vd.*). 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (m. 1, 2, 4 ve 6) de her insanın kişi olduğu ve hak ehliyetine haiz olduğu açıkça belirtilmiştir.

---

[52] **Gökmenoğlu**, s. 39 vd., **Zerka**, s. 1068 vd.; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 247 vd.

[53] Türk medenî hukukunda kullanılan "gerçek kişi" terimi için mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde "tabii (doğal) kişiler" *("die natürliche Personen"),* Fransızca metninde ise "fiziksel kişiler" *("des personnes physiques")* terimleri kullanılmaktadır. Bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 8. Benzer yönde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 208.

[54] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 2.

[55] Roma hukukundaki kölelik kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya **Umur**, *Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 356. Ayrıca bkz. Bülent **Tahiroğlu** ve Belgin **Erdoğmuş**, *Roma Hukuku Dersleri*, 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 136; **Helvacı**, s. 23; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 238.

[56] **Döndüren**, s. 114.

[57] **Umur**, s. 357; **Tahiroğlu** ve **Erdoğmuş**, s. 138. Benzer şekilde bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 7; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 239. Hatta daha yakın tarihlere, Almanya'da nasyonal sosyalizmin egemen olduğu döneme bakıldığında, belirli ırk ve soydan gelenlere de kişilik tanınmadığı ya da sınırlı kişilik tanındığı görülmektedir. Bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 208. Benzer yönde bkz. **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 99, dn. 6a.

İslam hukukuna göre ise hakîkî şahıslar insan fertleridir; her biri ehliyet ve zimmet sahibi olup lehlerine haklar, aleyhlerine ise borçlar söz konusu olur[58]. Bu hususta İslam hukukunun modern medenî kanunlarla paralel düzenlemeler içerdiği görülmektedir. İslam hukuk tarihinde her insanın şahıs sayılmasının yegâne istisnasını tedrîcen kaldırılan kölelik kurumu oluşturur[59]. İslam hukuk tarihinde kölelik kurumu, ilk devirlerin zarûretlerine binâen sadece meşru savaş neticesinde ve geçici olmak üzere bir misilleme metoduyla sınırlanmış ve tarihte ilk defa kölelere bazı insanî haklar ve hürriyete kavuşturma imkânları bahşedilerek bu kurumun tarihe karışmasına doğru ilk adım atılmıştır[60].

2. Tüzel Kişiler

Hukuk düzenleri, ömrü ve imkânları sınırlı olan insanoğlunun birtakım amaçlara ulaşmasını kolaylaştırmak ve ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak amacıyla biyolojik olmayan birtakım varlıklara da kişi olma niteliğini tanımıştır[61]. Bunlara modern hukukta tüzenin (hukukun) oluşturduğu kişiler olması sebebiyle "tüzel kişiler" denilmektedir[62]. Tüzel kişileri ifade etmek için "hükmî" veya "farazî" kişiler terimleri de kullanılmıştır.

Türk medenî hukukunda tüzel kişiler, gerçek kişilerin güttükleri sürekli amaca daha iyi hizmet edebilme düşünce ve ihtiyacından doğan başlı başına bir varlığı olan kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal topluluklarıdır (TMK m. 47/I). Tüzel kişinin kendisini oluşturan insanlardan bağımsız bir kişiliği vardır. Dolayısıyla bu kişiler ölseler veya gaip sayılsalar bile tüzel kişilik varlığını sürdürür[63]. Ancak tüzel kişinin bağımsız varlığı tanınırken onun da bir iradesinin bulunduğu ve bu iradesini açıklayacak organların, yani gerçek kişilerin, varlığı gözden uzak tutulmamalıdır. Zira tüzel kişi kavramının temelinde gerçek kişiye yani insana ait

---

[58] **Zerka**, s. 1068; **Döndüren**, s. 113; Sabri **Erturhan**, *Temel Fıkıh Bilgileri*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2017, s. 45.

[59] **Dönmez**, s. 271.

[60] Hayrettin **Karaman**, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, 6. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 22; **Döndüren**, s. 114. *"...fıkıh doktrinlerinde ilgili âyet ve hadisler ışığında hukuk tarihinde benzerine rastlanmayan bir teorik çaba ortaya konarak kölelerin özgürlüğe kavuşturulmasını özendiren çok sayıda düzenlemeye geniş yer ayrıldığı ve belirtilen hedeflere yardımcı olacak -mükâteb, ümmü'l-veled, müdebber gibi- statüler ve kurallar geliştirildiği görülür."*. Bkz. **Dönmez**, s. 271.

[61] **Helvacı**, s. 23; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 2; **Dönmez**, s. 271.

[62] Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Medenî Hukuk*, Tıpkı Ek 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 199. Zira tüzel kişiler için mehaz İsviçre Medenî Kanunu'nun Almanca metninde (ZGB m. 52 vd.: *"Die juristischen Personen"*) ve Alman Medenî Kanunu'nda (BGB § 21 vd.: *"Juristische Personen"*) "hukuksal kişiler" terimi kullanılmaktadır.

[63] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 210.

insanlık değeri (onuru), bu insanlık değerine bağlı temel insan hürriyeti ve bu hürriyetten kaynaklanan örgütlenme hürriyeti vardır[64].

Gerçekte mevcut olan varlıklardan soyutlama yoluyla tüzel kişiler adında sun'i teknik bir kavram oluşturan modern hukuk düzenleri, bu kavramı özel ve kamu hukuku alanında ikiye ayırarak incelemiştir[65]. Çalışmamız itibariyle Türk özel hukukundaki tüzel kişilere bakıldığında, kazanç paylaşma amacı olan, diğer bir ifadeyle ekonomik amaç taşıyan tüzel kişiler "şirketler" iken; kazanç paylaşma amacı olmayan, diğer bir ifadeyle ideal amaç taşıyan, tüzel kişiler ise esas itibariyle kişi toplulukları olan "dernekler" ve mal toplulukları olan "vakıflar"dır[66]. Türk Medenî Kanunu tüzel kişileri düzenlerken önce "genel hükümleri" belirlemiş (m. 47-55), daha sonra sırasıyla özel hukuk tüzel kişileri olan dernekleri (m. 56-100) ve vakıfları (m. 101-117) düzenlemiştir. Ancak, bu iki tüzel kişiliği yakından ilgilendiren 5253 sy. Dernekler Kanunu[67] ve 5737 sy. Vakıflar Kanunu[68] gibi özel kanunlar da mevcuttur.

19. yüzyılın başında kullanılmaya başlanan tüzel kişi terimine ve bu ismi taşıyan bir bölüme klasik İslam hukuku eserlerinde rastlanmamaktadır[69]. Ancak modern hukuk teorilerinde geniş biçimde tartışıldığı gibi, tüzel kişiliğin dayandığı düşüncenin fıkıhta da bulunup bulunmadığı son dönem İslâm hukuku çalışmalarında yoğun şekilde gündeme gelmiştir[70]. Buna olumlu cevap verenler, klasik eserlerde yer almasa da İslam hukukunda belirli şahıs ve mal topluluklarının onları oluşturan kişilerden ayrı bir şahsiyetleri olduğunu savunmaktadır[71]. Bu doğrultuda İslam hukukunda gerek şahıs gerekse de mal topluluğu olarak tüzel kişi gibi muamele gören birçok kurumun var olduğu kabul edilmektedir. Bunlar temel olarak devlet, devlet hazinesi (beytülmâl) ve

---

[64] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 2.
[65] Bilge **Öztan**, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, 40. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 222; **Ayan** ve **Ayan**, s. 30.
[66] **Öztan**, *Medenî*, s. 222; **Ayan** ve **Ayan**, s. 30. Kazanç paylaşma amacı olmayan özel hukuk tüzel kişilerine kişi topluluğu niteliğindeki "sendikaları" ve "siyasi partileri" de eklemek mümkündür. Bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 228 vd.
[67] **RG.,** 23.11.2004, S. 25649.
[68] **RG.,** 27.02.2008, S. 26800.
[69] Ekrem Buğra **Ekinci**, *Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk)*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008, s. 400.
[70] **Dönmez**, s. 271.
[71] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 228-229; **Dönmez**, s. 271; **Zerka**, s. 1067; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 276; Mustafa **Avcı**, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s. 246; **Helvacı**, s. 23, dn. 11. Aksi görüşte bkz. Sabri Şakir **Ansay**, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 76. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru **Kayabaş**, "Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi SBE*, İstanbul 2008 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 51 vd.

vakıflardır[72]. Bu kurumlar dışında İslam hukuk tarihinde lonca gibi meslek kuruluşları, yeniçeri ocakları ve tarikatlar da bazı yazarlarca tüzel kişilik görünümü arz eden kurumlardan sayılmıştır[73]. Bu tüzel kişilikler arasında şirketlerin birer hükmî şahsiyet oluşturup oluşturmadığı hususu ise tartışmalı[74] olup, şirketlerin hükmî şahsiyete sahip olduğunu savunan yazarlar[75] yanında hükmî şahsiyetlerinden söz etmenin mümkün olmadığını savunan yazarlar[76] da vardır. Diğer taraftan Osmanlı devletinde ise 1909 yılında Fransa'dan örnek alınan *Cemiyetler Kanunu* kabul edilmiş ve sonrasında 1913 senesinde "*Eşhas-ı Hükmiyenin Emvâl-i Gayrimenkuleye Tasarruflarına Mahsus Kânûn-ı Muvakkat"* çıkarılarak hükmî şahsiyet terimi Osmanlı hukukuna ismen de girmiştir[77].

II. Kişilik

Gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine, tüzel kişilerin ise hak ehliyetlerini kazandıkları andan sona ermesine kadar kişi olmaları nedeniyle ayrılmaz bir biçimde sahip oldukları, hukuken korunan değerler bütününe "kişilik" denilmektedir[78].

Kişi veya şahıs denildiğinde somut nitelikteki varlıklar ve çoğunlukla insanlar anlaşıldığı hâlde, birer mana ismi olan kişilik veya şahsiyet kelimeleriyle ise bilhassa insanların "şahıs" olarak kabul edilmesini temin eden soyut bir kavram akla

---

[72] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 229; **Erturhan**, s. 80; **Ekinci**, s. 400. Aksi yönde, İslam hukukunda beytülmâl ve vakıflara hükmî (tüzel) şahsiyet tanınmadığı hakkında bkz. Joseph **Schacht**, *İslam Hukukuna Giriş (An Introduction to Islamic Law)* (Çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), Ankara 1977, s. 134-135.

[73] **Erturhan**, s. 92. Aydın'a göre, bütün yönleriyle olmasa da belirli yönleriyle tarikatlar, meslek teşekkülleri olan loncalar ve yeniçeri ortaları da İslâm ve Türk hukuk tarihinde tüzel kişiye benzeyen kuruluşlardandır. Bkz. **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 231. Hatemi'ye göre ise Tanzimat'tan önce dernek yani cemiyet manâsını taşıyan kişi toplulukları arasında "tarikatleri", "loncaları" ve hatta "cemiyet" adıyla kurulan bazı müesseseleri, sadece bir tarihi gelişim olarak değerlendirmek gerekir. Bkz. Hüseyin **Hatemi**, *Medenî Hukuk Tüzel Kişileri-I,* İstanbul 1979, s. 45 vd. Hatemi ile aynı yönde bkz. **Akgündüz**, s. 83. Ayrıca bkz. **Kayabaş**, "Cemiyetler", s. 60.

[74] **Gökmenoğlu**, s. 41.

[75] **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 280-281; **Döndüren**, s. 152; **Erturhan**, s. 92; **Avcı**, s. 229.

[76] **Gökmenoğlu**, s. 45; **Ansay**, s. 76.

[77] **Ekinci**, s. 401. Bu Kanun'a göre, hükümet ve belediye daireleri, cemiyetler, kulüpler, Osmanlı ticaret, sanayi, inşaat ve ziraat şirketleri, Osmanlı cemaatleri ve hayır müesseseleri de hükmî şahıslardan sayılmıştır. Bkz. **Ekinci**, s. 401; **Akgündüz**, s. 83; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 486. Kayabaş'ın belirttiği üzere *"Ayrıca Tanzimat'ın ilanından sonra başlayan yenileşme ve batılılaşma süreci içinde kamu hukuku alanında da 13 Mart 1913 (1329 R) tarihli 'İdare-i Umumiye-i Vilayat Kanun-i Muvakkat'ın 75. maddesi ile açıkça vilayetlere (illere) de tüzel kişilik ve hak ehliyeti tanındığı görülür."* Bkz. **Kayabaş**, "Cemiyetler", s. 60.

[78] **Helvacı**, s. 24. Öğretideki çeşitli tanımlar için bkz. **Saymen**, s. 14; **Ataay**, s. 21-22; **İmre**, s. 347-348; Selahattin Sulhi **Tekinay**, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, 4. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 1984, s. 203; **Köprülü**, s. 263; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 441; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 233; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 2; **Dural** ve **Öğüz**, s. 9.

gelmektedir[79]. Bu nedenle günümüzde yapılan kişiler hukuku incelemelerinde kişi ve kişilik kavramları arasındaki ilişki üzerinde önemle durulmaktadır. Türk medenî hukuku öğretisindeki hâkim görüşe göre, sadece hak ehliyetine sahip varlığı (insan, dernek, vakıf, vb.) ifade etmek üzere kişi terimini; hak ve borçlara sahip olabilme yanında hak ve borçlara sahip olabilmek için hukukî işlemler yapabilme (fiil) ehliyetini ve kişilik alanına giren, hukukça korunan tüm değerler ile kişisel durumları da kapsayan bütünü ifade etmek gerektiğinde ise kişilik terimini kullanmak gerekmektedir[80]. Zira mehaz İsviçre Medenî Kanunu, hukuk ahlakına dayanan geniş anlamda kişilik kavramını temel kabul etmiş ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu'nda kişilik terimi daima geniş anlamıyla kullanılmıştır[81]. Bu nedenle Türk Medenî Kanunu kanun koyucusu, hak ve fiil ehliyeti alanına giren bazı değerler ile kişisel durumlara yer verdiği 8 ila 35. maddeler arasındaki birinci bölümün başlığını "Kişilik" olarak düzenlemiştir[82]. Ayrıca tüzel kişilere ilişkin 47 ve 48. maddelerin kenar başlıklarına bakıldığında, kişi (hak ehliyetine haiz olma) ve kişilik terimlerinin birbirinden ayırt edildiği ve kişiliğin kişi kavramından geniş bir içeriğe sahip olarak düzenlendiği görülmektedir[83].

Türk medenî hukukunda kişilik denildiğinde, kişinin hak sahibi olması dolayısıyla hukuken sahip olduğu bütün ehliyetlerini, maddî ve manevî varlığını içeren kişilik haklarını ve kişisel durumlarının tümünü kapsayan genel ve soyut bir kavram anlaşılmaktadır[84]. Kişilik kavramının muhtevasına her şeyden önce hak ehliyeti (TMK m. 8 ve 48) ve kişinin hukukî işlemler yapabilmesi için sahip olması gereken fiil ehliyeti (TMK m. 9 ve 49) girmektedir[85]. İkinci olarak, kişinin toplum içindeki yeri, gelişmesi ve diğer insanlarda saygı oluşturabilmesi için "kişilik hakkı" dediğimiz birtakım haklara (değerlere) da ihtiyacı vardır[86]. Bu hakların kapsamına kişinin ismi üzerindeki hakkı (TMK m. 26) girdiği gibi; maddî, manevî ve iktisadî bütünlüğü üzerindeki hakları

---

[79] **Gökmenoğlu**, s. 46; **Zerka**, s. 1065.
[80] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 211; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 232-233; **Dural** ve **Öğüz**, s. 9; **Saymen**, s. 14-15. Velidedeoğlu ise bu hususta ilginç bir benzetmeye başvurur ve şahsı bir hücrenin çekirdeğine, şahsiyeti de bu çekirdeği saran protoplazmaya benzetir. Bkz. **Velidedeoğlu**, s. 27-28. Ayrıca kişilik kavramı, kişi kavramından çok sonra, yakın tarihlerde ortaya çıkmıştır. Bkz. **Gürkan**, s. 40.
[81] A. **Egger**, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi: Giriş ve Kişinin Hukuku* (Çev. Volf Çernis), Değiştirilmiş 2. Bası, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1947, s. 153; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 232.
[82] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 211; **Velidedeoğlu**, s. 27.
[83] **Egger**, s. 153.
[84] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 233; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 441; **Saymen**, s. 14; benzer yönde bkz. **Egger**, s. 153; **Velidedeoğlu**, s. 27-28; **Köprülü**, s. 263.
[85] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 233; **Dural** ve **Öğüz**, s. 8.
[86] **Dural** ve **Öğüz**, s. 8.

(TMK m. 23, 24 ve 25) da girmektedir[87]. Bu hakların koruduğu başlıca değerler; kişinin hayatı, vücut tamlığı, şerefi, itibarı ve adıdır. Son olarak toplum içinde yaşayan her insan, evlilik içinde veya dışında doğmuş olmak; küçük, kısıtlı veya ergin olmak; bekar, nişanlı, evli, dul ya da boşanmış olmak niteliklerinden birisine sahiptir. İşte her gerçek kişinin (insanın) kendisini aile ve toplum içerisindeki diğer insanlardan ayırmaya yarayan, hukuk düzenince hüküm ve sonuç bağlanmış bu niteliklerine "kişisel durumlar" (şahsî hâller) adı verilmekte ve bunlar da kişilik kavramının içeriğine dahil edilmektedir[88].

İslam hukukuna bakıldığında ise klasik eserlerin kendi sistematiği içerisinde günümüz hukukunda anlaşıldığı şekilde "şahsiyet" kavramının ele alındığı müstakil bir bölümün bulunmadığı görülmektedir[89]. Ancak, batı hukuk çevrelerince son dönemlerde yoğun biçimde tartışmaya açılan kişilik haklarıyla ilgili sorunlardan birçoğu, sistematik bir şekilde olmasa da İslam hukukçularınca ilk dönemlerden itibaren ele alınmış, bu konuda bazı önemli kavramlar ortaya konulmuş ve ilkeler belirlenmiştir[90]. İslam hukukunda yasamanın *(teşriinin)* ana gayeleriyle ilgili incelemelere bakıldığında, yararlar *(mesâlih)* önem açısından derecelendirilirken; can, akıl, din, mal ve neslin muhafazası şeklinde beş maddede özetlenen ve en üst sıraya yerleştirilen "zarûriyât"ın bir bakıma insanın maddî, fizikî, manevî ve iktisâdi bütünlüğü üzerindeki (kişilik) haklarının bir ifadesi olduğu, son dönem kaynaklarda zikredilmektedir[91]. Ayrıca, günümüzdeki İslam hukukçuları ve fetva kurullarının kişilik kapsamındaki haklarla ilgili güncel meseleleri ele alan – beden bütünlüğüne müdahalenin şartları gibi – çok sayıda eser yazdığı ve fetva yayımladığı görülmekte; kişinin özel hayatının ve gizlilik çevresinin korunması

---

[87] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 233-234; *"Kişilik hakları; kişilerin namus, şeref, hayat, sağlık, özel yaşam, ad, sır, mesken dokunulmazlığı gibi hakları"dır.* Bkz. **Erdoğan**, s. 518.

[88] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 234.

[89] "Şahsiyet" lafzını kullanarak ilk defa İslam hukukunda bir eser meydana getiren yazarın Mısır'lı Kadri Paşa olduğuna, ancak Kadri Paşa'nın "şahsiyet" kelimesini kullanma saikinin yalnızca Arapça dil bilgisinin türeme özelliğinden kaynaklandığına ilişkin bkz. **Gökmenoğlu**, s. 46 ve dn. 59. Karaman ise İslam hukukunu modern hukuk sistematiği içerisinde incelediği eserinde "şahsiyyet" (kişilik) tabirini tanımlarken, hak sahibi olan insanın, bu haklardan istifade (fiil) ehliyetini anlattığını ifade etmektedir. Bkz. **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 247.

[90] **Dönmez**, s. 272.

[91] **Dönmez**, s. 272. *"Kur'ân'daki mevcut düzenlemelerden hareketle şeriatın / hukukun amaçları beş temel değerin korunmasına indirgenmiştir. Hukukun amaçları olarak ifade edilen ve korunması zorunlu görülen bu değerler **can, akıl, din, mal** ve **nesil**dir. Bunların her biri evrensel bir değer olduğu için bunların korunmasını hedeflemeyen bir yasa eksik ve kusurludur."* Bkz. H. Yunus **Apaydın**, *Fıkhın Kaynakları (Nass ve İçtihat)*, Ay Yayıncılık, Ankara 2017, s. 29.

konusundaki hükümlere de fıkıh eserlerinin değişik bölümlerinde yer verildiği görülmektedir[92].

III. Kişiliğin Sona Ermesi

A. Türk Medenî Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi

Hukukî anlamda hak ve borçlara sahip olan gerçek kişinin (insanın) varlığının sona ermesini ifade eden ölüm, kişiliği sona erdiren en doğal nedendir (TMK m. 28/1)[93]. Diğer taraftan, Türk Medenî Kanunu'nda ölüm haricinde kişiliği sona erdiren ve ölümle eşdeğer sonuçlar doğuran birtakım istisnai hâller de düzenlenmiş, bu olağanüstü durumlara ilişkin birtakım özel kurallar getirilmiştir[94]. Kişinin cesedine fiilen ulaşılamamasına rağmen karineten ölümüne hükmedildiği bu özel durumlar, ölüm karinesi ile gaiplik kararı alınmasıdır[95]. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde gaipliğe ayrıntılı olarak yer verildiği için, bu bölümde sadece kişiliğin doğal sona erme nedeni olan ölüm ve karineyle sona erme nedenlerinden ölüm karinesi incelenmiştir.

1. Kişiliğin Doğal Sona Erme Nedeni: Ölüm

İnsanoğluna bahşedilen hayatın ve hukuk terminolojisindeki anlamıyla gerçek kişiliğin sona ermesi hâli olan ölüm, temelde doğal ve biyolojik bir olay olmakla birlikte doğurduğu sonuçlar itibariyle aynı zamanda hukukî bir olaydır. Bu anlamda, ölümün hangi anda gerçekleştiğinin saptanması ve ölüm olayının ispatı, kişiler hukuku özelinde, medenî hukukun bütün alanlarında önemli hukukî sonuçlar doğurmaktadır[96]. Öncelikle, mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmenin ilk şartı, mirasbırakanın ölümü anında sağ olmaktır (TMK m. 580-581). Diğer taraftan, eşinin ölümünden sonra yeniden evlenmek isteyen kişi, önceki evliliğin ölüm dolayısıyla sona erdiğini ispat etmelidir (TMK m. 130). Aynı zamanda, bedenî değerler üzerinde organ nakli amacıyla bazı organ veya

---

[92] **Dönmez**, s. 273.

[93] Aydın **Zevkliler**, Şeref **Ertaş**, Ayşe **Havutçu** vd., *Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler)*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 72; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 555. Eski hukuklarda belirli bir suçtan mahkûm olma ya da din adamı olma hâlinde, "medenî ölüm" denilen bir kurumla kişinin hak ehliyetine, dolayısıyla kişiliğine son verilebiliyordu. Bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 23; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 21.

[94] **Zevkliler**, **Ertaş**, **Havutçu** vd., s. 72; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 555.

[95] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 19.

[96] **Dural** ve **Öğüz**, s. 23; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 213. Ölümün miras, aile, kişiler ve medenî hukukun diğer alanları açısından sonuçları için bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 562 vd.

dokuların alınması gibi işlemlerin yapılabilmesi için de kişinin ölümünün kesinleşmesi ve ölüm anının tespit edilmesi gerekmektedir[97].

a. Ölüm Anının Saptanması

Ölüm anıyla birlikte kişinin hak ehliyeti sona erer. Bu sebeple, kişi ölüm anından itibaren yeni bir hak iktisap edemeyeceği gibi borç altına da giremez[98]. Dolayısıyla, ölüm anıyla birlikte kişiliğe bağlı haklar sona erer; diğer haklar ise mirasçılara intikal eder[99]. Ancak, öğretide savunulduğu üzere, belirli kişilik haklarının ölümden sonra da var olmaya devam ettiğini kabul etmek gerekir[100]. Örneğin, kişi ölümünden sonra cenazesinin nasıl olacağı veya cesedinin kullanılıp kullanılamayacağı hususunda bir ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir[101].

Temelde doğal ve biyolojik bir olay olması itibariyle ölüm, tıp biliminin uğraş alanına girmektedir. Dolayısıyla, ölüm anının tespitinde öncelikle tıp biliminin verileri esas

---

[97] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 556; **Helvacı**, s. 32, dn. 41. Benzer şekilde bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 22-23.

[98] **Yarg. 1. HD.** 18.04.2005 T., 2005/4428 E., 2005/4695 K.: *" […] Gerçek kişinin ölümüyle medenî haklardan yararlanma ehliyeti ve buna bağlı olarak da taraf ehliyetinin sona ereceği Medenî Kanunun 28. maddesinin buyurucu nitelikteki hükmüyle açıklanmıştır. Dava tarihinden önce ölüm nedeniyle şahsiyeti son bulan kişinin taraf ehliyetini yitireceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, gerek Medenî Kanun gerekse HUMK. dava açıldığı zaman hayatta bulunan kişiler yönünden düzenleyici hükümler koymuş; ölen veya mevhum kişiler hakkında açılacak davalar yasalarımızda yer almamıştır. Nitekim 4.5.1978 tarih 1978/4-5 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında da dava tarihinden önce ölen kişinin taraf ehliyetini yitireceği, aleyhine dava açılamıyacağı, dava tarihinde şahsiyeti sona ermiş olan kimsenin mirasçılarına ardıllık (halefiyet) kuralı uygulanamıyacağından tebligat yapılmak veya dava ıslah edilmek suretiyle davaya devam edilemeyeceği vurgulanmış, içtihatlar bu doğrultuda kararlılık kazanmıştır."* Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 12.03.2018.

[99] **Dural** ve **Öğüz**, s. 23; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 555; **Helvacı**, s. 32; **Yarg. 11. HD.** 20.12.2004 T., 2004/3405 E., 2004/12591 K.: *"Dava devam ederken, taraflardan birinin ölmesi halinde ölen kişinin taraf ehliyeti son bulur. Bu nedenle davaya ölen tarafa karşı veya onun tarafından devam edilmesine imkân yoktur. Yalnız ölen tarafı ilgilendirmeyen, mirasçıların malvarlığı haklarını ilgilendiren davalara, ölen tarafın mirasçılarına karşı (veya mirasçılar tarafından) devam edilir."* Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 12.03.2018.

[100] Ümit **Gezder**, "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi", *İÜHFM*, C. LXV, 2007, s. 219; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 208-209. Ayrıca bkz. **Hatemi**, *Kişiler Hukuku,* s. 86. Ancak hak ehliyetinin sona ermesinin (TMK m. 28/I) bir insanın ölüm ile kişiliğinin korunmasını kaybettiği anlamına gelip gelmediği öğretide tartışmalıdır. Bu hususta iki farklı görüş ileri sürülmüştür. İsviçre-Türk hukukunda ağırlık kazanan öğretiye ve İsviçre Federal Mahkeme kararlarında temsil edilen görüşe göre, kişiliği koruma ancak dolaylı yoldan yakınların saygı duygusunu koruma sebebiyle olabilir ("Hatırayı Koruma Doktrini"). Diğer görüş ise, Alman mahkeme kararlarında ve öğretisinde temsil edilen, ölenin kişiliğinin doğrudan doğruya korunması düşüncesidir ("Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi"). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gezder**, s. 211 vd.

[101] **Gezder**, s. 219; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 209.

alınmalıdır[102]. Her geçen gün yeni gelişmelerin yaşandığı bu sebeple de kesinlikten uzak olan tıp bilimi ise kanun koyucuyu, bu hususta belirli bir kanunî düzenleme getirmeyerek, en son buluşlara göre konunun değerlendirilmesi imkânını açık bırakmaya yöneltmiştir[103].

Tıp bilimi ile uğraşanlar ölüm anının tespiti hususunda iki farklı görüş öne sürmüştür. Bunlar, "biyolojik ölüm" ve "beyinsel ölüm" görüşüdür[104].

aa. Biyolojik Ölüm

Eski öğreti tarafından kabul edilen bu görüşe göre, kişideki temel yaşam işlevleri olan dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin işleyişinin durmasıyla "biyolojik ölüm" gerçekleşmiş olur[105]. Dolayısıyla biyolojik ölüm görüşüne göre kişideki kalp atışları ve solunumun durduğu an, ölüm olayının gerçekleştiği andır[106].

Biyolojik ölüm görüşü günümüz dünyasında terk edilmiştir. Bunun gerekçesi olarak, kalp ameliyatı yapılan bir kişinin kalp atışlarının durması hâlinde günümüz tekniğiyle bu kişiye yapay kalp-ağız makinesi bağlanmak suretiyle kalp ve solunum faaliyetlerinin devam ettirilebilmesi gösterilmektedir[107]. Diğer taraftan, beynin tüm fonksiyonlarının durmasına rağmen dolaşım ve solunum sistemlerinin çalışması hâli olan "bitkisel hayat" durumunda da biyolojik ölümün gerçekleşmediği günümüzde ittifakla kabul edilmektedir[108]. Dolayısıyla, biyolojik ölüm görüşüne yöneltilen bu eleştiriler ve tıpta yaşanan gelişmeler, "beyinsel ölüm" adı verilen yeni bir öğretinin kabulü sonucunu doğurmuştur.

---

[102] **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 213; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 22; **Dural** ve **Öğüz**, s. 24; **Helvacı**, s. 32; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 206.
[103] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 21.
[104] **Dural** ve **Öğüz**, s. 23; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 556 vd.; **Helvacı**, s. 32; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 213.
[105] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 556; **Helvacı**, s. 33.
[106] **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 213; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 556.
[107] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20; **Dural** ve **Öğüz**, s. 24; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 214; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 22.
[108] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 557; **Helvacı**, s. 33, dn. 43; **Dural** ve **Öğüz**, s. 24.

bb. Beyinsel Ölüm

Tıp bilimindeki sürekli ve süratli gelişmeler, beyin hücreleri harap olmadığı sürece, solunumun ve kalp atışlarının yeniden yapay araçlarla sağlanabileceğini keşfetmiştir[109]. "Beyinsel ölüm" olarak adlandırılan bu görüşe göre beyin hücreleri tam ve kesin olarak fonksiyonunu yitirdiğinde, kalp hâla çalışıyor olsa bile, ölümün gerçekleştiği kabul edilmektedir. Zira, beyin hücrelerinin tedavisi günümüz tekniğiyle mümkün değildir[110]. O hâlde bu görüşe göre kişinin ölmüş sayılabilmesi için ana kıstas, beyin hücrelerinin vücuttaki fonksiyonunu yerine getiremeyecek derecede harap olmasıdır[111].

Beyinsel ölüm görüşüne yöneltilen eleştiri ise bu görüşün kabulü ile kişiden henüz fonksiyonunu yitirmemiş bir organın alınabilmesinin yolunun da açılmış olduğudur[112]. Türk medenî hukuku öğretisinde Oğuzman'ın da haklı olarak belirttiği üzere, her zaman mucizeye sığınan insanın bu değer yargısını önemsemeden, ölüm anının saptanmasında beyni tek kriter saymak mümkün gözükmemektedir[113]. Bu tereddüdün, beyin ölümü gerçekleşen hamile kadınların çocuklarının doğumunun gerçekleşmesi için sûni olarak yaşatıldığı örneklerde daha da keskinleştiği ifade edilmektedir[114].

cc. Ülkemizdeki Durum

2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun"un[115] 02.01.2014 tarihinde ve 6514 sayılı Kanun'la değiştirilen 11. maddesine göre, tıbbi ölümün[116] gerçekleştiğine biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki uzman hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir. Bu sebeple öğretide ittifakla varılan sonuca göre "ölüm anı", ölüme engel olmayı sağlayacak tüm çabalar denendikten sonra kişinin hayata dönemeyeceğinin kesin olarak

[109] **Dural** ve **Öğüz**, s. 24; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20.
[110] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 557.
[111] **Dural** ve **Öğüz**, s. 24; **Helvacı**, s. 33; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 214; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 22.
[112] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 21.
[113] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 21-22.
[114] Söz konusu örnek için bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 22.
[115] **RG.,** 03.06.1979, S. 16655.
[116] Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ek 1. madde gereğince beyin ölümü kabul edilmiş ve şartları düzenlenmiştir. Ancak öğretide, bu yönetmelikteki ölüm anının sadece organ nakli için tespit edildiği kabul edilmektedir. Bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 22.

anlaşıldığı andır[117]. Yargıtay da öğretideki görüşe paralel olarak, ölüm anının bütün organların faaliyetlerinin durduğu an olduğunu kabul etmiştir[118].

b. Ölümün İspatı

aa. İspat Yükü

Bir hakkı kullanabilmek için bir kimsenin ölü olduğunu ileri süren kimse, TMK m. 29/I uyarınca, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Dolayısıyla ölüm olayında ispat yükü, bu kişinin ölü olduğunu iddia eden tarafa yüklenmiştir. TMK m. 29/I'de yer alan bu ispat kuralı, aslında, TMK m. 6'daki genel ispat kuralının ölümün ispatı için getirilmiş özel bir yansımasından ibarettir[119].

bb. İspat Araçları

aaa. Kişisel Durum Sicili

Kişisel durumların, doğum ve ölüm olgularının kaydedildiği, devletçe atanan memurlar tarafından tutulan sicile "kişisel durum sicili" adı verilir (TMK m. 36 vd.). Ölüm olayı, kural olarak, kişisel durum sicilindeki kayıtlarla ispat olunur (TMK m. 30/I). Bu sicil, TMK m. 7 anlamındaki resmî sicillerdendir[120]. Bu bakımdan, kayıtlı hususlar hakkında adi karineden yararlanılır ve içerdiği bilgilerin aksinin her türlü kanıtla ispatı mümkündür[121]. Sicilde kayıt yoksa ya da var olan kaydın doğru olmadığı iddia ediliyorsa, kanunda ispat yönünden aksine bir hüküm bulunmadıkça (TMK m. 6), gerçek durum her türlü delille – örneğin tanık deliliyle – ispat edilebilir (TMK m. 30/II)[122].

---

[117] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 20-21; **Dural** ve **Öğüz**, s. 25; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 215; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 558.

[118] **Yarg. 1. CD.** 11.08.1972 T., 2697 E., 3634 K., bkz. Çağlar **Özel**, "Medenî Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2002, s. 53. Aynı yönde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 558, dn. 16.

[119] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 559; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 218; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 27.

[120] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 248; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 559; **Helvacı**, s. 34.

[121] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 248.

[122] **Dural** ve **Öğüz**, s. 26; **Helvacı**, s. 34; **Yarg. 2. HD.** 21.09.2005 T., 2005/11554 E., 2005/12569 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 12.03.2018. Ölmüş olduğu hâlde aile kütüklerinde sağ görünenlere ait ölüm tutanakları hakkında bkz. 5490 sy. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 33.

bbb. Birlikte Ölüm Karinesi

Hangisinin önce veya sonra öldüğü tespit edilemeyen, birbirinin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı konumunda olan birden çok kişi mevcutsa, TMK m. 29/II gereğince bu kişilerin hepsinin aynı anda ölmüş olduğu kabul edilir. "Birlikte ölüm karinesi" olarak adlandırılan bu karinede asıl mesele, ileride incelenen[123] ölüm karinesinden farklı olarak, ölümün ispatı değil; ölüm sırasının saptanamamasıdır[124].

Sırası saptanamayan ve birlikte ölüm karinesi sonucunu doğuran bu ölümlerin, aynı olay içerisinde ve aynı yerde meydana gelmesi şart değildir[125]. Yaş, sağlık durumu ve cinsiyet de hükmün uygulanması açısından önem taşımaz[126]. Örneğin, aynı gün biri kalp krizi sonucunda evde, diğeri ise geçirdiği trafik kazası sonucunda hastanede ölen karı ve kocadan, kimin önce öldüğü saptanamıyorsa bunlar için de birlikte ölüm karinesi uygulanır. Ayrıca, bu karinenin geçerlilik kazanabilmesi için hâkim kararı aranmaz ve ölenlerden yalnızca birinin ölüm anının kesin olarak saptanamaması yeterlidir[127]. Öğretide Egger'in de ifade ettiği üzere, iki kişinin aynı anda ölmediği sabit olsa bile karine tatbik edilir; yeter ki hangisinin daha erken ya da geç öldüğü ispat edilemesin[128]. Hatta biri ölmüş, öteki hakkında da gaiplik kararı verilmiş iki kişi hakkında bile bu karinenin geçerli olabileceği ileri sürülmüştür[129].

Birlikte ölüm karinesi (TMK m. 29/II), en çok miras hukukunda doğurduğu sonuçlar bakımından önem taşır. Bu karinenin doğurduğu en önemli sonuç, karineyi doğuran olay içerisinde ölen kişilerin aynı anda öldüğünün kabul edilmesi ve birbirlerine mirasçı (TMK m. 580) veya vasiyet alacaklısı (TMK m. 581) olamamasıdır[130]. Bu durumda her ikisinin de mirası, sağ olan mirasçılarına geçer ve mevcut vasiyetler ise onu yerine getirmekle yükümlü olanların malvarlığına katılır[131]. Örneğin, bir trafik kazasında baba

---

[123] Bkz. Birinci Bölüm, III, A., 2., b.
[124] **Dural** ve **Öğüz**, s. 28; **Zevkliler**, **Ertaş**, **Havutçu** vd., s. 74.
[125] **Ataay**, s. 251; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 223; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 28; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 562; **Dural** ve **Öğüz**, s. 28; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 40; **Helvacı**, s. 36; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 207.
[126] **Ataay**, s. 251; **Helvacı**, s. 36.
[127] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 562.
[128] **Egger**, s. 345. Aynı yönde bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 28.
[129] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 562.
[130] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 249.
[131] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 248. Öğretide birlikte ölüm karinesinin (TMK m. 29/II'nin) kıyasen "birlikte gaiplik" hâlinde de uygulanacağına dair bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, hangisinin önce veya sonra kaybolduğu ispat edilemeyen ve birbirinin mirasçısı konumunda olan birden fazla kişi

ve tek oğlunun öldüğü varsayımında, babanın oğuldan önce öldüğü ispatlanırsa babanın mirası kendinden sonra ölmüş olan oğluna kalır[132]. Oğul da babadan bir süre sonra ölmüş olduğundan, kalan mirası varsa eşine ve çocuklarına intikal eder. Bu durumda TMK m. 495[133] ve 496[134] gereğince, babanın ana ve babası veya kardeşleri mirastan pay alamaz. Ancak, baba ve oğuldan hangisinin önce öldüğü hiçbir delille ispatlanamazsa TMK m. 29/II'da düzenlenen "birlikte ölüm karinesi" devreye girer ve ikisi de aynı anda ölmüş sayılır. Bu durumda, babanın mirası sağ kalan eşine ve başka altsoyu yoksa ana-babasının olduğu zümreye; evli olan oğulun mirası ise sağ kalan eşine ve varsa çocuklarına geçer. Baba ve oğuldan birinin diğerinin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı olabilmesi için ondan bir an sonra ölmüş olduğunun ispatlanması yeterli kabul edilmektedir[135].

Birlikte ölüm karinesi – medenî hukuktaki karinelerin çoğu gibi – adi (çürütülebilen) bir karine niteliğindedir ve her türlü delille bunun aksinin ispatı mümkündür[136]. Dolayısıyla bu karinenin aksini – birinin diğerinden önce veya sonra öldüğünü – iddia eden kişi, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (TMK m. 29/I)[137].

2. Kişiliğin Karineyle Sona Ermesi: Ölüm ve Gaiplik Karinesi

a. Genel Olarak

Bir hakkın kullanılması için bir kimsenin ölü olduğunu iddia eden kişi, her ne kadar kural olarak bunu ispatlamakla yükümlüyse de (TMK m. 29/I) bazı özel durumlar çerçevesinde Türk Medenî Kanunu, bu kişiyi ölümü ispat yükünden kurtaran iki

---

mevcutsa bu kişiler aynı anda kaybolmuş sayılır. Bu durumda, gaiplik kararı geçmişe etkili olduğundan (TMK m. 35/II), kaybolan kimselerin mirası kaybolmanın gerçekleştiği tarihte açılır. Böylece, gaipliğine karar verilen kişiler birbirine mirasçı olamaz ve her birinin mirası kendi mirasçılarına geçer. Bkz. Hüseyin **Tokat**, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 36.

[132] Birlikte ölüm karinesi çoğunlukla büyük ve genel kazalarda uygulama bulmaktadır. Bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 249.

[133] TMK m. 495: *"Mirasbırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur (f. 1). Çocuklar eşit olarak mirasçıdırlar (f. 2). Mirasbırakandan önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (f. 3)."*.

[134] TMK m. 496: *"Altsoyu bulunmayan mirasbırakanın mirasçıları, ana ve babasıdır. Bunlar eşit olarak mirasçıdırlar (f. 1). Mirasbırakandan önce ölmüş olan ana ve babanın yerlerini, her derecede halefiyet yoluyla kendi altsoyları alır (f. 2). Bir tarafta hiç mirasçı bulunmadığı takdirde, bütün miras diğer taraftaki mirasçılara kalır (f. 3)."*.

[135] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 248.

[136] **Ataay**, s. 252; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 28; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 249; **Dural** ve **Öğüz**, s. 28; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 208.

[137] **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 223; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 40-41; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 208.

karineye yer vermiştir. Bunlar, TMK'nın 31. ve 44. maddelerinde düzenlenen "ölüm karinesi" ile 32 ila 35. maddelerinde düzenlenen "gaiplik karinesi" dir. Bu iki karine, ölümün ispatına ilişkin "adî kanunî karine"[138] niteliğindedir. Bu sebeple bu karinelerin aksini iddia eden kişi, öldüğü kabul edilen kişinin hayatta olduğunu veya belirli bir tarihte öldüğünü her türlü delille ispat edebilir.

Çalışmamızın merkezinde "gaiplik karinesi" yer aldığından bu başlıkta sadece "ölüm karinesi" incelenmiştir.

b. Ölüm Karinesi

Hayatın olağan akışında bir kişinin öldüğüne karar verilebilmesi, cesedinin bulunmuş olmasına ve bu cesedin o kişiye ait olduğunun saptanmasına bağlıdır. Ancak hayatta öyle olaylar yaşanmaktadır ki, kişinin o olay içerisinde öldüğüne muhakkak nazarıyla bakılır; fakat cesedine ulaşılamaz veya mevcut cesetler içerisinde cesedi teşhis ve tespit edilemez[139]. Örnek olarak; uçağın yolcularla birlikte havada infilak etmesi, denizaltının gemiyle çarpışması ve yolcularla birlikte denizin dibinde kalarak su yüzüne çıkamaması, maden ocağındaki patlama sonrasında cesetlerin bulunamaması ya da kişinin arkadaşlarının gözü önünde fırtınalı bir havada yüzerken boğulması ve bütün aramalara rağmen cesedinin bulunamaması olayları gösterilebilir[140]. İşte TMK m. 31, olağan hayat tecrübelerine göre bir kişinin ölmüş olduğu sonucunu kesin olarak doğuracak bir hâl içinde kaybolması ve cesedinin bulunamaması koşullarının varlığında, o kişiyi ölmüş saymaktadır. Böyle olağanüstü bir durum içinde kaybolan bir kimsenin ölmüş olduğunu iddia eden kişilerin ise sadece bu olayı ispat etmeleri yeterli kabul edilmektedir[141].

Ölüm karinesi için gerekli olan şartların vuku bulması hâlinde "müracaat edilen yerin" en büyük mülki amirinin (illerde valinin, ilçelerde kaymakamın) emriyle sicile ölü

---

[138] *"Adi kanuni karineler, aksinin ispatı mümkün olan karinelerdir."* Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Tülay **Karakaş**, "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, 2013, s. 738.

[139] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 251; **Helvacı**, s. 34. Öztan'ın belirttiği üzere *"Ölüm olayı duruma göre ceset teşhis edilemese, şahit olmasa bile kabul edilir."* Bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 29.

[140] Farklı örnekler için bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 28; **Dural** ve **Öğüz**, s. 26; **Helvacı**, s. 34; Ali Naim **İnan**, *Türk Medenî Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 115; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 565; **Egger**, s. 350; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 219, dn. 21; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 41.

[141] **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 29; **Dural** ve **Öğüz**, s. 26.

kaydı düşülür (TMK m. 44/I ve 5490 sy. Nüfus Hizmetleri Kanunu[142] m. 32). Kişinin ölü sayılabilmesi için ayrıca bir mahkeme kararı aranmaz[143]. Böylelikle, ölüm karinesi içinde kaybolan kişilerin yakınları[144], gaiplik kararı için izlenmesi gereken uzun prosedürden kurtulmuş olmaktadır[145].

Ölüm karinesinin uygulanması sonucunda sicile ölü kaydının düşülmesiyle birlikte olayın meydana geldiği andan itibaren kişi gerçekten ölmüş kabul edilir ve ölümün bütün hukukî sonuçları, ilgililerin teminat göstermeleri ya da hâkimden karar almaları gerekmeksizin, kendiliğinden doğar[146]. Bu nedenle tereke kendiliğinden mirasçılara intikal eder, mevcut evlilik aynı gerçek ölüm olayındaki gibi kendiliğinden ortadan kalkar ve çocuklar üzerindeki velayet hakkı sona ererek bu hak tümüyle sağ kalan eşe ait olur[147].

Ölüm karinesine dayalı olarak sicile ölü kaydı düşüldükten sonra kişinin sağ olduğunun ortaya çıkması hâlinde ise bu kişinin bizzat mahkemeye başvurarak, kişisel durum sicilindeki ölü kaydının düzeltilmesini istemesi gerekir (TMK m. 39)[148]. Bu kişinin mirasçılara geçmiş olan malvarlığının ve evli ise evliliğinin akıbeti ise öğretide tartışmalıdır.

Sicile ölü kaydı düşüldükten sonra sağ olduğu anlaşılan kişinin malvarlığının iadesiyle ilgili olarak, Dural ve Öğüz'e göre, yerine göre sebepsiz zenginleşme kuralları (Türk

---

[142] **RG.,** 29.04.2006, S. 26153.
[143] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 251; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 29.
[144] TMK m. 31 ve 44/I'i kapsayan ve ölüm karinesinin usulüne ilişkin ayrıntılı bir düzenleme içeren NHK m. 32/II'de, sicile ölü kaydı düşülebilmesi için ölen kişinin yakınlarından kimlerin başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. Bu kişiler, ölüm karinesi içinde kaybolan kişinin alt veya üst soyundan bir kişi ya da kardeşleri, bunlar yoksa mirasçıları ya da yetkili makamlardır (NHK m. 32/II). Öte yandan TMK, her ilgiliye, kaybolan kişinin ölü ya da sağ olduğunun tespitine ilişkin mahkemeye başvurma imkânı getirmiştir (TMK m. 44/II). Ancak TMK m. 44/II'de sözü edilen bu mahkeme kararı, mülki amirin emrini kontrol mahiyetinde değildir; yani burada bir "idarî dava" söz konusu olmaz. Bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 29.
[145] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 28.
[146] **Dural** ve **Öğüz**, s. 27; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 566; **Helvacı**, s. 35; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 30.
[147] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 251; **Dural** ve **Öğüz**, s. 27; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 566.
[148] **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 30; **Dural** ve **Öğüz**, s. 27. İlgili, bunu yapmadığı takdirde, 1587 sy. eski Nüfus Kanunu zamanında (m. 40 son cümle) nüfus idaresince durum Cumhuriyet savcılığına bildirilerek ölüm kaydı kaldırtılıyordu. Ancak, 5490 sy. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda bu hususta bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle öğretideki bir görüşe göre, sonradan sağ olduğu anlaşılan kişinin ölüm kaydının iptali için mahkemeye başvurmaması hâlindeki mevcut kanun boşluğunun 5490 sy. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun kayıtların düzeltilmesi, maddî hataları ve iptali düzenleyen 35 vd. maddelerine göre doldurulması gerekir. Benzer yönde açıklamalar için bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 27.

Borçlar Kanunu[149] m. 77 vd.) ya da istihkak iddiası uygulanmalıdır[150]. Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir ve Helvacı'ya göre ise bu durumda sadece Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hâlinde iadeye ilişkin kurallarına başvurulmalıdır (TBK m. 79 vd.)[151]. Diğer taraftan, Hatemi'nin savunduğu görüş gereğince, tereke mallarından elde kalanların iadesinde zilyedlikte iadeye ilişkin kuralların (TMK m. 993-995) uygulanması, elden çıkarılmış ve yerine başka bir değer kaim olmuş mallar için ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin kurallara başvurulması gerekir[152]. Kanaatimizce sicile ölü kaydı düşüldükten sonra sağ olduğu anlaşılan kişi, sonradan ortaya çıkan gaibe kıyasen, mülkiyet ve malvarlığı üzerinde hak sahipliğine dayanan âdi istihkak davası (TMK m. 683/II) yoluyla iade talebinde bulunmalı ve bu iadenin kapsamı zilyetlikte iadeye ilişkin kurallar (TMK m. 993-995) gereğince belirlenmelidir.

Sicile ölü kaydı düşülen kişinin eşi bu kayıttan sonra ikinci bir evlilik yapmış ve sonrasında eski eşinin sağ olduğu ortaya çıkmışsa bu ikinci evliliğin akıbetine ilişkin öğretideki hâkim görüş şu şekildedir: Evlilik ölüm karinesine dayanan ölüm kaydıyla değil, ancak gerçek ölümle sona ereceğinden ilk evlilik geçerli kabul edilir; ikinci evlilik ise mutlak butlan nedeniyle geçersiz olup, bu durum savcı dahil her ilgili tarafından ileri sürülebilir[153]. Dolayısıyla ölüm karinesinin varlığı hâlinde son bulan evlilik, hakkında ölü kaydı düşülen eski eşin sağ olduğunun anlaşılmasıyla tekrar geçerlilik kazanır. Bu durumun ortaya çıkaracağı hukukî belirsizlik ve tarafların hukukî menfaatleri düşünüldüğünde, Hatemi'nin isabetle savunduğu üzere, gaipliğe benzer şekilde ölüm karinesinin varlığında da "idarî karar" ile değil, mahkeme kararıyla sicile ölü kaydı düşülmeli ve bu kayıtla birlikte evlilik de son bulmalıdır[154].

---

[149] **RG.,** 04.02.2011, S. 27836.
[150] **Dural** ve **Öğüz**, s. 27.
[151] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 30; **Helvacı**, s. 35.
[152] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 112.
[153] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 30; **Dural** ve **Öğüz**, s. 27-28; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 113.
[154] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku,* s. 83. Görüşün ayrıntılı yer aldığı baskı için bkz. **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 113.

B. İslam Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Türk Medenî Hukuku ile Mukayesesi

1. Genel Olarak

İslam hukukunda kişiliğin sona erme sebebi ölümdür. İslam hukukçuları ölümü, büyük çoğunlukla iki kısma ayırarak incelemiştir. Birincisi, kişinin biyolojik hayatının sona ermesini ifade eden "hakîkî ölüm"; ikincisi ise kişinin hukuken ölümüne hükmedilmesini ifade eden "hükmî ölüm"dür[155].

Bazı yazarlarca, bunlara ek olarak, özellikle İslam miras hukuku açısından bir de "takdirî ölüm"den bahsedilir ki, bu ceninin dıştan yapılan etki sebebiyle ölümüne denir[156]. Bu yazarlarca ayrı bir ölüm çeşidi olarak değerlendirilen "takdirî ölüm", ceninin hayatı gibi ölümünün de takdiri oluşu sebebiyle bu şekilde isimlendirilmiştir[157].

2. Hakîkî Ölüm

İslam hukukunda hakîkî (tabiî) ölüm insanın biyolojik hayatının sona ermesini ifade eder. Hakîkî ölüm ile hak ve borçların varlık zemini anlamına gelen zimmet[158] (şahsiyet) sona erer; buna bağlı olarak ölen kimse için hem vücûb (hak) hem de eda (fiil) ehliyeti ortadan kalkar[159]. Ancak şahsın geçmiş hayatındaki işleriyle ilgili olan haklarının tasfiyesine kadar, zimmet ve vücub (hak) ehliyetinin ölümünden bir müddet sonra da takdiren (hükmen) devam ettiği kabul edilmektedir[160]. Mesela, avlanmak için bir ağ gerdikten sonra ölen kimsenin ağının içine bir av düşse, ölen şahıs ona malik olur

---

[155] **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Döndüren**, s. 119; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210.

[156] Ali Himmet **Berki**, *İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal*, 3. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1986, s. 18-19; Hamza **Aktan**, *Mukayeseli İslam Miras Hukuku*, İşaret Yayınları, İstanbul 1991, s. 33; Mahmûd Es'ad b. Emîn **Seydîşehrî**, *Feraidü'l - Feraiz*, İzmir : Hizmet Matbaası, h. 1311, s. 22; **Ansay**, s. 247; İslam hukukunda takdirî ölümün hükümleri için bkz. **Seydîşehrî**, s. 28-29; Mustafa **Uzunpostalcı**, "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 7, 2006, s. 71.

[157] **Uzunpostalcı**, s. 71. Ancak kanaatimizce, bu yolla ceninin ölümünü farklı bir kategori olarak ele almak yerine, ölüm için yapılan genel ayırıma uygun olarak hakîkî ölüm içerisinde ele almak daha uygun olur. Zira hâkim bu durumdaki takdir yetkisini, ceninin ölümünün söz konusu müessir fiil neticesinde gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında kullanmaktadır. Yoksa ceninin ölümünün vuku bulduğu kesinlik arz etmektedir.

[158] İslam hukukunda "zimmet" kavramı için bkz. Eyyüp Said **Kaya** ve Hasan **Hacak**, "Zimmet", DİA, İstanbul 2013, C. 44, s. 424-428.

[159] **Zerka**, s. 1070; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 248; **Gökmenoğlu**, s. 50; **Erturhan**, s. 47-48; benzer yönde bkz. **Ansay**, s. 76.

[160] **Zerka**, s. 1070; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 248; **Gökmenoğlu**, s. 50; **Erturhan**, s. 47; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Döndüren**, s. 119; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210.

ve o şey terekesine dahil olur; aynı şekilde, ölmeden önce hukuka aykırı olarak kamuya ait bir yolda çukur kazmışsa öldükten sonra o çukurun içine düşüp de telef olan hayvan için ödenmesi gereken tazminat bedeli, haksız fiilinden ötürü ölünün zimmetini meşgul eder ve terekesinden ödenir[161]. Yalnız ehliyet ve zimmete dair İslam hukukundaki bu devamlılık hâli, istisnaî bir hâl olup, ölümden sonra yeni haklar iktisap etmek için sebep teşkil etmez[162]. Bunlar sadece, ölünün hayatta iken meydana getirdiği olayların doğal neticelerinin, öldükten sonra terekesine yansımasından ibarettir[163]. Zira, Mecelle m. 22'de belirtildiği üzere, *"Zarûretler kendi mikdârlarınca takdîr olunur."*[164]. Bu sebeple, ölmüş bir şahıs lehine yapılan vasiyet ve bağışlamaların geçerli olmayacağı kabul edilmektedir[165]. Dolayısıyla, günümüz hukukunda "kişilik hakkının sonraki etkileri" ya da "ölümden sonra kişiliğin korunması" da denilen, ölümden sonra varlığını devam ettiren kişilik haklarının İslam hukukunda da istisnaî ve dar bir çerçevede mevcut olduğundan söz edilebilir.

Burada ele alınması gereken bir diğer problem ise ölen şahsın borçlarının akıbetinin ne olacağıdır. İslam hukukunda, mirasbırakanın borçlarından ötürü mirasçılarının değil; terekesinin muhatap olacağı ve mirasçılara hisseleri verilmeden önce bu borçların terekeden ödeneceği ilkesi kabul edilmiştir[166]. Zira İslam hukukunda, Türk medenî hukukundaki gibi küllî halefiyet müessesesi (TMK m. 599) mevcut değildir; dolayısıyla mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olmaz[167]. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, mirasbırakanın terekede karşılık bulunmadığı için ödenemeyen borçlarının ödenmesi, mirasçılar için bir hukukî gereklilik ifade etmez. Hanefî mezhebinin kurucu imamı Ebu Hanife'ye göre terekeden karşılanamayan bu borçlar, talep ve ödeme imkânı ortadan kalktığından, dünyevî bakımından düşmüş kabul edilir ve sahibi için sadece uhrevî bir sorumluluk doğurur[168]. Hanefî mezhebinden bu görüşe

---

[161] **Zerka**, s. 1070-1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 248; **Gökmenoğlu**, s. 50-51; **Erturhan**, s. 47; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210; **Avcı**, s. 231.

[162] **Zerka**, s. 1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 248; **Gökmenoğlu**, s. 50; **Döndüren**, s. 119; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210.

[163] **Gökmenoğlu**, s. 51.

[164] **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 81.

[165] **Zerka**, s. 1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 248; **Gökmenoğlu**, s. 50; **Döndüren**, s. 119.

[166] **Karaman**, *Yeni Gelişmeler*, s. 32; **Erturhan**, s. 47; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210; **Ekinci**, s. 398.

[167] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210; **Arsebük**, s. 175, dn. 28. Bunun sebebi ise Karaman'ın belirttiği üzere *"İslâm'da miras, vâris için bir külfet olarak değil, nimet olarak meşru kılınmıştır."* Bkz. **Karaman**, *Yeni Gelişmeler*, s. 32.

[168] **Zerka**, s. 1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Erturhan**, s. 47; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Döndüren**, s. 120; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210.

aksi yöndeki Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve Hanefîler dışındaki diğer üç mezhep imamına göre ise bu borç sadece uhrevî olarak değil, dünyevî olarak da devam eder[169]. Bu görüş ayrılığının pratik sonucu ise ölünün borçlarına kefil olan şahsın sorumluluğu açısından önem arz etmektedir[170]. Ebu Hanife'nin görüşüne göre, kefil, ortada hukuken geçerli bir borç olmadığı için kefaletiyle bağlı değildir; böyle bir kefalet akdi kurulmamış sayılır[171]. Aksi görüşteki İslam hukukçularına göre ise ortada hukuken geçerli bir borç bulunduğu için bunu teminat altına alan kefalet akdi geçerlidir ve bu borca kefil olan şahıs, borcu ödemekle yükümlüdür[172].

İslam hukukunda hakîkî ölüm hususundaki ispat yükü ise, Türk medenî hukukunda olduğu gibi (TMK m. 6 ve TMK m. 29/I), iddia eden tarafın üzerindedir (Mecelle m. 76)[173]. İslam hukukundaki bu genel ispat kuralının karşılığını Mecelle m. 9'da düzenlenen *"Sıfât-ı ârızada asl olan ademdir."* külli kaidesinde ve Mecelle m. 10'da düzenlenen *"Bir zemânda sâbit olan şeyin hilâfına delîl olmadıkça bekāsıyla hükmolunur."* külli kaidesinde bulmak mümkündür[174]. Zira hayatta olduğu sabit olan bir kimsenin ölümünü ileri sürmek, sonradan ortaya çıkan bir vasfı iddia etmektir. Sabit bir durumun aksine olan böyle bir iddianın da doğal olarak ispatı gerekir[175].

Türk medenî hukukunda ölüm olayı, kural olarak, kişisel durum sicilindeki kayıtlarla ispat olunmakta (TMK m. 30/I), ancak böyle bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, tanık delili gibi diğer her türlü kanıtla ispat mümkün olmaktadır (TMK m. 30/II). İslam hukukunda ise hakîkî ölüm, iki "âdil şâhidin"[176] beyânıyla

---

[169] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210. Aynı yönde bkz. **Zerka**, s. 1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Erturhan**, s. 47; **Döndüren**, s. 120.
[170] **Akgündüz,** s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Zerka**, s. 1071; **Ekinci**, s. 398.
[171] **Zerka**, s. 1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Erturhan**, s. 47; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Döndüren**, s. 120; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210.
[172] **Zerka**, s. 1071; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Erturhan**, s. 47-48; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210. Aksi görüşü savunan hukukçuların delili Câbir bin Abdullah'ın rivayet ettiği şu hadistir: *"Hz. Peygamber (s.a.v.) ölen ve üzerinde borç olan bir adamın namazını kılmazdı. Bir defa bir cenâze getirildi. Hz. Peygamber buyurdu: "Onun borcu var mı?". "Evet", dediler, "İki dinar". Bunun üzerine şöyle dedi: "Arkadaşınızın namazını sizler kılın". Ebû Katâde el Ensâri şöyle dedi: "ey Allah'ın Resûlü! İki dinar borcu ben kabul ediyorum". Bunun üzerine Hz. Peygamber, o meyyitin namazını kıldı."* Bkz. **Zerka**, s. 1071. dn. 6.
[173] Ali **Bardakoğlu**, "İsbat", DİA, İstanbul 2000, C. 22, s. 493. Mecelle m. 76: *"Beyyine, müdde'î için ve yemîn, münkir üzerinedir."* Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 153.
[174] **Arsebük**, s. 175; **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 58 ve 61.
[175] **Arsebük**, s. 175, dn. 29; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 30, dn. 36.
[176] Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Yunus **Apaydın**, "Şahit", DİA, İstanbul 2010, C. 38, s. 281.

ispatlanır[177]. Zira, modern usulde ilk nüfus kayıtları Osmanlılar zamanında yaklaşık 1834 tarihinde başlamış, 1881 tarihli "Sicil-i Nüfus Nizamnâmesi"nden[178] itibaren ise doğum, evlenme ve ölümler resmî olarak muntazaman kaydedilmiştir[179]. İslam hukukunda "ahval-i şahsiyye" olarak adlandırılan bu tür sicil kayıtlarının tutulması, zamanın icaplarına göre düzenlenmesi ve kanun ve nizamnâmelere bağlanması, "mesâlih-i mürsele"[180] esasına göre idarecilere bırakılmış olduğu için fıkıh kitaplarında bu husus konu edilmemiştir[181].

Türk medenî hukukunda olduğu gibi İslam hukukunda da birlikte ölüm karinesi mevcuttur[182]. Hangisinin daha önce veya sonra öldüğü kesin olarak tespit edilemeyen; boğularak (garkâ), yanarak (harkâ), yıkılan bir binanın altında kalarak (hedmâ) veya benzeri hâller sonucu ölenler aynı anda ölmüş sayılır[183]. Bu gibi durumlarda ölen kişiler, Türk medenî hukukunda olduğu gibi, İslam miras hukukunda da birbirlerine mirasçı olamaz ve her birinin mirası sağ kalan mirasçılarına intikal eder[184].

---

[177] **Uzunpostalcı**, s. 71-72; **Ekinci**, s. 398 (yazara göre "tevâtür" yoluyla ispat da mümkündür). Ayrıca bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, m. 75, s. 152.

[178] Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MECMEB/mmbd01ic02c002/ink050/mmbd01ic02c002ink0500672.pdf. E.T.: 01.08.2018.

[179] **Ekinci**, s. 398 ve dn. 335. Ekinci bu durumun sebebini *"Zaten İslâm devletlerinde, Hazret-i Peygamber zamanından beri belli aralıklarla nüfus sayımları yapılmakta; doğum ve ölümler kaydedilmekte idi. Ancak sonraki yıllarda savaşlar, toprak kayıpları, yer değiştirmeler gibi sebeplerle bu kayıtlar muntazam tutulamamış; tutulanlar da kaybolmuştur."* şeklinde ifade etmektedir. Bkz. **Ekinci**, s. 398.

[180] "İstislâh" olarak da ifade edilen bu fıkıh usulü terimi, *"İslâm fıkhının genel ilkelerine, özellikle de şer'an onaylandığına veya reddedildiğine dair bir delil bulunmayan maslahata göre hüküm verme yöntemini"* ifade etmektedir. Bkz. Şükrü **Özen**, "İstislâh", DİA, İstanbul 2001, C. 23, s. 383.

[181] **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 251.

[182] **Avcı**, s. 231.

[183] **Ansay**, s. 250; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Avcı**, s. 231; Abdullah **Tunca**, *İslâm Miras Hukuku ve Felsefesi (Ebu Tahir Muhammed b. Mahmud Abdurraşid es-Secâvendi Metnü'l Feraiz Tercümesi)*, İstanbul 1997, s. 439.

[184] İslam hukukundaki genel kabul gören görüş budur. İmam Mâlik, İmam Şâfiî ve (Tahâvî'nin rivayetine göre) İmam Ebû Hanife ve tâbilerinin bu görüşte olduğu yönünde bkz. **İbn Rüşd**, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd (Mezheblerarası Mukayeseli İslâm Hukuku)* (Çev. Ahmed Meylânî), Beyan Yayınları, İstanbul 1991, C. IV, s. 149. Ayrıca bkz. **Ansay**, s. 250; **Akgündüz**, s. 52; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Tunca**, s. 439; Ali Aslan **Topçuoğlu**, "İslâm Hukukunda Mefkûd ve Hükümleri", *Atatürk Üniversitesi SBE*, Erzurum 1998 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 95. Hanbelî mezhebi ise aksi yönde görüş beyan etmiştir. Bkz. **İbn Kudâme el-Makdisî**, *Delilleriyle Hanbeli Fıkhı el-Muğnî Muhtasarı* (Çev. A. Alpaslan Tunçer), Karınca & Polen Yayınları, İstanbul 2015, 3. Cild, s. 525.

3. Hükmî Ölüm

Hükmî ölüm, bazı hâllerle sınırlı olarak – birtakım süreler veya bazı karineler dolayısıyla – hâkim tarafından bir şahsın ölümüne hükmedilmesidir[185]. İslam hukukundaki bu karar, bazen hayatta olduğu kesin olarak bilinen kimseler hakkında bazen de hayatta olması muhtemel olan kimseler hakkında verilir[186]. Ayrıca, İslam hukukunda ölümüne kesin gözüyle bakılan kimseler hakkında da bu kararın verilebileceği zikredilmektedir.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında incelenen ve Türk medenî hukuku ile mukayese edilen hükmî ölüm kararı (gaiplik kararı), hayatta olması muhtemel olan (mefkûd / gaip) kişiler hakkındadır[187]. Bu sebeple bu başlıkta diğer iki duruma, yani hayatta olduğu kesin olarak bilinen ve ölümüne kesin gözüyle bakılan kimselere ilişkin verilebilecek hükmî ölüm kararına değinilmiştir.

İslam hukukunda hayatta olduğu kesin olarak bilindiği hâlde mahkeme kararıyla öldüğüne hükmedilen kimse, "irtidâd"[188] edip "dâr-ı harb"e[189] katılan kimsedir[190]. Ebu Hanife'ye göre bu kimse, hayatta olduğu kesin olarak bilinse dahi "dâr-ı İslâm"daki[191] bütün malvarlığını ve haklarını kaybetmiş olması itibariyle ölü sayılır ve Müslümanken kazandığı malları mirasçılarına ait olur[192]. Aksi yöndeki İmam Malik, Şafi'î ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise "mürted", dâr-ı harbe katılmış olsa bile hükmen ölü sayılamaz[193]. Bu hukukçulara göre kişinin irtidâd edip (dinden dönüp) dâr-ı harbe katılması, hükmen ölüm değil, bir nevi gaipliktir ve dolayısıyla malları mirasçılarına intikal etmeyerek

---

[185] **Uzunpostalcı**, s. 75; **Ekinci**, s. 398; **Avcı**, s. 231.
[186] **Aktan**, s. 30.
[187] Çalışmanın genelinde terminoloji bütünlüğü sağlamak amacıyla İslam hukukunda sağ ya da ölü olduğu bilinemeyecek durumlarda kaybolan kişi ("mefkûd") hakkında verilen "hükmen ölüm kararı", Türk medenî hukukunda olduğu gibi "gaiplik kararı" şeklinde ifade edilmiştir.
[188] İrtidâd: *"Müslüman olduktan sonra bu dinden dönmek. Bu hale "riddet" de denir. Böyle bir kimseye "mürted" adı verilir. İslam hukukunda irtidâd, kurulu düzene karşı gelme, İslam'ı din ve düzen olarak reddetme anlamında suç sayılır."* Bkz. **Erdoğan**, s. 257.
[189] Dâr-ı harb: *"Ehl-i İslâm ile aralarında mütareke ve musâleha olmayan gayr-i müslimlerin ülkesi."* Bkz. **Erdoğan**, s. 91.
[190] **Aktan**, s. 30.
[191] Dâr-ı İslâm: *"İslâm diyârı. Müslümanların idaresi altında bulunan yerler ki Müslümanlar oralarda emniyet ve güven içerisinde yaşarlar."* Bkz. **Erdoğan**, s. 92.
[192] **Aktan**, s. 30. Sonrasında tekrar müslüman olarak dâr-ı İslâm'a dönerse mirasçılara taksim edilmiş olan mallarından ellerinde kalanları geri alabilir, ancak tüketilmiş olanları talep edemez. Bkz. **Aktan**, s. 30.
[193] **Aktan**, s. 31.

askıda kalır[194]. Bu kimse, öldürülmeden Müslüman olarak dâr-ı İslâm'a dönerse mallarına sahip olur; aksi hâlde ise malları mirasçılarına değil, hazineye kalır[195].

