



TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA GAİPLİK

Kübra SUCU

**Yüksek Lisans Tezi
Özel Hukuku Anabilim Dalı
Doç. Dr. Metin İKİZLER
2018
Her Hakkı Saklıdır**

T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

Kübra SUCU

TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA GAİPLİK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ YÖNETİCİSİ
Doç. Dr. Metin İKİZLER

ERZURUM-2018



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ BEYAN FORMU



09/03/2018

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddelerine göre hazırlamış olduğum "Türk Medeni Kanunu'nda Gaiplik" adlı tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kâğıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim.

- ☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- ☐ Tezim/Raporum sadece Atatürk Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- ☒ Tezimin/Raporumun ...3. yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

[Tarih ve İmza]

09.03.2018
[Öğrencinin Adı Soyadı]

Kübra SUCU



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Doç. Dr. Metin İKİZLER..... danışmanlığında, Arş. Gör. Kübra SUCU tarafından hazırlanan
bu çalışma 14 / 02 / 2018 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından. Özel Hekim.....
Anabilim Dalı'nda Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. Metin İKİZLER İmza:

Jüri Üyesi : Prof. Dr. F. KARAKMAZ İmza:

Jüri Üyesi : Doç. Dr. H. K. ERGİL İmza:

Yukarıdaki imzalar adı geçen öğretim üyelerine aittir. / /

Prof. Dr. Mehmet TÖRENEK
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	IV
ABSTRACT	V
KISALTMALAR DİZİNİ	VI
ÖNSÖZ.....	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GAİPLİK KARARI VE ŞARTLARI

1.1. GAİPLİK KAVRAMI	4
1.2. GAİPLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ	6
1.3. GAİPLİK İLE İLGİLİ SİSTEMLER.....	11
1.3.1. Ölüm Kararı Sistemi.....	11
1.3.2. Gaiplik Kararı Sistemi.....	14
1.3.3. Karma Sistem (İsviçre-Türk Hukuk Sistemi).....	15
1.4. GAİPLİK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ.....	16
1.4.1. Gaiplik İle Ölüm Arasındaki İlişki.....	16
1.4.1.1. Ölüm Kavramı	16
1.4.1.1.1. Biyolojik Ölüm.....	17
1.4.1.1.2. Beyin Ölümü	19
1.4.1.1.2.1. Genel Olarak.....	19
1.4.1.1.2.2. Türk Hukukunda Ölüm Anının Tespiti	21
1.4.1.2. Gaiplik İle Ölüm Arasındaki Farklılıklar	23
1.4.2. Gaiplik İle Ölüm Karanesi Arasındaki İlişki	24
1.4.2.1. Genel Olarak.....	24
1.4.2.2. Gaiplik İle Ölüm Karanesi Arasındaki Farklılıklar	27
1.5. GAİPLİK KARARI İSTENEĞİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	28
1.5.1. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma veya Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama	29
1.5.1.1. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma.....	29
1.5.1.2. Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama	30
1.5.2. Ölümün Kuvvetle Muhtemel Görünmesi	32

1.5.3. Belirli Bir Sürenin Geçmiş Olması	33
1.5.4. İlgililerin Talepte Bulunmuş Olması	34
1.5.4.1. Talepte Bulunma Hakkı Olanlar	34
1.5.4.1.1. Hakları Ölüme Bağlı Olanlar	34
1.5.4.1.2. Hazine	35
1.5.5. Mahkemece İlan Yapılmış Olması	37
1.5.5.1. İlan	37
1.5.5.2. İlanın Sonuçları	39
1.6. GAİPLİK KARARI VERMEYE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	39
1.6.1. Gaiplik Kararı Vermeye Görevli Mahkeme	39
1.6.2. Gaiplik Kararı Vermeye Yetkili Mahkeme	41
1.7. GAİPLİK KARARI VE MAHİYETİ	43

İKİNCİ BÖLÜM

GAİPLİK KARARININ SONUÇLARI

2.1. GENEL OLARAK	45
2.2. GAİPLİK KARARININ AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLARI	45
2.2.1. Gaiplik Kararının Nişanlılık Üzerindeki Etkisi	45
2.2.1.1. Genel Olarak	45
2.2.1.2. Nişanlılığın Sona Ermesi ve Gaiplik Kararının Nişanlılık Üzerindeki Etkisi	49
2.2.1.3. Nişanlılığın Gaiplik Kararı İle Sona Ermesi Durumunda Doğurduğu Sonuçlar	50
2.2.2. Gaiplik Kararının Evlilik Üzerindeki Etkisi	55
2.2.2.1. Genel Olarak	55
2.2.2.2. Evliliğin Sona Ermesi ve Gaipliğin Evlilik Üzerindeki Etkisi	57
2.2.3. Gaipliğin Velayet ve Vesayet Üzerindeki Etkisi	62
2.2.3.1. Gaipliğin Velayet Üzerindeki Etkisi	62
2.2.3.1.1. Genel Olarak	62
2.2.3.1.2. Velayetin Sona Ermesi ve Gaiplik Kararının Velayet Hakkı Üzerindeki Etkisi	64
2.2.3.2. Gaipliğin Vesayet Üzerindeki Etkisi	66

2.2.3.2.1. Genel Olarak	66
2.2.3.2.2. Vesayetın Sona Ermesi ve Gaiplik Kararının Vesayet Üzerindeki Etkisi	68
2.2.4. Gaipliğın Babalık Karinesi Üzerindeki Etkisi.....	69
2.3. GAIPLİK KARARININ MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLARI	73
2.3.1. Genel Olarak	73
2.3.2. Gaibin Mirasbırakan Olması	75
2.3.2.1. Genel Olarak.....	75
2.3.2.2. Güvence Gösterme Mecburiyeti	76
2.3.2.3. Güvence Süresi	79
2.3.2.4. Geri Verme Yükümlülüğü	81
2.3.2.4.1. Gaibe Karşı Geri Verme Yükümlülüğü	81
2.3.2.4.2. Üstün Hak Sahibi Mirasçıya Karşı Geri Verme Yükümlülüğü	89
2.3.3. Gaibin Mirasçı Olması	91
2.3.4. Gaibin Hem Mirasbırakan Hem de Mirasçı Olması.....	94
2.4. GAIPLİK KARARININ HÜKÜMSÜZLEŞMESİ	95
SONUÇ.....	97
KAYNAKÇA	103
ÖZGEÇMİŞ.....	110

ÖZET**YÜKSEK LİSANS TEZİ****TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA GAİPLİK****Kübra SUCU****Tez Danışmanı: Doç. Dr. Metin İKİZLER****2018, 110 sayfa****Jüri: Doç. Dr. Metin İKİZLER****Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ****Yrd. Doç. Dr. Hatice Kübra ERCOŞKUN ŞENOL**

Gaiplik, yaşayıp yaşamadığı bilinmemekle beraber, ölmüş olması pek muhtemel olan kişinin durumudur. Türk Medeni Kanunu'na göre ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa bu kişinin gaipliğine karar verilebilir.

Türk Medeni Kanunu'nda gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir. Kanun gaipliğe ilişkin maddelerinde hükümlere değinmeksizin, ölüme bağlı hakların yalnızca gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağını belirtmiştir.

Bu çalışmanın amacı gaiplik kavramını tam anlamı ile ele alan bir çalışmanın yokluğu sebebi ile konuya ilişkin temel düzenlemelerin derlemesini yapmak ve ele alınmayan hususları aydınlatmaya çalışmaktır. Bu kapsamda birinci bölümde gaiplik kurumu temel nitelikleri ile alınmıştır ikinci bölümde ise gaiplik kararının sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gaip, gaiplik, gaiplik karanesi, gaiplik kararı, ölüm, kişiliğin sona ermesi

ABSTRACT**MASTER THESIS****DISAPPEARANCE IN TURKISH CIVIL CODE****Kübra SUCU****Advisor: Assoc. Prof. Dr. Metin İKİZLER****2018, pages: 110****Jury: Assoc. Prof Dr. Metin İKİZLER****Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ****Assist. Prof. Dr. Hatice Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL**

Disappearance is status and it is hardly that he has lived and died, but he is must likely to die. According to the Turkish Civil Code, an allegation can be made about a person who is lost in the danger of death, or who has not been notified about him for a long time, if there is a strong possibility of the person's death.

There is no detailed regulation on the provisions and consequences of disappearance in the Turkish Civil Code. It was stated that the death-related rights can be used only, as if defaulter death had been proven without mentioning the provisions in the disappearance-related articles.

The purpose of this work is to compile the regulations related to the subject because of the absence of a worker who fully understands and to elucidate the issues that are not adressed. In this context, the first part deals with the basic properties of disappearance, while the second parts examines the result of disappearance.

Keyword: Defaulter, disappearance, presumptions of disappearance, decision of disappearance, death, the end of your personality.

KISALTMALAR DİZİNİ

Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
E.	: Esas
EMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TK	: Tebligat Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Zivilgesetzbuch



ÖNSÖZ

“Türk Medeni Kanunu’nda Gaiplik” konulu bu araştırma, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında, Doç. Dr. Metin İKİZLER danışmanlığında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Bu çalışmanın konusu Türk Medeni Kanunu’nda gaiplik kurumu ve sonuçlarıdır. Çalışmanın amacı bir kişi hakkında hangi hâllerde ve şartlarla gaiplik kararı verilebileceğinin incelenmesi ve gaiplik kararının gerek aile hukuku gerek miras hukuku alanında ne gibi sonuçlar doğuracağının araştırılmasıdır.

Çalışmama bilgi ve tecrübeleriyle çok değerli katkılarda bulunan ve çalışmaya yön veren danışman hocam Sayın Doç. Dr. Metin İKİZLER’e, kıymetli vakitlerini benden esirgemeyerek jürimde yer alan Sayın Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ’a, çalışmanın oluşturulması aşamasında, bilgi birikimi ve fikirleriyle tezime önemli katkılarda bulunan kıymetli hocam Yrd. Doç. Dr. Hatice Kübra ERCOŞKUN ŞENOL’a ve her türlü kararında beni destekleyen ve daima yanımda olan aileme teşekkürlerimi sunarım.

Erzurum – 2018

Kübra SUCU

GİRİŞ

Türk hukukunda kişiler, gerçek ve tüzel kişiler olarak iki gruba ayrılmaktadır. İki gruba ayrılan kişilerin, kişiliklerinin sona ermesi hâlleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Kişiliğin sona ermesi, hak ve borçlara ehil olan varlığın ortadan kalkmasıdır.

Gerçek kişilerde kişiliği sona erdiren en doğal neden ölüm olmakla beraber, kanun koyucu cesedi bulunamamasına rağmen kişinin ölmüş sayılmasına olanak tanıyan bazı karineler düzenlemiştir. Kişiliğin doğal olarak değil, ancak varsayımsal olarak sona ermesi sonucunu doğuran bu karineler, ölüm ve gaiplik karineleridir¹.

Çalışmanın konusu gerçek kişilerde kişiliği varsayımsal olarak sona erdiren karinelerden biri olan gaiplik karinesidir. Kelime olarak “*gaip*” basitçe nerede olduğu bilinmeyen kişileri ifade etmek için kullanılır². Gaiplik ise yaşayıp yaşamadığı bilinmemekle beraber, ölmüş olması pek muhtemel kabul edilen kişinin durumudur³.

Gaip kişiler ile ilgili hükümler tarihin her döneminde önemini korumuştur. Günümüzde gerek ulaşım gerek haberleşme araçlarında kaydedilen ilerleme ve gelişmeler, dünyanın neresinde olursa olsun bir kişinin bulunması, sağ olup olmadığının öğrenilerek bu bilgilerin söz konusu kişinin ülkesine, ailesine iletilmesini oldukça kolaylaştırmıştır. Ancak yine de gaiplik kararının verilmesini gerektiren hâller mevcudiyetini koruduğundan gaiplik kurumuna ilişkin hükümler önemini kaybetmemiştir⁴.

Gaiplik kararının verilebilmesi için, kişinin ya ölüm sonucunu doğurması kuvvetle muhtemel olan bir tehlike içinde kaybolması ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamıyor olması ve her iki durumun da kişinin hâlâ hayatta olduğuna dair kuşku uyandırması gerekmektedir⁵.

¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (15. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 2015, 19.

² Jeanne Louise Carriere, “The Right of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law”, 50(5), *Family Law Symposium*, May 1990, 901-971, 901.

³ Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipler – Kişinin Hukuku*, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul 1984, 250.

⁴ Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)* (3. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 504.

⁵ Oğuzman, vd., 29.

Kanun koyucu, ölümüne olası gözle bakılmasını gerektirecek bir olay içinde kaybolduğundan ya da kendisinden uzun süreden beri haber alınamadığından yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen kişilerin, haklarını ve malvarlıklarını hareketsiz bırakmamak ve hem kayıp kişinin menfaatlerini hem de hakları onun ölümüne bağlı olanların menfaatlerini korumak amacıyla gaiplik kurumunu düzenlemiş ve bu kurumu “*Gaiplik Kararı*” başlığı altında ele almıştır⁶.

Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kişinin, hukuki durumunun gaiplik kararı ile saptanmasında birçok kişinin menfaati vardır. Öncelikle gaibin eşinin başkası ile evlenebilmesi meselesi, çocuklarının bakımı ve yetiştirilmesi, ikinci olarak gaibin mallarının idaresine ve mirasçılara geçmesine ilişkin sorunlar gündeme gelebileceğinden kanun koyucu bu hususlarda çeşitli düzenlemeler yapmıştır⁷.

Gaiplik kurumu, sınırlarını tereddütsüz çizmek ve kesin kurallarla belirlemek mümkün olmadığından, diğer hukuki kurumlardan ayrılmaktadır. Bu nedenle gaiplik kurumunun benzersiz karakteri, bu durumun düzenlenmemesinden kaynaklanacak olumsuz etkileri azaltacak bir rejimi gerekli kılmaktadır⁸. Zira gaiplik karinesinin uygulandığı durumlarda kişi ölmüş olması kadar hayatta olmasının da imkân dâhilinde olduğu bir durum içerisinde kaybolmuştur⁹. Başka bir ifade ile gaibin ölümüne kesin gözüyle bakılmadığından her zaman geri dönme ihtimali bulunmaktadır. Kanun koyucu, gerek 743 sayılı Eski Medeni Kanun’da gerek 4721 Türk Medeni Kanunu’nda gaiplik kurumunun kesinlik arz etmeyen hukuki niteliğini göz önünde bulundurarak başka bir ifade ile gaibin geri gelebileceği düşüncesi ile birtakım hukuki düzenlemeler ile çeşitli tedbirler almıştır¹⁰.

Bu kapsamda çalışmanın birinci bölümünde öncelikle gaiplik kavramı ve tarihsel gelişimi hakkında bilgi verildikten sonra gaiplik ile ilgili farklı hukuk düzenlerince benimsenmiş olan sistemler ele alınmıştır. Gaiplik kavramının benzer kavramlarla

⁶ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku* (15. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, 30; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (6. Bası), Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, 34; Köprülü, 250.

⁷ İmre, 504.

⁸ Carriere, 904.

⁹ Oğuzman, vd., 29.

¹⁰ Cemil Çelik, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, *Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, 97-125, 97.

ilişkisi başlığı altında gaipliğin ölüm ve ölüm karinesi ile olan ilişkisi ayrıntılı olarak incelenmiştir. Daha sonra gaiplik kararı istenebilmesi için gerekli olan şartların neler olduğu ele alınmış ve gaiplik kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme hakkında bilgi verilmiştir. Son olarak gaiplik kararı ve mahiyeti üzerinde durularak birinci bölüm sonlandırılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise gaiplik kararının sonuçları incelenmiştir. Öncelikle gaiplik kararının aile hukukuna ilişkin sonuçları üzerinde durulmuş ve gaiplik kararının nişanlılık, evlilik, velayet, vesayet ve babalık karinesi üzerindeki etkisi ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Konunun devamında gaiplik kararının miras hukukuna ilişkin sonuçları incelenmiştir. Bu kapsamda gaibin mirasbırakan olması durumunda doğacak sonuçlar incelendikten sonra gaibin mirasçı olması ve gaibin hem mirasbırakan hem de mirasçı olması durumunda gündeme gelebilecek sonuçlar üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde son olarak gaiplik kararının hangi hallerde hükümsüz hâle geleceği incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GAİPLİK KARARI VE ŞARTLARI

1.1. GAİPLİK KAVRAMI

Kişiliğin sona ermesi, hak ve borçlara ehil olan varlığın ortadan kalkmasıdır. Gerçek kişilerde kişiliği ve bunun yanı sıra hak ve fiil ehliyetini sona erdiren en doğal neden ölümdür. Ölüm, tam ve sağ doğumla başlayan yaşam sürecinin sona ermesidir. Doğal ve biyolojik bir olay¹¹ olan ölüm, kendisine birtakım hukuki sonuçlar da bağlandığından aynı zamanda hukuki bir olaydır¹². Hukuki açıdan ölüm, hayatın geri dönülemez, mutlak ve nihai bir şekilde sona ermesidir¹³.

Ölüm hâlinde ortada kişiye ait bir ceset bulunduğu için, kişiliğin sona erdiği konusunda bir tereddüt yaşanmamakta ve onun kişiliğe bağlı hakları son bulurken, geçişi mümkün olan hakları ise mirasçılara intikal etmektedir¹⁴.

Bazı durumlarda kişinin cesedi bulunamamasına rağmen onu ölmüş varsayabilecek olaylar gerçekleşebilmektedir. Bu gibi durumlar için kanun koyucu kişinin ölmüş sayılmasına olanak tanıyan bazı karineler düzenlemiştir. Kişiliğin doğal olarak değil ancak varsayımsal olarak sona ermesi sonucunu doğuran bu karineler, ölüm ve gaiplik karinesi olmak üzere iki türdür¹⁵.

Kişinin karineyle ölmüş kabul edileceği hâllerden ilki, onun ölümüne kesin gözüyle bakmayı gerektirecek durumlar içerisinde kaybolmuş ve cesedinin de bulunamamış olması hâlidir. Türk Medeni Kanunu'na¹⁶ göre bu durumda kişi, ölmüş

¹¹ Hasan Petek, *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması* (1. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2015, 32.

¹² Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, (12. Baskı), Beta Basım A.Ş., İstanbul 2015, 246.

¹³ Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk* (1. Baskı), On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul Mart 2010, 263.

¹⁴ Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri* (3. Baskı), Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul 1978, 210 (Çalışmanın devamında bu kitap Giriş olarak adlandırılacaktır); Köprülü, 247; Aytekin Ataay, *Şahıslar Hukuku* (3. Bası), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, 248; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, 205; Oğuzman, vd., 19; Dural ve Öğüz, 23.

¹⁵ Oğuzman, vd., 19.

¹⁶ Kanun No:4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Yürürlük Tarihi:01.01.2002, Resmi Gazete ile Yayımlı ve İlanı:8.12.2001- Sayı:24607.

olarak kabul edilmekte ve bu karineye de “ölüm karinesi” adı verilmektedir¹⁷. Kanun’da ölüm karinesine ilişkin olarak yer alan düzenleme şu şekildedir:

“Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.”

Kanun’da yer alan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, bir kişi hakkında ölüm karinesinin geçerli olması, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak koşullar içinde kaybolması ve cesedinin bulunamamış olmasına bağlıdır¹⁸. Ölüm karinesinin uygulandığı durumlarda, söz konusu kişi hakkında o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşülmektedir. Çalışmanın ilerleyen konularında ölüm karinesi ayrıntılı olarak incelenecektir.

Kişiliği varsayımsal olarak sona erdiren ikinci durum gaiplik karinesinin uygulandığı hâllerdir. Bu durumda kişi, ortadan kaybolmuştur ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamamaktadır ya da ölümünü kuvvetle muhtemel gösterecek olaylar içerisinde kaybolmuştur. Başka bir ifadeyle kişi ölmüş olması kadar hayatta olmasının da imkân dâhilinde olduğu bir durum içerisinde kaybolmuştur. Böyle bir durum içinde kaybolan kişinin, sağ mı yoksa ölü mü olduğunun bilinmesinde hem kayıp kişinin hem de hakları onun ölümüne bağlı olan kişilerin menfaati vardır. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu, böyle bir durumda kaybolan kişinin de karineyle ölmüş kabul edileceğini düzenlemiş ve bunu “Gaiplik Kararı” başlığı altında ele almıştır. Gaiplik karinesinde kişi, ölüm karinesinde olduğu gibi ölümü kesin sayılacak olaylar içerisinde kaybolmadığı için, hakkında gaiplik karinesinin uygulanabilmesi ancak birtakım şartların gerçekleşmesi üzerine hâkimin vereceği gaiplik kararı ile mümkün olmaktadır¹⁹.

Sözlük anlamı olarak “yitik, yok olan kişi, hazır olmayan kişi, kaybolan ve kendisinden uzun zaman haber alınamayan kişi” olarak tanımlanabilecek olan gaip, eski hukukumuzda “mefkud” olarak adlandırılmıştır. Medeni Kanun için hazırlanan çeşitli tasarılar da bu kurum değişik isimlerle adlandırılmaya çalışılmıştır. Oğuzman ön tasarısında bu kuruma “kayıplık” adını vermiştir. Velidedeoğlu ön tasarısında “yitiklik”

¹⁷ Akipek, vd., 250.

¹⁸ Aydın Zevkliler, Beşir Acabey, Emre Gökyayla, *Zevkliler Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku* (6. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, 565.

¹⁹ Zevkliler, vd., 567.

kavramını kullanmıştır²⁰. Ancak eski Medeni Kanunda²¹ “gaiplik” olarak adlandırılan bu kurum yeni Medeni Kanunda da aynı adla düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 32. maddesinde yer alan düzenleme²² göz önünde bulundurulduğunda hukuki olarak gaip, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolan ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan kişi olarak tanımlanabilir.

1.2. GAİPLİĞİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kişiler yani gaip kişiler ile ilgili hükümler tarihin her döneminde önemini korumuştur. Günümüzde her ne kadar ulaşım ve kitle haberleşme araçlarında önemli gelişmeler kaydedilmiş olsa da söz konusu müesseseye ilişkin hükümler önemini kaybetmemiştir. Bu başlık altında gaiplik kavramına ilişkin olarak hukuk tarihimiz boyunca yapılan düzenlemeler ve konuya ilişkin uygulamalar incelenecektir.

Osmanlı Devleti’nde özel hukuk, tanzimata kadar İslam dini esaslarına dayanıyordu. Tanzimattan sonra özel hukuk alanının kanunlaştırılması yoluna gidilerek ticaret hukuku ve medeni usul hukuku alanlarında yabancı ülkelerin kanunları örnek alınmak suretiyle kanunlar yapıldı. Medeni hukuk alanında ise borçlar hukuku ve kısmen eşya hukuku alanlarını ilgilendiren konularda fıkıh esaslarına dayanan orijinal bir kanun olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye kabul edildi. 1851 maddeyi ihtiva eden Mecelle, genel direktif niteliğinde 100 maddelik Mukaddime kısmından sonra, 16 kitaptan oluşmaktaydı²³.

²⁰ Çelik, 99.

“III. Yitiklik Kararı

1.Genel Olarak

Madde 31- Ölüm tehlikesi içinde yiten veya çoktan beri kendisinden haber alınamayan bir kimsenin ölümü pek olası görünürse, hakları bu ölüme bağlı olanların istemi üzerine, yargıç yitikliğe karar verebilir.

...”, Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türkçeleştirilmiş Metinleriyle birlikte Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu Birinci Cilt Türk Medeni Kanunu (3. Baskı), Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1979.

²¹ Kanun No:743, Kabul Tarihi:17.02.1926, Resmi Gazete ile Yayımlanma Tarihi:04.04.1926- Sayı:339.

Eski Medeni Kanunun 31. maddesinde kurumun başlığı gaiplik olarak adlandırılmakla beraber, gaiplik yerine “kaybolan kişi” terimi de kullanılmaktaydı. (EMK. md. 33: “ kaybolan kimse, ilan müddeti...”)

²² TMK md. 32: “ Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.”

²³ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk (20. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 24.

Mecelle, esas itibariyle çeşitli sözleşme ilişkilerini düzenlemekte, eşya hukuku ve medeni usul hukuku ile ilgili bazı hükümlere yer vermektedir. Ancak medeni hukukun bütün sahalarını kapsamıyordu. Kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku ile eşya hukukunun büyük kısmı Mecelle dışında idi²⁴. Dolayısıyla kişiler hukuku kapsamında olan gaiplik ile ilgili de Mecellede bir düzenleme mevcut değildi. Bu da gaiplik kurumuna İslam hukukunun ilgili hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmuştur.

İslam hukukçuları, ölümü hakikî ölüm ve hükmen ölüm olarak ikiye ayırmışlardır. Hakikî ölüm, kişinin biyolojik hayatının sona ermesidir²⁵. Hükmen ölüm ise bazı hallerde, birtakım sebepler veya bazı karineler dolayısıyla bir kimsenin ölümüne hükmedilmesidir²⁶.

Uzun süredir kendisinden haber alınamayan, sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinmeyen kimse İslam hukukunda “mefkud” olarak adlandırılmaktadır²⁷. Mefkud olan kişinin, mahkemece ölümüne hükmedilmesi gerekir. Mefkud, mahkemece ölümüne hükmedilinceye kadar kazanılmış haklar bakımından sağ gibi muamele görürken kazanılacak haklar bakımından ise ölü olarak kabul edilir²⁸.

Mefkud, ölümüne hükmedilinceye kadar kazanılmış haklar bakımından sağ kabul edildiğinden dolayı, mefkudun malvarlığı mirasçılara pay edilemez, karısıyla olan nikâh ilişkisi devam eder, eşine ve çocuklarına olan nafaka yükümlülüğü sona ermez, yaptığı kira akdi feshedilemez, işlerini idare etmek üzere bir vekil tayin etmişse vekalet ilişkisi devam eder. Vekil tayin etmemişse, hâkim mallarını idare etmek üzere bir kayyım tayin eder²⁹.

Kazanılacak haklar bakımından ise mefkud, ölü olarak kabul edildiği için, ölen bir miras bırakanın mirasından yararlanamaz. Başka bir ifadeyle başkasına mirasçı olamayacağı gibi lehine yapılan vasiyete de hak kazanamaz. Ancak gerçek ortaya

²⁴ Oğuzman ve Barlas, 24-25; Gökhan Antalya, Murat Topuz, *Medeni Hukuk* (2. Baskı), Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2015, 31.

²⁵ Halil Cin, Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (4. Baskı), Sayram Yayınları, Konya 2011, 291.

²⁶ Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri* (1. Baskı), Mimoza Yayıncılık, Konya 2012, 231; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku* (3. Baskı), Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2014, 396.

²⁷ M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (6. Baskı), Hars Yayıncılık Ticaret Limited Şirketi, İstanbul 2007, 225; Avcı, 231; Cin ve Akyılmaz, 291; Ali İhsan Topçuoğlu, “İslam Hukukunda Gaibin/ Kayıp Kişinin Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi”, *Dini Araştırmalar*, 7(19), 297-309, 298.

²⁸ Cin ve Akyılmaz, 292; Aydın, 225; Ahmet Akgündüz, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-I İkinci Cilt* (1. Baskı), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2012, 52; Avcı, 232.

²⁹ Avcı, 232; Cin ve Akyılmaz, 292.

çıkıncaya kadar mefkudun kazanabileceği haklar saklı tutulur. Dolayısıyla miras ve vasiyetten mefkuda düşen pay, onun ölümüne hükmedilinceye kadar bekletilir ve bu pay kayyım tarafından muhafaza edilir. Mefkud, eğer sağ olarak dönerse bu haklara sahip olur. Eğer mefkudun ölümüne hükmedilirse söz konusu haklar, diğer hak sahiplerine intikal eder³⁰.

Hanefî mezhebine göre, mefkudun ölümüne hükmedilebilmesi için o bölgedeki yaşlılarının ölmüş olması, eğer bu tespit edilemiyorsa mefkudun 90 yaşına ulaşmış olması gerekmektedir³¹. Şafî mezhebine göre, mefkudun ölümüne hükmedilebilmesi için gerekli olan bekleme süresi 7 yıl iken³² Malikî mezhebine göre bu süre 4 yıldır³³.

Osmanlı hukukunda mefkudun durumuna ilişkin olarak esas itibariyle resmî mezhep olan Hanefî içtihadı benimsenmiştir. Ancak bu durum, kabul edilen sürenin uzunluğu sebebiyle, Osmanlı tatbikatında birtakım zorluklar ortaya çıkardığından bazı hallerde Şafî mezhebinin görüşü taklit yoluyla uygulanmıştır³⁴. Zamanla ortaya çıkan toplumsal gereklilikler dolayısıyla, mefkudun ölümüne hükmedilebilmesi için geçmesi gereken süre, 1917 tarihli Hukuk-î Aile Kararnamesi ile, Maliki mezhebinin görüşü olan 4 yıl olarak kabul edilmiştir³⁵.

Belirlenen süre zarfında haber alınamaması halinde, mefkud hüküm tarihinde ölmüş gibi kabul edilir. Mirası o tarihte açılır ve terekesi hüküm tarihindeki mirasçılara geçer. Hâkim tarafından evlenmenin feshine karar verilir ve kadın ölüm iddeti³⁶ beklemeye başlar³⁷. Hukuk-i Aile Kararnamesine göre, savaşta kaybolan kimse

³⁰ Ekinci, 395; Aydın, 225; Cin ve Akyılmaz, 292.

³¹ Hanefî hukukçuları, ölüme hükmedilmesi konusunda belirli bir zaman tayin edilmemesi gerektiğini, bu sürenin her somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından belirlenmesi gerektiğini kabul ederek, bu şekilde fetva vermişlerdir. Bkz. Ekinci, 397.

³² Hanefî mezhebinin görüşünde sürenin uzunluğu sebebiyle geride kalan eşler uzun yıllar boşanmadan beklemek zorunda kalmıştır. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak adına, Şafî mezhebine göre bekleme süresi 7 yıl olduğundan, özellikle nafaka bırakmadan giden mefkudun eşi, Şafî mezhebini takliden Şafî kadıya müracaatla boşanma kararı almışlardır.

³³ Avcı, 232; Cin ve Akyılmaz, 293.

³⁴ Cin ve Akyılmaz, 293; Ekinci, 398.

³⁵ Avcı, 233; Cin ve Akyılmaz, 293.

³⁶ Talak, fesih, ölüm gibi sebeplerle evliliği sona eren kadının başkası ile evlenmeden beklemesi gereken süreye iddet denir. İslam hukukunda iddet, ölüm ve boşanma iddeti olarak ikiye ayrılır. Ölüm iddeti, kocası ölen kadınların beklemesi gereken iddettir. Bu süre, kadın hamile değilse, kocasının ölümünden itibaren dört ay on gündür. Eğer kadın hamile ise iddet doğumla sona erer. Fasit bir nikah akdi söz konusu ise kadın, ölüm iddeti beklemeyebilir. Ancak zifet veya halvet-i sahiha durumunda kadın, talak iddeti bekler. Kadın ricî talak iddeti beklerken kocası ölürse bu iddeti bırakarak ölüm iddeti beklemeye başlar. Bain talak iddeti bekleyen kadınlar ise başlamış oldukları iddeti tamamlarlar.

hakkında cephe arkadaşlarının dönmesinden itibaren bir yıl geçince hâkim tarafından evliliğin feshi kararı verilebilir³⁸.

Ölümüne hükmedilen kişinin sonradan sağ olarak dönmesi mümkündür. Bu durumda malvarlığından mevcut olanlar mirasçılardan geri alınır, ancak mevcut olmayanların ise tazmin edilmesi yoluna gidilmez³⁹.

Eğer mefkudun eşi, hâkim tarafından evliliğin feshi kararı verildikten sonra başka birisiyle evlenir ise, mefkudun geri gelmesi, ikinci evliliği etkilemez. Ancak sadece mefkudun ölümüne hükmedilmiş ama evliliğin feshi kararı verilmeksizin eş bir başkasıyla evlenmiş ise, mefkudun sağ olduğu anlaşıldığı anda ikinci evlilik geçersiz hale gelir⁴⁰. Zira mefkudun sağ olarak geri dönmesiyle, söz konusu kişinin ölümüne dair hükmün dayandığı esas, kısaca mefkudun ölmüş olduğuna ilişkin karine çürümüş olur. Ancak ikinci evlilikten olan çocuklar nikâh şüphesinden dolayı ikinci kocanın çocuğu olarak kabul edilir.

Medeni Kanun kabul edilinceye kadar gaip kişi hakkında İslam hukuku hükümleri uygulanmıştır. Daha sonra medeni hukuk alanında yapılan kanuni düzenlemeler sonucu İslam hukuku hükümleri yerine Medeni Kanun hükümleri uygulama alanı bulmuştur.

Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından hemen sonra, Cumhuriyetin niteliğine uygun, yeni, modern, çağın gereklerine uygun bir Medeni Hukuk düzeni yaratmak amacıyla 1926 yılında, İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkçeye çevrilmesi yoluyla 743 sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Boşanmış veya nikah akdi feshedilmiş olan kadınların beklemesi gereken süreye ise talak ve fesih iddeti denir. Kadın hamile ise iddet, doğumla sona erer. Hamile değil ise ve evlilik fiililen başlamışsa Hanefi mezhebi içtihatlarına göre kadın yaklaşık üç ay iddet bekler.

Kadının iddetini kocasının evinde tamamlaması gerekir. Kadın iddetini bitirmeden başkasıyla evlenemez, hatta iddet içindeki kadına evlenme teklif dahi edilemez. Sadece ölüm iddeti bekleyen kadına üstü kapalı bir biçimde evlenme teklifi yapılabilir.

³⁷ Ancak mefkud 70 yaşına ulaşmadan mirası paylaşdırılmaz.

³⁸ Avcı,233.

³⁹ Ekinci, 397.

⁴⁰ Hukuk-î Aile Kararnamesi md. 128: “Mevâdd-ı sabıka mûcibince tefrîkına hükmolunan kadın âhar bir şahıs ile tezevvüctikten sonra zevc-i evvelin zuhurû nikah-ı sâni' münfesihi olur.”

md.129: “Vefatına hükmolunan kimsenin zevcesi âhar bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc-i evvelin hayatı tahakkuk etse nikâh-ı sâni münfesihi olur.”

743 sayılı Medeni Kanun'da gaip kişi ile ilgili hükümleri 31 ila 34. maddeler arasında "Gaiplik Kararı" başlığı altında düzenlenmiştir⁴¹.

743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe giren bazı hükümleri daha sonra çeşitli zamanlarda değiştirilmiş, söz konusu Kanun'un yanında bir takım özel kanunlar, tüzükler ve yönetmelikler yürürlüğe girmiştir. Medeni Kanun'un uygulanması hususunda İsviçre'deki uygulamayla her zaman paralellik sağlanmadığından dolayı, 1926 tarihli Medeni Kanun'un kabulünden sonra İsviçre'dekinden nispeten farklı bir Türk Medeni Hukuku oluşmuştur⁴². Bu gelişmeler ve eski Medeni Kanun'un İsviçre'den alınışı sırasında bazı önemli çeviri hatalarının yapılmış olması, Kanun'da baskı yanlışlarının bulunması, Kanun'un diline ve düzenlediği bazı müesseselere çeşitli eleştiriler yöneltiliyor olması yeni bir Medeni Kanun hazırlanması ihtiyacını doğurmuştur. Yapılan çeşitli çalışmalar sonucu 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilmiştir.

Yeni Türk Medeni Kanunu, temel olarak İsviçre Medeni Kanunu ve bu Kanun'un yapılan değişikliklerle ortaya çıkan son hali göz önüne alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Söz konusu Kanun'da, eski Kanunda yer alan pek çok çeviri hatası düzeltildiği gibi, Türk yargı uygulamasında ortaya çıkan çeşitli sorunlar da düzenleme altına alınmıştır⁴³. Yeni Türk Medeni Kanunu'nda gaiplik müessesesi ile ilgili olarak önceki Kanun'da yer alan düzenlemede küçük değişiklikler dışında köklü bir değişiklik yapılmamıştır.

⁴¹ 743 sayılı Medeni Kanun'da yer alan gaipliğe ilişkin düzenleme şu şekildedir:

EMK. m. 31: Gaiplik kararı/1 Umumiyet itibarıyla

Ölüm tehlikesi içinde gaip olan veya çoktanberi kendisinden haber alınamayan bir kimsenin ölümü pek muhtemel görünürse, hakları ölüme muallak kimselerin talebi üzerine, hakim gaipliğe karar verebilir.

Salahiyattar hakim, gaibin Türkiye'deki son ikametgahı hakimidir. Eğer gaip Türkiye'de asla ikamet etmemiş ise nüfus siciline mukayyet bulunduğu ve bu kayıt yok ise pederinin mukayyet olduğu mahallin hakimidir.

EMK. m. 32: Usulü muhakeme

Gaiplik kararı talep olunabilmek için, ölüm tehlikesinden en aşağı bir sene yahut gaibin son haberinden beş sene geçmiş olmak lazımdır. Hakim, gaip hakkında malumatı olan kimseleri muayyen bir müddet içinde malumatlarını bildirmek için usuli dairesinde ilan edilen bir tebliğ ile davet eder. Bu müddet birinci ilan tarihinden itibaren en aşağı bir senedir.

EMK. m. 33: Talebin sukutu

Gaip olan kimse, ilan müddeti bitmeden meydana çıkar veya kendisinden haber alınır, yahut öldüğü tarih tebeyyün ederse gaiplik talebi sakıt olur.

EMK. m.34: Hükümü

İlan semeresiz kaldığı takdirde hakim, gaiplik kararını verir. Ölüme muallak haklar, tıpkı gaibin ölümü tebeyyün etmiş gibi kullanılır. Gaiplik kararı ölüm tehlikesi yahut son haber gününden itibaren hüküm ifade eder.

⁴² Oğuzman ve Barlas, 27.

⁴³ Oğuzman ve Barlas, 31.

İlerleyen konularda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere gaiplik ile ilgili temelde iki ana sistem vardır. Bunlar ölüm kararı sistemi ve gaiplik kararı sistemidir. Ancak bazı hukuk düzenleri söz konusu iki sistemin karışımı niteliğinde karma bir sistemi kabul etmişlerdir. Türk hukukunda da gerek 743 gerek 4721 sayılı Kanun'da gaipliğe ilişkin olarak kabul edilen sistem karma bir sistemdir⁴⁴. Zira temel olarak Fransız hukukunda geçerli olan gaiplik kararı sistemi benimsenmiş ancak pek çok noktada da Alman hukukunda yer alan düzenlemelerden yararlanılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan gaiplik sistemi aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1.3. GAİPLİK İLE İLGİLİ SİSTEMLER

Kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan veya ölümüne olası gözle bakılan bir durum içerisinde kaybolmuş kişiler ile ilgili düzenlemeler bizim hukukumuzda olduğu gibi pek çok ülkenin hukuk düzeninde de yer almaktadır. Bu düzenlemelere genel olarak bakıldığında zaman bu konuda temelde iki ana sistemin olduğu görülmektedir. Bu sistemler durumu bilinmeyen kişinin menfaatini koruma düşüncesinden hareketle geçici olarak alınacak önlemlere öncelikli olarak yer veren gaiplik kararı sistemi ile, diğer kişilerin menfaatlerini daha fazla koruma düşüncesiyle hareket eden ölüm kararı sistemidir⁴⁵. Temelde iki sistem olmakla beraber bizim hukuk düzenimizde olduğu gibi, bazı hukuk düzenleri söz konusu iki sistemin karışımı niteliğinde karma bir sistemi kabul etmişlerdir⁴⁶.

1.3.1. Ölüm Kararı Sistemi⁴⁷

Alman hukuku, Avusturya hukuku ve İtalyan Medeni Kanunu (Art. 48-73 Codice Civile) tarafından kabul edilmiş olan ölüm kararı sisteminde gaipliğe “ölüm karinesi” bağlanmakta ve kişilik ölüm kararı ile sona erdirilmektedir.

Ölüm kararı sistemi, İsviçre’de İsviçre Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, Almanca konuşmakta olan Uri, Schwyz, Bern, Obwalden, Nidwalden, Solothurn, Luzern, Glarus, Zug, Basel- Stadt, Basel- Land, Appenzell-

⁴⁴ Zevkliler, vd., 568.

⁴⁵ Akipek, vd., 253.

⁴⁶ Zevkliler, vd., 568.

⁴⁷ Bu sisteme ölüm beyanı sistemi de denilmektedir. Bkz. Akipek, vd., 253.

Innerhoden, Appenzel- Ausserhoden, St. Gallen, Graubünden ve Aargau kantonlarında da geçerliydi⁴⁸.

Alman hukukunda kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan veya ölümüne olası gözle bakılan haller içinde kaybolmuş bulunan kişiler için uygulanacak hükümler Gaiplik Kanunu⁴⁹ ile düzenlenmiştir⁵⁰.

Alman Gaiplik Kanunu'na göre kendisinden uzun süre haber alınamayan ve bu süre içinde nerede olduğu bilinmediği için yaşayıp yaşamadığı konusunda kuşku uyandırıcı bir ortam bulunan kişi gaip sayılır. Böyle bir kişi hakkında söz konusu Kanun'un 3-7. paragraflarında belirtilen koşulların oluşması durumunda ölüm kararı verilebilir⁵¹.

Kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan kişi hakkında ölüm kararı verilebilmesi için, söz konusu kişinin hayatta olduğuna ilişkin alınan son habere başlayarak, kanunda iki değişik şekilde düzenlenmiş bulunan, belirli sürelerin geçmiş olması gerekir. Kanun'da yer alan düzenlemeye göre, uzun süre yaşayıp yaşamadığından haber alınamayan kişi hakkında son haber alınan yıl bitiminden başlayarak en az on yıl geçmiş olmalıdır ya da kişinin yaşadığının bilinmesi durumunda ölüm kararının verilmesi sırasında seksen yaşında olacağı hesap edilebiliyorsa, son haber alınan yılın bitiminden başlayarak beş yıl geçmiş olmalıdır. Buna “genel gaiplik” adı verilir⁵².

Alman Gaiplik Kanunu'nda “özel gaiplik durumları” denilen ve 4-7. paragrafları arasında düzenlenmiş bulunan, “savaşta kaybolma”, “denizde kaybolma”, “havada kaybolma”, “yaşam tehlikesi içinde kaybolma”, gibi özel durumlar vardır. Bu durumlarda savaşın bittiği ya da barış imzalandığı tarihten başlayarak bir yıl, bir deniz kazasında geminin batması durumunda bu olaydan başlayarak altı ay, eğer geminin ne

⁴⁸ Zevkliler, vd., 568.

⁴⁹ Alman hukukunda ölüm kararı sistemi Alman Medeni Kanunu'nda düzenlenmişti. Ancak ulaşım ve kitle haberleşme araçlarındaki gelişmeler söz konusu düzenlemenin zamanla yetersiz kalması sonucunu doğurdu. Bundan dolayı 4 Temmuz 1939 tarihinde “ Gaiplik, Ölüm Kararı ve Ölüm Zamanının Bildirilmesine İlişkin Kanun (Gaiplik Kanunu)” adıyla özel bir kanun çıkarılarak Alman Medeni Kanunu'nun 13-20. Paragraflarının yürürlükten kaldırılması suretiyle söz konusu Kanun'un 2- 11. Paragrafları yürürlüğe konuldu.