Ölümüne kesin gözüyle bakılacak şartlar altında kaybolan, kendisinden hiçbir haber alınamayan ve ölmüş olduğuna ilişkin hâkim kanaat ("zann-ı galip") oluşacak kadar süre geçen kişi hakkında ise İslam hukukçularının genel kabulüne göre hükmen ölüm kararı verilebilir[196]. Bu tür olaylara örnek olarak, İslam hukukunda, savaş saflarına katıldığı görülen ve esir alınmış olması da muhtemel bulunmayan veya batan ve kurtulanı olmayan bir gemide seyahat ettiği bilinen kişiler verilmektedir[197]. İslam hukukundaki hükmî ölüm kararının bu türü, Türk medenî hukukundaki "ölüm karinesi" (TMK m. 31) kurumuna benzemektedir[198]. Ancak İslam hukukundan farklı olarak, Türk medenî hukukunda ölüm karinesini oluşturacak bir olayın varlığında kişinin ölmüş sayılması, mahkeme kararıyla değil; o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle sicile ölü kaydı düşürülerek (TMK m. 44/I) ve süre kaydı olmadan gerçekleşmektedir.

Türk medenî hukukunda TMK m. 31'de geçen "cesedi bulunamamış olsa bile" kaydı ile İslam hukukundaki süre kaydı birlikte düşünüldüğünde, ölüm karinesine ilişkin İslam hukuku öğretisinde sözü edilen sürenin çok da uzun olmadığı veya en azından olmasının ayrıca makul bir gerekçesinin bulunması gerektiği ifade edilmektedir[199]. Nitekim Saîd ibnu'l-Müseyyeb'e göre, hâkim kanaatin ("zann-ı galip"in) oluşacağı azami süre bir senedir[200]. Ancak, Türk medenî hukukunda ölüm karinesindeki ölüm olayı "kesin" sayıldığı için, gaiplik hâlinde aranan bir yıllık süre şartı (TMK m. 33/I) ölüm karinesinde aranmaz[201].

Türk medenî hukukunda ölüm karinesinin varlığında "idarî karar" ile ölü sayılan kişinin (TMK m. 44/I) sonradan sağ olduğunun anlaşılması, önceden bahsedildiği üzere, bu kişinin mirası ve evliliği açısından hukukî belirsizlikler ve tarafların hukukî

---

[194] **Aktan**, s. 31.
[195] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aktan**, s. 31.
[196] **Gözübenli**, s. 354; **Hira**, s. 126; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 161; **Bilmen**, C. 7, s. 221; **Seydîşehrî**, s. 26; **Uzunpostalcı**, s. 76; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 78.
[197] **Gözübenli**, s. 354. Benzer örnekler için ayrıca bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 161.
[198] **Arsebük**, s. 180; **Hira**, s. 126-127.
[199] Bkz. **Hira**, s. 127.
[200] *"Saîd ibnu'l-Müseyyeb: Erkek, Allah yolunda harb ederken saff içinde kaybedildiği zamân karısı bir sene bekler, demiştir."* Bkz. **Buhârî**, Ebû Abdillah Muhammed ibn İsmâîl, *Sahîh-i Buhârî ve Tercemesi* (Çev. Mehmed Sofuoğlu), Ötüken Neşriyat, İstanbul 1988, C. 11, Kitâbu't-Talâk: Hadis No. 21, s. 5371-5372. Ayrıca bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 78.
[201] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 113.

menfaatlerine aykırı birtakım sonuçlar doğurur. Bu nedenle, İslam hukukunda da benimsenen, "mahkeme kararıyla" kişinin ölmüş sayılması daha isabetli bir çözüm sunmaktadır. Nitekim ölüm karinesine ilişkin TMK m. 31'de değişiklik yapılması gerektiği ve bu karinenin varlığında "idarî karar" ile değil, "mahkeme kararıyla" sicile ölü kaydı düşürülmesi gerektiği Türk medenî hukuku öğretisinde de savunulmaktadır[202].

[202] **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 113.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA GAİPLİK

I. Gaiplik Kavramı

A. Tanımı ve Unsurları

Arapça'dan dilimize geçen "gaip" kelimesi, Türkçe'deki sözlük anlamıyla "göz önünde olmayan, hazır bulunmayan, nerede olduğu bilinmeyen" kişiyi ifade eden bir sıfattır[203].

Hayatın içinde öyle durumlar olur ki, kişinin içinde kaybolduğu durum ölümüne kesin gözle bakılacak bir hâl olmamakla birlikte, onun hayatta mı yoksa ölü mü olduğuna ilişkin kuşkular doğurur[204]. Bu kişi, ölümüne kesin olarak bakılacak şartlar içerisinde kaybolmamıştır. Ancak yaşadığı alışılmış yerlerde görünmediği gibi, kendisine ne olduğu, nerelere gittiği konusunda da mahkemeye ulaşan bir bilgi yoktur. Örneğin, bu kişi bir gezintiye çıkmıştır ancak ailesi ve yakınları uzun süredir kendisinden hiçbir haber alamamaktadır, bu kimsenin seyahat etmekte olduğu gemi batmıştır ve çok iyi yüzücü olan kişi kurtulanlar arasında yoktur veyahut savaşa giden bir kimse savaş

---

[203] Bkz. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a8d453033e380.76582393, E.T.: 20.12.2017. "Gayb, Gıyâb" dan ism-i fâil kalıbıyla türeyen "Gâ'ib" kelimesine "Kâmûs-ı Türkî"de verilen birinci anlam, *"hazır olmayan, gözden nihân olan, hâzır mukâbili"* dir. Bu anlamına örnek olarak sözlükte, "bu işe karar verildiği vakit ben gâ'ib ettim" ve "gâ'ib olan arkadaşların hakkını yememeli" cümleleri verilmektedir. Kelimenin sözlükteki ikinci anlamı ise, *"nerede olduğu ma'lûm olmayan, bulunamayan, zâyi'"* şeklinde tanımlanmıştır. Bu anlamına örnek olarak sözlükte, "kalemim gâ'ib oldu" ve "çakımı gâ'ib ettim" cümleleri verilmektedir. "Gâ'ib" kelimesinin sözlükteki üçüncü anlamı ise, edebiyâttaki kelime bilgisi (sarf) anlamıdır. Bu anlamı sözlükte, *"mütekellim ve muhâtabın gayrı olan şahıs, şahs-ı salis"* olarak ifade edilmiştir. Bu anlamına örnek olarak ise, " 'o' kelimesi zamir-i gâ'ibdir" ve " 'geldi' mâzi sîgasının müfred gâ'ibidir" cümleleri verilmiştir. Ayrıca, "Kâmûs-ı Türkî" deki "gâ'ib" kelimesiyle ilgili kalıp ifadelerin anlamları da şunlardır: "*gâ'ib etmek* = zâyi' etmek, bulamamak"; "*kendini gâ'ib etmek* = kendinden geçmek, aklı başından gitmek"; "*gâ'ibte olmak* = nerede olduğu ma'lûm olmamak, meydanda olmamak"tır. Orijinal Osmanlıca metin için bkz. **Sâmi**, *Kâmûs-ı Türkî*, s. 961. Latin harfleriyle karşılıkları için bkz. Şemseddin **Sâmi**, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*, (Haz. Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal), İdeal Kültür & Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 746-747.

[204] **Dural** ve **Öğüz**, s. 30; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 567; **İmre**, s. 503.

bittiği hâlde geri dönmemiştir, bu kişinin ölmüş olması muhtemel olduğu gibi bir yerde esir veya tutuklu olması da muhtemeldir[205]. Bütün bu örneklerde, kendisinden uzun süredir haber alınamayan veya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan bir kişi mevcuttur ve bu kişinin sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinememektedir. İşte böyle bir durum içerisinde ortadan kaybolan kişinin sağ ya da ölü olduğunun saptanmasında birçok kişinin hukukî menfaati söz konusudur[206]. Bu kişilerin başında kaybolanın eşi ve çocukları; daha sonra ise olası mirasçıları, alacaklı ve borçluları gelmektedir[207]. Diğer taraftan, bu menfaatlere zıt olarak, bizzat "kaybolan"[208] kişinin menfaatleri de söz konusudur[209]. Kaybolan kişinin menfaatleri, özellikle ailesine ve mirasına ilişkin haklarının olduğu gibi korunmasında kendisini göstermektedir.

Görüldüğü üzere, akıbetleri bilinmeyen bu kişilerin hukukî durumları ve menfaatleri üzerinde bir belirsizlik ve şüphe hâli hâkimdir. Böyle kuşkulu bir durum içerisinde sürekli yer almanın, özellikle malvarlığı hakları yönünden, sakıncalar doğuracağı açıktır. Bu sebeple bütün hukuk düzenleri, bu askıda kalmayı ortadan kaldırmak için, çeşitli yöntemler uygulamıştır[210]. İşte değişik ülkelerin farklı hukuk sistemleri içinde inceledikleri bu kuruma Türk medenî hukuku terminolojisinde "gaiplik" adı verilmektedir. 743 sy. eski Medenî Kanun'da "gaiplik" olarak adlandırılan bu kurum, 4721 sy. Türk Medenî Kanunu'nda da aynı adla düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 4721 sy. Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girmeden önce hazırlanan çeşitli öntasarılara

---

[205] Farklı örnekler için bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 210; **Öztan**, *Medenî*, s. 229; **İmre**, s. 502 vd.; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 223; H. Cahit **Oğuzoğlu**, *Medenî Hukuk I: Şahsın Hukuku*, 5. Basım, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 229.

[206] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 567; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252; Cemil **Çelik**, "Türk Medenî Kanunu'na Göre Gaiplik", *Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan*, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 98; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 210; **İnan**, s. 116; **İmre**, s. 504; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 30; **Egger**, s. 352.

[207] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252; **İmre**, s. 504. Benzer yönde bkz. **İnan**, s. 116.

[208] Türk medenî hukukundaki "gaip" terimi, TMK m. 32 ila 35'deki kullanımından ve TMK m. 33'ün gerekçesinden anlaşıldığı üzere, hakkında verilen gaiplik kararı kesinleşmiş kişileri ifade etmek için kullanılan teknik bir terimdir. Bu sebeple çalışmamız boyunca, hakkında verilen gaiplik kararı kesinleşmiş kişi için "gaip" terimi, hakkında henüz böyle bir karar verilmemiş kişi için ise TMK m. 131/II'deki gibi "kaybolan" terimi kullanılmıştır. Diğer taraftan, hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş kişi için öğretide **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş** "durumu bilinmeyen kişi"; **Köprülü** "kayıp kişi"; **Göktürk** ise Alman hukukuna da atıfla "yitik" terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252, dn. 23; **Köprülü**, s. 250; Hüseyin Avni **Göktürk**, *Türk Medenî Hukuku, Birinci Kitap: Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*, 3. Basım, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954, s. 165, dn. 5. Dolayısıyla, hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş kişiyi ifade etmek üzere, öğretide ve Türk Medenî Kanunu'nda kullanılan terimler arasında bir bütünlüğün olmadığı görülmektedir. Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 21.

[209] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252; **Egger**, s. 352-353; **Çelik**, s. 98; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 210; **Öztan**, *Medenî*, s. 229.

[210] **Dural** ve **Öğüz**, s. 30; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252; **Velidedeoğlu**, s. 149-150. Benzer yönde bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 30; **Köprülü**, s. 250.

bakıldığında bu kurum için "kayıplık" ve "yitiklik" gibi adların da uygun bulunduğu görülmektedir[211].

Türk medenî hukukuna göre "gaip" terimi, hakkında mahkemece gaiplik kararı verilmiş kişiyi ifade eden teknik bir terimdir (TMK m. 32 vd.)[212]. Ancak "gaip" teriminin, Türk medenî hukukundaki anlamından bağımsız olarak, diğer mevzuatlarda "hazır bulunmayan kişi" anlamında da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu[213] anlamında "gaip", ceza muhakemesi esnasında hazır bulunmayan sanığı ifade etmek için kullanılmaktadır (CMK m. 244/I)[214]. Dolayısıyla, TMK m. 32 vd.'da düzenlenen gaiplik kurumu ile CMK m. 244/I'de düzenlenen gaipliğin iltibas hâlinde olduğunu söylemek mümkündür[215]. Benzer şekilde, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun[216] *"ipotekli alacakta alacaklının gaip bulunması veya borcu almaktan imtinaı"* başlıklı 153. maddesindeki[217] "gaip" terimi ise yaşadığı bilinmekle

---

[211] *"Medenî Kanun 4 Ekim 1926'da, arap harfleri kullanıldığı sırada yürürlüğe girmiştir. 1928'den sonra yeni harflere aktarıldığında, ölüm tehlikesi içinde 'gaaib olma' değil 'kaybolma' tarzında yazılmış, kurumun adında ise 'gaiplik' imlası muhafaza edildiğinden, 'cesedin bulunamaması' olgusuna ve 'kayıplık', 'muhtemel ölüm' dolayısı ile verilen karara ise 'gaiplik kararı' denmiştir. Oğuzman Öntasarısı'nda bu imla farkına son verilerek, kuruma ad olarak da 'kayıplık' denmektedir. Velidedeoğlu Öntasarısı'nda 'yitme' ve 'yitiklik' dendiği gibi.*" Bkz. **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 113.

[212] Bu durum TMK m. 33'ün gerekçesinde ifadesini bulmuştur: *"Maddede 'gaip hakkında' deyimi 'gaipliğine karar verilecek kişi hakkında' şeklinde değiştirilmiştir. Zira 'gaiplik' gaipliğine karar verilecek kişi hakkındaki kurumun adıdır. Gaiplik kararı, bu kişiler hakkında verilen karardır."*. Hakkında gaiplik kararı verilmiş kişiyi ifade etmek üzere "yitik" teriminin kullanılmasının isabetli olduğu yönünde bkz. **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 113; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 22-23. Hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş kişi için "yitik", bu karardan sonra ise "gaip" teriminin kullanıldığı Alman hukuku sisteminin Türk medenî hukuku için örnek teşkil ettiği yönünde bkz. **Göktürk**, s. 165, dn. 5. Ancak "yitik" kelimesi, Türkçe'de "kişiler" için değil de "şeyler" için kullanıldığı ve genel itibariyle fazla bir kullanım alanı bulmadığı için bu kelimenin "gaip" terimi yerine kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. **Çelik**, s. 99. Ayrıca TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü'nde "yitik" kelimesinin karşılığı için bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b6d9be2f0acf4.83796287, E.T.: 10.08.2018.

[213] **RG.,** 17.12.2004, S. 25673.

[214] 5271 sy. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 244. maddesinin birinci fıkrasındaki "gaip" tanımı şu şekildedir: *"Bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır."*.

[215] Benzer yönde bkz. **Gücün**, s. 80; **Göktürk**, s. 165. İslâm muhâkeme hukukuna bakıldığında ise "yeri bilinmediği ya da yeri bilindiği hâlde mahkemeye getirilemediği için duruşmada hazır bulunmayan davalı taraf"ı ifade etmek üzere "gaip" teriminin tercih edildiği ve böylece "mefkûd" teriminden farklılaştığı görülmektedir. Bkz. **Hira**, s. 109.

[216] **RG.,** 19.06.1932, S. 2128.

[217] İİK m. 153/I: *"İpotekle temin edilmiş ve vadesi gelmiş bir alacağın borçlusu icra dairesine müracaatla alacaklısının gaip ve yerleşim yerinin meçhul bulunduğunu veya borcu almaktan ve ipoteği çözmekten imtina ettiğini beyan ederse icra dairesi on beş gün içinde daireye gelerek parayı almasını ve ipoteği çözmesini alacaklıya usulüne göre tebliğ eder. Alacaklı bu müddet içinde gelmediği veya gelipte kanunen makbul bir sebep beyan etmeksizin parayı almaktan ve ipoteği çözmekten imtina eylediği takdirde borçlu borcunu icra dairesine tamamiyle yatırırsa icra mahkemesi verilen paranın alacaklı*

birlikte ortalarda bulunmayan alacaklı için kullanılmaktadır[218]. Dolayısıyla 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda kullanılan "gaiplik" ve "gaip" terimleri (TMK m. 32 vd.) ile bu terimlerin Türk hukuk mevzuatındaki farklı kullanımlarının bir kavram karmaşasına sebebiyet verdiği görülmektedir[219]. Bu kavram karmaşasını önlemek amacıyla Türk hukuk mevzuatında kullanılan "gaip" teriminin Türk Medenî Kanunu anlamında hakkında gaiplik kararı verilmiş kişiye özgülenmesi gerektiği ve bu terimin diğer mevzuatlardaki farklı kullanımlarının kaldırılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

B. Benzer Kavramlardan Farkı

1. Ölümden Farkı

Gaiplik, kişiliği sona erdirmesi bakımından ölüme benzemekle birlikte, ölümle aynı hüküm ve sonuçları doğurmaz[220]. Bu nedenle, Türk medenî hukukunda gaiplikle ölüm arasında bazı temel farklar bulunmaktadır[221]. Bu farklardan ilki, kişiliğin sona erme biçimidir. Ölümde ortada bir ceset mevcut olup, kişilik doğal bir nedenle sona ermekte ve bunun için ayrıca bir mahkeme kararı aranmamaktadır. Buna karşılık gaiplikte ise ortada bir ceset mevcut olmadığından, kişilik mahkeme kararıyla (hükmen) sona erdirilmektedir. Dolayısıyla, ölüme bağlanan sonuçların gaiplik için de doğabilmesi için mahkeme tarafından bir gaiplik kararı verilmesi şarttır (TMK m. 32/I). İkinci olarak, mahkemenin bir kişinin gaipliğine karar vermesi, bu kişinin yaşadığına ilişkin şüpheyi ortadan kaldırmazken; ölümde ise böyle bir şüphe hâli mevcut değildir. Üçüncü fark ise evliliğin sona erme biçimidir. İspat edilmiş bir ölüm olayı, herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın, evliliği kendiliğinden sona erdirirken; buna karşılık gaiplik kararı alınması hâlinde evliliğin sona erebilmesi içinse mahkemenin ayrıca evliliğin feshine karar vermesi gerekir (TMK m. 131). Sonuncu ve belki de en önemli

---

namına hıfzına ve ipotek kaydının terkinine karar verir. Bu karar tapu dairesine tebliğ edilerek ipotekli taşınmazın sicilline geçirilir."

[218] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 224.

[219] Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 22; **Göktürk**, s. 165. Benzer şekilde, "gaip" teriminin, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 5. ve 10. maddelerinde "hazır olmayan kişi" ve 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun muhtelif maddelerinde "yokluk" anlamında kullanılması da öğretide eleştirilmişti. Bkz. **Göktürk**, s. 165; **Arsebük**, s. 177, dn. 38. Ayrıca, eBK'da "gaip etmek" ifadesinin "kaybetmek" anlamında sözlük anlamıyla kullanıldığı muhtelif maddeler de mevcuttur. Bkz. eBK m. 48, 456/II, 498, 502/II. Dolayısıyla, bir kelimenin hem sözlük anlamı hem de terim anlamıyla mevzuatta yer almasının kanun tekniğine uygun olmadığını söylemek gerekir.

[220] **Dural** ve **Öğüz**, s. 34; Cumhur **Rüzgaresen**, "Gaip Borçlunun İflası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 4, s. 1370.

[221] Bu hususta ayrıca bkz. **Rüzgaresen**, s. 1370-1371; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 37-38.

fark ise mirasın intikalinde kendisini gösterir. Gaiplik hâlinde karine ile kişiliğin sona ermesi söz konusu olduğundan, miras hukukunda gaipliğe özel birtakım düzenlemeler getirilmiştir (TMK m. 584-588). Bu anlamda, kişiliğin doğal bir nedenle sona erdiği ölüm olayında mirasçılar, mirası bir bütün olarak kendiliğinden kazanırken (TMK m. 599/I); gaiplik hâlinde ise mirasçılar, tereke mallarına el koyabilmek için teminat göstermekle yükümlüdür (TMK m. 584). Diğer taraftan, gaiplikte mirasın açılma tarihi de ölümden farklıdır. Gaiplik kararının geçmişe etkili olması nedeniyle gaibin mirası, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günde açılmış sayılmaktadır (TMK m. 35/II). Bunun aksine ölüm olayında ise ölümün gerçekleştiği anda miras açılmış olur.

2. Ölüm Karinesinden Farkı

Gaiplik ile ölüm karinesi, ölümün ispatını sağlayan karineler olmaları hasebiyle temelde aynı işleve sahip olsalar bile, birçok bakımdan farklılık gösterir[222]. Bu iki müessese arasındaki başlıca farklar şunlardır:

Kişinin ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayda kaybolması ve cesedinin bulunamaması hâli olan ölüm karinesinde (TMK m. 31) kişinin içinde kaybolduğu olay, olağan hayat tecrübelerine göre, içinden sağ olarak çıkılması mümkün olmadığı kabul edilen bir olaydır. Bu nedenle ölüm karinesinin varlığında, TMK m. 31'e göre kişi gerçekten ölmüş sayılır ve TMK m. 44/I'e göre verilecek bir idarî karar ile sicile ölü kaydı düşülür. Hâlbuki gaiplikte, kişinin hayatta olup olmadığı noktasında şüphe vardır ve bu şüpheli durumun sürmesi hukukun birçok alanında sakıncalar doğurur. Bu itibarla kanun koyucu, gaiplik hâlini oluşturan kanunî koşulların varlığında, mahkeme kararıyla gaibe bir nevi ölmüş kişi muamelesi yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır (TMK m. 32 vd.)[223]. Dolayısıyla Serozan'ın da belirttiği üzere, ölüm karinesi bir tespit konusu iken; gaiplikte yenilik doğuran kazaî bir hüküm söz konusudur[224]. Bu anlamda, ölüm karinesinin varlığında kişisel durum siciline ölü kaydının düşülmesi (TMK m. 44/I) bu karinenin geçerlilik kazanması için yeterli kabul edilirken; gaiplik karinesi ise ancak

---

[222] **Rüzgaresen**, s. 1371; **Erman**, s. 186; **İmre**, s. 503; **Tekinay**, *Medenî*, s. 214-215; **Köprülü**, s. 251-252; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 40 vd.
[223] **Rüzgaresen**, s. 1372; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 567.
[224] Rona **Serozan**, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm / Kişiler Hukuku)*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 426.

mahkemenin vereceği bir gaiplik kararıyla geçerlilik kazanır (TMK m. 32 vd.)[225]. Ayrıca, ölüm karinesinin varlığında her ilgili tespit davası açmaya yetkili kabul edilirken (TMK m. 44/II); gaiplik kararında dava hakkı, ancak kaybolan kişinin ölümüyle bir hak kazanacak veya yükümlülükten kurtulacak kişilere tanınmıştır (TMK m. 32/I)[226].

C. Gaiplik Sistemleri

1. Genel Olarak

Modern hukuk sistemlerine kaynaklık eden Roma hukukuna bakıldığında, ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya uzun zamandan beri haber alınamama sebebiyle gaiplik kararı verilmesi şeklinde bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir[227]. Roma hukukunda ilk defa "*Glossator*"ların[228] (11. yy. – 13. yy.) kaybolanın yüz yaşına ulaşıncaya kadar sağ kabul edilmesi yönünde aksi ispat edilebilir bir karine benimsedikleri ifade edilmektedir[229]. Bunun dışında, "*Corpus luris Civilis*"in "*Digesta*" (530-533) bölümünde, bir Romalı erkek savaşta esir düşmüşse ve ilgilinin sağ mı yoksa ölü mü olduğu belli değilse karısının ancak beş yıl geçtikten sonra yeniden evlenebileceğine dair bir düzenlemenin bulunduğu da kaydedilmektedir[230].

Modern hukuk sistemleri içerisinde gaiplik kurumunu ayrıntılı kurallara bağlayan ilk kanun, 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu'dur (CC m. 112-143)[231]. Gaiplik kurumu ikinci olarak ise 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu'nda (BGB § 13-20) düzenlenmiştir[232]. 1912 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu ve ondan iktibasla 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Medenî Kanun'da ise, Fransız ve

---

[225] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 564; **Erman**, s. 186; **İmre**, s. 503.
[226] **Saymen**, s. 53.
[227] **Tahiroğlu** ve **Erdoğmuş**, s. 148; **Umur**, s. 353; Özcan **Karadeniz-Çelebican**, *Roma Hukuku*, 7. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2000, s. 177.
[228] Modern romanist ilmin ve dolayısıyla modern hukukun kurucusu kabul edilen meşhur hukukçu Irnerius'un (ölümü 1125) başında bulunduğu, 11. yüzyılda İtalya'nın Bolonya şehrinde kurulan ve bir buçuk asırdan fazla müddetle devam eden üniversitenin temsilcilerine "*Glossator*"lar ismi verilmektedir. Bkz. **Umur**, s. 288-289; **Tahiroğlu** ve **Erdoğmuş**, s. 98.
[229] Bkz. **Tahiroğlu** ve **Erdoğmuş**, s. 148, dn. 55.
[230] **Tahiroğlu** ve **Erdoğmuş**, s. 148.
[231] Köprülü bu durumun sebebini *"Fransa'da özellikle, 18 inci yüzyılın sonlarından itibaren devam eden savaşlarda, birçok kişinin evlerine dönmemesi ve hayatlarından bir haber alınamaması veya bilgi edinilememesi, gaiplik müessesesine önem verilmesi sonucunu doğurmuştur."* şeklinde ifade etmektedir. Bkz. **Köprülü**, s. 251, dn. 19. Ayrıca bkz. **Velidedeoğlu**, s. 149; **Saymen**, s. 45; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 25.
[232] **Velidedeoğlu**, s. 149; **Saymen**, s. 45-46.

Alman medenî kanunlarına nazaran, gaiplik kurumu oldukça sadeleştirilerek düzenlenmiştir[233].

Modern medenî kanunlardaki gaiplik sistemleri, "ölüm kararı (beyanı) sistemi", "gaiplik kararı sistemi" ve "karma sistem" şeklinde üçe ayrılarak incelenmektedir[234]. Fransız hukukunu örnek alan bazı hukuk sistemleri, kaybolan kişinin menfaatlerini önceleyerek, "gaiplik kararı" sistemini; buna karşılık, Alman hukukunu örnek alan diğer bazı hukuk sistemleri ise hakları kaybolan kişinin ölümüne bağlı olan kişileri önceleyerek, "ölüm kararı" sistemini benimsemiştir[235]. Temelde Fransız sistemini esas alarak bu sistemi sadeleştiren, ancak bu sırada Alman hukuku sisteminin bazı unsurlarından da faydalanan İsviçre-Türk hukukundaki sisteme ise "karma sistem" adı verilmektedir[236].

2. Ölüm Kararı Sistemi

Alman, Avusturya ve İtalyan hukukları[237] tarafından kabul edilen "ölüm kararı" sisteminde, gaipliğe "ölüm karinesi" bağlanarak, kişilik mahkemece verilen ölüm kararı ile sonlandırılmaktadır[238].

Alman hukukunda gaiplik, BGB (§ 13-20) hükümlerinin yetersiz kalması sebebiyle, 4 Temmuz 1939 tarihli "Gaiplik, Ölüm Kararı ve Ölüm Zamanının Belirlenmesine İlişkin Kanun" *("Gesetz über die Verschollenheit, die Todeserklärung und die Feststellung der Todeszeit")* adıyla özel bir kanunda düzenlenmiştir[239]. Bu kanunda düzenlenen şartların[240] mevcudiyeti hâlinde, ilgililerin başvurusu üzerine mahkeme, kaybolan kişi hakkında "farazî bir ölüm günü" tayin ederek "ölüm kararı" vermekte ve bu kararın kesinleşmesiyle bu kişi kararda belirtilen günde karineyle ölmüş sayılmaktadır[241]. Yani, bu kişi hakkında mahkemenin takdir ettiği farazî ölüm gününe kadar "sağlık karinesi",

---

[233] **İmre**, s. 503-504; **Velidedeoğlu**, s. 149; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 26.
[234] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 568; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 46.
[235] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252-253; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 46.
[236] **Egger**, s. 353. İsviçre-Türk hukukundaki karma sistemde, Fransız hukukunda olduğu gibi, kaybolan kişinin menfaatlerinin öncelendiği yönünde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 26.
[237] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 568; Yıldız **Abik**, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, 2005, s. 154-155.
[238] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 30-31, dn. 76; **Abik**, s. 154. Bu sistemin İsviçre Medenî Kanunu yürürlüğe girmeden önce Almanca konuşulan kantonlarda da geçerli olduğu yönünde bkz. **Göktürk**, s. 163; **Oğuzoğlu**, s. 230; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 568; **Dural** ve **Öğüz**, s. 30; **Abik**, s. 155.
[239] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 568; **Dural** ve **Öğüz**, s. 30; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 26.
[240] Alman hukukunda "ölüm kararı" verilebilmesinin şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 569-570. Ayrıca bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 47 vd.
[241] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 569-570; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Abik**, s. 156-157.

bu tarihten sonra ise "ölüm karinesi" geçerli olmaktadır[242]. Ancak bu sisteme göre, açılacak bir dava ile bu kişinin kararda belirtilen tarihten önce ölmüş ya da hâlen yaşamakta olduğu kanıtlanarak, bu karinelerin çürütülmesi mümkündür[243].

Alman hukukunda uygulanan ölüm kararı sisteminde, kural olarak, "ölüm kararı"nın kesinleşmesiyle birlikte ölüme bağlı sonuçlar kendiliğinden doğar[244]. Dolayısıyla, farazî ölüm gününde kişi gerçekten ölmüş gibi mirası açılır ve mirasçıları güvence göstermeye gerek kalmaksızın terekeye sahip olur[245]. Ölüm kararının kesinleşmesiyle velayet ve vesayet de kendiliğinden sona erer[246]. Ancak evlilik açısından farklı bir durum söz konusudur. Alman hukukuna göre hakkında "ölüm kararı" verilen kişi evliyse ölüm kararının kesinleşmesi, mevcut evliliği kendiliğinden sona erdirmez[247]. Zira ilgili konunun düzenlendiği Alman Evlilik Kanunu *(Ehegesetz)* § 38/2'ye göre, ancak hakkında ölüm kararı verilen kişinin eşi ikinci bir evlilik yaparsa bu yeni evlilik sonucunda ölüm kararı verilen eşiyle olan evliliği de sona erer. Böyle bir durumda, ölüm kararı verilmiş olan eşin sonradan ortaya çıkması, bu ikinci evliliğe etki etmez *(Ehegesetz § 38/2)*[248]. Ancak bunun için, ikinci evlilikteki eşlerin, ölümüne karar verilen eşin ölüm kararının verildiği anda yaşadığını bilmemeleri ve bilebilecek durumda olmamaları (iyiniyetli olmaları) gerekir *(Ehegesetz § 38/1)*. Eğer ikinci evlilikteki eşler, ölümüne karar verilen eşin bu kararın verildiği anda yaşadığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa (iyiniyetli değillerse) bu ikinci evliliğin iptali gerekir[249]. Fakat ikinci defa evlenen eş, ölüm kararının verildiği anda birinci eşinin yaşadığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa (iyiniyetli değilse) ikinci evliliğin iptalini isteyemez[250]. Ancak eşinin ölümüne karar verildiği anda hayatta olduğunu bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan (iyiniyetli olan) eş, ölümüne karar verilen eşinin yaşadığını öğrenmesi üzerine, yapmış olduğu bu ikinci evliliğin iptalini isteyebilir *(Ehegesetz § 39/1)*[251].

---

[242] **Göktürk**, s. 163; **Oğuzoğlu**, s. 230; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Abik**, s. 157.
[243] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Çelik**, s. 100; **Abik**, s. 157.
[244] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Oğuzoğlu**, s. 230; **Abik**, s. 157.
[245] **Oğuzoğlu**, s. 230; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Abik**, s. 157; **Çelik**, s. 100.
[246] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Abik**, s. 157.
[247] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 50. Aksi yönde bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Abik**, s. 157.
[248] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 50.
[249] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 50.
[250] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 50.
[251] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Tandoğan**, s. 49; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 50.

3. Gaiplik Kararı Sistemi

Fransız Medenî Kanunu'nun sistemi olan "gaiplik kararı sistemi"nde[252] ise ne hâkim tarafından tespit edilen farazî bir ölüm günü ne de sağlık veya ölüm karineleri mevcuttur[253]. Bu sebeple bu sistemin "ölüm kararı sistemi"ne kıyasen çok daha yalın ve mantıklı olduğu savunulmaktadır[254]. Zira gaiplik kararı sisteminin temel özelliği, ispat yüküne ilişkin kuralların (TMK m. 6 ve m. 29/I) yer değiştirmesi ve gaiplik kararının kesinleşmesiyle gaibin öldüğünü iddia eden kişiden hayatta olduğunu iddia eden kişiye geçmesidir[255]. "Gaiplik karinesi" adı verilen bu karine sayesinde, hakları gaibin ölümüne bağlı olan kişiler, gaiplik kararı verildikten sonra bu iddialarını ispat yükünden (TMK m. 6 ve m. 29/I) kurtulmaktadır[256]. Dolayısıyla, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte gaibin ölümüne ilişkin bir "adî kanunî karine" varlık kazanır ve bu karinenin aksini iddia eden kişi, gaibin hayatta olduğunu veya belirli bir tarihte öldüğünü her türlü delille ispat edebilir[257].

Fransız hukukunda uygulanan bu sistemde, mahkemenin gaiplik kararını verdiği anda bu karara bağlı hüküm ve sonuçlar kendiliğinden ve ileriye yönelik olarak doğmaktadır[258]. Ancak, bu sistemin belirleyici bir özelliği olarak, gaiplik kararının verilmesi neticesinde mirasçılar, gaibin terekesine el koymak için belli sürelerle sınırlı olarak güvence (teminat) göstermekle yükümlüdür[259]. Ayrıca, gaiplik kararının verilmesi ya da bu güvence sürelerinin sona ermesi, bu sisteme göre gaibin evliliği üzerinde hiçbir etki etmez. Zira, gaibin eşinin alacağı boşanma kararına ya da gaibin ölümüne ilişkin bir kanıt bulunana kadar, gaibin mevcut evliliği devam eder[260].

---

[252] Fransız Medenî Kanunu *(Code Civil)* özellikle kaybolan kişinin malvarlığına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye giderek, bu hususta başlıca üç aşama öngörmüştür. Bu aşamalar ve Fransız hukukunda uygulanan gaiplik kararı sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570-571. Ayrıca bkz. **Dural** ve **Öğüz**, s. 30; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 51-52.

[253] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 570; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Abik**, s. 158.

[254] **Göktürk**, s. 163; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Abik**, s. 157-158.

[255] **Oğuzoğlu**, s. 230-231; **Göktürk**, s. 163; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 254; **Abik**, s. 158.

[256] **Köprülü**, s. 251-252; **Oğuzoğlu**, s. 230; **Göktürk**, s. 163; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 254; **Çelik**, s. 100; **Abik**, s. 158.

[257] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 254; **Ayan** ve **Ayan**, s. 179; **Çelik**, s. 100-101; **Abik**, s. 158; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 51.

[258] **Helvacı**, s. 40, dn. 67.

[259] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 571.

[260] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 571.

4. Karma Sistem

1912 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu ve 1926 yılında ondan iktibasla 743 sayılı Medenî Kanun, dolayısıyla günümüzde yürürlükte olan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, ölüm ve gaiplik kararı sistemlerinin karması niteliğinde olan bir gaiplik sistemini benimsemiştir[261]. Zira İsviçre-Türk hukukunda, temelde Fransız hukukunda geçerli olan "gaiplik kararı" sistemi benimsenmekle birlikte, bazı konularda bu sistemden sapılarak Alman hukukundaki "ölüm kararı" sisteminden yararlanıldığı görülmektedir. Bu karma sistem, mirasçıların güvence gösterme yükümlülüğü, gaibin evliliği, hâkim tarafından bir gaiplik kararı verilmesi ve bu karar neticesinde ölümü ispat yükünden kurtaran bir gaiplik karinesinin geçerli olması hususlarıyla Fransız hukukunda uygulanan "gaiplik kararı sistemi"ne; terekeye el koyanların sadece zilyet değil mirasçı sayılmaları ve gaiplik sürelerinin kısaltılmış olması hususlarıyla da Alman hukukunda geçerli olan "ölüm kararı sistemi"ne benzemektedir[262]. Ayrıca, gaiplik kararına bağlı hüküm ve sonuçların geçmişe etkili olarak doğması (TMK m. 35/II) özelliğiyle ise İsviçre-Türk hukukundaki karma sistem, Alman ve Fransız hukukunda uygulanan sistemlerden tamamen farklılaşmaktadır[263]. Dolayısıyla İsviçre-Türk hukukunun, her iki sistemin işlevsel yönlerini alarak, özgün bir gaiplik sistemi kurmaya çalıştığını söylemek mümkündür[264].

II. Gaiplik Kararının Şartları

A. Esasa İlişkin Şartlar

1. Genel Olarak

Mahkemenin bir kişi hakkında gaiplik kararı verebilmesi için öncelikle kanunun öngördüğü iki alternatif olaydan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani bu kişinin "ölüm tehlikesi içinde kaybolması" veya bu kişiden "uzun zamandan beri haber

---

[261] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 571-572; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 53. Öğretideki çoğu yazara göre ise İsviçre-Türk hukuku, Fransız hukukunda uygulanan "gaiplik kararı sistemi"ni benimsemiştir. Bkz. **Köprülü**, s. 252; **Göktürk**, s. 163; **Oğuzoğlu**, s. 230-231; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 253; **Abik**, s. 157.

[262] Krş. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 572; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 53.

[263] **Helvacı**, s. 40, dn. 67.

[264] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 572; **Abik**, s. 158; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 53. İngiliz hukukunda da karma sistem denilebilecek bir sistemin kabul edildiği ve kullanılan terimlerde bile tek bir sisteme bağlı kalmaktan kaçınıldığı yönünde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 572.

alınamaması" (TMK m. 32/I) şarttır. Ancak hem ölüm tehlikesi içinde kaybolma hem de uzun süredir haber alınamama hâlinin aynı olayda söz konusu olması da mümkündür. Böyle bir durumda, örneğin bir kampta bulunan kişiden haber alınamama hâlinin ortaya çıktığı takdirde, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinin kabul edilmesi gerekir[265]. İkinci olarak, kanunun öngördüğü bu iki alternatif olayın üzerinden belirli kanunî sürelerin geçmiş olması aranmaktadır (TMK m. 33/I). Üçüncü olarak ise, bu iki alternatif olayın birinin içinde kaybolan bir kişi hakkında belirli kanunî süreler geçmiş olsa bile, bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli bir olasılığın varlığı şarttır (TMK m. 32/I)[266]. Ancak bu üç şartın mevcudiyeti hâlinde mahkeme, hakları ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine, bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Dolayısıyla, gaiplik kararının teşekkülüne sebep verecek bu şartları "esasa ilişkin" şartlar olarak nitelemek gerekir.

2. Kanunun Öngördüğü Olaylardan Birinin Gerçekleşmesi

a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

TMK m. 32/I'e göre bir kişinin gaipliğine karar verilebilecek olaylardan ilki, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlidir. Buradaki ölüm tehlikesi ile kastedilen, kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektirecek bir tehlike olmayıp, ölüm sonucunu doğurması kuvvetle muhtemel olan bir tehlikedir. Zira ölüm sonucu doğurması zorunlu ve kesin olan bir durum mevcutsa, gaiplik kararına (TMK m. 32-35) değil, ölüm karinesine (TMK m. 31) başvurulması gerekir[267]. Gaiplikte ise, ölüm karinesinin aksine, kişi öyle bir tehlike içinde kaybolmuştur ki sağ ya da ölü olduğu meçhul olmakla beraber, olağan hayat tecrübeleri bu tehlike hâlinden sağ kurtulma ihtimalinin oldukça az olduğuna işaret etmektedir[268]. Örneğin, bir uçak okyanusa düşmüş ve yolculardan kurtulan olmamışsa burada ölüm karinesi mevcutken; uçak tropik bir ormana düşmüş, bazı yolcularının ölmesine karşılık diğer bir kısmı kurtulmuşsa kaybolan yolcuların

---

[265] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 31, dn. 78.
[266] **Ataay**, s. 252; **Helvacı**, s. 37; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 573.
[267] **Saymen**, s. 46-47; **Ataay**, s. 253; **Tekinay**, *Medenî*, s. 215; **Velidedeoğlu**, s. 151; **Helvacı**, s. 37; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 31; **Dural** ve **Öğüz**, s. 31; **Erman**, s. 186; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 210-211; **HGK.** 16.05.2007 T., 2007/2-276 E., 2007/278 K.: *"Ölüm tehlikesinin, kişinin muhakkak surette ölü olduğu anlamına gelmediği; eğer ölüm muhakkak surette ise gaiplik kararına değil ölüm karinesine dayanılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır."* Bkz. www.kararara.com, E.T.: 02.05.2019.
[268] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 255; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 574; **İnan**, s. 117; **Helvacı**, s. 37; **Ayan** ve **Ayan**, s. 180; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 31; **İmre**, s. 505.

ölümü hakkında "kuvvetli olasılık" oluşturan bir tehlikeden söz edilmelidir[269]. Bundan başka, iyi yüzme bilen bir kişinin yüzmek için denize girmesi ve geri dönmemesi, bazı yolcuların kurtulduğu gemi kazaları, yine birçok kişinin kurtulduğu apartman yangını ya da savaşta kaybolma gibi durumlar da ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya örnek olarak verilebilir[270]. Ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın gerçekleştiği bu durumlara, kazânın gerçekleştiği andan bu yana devam eden habersizlik hâli de eklenince, ölüm hakkında "kuvvetli bir olasılığın" varlığından söz etmek gerekir (TMK m. 32/I)[271].

Ölüm tehlikesi oluşturacak durumlar hakkında, Alman Gaiplik Kanunu'nda "savaşta kaybolma", "denizde kaybolma", "havada kaybolma" ve "yaşamı tehlikeye sokan durumlar içinde kaybolma" gibi özel hükümler (§ 4-7) düzenlenmişken[272]; mehaz kanun ZGB'nin 35. maddesinde ise, genel bir şekilde, sadece "büyük bir ölüm tehlikesi" *("hoher Todesgefahr")* içinde kaybolmaktan bahsedilmiştir[273]. Türk Medenî Kanunu'nda bu maddeyi karşılayan m. 32/I'de ise "büyük" ifadesi kullanılmamıştır. Ancak maddenin lafzında yer almasa bile, öğretide ittifakla kabul edildiği üzere, bu tehlikenin büyük (önemli) olması gerektiği açıktır[274]. Aksi takdirde, "uzun zamandan beri haber alınamama" hâline dayanan gaiplik ile "ölüm tehlikesi içinde kaybolmaya" dayanan gaiplik arasındaki fark bazı hâllerde ortadan kalkabilir[275]. Bu nedenle, mesela, bir balıkçının sırf sandalla denize açılmış ve bir daha dönmemiş olması hâli, büyük (önemli) bir ölüm tehlikesi oluşturmaz; ancak bir fırtına veya kasırga kopmuş olması hâlinde bu durum büyük (önemli) bir ölüm tehlikesi sayılır[276].

Türk Medenî Kanunu'nda kaybolan kimsenin ölümü sonucunu doğurabilecek tehlikeler tahdidi olarak düzenlenmediğinden, bu tehlikelerin varlığı, büyüklüğü ve ölümün

---

[269] **Köprülü**, s. 253. Benzer bir örnek için bkz. **Saymen**, s. 47.
[270] **Ayan** ve **Ayan**, s. 179-180; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 211; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 55-56.
[271] **Egger** (Çev. **Çernis**), 354; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 255.
[272] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 569; **Köprülü**, s. 251; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 226-227.
[273] **Egger** (Çev. **Çernis**), 354; **Tekinay**, *Medenî*, s. 216; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 32.
[274] **Tekinay**, *Medenî*, s. 216; **Dural** ve **Öğüz**, s. 31; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 225; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 55.
[275] **Tekinay**, *Medenî*, s. 216.
[276] Tekinay bu hususta haklı olarak *"Bu durumda – bir kasırga kopmuş olmasa bile – açık denizin her balıkçı için bir ölüm tehlikesi yarattığı belki söylenebilir; fakat – bir kasırga veya fırtına kopmuş değilse – ortada yüksek bir ölüm tehlikesi yoktur. Buna rağmen 'ölüm tehlikesi içinde kaybolma' şartının gerçekleşmiş sayılması, kanunun amacına uymaz; (...) önemsiz bir ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimsenin, ancak 'uzun zamandan beri haber alınamadığı' takdirde gaibliğine karar verilebilmesi daha doğru olur."* şeklinde görüş belirtmektedir. Bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 216. Aynı yönde bkz. **Egger** (Çev. **Çernis**), 354; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 226; **Velidedeoğlu**, s. 151; **İmre**, s. 505.

kuvvetle muhtemel olup olmadığı, her somut olayın şartlarına göre, hâkim tarafından takdir edilir (TMK m. 4)[277].

b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama

Türk Medenî Kanunu m. 32/I'e göre mahkemenin gaipliğe karar verebileceği olaylardan ikincisi, bir kişiden uzun süredir haber alınamamasıdır. Bu kişi, özellikle yerleşim yeri ve konutu gibi genellikle bulunması gereken alışılmış yerlerde bulunamayan, hiçbir haber bırakmadan kaybolan ve sağ veya ölü olduğu hakkında – somut olayın özelliklerine göre – herhangi bir bilgi edinilemeyen kişidir[278]. Buradaki en önemli husus, salt uzun süreden beri haber alınamama hâlinin gaiplik kararı verilmesine temel olamayacağıdır. Buna ek olarak, bu durumun kişinin yaşayıp yaşamadığı hususunda kuşku uyandıracak düzeyde bir "kuvvetli olasılık" oluşturması da gerekmektedir (TMK m. 32/I)[279]. Örneğin, ailesine uzak bir ülkeye gitmek için veda eden ve artık onlarla iletişim kurmayacağını söyleyerek ayrılan bir kişiden uzun süredir haber alınamaması, gaiplik kararı için yeterli bir sebep değildir[280]. Zira, bu kimsenin ölümü hakkında "kuvvetli bir olasılık" yoktur (TMK m. 32/I). Bununla beraber bu süre, söz konusu kişinin aleyhine olacak şekilde, endişe verecek düzeyde uzar ve bu süreçte polis gibi başka kişiler de bu kişiden haber alamazsa bu durumda ölüm ihtimali gündeme gelebilir. Buna karşılık, öğrenim için yurt dışına giden ve sürekli iletişim hâlinde bulunulan bir kişiden uzun süredir haber alınamaması – TMK m. 33/I'de şart koşulan

---

[277] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 32; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 574; **Saymen**, s. 48; **Velidedeoğlu**, s. 151; **Erman**, s. 186; **İmre**, s. 505; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 226; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 55.

[278] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 254; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 574-575; **İnan**, s. 117; **Saymen**, s. 48-49; **Egger** (Çev. **Çernis**), 353-354.

[279] **Köprülü**, s. 255; **Tekinay**, *Medenî*, s. 217; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 576; **Dural** ve **Öğüz**, s. 31; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 84; **Helvacı**, s. 37-38; **Erman**, s. 186; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 31; **İmre**, s. 505; **Yarg. 2. HD.** 15.10.2012 T., 2011/11685 E., 2012/24677 K.: *"... Türk Medenî Kanununun 32. maddesi uyarınca ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaiplik kararı verilebilir. Davacının eşinden uzun zamandan beri haber alınamamakta ise de, ölüm hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanamamıştır. Bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru görülmemiştir."* Bkz. Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 26.02.2019; **Yarg. 8. HD.** 10.05.2018 T., 2018/9579 E., 2018/12418 K.: *"... Mahkemece, gaipliğine karar verilmesi istenilen Cemile Ş.'den 40-50 yıldır haber alınamadığı tespiti yapılmış ise de bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanmamıştır.*
Mahkemece Türk Medenî Kanununun 32. maddesinde öngörülen "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" koşulunu dikkate alınmaksızın adı geçenin gaipliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Bkz. www.yargikararlari.net, E.T.: 14.03.2019.

[280] **Köprülü**, s. 255-256. Benzer örnekler için bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 217; **Saymen**, s. 49; **Helvacı**, s. 38; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 575.

sürenin de dolmasıyla – gaiplik kararının alınabilmesi için yeterli bir sebep teşkil eder[281]. Ancak gelecek haberin muhakkak kaybolan kişiden alınması şart değildir. Bu kişiyle ilgili dolaylı yoldan ve başkalarından alınan haber de bu kimsenin kaybolmadığını gösterir[282]. Örneğin, aynı köyden yabancı bir ülkeye çalışmaya giden iki işçiden biri köydeki akraba ve dostlarına hiç mektup göndermez; fakat diğer işçinin gönderdiği mektuplardan mektup yazmayanın da hayatta olduğu anlaşılırsa ortada uzun süredir haber alınamama durumu yoktur[283].

3. Belirli Sürenin Geçmiş Olması

Gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurulabilmesi için kaybolan kişinin ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmesi gerekir (TMK m. 33/I). Kaybolan kişinin öldüğüne ilişkin kanaati teyit eder mahiyetteki bu süreler geçmedikçe, salt ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da uzun zamandan beri haber alınamama hâlleri, gaiplik kararına esas teşkil edemez[284]. Bu sebeple süre şartını da esasa ilişkin şartlar içerisinde değerlendirmek gerekir.

Türk Medenî Kanunu m. 33/I'de, kaybolan kişiye ilişkin son haberin alındığı tarih üzerinden geçmesi gereken süre daha uzun; buna karşılık, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarih üzerinden geçmesi gereken süre ise daha kısa takdir edilmiştir. Zira, gaiplik kararı alınabilmesinin alternatif şartlarından sayılan bu olaylarda (TMK m. 32/I) ölüm ihtimali aynı kuvvette değildir[285]. Dolayısıyla, bu iki farklı ihtimalde kişinin hayatından aynı derecede ümit kesilmemektedir.

---

[281] **Dural** ve **Öğüz**, s. 31. Benzer örnekler için bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 217; **Köprülü**, s. 255; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 31; **Saymen**, s. 49-50. Tekinay bu minvalde isabetli olarak *" 'Uzun süreden beri haber alınamama' sebebine dayanan gaiplik, yalnız seyahate çıkanlara mahsus değildir. Sabah evinden çıkarak bir daha dönmeyen ve ortadan esrarlı bir şekilde kaybolan kimse de uzun süre bulunamaz veya kendisinden haber alınamazsa, gaip sayılabilecektir."* demektedir. Bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 217.

[282] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 575; **Dural** ve **Öğüz**, s. 31; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 31; **Helvacı**, s. 38; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 31; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 114; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 227; **Ataay**, s. 253; **Velidedeoğlu**, s. 152; **Egger** (Çev. **Çernis**), 354. **HGK.** 16.05.2007 T., 2007/2-276 E., 2007/278 K.: *"Çoktan beri haber alınamama konusunda ise, gelecek haberin mutlaka kaybolanın gönderdiği bir haber olması gerekmeyip; başkasından gelen haberlerin de, söz konusu şahsın gaip olmadığına gösterge teşkil ettiği açıktır."* Bkz. www.kararara.com, E.T.: 02.05.2019.

[283] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 31.

[284] **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 360.

[285] **Göktürk**, s. 164; **Oğuzoğlu**, s. 231; **Tekinay**, *Medenî*, s. 217; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 84; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 256; **Saymen**, s. 49; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 211.

a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma Hâlinde Süre

Gaiplik kararı ölüm tehlikesi sebebine dayanıyorsa, TMK m. 33/I gereğince, bu tehlikenin gerçekleştiği günden itibaren en az bir yıl geçtikten sonra mahkemeye başvurulabilir. Zira, kişi ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunan bir olayda da kaybolsa, kesinleşmiş bir ölüm mevcut olmadığı için az da olsa kurtulma ihtimali vardır. Ölüm tehlikesinin gerçekleşmesinden itibaren bir sene geçtiğinde ise bu ihtimalin oldukça zayıflayacağı öngörülmüştür[286].

Ölüm tehlikesi bir anda vuku bulmuşsa bir yıllık sürenin başlangıç tarihini tespit etmek kolaydır. Ancak tehlike bir süre devam etmişse bu bir yıllık sürenin başlangıcının saptanması, somut olaya göre değişkenlik gösterir[287]. Örneğin, yırtıcı hayvanların yaşadığı ıssız bir ormana araştırma yapmak için giden bir araştırmacıya bakıldığında, bu bölgede yapılacak araştırma iki yıl sürecekse tehlike iki yıl devam ediyor demektir. Bu iki yıllık süre içinde ortadan kaybolan araştırmacının tam olarak ne zaman kaybolduğu saptanamıyorsa TMK m. 33/I'deki bir yıllık süre, normal olarak tehlike durumunun bitmesi gerektiği, somut olayda iki yılın bittiği andan başlayarak hesaplanır[288]. Diğer taraftan, açık denizde yol alan bir yolcu gemisinin battığı ve sadece iyi yüzme bilen birkaç yolcunun kurtulduğu bir olayda ise kurtulan yolculardan edinilen bilgilerden geminin battığı tarih kesin olarak saptanamayabilir. Bu takdirde, geminin en son kalktığı limandan itibaren tehlikenin başlamış olduğu kabul edilmeli ve dolayısıyla bir yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak limandan hareket tarihi dikkate alınmalıdır[289]. Ancak bu örnekte, açık denizde iken gemiden haber alınmışsa son alınan haber tarihinde tehlikenin başladığı kabul edilir ve bir yıllık süre bu tarihten itibaren hesaplanır[290].

b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama Hâlinde Süre

Gaiplik kararı uzun süreden beri haber alınamama sebebine dayanıyorsa, TMK m. 33/I gereğince, kaybolan kişiye ilişkin son haberin alındığı günden başlayarak en az beş yıl geçtikten sonra mahkemeye başvurulabilir. Buradaki son haberden kastedilen, kaybolan

---

[286] **Tekinay**, *Medenî*, s. 216.
[287] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 32. TMK m. 33/I'de zikredilen "üzerinden" tabiriyle uzun süreli ölüm tehlikesi oluşturan olaylarda tehlikenin sona erdiği ya da sona ermesinin gerektiği tarihin kast edildiği söylenebilir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 64.
[288] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 32-33; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 357. Benzer bir örnek için bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 64-65.
[289] **Arsebük**, s. 178, dn. 46.
[290] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 64.

kişinin kesin olarak sağ olduğunu belirten haberdir. Önceden belirtildiği üzere, bu haberin kaybolan kişinin kendisinden ya da başkalarından alınması arasında fark yoktur[291]. Bu itibarla, meselâ kaybolan kişinin kendisinden alınan son haberin tarihi üzerinden altı yıl, fakat başkasının onun hayatta olduğunu belirten haberi üzerinden dört yıl geçmişse hâkimden gaipliğe hükmetmesi istenemez. Çünkü, TMK m. 33/I gereğince, kaybolan kişinin hayatta olduğuna ilişkin alınan son haberin tarihi üzerinden henüz beş yıl geçmemiştir. Bununla birlikte eğer uzun süreden beri haber alınamayan kimsenin ölümü hakkında "kuvvetli olasılık" yoksa, bu beş yıllık kanunî süre geçmiş olsa bile, hâkim gaipliğe karar veremez (TMK m. 32/I)[292].

Kaybolan kişiye ilişkin son haberin ulaştığı tarih ile bu haberin gönderilme tarihi farklıysa, TMK m. 33/I'de düzenlenen beş yıllık sürenin başlangıcı için bu haberin gönderilme tarihi esas alınmalıdır[293]. Örneğin, tatil için Amerika'ya gitmiş olan bir Türk vatandaşının ülkesine gönderdiği son kargonun tarihi 01.01.2018 olup, kargo Türkiye'deki adrese 20.01.2018'de gelmişse beş senelik süreyi gönderilme tarihi olan 01.01.2018'den itibaren hesap etmek gerekir. Bu durum, gaiplik kararının alınması sürecindeki zaman kaybını asgari düzeye indirerek, son haberin gönderilme ve ulaşma anı arasındaki muhtemel hak kayıplarını önler. Ancak gönderilme tarihi belirlenemiyorsa, bu durumda haberin ulaşma tarihinin esas alınması gerekir[294]. Ayrıca, uzun süreden beri haber alınamama sebebiyle gaiplikte geçmesi gereken beş yıllık süre kesintisiz olmalıdır[295]. Eğer kişiden arada sırada haber alınmışsa bu münferit sürelerin toplanması suretiyle gaipliğe karar verilemez.

---

[291] eMK m. 32/I'de bu husus *"gaibin son haberinden beş sene geçmiş olmak lâzımdır"* şeklinde ifade edilmişti. Haberin bizzat kaybolan kişiden gelmesi gerektiği şeklinde anlaşılan bu hüküm TMK m. 33/I'de değiştirilmiş ve *"son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu değişikle birlikte bu haberin mutlaka kaybolan kimseden gelmesinin gerekli olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur. Aynı yönde görüş için bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 65.

[292] **İmre**, s. 505; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 66. **Yarg. 18. HD.** 13.01.2015 T., 2014/11091 E., 2015/300 K.: *"Dosyadaki bilgi ve belgelerden; hakkında gaiplik kararı verilmesi istenen …'nin 1882 doğumlu olup, yüz yaşını aştığı ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamadığı anlaşılmaktadır. Doğum tarihi ve kendisinden uzun süredir haber alınamaması ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına delalet eder. Mahkemece usulüne göre yapılan ilanlar da sonuçsuz kalmıştır. Bu durumda Türk Medenî Kanunu'nun 32/1. ve 33. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Öyleyse mahkemece adı geçenin gaipliğine karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."* Bkz. Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 27.02.2019.

[293] **Saymen**, s. 50; **Köprülü**, s. 256; **Rüzgaresen**, s. 1373; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 66.

[294] **Rüzgaresen**, s. 1373; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 66.

[295] **Ayan** ve **Ayan**, s. 180.

4. Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması

Kanunun öngördüğü olaylardan biri gerçekleşmiş ve belirli kanunî süreler geçmiş olsa bile (TMK m. 33/I), mahkemenin gaiplik kararı verebilmesi için kaybolan kişinin ölümü hakkında kuvvetli bir olasılığın varlığı şarttır (TMK m. 32/I)[296]. Dolayısıyla, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan bir kişinin ölümü hakkında kuvvetli bir olasılık oluşmamışsa bir ve beş yıllık kanunî sürelerin geçmiş olması (TMK m. 33/I), mahkemenin vereceği gaiplik kararına esas teşkil etmez.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için bu kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmamalıdır. Zira ölüm sonucunu doğurması zorunlu ve kesin olan bir durum içerisinde kaybolan kişi hakkında gaiplik karinesi (TMK m. 32) değil, ölüm karinesi (TMK m. 31) geçerli olur ve bu kişi gerçekten ölmüş sayılarak kütüğe ölü kaydı düşürülür (TMK m. 44/I)[297]. Örneğin, Suriye'deki iç savaşı haber yapmak için Suriye'ye giden bir gazetecinin kaldığı bölgede bombalı bir saldırının gerçekleşmesi ve hiç kurtulanın olmaması durumunda, cesedine ulaşılamayan gazeteci hakkında ölüm karinesi geçerli olurken; diğer bazı gazetecilerin kurtulmasına rağmen kendisinin kaybolduğu bir saldırıda ise ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğundan gaiplik kararı alınabilir. Yine, açık denizde batan bir yolcu gemisinden hiç kurtulanın olmaması, gemide olduğu bilinmekle birlikte cesedine ulaşılamayan yolcular bakımından ölüm karinesine işaret ederken; sahile yakın bir yerde batan ve bazı yolcuların kurtulduğu bir gemi kazasında kaybolan yolcular hakkında ise ölüm kuvvetle muhtemel olduğundan gaiplik kararı alınabilir.

Kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi içinse bu kişinin ölümüne ne kesin gözüyle bakılmalı ne de düşük bir

---

[296] **Ataay**, s. 252; **Helvacı**, s. 37; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 573. **HGK.** 16.05.2007 T., 2007/2-276 E., 2007/278 K.: *"Bir kimse ölümüne mutlak nazariyle bakılacak durumda olmamakla beraber ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa veya kendisinden uzun zamandır haber alınamıyorsa ve böyle bir kimsenin ölmüş olması ihtimali kuvvetli ise Kanun, o şahsın gaipliğine karar verilmesi ve böylece kişiliğin sona ermesine bağlanan sonuçların aynen olmasa bile uygulanması imkanını kabul etmiştir."* Bkz. www.kararara.com, E.T.: 02.05.2019.

[297] **Saymen**, s. 46-47; **Ataay**, s. 253; **Tekinay**, *Medenî*, s. 215; **Velidedeoğlu**, s. 151; **Helvacı**, s. 37; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 31; **Dural** ve **Öğüz**, s. 31; **Erman**, s. 186; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 210-211; **HGK.** 16.05.2007 T., 2007/2-276 E., 2007/278 K.: *"Ölüm tehlikesinin, kişinin muhakkak surette ölü olduğu anlamına gelmediği; eğer ölüm muhakkak surette ise gaiplik kararına değil ölüm karinesine dayanılması gerektiği her türlü duraksamadan uzaktır."* Bkz. www.kararara.com, E.T.: 02.05.2019.

ihtimal olarak görülmelidir. Örneğin, sosyal çevresinin baskılarından kaçmak için Avustralya'ya taşınıp izini kaybettiren birinden beş yıl boyunca haber alınamaması, gaiplik kararı için yeterli değilken; iş için Almanya'ya giden ve her ay düzenli olarak ailesine para gönderen bir işçiden beş yıl boyunca haber alınamaması, işçinin ölümü hakkında kuvvetli bir olasılığın varlığına işaret eder. Yargıtay ise bir kararında, doğum tarihi itibariyle yüz yaşını aşan ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğuna hükmetmiştir[298]. Bu anlamda, TMK m. 584/II'de düzenlenen gaibin mirasına ilişkin gösterilecek güvencenin azami süresini ifade eden yüz yaş kıstasının, gaiplik kararı alınmadan önceki süreçte de uygulanabileceği ve bu yaş sınırının kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasına delil teşkil edeceği yorumu yapılabilir.

Ölümün kuvvetle muhtemel olduğu olaylar içinde kaybolan kişiler hakkında gaiplik başvurusunda bulunacak olanlar, somut olaydaki kuvvetli olasılığı kanıtlamakla yükümlüdür[299]. Ancak, somut olay çerçevesinde, ölümün kuvvetle muhtemel olup olmadığı hususundaki takdir yetkisi hâkime aittir (TMK m. 4).

B. Usule İlişkin Şartlar

1. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Gaiplik kararını vermeye hangi mahkemelerin yetkili olduğu TMK m. 32/II'de sıralanmıştır. Bu hükme göre, gaiplik kararı öncelikle hakkında gaiplik kararı verilecek

---

[298] **Yarg. 18. HD.** 13.01.2015 T., 2014/11091 E., 2015/300 K.: *"Dosyadaki bilgi ve belgelerden; hakkında gaiplik kararı verilmesi istenen ...'nin 1882 doğumlu olup, yüz yaşını aştığı ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamadığı anlaşılmaktadır. Doğum tarihi ve kendisinden uzun süredir haber alınamaması ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına delalet eder. Mahkemece usulüne göre yapılan ilanlar da sonuçsuz kalmıştır. Bu durumda Türk Medenî Kanunu'nun 32/1. ve 33. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Öyleyse mahkemece adı geçenin gaipliğine karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir."* Bkz. Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 27.02.2019.

[299] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 68. **Yarg. 2. HD.** 15.10.2012 T., 2011/11685 E., 2012/24677 K.: *"... Türk Medenî Kanununun 32. maddesi uyarınca ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaiplik kararı verilebilir. Davacının eşinden uzun zamandan beri haber alınamamakta ise de, ölüm hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanamamıştır. Bu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü doğru görülmemiştir."* Bkz. Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 26.02.2019; **Yarg. 8. HD.** 10.05.2018 T., 2018/9579 E., 2018/12418 K.: *"... Mahkemece, gaipliğine karar verilmesi istenilen Cemile Ş.'den 40-50 yıldır haber alınamadığı tespiti yapılmış ise de bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanmamıştır.*
Mahkemece Türk Medenî Kanununun 32. maddesinde öngörülen "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" koşulunu dikkate alınmaksızın adı geçenin gaipliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." Bkz. www.yargikararlari.net, E.T.: 14.03.2019.

kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinden istenir. Zira yerleşim yeri (ikametgâh), kişinin aile ve iş ilişkilerinin toplandığı, kendisini en iyi tanıyan ve kendisi hakkında en çok bilgi sahibi olan insanların bulunduğu yerdir[300]. Söz konusu kişi Türkiye'de hiç yerleşmemişse, TMK m. 32/II'e göre ikinci yetkili mahkeme, kişinin nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer mahkemesidir. Bu ihtimalde ise kanun koyucu, ikametgâhında bulunamayan kimseleri en çok tanıyanların bu yerde olacağını düşünmüştür. Zira kişinin nüfus siciline kayıtlı olduğu yer, genellikle doğmuş olduğu yerdir[301]. Böyle bir kayıt da yoksa, TMK m. 32/II'e göre üçüncü yetkili mahkeme, kaybolan kişinin ana veya babasının nüfusa kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir. Kanunda düzenlenmeyen son ihtimal ise kaybolan kişinin hem anasının hem de babasının Türkiye nüfusuna kayıtlı olmaması durumudur. Bu son ihtimale göre gaiplik kararı için başvuru, 5718 sy. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun[302]'un 41. maddesi[303] gereğince Ankara, İstanbul ya da İzmir mahkemelerinden birisine yapılır[304]. Yabancılar hakkında verilecek gaiplik kararı bakımından ise sâkin oldukları yerin, böyle bir yerin de bulunmaması hâlinde, mallarının bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmiştir (MÖHUK m. 42)[305].

Gaiplik kararının alınmasında hangi mahkemelerin görevli olduklarına ilişkin ise Türk Medenî Kanunu'nda bir hüküm yoktur. Bu sebeple, burada usul hukuku kural ve ilkelerine, yani genel görev kurallarına başvurmak gerekir. 6100 sy. Hukuk Muhakemeleri Kanunu[306] m. 382/II-a-4 gereğince gaiplik kararı, çekişmesiz yargı işlerinden sayılmıştır. HMK m. 383'e göre ise, kanunda aksine bir düzenleme

---

[300] **Saymen**, s. 51; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 257.
[301] **Saymen**, s. 51.
[302] **RG.,** 12.12.2007, S. 26728.
[303] MÖHUK m. 41: "Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılamadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.".
[304] **Dural** ve **Öğüz**, s. 33; **Helvacı**, s. 39; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 33. Yetkili mahkeme hususunda Alman hukukunda benimsenen çözümün daha elverişli olduğu yönünde bkz. **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 228, dn. 38. Mehaz kanun ZGB m. 35/II'ye göre ise yetkili hâkim gaibin İsviçre'deki son yerleşim yeri hâkimi, ZGB m. 24/II'de yazılı olan hâlde gaibin son oturduğu yerin hâkimi, o da yoksa, yedek mahiyette olmak üzere gaibin mensubu olduğu (ZGB m. 22) Devlet'in hâkimidir. Bkz. **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 356.
[305] **İnan**, s. 119. *"İsviçre Federal mahkemesine göre, kayıp olan kimsenin ülkedeki mallarının kimlerin hak sahipliğine geçeceğinin tayin olunmasının gerekmesi hallerinde ve sırf bu gerekçe ile, yabancı bir şahıs hakkında gaiplik kararı verilebileceği kabul olunmuştur."* Bkz. **İmre**, s. 506, dn. 9. *"(...) gaibin Türkiyede malları bulunur veya gaiplik kararı ile bir Türk alakadar olur yahut gaiplik kararı vermeğe salahiyetli ecnebi mahkeme bulunmazsa amme intizamı mülahazasiyle, Türk mahkemeleri salahiyetli olurlar."* Bkz. **Saymen**, s. 52.
[306] **RG.,** 04.02.2011, S. 27836.

bulunmadığı sürece, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir[307]. Dolayısıyla gaiplik kararına ilişkin talepler, sulh hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılır (HMK m. 382/II-a-4 ve m. 383)[308]. Buna karşılık, Yargıtay'a göre, hazinenin talebiyle gaiplik kararı verilmesi ve gaibin malvarlığının hazineye devrine ilişkin taleplerde (TMK m. 588) görevli mahkeme, davanın malvarlığına yönelik olması nedeniyle asliye hukuk mahkemeleridir (HMK m. 2)[309]. Ancak Yargıtay'ın bu görüşünün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira, bu tür taleplerde (TMK m. 588) görevli mahkeme hususunda özel bir düzenleme mevcut olmadığından, görevli mahkemenin çekişmesiz yargı işlerinde aslî görevli mahkeme olan sulh hukuk mahkemesi olduğunu kabul etmek gerekir[310].

2. Mahkemeye Başvurmaya Yetkili Kişiler

Türk Medenî Kanunu m. 32/I'e göre, mahkeme gaiplik kararını re'sen değil, ancak "hakları ölüme bağlı olan kişilerin" başvurusu üzerine verebilir. Ancak bu kişilerin kimler olduğu madde metninde açıkça belirtilmemiştir. Bu itibarla öğretide, bu kişilerin, kaybolan kişinin ölümüyle bir hak kazanacak veya sahip oldukları hakları ileri sürebilecek ya da bir yükümlülükten kurtulacak kişiler oldukları kabul edilmektedir[311].

---

[307] 1086 sayılı eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) yer almayan çekişmesiz yargı hükümleri, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 382-388 inci maddelerinde düzenlenmek suretiyle usul hükümleri arasında yerini almıştır.