⁵⁰ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (4. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, 224, Zevkliler, vd., 568.

⁵¹ Zevkliler, vd., 569.

⁵² Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986, 372; Zevkliler, vd., 569.

zaman battığı bilinmiyorsa, gemiden alınan son haberden başlayarak bir yıl, bir uçak kazasında üç ay, ölüm tehlikesi içinde kaybolmada da tehlikenin ortadan kalktığı ya da kalkması gerektiği günden başlayarak bir yıl geçmiş olmalıdır.

Kanun’da aranan şartların gerçekleşmiş olması durumunda, ilgili kişiler olan savcı, gaibin yasal temsilcisi, eşi, altsoyu, ana babası ve ölüm kararı alınmasında çıkarı bulunan kişiler, gaibin son konutu asliye mahkemesine başvurarak ölüm kararı verilmesini isteyebilirler⁵³.

İlgililer tarafından yapılan başvuru günlük bir gazetede ilan edilir. Bu ilanda gaibin kendisinin ya da onun yaşayıp yaşamadığını bilenlerin gelip başvurmaları için altı haftadan az olmayacak bir süre belirlenir⁵⁴. Belirlenen süre içerisinde hiçbir haber çıkmaması durumunda, hâkim eldeki delillere göre, kişinin ölmüş sayılabileceği en olası tarihi ölüm günü olarak belirlemek suretiyle, ölüm kararı verir ve bu karar ilan edilir⁵⁵.

Kısaca ölüm kararı sisteminde, kendisinden uzun süreden beri haber alınamayan ya da ölümüne olası gözle bakılan hâller içerisinde kaybolan kişiler hakkında, ilgili kişilerin başvurusu üzerine mahkemece belli bir yapay ölüm günü tayin edilir⁵⁶.

Ölüm kararı kesinleşince, kişi kararda belirtilen günde karineyle ölmüş sayılır. Kişinin kararda belirtilen günde ölmüş sayılacağına ilişkin bir karine kabul edildiği gibi, o tarihe kadar yaşamış olduğu konusunda da bir karine kabul edilir. Başka bir ifadeyle ölüm kararı sisteminde, mahkeme tarafından belirlenen yapay ölüm gününe kadar “sağlık karinesi”, o günden sonra ise “ölüm karinesi” geçerli olmaktadır⁵⁷.

Söz konusu karine, aksi ispatlanabilir nitelikte olduğundan dolayı, kişinin yapay ölüm gününden önce öldüğü ya da halen yaşamakta olduğu ispat edilerek çürütülebilir⁵⁸. Fakat ölüm karinesinin aksinin ispat edilerek çürütülmesi ancak açılacak bir dava ile mümkün olabilir⁵⁹.

⁵³ Zevkliler, vd., 569.

⁵⁴ Verschollenheitsgesetz, Ausfertigungsdatum: 04.07.1939, § 21/1.

⁵⁵ Zevkliler, vd., 569.

⁵⁶ Akipek, vd., 253; Dural ve Ögüz, 30, Köprülü, 251.

⁵⁷ Akipek, vd., 253; Cahit Oğuzoğlu, *Medeni Hukuk-1 Şahsın Hukuku* (3. Baskı) , Akıncı Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1956, 230; Köprülü, 251; Özsunay, 224.

⁵⁸ Zevkliler, vd., 570.

⁵⁹ Akipek, vd., 253.

Ölüm kararının kesinleşmesiyle ölüme bağlı sonuçlar kendiliğinden doğar. Ölüm kararı sisteminde, hakkında karar verilen kişi, mahkemenin belirlediği günde ölmüş sayılacağı için, söz konusu kişinin mirası bu günde açılır ve mirasçılar güvence gösterilmesine gerek kalmaksızın mirasa el koyabilirler⁶⁰.

1.3.2. Gaiplik Kararı Sistemi

Fransız Medeni Kanunu'nun kabul ettiği sistem olan gaiplik kararı sistemi, İsviçre Medeni Kanunu yasalaşmadan önce, Fransızca ve İtalyanca konuşan Tersin, Freiburg, Waadt, Wallis kantonlarında ve Bern kantonunun Juralar kesiminde de geçerli olan sistemdir⁶¹.

Ölüm kararı sistemine göre daha yalın ve mantıksal olan gaiplik kararı sisteminde yapay bir ölüm günü belirlenmediği gibi söz konusu güne kadar sağlık karinesi ve sonrasında ise ölüm karinesi uygulanması da söz konusu değildir⁶².

Gaiplik kararı sisteminin temel özelliği, ispat yüküne ilişkin kuralların ters çevrilmiş olmasıdır. İspat yükü kurallarına göre, bir kişinin sağ veya ölü olduğunu iddia eden, bu iddiasını ispat etmek zorundadır⁶³. Oysaki gaiplik kararı sisteminde, bir kimsenin ölümüne dayanan kişi, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda, söz konusu kişinin ölü olduğunu ispat yükünden kurtulmaktadır. Hatta ispat yükü gaibin hayatta olduğunu iddia edene geçmektedir⁶⁴.

Gaiplik kararı sisteminde gaibin malvarlığına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler söz konusudur⁶⁵. Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemelere bakıldığında gaibin malvarlığına ilişkin olarak başlıca üç aşamanın öngörüldüğü göze çarpmaktadır.

Birinci aşamada gaibin yaşama olasılığının daha fazla olduğu düşüncesinden hareketle malvarlığının olduğu gibi korunması amacıyla hareket edilmektedir. Bu

⁶⁰ Akipek, vd., 253; Oğuzoğlu, 230; Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler* (4. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, 28.

⁶¹ Zevkliler, vd., 570.

⁶² Akipek, vd., 253; Oğuzoğlu, 231; Zevkliler, 373; Yıldız Abık, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54 (2), 2005, 153-181, 158.

⁶³ Köprülü, 251; Zevkliler, vd., 570; Akipek, vd., 254.

HMK md. 190:" İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir.

⁶⁴ Akipek, vd., 254.

⁶⁵ Dural, 27; Zevkliler, vd., 570.

aşamada malvarlığının korunması için mahkemece gerekli önlemler alınmakta ve gerekirse malların yönetimi için bir temsilci seçilmektedir. Söz konusu önlemlerin alınmasını ilgili kişiler olan gaibin mirasçıları, alacaklıları ve savcı hâkimden isteyebilmektedir. Birinci aşama için belirlenecek süre, gaibin gaip olmadan önce malvarlığının yönetimi için bir temsilci atayıp atamadığına ve eğer atamışsa gaiplik süresince bu temsilcinin iş başında olup olmamasına göre değişmektedir. Gaip eğer kendisine bir temsilci atamış ise birinci aşama için geçerli olacak süre, son alınan haberden başlayarak 10 yıl, eğer atamamış ise 4 yıldır⁶⁶.

Birinci aşama için belirlenen süre içerisinde gaip gelmez ise, ölmüş olması kadar hayatta olmasının da aynı derecede olası olduğu, ikinci aşamaya geçilir. Bu aşamada söz konusu kişi hakkında gaiplik kararı verilir. İkinci aşamada mirasçılar, karşılığında güvence göstermek kaydıyla, gaibin mallarına, kendilerine sadece zilyetlik ve malları yönetebilme yetkisi vermek kaydıyla, el koyma hakkına sahip olurlar. Bu aşama geçici el koyma tarihinden itibaren 30 yıl geçince ya da gaibin 100 yaşına basmış sayılacağı günde sona ermektedir⁶⁷.

Gaibin ölmüş olma ihtimalinin daha ağır bastığı üçüncü aşamaya geçildiğinde ise mirasçılar, gaibin mallarına kesin olarak el koyabildikleri gibi mülkiyetlerine de geçirebilirler. Ayrıca bu aşamada mirasçıların gösterdikleri güvenceler de sona erer. Mirasçılar, üçüncü aşamanın sona ermesiyle mahkemeden, terekeye kesin olarak el koymalarına izin verilmesini isteyebilirler⁶⁸.

Gaibin evliliği, üçüncü aşama geçmiş olsa dahi varlığını sürdürür. Dolayısıyla gaibin eşinin, boşanma kararı ya da gaibin ölümüne ilişkin kanıt olmaksızın yaptığı ikinci evlilik butlanla sakattır⁶⁹.

1.3.3. Karma Sistem (İsviçre-Türk Hukuk Sistemi)

İsviçre-Türk hukukunda benimsenen sistemin gaiplik kararı sistemi olduğunu ileri süren yazarlar⁷⁰ olduğu gibi ölüm kararı sistemi ile gaiplik kararı sisteminin karması niteliğinde bir sistemin benimsendiğini ileri süren yazarlar da vardır⁷¹.

⁶⁶ Zevkliler, vd., 571.

⁶⁷ Zevkliler, 372.

⁶⁸ Zevkliler, vd., 571.

⁶⁹ Zevkliler, vd., 571.

İsviçre-Türk hukukunda karma sistemin benimsendiğini ileri süren yazarlara göre, temel olarak Fransız hukukunda geçerli olan gaiplik kararı sistemi benimsenmiş olmakla beraber, pek çok noktada da Alman hukukunda yer alan düzenlemelerden yararlanılmıştır. Bu sayede İsviçre-Türk hukuku ölüm kararı sistemi ve gaiplik kararı sisteminin iyi yanlarını bir araya getirmek suretiyle eksiksiz bir gaiplik sistemi kurmaya çalışmıştır⁷².

Karma sistemin Fransız hukukundan alınan düzenlemeleri, hâkim tarafından gaiplik kararı verilmesi, mirasçılardan güvence göstermek zorunda olmaları gibi hususlara ilişkindir. Ancak miras hukukuna ilişkin sonuçların doğmasını sağlayan bir ölüm karinesinin geçerli olması, terekeye atanmış temsilci varsa gerekli önlemlerin alınması yoluna gidilmemesi, terekeye el koyanların sadece zilyet değil mirasçı sayılması, sürelerin kısaltılmış olması ise Alman hukukunun etkisinde kalınarak yapılmış düzenlemelerdir.

Gaipliğe ilişkin olarak Türk hukukunda geçerli olan sistem aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden bu başlık altında kısaca bilgi vermekle yetinilmektedir.

1.4. GAİPLİK KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

1.4.1. Gaiplik İle Ölüm Arasındaki İlişki

1.4.1.1. Ölüm Kavramı

Tam ve sağ doğumla başlayan yaşam sürecinin sona ermesi olarak tanımlanabilecek olan ölüm, doğal ve biyolojik bir olaydır⁷³. Ancak kendisine bağlanan hukuki sonuçlardan dolayı hukuki bir olay olma niteliği de kazanmaktadır. Hukuki açıdan ölüm, hayatın geri dönülemez, mutlak ve nihai bir şekilde sona ermesi olarak tanımlanabilir⁷⁴. Ölümle birlikte kişilik sona ermekte⁷⁵, ve bunun doğal sonucu olarak da ölen kişinin herhangi bir hak kazanabilmesi ya da borç altına girebilmesi mümkün

⁷⁰ Jale G. Akipek, *Türk Medeni Hukuku* (1. Baskı), İstiklal Matbaası, Ankara 1961, 23, Dural, 28, Köprülü, 252.

⁷¹ Zevkliler, vd., 572.

⁷² Zevkliler, vd., 572.

⁷³ Petek, 32.

⁷⁴ Metin, 263.

⁷⁵ TMK md. 28/1: “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.”

olamamakta ve onun kişiliğe bağlı hakları son bulup, geçişi mümkün olan hakları ise mirasçılara intikal etmektedir⁷⁶.

Kişiliğin sona ermesi sonucunu doğurduğundan ölümün ne zaman meydana geldiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira ölüme bağlı bazı hakların doğabilmesi için bu haklara sahip olacak kişinin ölüm anında hayatta olması gerektiği gibi kişisel değerler üzerindeki kişilik hakkının sona erebilmesi ve maddi bedensel değerler üzerinde organ nakli işlemlerinin yapılabilmesi için de kişinin ölmüş olması gerekmektedir⁷⁷.

Biyolojik olarak ölüm bir an değil bir süreçtir⁷⁸ ancak hukuk düzeninin kesinlik ve belirlilik ilkeleri ölüm zamanının bir an olarak belirlenmesi mecburiyetini doğurmaktadır. Ölümün hangi anda gerçekleştiğinin belirlenmesi hukukun değil tıp biliminin görev alanına girdiğinden Medeni Kanun bu konuda herhangi bir hüküm koymaktan kaçınarak konunun tıp biliminin en son buluşlarına göre değerlendirilmesine imkân sağlamış bulunmaktadır. Zira Medeni Kanun bu konuda bir düzenleme getirmiş olsaydı dahi tıp biliminde meydana gelen gelişmeler karşısında bu hüküm yetersiz kalacaktı⁷⁹.

Tıp bilimi ise ölüm anının belirlenmesi konusunda biyolojik ölüm ve beyin ölümü olmak üzere iki yöntem kabul etmektedir.

1.4.1.1.1. Biyolojik Ölüm

Yakın geçmişe kadar ölüm anının belirlenmesinde geçerli kıstas olarak kabul edilen ve fizyolojik ölüm olarak da nitelendirilen bu anlayışta ölüm, hayat fonksiyonları denilen ve kişiye canlılık niteliği kazandıran, temel yaşam işlevleri olan dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin kendi başlarına işleyişinin durması ve bir takım sunî vasıtalarla tekrar faaliyete geçirilse dahi kendiliğinden çalışmaya devam edememesi

⁷⁶ Tekinay, Giriş, 210; Köprülü, 247; Ataay, 248; Tekinay, 205; Oğuzman, vd., 19; Dural ve Ögüz, 23.

⁷⁷ Ayşe Arat, "Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi", *Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, 9 (1-2), 2014, 257-276, 259; Zevkliler, 362.

⁷⁸ Metin, 263.

⁷⁹ Oğuzman, vd., 19; Petek, 34.

hâlinde gerçekleşmiş sayılmaktadır⁸⁰. Başka bir deyişle bu anlayışa göre son kalp atışı veya son nefes ile ölüm meydana gelmektedir⁸¹.

Bedenin soğuması, vücutta oluşan ölü morlukları, vücudun sertleşmesi, kanın pıhtılaşması, deri esnekliğinin kaybedilmesi, gözde kornea refleksinin olmaması, bakışların donuklaşması, ayağın gevşeyip düşmesi, burnun kıvrılması, şakağın beyazlaşması, yüzün gerilerek kırışma özelliğini kaybetmesi gibi basit kriterlerle herkes tarafından algılanabilen biyolojik ölüm kıstası, tıp biliminde meydana gelen gelişmeler dolayısıyla ölüm anının saptanmasında yetersiz kalmaktadır⁸². Zira kalbi ve solunumu durmuş olan hastalar, ilaçlar, elektro şok, açık veya kapalı kalp masajı ve sunî solunum gibi gelişmiş reanimasyon yöntemleri sayesinde kısmen de olsa tekrar hayata döndürülebilmektedir⁸³. Ayrıca kişinin solunum ve dolaşımı durmasına rağmen beyin faaliyetleri bir süre daha devam etmektedir⁸⁴. Dolayısıyla bu süreçte kişiyi ölü olarak kabul etmek mümkün değildir. Yine görünüşte ölüm ya da yapay kış uykusu gibi kalp atışları ve solunum var olmasına rağmen merkezi sinir sisteminin olmadığı hallerde de ölümden söz edilemeyecektir⁸⁵.

Tıp biliminde meydana gelen bütün bu gelişmeler biyolojik ölüm anlayışının terk edilerek ölüm anının saptanması için yeni bir kıstas getirilmesi zorunluluğu doğurmuştur.

⁸⁰ Şahin Akıncı, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar* (1. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 1996, 102; Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, 183; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Temel Bilgiler* (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, 61; Petek, 34.

⁸¹ Özsunay, 213; Dural ve Ögüz, 24; Bayraktar 183.

⁸² Metin, 263; Petek, 35.

⁸³ Metin, 263, Örneğin önemli ameliyatlarda sırasında kişinin suni bir kalp veya akciğer makinasına bağlanarak kendi bedenindeki doğal kalp atışı ile solunumun durdurulması ve ameliyat sonrası kalbi ile solunum sisteminin yeniden çalıştırılması gibi yapay reanimasyon tıbbi ve teknik imkanlar sayesinde yaşatılması mümkündür.

⁸⁴ Akıncı, 105.

⁸⁵ Petek, 35.

1.4.1.1.2. Beyin Ölümü

1.4.1.1.2.1. Genel Olarak

Tıp bilimindeki gelişmeler dolayısıyla, beyin hücreleri harap olmadığı sürece, durmuş olan solunum ve kalp atışları yeniden harekete geçirilebilmektedir⁸⁶. Bunun doğal sonucu olarak da dolaşım ve sinir sistemleri, beyin hücreleri harap olmadığı sürece, yapay araçlarla harekete geçirilerek spontan olarak çalışmaya devam edebiliyorsa, beyin ölümü anlayışına göre ölümden bahsedebilmek mümkün değildir.

Tıp dünyasında yaşanan gelişmeler ile kalp ve solunumu sunî olarak faaliyet gösteren, bu sayede nefes alan, terleyen, saçları ve tırnakları uzayan, yaraları iyileşen, ateşi çıkan dolayısıyla son derece normal gözüken ancak beyin faaliyetleri sıfıra inmiş olan hastaların hayatta sayılıp sayılamayacağı sorusu gündeme gelmiştir⁸⁷. Bu soruya cevap olarak Harvard Tıp Fakültesi beyin ölümü tanımını geliştirmiştir. Beyin ölümü anlayışına göre ölüm, insan beyninin vücudu idare etme imkân ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşsüz olarak kaybetmiş olması hâlidir⁸⁸.

Beyin ölümünün tespitine ilişkin Harvard kriterleri şunlardır⁸⁹:

1. Bilincin tam kaybı,
2. Kendiliğinden görülen hareket ve kasılmaların yokluğu ve tüm ağırlı uyarılara yanıt alınamaması,

⁸⁶ Petek, 36.

⁸⁷ Yeşim M. Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı: 1-2, 1999-2000, 125, Metin, 263.

⁸⁸ Uzun süreli koma hastalarının, bitkisel hayata girmiş olan kişilerin durumunu beyin ölümü ile karıştırmamak gerekir. Zira tıbben, şuurun gitmesinden beyin ölümü denen safhaya kadar, koma- derin koma- bitkisel hayat denen aşamalar mevcuttur ve bu safhaların tamamında hastanın iyileşebilmesi yani geri dönüş mümkündür. Bitkisel hayattaki bir kişinin bile iyileşebildiği vakalar vardır. Bitkisel hayattaki insanda, hafıza, zeka, kişilik vb. özelliklerin kontrol edildiği beynin korteks adı verilen kısmı ölmüştür. Ancak bu insanlarda, hayati organların kendi kendine çalışmalarını, bir takım hayati refleks fonksiyonlarını yürüten kısmı olan beyin sapı ise çalışmaya devam etmektedir. Bu durumdaki hastalar, kendi başına solunum yapabilir, iç organları çalışır, gözleri açık dahi olabilir fakat hareket edemediği gibi bilinçsizdir. Beyin ölümü gerçekleşmiş bir kişide geri dönüş mümkün değilken bitkisel hayattan çok düşük bir ihtimal olsa da geri dönüş mümkündür. Dolayısıyla bitkisel hayattaki bir kişiyi ölü kabul etmek mümkün değildir. Koma halindeki hastaların vantilatör denilen solunum cihazına bağlanıp akciğerlerinin şişirilmesi suretiyle solunumu sağlanmaktadır. Bu surette solunumu sağlanan ve kalbi çalışmakta olan bu hastalarda beyin fonksiyonları mevcut ise söz konusu hastalar cihazdan çekilemez ve beyin ölümü gerçekleşmiş de kabul edilemez. Ancak bir süre sonra bu kişilerin beyin sapı ölümü gerçekleşir ise, beynin bütün fonksiyonlarının yitirilip, omuriliğe bağlı basit refleksler haricinde başka hiçbir tepki alınamayan hastalara teşhis için gerekli kriterler dahilinde beyin ölümü tanısı konabilir. Bkz. Metin, 267.

⁸⁹ Metin, 264.

3. Kendiliğinden solunumun bulunmayışı ve solunumun olmadığının apne testi ile doğrulanması,
4. Boyun sapı ve omurilik reflekslerinin tamamen kaybolmuş olması,
5. Teknik olarak iyi kayıt edildiğine emin olunan bir EEG cihazında on dakika boyunca düz çizgi alınarak hiçbir aktivitenin olmayışının teyit edilmesi veya beyin sapı elektrik aktivitesinin kaydedilmesi.

Beyin ölümünden bahsedilebilmesi için beynin tamamının geri dönülemez şekilde harap olması ve fonksiyonlarının tamamen sona ermiş olması gerekmektedir⁹⁰. Bölgesel olarak gerçekleşen fonksiyon kayıplarının beyin ölümü olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir⁹¹.

Beynin bütün fonksiyonlarının geri dönüşsüz olarak sona erip ermediğinin yani beyin ölümünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak bugün pek çok ülkede ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler incelendiğinde beyin ölümünün gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için genel olarak üç aşamanın gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁹².

Beyin ölümü teşhisinin konulabilmesi için ilk aşamada bazı ön koşulların gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bu ön koşullar, hastanın benzer semptomları nedeniyle karışma ihtimali gösteren diğer bazı rahatsızlıklarının bulunmadığının tespitidir. Bunlar sıvı kaybına ve düşük tansiyona bağlı olarak gelişen şoklar, zehirlenmeler, normalin altında vücut ısısı, metabolik ve endokrin bozukluklarıdır. Söz konusu hallerden birisinin bulunması halinde beyin ölümü tanısı konulamayacaktır⁹³.

İkinci aşama, beyin ölümünü teyit edecek klinik bulguların teşhisidir. Bu klinik bulgular, derin koma, beyin sapı reflekslerinin tam kaybı ve spontane solunumun durmasıdır⁹⁴.

Derin koma; bilincin tam kaybı ve ağırlı uyaranlara karşı beyin motor yanıtının alınamamasıdır. Beyin sapı refleksinin tam kaybı; iki taraflı gözbebeği genişlemesi ve

⁹⁰ Hans-Ludwing Schreiber, Henning Rosenau, Ruth Mattheis, Hans Lilie, *Tıp ve Ceza Hukuku*, (Çevirenler; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Özer Özbek, Mustafa Erdem, Mahmut Koca, Özlem Yenerer/ Çakmut, Ali Kemal Yıldız, Sevim Gezici), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, 154.

⁹¹ Atamer, 127.

⁹² Atamer, 129.

⁹³ Atamer, 131.

⁹⁴ Atamer, 131.

ışığa duyarlılığın kaybı, göz küresi reflekslerinin yitilmesi, yüz bölgesinde acı veren uyaranlara karşı duyarsızlık, göz yüzeyine dokunulmasına rağmen göz kapaklarının kapanmaması ve farens ve trakea reflekslerinin kaybı (boğazın uyarılmasına rağmen yutkunma ve öğürme refleksinin yokluğu, bronş aspirasyonuna öksürük yanıtı gelmemesi) durumlarının gerçekleşmesi hâlidir. Spontane solunumun durması; hastanın ilk önce 10-30 dakika arasında % 100 oksijen ile ventile edildikten sonra mekanik solunum desteği kesilerek kandaki CO₂ basıncının 60 mmHg oranına (normal değer 40 mmHg) erişmiş olması hâlidir⁹⁵.

Üçüncü aşama ise, söz konusu bulguların belirli bir süre devamının aranacağı aşamadır. Zira bu klinik bulguların alınmış olması belirli bir süre devamı aranmadığı sürece başlı başına beyin ölümü teşhisi için yeterli değildir. Klinik bulguların devamının aranacağı süre gerek ülkeden ülkeye gerekse hastanın yaşına, beyin fonksiyonlarının yitirilme nedenine göre değişebilmektedir. Türkiye’de bu süre Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’ne⁹⁶ göre, tanısı konulmuş bir nedenle hastanın komaya girmesi hâlinde 12 saat, tanısı konulmamış hâllerde ise 24 saattir⁹⁷.

1.4.1.1.2.2. Türk Hukukunda Ölüm Anının Tespiti

Türk Medeni Kanunu’nda ölüm anını belirlemeye yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde genel olarak, Kanun’da düzenleme yapılmamış olması doğru bulunarak, tıp bilimindeki gelişmelere bağlı olarak ölüme engel olmayı sağlayacak bütün yöntemler denenmesine rağmen hastanın hayata dönmeyeceğinin kesin olarak belirlendiği anda ölümün gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmektedir⁹⁸.

Türkiye’de ölümün tespiti konusunda, hukuki açıdan önem arz eden ilk karar Türk Tabipler Birliği tarafından verilmiştir. 18.04.1968 tarihli Türk Tabipler Birliği Komite Kararı’na göre, “beynin fonksiyon yapmaması, solunum ve dolaşımın ancak sunî araçlarla devam ettirilebilmesi ve bu araçlar kullanılmadığı takdirde bu fonksiyonların tamamının durması olarak belirlenen fizyolojik ölümün vuku bulması hâlinde bu kişinin

⁹⁵ Atamer, 131.

⁹⁶ Resmi Gazete ile Yayın ve İlanı:01.02.2012- Sayı: 28191.

⁹⁷ Atamer, 132.

⁹⁸ Dural ve Ögüz, 25; Oğuzman, vd. 19; Özsunay, 215. Aksi görüş için bkz. Akıncı, 111; Bayraktar, 186; Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (1. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, 222.

ölmüş olduğu” kabul edilmiştir. Kararda solunumun ve dolaşımın ancak sunî araçlarla devam ettirilebilmesi ibaresi kullanıldığından dolayı beyin ölümü anlayışının kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür⁹⁹.

Ölümün tespiti konusunda, 24.11.1969 tarihinde Yüksek Sağlık Şurası da bir karar vermiştir. Söz konusu kararda, “ ölüm... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonlarının tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur” ibaresi kullanılarak beyin ölümü anlayışının benimsendiği ifade edilmiştir¹⁰⁰.

29.05.1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un¹⁰¹, 02.01.2014 tarihli 6514 sayılı Kanun’un¹⁰² 41. maddesiyle değiştirilmesinden önceki metninde açıkça biyolojik ölüm ya da beyin ölümü zikredilmeksizin, 11. maddesinde, “Bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbî ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.” ibaresi kullanılmıştır. Söz konusu Kanun’un 02.01.2014 tarihli 6514 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra ölüm hâlinin saptanmasına ilişkin 11. maddesi şu şekildedir; “ Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbî ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.”¹⁰³.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde beyin ölümü tanısına ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmıştır¹⁰⁴.

Hukukumuzda ölüm anının tespitine yönelik en son düzenleme bu olduğundan dolayı, ölümün tespitinin bu yönetmelik çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

⁹⁹ Akıncı, 110; Özsunay, 216.

¹⁰⁰ Akıncı, 110; Özsunay, 217; Bayraktar, 186.

¹⁰¹ Kabul Tarihi: 29.05.1979, Resmi Gazete ile Yayımlı ve İlanı: 03.06.1979- Sayı: 16655.

¹⁰² Kabul Tarihi: 02.01.2014, Resmi Gazete ile Yayımlı ve İlanı: 18.01.2014- Sayı: 28886.

¹⁰³ 29.05.1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun.

¹⁰⁴ Bkz. Organ ve Doku Nakli Yönetmeliği md. Ek-1.

1.4.1.2. Gaiplik İle Ölüm Arasındaki Farklılıklar

Gaiplik, kural olarak ölüme eş değer sonuçlar doğurmaktadır, ancak aralarındaki bazı temel farklılıklardan dolayı tam olarak ölümün hüküm ve sonuçlarını doğurduğunu söylemek mümkün değildir.

Gaiplik ile ölüm arasındaki farklardan ilki, kişiliğin sona erme biçimine ilişkindir. Ölüm hâlinde ortada bir ceset bulunduğundan ve kişilik doğal bir şekilde sona erdiğinden dolayı, ayrıca mahkeme kararına gerek yoktur. Buna karşılık gaiplikte, ortada bir ceset bulunmadığından kişilik doğal olarak değil, bir mahkeme kararıyla sona erdiğinden ölüme bağlanmış olan sonuçların, gaiplik için de doğabilmesi, mahkeme tarafından gaiplik kararı verilmesiyle mümkün hâle gelmektedir.

Gaiplik ile ölüm arasındaki ikinci fark ise, mahkemece gaipliğe karar verilmesiyle birlikte kişinin yaşadığına ilişkin şüphenin varlığını sürdürmeye devam etmesidir. Zira daha sonraki konularda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere gaipliğe ilişkin sonuçlar gaibin geri gelme ihtimali göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Oysaki ölüm hâlinde böyle bir şüphe söz konusu değildir.

Üçüncü fark da evliliğin sona ermesine ilişkindir. Ölüm hâlinde evlilik, bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden sona ermektedir. Ancak gaiplik kararı evliliği kendiliğinden sona erdirmemektedir. İlerleyen konularda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, gaip kişinin evliliği ya gaiplik davası ile ya da ayrıca açılacak bir dava ile feshettirilmediği sürece varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Dolayısıyla evliliğin sona ermesi için gaiplik kararı ile birlikte bir fesih kararına da ihtiyaç vardır.

Dördüncü fark mirasın kazanılmasına ilişkindir. Ölüm durumunda, ölüm geçmişe yönelik sonuçlar doğurmadığından, gerçekleştiği anda miras açılmış olur. Gaiplikte kişinin ölmüş olduğu karine olarak kabul edildiğinden, kanun koyucu, ikinci bölümde inceleneceği üzere, miras hukuku bakımından bazı tedbirler almıştır. Ayrıca gaiplik kararı, hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak doğurduğundan, mirasın açılma tarihi ile karar tarihi de farklılık arz etmektedir. Zira gaibin mirası, gaiplik kararının verildiği tarihte değil, ölüm tehlikesi içinde kaybolma dolayısıyla gaiplik kararı verilmesi halinde olayın gerçekleştiği anda, uzun süreden beri haber alınamama sebebiyle gaiplik kararı verilmesi hâlinde ise son haber alma tarihinde açılmış sayılmaktadır.

1.4.2. Gaiplik İle Ölüm Karinesi Arasındaki İlişki

1.4.2.1. Genel Olarak

Bir kişiyi ölü olarak kabul edebilmek için o kişiye ait olduğu belirlenen bir cesedin varlığı gerekmektedir. Ancak bazen kişi öyle olaylar içerisinde kaybolur ki, olağan hayat tecrübelerine göre bir kimsenin o olaydan sağ kurtulması mümkün değildir¹⁰⁵. İşte bu gibi durumlarda ceset bulunamamış olsa dahi kişi, kanundan ötürü karineyle ölmüş sayılmaktadır. Medeni kanunda yer alan düzenlemeye göre;

“Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.” (MK md. 31).

Türk Medeni Kanunu’nda yer alan düzenleme göz önünde bulundurulduğunda bir kişi hakkında ölüm karinesinin uygulanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu şartlar, kişinin ölümüne kesin gözle bakılacak bir olay içinde kaybolması ve söz konusu kişinin cesedinin de bulunamamış olmasıdır¹⁰⁶.

Ölüm karinesine hükmedilebilmesi için kişinin içinde kaybolduğu olayın ölüm tehlikesi yaratacak nitelikte olması yeterli değildir, ayrıca kesin ölüm sonucunu doğuracak bir olay olması gerekmektedir¹⁰⁷. Örneğin, havada infilak eden bir uçağın, yolcularla birlikte parçalanmış olması hâlinde yolcuların kesin olarak öldüğü kabul edilmektedir. Aynı şekilde bir kişinin deprem sırasında yer yarığının içine düşüp kaybolması, batan bir denizaltıda bulunması, açık denizde yanarak batmış bir gemide yolculuk etmesi halinde ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektirecek bir durumda kaybolduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Ölüm karinesinin oluşması için gerekli olan şartların gerçekleşmesi durumunda, ölümü veya sağlığı hakkında bilgi sahibi olunmayan kişi, ayrıca mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaksızın kanun gereği ölmüş olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Kesin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmuş ve cesedi de bulunamamış olan kişinin kişisel durum sicilindeki künyesine, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle ölüm

¹⁰⁵ Akipek, vd., 251.

¹⁰⁶ Zevkliler, vd., 565; Dural ve Ögüz, 26; Akipek, vd., 250.

¹⁰⁷ Oğuzoğlu, 227; Ataay, 250; Özsunay 219; Zevkliler, 369; Dural ve Ögüz, 27; Oğuzman, vd., 26.

¹⁰⁸ Oğuzman, vd., 26.

¹⁰⁹ Akipek, vd., 251.

kaydı düşülmektedir. Ölüm kaydı düşürülmesine ilişkin talebin en büyük mülki amir tarafından kabul veya reddi halinde ilgililerin mahkemeye başvurma hakkı söz konusu olmaktadır¹¹⁰. Mahkemeye başvuran ilgililer, dava yoluyla, cesedi bulunamamış olan kişinin ölü mü yoksa sağ mı olduğunun veya gerçek ölüm tarihinin tespit edilmesini isteyebilmektedir¹¹¹.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda da ölüm karinesi ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Söz konusu Kanun'un 32. maddesinde yer alan düzenleme şu şekildedir¹¹²:

“Bir kimse ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile müracaat edilen yerin mülki idare amirinin emri ile ölüm tutanağı düzenlenerek ölüm olayı işlenir.

Bu madde uyarınca işlem yapılabilmesi için ölüm karinesi bulunan alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelendirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmi bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gereklidir.

Dilekçeye ekli belgeler ve gerektiğinde nüfus müdürlüğünce yaptırılacak soruşturma olayın doğruluğunu ve öldüğü iddia edilen kişinin de olayın meydana geldiği sırada orada bulunduğunu kanıtlamaya yeterli görülürse mülki idare amirinin emri ile ölüm kaydı düşülür.”

Ölümüne kesin gözle bakılacak bir olay içerisinde kaybolan ve cesedi de bulunamayan kişi hakkında o yerin en büyük mülki amirinin emri sonucunda kütüğe ölü kaydının düşülmesiyle olayın gerçekleştiği andan itibaren ölmüş kabul edilmekte ve ölüme bağlanan bütün hukuki sonuçlar söz konusu kişi hakkında da uygulanmaktadır¹¹³.

¹¹⁰ MK md. 44: “ Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür.

Bununla birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir.”

¹¹¹ Akipek, vd., 251; Dural ve Ögüz, 27; Helvacı, 32.

¹¹² 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile yürürlükten kalkan 1587 sayılı Nüfus Kanunu zorunlu olarak ölüm sonucunu doğuracağı kabul edilecek bazı olayları 40. Maddesinde örnek olarak saymaktaydı. Söz konusu düzenlemeye göre; “ Bir kimse bir geminin torpil neticesinde batması, fırtına kazası, yanma, patlama, çarpışma ve savaş gibi ölümüne muhakkak nazarı ile bakılacak haller içinde gaip olup da ölüsü bulunmamış ise kayıtlı bulunduğu askerlik şubesi veya kıtası komutanlığınca, sivil ise olayın olduğu yer zabıtasınca durum belgelendirildiği takdirde o kimse gerçekten ölmüş sayılarak en büyük idare amirinin emri ile künyesine ölüm kaydı düşürülür...”

¹¹³ Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (7. Baskı), Mimoza Yayınları, Konya 2015, 163; Oğuzman, vd., 28; Dural ve Ögüz, 27; Akipek, vd., 251.

Hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin mirası, miras hukuku hükümlerine göre, teminat göstermelerine gerek olmaksızın mirasçılara intikal etmektedir. Ölüm ile birlikte kişilik sona erdiği için hakkında ölüm karanesi uygulanan kişinin kişiye bağlı hakları sona ermektedir. Eğer bu kişi evli ise ayrıca bir mahkeme kararına gerek olmaksızın evliliği kendiliğinden sona ermektedir¹¹⁴.

Ölüm karanesi hukuki niteliği itibariyle adi bir karine olduğundan aksi her zaman iddia ve ispat edilebilir.

Hakkında ölüm karanesi uygulanması dolayısıyla kütüğüne ölü kaydı düşülen kişi, sonradan ortaya çıkarsa, bu kişinin mahkemeye başvurarak ölü kaydının kaldırılmasını istemesi gerekmektedir. Ölü kaydının kaldırılması için mahkemeye başvurulmaması hâlinde nasıl hareket edileceğine ilişkin eski Nüfus Kanunu'nun 40. maddesinde düzenleme yapılmış olmasına rağmen Nüfus Kanunu¹¹⁵ yerine çıkartılan Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda¹¹⁶ bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Bundan dolayı sonradan ortaya çıkan kişinin, ölüm kaydının iptali için mahkemeye başvurması hâlinde Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 35 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kayıtların düzeltilmesi, maddi hatalar ve iptale ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır¹¹⁷.

Hakkında ölüm karanesi uygulandıktan sonra ortaya çıkan kişinin mirasçılara intikal etmiş mirasının iadesinin hangi kurallara göre yapılacağı doktrinde tartışmalıdır. Baskın olan görüş Borçlar Kanunu'nun¹¹⁸ 79 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan sebepsiz zenginleşme hâlinde iadeye ilişkin kuralların uygulanması gerektiği yönündedir¹¹⁹. Ancak aksi görüşte olan Hüseyin Hatemi' ye göre “ Mirasta küllî intikal (halefiyet) ölüm olgusu ile meydana gelir. Burada ölüm vuku bulmuş olmadığına göre; “mirasçı” durumunda olanlar mülkiyeti kanun gereğince ve teslimden önce kazanmış değillerdir. Şu halde tereke mallarından elde kalanların iadesinde zilyetlikte iade kurallarının uygulanması (MK 906-908/TMK 993-995), ancak elden çıkarılmış ve

¹¹⁴ Dural ve Ögüz, 27; Helvacı, 32; Akipek, vd., 251.

¹¹⁵ Kanun Numarası: 1587, Kabul Tarihi: 05.05.1972, Resmi Gazete Yayın ve İlanı: 16.05.1972-Sayı: 14189.

¹¹⁶ Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25.04.2006, Resmi Gazete ile Yayın ve İlanı: 29.04.2006- Sayı: 26153.

¹¹⁷ Dural ve Ögüz, 27.

¹¹⁸ Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012, Resmi Gazete İle Yayın ve İlanı: 04.02.2011- Sayı: 27826.

¹¹⁹ Helvacı, 32; Oğuzman, vd. 28; Dural ve Ögüz, 27; Ayan, 164.

yerine başka bir değer kaim olmuş mallar için sebepsiz iktisap kurallarına başvurulması gerekir.”¹²⁰.

Hakkında ölüm karinesi uygulandıktan sonra ortaya çıkan kişi evli ise ve eşi ikinci kez evlenmiş ise, ikinci evliliğin akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Doktrinde baskın olan görüş, evliliğin ölüm karinesine dayanan ölüm kaydı ile değil ölüm ile sona ereceğinden, ikinci evliliğin mutlak butlan dolayısıyla geçersiz sayılması gerektiği yönündedir. Evlilik, mutlak butlan ile sakat olduğu için de savcı dâhil her ilgili evliliğin butlanını dava edebilecektir¹²¹.

1.4.2.2. Gaiplik İle Ölüm Karinesi Arasındaki Farklılıklar

Ölüm karinesi, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere kişinin, ölümüne kesin gözle bakılan bir olayda kaybolması ve cesedinin de bulunamaması durumunda ölmüş sayılmasıdır. Kişi hakkında ölüm karinesinin uygulanabilmesi için, kişinin içinde kaybolduğu olayın, hayatın olağan tecrübelerine göre, kurtulmasının mümkün olmadığı bir olay olması gerekmektedir¹²². Ölüm karinesinde de gaiplikte olduğu gibi ortada bir ceset yoktur, ancak kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılan bir durum söz konusudur. Gaiplikte ise ölüm karinesinden farklı olarak, kişinin hayatta olup olmadığı konusunda bir şüphe vardır.

Gaiplik ile ölüm karinesi arasındaki farklardan bir diğeri de, mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmaması yönündendir. Kişi hakkında ölüm karinesinin uygulanması hâlinde mahkeme kararına gerek olmaksızın en büyük mülki amirin emriyle kütüğe ölü kaydı düşülmektedir. Zira kişi ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir olayda kaybolması hâlinde kanun gereği ölmüş olarak kabul edilmektedir. Ancak gaiplikte ölüme bağlanan sonuçların doğması, mahkemece gaiplik kararı verilmesiyle mümkündür.

¹²⁰ Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku Dersleri* (2. Bası), İstanbul 2001, 100.

¹²¹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku* (11. Bası), (Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu kitap “Aile” olarak adlandırılacaktır), Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, 83; Oğuzman, vd. 28; Ayan, 164; Dural ve Ögüz, 28.

Hüseyin Hatemi’ye göre, ölüm karinesinin varlığı halinde idari karar ile değil de mahkeme kararı ile sicile ölü kaydı düşülmelidir. Bu kaydın evliliğe son vereceği kabul edilmelidir. Gaiplikten farklı olarak, burada ölüm kesin sayıldığı için ölüm tehlikesinden itibaren bir yıl geçmiş olması şartı aranmamalıdır. Bkz. Hatemi, 113.

¹²² Bkz. sayfa 15 vd.

Gaiplik ile ölüm karinesi arasında evliliğin sona ermesi bakımından da farklılıklar vardır. Ölüm karinesinde evlilik, mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden sona ermektedir. Gaiplikte ise evlilik, mahkeme kararıyla feshettirilinceye kadar geçerliliğini korumaktadır.

Bir diğer fark ise miras yönündendir. Ölüm karinesinde, hakkında ölüm karinesi uygulanan kişinin mirası, miras hukuku hükümlerine göre, hiçbir teminat göstermelerine gerek kalmaksızın doğrudan mirasçılara geçmektedir. Ancak gaiplikte, gaibin hayatta olduğuna ilişkin şüphe devam ettiğinden dolayı mirasçılar gerektiğinde mirası, gaibe veya kendilerinden daha üstün derecedeki hak sahiplerine geri vereceklerine dair güvence göstermek zorundadırlar.

1.5. GAİPLİK KARARI İSTENEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Gaiplik, yaşayıp yaşamadığı bilinmemekle beraber, ölmüş olması pek muhtemel kabul edilen kişinin durumudur¹²³. Kanun koyucu, ölümüne olası gözle bakılmasını gerektirecek bir olay içinde kaybolduğundan ya da kendisinden uzun süreden beri haber alınamadığından yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen kişilerin, haklarını ve malvarlıklarını hareketsiz bırakmamak ve hem kayıp kişinin menfaatlerini hem de hakları onun ölümüne bağlı olanların menfaatlerini korumak amacıyla gaiplik kurumunu düzenlemiştir¹²⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin I. fıkrasına göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin gaipliğine karar verebilir.

Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için, öncelikle Kanun'un 32. maddesinde aradığı şartlardan birisinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar, kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamamasıdır. Kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesinin diğer şartları ise, söz konusu kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel görünmesi, belirli sürelerin geçmiş olması, ilgililerin talepte bulunmuş olması ve mahkemece ilanın yapılmış olmasıdır.

¹²³ Köprülü, 250.

¹²⁴ Helvacı, 34; Köprülü, 250; Dural ve Ögüz, 30.

1.5.1. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma veya Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin I. fıkrasında ancak ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kişiler hakkında, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla, gaiplik kararı verilebileceği düzenlenmektedir. Kısaca Kanun'da gaiplik nedeni olarak iki durumdan bahsedilmektedir. Söz konusu iki durum birbirinden bağımsız ve ayrı olduğu için herhangi birisinin varlığı hâlinde kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi istenebilmektedir¹²⁵.

1.5.1.1. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

Kanunda dile getirilen ölüm tehlikesi¹²⁶ ile kastedilen, kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren bir tehlike değil, ölüm sonucunu doğurması kuvvetle muhtemel olan bir tehlikedir¹²⁷. Zira bu durumda kişinin ölmüş olması kadar, yaşaması da aynı derecede olasıdır¹²⁸.

Kişinin ölümüne olası gözle bakılmasını gerektirecek hâller içinde kaybolması ile ölümüne kesin gözle bakılacak durumda kaybolması birbiri ile karıştırılmamalıdır. Zira kişinin ölümüne kesin gözle bakılacak durumda kaybolması hâlinde, önceki konularda değinildiği gibi, ölüm karinesi söz konusu olmaktadır. Ölümü kesin olarak kabul ettirecek bir durum içinde kaybolmada kişinin öldüğü kesindir ancak cesedi bulunamamıştır. Gaipliğin şartı olarak kabul edilen ölüm tehlikesi içerisinde

¹²⁵ Zevkliler, vd., 573.

¹²⁶ İsviçre Medeni Kanunu gaiplik kurumunu düzenlerken büyük ölüm tehlikesi ifadesini kullanmıştır. Bizim kanunumuzda ölüm tehlikesi için büyük nitelendirmesi kullanılmamış olsa da doktrinde söz konusu ölüm tehlikesinin büyük olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Dural ve Ögüz, 31.

¹²⁷ Oğuzman, vd., 29.

Yargıtay 2. HD. T.27.10.1986, E. 8748, K. 9307

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan ve uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayan bir kişinin ölümü pek muhtemel görülür ise hakları bu ölüme bağlı olanların talebi üzerine hâkim bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Dosya kapsamından ölüm tehlikesinin varlığının iddia ve ispat edilmediği anlaşıldığından davaya reddi gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle gaipliğe karar verilmesi yerinde değildir. Bkz. Esat Şener, *Kişinin Hukuku Dernekler ve Vakıflar* (1. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, 113.

¹²⁸ Helvacı, 34; Zevkliler, vd., 573.

kaybolmada ise ölüm kesin olmadığı için kişinin ölmüş olma ihtimalinin yanında yaşıyor olma ihtimali de vardır¹²⁹.

Türk Medeni Kanunu'nda gaiplik kararı verilmesini gerektirecek tehlikeli durumlar tek tek sayılmak yerine genel olarak ölüm tehlikesi içinde kaybolma ifadesi kullanılmıştır. Bundan dolayı her somut olayda ölüme muhtemel gözle bakılmasını gerektirecek bir tehlikenin var olup olmadığı, olayın özellikleri göz önünde tutularak hâkim tarafından takdir edilecektir¹³⁰. Zira aynı olay bazı hâllerde ölüm tehlikesi niteliği taşımasına rağmen bazı hâllerde taşımayabilir. Örneğin, bir sahilde normal bir zamanda vapur seyahati yapmakta ölüm tehlikesinin varlığından bahsedilemezken aynı sahilde fırtınalı bir havada vapur seyahati yapmak durumunda ölüm tehlikesi söz konusu olabilmektedir¹³¹.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâllerine örnek olarak, Atlantik Okyanusu'nu çok küçük bir tekneyle geçmek isteyen kişinin, yola çıkmasından belirli bir süre sonra varması gereken limanlara hiç uğramaması ve teknenin batıp batmadığının bilinmemesi, kişinin avlanmak amacıyla ormana gitmesi ve izine bir daha rastlanmaması, denizin çok durgun olduğu sırada yüzmek için denize giren ve çok iyi yüzme bilen bir kişinin hava koşulları kötüleşmediği hâlde bir daha geri dönmemesi, balık avlamak için denize açılan balıkçının bir daha geri dönmemesi, kumsalda giysileri, iç çamaşırları ve ayakkabısı düzenli ve katlanmış biçimde bulunan ve buna göre denize girdiği kabul edilen kişinin geri dönmemesi, savaş ya da isyan alanında bulunan veya savaşa katılmış olan askerin geri dönmemesi durumları gösterilebilir¹³².

1.5.1.2. Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama

Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilecek ikinci durum, söz konusu kişiden uzun zamandan beri haber alınamaması hâlidir. Kanunda kullanılan uzun zamandan beri haber alamama ifadesi ile kastedilen, ölüm tehlikesi doğuran bir olayda kaybolma söz konusu olmaksızın, kişinin nerede olduğunun ve yaşıyıp yaşamadığının bilinmemesi

¹²⁹ Dural ve Ögüz, 31; Oğuzman, vd., 29; Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler* (4.Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, 28.

¹³⁰ Özsunay, 226; Zevkliler, vd., 574; İmre, 505.

¹³¹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt 1* (6. Baskı), İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951,123.

¹³² Zevkliler, vd., 574; Akipek, vd., 255; Helvacı, 34.

hâlidir. Ancak her uzun süreden beri haber alınamama hâli, gaiplik kararı verilmesine temel teşkil etmez. Örneğin, kutuplara uzun süreli araştırma yapmaya giden kişiler arasında bulunan bir kimseden hiç haber alınamaması fakat bu kişilerin zaman zaman yaptıkları araştırmaları herhangi bir yolla ülkelerine ulaştırmaları durumu, hiç mektup yazma alışkanlığı olmayan, yabancı bir ülkeye çalışmak üzere giden bir kimseden uzun süre haber alınamaması durumu, ailesinden uzak bir ülkeye gitmek için veda eden ve artık yazmayacağını söyleyerek ayrılan kişinin durumu gaiplik kararı vermek için yeterli sebep teşkil etmez¹³³. Zira bir kişiden haber alınamaması durumu, o kişinin yaşayıp yaşamadığı konusunda kuşku uyandırmalıdır¹³⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin I. fıkrasında yer alan “kendisinden” ibaresinden her ne kadar gaipliğine karar verilecek kişinin bizatihi kendisinden haber alınamaması anlamı çıksa da, uzun zamandan beri haber alamama hususunda haberin muhakkak kaybolan kişiden gelmesi gerekmediği gibi sadece gaiplik kararı verilmesini isteyebileceklerin haber almış olması da gerekmemektedir. Zira söz konusu kişi ile ilgili olarak başkaları aracılığıyla da olsa belirli bir yerde görüldüğü ya da yaşadığının bilindiği konusunda ilgililerin ya da başka bir kişinin haber alması uzun süreden beri haber alamama şartının gerçekleşmesi için yeterlidir¹³⁵. Örneğin, aynı köyden yabancı memlekete çalışmaya giden iki işçiden birinin memleketindeki akraba ve dostlarına hiç mektup göndermemesine karşılık, diğer işçinin ailesine gönderdiği mektuplardan, mektup yazmayanın da hayatta olduğu anlaşılırsa ortadan kaybolma durumu olmadığından kişi hakkında gaiplik kararı verilemez.

Kişi hakkında uzun zamandan beri haber alınamama sebebine dayalı olarak gaiplik kararı verilebilmesi için, haber alamamanın kesintisiz olması gerekmektedir. Zira arada sırada da olsa kendisinden veya üçüncü bir kişiden haber alınıyor olması gaiplik kararı verilmesini engellemektedir¹³⁶. Örneğin, hiç haber vermeden ve nedensiz olarak evini terk eden, birkaç ay sonra başka bir şehir ya da ülkeden sadece imzasını taşıyan yazısız ve adressiz bir kart gönderdikten sonra kendisinden hiçbir haber

¹³³ Zevkliler, vd., 575; Dural ve Ögüz, 31.

¹³⁴ Köprülü, 255; Zevkliler, vd., 576.

¹³⁵ Özsunay, 227; Oğuzman, vd., 29; Ataay, 253; Zevkliler, vd., 275.

¹³⁶ M. Ayan, N. Ayan, 169.

alınamayan kişi için uzun süredir haber alınamama hâli evden ayrıldığı tarihten değil imzasını taşıyan kartı gönderdiği tarihten itibaren başlar¹³⁷.

1.5.2. Ölümün Kuvvetle Muhtemel Görünmesi

Her ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimse için gaiplik kararı istenebilmesi mümkün değildir. Zira somut olayın şartlarına göre, kaybolan kişinin hâlâ hayatta olduğuna dair büyük kuşkular bulunmalıdır¹³⁸.

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesini karşılayan kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 35. maddesinin Almanca metninde kullanılan büyük ölüm tehlikesi ifadesinden de anlaşılacağı üzere, ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişi hakkında gaiplik kararı ancak ölüm pek muhtemel ise istenebilir. Başka bir ifadeyle her tehlike durumunda değil; ancak önemli bir ölüm tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda kişi hakkında, diğer şartların da bulunması kaydıyla, gaiplik kararı verilebilir¹³⁹.

Ölüm tehlikesinin, var olup olmadığı, gaiplik kararı verilmesi talebinde bulunabilmeyi gerektirecek kadar büyük olup olmadığı ve ölümün pek olası olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından takdir edilecektir¹⁴⁰. Gaiplik kararı verilmesini gerektirecek ölüm tehlikesi, kaybolan kişinin bindiği geminin açık denizde fırtınada batması örneğinde olduğu gibi meydana gelmiş bir olay şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yırtıcı hayvanların yaşadığı ıssız bir ormanda seyahat etmesi örneğindeki gibi soyut olarak bir durumun niteliğinden de anlaşılabilir¹⁴¹.

Uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayanlar açısından ölümün kuvvetli bir olasılık içinde görülmesi şartı daha büyük önem arz etmektedir. Çünkü kişiden sadece haber alınamaması gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmayıp, bu haber alamama ayrıca kişinin yaşayıp yaşamadığı konusunda kuşku uyandırmalıdır¹⁴². Örneğin, bir kimsenin çeşitli sebeplerle geçmiş ile olan bağlarını koparmak istediği için bulunduğu şehri terk edip gitmesi ve kendisinden haber alınamaması gaiplik kararı

¹³⁷ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, 575.

¹³⁸ Oğuzman, vd., 29.

¹³⁹ Oğuzman, vd., 30.

¹⁴⁰ Özsunay, 226; Zevkliler, vd., 574.

¹⁴¹ Özsunay, 226; Oğuzman, vd., 30.

¹⁴² Zevkliler, vd., 576.

istenebilmesi için yeterli değildir. Ancak her gün düzenli bir şekilde işinden evine dönen bir kimsenin birdenbire ortadan kaybolması durumunda ya da gittiği memleketten düzenli olarak mektup yazan bir kimsenin birdenbire mektuplarının kesilmesi ve yapılan araştırmalara rağmen kendisinden bir haber alınamaması durumunda ölüm pek olası görülebileceğinden söz konusu kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi istenebilir¹⁴³.

1.5.3. Belirli Bir Sürenin Geçmiş Olması

Gaiplik kararı verilebilmesi için bir kimsenin sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinmemeli ve hakkında gaiplik kararı verilecek kişiye ilişkin olarak alınan son haberden itibaren uzunca bir süre geçmiş olmalıdır. Bu şekilde hiçbir bilgi edinilmeden geçen uzunca bir süre, kişinin sağlığı hakkında ciddi şüpheler uyandırmaya yeterli olduğundan, kişinin hayatından artık ümit kesilebilirse de onun ölmüş olması kadar sağ olması olasılığı da vardır¹⁴⁴.

Türk Medeni Kanunu gaiplik kararının ancak habersiz geçen uzunca bir süreden sonra verilebileceğini öngörmüş olmakla beraber, gaiplik kararının verilebilmesi için söz konusu olan iki hâlde geçmesi gereken habersizlik süresinin uzunluğunu birbirinden farklı olarak düzenlemiştir. Zira iki hâlde de kişinin hayatından aynı derecede ümit kesilmez¹⁴⁵.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde kişinin ölmüş olma olasılığı daha yüksek olduğundan kanun koyucu, gaiplik kararı istenebilmesi için daha kısa bir süre öngörmüş; uzun zamandan beri haber alınamama hâli için mantıksal olarak daha uzun bir süre öngörmüştür. Çünkü kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş sayılabilme ihtimalinin yeteri kadar kuvvetlenebilmesi için, aradan uzun bir sürenin geçmiş olması gerekmektedir¹⁴⁶.

Ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma hâlinde gaiplik kararı istenebilmesi için tehlike anından itibaren bir yıl geçmiş olmalıdır. Süre, tehlike bir anda gerçekleşmiş ise

¹⁴³ Oğuzman, vd., 30.

¹⁴⁴ Akıntürk, Akipek, Ateş, 255.

¹⁴⁵ Akipek, vd., 256.

¹⁴⁶ Tekinay, 17; Velidedeoğlu, 123; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)* (1. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 72.

bu andan itibaren, bir süre devam etmiş ise tehlike durumunun bitmesi gerektiği andan itibaren işlemeye başlar¹⁴⁷.

Uzun zamandan beri haber alınamama hâlinde, gaiplik kararı istenebilmesi için geçmesi gereken süre beş yıldır. Daha önce de ifade edildiği gibi haberin muhakkak kaybolanın kendisinden alınmasına gerek yoktur, başkaları aracılığıyla da haber alınmış olabilir¹⁴⁸. Süre, eğer haber kaybolanın kendisi tarafından gönderilmişse, gönderme tarihinden itibaren, başkası tarafından gönderilmişse, bu durumda kaybolanın hayatta olduğunu gösteren son tarihten itibaren işlemeye başlar¹⁴⁹.

1.5.4. İlgililerin Talepte Bulunmuş Olması

Türk Medeni Kanunu, gaiplik kararını düzenlerken bu kararın verilmesinde menfaati bulunan kişiler ile durumu bilinmeyen kişinin menfaatini dengelemeye, onlar arasında bir ahenk kurmaya çalıştığından gaiplik kararının re'sen değil, ancak ilgililer tarafından yapılacak bir istem üzerine verilebileceğini kabul etmiştir¹⁵⁰.

1.5.4.1. Talepte Bulunma Hakkı Olanlar

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesi gaiplik kararı istemeye yetkili olanları "hakları ölüme bağlı olanlar" şeklinde belirtmektedir.

Türk Medeni Kanunu 588. maddesi, Hazineye belirli şartlar altında gaiplik kararı almak için başvurma yetkisi tanımaktadır. Ayrıca hiç mirasçı bırakmaksızın ölen kişiler için devlet, TMK m. 501'de düzenlenen mirasçılık sıfatı dolayısıyla gaiplik kararı verilmesini isteme yetkisine sahiptir.

1.5.4.1.1. Hakları Ölüme Bağlı Olanlar

Hakları ölüme bağlı olanlar, genel olarak bir kimsenin ölümüyle bir hak kazanacak veya bir yükümlülüğünden kurtulacak olan kişilerdir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Oğuzman, 30.

¹⁴⁸ Bkz. yukarıda 1.5.1.2.

¹⁴⁹ Oğuzman, 31; Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar* (8. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 1999, 32.

¹⁵⁰ Akipek, vd., 256.

¹⁵¹ Oğuzman, vd., 31; Akipek, vd., 256.

Gaiplik kararı, gaibin menfaatlerine ciddi şekilde zarar veren bir durum olduğu için Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan "hakları ölüme bağlı olanlar" ibaresi, dar bir yoruma tabi tutulmalıdır¹⁵². Bu kapsamda hakları ölüme bağlı olanlar, esas itibariyle, durumu bilinmeyen kişinin eşi, yasal ve atanmış mirasçıları, vasiyet alacaklıları¹⁵³, durumu bilinmeyen kişi ile birlikte mirasçı olanlar veya onun yüzünden mirasa katılamayacak olanlardır¹⁵⁴.

Kaybolan kişinin alacaklılarının gaiplik kararı verilmesini isteme hakkına sahip olup olmadıkları doktrinde tartışmalıdır. Alacaklıların bu hakka sahip olması gerektiğini savunan yazarlar¹⁵⁵ olduğu gibi alacaklılara bu hakkı tanımanın doğru olmadığını savunan yazarlar da¹⁵⁶ vardır.

Gaip olan kişi vesayet altında ise, vasiinin gaiplik kararı verilmesini isteyip isteyemeyeceği de yine doktrinde tartışmalı olan konulardandır. Baskın olan görüş, yasal temsilcinin bu istem hakkına sahip olması gerektiği yönündedir¹⁵⁷.

1.5.4.1.2. Hazine

Devletin gaiplik kararı verilmesini isteme konusunda, mirasçılık sıfatından ve hiçbir mirasçının gaiplik kararı verilmesi konusunda istemde bulunmamış olması hâlinde doğan iki türlü yetkisi vardır.

Yargıtay 2. HD. T. 27.3.1973, E. 1000, K. 1933:

Gaiplik davası çekişmesiz yargı işidir. Gaiplik davası açabilecek olan kişiler, hakları ölüme bağlı olanlardır. Gaibin taşınmazında kiracı olarak oturan kişi, hakları ölüme bağlı olan kişilerden olmadığından doğrudan doğruya gaiplik davası açamayacağı gibi, açılmış olan davaya da asli müdahil olarak katılamaz. Zira kiracı ile kiralayan gaip arasındaki sözleşme şahsi borç doğuran ve mirasçılara intikal edebilen hukuki ilişkidir. Dolayısıyla dosya açısından, kiracının asli veya fer'i müdahil olarak davaya girmesi mümkün olmadığından söz konusu kişinin temyiz yoluna başvurusu da mümkün değildir. Bundan dolayı temyiz dilekçesinin reddi gerekmektedir. Bkz. Talih Uyar, *Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli ve İçtihatlı) Kişiler Hukuku Cilt: II (4)*, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1461-1462.

¹⁵² Akipek, vd., 256.

¹⁵³ Lehine vasiyette bulunulmuş olanlar.

¹⁵⁴ Akipek, vd., 256; Oğuzman, vd., 31; Zevkliler, vd., 577; Özsunay, 228.

TMK m. 586/II: "Mirasın açıldığı anda ortada bulunmayan sağ olmaması halinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilirler."

¹⁵⁵ Zevkliler, vd., 578, yazarlara göre, tüm alacaklılar için genelleştirmeden, küçük miktarda alacağı olan kişiler dahil edilmeksizin, alacaklılara da onları korumak adına gaiplik kararı verilmesini isteyebilme yetkisi verilmesi gereklidir, Çelik, 108.

¹⁵⁶ Akipek, 27.

¹⁵⁷ Durumu bilinmeyen kişiye TBK m. 292 gereğince cayma şartıyla bağışlamada bulunmuş olan kimsenin de gaiplik kararı verilmesini isteme hakkının olması gerektiği yönünde bkz. Akipek, vd., 256.

En son yasal mirasçı olan devlet, gaiplik kararı verilmesi konusunda istemde bulunma hakkına sahiptir. Türk Medeni Kanunu m. 501'e göre;

“Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.”

Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere, devletin mirasçılık sıfatıyla gaiplik kararı verilmesi isteminde bulunabilmesi için, kendisinden önce mirasçı olacak kimselerin ve durumu bilinmeyen kişinin eşinin olmaması gerekir¹⁵⁸.

Devletin gaiplik kararı verilmesini isteme konusundaki tali nitelikte olan diğer yetkisi ise TMK m. 588 uyarıncadır. Söz konusu maddeye göre;

“Sağ olup olmadığı bilinmeyen kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinesin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.”

Hazine, Türk Medeni Kanunu'nun 588. maddesinde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde, diğer mirasçılardan farklı olarak, takdir yetkisine sahip olmaksızın gaiplik davası açmaya mecburdur¹⁵⁹. Devletin sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinmeyen kişinin malvarlığını veya ona düşen miras payını on yıl resmen yönettikten

¹⁵⁸ Akipek, vd., 257.

Mirasbırakanın hiçbir yasal mirasçısının bulunmaması ve terekenin tümü için mirasçı atamaması halinde devlet, yasal mirasçı sıfatıyla terekeye el koyabilir. Devlet, hiçbir yasal mirasçının bulunmadığı hallerin yanı sıra, var olan mirasçıların tamamının, mirasın reddi, mirastan çıkarma ya da yoksunluk sebebiyle mirasçılık sıfatını kazanamamış ya da kaybetmiş oldukları hallerde de yasal mirasçı sıfatıyla terekeye el koyabilir.

Terekenin tamamı için atanmış mirasçının bulunması durumunda Devlet, yasal mirasçı sıfatını kazanamaz. Ancak, hiçbir yasal mirasçısı bulunmayan mirasbırakanın terekenin bir bölümü için mirasçı ataması durumunda, terekenin mirasçı atanmayan kısmı Devlete kalır ve Devlet, atanmış mirasçı ile birlikte, miras ortaklığını oluşturur.

Devletin TMK. md. 501 gereğince mirasa el koyabilmesi için mirasbırakanın yasal ya da atanmış mirasçısının bulunmaması gerektiğinden, öncelikle mirasbırakanın yasal ya da atanmış mirasçısının bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu md. 594' e göre; “Mirasbırakanın mirasçısı bulunup bulunmadığı veya mirasçıların tamamı bilinmiyorsa, sulh hâkimi uygun araçlarla ve bir ay ara ile iki defa ilan yapıp hak sahiplerini son ilandan başlayarak en geç bir yıl içinde mirasçılık sıfatlarını bildirmeye çağırır.