[308] **İnan**, s. 119; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 34; **Helvacı**, s. 39; **Yarg. 20. HD.** 23.10.2017 T., 2017/9633 E., 2017/8214 K.: *"...6100 sayılı HMK'nın 382/2-a-4 maddesinde gaiplik kararı verilmesine ilişkin davanın çekişmesiz yargıya ilişkin olduğu düzenlenmiş, aynı Kanunun 383. maddesinde de çekişmesiz yargıda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu belirlenmiştir. Bu durumda uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir."* Bkz. Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 28.02.2019. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda çekişmesiz yargı hükümleri mevcut olmadığı ve gaiplik kararı HUMK m. 8'de sulh hukuk mahkemesinin görevleri içerisinde de sayılmadığından, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında gaiplik kararı vermeye görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu görüşü hâkimdi. Bkz. **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 114; **Köprülü**, s. 256-257; **Saymen**, s. 52; **İmre**, s. 506, dn. 9; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 34; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 578.

[309] *"...Görüldüğü üzere davacı Hazine vekilince, HMK 382/2-a-4 maddesi uyarınca çekişmesiz yargı işi olan gaiplik istemi yanında, gaibin mal varlığının da hazineye devri isteminde de bulunulmuş olup bu istem TMK'nun 588. maddesi kapsamında kalmaktadır. Bu hali ile davacı isteminin HMK'nun 2. maddesi kapsamında kaldığının kabulü dolayısıyla da davada görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu tartışmasızdır."* Bkz. **HGK.** 06.05.2015 T., E. 2013/2096, K. 2015/1304, (www.kararara.com), E.T.: 28.02.2019. Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 82-83.

[310] Aynı yönde görüş ve açıklamalar için bkz. Aslı **Aras**, "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 69-70.

[311] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 256; **Saymen**, s. 53; **Oğuzoğlu**, s. 232; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 69. Öğretideki bazı yazarlara göre, kanunda yer alan "hakları bu ölüme bağlı olanlar" tabiri ile dava hakkına sahip olan kişiler oldukça dar bir çerçevede ele alınmıştır. Bu yazarlara göre çözüm, Fransız ve Alman

Hâkim bu kişilerin kimler olabileceğine ilişkin takdir yetkisini kullanırken, öğretide ifade edildiği üzere, gaiplik başvurusunda bulunan kişi ile kaybolanın menfaatlerini dengede tutmalı ve dar bir yorum yapmalıdır[312]. Dolayısıyla hâkim, gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvuran kişileri, ancak bu kararın alınmasında hukukî yararları varsa yetkili kabul etmelidir[313].

Kaybolan kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurmaya yetkili kişiler, esas itibariyle, bu kişinin eşi, nişanlısı[314], kanunî ve atanmış mirasçıları, belirli mal vasiyeti alacaklıları, kaybolan kişiyle birlikte mirasçı olanlar veya onun yüzünden miras payı alamayacak olanlardır (TMK m. 586/II)[315]. Ayrıca, kaybolan kişi lehine eşyası üzerinde sınırlı bir aynî hak kurulmuş olan kişi ve kaybolanın bir başkasının mirasçısı veya vasiyet ettiği belirli malın alacaklısı olması durumunda o terekeyi yöneten vasiyeti yerine getirme görevlisi de mahkemeye başvurmaya yetkili kişilerden sayılabilir[316]. Hakları ölüme bağlı olan bu kişilere, dönme (rücu) koşuluyla kaybolan kişiye bağışlamada bulunmuş olan kimseyi (TBK m. 292)[317], hayat sigortası lehtarını[318] ve belirli şartlar altında vakıfları[319] da eklemek mümkündür. Ayrıca, yerine getirilmesi bağışlayanın ölümüne bağlı olan bağışlamada bağışlananı, kullanım ödüncü sözleşmesinde ödünç vereni, iş sözleşmesinde işvereni, miras hukuku nitelikli ölünceye

---

hukuklarında uygulanan, çıkarı bulunan herkesin hâkimden gaiplik kararı isteyebileceği yönündeki düzenlemedir. Bkz. **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 228; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 355-356.

[312] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 256; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 70; **Abik**, s. 161.

[313] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 69-70. **Yarg. 2. HD.** 19.03.2012 T., 2302 E., 6212 sayılı kararında, huzurevi ve rehabilitasyon merkezinde bakım ve koruma altında bulunan zihinsel özürlü bir kişinin 26.10.2004 tarihinde kuruluşu terk etmesi ve o tarihten beri kendisinden haber alınamaması sebebiyle ilgili kurumun yaptığı gaiplik başvurusunu hukukî yarar yokluğundan reddetmiştir. Bkz. Hasan **Özkan**, *Açıklamalı – İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı (Ergin Kılınma – Gaiplik Kararı – Dernekler – Aile Konutunun Özgülenmesi)*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 56. **Yarg. 2. HD.** 27.03.1973 T., 1000 E., 1933 K.: *"Gaibin taşınmazında kiracı olarak oturan şahıs, ... doğrudan doğruya dava açamayacağı gibi, açılmış bir davaya asli müdahil olarak da katılamaz. Çünkü, kiracı ile kiralayan gaip arasındaki sözleşme şahsi borç doğuran ve halefiyet yoluyla mirasçılara intikal eden bir münasebettir. Onun için kiralayanın sağ veya gaip olması kiracının hukukuna tesir etmez."* Bkz. **Özkan**, s. 72.

[314] Kaybolan kişinin nişanlısını da hakları ölüme bağlı olan kişilerden kabul etmek gerekir. Zira, gaiplik kararının kesinleşmesiyle nişanlılık ilişkisi sona erer ve diğer nişanlı, gaip nişanlısına vermiş olduğu alışılmışın dışındaki hediyeleri geri isteyebilir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 71-72 ve 111.

[315] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 256; **Rüzgaresen**, s. 1375; **Abik**, s. 161; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 71 vd.

[316] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 577; **Ayan** ve **Ayan**, s. 180. Kaybolan kişi lehine eşyası üzerinde sınırlı aynî hak kurulmuş olan kişinin, hakları ölüme bağlı kişilerden sayılabilmesi için söz konusu sınırlı aynî hakkın kaybolanın mirasçılarına geçişinin mümkün olmaması gerekir. Meselâ süknâ ya da intifâ hakkı olması gerekir. Aynı yönde görüş için bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 73.

[317] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 256; **Rüzgaresen**, s. 1375.

[318] **Tekinay**, *Medenî*, s. 219, **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 355; **Saymen**, s. 53; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 32.

[319] Vakfın hakları ölüme bağlı kişilerden olması, kaybolanın vasiyetle vakıf kurma iradesini açıklamış olması durumunda söz konusu olur. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 73 ve 107.

kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusunu ve derneği[320] de hakları ölüme bağlı olan kimselerden sayabiliriz[321]. Son olarak, TMK m. 501 ve TMK m. 588 gereğince, Devlet (Hazine) de gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurmaya kanunen yetkilidir[322].

Askerlik şubesinin ve cumhuriyet savcısının ise, doğrudan ölüme bağlı hakları olmadığından, gaiplik kararı talebiyle mahkemeye başvurmaya yetkili olmadıklarını söylemek gerekir[323]. Yargıtay'a göre, nüfus müdürlüğü de gaiplik kararı talebiyle mahkemeye başvurmaya yetkili değildir[324].

Kaybolan kişinin alacaklılarının ve kaybolan kişi vesayet altındaysa vasinin gaiplik davası açmaya yetkili olup olmadığı ise öğretide tartışmalıdır[325]. Öğretide kayıtsız şartsız bütün alacaklıların bu yetkiye sahip olması gerektiğini savunanlar[326] yanında, alacaklılara bu yetkinin hiç tanınmaması gerektiğini[327] savunanlar ve hatta sadece büyük miktarda alacağı olanlara tanınması gerektiğini savunanlar[328] da mevcuttur. Kanımızca, alacak miktarları arasında ayırım yaparak "küçük" miktarda alacağı olanlara bu yetkiyi tanımamak, eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık teşkil eder. Zira, bir alacağın küçük veya büyük oluşu kişiye ve somut duruma göre değişkenlik gösterebilir. Bu sebeple, kaybolanın bütün alacaklılarının gaiplik başvurusunda bulunma yetkisi olduğu kanaatindeyiz[329]. Diğer taraftan, vasinin de vesayet altındaki kişi hakkında gaiplik başvurusunda bulunabileceğini söylemek mümkündür[330]. Zira vesayet altındaki kişinin

---

[320] Örneğin, kişi kaybolmadan önce derneğin yönetimine ilişkin organlarında görev alıyorsa ve kaybolmasıyla derneğin hukuken ve fiilen faaliyetlerinin gerçekleşmesine mâni bir hâl ortaya çıkmışsa bu durumda derneğin, hakları ölüme bağlı kişilerden olduğu söylenebilir.

[321] Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 75-76.

[322] **İnan**, s. 118; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 256-257; **Köprülü**, s. 260.

[323] **Çelik**, s. 109; **Oğuzoğlu**, s. 233; **Velidedeoğlu**, s. 152-153, dn. 25; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 74. Aksi yönde bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 32.

[324] **Yarg. 2. HD.** 05.11.2012 T., 12019 E., 26031 K., bkz. **Özkan**, s. 59.

[325] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 578; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 33; **Ayan** ve **Ayan**, s. 181; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 257.

[326] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 257; **İnan**, s. 118; **Öztan**, *Medenî*, s. 231. Fransız hukukunda alacaklılara bu hakkın tanındığı yönünde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 578.

[327] Tekinay bu hususta *"Kaybolanın alacaklıları, ancak onun ölümü üzerinedir ki, mirasçıları takip etmek hakkına sahip olurlar."* diyerek alacaklılara gaiplik başvurusunda bulunma yetkisinin tanınmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 219.

[328] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 578 (Yazara göre, alacaklının gaipliğe karar verilmesini talep hususunda çıkarı olup olmadığını hâkim takdir eder.).

[329] **Tokat** ise, alacaklıyı hakları ölüme bağlı olan kişilerden kabul etmekle birlikte, dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırılık teşkil edecek küçüklükte alacaklar için yapılan gaiplik başvurularını hâkimin reddetmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 75.

[330] **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 355-356; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 75. Gaiplik kararını talepte bulunmayanların kanuni temsilcisinin de isteyebileceği yönünde bkz. **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 32.

gaipliğine karar verildiğinde, vasinin bu kimsenin kişiliğini ve malvarlığını koruma yükümlülüğü de ortadan kalkmış olur. Dolayısıyla vasiyi de hakları ölüme bağlı kişilerden saymak gerekir.

3. İlan

Hakları kaybolanın ölümüne bağlı olan kişilerin başvurusu üzerine yetkili ve görevli mahkeme, gaiplik kararının esasa ilişkin şartları da gerçekleşmişse kanunda belirtilen usule uygun olarak bir ilan yapmalıdır (TMK m. 33/II-III).

a. İlanın Amacı

Bu ilanın öncelikli amacı, hakkında gaiplik kararı verilecek kişiyi durumdan haberdar etmek ve bu kişinin menfaatlerine esaslı bir şekilde zarar verecek gaiplik kararının alınmasından önce ortaya çıkmasını sağlamaktır[331]. İlanın ikinci amacı ise TMK m. 33/II'de zikredildiği üzere, kaybolan kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri mahkemeye çağırarak, bu kişinin durumunun kesin olarak saptanmasını sağlamaktır[332]. İlan aynı zamanda, hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin mirasında hak sahibi olan kişileri haberdar etmek ve onların haklarını aramak üzere mahkemeye başvurmalarını sağlamak amacına da hizmet eder[333].

b. İlanın Süresi, Adedi ve Şekli

Gaiplik kararına ilişkin ilan süresi, TMK m. 33/III'de açıkça belirtildiği üzere, ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır[334]. Hâkim, gaiplik kararı verilebilmesi için ilk ilandan itibaren geçmesi gereken bu asgari süreye riayet etmek suretiyle, somut olaydaki hâl ve şartları da göz önünde bulundurarak, ilan sürelerini takdir etmekte

---

[331] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 579; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 258.
[332] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 579; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 258.
[333] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 579; **Oğuzoğlu**, s. 240. İlanın bu amacı, *"Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilân süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçer."* şeklindeki TMK m. 588/II hükmünden anlaşılmaktadır. Bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 220.
[334] eMK m. 32/II'de bu süre bir yıl idi. **TBMM 21. Dönem Adalet Komisyonu**'nun 21.06.2001 tarihli raporunda, Alt Komisyonun önerisi doğrultusunda, 30.12.1999 tarihli ve 611 esas no.lu "Türk Medenî Kanunu Tasarısı"nın 33 üncü maddesinin son fıkrasındaki "bir yıl" olan duyuru süresinin çok uzun olduğu, özellikle deprem sırasında birçok gaip kişi bulunduğu belirtilerek kısaltılması önerildiğinden, bu süre "altı ay"a indirilmiştir. Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m-2.htm, E.T.: 03.03.2018.

serbesttir[335]. Buna göre, ilk ilandan üç ay sonra ikinci bir ilan yapılabilir; ancak ilk ilandan itibaren altı aylık bir süre geçmeden gaiplik kararı verilemez. Dolayısıyla, ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden itibaren en az bir yıl altı ay; son haber alma tarihinden itibaren ise en az beş yıl altı ay geçmedikçe gaipliğe karar verilemez[336]. İkinci ilandan sonra ise kanunen bir süre öngörülmemiştir. Bu sebeple öğretide Öztan'a göre, ikinci ilandan sonra mahkemenin takdir edeceği ilan süresi çok kısaltılabilir; ancak bu sürenin altı aydan uzun olmaması gerekir[337].

Öğretide büyük çoğunlukla kabul edildiği üzere, TMK m. 33/III'ün lafzında "ilk ilan"dan söz edildiği için, ilanın en az iki kere yapılması kanunî şarttır[338]. Zira, Arsebük'ün haklı olarak ifade ettiği üzere, gaiplik kararının doğurduğu hukukî sonuçların ehemmiyeti itibariyle de bu durumun en az iki defa ilanı daha doğru olur[339]. Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir[340].

İlan kamuya açık (alenen) yapılır. Bu nedenle de "resmî ilan" niteliğindedir[341]. İlanın ne şekilde ve hangi araçlarla yapılacağını, somut olayın niteliğine göre, hâkim takdir eder[342]. Bu itibarla ilan, Resmî Gazete aracılığıyla yapılabileceği gibi, özel (yaygın,

---

[335] Benzer yönde bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 34; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 579; **Velidedeoğlu**, s. 153. Hâkim, kararlaştırdığı süreyi ilanda belirtmesi gerekir. Bu süre ilk baştan itibaren kanunî süreden fazla olarak belirlenebileceği gibi, sonradan da uzatılabilir. Bkz. **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 358; **Köprülü**, s. 258, dn. 34; **Saymen**, s. 54-55; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 33; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 229.

[336] **Dural** ve **Öğüz**, s. 33; **Helvacı**, s. 39-40; **Öztan**, *Medenî*, s. 231.

[337] **Öztan**, *Medenî*, s. 232.

[338] **Dural** ve **Öğüz**, s. 33; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku,* s. 84; **Öztan**, *Medenî*, s. 231; **Ayan** ve **Ayan**, s. 181; **İnan**, s. 120; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 579; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 358; **Köprülü**, s. 258; **Saymen**, s. 54; **Arsebük**, s. 178; **Tekinay**, *Medenî*, s. 219; **İmre**, s. 507, dn. 12. Aksi yönde, hâkimin ilanı bir veya birden fazla kez yapmakta serbest olduğu yönünde bkz. **Helvacı**, s. 39; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 229; **Ataay**, s. 254.

[339] **Arsebük**, s. 178.

[340] **Yarg. 1. HD.** 08.02.2010 T., 2009/13720 E., 2010/1165 K.: *"Türk Medenî Kanunu'nun 33/2 ve 3. maddesinde; '...mahkeme gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilamla çağrılır, bu süre, ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır.' hükmünün öngörülmüş olması nedeniyle bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için diğer koşulların yanında en az iki kez ilan yapılması zorunludur. Oysa, somut olayda, bir kez ilan yapılmış ve bununla yetinmek suretiyle mahkemece sonuca gidilmiştir. O halde, kurulan hükmün doğru olduğu söylenemez."* Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 13.03.2018; **Yarg. 2. HD.** 23.01.2012 T., 2010/15101 E., 2012/908 K.: *"... Mahkemece Türk Medenî Kanununun 33. maddesinde öngörülen ikinci bir ilan yapılmadan gaipliğe karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."* Bkz. Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 01.03.2019. Aynı yönde bkz. **Yarg. 2. HD.** 01.03.2012 T., 2010/18622 E., 2012/4357 K., Karartek İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 01.03.2019.

[341] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 258; **Saymen**, s. 54; **Velidedeoğlu**, s. 153.

[342] **Köprülü**, s. 258; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 229; **Ataay**, s. 254.

bölgesel ve yerel) gazeteler aracılığıyla ya da afiş yoluyla da yapılabilir[343]. Ayrıca, günümüzde Basın İlan Kurumu bünyesinde faaliyete geçirilen "Resmi İlan Portalı" vasıtasıyla gaipliğe ilişkin özel gazete ilanları dijital platforma taşınmakta ve böylece daha geniş kitlelere hızlı ve kolay bir şekilde ulaşılmaktadır[344].

c. İlanın Sonuçları

aa. Gaiplik İsteminin Düşmesi

Türk Medenî Kanunu m. 34'e göre, gaibin bizzat çıkıp gelmesi, yaşadığı hususunda bilgi alınması veya öldüğü tarihin tespit edilmesi hâllerinde, gaiplik kararı verilmesini gerektirecek bir durum olmadığından, gaiplik istemi düşer. Gaibin öldüğü tarih tespit edilmişse bu tarih esas alınarak, ölüme ait hüküm ve sonuçlar uygulanır. Diğer taraftan, gaibin öldüğü ispatlanmasına rağmen öldüğü tarihin ispatlanamaması hâli ise kanunda zikredilmemiştir. Öğretide Egger ve Velidedeoğlu'nun haklı olarak ifade ettiği üzere, bu hâlde de gaiplik isteminin düşmesi gerekir[345]. Zira gaiplik kararı, ölümü ispat külfetinden ilgiliyi kurtarma amacı güder. Kaybolan kişinin öldüğü tarih ispat olunamasa da ölümünün ispatı gerçekleştiği için gaiplik kararı almaya imkân ve lüzum bulunmamaktadır[346].

Ayrıca, TMK m. 34'de sayılan gaiplik istemini düşürecek durumların muhakkak ilan süresi içinde gerçekleşmesi gerekmez. İlan süresi dolduktan sonra fakat gaiplik kararı verilmeden önce de aynı gelişmelerin yaşanmış olması, gaiplik kararının verilmesini engeller[347].

---

[343] Benzer yönde bkz. **Ayan** ve **Ayan**, s. 181; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 580; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 33; **Velidedeoğlu**, s. 153; **Arsebük**, s. 178; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 358.

[344] Susurluk Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından 27.02.2019 tarihinde Star Gazetesi'nde yayınlatılan güncel ilan metni için bkz. https://www.ilan.gov.tr/detay-tebligat-ve-duyurular-adli-ilan-ve-tebligatlar-gaiplige-karar-verilmesi-istemli-dava-tebligi-gaip-nazmiye-bayhan-596874.html?searchText=gaip, E.T.: 24.04.2019; Horasan Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından Günebakış ve Vatan Gazeteleri'nde 22.09.2017 ve 22.03.2018 tarihlerinde olmak üzere altı ay arayla yayınlatılan iki ilan metni için bkz. https://www.ilan.gov.tr/detay-tebligat-ve-duyurular-adli-ilan-ve-tebligatlar-gaiplik-ilani-350150.html, E.T.: 24.04.2019.

[345] **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 359; **Velidedeoğlu**, s. 154. Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 88.

[346] **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 359; **Velidedeoğlu**, s. 154.

[347] **Dural** ve **Öğüz**, s. 33-34; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 34; **Helvacı**, s. 40; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 580; **Saymen**, s. 56; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 359; **Velidedeoğlu**, s. 154.

bb. İlanın Sonuçsuz Kalması ve Gaipliğe Karar Verilmesi

Kanunen gerekli ilan süresinin (TMK m. 33/III) tamamlanmasına rağmen, kaybolan kişinin öldüğüne veya yaşadığına ilişkin hiçbir bilgi alınamazsa, yani ilan sonuçsuz (semeresiz) kalırsa, mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verir (TMK m. 35).

Mahkemenin verdiği gaiplik kararı, hâkimin bildirmesi üzerine, ölüm kütüğüne kaydedilir (TMK m. 45). Ayrıca bu karar, mahkemece on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüklerine tescil edilir (NHK m. 34). Ancak ölüm kütüğüne yapılan tescil, sadece açıklayıcı (izhârî) etki doğurur. Kişiliği sona erdiren asıl (inşâî) neden ise mahkemenin kesinleşmiş gaiplik kararıdır[348].

III. Gaiplik Kararının Mahiyeti ve Hüküm Doğurma Anı

Türk medenî hukukunda verilen gaiplik kararı, açıklayıcı (izhârî) değil; kurucu (inşâî) mahiyettedir. Zira, ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunan bir kişi hakkında kanunun aradığı olaylardan biri mevcutsa (TMK m. 32/I) ve bu olaya ilişkin takdir edilen kanunî süre de geçmişse (TMK m. 33/I) ilgili kişilerin başvurusu üzerine hâkim gaiplik kararı vermekle yükümlüdür[349]. Hâkim tarafından gaiplik kararı verilmedikçe, salt ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da uzun zamandır haber alınamama hâlleri, ilgili süreler geçse bile gaipliğe bağlanan hukukî sonuçları kendiliğinden doğurmaz.

Türk medenî hukukunda mahkemenin gaipliğe karar vermesiyle birlikte kaybolan kişi "gaip" şahsî statüsüne geçer[350]. Mahkemenin gaipliğe karar vermesiyle ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK m. 35/I). Ancak Türk medenî hukukuna göre alınan gaiplik kararının kişinin ölümünü tespit etme işlevi yoktur. Ölümden farklı olarak kişinin yaşıyor olma ihtimâli de söz konusu olduğundan, alınan gaiplik kararı, kaybolan kişinin ölmüş olduğuna ilişkin sadece bir "adî kanunî

---

[348] **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 93.

[349] Kanunî şartları mevcut olmadan gaiplik kararı verildiyse, bu karar, talep üzerine kararı veren mahkemece her zaman değiştirilebilir. Zira, kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez (HMK m. 388). Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 93-94.

[350] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 259.

karîne" teşkil eder[351]. Bu sebeple her ilgili, gaibin hâlen sağ olduğunu veya ölmüş bulunduğunu iddia ve her türlü kanıtla ispat ederek, bu karineyi çürütebilir[352].

Türk medenî hukukunda gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu an ise ayrı bir özellik göstermektedir. Türk medenî hukukunda gaiplik kararı, mahiyeti (niteliği) itibariyle geçmişe etkili *(makable şamil)* olup, hükümlerini ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak doğurur (TMK m. 35/II)[353]. Bu hükme binaen kaybolan kişi, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya kendisinden son haberin alındığı günde karineyle ölmüş kabul edilir. Dolayısıyla gaibin kişiliği, gaiplik kararının kesinleştiği andan itibaren değil, gaibe ilişkin son haberin alındığı veya ölüm tehlikesi doğurabilecek olayın meydana geldiği tarihten itibaren sona erer[354]. Bu tarihlerden itibaren, aynen ölümdeki gibi, gaibin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan hakları – kural olarak – sona erer[355]; diğer hakları ise mirasçılarına intikal eder (TMK m. 35/I)[356].

---

[351] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 259; **Zevkliler**, **Ertaş**, **Havutçu** vd., s. 78; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Oğuzoğlu**, s. 233; **Saymen**, s. 57.

[352] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 259; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 580; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Oğuzoğlu**, s. 233.

[353] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 259; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Zevkliler**, **Ertaş**, **Havutçu** vd., s. 78; **Dural** ve **Öğüz**, s. 34; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 35; **Helvacı**, s. 40; **Erman**, s. 187; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 212; **Oğuzoğlu**, s. 233; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 35; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 360-361; **Saymen**, s. 57; **Köprülü**, s. 258-259; **İmre**, s. 507; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 230; **Tekinay**, *Medenî*, s. 220; **Ataay**, s. 255; **Arsebük**, s. 179; **Yarg. 3. HD.** 12.02.2008 T., 2007/21195 E., 2008/1852 K.: *"Gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur. Kayyım, gaip olan kişilerin haklarını geçmişe dönük olarak korumak ve kullanmakla yükümlüdür."* Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 13.03.2018. Ayrıca **Danıştay 9. Dairesi**, 02.12.2010 T., 2008/3056 E., 2010/6321 sayılı kararında, *"Gaiplik kararı, son haber alma tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğinden, hakkında gaiplik kararı alınan kişi adına son haber alma tarihinden sonra vergilendirme ile ilgili olarak tesis edilen işlemlerin hukuk aleminde mevcudiyetinden söz edilemeyecektir."* denilmektedir. Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 13.03.2018. Türk-İsviçre hukukunda tercih edilen gaiplik sisteminde, kaybolan kişi hakkında gaiplik kararı verilmesine kadarki süreçte geçerli olan bir hayat karinesi mevcut olmadığından, gaiplik kararının geçmişe yürümesinin zorunlu olduğu yönünde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 91. Bizim görüşümüze göre ise böyle bir zorunluluk yoktur. Zira, Türk-İsviçre hukukundaki karma sisteme temel teşkil eden Fransız hukukunun gaiplik kararı sisteminde hayat karinesi mevcut olmamasına rağmen, gaiplik kararı geçmişe etkili değildir. Aynı yönde görüş için bkz. **Helvacı**, s. 40, dn. 67.

[354] **İnan**, s. 122; **Rüzgaresen**, s. 1377; **Çelik**, s. 115; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 96.

[355] *"Mesela boşanma davası, nesebin reddi, babalık davası, manevî tazminat talebi, velayet hakkı, vasilik sıfatı vesair haklar sona ereceği gibi; yine şahsına bağlı olan intifa hakkı, sükna hakkı gibi mamelek hakları da sona erer."* Bkz. **Saymen**, s. 59. Ancak, gaibin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklarının kendiliğinden sona ereceği kuralı mutlak değildir. Zira manevî tazminat istemi, gaiplik kararının hüküm doğurduğu andan (TMK m. 35/II) önce gaip tarafından ileri sürülmüş olmak kaydıyla, mirasçılarına intikal edebilir (TMK m. 25/IV). Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 96.

[356] **İnan**, s. 122; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 212-213; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 580; **Saymen**, s. 58; **Velidedeoğlu**, s. 155-156; **İmre**, s. 508; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 229-230; **Ataay**, s. 255. Bu nedenle hâkim, gaiplik kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceğini karar yerinde tereddüte yer

Gaiplik kararının hükümlerini doğurmasıyla birlikte (TMK m. 35/II) ilgililerin ölüm olayını ispat etme yükümlülüğü (TMK m. 29/I) de ortadan kalkmış olur (TMK m. 35/I)[357]. Yani mahiyeti gereği gaiplik kararı, ölüm konusundaki ispat yükünü (TMK m. 29/I) tersine çevirmekte, ölümü iddia edeni gaibin öldüğünü ispat yükünden kurtarmaktadır[358].

IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları

A. Genel Olarak

Türk medenî hukukunda gaiplik kurumu, esas itibariyle TMK'nın 32 ila 35. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak, bu maddelerde gaiplik kararına bağlı hüküm ve sonuçlara yer verilmemiştir. Bu anlamda genel olarak *"ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır"* denilmekle yetinilmiştir (TMK m. 35/I). Dolayısıyla gaiplik kararına bağlı hüküm ve sonuçlar, niteliklerine göre, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili maddelerinde dağınık olarak düzenlenmiştir.

Türk medenî hukukunda kişiler hukuku yönünden[359] kişiliği sona erdirmesi sebebiyle ölüme eşdeğer birtakım hüküm ve sonuçlar doğuran gaiplik kararı, aile ve miras hukuku yönünden ise ölümden büyük ölçüde farklılaşmaktadır[360]. Bu sebeple, çalışmamızın hüküm ve sonuçlar bölümünde, gaiplik kararının aile ve miras hukukundaki hüküm ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Türk medenî hukukunda bu konudaki en ayrıntılı

---

vermeyecek bir açıklıkta belirtmelidir. Bkz. **Yarg. 18. HD.** 23.02.2016 T., 2015/22777 E., 2016/2959 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *"...Dava konusu olayda, mahkemece . İli.. İlçesi ..Mahallesinde bulunan 1774 ada 10 parsel sayılı taşınmazda hissedar olan ... ... gaipliğine karar verilmiş ise de, gaipliğine karar verilen kişilerden en son haber alınan tarih tespit edilmemiştir. Bu itibarla, söz konusu hükmün hangi tarihten itibaren sonuç doğuracağı bilinemediğinden, gaibin nüfus kaydına tescil işleminin yapılmasında tereddüt olacaktır. Halbuki hüküm açık, infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde olmalıdır. Mahkemece, gerekli araştırma yapılarak hakkında gaiplik kararı verilmesi istenilenlerden son haberin alındığı tarih tespit edilerek bu tarihin karar yerinde açıkça gösterilmesi gerekirken yazılı biçimde infazda tereddütlere neden olacak şekilde karar verilmesi, doğru görülmemiştir."* Bkz. www.karararа.com, E.T.: 01.03.2019.

[357] **İnan**, s. 122; **Öztan**, *Medenî*, s. 232; **Oğuzoğlu**, s. 233; **Göktürk**, s. 165; **Egger** (Çev. **Çernis**), s. 360 (Egger'a göre TMK m. 35/I hükmü, gaiplik kararına tam manasıyla bir ölüm karinesi bağlamaktadır.).

[358] Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, *Miras Hukuku*, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 560.

[359] Gaiplik kararının kişiliğe etkisine bu kararın mahiyeti incelenirken değinildiği için burada ayrıca yer verilmemiştir. Gaiplik kararı, ayrıca, dernek ile üye arasında ortaya çıkan üyelik ilişkisini de kendiliğinden sona erdirir. Benzer şekilde, gaiplik kararının eski ve yeni vakıflar bakımından da birtakım sonuçları vardır. Ancak çalışmamızda, gaiplik kararının aile ve miras hukukuna ilişkin hüküm ve sonuçları üzerinde durulduğu için, bu kararın dernek üyeliğine ve vakıflara etkisi üzerinde durulmamıştır. Gaiplik kararının dernek üyeliğine ve vakıflara etkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 97 vd.

[360] **Zevkliler**, **Ertaş**, **Havutçu** vd., s. 78.

hükümlerin miras hukuku alanında bulunduğunu belirtmek gerekir (TMK m. 584-588). Zira, gaiplik kararına ilişkin en önemli sonuçlar bu alanda doğmaktadır[361].

Türk medenî hukukunda mahkemenin verdiği gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarını incelemeden önce bu kararın verilmesinden önceki hukukî durumu incelemek gerekir. Zira, gaiplik kararının verilmesinden önceki süreçte, kaybolan kişinin kendisine ve ailesine yönelik birtakım tedbirlerin alınması gerekir. Ayrıca, gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarını incelerken, bu kararın geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurduğunu (TMK m. 35/II) ve ölüme karine teşkil ettiğini de göz önünde bulundurmak gerekir[362].

B. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan ve ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunan bir kişi hakkında gaiplik kararı verilinceye kadarki süreçte bazı hak kayıplarının meydana gelmesi muhtemeldir. İşte Türk medenî hukuku, meydana gelmesi muhtemel bu hak kayıplarını önlemek amacıyla, kaybolanın malvarlığına ve ailesine yönelik bazı özel tedbirlerin alınmasını öngörmüştür.

1. Kaybolanın Malvarlığına Yönelik Alınacak Tedbirler

Mahkemenin gaiplik kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesine kadar, kaybolan kişinin mevcut malvarlığının idaresi ve bu kişiye intikal edebilecek miras payının tespiti ve korunması gerekir. İşte bu sebeple, Türk medenî hukukunda kaybolan kişinin mevcut malvarlığının temsil veya yönetim kayyımı (TMK m. 426/b.1 veya 427/b.1) marifetiyle idare edilmesi ve bu kişiye düşebilecek miras payının ise resmen yönetilmesi (TMK m. 586/I) şeklinde birtakım tedbirlerin alınması öngörülmüştür.

a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresi

aa. Genel Olarak

Mahkemenin gaiplik kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesine kadar, kaybolan kişinin mevcut malvarlığının idaresi ve işlerinin görülmesi amacıyla, TMK m. 426 veya

[361] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 259.
[362] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 259.

427'nin birinci bentleri gereğince görevin niteliğine göre temsil veya yönetim kayyımı tayin edilir[363].

bb. Temsil Kayyımı Tayini

Vesayet makamı[364], TMK m. 426'da öngörülen durumlardan birinin varlığı hâlinde, ilgilisinin isteği üzerine veya re'sen bir temsil kayyımı atar. Kanunda belirtilen bu durumlardan biri de ergin bir kişinin başka bir yerde bulunması sebebiyle ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda olmamasıdır (TMK m. 426/b.1). Dolayısıyla ergin bir kişi ölüm tehlikesi içinde kaybolur veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamazsa, TMK m. 32 vd. gereğince gaiplik kararı alınabilmesi için gereken diğer şartların gerçekleşmesi beklenmeksizin, bu kişinin ivedi işinin görülmesi amacıyla hâkim tarafından bir temsil kayyımı atanabilir[365].

Buradaki "ivedi iş" ibaresinden, bir işin derhâl yapılmaması hâlinde kişinin tamamen veya kısmen hak kaybına ve/veya hak kaybı dışındaki zararlara uğrayacak olmasını anlamak gerekir[366]. Öğretide bir hakkın hak düşürücü süreye veya zamanaşımına uğrama tehlikesinin bulunduğu durumlar, ivedi (acil) işlere örnek olarak gösterilmektedir[367]. Bu anlamda TMK m. 426'da zikredilen "iş" kavramını, öğretide ifade edildiği üzere, sadece mamelekî (ekonomik) boyutuyla değil; kişisel korumayı da kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir[368]. Örneğin; davaya süresi içinde cevap verme, zamanaşımını kesme, feshi ihbar gibi şahsî nitelikte bir işte de kişiye temsil kayyımı atanabilir[369]. Bu anlamda bir boşanma davasında, şeref ve haysiyetin ihlali davasında veya kısıtlılık kararını almak için açılan bir davada da temsil kayyımına ihtiyaç olduğu kabul edilmektedir[370]. Temsil kayyımının ayrıca, dernek üyeliğinden çıkarılan kaybolan üye adına çıkarma kararına karşı dava açabileceği, iş güvencesi

---

[363] **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 36; Hüseyin **Tokat**, "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, s. 565 vd.

[364] TMK m. 397: *"Kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür (f. 1). Vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesi; denetim makamı, asliye hukuk mahkemesidir (f. 2)."*.

[365] Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk Medenî Hukukunda Kayyımlık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 29; Mustafa **Dural**, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk Özel Hukuku - Cilt III: Aile Hukuku*, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 463; **Tokat**, *Aile*, s. 565.

[366] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 463.

[367] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 463; Bilge **Öztan**, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1328.

[368] **Gümüş**, s. 17-18; **Öztan**, *Aile*, s. 1328; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 463; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 132.

[369] **Öztan**, *Aile*, s. 1328.

[370] **Öztan**, *Aile*, s. 1328.

uyuşmazlığı kapsamında arabulucuya başvurabileceği ve hatta işe iade davası açabileceği de savunulmaktadır[371]. Kayyımın yapmakla görevlendirildiği bu ivedi işi tamamlamasıyla birlikte temsil kayyımlığı kendiliğinden sona ermektedir (TMK m. 477/I)[372].

cc. Yönetim Kayyımı Tayini

Yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alması gereken vesayet makamı, TMK m. 427'de örnek kabilinden sayılan durumlardan birinin mevcudiyeti hâlinde, bir "yönetim kayyımı" atamakla yükümlüdür. Bu durumlardan biri de bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinememesidir (TMK m. 427/b.1). Zira, bu kişinin uzun süreden beri yönetimsiz kalan mallarına ilişkin kapsamlı bir yönetim ihtiyacı ortaya çıkmıştır[373]. Bu noktada TMK m. 427/b.1 gereğince atanacak olan yönetim kayyımı, TMK m. 426/b.1'deki temsil kayyımından farklılaşır. Zira, TMK m. 426/b.1'in kapsamı sadece "ivedi bir işin" görülmesi ile sınırlı iken, TMK m. 427/b.1'de ise "uzun süreden beri devam eden" kapsamlı bir yönetim ihtiyacı söz konusudur[374].

TMK m. 427/b.1'e göre uzun süreden beri bulunamayan ve oturduğu yer de bilinemeyen bir kişi, aynı zamanda, TMK m. 32/I anlamında gaiplik kararı verilmesine sebep olacak şartlar içerisinde kaybolmuş da olabilir[375]. İşte bu kişi hakkında gaiplik kararının verilmesine ve bu kararın kesinleşmesine kadarki süreçte, geride bıraktığı malvarlığının idaresini sağlamak üzere, vesayet makamı tarafından bir yönetim kayyımı tayin edilir (TMK m. 427/b.1)[376]. Ancak, bu kişi kaybolmadan önce mallarının yönetimi için bir temsilci tayin etmişse, bu durumda yönetim kayyımı tayinine gerek kalmaz[377].

Bir kişinin "uzun süreden beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinememesi" (TMK m. 427/b.1), yönetim kayyımı tayini için yeterli şartlar olup, bu hususta ayrıca

---

[371] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 132.
[372] Temsil kayyımlığının sona erdiği hâllerde, ayrıca mahkemeden karar almaya gerek olmadığı yönünde bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 1338; **Gümüş**, s. 344.
[373] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 465-466; **Tokat**, *Aile*, s. 566.
[374] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 466.
[375] **Gümüş**, s. 74; **Tokat**, *Aile*, s. 566.
[376] **Gümüş**, s. 74; **Tokat**, *Aile*, s. 566. Yönetim kayyımı atamaya yetkili mahkeme, TMK m. 430/II'e göre, *"Yönetim kayyımı, malvarlığının büyük bölümünün yönetildiği veya temsil edilen kimsenin payına düşen malların bulunduğu yer vesayet makamı tarafından atanır"*.
[377] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 466; **Gümüş**, s. 73; **Tokat**, *Aile*, s. 566.

gaiplik kararına ilişkin diğer şartların (TMK m. 32 vd.) gerçekleşmesi aranmaz[378]. Bu anlamda, TMK m. 427/b.1'de yer alan "uzun süre" ibaresi yoruma muhtaçtır. Yönetim kayyımı tayini için geçmesi gereken bu süre, öğretide kabul edildiği üzere, ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kişi için ölümüne ilişkin olasılık arttığı nispette kısa olabilirken; uzun süredir kendisinden haber alınamayan bir kişi için ise nispeten daha uzun olabilir[379]. Somut olaya göre hâkimin takdir edeceği bu "uzun süre" henüz geçmemişse, bu dönemde görülmesi gereken ivedi yönetim işleri için, TMK m. 426/b.1 gereğince bir temsil kayyımının atanabilmesi mümkündür[380].

TMK m. 427/b.1 gereğince atanacak olan yönetim kayyımının görevi, kaybolan kişinin malvarlığını, bu kişi hakkında ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak, gaiplik kararının kesinleşmesine kadarki süreçte korumaktır[381]. Yönetim kayyımının görev alanı, kaybolan kişinin mevcut malvarlığının korunması ve yönetilmesi için gerekli olan olağan yönetim faaliyetleriyle[382] sınırlıdır (TMK m. 460/I)[383]. Yönetim kayyımının olağan yönetim faaliyetleri dışındaki (özel yetki

---

[378] **Gümüş**, s. 72. Örnek olarak, tapulu taşınmazların malik veya maliklerinin ölü veya sağ olduklarının belirlenememesi, nerede olduklarının tespitinin mümkün olmaması ve uzun süreden beri kendilerinden haber alınamaması hâlinde mallarının idaresi için TMK m. 427/b.1'e göre yönetim kayyımı tayin edilebilir. Bkz. Ali İhsan **Özuğur**, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler*, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 868.

[379] **Gümüş**, s. 72; **Tokat**, *Aile*, s. 567.

[380] **Gümüş**, s. 72; **Tokat**, *Aile*, s. 567.

[381] **Yarg. 3. HD.** 12.02.2008 T., 2007/21195 E., 2008/1852 K.: *"3561 sayılı Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair Kanun'un 1. ve 2. maddelerine göre; gaip kişilerin mal varlıkları üzerinde Hazine menfaatinin daha iyi korunmasını sağlamak üzere mahallin en büyük memurlarının kayyım tayin edilmesi öngörülmüştür. Yine, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 35. maddesine göre "...mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır. Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur". Bu nedenle gaiplik kararı geçmişe etkili sonuç doğurmaktadır. Davacı İstanbul Defterdarı, MK 427/1 ve 3561 sayılı Kanun gereğince Kayyım olarak atanmış olup, gaip olan kişilerin haklarını geçmişe dönük olarak korumak ve kullanmakla da yükümlüdür. O nedenle, gaiplik kararına ilişkin dava dosyası incelenerek gaip Sümbül'ün gaip olduğu tarih saptanmalı ve bu tarihten itibaren gaibin ve Hazine'nin haklarını korumakla yükümlü olduğu gözetilmek suretiyle hüküm kurulmalıdır. O halde mahkemece, yukarıda yapılan açıklama doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna göre talep edilen dönem için ecrimisile hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın kısmen reddi cihetine gidilmesi doğru görülmemiştir."* Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 13.03.2018. Ayrıca bkz. **Tokat**, *Aile*, s. 566-567; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 136; **Gümüş**, s. 74.

[382] *"... olağan yönetim önlemlerine örnek olarak malvarlığı unsurlarının saklanması, tamiri gerekli olanların tamiri, vadesi gelmiş (ana para veya faiz ve sair) alacakların tahsili, kendisinin kayyım tayin olunan kişinin haklarını korumak üzere 'ivedi' durumlarda derhal dava açmak veya icra takibinde bulunmak, borçların ifa modalitelerine uygun olarak ifası, (TMK 462/b.6'nın kapsamı dışında) kira sözleşmelerinin akdedilmesi, malvarlığı unsurlarının sigortalanması veya sigortalarının yenilenmesi, bozulmak üzere olan malvarlığı unsurlarının satışı, tarlanın ekilmesi, vergi beyannamelerinin verilmesi ve vergilerin ödenmesi sayılabilir."* Bkz. **Gümüş**, s. 307-308.

[383] **Gümüş**, s. 306-307.

gerektiren) işleri[384] yapabilmesi ise TMK m. 460/II gereğince temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verebilecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır. Dolayısıyla kaybolan kişi için atanan yönetim kayyımı, olağan yönetim faaliyetleri dışındaki işleri, kaybolan kişi bu hususta yetki verebilecek durumda olmadığından, ancak vesayet makamının izniyle yapabilir (TMK m. 460/II). Gaiplik kararı verilmeden önceki dönemde kaybolanın malvarlığının muhafazası amacıyla başvurulan yönetim kayyımlığı, kaybolanın ortaya çıkması ya da hakkında gaiplik kararının alınmasıyla sona erer (TMK m. 477/II)[385]. Ancak hukukî güvenlik sebebiyle, yönetim kayyımlığının sona ermesi için vesayet makamının kayyımlığın kaldırıldığı yönünde bir karar vermesi zorunlu görülmektedir[386]. Bunun dışında, vasinin görevden alınma sebepleri yönetim kayyımı hakkında da geçerli olduğundan, TMK m. 483'de sayılan bu sebeplerin varlığında vesayet makamı tarafından kayyım görevden alınır ve bu yolla da yönetim kayyımlığı sona erer (TMK m. 477/II)[387].

Ayrıca, gaiplik kararının verilebilmesini gerektirir şekilde ortadan kaybolan bir kişinin kanunî veya atanmış bir mirasçısı yoksa veya mirasçıları mevcut olmakla birlikte bunların kim oldukları ve/veya ikametgâhları bilinemiyorsa, bu kişinin malvarlığı üzerinde hazinenin "hak ve menfaati" olduğunu tespit eden vesayet makamı, 3561 sayılı Kanun[388] m. 2/I gereğince "mahallin en büyük mal memurunu"[389] yönetim kayyımı tayin etmekle yükümlüdür[390].

---

[384] *"... olağanüstü yönetim faaliyetlerine şu örnekler verilebilir: bir taşınmazın alınıp satılması veya bir ayni hak ile yüklenmesi veya bu işlemlere yönelik üçüncü bir kişiye vekalet verilmesi; ödünç para alınıp verilmesi; - TMK 462 ve 463'de sayılan haller dışında olağanüstü yönetim işlerine örnek olmak üzere - malvarlığını önceden yönetmiş kişiye karşı tazminat davası açmak; TMK 371/I uyarınca sona eren bir istisna sözleşmesinin devamı hakkında karar vermek; bir davanın açılmasına olanak tanımamak için ihtilaflı bir alacağın varlığını ikrar etmek sayılabilir."* Bkz. **Gümüş**, s. 308-309.

[385] **Öztan**, *Aile*, s. 1339. Benzer yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 136.

[386] **Öztan**, *Aile*, s. 1339; **Gümüş**, s. 344.

[387] **Öztan**, *Aile*, s. 1339. Kayyımın gaipliğine karar verilmesi hâlinde ise kayyımlık görevi kendiliğinden sona erer (TMK m. 479). Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 136; **Gümüş**, s. 344.

[388] "Mal Memurlarının Kayyım Tayin Edilmesine Dair Kanun" **RG.,** 27.05.1989, S. 20177.

[389] *"Mahallin en büyük mal memuru: İllerin merkez ilçeleri ile büyükşehir belediyesi olan illerin büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe merkezlerinde (malmüdürlüğü bünyesinde milli emlak servisi bulunan ilçeler hariç) defterdarı; diğer ilçelerde malmüdürünü ifade eder."* Bkz. Mal Memurlarının Kayyımlığı Hakkında Yönetmelik m. 4/b. (f).

[390] **Gümüş**, s. 78-79; **Özuğur**, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme*, s. 870; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 134.

b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunması

Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ ya da ölü olduğu ispat edilemeyen ve henüz hakkında gaiplik kararı verilmemiş bir kişi, kural olarak, mirasbırakan olamayacağı gibi mirasçı da olamaz[391]. Zira Türk medenî hukukunda mirasçı olabilmenin mutlak şartı, mirasbırakanın ölümü anında sağ olmaktır (TMK m. 580/I). Ayrıca, gaiplik kararı verilene kadarki süreçte, kaybolan kişi hakkında sağlık ya da ölüm karinesi de geçerli değildir[392]. Ancak, kaybolanın malvarlığının temsilci veya kayyım (TMK m. 427/b.1) marifetiyle yönetildiği bu dönemde, kaybolana bir miras payı düşmüş olabilir. İşte bu nedenle kanun koyucu, mirasçı olacak kişinin mirasbırakanın ölümünde gaip olması olasılığında, onun haklarını güvence altına alan bir düzenleme getirmiştir. TMK m. 586/I'e göre; *"Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir."*.

TMK m. 586/I hükmü sadece kaybolan kanunî ve atanmış mirasçılar için geçerli olup, kaybolan vasiyet alacaklısı için geçerli değildir[393]. Zira, kendisine yapılan mal vasiyetinin yerine getirilmesini süresi içinde (TMK m. 602'ye göre on yıl içinde) talep etmeyen vasiyet alacaklısının buna ilişkin dava hakkı zamanaşımına uğrar ve vasiyet olunan mal bunu ifa ile yükümlü olan kişilere ait olur[394]. Dolayısıyla, yalnızca hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş ancak mirasbırakanın ölümünde sağ olup olmadığı ispat edilemeyen kanunî veya atanmış bir mirasçıya düşen miras payı, resmen yönetilir. TMK m. 586/I anlamındaki resmen yönetim, tereke mahkemesi tarafından tayin edilen bir memur tarafından kaybolana ait miras payının idaresidir[395]. Bu sebeple, öğretide bu

---

[391] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 36; **Helvacı**, s. 42; **Göktürk**, s. 166.

[392] *"Alman kanununda ölüm kararı için öngörülmüş süreler doluncaya kadar hayatta olma karinesi (Lebensvermutung) kabul edilmiştir (Versch. Gesetz § 10)."* Bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 36, dn. 92.

[393] Bilge **Öztan**, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 380; Ali Naim **İnan**, Şeref **Ertaş** ve Hakan **Albaş**, *Türk Medenî Hukuku – Miras Hukuku*, 8. Bası, İleri Kitabevi, İzmir 2012, s. 450; Kemal **Oğuzman**, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 313; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 413; **Antalya** ve **Sağlam**, s. 324; **Dural** ve **Öz**, s. 389.

[394] Zahit **İmre** ve Hasan **Erman**, *Miras Hukuku*, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 318. Belirli mal vasiyeti veya benzerleri alacaklısının gaip olması hâlinde, TMK m. 586 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı ve sorunun TBK genel hükümlere (TBK m. 111'e) göre çözüleceği yönünde bkz. **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 450; **Oğuzman**, s. 313, dn. 45. Aksi yönde, miras payına kıyasen, kaybolan kişiye vasiyet olunan şeyin de mahkeme tarafından resmen yönetileceği yönünde bkz. Samim **Gönensay** ve Kemaleddin **Birsen**, *Miras Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, s. 187-188.

[395] **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 216. Gümüş'e göre ise ortada bulunmayan ve miras açıldığında sağ olup olmadığı ispatlanamayan mirasçının payının resmen yönetilmesi (TMK m. 586/I) amacıyla sulh hukuk

hüküm, kaybolan kişilerin gaiplik kararı alınana kadarki süreçte sağ olarak varsayılacağı şeklinde yorumlanmaktadır[396]. Zira kaybolan mirasçıların miras paylarının resmen yönetimi (TMK m. 586/I), miras paylaşılana kadar bu kişilerin temsil edilmesini sağlar[397]. Örneğin, kaybolan kişi adına mahkeme tarafından görevlendirilen resmi memurun mirası ret beyanında bulunabilme yetkisi olduğu gibi, tenkis veya ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açabilme yetkisinin de olduğu kabul edilmektedir[398]. TMK m. 586/I anlamındaki resmen yönetim, kaybolan kişinin sağ ya da ölü olduğunun ispat edilmesine veya bu kişi hakkında gaiplik kararı alınmasına kadar devam eder.

TMK m. 586/II'ye göre, mirasın açıldığı anda ortada bulunmayan mirasçının sağ olmaması hâlinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelere ve usule (TMK m. 32 vd.) uyarak, bu kişinin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilir. Bu teslim ise TMK m. 586/III gereğince gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tâbidir. Dolayısıyla, kaybolan kişiye mirasbırakanından düşen ve TMK m. 586/I gereğince resmen yönetilmekte olan miras payında kimlerin hak sahibi olacağı, kaybolan hakkında verilen gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu ana göre belirlenir (TMK m. 586/III)[399]. Şayet, gaibin mirasbırakanı gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu andan (ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber tarihinden) önce ölmüşse gaip mirasçı olmuştur. Bu sebeple, miras paylaşımı gaibin sağ olduğu düşünülerek yapılır ve gaibe düşen miras payı kendi mirasçılarına intikal eder[400]. Diğer taraftan, gaibin mirasbırakanı, gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu andan (ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya son haber tarihinden) sonra ölmüşse; bu tarih gaiplik kararının verildiği tarihten önce olsa bile, gaip mirasçı sıfatını kazanamamıştır[401]. TMK m. 586/II'de hükme bağlanan bu ikinci durumda, gaibe düşen miras payı, mirasbırakanından önce ölmüş olduğu (yani onun ölümü anında sağ olmadığı)

---

mahkemesi bir "yönetim kayyımı" atar. TMK m. 586/I anlamında "resmî yönetici" olarak atanacak bu kayyım, kaybolan kişinin menfaatlerini korumak üzere bu kişinin miras payına yönelik yönetim faaliyetlerinde bulunur. Gümüş'e göre, bu yönetim faaliyetlerinin başında, kaybolan kişinin yerine paylaşmaya katılmak veya paylaşma talebinde bulunmak, miras ortaklığının yönetimine ilişkin karar alma sürecine katılmak, terekenin gelirlerinden kaybolan kişinin payına düşeni kabz veya tahsil etmek ve yönetmek gelir. Bkz. **Gümüş**, s. 77.

396 Fikret **Eren** ve İpek **Yücer Aktürk**, *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 413.

397 **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 413.

398 **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 413.

399 **Öztan**, *Miras*, s. 380; **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 414.

400 **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Öztan**, *Miras*, s. 380; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 414.

401 **Öztan**, *Miras*, s. 380; **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 414-415.

varsayılarak paylaştırılır[402]. Bu anlamda TMK m. 586/I uyarınca resmen yönetilmekte olan miras payı, gaibin mirasçılarına değil, mirasbırakanın gaip dışındaki diğer mirasçılarına intikal eder (TMK m. 586/II). Ancak, bu miras payının TMK m. 586/II'de ifade edilen kişilere teslim edilebilmesi için, bu kişilerin güvence göstermeleri (TMK m. 584) gerekir (TMK m. 586/III)[403].

Örneğin, (S)'nin kızı (D)'den uzun süredir haber alınamamıştır ve ölümü hakkında kuvvetli olasılık vardır. Ayrıca, (D) hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için son haber tarihinden itibaren geçmesi gereken 5 yıllık süre de dolmuştur (TMK m. 33/I). Bu arada, (D)'den alınan son haber tarihinden sonra annesi (S) ölmüştür. (D)'nin (E) adlı eşi ise hayattadır. (S)'nin kardeşi (B), TMK m. 586/II uyarınca açacağı dava sonucunda, (S)'nin kızı (D) hakkında gaiplik kararı aldırdığında, (S) öldüğü anda (D) yaşamıyor gibi, (B) kardeşi (S)'den (D)'ye düşecek miras payının kendisine teslimini isteyebilir. Şayet (S)'nin ölümünden sonra (D)'den son defa haber alınmışsa, gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu (son haberin alındığı) andan önce (D), annesi (S)'ye mirasçı olmuş olacağından; (B) kardeşi (S)'ye mirasçı olamaz ve (D), kendisine annesi (S)'den intikal eden tüm malvarlığını gaiplik kararı sonucunda eşi (E)'ye (ve varsa çocuklarına) bırakmış olur[404].

2. Kaybolanın Ailesine Yönelik Alınacak Tedbirler

Türk medenî hukukunda gaiplik kararı verilene kadarki süreçte kaybolanın ailesine yönelik alınacak tedbirler hususunda özel bir kanunî düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple burada, hâkimin boşanma veya ayrılık davasının devamı süresince re'sen alması gereken geçici önlemlere ilişkin TMK m. 169 hükmünün[405] kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira nafakası, bakımı ve eğitimi kaybolanın üzerine düşen ve kaybolanın özen gösterme yükümlülüğü bulunan çocukları ile eşi mevcut ise gaiplik kararı verilene kadarki süreçte bu kişilere ilişkin birtakım koruyucu tedbirlerin alınması

---

[402] **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 264.
[403] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 450; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 582; **Oğuzman**, s. 314; **Velidedeoğlu**, s. 157; **Oğuzoğlu**, s. 237. Eğer güvence gösterilmezse, gaip olan mirasçının miras payı resmen yönetilmeye devam eder. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 154.
[404] Benzer örnekler için bkz. **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Öztan**, *Miras*, s. 380; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 154-155.
[405] TMK m. 169: *"Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır."*.

gerekmektedir[406]. Kanaatimizce hâkim, kaybolanın malvarlığı mirasçılarına intikal edene kadar eşinin nafakası, çocuğunun eğitim giderleri ve sağlık harcamaları gibi zorunlu giderlerin kaybolanın malvarlığından karşılanmasına karar verebileceği gibi, bu süreçte atanan yönetim kayyımına da bu yönde talimat verebilir. Bu kişiler içerisinde kısıtlanmış olanlar da mevcutsa onlara ilişkin de ayrıca koruyucu tedbirlerin alınması gerekir. Bu anlamda vesayet makamı, vasi sıfatını haiz kaybolan kişi hakkında gaiplik kararı verilinceye ve yerine yeni bir vasi atanıncaya kadar, vesayet altındaki kişiye yönelik alınması gereken geçici önlemleri alır (TMK m. 420/I)[407]. Ayrıca, velayet altında bulunmayan her küçüğün vesayet altına alınacağı (TMK m. 404/I) cihetiyle TMK m. 404/II gereğince bu durumdan haberdar olan vesayet makamı, kaybolan kişinin velayetten mahrum kalan çocuklarına da vasi tayin etmekle yükümlüdür[408].

C. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama

Türk medenî hukukunda mahkemenin verdiği gaiplik kararı, kişiliği sona erdirmesi sebebiyle ölüme benzemekle birlikte (TMK m. 35/I), gerçek (tabii) ölümden farklı birtakım hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Zira, mahkemece gaiplik kararının verilmiş olması ve bu kararın kesinleşmesi gaibin yaşıyor olma ihtimalini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle Türk medenî hukukunda verilen gaiplik kararının doğuracağı hüküm ve sonuçlar, özellikle aile ve miras hukukuyla ilgili hususlarda, gerçek ölümden büyük ölçüde farklılaşmaktadır. Aşağıda, gaiplik kararının aile ve miras hukuklarına ilişkin hüküm ve sonuçları, ayrı başlıklar altında ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

1. Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar

a. Nişanlılığa Etkisi

Türk medenî hukukunda kadın ve erkeğin karşılıklı evlenme vaadinde bulundukları hukukî işleme "nişanlanma", bu hukukî işlem sonucunda nişanlıların içine girdikleri hukukî ilişkiye ise "nişanlılık" adı verilmektedir[409]. Nişanlılık kurumu, Türk Medenî Kanunu'nun 118 ila 123. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

---

[406] **Oğuzoğlu**, s. 234.
[407] **Oğuzoğlu**, s. 234.
[408] **Oğuzoğlu**, s. 234.
[409] Bu vaadin oluşturduğu hukukî işlemin niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluğa göre, "bağımsız bir aile hukuku sözleşmesi" olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Murat **Doğan**, "Nişanlanmanın

Nişanlılık ilişkisi, tabii olarak nişanlıların evlenmesi ile son bulur. Ancak, karşılıklı anlaşma veya tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebileceği gibi, nişanlılardan birinin ölümü, ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi veya nişanın sona ermesi sonucunu doğuran haklı bir sebebin ortaya çıkmasıyla da nişanlılık ilişkisi kendiliğinden sona ermiş olur[410].

Kişiliği sona erdirmesi itibariyle ölüme benzeyen kesinleşmiş bir gaiplik kararı ise hükümlerini doğurduğu andan itibaren, gaibin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan haklarını – kural olarak – sona erdirir. Ancak bu haklardan biri olan nişanlılığın gaiplik kararının kesinleşmesiyle kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu, Türk medenî hukuku öğretisinde tartışmalı olup, bu hususta iki farklı görüş ileri sürülmüştür[411].

Öğretide hâkim olan birinci görüşe göre, gaiplik kararı ölüme benzer hukukî sonuçlar doğurduğundan (TMK m. 35/I), nişanlılardan biri hakkında verilen gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte nişanlılık ilişkisi de kendiliğinden sona erer[412]. Ancak, gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak – geçmişe etkili olarak – hükümlerini doğurduğundan (TMK m. 35/II), bu görüş çerçevesinde, nişanlılık ilişkisi de bu anlarda sona ermiş sayılır[413].

Öğretide savunulan ikinci görüşe göre ise nişanlılardan biri hakkında verilen gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte nişanlılık ilişkisi kendiliğinden sona ermez, bu hususta gaibin nişanlısının nişanlılığı sona erdirmeye yönelik bir irade açıklaması gerekir[414]. Bu görüşü savunanlara göre, burada irade açıklamasının aranması, gaibin

---

Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 1998, s. 208 ve dn. 44. Ayrıca bkz. **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 13-15.

[410] **Öztan**, *Aile*, s. 24.

[411] Bu görüşler için bkz. Nevzat **Koç**, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, (**Koç**, *Nişanlanma*), s. 75; **Tokat**, *Aile*, s. 548 vd.; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 108 vd.

[412] **Doğan**, s. 214-215; **Koç**, *Nişanlanma*, s. 75; Hüseyin **Hatemi**, *Aile Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 21; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 29; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 766; **Öztan**, *Aile*, s. 72; **Çelik**, s. 116; Kemal **Oğuzman** ve Mustafa **Dural**, *Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 37-38; Haluk **Tandoğan**, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara 1966, s. 17; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 24; Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku: Aile Hukuku – İkinci Cilt*, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 43; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 109.

[413] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 29; **Oğuzman** ve **Dural**, s. 38.

[414] Bülent **Köprülü** ve Selim **Kaneti**, *Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 52; **Abik**, s. 171.

evliliğinin akıbetine ilişkin TMK m. 131 hükmüyle uyumlu bir sonuç meydana getirir ve bu anlamdaki çelişkiyi ortadan kaldırır[415].

Kanaatimizce, öğretide hâkim olan birinci görüşün benimsenmesi daha uygundur. Zira, nişanlılığın bir sonraki aşaması olmakla birlikte evlenme, resmî şekil şartına bağlı olup, resmî sicillere kaydedilmektedir. Nişanlılık ise herhangi bir şekilde resmî kurumlarca kayıt altına alınmadığı ve evlilik kadar önemli hukukî sonuçlar doğurmadığı için, evlilik ile mukayesesini yaparak aynı sonuçlara varmak doğru olmaz[416]. Ayrıca gaiplik kararının evliliği kendiliğinden sona erdirmemesinin amacı, evliliğin aile kurumunun temelini oluşturması nedeniyle gaibin eşine bu bağı koparıp koparmama noktasında bir seçim hakkı tanımaktır. Nişanlılık ise aile kurumuna hazırlık aşaması olması hasebiyle, resmiyette bu nitelikleri haiz değildir. Dolayısıyla nişanlılardan biri hakkında verilen gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte, geçmişe etkili olarak (TMK m. 35/II), nişanlılığın da kendiliğinden sona erdiğinin kabulü gerekir[417].

Gaipliğine karar verilen nişanlının sonradan ortaya çıkması veya hayatta olduğunun anlaşılması durumunda ise nişanlılığın akıbeti meselesi gündeme gelir. Zira, gaibin ortaya çıkması veya hayatta olduğunun anlaşılmasıyla birlikte gaiplik kararı hükmünü yitirmiş olur. Gaibin nişanlısı gaiplik kararından sonra başka bir kimseyle evlenmişse veya nişanlanmışsa, gaibin sonradan ortaya çıkması sona eren nişanlılığı kendiliğinden geçerli hâle getirmez[418]. Zira nişanlılardan birinin başka bir kimseyle evlenmesi veya nişanlanması, nişanlılık ilişkisini sona erdirir. Buna karşılık gaibin nişanlısı gaiplik kararından sonra evlenmemiş veya nişanlanmamışsa, tarafların irade beyanlarından aksi anlaşılmadığı sürece, gaip geri döndüğünde bu nişanlılık ilişkisinin canlanacağını söylemek mümkündür[419].

---

[415] **Köprülü** ve **Kaneti**, s. 52; **Abik**, s. 171.

[416] Ayrıca, gaiplik kararının evliliğe etkisine ilişkin TMK m. 131 istisnai bir hükümdür. Dolayısıyla, "istisnalar dar yorumlanır" ilkesi uyarınca, nişanlılığın sona ermesinde uygulanmaması gerekir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 109.

[417] Nişanlılardan biri hakkında gaiplik kararı verilmesi nedeniyle nişanlılık sona erdiğinde, TMK 122'ye göre, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir. Ancak, bu durumda nişanlılık taraflardan birine yükletilemeyen bir sebeple sona erdiğinden, maddî tazminat (TMK m. 120) talep edilemeyeceği gibi, manevî tazminat (TMK m. 121) da talep edilemez. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 110-111.

[418] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 273.

[419] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 273.

b. Evliliğe Etkisi

Türk medenî hukukunda "evlenme", Türk Medenî Kanunu'nun ikinci kitabı olan aile hukukunun evlilik hukukuna ayrılan birinci kısmının ilk bölümünde nişanlılığa ilişkin hükümlerin akabinde düzenlenmiştir (TMK m. 124 vd.). Bu sebeple Türk medenî hukukuna göre "evlenme"yi, nişanlıların evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan bir hukukî işlem olarak tanımlamak mümkündür[420]. Eşler arasında evlenmeyle kurulan bu birlik "ebedî" bir niyet taşısa da bazı durumlarda mahkeme kararıyla sona erdirilebileceği gibi, bazı durumlarda da kendiliğinden sona erebilir. Türk medenî hukukuna göre evlenmenin butlanı veya boşanma durumlarında mahkemenin vereceği kararla sona eren evlilik birliği, eşlerden birinin ölmesi veya eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin mevcut olması durumlarında ise kendiliğinden sona erer.

Türk medenî hukukunda mahkemenin vereceği gaiplik kararının evliliğe etkisi ise ölüm ve ölüm karinesi kurumlarından tamamen farklıdır. Zira, Türk medenî hukukuna göre eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesi, evlilik birliğini kendiliğinden sona erdirmez. Bu durumda evliliğin sona ermesi, gaibin eşinin talebi üzerine, mahkemece verilen evliliğin feshi kararına bağlanmıştır (TMK m. 131/I). Kanun koyucunun bu düzenlemesi, gaibin sonradan ortaya çıkma ihtimali karşısında, geride kalan eşe ister gaip eşe bağlı kalmak isterse de bağı çözmek hususunda bir tercih hakkı tanıdığı için öğretide isabetli bulunmaktadır[421]. Zira kaybolan eşine ait maddî imkânlardan yararlanmak amacıyla gaiplik kararı aldıran eş, gaip eşinin ortaya çıkmasını beklemeyi arzu ediyor olabilir; bu sebeple de eşi ölmüş gibi davranması, kanun koyucu tarafından zorunlu görülmemiştir[422]. Ancak bu hususta mehaz kanun ZGB'nin 38. maddesine 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle eklenen yeni fıkraya göre, mahkemenin gaipliğe karar vermesi neticesinde gaibin mevcut evliliği kendiliğinden sona erer ve ayrıca bir fesih kararı aranmaksızın gaibin eşi tekrardan evlenebilir (ZGB

[420] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 47. Evlenmenin hukukî niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, baskın görüş, bir aile hukuku sözleşmesi niteliğinde olduğudur. Bkz. **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 47-48.
[421] Feyzi Necmeddin **Feyzioğlu**, *Aile Hukuku*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 120-121; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 78 ve 197; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 37; **Köprülü**, s. 260-261; **Saymen**, s. 59.
[422] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 37-38; **Abik**, s. 168.

m. 38/III)[423]. Dolayısıyla ZGB'nin 38. maddesine eklenen bu yeni fıkrayla birlikte, mehaz kanun ve Türk Medenî Kanunu, bu hususta birbirine tamamen zıt hâle gelmiştir.

Türk medenî hukukunda mahkemenin vereceği gaiplik kararı gaibin evliliğini kendiliğinden sona erdirmediğinden, evliliğin feshi kararı alınmadıkça, gaibin eşi açısından mevcut olan kesin evlenme engeli de devam eder. Yani, gaibin eşinin mevcut evliliğini feshettirmeden ikinci bir evlilik yapması hâlinde, bu ikinci evlenme, TMK m. 145 b. 1'deki "eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması" gerekçesi ile mutlak butlanla batıl (kesin hükümsüz) sayılır ve bu hususta her zaman mutlak butlan davası açılabilir (TMK m. 146)[424]. Bununla birlikte, ikinci evlenme hakkında mutlak butlan kararı verilmeden önce gaiple olan evlilik sona ermişse ve gaibin eşiyle evlenen kimse de "iyiniyetli"[425] ise, TMK m. 147/III'e göre bu ikinci evlenmenin butlanına karar verilemez[426].

TMK m. 131/II'ye göre gaibin eşi evliliğin feshini gaiplik kararı için mahkemeye yapılan başvuruyla birlikte isteyebileceği gibi, gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra açacağı ayrı bir davayla da isteyebilir[427]. Evliliğin feshine ilişkin mahkeme kararı,

---

[423] Bkz. **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 59; **Helvacı**, s. 40, dn. 69; **Abik**, s. 168; Serkan **Ayan**, *Evlilik Birliğinin Korunması,* Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 142, dn. 270. ZGB m. 38 gereğince gaibin evliliği, mahkemenin vereceği gaiplik kararıyla birlikte, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden itibaren kendiliğinden sona erer. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 123. Söz konusu düzenlemenin Türk medenî hukuku bakımından da benimsenmesi gerektiği yönünde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 109 ve 123.

[424] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 197; **Dural** ve **Öğüz**, s. 35; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 84-85; **Erman**, s. 188; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Velidedeoğlu**, s. 156; **İmre**, s. 508; Selâhattin Sulhi **Tekinay**, *Türk Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 126; Mehmet Akif **Tutumlu**, *Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006, s. 39.

[425] Burada söz konusu olan iyiniyet, TMK m. 3 anlamındaki iyiniyettir. Bkz. **Tandoğan**, s. 54. İkinci eşin "iyiniyeti", evlendiği kişinin bir başkası (gaip) ile olan evliliğini, evlenme merasimi yapıldığı sırada bilmemesi ve gerekli özeni göstermesine rağmen bilmesinin gerekmemesidir. Benzer yönde bkz. **Tekinay**, *Aile*, s. 127. Ayrıca TMK m. 147/III'deki "ikinci evlenmede diğer eş iyiniyetli ise" ibaresindeki "iyiniyet" kavramının kaldırılmasının isabetli olacağı yönünde bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 587-588; **Tekinay**, *Aile*, s. 128.

[426] **Velidedeoğlu**, s. 156; **İmre**, s. 508. Birinci evliliğin sonradan farkına varan "iyiniyetli" eş, birinci evlilik ortadan kalkmış olsa bile, yanılma (hata) sebebine (TMK m. 149/b.2) dayanarak nisbî butlan davası açabilir. Bkz. **Tandoğan**, s. 54; **Öztan**, *Aile*, s. 590; **Tutumlu**, s. 40.

[427] 743 sy. eMK'nın 94. maddesi de 3444 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce gaibin eşine aynı imkânları tanımıştı: Gaiplik kararının verilmesine ilişkin davayla birlikte evliliğin feshine de karar verilmesini isteyebilir veya gaiplik kararından sonra açacağı ayrı bir "evliliğin feshi davası" ile aynı sonucu elde edebilirdi. Bu iki hâlde de mevcut evlilik, hâkimin evliliğin feshine ilişkin vereceği kararla ortadan kalkmış oluyordu. Ancak 04.05.1988 tarihinde, 3444 sayılı Kanun'la eMK'nın 94. maddesinde bir değişiklik yapılmış ve bu değişiklik neticesinde eMK m. 94'ün II. fıkrası şu hâle getirilmiştir: *"Gaibin karı veya kocası ya gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini ister ya da gaiplik kararı verilip de nüfusa tescil edilmiş ise nüfus idaresine müracaat ile evliliğin feshinin tescilini talep eder. Bu tescil evliliğin feshinin tüm neticelerini hasıl eder."*. eMK'nın 94. maddesinin II. fıkrasında yapılan bu değişiklik,

öğretide savunulduğu üzere, boşanma ya da butlan kararına benzemeyen, evliliğin kendine özgü bir sona erme nedenidir ve bozucu yenilik doğuran bir etkiye sahiptir[428]. Evliliğin feshine ilişkin bu karar, gaiplik kararının aksine, kesinleştiği andan itibaren sonuçlarını ileriye yönelik olarak doğurur[429]. Dolayısıyla, bu kararın kesinleşmesiyle birlikte, gaibin eşi "dul kişi" statüsünü kazanır ve eğer kadınsa gaibin soyadını taşımaya devam eder[430]. Diğer taraftan, gaibin eşi için mevcut olan kesin evlenme engeli de ortadan kalkmış olur. Böylece gaibin eşi, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshine ilişkin mahkeme kararını da evlendirme memuruna sunmak şartıyla, yeniden evlenebilir[431]. Diğer taraftan gaibin eşi, gaiplik kararıyla birlikte ya da ayrı olarak evliliğin feshini talep etmemişse bu durumda evlilik birliği devam eder ve eşi gaibe mirasçı olur[432]. Söz konusu durumda gaibin ortaya çıkması hâlinde eşler, yeni bir işleme gerek kalmadan, evli olarak yaşamaya devam eder[433].

Öğretide ittifakla kabul edildiği üzere, gaibin eşi evliliğin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra başkasıyla evlenmişse bu ikinci evlilik gaibin ortaya çıkması durumunda da geçerliliğini korur[434]. Yani gaibin ortaya çıkmasının bu ikinci evlilik üzerinde herhangi bir etkisi olmaz. Zira gaibin ortaya çıkması sebebiyle gaiplik kararının hükümsüz hâle gelmesi, gaibin eşi henüz bir başkasıyla evlenmemiş olsa bile,

---

öğretide haklı olarak büyük ölçüde eleştirilere uğramıştı. Zira, nüfus idaresine evliliği feshetme yetkisi tanınmış olmaktaydı ki, bunu kanun sistematiğiyle bağdaştırmak mümkün değildi. Bu itibarla, yargıya ait olması gereken bir yetkinin idareye tanınması gibi hiç isabetli olmayan ve hukuk mantığına ters düşen bu değişikliğin kaldırılarak, maddenin en kısa sürede değişiklikten önceki hâline getirilmesinde büyük yarar olduğu dile getiriliyordu. Bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 262; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 584; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 85. Hatemi, eMK m. 94/I'in anlamsız kaldığını ifade ederek bu durum için bir çözüm önerisi getirmişti: *"(...) gerek ölüm karinesi, gerek gaiplik durumunda, hükmün kesinleşmesi ile evliliğin de sona erdiğini kabul etmek, de lege ferenda, en uygun çözüm olacaktır."* Bkz. **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*, s. 116; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 50. Öğretideki bu eleştirileri dikkate alan kanun koyucu, 4721 sy. TMK'nın 131. maddesinin II. fıkrasını eMK m. 94'ün değişiklikten önceki metninde olduğu gibi düzenlemiştir.

[428] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585; **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*, s. 84. Benzer şekilde bkz. **Feyzioğlu**, s. 121; **Köprülü**, s. 260; **Tandoğan**, s. 48.

[429] **Erman**, s. 188; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **İmre**, s. 508, dn. 15.

[430] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585.

[431] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 78; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 59.

[432] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Öztan**, *Medenî*, s. 233; **Saymen**, s. 59-60; **Oğuzoğlu**, s. 236; **Göktürk**, s. 165-166; **Ataay**, s. 256; **Tandoğan**, s. 48. Kanaatimizce bu durum, hukuk mantığı açısından kabulü mümkün olmayan çelişkili bir hukukî sonuç doğurmaktadır. Aynı yönde bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 261; Mehmet **Ayan**, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014, s. 227.

[433] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Abik**, s. 168; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Oğuzoğlu**, s. 236; **Göktürk**, s. 165.

[434] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 37; **Abik**, s. 168; **Helvacı**, s. 41; **Erman**, s. 188; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585; **Saymen**, s. 59; **Tekinay**, *Medenî*, s. 221; **Oğuzoğlu**, s. 236; **Tandoğan**, s. 49.

fesih kararıyla ortadan kalkan evliliği kendiliğinden geçerli hâle getirmez[435]. Bu durumda taraflar evlilik birliğini devam ettirmek istiyorlarsa yeniden evlenmelidir. Ancak gaibin eşinin fesih kararını kötüniyetle elde etmiş olmasının (örneğin gelen mektupları saklaması, eşinin yaşadığını bildiği hâlde gaiplik kararıyla evliliği feshettirmesi), öğretide savunulan görüşün aksine, gaibin eşinin gerçekleştirdiği ikinci evliliğin iptali sonucunu doğurması gerektiği kanaatindeyiz[436]. Zira, TMK m. 2/II'de belirtildiği üzere, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Keza, Alman Evlilik Kanunu'nda da benzer bir düzenlemenin mevcut olduğu görülmektedir *(Ehegesetz § 38/1)*[437]. Ayrıca bu durumda sonradan ortaya çıkan gaip eş, TBK m. 49'a (haksız fiil sorumluluğuna) istinaden, uğramış olduğu (maddî veya manevî) zararın tazminini diğer eşten talep etme hakkına da sahip olur[438].

Evliliğin feshinin gaiplik kararıyla birlikte istenmesi hâlinde yetkili mahkeme, TMK m. 32/II gereğince, gaiplik kararını vermeye yetkili olan mahkemedir. Diğer taraftan, evliliğin feshinin, gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava ile istenmesi hâlinde ise yetkili mahkeme, TMK m. 131/III gereğince, davacı eşin yerleşim yeri mahkemesidir. Gaiplik nedeniyle evliliğin feshine ilişkin taleplerde (TMK m. 131) görevli mahkemenin hangisi olacağı hususunda ise çekişmesiz yargı işlerindeki genel görev kuralının[439] aksine özel bir düzenleme bulunmaktadır. Zira, 4787 sy. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun[440] m. 4/I'de *"22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler"* aile mahkemelerinde görülür denilmektedir. Dolayısıyla kaybolanın eşinin gaiplik

---

[435] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 37; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 262; **Helvacı**, s. 41; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 35; **Saymen**, s. 59; **Tekinay**, *Medenî*, s. 221; **Oğuzoğlu**, s. 236; **Tandoğan**, s. 49. Arsebük ve Ebul'ulâ Mardin'in ise, bu hâlde evliliğin devam ettiği kanaatindedir. Bkz. **Feyzioğlu**, s. 122.

[436] Aksi yönde bkz. **Tandoğan**, s. 49; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 198; **Saymen**, s. 59.

[437] Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, I., C., 2.

[438] **Tandoğan**, s. 49; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 198. Benzer yönde bkz. **Saymen**, s. 59. Gaibin eşi fesih kararını kötüniyetle elde etmiş olmasa bile, bu karara istinaden evlendiği ikinci eş gaibin yaşadığını biliyor ve bunu gaibin eşinden gizleyerek onunla evlenmişse, bu durum ikinci eş açısından ahlaka aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda sonradan ortaya çıkan gaip eş, TBK m. 49/II'ye istinaden, uğramış olduğu zararı ikinci eşten tazmin ettirebilir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 274.

[439] HMK m. 383: *"Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir."*.

[440] **RG.,** 18.01.2003, S. 24997.

başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile evliliğin feshi talebinde bulunması hâlinde (TMK m. 131/II) görevli mahkeme, aile mahkemesidir[441].

c. Kadın İçin Bekleme Süresine Etkisi

Türk Medenî Kanunu m. 132/I'e göre, *"Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez."*. Kanundan doğan ve "iddet" de denilen[442] bu bekleme süresi, Türk medenî hukukunda kadın için kesin olmayan bir evlenme engeli teşkil eder[443]. Zira bu süre geçmedikçe kadın, kural olarak, yeniden evlenemez. Ancak bu süre içerisinde her nasılsa bir evlilik gerçekleşmişse, bu evlenme geçerliliğini korur; yani hakkında mutlak veya nispi butlan davası açılamaz (iptal edilemez)[444].

Türk medenî hukukunda kadın için öngörülen bu bekleme süresi, doğacak çocuğun soybağının tayini ve tespiti amacıyla, azami gebelik süresi göz önünde bulundurularak konulmuştur[445]. Zira kadın önceki evliliğinden hamile olduğu takdirde bu üç yüz günlük süre içerisinde ya çocuk doğmuş olur ya da kadının önceki evlilikten hamile olma ihtimali ortadan kalkar ve soybağı karışmaz[446]. Nitekim TMK m. 132/II'de düzenlendiği üzere, "*Doğurmakla süre biter."*. Zira, bu süre içerisinde gerçekleşen doğumla birlikte soybağı karışıklığı da önlenmiş olur[447]. Diğer taraftan TMK m. 132/III'ye göre ise *"Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır."*. TMK m. 132/III'de düzenlenen bu iki hâlde de konulan evlenme

---

[441] **Aras**, s. 69; **Öztan**, *Aile*, s. 571; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 59. Benzer yönde bkz. **Ayan** ve **Ayan**, s. 181, dn. 40. Gaiplik kararı alındıktan sonra evliliğin feshinin ayrı bir dava ile istenmesi hâlinde aile mahkemelerinin görevli olduğu, buna karşılık, gaiplik başvurusuyla birlikte yapılan evliliğin feshine ilişkin taleplerde ise sulh hukuk mahkemesinin görevli (HMK m. 383) olduğu yönünde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 115-116.

[442] **Tandoğan**, s. 36; **Tekinay**, *Aile*, s. 96; **Feyzioğlu**, s. 163; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80; **Öztan**, *Aile*, s. 154; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58.

[443] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80; **Öztan**, *Aile*, s. 154; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 60-61; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58.

[444] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 60; **Öztan**, *Aile*, s. 155; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 61; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58.

[445] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58; **Feyzioğlu**, s. 163. Benzer şekilde bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 154.

[446] **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58.

[447] **Öztan**, *Aile*, s. 154; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 81; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 62.

engeli işlevini yitirmiş olur, dolayısıyla mahkeme bekleme süresini kaldırmak zorundadır[448].

Türk medenî hukukunda evliliği sona eren kadının beklemekle yükümlü olduğu bu üç yüz günlük süre (TMK m. 132/I), evliliğin kocanın ölümü ile sona ermesi hâlinde ölüm tarihinden; boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi hâllerinde ise bu kararların kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar[449]. Türk medenî hukuku öğretisinde haklı olarak savunulduğu üzere, TMK m. 132/I'deki üç yüz günlük sürenin gaiplikte uygulanabilirliği yoktur[450]. Yani kadın kocası hakkında yaptığı gaiplik başvurusu ile birlikte evliliğini de feshettirmişse, fesih kararının kesinleşmesinden itibaren kadın için herhangi bir bekleme süresi söz konusu olmaz[451]. Zira gaiplik kararı, ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden itibaren en az bir yıl altı ay, son haber alma tarihinden itibaren ise en az beş yıl altı ay geçmedikçe verilemez. Dolayısıyla gaiplik nedeniyle evliliğin feshi davası açıldığı zaman bu üç yüz günlük süre zaten geçmiş olur ve TMK m. 132 hükmü işlevini yitirir[452]. Bu sebeple, gaiplik kararı ve buna bağlı olarak evliliğin feshi kararı alan kadının ayrıca üç yüz gün beklemesine gerek kalmaz ve bu süreyi beklemeksizin tekrar evlenmesi mümkündür.

d. Mal Rejimine Etkisi

Eşler arasındaki mal rejimi, eşlerden birinin ölümüyle kanun gereği kendiliğinden sona erer (TMK m. 225/I). Zira, eşlerden birinin ölümüyle evlilik birliği de son bulmuş olur. Ölüm olgusunun ölüm karinesine (TMK m. 31) veya birlikte ölüm karinesine (TMK m. 29/II) dayanılarak kabul edilmesi, bu hususta aynı hukukî sonucu doğurmaktadır[453]. Eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin geçerli olması durumunda, bu sonuca sebep

---

[448] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 81; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Öztan**, *Aile*, s. 154-155.
[449] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80.
[450] **Öztan**, *Aile*, s. 155; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Feyzioğlu**, s. 163.
[451] **Feyzioğlu**, s. 163.
[452] **Öztan**, *Aile*, s. 155-156; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Feyzioğlu**, s. 163 (eMK m. 32/II'de bir yıl olan ilan süresinin TMK m. 33/III'de altı aya indirilmesiyle gaiplik kararı için geçmesi gereken sürenin en az bir yıl altı ay olduğuna dikkat çekmek gerekir). Ölüm karinesinin varlığında ise kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak olayın gerçekleştiği tarihten itibaren kadın için üç yüz günlük bekleme süresinin geçerli olacağı yönünde bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 156.
[453] Suat **Sarı**, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 84; **Öztan**, *Aile*, s. 520-521; Zafer **Zeytin**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 88-89.

olan olayın gerçekleştiği tarihte; eşler hakkında birlikte ölüm karinesinin geçerli olması durumunda ise eşlerin ölüm tarihinde mal rejimi sona erer[454].

Mahkemenin eşlerden biri hakkında gaipliğe karar verdiği bir durumda ise eşler arasında geçerli olan mal rejiminin akıbeti kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple, kanunî mal rejiminin gaiplik kararının kesinleşmesiyle mi yoksa gaibin eşinin gaiplik kararıyla birlikte ya da bu karardan ayrı olarak alabileceği evliliğin feshi kararıyla (TMK m. 131/II) mı sona ereceği öğretide tartışmalıdır.

Öğretide azınlıkta olan görüşe göre, gaiplikte eşler arasındaki kanunî mal rejiminin sona erebilmesi için mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi (TMK m. 131/II) ve bu kararın kesinleşmesi gerekir[455]. Zira, bu görüşü savunanlara göre, gaiplik nedeniyle evliliğin feshine ilişkin kararın kesinleşmesiyle birlikte edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağı da muaccel hâle gelir[456].

Öğretide hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise gaip ile eşi arasındaki kanunî mal rejimi, evliliğin feshi kararı aranmaksızın, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte sona erer[457]. Zira, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ve katılma alacağının muaccel hâle gelmesi için gaiplik nedeniyle evliliğin feshine ilişkin kararın alınmasına gerek yoktur. Evlilik birliğinin devamı sırasında da hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, kanunî mal rejimini sona erdirerek olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir (TMK m. 206)[458]. Diğer taraftan, mahkemenin gaipliğe karar vermesiyle birlikte ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK m. 35/I). Bu sebeple, ölüme kıyasen (TMK m. 225/I), gaiplik

---

[454] **Zeytin**, s. 88-89. Ancak birlikte ölüm karinesi sonucunda eşler aynı anda ölmüş sayıldığından birbirlerine mirasçı olamazlar (TMK m. 29/II ve 580/I). Bu durumda, tasfiyenin taraflarını her bir eşin mirasçıları oluşturur. Bkz. **Sarı**, s. 84; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 120.

[455] Ali İhsan **Özuğur**, *Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 52; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, *Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 224.

[456] **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 224.

[457] **Sarı**, s. 86; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 222; **Öztan**, *Aile*, s. 520; **Zeytin**, s. 88; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 122; Ömer Uğur **Gençcan**, *Mal Rejimleri Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 428; Faruk **Acar**, *Aile Konutu – Mal Rejimleri – Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 288; Süleyman **Mortaş**, *Yargısal Anlayışlar Işığında Eşler Arasında Mal Rejimleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 124; Yaşar Şahin **Anıl** ve Yonca **Taner**, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri*, Legal Kitapevi, İstanbul 2011, s. 81; Mustafa **Kırmızı**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, Yargın Hukuk Yayınları, İstanbul 2011, s. 46. Ayrıca bkz. Ali Haydar **Yağcıoğlu**, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı*, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 110-111.

[458] **Sarı**, s. 88.

kararının da edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdirmesi gerekir[459]. Ancak eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi durumunda kanunî mal rejiminin sona erme anı, bu kararın geçmişe etkili olması ilkesinden hareketle (TMK m. 35/II), kaybolan eş hakkında ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihtir[460]. Zira, bu tarihlerden itibaren kaybolan ile eşi arasındaki birlikte yaşam ve eşler arasında varlığı kabul edilen iş birliği ve iş bölümü de sona ermiş olur[461]. Ayrıca, gaip eşin mirasının intikali ve mirasçılarının tespiti açısından da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarih esas alınmaktadır (TMK m. 35/II). Dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejiminin de aynı tarihlerde sona erdiğinin kabulü, miras hükümleriyle uyumlu bir hukukî sonuç doğurur[462]. Sonuç olarak, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten itibaren gaip ile eşi arasındaki kanunî mal rejiminin sona erdiği ve bu tarihler itibariyle belirlenecek katılma alacağının veya borcunun gaip eşin terekesine ekleneceği kanaatindeyiz[463].

Mahkemenin verdiği gaiplik kararının kesinleşmesinden sonra gaip eşin ortaya çıkması veya gerçek ölüm tarihinin tespit edilmesi ise her zaman mümkündür. Gaip eşin gerçek ölüm tarihinin tespit edilmesi durumunda, kanunî mal rejimi de bu tarih itibariyle sona ermiş sayılır[464]. Gaip eşin sonradan ortaya çıkması durumunda ise evliliğin feshi kararının alınıp alınmadığına bakmak gerekir.

Gaip eş ortaya çıktığında diğer eş tarafından evliliğin feshi kararı alınmamışsa, evlilik devam edeceği gibi, kanunî mal rejiminin de devam edeceği öğretide kabul edilmektedir[465]. Ancak bu süreçte diğer eşin edinmiş olduğu kazançtan sonradan ortaya çıkan gaibin katılma alacağı talep edebilmesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul ediliş amacı ve gerekçesi ile bağdaşmaz. Zira evlilik hukuken devam etse bile, gaip ile eşi arasında fiili bir birliktelik olmadığından, bu süreçte edinilen mallarda karşılıklı dayanışma ve katkıda bulunma söz konusu değildir. Bu sebeple, gaiplik hâlinde mal

---

[459] **Sarı**, s. 86; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 122.
[460] **Sarı**, s. 86-87; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 222; **Öztan**, *Aile*, s. 520; **Zeytin**, s. 88; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 122; **Acar**, *Mal Rejimleri*, s. 288; **Mortaş**, s. 124; **Anıl** ve **Taner**, s. 81; **Kırmızı**, s. 46.
[461] **Sarı**, s. 87; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 122.
[462] **Sarı**, s. 86; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 123. Ancak, eşin kanunî miras hakkı ile edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi sebebiyle doğabilecek katılma alacağı nitelik itibariyle farklıdır. Bkz. Demet **Özdamar** ve Ferhat **Kayış**, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 59.
[463] **Sarı**, s. 87-88; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 122-123.
[464] **Sarı**, s. 88; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 275.
[465] **Sarı**, s. 89; **Gençcan**, *Mal Rejimleri*, s. 428; **Öztan**, *Aile*, s. 521; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 275.

rejiminin tasfiyesine ilişkin bir kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun ayrılık hâlinde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin TMK m. 180[466] hükmüne kıyasen doldurulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu anlamda, gaipliğe karar veren hâkimin, eşler arasındaki mevcut kanunî mal rejiminin somut olaya göre kaldırılmasına ve eşler arasında olağanüstü mal rejimini oluşturan mal ayrılığı hükümlerinin uygulanmasına karar verebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Diğer taraftan gaip eş ortaya çıktığında diğer eş tarafından evliliğin feshi kararı alınmışsa, kanunî mal rejiminin boşanma hükümlerine kıyasen sona erdiğini kabul etmek gerekir[467]. Zira, gaibin ortaya çıkması gaiplik kararını hükümsüz hâle getirir. Fakat, mahkeme kararıyla feshedilmiş olan evliliği geçerli hâle getirmez. Dolayısıyla bu hâlde, edinilmiş mallara katılma rejiminin gaiplik nedeniyle değil, boşanma hükümlerine kıyasen sona ermesi gerekir. Bu anlamda, kaybolanın eşi evliliğin feshini gaiplik başvurusuyla birlikte talep etmişse başvuru tarihinde; gaiplik başvurusundan sonra ayrı bir davayla talep etmişse de davanın açıldığı tarihte kanunî mal rejimi sona ermiş olur[468].

e. Babalık Karinesine Etkisi

TMK m. 285'e göre, *"Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır* (f. 1)*. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür* (f. 2)*. Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar* (f. 3)*."*

Bu madde gereğince, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak – en uzun gebelik süresi olan – üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmekte ve bu kabule "babalık karinesi" adı verilmektedir[469].

---

[466] TMK m. 180: *"Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir."*. Hâkimin ayrılık kararıyla birlikte eşler arasındaki sadece sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejimini kaldırabileceği yönündeki bu düzenleme, öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Öğretide savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, eşler arasında kanunî mal rejiminin bulunduğu hâllerde de hâkimin ayrılık kararıyla birlikte bu rejimin kaldırılması yönünde karar verebilmesi gerekir. Bkz. **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 137; **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*, s. 226 vd.

[467] **Sarı**, s. 88-89; **Gençcan**, *Mal Rejimleri*, s. 428; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 276.

[468] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 276.

[469] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 330; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 268; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 143.

Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde de babalık karinesi uygulama bulabilir[470]. Ancak kanun koyucu, gaiplik kurumunun özelliğine binaen, bu hâlde işleyecek üç yüz günlük sürenin başlangıç anına ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. TMK m. 285/III'e göre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren işleyecek üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası, gaipliğine karar verilmiş koca olmaktadır[471]. Bilindiği üzere, gaibin eşi evliliğin feshini gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir ve evlilik mahkemenin fesih kararıyla birlikte sona erer (TMK m. 131/II). Bununla bağlantılı olarak burada asıl üzerinde durulması gereken husus, gaibin eşinin gaiplik kararına rağmen evliliğin feshi talebinde bulunmadığı hâllerde, doğan çocuk ile gaip koca arasında soybağının kurulup kurulamayacağıdır. Türk medenî hukuku öğretisinde tartışmalı olan bu meselede, iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Birinci görüşe göre, kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren işlemeye başlayacak üç yüz günlük süre (TMK m. 285/III), ancak gaip ile eşi arasındaki evliliğin feshedilmiş olması hâlinde uygulanır[472]. Bu görüşe göre, gaibin eşi evliliğin feshini talep etmemişse evliliğin devam etmesine istinaden üç yüz günlük sürenin başlaması da söz konusu olmaz; dolayısıyla çocuk ne zaman doğarsa doğsun onunla gaipliğine karar verilen koca arasında soybağı kurulur[473]. Ancak bu durumda diğer ilgililer (kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi), TMK m. 288/I uyarınca babalık karinesini kolay yoldan çürüterek

---

[470] Gaiplik kararının soybağının kurulmasına etkisi hususunda incelenmesi gereken bir diğer kurum ise "evlat edinme"dir. TMK m. 307/II'ye göre, otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir. Dolayısıyla, eşlerden birinin gaipliği gerektirir şekilde ortadan kaybolması hâlinde, kaybolanın eşi evleviyetle tek başına evlat edinebilir. Ayrıca bir küçüğün evlat edinilebilmesi için, kural olarak, ana ve babasının rızası gerekir (TMK m. 309/I). Ancak TMK m. 311/b. 1 gereğince, ana ve babadan birinin uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa, onun rızası aranmaz. Gaiplik kararının evlat edinmeye etkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 126 vd.

[471] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Helvacı**, s. 41. eMK'da çocuğun nesebi üzerinde gaiplik kararının nasıl etki edeceği hususunda bir kanun boşluğu mevcuttu ve bu konu tartışılmaktaydı. Bkz. Mustafa **Şimşek**, "Soybağının Kurulması", *Yargıtay Dergisi*, C. 29, S. 3, Temmuz 2003, s. 253; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38, dn. 97. eMK zamanında konunun nasıl çözüme kavuşturulduğuna ilişkin bkz. **Feyzioğlu**, s. 480-481; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 1051-1052.

[472] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 268-269; **Öztan**, *Aile*, s. 874. Tokat ise, bu görüşü savunmakla birlikte, TMK m. 285/III'deki sürenin uygulanabilme kabiliyeti olmadığını belirtmektedir. Zira, gaiplik hâlinde evlilik feshedilinceye kadar TMK m. 285/III'deki üç yüz günlük süre tamamlanmış olur. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 125-126. Aynı yönde bkz. Abdulkerim **Yıldırım**, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014, s. 125.

[473] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 269; **Öztan**, *Aile*, s. 874; **Yıldırım**, s. 125; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 125.

soybağının reddi davası açabilir[474]. İlgililerin açacağı bu dava, koca hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak, bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır (TMK m. 291/I).

Bizim de savunduğumuz ikinci görüşe göre ise TMK m. 131/II gereğince evliliğin feshedilmiş olup olmaması, çocuk ile gaip koca arasındaki soybağının kurulmasına ve dolayısıyla TMK m. 285/III'ün uygulanmasına etki etmez[475]. Zira birinci görüş, hukuk mantığına ve menfaatler dengesine aykırı bir nitelik arz etmektedir[476]. Birinci görüş kabul edildiği takdirde, kocası hakkında gaiplik kararı verilen ancak evliliğini feshettirmemiş bir kadının doğurduğu çocuklar, evlilik devam ettiği gerekçesiyle yıllar önce ortadan kaybolan kocaya soybağı ile bağlanmaktadır. TMK m. 285/III hükmünün amacı ise öğretide ifade edildiği üzere, doğaya ve mantığa aykırı bu sonucun doğmasını engellemektir[477]. Yani, evlilik feshedilmemiş olsa bile, gaip koca hakkında ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten başlayarak üç yüz gün geçtikten sonra doğan çocuk ile gaip koca arasında soybağı kurulamaz.

Ayrıca, çocuğun soybağının tespiti hususunda karinelerin çakışması da mümkündür. Türk medenî hukuku öğretisinde belirtildiği üzere, kadının eşinin kaybolmasından itibaren üç yüz gün geçmeden hem evlenmesi hem de bu süre içinde bir çocuk doğurması ihtimalinde karinelerin çakışmasından söz etmek gerekir[478]. Böyle bir ihtimalin varlığında, gaiplik kararıyla birlikte ilk evlilik feshedilmediği için, ikinci evlilik TMK m. 145 b.1 gereğince mutlak butlanla batıldır. Fakat, mutlak butlanla sakat

---

[474] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 269; **Öztan**, *Aile*, s. 874-875; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 125. Bu görüşe göre, sonradan ortaya çıkan gaip koca da TMK m. 288/I uyarınca babalık karinesini çürüterek, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra doğan çocuk ile arasında kurulan soybağının reddini talep edebilir. Koca, soybağının reddi davasını, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır (TMK m. 289/I). Ancak, gecikmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar (TMK m. 289/III). Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 277-278.

[475] **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 144; **Baygın**, s. 259-260; **Çelik**, s. 118; **Tokat**, *Aile*, s. 561; **Gençcan**, *Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 191. eMK zamanında öğretide hâkim olan görüşün de bu olduğu yönünde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 1052.

[476] Cem **Baygın**, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 259. Aynı yönde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 1052; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 144; **Gençcan**, *Soybağı*, s. 191.

[477] **Baygın**, s. 259-260. Aynı yönde bkz. **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 144; **Gençcan**, *Soybağı*, s. 191. Keza, eMK zamanındaki düzenleme de bu gerekçeyle eleştiriliyordu. Bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 1052. Bu sebeple 4721 sy. TMK'nın 285. maddesine bir üçüncü fıkra eklenerek bu sorun çözüme kavuşturulmuştur.

[478] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 126.

olan bu evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün hukukî sonuçlarını doğurur (TMK m. 156). Bu sebeple, kocanın kaybolmasından itibaren üç yüz gün geçmeden doğan çocuk ilk evlilik yönünden evlilik içinde doğmuş sayılırken (TMK m. 285/III), ikinci evlilik devam ederken doğduğu için de ikinci evlilik yönünden evlilik içinde doğmuş sayılır (TMK m. 285/I)[479]. Ancak bu durumda karineler çakıştığı için TMK m. 290/I'e göre ikinci evlilikteki koca baba sayılmaktadır. Fakat bu karinenin aksi ispat edilirse gaip koca baba sayılır (TMK m. 290/II).

f. Velayet ve Vesayet Üzerindeki Etkisi

Gaiplik kararının velayet ve vesayet üzerinde nasıl bir etki doğuracağı Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu konuda velayet ve vesayete ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekir.

Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir[480]. Bu sebeple, ana ve babanın her ikisi ya da bunlardan sadece biri hakkında gaiplik kararı verilmesi, ölümde olduğu gibi, velayet hakkını kendiliğinden sona erdirir[481]. Ana ve babanın ikisinin de gaipliğine karar verilmesi hâlinde, velayet altında bulunmayan küçük vesayet altına alınır (TMK m. 404/I). Diğer taraftan ana veya babadan biri hakkında gaiplik kararı verilmiş ise evlilik içinde doğan çocuğun velayeti, ölüme kıyasen, sağ kalan ve gaip olmayan eş tarafından kullanılır (TMK m. 336/III)[482]. Ancak çocuk evlilik dışında doğmuşsa, velayet hakkına sahip olan eşin gaipliğine karar verilmesi, bu hakkı kendiliğinden diğer eşe geçirmez[483]. Bu durumda velayet – ölüme kıyasen – hâkim tarafından diğer eşe verilebileceği gibi çocuğa vasi de tayin edilebilir (TMK m. 337/II)[484]. Aynı şekilde, boşanma sonucu velayet hakkı diğerinde kalan veya kendisine verilen ana veya babadan birinin gaip olması hâlinde de velayet hakkı kendiliğinden diğer tarafa geçmez[485]. Bu durumda hâkim, çocuğun menfaatine ise velayeti gaip olmayan tarafa verir[486]. Aksi

---

[479] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 126.
[480] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 408; **Öztan**, *Aile*, s. 1095.
[481] **Öztan**, *Aile*, s. 1095; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 408 ve 422; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 128.
[482] **Öztan**, *Aile*, s. 1095; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 408 ve 422; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585; **Özuğur**, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme*, s. 585; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 36; **Feyzioğlu**, s. 575; **Tandoğan**, s. 178. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tokat**, *Aile*, s. 562 vd.
[483] **Öztan**, *Aile*, s. 1095; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 129.
[484] **Öztan**, *Aile*, s. 1095; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 129.
[485] **Özuğur**, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme*, s. 819; **Öztan**, *Aile*, s. 1095; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 129.
[486] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 129; **Öztan**, *Aile*, s. 1095.

takdirde, velisiz kalan küçüğe yerleşim yeri vesayet makamınca bir vasi atanır[487]. Ayrıca, velayet altında bulunan çocuk hakkında gaiplik kararı verilmesi de ölümde olduğu gibi velayet hakkını kendiliğinden sona erdirir[488].

Vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının gaipliğine karar verilmesi hâlinde ise vesayet kendiliğinden sona erer[489]. Zira, gaiplik kararıyla birlikte gaibin mirası açılır ve mirasçılarına geçer. Dolayısıyla vesayetin kişilik ve mallar üzerindeki özen gösterme ve koruma amacı da sona ermiş olur[490]. Gaiplik durumunda vesayetin sona erdiği an, öğretide savunulduğu üzere, gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu andır (TMK m. 35/II)[491]. Diğer taraftan, vasi olan bir kişinin gaipliğine karar verilmiş ise vasilik görevi de bu kararın hükümlerini doğurduğu andan (TMK m. 35/II) itibaren kendiliğinden sona erer[492]. Ancak, yerine yeni bir vasi atanması gerektiğinden, vesayet altında bulunanın kısıtlılık ve vesayet durumu sürer[493]. Yeni vasinin tayinine kadarki süreç içinse, vesayet altında bulunan kişi hakkında vesayet makamı tarafından re'sen gerekli önlemler alınır (TMK m. 420/I).

Hakkında gaiplik kararı verilen eşin sonradan ortaya çıkması hâlinde ise gaiplik kararı hükmünü yitirir. Dolayısıyla, velayet hakkının sona ermediği kabul edilmelidir. Bu durumda, çocuk evlilik içinde doğmuşsa eşlerin ikisi de velayet hakkına sahip olur. Buna karşılık, çocuk evlilik dışında doğmuş ve hâkim – TMK m. 337/II hükmüne kıyasen – velayeti babaya vermişse sonradan ortaya çıkan ananın velayet hakkı bulunmaz; ancak hâkimden çocuğun velayetinin kendisine verilmesini talep edebilir[494]. Hâkim velayeti diğer eşe vermeyip çocuğa vasi tayin etmişse de sonradan ortaya çıkan

---

[487] **Özuğur**, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme*, s. 819.

[488] Velayet hakkının sona ermesinden sonra ortaya çıkan etkisi hakkında bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 1095; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 129.

[489] Nevzat **Koç**, "Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Özel Sayı: Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İzmir 2005, (**Koç**, "Vesayet…"), s. 119; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 542 ve 544; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585; **Öztan**, *Aile*, s. 1425.

[490] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585.

[491] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 130; **Tokat**, *Aile*, s. 564. Gaiplik durumunda vesayetin, gaiplik kararıyla birlikte, ileriye etkili olarak sona ereceği yönünde bkz. **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 444; **Öztan**, *Aile*, s. 1425.

[492] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 544; **Tokat**, *Aile*, s. 564-565. Vasi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için bu hususta kanunî sürelerin geçmesi gerekmekle birlikte, vesayet altında bulunan şahsın korunması için, gaiplik kararı verilmeden önce vesayet makamının vasiyi görevden alması bir zorunluluk teşkil edebilir (TMK m. 483/II). Bkz. **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 446; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 130.

[493] **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 585. Benzer yönde bkz. **Feyzioğlu**, s. 768; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 36; **Ayan** ve **Ayan**, s. 182. Aksi yönde, vasinin görevinin bitmesiyle vesayet altında bulunan kişinin üzerindeki vesayetin de kalkmış olacağı ve bu kişinin tekrar ehliyetli hâle geleceği yönünde bkz. **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 544.

[494] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 279.

eş, vesayetin sona ermesini talep edebilir[495]. Diğer taraftan, gaipliğine karar verilen velayet altındaki çocuğun sonradan ortaya çıkması durumunda ise velayet hakkı sahiplerinin bu hakkının devam edeceğini söylemek gerekir[496]. Benzer şekilde, vesayet altındaki kimsenin sonradan ortaya çıkması durumunda da vesayetin devam edeceğini kabul etmek gerekir[497].

2. Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar

a. Genel Olarak

Türk medenî hukukunda gaipliğe ilişkin kanunî düzenlemeler esas itibariyle Türk Medenî Kanunu'nun kişiler hukuku kitabında (TMK m. 32-35) yer alsa da gaiplik kararının en önemli sonuçlarının miras hukuku alanında doğduğunu söylemek mümkündür[498]. Zira gaiplik kararı, aynen ölümdeki gibi, mirasın açılmasına sebebiyet vermektedir. Ayrıca, kanun koyucu tarafından gaiplik kararı, mirasın kazanılması bakımından özel birtakım hükümlere tabi tutulmuştur (TMK m. 584-588). Bunun sebebi ise gaibin bir gün ortaya çıkma ihtimalinin varlığıdır[499].

b. Gaibin Mirası

aa. Genel Olarak

Bir kişi hakkında gaiplik kararının verilmiş olması, ölüm ve ölüm karinesinden farklı olarak, bu kişinin hayatta olması ihtimalini ortadan kaldırmaz. Bu sebeple, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte gaibin mirası ve vasiyet ettiği şey mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına kendiliğinden intikal etmez; mirasın ve vasiyet olunan şeyin bu kişilere teslimi gerekir[500]. Bu teslim ise ancak bu kişilerin güvence (teminat) göstermeleri karşılığında mümkün olabilir (TMK m. 584/I). Ayrıca, gaip veya üstün hak sahipleri ortaya çıkarsa, tereke mallarını güvence karşılığında teslim almış olan kişilerin geri verme yükümlülükleri de söz konusudur (TMK m. 585/I). Dolayısıyla kanun

---

[495] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 279.
[496] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 279.
[497] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 280.
[498] Mustafa **Dural** ve Turgut **Öz**, *Türk Özel Hukuku – Cilt IV: Miras Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 387.
[499] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 404.
[500] **Gönensay** ve **Birsen**, s. 186. Benzer şekilde bkz. **Serozan** ve **Engin**, s. 495; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 214; **Erman**, s. 188; **Saymen**, s. 60; **İmre**, s. 508; **Arsebük**, s. 179.

koyucu, gaibin mirasına özel bu düzenlemelerle, gaibin tereke mallarını teslim almış olan kişiler ile ileride ortaya çıkabilecek gaibin veya üstün hak sahibinin haklarını dengelemeyi amaçlamıştır.

bb. Gaibin Mirasçılarının Tespiti

TMK m. 35/I'de gaiplik kararının verilmesiyle ölüme bağlı hakların aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu hükmün doğal bir sonucu olarak, hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişinin ölümü gerçekleşmiş gibi mirası açılır[501]. Ancak gaibin mirası, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, kararın geçmişe etkisi dolayısıyla (TMK m. 35/II) ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günde açılmış sayılır[502]. Bu anlamda, bir kişiye mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için aranan sağ olmak, ehliyet ve mirastan yoksun olmamak şartlarının, gaiplik kararının verildiği anda değil, "gaipten son haberin alındığı" veya "ölüm tehlikesinin oluştuğu" anda bulunması gerekir[503]. Bu anlarda hayatta olan kanunî (TMK m. 495) ve atanmış (TMK m. 516) mirasçılar ve vasiyet alacaklıları, gaibin mirasını veya vasiyet olunan şeyi güvence karşılığında teslim alabilir. Bu bakımdan örneğin, kaybolan kişiye ilişkin son haberin alındığı tarihte hayatta olan, ancak bu tarihten sonra ve gaiplik kararı verilmeden önce ölmüş olan gaibin eşi veya çocukları, gaibin mirasından pay alabilir. Hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ölüm tarihinin sonradan tespit edilmesi hâlinde ise mirasının ölüm günü açılacağını (TMK m. 575) ve mirastaki hak sahiplerinin bu tarihe göre değişebileceğini de göz önünde bulundurmak gerekir[504].

---

[501] O. Gökhan **Antalya** ve İpek **Sağlam**, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 314; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 446; **Dural** ve **Öz**, s. 388; **Erman**, s. 188; **Ayan** ve **Ayan**, s. 183; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 581. Gaipliğine karar verilen kişinin mirasının açıldığı yerin, TMK m. 576/I'deki kural gereğince, gaibin bilinen son yerleşim yeri olduğu ve bu yerleşim yeri mahkemesinin TMK m. 576/II kapsamına giren tereke ile ilgili davalarda yetkili sayılacağı yönünde bkz. Rona **Serozan** ve Baki İlkay **Engin**, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 495.

[502] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 447; **Antalya** ve **Sağlam**, s. 324; **Dural** ve **Öz**, s. 388; **Öztan**, *Medenî*, s. 233; **Ayan** ve **Ayan**, s. 183; **Serozan** ve **Engin**, s. 495; **Oğuzoğlu**, s. 237; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 560; **Yarg. 1. HD.** 02.11.1992 T., 1992/9384 E., 1992/12571 K., bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 162, dn. 477.

[503] **İmre** ve **Erman**, s. 315; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 447; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 263; **Dural** ve **Öğüz**, s. 34; **Oğuzoğlu**, s. 231; **Dural** ve **Öz**, s. 388; **Helvacı**, s. 41; **Saymen**, s. 60; **Göktürk**, s. 166.

[504] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 561; **Oğuzman**, s. 312; **İmre** ve **Erman**, s. 315; **Serozan** ve **Engin**, s. 496; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 163-164.

cc. Güvence Gösterme Zorunluluğu

aaa. Güvencenin Amacı

Kişinin gaipliğine karar verilmiş olsa dahi, ölümü belirsizdir. Gaip günün birinde çıkıp gelebilir veya hayatta olduğu başka şekilde anlaşılabilir. Bu mümkün olmasa bile, mevcut mirasçılardan daha üstün dereceli bir mirasçının ortaya çıkması her zaman muhtemeldir. Örneğin, gaip hayatta iken kimliğini saklayarak yaşadığı yabancı bir ülkede evlenmiş ve bir kızı olmuştur. Bu takdirde gaibin mirasçıları eşi ve kızıdır. Gaibin doğup büyüdüğü köydeki kardeşleri ise bunu bilmemekte ve gaiplik kararını aldıkları zaman kendilerini mirasçı sanmaktadırlar. İşte gaibin terekesine kardeşlerinin el koyduğu bu örnekte, gaibin sonradan ortaya çıkan üstün hak sahibi mirasçıları, yani eşi ve kızı, bu durumdan zarar görürler[505]. Dolayısıyla bu gibi ihtimalleri göz önünde bulunduran kanun koyucu, ihtiyatlı hareket ederek, gaibin mirasçılarının veya mirasında hak sahibi olan kişilerin, mirastan alacakları malları ileride ortaya çıkabilecek gaibe veya üstün hak sahiplerine geri vereceklerine dair güvence (teminat) göstermelerini şart koşmuştur (TMK m. 584/I)[506]. Güvencenin diğer bir amacı ise gaiplik kararından sonra gaibin öldüğünün tespit edilmesi ihtimalinde, şayet mirastaki hak sahipleri ölüm tarihine göre değişmişse, yeni hak sahiplerinin iade alacağını teminat altına almaktır[507].

Güvence göstermekle yükümlü olan kişiler, TMK m. 584/I gereğince, gaibin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişilerdir. Dolayısıyla güvence gösterme yükümlülüğü, kanunî ve atanmış mirasçılar hakkında olduğu gibi, vasiyet alacaklıları için de söz konusudur[508]. Zira gaibin ya da üstün hak sahibi bir kişinin ortaya çıkması hâlinde, mirasçılar ve vasiyet alacaklıları, terekeden iktisaplarını bu kişilere geri vermekle yükümlüdür.

---

[505] **Tekinay**, *Medenî*, s. 221. Benzer örnekler için bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 263; **Velidedeoğlu**, s. 158; **Oğuzoğlu**, s. 237; **Göktürk**, s. 167.
[506] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 263; **Antalya** ve **Sağlam**, s. 324; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 36; **Saymen**, s. 60; **İmre**, s. 509; **Tekinay**, *Medenî*, s. 221-222.
[507] **Serozan** ve **Engin**, s. 496; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 140.
[508] **İmre** ve **Erman**, s. 317; **Öztan**, *Miras*, s. 375.

bbb. Güvencenin Türü ve Miktarı

Geri verme yükümlülerinin gösterecekleri güvencenin türü ve miktarı, gaiplik kararını veren mahkeme tarafından tayin ve takdir olunur[509]. Öğretide ifade edildiği üzere, hâkim, güvencenin türünü ve miktarını tayin ederken gaibe ait tereke mallarının kapsamını, mirasçıların gaibe yakınlıklarını ve gaiplik sebebi gibi kriterleri göz önünde bulundurmalıdır[510]. Dolayısıyla bu bir şahsî güvence (kefalet, garanti mektubu veya üçüncü kişinin fiilini taahhüt[511]) olabileceği gibi, aynî güvence (taşınır veya taşınmaz rehni) de olabilir[512]. Ayrıca, bu güvencenin, terekeden alınan malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine iadesini sağlayacak miktarda olması da gerekir[513].

ccc. Güvence Süresi

Gaibin mirasının TMK m. 584/I'de zikredilen kişilere teslimi için gösterilecek güvence, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirli sürelerle sınırlanmıştır. Zira, bu güvencenin ilanihaye sürmesi gaibin mirasçılarının veya mirasında hak sahibi olan kişilerin menfaatlerine aykırılık teşkil edeceği gibi, çok kısa sürmesi de gaibin veya üstün hak sahibi mirasçıların menfaatlerine aykırılık teşkil eder[514]. Bu sebeple, tereke mallarını teslim almış olan kişiler ile sonradan ortaya çıkabilecek gaibin veya üstün hak sahibi mirasçıların menfaatlerini dengelemek gerekir. Bunu sağlamak amacıyla, kanun koyucu, gösterilecek güvenceyi TMK m. 584/II'de belirli sürelerle sınırlandırmış ve birbirine karşıt bu iki menfaati dengelemeye çalışmıştır[515].

TMK m. 584/II'deki güvence süresi, ölüm tehlikesi içinde gaip olma durumunda beş yıl, uzun süreden beri haber alınamama durumunda on beş yıl ve her hâlde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir. Sözü edilen beş veya on beş yıllık süreler dolmamış olsa bile, eğer gaip yüz yaşını doldurmuşsa artık bu tarihten

---

[509] **Gönensay** ve **Birsen**, s. 186.
[510] **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 215. İmre ve Erman'ın isabetle belirttiği üzere *"Teminatın niteliği ve miktarı, her halde gaibin geri dönmesi veya hayatta bulunduğunun ispat olunması halinde, malların ona iadesini mümkün kılacak derecede ve etkide olmalıdır."* Bkz. **İmre** ve **Erman**, s. 316.
[511] Bkz. **Dural** ve **Öz**, s. 388.
[512] **Öztan**, *Miras*, s. 375; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 448; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 36; **İmre** ve **Erman**, s. 316; **Ayan**, s. 227; **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 581; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 36; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 141.
[513] **Gönensay** ve **Birsen**, s. 186; **İmre**, s. 509.
[514] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 141.
[515] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 264; **Dural** ve **Öz**, s. 388.

sonra güvence (teminat) boşa çıkar[516]. Bu anlamda, örneğin, gaibin doksanyedi yaşında sayılacağı tarihte gaiplik kararı verilmişse artık güvence süresi üç yıldır. TMK m. 584/III gereğince, beş yıllık güvence süresinin başlangıcı mirasa el konulduğu günden (tereke mallarının tesliminden); on beş yıllık güvence süresinin başlangıcı ise gaipten alınan son haber tarihinden itibaren hesaplanır.

Dolayısıyla mahkemenin takdir edeceği bu güvence gösterilmedikçe, mirastaki malvarlığı değerleri gaibin mirasçılarına veya mirasında hak sahibi olan kişilere teslim edilemez[517]. Mirasçıların güvence göstermediği veya gösteremediği durumlarda ise, öğretide kabul edildiği üzere, TMK m. 523/III hükmünün[518] kıyasen uygulanması ve güvencenin devamı süresi için terekenin resmen yönetilmesine (TMK m. 592) karar verilmesi gerekir[519]. Fakat TMK m. 584/II'deki güvence sürelerinin sona ermesinden sonra, terekenin mirasçılara teslim edilmesi gerektiğini de eklemek gerekir[520]. Diğer taraftan, vasiyet alacaklılarının güvence göstermediği veya gösteremediği durumlarda ise vasiyet olunan malın resmi mercie tevdi olunması gerektiği öğretide ifade edilmektedir (TBK m. 111)[521].

dd. Geri Verme Yükümlülüğü

aaa. Genel Olarak

Gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, TMK m. 585/I'e göre, tereke mallarını güvence karşılığında teslim almış olanlar (TMK m. 584) aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca bu kişilere geri vermekle yükümlü hâle gelir. Dolayısıyla bu geri vermenin kapsamı, TMK m. 993 ila 995 arasında düzenlenen zilyetlik kurallarına göre belirlenir[522].

---

[516] **Tekinay**, *Medenî*, s. 222; **Kılıçoğlu**, *Medenî*, s. 215; **Oğuzoğlu**, s. 240. İmre ve Erman'ın isabetle belirttiği üzere *"(...) Bunun sebebi, bu kadar ileri yaşa ulaşmış bulunan, üstelik de gaip olan bir kimsenin ölmüş bulunmasının kuvvetle muhtemel olmasıdır."* Bkz. **İmre** ve **Erman**, s. 316.

[517] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 448. Mirasçıların güvence göstermekle miras mallarının yalnızca zilyetliğini değil, mülkiyetini de kazanacakları yönünde bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 582.

[518] TMK m. 523/III: *"Önmirasçı güvence göstermez veya artmirasçının beklenen haklarını tehlikeye düşürürse, mirasın resmen yönetimine karar verilir."*.

[519] **Serozan** ve **Engin**, s. 496; **İmre** ve **Erman**, s. 316; **Öztan**, *Miras*, s. 375; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 448; **Oğuzman**, s. 312; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 144.

[520] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 448; **Oğuzman**, s. 312, dn. 42.

[521] **İmre** ve **Erman**, s. 316; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 144.

[522] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 449; **Ayan** ve **Ayan**, s. 183; **Serozan** ve **Engin**, s. 496.

Terekeyi elinde bulunduran kişi iyiniyetli ise (TMK m. 993) sadece elinde bulunan miktarda geri vermekle yükümlü olup, kusuru ile meydana gelen değer kayıpları dışında herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü değildir[523]. İşte, güvencenin işlevi tam bu noktada devreye girmektedir. Zira gaip veya üstün hak sahibi güvence süreleri (TMK m. 584/II) içerisinde ortaya çıkmışsa, TMK m. 993 hükmü uyarınca iyiniyetli zilyetten talep edemedikleri miktarları güvenceden tahsil eder[524]. Diğer taraftan terekeyi elinde bulunduran kişi kötüniyetli ise (TMK m. 995), terekeden aldığı miktarın tamamını geri vermekle yükümlü olduğu gibi, hasar ve ziyan ile elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden de sorumludur[525]. Güvence bu durumda da hak sahibinin menfaatine hizmet eder. Zira kötüniyetli zilyedin elden çıkarmış olduğu malları tazmine yetecek malvarlığı bulunmadığı bir durumda, güvence süreleri (TMK m. 584/II) içerisinde ortaya çıkan gaip veya üstün hak sahibi, kötüniyetli zilyetten elde edemediği bu miktarı güvenceden tahsil eder[526].

TMK m. 584/II'deki beş veya on beş yıllık ve her hâlde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek sürelerin geçmesiyle güvenceler serbestleşir ve gaibin terekesini teslim alanların iktisapları kesin bir mahiyet arz eder[527]. Bu sebeple aynî güvenceler kendilerine geri verilir; şahsî güvence oluşturan kefiller, garanti verenler ve üçüncü kişinin fiilini üstlenenler ise bu yükümlülüklerinden kurtulur[528]. Bununla birlikte, güvence sürelerinin sona ermesi, sonradan ortaya çıkan gaibin veya üstün hak sahibinin haklarını düşürmez; sadece geri verme esnasında güvencelerden istifade edememeleri sonucunu doğurur[529]. Zira, gaiplik kararı kesin bir karineye dayanmadığı için, gaibin veya üstün hak sahibinin ortaya çıkma ihtimali tamamen ortadan kalkmış sayılmaz. Bu sebeple, güvence süreleri geçmiş olsa bile, tereke mallarını teslim almış olanların geri verme yükümlülüğü devam eder. Gaip her zaman, üstün hak sahibi ise kanunda öngörülen süreye (TMK m. 585/II'ye) riayet ederek, tereke mallarını teslim almış olan kişilere karşı geri verme talebinde bulunabilir.

---

[523] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 449.
[524] **Dural** ve **Öz**, s. 388; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 145.
[525] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 449.
[526] **Dural** ve **Öz**, s. 388-389.
[527] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 265; **Velidedeoğlu**, s. 157; **Göktürk**, s. 167.
[528] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 265.
[529] **Dural** ve **Öz**, s. 389. Benzer yönde bkz. **Serozan** ve **Engin**, s. 496.

Tereke mallarını teslim almış olan kişilerin bu mallar üzerinde hak sahibi olup olmadıkları ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tereke mallarını teslim almış olanların gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı geri verme yükümlülüğünün mevcut olması, esas olarak bu kişilerin mirasçı ve malik sıfatlarına sahip olamayacaklarına işarettir. Zira mülkiyet hakkı, hak sahibine en geniş yetkiler veren bir aynî haktır. Hâlbuki, TMK m. 585 gereğince, bu kişilerin geri verme yükümlülükleri zilyetlik kurallarına bağlanmıştır. Dolayısıyla bu görüşe göre bu kişiler, terekeden güvence karşılığında teslim aldıkları malların geçici zilyedidir[530]. Bu hususta bizim de savunduğumuz görüşe göre ise, gaibin mirasını teslim alan kişilerin durumunu bir çeşit bozucu şarta bağlı kazanma olarak nitelemek gerekir[531]. Zira TMK m. 584 gereğince bu kişiler, "hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçıları veya mirasında hak sahibi" olarak nitelenmiş ve güvence karşılığında gaibin mallarını teslim alacakları düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kişilerin kanun gereği mirasçı ve malik sıfatlarına sahip oldukları açıktır. Ancak, gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse bu kişilerin aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlü olacakları düzenlenerek, bu kazanma bir çeşit bozucu şarta bağlanmıştır (TMK m. 585). Bu cihetle bu aşamada asıl önem arz eden mesele, güvence süreleri geçtikten sonra ortaya çıkan gaip veya üstün hak sahibi ile hâlihazırda tereke mallarını teslim almış olan kişiler arasındaki menfaat dengesinin nasıl sağlanacağıdır. Bu anlamda, geri vermenin muhtevası ve hukukî niteliği, sonradan ortaya çıkan kişinin gaip veya üstün hak sahibi olmasına göre değişir.

bbb. Gaibin Ortaya Çıkması Hâlinde

Güvence aşaması, normal şartlarda gaibin çıkıp gelmesi veya sağ olduğunun öğrenilmesi anında sona erer. Böyle bir durumun varlığında, TMK m. 584/II'de düzenlenen güvence süreleri geçse bile, gaibin terekesine güvence karşılığı el koyanlar terekeden iktisaplarını gaibe kayıtsız ve şartsız olarak geri vermekle yükümlü hâle gelir[532]. Dolayısıyla tereke mallarını teslim almış olanların gaibe karşı geri verme yükümlülükleri (TMK m. 585/I), üstün hak sahiplerine olan geri verme yükümlülüklerinin (TMK m. 585/II) aksine, mutlaktır[533]. Bu sebeple, öğretide haklı

[530] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 408-409.
[531] **İmre** ve **Erman**, s. 317; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 143.
[532] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 265; **Oğuzoğlu**, s. 237-238; **Gönensay** ve **Birsen**, s. 187.
[533] **Öztan**, *Medenî*, s. 233; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 449.

olarak savunulduğu üzere, gaipliğine karar verilen bir kimseden miras payı elde edenlerin durumunu bir çeşit bozucu şarta bağlı kazanma olarak nitelemek gerekir[534]. Zira gaip ne zaman dönerse dönsün, tereke mallarını teslim almış olanların hak sahipliği sona erer ve terekeden iktisap ettikleri mallar gaibe geri verilir.

Tereke mallarını teslim almış olanlara karşı gaibin yönelteceği geri verme talebinin hukukî dayanağı hususunda öğretide iki farklı görüş vardır. Birinci görüşe göre, gaip, mirasçılara intikal eden malvarlığının iadesini kıyasen miras sebebiyle istihkak davasıyla (TMK m. 637 vd.)[535] talep edebilir (TMK m. 585/II)[536]. Bu sebeple, tereke mallarını ellerinde bulunduran kişilerin bu malları zamanaşımı yoluyla kazanması mümkün değildir. Zira, miras sebebiyle istihkak davasında davalı, tereke malını zamanaşımı yoluyla kazandığını ileri süremez (TMK m. 638/II). Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise gaibin açacağı davanın âdi istihkak davası (TMK m. 683/II) olması gerekir[537]. Zira, gaibin ortaya çıkmasıyla gaiplik kararı hükmünü yitirir ve mirasın intikali de geçersiz hâle gelir. Böylece mirasbırakan ve mirasçı sıfatları da hükmünü yitirmiş olur[538]. Dolayısıyla gaibin talebi, mülkiyet ve malvarlığı üzerinde hak sahipliğine dayanan bir talep olup, miras hukuku hükümlerine dayanmaz[539]. Bu durumda, gaibin terekesini teslim almış olan kimseler alelade zilyet konumuna geçer ve söz konusu malların maliki olan gaip, malik olmayan zilyede karşı mülkiyet hakkına dayanarak âdi istihkak davası açar[540]. TMK m. 585'de gaibin geri verme talebinin herhangi bir süreye bağlanmamış olması da bu görüşü destekler mahiyettedir. Zira, âdi istihkak talebi aynî bir talep olduğu için zamanaşımına bağlı değildir[541]. Ayrıca, TMK m. 638/II hükmüne kıyasen, gaibin ortaya çıkmasıyla zilyet konumuna geçen

---

[534] **İmre** ve **Erman**, s. 317; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 143.

[535] *"Yasal veya atanmış bir mirasçının terekenin tamamını veya bir kısmını ya da terekeye dahil bir malı haksız olarak elinde bulunduran bir kimseye karşı bunun geri verilmesini sağlamak amacıyla mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürerek açacağı bu davaya, miras sebebiyle istihkak davası denir."* Bkz. Fikret **Eren**, "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı – Cevdet Yavuz'a Armağan*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1047.

[536] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 561; **Antalya** ve **Sağlam**, s. 324; **Öztan**, *Miras*, s. 375.

[537] **Oğuzman**, s. 313; **Serozan** ve **Engin**, s. 497; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 146; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 409.

[538] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 146-147; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 409.

[539] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 409.

[540] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 147 ve s. 283 vd.

[541] M. Kemal **Oğuzman**, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**, *Eşya Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012, s. 283.

mirasçıların bu malları zamanaşımı ile kazanmasının söz konusu olmadığını da kabul etmek gerekir[542].

Tereke mallarını ellerinde bulunduran kişilerin gaibe karşı geri verme yükümlülüklerinin muhtevası ise, zilyetlik hükümleri (TMK m. 993-995) uyarınca zilyedin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre belirlenir (TMK m. 585/I). Burada aranan iyiniyet, gaibin sağ olduğunu ve bir gün çıkıp gelebileceğini bilmemek ve gerekli dikkat ve özeni gösterse bile bilebilecek durumda olmamaktır[543]. Dolayısıyla gaibin sağ olduğunu bilen veya somut olayın özelliklerine göre bilebilecek durumda olan kişiler, kötüniyetli zilyet kabul edilir. Sorumlulukları itibariyle bakıldığında, iyiniyetli zilyet sadece elinde bulunan miktarda geri vermekle yükümlü olup, kusuru ile meydana gelen değer kayıpları dışında herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü değilken (TMK m. 993); kötüniyetli zilyet ise terekeden aldığı miktarın tamamını gaibe geri vermekle yükümlü olduğu gibi, hasar ve ziyan ile elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerden de sorumludur (TMK m. 995)[544].

Terekeyi elinde bulunduran kimse iyiniyetli ise, TMK m. 994/I gereğince, elinde bulundurduğu tereke malları için yapmış olduğu zorunlu[545] ve yararlı[546] giderlerin tazminini gaipten isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar bu malları geri vermekten kaçınabilir. Örneğin, otomobilin parçalanan lastiği yerine yenisinin alınması veya evin yıkılmasını önlemek için tadilat yapılması zorunlu gider; evin ihtiyaç sebebiyle boyanması veya arabanın eskiyen motorunun değiştirilmesi ise yararlı giderdir[547]. Ancak terekeyi elinde bulunduran iyiniyetli kimsenin elde ettiği doğal ve hukukî ürünler, TMK m. 994/III gereğince, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir. Gaibin tarlasından elde edilen mahsul doğal ürünlere, kira bedeli tahsili ise hukukî ürünlere örnek olarak verilebilir. Buna karşılık, iyiniyetli zilyet, lüks[548]

---

[542] **Öztan**, *Miras*, s. 375; **İmre** ve **Erman**, s. 317; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 147 ve 285. Krş. **Oğuzman**, s. 313, dn. 42a; **Serozan** ve **Engin**, s. 497.
[543] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 410.
[544] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 449; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 410; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 151-152 ve s. 287 vd.
[545] *"Bir giderin zorunlu sayılması, malın korunması veya iktisadî fonksiyonunu devam ettirmesi için yapılmış olmasına bağlıdır."* Bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, *Eşya*, s. 125.
[546] *"Bir giderin yararlı sayılması ise malın değerini veya randımanını arttıran gider olmasına bağlıdır."* Bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, *Eşya*, s. 125.
[547] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, *Eşya*, s. 125.
[548] *"Zorunlu ve yararlı sayılmayan giderler ise lüks gider sayılır."* Bkz. **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, *Eşya*, s. 125.

nitelik taşıyan giderlerin ödenmesini isteyemez (TMK m. 994/II, c. 1)[549]. Örneğin, gaibin arabasına açılır tavan yaptırmış veya evinin bahçesine bir havuz yaptırmışsa buna ilişkin giderleri gaipten isteyemez. Ancak tereke mallarının geri verilmesinden önce yaptığı lüks giderler için gaip tarafından bir tazminat önerilmezse, iyiniyetli zilyet, o şeyle birleştirilen ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri o şeyi geri vermeden önce ayırıp alabilir (TMK m. 994/II, c. 2). Diğer taraftan terekeyi elinde bulunduran kimse kötüniyetli ise, TMK m. 995/II gereğince, yaptığı giderlerden ancak gaip için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir. Dolayısıyla kötüniyetli zilyet, yararlı ve lüks giderlerin ödenmesini isteyemeyeceği gibi; zorunlu giderler gaip tarafından ödeninceye kadar bu malları alıkoyma ve lüks giderler için söküp alma hakkı da yoktur[550].

Gaibe karşı geri verme yükümlülüğü (TMK m. 585/I) bakımından sadece terekede yer alan aynî hakların (taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki hakların) iade kapsamında olduğunu, buna karşılık, terekede yer alan alacak ve yenilik doğuran hakları ise gaibin esasen hiç kaybetmediğini belirtmek gerekir[551].

ccc. Üstün Hak Sahibinin Ortaya Çıkması Hâlinde

Gaiplik kararı alındıktan ve gaibin mirası paylaşıldıktan sonra, gaip ortaya çıkmasa veya sağ olduğu öğrenilmese bile, tereke mallarını teslim almış olanlardan daha üstün bir hak sahibinin ortaya çıkma ihtimali her zaman mevcuttur. Buradaki üstün hak sahipliği kavramı, tereke mallarını teslim almış olan mevcut hak sahiplerine nazaran, bu mallar üzerinde öncelikli hak sahibi olan kişileri ifade eder. Bir örnekle açıklamak gerekirse; (G)'nin gaipliğine karar verilmiş ve tereke en yakın mirasçıları olarak anne (A) ve baba (B)'ye teslim edilmiştir. Ancak daha sonra, (G)'nin uzun zaman önce boşandığı eşinden bir kızı (K) olduğu ortaya çıkmıştır. İşte gaiplik kararından habersiz olan ve (G)'nin mirasının paylaşıldığını bilmeyen (K), (G)'nin anne ve babasına nazaran, üstün hak sahibi bir mirasçıdır. Zira, mirasbırakanın altsoyu mevcut olduğu sürece, ana ve baba mirastan pay alamaz (TMK m. 496/I). Dolayısıyla, üstün hak sahibi mirasçı (K) bu sıfatını ispat ederse, TMK m. 585/I gereğince, tereke mallarını teslim almış olan (A) ve (B), aldıkları malları zilyetlik kuralları uyarınca (K)'ya geri vermekle yükümlü hâle

[549] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 288.
[550] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 289.
[551] **Dural** ve **Öz**, s. 389.

gelir. TMK m. 585'in gerekçesinde açıklandığı üzere, güvence süreleri geçmiş olsa bile (TMK m. 584/II), tereke mallarını teslim almış olan (A) ve (B)'nin üstün hak sahibi mirasçı (K)'ya geri verme yükümlülükleri devam eder.

Üstün hak sahiplerinin iade talebi, sonradan ortaya çıkan gaipten farklı olarak, miras sebebiyle istihkak davasına (TMK m. 637 vd.) dayanır[552]. Zira, öğretide Eren ve Yücer Aktürk'ün belirttiği üzere, bu durumda mirasın açılması ve kazanılmasında hükümsüzlük söz konusu olmayıp, yalnızca üstün hak sahiplerinin ortaya çıkması sebebiyle tereke mallarını teslim almış olanların haksız zilyet hâline gelmeleri söz konusudur[553]. Dolayısıyla miras hukukuna özgü olan bu dava yoluyla gaiplik kararından habersiz olan ve gaibin mirasının paylaşıldığını bilmeyen üstün hak sahipleri (daha yakın kanunî veya atanmış mirasçılar), tereke mallarını teslim almış olan kişilere karşı, mirasçılıktaki üstün haklarını ileri sürebilir (TMK m. 637/I).

Üstün hak sahiplerine iade yükümlülüğünün muhtevası ise, gaibe karşı geri verme yükümlülüğünde olduğu gibi, zilyetlik hükümleri (TMK m. 993-995) uyarınca zilyedin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre belirlenir (TMK m. 585/I). Ancak, tereke mallarını ellerinde bulunduranların iyiniyeti hem gaiplik kararının şartlarına hem de üstün hak sahiplerinin varlığına yönelik olarak aranır. Yani, gaiplik kararının verildiği anda hem gaibin sağ olduğunu hem de üstün hak sahiplerinin varlığını bilmeyen ve bilebilecek durumda da olmayan geri verme yükümlüsü iyiniyetli; gaibin sağ olduğunu veya üstün hak sahiplerinin varlığını bilen veya bilebilecek durumda olan geri verme yükümlüsü ise kötüniyetli sayılır[554]. Bu kıstasa göre tereke mallarını ellerinde bulunduranlar iyiniyetli ise, üstün hak sahiplerinin iade talepleri TMK m. 585/II'de belirli sürelerle sınırlanmıştır. Bu hükme göre, üstün hak sahiplerinin iyiniyetli olan geri verme yükümlülerine karşı dava açma süreleri, miras sebebiyle istihkak davasının iyiniyetli davalılara karşı öngördüğü bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerine (TMK m. 639/I) bağlanmıştır[555]. Dolayısıyla üstün hak sahipleri, üstün haklarını ve tereke malının davalının elinde bulunduğunu öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhâlde gaiplik

---

[552] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 410. Öğretideki diğer bir görüşe göre, bu durumda istihkak davası ile miras sebebiyle istihkak davası yarışır ve üstün hak sahibi kimse bu davalardan dilediğine başvurabilir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 148.

[553] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 410.

[554] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 411.

[555] **Ataay**, s. 256-257; **Ayan** ve **Ayan**, s. 183; **Öztan**, *Medenî*, s. 233-234. Benzer şekilde bkz. **Antalya** ve **Sağlam**, s. 324; **Oğuzoğlu**, s. 238-239; **Göktürk**, s. 167.

kararının kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde iade talebinde bulunmak zorundadır[556]. Böylece, gaibin terekesini iyiniyetli olarak ellerinde bulunduran kişiler lehine, üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülüğü özel bir hükümle sınırlanmıştır (TMK m. 585/II).

Gaibin tereke mallarını ellerinde bulunduranların kötüniyetli olması durumunda ise, üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülüğünün zamanaşımına tabi olup olmadığına ilişkin Türk Medenî Kanunu'nda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu sebeple öğretide bu husus, üç farklı şekilde yorumlanmıştır.

Öğretideki birinci görüşe göre, burada bir kanun boşluğu söz konusudur. Bu nedenle TMK m. 639/II hükmü kıyasen uygulanmalı ve üstün hak sahiplerinin kötüniyetli zilyetlere karşı iade talepleri yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır[557].

Öğretideki ikinci görüşe göre ise[558] terekeyi elinde bulunduran kişi gaibin sağ olduğunu bilmiyor ve bilebilecek durumda da olmamakla beraber, mirasta kendisinden daha üstün bir hak sahibinin varlığını biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, geri verme yükümlülüğü TMK m. 639/II'deki yirmi yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlı olmalıdır. Buna karşılık, tereke mallarını teslim alan kişi gaibin sağ olduğunu biliyor ve bilebilecek durumda ise bu kişinin üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülüğü mutlaktır; yani herhangi bir süre ile sınırlanamaz.