İlan süresinde kimse başvurmazsa ve sulh hakimi de hiçbir mirasçı tespit edememişse, miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere miras Devlete geçer.” Hükümden de anlaşılacağı üzere bir yıl içerisinde hiçbir mirasçı ortaya çıkmazsa, tereke yasal mirasçı sıfatıyla Devlete teslim edilir. Ancak Devlet, mirasçılık sıfatını bir yıllık sürenin sonunda değil, ölüm anında kazanır.

Devletin mirasçı olduğu hallerde, diğer mirasçılardan farklı olarak, mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu sınırsız değil, sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsündedir. Yine Devletin mirasçılığı, terekenin resmi defterinin tutulması bakımından da diğer mirasçılardan farklıdır. Zira Devletin mirasçı olması halinde terekenin resmi defteri re'sen tutulurken, diğer hallerde talep üzerine tutulmaktadır. Mustafa Dural, Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, 47(Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu kitap “Miras” olarak adlandırılacaktır); Gökhan Antalya, İpek Sağlam, *Miras Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, 102.

¹⁵⁹ Dural, Öz, Miras, 391.

veya malvarlığı resmen yönetilen kişinin yüz yaşını dolduracağı süre geçtikten sonra gaiplik kararı verilmesi isteminde bulunması için gaipliğin mahkemeye başvurmadan önce gerçekleşmiş olması gereken şartlarının varlığı aranmayacaktır¹⁶⁰. Başka bir deyişle hazinenin bu talepte bulunabilmesi için kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamıyor olmasına gerek olmadığı gibi ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma hâlinde bir yıl, uzun zamandan beri haber alamama hâlinde beş yıllık sürelerin geçmiş olması da gerekmeyecektir. Ancak mahkemeye başvurulduktan sonra, mahkemenin ilana ilişkin şartları yerine getirmesi yani gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgi sahibi olan kimseleri en az altı ay olarak belirleyeceği süre içerisinde bilgi vermeleri için usulüne göre yapacağı bir ilanla çağırması gerekmektedir. Zira ilan süresi içerisinde gaibin hayatta olduğuna ilişkin olarak gelecek haberlerin yanında, Hazineye tercihen hak sahibi olan bir başka kişinin çıkması da söz konusu kişinin mallarının hazineye intikalini önleyecektir.

1.5.5. Mahkemece İlan Yapılmış Olması

Gaiplik kararı verilmesi için kendisine başvurulmuş mahkeme, şartların mevcut olduğunu belirledikten sonra, usulüne uygun olarak bir ilan yapılmasına karar verir¹⁶¹. Söz konusu ilan sayesinde, hakkında gaiplik kararı verilecek kişi, eğer hayatta ise, durumdan haberdar olarak yaşamakta olduğunu bildirme imkânı bulabileceği gibi¹⁶², yine bu sayede hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin hayatta olduğunu bilen ya da ondan haber alan kişiler de bilgilerini mahkemeye iletme imkânına sahip olurlar. Ayrıca yapılacak ilan gaibin mirasında hak sahibi olan kişilerin durumdan haberdar olarak haklarını aramak üzere mahkemeye başvurmalarına da imkân sağlar¹⁶³.

1.5.5.1. İlan

Türk Medeni Kanunu'nun 33. maddesinin 3. fıkrasına göre, ilanın süresi, ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Akipek, vd., 257.

¹⁶¹ Oğuzman, vd., 32.

¹⁶² Söz konusu ilan, kaybolan kişiye ilan edilen süre içerisinde başvurmadığı takdirde kendisi hakkında gaiplik kararı verileceğini bildirmeye de yarar.

¹⁶³ Zevkliler, vd., 579; Oğuzman, vd., 32; Akipek, vd., 258.

¹⁶⁴ Eski Medeni Kanun'da ilan süresi bir sene olarak düzenlemişti.

Kanunda ilk ilandan itibaren altı ay geçmedikçe gaiplik kararı verilemeyeceği¹⁶⁵ düzenlenmiş olmasına rağmen, ilanın kaç kez yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. İlanın birden fazla yapılmasının şart olup olmadığı tartışmalıdır¹⁶⁶. Hükümün lafzından hareket eden bazı yazarlar, kanunda ilk ilandan itibaren ibaresi yer aldığı için, ilanın en az iki kez yapılması gerektiği görüşündedir¹⁶⁷. İlanın bir kez mi birden fazla kez mi yapılacağına hâkimin karar vermesi gerektiği görüşünde olan yazarlar da vardır¹⁶⁸.

İlan aleni olarak kamuya karşı yapılır¹⁶⁹. Hâkimin tanıyacağı bekleme süresi altı aydan az olamaz ancak hâkim daha uzun bir bekleme süresi öngörebilir.¹⁷⁰ Bu durumda, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde ölüm tehlikesinden itibaren bir buçuk yıl, uzun

¹⁶⁵ Yargıtay. 2. HD. T.28.01.2009, E. 2007/15939, K. 2009/947 sayılı karara göre; “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 32. maddesinde yer alan;

“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.” hükmü uyarınca gaiplik kararının istenebilmesi için, aynı Kanunun 33. maddesinde belirtildiği şekilde ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması ve mahkemece, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimselerin, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırılması gerekmektedir. Bu süre ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır.”

İncelenen dosyadan, söz konusu ilanın 27/6/2005 tarihinde yapıldığı, hüküm tarihi itibarıyla altı aylık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır.

Mahkemece, Türk Medeni Kanununun 33. maddesinde öngörülen ilan süresi dolmadan adı geçenlerin gaipliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasalara aykırıdır...”, karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁶⁶ İlanın birden fazla kez yapılmasına ilişkin olarak; Yargıtay. 2. HD. T.29.11.2010, E. 2009/16490, K. 2010/19824 sayılı karara göre;

“4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 33. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan;

“Mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırır.

Bu süre, ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır.”

Hükmü uyarınca gaiplik kararının verilebilmesi için, mahkemece gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgi sahibi bulunan kimselerin, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilanla çağırılması gerekmektedir. Bu süre ilk ilanın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır. Mahkemece Türk Medeni Kanunu’nun 33. maddesinde öngörülen ikinci bir ilan yapılmadan gaipliğe karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”, karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁶⁷ Zevkliler, vd., 579; Dural ve Öğüz, 33; Akipek, vd., 258; Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Baskı), Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, 199.

¹⁶⁸ Özsunay, 240; Hatemi, 114.

¹⁶⁹ Öztan, 33; Akipek, vd., 258.

İlanın Tebligat Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Tebligat Kanunu’na göre, mahkeme tarafından ilan kararı verildikten sonra, gaip olan kişinin veya gaip hakkında bilgi verebilecek kişilerin öğrenebileceği şekilde onların bulundukları yerlerde yayınlanan birer gazetede ilan yapılacaktır (TK. md. 29/I). Ayrıca tebliğ olunan evrak ve ilan sureti, ilanı veren mahkemenin herkesin kolayca görebileceği bir yerinde asılması gerekir (TK md. 29/II). İlanda gaibin kimlik bilgileri, tebliğ olunan evrakın içeriğinin özeti, tebliğin konusu, sebebi, ilanın hangi makam tarafından verildiği ayrıntılı olarak belirtilmelidir (TK md. 30). Gaip ölüm tehlikesi içinde yurt dışında kaybolmuş veya son olarak kendisinden yurt dışında bulunduğu sırada haber alınmış ise, mahkeme yabancı bir ülke gazetesiyle de ilan yaptırabilir (TK md. 29/son).

¹⁷⁰ Özsunay, 241; Oğuzman, vd. 32; Akipek, vd., 258; Helvacı, 37.

zamandan beri haber alamama durumunda ise son haber alma tarihinden itibaren beş buçuk yıl geçmedikçe bir kişinin gaipliğine karar verilemez.

1.5.5.2. İlanın Sonuçları

Mahkemece yapılan ilan üzerine durumu bilinmeyen kişi, bizzat çıkıp gelebilir, sağ olduğunu mahkemeye bildirebilir ya da bilgi sahibi olanlar, hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin sağ mı yoksa ölü mü olduğunu mahkemeye bildirebilirler. Yukarıda sayılan hâllerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, söz konusu kişinin sağ veya ölmüş olduğu kesinlikle belirlenmiş olacağından, hakkında gaiplik kararı verilmesine gerek kalmayacaktır¹⁷¹.

Mahkemece yapılan ilanın sonuçsuz kalması, yani hakkında gaiplik kararı verilecek kişi ile ilgili herhangi bir bilgi elde edilememesi de söz konusu olabilir. Bu durumda söz konusu kişi hakkında gaiplik kararı verilir ve karar, hâkimin bildirmesi üzerine ölüm kütüğüne kaydolunur¹⁷².

Türk Medeni Kanunu'nun 34. maddesinde her ne kadar gaipliğine karar verilecek kişinin sağ veya ölü olduğuna ilişkin haberin ilan süresi dolmadan ortaya çıkması ibaresi kullanılsa da, söz konusu hükmün gaiplik kararı verilinceye kadar uygulanması gerekir. Diğer bir ifadeyle sürenin dolmasından sonra fakat daha karar verilmeden önce hakkında gaiplik kararı verilecek kişiye ilişkin olarak gelen haberler de gaiplik kararı verilmesini engellemelidir¹⁷³.

1.6. GAİPLİK KARARI VERMEYE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

1.6.1. Gaiplik Kararı Vermeye Görevli Mahkeme

Belirli bir davaya o yerdeki hüküm mahkemelerinden hangisi tarafından bakılacağı görev kurallarına göre belirlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindendir. Belirli bir dava hakkında görevli mahkeme tespit edilirken, öncelikle davanın genel mahkemelerin mi özel mahkemelerin mi görevine girdiğinin araştırılması gerekir. Özel görevli mahkemelerde görüleceği belirtilmemiş olan bütün davalar, genel görevli

¹⁷¹ Köprülü, 258; Oğuzman, vd., 32; Akipek, vd., 258.

¹⁷² Çelik, 114.

¹⁷³ Dural ve Ögüz, 33; Oğuzman, vd. 32; Zevkliler, vd., 580.

mahkemelerde görülür. Zira özel görevli mahkemelerin görevi, genel görevli mahkemelerden önce gelir¹⁷⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁷⁵ 1. maddesine göre;

“ Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindendir”.

Gaiplik kararı vermeye görevli mahkeme konusunda, Türk Medeni Kanunu’nda bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun göreve ilişkin düzenlemeleri esas alınacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382. maddesinin birinci fıkrasında çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırları çizilmiştir¹⁷⁶. Söz konusu düzenlemeye göre; *“Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır:*

- a) *İlgililer arasında uyumsuzluk olmayan hâller.*
- b) *İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller.*
- c) *Hâkimin resen harekete geçebildiği hâller.”*

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382. maddesinin ikinci fıkrasında ise, mevcut kanunlarımızdaki belli başlı çekişmesiz yargı işleri mümkün olduğunca kategorilere ayrılarak sayılmıştır. Maddede yer alan düzenlemeye göre gaiplik kararı kişiler hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 383. maddesine göre;

“Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir.”

Bu düzenlemelerden de açıkça anlaşılabileceği gibi gaiplik kararı çekişmesiz yargı işlerindendir. Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme ise sulh hukuk

¹⁷⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuzhan Atalay, Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, 97, 98; Ramazan Aslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku* (2. Baskı), Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016, 191; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı), Legal Yayınevi, İstanbul Ağustos 2016, 87; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku Cilt I* (15. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul Mart 2017, 233.

¹⁷⁵ Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmi Gazete ile Yayımlı ve İlanı: 04.02.2011- Sayı: 27836.

¹⁷⁶ Arslan, vd.,78.

mahkemesidir. Dolayısıyla gaiplik kararı verilmesi konusunda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir¹⁷⁷.

1.6.2. Gaiplik Kararı Vermeye Yetkili Mahkeme

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirler. Sulh, asliye veya özel bir mahkeme olarak görevli mahkeme belirlendikten sonra davanın hangi yerdeki görevli mahkemede açılacağını yetki kurallarına göre tespit etmek gerekir.

¹⁷⁷ M. Ayan, N. Ayan, 171; Helvacı, 36.

HMK md. 2: “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.

Bu kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 2. maddesi gereğince asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin olarak bkz. Oğuzman, vd., 32, Akipek, vd., 257.

Konuya ilişkin Yargıtay kararları da mevcuttur.

Yargıtay. 17. HD. T. 11.04.2013, E. 2013/4162, K. 2013/5361 sayılı, gaiplik kararı verilmesi istemine ilişkin davada Kadıköy 2. Asliye hukuk ve İstanbul Anadolu 17. Sulh Hukuk Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosyaya ilişkin olarak verilen karara göre;

“KARAR- Dava, gaipliğe karar verilmesi istemine ilişkindir. Asliye Hukuk Mahkemesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382/1, 382/2-a.4 ve 383. maddeleri gereğince uyuşmazlığa Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılacağından bahisle görevsizlik kararı verilmiştir. Sulh Hukuk Mahkemesi, HMK’nın 2. maddesi gereğince şahısvarlığına ilişkin davalarda Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu gerekçesi ile görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur. Dava davacının babasının 2007 yılından beri kaybolması nedeniyle gaipliğine karar verilmesi istemine ilişkindir. Kanunda çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382/1 maddesine göre; “Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır...” hükmü ile “İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ve hakimnin resen harekete geçtiği haller...” olmak üzere bu üç ölçütle çekişmesiz yargının genel çerçevesi belirlenerek mümkün olduğunca çekişmesiz yargı işleri sayılarak belirtilmiştir. Ancak bu sayma sınırlı olmadığından yasa maddesinde sayılmayan fakat çekişmesiz yargı ölçütlerini taşıyan diğer işlerinde çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir. Yani, 382. Maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilmelidir.

Gaipliğe karar verilmesi davası 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382. maddenin 2-a.4. maddesinde “gaiplik kararı” çekişmesiz yargı işi sayılmış olup aynı yasanın 383. maddesinde de çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkemenin aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi olacağı hükmüne yer verilmiştir. Gaiplik kararı isteğine ilişkin uyuşmazlık, çekişmesiz yargı işi niteliğinde olup Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 Sayılı HMK.’nın 21. Ve 22. maddeleri gereğince İstanbul Anadolu 17. Sulh Hukuk Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE, 11.04.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi. “Karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr.

Sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğuna ilişkin olarak; Yargıtay. 20. HD. T. 15.01.2016, E. 2016/12898, K. 2017/63 sayılı karar, Karar metni için bkz. www.kazanci.com.tr.

Yetki, görevden farklı olarak kamu düzenine ilişkin olmadığından genellikle tek mahkeme yetkili olarak kabul edilmeyip, davacıya genel yetki kuralının yanında seçim hakkı tanıyan özel yetki kuralları da düzenlenmiştir¹⁷⁸. Genel yetki kuralı, bütün davalar için uygulanan yetki kuralıdır. Genel yetki kuralına göre belirlenen mahkemeye genel yetkili mahkeme denir. Genel yetkili mahkeme, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, davalının yerleşim yerindeki mahkemedir. Özel yetki kuralı ise, bazı dava ve dava çeşitleri için kabul edilen istisnâ nitelikteki yetki kuralıdır¹⁷⁹.

Bazı hâllerde mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmiş ve kesin yetki kuralları getirilmiştir. Kanunun ifadesinden, davanın, kanunda belirtilen yer veya yerler dışında başka bir yerde açılmayacağına anlaşıldığı durumlarda kesin yetki kuralından bahsedilir. Kesin yetkili olarak bir veya birden fazla mahkeme öngörülmüş olabilir.

Gaiplik kararı vermeye hangi mahkemenin yetkili olduğu Medeni Kanun'un 32. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

“Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’de son yerleşim yeri; eğer Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir.”

Kanunun ifadesinden anlaşılabacağı üzere, gaiplik kararı vermeye yetkili mahkeme, kesin yetki kuralı ile belirlenmiştir ve kesin yetkili olarak birden fazla mahkeme öngörülmüştür. Ayrıca bir çekişmesiz yargı işi olan gaiplik kararına ilişkin olarak özel yetki kuralı getirilmiştir. Dolayısıyla gaiplik kararı vermeye yetkili mahkeme özel ve kesin yetkili mahkemedir.

Türk Medeni Kanunu’na göre yetkili mahkemenin, hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesi olarak belirlenmesinin temel nedeni, yerleşim yerinin, hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin çevresiyle çok daha fazla ilişki kurduğu ve dolayısıyla kendisini daha çok tanıyanların bulunma

¹⁷⁸ Pekcanıtez, vd., *Medeni Usul Hukuku*, 106.

¹⁷⁹ Aslan, vd., 202; Kuru, 104.

ihtimalinin olduğu yer olmasıdır. Burada söz konusu kişi hakkında bilgi edinmek, hayatta olup olmadığını öğrenmek daha kolaydır¹⁸⁰.

Eğer hakkında gaiplik kararı verilecek kişi, Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı bulunduğu yer mahkemesi gaiplik kararı vermeye yetkilidir. Böyle bir kayıt mevcut değil ise, bu durumda gaiplik kararı vermeye yetkili mahkeme, hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin ana ya da babasının kayıtlı olduğu yer mahkemesidir.

Hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin ana ya da babasının Türkiye’de kayıtlı oldukları yer yoksa Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 41. maddesinde düzenlenmiş bulunan özel yetki kuralı¹⁸¹ uygulama alanı bulacaktır¹⁸². Söz konusu düzenlemeye göre;

“Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.”

1.7. GAİPLİK KARARI VE MAHİYETİ

Mahkemece belirlenen ilan süresi içinde hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin, ölmüş ya da hayatta olduğuna ilişkin olarak bir bilgi verenin çıkmaması durumunda, hâkim gaiplik kararı verir¹⁸³. Gaiplik kararı, mahkemece on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüğüne tescil edilir¹⁸⁴. Yapılan

¹⁸⁰ Akipek, vd., 257, Cumhuriyet Rüzgâresin, “Gaip Borçlunun İflası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (4), 2012, 1369-1406, 1375.

¹⁸¹ Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, 80.

¹⁸² Oğuzman, vd. 32; Dural ve Ögüz, 33; M. Ayan, N. Ayan, 171; Helvacı, 36.

Söz konusu düzenlemenin amacı, Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davalarda, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bağlı kalmaksızın, daima yetkili bir mahkeme tesis etmektir. Bu özel yetki kuralının uygulanabilmesi için, taraflardan en az birisinin Türk vatandaşı olması gerektiği gibi, iç hukukun yetki kurallarına göre yetkili bir mahkemenin de bulunmaması gerekir. MÖHUK m. 41’ de yer alan düzenlemede yetki kuralları bir hiyerarşi gözetilerek basamaklı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla ilk basamaklarda milletlerarası yetkiye sahip bir Türk Mahkemesinin bulunması halinde, alt basamaklardaki yetki kurallarına geçilmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Yenilenmiş 14. Bası), Beta Basım Yayıncılık A.Ş., İstanbul Mart 2016, 563-570; Doğan, 79-81,

¹⁸³ Oğuzman, vd., 33.

¹⁸⁴ TMK md. 45’e göre; “Gaiplik kararı, hakimnin bildirmesi üzerine, ölüm kütüğüne kaydolunur.”

tescil, sadece açıklayıcı niteliktedir, zira kişiliği sona erdiren mahkemenin kesinleşmiş kararıdır. Bu surette gaibin kişiliği sona erer ve kişi kararın verildiği andan itibaren gaip kişisel durumunu alır¹⁸⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasına göre;

“ Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur.”

Hükümden de anlaşılacağı üzere, gaiplik kararı, verildiği andan itibaren değil, kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hukuki sonuçlar doğurmaya başlar. Başka bir ifadeyle gaiplik kararı, geçmişe etkilidir. Dolayısıyla hakkında gaiplik kararı verilen kişi, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı günden itibaren gaip olmuş sayılır ve hukuki sonuçlar da bu andan itibaren doğar¹⁸⁶.

Gaiplik kararı, kural olarak ölüme eşdeğer sonuçlar doğurur. Ancak kişi hakkında gaiplik kararı verilmiş olması, söz konusu kişinin ölmüş olduğunun mahkeme kararıyla tespit edilmiş olduğu anlamına gelmez. Gaiplik kararı, aksi iddia ve ispat edilebilen bir adi karine niteliğinde olduğundan, bu karar ile ancak gaibin ölmüş olduğu karine olarak kabul edilir. Dolayısıyla gaibin halen sağ olduğunu veya belirli bir tarihte ölmüş bulunduğunu iddia ve her türlü delille ispat eden her ilgili, bu karineyi çürütebilir¹⁸⁷.

Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 34'e göre; “ Gaiplik kararları mahkemelerce on gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüklerine tescil edilir.”

¹⁸⁵ Akipek, vd., 253.

¹⁸⁶ Oğuzman, vd., 33

¹⁸⁷ Akipek, vd., 259.

İKİNCİ BÖLÜM

GAİPLİK KARARININ SONUÇLARI

2.1. GENEL OLARAK

Gaiplik kararının hüküm ve sonuçları Türk Medeni Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Kanun gaipliğe ilişkin maddelerinde hükümlere değinmeksizin, ölüme bağlı hakların yalnızca gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağını belirtmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 35. maddesine göre;

“İlandan, sonuç alınamazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.”

Gaiplik kararının verilmesinden önceki aşamada, diğer bir ifadeyle, durumu bilinmeyen kişiden alınan son haberden veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği andan gaiplik kararının verildiği ana kadar geçen süreçte, söz konusu kişinin sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinmediğinden gerek bu kişinin gerek üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini korumak adına gerekli geçici önlemler alınabilmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde gaiplik kararının verilmesinden önceki aşamada alınabilecek geçici önlemlere ilgili konular içinde değinilecek ve ölüme ilişkin sonuçların gaiplik halinde nasıl uygulanacağı ve gaipliğe ilişkin olarak getirilmiş olan özel düzenlemeler aile hukuku ve miras hukuku açısından ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.2. GAİPLİK KARARININ AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLARI

2.2.1. Gaiplik Kararının Nişanlılık Üzerindeki Etkisi

2.2.1.1. Genel Olarak

Kadın ve erkeğin karşılıklı evlenme vaadinde bulundukları hukuki işleme nişanlanma, bu işlem sonucu içine girdikleri duruma ise nişanlılık denir¹⁸⁸. Türk Medeni Kanunu'nun 118/I. maddesine göre;

¹⁸⁸ Dural ve Ögüz, *Aile*, 13; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (19. Baskı), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul Eylül-2016, 23; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6.

“Nişanlanma, evlenme vaadiyle olur.”

Nişanlanmanın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, nişanlanma evlenmenin yapılması borcunu doğuran bir ön sözleşmedir¹⁸⁹. Borçlar hukukunda, tarafların asıl amaçladıkları sözleşmeyi yapmayı birbirlerine taahhüt etmeleri ön sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, Medeni Kanun’da evlenme vaadi olarak tanımlanan nişanlanma da, tarafların birbirlerine evlenmeyi taahhüt etmeleri olarak kabul edilerek, ön sözleşme sayılmalıdır.

Bu görüş, söz konusu iki hukuki kurum arasındaki çeşitli farklılıklardan dolayı eleştirilmektedir. Zira Borçlar Kanunu’na göre ön sözleşme, asıl sözleşmenin şekline bağlıdır, ancak nişanlanma, evlenme şekle bağlı olmasına rağmen, herhangi bir şekle bağlı değildir. Bunun gibi ön sözleşmeyi yapan, asıl sözleşmeyi yapmaya mecbur olduğundan, bu kişiye karşı borcunu yerine getirmesi için dava açabileceği gibi, bu amacı sağlamak için sözleşme cezası da kararlaştırabilmesinin yanı sıra asıl sözleşmenin yapılmasından ileri gelen zararın tazmini genel ilkelere göre dava da edilebilir. Oysaki nişanlanma, kişiyi evlenmeye mecbur kılmaz¹⁹⁰. Zira Türk Medeni Kanunu 199. maddesine göre;

“Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez.

Evlenmeden kaçınma hâli için öngörülen cayma tazminatı veya ceza şartı dava edilemez; ancak yapılan ödemeler de geri istenemez.”

Ön sözleşme ile nişanlılığın bir diğer farkı da, önsözleşmenin geçerliliğinin tarafların cinsiyetine bağlı olmamasına rağmen, nişanlanmanın geçerliliğinin tarafların farklı cinsiyette olmalarına bağlı olmasıdır¹⁹¹. Zira nişanlanmanın kurucu unsurları

Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 24; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku* (4. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 9.

¹⁸⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz 1* (4. Baskı) Sermet Matbaası, İstanbul 1960, 19, (Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında bu kitap Aile olarak adlandırılacaktır.),

¹⁹⁰ Akıntürk ve Ateş, 27, Dural, vd., *Aile*, 15.

¹⁹¹ Bu eleştiriler için bkz., Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (3. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul-1986, 20; Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (1. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, 27; Nevzat Koç, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi* (1. Baskı), Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, 15-16.

tarafların karşılıklı evlenme vaadinde bulunması ve vaat edenlerin de farklı cinsiyetten olmasıdır¹⁹².

Nişanlanmanın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde yer alan bir diğer görüş ise, nişanlanmayı bir karar olarak kabul etmektedir¹⁹³. Bu görüşe göre nişanlanma, birbirine uygun, aynı yönde iki iradenin açıklanmasından meydana gelmektedir¹⁹⁴.

Karar görüşüne göre, borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak, nişanlanmada tarafların açıkladıkları iradelerin içeriği birbirine zıt olmayıp aynı yönde olduğundan, bu iradelerin birleştiği yani anlaşmanın gerçekleştiği anda nişanlanma oluşmaktadır. Bundan dolayı da nişanlanma, bir hukuki işlem olarak sözleşme değil, karar niteliğini kazanmaktadır¹⁹⁵.

Ancak bu görüş, kararın yalnızca aralarında karar alınmasına imkân veren bir temel ilişki bulunan kişi topluluklarında söz konusu olması ve kural olarak da oy çokluğu ile alınıyor olmasına karşılık nişanlanacak erkek ile kadın arasında nişanlılığı kuracak kararı almayı sağlayacak bir temel ilişki söz konusu olmadığından eleştirilmektedir¹⁹⁶.

Nişanlanmanın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde yer alan son görüş ise, nişanlanmayı bağımsız bir aile hukuku sözleşmesi olarak saymaktadır¹⁹⁷. Bu görüşe göre, nişanlanma, erkek ile kadın arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan, borçlar hukukuna değil, aile hukukuna tabi olan bir sözleşmedir. Bu görüşte olan yazarlara göre, niteliğine aykırı düşmediği ölçüde borçlar hukuku kuralları da söz konusu sözleşmeye uygulanabilir; ancak temel olarak bir aile hukuku sözleşmesi olan nişanlanma borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı kurallara tabidir¹⁹⁸.

Borçlar hukuku sözleşmelerinde borçlu, borcunu ifaya mecbur olduğu gibi, ifadan kaçınması halinde aynen ifaya zorlanabilir ve ifadan kaçınmasından doğan zararları da

¹⁹² Dural, vd., *Aile*, 15.

¹⁹³ Bu görüşü savunan yazarlar, Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir'dir, Bkz. Dural, vd., *Aile*, 14; Akıntürk ve Ateş, 28.

¹⁹⁴ Dural, vd., *Aile*, 14.

¹⁹⁵ Koç, 14; Dural, vd., *Aile*, 14.

¹⁹⁶ Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, 8, (Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında bu kitap Aile olarak adlandırılacaktır.); Feyzioğlu, 25.

¹⁹⁷ Dural, vd., *Aile*, 15; Oğuzman ve Dural, 28; Tekinay, *Aile*, 8; Akıntürk ve Ateş, 30; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, *Aile Hukuku* (1. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, 33; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 45.

¹⁹⁸ Dural, vd., *Aile*, 15.

tazmine mecburdur. Oysaki evlenmeden kaçınmak suretiyle vaadini ihlal eden nişanlıya karşı bu müeyyidelerin uygulanması mümkün değildir. Ancak TMK' nın 120. maddesinde¹⁹⁹ düzenlenmiş olan tazminat hükmü uygulanabilir²⁰⁰.

Bu görüş, nişanlanmada evlenme vaadinin yanında, diğer bazı yükümlülükler de bulunduğu²⁰¹, bunların bağımsız sözleşme görüşüyle açıklamanın mümkün olmadığı düşüncesiyle eleştirilmektedir²⁰².

Nişanlanmanın gerçekleşebilmesi için öncelikle farklı cinsiyetten olan tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun surette irade açıklamasında bulunması gerekir²⁰³. Bunun yanı sıra nişanlanmanın geçerliliği, tarafların ehil olmasına, evlenme vaadinin emredici hukuk kurallarına, ahlâk ve adâba aykırı ya da muvazaalı olmamasına ve evlenmenin imkânsız olmamasına bağlıdır. Kanun'da kurucu ya da geçerlilik şartı olarak bir şekil şartı aranmadığından nişanlanmanın geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir²⁰⁴.

Nişanlanmanın geçerliliği, tarafların ehil olmasına bağlıdır, ancak Kanun'da özel olarak nişanlanma ehliyetine ilişkin olarak bir düzenleme mevcut olmamakla beraber, Türk Medeni Kanunu'nun 118/II. maddesi²⁰⁵ ile sınırlı ehliyetsizlerin (ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar) ancak yasal temsilcinin rızasıyla yaptıkları nişanlanma ile bağlı olacakları hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında kalan durumlar için fiil ehliyetine ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda tam ehliyetliler

¹⁹⁹ Türk Medeni Kanunu md.120'ye göre;

“ Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kursu olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddi fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır.

Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler.”

²⁰⁰ Dural, vd., Aile, 15.

²⁰¹ Örneğin; nişanın bozulması durumunda, tazminat borcu, sadece nişanlanma sözleşmesinin taraflarını oluşturan nişanlılar için değil, fakat onların ana ve babaları ya da ana baba gibi davranan diğer kişiler için de söz konusudur.

²⁰² Akıntürk ve Ateş, 28'den naklen, Ferit Hakkı Saymen, Halid Kemal Elbir, *Türk Medeni Hukuku, C. 3, Aile Hukuku*, B.2, İstanbul 1960, 42-43.

²⁰³ Akıntürk ve Ateş, 30.

²⁰⁴ Dural, vd., Aile, 18.

²⁰⁵ Türk Medeni Kanunu md.118/II'ye göre;

“Nişanlanma, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça küçüğü veya kısıtlıyı bağlamaz.”

ve sınırlı ehliyetliler nişanlanmaya tam ehildirler. Tam ehliyetsizlerin ise yapacakları nişanlanma Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesi²⁰⁶ gereğince kesin hükümsüzdür²⁰⁷.

2.2.1.2. Nişanlılığın Sona Ermesi ve Gaiplik Kararının Nişanlılık Üzerindeki Etkisi

Geçerli bir nişanlılık, evlenme, ölüm, evlenme ehliyetinin kaybedilmesi, bozucu şartın gerçekleşmesi²⁰⁸, geciktirici şartın gerçekleşmesinin olanaksızlaşması²⁰⁹ sebepleriyle kendiliğinden sona erebileceği gibi, iki tarafın anlaşmasıyla veya tek taraflı olarak sona erdirmek suretiyle taraflarca da sonlandırılabilir²¹⁰.

Nişanlılardan birinin ölmesi hâlinde nişanlılık kendiliğinden sona erer²¹¹.

Ölüme eşdeğer sonuçlar doğuran gaiplik kararının kesinleşmesi hâlinde, nişanlanmanın kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür²¹².

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, gaiplik kararının kesinleşmesiyle, nişanlılık kendiliğinden sona erer²¹³. Bu görüşe göre, mahkemece verilmiş olan gaiplik kararının kesinleşmesiyle, gaibin nişanlısının söz konusu nişanlanma ile bağlı olmayı sürdürdüğü iddia ve ispat edilmedikçe, bir adi karine niteliğinde olmak üzere, nişanlanma kendiliğinden sona ermelidir²¹⁴.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre ise, taraflardan birinin gaipliğine karar verilmesi durumunda, nişanlılığın kendiliğinden sona erip ermeyeceği kesin değildir, zira nişanlılığı sona erdirecek bir irade açıklamasının aranması gerekir²¹⁵. Bu görüşe

²⁰⁶ Türk Medeni Kanunu md.15'e göre;

“Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.”

²⁰⁷ Akıntürk ve Ateş, 31, Dural, vd., *Aile*, 18-19.

²⁰⁸ Bozucu şarta bağlı nişanlanmada, baştan itibaren kurulmuş ancak şart gerçekleşince kendiliğinden sona erecek bir nişanlılık ilişkisi vardır. Nişanlılık ilişkisinin kurulduğu an ile şartın gerçekleştiği an arasında, nişanlılığın genel hükümleri uygulanır. Şartın gerçekleşmesiyle nişan kendiliğinden sona erdiğinden tarafların birbirlerine verdikleri hediyeleri geri vermeleri dışında herhangi bir talep hakları yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, vd., *Aile*, 29.

²⁰⁹ Geciktirici şarta bağlı bir nişanlılık, hüküm ve sonuçlarını şartın gerçekleştiği anda doğurmaya başlar.

²¹⁰ Koç, 73.

²¹¹ Dural, vd., 29; Abik, 169; Koç, 74; Akıntürk ve Ateş, 43; Öztan, 72.

²¹² Koç, 75.

²¹³ Zevkililer, vd., 766; Abdulkirim Yıldırım, *Türk Aile Hukuku* (1. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara 2014, 18; Koç, 75; Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku* (4. Baskı), Yetkin Basımevi, Ankara 1996, 36; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (2. Baskı), Çağ Matbaası, Ankara 1983, 37.

²¹⁴ Koç, 75.

²¹⁵ Abik, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, 171; Köprülü, Kaneti, 52.

göre, Türk Medeni Kanunu'nun 131. maddesinde yer alan hükümle²¹⁶ gaibin eşine, evliliğini sona erdirmek hususunda tanınan evliliğin feshi için mahkemeye başvurma hakkına kıyasen, gaibin nişanlısına da nişanlılığı sona erdirmeye konusunda irade açıklaması hakkı tanınmalıdır. Zira bu şekilde nişanlılığı sona erdirecek bir irade açıklamasının aranması, Türk Medeni Kanunu'nun 131. maddesiyle de daha uyumlu bir sonuca ulaşılması ve ortaya çıkabilecek çekişmeleri de ortadan kaldırması açısından önemlidir²¹⁷. Sonuç itibarıyla bu görüşe göre, gaiplik, kendiliğinden nişanı sona erdiren bir sebep olarak sayılmamalı, ancak gaibin nişanlısının haklı nedenle nişanı bozması hâlinde nişanlılık sona ermelidir²¹⁸.

Kanaatimce, nişanlılığın gaiplik kararı ile birlikte sona erdiğine ilişkin olan görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira nişanlanma, evlilik kurumundan büyük farklılıklar arz etmektedir. Evlilik, resmî kurumlarca kayıt altına alınmasına rağmen nişanlanma için böyle bir durum söz konusu değildir. Bunun yanı sıra nişanlanma eşlere önemli yükümlülükler yüklememektedir. Ancak aile kurumunun temelini oluşturan evlilik, eşlere önemli yükümlülükler getirdiğinden kanunda farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu durum da, ilerleyen konularda inceleneceği üzere, gaiplik kararının evliliği kendiliğinden sona erdirmemesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, evlilikte olduğu kadar önemli sonuçlar doğurmadığından, evliliğe ilişkin söz konusu düzenlemenin nişanlılık hakkında da kıyasen uygulanması yerinde değildir.

2.2.1.3. Nişanlılığın Gaiplik Kararı İle Sona Ermesi Durumunda Doğurduğu Sonuçlar

Nişanlılığın sona ermesi birtakım hukuki sonuçları da beraberinde getirir. Nişanlılık, evlenme ile sona ermiş ise taraflara evlilik ilişkisi hükümleri uygulanır. Nişanlılığın evlenme ile sona ermesi dışında bütün sona erme hallerinde hediyein geri

²¹⁶ Türk Medeni Kanunu md.131'e göre; " *Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez.*

Kayıbolan eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir.

...

Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 2.1.2. Gaipliğin Evlilik Üzerindeki Etkisi.

²¹⁷ Köprülü ve Kaneti, 52.

²¹⁸ Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", 171.

verilmesi gündeme gelir. Bunun yanı sıra nişanın haksız bozulması durumunda bazı şartlarla maddî ve manevî tazminat yükümlülüğü de söz konusu olabilir²¹⁹.

Nişanlılığın ölüm veya gaiplik kararı ile sona ermesi durumunda maddi ve manevi tazminat talep edilememekte²²⁰, ancak nişanın sona ermesi dolayısıyla hediyelerin iadesi gündeme gelebilmektedir²²¹.

Türk Medeni Kanunu'nun 120. maddesine göre;

“Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür. Aynı kural nişan giderleri hakkında da uygulanır.

Tazminat istemeye hakkı olan tarafın ana ve babası veya onlar gibi davranan kimseler de, aynı koşullar altında yaptıkları harcamalar için uygun bir tazminat isteyebilirler.”

Kanunda yer alan düzenleme göz önünde bulundurulduğunda maddî tazminat talebinde bulunulabilmesi için; nişanın haksız olarak bozulmuş ya da taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulmuş olması, nişanı bozan ya da bozulmasına sebep olan tarafın kusurlu olması, bir zararın doğmuş olması, zarar ile nişanın bozulması arasında nedensellik bağının olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Nişanlılığın ölüm ile sona ermesi durumunda maddi tazminatın yukarıda belirtilen unsurları gerçekleşmeyeceğinden maddî tazminat talebinde bulunulamaz. Zira nişanın nişanlılardan birinin ölümü dolayısıyla sona ermesi durumunda, taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple nişanın bozulması söz konusu olmadığı gibi, ölen nişanlının kusurundan bahsetmek de mümkün değildir²²². Ayrıca nişanlılığın ölüm dolayısıyla kendiliğinden sona ermesi durumunda, nişanlıların malvarlıklarının aktifinde bir azalma ya da pasifinde bir artış meydana gelmiş olsa dahi, nişan hukuka aykırı olarak

²¹⁹ Dural, vd., *Aile*, 33.

²²⁰ Abik, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, 178.

²²¹ Dural, vd., *Aile*, 33.

²²² Koç, 89; Abik, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, 178-179.

bozulmadığı için, söz konusu zarar, teknik anlamda zarar olarak da olarak nitelendirilemez²²³.

Nişanlılardan biri hakkında gaiplik kararı verilmesi dolayısıyla nişanın sona ermesi durumunda da, nişanın ölüm ile sona ermesi hâlinde olduğu gibi, nişanın taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulması ve nişanın sona ermesinde gaipliğine karar verilen nişanlının kusurundan bahsedilmesi mümkün olmadığından, maddi tazminat istenemeyeceği kabul edilmelidir²²⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 121. maddesine göre;

“Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”

Nişanın bozulması dolayısıyla manevi tazminat talep edilebilmesi için, nişanlılığın bozma ile sona ermiş olması, tazminat isteyen nişanlının kişilik hakkının bir zarara uğramış olması ve tazminat istenen tarafın kusurlu olması gerekmektedir²²⁵.

Nişanlılığın nişanlılardan birinin ölümü ile sona ermesi durumunda maddi tazminat talebinde olduğu gibi manevi tazminat talebi için de aranan unsurlar gerçekleşmediğinden, tarafların manevi tazminat talebinde bulunmaları mümkün değildir. Zira burada da nişanlılığın taraflardan birine yükletilebilecek bir sebeple bozulması söz konusu olmadığı gibi nişanın sona ermesinde tarafların kusurundan da bahsedilememektedir.

Nişanlılığın taraflardan birinin gaipliğine karar verilmesi dolayısıyla sona ermesi durumunda da, ölüm hâlinde olduğu gibi, Kanun'da sayılan şartlar gerçekleşmediğinden, manevi tazminat da talep edilemeyeceği kabul edilmelidir²²⁶.

Türk Medeni Kanunu'nun 122. maddesine göre;

“Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir.”

²²³ Zevkliler, vd., 701; Koç, 89.

²²⁴ Abik, “Gaipliğin...”, 179.

²²⁵ Dural, vd., Aile, 39-40.

²²⁶ Abik, “Gaipliğin...”, 179.

Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır."²²⁷

Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, hediyelerin geri istenebilmesinin şartları, hediyein nişanlılık dolayısıyla verilmiş olması, alışılmışın dışında bir hediye olması ve nişanlılığın evlenme dışında bir sebeple sona ermiş olmasıdır²²⁸.

Hükümde her ne kadar açıkça belirtilmemiş olsa da, söz konusu kanun maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde "nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse" ifadesinin nişanlılığın ölüm ve gaiplik kararı ile sona ermesi hâlini de kapsadığı dolayısıyla bu durumda da hediyelerin geri verilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır²²⁹.

²²⁷ Bu maddenin gerekçesi şöyledir: "Yürürlükteki Kanunun 86. maddesini karşılamaktadır. Maddede nişanı sona erdiren sebeplerin tek tek (bozulma, ölüm, gaiplik kararı şeklinde) sayılması yerine "Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse" ifadesi kullanılmıştır. Böylece nişanlılık evlenme dışında her ne sebeple sona ererse ersin bu madde gereğince hediyelerin geri verilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır..."

²²⁸ Dural, vd., *Aile*, 43-44.

²²⁹ Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", 177.

Eski Medeni Kanun'un 86. maddesine göre;

"Nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeler, nişanın bozulması durumunda geri istenebilirler. Hediyeler mevcut değilse, sebepsiz iktisaba ilişkin kurallar gereğince tasfiye yapılır. Nişanlılık nişanlılardan birinin ölümü ile sona ermiş ise, iade talebi yoktur."

Söz konusu maddede 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Değişiklik sonucu düzenlenen madde şu şekildedir;

"Nişan bozulur veya nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya vermiş oldukları mutad dışı hediyeler verenler tarafından geri istenebilir. Hediye aynen mevcut değil ise, karşılığı sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilir."

Eski Medeni Kanun'un değişiklikten önceki metnine göre nişanlılığın ölümle sona ermesi durumunda, hediyelerin geri verilmesi söz konusu değildi. Dolayısıyla ne sağ kalan nişanlı ne de ölen nişanlının mirasçıları hediyelerin geri verilmesi isteyebilirdi. Bu hüküm dolayısıyla gaiplikte ölümle eş değer sonuçlar doğurduğundan, gaiplik kararı dolayısıyla nişanın sona ermesi durumunda da hediyelerin iadesi söz konusu değildi. Ancak burada da gaipliğin nişanlılık üzerindeki etkisine ilişkin olarak doktrine ileri sürülen görüşlere göre ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği belirtilmelidir. Eski Medeni Kanun'un 86. Maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklik ile, nişanlılardan birinin veya her ikisinin ölmesi halinde de hediyelerin geri verilmesinin istenemeyeceğine ilişkin yasak ortadan kaldırılmıştır. Yapılan değişiklik ile İsviçre hukukuyla aramızda bir farklılık doğmuştur, ancak kanun koyucunun bu hükmü Türkiye'de nişanlanmada batıya göre çok daha fazla hediye yapılması ve bu hediyelerin değerinin İsviçre'ye göre çok daha büyük olması ve nişanlılık ölüm ile sona erse dahi, bu hediyelerin, veren ve ailesi için önem taşıyor olması gerekçeleriyle yapmış olduğu düşünülebilir.