Öğretide bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise[559] tereke malını elinde bulunduran kişinin kötüniyetli olduğu sonucuna varılırsa[560], üstün hak sahibinin hiçbir

---

[556] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 411. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise bu durumda üstün hak sahipleri için uygulanacak on yıllık üst zamanaşımı süresi, gaip hakkında ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten itibaren başlar. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 149.

[557] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 266; **İnan**, s. 123; **Ayan** ve **Ayan**, s. 183. TMK m. 639'u karşılayan eMK m. 579'un miras sebebiyle istihkak davasının kötüniyetli zilyetlere karşı öngördüğü zamanaşımı süresi ise 30 yıl idi. Bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 583; **Oğuzoğlu**, s. 239.

[558] **Öztan**, *Miras*, s. 376; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 449-450; **Serozan** ve **Engin**, s. 497; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 562. Krş. **Oğuzman**, s. 313, dn. 44. Öğretideki bu ikinci görüşü bir örnek ile açıklamak gerekirse, mirasçı (M), kardeşi (K)'nın ölüm tehlikesi içerisinde kaybolduğuna inanarak (iyiniyetli bir şekilde) (K) hakkında gaiplik kararı aldırmıştır. Ancak (K)'nın (Ü) adında bir oğlu olduğunu ve (Ü)'nün yurt dışında çalıştığını bilmektedir. Dolayısıyla (M), kardeşi (K) hakkında gaiplik kararı aldırarak güvence karşılığında (K)'nın terekesini teslim almışsa, sonradan ortaya çıkan ve (M)'ye nazaran mirasta üstün hak sahibi olan (Ü)'nün, (M)'ye karşı miras sebebiyle istihkak davası açma süresi, TMK m. 639/II'ye göre yirmi yılla sınırlıdır. Ancak (M), gaiplik kararının verildiği anda kardeşi (K)'nın sağ olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu durumda gaiplik kararı verildikten ve (M) güvence karşılığında (K)'nın terekesini teslim aldıktan sonra ortaya çıkan (Ü), (M)'ye karşı hiçbir süreyle bağlı olmadan miras sebebiyle istihkak davasını açabilir ve her zaman iade talebinde bulunabilir. Benzer bir örnek için bkz. **Öztan**, *Miras*, s. 376.

[559] **Dural** ve **Öz**, s. 389; **Çelik**, s. 121; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 150; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 412.

süreye bağlı olmadan hakkını ileri sürebileceğini kabul etmek gerekir. Zira, TMK m. 585/II'in mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç budur[561]. Ayrıca, söz konusu maddenin gerekçesinde *"Geri verme yükümlüsünün iyiniyetli olmaması durumunda ise, bu yüküm herhangi bir süreye bağlı olmayacaktır"* denilerek bu durum açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, öğretide Eren ve Yücer Aktürk'ün belirttiği üzere, bu hâlde bir kanun boşluğundan değil; kanunun nitelikli susmasından söz etmek gerekir[562].

c. Gaibin Hem Mirasbırakan Hem Mirasçı Olması

Ortada bulunmayan ve sağ olup olmadığı ispat edilemeyen, ancak henüz hakkında gaiplik kararı alınmamış bir kişi mirasçı olabileceği gibi (TMK m. 586), gaiplik kararı verildikten sonra mirasbırakan konumunda olan gaip de mirasçı olabilir. Bu ihtimal TMK m. 587'de şu şekilde düzenlenmiştir: *"Gaibin mirasçıları tereke mallarını teslim aldıktan sonra gaibe bir miras düşerse, ona düşen miras payı gaiplik sebebiyle kendilerine kalacak olanlar, ayrıca bir gaiplik kararı almak zorunda kalmaksızın bu miras payının teslimini isteyebilirler* (f. 1). *Gaibe düşen miras payını teslim alanların elde ettikleri gaiplik kararına aynı şekilde gaibin mirasçıları da dayanabilirler* (f. 2)*."*

TMK m. 587 gereğince[563] gaibin mirasçıları ve gaip yerine mirasçı olacak kişiler birbirlerinin elde ettiği gaiplik kararından yararlanabilmekte, bu gruplardan biri tarafından elde edilen gaiplik kararına diğeri de doğrudan doğruya dayanabilmektedir[564]. Öğretide ifade edildiği üzere, bu iki grup mirasçı aynı kişiler

---

[560] Buradaki kötüniyet, önceden açıklandığı üzere, gaiplik kararının verilmesi sırasında gaibin sağ olduğunun veya üstün hak sahiplerinin varlığının bilinmesi veya bilinebilecek durumda olunmasıyla tespit edilir. Eren ve Yücer Aktürk'ün belirttiği üzere, anılan iki kriteri birbirinden ayırarak kötüniyetli zilyetler arasında da ayrıca bir fark oluşturulması kabul edilmemelidir. Bkz. **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 412.

[561] **Dural** ve **Öz**, s. 389; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 412-413; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 150.

[562] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 413.

[563] TMK m. 587 metnini doğru anlamak için öncelikle madde gerekçesine bakmakta fayda vardır: *"Kendilerine gaip olandan miras kalanların, gaibin mirasına el koyabilmeleri, her şeyden önce gaiplik kararı aldırmalarına bağlıdır. Gaiplik kararının verilmesinden sonradır ki, tereke malları güvence karşılığı gaibin mirasçılarına teslim edilir. Gaibin mallarının bunlara teslim edilmesinden sonra, bizzat gaibe bir başkasından miras kalırsa, ona düşecek miras payının, gaipliği nedeniyle kendilerine kalacak kişiler, ayrıca gaiplik kararı aldırmak zorunda kalmaksızın, onun mirasçılarının elde ettikleri gaiplik kararına dayanabilirler. Gaibin mirasçıları da gaip olması nedeniyle miras payı kendilerine kalacak kimselerin elde etmiş bulundukları gaiplik kararına aynı şekilde dayanabilirler. Her iki gruba dahil olanların da, gaibin mallarına el koyabilmeleri için, gaiplik kararı aldırmaları zorunludur. Ancak gruplardan birine girenler bir gaiplik kararı aldırmışlarsa, diğerlerinin artık böyle bir karar aldırmalarına gerek kalmayacaktır."*

[564] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 563.

olabileceği gibi, farklı kişiler de olabilir[565]. İşte TMK m. 587, bu iki grup mirasçıya dair, sonuç itibariyle aynı olan iki hükme yer vermiştir.

TMK m. 587/I'e göre, hakkında gaiplik kararı verilmiş ve terekesi mirasçılarına güvence karşılığı teslim edilmiş gaibe (mirasbırakana) aynı zamanda mirasçı sıfatıyla diğer bir kimseden (diğer bir mirasbırakandan) bir miras payı düşmüşse ve bu mirasta başka mirasçılar da hak sahibiyse bu kişiler, ayrı bir gaiplik kararı almak zorunda kalmaksızın, gaibe düşen miras payının kendilerine verilmesini talep edebilir[566]. Bu durumda, gaibin mirasbırakanı gaiplik kararı verildikten sonra ölmüş olduğundan, mirasbırakanın mirası açıldığında gaip ölü kabul edilir ve mirasçı sıfatını kazanamaz. Dolayısıyla gaibe düşen bu miras payı, mirasbırakanın gaip dışındaki diğer mirasçıları ("miras payı gaiplik sebebiyle kendilerine kalacak olanlar") arasında paylaştırılır (TMK m. 587/I).

TMK m. 587/I'in getirdiği bu düzenleme gereğince, bir kolaylık olarak, zaten gaipliğine karar verilmiş bir kişiye miras kalırsa onun yerine mirasçı olacak kimseler, ayrıca bir gaiplik kararı almak zorunda kalmaksızın, bu miras payının kendilerine teslimini talep edebilir. Örneğin; eşi (Ş), (G) hakkında gaiplik kararı aldırdıktan bir süre sonra (G)'nin babası (M) ölmüştür. (G)'nin altsoyu bulunmamakla birlikte, tek kardeşi (K) ise hayattadır. Dolayısıyla, TMK m. 587/I gereğince, kardeş (K) tekrar bir gaiplik kararı almak zorunda kalmaksızın, (G)'nin kanunî mirasçısı (Ş) tarafından alınan gaiplik kararına dayanarak, (G) gaip olduğu için babası (M)'nin terekesinin tümünün (yani gaip olmasaydı (G)'ye intikal edecek payın da) kendisine verilmesini isteyebilir.

TMK m. 587/II hükmüne göre ise ilk fıkranın tam tersi bir ihtimal söz konusudur[567]. Bu ikinci ihtimale göre, gaip yerine mirasçı olacak kişilerin elde ettikleri gaiplik kararına, gaibin kendi mirasçıları da dayanabilir ve ayrıca bir gaiplik kararı almalarına gerek olmaksızın gaibin terekesinin teslimini talep edebilir[568]. Birinci fıkraya ilişkin verilen örnek ikinci fıkraya uyarlandığında; (G) ölüm tehlikesi içinde kaybolduktan bir süre sonra baba (M) ölmüş ve sonrasında kardeş (K), (G) hakkında gaiplik kararı aldırarak ona babaları (M)'den düşen miras payını teslim almıştır. (G) hakkında ölüm tehlikesinin

[565] **İmre** ve **Erman**, s. 319.
[566] **İmre** ve **Erman**, s. 319; **Öztan**, *Miras*, s. 381.
[567] **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Gönensay** ve **Birsen**, s. 189; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 417.
[568] **Oğuzman**, s. 314; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 417.

gerçekleştiği (gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu) tarihte ise (G)'nin (P) ve (Ö) adlı iki çocuğu hayattadır. Bu durumda (P) ve (Ö), yeniden gaiplik kararı almaksızın, (K)'nın elde ettiği gaiplik kararına dayanabilir ve babaları (G)'nin terekesinin teslimini talep edebilir (TMK m. 587/II). Dolayısıyla, TMK m. 587 hükmü gaiplik kararının yalnız bu kararı talep edenler değil, ilgilisi olan herkes lehine hüküm ifade etmesinin doğal bir sonucu olarak görülmektedir[569]. Ayrıca bu hüküm, öğretide ifade edildiği üzere, başka maksatla ve başka kişiler tarafından alınmış gaiplik kararlarından çıkarı buna bağlı olanları da yararlandırarak usul ekonomisine hizmet etmektedir[570].

d. Hazinenin Talebi Üzerine Gaiplik Kararı Alınması

Hakları gaibin ölümüne bağlı olan kişilerden (TMK m. 32/I) olması hasebiyle Hazine (Devlet) de bazı şartların varlığında gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilir. Hazinenin gaiplik kararı verilmesi yönündeki talebi, Türk Medenî Kanunu'nda kendisine tanınan iki türlü yetkiye dayanmaktadır. Bu yetkilerinden birincisi, kişilerin en son kanunî mirasçısı olma sıfatından kaynaklanır (TMK m. 501)[571]. Bu yetkiye göre Hazine, mirasçı bırakmaksızın kaybolan kişilerin son kanunî mirasçısı sıfatıyla, onlar hakkında gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilir.

Hazinenin diğer yetkisi ise TMK m. 588'de düzenlenmiştir. TMK m. 588'e göre, *"Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinenin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir* (f. 1). *Gaiplik kararı verilebilmesi için gerekli ilân süresinde hiçbir hak sahibi ortaya çıkmazsa, aksine hüküm bulunmadıkça, gaibin mirası Devlete geçer* (f. 2). *Devlet, gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı, aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi geri vermekle yükümlüdür* (f. 3)*."* Dolayısıyla kanun koyucu Hazineye, bu maddede düzenlenen şartların gerçekleşmesiyle, bu kişi hakkında gaiplik kararı verilmesini talep etme yetkisi tanımaktadır[572]. Ancak Hazineye tanınan bu yetki, ikincil (tâli) niteliktedir[573]. Zira bu

---

[569] **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 563; **İmre** ve **Erman**, s. 319; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 155.
[570] **Dural** ve **Öz**, s. 390; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 155.
[571] **İnan**, s. 118; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 257; **Köprülü**, s. 260.
[572] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 415. Öğretideki aksi görüş ise bunun bir hak değil, yükümlülük olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Dural** ve **Öz**, s. 391; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 157-158.
[573] **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 257; **Öztan**, *Medenî*, s. 232; **Çelik**, s. 109.

yetki, kaybolanın mirasında hak sahibi olan kişilerden hiçbirinin gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurmaması hâlinde söz konusu olur (TMK m. 588/II). Ayrıca, Hazinenin bu yetkisine dayanarak kaybolan kişinin gaipliğine karar verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilmesi, TMK m. 588/I'de düzenlenen iki alternatif şarttan birinin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu şartlar, ölü ya da sağ olduğu belli olmayan kişinin malvarlığının veya ona düşen miras payının en az on yıldan beri resmen yönetilmesi ya da – malvarlığı veya miras payı on yıl resmen yönetilmemiş olsa da – bu kişinin yüz yaşını doldurmuş olmasıdır[574]. TMK m. 588/I anlamındaki resmen yönetimin kapsamına, kaybolan kişinin TMK m. 427/b.1 gereğince yönetim kayyımı marifetiyle idare edilen malvarlığı dâhil olduğu gibi, bu kişiye düşen ve TMK m. 586/I gereğince resmen yönetilen miras payı da dâhildir[575].

Hazinenin gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurabilmesi için TMK m. 588/I'deki iki alternatif şarttan birinin gerçekleşmesi dışında ayrıca gaiplik kararının esasa ilişkin şartlarının[576] gerçekleşmesi aranmaz[577]. Ancak, Hazinenin talebiyle mahkemenin gaipliğe karar verebilmesi, TMK m. 588/II gereğince mahkemenin en az altı aylık süre (TMK m. 33/III) için ilan vermesi şartına bağlıdır[578]. Zira, gerekli ilan süresi içerisinde gaibin sağ olduğuna ilişkin gelecek bir haberin ya da Hazineye tercihen üstün hak sahibi olan bir kişinin ortaya çıkması, malların Hazineye intikalini önler[579]. Yani, TMK m. 588'in uygulanabilmesi için, hakları gaibin ölümüne bağlı olan kişilerden (TMK m. 32/I) hiçbirinin gaiplik kararı verilmesi talebiyle mahkemeye başvurmaması gerekir. Böylece gaibin mirası, TMK m. 588/II gereğince, Hazineye intikal eder. Hazinenin, sahip olduğu itibar dolayısıyla, güvence (teminat) gösterme

---

[574] **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 416; **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 451; **İmre** ve **Erman**, s. 318. Bu hükmü karşılayan eMK m. 530'da sadece malların idaresinden söz edilmesine rağmen, öğretide, bu ifadenin mehaz kanunda açıklandığı şekliyle (ZGB m. 550) miras payının yönetimini de kapsadığı kabul edilmekteydi. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 563; **Oğuzman**, s. 314

[575] **Öztan**, *Miras*, s. 382; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 415-416; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 157; **Gönensay** ve **Birsen**, s. 189.

[576] Bkz. TMK m. 32/I ve TMK m. 33/I.

[577] **Dural** ve **Öz**, s. 391; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 257; **Çelik**, s. 109; **Oğuzman**, s. 314; **Tekinay**, *Medenî*, s. 218-219. Ancak, bu durumda TMK m. 33/I'deki bir ve beş yıllık süre şartının aranmamasının malvarlığı veya miras payı resmen yönetilen kimsenin yüz yaşını doldurması nedeniyle Hazinenin yapacağı başvurularda bir eksiklik teşkil edebileceği yönünde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 158-159.

[578] **Dural** ve **Öz**, s. 391; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 416; **Oğuzoğlu**, s. 240. TMK m. 588'e dayanan bir talep söz konusu olduğunda, hâkimin delillerle yetinmemesi ve savcılığa yazı yazarak kayıp kişinin hayatta olup olmadığı hakkında zabıtaca soruşturma yaptırmasının da zaruri olduğu yönünde bkz. **Tekinay**, *Medenî*, s. 220.

[579] **Dural** ve **Öz**, s. 391; **Oğuzoğlu**, s. 240.

yükümlülüğü yoktur[580]. Ancak Hazine, TMK m. 588/III hükmüne göre, sonradan ortaya çıkacak gaibe veya üstün hak sahiplerine karşı aynen gaibin mirasını teslim alanlar gibi (TMK m. 585) geri vermekle yükümlüdür[581].

D. Gaiplik Kararının Hükmünü Yitirmesi

Mahkemece verilen gaiplik kararı, gaibin günün birinde ortaya çıkması veya hayatta olduğunun anlaşılması ya da ölümünün tespit edilmesi ile birlikte hükümsüz hâle gelir[582]. Gaiplik kararının hükümsüzleşmesiyle birlikte bu kararın hukukî sonuçları da kural olarak ortadan kalkar[583]. Ancak gaibin ortaya çıkması, hayatta olduğunun anlaşılması veya ölümünün tespit edilmesi durumunda, hukukî güvenlik gereğince, kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi gerekir. Bunun içinse uygulamada "gaiplik kararının kaldırılması davası" adı verilen bir davanın açılması ve mahkemenin tespiti ile fiili durumun hukukî duruma uygun hâle getirilmesi gerekir (TMK m. 39 ve NHK m. 35/I)[584]. Bu tespit davasını, hakkında gaiplik kararı bulunan kimse veya herhangi bir ilgili açabilir[585]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, mahkemenin gaiplik kararının kaldırılmasına yönelik kararı, kurucu olmayıp açıklayıcı niteliktedir[586]. Zira, gaibin

---

[580] **İnan**, **Ertaş** ve **Albaş**, s. 451; **İmre** ve **Erman**, s. 318; **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 36; **Dural** ve **Öz**, s. 388 ve 391; **Helvacı**, s. 42; **Ayan** ve **Ayan**, s. 183; **Öztan**, *Miras*, s. 382; **Serozan** ve **Engin**, s. 495, dn. 13; **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 416; **Tekinay**, *Medenî*, s. 222; **Gönensay** ve **Birsen**, s. 189; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 564. *"Hazinenin […], gaiplik kararı verildikten sonra mallara el koyabilmek için de ayrıca bir dava açması gerekmez. Gaiplik kararının verilmesiyle mallar kendiliğinden Hazineye geçer."* Bkz. **Zevkliler**, **Acabey** ve **Gökyayla**, s. 581. Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 159.

[581] TMK m. 588/III hükmü, gaibi ve üstün hak sahiplerini korumayı amaçlamaktadır. Bkz. **Eren** ve **Yücer Aktürk**, s. 417. Ayrıca, kaybolan kişinin taşınmazları mevcutsa devletin taşınmaz üzerinde zilyetliği bulunmadığından, hazinenin TMK m. 713/II'deki olağanüstü zamanaşımı hükmüne dayanarak tapu iptali ve tescil davası açma yetkisi yoktur. Öğretide ve yargı kararlarında kabul edildiği üzere, hazinenin kaybolan kişinin taşınmazları hakkında tapu kütüğüne tescil talebi için, öncelikle TMK m. 588'deki şartların gerçekleşmesi ve sonrasında hazinenin talebi üzerine ilgili kişi hakkında mahkemenin gaiplik kararı vermesi gerekir. Bkz. **Yarg. 8. HD.** 02.07.2012 T., 2012/5835 E., 2012/6600 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 13.03.2018. Aynı yönde bkz. **Antalya** ve **Sağlam**, s. 325; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 37.

[582] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 270.

[583] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Abik**, s. 168; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 270.

[584] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 263-264; **Yarg. 2. HD.** 21.05.1962 T., 3038 E., 2919 K.: *"Gaipliğine karar verilen kimsenin hayatta olduğu veya öldüğü sonradan anlaşılırsa, gaiplik kararının iptali veya bunun nüfus sicilinde kaydının ölüm kaybı ile değiştirilmesi talep ve dava olunabilir."* Bkz. **İmre**, s. 507-508, dn. 13; **HGK.** 16.05.2007 T., 2007/2-276 E., 2007/278 K.: *"... gaiplik kararının verilmesinden sonra gaibin hayatta olduğuna dair bilgi sahibi olunması ya da ölmüş olduğunun belirlenmesi halinde, bu kararın bir hükmünün kalmadığı ve ilgililerince iptalinin istenebileceği kuşkusuzdur. Eş söyleyişle, tüm nizasız kaza hallerinde olduğu gibi bu hallerde gaiplik kararının kaldırılmasını her ilgili dava edebilir."* Bkz. www.kararara.com, E.T.: 14.03.2019. Ayrıca bkz. **Abik**, s. 168; **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*, s. 37; **Köprülü**, s. 258; **Saymen**, s. 56 ve dn. 61; **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*, s. 231.

[585] **Oğuzman**, **Seliçi** ve **Oktay-Özdemir**, s. 38; **Abik**, s. 168-169; **Tokat**, *Gaiplik*, s. 266.

[586] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 263, 269 ve 270.

ortaya çıkması veya ölümünün tespit edilmesiyle birlikte gaiplik kararı esasen hükmünü yitirmiştir.

Gaibin ölümünün tespiti hâlinde gaiplik kararı hükümsüz hâle gelir. Ancak bu hâlde gaiplik kararının kişiliğin sona ermesine bağlı olan hukukî sonuçları ortadan kalkmaz; sadece kişiliğin sona erme anı bakımından farklılıklar ortaya çıkabilir[587]. Zira öldüğü tespit edilen gaibin kişiliğinin sona erdiği an, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarih olmayıp, ölüm tarihidir[588]. Bu anlamda, gaibin öldüğü tarihin tespiti mirasında hak sahibi olan kişilerde bir değişiklik meydana getirirse, gaibin mirasına el koyanlar, terekeden iktisaplarını gerçek hak sahiplerine geri vermekle yükümlü hâle gelir (TMK. m. 585).

Gaibin ortaya çıkması veya hayatta olduğunun anlaşılması durumunda ise gaiplik kararının kişiliğin sona ermesine bağlı olan hukukî sonuçları kural olarak ortadan kalkar. Nitekim gaibin mirasına el koymuş olanlar, terekeden iktisaplarını gaibe geri vermekle yükümlü hâle gelir (TMK. m. 585)[589]. Fakat gaiplik nedeniyle evliliğin feshine de karar verilmişse (TMK. m. 131) fesih kararı geçerliliğini korur[590]. Diğer taraftan gaibin eşi evliliğin feshi kararı almamışsa, gaiplik kararı evliliği sona erdirmediğinden, gaibin geri dönmesiyle mevcut evlilik devam eder. Evlilik sona ermediğinden, eşler arasındaki mal rejimi de devam eder. Ancak diğer eş tarafından evliliğin feshi kararı alınmışsa, kanunî mal rejiminin boşanma hükümlerine kıyasen sona erdiğini kabul etmek gerekir[591]. Ayrıca, evlilik feshedilmemiş olsa bile, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten başlayarak üç yüz gün geçtikten sonra doğan çocuk ile sonradan ortaya çıkan gaip koca arasında soybağı kurulamaz (TMK m. 285/III)[592]. Hakkında gaiplik kararı verilen eşin veya velayet altındaki çocuğun sonradan ortaya çıkması hâlinde ise velayet hakkının sona ermediği kabul edilmelidir. Benzer şekilde, vesayet altındaki kimsenin sonradan ortaya çıkması durumunda da vesayetin sona ermediğini kabul etmek gerekir[593]. Diğer taraftan gaibin nişanlısı gaiplik kararından sonra evlenmemiş veya nişanlanmamışsa, tarafların irade

[587] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 270.
[588] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 271.
[589] Gaibin ortaya çıkmasının gaibin mallarının iadesine etkisi hususunda bkz. İkinci Bölüm, IV., C., 2., b., dd., bbb.
[590] Gaibin ortaya çıkmasının evliliğe etkisi hususunda bkz. İkinci Bölüm, IV., C., 1., b.
[591] Gaibin ortaya çıkmasının mal rejimine etkisi hususunda bkz. İkinci Bölüm, IV., C., 1., d.
[592] Gaibin ortaya çıkmasının babalık karinesine etkisi hususunda bkz. İkinci Bölüm, IV., C., 1., e.
[593] Gaibin ortaya çıkmasının velayet ve vesayete etkisi hususunda bkz. İkinci Bölüm, IV., C., 1., f.

beyanlarından aksi anlaşılmadığı sürece, gaip geri döndüğünde nişanlılık ilişkisinin canlanacağı söylenebilir[594].

[594] Gaibin ortaya çıkmasının nişanlılığa etkisi hususunda bkz. İkinci Bölüm, IV., C., 1., a.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK

I. Gaiplik Kavramı

A. Tanımı ve Kapsamı

Arapça'da kullanılan "gâ'ib" (غائب) kelimesi, sözlük anlamıyla görünmeyen, kaybolan, gizlenen şeye ya da kimseye denir[595]. İslam hukukundaki terim anlamıyla ise gaip; hem hayatta olduğu kesin olarak bilinen ancak yeri bilinmeyen bir şahsı, hem de hayatta olup olmadığı bilinmeyen ve "mefkûd" olarak ifade edilen şahsı ihtiva etmektedir[596].

"Mefkûd" (مفقود) kelimesi ise sözlükte "mevcut olmayan, kaybedilmiş, yitirilmiş" anlamlarına gelmektedir[597]. "Mefkûd" isminin kökü olan sülâsî fiilin (فقد) hem bir şeyi "yitirmek" hem de "aramak" anlamına geldiği ifade edilmektedir[598]. Mefkûd şahıs, sözlükteki bu iki anlamı da ihtiva etmektedir. Çünkü mefkûd ailesinden kayıp, ailesi ise onu aramaktadır. İslam hukukundaki terim anlamıyla ise "mefkûd", kaybolmuş ve hayatta olup olmadığına dair hakkında bilgi bulunmayan gaip kişiyi ifade eder[599].

---

[595] Ayhan **Hira**, *Medenî Yargılama Hukuku Açısından İslâm Muhâkeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2015, s. 109. Ayrıca bkz. **İbn Manzûr**, C. 1, s. 655-656, "ġ-y-b" maddesi.

[596] Abdulkerim **Ünalan**, "İslam Hukukunda Gaibin/Mefkûdun Evlilik ve Miras Durumu (Mukayeseli Olarak), *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2001, s. 110-111; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 7; **Hira**, s. 120 ve 128. İslâm muhâkeme hukuku açısından ise gaip terimi, "yeri bilinmediği ya da yeri bilindiği hâlde mahkemeye getirilemediği için duruşmada hazır bulunmayan davalı taraf" anlamında kullanılmaktadır. Bkz. **Hira**, s. 109.

[597] **İbn Manzûr**, C. 3, s. 337, "f-ḳ-d" maddesi; **İbn-i Âbidîn**, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar* (Çev. Ahmed Davudoğlu), Şamil Yayınevi, İstanbul 1983, C. 9, s. 151.

[598] **Serahsî**, *el-Mebsût*, (Ed. Mustafa Cevat Akşit), Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008, C. 11, s. 54. Ayrıca bkz. Şeyhzâde Abdurrahman b. Muhammed (**Dâmad**), *Mecma'u'l-enhur fî şerĥi Mülteḳa'l-ebĥur (Büyük İslam Hukuku - Mecme'ul Enhur - Mültekâ'l-Ebhur'un Şerhi)* (Çev. Mehmet Çelik), Yasin Yayınevi, İstanbul 2010, C. 3, s. 724; Abdullah bin Mahmûd el-**Mevsilî**, *el-İhtiyâr li-Ta'lilî'l-Muhtâr*, Nuh Yayıncılık, İstanbul 2017, C. 3, s. 139; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 5; **Hira**, s. 115.

[599] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul 1316, s. 3; **Gözübenli**, s. 353; **Dâmad**, C. 3, s. 724; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 151; **Mevsilî**, C. 3, s. 139; Ömer Nasuhî **Bilmen**, *Hukûk-i İslâmiyye ve Islâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Ravza Yayınları, İstanbul 2013, C. 7, s. 210; Vehbe **Zuhayli**,

Dolayısıyla, İslam hukukunda kullanılan gaip teriminin "mefkûd"u da ihtiva edecek şekilde genel bir içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Böylelikle, İslam hukukundaki her "mefkûd"u gaip saymak mümkün olmakla birlikte, her gaibi "mefkûd" saymak mümkün değildir[600]. Zira, hayatta olduğuna dair haber alınan gaip kişi, "mefkûd" sayılmaz[601].

İslam hukuku kaynaklarında "mefkûd", "gaybet-i munkatı'a ile gâib" (irtibatın kesildiği gaip) şeklinde ifade edilirken; hayatta bulunduğuna dair haber alınan gaip kimse ise "gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib" (irtibatın kesilmediği gaip) şeklinde ifade edilmektedir[602]. Bu çalışmada incelenen gaiplik türü, İslam hukukundaki "mefkûd" adı verilen gaip ("gaybet-i munkatı'a ile gâib") olup; İslam hukukunda gaiplik kavramı içerisinde değerlendirilen irtibatın kesilmediği gaip ("gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib") ise konunun dışında kalmaktadır[603].

B. Hukukî Dayanağı

İslam hukukunda gaipliğe dair hükümler, temel olarak ıstıshab deliline dayandırılır[604]. Sohbet kökünden türeyen "ıstıshab" sözcüğü, beraber bulunma, beraberliğin devam

---

İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, Risale Yayınları, İstanbul 1992, C. 7, s. 263; **Şener**, s. 164; Cevad Abdürrahim **Gücün**, *Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları*, 3. Cilt, 1. Kısım, İstanbul 1951, s. 74; **Erdoğan**, s. 355; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 445; **Döndüren**, s. 120; **Gökmenoğlu**, s. 51-52; **Aktan**, s. 31; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 5; **Seydîşehrî**, s. 22; **Hira**, s. 117. Kadri Paşa'nın kanun taslağının 571. maddesinde de "mefkûda" (kaybolana) ilişkin benzer bir tanım esas alınmıştır: "Yeri bilinmeyen, yaşayıp yaşamadığından haber alınamayan gâ'iblere mefkûd denir." Bkz. **Akgündüz,** s. 1667.

[600] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 8.

[601] **Seydîşehrî**, s. 22.

[602] **Gözübenli**, s. 356; **Ünalan**, s. 110-111; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 3; **Gücün**, s. 74; **Erdoğan**, s. 355; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 7-8; **Hira**, s. 120. İslam hukukundaki gaiplik kavramının bu iki türünün, hükümleri itibariyle de birbirlerinden ayrıldıkları yönünde bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 210. İki gaiplik türü arasındaki hüküm farklılıklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Hira**, s. 121. Ancak İslam hukuku uygulamasındaki "gâib" terimi, genellikle, hayatta olduğu bilinmekle beraber bulunduğu yer bilinmeyen, yani "irtibatın kesilmediği gaip" için kullanılmaktadır. Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 8; **Gözübenli**, s. 353; **Erturhan**, s. 48; **Gökmenoğlu**, s. 52; **Zerkâ**, s. 1080; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249 ve 375; **Döndüren**, s. 120; **Avcı**, s. 231; **Dönmez**, C. 2, s. 66; **Uzunpostalcı**, s. 73.

[603] İslam hukukundaki "mefkûd" terimi, Türk medenî hukukunun aksine, mahkemece gaiplik kararı verilmeden önceki dönemde "kaybolan" kişi için kullanıldığı gibi, bu kararın verilmesiyle "gaip" sayılan kişi için de kullanılmaktadır. Ancak çalışmanın genelinde terminoloji bütünlüğü sağlamak amacıyla İslam hukukuna göre hakkında gaiplik kararı verilmiş kişiyi ifade etmek üzere "gaip" terimi, hakkında henüz bu karar verilmemiş kişiyi ifade etmek üzere ise "kaybolan" terimi tercih edilmiştir. Dolayısıyla çalışmada kullanılan "kaybolan" ve "gaip" terimleri ile İslam hukukundaki "mefkûd" adı verilen gaip ("gaybet-i munkatı'a ile gâib") anlaşılmalıdır.

[604] **Serahsî**, C. 11, s. 54; **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **Dâmad**, C. 3, s. 726; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 151; **Bilmen**, C. 7, s. 210; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 11. İslam hukukunda gaipliğe doğrudan dayanak teşkil edecek bir âyet veya hadis bulunmadığından, konuya ilişkin içtihadlar ıstıshab delilinin yanı sıra bazı sahâbî sözlerine de dayandırılmıştır. Bkz. **Gözübenli**, s. 353.

etmesi gibi anlamlara gelmektedir[605]. İslam hukukundaki terim anlamıyla ise "ıstıshab", geçmişte sabit bulunan bir durumun, aksini ortaya koyan bir delil çıkmadıkça, sonrasında da mevcut olduğuna hükmetmektir[606]. İslam hukuku sistematiğinde özellikle Hanefîler tarafından mahiyeti itibariyle bizatihi fıkhî (hukukî) bir delil ve "istinbât"[607] kaynağı kabul edilmeyen ıstıshab, bir problemin doğrudan "nass"ların[608] delâletiyle veya mevcut yöntemlerin işletilmesiyle çözülememesi durumunda devreye giren, bir "yedek delil" görünümündedir[609].

İslam hukukunun ilk dönemlerden itibaren değişik yönleriyle küllî kâide olarak da dile getirilen ıstıshab düşüncesi, Mecelle'de *"Şekk ile yakîn zâil olmaz."* (m. 4)[610]; *"Bir şeyin bulunduğu hâl üzre kalması asıldır."* (m. 5)[611]; *"Kadîm kıdemi üzerine terk olunur."* (m. 6)[612]; *"Berâ'et-i zimmet asıldır."* (m. 8)[613]; *"Sıfât-ı ârızada asl olan ademdir."* (m. 9)[614]; *"Bir zemânda sâbit olan şeyin hilâfına delîl olmadıkça bekāsıyla hükmolunur."* (m. 10)[615] şeklinde ifade edilen küllî kâidelerde karşılığını bulmuştur[616]. Ayrıca, İslam hukuku literatüründe zikredilen "Eşyada aslolan ibâhâdır (mubahlıktır)" kuralı ve Mecelle'de düzenlenen iddia edenin delil getirme yükümlülüğü (m. 76-77)[617] de ıstıshabın örneklerinden sayılmaktadır[618]. Bu ilkelerle de bağlantılı olarak, klasik

---

[605] Ali **Bardakoğlu**, "İstishâb", DİA, İstanbul 2001, C. 23, s. 376; Osman **Şahin**, "İslâm Hukuk Metodolojisinde İstishâb", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 12-13, 2001, s. 491; Yunus **Apaydın**, *İslam Hukuk Usulü*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Kimlik Yayınları, Kayseri 2017, s. 126; **Apaydın**, *Fıkıh*, s. 158.

[606] **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 376; **Erdoğan**, s. 260; **Apaydın**, *Usul*, s. 126; **Apaydın**, *Fıkıh*, s. 158; **Molla Hüsrev**, *Fıkıh Usûlü (Mirkâtü'l-Vüsûl Tercümesi ve Şerhi)*, (Tercüme ve Şerheden: Haydar Sadıkoğlu), 2. Baskı, Özgü Yayınevi, İstanbul 2014, s. 360; Muhammed **Ebû Zehra**, *İslam Hukuku Metodolojisi – Fıkıh Usûlü* (Çev. Abdulkadir Şener), 12. Baskı, Fecr Yayınları, Ankara 2014, s. 253; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 11.

[607] İslam hukukunda "İstinbât", "Kur'ân ve sünnet nasslarını anlayabilme ve onlardan hüküm çıkarma çalışması" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Erdoğan**, s. 268.

[608] İslam hukukunda "Nass", "Vahiy ile sabit ifade; Kur'ân ayetlerine ve hadislere verilen ortak ad" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Erdoğan**, s. 447.

[609] **Apaydın**, *Usul*, s. 126; **Apaydın**, *Fıkıh*, s. 158; **Ebû Zehra**, s. 253 ve 259; **Dâmad**, C. 3, s. 727; **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 380.

[610] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 49.

[611] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 51.

[612] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 54.

[613] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 56.

[614] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 58.

[615] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 61.

[616] **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 380. Istıshab açısından en önemli ilkelerin "Eşyada aslolan ibâhâdır (mubahlıktır)" ve "Berâet-i zimmet asıldır" ilkeleri olduğu yönünde bkz. **Apaydın**, *Usul*, s. 127-128; **Apaydın**, *Fıkıh*, s. 159-160.

[617] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 153 vd.

[618] **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 380.

literatürde zikredilen ıstıshab türlerinin başlıcaları şunlardır[619]: "Berâet-i Asliyye (Berâet-i Zimmet) Istıshabı", "İbâha-i Asliyye Istıshabı" ve "Şer'î Hüküm (Vasıf) Istıshabı", "İcmâ Istıshabı" ve "Istıshab-ı Maklûb".

İslam hukuku kaynaklarında ıstıshab deliline verilen en bariz örnek, kaybolan kişinin hukukî durumudur. İslam hukukuna göre kaybolanın hukukî durumu, ıstıshab türlerinden şer'î hüküm (vasıf) ıstıshabına dayandırılmaktadır[620]. Hanefî ve Malîkilere göre "vasıf ıstıshabı"[621] ispatta değil defide hüccettir; yani bu delil ile yeni haklar elde edilmez, fakat bu sayede eski hakların gitmesi önlenir[622]. Bu nedenle, Hanefî ve Malîkilere göre, hayatta olduğu önceden sabit olan kayıp kişi, vefatı hakkında bir delil bulunmadığı sürece hayatta kabul edilir[623]. Şafîî ve Hanbelîlere göre ise "vasıf ıstıshabı", hem defide hem de ispatta hüccettir[624]. Bu sebeple onlar; ölümüne hükmedilinceye kadar kaybolanı sağ kabul etmekle birlikte, bu süreç içerisinde kendisine ait malların mülkiyet hakkına sahip olduğu gibi, kendisine miras, vasiyet ve benzeri yollarla mal intikal edebileceğini de kabul etmektedir[625].

Öğretideki hâkim görüşe göre İslam hukukçuları, sağ ya da ölü olduğu muğlak olan kaybolanın mutlak olarak sağ sayılmasının ortaya çıkarabileceği hukukî problemlerin önüne geçmek istemiş ve hâkim tarafından ölümüne hükmedilinceye kadar kaybolanı kazanılmış hakları bakımından sağ, kazanacağı hakları bakımından ise ölü kabul etmiştir[626]. Diğer bir ifadeyle kaybolan, kendisine zararlı ancak başkasına faydalı olan hükümler hususunda hayatta kabul edilirken; tam tersine, kendisine faydalı ancak

---

[619] **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 378.
[620] **Ebû Zehra**, s. 255; **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 379.
[621] *"Daha önceden sabit olan bir vasfın, var olmaya devam etmesi asıldır."* Bkz. **Erdoğan** s. 260-261. *"Bu tür istishâb, aslî ibâha ve berâet istishâblarının âdeta simetriğinde yer alıp onları tamamlayıcı niteliktedir."* Bkz. **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 379. *"Bu gibi vasıflar şek ile zâil olmaz (şüphe ile ortadan kalkmaz.)."* Bkz. **Ebû Zehra**, s. 255 ve 259.
[622] **Ebû Zehra**, s. 255-256; **Serahsî**, C. 11, s. 54; **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 152; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 11. İslam hukukuna göre kaybolanın evliliğinin ve malları üzerindeki mülkiyet hakkının devam ettirilmesi, yani kendi hakları bakımından sağ kabul edilmesi, başkalarına karşı koruma sağladığından " def' "; kayıp bulunduğu süre zarfında başkaları açısından sağ sayılması ise meselâ miras veya vasiyet yoluyla yeni haklar kazandıracağı için "ispat" sayılmıştır. Bkz. **Bardakoğlu**, "İstishâb", s. 379-380.
[623] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 152; **Bilmen**, C. 7, s. 210; **Erdoğan**, s. 260; **Ebû Zehra**, s. 253 ve 255.
[624] **Ebû Zehra**, s. 256; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 13.
[625] **Ebû Zehra**, s. 256; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 13.
[626] **Gözübenli**, s. 353; **Ebû Zehra**, s. 255; **Gökmenoğlu**, s. 52; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 152.

başkasına zararlı olan hükümler hususunda ise ölü kabul edilir[627]. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenen İslam hukukundaki gaiplik kararının hüküm ve sonuçları, büyük ölçüde bu kural çerçevesinde şekillenmiştir.

C. Temel Unsuru

İslam hukukunda "mefkûd" adı verilen gaipliğin temel unsuru, kaybolanın sağ veya ölü olduğu hususundaki belirsizliktir. Zira hayatta olduğuna dair haber alınan bir kişi, İslam hukukuna göre gaiplik kapsamında sayılsa bile, çalışmanın temelini teşkil eden "mefkûd" anlamında bir gaip sayılmaz[628]. Bu sebeple kaybolanın yerinin bilinmemesi, çalışmamızda inceleyeceğimiz gaiplik kavramına ilişkin bir unsur değildir. İslam hukukuna ilişkin bazı eserlerde "ve yeri bilinmeyen" şeklinde gaip tanımına eklenen unsur ile "yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen" kaybolan kişinin kastedildiği ifade edilebilir[629]. Dolayısıyla bir kişinin hayatta olup olmadığı bilinmiyorsa, İslam hukukuna göre gaip sayılabilmesi için yerinin bilinip bilinmemesine itibâr edilmez; yeri bilinse fakat hayatta olup olmadığı bilinmese o yine de gaip sayılır[630]. Nitekim kimi İslam hukukçuları düşman ülkesinde esir alınan Müslüman bir şahsı, bulunduğu yer bilinmesine rağmen, sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinmediği için gaip saymıştır[631].

İslam hukukuna göre gaipliğe ilişkin hükümler, kadın ve erkek için ortak olan hükümlerdendir[632]. Ancak, geçmiş dönemlerin sosyal gerçekliği olarak daha çok erkekler açısından söz konusu olmasının yanında, İslam hukukunda erkeğin "talâk" (boşama) yetkisinin ve birden fazla kadınla evlilik müsaadesinin bulunmasından dolayı

---

[627] **Arsebük**, s. 179-180; **Gücün**, s. 74; **Bilmen**, C. 7, s. 210; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 11-12.

[628] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 3; **Bilmen**, C. 7, s. 210; **Erdoğan**, s. 355; **Seydîşehrî**, s. 22; **Hira**, s. 111 ve 115. İslam hukukunda "gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib" şeklinde ifade bulan irtibatın kesilmediği gaipliğe, konumuzun dışında kalmakla birlikte, Türk medenî hukuku ile mukayese amacıyla çalışmanın dördüncü bölümünde yer verilmiştir.

[629] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 152; **Gözübenli**, s. 353; **Hira**, s. 117. Bir kimsenin gaip sayılabilmesi için yerinin bilinmemesinin de şart olduğu yönünde bkz. **Dâmad**, C. 3, s. 724-725; **Zerkâ**, s. 1080; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Akgündüz**, s. 52.

[630] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 7. Ayrıca, kaybolan hakkında mahkemece gaiplik kararı verilmesinin de İslam hukukuna göre "gaip" sayılabilmenin bir unsuru olmadığını söylemek mümkündür. Ancak çalışmada Türk medenî hukuku ile uyumu sağlamak adına, İslam hukukuna göre hakkında gaiplik kararı verilmiş kişiyi ifade etmek üzere "gaip", hakkında henüz bu karar verilmemiş kişiyi ifade etmek üzere ise "kaybolan" teriminin tercih edildiğini bir kez daha belirtmek gerekir.

[631] **Dâmad**, C. 3, s. 725; **Fetâvâyi Hindiyye** (Fetâvâyi Alemgiriyye) (Çev. Mustafa Efe), Akçağ Yayınları, Ankara 1988, C. 4, s. 401; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 152; **Bilmen**, C. 7, s. 210; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 6; **Hira**, s. 117-118; **Aktan**, s. 58.

[632] **Dâmad**, C. 3, s. 724; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 4; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 6.

da İslam hukukuna ilişkin eserlerde kaybolan kişiye ilişkin anlatımların erkek üzerinden sürdürüldüğü görülmektedir[633].

II. Gaiplik Kararının Şartı: Süre

A. Genel Olarak

Bir kaza veya afet gibi ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya bir yolculuğa çıkan ve uzun süredir sağ ya da ölü olduğuna ilişkin bir haber alınamayan veya savaşta esir düşen kişiler hakkında bir belirsizlik hâli mevcuttur. İşte İslam hukukçuları, geliştirdikleri içtihatlarla bu belirsizlik hâlini aşmaya çalışmış ve özellikle süre şartını bu hususta kıstas olarak almıştır. Dolayısıyla İslam hukukçuları, "mefkûd" (kaybolan) olarak adlandırdıkları bu kişiler hakkında takdir ettikleri belirli sürelerin geçmesiyle "hükmen ölüm" (gaiplik) kararı verilebileceğini kabul etmiştir. İslam hukukunda mahkemenin gaiplik kararı verebilmesi için geçmesi gereken süreçte ise kaybolan, kazanılmış hakları bakımından sağ; kazanılacak hakları bakımından ise ölü sayılmıştır[634].

Mahkemenin kaybolan hakkında gaiplik kararı verebilmesi için ne kadar sürenin geçmesi gerektiği hususu, İslam hukukunda ihtilaflı bir mesele olup, bu hususta ayrıntılı bir öğreti teşekkül etmiştir[635]. Zira, Kur'an-ı Kerim'de bu hususa ilişkin açık bir hüküm mevcut olmadığı gibi, Hz. Peygamber'den rivâyet olunan kesin bir hadisin bulunmadığı da ifade edilmektedir[636]. Bu sebeple İslam hukukçuları, geçmesi gereken süreye ilişkin farklı içtihatlar geliştirmiş[637] ve bu içtihatlarda genellikle "zann-ı gâlib"[638] (kuvvetli olasılık) ifade eden karineler ile hareket etmiştir[639]. İslam hukukçularının bu hususta farklı görüşler ileri sürmesinin nedeni olarak, eski devirlerdeki sürekli nakil

---

[633] **Gözübenli**, s. 353; **Ünalan**, s. 111; **Hira**, s. 116.
[634] **Gözübenli**, s. 353.
[635] **Seydîşehrî**, s. 25-26; **Şener**, s. 164; **Gözübenli**, s. 354.
[636] **Mevdûdî**, *İslâm'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları)* (Çev. Memiş Tekin), 4. Baskı, Kitap Dünyası Yayınları, Konya 2013, s. 144.
[637] **Mevdûdî**, s. 145.
[638] Büyük bir ihtimâl, kuvvetle tahmin etmek, gerçeğe en yakın zann (şüphe) demektir. Bkz. **Molla Hüsrev**, *Gurer ve Dürer Tercümesi (İslâm Fıkhı ve Hukûku)* (Çev. Arif Erkan), Eser Neşriyat, İstanbul 1980, C. 3, s. 166, dn. 5. *"Fıkhın amelî konularında ise zannın muteber kabul edildiği, bu konulardaki zann-ı gālibin yakīn mesabesinde sayılması gerektiği İslâm âlimlerince yaygın kabul görmüştür. Fukahaya göre hakikatine vâkıf olunamayan, gerçekte ne olduğu bilinemeyen konularda zan yakīn hükmündedir ve yakīn gibi değerlendirilir."* Bkz. H. Yunus **Apaydın**, "Zan", DİA, C. 44, İstanbul 2013, s. 122.
[639] **Döndüren**, s. 120; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 74.

vasıtalarının yokluğu gösterilmektedir. Bu anlamda günümüz öğretisinde, İslam hukukçularının açıklayacağımız görüşlerinden kısa sürelere yönelmenin gerekliliği ifade edilmektedir[640]. Ayrıca, İslam hukukunda içtihatlarla kabul edilen bu süreler içerisinde kaybolanın öldüğünün kesin delil ("beyyine"[641]) ile sabit olması hâlinde kaybolan statüsünden çıkacağını ve hakkında gerçek ölümün hüküm ve sonuçlarının uygulanacağını da göz önünde bulundurmak gerekir[642].

Kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süre hususunda İslam hukuku öğretisinde tafsilatlı hükümler mevcuttur. Bu hususta özellikle İslam hukukçularının içtihatlarına ve bu içtihatlara ilişkin Osmanlı hukukundaki uygulamaya yer vermek gerekir.

B. Gaipliğe Hükmedilebilmesi için Geçmesi Gereken Süre Hususunda İslam Hukukçularının İçtihatları

1. Hanefî Mezhebinin Görüşü

Hanefî mezhebindeki genel kabul gören görüşe göre, kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süre, akranlarının[643] yaşam süresine kıyasen takdir edilir. Dolayısıyla, Hanefî mezhebine göre, akranlarının hepsi öldüğünde kaybolanın da ölümüne hükmedilir[644]. Hanefîlerin bu hükme varırken dayandıkları kaide, Mecelle m. 42'de karşılığını bulan, *"İ'tibâr gālib-i şâyi'a olup nâdire değildir"* küllî kaidesidir[645].

---

[640] Ömer **Ferruh**, *İslâm Aile Hukuku* (Çev. Yusuf Ziya Kavakçı), 2. Basım, Sebil Yayınevi, İstanbul 1994, s. 131; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 84.

[641] İslâm muhâkeme hukukunda kesinlik ifade eden belli ispat vasıtalarına verilen genel bir ad olan "beyyine", "bir hakkın veya kendisine hukukî sonuç bağlanan bir olayın ispatını sağlayan özel kati delil" demektir. Bu da genelde şahitlik, yazılı delil ve kesin karîne şeklinde üç grupta ele alınmaktadır. Bkz. Ali **Bardakoğlu**, "Beyyine", DİA, İstanbul 1992, C. 6, s. 97.

[642] **Gözübenli**, s. 353.

[643] Buradaki "akran" tabiri ile kast edilen kişiler, genel kabul gören görüşe göre, kaybolanın kendi memleketindeki yaşıtlarıdır. Bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 159; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 402; **Kadri Paşa**, m. 578 (**Akgündüz,** s. 1667); **Bilmen**, C. 7, s. 220; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 75-76.

[644] **Serahsî**, C. 11, s. 56; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 159; **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Mevsilî**, C. 3, s. 141; **Dâmad**, C. 3, s. 728; **Zuhayli**, C. 7, s. 264; **Döndüren**, s. 120; **Uzunpostalcı**, s. 75; **Kadri Paşa**, m. 578 (**Akgündüz,** s. 1667); **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 75-76; **Gözübenli**, s. 354; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376.

[645] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 82-83. Mecelle m. 42'de karşılığını bulan bu kaidenin ayrıntılı açıklaması için bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 106-107.

Zira bu kaideye göre, akranlarından kimse kalmamış bir kişinin hayatta olması nadirdir ve şeri (İslam hukukuyla ilgili) hükümler nadirat üzerine bina edilemez[646].

Hanefîlere göre kaybolanın akranlarının ne kadar süre yaşadıkları tespit edilemezse, tayin edilen belli sürelerin geçmesiyle kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilir[647]. Ancak geçmesi gereken sürenin miktarı hususunda Hanefî hukukçular farklı görüşler ileri sürmüştür. Hanefî mezhebinin ilk dönem hukukçuları ("mütekaddimîn"), kaybolanın akranlarından en uzun yaşayana itibar ederek, doksan, yüz ve yüz yirmi gibi yaşlar takdir etmişken; son dönem hukukçuları ("müteahhirîn") ise ortalama yaşa itibar etmiş ve bu yaşı altmış olarak takdir etmiştir[648].

Hanefî mezhebinin ilk dönem hukukçularından Serahsî'ye göre ise, kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için herhangi bir süre sınırlaması yapılamaz; zira ona göre "Miktarlar, rey ile tâyin edilemez."[649]. Benzer şekilde Zeylaî'ye göre ise, insanların ömürleri yaşadıkları yere ve "zann-ı gâlib" (kuvvetli olasılık) de kişiye göre farklılaşacağından, kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için belirli bir süre konulamaz; zira bu hususu (her somut olaya göre) hâkim takdir etmelidir[650]. Son dönem Hanefî hukukçularından İbn-i Âbidîn de bu konuda Zeylaî'nin görüşüne katılmış ve Hanefî mezhebinin kurucusu Ebû Hanîfe'ye de nispet ederek, *"Hâkim, mefkûdun ölümüne, akranlarının ölmüş olmasına, zamana ve mekâna bakarak hüküm verir."* demiştir[651].

---

[646] **Serahsî**, C. 11, s. 56; **Dâmad**, C. 3, s. 729; **Bilmen**, C. 7, s. 220; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 75.

[647] **Mevsilî**, C. 3, s. 141; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 76.

[648] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 159-160; **Bilmen**, C. 7, s. 220-221; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77. Ayrıca bkz. **Uzunpostalcı**, s. 75-76; **Mevdûdî**, s. 145. Hanefî mezhebinin sonraki dönem ("müteahhirîn") hukukçularından sayılan İbn-i Hümam ise Hz. Peygamber'in *"Ümmetimin ömürleri (ortalama olarak) altmış ile yetmiş yaş arasındadır."* hadis-i şerifine dayanarak ortalama yaşı yetmiş olarak belirlemiştir. Bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 160; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77. Ayrıca bkz. Bkz. Eyyüp Said **Kaya**, "Mütekaddimîn ve Müteahhirîn", DİA, C. 32, İstanbul 2006, s. 188. Hanefî mezhebinde bu hususta birçok farklı görüşün ortaya çıkmasının mezhep içi bir ihtilaf teşkil etmediği, yalnızca ortalama yaşın uzunluğu hususunda fukahanın görüşlerinin farklı olmasından ileri geldiği yönünde bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 160; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77.

[649] **Serahsî**, C. 11, s. 57. Aynı yönde bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 220; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77. Bu görüşün Hanefî mezhebinin kurucu imamı Ebû Hanîfe ile diğer Hanefî imamlarından rivayet olunduğu yönünde bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 220.

[650] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 160-161; **Bilmen**, C. 7, s. 220; **Gözübenli**, s. 354; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77. Kıyasa en uygun olanın süre takdir edilmemesi olduğu yönünde bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Bilmen**, C. 7, s. 220.

[651] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 161. Ayrıca bkz. **Gözübenli**, s. 354; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77. Diğer taraftan Hasan b. Ziyad ise Ebu Hanife'nin bu süreyi kaybolanın doğumundan itibaren yüz yirmi

Belirtilen görüşler çerçevesinde kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süre hususunda Hanefî hukukçularının genel temayülü, bu hususun tek bir süre ile sınırlandırılmaması gerektiği ve hâkim tarafından her somut olaya göre ayrı süre tayin edilmesinin daha doğru olacağı yönündedir[652]. Zira örneğin, büyük bir mevki sahibinden haber alınamadığı takdirde öldüğü hakkında "zann-ı gâlibin" (kuvvetli olasılığın) meydana gelmesi, diğer kişilere oranla daha kısa sürer[653].

2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü

Kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süre hususunda İmam Şâfiî'den – eski ve yeni olmak üzere – iki farklı görüş aktarılmaktadır.

İmam Şâfiî'nin eski görüşünün[654], kişinin kaybolduğu tarihten itibaren dört sene geçtikten sonra hakkında gaiplik kararı verilebileceği yönünde olduğu ifade edilmektedir[655].

İmam Şâfiî'nin yeni görüşünün ise, kaybolanın öldüğüne dair delil getirilmedikçe hakkında gaiplik kararı verilemeyeceği yönünde olduğu ifade edilmektedir[656].

Şâfiî mezhebindeki yaygın görüşün ise şu yönde olduğu ifade edilmektedir: Hâkim, kaybolanın daha fazla yaşayamayacağı bir sürenin geçtiğine kanaat getirdiğinde hakkında gaiplik kararı verebilir[657].

3. Mâlikî Mezhebinin Görüşü

Mâlikî mezhebinin kurucusu İmam Mâlik, tehlike şartları dışında kaybolanlar hakkında akranlarının ortalaması diyebileceğimiz bir yaşam süresi geçinceye kadar beklenmesi gerektiğini ve bu süre geçmeden haklarında gaiplik kararı verilerek terekelerinin taksim

---

yıl olarak takdir ettiğini rivayet etmiştir. Bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Mevsilî**, C. 3, s. 141; **Zuhayli**, C. 7, s. 264; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 76.

652 **Ekinci**, s. 399.

653 **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 161; **Dâmad**, C. 3, s. 728; **Bilmen**, C. 7, s. 220; **Gözübenli**, s. 354; **Ekinci**, s. 399; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 77-78.

654 İmam Şâfiî'nin görüşleri Mısır öncesi ve sonrası olmak üzere iki dönemde ele alınmaktadır. Bu nedenle birinci döneme ait görüşleri "mezheb-i kadîm" veya "kavl-i kadîm", ikinci döneme ait olanlar ise "mezheb-i cedîd" veya "kavl-i cedîd" şeklinde anılmaktadır. Bkz. Bilal **Aybakan**, "Şâfiî", DİA, İstanbul 2010, C. 38, s. 224. Çalışmada İmam Şâfiî'nin birinci döneme ait görüşleri "eski görüş", ikinci döneme ait olanları ise "yeni görüş" şeklinde zikredilmiştir.

655 **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 78; **Gözübenli**, s. 354.

656 **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 79; **Gözübenli**, s. 354.

657 **Gözübenli**, s. 354.

edilemeyeceğini ifade etmiştir[658]. İmam Mâlik'in bu görüşünün genel olarak Hanefîler ile aynı yönde olduğunu söylemek mümkündür[659]. Ancak, kaybolanın akranlarının ortalama yaşam süresinin tespiti hususunda Mâliki hukukçular, yetmiş ila yüz yaş arasında değişen süreler takdir etmiştir[660]. Dolayısıyla, Mâliki mezhebine göre, tehlike şartları dışında kaybolan kişi hakkında en azından yetmiş yaşına ulaşmadıkça gaiplik kararı verilemez ve bu kişinin mirası açılamaz[661]. Diğer taraftan, savaş veya salgın hastalık, tabii afet, deniz kazası gibi tehlike şartları içinde kaybolan kişiler hakkında ise Mâliki mezhebi, gerekli araştırma yapıldıktan sonra bir yıl beklenmesi gerektiğini ve bu sürenin bitiminde haklarında gaiplik kararı verilebileceğini kabul etmiştir[662]. Böylece, Mâliki mezhebine göre, tehlike şartları içinde kaybolan kişi bir yıl içinde ortaya çıkmamış veya ondan herhangi bir haber alınamamışsa mahkemece "hükmen ölü" sayılarak mirası açılır ve eşi vefat iddeti beklemeye başlar.

4. Hanbelî Mezhebinin Görüşü

Hanbelî mezhebinde ise kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süre hususunda, kişinin içinde kaybolduğu durumların niteliğine göre bir ayırıma gidilmiştir. Bu ayırıma göre, kurtuluşu umulan ve umulmayan olaylarda kaybolan kişilere ilişkin farklı süreler takdir edilmiştir[663].

Hanbelî mezhebinin genel kabulüne göre, ölüm ihtimali kuvvetli olan (kurtuluşu umulmayan) olaylarda kaybolanlara ilişkin kayboluş tarihlerinden itibaren dört yıl beklenmesi gerekir[664]. Bu tür olaylara örnek olarak, savaş safları arasında veya batan bir gemide kaybolan yahut yakın bir yerde işini hemen görüp dönmek için çıktığı hâlde bir daha geri dönmeyen ve kendisinden haber de alınamayan kişiler verilmektedir[665]. Diğer taraftan, ölüm ihtimali kuvvetli olmayan (kurtuluşu umulan) olaylarda kaybolanlara ilişkin ise Hanbelî mezhebinin görüşü, kaybolanın ortalama olarak yaşayabileceği sürenin tamamlanmasına kadar beklenmesi gerektiği yönünde olup, ağırlıklı görüşe

---

[658] **İbn Rüşd**, C. II, s. 480; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 80.
[659] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, m. 42, s. 44; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157.
[660] **İbn Rüşd**, C. II, s. 480; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 80.
[661] **Gözübenli**, s. 354; **Döndüren**, s. 121.
[662] **Gözübenli**, s. 354.
[663] **Hira**, s. 124 vd.; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157.
[664] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, m. 42, s. 45; **Bilmen**, C. 7, s. 224; **Gözübenli**, s. 354; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376; **Hira**, s. 126; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157.
[665] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, m. 42, s. 45; **Hira**, s. 126.

göre, bu yaş doksandır[666]. Bu tür olaylara örnek olarak ise ilim tahsili, seyahat, ticaret gibi ölümcül tehlike arz etmeyen ve yaşama ihtimalinin kuvvetli olduğu sebeplerle yola çıkan, ancak sonrasında kendisinden haber alınamayan kişiler verilmektedir[667].

C. Gaipliğe Hükmedilebilmesi için Geçmesi Gereken Süre Hususunda Osmanlı Hukuku Uygulaması

Kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken sürenin tespiti hususunda Osmanlı hukukunda zaman içerisinde üç tür uygulama benimsenmiştir[668].

İlk uygulama, Osmanlı Devleti'nin "resmî mezhebi"[669] olan Hanefî mezhebinin uygulamasıdır. Bu uygulamaya göre, kaybolanın kendi memleketindeki yaşıtlarının vefat edeceği zamana kadar veya bunun tespiti mümkün değilse doğumundan itibaren doksan yaşını tamamlayıncaya kadar beklenmesi gerekir[670]. Önceden belirtildiği üzere, Hanefî mezhebinin bu görüşünün dayanağı *"İ'tibâr gālib-i şâyi'a olup nâdire değildir"* (Mecelle m. 42) küllî kaidesidir. Nitekim, doksan yaşını tamamlayan kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi de bu kaidenin bir sonucudur[671].

Hanefî mezhebinin bu hususstaki görüşünün uygulamada bazı güçlükler meydana getirmesi sebebiyle Osmanlı hukukunda ikinci uygulama olarak Şâfiî mezhebinin görüşü kabul edilmiştir[672]. Osmanlı hukukundaki Şâfiî mezhebi uygulaması, Şer'iye

---

[666] **Hira**, s. 125; **Gözübenli**, s. 354; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, m. 42, s. 45; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376. Hanbelî mezhebinde ölüm ihtimali kuvvetli olmayan (kurtuluşu umulan) olaylarda kaybolanlara ilişkin sürenin takdirinin hâkime bırakılması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157; **Gözübenli**, s. 354.

[667] **Hira**, s. 125; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, m. 42, s. 45.

[668] **Cin** ve **Akgündüz**, s. 446; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 82.

[669] Bkz. M. Âkif **Aydın**, " Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma 'Tefrik' ", Osmanlı Araştırmaları Dergisi, C. 5, İstanbul 1986, s. 4.

[670] **Kadri Paşa**, m. 578 (**Akgündüz,** s. 1667); **Ekinci**, s. 399; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 446; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 82.

[671] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 107.

[672] **Cin** ve **Akgündüz**, s. 446.

Sicilleri'ndeki bir karardan[673] anlaşıldığı üzere, gaiplik kararı verilebilmesi için kaybolanın yedi yıl beklenmesini şart koşmaktadır[674].

Osmanlı hukukunda bu hususta ki son uygulama ise Mâlikî mezhebi görüşünü kanunlaştıran 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin 127. maddesidir[675]. Bu madde, eşinin kaybolandan mahkeme yoluyla boşanabilmesine (tefrik) ilişkin süreleri düzenlemekle birlikte, gaiplik kararı verilebilmesi için takdir edilen bekleme sürelerini de ifade etmektedir[676]. Dolayısıyla, HAK m. 127'de hâkimin kaybolan hakkında gaiplik kararı verebilmesi için geçmesi gereken süre, normal şartlarda dört yıl; ölüm ihtimalinin yüksek olduğu savaş hâlinde ise tarafların ve esirlerin yerlerine dönmesinden itibaren bir yıl olarak düzenlenmiştir. Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ile ilgili düzenlemelere kaybolanın eşinin boşanabilmesi meselesinde yer verildiği için burada ayrıntıya girilmemiştir.

Osmanlı hukukundaki bu üç tür uygulamadan anlaşılacağı üzere, resmî mezhebi Hanefîlik olan Osmanlı Devleti, bu hususta Şâfiî ve Mâlikî mezhebi hükümlerinden de yararlanmıştır. Bu durumun, kaybolanın yakınlarının mağduriyetini önleyerek, kolaylık sağlama ve ihtiyaçlara cevap verme amacına matuf olduğu görülmektedir[677].

III. Gaiplik Kararının Mahiyeti ve Hüküm Doğurma Anı

İslam hukukuna göre kaybolan kişi, takdir edilen bekleme sürelerinin geçmesiyle değil, ancak hâkimin vereceği gaiplik kararıyla birlikte "hükmen ölü" sayılır[678]. Dolayısıyla İslam hukukunda verilecek gaiplik kararı, açıklayıcı (izhârî) değil; kurucu (inşâî) mahiyettedir. Ancak, İslam hukukuna göre verilecek bu kararın kişinin kaybolduğu

---

[673] 18 Rebiyülevvel 948/1541 tarihli olan ve Gaziantep Şer'iye Sicilleri'nde kayıtlı bulunan karar: *"Antep'ten Mehmet kızı Tatar adındaki hatun kişi, kocası olan Yusuf oğlu Yakup hâlen yedi yıldan beri mutlak surette kayıp olup gitmiştir, diye İsmâil oğlu Mevlânâ Muhiddin ve İsa oğlu Aliyâr adındaki kimseler şahadet eylediler. Zikrolunan kadın, İmam-ı Şâfî mezhebine uyularak, nikâhının fesh olması için, bu hususta ki hukukî hükmü vermek üzere, Ethem oğlu Mevlâna Hacı yetkili nâib tayin olundu. Kendisi dinlendi ve İmam-ı Şâfî kavli üzere nikâhı fesh olundu."* Bkz. **Şer'iye Sicilleri**, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, C. I, s. 290.

[674] Ancak Şâfiî mezhebine ilişkin klasik kaynaklarda bu yedi yıllık sürenin geçmediği görülmektedir. Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 84. Ayrıca bkz. **Gözübenli**, s. 354. Krş. **Ferruh**, s. 131.

[675] **Cin** ve **Akgündüz**, s. 446; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 84. Ayrıca bkz. Orhan **Çeker** (Çev.), *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, 3. Baskı, Mehir Vakfı Yayınları, Konya 2016, s. 55.

[676] **Cin** ve **Akgündüz**, s. 446; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 84. Ayrıca bkz. **Şener**, s. 165; **Döndüren**, s. 120-121.

[677] **Bilmen**, C. 7, s. 227.

[678] **Uzunpostalcı**, s. 77. Ancak İslam hukukunda gaiplik kararının mahiyeti hususunda bir görüşün daha olduğu zikredilmektedir. Bu görüşe göre, öngörülen sürelerin dolması yeterli olup bu hususta ki mahkeme kararı kurucu (inşâî) değil, açıklayıcı (izhârî) niteliktedir. Bkz. **Gözübenli**, s. 355.

tarihten itibaren mi yoksa hükmün verildiği tarihten itibaren mi geçerli olacağının tespiti gerekir. Zira gaiplik kararının hükümlerini doğuracağı an, özellikle gaibin mirasçılarının ve gaiplik kararı verilmesinden önceki süreçte kaybolanın kendisine mirasbırakana mirasçı olup olamayacağının tespitinde kritik bir öneme sahiptir.

İslam hukukçularının gaiplik kararının hükümlerini doğurduğu an hususundaki genel yaklaşımı, bu kararın verilmesinden önceki süreçte kaybolanı kazanılmış hakları bakımından sağ, kazanılacak hakları bakımından ise ölü saymaktır. İşte bu sebeple İslam hukukçuları, verilecek gaiplik kararının gaibin kendisi hakkında karar tarihinden, başkaları hakkında ise kaybolma tarihinden itibaren geçerli olacağını kabul etmiştir[679]. Dolayısıyla hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişi (gaip), kaybolmadan önce kendisi hakkında sabit olan hakları bakımından karar anında ölmüş sayılırken; kaybolduktan sonra kazanacağı (başkalarını ilgilendiren) haklarda ise geçmişe etkili olarak kaybolma anında ölmüş sayılır[680]. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, gaiplik kararının verildiği tarihte açılan gaibin terekesi bu tarihte hayatta olan mirasçıları arasında paylaştırılırken, gaibin kendisi ise kaybolma tarihi ile hakkında gaiplik kararı verildiği tarih arasında ölen yakınlarına mirasçı olamaz[681].

IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları

A. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama

İslam hukukunda mahkemece gaiplik kararı verilmesinden önceki aşamada kaybolan hakkında iki ana kural benimsenmiştir. Bunlar, kaybolanın kazanılmış hakları bakımından sağ, kazanılacak hakları bakımından ise ölü kabul edilmesidir. İşte İslam hukukundaki bu iki kural çerçevesinde, gaiplik kararının verilmesinden önceki aşamada kaybolanın malvarlığına ve ailesine yönelik ayrıntılı tedbirler öngörülmüştür.

---

[679] **Berki**, s. 36; **Seydîşehrî**, s. 26-27; **Molla Hüsrev**, *Gurer ve Dürer*, C. 3, s. 167; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 20, m. 35; **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Dâmad**, C. 3, s. 727 ve 729; **Fetâvâyi Hindiyye**, C. 4, s. 403.

[680] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 20, m. 35; **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Molla Hüsrev**, *Gurer ve Dürer*, C. 3, s. 167; **Dâmad**, C. 3, s. 727 ve 729; **Fetâvâyi Hindiyye**, C. 4, s. 403; **Seydîşehrî**, s. 26-27.

[681] **Berki**, s. 36; **Seydîşehrî**, s. 26-27; **Molla Hüsrev**, *Gurer ve Dürer*, C. 3, s. 167; **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 20, m. 35; **Dâmad**, C. 3, s. 727 ve 729; **Fetâvâyi Hindiyye**, C. 4, s. 403; **Zuhayli**, C. 7, s. 264.

1. Kaybolanın Malvarlığına İlişkin Alınacak Tedbirler

İslam hukukuna göre mahkemece gaiplik kararı verilmeden önce kaybolanın malvarlığına yönelik birtakım tedbirler alınır.

a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresi

Mahkemenin kaybolanın malvarlığına yönelik alacağı tedbirlerden ilki, mevcut malvarlığının korunması ve idâresidir. Bu amaçla hâkim ve hâkimin görevlendireceği kayyım, kaybolanın malvarlığı üzerinde birtakım tasarruflarda bulunabilir.

aa. Hâkimin Velayeti ve Bazı Tasarrufları

İslam hukukuna göre, hâkimin kaybolan üzerinde "velayet"[682] hakkı vardır[683]. Ancak, bu velayet, yalnızca kaybolanın hukukunu korumakla sınırlıdır[684]. Bu sebeple hâkim, kaybolanın mevcut mallarını, ancak bozulma veya zayi olma tehlikesi bulunduğunda satabilir; sattığı bu malların bedelini ise kaybolan adına muhafaza eder[685]. Örneğin, hâkim kaybolanın yiyecek maddesi gibi bozulabilecek mallarını satarak parasını kaybolan adına muhafaza eder; zira bu gibi şeylerin aynen muhafazası mümkün olmayıp parasının muhafazası gerekir[686]. Hâkimin kaybolanın bozulma veya zayi olma tehlikesi bulunmayan malları hususunda ise nafaka ya da başka masrafları karşılamak

---

[682] *"Velâyet fıkıhta 'rızası olup olmadığına bakılmaksızın bir sözün başkası hakkında geçerli ve sonuç doğurucu kılınması' (tenfîz) demektir. (...) Hanefî mezhebinde velâyet şer'an sabit olan velâyet ve mâlikin yetkilendirmesiyle sabit olan velâyet şeklinde iki kısma ayrılır. Şer'an sabit olan velâyetin şer'î velâyet yahut kanunî velâyet diye adlandırılması da mümkündür. Şer'î velâyet kapsamında babanın, -babanın babası olan- dedenin, vasînin ve hâkimin velâyeti yer alır. Şer'î velâyet evlendirme velâyeti ve diğer muâmelât işlemlerine ilişkin velâyet olmak üzere iki kısma ayrılır. Birincisine şahıs üzerinde velâyet, ikincisine mal üzerinde velâyet de denir. Mâlikin yetkilendirmesiyle sabit olan velâyet ise vekâlet ve vasiyettir."* Bkz. H. Yunus **Apaydın**, "Velâyet", DİA, İstanbul 2013, C. 43, s. 16. Türk medenî hukukunda ise velayet, *"küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek şahıslarına (kendilerine), gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere onlara tanıdığı hakların tümüdür."* Bkz. **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 406. Dolayısıyla İslam hukukundaki velayet kavramının, Türk medenî hukukuna nazaran, oldukça geniş kapsamlı olduğu görülmektedir.

[683] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 153; **Bilmen**, C. 7, s. 214; **Şener**, s. 164; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 30. *"Çünkü hâkim, kendisini korumaktan aciz olan herkesi gözetip koruyan bir kişidir."* Bkz. **Serahsî**, C. 11, s. 61.

[684] **Serahsî**, C. 11, s. 62-63; **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Bilmen**, C. 7, s. 214; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 30.

[685] Şeyhü'l-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir **Merginânî**, *El-Hidâye Tercemesi* (Çev. Ahmed Meylânî), 2. Baskı, Hayrettin Kahraman Neşriyat, 2. Cild, İstanbul 1990, s. 352; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 155-156; **Bilmen**, C. 7, s. 214; **Zuhayli**, C. 7, s. 264; **Kadri Paşa**, m. 574 (**Akgündüz,** s. 1667).

[686] **Serahsî**, C. 11, s. 61; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 31.

amacıyla satma yetkisi yoktur[687]. Örneğin, kaybolanın bir evden başka malı olmasa, karısı ve çocuklarının da nafakaya ihtiyaçları olsa, hâkim, sırf onların nafakaları için (zayi veya telef olma tehlikesi bulunmayan) bu evi satamaz[688]. Zira, kaybolanın mallarının aynen muhafazası mümkün olduğu sürece satılması, hâkimin kaybolanın haklarını koruma amacına aykırıdır. Ayrıca kaybolanın bozulma veya zayi olma tehlikesi bulunmayan mallarını satmak, onun kısıtlanması anlamına da geleceğinden İslam hukukunda bu durum uygun görülmemiştir[689]. Eğer bu tür – bozulma veya zayi olma tehlikesi bulunmayan – mallar hâkim tarafından satılmışsa kaybolan ortaya çıktığında bu malları geri almaya (istirdada) hak kazanır[690].

İslam hukukuna göre hâkimin kaybolanın mevcut malları üzerindeki tasarruflarından bir diğeri ise taşınmazlarını tamir ettirebilmesidir[691]. Diğer taraftan kaybolanın vekili, hâkimin izni olmadıkça, önceden kaybolan tarafından kendisine yetki verilmiş olsa bile onun taşınmazlarını – örneğin evini – tamir edemez[692]. Çünkü kaybolanın ölmüş olması

---

[687] **Serahsî**, C. 11, s. 62; **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 155-156; **Bilmen**, C. 7, s. 214; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 30; **Kadri Paşa**, m. 574 (**Akgündüz,** s. 1667).

[688] **Serahsî**, C. 11, s. 63; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 30.

[689] **Serahsî**, C. 11, s. 67.

[690] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 12; **Bilmen**, C. 7, s. 214; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 31. Ancak Ebussûud Efendi'nin Marûzatı'nda şöyle bir ibare geçmektedir: *"Zeyd gâib olub hayâtı ve memâtı ma'lûm olmayub emîn-i beytülmal gâib Zeyd'in mülk dârını ma'rifet-i kâdî ile Amr'a semen-i misliyle bey' eylese, ba'dehû Zeyd hayyen zuhur ettikde dârını Amr'dan alabilir mi, yohsa emîn-i beytülmaldan semenini mi alır? El-Cevâb: Mefkûdun malından fesâda kâbil olmayınca kudât bey'e kâdir değillerdir. Öyle olıcak vâki' olan akid lâzım ve nâfiz olmaz. Ammâ fî zamâninâ mutlaka bey'e kudât ve ümenâ me'mûrlardır. Tamam değeri ile / semen-i mislî ile bey' olundu ise ta'arruz olunmasa olur. Zira kudât tağyire me'mûr değillerdir. Fi'l-cümle gabn-i fâhiş olıcak fesh eylerler."* Bkz. **Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi**, *Ma'rûzât* (Haz. Pehlul Düzenli), Klasik Yayınları, İstanbul 2013, s. 242. Bu ibareden, hâkimler ve beytülmal eminlerinin, kaybolanın gerek fesadından korkulan gerekse de fesadından korkulmayan mallarını satmaya o dönemin sultanı tarafından emrolundukları ve hayatta olduğu ortaya çıkan kaybolanın satılan mallarının bedelini alabileceği, gabn-i fâhiş (aşırı ve belirgin hile, aldatma) ile satılmış ise de satışı feshedebileceği anlaşılmaktadır. Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 13. Ayrıca bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 155; **Bilmen**, C. 7, s. 214-215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 31-32. Bu marûzat hususunda Ali Haydar Efendi'nin konuyu açıklar mahiyetteki görüşleri şu şekildedir: *"İşte o dönemin sultanının zamanındaki hâkimlere böyle emrettiği anlaşılıyor. Adı geçen sultan bu fermanıyla, Hanefî mezhebinden başka (bir mezhebin görüşü ile) hâkimlere emrettiği açıktır. Fakat onun emri, döneminden sonraki hâkimlere sâri (geçerli) değildir."* Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 14. Türkçe metin için bkz. Ömer Faruk **Habergetiren**, "Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi ve Mefkûd Risâlesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 22, 2013, s. 511.

[691] **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32.

[692] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 153-154; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 8-9; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32; **Kadri Paşa**, m. 572 (**Akgündüz,** s. 1667).

ve bununla birlikte vekâletin de ortadan kalkmış olması muhtemeldir[693]. Zira, Mecelle m. 1527'de zikredildiği üzere, *"Müvekkilin vefâtı ile vekîl mün'azil olur."*[694].

İslam hukukuna göre hâkim, kaybolanın malını korumada onun velisi olduğu gibi, onun aleyhine olan hakkı ifada da onun velisi sayılır. Bu sebeple kaybolan borçlu ise hâkim, onun malvarlığından bu borcu ödeyebilir ve bu amaçla kaybolanın taşınmazını satabilir[695]. Aynı şekilde, kişi satın almış olduğu taşınır bir malı henüz teslim almadan ve bedelini de ödemeden kaybolmuşsa satıcının müracaatı ile hâkim, o malı satarak kararlaştırılan bedeli satıcıya öder[696]. Fakat bu mal taşınmazsa veya taşınır olup da önceden kaybolan tarafından teslim alınmışsa, hâkim tarafından satılamaz[697]. Diğer taraftan, hâkim, kaybolanın önceden borcu karşılığında rehin bırakmış olduğu taşınır bir malı, rehin alanın talebi üzerine satarak bedelinden kaybolanın borcunu ödeyebilir (Mecelle m. 758)[698].

Kaybolanın bir kimsenin yanına bıraktığı birtakım emanetleri (vediası) var ise hâkim, kural olarak, bu malları emanet bırakılan kimsenin yanında korumak üzere bırakır; zira İslam hukukuna göre bu kişi, malları koruma hususunda kaybolanın vekili addedilir[699]. Bu sebeple, mirasçıları ve mirasçıları olmayınca "beytü'l-mâl emini"[700], kaybolanın mallarını emanet bıraktığı kimseden alamaz[701]. Ancak hâkim, emanet bırakılan kimseden bu malın alınmasında bir maslahat görür ise, bu kişinin güvenilir olmaması gibi, bu malı ondan alarak güvenilir bir kimseye teslim edilmesine karar verebilir[702].

---

[693] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 9; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32.
[694] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. III, s. 2597.
[695] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 14; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32.
[696] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 14-15; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32.
[697] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 15; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32.
[698] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 15; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32. Mecelle m. 758: *"Râhin gāib olup da hayat ve memâtı ma'lûm olmasa, mürtehin rehni bey' ile alacağını istîfâ etmek üzre hâkime mürâca'at eder."* Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. II, s. 1240.
[699] **Zuhayli**, C. 7, s. 264; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 32.
[700] *"Emînü beyti'l-mâl: Osmanlı döneminde bir yerleşim bölgesinde, kamu haklarının ve devlet çıkarların korunmasını sağlayan görevlidir. Günümüzde defterdar ve mal müdürü olarak da tanımlanabilir."* Bkz. **Habergetiren**, s. 507, dn. 33.
[701] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 9; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 36.
[702] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 153; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 8.

İslam hukukuna göre hâkimin kaybolan kişinin gıyabında hüküm verme yetkisi yoktur[703]. Ancak hâkim kaybolanın gıyabında hüküm verilmesini maslahata uygun görürse, bu hususstaki içtihadına binaen, bir kayyım veya bir "vekil-i musahhar"[704] muvacehesinde göreceği davada vereceği gıyabi hükmün geçerli olacağı İslam hukukçularınca kabul görmüştür[705].

bb. Kayyım Tayini ve Kayyımın Yetkisi

aaa. Kayyım Tayini

Sözlükte "bir işi yerine getiren, üstlenen kimse" anlamına gelen "kayyım" kelimesi, terim olarak "hâkim tarafından kısıtlı, gaip vb. kişiler adına hukukî tasarrufta bulunmak üzere tayin edilen kimse" anlamında kullanılmaktadır[706].

Çalışmamız açısından kayyım, kaybolanın mallarını korumak, bu mallarda usulüne uygun tasarrufta bulunmak ve alacaklarını teslim almak için hâkim tarafından görevlendirilen güvenilir kimseye denir[707]. İslam hukukuna göre, hâkim, kaybolanın mevcut mallarını ve gelirlerini korumak ve idare etmek için güvenilir bir kişiyi kayyım tayin eder[708]. Zira, İslam hukukuna göre, hâkimin görevlerinden birisi de çocuk ve deli gibi haklarını koruyamayan ve mallarını yönetemeyen kimselere kayyım tayin etmektir[709]. Kaybolan da hayatta olma ihtimali olsa bile, mallarını yönetebilecek ve

[703] **Serahsî**, C. 11, s. 62; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157; **Bilmen**, C. 7, s. 218. Ancak bu hususun ihtilaflı olduğunu belirtmek gerekir. Kaybolan kişinin aleyhinde verilen gıyabi hükümdeki ihtilafın sebebi, davalı hazır olmadığında şahidin bir delil olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesidir. Bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 155. Ayrıca bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 18.

[704] "Vekîl-i Musahhar" (Görevlendirilmiş Vekil) Mecelle m. 1791'de şöyle tanımlanmıştır: *"Vekîl-i musahhar, mahkemeye ihzâr olunamayan müdde'â-aleyhe hâkim tarafından ta'yîn olunan vekîldir."* Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. IV, s. 3233. Ayrıca bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 161-162.

[705] **Bilmen**, C. 7, s. 217. Ayrıca bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 18.

[706] İsmail **Özmel**, "Kayyım", DİA, İstanbul 2002, C. 25, s. 107.

[707] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6; **Bilmen**, C. 7, s. 215; **Zuhayli**, C. 7, s. 263-264; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 34; **Kadri Paşa**, m. 573 (**Akgündüz,** s. 1667); **Seydîşehrî**, s. 23.

[708] **Serahsî**, C. 11, s. 61 ve 65; **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401; **Dâmad**, C. 3, s. 725; **Zuhayli**, C. 7, s. 263-264; **Berki**, s. 35; **Ansay**, s. 77; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Ekinci**, s. 399. "Ancak kayyimin ücreti mefkûdun malından karşılanır." Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 33; **Kadri Paşa**, m. 573 (**Akgündüz,** s. 1667); **Uzunpostalcı**, s. 74; **Ergüney**, s. 296.

[709] **Serahsî**, C. 11, s. 61; **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **Zuhayli**, C. 7, s. 263-264; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 33; **Döndüren**, s. 121.

ailesine bakabilecek durumda değildir. Bu sebeple İslam hukukçularına göre kaybolan için kayyım tayin edilmesi, maslahatın bir gereğidir[710].

İslam hukukuna göre hâkim, kayyımı kaybolanın mirasçıları arasından veya hariçten atar[711]. Kaybolanın mirasçıları kayyımın atanmasını talep etsinler ya da etmesinler, hâkim kaybolan üzerindeki velayeti gereğince bir kayyım tayin eder[712]. Ancak, kişinin kaybolmadan önce görevlendirdiği bir vekili varsa, hâkim ayrıca bir kayyım görevlendiremez[713]. Çünkü İslam hukukuna göre, müvekkilin kaybolması ile vekil azledilmiş olmaz[714]. Mesela, kişi dükkanının kirasını teslim alması için birini vekil olarak bıraktıktan sonra kaybolsa, o vekil bu dükkânın kirasını teslim almaya devam eder; kayyım buna müdahale edemez[715]. Bu durumda hâkim tarafından atanacak kayyımın görevi, ancak kaybolanın vekil tayin etmediği işlerle sınırlıdır.

bbb. Kayyımın Yetkisi

İslam hukukuna göre, kaybolanın malında tasarruf yetkisi öncelikle kayyıma aittir. Bu sebeple, kayyım tayin edilmedikleri müddetçe, kaybolanın mirasçıları, "beytü'l-mâl emini" veya başka bir kimse kaybolanın malında tasarruf edemez[716]. Örneğin, bir kimse vefat ettiğinde geride mirasçı olarak sadece kayıp oğlu kalmışsa, "beytü'l-mâl emini" bu oğlun malını hâkimin izni olmaksızın satamaz. Eğer satar ve daha sonra kayıp oğul ortaya çıkarsa, kaybolan bu malını alıcıdan, alıcı ise ödediği satım bedelini "beytü'l-mâl emini"nden geri almaya hak kazanır[717].

Hâkim tarafından kaybolanın vekili olarak tayin edilen kayyımın görevi, kaybolanın mevcut mallarını ve menfaatlerini korumaktan ibarettir. Bu itibarla kayyım, kaybolanın kira bedeli gibi gelirlerini toplar, ekilmiş tarladaki ekinlerini hasad eder, borçlularından ikrar ettikleri alacaklarını alır ve bozulmasından veya zayi olmasından korkulan

---

[710] **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 33.
[711] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6.
[712] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 153; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 34; **Bilmen**, C. 7, s. 215-216; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6.
[713] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 9; **Bilmen**, C. 7, s. 217; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 34; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211.
[714] **Dâmad**, C. 3, s. 725; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 153; **Bilmen**, C. 7, s. 217; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 34; **Zerka**, s. 1081; **Kadri Paşa**, m. 572 (**Akgündüz,** s. 1667); **Uzunpostalcı**, s. 74.
[715] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 9.
[716] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6 ve 9-10; **Bilmen**, C. 7, s. 217; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 35 ve 37; **Ansay**, s. 77; **Kadri Paşa**, m. 572 (**Akgündüz,** s. 1667); **Uzunpostalcı**, s. 74.
[717] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 12-13. Kaybolanın vefatı sabit olduğunda ise bu malı alma hakkı mirasçılarına geçer. Bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 217; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 35.

mallarını hâkimin izniyle satar[718]. Mesela, kaybolanın hissesi bulunan bir ev harap olup, yıkılmasından korkulursa ve kaybolanın tamire yeterli malı bulunmazsa kayyım, hâkimin izniyle evi emsal fiyatına satıp bedelini kaybolan adına muhafaza edebilir[719]. Ayrıca, bir kişi bazı mallarını başkasına emanet olarak bıraktıktan ve evinin tamirini de ona söyledikten sonra kaybolsa, o kişi malları muhafaza edebilir; ancak, hâkimden izinsiz kaybolanın evini tamir ettiremez[720].

İslam hukukuna göre kayyım, kaybolanın lehine olan davalarda taraf olamaz[721]. Kaybolana borçlu olduğunu inkâr eden kimselerden alacaklarını davaya yetkisi olmadığı gibi, kaybolanın başkası elinde bulunan taşınır ya da taşınmaz hissesini de davaya yetkisi yoktur[722]. Bununla birlikte kayyım, kaybolanın aleyhine olan davalarda da taraf olamaz[723]. Örneğin, bir kimse kaybolandan alacak, vedia (emanet), şirket, talak (boşanma), nikah, ayıp/kusur nedeniyle red yahut başka bir hakkı iddia etse, kayyım burada davalı olamaz[724]. Zira kayyım, bir davacı/davalı olarak değil, sadece kaybolanın mevcut mallarını ve menfaatlerini korumak için tayin edilmiştir[725]. Bu sebeple kayyım, ancak kaybolanın mevcut mallarına ilişkin yaptığı bir sözleşme neticesinde tahsili lazım gelen bir hakkı dava edebilir[726]. Mesela, kaybolanın bir taşınmazını kiraya verse veya bozulmasından korkulan bir malını satsa, kiracıdan kira bedelini, alıcıdan da satım bedelini dava edip alabilir[727]. Yoksa kişinin kaybolmadan önce yapmış olduğu sözleşmelerden doğan hak ve borçları hususunda kayyımın davacı/davalı olması veya tanık getirmesi söz konusu değildir[728].

---

[718] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6-7 ve 12; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 35; **Ekinci**, s. 399; **Kadri Paşa**, m. 573 (**Akgündüz,** s. 1667).
[719] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 12.
[720] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 154; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 36.
[721] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 154; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 35.
[722] **Dâmad**, C. 3, s. 725; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 153; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 36.
[723] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 154; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 10; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 37. Nitekim kaybolanın mirasçıları veya mallarını koruması için önceden tayin etmiş olduğu vekili de kaybolanın aleyhine olan hususlarda davalı olamaz. Bkz. **Serahsî**, C. 11, s. 66; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 10.
[724] **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 10; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 37.
[725] **Serahsî**, C. 11, s. 66; **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401; **Dâmad**, C. 3, s. 725; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7; **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 36.
[726] **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Merginânî**, C. 2, s. 352; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 35.
[727] **Bilmen**, C. 7, s. 216; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 35.
[728] **Merginânî**, C. 2, s. 352. Benzer yönde bkz. **Serahsî**, C. 11, s. 66.

İslam hukukuna göre görevini kötüye kullandığı sabit olan kayyım, hâkim tarafından azledilir ve onun yerine güvenilir bir kimse kayyım olarak görevlendirilir[729].

b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunması

İslam miras hukukuna göre mirasın intikalinin şartları, mirasbırakanın (hakîkî veya hükmî bir şekilde) ölmesi, mirasçının mirasbırakanın ölümü anında sağ olması ve terekenin intikaline engel bir durumun bulunmamasıdır[730]. İslam hukukçularına göre kaybolan, gaiplik kararı alınıncaya kadarki süreçte, kaybolmadan önce sabit olan / kazanılmış hakları (başkasına yararlı kendisine zararlı olan hükümler) bakımından sağ kabul edilir[731]. Bu sebeple, bu süreçte kaybolanın terekesi mirasçılarına pay edilemez[732]. Yine bu süreçte, kaybolan, iktisabı için hayatta olması şart kılınmış / kazanılacak haklar (başkasına zararlı kendisine faydalı olan hükümler) bakımından ise ölü kabul edilir[733]. Bu sebeple yakınlarından biri öldüğünde kaybolan ona mirasçı olamaz. Ancak kendisine düşen miras payı, durumu açıklık kazanıncaya kadar bekletilir[734]. Bu hususta Hanefî, Şâfiî ve Malikî mezhebinde ittifak olduğu gibi, Hanbelî mezhebinde de aslolanın bu olduğu ifade edilmektedir[735].

İslam hukukuna göre hakkında gaiplik kararı alınıncaya kadarki süreçte kaybolanın mirasçı olması adalete uygun görülmemiştir. Zira, bu süreçte kaybolanın mirasçı

---

729 **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7; **Bilmen**, C. 7, s. 217; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 38.

730 **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 425-426; **Döndüren**, s. 420. Benzer şekilde bkz. **Serahsî**, C. 30, s. 75 ve C. 11, s. 72; **Bilmen**, C. 7, s. 211; Haseneyn Muhammed **Mahluf**, *İslâmda Miras Hukuku* (Çev. Ali Hastaoğlu ve H. Tahsin Feyizli), Nur Yayınları, Ankara 1976, s. 209; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 40 ve 94.

731 **Dâmad**, C. 3, s. 726; **Mevsilî**, C. 3, s. 139; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401 ve 403; **Zerka**, s. 1081; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Zuhayli**, C. 7, s. 263; **Berki**, s. 35; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Ekinci**, s. 399; **Döndüren**, s. 121.

732 **Serahsî**, C. 30, s. 74; **Mevsilî**, C. 3, s. 139; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401; **Zuhayli**, C. 7, s. 263; **Zerka**, s. 1081; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 38; **Berki**, s. 36; **Şener**, s. 164; **Ansay**, s. 77; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Ekinci**, s. 399; **Kadri Paşa**, m. 576 (**Akgündüz,** s. 1667); **Seydîşehrî**, s. 23; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Uzunpostalcı**, s. 74; **Döndüren**, s. 121; **Ergüney**, s. 296.

733 **Mevsilî**, C. 3, s. 140; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Dâmad**, C. 3, s. 727; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 401 ve 403; **Zuhayli**, C. 7, s. 263; **Zerka**, s. 1081; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Berki**, s. 35; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Ekinci**, s. 399; **Döndüren**, s. 121. Zira ıstıshab kaidesi, kaybolanın mirastan pay alması gibi, hak kazanma hususunda delil olmaya elverişli değildir. Bkz. **Mevsilî**, C. 3, s. 140. Ayrıca bkz. **Seydîşehrî**, s. 23.

734 **Serahsî**, C. 30, s. 74 ve C. 11, s. 69; **Mevsilî**, C. 5, s. 505; **Dâmad**, C. 3, s. 727; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 403; **Bilmen**, C. 7, s. 213; **Zuhayli**, C. 7, s. 263; **Şener**, s. 164; **Zerka**, s. 1081; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 249; **Berki**, s. 35-36; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 39; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Ekinci**, s. 399; **Kadri Paşa**, m. 577 (**Akgündüz,** s. 1667); **Seydîşehrî**, s. 23; **Uzunpostalcı**, s. 74-75; **Döndüren**, s. 121; **Ergüney**, s. 296.

735 Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 43.

olabileceği kabul edildiği takdirde, miras işlemlerinde karışıklıklar ve hakkaniyete aykırı birtakım sonuçlar meydana gelebilir ve bu durum mirasbırakanın diğer mirasçılarının haklarını olumsuz yönde etkileyebilir[736]. Örneğin, kaybolanın bu süreçte ölmüş olduğu aile fertleri ve diğer akrabası tarafından herhangi bir suretle öğrenilmiş olsa bile, sırf kaybolanın mirasa hak kazanmasını temin maksadıyla bu durumu gizlemeleri muhtemeldir[737]. Bu ve benzeri sebeplerle, kaybolana bu süreçte düşen miras payı, durumu kesinleşinceye kadar bekletilir.

Gaiplik kararı alınmadan önce kaybolan sağ olarak dönerse kendisi için bekletilen bu paya sahip olur. Ancak miras açıldığı anda sağ olduğu bilinmeyen ve sonrasında süre şartının tamamlanmasıyla hakkında gaiplik kararı verilen kaybolan, kendisi için bekletilen bu miras payını alamaz ve bu pay, mirasbırakanın miras açıldığı anda sağ olan diğer mirasçıları arasında paylaştırılır[738]. Keza, mirasbırakanın mirası açıldığında kaybolanın ölmüş olduğu kesin olarak bilinirse de onun için bekletilen miras payı mirasbırakanın diğer mirasçıları arasında paylaştırılır[739]. Diğer taraftan, kaybolanın kendisine mirasbırakanın ölümünde sağ olduğuna ilişkin bir delilin veya resmî bir belgenin sonradan ortaya çıkması durumunda ise kaybolanın mirasçıları, kaybolan ile birlikte mirasçı olan kişilerden mirastaki paylarını isteme hakkına sahip olur[740]. Bütün bu ihtimallere istinaden İslam hukukçuları, kaybolanı cenin mesabesinde kabul etmiştir; zira cenin sağ olarak doğarsa kendisine ayrılan miras payını almaya hak kazanır, ölü olarak doğarsa da hiçbir şeye hak kazanamaz[741].

Kaybolması ile hakkında gaiplik kararı alınması arasındaki süreçte kaybolana düşen miras payında olduğu gibi, kaybolan lehine bir vasiyet yapıldığında, vasiyetten alacağı pay da durumu kesinleşinceye kadar bekletilir[742]. Zira İslam hukukuna göre vasiyet,

---

[736] **Bilmen**, C. 7, s. 211; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 43.
[737] **Bilmen**, C. 7, s. 212; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 43.
[738] **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz (İslam Miras Hukuku)* (Sadeleştiren ve Notlar Ekleyen Orhan Çeker), 2. Baskı, Tekin Kitabevi, Konya 2017, s. 142.
[739] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 158; **Dâmad**, C. 3, s. 728; **Kadri Paşa**, m. 579 ve 580 (**Akgündüz,** s. 1668); **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 39 ve 44; **Berki**, s. 35; **Uzunpostalcı**, s. 74; **Döndüren**, s. 121; **Ergüney**, s. 296. Örnek olaylarla ayrıntılı açıklama için bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 141.
[740] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 101-102.
[741] **Serahsî**, C. 30, s. 74 ve C. 11, s. 69; **Merginânî**, C. 2, s. 356; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 159; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 404; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 40.
[742] **Serahsî**, C. 11, s. 72; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 158-159; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 403; **Zuhayli**, C. 7, s. 263; **Zerka**, s. 1081; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 39; **Ekinci**, s. 399; **Kadri Paşa**, m. 577 (**Akgündüz,** s. 1667); **Seydîşehrî**, s. 24; **Uzunpostalcı**, s. 75.

mirasa benzetilir ve mirasta olduğu gibi vasiyette de kendisine vasiyet yapılan kişinin – kaybolanın – vasiyet edenin ölümü anında hayatta olması şarttır[743]. Dolayısıyla, vasiyet eden kişi öldüğünde kaybolan alacaklının hayatta olduğu tespit edilirse, bu vasiyeti almaya hak kazanır; eğer hayatta olduğu tespit edilemez ve sonrasında hakkında gaiplik kararı verilirse de kaybolan için bekletilen bu vasiyet, vasiyet eden kişinin mirasçılarına iade edilir[744]. Ayrıca, İslam hukukçularının ittifakla kabul ettiği üzere, bu süreçte kaybolana düşen bir miras payından veya vasiyetten karısına veya alt ve üst soyundan bir yakınına nafaka verilemez[745].

Aralarında mirasçı olması muhtemel olan kaybolanın da bulunduğu mirasın paylaştırılması ise İslam miras hukukuna göre üç farklı biçimde söz konusu olur[746]. İlk olarak, kaybolan tek başına mirasçı ise veya onunla birlikte bulunan mirasçılar mirastan tamamen yoksun *(hacb-i hirmân)* oluyorlarsa mirasbırakanın terekesinin tamamı kaybolan lehine muhafaza edilir[747]. Zira, İslam hukukuna göre, kaybolan hayatta olsaydı onun sebebiyle mirasçı olamayacak *(hacbedilen)* kimselere terekeden pay verilmez[748]. Örneğin, ölen babanın kaybolan bir oğlu ve bir de (ana-baba bir) erkek kardeşi varsa erkek kardeşe bu durumda hiçbir şey verilmez ve terekenin tamamı kaybolanın durumu kesinleşinceye kadar muhafaza edilir[749].

İkinci olarak, İslam miras hukuku gereğince kaybolan, diğer mirasçıları yoksun bırakmayacak *(hacb etmez)* bir konumda ise, yani kaybolan ile birlikte büyük ana ve büyük baba gibi onun varlığı sebebiyle mirastan yoksun olmayacak *(hacbedilmeyen)* bir mirasçı bulunuyorsa, bu mirasçıya kendi payı verilir ve kaybolanın payı da kendisi için muhafaza edilir[750]. Örneğin, ölen baba geride biri kaybolan olmak üzere üç oğlunu mirasçı olarak bırakmışsa, mirasbırakan babanın terekesi üç eşit parçaya ayrılıp iki payı

---

[743] **Serahsî**, C. 11, s. 72.
[744] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 158; **Bilmen**, C. 7, s. 214; **Zerka**, s. 1081; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 39; **Kadri Paşa**, m. 579 (**Akgündüz,** s. 1668); **Seydîşehrî**, s. 24; **Uzunpostalcı,** s. 75.
[745] **Serahsî**, C. 11, s. 72; **Bilmen**, C. 7, s. 219; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 39.
[746] **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 139.
[747] **Mevsilî**, C. 5, s. 506; **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 139; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 44.
[748] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 162; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 403-404; **Mevsilî**, C. 5, s. 506; **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 139; **Bilmen**, C. 7, s. 213; **Berki**, s. 35; **Seydîşehrî**, s. 23; **Uzunpostalcı**, s. 74; **Ergüney**, s. 296.
[749] **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 139; **Mahluf**, s. 209.
[750] **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 139; **Mevsilî**, C. 5, s. 506.

sağ olan iki oğla verilirken, diğer bir pay ise kaybolan oğlun durumu kesinleşinceye kadar muhafaza edilir[751].

Üçüncü olarak ise, eğer kaybolanın beraberindeki mirasçı, kaybolan sebebiyle mirastan kısmen yoksun *(hacb-i noksan)* oluyorsa, bu durumda kaybolan bir sağ bir de ölü varsayılarak tereke iki defa hesaplanır ve bu mirasçıya iki durumda alacağı paylardan en azı verilir; terekenin geri kalan (fazla) kısmı ise kaybolan lehine muhafaza edilir[752]. Bu son durumu İslam hukuku öğretisinde verilen bir örnek ile açıklamak gerekirse, *"Bir kimse ölüp geride iki kızıyla mefkûd olan bir oğlunu bıraksa, mefkûdun da bir oğlu bulunsa, kızlara terekenin yarısı verilip, diğer yarısı mefkûd için bekletilir. Mefkûdun oğlu babasıyla beraber mirastan mahrum olduğundan babasının hali bilinmeden kendisine bir şey verilmez. Eğer babası diri olarak çıkagelirse, bekletilen terekenin yarısını alır. Gelmezse kızlar bütün mirasın üçte ikisini alır. Mefkûdun oğlu ise mirasın üçte birisini alır."*[753].

2. Kaybolanın Ailesine İlişkin Alınacak Tedbirler

a. Genel Olarak

İslam hukukunda gaiplik kararı verilmeden önceki dönemde kaybolanın ailesine yönelik alınması gereken tedbirler hususunda ayrıntılı hükümler mevcuttur. Bilindiği üzere kaybolan, hakkında gaiplik kararı verilene kadarki süreçte kazanılmış hakları bakımından sağ kabul edilir. Bu sebeple, kural olarak, kaybolanın eşi ile arasındaki evlilik bağı ve nafakalarını sağlamakla yükümlü olduğu kişilere karşı da nafaka yükümlülüğü devam eder[754]. Ancak, bu süreçte kaybolanın nafaka alacaklılarına yapılacak nafaka takdirine ve eşinin boşanma (tefrik) talebinde bulunup bulunamayacağı meselesine ilişkin birtakım özel hükümler tesis edilmiştir. İşte bu özel hükümler incelenirken, çalışmamızda öncelikle kaybolanın nafaka alacaklılarının kimler olduğu ve bu kişilerin nafakalarının kaybolanın hangi tür mallarından takdir edileceği

---

[751] **Bilmen**, C. 7, s. 213.

[752] **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 139; **Mevsilî**, C. 5, s. 506; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 159; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 403; **Berki**, s. 35; **Bilmen**, C. 7, s. 213; **Seydîşehrî**, s. 23; **Ergüney**, s. 296; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 44.

[753] Bkz. **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 162; **Bilmen**, C. 7, s. 213-214. Bu örneğin ayrıntılı açıklaması için bkz. **Seydîşehrî**, s. 24. Benzer örnekler için bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*, s. 140 ve 142.

[754] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 52. Bu hususta 18 Rebiülevvel 948/1541 tarihli Gaziantep Şer'iye Sicilleri 2 No.'lu defterin 86. Sayfasında kayıtlı bulunan 290 No.lu karar için bkz. **Şer'iye Sicilleri**, C. I, s. 305.

üzerinde durulmuştur. Sonrasında ise kaybolanın geride malvarlığı bırakmaması ihtimalinde nafaka alacaklılarının başvurabileceği hukukî imkânlar incelenmiştir. Son olarak ise, gaiplik kararı verilmeden önceki süreçte, kaybolanın eşinin boşanma (tefrik) talebinde bulunup bulunamayacağı meselesine ve buna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

b. Kaybolanın Mevcut Malvarlığından Nafaka Takdir Edilmesi

"Nafaka" kelimesi sözlükte "geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü, geçimlik" anlamına gelir[755]. İslam hukukundaki genel anlamıyla ise "nafaka", yiyecek, giyecek ve meskeni ifade eder[756]. İslam hukukunda bir kişinin nafakası üç sebeple başkasına vacip olur. Bunlar; evlilik, akrabalık ve mülktür[757].

İslam hukukunda kaybolanın nafaka hukuku bakımından davalı (nafaka yükümlüsü) olması hâlinde "muhakeme usulü açısından gaibin" hükümlerine tâbi olacağı öğretide kabul edilmektedir[758]. Bu sebeple, "mahkemede dava görülürken hazır bulunmayan, gelmeyen veya getirilemeyen şahıs" olarak tanımlanan bu kişinin malvarlığından nafakaya hükmedilebileceği ve kendisi için kanun yollarının açık olduğu görüşü öğretide kabul görmüştür[759]. Dolayısıyla hâkim, gaiplik kararı verilmeden önceki süreçte, kaybolanın nafaka alacaklıları lehine nafaka takdirinde bulunabilir.

aa. Nafaka Alacaklılarının Tespiti ve Nafaka Takdir Davası

İslam hukukuna göre hâkimin kaybolanın malvarlığından nafaka takdir etmekle yükümlü olduğu kişiler, kaybolanın karısı ile nafakaya ihtiyacı olan üstsoyu ("usulü"[760])

---

[755] Bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük "Nafaka", http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bf67a8edc0ae5.41262441, E.T.: 22.11.2018.

[756] **İbn-i Âbidîn**, C. 7, s. 283; **Ünalan**, s. 129. Kaybolanın malvarlığı içerisinde yiyeceğin ve giyeceğin bulunmadığı durumlarda ise hâkimin değer biçmesi gerekir, bu değer ise ancak para ile biçilir. Bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 353.

[757] Abdurrahman **Cezîrî**, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı* (Çev. Mehmet Keskin), 3. Baskı, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, C. 6, s. 2781; **İbn-i Âbidîn**, C. 7, s. 283.

[758] Ruhi **Özcan**, *İslâm Hukukunda Hısımlık Nafakası*, Çağlayan Yayınları, İzmir 1996, s. 325; Celâl **Erbay**, *İslâm Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası (Kitâb'un-Nafakat ve Türk Yargı Kararları İle Mukayeseli)*, 2. Baskı, Rağbet Yayınları, İstanbul 1998, s. 143-144.

[759] **Özcan**, s. 326; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 143-144 (Zira böylelikle, acil hayati ihtiyaçlardan sayılan nafakanın, kaybolanın aranması ve uzak mesafelerden getirtilmesi gayretlerinin neden olacağı gecikmelerden ve muhtemel hak kayıplarından etkilenmemesi hedeflenmiştir.).

[760] "Babalar, analar ve yukarı doğru dedeler ve nineler." Bkz. **Erdoğan**, s. 588.

ve altsoyu ("furûu"[761]) dur[762]. Kaybolanın bu kişiler dışındaki yakınlarına, nafakaya muhtaç olsalar bile, nafaka takdir edilmez[763]. Zira İslam hukukuna göre kaybolanın yakınlarına yapılacak nafaka takdiri, kişinin kaybolmasından önce, mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın nafaka vermekle yükümlü olduğu yakınları ile sınırlıdır[764]. Bu sebeple, kaybolanın nafaka vermekle yükümlü olmadığı yakınlarına, gıyabında nafaka takdir edilemez. Hâkimin nafaka takdir etmekle yükümlü olmadığı bu kişiler, kaybolanın erkek ve kız kardeşi, dayısı ve halası gibi İslam hukukunda "zî rahm-i mahrem"[765] kabul edilen yakınlarıdır[766]. Kişi kaybolmadan önce bu kişilere nafaka vermekle yükümlü olmadığı için hâkimin bu kişiler lehine nafaka takdir etmesi, kaybolanın gıyabında bir hüküm sayılır. İslam hukukuna göre ise hâkimin kaybolanın gıyabında hüküm verme yetkisi yoktur. Zira, İslam hukukunda hâkimin kaybolan üzerindeki yetkisi, sadece onu korumaya yöneliktir. Bu kişilere verilecek nafakada ise kaybolanın korunması yoktur[767]. Dolayısıyla, gaiplik kararı verilmeden önceki süreçte nafaka takdir davası açma ehliyeti, sadece kaybolanın usul-furû hısımlarına ve eşine aittir. Hâkim bu kişiler lehine nafaka takdirinde bulunurken kaybolanın gıyabında hüküm vermiş olmamakta, aksine önceden sabit olan bir hakkın gereğini yerine getirerek, onlara yardım etmiş olmaktadır[768].

---

[761] "Altsoy; erkek ve kız çocukları ile bunların aşağıya doğru olan çocuk ve torunları." Bkz. **Erdoğan**, s. 149.

[762] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 155 ve 157; **Kadri Paşa**, m. 575 (**Akgündüz,** s. 1667); **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 52; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 16; **Bilmen**, C. 7, s. 217. *"...Ne kadar aşağı inerse insin çocuklarına ve torunlarına ve ne kadar yukarı yükselirse yükselsin baba ve dedeleri, anne ve nineleri gibi olanlara harcanır..."* Bkz. **Dâmad**, C. 3, s. 726. Kaybolanın karısı dışındaki nafaka alacaklılarının nafaka talebinde bulunabilmeleri için maddî durum itibariyle ihtiyaç sahibi olmaları aranır. Ancak karısının nafaka hakkı böyle değildir. İslam hukukuna göre kadın, nikah akdi nedeniyle nafakaya hak kazanır ve maddî durumu ne olursa olsun kocasından nafaka alma hakkı vardır. Bkz. **Serahsî**, C. 11, s. 61; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 53; **Ünalan**, s. 129; **Aydın**, "Tefrik", s. 2.

[763] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 53.

[764] **Serahsî**, C. 11, s. 61-62; **Merginânî**, C. 2, s. 353; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157; **Dâmad**, C. 3, s. 726; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 16; **Bilmen**, C. 7, s. 217; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 53-54.

[765] Zî Rahm-i Mahrem: *"Nikahları birbirlerine haram olan neseb akrabaları; usûl, furû, kardeşler ve bunların çocukları, amca, hala, dayı, teyze gibi."* Bkz. **Erdoğan**, s. 622.

[766] **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 157; **Merginânî**, C. 2, s. 353; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 54; **Dâmad**, C. 3, s. 726; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 16; **Bilmen**, C. 7, s. 217.

[767] **Serahsî**, C. 11, s. 62. Zira kaybolanın nafaka vermekle yükümlü olmadığı yakınlarına yapılacak nafaka takdiri, önceden bu hakka sahip olmadıkları için, nafaka alacak haklarının başlangıcı anlamına gelir. Bkz. **Özcan**, s. 327; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 144-145; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 55.

[768] **Serahsî**, C. 11, s. 61; **Bilmen**, C. 7, s. 218; **Özcan**, s. 327-328; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 55.

İslam hukukuna göre hâkim, yetkili kişiler tarafından açılan nafaka takdir davasında öncelikle nafaka alacaklılarından "kaybolandan peşin olarak nafaka almadıklarına ve gıyabından sonra da kendilerine nafaka göndermediğine" dair yemin etmelerini ister, yemin etmekten imtina ederlerse de davalarını reddeder[769]. Kaybolanın karısının edeceği yemin ise özel olarak 1915 tarihli Osmanlı Nafaka Kanunu'nda[770] ve 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde[771] düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre kadın, "kocasının nafaka bırakmadığına ve kendisinin iddeti geçmiş, boşanmış bir kadın olmadığına" ilişkin yemin etmelidir[772]. Böylece kaybolanın karısının, kocası kaybolmadan önce nafakasını almış veya boşanmış ve iddeti de bitmiş olduğu hâlde nafaka isteğinde bulunmasının önüne geçilmek istenmiştir.

İslam hukukuna göre nafaka alacaklıları yemin ettikten sonra hâkim, kaybolanın haklarını güvenceye almak için (ihtiyata uygun olarak), bu kişilerin kefil göstermelerini de talep eder[773]. Böylece, nafaka alacaklısının mahkemedeki beyanının gerçek olmadığı ilerde anlaşılacak olursa, alacaklının bu ilama istinaden temin edeceği bütün mâli imkânlar, kaybolan tarafından ister kefilden isterse de nafaka alacaklısından talep edilebilir[774].

bb. Nafaka Takdirine İlişkin Hükümler

İslam hukukuna göre kaybolanın malvarlığından yapılacak nafaka takdiri, bu malların nafaka cinsi olup olmaması bakımından farklı hükümlere tabidir[775].

---

[769] **Özcan**, s. 336; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 148.
[770] Bkz. Orhan **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu (Osmanlı Kanunları Serisi: 3)*, Ebru Yayınları, İstanbul 1985, m. 262 vd., s. 81-82.
[771] Bkz. **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*, m. 97 vd., s. 43-44.
[772] **Serahsî**, C. 5, s. 308-309; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 54; **Ünalan**, s. 131; Ahmet **Yaman**, *İslâm Aile Hukuku*, 21. Baskı, M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2017, s. 65; **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, m. 263, s. 82; **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*, m. 97, s. 43-44.
[773] **Özcan**, s. 336; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 148-149; **Serahsî**, C. 11, s. 62; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 15; **Bilmen**, C. 7, s. 219; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 53. 1915 tarihli Osmanlı Nafaka Kanunu'na göre kaybolanın karısının kefil göstermesi, kaybolanın sadece nafaka cinsi olan mallarından yapılacak nafaka takdiri hâllerine hasredilmiştir. Bkz. **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, m. 277, s. 84-85.
[774] **Özcan**, s. 336-337; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 149; **Serahsî**, C. 11, s. 62; **Bilmen**, C. 7, s. 219; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 54.
[775] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 55.

aaa. Kaybolanın Malvarlığının Nafaka Cinsinden Olması

Kaybolanın nafaka cinsinden olan malvarlığı ile ilgili olarak İslam hukukunda iki ihtimal söz konusudur:

Birinci ihtimal, kaybolanın malvarlığının nafaka alacaklılarının ihtiyacını gidermeye müsait bir şekilde kaybolanın evinde, iş yerinde veya nafaka alacaklısının elinde bulunması durumudur[776]. Bu ihtimale göre, davalının gaipliği ve davacı ile akrabalığı ispat edildikten sonra, mahkeme, davacı hısım lehine nafaka takdir ederek, bu nafakanın kaybolanın nafaka cinsi mallarından temin edilmesine hükmeder[777]. Şayet alacaklının bulunduğu yerde mahkemenin bulunmaması, çalışmaması veya meşruluğunu kaybetmesi gibi bir durum mevcutsa, nafaka alacaklıları mahkemenin izni gerekmeden de bu malları nafaka ihtiyaçları için kullanabilirler. Böyle bir durumun varlığında daha sonra tazminle de yükümlü olmazlar[778]. Örneğin, kaybolanın evinde nafaka borcunun konusu olan şeylere benzer taşınır bir mal, mesela yiyecek ve giyecek maddeleri veya para hâlinde olan veya olmayan altın ve gümüş gibi kıymetli eşyalar bulunuyorsa, nafaka alacaklılarının bu mallardan ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri mümkündür[779]. Eğer yine de hâkimden bu gibi mallar için kendilerine nafaka takdir edilmesini talep ederlerse hâkim, bu kişilere yönelik – bir hüküm mahiyetinde olmasa da – destek mahiyetinde nafaka takdirinde bulunur[780].

İkinci ihtimal ise, kaybolan tarafından önceden üçüncü şahıslara emanet, aynî mal, borç para olarak verilmiş yahut da herhangi bir şekilde kaybolan adına gerçekleşmiş ya da gerçekleşecek malî bir hakkın mevcut olması durumudur[781]. Bu ihtimale göre, nafaka alacaklılarına ilişkin nesep ve nikah hâkim tarafından apaçık belli ise, emanet bırakılan ve borçlu kişinin ikrarı aranmaksızın, hâkim bu kişilerin ellerindeki mallardan nafaka

---

[776] **Özcan**, s. 328; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 145.
[777] **Özcan**, s. 328-329; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 145-146.
[778] **Özcan**, s. 329; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 146; **Serahsî**, C. 11, s. 61; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 53. İslam hukuku kaynaklarında bu hususun delili olarak, Hz. Peygamber'in Ebu Süfyan'ın karısı Hind için söylemiş olduğu şu söz yer almaktadır: *"(Ebu Süfyan'ın malından) Sana ve çocuklarına örfen yetecek kadar al."* Bkz. **Serahsî**, C. 11, s. 61-62; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 53.
[779] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 56.
[780] **Serahsî**, C. 11, s. 62; **Merginânî**, C. 2, s. 353; **Bilmen**, C. 7, s. 218; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 56.
[781] **Özcan**, s. 328; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 145.

alacaklıları lehine nafaka takdirinde bulunabilir[782]. Ayrıca, devlet kayıtları ve resmî evrak vasıtasıyla davacının davalı kaybolan ile hısımlık derecesi, kaybolana ait nafaka cinsi aynî mallarla nakdî hakların mevcudiyeti ve yerleri ispat edilirse başka bir ispat unsuruna gerek kalmadan da mahkemenin nafaka takdirine ilişkin karar verebileceği kabul edilmektedir[783].

Eğer nafaka alacaklılarının nesepleri ve nikahları hâkim tarafından apaçık belli değil ise, bu duruma ilişkin Hanefî mezhebinde farklı görüşler mevcuttur. Ebu Hanife ve İmameyn'e (Ebu Yusuf ve İmam Muhammed) göre, malı elinde bulunduran kaybolanın borçlusu ya da malını emanet bıraktığı kişi, bu malın kaybolana ait olduğunu ikrar ederse, kaybolanın karısının ve çocuklarının nafakaları bu maldan takdir edilir[784]. Zira, bu hukukçulara göre kişinin elinde bulunan şeyde ikrar etmesi geçerli kabul edilir; emanet alan veya borçlu, malı elinde bulundurması itibariyle kaybolan adına davalı olur ve hüküm ondan kaybolana geçer[785]. İmam Züfer'e göre ise hâkim, üçüncü bir kişinin elindeki emanet veya borç üzerinden kaybolanın nafaka alacaklılarına nafaka takdirinde bulunamaz[786]. Zira, ona göre, bu üçüncü kişilerin ikrarı, kaybolan hakkında bir delil teşkil etmez ve bu kişiler kaybolan adına hasım (davacı/davalı) da kabul edilmediğinden, kaybolanın gıyabında hüküm verilemez[787]. Diğer taraftan, eğer kaybolanın borçlusu veya malını emanet olarak bıraktığı kişi hâkimden izin almaksızın bu alacaklıların nafakalarını verirse verdiği şeyleri tazmin etmekle yükümlüdür[788]. Zira, bu durumda hak ne sahibine ne de sahibinin yerine geçen kişiye (hâkime veya kayyıma) teslim edilmiş olur[789]. Fakat hâkimin emriyle teslim edilirse tazmin edilmesi gerekmez.

---

[782] **Merginânî**, C. 2, s. 353; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 402; **Serahsî**, C. 11, s. 65; **Mevsilî**, C. 3, s. 141; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 56-58; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 17; **Bilmen**, C. 7, s. 218; **Özcan**, s. 329-330. Ancak kaybolanın karısı bu emanet veya borçtan karşılanmak üzere mehrini talep ederse, İslam hukukuna göre hâkim bunu kabul edemez. Zira, nafaka takdirindeki maslahat mehirde söz konusu değildir. Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 56.

[783] **Özcan**, s. 330; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 57-58. Günümüzde noterlerce düzenlenen resmî senet ve yazıların da bu cins resmî evrak vasfına haiz olduğunu söylemek gerekir.

[784] **Serahsî**, C. 11, s. 64; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 57.

[785] **Serahsî**, C. 11, s. 64.

[786] **Serahsî**, C. 11, s. 64; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 57. İmam Züfer'in bu görüşünün Hanefî mezhebinin genel görüşü olduğu yönünde bkz. **Özcan**, s. 330-331; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 146.

[787] **Serahsî**, C. 11, s. 64; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 57.

[788] **Serahsî**, C. 11, s. 65; **Merginânî**, C. 2, s. 353; **Mevsilî**, C. 3, s. 141; **Fetâvâyi Hindiyye,** C. 4, s. 402; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 17; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 56; **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, m. 269, s. 83.

[789] **Mevsilî**, C. 3, s. 141; **Bilmen**, C. 7, s. 219.

Çünkü, İslam hukukuna göre hâkimin bu konudaki emri, kaybolanın emri yerine geçer[790].

İslam hukukuna göre hâkim, kaybolanın nafaka cinsi olan malları arasından kaybolan lehine olandan başlayarak nafaka takdirinde bulunur[791]. Meselâ, kaybolanın hem bir borçlusundan para alacağı hem de malını emanet olarak bıraktığı kişinin nezdinde vediası varsa, öncelikli takdir vediadan yapılır; zira vedia (emanet), tehlikeye daha fazla maruz kalan bir mal çeşididir[792]. Ancak kaybolan borçlunun iflas etmesinden endişe edilirse, öncelikli takdir kaybolanın alacaklarından yapılır[793]. Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, İslam hukukuna göre hâkimin kaybolanın malvarlığını korumak hususunda özen gösterme yükümlülüğü vardır.

bbb. Kaybolanın Malvarlığının Nafaka Cinsinden Olmaması

Kaybolanın malvarlığı mevcut olmakla birlikte bu mallar nafaka cinsinden değilse, İslam hukukuna göre bu tür malların hangi hükümlere tabi olduğu, taşınır ve taşınmaz olmalarına göre ikiye ayrılarak incelenir.

Hanefî mezhebinde ittifakla kabul edildiği üzere, reşit (ergin) olan ve hacir altında bulunmayan (kısıtlanmayan) bir kişinin taşınmaz malları, kaybolmadığı hâlde nasıl satılamıyorsa; kaybolanın da taşınmaz malları, nafaka hukukundan doğan borçları için de olsa, başka bir kimse tarafından satılamaz[794]. Önceden ifade edildiği üzere, hâkim de sırf nafaka alacaklılarının ihtiyacı sebebiyle kaybolanın taşınmaz mallarını satamaz[795]. Ancak nafaka cinsinden olmayan (taşınır veya taşınmaz) malların zayi veya telef olma tehlikesi mevcutsa, bu takdirde hâkim, bu malları satıp paraya çevirmek suretiyle kaybolanın nafaka alacaklılarına nafaka takdirinde bulunabilir[796]. Diğer taraftan, kaybolan küçük veya hacir altında ise (kısıtlanmışsa), Hanefî mezhebinde esas alınan

---

[790] **Serahsî**, C. 11, s. 65; **Merginânî**, C. 2, s. 353-354; **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*, s. 17; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 57; **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, m. 269, s. 83. Bilmen'e göre ise, hâkimin emri olmadan ellerindeki malları nafaka alacaklılarına veren borçlu veya emanetçi, müteberri (bağışlayan) statüsünde olur. Bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 218.

[791] **Özcan**, s. 330; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 58.

[792] **Özcan**, s. 330; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 58.

[793] **Özcan**, s. 330; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 58.

[794] **Merginânî**, C. 2, s. 170; **Özcan**, s. 334; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147.

[795] **Özcan**, s. 334; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147.

[796] **Serahsî**, C. 11, s. 64; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 156; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 31 ve 61; **Bilmen**, C. 7, s. 218. *"... eğer adamın malları içinde yiyecek ve giyecek bulunmazsa, hâkimin değer biçmesi gerekir. Değer ise ancak para ile biçilir."* Bkz. **Merginânî**, C. 2, s. 353.

Ebu Hanife'nin görüşüne göre, kaybolanın babası, hâkimin izni aranmaksızın, nafaka alacaklılarının ihtiyaçlarını sebep göstererek oğlunun taşınmaz mallarını satabilir[797]. Zira, İslam hukukuna göre, babanın henüz rüşdünü (erginliğini) tamamlamamış çocuğu üzerinde – kaybolsun veya olmasın – malî bakımdan tam bir velayet hakkı vardır[798].

Kaybolanın taşınır malları ise, Ebu Hanife'nin uygulamada esas alınan görüşüne göre, nafaka alacaklılarının ihtiyacı sebep gösterilerek sadece babası tarafından satılabilir[799]. Nitekim 1915 tarihli Osmanlı Nafaka Kanunu m. 106'da bu görüş kanunlaşmıştır[800]. Taşınır malları babası tarafından satılan kaybolan, İslam hukukuna göre hukuken rüşdünü (erginliğini) tamamlamış olabileceği gibi, velayet veya vesayet altındaki bir kişi de olabilir[801]. Ancak, Hanefî mezhebinden Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'e göre baba, reşit (ergin) olan ve hacir altında bulunmayan (kısıtlanmayan) kayıp oğlunun taşınmaz mallarını satamadığı gibi, taşınır mallarını da satamaz[802]. Buna karşılık, Ebu Hanife'nin görüşünün dayanağı ise, taşınır malın çabuk zarar görmesi suretiyle kaybolanın zarar görmesinin önlenmek istenmesi ve babanın kayıp çocuğunun malı üzerinde – kayyım gibi – koruma yetkisine sahip olmasıdır[803]. İslam hukuku öğretisine göre, kaybolanın babasının satmış olduğu bu taşınır malların parası, nafaka cinsi mallardan sayılır ve bu çeşit malların hükmüne tabi olur. Bu sebeple kaybolanın babası bu parayı, mahkemeye başvurup nafaka takdiri kararı almadan, kendi isteğine göre kullanamaz[804].

---

[797] **Özcan**, s. 333; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 60.

[798] **Merginânî**, C. 2, s. 170; **Özcan**, s. 333; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 60.

[799] **Merginânî**, C. 2, s. 170; **Özcan**, s. 332; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147; **Serahsî**, C. 11, s. 63; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 59. Kaybolanın babası dışındaki akrabalarının bu tür malları satma hakkı olmadığı gibi, zayi veya telef olma tehlikesi dışında, hâkimin de bu malları satma yetkisi yoktur.

[800] **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, s. 42. Ayrıca bkz. **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147.

[801] **Özcan**, s. 333; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 59.

[802] **Merginânî**, C. 2, s. 170; **Özcan**, s. 332; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 146; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 60.

[803] **Merginânî**, C. 2, s. 170; **Özcan**, s. 332; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147; **Serahsî**, C. 11, s. 64; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 59.

[804] **Özcan**, s. 333; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 147; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 60.

c. Kaybolanın Malvarlığının Mevcut Olmaması Durumunda Nafaka Takdiri

İslam hukukuna göre, geride malvarlığı bırakmadan kaybolan kişinin nafaka alacaklıları da nafaka takdiri talebiyle mahkemeye başvurma hakkına sahiptir[805]. İslam hukukuna göre mahkeme, nafaka alacaklılarının bu talebini incelerken, davalının gaipliğini ve taraflar arasındaki evlilik veya hısımlık bağının ispatını yeterli görür[806]. Bu hususlar ispat edildiğinde, kaybolan üzerindeki velayeti gereğince hâkim, davalı kaybolanın malvarlığı ve geliri olmasa dahi, nafaka alacaklıları lehine nafaka takdir ederek, onlara kaybolan hesabına borç veya veresiye yoluyla nafaka temin ("istidâne"[807]) yetkisi verir[808]. Davacı nafaka alacaklısı ise, bu ilam üzerine, kendisine borç bularak veya veresiye eşya alarak nafaka ihtiyaçlarını giderir[809]. Daha sonra kaybolan ortaya çıkar ve gıyabında gerçekleşen nafaka takdirindeki iddiaların asılsızlığını dava eder ve bu iddiasını ispat ederse mahkeme, nafaka alacaklısını veya kefilini bu nafakanın tazminine mahkûm eder[810].

3. Kaybolanın Eşinin Boşanabilmesi Meselesi

İslam hukukunda kadının belli bazı gerekçelere istinaden mahkemeye başvurarak hâkimin vereceği kararla eşinden boşanmasına "tefrîk" adı verilmektedir[811]. İslam hukukuna göre sınırlı kabul edilen "tefrik" (boşanma) sebeplerinin varlığını tespit eden

---

[805] **Özcan**, s. 334-335; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 148. Bu görüşün İbrahim en-Nehai ve Ebu Hanife'nin ilk görüşü olduğu, buna İmam Züfer'in de katıldığı ve Hanefî fıkhının bu görüş doğrultusunda geliştiği yönünde bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 69.

[806] **Özcan**, s. 335; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 148. Kaybolan kocanın malı yok ise evliliğin kesin delil ("beyyine") ile ispatının şart olduğu ve hâkimin kadın ile mefkûdun evliliğini ispat etmek üzere kadından şahit isteyeceği yönünde bkz. **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, m. 260, s. 81.

[807] M. Âkif **Aydın**, "İstidâne", DİA, C. 23, İstanbul 2001, s. 322.

[808] **Özcan**, s. 335; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 148; **Ferruh**, s. 131. Özellikle kaybolanın karısının sahip olduğu borçlanma yetkisi ("istidâne") hususunda bkz. **Kadri Paşa**, m. 190 (**Akgündüz,** s. 1602); **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*, m. 264, s. 82; **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*, m. 97, s. 43-44.

[809] **Özcan**, s. 335; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 68. Hanbelîlerin ve bir kısım Mâlikî hukukçuların da bu görüşte olduğu yönünde bkz. **Özcan**, s. 335; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 148.

[810] **Özcan**, s. 337; **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, s. 149. Kaybolan kocanın dönmediği ihtimalde, onun adına borçlanan karısının bu borcu ödemesi gerektiği, ödeyemediği takdirde ise İslam hukukuna göre bu borcun ödenmesi için topluma havale edileceği yönünde bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 69.

[811] H. İbrahim **Acar**, "Tefrik", DİA, C. 40, İstanbul 2011, s. 277; **Aydın**, "Tefrik", s. 1-2; **Yaman**, s. 92; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 62.

hâkim, "tefrîk kararı" (boşanma kararı) vermekle yükümlüdür[812]. İşte bu tefrîk sebeplerinden bir tanesi de "kocanın kaybolması (mefkûdluk)" hâlidir[813].

İslam hukukundaki "ıstıshab" kuralına istinaden, gaiplik kararı verilinceye kadar, kaybolan ile karısı arasındaki evlilik bağı devam eder. Bununla birlikte kadının uzun seneler boyunca kayıp kocası ile evli kabul edilmesi ve bu süreçte başkasıyla evlenememesi, aleyhine güçlük doğurabilir. İşte bu saikten hareket eden Mâlikî ve Hanbelî mezhebi, kocasının kayıplığı üzerinden belirli sürelerin geçmesiyle karısının "tefrik" (adlî boşanma / hâkimin evliliğe son vermesi) talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir[814]. Buna karşılık Hanefî ve Şâfiî mezhebi ise, kocası hakkında gaiplik kararı verilinceye kadar kadının beklemesi gerektiğini savunarak, kaybolanın karısına bu dönemde boşanma (tefrik) hakkı tanımamıştır[815]. Dolayısıyla kadının kaybolan kocasıyla olan evliliğini sona erdirebilmesi için, Hanefî ve Şâfiîlerin çoğunluk görüşüne göre, kocasının akranlarının ölümlerine kadar bir süre beklemesi gerekir[816].

Mâlikî mezhebinin kurucusu İmam Mâlik'e göre ise kocasını kaybeden ve onun nerede olduğunu bilmeyen kadın, dört yıl bekler ve bu sürenin sonunda gerekli bekleme süresini (dört ay on günlük vefat iddetini) de tamamlayarak başkasıyla evlenebilir[817]. Mâlikî mezhebine göre "İslam ülkesinde kaybolan"[818] bir kişi hakkında gaiplik kararı

---

[812] **Yaman**, s. 92; **Acar**, "Tefrik", s. 277.

[813] M. Âkif **Aydın**, *Osmanlı Aile Hukuku*, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, s. 128; **Yaman**, s. 95; **Acar**, "Tefrik", s. 278.

[814] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 293; Ebru **Kayabaş**, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi – Hukuk-ı Aile Kararnamesi –*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, s. 87.

[815] **Mevdûdî**, s. 145; **İbn Rüşd**, C. II, s. 480; **Kayabaş**, *Aile*, s. 87. Hanefî mezhebinin kaybolanın karısına ilişkin hükümlerinin Hz. Peygamber'den rivayet edilen *"Kesin bir haber ulaşıncaya dek, kocasının karısıdır."* hadisine dayandığı, ancak bu hadisin kendisiyle amel edilmeyecek ölçüde zayıf bir hadis olduğu yönünde bkz. **Mevdûdî**, s. 144. Şâfiî mezhebinin kurucusu İmam Şâfiî'nin eski görüşünün, Mâlikîlerdeki gibi, kocanın kaybolduğu tarihten itibaren kadının dört yıl bekledikten sonra boşanma (tefrik) talebinde bulunabileceği yönünde iken, sonradan görüşünü değiştirerek, Hanefîlerdeki gibi, kaybolanın dönmeyeceği veya öldüğü kesinleşinceye kadar karısının boşanma (tefrik) talebinde bulunamayacağını savunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Gözübenli**, s. 354; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 78-79.

[816] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 293; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376; **Yaman**, s. 96; **Kayabaş**, *Aile*, s. 87.

[817] İmam Mâlik, bu hususta Ömer b. Hattab'ın şu fetvasına dayanmıştır: *"Kocasını kaybeden ve onun nerede olduğunu bilmeyen herhangi bir kadın dört sene bekler, sonra da dört ay, on gün iddet bekler, bundan sonra evlenmesi helâl olur."*. Bkz. **Malik b. Enes**, *El-Muvatta'* (Çev. Ahmet M. Büyükçınar, Yaşar Erol, Ahmet Arpa vd.), İstanbul 1982, C. II, s. 80. Ayrıca bkz. **Mevdûdî**, s. 145; **Döndüren**, s. 121; **Hira**, s. 122-123; **Gözübenli**, s. 354; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376.

[818] İmam Mâlik'in tabilerinden bazıları, kişinin "kaybolduğu yeri" ölçüt almış ve şu dört ayırım çerçevesinde konuyu değerlendirmiştir: İslam toprağında kaybolanlar, düşman toprağında kaybolanlar, Müslümanların birbirleriyle yaptıkları savaşta kaybolanlar ve düşmanla yapılan savaşlarda kaybolanlar. Ancak İmam Mâlik ve tabileri bu son üç çeşit kayıplık hakkında büyük ölçüde ihtilaf ettiklerinden, bu

verilebilmesi için öncelikle, karısının mahkemeye başvurarak evliliği ve kocasının kaybolduğunu ispatlaması şarttır[819]. Bu aşamanın tamamlanmasından sonra ise yetkili hâkim, kocanın yaşayıp yaşamadığının tespitine çalışır ve herhangi bir bulguya rastlayamazsa, mahkemeye müracaat tarihini esas alarak, kadından dört yıl beklemesini ister[820]. Bu dört yıllık sürenin sonunda da kaybolan dönmemişse, mahkeme tarafından boşanma (tefrik) kararı verilir ve bu karar neticesinde kaybolanın karısı, vefat iddetini de tamamlayarak başkasıyla evlenebilir[821]. Kaybolanın karısının karşılaştığı zorluklar karşısında ona boşanma (tefrik) imkânının tanınmasının açık bir maslahat olduğu ve bizzat daha sonraki Hanefî hukukçuların dahi bu hususta Mâlikî mezhebine göre fetvâ verdikleri öğretide ifade edilmektedir[822].

Hanbelî mezhebi kurucusu İmam Ahmed b. Hanbel ise, kaybolanın ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması şartıyla dört yıl geçtikten sonra kadının boşanma talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir[823]. Ahmed b. Hanbel'e göre kaybolanın ölümü hakkında kuvvetli olasılık yoksa, Hanefî ve Şâfiîlerde olduğu gibi, karısı gaiplik kararı verilinceye kadar boşanma talebinde bulunamaz[824].

Osmanlı uygulamasında kaybolanın karısına boşanma (tefrik) hakkı tanımayan Hanefî mezhebi görüşünün kadın aleyhine güçlük teşkil etmesi, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde bu hususta Mâliki mezhebi içtihadının kanunlaşmasına sebebiyet vermiştir[825]. HAK m. 127'de tanınan bu boşanma (tefrik) imkânı, geride nafaka cinsi bir malvarlığı bırakmış olmasına rağmen, nerede olduğu bilinmeyen ve sağ ya da ölü olduğuna dair haber alınmasından ümit kesilen koca hakkındadır. HAK m. 127'ye göre, kaybolan kocasından boşanma (tefrik) talebiyle mahkemeye müracaat eden kadın, normal şartlarda kocasının hayatta olduğundan ümit kesilmesinden itibaren dört yıl; ölüm ihtimalinin yüksek olduğu savaş hâlinde ise savaş taraflarının ve esirlerin yerlerine

---

hususta, mezhebin genel kabul gören görüşü olan, İslam toprağında kaybolanların hükmünü vermeyi yeterli bulduk. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İbn Rüşd**, C. II, s. 480-481. Ayrıca bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 222; **Hira**, s. 122 vd.

819 **Hira**, s. 122.

820 **Hira**, s. 122-123; **Gözübenli**, s. 354.

821 **Hira**, s. 123. Ayrıca bkz. dn. 306; **Gözübenli**, s. 354; **Döndüren**, s. 121; **Zerka**, s. 1081.

822 **Zerka**, s. 1081.

823 **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 293.

824 **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 293.

825 Yılmaz **Yurtseven**, "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, 2003, s. 245; **Yaman**, s. 96; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 250; **Döndüren**, s. 121; **Zerka**, s. 1081; **Uzunpostalcı**, s. 76; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 446; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 84.

dönmesinden itibaren bir yıl bekler ve bu sürelerin tamamlanmasından sonra hakkında boşanma (tefrik) kararı verilebilir[826]. Ayrıca, her iki hâlde de kaybolanın karısı, hüküm tarihinden itibaren dört ay on günlük vefat iddetini bekler (HAK m. 127) ve bu sürenin de tamamlanmasıyla yeniden evlenebilir.

Eğer koca, karısının nafakasının teminine yetecek kadar bir malvarlığı bırakmayarak kaybolmuşsa, kadına bekleme süresi tanımanın ve kaybolan adına borçlanmasına izin vermenin ("istidâne") problemi çözmediğinden hareket eden İslam hukukçuları, bir başka tefrik (boşanma) sebebi olarak "nafaka sağlayamama" çözümüne başvurmuşlardır[827]. Bu durumda Hanefîler dışındaki üç mezhebe (Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî mezhebine) göre, kadının boşanma (tefrik) talebi üzerine hâkim, gerekli araştırmada bulunduktan sonra, kocasının kaybolması sebebiyle nafakanın tahsil edilmesinde güçlük bulunduğu sonucuna varırsa boşanmaya hükmedebilir[828]. Hukuk-ı Aile Kararnâmesi de nafaka ile ilgili faslında (HAK m. 92-101) Hanefî mezhebi görüşünü benimsemesine rağmen, boşanmaya ilişkin hükümlerinde kadının durumunu düşünerek farklı bir tavır sergilemiş, kocasının kaybolması sebebiyle nafaka tahsilinin imkânsız olduğu durumlarda kadına boşanma (tefrik) talebinde bulunma hakkı tanımıştır (HAK m. 126)[829].

B. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama

1. Genel Olarak

İslam hukukunda hâkimin vereceği gaiplik kararı, kaybolan hakkında karar tarihinden itibaren hüküm ve sonuç doğurmakta; böylelikle kaybolan kişi karar tarihinde "hükmen ölü" sayılmaktadır. Dolayısıyla İslam hukukunda gaiplik kararının verildiği andan itibaren gaip hakkında doğacak hukukî sonuçlar, gerçek ölümle benzerlik gösterir.

---

[826] **Gözübenli**, s. 355. Bu düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kayabaş**, *Aile*, s. 88-89.
[827] **Aydın**, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 125; **Mevdûdî**, s. 147.
[828] **Mevdûdî**, s. 147; **Aydın**, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 125; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 531; **Yaman**, s. 94; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 63; **Kayabaş**, *Aile*, s. 86-87.
[829] Bkz. **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*, m. 126, s. 54-55; **Yaman**, s. 94. Ayrıca bkz. **Yurtseven**, s. 245. *"29 Rebiulahir 1334 tarihinde çıkarılan İrade-i Seniyye ile nafaka tahsilinde zorluklarla karşılaşan kadının, parasızlık çekmekte ve yoksul duruma düştüğünden bahsedilmektedir. Yabancı devlet vatandaşı olan Müslümanların, Osmanlı vatandaşı olan Müslüman kadınlarla evlendikleri ve bahsedilen yabancıların bazılarının eşlerini aç ve bakıma muhtaç bir şekilde bırakarak, bir daha gelmemek üzere vatanlarına döndüklerinden hareketle kadının isteği üzerine boşanmaya hükmedilmesinin bir gereklilik olduğu ifade edilmektedir. Bahsedilen bu hüküm Kararname'nin 126. maddesine de kaynaklık etmiştir."*. Bkz. **Kayabaş**, *Aile*, s. 87.

Özellikle gaibin evliliği ve mirasının intikaliyle ilgili hüküm ve sonuçların, birkaç farklılık dışında, gerçek ölümle büyük ölçüde benzer olduğu görülmektedir.

2. Gaibin Evliliğiyle İlgili Hüküm ve Sonuçlar

a. Genel Olarak

İslam hukukuna göre gaiplik kararının verildiği tarihte gaip ile karısı arasındaki evlilik bağı, gerçek ölümdeki gibi, kendiliğinden sona ermiş sayılır[830]. Böylece, gaiplik kararı ile evliliği sona ermiş olan gaibin karısı, İslam hukukuna göre yeniden evlenebilmesi için belli bir süre ("iddet") beklemesi gerekir; ayrıca kocasının malından mehir ve nafaka alması da söz konusu olabilir[831].

b. İddet

İslam hukukunda evliliğin sona ermesinin hukukî neticelerinden birisi olan "iddet", kocası ölen, kocasıyla boşanan[832] veya evliliği feshedilmiş olan bir kadının, bu evlilikle ilgisinin tamamen kesilmesi ve yeniden evlenebilmesi için mutlaka beklemesi gereken, içinde bulunduğu duruma göre değişkenlik gösteren bekleme süresidir[833]. İddet, İslam hukukundaki evlilik engellerinden biridir. Dolayısıyla iddet esnasındaki kadın, başka birisiyle evlenemez[834].

İslam hukukundaki gaiplik kararı, önceden ifade edildiği üzere, gerçek (tabii) ölüm gibi hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla İslam hukukuna göre kocası hakkında gaiplik kararı verilen kadın, aynı kocası ölen kadın gibi, "vefat iddeti" beklemekle yükümlüdür[835]. İslam hukukundaki "vefat iddeti", hamilelik yoksa "dört ay on gün";

---

[830] **Seydîşehrî**, s. 26; **Şener**, s. 165; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 100.
[831] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 87.
[832] Bu boşanmanın cinsel ilişkiden sonra meydana gelmesi şarttır. Zira, İslam hukukuna göre kocasıyla cinsel ilişki kurmadan boşanan kadına boşanma iddeti olmadığı gibi, nafaka ve miras da yoktur. Bkz. **Ferruh**, s. 158. Ancak kocası ölen bir kadın, kocasıyla cinsel ilişki kurmamış olsa bile, vefat iddetini (dört ay on gün) tamamlamak zorundadır. Bkz. **Ferruh**, s. 160.
[833] **Serahsî**, C. 30, s. 69, dn. 41; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 387; **Ferruh**, s. 158; **Yaman**, s. 107; Halil **Cin**, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974, s. 119. İslam hukukundaki "iddet" kavramı hakkında dört mezhebin ayrıntılı açıklamaları için bkz. **Cezîrî**, C. 6, s. 2727. Kadının durumuna ve bazı niteliklerine göre altıya ayrılan iddetin çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yaman**, s. 108 vd. İslam hukukuna göre önceki evliliğin bir kısım hükümlerinin iddet süresince de devam edeceği yönünde bkz. **Yaman**, s. 112; **Ferruh**, s. 160.
[834] **İbn Rüşd**, C. II, s. 471; **Ferruh**, s. 161, dn. 175; **Yaman**, s. 112; **Cin**, s. 119.
[835] H. İbrahim **Acar**, "İddet", DİA, C. 21, İstanbul 2000, s. 468; **Erturhan**, s. 136.

hamilelik varsa doğuma kadar devam eden müddettir[836]. Dolayısıyla gaibin karısı, dört ay on gün sürecek vefat iddetini beklemekle yükümlü olup, ancak bu süreyi tamamlamasıyla ikinci bir evlilik yapabilir[837]. Kocanın gaipliği durumunda vefat iddetinin başlangıç zamanına ilişkin farklı görüşler[838] mevcut olmakla birlikte, İslam hukukçularının genel kabulüne ve HAK m. 127'ye göre gaibin karısının beklemekle yükümlü olduğu dört ay on günlük süre, hâkimin gaiplik kararını verdiği tarihten itibaren başlar[839].

c. Mehir

İslam hukukçularının çoğuna göre evliliğin sonuçlarından biri olan mehir, erkeğin evlenirken kadına verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği mal veya paradır[840]. Evlilik sırasında peşin olarak verilen mehre "peşin mehir" anlamında "mehr-i muaccel", evlilikten sonra kararlaştırılan bir vadede verilmesi taahhüt edilen mehre ise "ertelenmiş mehir" anlamında "mehr-i müeccel" adı verilir[841]. İslam hukukuna göre eşler arasında "zifaf" veya "sahih halvet" olmuşsa veyahut bunlar olmadan önce koca ölmüşse; kadın, taahhüt edilen mehrin ("mehr-i müeccel"in) tamamına hak kazanır[842]. Ancak Hanefî, Şâfiî ve Hanbelî hukukçular, nikâhtan sonra fakat zifaftan ve sahih halvetten önce eşlerden birisi ölürse, diğerinin ona mirasçı olacağı ve mehrin tamamına hak kazanacağı kanaatinde iken; Malikî hukukçular ise, bu durumda artık mehrin ödenmesine gerek olmadığı, sadece mirasın gerektiği kanaatindedirler[843]. Ayrıca, evlilik sırasında kadına mehir verilmemiş ve ilerde verileceği de taahhüt edilmemişse, kadına mehir

---

[836] **Cezîrî**, C. 6, s. 2735-2736 ve 2754; **İbn Rüşd**, C. III, s. 85; **İbn-i Âbidîn**, C. 7, s. 154-155; **Acar**, "İddet", s. 467; **Erdoğan**, s. 230; **Aydın**, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 133; **Cin**, s. 119; **Yaman**, s. 109; **Ferruh**, s. 158-159; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 88. İslam hukukçuları vefat iddeti hakkında Kur'an-ı Kerim'deki şu ayete dayanmışlardır. Bkz. **Bakara, 2/234**. İslam hukukçuları hamile kadının iddeti hususunda ise Kur'an-ı Kerim'deki şu ayete dayanmıştır. Bkz. **Talak, 65/4**.

[837] **Seydîşehrî**, s. 26; **Kadri Paşa**, m. 579 (**Akgündüz,** s. 1668); **Döndüren**, s. 121; **Erturhan**, s. 136.

[838] Karısının vefat iddetine başlayabilmesi için kaybolan hakkında gaiplik kararı verilmesinin şart olup olmadığına ilişkin görüşler için bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 88-89. İmam Mâlik, kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi amacıyla karısının normal şartlarda beklemesi gereken dört yıllık sürenin başlayabilmesi için hâkimden izin alması gerektiğini, ancak bundan sonra beklemesi gereken iddeti hâkime başvurmadan bekleyebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 222-223; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 80.

[839] **Merginânî**, C. 2, s. 355; **İbn-i Âbidîn**, C. 9, s. 158; **Bilmen**, C. 7, s. 220; **Kadri Paşa**, m. 579 (**Akgündüz,** s. 1668); **Döndüren**, s. 121; **Acar**, "İddet", s. 468; **Erturhan**, s. 136.

[840] M. Âkif **Aydın**, "Mehir", DİA, C. 28, İstanbul 2003, s. 389-390; **Yaman**, s. 61 (Yazar evlilikte mehrin mutlaka gerekli olduğu hususunda Kur'an-ı Kerim'deki şu ayetleri dayanak göstermiştir. Bkz. **Nisâ, 4/4** ve **4/24**.).

[841] **Yaman**, s. 63; **Ferruh**, s. 91; **Aydın**, "Mehir", s. 390.

[842] **İbn Rüşd**, C. II, s. 440-441; **Yaman**, s. 63; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 284.

[843] **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 284, dn. 44.

verilmeyeceği açıkça söylenmiş olsa dahi, İslam hukukuna göre bu evlilik geçerli kabul edilir ve kadın "mehr-i misil"e yani emsal mehre hak kazanır[844].

Bilindiği üzere, İslam hukukunda mahkemenin verdiği gaiplik kararı, gerçek (tabii) ölüme benzer birtakım hukukî sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle, ölüm hâlinde mehir için öngörülen hukukî sonucun gaiplik hâlinde de geçerli olacağını kabul etmek mümkündür. Böylece, erkeğin evliliğin sona ermesi hâlinde kadına vermeyi taahhüt ettiği mehrin ("mehr-i müeccel"in) tamamının, ölüme kıyasen, gaiplik kararının verildiği tarihte gaibin karısına ait olacağını söylemek mümkündür.

d. Nafaka

İslam aile hukukunda nafaka, dar anlamıyla "evlilik içinde kocanın eşi ve çocukları için yüklendiği geçim masrafları" şeklinde tanımlanmaktadır[845]. İslam hukukçuları, nafaka yükümlülüğünün evliliğin hukukî sonuçlarından olduğu ve evlilik süresince bu yükümlülüğün devam ettiği hususunda hemfikirdir[846]. Evliliğin sona ermesi hâlinde ise evliliği sona erdiren sebebe göre kadına ödenip ödenmeyeceği değişiklik gösteren nafakaya "iddet nafakası" adı verilmektedir[847]. İslam hukukçularının çoğunluğuna ve HAK m. 152'ye göre, kocası ölen ve bu sebeple vefat iddeti bekleyen kadına (hamile olsa bile) "iddet nafakası" ödenmez[848]. Zira bu kadın, mirasçı sıfatıyla kocasının terekesinden payına düşeni almaktadır[849]. Bu nedenle, kocanın vefatıyla mirasçılarına intikal eden terekeden kadına nafaka verilmesi, İslam hukukuna göre geçerli (caiz) değildir[850].

Gaiplik kararının verilmesinden önceki süreçte kadının nafakasının gaibin malından temin edileceği hususunda ittifak vardır. Zira bu süreçte, ıstıshab kaidesi gereğince, gaip ile karısı arasındaki evlilik devam etmektedir[851]. Gaiplik kararının verilmesinden

---

[844] **Merginânî**, C. 2, s. 28-29; **Yaman**, s. 62; **Aydın**, "Mehir", s. 390.
[845] Bu tanım için bkz. **Yaman**, s. 64.
[846] Celal **Erbay**, "Nafaka", DİA, C. 32, İstanbul 2006, s. 282; **Yaman**, s. 60 ve 64; **Erturhan**, s. 118 ve 121; **Aydın**, *Osmanlı Aile Hukuku*, s. 87-88 ve 94.
[847] **Erbay**, "Nafaka", s. 282.
[848] **Merginânî**, C. 2, s. 164; **Mevsilî**, C. 4, s. 149; **Bilmen**, C. 2, s. 491-492; **Erbay**, "Nafaka", s. 283; **Avcı**, s. 284; **Yaman**, s. 112; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 296; **Cin** ve **Akgündüz**, s. 535; **Erturhan**, s. 136-137. Ayrıca bkz. **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*, m. 152, s. 62.
[849] **Mevsilî**, C. 4, s. 149-150; **Erbay**, "Nafaka", s. 283; **Erturhan**, s. 136-137.
[850] **Bilmen**, C. 2, s. 492.
[851] **Ünalan**, s. 130. Ayrıca bkz. **Serahsî**, C. 11, s. 61.

sonraki "vefat iddeti" döneminde gaibin karısının "iddet nafakası" alıp alamayacağı hususunda ise İslam hukukçuları iki farklı görüş ileri sürmüştür.

Hanbelî mezhebindeki hâkim görüşe ve İmam Şâfiî'nin eski görüşüne göre, iddet dönemindeki kadının nafakası gaibin malından temin edilir[852]. Kadının mağduriyetini önlemeye yönelik olan bu görüşün temelinde, gaiplik kararının verilmesiyle evliliği sona eren kadının tekrardan evlenebileceği zamana kadar gaip kocanın malından geçiminin karşılanması düşüncesi yer almaktadır[853]. Ancak İslam hukukundaki gaiplik kararı gerçek ölüm gibi hüküm ve sonuç doğurduğundan, bu kararın verilmesiyle gaibin mirası açılır ve böylece gaibin mirasçısı sıfatıyla karısı da terekeden payını alır. Dolayısıyla, gaibin karısının vefat iddeti beklediği dönemde mağdur olması söz konusu değildir. Ayrıca, gaibin karısına düşen miras payına ek olarak, ona bu dönemde verilecek nafaka diğer mirasçıların haklarına müdahale anlamı taşır. Bu sebeple Mâlikî mezhebi, bu hususta Hanbelî ve Şâfiî mezhebinin aksi yönünde görüş bildirmiş ve gaiplik kararı verildikten sonraki "vefat iddeti" döneminde kadının nafakasının gaip kocanın malından karşılanmayacağını kabul etmiştir[854]. Zira, gaiplik kararı gerçek ölüm gibi hüküm ve sonuç doğurduğundan, bu kararın verilmesiyle kocanın nafaka yükümlülüğünün de sona erdiği kabul edilir[855].

3. Gaibin Mirasıyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar

a. Genel Olarak

Gaiplik kararı, İslam miras hukuku bakımından önemli hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu karar verilmeden önceki süreçte gaibe intikal etmesi muhtemel miras payının tespiti ve korunması meselesini ilgili bölümde değerlendirdiğimizden, bu bölümde sadece hakkında gaiplik kararı verilmiş olan gaibin mirasına ilişkin hukukî durum incelenmiştir.

b. Gaibin Mirasçılarının Tespiti

İslam hukukuna göre gaip, öldüğüne dair bir delil ortaya çıkmadıkça veya hakkında gaiplik kararı verilmedikçe, kazanılmış hakları bakımından hayatta kabul edilir ve bu

[852] **Ünalan**, s. 130.
[853] **Ünalan**, s. 130.
[854] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 92.
[855] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 92.

süreçte terekesi mirasçılarına pay edilmez[856]. Belli bir tarihte ölmüş olduğu delillerle ispat edilemeyen gaip, kendisi hakkında gaiplik kararının verildiği günde ölmüş sayılır ve terekesi o gün sağ olan mirasçıları arasında paylaştırılır. Zira İslam hukukuna göre mirasın intikalinin şartları; mirasbırakanın (hakîkî veya hükmî bir şekilde) ölmesi, mirasçının mirasbırakanın ölümü anında sağ olması ve terekenin intikaline engel bir durumun bulunmamasıdır[857]. Burada gaiplik kararının gerçek ölüm gibi hüküm ve sonuç doğurmasının İslam miras hukukundaki etkisini görmek mümkündür. Dolayısıyla gaiplik kararı verilmeden önce ölen mirasçılar, gaibin terekesinden pay alamaz[858]. Ayrıca, gaibin evliliği gaiplik kararı ile birlikte kendiliğinden sona ermiş sayıldığından, gaibin karısı da hakkında gaiplik kararı verilen kocasına bu kararın verildiği tarihte mirasçı olur[859].

c. Gaibin Mirasının Kapsamı

Gaiplik kararının verilmesi ile birlikte gaibin kaybolmasından önce mülkiyetinde sabit olan taşınır veya taşınmaz malları ya da başkasının zimmetinde olan hakları mirasçıları arasında paylaştırılır[860]. Ancak İslam hukuku gereğince gaibin mirasının paylaştırılması, borçları ödendikten ve vasiyeti yerine getirildikten sonra mümkün olur[861].

Kaybolması ile hakkında gaiplik kararı verilmesi arasındaki süreçte gaibe intikal etmesi muhtemel miras payı ise, çalışmanın ilgili kısmında açıklandığı üzere, gaibin durumu kesinleşinceye kadar bekletilir ve gaiplik kararının verilmesiyle birlikte mirasbırakanın gaip dışındaki mirasçıları arasında paylaştırılır.

C. Gaiplik Kararının Hükmünü Yitirmesi

İslam hukukunda mahkemece verilen gaiplik kararı, gaibin ortaya çıkması veya sağ olduğunun anlaşılmasıyla birlikte hukukî anlamda ortadan kalkmış, yani hükmünü

---

[856] **Serahsî**, C. 30, s. 74 ve C. 11, s. 77; **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Kadri Paşa**, m. 576 (**Akgündüz,** s. 1667); **Uzunpostalcı**, s. 74; **Zuhayli**, C. 7, s. 263; **Zerka**, s. 1081; **Şener**, s. 164; **Seydîşehrî**, s. 22-23; **Ansay**, s. 77; **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; **Ekinci**, s. 399; **Döndüren**, s. 121; **Ergüney**, s. 296. Bütün mezhep imamlarının bu hususta ittifak ettikleri yönünde bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 101.

[857] **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 425-426; **Döndüren**, s. 420. Benzer şekilde bkz. **Serahsî**, C. 30, s. 75 ve C. 11, s. 72; **Bilmen**, C. 7, s. 211; **Mahluf**, s. 209; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 40 ve 94.

[858] **Merginânî**, C. 2, s. 355; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 94-95.

[859] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 100.

[860] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 100.

[861] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 101 (Yazar'a göre bu hususun Kur'an-ı Kerim'deki dayanağı için bkz. **Nisâ, 4/11**).

yitirmiş olur. Bu durumda, gaiplik kararı verildikten sonra ikinci evlilik yapmış olan gaibin eşine ve gaibin mirasçılara paylaştırılmış olan malvarlığının iadesine ilişkin birtakım hukukî problemler ortaya çıkar.

1. İkinci Evlilik Yapmış Olan Gaibin Eşine İlişkin Hükümler

İslam hukukçularının ittifakla kabul ettiği üzere, gaip koca sağ olarak geri döndüğünde karısı başkasıyla evlenmemişse gaiplik kararı ile sona eren evlilik canlanır[862]. Ancak kocası hakkında gaiplik kararı verildikten sonra kadın başkasıyla evlenmişse, gaibin sağ olduğunun anlaşılmasıyla bu ikinci evliliğin akıbetinin ne olacağı meselesi İslam hukukunda tartışmalı olup, bu hususta iki farklı görüş mevcuttur[863]. Bu görüşler, ikinci koca ile gaibin eşi arasında cinsel ilişkinin meydana gelip gelmediği hususunda ayırım yapanlar ve yapmayanlar olarak iki gruba ayrılarak incelenmiştir.

Bu hususta bir ayırım yapmayarak kadının ikinci kocayla mı evli kalacağı yoksa gaip ile evliliklerinin tekrardan geçerlilik mi kazanacağı noktasında farklı görüş benimseyenler; Hanefîler, yeni görüşünde İmam Şâfiî ve ilk görüşünde İmam Mâlik'tir[864]. İmam Mâlik'in ilk görüşüne göre, gaibin eşi kocası hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için takdir edilen bekleme süresini ve akabinde vefat iddetini tamamladıktan sonra başkasıyla evlenmişse sağ olarak geri dönen gaip, önceki evliliğin devam ettiğini ileri süremez[865]. İmam Mâlik bu görüşüne Hz. Ömer'in bu hususta fetvasını dayanak göstermiştir[866]. Buna karşılık Hanefîlere ve yeni görüşünde İmam Şâfiî'ye göre ise, gaip ortaya çıktığı zaman karısı başkasıyla evlenmiş dahi olsa, hiç evlenmemiş itibar olunarak gaip ile evliliklerinin devamına hükmolunur ve böylece ikinci evlilik batıl (hükümsüz) sayılır[867]. Hanefîler'in ve yeni görüşünde İmam Şâfiî'nin bu hususta Hz. Ali'nin fetvasını dayanak gösterdikleri ifade edilmektedir[868].

İkinci koca ile gaibin eşi arasında cinsel ilişkinin meydana gelip gelmediği hususunda bir ayırım yapanlar ise Hanbelîler, eski görüşünde İmam Şâfiî ve ikinci görüşünde

---

[862] **Malik b. Enes**, C. II, s. 80; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 104.
[863] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 104.
[864] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 104-105.
[865] **Malik b. Enes**, C. II, s. 80; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 104.
[866] **Malik b. Enes**, C. II, s. 80; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 104-105.
[867] **Serahsî**, C. 11, s. 58-59; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 105.
[868] **Serahsî**, C. 11, s. 58-59; **Merginânî**, C. 2, s. 354; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 105.

İmam Mâlik'tir[869]. Bu ayırımı savunanlar, ikinci koca ile gaibin karısı arasında cinsel ilişkinin meydana gelmesinden önce gaibin ortaya çıkması durumunda ilk evliliğin devam edeceği noktasında ittifak ettikleri hâlde; cinsel ilişkiden sonra gaibin ortaya çıkması durumunda ise ilk evliliğin devam edip etmeyeceği noktasında farklı görüş benimsemiştir[870].

İmam Mâlik'in son görüşüne göre, ikinci kocanın kadınla cinsel ilişkide bulunmasından sonra gaip koca ortaya çıkarsa ikinci evlilik devam eder[871]. Ancak bunun için, ikinci kocanın gaibin hayatta olduğunu bilmemesi ve kadının da vefat iddetini tamamlamış olması şart olup, bu iki şarttan biri gerçekleşmezse ikinci evlilik sona erdirilir (tefrik edilir) ve kadın ile gaip arasındaki ilk evliliğin devamına hükmolunur[872]. Hanbelîler ve eski görüşünde İmam Şâfiî'ye göre ise, ikinci kocanın kadınla cinsel ilişkide bulunmasından sonra gaip ortaya çıkarsa, karısına dönmek ile kadını ikinci kocaya terk edip mihrini almak arasında seçim hakkına sahiptir (muhayyerdir)[873]. Bu görüşün Hz. Ömer ile Hz. Osman'ın bu hususta verdikleri bir hükme dayandığı öğretide ifade edilmektedir[874].

1917 tarihli Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde ise ikinci bir evlilik yapan gaibin eşinin gaip ortaya çıktıktan sonraki hukukî durumu, 128 ve 129. maddelerde düzenlenmiştir[875]. HAK m. 128'e göre, gaip ile karısının HAK m. 126 veya 127'ye göre boşanmalarına hükmolunduktan sonra kadın başkasıyla evlenmiş ve sonrasında gaip ortaya çıkmışsa, bu durum ikinci evliliğin feshedilmesine sebep olmaz. Buna karşılık HAK m. 129'a göre ise, kocası hakkında gaiplik kararı verilmesinden sonra kadın ikinci bir evlilik yapmışsa, gaibin ortaya çıkmasıyla bu ikinci evlilik feshedilir. Zira, HAK m. 128'e göre, boşanma (tefrik) hâlinde ortada bir ayrılık kararı olduğu için bu ikinci evlilikten dönüş kabul edilmemiş; diğer taraftan, HAK m. 129'a göre gaiplik kararı verilmesi bu mahiyette bir ayrılık kararı olmadığından ikinci evlilik sözleşmesinin feshedileceği kabul edilmiştir[876]. Bu konuda İstanbul Şer'iye Mahkemesi'nin verdiği bir kararda "Rusya'da savaş esiri olan K. yurda dönüyor. Bu sırada eşi yeniden evlenmiştir.

[869] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 106.
[870] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 106.
[871] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 106.
[872] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 106.
[873] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 107.
[874] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 107.
[875] Bkz. **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*, s. 55.
[876] **Yurtseven**, s. 246-247; **Kayabaş**, *Aile*, s. 89.

K. eşinin evliliğinin feshini talep ediyor. Bu talep, Kararname'nin 128. maddesi gereğince reddediliyor."[877]. Zira bu durumda, gaip (K) ile karısı hakkında boşanma (tefrik) kararı verildikten sonra bu ikinci evlilik gerçekleşmiştir. Dolayısıyla, HAK m. 128'e göre, gaip (K)'nın ortaya çıkmasıyla ikinci evliliğin feshine hükmedilemez.

2. Malvarlığının Gaibe İadesine İlişkin Hükümler

Hakkında gaiplik kararı verilmeden önce sağ olarak ortaya çıkan kişi, malvarlığının idaresi ve korunması ile yükümlü olan mahkemeden bu icraatını durdurmasını ve kayyımdan mallarının kendisine iadesini isteyebilir[878]. Ancak, hakkında gaiplik kararı verilmeden önce sağ olarak ortaya çıkan kişi, karısına ve çocuklarına hâkim veya kayyım tarafından gıyabında nafaka olarak verilen mallarını geri alamaz[879]. Zira, daha önce de açıklandığı üzere, İslam hukukuna göre hâkimin kaybolan üzerinde velayet hakkı vardır. Bu nedenle hâkimin fiili, kaybolanın kendi fiili gibi sayılır[880]. Benzer şekilde, hâkim tarafından tayin edilen bir vekil olması hasebiyle kayyımın da kaybolanın mevcut mallarını ve menfaatlerini korumak hususunda tasarruf yetkisi vardır. Dolayısıyla kayyım da bu yetkisi dahilinde yaptığı icraatlardan ötürü kaybolan tarafından sorumlu tutulamaz. Diğer taraftan kaybolanın karısı ve çocukları, hâkimden izin almaksızın, nafaka konusu olan ihtiyaçlarını kaybolanın parasından veya malındaki yiyecek ve giyecek eşyalardan karşılamışlarsa kaybolan ortaya çıktığında bunları tazminle yükümlü olmazlar[881]. Ancak, kaybolanın zayi veya telef olma tehlikesi bulunmayan mallarını kendi nafaka ihtiyaçları için satarlarsa bunları tazmin etmeleri gerekir. Zira, hâkim de bu malları satma yetkisine sahip değildir[882].

Gaiplik kararı alınmadan önceki aşamada hâkimin kaybolanın karısına takdir ettiği nafaka hususunda ise kaybolan koca geri döndüğünde bakılır. Eğer koca, karısına nafakasını muaccel olarak bıraktığına veya kayıpken nafakasını gönderdiğine ilişkin bir delil getirirse, kadın, hâkimin takdiriyle aldığı bu nafakayı kocasına geri vermekle

---

[877] Bkz. **Kayabaş**, *Aile*, s. 89.
[878] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 112. Eğer hâkimin atadığı vekilin kaybolanın mallarının muhafazasında veya idaresinde bir ihmali veya kusuru mevcutsa bu malları tazmin etmesi gerekir. Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 112.
[879] **Serahsî**, C. 11, s. 67; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 112.
[880] **Serahsî**, C. 11, s. 67.
[881] **Serahsî**, C. 11, s. 67; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 112.
[882] **Serahsî**, C. 11, s. 67; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 112.

yükümlüdür[883]. Zira, bu durumda kadının nafakayı haksız yere almış olduğu ortaya çıkmış olur. Dolayısıyla kaybolan koca, hâkimin takdiriyle malvarlığından ödenen bu nafakayı dilerse karısından, dilerse de kefilinden alma hususunda bir seçim hakkına (muhayyerliğe) sahiptir[884].

Gaiplik kararı alındıktan sonra gaibin ortaya çıkması ile ilgili en önemli mesele ise, gaibin karar tarihinde mirasçılarına intikal etmiş olan malvarlığını geri isteyip isteyemeyeceği ve isteyebilecekse bu iadenin muhtevasıdır. İslam hukukçuları, hakkında gaiplik kararı verildikten sonra ortaya çıkan gaibin, mirasçılarına intikal etmiş olan malvarlığından mevcut olanların aynen iadesini talep edebileceğini kabul etmiştir[885]. Ancak gaibin, mirasçıların tükettikleri (elden çıkardıkları) mallarına ilişkin tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı noktasında İslam hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüştür.

Hanefî mezhebine göre gaiplik kararı alındıktan sonra ortaya çıkan gaip, sadece mirasçıların ellerinde mevcut olan mallarının aynen iadesini talep edebilirken; buna karşılık tüketilen (elden çıkarılan) mallarının tazminini talep edemez[886]. Zira, bu hususta Hanefî hukukçular, Mecelle m. 91'de *"Cevâz-ı şer'î zamâna münâfî olur."*[887] şeklinde karşılık bulan bir külli kaideden hareket etmiştir[888]. Bu ilkeye göre, İslam hukukunun izin verdiği (caiz gördüğü) bir hususta artık tazmin aranmaz. Dolayısıyla Hanefî hukukuna göre, hâkimin verdiği gaiplik kararına dayanılarak yapılan miras paylaşımı, İslam hukukunun bu konuda cevaz vermiş olduğu anlamına gelir ve bu nedenle mirasçılar tükettikleri mallardan ötürü tazminle yükümlü olmaz. Ancak, şahitlik delili sonucunda gaiplik kararı verilmiş ve bunun üzerine gaibin malları mirasçılarına paylaştırılmışsa, öğretide gaip ortaya çıktığında telef edilmiş veya iadesi mahzurlu duruma getirilmiş bulunan mallarının bu şahitler tarafından tazmin edilmesini talep edebileceği ifade edilmektedir[889].

---

[883] **Serahsî**, C. 5, s. 309.
[884] **Serahsî**, C. 5, s. 309.
[885] **Gözübenli**, s. 355.
[886] **Gözübenli**, s. 355. Türk hukuk tarihinde Hanefî mezhebinin ağırlığı bulunduğu için öğreti de bu doğrultuda şekillenmiş ve bu hususta kaynakların birçoğu sadece Hanefî mezhebinin görüşüne yer vermekle yetinmiştir. Bkz. **Bilmen**, C. 7, s. 221; **Ferruh**, s. 132; **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 113; **Uzunpostalcı**, s. 77; **Arsebük**, s. 180.
[887] Bkz. **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*, C. I, s. 180.
[888] **Uzunpostalcı**, s. 77.
[889] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 113.

Mâlikî ve Şâfiî mezhebine göre ise gaiplik kararı alındıktan sonra ortaya çıkan gaip, tüketilmiş (elden çıkarılmış) mallarının mirasçılar tarafından tazminini talep edebilecekken; Hanbelî mezhebinde ise gerek tazmin ettirebileceği gerekse de ettiremeyeceği yönünde rivayetler bulunmaktadır[890].

[890] **Gözübenli**, s. 355.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEDENÎ HUKUKU VE İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİĞİN MUKAYESESİ

I. Gaiplik Kavramına İlişkin Mukayese

Türk medenî hukukunda kendisinden uzun süredir haber alınamayan veya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan ve ölümüne kuvvetli olasılıkla bakılan bir kişi hakkında, diğer kanunî şartlar da gerçekleşmişse, gaiplik kararı verilmekte ve bu kişiye "gaip" adı verilmektedir (TMK m. 32 vd.). Dolayısıyla Türk medenî hukukundaki "gaip" terimi, sadece hakkında gaiplik kararı verilmiş kişi için kullanılmaktadır[891]. Hakkında henüz böyle bir karar verilmemiş kişi içinse Türk Medenî Kanunu'nda "kaybolan" (TMK m. 131/II) ve "gaipliğine karar verilecek kişi" (TMK m. 33/II ve 34) gibi terimler kullanılırken; öğretide ise "durumu bilinmeyen kişi", "kayıp kişi" ve "yitik" gibi terimler tercih edilmektedir[892].

İslam hukukundaki "gaip" kavramı ise hem hayatta olduğu kesin olarak bilinen ancak yeri bilinmeyen bir şahsı *("gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib")*, hem de hayatta olup olmadığı bilinemeyecek şekilde kaybolan ve "mefkûd" adı verilen bir şahsı *("gaybet-i munkatı'a ile gâib")* ihtiva etmektedir. Dolayısıyla Türk medenî hukukundaki "gaip" terimi, İslam hukukunda bir üst kavram şeklinde telakki olunan "gaiplik" kavramı içerisinde sadece "mefkûd" terimine tekabül etmektedir[893]. Ancak İslam hukukundaki

---

[891] Bu durum TMK m. 33'ün gerekçesinde ifadesini bulmuştur: *"Maddede 'gaip hakkında' deyimi 'gaipliğine karar verilecek kişi hakkında' şeklinde değiştirilmiştir. Zira 'gaiplik' gaipliğine karar verilecek kişi hakkındaki kurumun adıdır. Gaiplik kararı, bu kişiler hakkında verilen karardır."*.

[892] "Durumu bilinmeyen kişi" terimi için bkz. **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 252, dn. 23. "Kayıp kişi" terimi için bkz. **Köprülü**, s. 250. "Yitik" terimi için bkz. **Göktürk**, s. 165, dn. 5.

[893] **Gücün**, s. 74; **Gökmenoğlu**, s. 52; Ali Aslan **Topçuoğlu**, "İslâm Hukuku ve Türk Medenî Hukuku Bağlamında Gâibin/Mefkûdun Hükmen Ölü Sayılması Sonucunda Mallarının Hukukî Durumu", *EKEV Akademi Dergisi*, Y. 8, S. 19, 2004, s. 159; **Ansay**, s. 76; Hilmi **Ergüney**, *Türk Hukukunda Lügat ve Istılahlar*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1973, s. 296; **Hira**, s. 127.

"mefkûd" terimi, gaiplik kararının verilmesiyle birlikte "hükmen ölü" sayılan kişi için kullanıldığı gibi, bu karar verilmeden önceki dönemde "kaybolan" kişi için de kullanılmaktadır.

İslam hukukunda bir üst kavram şeklinde telakki olunan "gaiplik" kavramının içerisine "mefkûd"un yanısıra, hayatta olduğu kesin olarak bilinmekle birlikte yeri bilinmeyen *("gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib")* şahıslar da girmektedir. İşte İslam hukukunda "gaiplik" kavramı içerisinde değerlendirilen ancak çalışmamız anlamındaki "gaiplik" (TMK m. 32 vd.) ile uyuşmayan bu kavramın Türk medenî hukukundaki karşılığı, ortak konuttan ayrılıp bir daha geri dönmeyen ancak kendisiyle haberleşmenin kesilmediği eşin durumunu ifade eden "terk" kavramıdır (TMK m. 164)[894]. Türk medenî hukukunda özel, mutlak ve kusura dayalı bir boşanma sebebi sayılan terk, bir eşin ortak hayata son vermek amacıyla ortak konuttan ayrılmasıdır[895]. TMK m. 164/I'e göre; *"Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir."*.

TMK m. 164/I'de düzenlenen terk eden eşin hukukî durumu, İslam hukukunda *"gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib"* yani irtibatın kesilmediği (yaşadığı bilinen) gaiplik kavramıyla ifade edilmiştir[896]. Hanefî ve Şâfiî mezheplerinde bu tür bir gaipliğin, yani kadını terk etmenin, kadının boşanma (tefrik) talebinde bulunabilmesi için bir sebep teşkil etmediği ifade edilmektedir[897]. Aksi görüşteki Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre ise "meşru bir mazerete"[898] dayanmadan evini terk eden gaibin karısı boşanma (tefrik) talebiyle mahkemeye başvurduğunda, hâkim kendisiyle irtibat kurulabilen gaibe ya eve dönmesine ya karısını yanına almasına ya da boşamasına ilişkin ihtarda bulunur;

---

[894] **Gözübenli**, s. 356; **Ünalan**, s. 144; **Topçuoğlu**, "Malların Hukukî Durumu", s. 159; **Hira**, s. 127; **Kayabaş**, *Aile*, s. 88.
[895] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 113.
[896] Bkz. **Ünalan**, s. 143-144.
[897] **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376; **Ünalan**, s. 144. Hanefî hukukçular bu hususta gaip olan (terk eden) kocanın akranlarının hayatı kadar bir süre beklenmesi veya ömrünün 90 yıla tamamlanmasını şart koşmakta ve kadına boşanma hakkı tanımamaktadır. Bkz. **Cin** ve **Akgündüz**, s. 531; **Kayabaş**, *Aile*, s. 88. Gaiplik (terk) meselesinde kadının nafakasının olmaması durumunda Şâfiî mezhebinde de Mâlikî mezhebinin görüşünün benimsendiği yönünde bkz. **Ünalan**, s. 144.
[898] Bu mazeretlerin "mecburi askerlik, ilim tahsili, cihad" gibi zorunlu sebepler olduğu yönünde bkz. **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376. İslam hukukunda bu anlamdaki "meşru mazeretin" TMK m. 164/I'de zikredilen "haklı bir sebep" ifadesini karşıladığı görülmektedir.

gaip bunlardan hiçbirini yapmadığı takdirde ise bu evliliği fesheder[899]. Mâlikîler bu tür gaiplikte evliliğin feshi için bir ihtar süresi takdir etmemişken, Hanbelî mezhebinin kurucusu Ahmed b. Hanbel, bu süreyi altı ay olarak takdir etmiş ve terk edilen kadının mahkemeye başvurması hâlinde mazeretsiz olarak evini terk eden koca (gaip) ile evliliğinin hâkim tarafından feshedileceğini ifade etmiştir[900]. Ayrıca İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel'e göre, meşru bir mazerete bağlı olmadan evini terk eden kocanın yeri belli değilse ve ayrılık bir yılı geçmişse, kadının mahkemeye başvurması üzerine, hâkimin bu evliliği derhâl sona erdireceği kabul edilmektedir[901]. Dolayısıyla Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde, bu hususta kadının ayrılıktan ve terk edilmiş olmaktan uğradığı zarar noktasından hareket edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim 1916 yılında çıkarılan bir "İrade-i Seniyye" ile Hanbeli mezhebinin görüşü esas alınarak, kocası altı ay veya daha fazla süreyle gaip olan (kendisini terk eden) kadına boşanma (tefrik) hakkı tanınmıştır[902]. Ayrıca, 1917 tarihli HAK m. 126'da da bu sebeple nafaka tahsilinin imkânsız olduğu durumlarda kadına boşanma (tefrik) hakkı tanınmıştır. Bütün bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, İslam hukukunda gaiplik kapsamında değerlendirilen ancak çalışmamızın kapsamı dışında olan *"gaybet-i gayr-i munkatı'a ile gâib"* (yaşadığı bilinen gaiplik) kurumuna Hanbelîlerin yaklaşımı, Türk medenî hukukundaki "terk" düzenlemesiyle (TMK m. 164) büyük ölçüde benzer niteliktedir[903].

Çalışmamız anlamındaki gaiplik kavramının İslam hukukundaki hukukî dayanağı "ıstıshab" kaidesidir. Gaiplik kararı alınıncaya kadarki süreçte kaybolanı sağ kabul eden bu kaidenin, Türk medenî hukukunda net bir karşılığının olmadığını söylemek mümkündür. Zira İslam hukukundaki "ıstıshab" kaidesi, gaiplik kararının geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurduğu (TMK m. 35/II) Türk medenî hukukunun gaiplik sistemi ile uyuşmamaktadır. Ancak Türk medenî hukukunda kaybolan kişinin evliliğine, velayet yetkisine ve mirasının akıbetine ilişkin hükümlere bakıldığında, kaybolanın menfaati gereğince, haklarının olduğu gibi muhafazasına yönelik tedbirler alındığı ve bu anlamda "ıstıshab" kaidesinin bir yansıma bulduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca modern hukuk sistemlerinden olan Alman hukukuna bakıldığında, bu hususta İslam hukukuyla benzer bir çözümün benimsendiği görülmektedir. Zira Alman hukukunda,

[899] **Ünalan**, s. 143; **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376.
[900] **Ünalan**, s. 143.
[901] **Karaman**, *Mukayeseli*, C. I, s. 376.
[902] **Cin** ve **Akgündüz**, s. 531; **Kayabaş**, *Aile*, s. 88.
[903] **Ünalan**, s. 144. Krş. TMK m. 164.

çalışmamızda açıklandığı üzere, kaybolan kişi hakkında mahkemenin takdir ettiği farazî ölüm gününe kadar "sağlık karinesi", bu tarihten sonra ise "ölüm karinesi" geçerlidir. İşte Alman hukukundaki bu karinelerin İslam hukukundaki "ıstıshab" kaidesi ile benzer olduğu görülmektedir.

Modern hukuklardaki gaiplik sistemleri ile İslam hukukunun sistemi mukayese edildiğinde, İslam hukukunda uygulanan gaiplik sisteminin, İsviçre-Türk hukukunun benimsediği karma sistemden ziyade, Fransız hukukunda uygulanan "gaiplik kararı" sistemi ve özellikle Alman hukukunda uygulanan "ölüm kararı sistemi"ne daha yakın olduğu görülmektedir. Zira İsviçre-Türk hukukunda benimsenen karma sistemde, gaiplik kararının verilmesiyle bu karara bağlı hüküm ve sonuçlar geçmişe etkili olarak doğmaktadır. Buna karşılık, Alman ve Fransız hukuklarında uygulanan sistemlerde ise mahkemenin verdiği gaiplik veya ölüm kararının kesinleşmesiyle ölüme bağlı sonuçlar, İslam hukukunda olduğu gibi, kendiliğinden ve ileriye yönelik olarak doğmaktadır. Ayrıca İsviçre-Türk hukukunda uygulanan karma sistemde ve Fransız hukukunda uygulanan "gaiplik kararı" sisteminde, İslam hukukunun aksine, gaiplik kararının alınmasıyla mirasçılar gaibin terekesine el koymak için güvence (teminat) göstermekle yükümlüdür. Alman hukukunda ise bu güvence yükümlülüğü söz konusu değildir. Tüm bunlara ek olarak, Alman hukukunda benimsenen "ölüm kararı sistemi"nde İslam hukukuyla benzer bir husus daha mevcuttur. Bu benzerlik ise Alman hukuku sisteminde hâkimin takdir ettiği "farazî ölüm" gününde kişinin gerçekten ölmüş gibi mirasının açılması ve mirasçıların güvence göstermeye gerek kalmaksızın terekeye sahip olmalarıdır. İşte bu sebeple Alman hukukundaki ölüm kararı sisteminin, gaibin evliliği dışında, İslam hukukundaki gaiplik sistemiyle büyük ölçüde benzerlik gösterdiği görülmektedir. Gaibin evliliği hususunda ise İslam hukuku, gaiplik kararının alınmasıyla birlikte mevcut evliliğin de kendiliğinden sona erdiğini kabul ederek, Alman ve Fransız hukuklarındaki gaiplik sistemlerinden ayrılır. Bu hususdaki İslam hukuku düzenlemesinin İsviçre hukukunda 2000 yılında yapılan bir düzenleme (ZGB m. 38/III) ile benzerlik gösterdiği görülmektedir[904].

[904] Ancak bu hususa ileride ayrıntılarıyla değinilmiştir.

II. Gaiplik Kararının Şartlarına İlişkin Mukayese

Türk Medenî Kanunu'nun 32 vd. maddelerinde düzenlenen gaiplik kararının şartları, çalışmamızda esasa ve usule yönelik olmak üzere incelenmiştir. Türk medenî hukukunda gaiplik kararının esasa yönelik şartları; kanunda öngörülen olaylardan birinin gerçekleşmesi (TMK m. 32/I), ölümün kuvvetle muhtemel olması (TMK m. 32/I) ve süre şartıdır (TMK m. 33/I). Türk medenî hukukunda bu kararın usule yönelik şartları ise; mahkemeye başvurmaya yetkili kişiler, yetkili mahkeme (TMK m. 32/II) ve görevli mahkeme ile ilan şartıdır (TMK m. 33/II-III). Buna karşılık, İslam hukuku öğretisinde bakıldığında ise gaiplik kararının şartlarının genel olarak süre şartı çerçevesinde değerlendirildiği ve bu kararın alınabilmesi için geçmesi gereken süre hususunda ayrıntılı bir öğretinin teşekkül ettiği görülmektedir. Zira, kaybolmuş ve hayatta olup olmadığına dair hakkında bilgi alınamayan kişilerin geri gelme ihtimallerini düşünen İslam hukukçuları, bu kişiler hakkında belirli süreler takdir ederek ortaya çıkması muhtemel birçok hukukî problemi önlemek istemiştir.

Kayıp kişinin diri veya ölü olduğu hususundaki belirsizlik hâli, İslam hukukunda bir kişinin gaip sayılabilmesinin temel unsurudur. İşte bu belirsizlik hâlinin gaiplik kararı verilebilmesi için ne düzeyde olması gerektiği, İslam hukukçularını süreye ilişkin içtihatlarında "zann-ı gâlib" kıstasını kullanmaya yöneltmiştir. Gaibin akranlarının yaşam süresinin tespitinde özellikle göz önünde bulundurulan "zann-ı gâlib" kıstası, çalışmamızda ifade edildiği üzere, "büyük bir ihtimâl, kuvvetle tahmin etmek, gerçeğe en yakın zann (şüphe)" anlamlarına gelmektedir[905]. İslam hukukundaki "zann-ı gâlib" kıstasının Türk medenî hukukundaki karşılığı, kaybolan kişinin ölümü hakkında aranan "kuvvetli bir olasılık" (TMK m. 32/I) kıstasıdır. Bu kıstasın varlığını, iki hukuk sisteminde de somut olayın niteliğine göre hâkim takdir eder. Örneğin, büyük bir mevki sahibi olan tanınmış bir kişiden haber alınamadığı takdirde, öldüğü hakkında "zann-ı gâlibin" (kuvvetli bir olasılığın) meydana gelmesinin, diğer kişilere oranla daha kısa süreceği açıktır.

İslam hukukunda süre şartı hususunda ayrıntılı bir öğreti mevcut olduğundan, mukayeseyi bu minvalde sürdürmek gerekir. Türk medenî hukukunda gaiplik kararı

---

[905] Bkz. **Molla Hüsrev**, *Gurer ve Dürer Tercümesi (İslâm Fıkhı ve Hukûku)* (Çev. Arif Erkan), Eser Neşriyat, İstanbul 1980, C. 3, s. 166, dn. 5.

alınabilmesi için takdir edilen süreler, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolanlarda bu tehlikenin üzerinden en az bir yıl, kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayanlarda ise son haber tarihinin üzerinden en az beş yıldır (TMK m. 33/I). Ancak bu asgari sürelere zorunlu ilan süresini (TMK m. 33/III) de eklediğimizde, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma tarihinden itibaren en az bir yıl altı ay; son haber alma tarihinden itibaren ise en az beş yıl altı ay geçmedikçe Türk medenî hukukunda gaiplik kararı verilemez.

Türk medenî hukukunda kişinin içinde kaybolduğu durumların niteliğine göre farklı bekleme sürelerinin tahsis edildiği görülmektedir (TMK m. 33/I). Bu durumun bir benzerini Hanbelî ve Mâlikî mezhebinin içtihatlarında da görmek mümkündür.

Hanbelî mezhebinin bu hususstaki içtihadına bakıldığında, kurtuluşu umulan ve umulmayan olaylarda kaybolanlar hakkında gaiplik kararının verilebilmesi için farklı bekleme sürelerinin takdir edildiği görülmektedir. Hanbelî mezhebinde, ölüm ihtimali kuvvetli olan (kurtuluşu umulmayan) olaylarda kaybolanlara ilişkin kayboluş tarihlerinden itibaren dört yıl; ölüm ihtimali kuvvetli olmayan (kurtuluşu umulan) olaylarda kaybolanlara ilişkin ise kişinin ortalama olarak yaşayabileceği sürenin[906] tamamlanmasına kadar beklenmesi gerekir. Türk medenî hukukuna bakıldığında, ölüm ihtimali kuvvetli olan (kurtuluşu umulmayan) olaylarda kaybolanlara ilişkin ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden itibaren en az bir yıl altı ay beklenmesi yeterli görülürken; Hanbelî mezhebi uygulamasında ise bu süre, o dönemin ulaşım ve iletişim imkânlarındaki kısıtlılığın bir tezahürü olarak, kayboluş tarihinden itibaren dört yıla çıkmaktadır. Diğer taraftan ölüm ihtimali kuvvetli olmayan (kurtuluşu umulan) olaylarda kaybolma ise, aradan ne kadar süre geçerse geçsin, Türk medenî hukukunda gaiplik kararı alınması sonucunu doğurmaz. Zira, Türk medenî hukukunda gaiplik kararı alınması için, kaybolan kişinin ölümü hakkında "kuvvetli bir olasılığın" varlığı şarttır (TMK m. 32/I).

İslam hukukundaki Mâlikî mezhebi içtihadında da Türk medenî hukukunda olduğu gibi farklı nitelikteki gaiplik durumlarına özel süreler tahsis edildiği görülmektedir. Mâliki mezhebine göre, tehlike şartları dışında kaybolan kişi hakkında en azından yetmiş

[906] Kurtuluşu umulan olaylarda kaybolanlara ilişkin bu süre, Hanbelî mezhebinin ağırlıklı görüşüne göre, kişinin doksan yaşını tamamlamasına kadar geçecek süredir.

yaşına ulaşmadıkça gaiplik kararı verilemezken; tehlike şartları içinde kaybolanlar içinse bu süre, bir seneye inmektedir. Dolayısıyla savaş veya salgın hastalık, tabii afet, deniz kazası gibi tehlike şartları içinde kaybolanlar hakkında Mâlikî mezhebinde benimsenen bir yıllık sürenin, Türk medenî hukukunda ölüm tehlikesi içinde kaybolanlar hakkında benimsenen bir yıllık süre ile ayniyet arz ettiği görülmektedir (TMK m. 33/I).

Hanefî mezhebi hukukçuları ise, gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süreyi kaybolanın akranlarının yaşam süresiyle sınırlamış ve bu sürenin tespitinde altmış ila yüz yirmi yaş arasında değişen kriterler takdir etmiştir. Zira İslam hukukunda, *"İ'tibâr gālib-i şâyi'a olup nâdire değildir."* (Mecelle m. 42). Yani, akranlarından kimse kalmamış bir kişinin hayatta olması nadirdir ve şeri (İslam hukukuyla ilgili) hükümler nadirat üzerine bina edilemez. Bu nedenle Osmanlı hukukundaki Hanefî mezhebi uygulaması, kaybolanın ortalama yaşayabileceği süreyi doksan yıl olarak takdir etmiş ve bu sürenin tamamlamasıyla hakkında gaiplik kararı verilebileceğini kabul etmiştir. Benzer şekilde, Türk medenî hukukunda da kaybolan kişinin azami yaşayabileceği süre yüz yıl olarak takdir edilmiş ve bu sürenin tamamlanmasıyla Hazinenin istemi üzerine hakkında gaiplik kararı verilebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 588)[907]. Zira, yüz yaşını dolduran bir kişinin ölümü hakkında kuvvetli bir olasılığın ("zann-ı gâlibin") olduğu izahtan varestedir. Ancak Hanefî mezhebinin önde gelen hukukçularının süre hususundaki genel temayülü, hâkim tarafından her somut olayın niteliğine göre ayrı süre tayin edilmesi gerektiği yönündedir. Zira, insanların ömürleri yaşadıkları yere ve "zann-ı gâlib" (kuvvetli olasılık) de kişiye göre farklılaşır.

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin 127. maddesinde ise kaybolan hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken süre normal şartlarda dört yıl, ölüm ihtimalinin yüksek olduğu savaş hâlinde ise tarafların ve esirlerin yerlerine dönmesinden itibaren bir yıl olarak düzenlenmiştir. İslam hukukundaki Mâlikî mezhebi içtihadı ve bu hususta kaynaklık teşkil ettiği 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi, gaiplik kararı verilebilmesi için geçmesi gereken sürenin Türk medenî hukuku ile mukayesesi açısından oldukça önemlidir. Zira, İslam aile hukukunun son tatbikatını yansıtan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde düzenlenen bir ve dört yıllık gaiplik süreleri (HAK m. 127), Türk medenî hukukunda düzenlenen bir ve beş yıllık

[907] **Arsebük**, s. 180, dn. 56.

sürelere (TMK m. 33/I) en yakın İslam hukuku uygulamasıdır. Dolayısıyla 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde, günümüz hukukunda olduğu gibi, kısa sürelere temayül edildiği görülmektedir. Bunda, ulaşım ve iletişim imkânlarının gelişmesi sebebiyle kaybolanın yakınlarının mağduriyetinin önlenmesi amacının olduğunu da söylemek mümkündür.

Türk medenî hukukunda gaiplik kararının verilmesinin şartlarından olan ilan usulü (TMK m. 33/II) ise İslam hukukunda mevcut olmayan bir uygulamadır. Bununla birlikte İslam hukukunda da gaibin ortaya çıkması veya kendisinden haber alınması ya da öldüğü tarihin tespit edilmesi, Türk medenî hukukunda olduğu gibi (TMK m. 34), gaiplik talebini düşüren sebeplerdendir. Bu anlamda, Türk medenî hukukundaki ilan usulünün (TMK m. 33/II-III) İslam hukukunun ruhuna uygun olduğu öğretide ifade edilmektedir[908].

III. Gaiplik Kararının Mahiyetine ve Hüküm Doğurma Anına İlişkin Mukayese

Hem Türk medenî hukuku hem de İslam hukukunda mahkemece verilen gaiplik kararı, açıklayıcı (izhârî) değil; aksine kurucu (inşâî) mahiyettedir. Zira, iki hukuk sisteminde de gaipliğe bağlanan hüküm ve sonuçların doğması, takdir edilen bekleme sürelerinin geçmesiyle değil; ancak hâkimin vereceği gaiplik kararıyla mümkündür. Bu nedenle iki hukuk sisteminde de kişilik, mahkeme kararıyla (hükmen) sona ermektedir. Dolayısıyla, ilgili şartların gerçekleşmesi neticesinde mahkemenin verdiği gaiplik kararı, iki hukuk sisteminde de aynı hukukî mahiyeti haizdir.

Gaiplik kararının gaibin kaybolduğu tarihten itibaren mi yoksa kararın verildiği tarihten itibaren mi hüküm doğuracağı meselesinde ise iki hukuk sistemi ayrışmaktadır.

İslam hukukuna bakıldığında, gaibin kendisini ve başkalarını ilgilendiren hakları arasında bir ayırıma gidildiği ve böylece gaiplik kararının hüküm doğurma anına ilişkin iki farklı tarihin belirlendiği görülmektedir. Bu itibarla, İslam hukukuna göre hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişi, kaybolmadan önce mevcut olan – kazanılmış – haklarına ilişkin gaiplik kararının verildiği tarihte ölmüş sayılırken; kaybolduktan sonra iktisap edebileceği (başkalarını ilgilendiren) haklara ilişkin ise kaybolduğu tarihte ölmüş sayılır. İslam hukukçularının bu hususta bir ayırıma gitmesinin, gaibin ve hakları onun

[908] Bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 119.

ölümüne bağlı olan kişilerin uğrayabileceği muhtemel hak kayıplarını önlemeye yönelik olduğu söylenebilir. Örneğin, kendisine kaybolmasından sonra düşen miras payı hususunda gaibin kaybolma anında ölmüş sayılması, kendisiyle birlikte mirasçı olan diğer kişilerin haklarını korumaya yöneliktir. Zira, böylelikle gaip, kaybolma tarihi ile hakkında gaiplik kararı verildiği tarih arasında ölen yakınlarına mirasçı olamaz ve ona düşen miras payı, miras açıldığı anda sağ olan, diğer mirasçılar arasında paylaştırılır. Benzer şekilde, gaibin terekesinin gaiplik kararının verildiği tarihte açılması ve bu tarihte sağ olan mirasçıları arasında paylaştırılması da gaibin malvarlığını korumaya yöneliktir. Zira böylelikle, gaibin kaybolduğu tarihte sağ olan ancak hakkında gaiplik kararının verildiği tarihte hayatta olmayan yakınları gaibe mirasçı olamaz ve gaibin sonradan ortaya çıkması ihtimalinde uğrayabileceği muhtemel hak kayıpları da asgari düzeye indirilmiş olur.

Türk medenî hukukunda mahkemenin vereceği gaiplik kararı ise ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak – geçmişe etkili bir şekilde – hükümlerini doğurmaktadır (TMK m. 35/II). Görüldüğü üzere, Türk medenî hukuku bu hususta, İslam hukukundaki gibi bir ayırıma gitmemiştir. Bu anlamda, Türk medenî hukukunun, hakları gaibin ölümüne bağlı olan kişilerin hukukî menfaatlerini korumayı öncelediğini söylemek mümkündür. Zira, gaiplik kararının verilmesiyle gaibin terekesi geçmişe etkili olarak ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günde (TMK m. 35/II) açılmış sayılır ve bu tarihlerde sağ olan yakınları gaibe mirasçı olur. Böylelikle, Türk medenî hukukuna göre bu kişiler, gaiplik kararı alınana kadarki süreçte ölmüş olsalar bile, mirasbırakanın gaipliğinden ötürü herhangi bir hak kaybına uğramaz. Dolayısıyla incelediğimiz iki hukuk sistemi, gaiplik kararının hüküm doğurma anı hususunda, yalnızca gaiplik kararı verilmeden önce gaibe düşen miras payı hususunda benzer hükümler getirmiştir. Yani, iki hukuk sistemine göre de hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişi, kaybolduğu tarih ile hakkında gaiplik kararının verildiği tarih arasında ölen yakınlarına mirasçı olamaz. Zira gaip bu hususta, iki hukuk sistemine göre de kaybolduğu (ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı) tarihte ölmüş sayılır.

IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin Mukayese

A. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan ve ölümü hakkında kuvvetli olasılık ("zann-ı gâlib") bulunan bir kişi hakkında gaiplik kararı verilinceye kadar bazı hak kayıplarının meydana gelmesi muhtemeldir. İşte bu sebeple Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemleri, meydana gelmesi muhtemel bu hak kayıplarını önlemek amacıyla, kaybolanın malvarlığına ve ailesine yönelik bazı özel tedbirlerin alınmasını öngörmüştür.

1. Kaybolanın Malvarlığına Yönelik Alınacak Tedbirlerin Mukayesesi

a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresine İlişkin Mukayese

Türk medenî hukuku ve İslam hukukuna göre, kaybolan kişinin mevcut mallarının idaresi ve korunması ile yetkili kişi kural olarak hâkimdir (vesayet makamıdır)[909]. İki hukuk sisteminde de hâkim, kaybolan kişinin mevcut mallarının idaresiz ve korunmasız kalmaması amacıyla, birtakım tedbirler almakla yükümlüdür. Bu tedbirlerin ilki ve en önemlisi, hâkimin "kayyım" adı verilen bir yönetici atamasıdır[910]. Bu yönetici, Türk medenî hukukunda "temsil kayyımı" (TMK m. 426/b.1) veya "yönetim kayyımı" (TMK m. 427/b.1) sıfatıyla, İslam hukukunda ise "güvenilir bir vekil" sıfatıyla tebarüz etmektedir. İslam hukukunda tayin edilecek olan bu kayyım, kaybolanın tüm malvarlığına yönelik kapsamlı bir yönetim işiyle görevli olduğundan, Türk medenî hukukundaki yönetim kayyımına (TMK m. 427/b.1) benzemektedir. Zira, TMK m. 426/b.1'e göre atanacak olan temsil kayyımının görevi "ivedi bir işin" görülmesi ile sınırlı iken, TMK m. 427/b.1'e göre atanacak olan yönetim kayyımı ise "uzun süreden beri" devam eden kapsamlı bir yönetim ihtiyacını karşılamakla görevlidir. Ayrıca, Türk medenî hukukunda hâkimin "bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinememesi" (TMK m. 427/b.1) şartıyla yönetim kayyımını re'sen atayacak olması da İslam hukuku ile benzeşen hususlardandır.

---

[909] Türk medenî hukukunda bu hâkim, TMK m. 397/II gereğince vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi hâkimidir. Nitekim TMK m. 427/I gereğince, *"Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır."*.

[910] Aynı yönde bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 33 ve 38.

İki hukuk sisteminde de hâkim tarafından tayin edilecek olan bu kayyımın görevi, kaybolan kişinin mevcut malvarlığının korunması ve yönetilmesi için gerekli olan işlerle sınırlıdır. Özel yetki gerektiren (önemli) işlerde ise iki hukuk sistemine göre de kayyım, ancak hâkimin izniyle bu tür işleri yapabilir (TMK m. 460)[911]. Yine her iki hukuk sistemine göre, kişi kaybolmadan önce tüm malvarlığının yönetimi için bir temsilci (vekil) tayin etmiş ise bu durumda hâkim, kaybolan kişi için ayrıca bir kayyım görevlendiremez. Bu anlamda İslam hukukundaki "müvekkilin kaybolması ile vekilin azledilmiş olmayacağına" ilişkin genel kabulün, Türk medenî hukuku için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, iki hukuk sistemine göre de kişinin kaybolmadan önce atadığı bu temsilci (vekil) sadece özel bir iş hakkında yetkili kılınmışsa, bu temsilci (vekil) yetkili olduğu sürece, kayyım bu işe müdahale edemez. Dolayısıyla iki hukuk sistemine göre de kayyımın görevi, ancak kaybolanın vekil tayin etmediği işler ile sınırlıdır (TMK m. 460). Böylelikle kaybolan kişinin mevcut mallarının idaresine ve muhafazasına ilişkin hükümlerde, Türk medenî hukuku ile İslam hukuku arasında tam bir benzerliğin olduğu görülmektedir[912].

b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunmasına İlişkin Mukayese

Bu süreçte kaybolan kişiye miras yoluyla intikal edebilecek mallara yönelik alınacak tedbirler hususunda ise Türk medenî hukuku ve İslam hukuku, yine büyük ölçüde benzeşmektedir. Zira her iki hukuk sistemi, bu süreçteki kişinin ölmüş olması ihtimalini düşünerek, mirasçı olamayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle, her iki hukuk sistemine göre de kaybolan kişiye düşen miras payı, gaiplik kararı alınana kadar hâkim veya kayyım marifetiyle resmen yönetilir[913]. Aynı şekilde yine her iki hukuk sistemi, bu süreçteki kişinin sağ olması ihtimalini düşünerek, terekesinin açılamayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle her iki hukuk sistemine göre de kaybolan kişi, hakkında gaiplik kararı alınana kadarki süreçte, mirasçı olamayacağı gibi mirasbırakan da olamaz ve terekesi mirasçılarına intikal etmez. Dolayısıyla bu süreçte kendisine miras payı düşen

---

[911] TMK m. 460: *"Kayyım bir malvarlığının yönetimi ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetim ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir. Kayyımın, bunun dışındaki işleri yapabilmesi, temsil olunanın vereceği özel yetkiye, temsil olunan bu yetkiyi verecek durumda değilse vesayet makamının iznine bağlıdır."*.

[912] Aynı yönde bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 38.

[913] TMK m. 586/I: *"Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir."*.

kaybolan kişi, iki hukuk sistemine göre de gaiplik kararı verilmeden önce sağ olarak dönerse kendisi için ayrılan bu miras payını alır; hakkında gaiplik kararı verilirse de bekletilen bu miras payı, kaybolanın sağ olmaması hâlinde kendilerine kalacak olanlara yani mirasbırakanın kaybolan dışındaki diğer mirasçılarına (TMK m. 586/II) intikal eder[914]. Ayrıca İslam hukukuna göre, bu süreçte kaybolan kişiye düşen miras payında olduğu gibi, kaybolan lehine yapılan vasiyetten alacağı pay da durumu kesinleşinceye kadar muhafaza edilir. Buna karşılık Türk medenî hukukunda ise kaybolan kişiye düşen miras payının resmen yönetimi (TMK m. 586/I), sadece kanunî ve atanmış mirasçılar için geçerli olup, kaybolan vasiyet alacaklısı için bu hükmün uygulanmayacağı kabul edilmektedir.

Kaybolan kişiye düşen miras payına ilişkin iki hukuk sistemindeki hükümler arasındaki en önemli farklılık, Türk medenî hukukunda kaybolan kişi ile birlikte mirasçı olan kişilerin kaybolana düşen miras payını teslim alabilmeleri için ek olarak güvence göstermekle yükümlü olmalarıdır (TMK m. 586/II)[915]. Bunun dışında, her iki hukuk sisteminde de kaybolan kişinin haklarının güvenceye alındığı ve bu kişiye miras yoluyla intikal edebilecek mallara ilişkin hükümlerin de büyük ölçüde benzer olduğu görülmektedir[916]. Dolayısıyla, bu hususta Türk medenî hukukundaki düzenlemelerin, İslam hukukundaki "ıstıshab" deliline istinaden doğan sonuçlarla uyum içerisinde olduğu görülmektedir. Ancak İslam miras hukukuna (ferâiz) göre kaybolan kişiye düşecek miras payının hesaplanması, çalışmamızda verilen örneklerden anlaşılacağı üzere[917], Türk medenî hukukundaki miras paylaşımından farklı kurallara tâbidir.

2. Kaybolanın Ailesine Yönelik Alınacak Tedbirlerin Mukayesesi

Gaiplik kararı verilmeden önceki dönemde kaybolan kişinin ailesine yönelik alınacak tedbirlere bakıldığında, İslam hukukunda bu hususta ayrıntılı hükümlerin mevcut olduğu görülmektedir. Zira, İslam hukukundaki "ıstıshab" kuralı gereğince, kaybolanın kişinin bu süreçte sağ kabul edilmesi asıldır. Bu sebeple, kural olarak, kaybolanın eşi ile arasındaki evlilik bağı ve nafakalarını sağlamakla yükümlü olduğu kişilere karşı da

---

[914] TMK m. 586/II: *"Mirasın açıldığı anda ortada bulunmayanın sağ olmaması hâlinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelere ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilirler."*.

[915] TMK m. 586/III: *"Miras payının teslimi, gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tâbidir."*.

[916] Aynı yönde bkz. **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 52.

[917] Bkz. Üçüncü Bölüm, IV., A., 1., b.

nafaka yükümlülüğü devam eder. Bu anlamda İslam hukukunda hâkim, kaybolanın malvarlığından karısı ile nafakaya ihtiyacı olan üstsoyu ve altsoyu lehine nafaka takdir etmekle yükümlüdür. Buna karşılık, Türk medenî hukukunda ise bu alana ilişkin özel bir kanunî düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu sebeple, Türk medenî hukukunda nafakası, bakımı ve eğitimi kaybolan kişinin üzerine düşen ve kaybolanın özen gösterme yükümlülüğü bulunan çocukları ile karısı mevcut ise bu kişilere ilişkin koruyucu tedbirlerin alınması hususunda takdir yetkisi hâkime aittir. Bu minvalde hâkimin, TMK m. 169 hükmüne kıyasen, kaybolanın malvarlığı mirasçılarına intikal edene kadar eşinin nafakası, çocuğunun eğitim giderleri ve sağlık harcamaları gibi zorunlu giderlerin karşılanmasına yönelik tedbirleri re'sen alabileceği gibi, yönetim kayyımına da bu yönde talimat verebileceği kanaatindeyiz.

İslam hukukuna göre hâkim, kaybolanın altsoyu veya üstsoyuna yönelik de nafaka takdirinde bulunabilir. Ancak bunun için İslam hukukuna göre, kaybolanın "maddî durum itibariyle ihtiyaç sahibi olan" altsoyu veya üstsoyundan bir kişinin mahkemeden nafaka takdiri talebinde bulunması gerekir. İslam hukukundaki bu hükmün TMK m. 364'de düzenlenen "yardım nafakası" kurumuna benzerliği göze çarpmaktadır[918]. Bu anlamda Türk medenî hukukunda da hâkimin, TMK m. 364 hükmüne kıyasen, kaybolanın "yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek" üstsoyu veya altsoyunun talebi üzerine, bu kişilere kaybolanın malvarlığından yardım nafakası takdir edebilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca, kaybolanın "yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek" kardeşleri de Türk medenî hukukuna göre nafaka talebiyle mahkemeye başvurabilmektedir (TMK m. 364).

3. Kaybolanın Eşinin Boşanabilmesine İlişkin Mukayese

Gaiplik kararı verilmeden önceki süreçte kaybolanın eşinin boşanma (tefrik) talebinde bulunup bulunamayacağı meselesi, İslam hukukunda oldukça önem arz eder. Zira, İslam hukukuna göre, gaiplik kararıyla birlikte evlilik de kendiliğinden sona erer. Dolayısıyla kaybolanın karısı, kural olarak, kocası hakkında gaiplik kararı verilinceye kadar evli kabul edilir. Ancak, gaiplik kararı verilebilmesi için İslam hukukçularının genellikle uzun sürelere temayül etmesi, kadının durumunu zorlaştırmaktadır. İşte bu nedenle,

[918] TMK m. 364: ***"****Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür (f. 1). Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır (f. 2). Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır (f. 3)."*.

gaiplik kararı verilmeden önceki dönemde kaybolanın eşine boşanma imkânı tanınıp tanınmayacağı meselesi, İslam hukukçularını meşgul etmiştir.

Bu hususta İslam hukukçularının içtihatlarına bakıldığında, sadece Mâlikî ve Hanbelî mezhebinin kaybolanın eşine boşanma (tefrik) imkânı tanıdığı görülmektedir. Özellikle bu hususta Mâlikî mezhebi içtihadı, Türk hukuk tarihinde özel bir önemi haizdir. Zira, bu içtihad, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nin 127. maddesine kaynaklık teşkil etmiştir. Kaybolanın karısını uzun süre bekletmenin onun aleyhine olacağını düşünen Mâlikî mezhebi, kadının bu süreçte uğrayabileceği maddî ve manevî sıkıntılarının bertaraf edilmesi cihetiyle, kocasından boşanabileceğine hükmetmiş ve bu görüş HAK m. 127'de kanunlaşmıştır. HAK m. 127'ye göre, kaybolanın karısı kocası savaş hâlinde kaybolmuşsa bir yıl, normal şartlarda kaybolmuşsa dört yıl bekler ve bu sürelerin tamamlanması neticesinde mahkemenin vereceği kararla kocasından boşanabilir. HAK m. 127 gereğince kadının alacağı bu boşanma (tefrik) ilamı, aynı zamanda kaybolan hakkında gaiplik kararı verildiğine de işaret eder. Osmanlı uygulamasının bu hususta Hanefî mezhebinin görüşünden ayrılıp Mâlikî mezhebinin görüşünü benimsemesinde, dönemin iktisadî ve toplumsal şartlarının etkisiyle, kadın açısından yaşanan bazı sosyal problemlerin rolü olduğu ifade edilmektedir[919]. Dolayısıyla İslam hukukundaki bu düzenlemenin, kaybolanın karısının hukukî durumunun askıda kalmasını önlemeye yönelik olduğu söylenebilir. Ayrıca, İslam hukukunda kadına, kocasının kaybolması sebebiyle nafaka tahsilinin imkânsız olduğu durumlarda da boşanma (tefrik) imkânı tanındığını belirtmek gerekir (HAK m. 126).

Türk medenî hukukunda ise kaybolanın eşinin evliliğini sona erdirebilmesi için, kural olarak, mahkemece gaiplik kararı verilene kadar beklemesi gerekir. Zira, TMK m. 131/II'ye göre kaybolanın eşi, evliliğin feshine ilişkin talebini en erken gaiplik başvurusuyla birlikte mahkemeye sunabilir. Bu sebeple, Türk medenî hukukuna göre kaybolanın eşi, gaiplik kararı verilmeden önceki süreçte evliliğin feshine ilişkin mahkeme kararı alamaz[920]. Ancak Türk medenî hukuk öğretisinde, bazı boşanma sebeplerine istinaden, kaybolanın eşinin boşanma davası açabileceği savunulmaktadır. Bu görüşlerden birine göre, eşlerden biri gaiplik nedeni teşkil eden olaylardan birinin içinde kaybolmasına rağmen, henüz gaipliğin şartları gerçekleşmemişse, kaybolanın eşi

[919] **Yurtseven**, s. 245.
[920] **Feyzioğlu**, s. 121; **Tekinay**, *Aile*, s. 95.

"evlilik birliğinin sarsılması" (TMK m. 166/I) sebebine istinaden boşanma davası açabilir[921]. Bu görüşe göre hâkim, kaybolanın eşi açısından, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ve ortak hayatı sürdürmenin artık ondan beklenemediğine kanaat getirirse, TMK m. 166/I'e istinaden boşanmaya karar verebilir[922]. Bu hususta öğretide savunulan diğer bir görüşe göre ise kaybolanın eşi, gaiplik kararı verilmesine kadarki süreçte, özellikle terk sebebine istinaden boşanma davası açabilir[923]. Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Zira, TMK m. 164/I'e göre, terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için eşlerden birinin "evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk etmesi" veya "haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesi" gerekir. Gaiplik nedeni teşkil eden olaylardan birinin içinde kaybolan eş hakkında ise bu durumlardan hiçbiri mevcut değildir.

Türk medenî hukuku öğretisinde kaybolanın eşinin boşanma talebinde bulunabileceğinin savunulması, İslam hukukuna ilişkin zikredilen düzenlemelerle benzer bir noktadır. Ancak, Türk medenî hukuku öğretisinde bazı sebeplere istinaden eşinin kaybolandan boşanabileceği savunulsa bile, bu hususta henüz gaiplik kararının şartlarının gerçekleşmemiş olmasının arandığı görülmektedir. Zira eğer eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilebilmesinin esasa yönelik şartları (TMK m. 32 vd.) gerçekleşmişse, kaybolanın eşi, ancak gaiplik başvurusuyla veya sonradan açacağı bir evliliğin feshi davasıyla birlikte evliliğini feshettirebilir[924]. Türk medenî hukukunda kaybolanın eşinin evliliğin feshi talebinde bulunabilmesi için geçmesi gereken en erken süre, zorunlu ilan süresini (TMK m. 33/III) de eklediğimizde, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma durumunda en az bir yıl altı ay, uzun süreden beri haber alınamama durumunda ise en az beş yıl altı aydır (TMK m. 33/I). Bu hususta Türk medenî hukukunda benimsenen sürelerin (TMK m. 33/I), Mâlikî mezhebi içtihadını kanunlaştıran HAK m. 127 ile oldukça benzer olduğu görülmektedir. Dolayısıyla

---

[921] Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 117 vd.

[922] Örneğin, kaybolan eş hakkında uzun süreden beri haber alınamama sebebiyle gaiplik kararı verilebilmesi için beş yıl boyunca beklenecek olması, kaybolanın eşi açısından, evlilik birliğini temelinden sarsıyor ve artık ortak hayatı sürdürmek ondan beklenemiyorsa hâkim, TMK m. 166/I'e istinaden boşanmaya karar verebilir. Buna karşılık, kaybolan eş hakkında ölüm tehlikesi sebebiyle gaiplik kararı verilebilmesi için bir yıllık sürenin dolmasına az bir zaman kalmışsa, hâkimin TMK m. 166/I'e istinaden boşanmaya karar vermemesi gerekir. Diğer taraftan, kaybolanın eşinin açtığı boşanma davası devam ederken kaybolanın gaipliğine karar verilir ve gaibin mirasçılarından birisi boşanma davasına devam ederek gaibin eşinin kusurunu ispatlarsa, bu durumda, TMK m. 181/II hükmü kıyasen uygulanır ve kusurlu olan eşin gaibe mirasçı olamama ihtimali gündeme gelir. Bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 117-119.

[923] **Feyzioğlu**, s. 121.

[924] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 117.

kaybolanın eşinin evliliğini sonlandırabilmesi için beklemesi gereken süre hususunda, iki hukuk sistemi de birbirine yakın süreler takdir etmiştir.

B. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama

Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde mahkemenin verdiği gaiplik kararı, kişiliği sona erdirmesi sebebiyle ölüme benzer hukukî sonuçlar doğurmakla birlikte (TMK m. 35/I), gerçek (tabiî) ölümden farklı bir mahiyet arz etmektedir. Zira, gaiplik kararının verilmesinden sonra da gaibin yaşıyor olma ihtimali sürmektedir. Bu nedenle Türk medenî hukukunda verilen gaiplik kararı, evliliğin sona ermesi ve mirasın intikali hususlarında gerçek ölümden tamamen farklı birtakım hukukî sonuçlar doğurmaktadır. Buna karşılık İslam hukukundaki gaiplik kararı ise, özellikle evliliğin sona ermesi ve mirasın intikali hususlarında gerçek ölümle büyük ölçüde benzer hukukî sonuçlar doğurmaktadır.

1. Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçların Mukayesesi

Gaiplik kararının aile hukukuna ilişkin doğuracağı hüküm ve sonuçlardan en önemlisi, bu kararın gaibin evliliğine olan etkisidir. Türk medenî hukukuna göre mahkemenin vereceği gaiplik kararı, çalışmada açıklandığı üzere, kaybolanın evliliğini kendiliğinden sona erdirmez. Kaybolanın eşi, evliliğin feshini, gaiplik kararı için mahkemeye yaptığı başvuru ile birlikte talep edebileceği gibi, gaiplik kararının alınmasından sonra ayrı bir dava ile de talep edebilir (TMK m. 131/II). Bu hususta İslam hukukuna bakıldığında ise, Türk medenî hukukunun aksine, hâkimin vereceği gaiplik kararının gaibin evliliğini kendiliğinden sona erdirdiği görülmektedir. Diğer taraftan, mehaz kanun İsviçre Medenî Kanunu'na bakıldığında ise ZGB'nin 38. maddesine 2000 yılında eklenen yeni fıkrayla birlikte, Türk Medenî Kanunu'ndaki durumun aksine, İslam hukuku ile paralel bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Zira bu değişiklikten sonra ZGB m. 38/III'e göre, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte gaibin evliliği de kendiliğinden sona erer ve gaibin eşi, ayrıca mahkemeden alacağı evliliğin feshi kararına gerek olmaksızın, tekrar evlenebilir. Ancak ZGB m. 38 gereğince gaibin evliliği, mahkemenin vereceği gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden itibaren sona ermiş sayılır[925].

[925] **Tokat**, *Gaiplik*, s. 123. Ayrıca bkz. **Zeytin**, s. 88-89, dn. 24.

Gaiplik kararının verilmesinin gaibin evliliğine olan etkisi hususunda dikkat çekilmesi gereken bir diğer önemli farklılık ise şudur: Türk medenî hukukunda evliliğin feshi talebinde bulunmayan gaibin eşi, evliliği devam etmesine rağmen, gaibe mirasçı olurken; İslam hukukunda ise gaibin eşi, gaiplik kararının verilmesi neticesinde, evliliğinin sona ermesiyle birlikte gaibe mirasçı olmaktadır[926]. Bu hususdaki Türk medenî hukuku düzenlemesi, hukuk mantığına aykırı bir karakter arz ettiği için öğretide haklı olarak eleştirilmektedir[927]. Zira evliliği sona ermeyen bir eşin diğer eşe mirasçı olması, hatalı bir mantığın ürünü olup, kabulü mümkün olmayan çelişkili bir hukukî sonuç doğurmaktadır. Bu sebeple, İslam hukukuyla benzer bir düzenlemeye giden ZGB'nin 38. maddesinde yapılan değişikliğin, Türk medenî hukuku bakımından da benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylelikle, evliliğin sona erdiği tarih ile mirasın açıldığı tarih arasında tam bir uyum gerçekleşir ve gaibin eşinin evliliğin feshini talep etmemiş olması hâlinde gaibe mirasçı olmasından söz edilemez[928].

Türk medenî hukukunda nişanlılardan biri hakkında gaipliğe hükmedildiğinde ise, öğretideki hâkim görüşe göre, mahkeme kararına gerek olmaksızın nişanlılık ilişkisi de kendiliğinden sona erer. İslam hukukuna göre de nişanlılardan biri hakkında gaiplik kararı verilmesi, ölümde olduğu gibi, nişanlılık ilişkisini kendiliğinden sona erdirir[929]. Ancak İslam hukukundan farklı olarak, Türk medenî hukukunda nişanlılardan biri hakkında verilen gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte nişanlılık ilişkisi geçmişe etkili olarak sona ermektedir (TMK m. 35/II).

İslam hukukunda mahkemenin verdiği gaiplik kararı neticesinde evliliğin sona ermesiyle birlikte gaibin karısı hakkında "iddet", "nafaka" ve "mehir" hususları gündeme gelir.

İslam hukukundaki "iddet" kavramı, çalışmamızda açıklandığı üzere, evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için takdir edilen bekleme sürelerini ifade etmektedir. İslam hukukuna göre gaiplik kararının vermesiyle evliliği sona eren kadın, hamile değilse, hüküm gününden itibaren "dört ay on gün" sürecek "vefat iddeti"ni; hamile ise

---

926 **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 100.

927 **Velidedeoğlu**, s. 156, dn. 33; **Akipek**, **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 261 [Yazar, eleştirdiği bu düzenlemenin çözümü hususunda, Fransız Medenî Kanunu'nda 1977 yılında yapılan değişiklikten önceki uygulamayı önererek, gaiplik kararından sonra mirasçıların, mirasçı sıfatıyla değil, fakat mal emanet edilen (emanetçi, *"dêpositaire"*) sıfatıyla gaibin terekesine el koymaları gerektiğini savunmuştur.].

928 Aynı yönde bkz. **Tokat**, *Gaiplik*, s. 292.

929 Nuri **Kahveci**, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2007, s. 91.

doğum gerçekleşene kadar sürecek olan "hamilelik iddeti"ni beklemekle yükümlüdür. İslam hukukunda evliliği sona eren kadın için tek tip bir bekleme süresi (iddet) takdir edilmemiş, bunun yerine, evliliğin sona erme şekilleri dikkate alınarak farklı bekleme süreleri takdir edilmiştir. Bunun da "iddet" bekleyen kadının menfaatlerine yönelik bir çözüm olduğu görülmektedir. Zira örneğin "vefat iddeti"nin amacı, hamilelikteki gibi babalığın tespiti olmayıp, ölen kocanın hatırasına saygıdır[930]. Bu sebeple, İslam hukukundaki "vefat iddeti" süresinin "hamilelik iddeti"ne nazaran kısa tutulduğu ve hamile olmayan kadının uzun bir süre bekleyerek mağdur olmasının önlenmek istendiği görülmektedir.

Türk medenî hukukunda ise evliliği sona eren kadının bekleme süresi, TMK m. 132'de düzenlenmiştir. TMK m. 132/I ve II'ye göre; *"Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter."*. Türk medenî hukukunda evliliği sona eren kadının beklemekle yükümlü olduğu bu üçyüz günlük süre, azami gebelik süresi göz önünde bulundurularak, doğacak çocuğun soybağının tayini ve tespiti amacıyla konulmuştur[931]. Türk medenî hukuku öğretisinde bu kanunî bekleme süresi için İslam hukukunda olduğu gibi "iddet" de denilmektedir[932].

İki hukuk sisteminde de kabul edilen bu bekleme süreleri ("iddet") geçmedikçe, kadın yeniden evlenemez. Ancak, Türk medenî hukukundaki bekleme süresinin kesin olmayan evlenme engellerinden biri olarak kabul edildiğini, yani bu bekleme süresine riayet edilmeden yapılan evlenmelerin geçerliliğini koruyacağını ve iptal edilemeyeceğini de belirtmek gerekir[933]. Diğer taraftan, kadının doğum yapmasıyla bekleme süresinin de sona ereceğine ilişkin TMK m. 132/II düzenlemesinin ise İslam hukukundaki "hamilelik iddeti" ile ayniyet arz ettiği görülmektedir. Zira, İslam hukukuna göre evliliğin sona ermesi anında kadın hamile ise – evlilik hangi şekilde

---

[930] **Cin**, s. 120; **Ferruh**, s. 160.
[931] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58; **Feyzioğlu**, s. 163. Benzer şekilde bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 154.
[932] **Tandoğan**, s. 36; **Tekinay**, *Aile*, s. 96; **Feyzioğlu**, s. 163; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80; **Öztan**, *Aile*, s. 154; **Hatemi**, *Aile Hukuku*, s. 58.
[933] **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 60; **Öztan**, *Aile*, s. 155; **Kılıçoğlu**, *Aile*, s. 61; **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80.

sona ererse ersin – iddet doğum gerçekleşene kadar devam eder ve doğumun gerçekleşmesiyle de sona erer[934].

Türk medenî hukukunda evliliği sona eren kadının beklemesi gereken bu üçyüz günlük süre (TMK m. 132/I), evliliğin kocanın ölümü, boşanma veya iptal kararı verilmesi ile sona ermesi hâllerine mahsustur[935]. Türk medenî hukuku öğretisinde haklı olarak savunulduğu üzere, TMK m. 132/I'deki üçyüz günlük sürenin gaiplikte uygulanabilirliği yoktur[936]. Zira gaiplik kararı, ölüm tehlikesi içinde kaybolma tarihinden itibaren en az bir yıl altı ay, son haber alma tarihinden itibaren ise en az beş yıl altı ay geçmedikçe verilemez. Dolayısıyla, dava açıldığı zaman bu üçyüz günlük süre zaten geçmiş olur ve TMK m. 132 hükmü de işlevini yitirir[937]. Yani, kocası hakkında yaptığı gaiplik başvurusu ile birlikte evliliğini de feshettiren kadın için fesih anından (gaiplik kararından) sonra herhangi bir bekleme süresi söz konusu olmaz ve kadın beklemeksizin yeniden evlenebilir[938].

İslam hukukunda evliliği sona erdiren sebebe göre kadına ödenip ödenmeyeceği değişiklik gösteren nafakaya "iddet nafakası" adı verilmektedir. Mâlikî mezhebi görüşüne göre, kocası hakkında gaiplik kararı verildikten sonra "vefat iddeti" beklemeye başlayan kadına gaip kocasının malından "iddet nafakası" temin edilemez. Zira, gaiplik kararının verilmesiyle gaibin mirası açılır ve böylece gaibin karısı miras payını alarak nafaka ihtiyacını karşılamış olur. Türk medenî hukukunda ise, önceden ifade edildiği üzere, kocası hakkında gaiplik kararı verilmesi ile birlikte evliliğini feshettiren kadın için gaiplik kararından sonra herhangi bir bekleme süresi ("iddet") uygulanmaz. Dolayısıyla, bu dönem için özel bir nafaka hakkı da söz konusu değildir. Diğer taraftan gaibin karısı evliliğin feshi talebinde bulunmamışsa (TMK m. 131), gaip koca ile evlilikleri devam ettiği sürece – TMK m. 169 hükmüne kıyasen – kadının nafakasının tedbir amacıyla gaip kocasının malvarlığından temin edileceğini söylemek mümkündür.

---

[934] **Cin**, s. 119.
[935] **Akıntürk** ve **Ateş**, s. 80.
[936] **Öztan**, *Aile*, s. 155; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Feyzioğlu**, s. 163.
[937] **Öztan**, *Aile*, s. 155-156; **Dural**, **Öğüz** ve **Gümüş**, s. 61; **Feyzioğlu**, s. 163 (eMK m. 32/II'de bir yıl olan ilan süresinin TMK m. 33/III'de altı aya indirilmesiyle gaiplik kararı için geçmesi gereken sürenin en az bir yıl altı ay olduğuna dikkat çekmek gerekir). Diğer taraftan, ölüm karinesinin varlığında kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üçyüz gün beklenilmesi gerektiği yönünde bkz. **Öztan**, *Aile*, s. 156.
[938] **Feyzioğlu**, s. 163.

İslam hukukundaki "mehir" kavramı, çalışmamızda açıklandığı üzere, erkeğin evlenirken kadına verdiği veya ileride vermeyi taahhüt ettiği mal veya paradır. Türk medenî hukukundaki yerleşik Yargıtay içtihatlarına bakıldığında, eski hükümlere göre kurulmuş mehir sözleşmelerinin, Türk Medenî Kanunu tarafından kabul edilen bir hukukî ilişki olduğu ve günümüz hukukunda da varlığını sürdürdüğü görülmektedir[939]. Evlilikten sonra kararlaştırılan bir vadede kadına verilmesi taahhüt edilen "mehr-i müeccel" alacağını ifade eden mehir senedi (adi yazılı sözleşme), yerleşik Yargıtay içtihatlarında ileriye (evliliğin boşanma ya da ölümle son bulması hâline) yönelik bir bağışlama vaadi (TBK m. 288) olarak nitelenmektedir[940]. Dolayısıyla, Türk medenî hukukuna göre evliliğin ölümle son bulması hâlinde talep edilebilecek olan "mehr-i müeccel" alacağı, ölüme kıyasen, gaiplik nedeniyle evliliğin feshedilmesi (TMK m. 131/II) hâlinde de talep edilebilir[941]. Zira, Türk medenî hukukuna göre gaipliğe karar verilmesiyle ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK m. 35/I). Ancak "mehr-i müeccel" alacağı, İslam hukukunda gaiplik (hükmen ölüm) kararının verildiği tarihte talep edilebilirken; Türk medenî hukukunda ise, gaiplik kararı evliliği kendiliğinden sona erdirmediğinden (TMK m. 131/I), gaiplik nedeniyle evliliğin feshedildiği (TMK m. 131/II) tarihte talep edilebileceğini söylemek mümkündür.

Türk medenî hukukunda gaiplik kararının aile hukukuna ilişkin sonuçlarında incelenen ve doğacak çocuğun soybağının (nesebinin) tespiti için uygulanan "babalık karinesi" (TMK m. 285) kurumunu da İslam hukuku ile mukayese etmek mümkündür. Türk medenî hukukunda koca hakkında gaiplik kararı verilmiş ise, TMK m. 285/III'e göre,

---

[939] Türk medenî hukukunda Yargıtay'ın mehir ile ilgili davaları çözerken dayandığı 02.12.1959 tarihli ve 14/30 sayılı İBK.'nın ayrıntılı açıklaması ve mehir taleplerine yönelik diğer Yargıtay kararları için bkz. Hatice Selin **Pürselim-Arning**, "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 33, S. 2, 2013, s. 143 vd.

[940] **Yarg. 1. HD.** 19.06.2013 T., 2013/7586 E., 2013/10272 K.: *"Mehri müeccel, ileriye yönelik bir bağışlama vaadidir. Koca dışında üçüncü bir kişinin de bağışlama vaadi geçerlidir. Ancak, bu durum, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 128. maddesinde (818 sayılı Borçlar Kanunun (BK) 110. maddesi) yazılı üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, TBK'nın 288. (Borçlar Kanunu'nun 238.) maddesinde düzenlenmiş bağışlama vaadidir. Bağışlama vaadinin geçerliliği, yazılı olma koşuluna bağlıdır."* Bkz. http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=15695, E.T.: 20.02.2019. Aynı yönde bkz. **Yarg. 1. HD.** 03.04.2014 T., 2014/4841 E., 2014/7106 K., https://www.hukukmedenîyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=74374, E.T.: 20.02.2019. Mehir senedi başlığı altında imzalanmış adi yazılı sözleşmenin evliliğin ölümle son bulması hâlinde geçerli olduğu ve bu durumun mirasbırakanın diğer mirasçılarının saklı paylarını zedeleme kastı taşımadığı yönündeki Yargıtay kararı için bkz. **Yarg. 1. HD.** 27.05.2009 T., 2009/4577 E., 2009/6090 K., https://www.hukukî.net/hukuk/index.php?article=3438, E.T.: 20.02.2019. Yargıtay'ın bu yöndeki diğer kararları için bkz. **Pürselim-Arning**, s. 145 vd.

[941] Burak Alper **Türker**, "Yargıtay Kararları Işığında Mehir Senedinin Hukuki Niteliği ve Gayri Resmi Evlilik", *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2017, S. 2, s. 19.

ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren işleyecek üçyüz gün içinde doğacak çocuğun babası gaip kocadır. İslam hukukuna bakıldığında ise, iddetin başladığı andan itibaren hesap edilmek üzere, en az altı ay ve en çok bir yıl arasında doğum gerçekleşirse doğan çocuğun nesebinin (soybağının) kocaya ait olacağı kabul edilmektedir[942]. Dolayısıyla Türk medenî hukukunda, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren işleyecek üçyüz gün (on ay) içinde; İslam hukukunda ise gaiplik kararının verilmesinden (yani vefat iddetinin başlangıcından) itibaren işleyecek en az altı ay ve en çok bir yıl (on iki ay) içinde doğacak çocuğun babası gaip kocadır. Görüldüğü üzere, Türk medenî hukukunda "babalık karinesi" olarak adlandırılan bu karinenin gaiplikteki başlangıç süresi, İslam hukukundan farklı olarak, geçmişe etkili bir şekilde hesaplanmaktadır (TMK m. 285/III). Bununla birlikte, bu karinenin iki hukuk sisteminde de aynı amaca hizmet ettiği ve birbirine oldukça benzer bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.

2. Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçların Mukayesesi

Miras hukuku açısından gaiplik kararı, Türk medenî hukukunda olduğu gibi, İslam hukukunda da önemli hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Ancak İslam hukuku gereğince gaibin mirasının paylaştırılması, İslâm miras hukukunu inceleyen ve "ferâiz" olarak adlandırılan ayrı bir ilim dalının konusudur. Bu sebeple, çalışmamızda değinildiği üzere, Türk medenî hukukundan büyük ölçüde ayrılan kıstaslara bağlanmıştır. Ayrıca, gaiplik kararı verilmeden önceki süreçte kaybolana intikal edebilecek miras payının tespiti ve korunması da ilgili başlıkta değerlendirildiğinden, bu başlıkta sadece hakkında gaiplik kararı verilmiş olan bir kişinin mirasının intikaline ilişkin hukukî durum mukayese edilmiştir.

İki hukuk sistemi bakımından da mirasın intikalinin şartları; mirasbırakanın ölmesi ya da hakkında gaiplik kararının verilmesi, mirasçının mirasbırakanın ölümü anında sağ olması ve terekenin intikaline engel bir durumun bulunmamasıdır. Dolayısıyla, hakkında gaiplik kararı verilmiş bir mirasbırakanın terekesinin mirasçılara intikali, iki hukuk sisteminde de aynı şartlara bağlanmıştır. Ancak, mirasın intikali için gaibin mirasçılarının hangi anda sağ olmaları gerektiği noktasında, iki hukuk sistemi ayrışmaktadır. Gaiplik kararının geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurduğu Türk

[942] **Yaman**, s. 113.

medenî hukukuna göre, gaibin mirasçısının terekeden pay alabilmesi için ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günde sağ olması gerekir. Dolayısıyla Türk medenî hukukuna göre bu tarihlerde sağ olan kişi, hâkimin gaiplik kararı verdiği tarihte sağ olmasa bile, gaibe mirasçı olabilir. Diğer taraftan İslam hukukuna göre ise, gaibin mirasçısının terekeden pay alabilmesi için mahkemece gaiplik kararının verildiği tarihte sağ olması gerekir.

Mirasın intikaline ilişkin iki hukuk sistemi arasındaki diğer önemli fark ise şudur: Türk medenî hukukuna göre mirasçılar, İslam hukukunun aksine, gaibin mirasından pay alabilmek için şahsî ya da aynî olarak bir güvence (teminat) göstermekle yükümlüdür. İslam hukukunda ise gaibin mirasçıları, gaipten aldıkları miras payına karşılık, güvence göstermekle yükümlü değildir. Ancak, İslam hukukunda gaiplik kararının alınmasından önceki döneme bakıldığında, gaibin nafaka alacaklıları hususunda şahsî teminata – kefalete – ilişkin bir hükmün mevcut olduğu görülmektedir[943]. Bu hüküm, gaibin nafaka alacaklıları (karısı ile muhtaç durumda olan üstsoyu ve altsoyu) lehine yapılacak nafaka takdirine ilişkindir. İslam hukukuna göre gaibin haklarını güvence altına almakla yükümlü olan hâkim, gaibin karısı ile muhtaç durumda olan üstsoyu ve altsoyu lehine nafaka takdirinde bulunmadan önce, bu kişilerden bir şahsî güvence (kefil) talep edebilir. Dolayısıyla İslam hukukuna göre, gaiplik kararının alınmasından önceki dönemde gaibin nafaka alacaklılarından güvence alınması uygun görülürken; miras paylaşımına gelindiğinde ise bu paylaşım gaibin hayatta olması ihtimali ortadan kalktıktan sonra yapılacağı için mirasçılardan güvence alınması zorunluluğu getirilmemiştir[944].

C. Gaiplik Kararının Hükmünü Yitirmesi

1. Malvarlığının Gaibe İadesine İlişkin Mukayese

Hem Türk medenî hukuku hem de İslam hukukuna göre hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ortaya çıkması, aradan ne kadar uzun süre geçerse geçsin, mirasçılarına intikal etmiş olan mallarının iadesi problemini gündeme getirir. Dolayısıyla iki hukuk sistemine göre de gaibin ortaya çıkması hâlinde mirasçılar, terekeden iktisaplarını gaibe

[943] Bkz. Üçüncü Bölüm, IV., A., 2., b., aa.
[944] İslam hukukunda da gaibin mirasının intikali için mirasçılarının güvence (teminat) göstermesinin daha isabetli olduğu yönünde bkz. **Ünalan**, s. 140.

geri vermekle yükümlüdür. Ancak, bu iadenin muhtevasına ve mirasçıların yükümlülüklerine ilişkin, iki hukuk sisteminin benzeştiği ve ayrıştığı birtakım noktalar mevcuttur.

Türk medenî hukukuna bakıldığında, mirasçıların gaibe karşı iade yükümlülüklerinin zilyetlikte iadeye ilişkin hükümlere (TMK m. 993-995) tâbî olduğu (TMK m. 585/I) ve bu hükümlerin de iyiniyetli ve kötüniyetli zilyetler için farklılaştığı görülmektedir. Bu anlamda, terekeyi elinde bulunduran mirasçı iyiniyetli ise sadece elinde bulunan miktarda geri vermekle yükümlü olup, kusuru ile meydana gelen değer kayıpları dışında herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü değilken; terekeyi elinde bulunduran mirasçı kötüniyetli ise terekeden aldığı miktarın tamamını geri vermekle yükümlü olduğu gibi, hasar ve ziyan ile elde etmeyi ihmâl ettiği ürünlerden de sorumludur (TMK m. 993-995).

İslam hukukunda ise ittifakla kabul edildiği üzere, hakkında gaiplik kararı verildikten sonra ortaya çıkan gaip, mirasçılarına paylaştırılmış olan malvarlığından mevcut olanların aynen iadesini talep edebilir. Ancak, mirasçıların tüketmiş (elden çıkarmış) oldukları malları gaibe karşı tazminle yükümlü olup olmadıkları noktasında İslam hukukçuları farklı görüşler ileri sürmüştür. Hanefî mezhebine göre, mirasçılar, tüketmiş (elden çıkarmış) oldukları malları tazminle yükümlü değilken; Mâlikî ve Şâfiî mezhebine göre ise ellerinde bulunan malları iadeyle yükümlü oldukları gibi, tüketmiş (elden çıkarmış) oldukları malları da tazminle yükümlüdür[945]. Dolayısıyla, Türk medenî hukukunun aksine, İslam hukukuna göre mirasçıların gaibe olan iade yükümlülükleri bakımından iyiniyetli veya kötüniyetli olmaları şeklinde bir ayırıma gidilmemiştir. Ancak, bu hususta Hanefî mezhebi görüşünün Türk medenî hukukundaki iyiniyetli mirasçının iade yükümlülüğüne (TMK m. 993); Mâlikî ve Şâfiî mezhebi görüşünün ise Türk medenî hukukundaki kötüniyetli mirasçının iade yükümlülüğüne (TMK m. 995) benzerliği göze çarpmaktadır. Bu sebeple bu hususta Hanefî mezhebi görüşünün, geri verme yükümlülüğünü sadece mirasçıların ellerinde bulunan mallarla sınırlı tutarak, gaibin mirasçılarını karineten iyiniyetli olarak kabul ettiğini söylemek mümkündür. Bu anlamda bu görüşün, Türk borçlar hukukundaki sebepsiz zenginleşme kurumuna dair "iyiniyetli zenginleşenin" geri verme yükümlülüğüne (TBK m. 79/I) benzerliği de

[945] **Gözübenli**, s. 355 (Hanbeli mezhebinde ise gerek tazmin ettirebileceği gerekse de ettiremeyeceği yönünde rivayetler bulunmaktadır.).

öğretide ifade edilmektedir[946]. Zira, TBK m. 79/I'e göre, *"Sebepsiz zenginleşen, zenginleşmenin geri istenmesi sırasında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği kısmın dışında kalanı geri vermekle yükümlüdür."*[947].

Sonuç olarak, iki hukuk sisteminin bu hususta getirdiği çözümler mukayese edildiğinde; Türk medenî hukukunun iyiniyetli mirasçıların iade yükümlülüğünü sadece ellerinde bulunan mallarla sınırlı tutmasının İslam hukukundaki Hanefî mezhebinin görüşüne benzediği ve bu çözümün gaip ile geride kalan yakınlarının (mirasçıların) hukukî menfaatlerini dengelemeye yönelik olduğu söylenebilir. Diğer taraftan, Türk medenî hukukunun kötüniyetli mirasçıları terekeden iktisap ettikleri malların tümünden sorumlu tutmasının ise İslam hukukundaki Mâlikî ve Şâfiî mezhebinin görüşüne benzediği ve bu çözümün de daha çok gaibin hukukunu korumaya yönelik olduğu söylenebilir.

2. Gaibin Evliliğinin Akıbetine İlişkin Mukayese

Hem Türk medenî hukuku hem de İslam hukukunda kişi kaybolduktan sonra eşi başka bir evlilik yapmamış ve Türk medenî hukukuna göre gaiplik kararıyla birlikte veya ayrıca evliliğin feshi talebinde (TMK m. 131/II) de bulunmamışsa, gaibin ortaya çıkmasıyla evlilikleri devam eder[948]. Dolayısıyla İslam hukukuna göre verilen gaiplik kararıyla birlikte kendiliğinden sona eren evlilik, gaibin eşinin başka bir evlilik yapmamış olması şartıyla, gaibin ortaya çıkması neticesinde canlanır. Buna karşılık Türk medenî hukukuna göre, evliliğin feshi kararını aldıran gaibin eşi bu fesih kararından sonra başkasıyla evlenmemiş olsa bile, fesih kararıyla ortadan kalkan evlilik gaibin geri dönmesiyle canlanmaz. Türk medenî hukukunda bu durumda, geçerli bir evlilikten söz edebilmek için tarafların yeniden evlenmeleri gerekir.

Türk medenî hukukuna göre kaybolanın eşi gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrı olarak evliliğin feshi kararını aldırmış (TMK m. 131/II) ve sonrasında başka bir evlilik yapmış ise, gaip ortaya çıksa bile bu ikinci evlilik geçerliliğini korur. İşte Türk medenî hukukundaki bu hüküm, İslam hukukundaki İmam Mâlik'in ilk görüşüyle ve özellikle

---

[946] **Arsebük**, s. 180, dn. 59.

[947] *"İyiniyetli zenginleşenin, zenginleşmenin miktar veya değerini azaltan her türlü fiili, 'elden çıkarma' olarak anlaşılmalıdır. Bu, zenginleşmenin, zenginleşenin bir tasarruf yapmaksızın veya ikame bir değer almaksızın tüketilmesi, harcanması ya da yok olması veyahut yok edilmesi şeklinde olabileceği gibi, üçüncü bir kişiye karşılıksız devredilmesi şeklinde de olabilir."* Bkz. Fikret **Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 912.

[948] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 111 ve 104.

HAK m. 128 düzenlemesi ile benzerlik arz etmektedir[949]. Zira İmam Mâlik'e göre gaibin eşi, gaiplik kararının verilmesinden sonra vefat iddetini de tamamlayarak başkasıyla evlenmişse, gaip geri döndüğünde bu ikinci evlilik geçerliliğini korur[950]. Benzer şekilde, HAK m. 128'e göre de – HAK m. 126 veya m. 127'deki esaslar gereğince – mahkeme tarafından boşanmasına (tefrîkına) hükmolunan kadın başka bir evlilik yapmış ve sonrasında gaip kocası ortaya çıkmışsa, gaibin karısının yaptığı bu ikinci evlilik geçerliliğini korur. Diğer taraftan, eğer kadın, kocası hakkında gaiplik kararı verilmesinden sonra ikinci bir evlilik yapmışsa, HAK m. 129 gereğince, gaibin ortaya çıkmasıyla bu ikinci evlilik feshedilir. Zira, boşanma hâlinde ortada bir ayrılık (tefrik) kararı olduğu için bu ikinci evlilikten dönüş kabul edilmemişken (HAK m. 128), gaiplik kararının verilmesi bu mahiyette bir ayrılık (tefrik) kararı olmadığından ikinci evlilik sözleşmesinin feshedileceği kabul edilmiştir (HAK m. 129)[951].

[949] **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri", s. 111.
[950] **Malik b. Enes**, C. II, s. 80.
[951] **Yurtseven**, s. 246-247; **Kayabaş**, *Aile*, s. 89.

SONUÇ

Toplumsal bir gerçeklikten neşet eden kayıp kişinin hukukuna Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemleri özel önem vermiştir. Zira sağ ya da ölü olduğu bilinemeyecek durumlarda kaybolan kişiler hakkında mahkemece verilen gaiplik kararı, iki hukuk sisteminde de kişiliği sona erdirmekte ve ölüme benzer birtakım hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Ancak kaybolanın hukukî durumundaki belirsizlik itibariyle gaiplik kurumu, ölümden farklı bir hukukî mahiyet arz etmektedir. Bu sebeple özellikle İslam hukuku sisteminde, takip edilen "kazuistik / meseleci" yöntem gereğince, gaiplik kararının verilmesinden önceki ve sonraki süreçte hem kaybolanın hem de onunla hukukî ilişkisi bulunan kimselerin hak ve sorumlulukları geniş bir şekilde ele alınmış ve bu konuda ayrıntılı bir öğreti teşekkül etmiştir. Buna karşılık Türk medenî hukuku sisteminde ise, takip edilen "soyut / mücerred" yöntem gereğince, gaiplik kurumunun esas itibariyle genel hükümlerle düzenlendiği ve bu kuruma ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmediği görülmektedir.

Modern hukuk sistemlerine kaynaklık eden Roma hukukuna bakıldığında, kaybolan kişiler hakkında "gaiplik kararı" verilmesi şeklinde bir hukukî kurumun mevcut olmadığı görülmektedir. Bu sebeple, gaiplik anlamdaki ilk kanunî düzenlemenin 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu olduğu kabul edilmektedir. Ancak Fransız Medenî Kanunu'nun çok daha öncesinde İslam hukukçuları, tâli bir mesele olarak görülebilecek gaiplik mevzuna, klasik İslam hukuku (fıkıh) kaynaklarında *"Kitâb'ül-Mefkûd"* adıyla ayrı bir başlık tahsis etmiş ve bu hususta günümüz hukukuna yakın diyebileceğimiz birtakım kıstaslar belirlemiştir. Bu itibarla, Türk medenî hukuk öğretisinde zikredilen, eski hukukların gaiplik kurumuna gereken önemi vermediklerine ilişkin görüşlerin[952] İslam hukuku için geçerli olmadığını söylemek gerekir.

Özellikle gaibin evliliğinin akıbeti ve mirasının intikali hususlarında, İslam hukukundan hareketle, Türk medenî hukukuna bazı çözüm önerileri sunmak mümkündür. Bu anlamda İslam hukukunda olduğu gibi, Türk medenî hukukunda da mahkemece verilen gaiplik kararının gaibin evliliğini sona erdirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu çözüm benimsendiğinde, gaibin evliliğinin sona erdiği tarih ile mirasının açıldığı tarih arasında tam bir uyum gerçekleşir. Böylece, gaibin eşinin mahkemeden evliliğin feshini talep

[952] Bkz. **Velidedeoğlu**, s. 149; **Köprülü**, s. 251.

etmemiş olması hâlinde gaibe mirasçı olması şeklindeki hukuk mantığına aykırı sonuç da önlenmiş olur. Nitekim mehaz kanun ZGB'de 2000 yılında yürürlüğe giren bir değişiklikle de gaibin evliliği hususunda İslam hukuku ile benzer bir düzenlemeye gidilmiş ve mahkemenin vereceği gaiplik kararıyla birlikte gaibin evliliğinin, ayrıca bir fesih kararı aranmaksızın, kendiliğinden sona ereceği hükme bağlanmıştır (ZGB m. 38/III). Ancak ZGB m. 38 gereğince gaibin evliliği, mahkemenin vereceği gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden itibaren sona ermiş sayılmaktadır. Bu anlamda, Türk medenî hukukunda da gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte gaibin evliliğinin sona ermesi gerektiği, ancak bu sona ermenin geçmişe etkili olarak (ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak) hüküm ve sonuç doğurması gerektiği kanaatindeyiz. Böylece TMK m. 35/II'de düzenlenen gaiplik kararının geçmişe etkililiği ilkesi, gaibin mirasının açılması ve mirasçıların tespitinde esas alındığı gibi, evliliğinin sona ermesinde de esas alınmış ve gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu ana ilişkin genel kuraldan (TMK m. 35/II) sapılmamış olur. Ayrıca, gaiplik kararının kesinleşmesi neticesinde gaibin evliliğinin geçmişe etkili olarak (TMK m. 35/II) kendiliğinden sona ereceğinin kabulüyle birlikte bu kararın babalık karinesine (TMK m. 285/III) ve gaibin nişanlılığına etkisi hususundaki öğretideki tartışmalar da çözüme kavuşturulmuş olur.

Türk Medenî Kanunu'nun mevcut düzenlemelerine bakıldığında, gaiplik kararının eşler arasındaki kanunî mal rejimine ve gaibin sonradan çıkagelmesinin evlenmiş eşin evliliğine etkisi hususlarında ise boşluklar bulunduğu görülmektedir. Gaiplik kararının kesinleşmesi neticesinde gaibin evliliğinin kendiliğinden ve geçmişe etkili olarak (TMK m. 35/II) sona ereceğinin kabulüyle birlikte gaiplik kararına ilişkin bu boşlukların da doldurulması gerektiği kanaatindeyiz.

Gaiplik kararının eşler arasındaki kanunî mal rejimine etkisi hususundaki boşluğun, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı tarihten itibaren gaip ile eşi arasındaki kanunî mal rejiminin sona ereceği şeklindeki bir düzenlemeyle doldurulması uygun olur. Böylece gaiplik kararının geçmişe etkililiği ilkesi (TMK m. 35/II), gaibin mirasının açılması ve mirasçılarının tespitinde esas alındığı gibi, eşler arasındaki kanunî mal rejiminin sona ermesinde de esas alınır ve birbiriyle bağlantılı bu hukukî sonuçlar arasında yeknesak bir çözüm sağlanır. Ayrıca, bu sayede, gaiplik kararının

kesinleşmesiyle birlikte evliliğin kendiliğinden ve geçmişe etkili olarak sona ermesi gerektiğine ilişkin önerilen çözüm ile eşler arasındaki kanunî mal rejiminin sona erme anı arasında da uyum sağlanır.

Kaybolanın eşi gaiplik başvurusuyla birlikte ya da ayrıca açacağı bir dava ile evliliğin feshi kararını aldırmış ve yeniden evlenmişse (TMK m. 131/I-II) gaibin ortaya çıkması durumunda bu yeni evliliğin akıbeti de Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Gaibin sonradan çıkagelmesinin evlenmiş eşin evliliğine etkisi hususundaki bu boşluğun ise, fesih kararıyla ortadan kalkan evliliğin gaibin ortaya çıkmasıyla tekrardan hukukî geçerlilik kazanmayacağı şeklindeki bir kanunî düzenlemeyle doldurulması uygundur. Böylece, gaibin ortaya çıkması neticesinde gaiplik kararı hükmünü yitirse bile, eşinin gerçekleştirdiği bu yeni evlilik hukuken geçerliliğini korur. Keza, İslam aile hukukunun son tatbikatını yansıtan 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnâmesi'nde (HAK m. 128-129) ve Alman Evlilik Kanunu'nda da *(Ehegesetz § 38/2)* benzer düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Diğer taraftan, gaiplik kararıyla birlikte mevcut evliliğin kendiliğinden ve geçmişe etkili olarak (TMK m. 35/II) sona ermesi gerektiği yönünde önerilen çözüm kabul edildiğinde ise gaibin çıkagelmesinin evlenmiş eşin evliliğini ortadan kaldırmayacağı şeklindeki bir kanunî düzenlemenin yapılması evleviyetle gerekir. Aksi hâlde, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte ortadan kalkan evlilik, gaibin çıkagelmesi ve bu kararın hükmünü yitirmesiyle birlikte canlanır; dolayısıyla gaibin eşinin gerçekleştirdiği yeni evlilik hükümsüz hâle gelir. Bu sonucun ise olması gereken hukuka *(de lege ferenda)* aykırı olduğu açıktır. Nitekim İslam hukukunda da bu sonucun önlenmesi amacıyla Mâlikî mezhebinin kurucusu İmam Mâlik, gaibin karısı gaiplik kararı verilebilmesi için takdir edilen bekleme süresini ve akabinde vefat iddetini tamamladıktan sonra başkasıyla evlenmişse sağ olarak geri dönen gaibin, önceki evliliğin devam ettiğini ileri süremeyeceğini ifade etmiştir.

Son olarak, Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde gaiplik kurumunun incelendiği bu çalışma vasıtasıyla günümüz hukukuna eleştirel bir gözle bakma imkânı bulunduğunu belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız. "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, 2005, s. 153-181.

Acar, Faruk, *Aile Konutu – Mal Rejimleri – Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, (Kısaltması: **Acar**, *Mal Rejimleri*).

Acar, H. İbrahim, "İddet", DİA, C. 21, İstanbul 2000, (Kısaltması: **Acar**, "İddet").

Acar, H. İbrahim, "Tefrik", DİA, C. 40, İstanbul 2011, (Kısaltması: **Acar**, "Tefrik").

Akgündüz, Ahmed, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyâtı - Özel Hukuk-I (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku)*, C. 2, OSAV Yayınları, İstanbul 2012.

Akıntürk, Turgut ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku: Aile Hukuku – İkinci Cilt*, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

Akipek, Jale G., Turgut **Akıntürk** ve Derya **Ateş**, *Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Yenilenmiş 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.

Aktan, Hamza, *Mukayeseli İslam Miras Hukuku*, İşaret Yayınları, İstanbul 1991.

Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017, (Kısaltması: **Ali Haydar Efendi**, *Mecelle Şerhi*).

Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, Şirket-i Mürettibiye Matbaası, İstanbul h. 1316, (Kısaltması: **Ali Haydar Efendi**, *Risâle-i Mefkûd*).

Ali Haydar Efendi, *Teshîlu'l-Ferâiz (İslam Miras Hukuku)* (Sadeleştiren ve Notlar Ekleyen Orhan Çeker), 2. Baskı, Tekin Kitabevi, Konya 2017, (Kısaltması: **Ali Haydar Efendi**, *Teshîlu'l-Ferâiz*).

Anıl, Yaşar Şahin ve Yonca **Taner**, *Eşler Arasındaki Mal Rejimleri*, Legal Kitapevi, İstanbul 2011.

Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

Apaydın, H. Yunus, "Şahit", DİA, C. 38, İstanbul 2010, (Kısaltması: **Apaydın**, "Şahit").

Apaydın, H. Yunus, "Velâyet", DİA, C. 43, İstanbul 2013, (Kısaltması: **Apaydın**, "Velâyet").

Apaydın, H. Yunus, "Zan", DİA, C. 44, İstanbul 2013, (Kısaltması: **Apaydın**, "Zan").

Apaydın, H. Yunus, *Fıkhın Kaynakları (Nass ve İçtihat)*, Ay Yayıncılık, Ankara 2017, (Kısaltması: **Apaydın**, *Fıkıh*).

Apaydın, H. Yunus, *İslam Hukuk Usulü*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Kimlik Yayınları, Kayseri 2017, (Kısaltması: **Apaydın**, *Usul*).

Aras, Aslı. "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 65-85.

Arsebük, Esat, *Medenî Hukuk, I.: Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, Tan Matbaası, İstanbul 1938.

Ataay, Aytekin, *Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım: Giriş – Hakiki Şahıslar*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza Yayınları, Konya 2012.

Ayan, Mehmet ve Nurşen **Ayan**, *Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Ayan, Mehmet, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2014.

Aybakan, Bilal, "Şâfiî", DİA, C. 38, İstanbul 2010.

Aydın, M. Âkif, "El-Ahkamü'ş-Şer'iyye Fil-Ahvali'ş-Şahsiyye", DİA, C. 1, İstanbul 1988, (Kısaltması: **Aydın**, "El-Ahkamü'ş-Şer'iyye").

Aydın, M. Âkif, "İstidâne", DİA, C. 23, İstanbul 2001, (Kısaltması: **Aydın**, "İstidâne").

Aydın, M. Âkif, "Mehir", DİA, C. 28, İstanbul 2003, (Kısaltması: **Aydın**, "Mehir").

Aydın, M. Âkif, *Osmanlı Aile Hukuku*, Klasik Yayınları, İstanbul 2017, (Kısaltması: **Aydın**, *Osmanlı Aile Hukuku*).

Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, (Kısaltması: **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*).

Aydın, M. Âkif. "Osmanlı Hukukunda Kazâî Boşanma 'Tefrik'", *Osmanlı Araştırmaları Dergisi*, C. 5, İstanbul 1986, s. 1-12, (Kısaltması: **Aydın**, "Tefrik").

Bardakoğlu, Ali, "Beyyine", DİA, C. 6, İstanbul 1992, (Kısaltması: **Bardakoğlu**, "Beyyine").

Bardakoğlu, Ali, "İsbat", DİA, C. 22, İstanbul 2000, (Kısaltması: **Bardakoğlu**, "İsbat").

Bardakoğlu, Ali, "İstishâb", DİA, C. 23, İstanbul 2001, (Kısaltması: **Bardakoğlu**, "İstishâb").

Baygın, Cem. "Kan Bağına Dayanan Soybağı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 255-284.

Berki, Ali Himmet, *İslâm Hukukunda Ferâiz ve İntikal*, 3. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1986.

Bilmen, Ömer Nasuhî, *Hukûk-i İslâmiyye ve Islâhât-ı Fıkhiyye Kamusu*, Ravza Yayınları, İstanbul 2013.

Buhârî, Ebû Abdillah Muhammed ibn İsmâîl, *Sahîh-i Buhârî ve Tercemesi* (Çev. Mehmed Sofuoğlu), Ötüken Neşriyat, İstanbul 1988.

Cezîrî, Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhı* (Çev. Mehmet Keskin), 3. Baskı, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992.

Cin, Halil ve Ahmed **Akgündüz**, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.

Cin, Halil, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1974.

Çeker, Orhan (Çev.), *Nafaka Kanunu (Osmanlı Kanunları Serisi: 3)*, Ebru Yayınları, İstanbul 1985, (Kısaltması: **Çeker** (Çev.), *Nafaka Kanunu*).

Çeker, Orhan (Çev.), *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi*, 3. Baskı, Mehir Vakfı Yayınları, Konya 2016, (Kısaltması: **Çeker** (Çev.), *Aile Kararnâmesi*).

Çelik, Cemil. "Türk Medenî Kanunu'na Göre Gaiplik", *Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan*, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 97-127.

Dâmad, Şeyhzâde Abdurrahman b. Muhammed, *Mecma'u'l-enhur fî şerĥi Mülteķa'l-ebĥur (Büyük İslam Hukuku - Mecme'ul Enhur - Mültekâ'l-Ebhur'un Şerhi)* (Çev. Mehmet Çelik), Yasin Yayınevi, İstanbul 2010.

Davran, Bülent, *Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968.

Denker, Arif Cemil ve Bülent **Davran**, *Almanca Türkçe Büyük Lûgat (Grosses Deutsch Türkisches Wörterbuch)*, Kanaat Kitabevi, İstanbul 1947.

Doğan, Murat, "Nişanlanmanın Sona Ermesi Halinde Hediyelerin Geri Verilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 1998.

Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle İslam Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, İslam Hukuku Külliyatı Yayınları, İstanbul 1983.

Dönmez, İbrahim Kâfi, "Şahıs", DİA, C. 38, İstanbul 2010.

Dural, Mustafa ve Tufan **Öğüz**, *Türk Özel Hukuku - Cilt II: Kişiler Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

Dural, Mustafa, Tufan **Öğüz** ve Mustafa Alper **Gümüş**, *Türk Özel Hukuku - Cilt III: Aile Hukuku*, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

Ebû Zehra, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi – Fıkıh Usûlü* (Çev. Abdulkadir Şener), 12. Baskı, Fecr Yayınları, Ankara 2014.

Egger, A., *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi: Giriş ve Kişinin Hukuku* (Çev. Volf Çernis), Değiştirilmiş 2. Bası, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1947.

Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku (Adalet ve Mülk)*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008.

Erbay, Celâl, "Nafaka", DİA, C. 32, İstanbul 2006, (Kısaltması: **Erbay**, "Nafaka").

Erbay, Celâl, *İslâm Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası (Kitâb'un-Nafakat ve Türk Yargı Kararları İle Mukayeseli)*, 2. Baskı, Rağbet Yayınları, İstanbul 1998, (Kısaltması: **Erbay**, *Evlilik ve Hısımlık Nafakası*).

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2016.

Eren, Fikret ve İpek **Yücer Aktürk**, *Türk Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Kısaltması: **Eren**, *Borçlar*).

Eren, Fikret. "Miras Sebebiyle İstihkak Davası", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı – Cevdet Yavuz'a Armağan*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1045-1061, (Kısaltması: **Eren**, "Miras").

Erman, Hasan, *Medenî Hukuk Dersleri (Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku)*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016.

Erturhan, Sabri, *Temel Fıkıh Bilgileri*, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2017.

Ferruh, Ömer, *İslâm Aile Hukuku* (Çev. Yusuf Ziya Kavakçı), 2. Basım, Sebil Yayınevi, İstanbul 1994.

Fetâvâyi Hindiyye (Fetâvâyi Alemgiriyye) (Çev. Mustafa Efe), Akçağ Yayınları, Ankara 1988.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Aile Hukuku*, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

Gençcan, Ömer Uğur, *Mal Rejimleri Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, (Kısaltması: **Gençcan**, *Mal Rejimleri*).

Gençcan, Ömer Uğur, *Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, (Kısaltması: **Gençcan**, *Soybağı*).

Gezder, Ümit. "Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi", *İÜHFM*, C. LXV, 2007, s. 207-222.

Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslâm'da Şahsiyet Hakları*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2010.

Göktürk, Hüseyin Avni, *Türk Medenî Hukuku, Birinci Kitap: Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku)*, 3. Basım, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.

Gönensay, Samim ve Kemaleddin **Birsen**, *Miras Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956.

Gözübenli, Beşir, "Mefkûd", DİA, C. 28, İstanbul 2003.

Gücün, Cevad Abdürrahim, *Nazarî ve Amelî Hukuk Davaları*, 3. Cilt, 1. Kısım, İstanbul 1951.

Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Medenî Hukukunda Kayyımlık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Gürkan, Ülker. "Kişilik Kavramının Evrimi", *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, Ankara 1995.

Habergetiren, Ömer Faruk. "Mecelle Şârihi Ali Haydar Efendi ve Mefkûd Risâlesi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 22, 2013, s. 493-516.

Hacak, Hasan, "Milk", DİA, C. 30, İstanbul 2005.

Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, (Kısaltması: **Hatemi**, *Aile Hukuku*).

Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, (Kısaltması: **Hatemi**, *Kişiler Hukuku Dersleri*).

Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Kısaltması: **Hatemi**, *Kişiler Hukuku*).

Hatemi, Hüseyin, *Medenî Hukuk Tüzel Kişileri-I*, İstanbul 1979, (Kısaltması: **Hatemi**, *Tüzel Kişiler*).

Hatemi, Hüseyin, *Medenî Hukuka Giriş*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, (Kısaltması: **Hatemi**, *Giriş*).

Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.

Hira, Ayhan, *Medenî Yargılama Hukuku Açısından İslâm Muhâkeme Hukukunda Gıyabî Yargılama*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2015.

İbn Kudâme el-Makdisî, *Delilleriyle Hanbeli Fıkhı el-Muğnî Muhtasarı* (Çev. A. Alpaslan Tunçer), Karınca & Polen Yayınları, İstanbul 2015.

İbn Manzûr, Ebu'I-Fazl Cemaluddin Muhammed b. Mukerrem (h. 711/m. 1311), *Lisanu'l-Arab*, Beyrut: Daru's-Sadır, 1968.

İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Mücтehid ve Nihâyetü'l-Muktesıd (Mezheblerarası Mukayeseli İslâm Hukuku)* (Çev. Ahmed Meylânî), Beyan Yayınları, İstanbul 1991.

İbn-i Âbidîn, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar* (Çev. Ahmed Davudoğlu), Şamil Yayınevi, İstanbul 1983.

İmre, Zahit ve Hasan **Erman**, *Miras Hukuku*, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015.

İmre, Zahit, *Medenî Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medenî Hukukun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)*, Yenilenmiş 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

İnan, Ali Naim, Şeref **Ertaş** ve Hakan **Albaş**, *Türk Medenî Hukuku – Miras Hukuku*, 8. Bası, İleri Kitabevi, İzmir 2012.

İnan, Ali Naim, *Türk Medenî Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Kahveci, Nuri, *İslâm Hukuku Açısından Nişanlılık*, Rağbet Yayınları, İstanbul 2007.

Karadeniz-Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, 7. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2000.

Karakaş, Fatma Tülay. "Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, 2013, s. 729-759.

Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, 9. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2014, (Kısaltması: **Karaman**, *Mukayeseli*).

Karaman, Hayrettin, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, 6. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 2011, (Kısaltması: **Karaman**, *Yeni Gelişmeler*).

Kaya, Eyyüp Said ve Hasan **Hacak**, "Zimmet", DİA, C. 44, İstanbul 2013.

Kaya, Eyyüp Said, "Mütekaddimîn ve Müteahhirîn", DİA, C. 32, İstanbul 2006.

Kayabaş, Ebru, "Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminde Cemiyetler Hukukunun Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi SBE*, İstanbul 2008 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), (Kısaltması: **Kayabaş**, "Cemiyetler").

Kayabaş, Ebru, *Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi – Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, (Kısaltması: **Kayabaş**, *Aile*).

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Kısaltması: **Kılıçoğlu**, *Aile*).

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medenî Hukuk*, Tıpkı Ek 3. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Kısaltması: **Kılıçoğlu**, *Medenî*).

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, (Kısaltması: **Kılıçoğlu**, *Yenilikler*).

Kırmızı, Mustafa, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, Yargın Hukuk Yayınları, İstanbul 2011.

Köprülü, Bülent ve Selim **Kaneti**, *Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

Köprülü, Bülent, *Medenî Hukuk: Genel Prensipler – Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), (1-2. Kitaplar)*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.

Köse, Saffet, *İslâm Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2016.

Kubalı, Hüseyin Nail, "XIX.cu Yüzyılın Sonlarından İtibaren Türkiye'de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu" (Çev. Özer Seliçi), *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 7, S. 10, 1973, s. 3-46.

Mahluf, Haseneyn Muhammed, *İslâmda Miras Hukuku* (Çev. Ali Hastaoğlu ve H. Tahsin Feyizli), Nur Yayınları, Ankara 1976.

Mahmutoğlu, Yakup. "İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 2012, s. 131- 151.

Malik b. Enes, *El-Muvatta'* (Çev. Ahmet M. Büyükçınar, Yaşar Erol, Ahmet Arpa vd.), İstanbul 1982.

Merginânî, Şeyhü'l-İslam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir, *El-Hidâye Tercemesi* (Çev. Ahmed Meylânî), 2. Baskı, Hayrettin Kahraman Neşriyat, 2. Cild, İstanbul 1990.

Mevdûdî, *İslâm'da Aile Hukuku (Karı-Koca Hakları)* (Çev. Memiş Tekin), 4. Baskı, Kitap Dünyası Yayınları, Konya 2013.

Mevsilî, Abdullah bin Mahmûd, *el-İhtiyâr li-Ta'lilî'l-Muhtâr*, Nuh Yayıncılık, İstanbul 2017.

Molla Hüsrev, *Fıkıh Usûlü* (Mirkâtü'l-Vüsûl Tercümesi ve Şerhi), (Tercüme ve Şerheden: Haydar Sadıkoğlu), 2. Baskı, Özgü Yayınevi, İstanbul 2014, (Kısaltması: **Molla Hüsrev**, *Fıkıh Usûlü*).

Molla Hüsrev, *Gurer ve Dürer Tercümesi (İslâm Fıkhı ve Hukûku)* (Çev. Arif Erkan), Eser Neşriyat, İstanbul 1980, (Kısaltması: **Molla Hüsrev**, *Gurer ve Dürer*).

Mortaş, Süleyman, *Yargısal Anlayışlar Işığında Eşler Arasında Mal Rejimleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Oğuz, Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, (Kısaltması: **Oğuz**, *Karşılaştırmalı Hukuk*).

Oğuz, Arzu. "Hukukun Bağımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni – Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 451-507, (Kısaltması: **Oğuz**, "Metod").

Oğuzman, Kemal ve Mustafa **Dural**, *Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.

Oğuzman, Kemal, *Miras Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Oğuzman, M. Kemal, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**, *Eşya Hukuku*, 15. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.

Oğuzman, M. Kemal, Özer **Seliçi** ve Saibe **Oktay-Özdemir**, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

Oğuzoğlu, H. Cahit, *Medenî Hukuk I: Şahsın Hukuku*, 5. Basım, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.

Okur, Sinan. "Erken Dönem Hukuk Tarihi Eserlerinde Bir Yöntem Olarak Mukayese Usulü: Metodoloji Tartışmaları İçin Bir Giriş Denemesi", *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (Ed. Fethi Gedikli), C. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 173-189, (Kısaltması: **Okur**, "Hukuk Tarihi").

Okur, Sinan. "Osmanlı İmparatorluğu'nda Mukâyeseli Hukuk Disiplininin Başlangıç Evresine Eleştirel Bir Giriş: Bir Osmanlı Hukukçusu Mişon Ventura'nın Mukâyeseli Hukuk Düşüncesine Tahlîlî Bir Yaklaşım", *Turkish Studies – International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Volume 10/6, Spring 2015, p. 689-706, (Kısaltması: **Okur**, "Mukâyeseli Hukuk").

Özcan, Ruhi, *İslâm Hukukunda Hısımlık Nafakası*, Çağlayan Yayınları, İzmir 1996.

Özdamar, Demet ve Ferhat **Kayış**, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Özel, Çağlar. "Medenî Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1, 2002, s. 43-77.

Özen, Şükrü, "İstislâh", DİA, İstanbul 2001, C. 23, s. 383.

Özkan, Hasan, *Açıklamalı – İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı (Ergin Kılınma – Gaiplik Kararı – Dernekler – Aile Konutunun Özgülenmesi)*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

Özmel, İsmail, "Kayyım", DİA, C. 25, İstanbul 2002.

Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, 5. Basım, Der Yayınları, İstanbul 1982, (Kısaltması: **Özsunay**, *Gerçek Kişiler*).

Özsunay, Ergun, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, (Kısaltması: **Özsunay**, *Karşılaştırmalı*).

Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Kısaltması: **Öztan**, *Aile*).

Öztan, Bilge, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, 40. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Kısaltması: **Öztan**, *Medenî*).

Öztan, Bilge, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, (Kısaltması: **Öztan**, *Miras*).

Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku – Hakiki Şahıslar*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1999, (Kısaltması: **Öztan**, *Hakiki Şahıslar*).

Özuğur, Ali İhsan, *Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, (Kısaltması: **Özuğur**, *Mal Rejimleri*).

Özuğur, Ali İhsan, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler*, Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, (Kısaltması: **Özuğur**, *Velâyet – Vesayet – Soybağı – Evlât Edinme*).

Pürselim-Arning, Hatice Selin. "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 33, S. 2, 2013, s. 137-151.

Rüzgaresen, Cumhur. "Gaip Borçlunun İflası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 4, s. 1369-1406.

Sâmi, Şemseddin, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*, (Haz. Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal), İdeal Kültür & Yayıncılık, İstanbul 2014, (Kısaltması: **Sâmi**, *Latin Harfleriyle Kâmûs-ı Türkî*).

Sâmi, Şemseddin, *Kâmûs-ı Türkî*, Enderun Kitabevi, İstanbul 1989, (Kısaltması: **Sâmi**, *Kâmûs-ı Türkî*).

Sarı, Suat, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt* (Çev. Baha Arıkan), 2. Baskı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul 2017.

Saymen, Ferit H., *Türk Medenî Hukuku, Cilt II: Şahsın Hukuku*, Yenilenmiş 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.

Schacht, Joseph, *İslam Hukukuna Giriş (An Introduction to Islamic Law)* (Çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), Ankara 1977.

Serahsî, *el-Mebsût*, (Ed. Mustafa Cevat Akşit), Gümüşev Yayıncılık, İstanbul 2008.

Serozan, Rona ve Baki İlkay **Engin**, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Serozan, Rona, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm / Kişiler Hukuku)*, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

Seydîşehrî, Mahmûd Es'ad b. Emîn, *Feraidü'l - Feraiz*, İzmir : Hizmet Matbaası , h. 1311.

Şahin, Osman, "İslâm Hukuk Metodolojisinde İstishâb", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 12-13, 2001, s. 489-516.

Şener, Mehmet, "Mefkûd", İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, C. 3, İstanbul 1997.

Şer'iye Sicilleri, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, C. I-II.

Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi, *Ma'rûzât* (Haz. Pehlul Düzenli), Klasik Yayınları, İstanbul 2013.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin **Erdoğmuş**, *Roma Hukuku Dersleri*, 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2011.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri*, 4. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., İstanbul 1984, (Kısaltması: **Tekinay**, *Medenî*).

Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, (Kısaltması: **Tekinay**, *Aile*).

Tokat, Hüseyin, *Türk Hukukunda Gaiplik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, (Kısaltması: **Tokat**, *Gaiplik*).

Tokat, Hüseyin. "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2017, s. 523-575, (Kısaltması: **Tokat**, *Aile*).

Topçuoğlu, Ali Aslan, "İslâm Hukuku ve Türk Medenî Hukuku Bağlamında Gâibin/Mefkûdun Hükmen Ölü Sayılması Sonucunda Mallarının Hukukî Durumu", *EKEV Akademi Dergisi*, Y. 8, S. 19, 2004, s. 157-176, (Kısaltması: **Topçuoğlu**, "Malların Hukukî Durumu").

Topçuoğlu, Ali Aslan, "İslâm Hukukunda Mefkûd ve Hükümleri", *Atatürk Üniversitesi SBE*, Erzurum 1998 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Kısaltması: **Topçuoğlu**, "Mefkûd ve Hükümleri").

Tunca, Abdullah, *İslâm Miras Hukuku ve Felsefesi (Ebu Tahir Muhammed b. Mahmud Abdurraşid es-Secâvendi Metnü'l Feraiz Tercümesi)*, İstanbul 1997.

Tutumlu, Mehmet Akif, *Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2006.

Türker, Burak Alper, "Yargıtay Kararları Işığında Mehir Senedinin Hukuki Niteliği ve Gayri Resmi Evlilik", *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2017, S. 2, s. 8-20.

Umur, Ziya, *Roma Hukuku (Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mefhumlar – Hakların Himayesi)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

Uzunpostalcı, Mustafa, "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 7, 2006, s. 55-88.

Ünalan, Abdulkerim, "İslam Hukukunda Gaibin/Mefkûdun Evlilik ve Miras Durumu (Mukayeseli Olarak)", *Dicle Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2001, s. 110-148.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medenî Hukuku, Cilt 1 – Cüz 2: Şahsın Hukuku*, Değiştirilmemiş 6. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963.

Yağcıoğlu, Ali Haydar, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı*, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.

Yaman, Ahmet ve Halit **Çalış**, *İslâm Hukukuna Giriş*, 4. Baskı, M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2013.

Yaman, Ahmet, *İslâm Aile Hukuku*, 21. Baskı, M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2017.

Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

Yurtseven, Yılmaz, "1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, 2003, s. 199-250.

Zerka, Mustafa Ahmed, *İslam Hukuku 2* (Çev. Servet Armağan), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2006.

Zevkliler, Aydın, M. Beşir **Acabey** ve K. Emre **Gökyayla**, *Medenî Hukuk (Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

Zevkliler, Aydın, Şeref **Ertaş**, Ayşe **Havutçu** ve Damla **Gürpınar**, *Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk (Temel Bilgiler)*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

Zeytin, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

Zuhayli, Vehbe, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, Risale Yayınları, İstanbul 1992.

Zweigert, Konrad and Hein **Kötz**, *An Introduction To Comparative Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York 2011.

www.karartek.com.tr (Karartek İçtihat Bilgi Bankası)

www.kazanci.com (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

www.sozluk.gov.tr (Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük)

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı : Sena BAŞPINAR

Uyruğu : Türkiye (TC)

Doğum Tarihi ve Yeri : 06.04.1992, Kahramanmaraş

Medenî Durumu : Bekâr

Tel : +90 5056623332

E-mail : sena_baspinar@hotmail.com

Yazışma Adresi : Bahçelievler Mah. Bahçelievler Cad. No: 56 İç Kapı No: 3 Talas / KAYSERİ

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	2019
Lisans	Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2015
Ön Lisans	Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi İlahiyat	-----
Lise	Nuh Mehmet Baldöktü Anadolu Lisesi	2010

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görev
2015-2016	Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL

İngilizce, Arapça