Ayrıca burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin değişiklikten sonraki metninde yer alan "...nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse..." ibaresidir. Değişiklikten önceki kanun metnine göre, nişanlılığın nişanlılardan birisinin ölümü ile sona ermesinin özelliği nişanlıların daha önce vermiş oldukları hediyeleri geri isteyememesiydi. Ancak yapılan değişiklik ile, hediyelerin ölüm ve gaiplik halinde bile geri istenebilmesi olanağı yaratıldığından, bu özellik de ortadan kalkmış oldu. Bundan dolayı da yeni Türk Medeni Kanunu, nişanlılığın sona erme nedenlerini tek tek saymayıp, "nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse..." demekle yetinmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abik, "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", 169-177.

Nişanlılığın sona ermesi dolayısıyla iadesi gereken hediyeler, nişanlanma sırasında veya nişanlılık devam ederken nişanlanma dolayısıyla verilen hediyelerdir. Başka bir sebeple verilmiş olan hediyeler Türk Medeni Kanunu'nun 122. maddesi kapsamında geri istenemez.

Kanun'da sadece nişanlıların birbirlerine vermiş oldukları hediyelerin değil, aynı zamanda ana baba veya onlar gibi davrananların da nişanlılık dolayısıyla diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyelerin geri istenebileceğini hüküm altına alınmıştır²³⁰.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken husus, gaiplik kararının verilmesini gerektiren şartların ortaya çıktığı, başka bir ifade ile gaipten son haberin alındığı veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarihten gaiplik kararının verildiği tarihe kadar geçen sürede ana baba ya da onlar gibi davrananların diğer nişanlıya vermiş oldukları hediyeler, hediyelerin iadesi kapsamına dâhil olup olmayacağıdır. Kanaatimce, gaiplik kararı verilinceye kadar nişanlılık devam ettiğinden dolayı bu süreçte diğer nişanlıya nişanlılık dolayısıyla verilmiş olan hediyeler, Türk Medeni Kanunu'nun 122. maddesi gereğince verenler tarafından geri istenebilir.

Ana baba ya da onlar gibi hareket edenlerin, diğer nişanlıdan iadesini isteyebilecekleri hediyeler kendilerinin nişanlılık dolayısıyla vermiş oldukları hediyelerdir. Ancak gaibin diğer nişanlıya vermiş olduğu hediyeleri, ana baba ya da onlar gibi hareket edenlerin geri isteyememeleri gerekmektedir. Zira hediyelerin iadesini talep hakkı, kullanılmasına mutlaka hak sahibinin karar vermesi ve hakkın kullanılmasının onun iradesine dayanması gereken hak²³¹ olarak tanımlanabilecek olan, şahsa sıkı sıkıya bağlı hak niteliğindedir. Dolayısıyla söz konusu hakkın gaibin mirasçıları tarafından kullanılması mümkün değildir.

Hediyelerin iadesi Türk Medeni Kanunu'nun 123. maddesi gereğince bir zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Türk Medeni Kanunu 123. maddesine göre;

“Nişanlılığın sona ermesinden doğan dava hakları, sona ermenin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.”

Bu durumda gaiplik kararının kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçinceye kadar hediyelerin iadesi talep edilebilir.

²³⁰ Akıntürk ve Ateş, 47; Dural, vd., Aile, 43.

²³¹ Oğuzman ve Barlas, 163.

2.2.2. Gaiplik Kararının Evlilik Üzerindeki Etkisi

2.2.2.1. Genel Olarak

Nişanlıların evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan bir hukuki işlem olan evlenme²³², Velidedeoğlu'na göre; “Tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makul ve geçerli bir şekilde birleşmesidir²³³”.

Feyzioğlu'na göre; “Evlenme, bir erkekle bir kadının, şekli ve şartları hukuken düzenlenen bir akitle, tam bir yaşama ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleridir²³⁴”.

Evlendirme Yönetmeliği'ne²³⁵ göre; bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacı ile yapmış oldukları resmî akde “evlenme” denir. (Evl. Yön. Md. 2, b. f).

Evlenmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre²³⁶, evlenme, nişanlıların, kanunun öngördüğü şekilde, karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklamaları suretiyle meydana geldiğinden bir aile hukuku sözleşmesidir.

Doktrinde yer alan bir diğer görüş de, evlenmeyi bir sözleşme olarak değil, bir kurum olarak kabul etmektedir. Bu görüş daha çok Fransız hukukçular tarafından benimsenmektedir. Söz konusu görüşe göre, sözleşmeyi yapanlar, onun hüküm ve şartlarını serbestçe düzenleyebilmelerine rağmen, evlilik statüsü emredici hükümlerle düzenlenmiş olduğundan eşlerin bu statüde diledikleri değişiklikleri yapması mümkün olamamaktadır, bu da evliliğin bir sözleşme değil bir kurum olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır²³⁷.

²³² Dural, vd., *Aile*, 46; Oğuzman ve Dural, 60.

²³³ Velidedeoğlu, *Aile*, 38.

²³⁴ Feyzioğlu, 83.

²³⁵ Yayımlandığı Resmi Gazetenin Tarihi: 7.11.1985, No: 18921, Yayımlandığı Düsturun Tertibi: 5 Cildi: 25, S. 1039.

²³⁶ Bu görüşte olan yazarlar; Akıntürk ve Ateş, 60; Dural, vd., *Aile*, 46; Feyzioğlu, 95; Oğuzman ve Dural, 61; Tekinay, *Aile*, 65; Öztan (1983), 64; Hatemi ve Serozan, 72; Velidedeoğlu, *Aile*, 38.

²³⁷ Akıntürk ve Ateş, 60.

Evliliğin hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde yer alan son görüş ise²³⁸, evlenmenin bir şart-tasarruf olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, taraflar evliliğin hükümlerini kararlaştırmakta ve değiştirmekte serbest değildir. Dolayısıyla taraflar ancak kanunen düzenlenmiş olan evlilik statüsüne girmek hususunda iradelerini açıklamaktadırlar²³⁹.

Günümüzde, taraflar, birçok sözleşmede ilişkilerini diledikleri gibi düzenlemekte serbest değildir. Zira genellikle sözleşmeyi yapan taraflar, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, objektif olarak düzenlenmiş bir statüye girmeyi kabul etmektedirler. Tarafların, kanunen düzenlemiş hükümlere tabi olabilmeleri, söz konusu statüye girebilmeleri, anlaşmalarının yanında, resmî makamın kamu erkini kullanmasını gerektiriyorsa, bir sözleşmeden değil, şart-tasarruftan söz edilir. Ancak bir statüye girmek için tarafların anlaşması yeterli oluyor ise, bu hâlde bir sözleşmenin varlığından söz etmek mümkündür²⁴⁰.

O halde, evlenmenin hukuki niteliğini belirleyebilmek için, evliliğin, kamu otoritesinin bir işlemi ile mi kurulduğuna, yoksa tarafların irade açıklaması ile mi meydana geldiğine bakmak gerekir²⁴¹.

Şekle tabi bir hukuki işlem olan evlenme, iki tanık ve evlendirme memuru önünde gerçekleşir. Evlendirme memurunun taraflara, birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorması üzerine olumlu cevap alması suretiyle memur, evlenmenin her iki tarafın rızası ile yapılmış olduğunu beyan eder²⁴².

Türk Medeni Kanunu'nun 142. maddesine göre;

²³⁸ Akıntürk ve Ateş, 60, naklen Saymen ve Elbir, 70.

²³⁹ Dural, vd., Aile, 46.

²⁴⁰ Dural, vd., Aile, 46; Oğuzman ve Dural, 61.

²⁴¹ Oğuzman ve Dural, 61.

²⁴² Dural, vd., Aile, 47.

Evlendirme Yönetmeliği md. 27:

“Evlenme, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde, en az iki tanıkla birlikte ve bizzat tarafların huzuru ile alenî olarak yapılır.

...

Evlendirme memuru önceden tespit edilen yer ve zamanda tarafların ve şahitlerin önünde kadın ve erkekten her birine ayrı ayrı olmak üzere birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Her birinin müsbet cevap vermesi ve bu cevapların iki şahit tarafından da duyulduğunun doğrulanması üzerine, evlenmenin kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu yüksek sesle açıkladıktan sonra evlenme kütüğünü taraflara ve şahitlere imza ettirir ve kendisi de tarih ve saat koyarak imzalar.

... ”.

“Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.”

Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere, evlenme tarafların iradelerini açıkladıkları anda tamamlanır, memur ancak evlenmenin tarafların açıklaması ile yapılmış olduğunu açıklar. Dolayısıyla memurun beyanı kurucu değil açıklayıcı niteliktedir²⁴³. Başka bir ifade ile tarafların evlilik statüsüne girmesi resmî makamın kamu erkini kullanılmasını gerektirmemektedir. Bunun doğal sonucu olarak da evlenme, bir şart-tasarruf değil sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Evlenmenin ilk ve tabii şartı, evlenecek olanların ayrı cinsiyetten olmalarıdır. Nişanlanmadan farklı olarak, evlenme ehliyetine ilişkin Kanun’da düzenleme yapılmıştır. Erkek veya kadın ancak on yedi yaşını doldurunca evlenebilir. Ancak istisnaî olarak da belirli şartların gerçekleşmesi halinde on altı yaşın doldurulması ile de hâkim tarafından evliliğe izin verilebilir²⁴⁴.

Evlenme ehliyetine ilişkin olarak Kanun’da yer alan bir diğer düzenleme ise ayırt etme gücüne ilişkindir. Türk Medeni Kanunu’nun 125. maddesine göre;

“Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez.”

Ergin, ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı olmayanlar tam evlenme ehliyetine sahipken, ayırt etme gücünden yoksun olanlar, evlenmeye tam ehliyetsizdir. On yedi yaşını doldurmuş olanlar ve ergin olup da kısıtlı olduğu için velayet ya da vesayet altında olanlar ise evlenme yönünden sınırlı ehliyetsizdir²⁴⁵.

2.2.2.2. Evliliğin Sona Ermesi ve Gaipliğin Evlilik Üzerindeki Etkisi

Geçerli olarak kurulmuş olan bir evlilik, eşlerden birinin ölümü²⁴⁶, cinsiyet değiştirmesi²⁴⁷, eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması²⁴⁸ ile

²⁴³ Yargıtay’da memurun beyanının kurucu nitelikte olmadığı kanaatindedir. Nitekim bu konuya ilişkin bir İçtihadî Birleştirme Kararı’nda “ memurun... evlenmenin yasaca akdedilmiş olduğunu söylemesi bile evlenme akdinin meydana gelmesi için esaslı unsur olmadığı gibi...” ifadesini kullanmıştır. İBK, 14.6.1965, 3/3, RG 15. 7. 1965, Sayı: 12049.

²⁴⁴ Dural, vd., *Aile*, 47-49.

²⁴⁵ Dural, vd., *Aile*, 51-55.

²⁴⁶ Bkz. Yukarıda 1.4.1.2. Gaiplik İle Ölüm Arasındaki Farklılıklar.

kendiliğinden sona erebileceği gibi, gaiplik kararı alınması üzerine diğer eşin evliliği feshettirmesi, tarafların boşanması ve evliliğin butlanı dolayısıyla iptal kararı verilmesi durumlarında olduğu gibi mahkeme kararı ile de sona erebilir²⁴⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 131/1. maddesine göre;

“Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez.”

Hükümden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, gaipliği evliliği kendiliğinden sona erdiren bir sebep olarak kabul etmemiştir. Zira gaibin ölmüş olduğu kesin değildir, bu konuya ilişkin olarak sadece bir adi karine geçerlidir. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu, gaibin sağ olma ihtimali olduğundan, evliliği devam ettirmede gaibin eşinin bir yarar görebileceğini de göz önünde bulundurarak, evliliğe son verip vermeme hususunda karar verme hakkını gaibin eşine vermeyi uygun bulmuş ve bu konuda özel bir düzenleme yapmıştır²⁵⁰.

Eski Medeni Kanun, gaiplik kararının verilmesi durumunda gaibin eşine, evliliğin sona erdirilebilmesi için, ya gaiplik davası ile birlikte ya da gaiplik kararından sonra ayrıca açacağı bir dava ile evliliği feshettirme imkânı tanımıştı. Her iki hâlde de mevcut evlilik ancak mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi ile ortadan kalkmış olacaktı²⁵¹. Eski Medeni Kanun'un 94. maddesi şu şekilde idi;

“...

Gaibin karı veya kocası evliliğin feshini gaiplik davası ile birlikte talep edebileceği gibi ayrıca da dava edebilir.”

Ancak Eski Medeni Kanun'un 94. maddesi 12.05.1988 gün ve 19812 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 3444 sayılı Yasa ile şu şekilde değiştirilmiştir:

“Gaipliğine hükmolunan kimsenin kocası veya karısı evlilik feshedilmedikçe evlenemez.

²⁴⁷ Eşlerden birinin evlendikten sonra cinsiyet değiştirmesi durumunda evlilik birliği sona erer. Zira aynı cinsten kişiler arasında yapılmış olan evlenme yoklukla sakattır

²⁴⁸ Bkz. Yukarıda, 1.4.2. Gaiplik İle Ölüm Karinesi Arasındaki İlişki.

²⁴⁹ Dural, vd., *Aile*, 102; Öztan (2015), 569.

²⁵⁰ Akipek, vd., 261.

²⁵¹ Akipek, vd., 261.

Gaibin karı veya kocası ya gaiplik davası ile birlikte 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 hâsıl eder.

Evliliğin feshinin gaiplik davası ile birlikte talep edilmesi halinde boşanma hakkındaki usul burada dahi caridir.”

Yapılan bu değişiklik doktrinde büyük ölçüde eleştirilere uğramıştır²⁵². Söz konusu değişiklik ile, hâkim tarafından evliliğin feshine karar verilerek evlilik birliğinin ortadan kaldırılabilmesi esası korunmuştur²⁵³. Ancak bunun yanı sıra iki önemli değişiklik getirilmiştir. Öncelikle gaiplik davasından ayrı bir dava ile evliliğin feshini isteme imkânı ortadan kaldırıldığından, evliliğini feshettirmek isteyen gaibin eşinin, bunu muhakkak gaiplik davası ile ileri sürmesi zorunluluğu doğmuştur. İkinci olarak da gaibin eşine evliliğini mahkeme dışı bir yol ile sona erdirmeye imkânı tanınmıştır²⁵⁴.

Eski Medeni Kanun döneminde yapılmış olan bu düzenleme Medeni Kanun'un sistemi ile bağdaşmayan bir düzenlemedir²⁵⁵. Zira bu düzenleme ile gaibin eşi, gaiplik kararının verilmiş ve nüfusa da tescil edilmiş olması kaydıyla, hâkim kararına gerek olmaksızın, doğrudan nüfus idaresine başvurmak suretiyle evliliğini feshettirebilecektir. Başka bir ifadeyle evliliğin sona ermesini sağlayan bir mahkeme kararı olmamasına rağmen, nüfus memuruna evliliğin feshini tescil yetkisi verilmişti. Oysaki Medeni Kanun'un sistemi, evliliğin sona ermesinin ancak ölüm veya mahkeme kararı ile mümkün olabileceği doğrultusunda idi. Ayrıca söz konusu düzenleme, hâkimin

²⁵² Bu düzenlemenin Eski Medeni Kanun'daki evliliğin sona ermesi sistemine aykırı olduğu ve amacının da anlaşılmadığı yönünde bkz. Arpacı, 191; Dural, 34; Hatemi, 115-116; Zevkliler, vd., 584.

Hatemi'ye göre; Eski Medeni Kanun'un 94. maddesinde yapılan değişiklik ile, evliliğin feshedildiğinin nüfus kaydına geçirilebilmesi için hakim hükmü aranmadığına göre, evliliğin feshinin, gaiplik kararının kesinleşmesi ile birlikte gerçekleştiğini varsaymak gerekir. Zira aksi takdirde mahkemeden karar almak gerekliydi. Yazara göre, madde bu haliyle mantıksız bir duruma girmiştir. Fesih kararı gerekli ise, fesih kararı olmaksızın Nüfus İdaresi'nden tescil istenmesinin bir anlamı yoktur. Böylesi önemli bir konuda belirsizliğe yol açmak yerine Kanun'un 94. maddesi tamamen değiştirilmeli ve “ Gaiplik kararının kesinleşmesi ile, gaibin evliliği de sona ermiş sayılır.” denmeli idi. Yazara göre, söz konusu Kanun'un yürürlükte olduğu o dönem için madde bu şekilde yorumlanmalıdır. Hatemi 115-116, Aynı görüş için bkz. Arpacı 191.

Dural'a göre, Medeni Kanun'un evliliğin sona ermesine yönelik sistemine aykırı olan bu düzenlemeye hangi amaçla kanunda yer verildiğini anlamak mümkün değildir. Kaldı ki bu konuda Hükümetin sunduğu tasarı ile de sonuca varılamamaktaydı. Zira gerekçede, gaiplik kararı verilmesi halinde, evliliğin sona ermesi için dava açma zorunluluğunun kaldırıldığı belirtilmiş ancak bunun hangi amaçla yapıldığı açıklanmamıştır. Bu konuda hükmü aynen kabul eden Adalet Komisyonu raporunda da bir açıklık yoktur. Dural, 34.

²⁵³ Zevkliler, vd., 584.

²⁵⁴ Dural, 33.

²⁵⁵ Dural, 33; Zevkliler, vd., 584; Akıntürk ve Ateş, 198.

yetkisinin idari makamlara verilmesi şeklinde tezahür eden, yönetimin yargıya ait yetkiyi kullanması anlamını da taşımaktaydı²⁵⁶. Belirtilmesi gereken bir diğer husus da yapılmış olan düzenlemenin Eski Medeni Kanun'un 38. maddesine de aykırı olduğudur²⁵⁷. Eski Medeni Kanun'un 38. maddesi şu şekildedir²⁵⁸;

“Hâkimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez.”

Ayrıca, söz konusu değişiklikten dolayı Eski Medeni Kanun'un 94/3. maddesinde düzenlenmiş olan *“Evliliğin feshinin gaiplik davası ile birlikte talep edilmesi halinde boşanma hakkındaki usul burada dahi caridir.”* hükmünün de hiçbir anlamı ve uygulanabilirliği kalmamıştı. Zira bu hüküm, ancak değişiklikten önceki düzenleme de olduğu gibi gaiplik davasından ayrı olarak evliliğin feshinin talep edilebildiği hallerde bir anlam taşıyabilirdi. Bunun yanı sıra söz konusu düzenleme ile, gaibin eşine, fesih davası açmasına gerek olmaksızın, gaiplik kararını nüfus kütüğüne tescil ettirdikten sonra, evliliğin feshini nüfus idaresinden isteyebilme imkânının tanınmış olması, aslında pratikte evliliğin feshini dava edebilme imkânının korunmuş olmasının hiçbir öneminin kalmaması sonucunu doğuruyordu²⁵⁹.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu doktrinde fazlaca eleştirilen bu hükmü haklı olarak benimsememiş, 131/2. maddesini, eski Kanun'un 94. maddesinin değişiklikten önceki hâline benzer biçimde kaleme almıştır²⁶⁰;

*“Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir.”*²⁶¹

Söz konusu hükmün gerekçesi de şu şekildedir:

“...3444 sayılı Kanunla yürürlükteki 94 üncü maddeye evliliğin sona erdirilmesi hususunda getirilen yeni bir sebep “gaiplik kararını alan eşin bunu kendi istediği zamanda götürüp nüfus idaresine vermesi” dir. Bu yöntem Medeni Kanunumuzun

²⁵⁶ Akıntürk, 198.

²⁵⁷ Zevkliler, vd., 584.

²⁵⁸ Maddenin Yeni Türk Medeni Kanunu'ndaki karşılığı şu şekildedir;

Md. 39: *“ Mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz.”*

²⁵⁹ Dural,34.

²⁶⁰ Akipek, vd., 262.

²⁶¹ İsviçre'de ZGB Art 38'e 2000 yılında yürürlüğe giren bir üçüncü fıkra eklenerek gaiplik kararı ile birlikte evlenmenin de çözüleceği hükmü getirilmiştir. Artık İsviçre'de gaiplik hâlinde gaiplik kararının alınması dışında evlenmenin sona ermiş sayılması için ayrıca bir de evlenmenin feshi davasının açılmasına gerek yoktur. Bkz. Dural, vd., Aile, 58; Helvacı, 38; Arpacı, 192; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (6. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, 426.

sistemine yabancıdır. Zira Medeni Kanunumuza göre evlilik ya kendiliğinden sona erer (ölüm); ya da mahkeme kararıyla sona erdirilir (boşanma, iptal, evliliğin feshi). Bu sebeple 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin isabetli olmadığı oyçokluğuyla kabul edilmiş, madde yeniden kaleme alınmıştır.”²⁶²

Böylece, yapılan bu düzenleme ile hakkında gaiplik kararı verilen kişi eğer evli ise, söz konusu kararın evliliği kendiliğinden sona erdirmeyeceği, ancak gaibin eşinin, gaiplik kararı ile birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile evliliğin feshine karar verilmesini isteyebileceği esası kabul edilmiştir²⁶³.

Türk Medeni Kanunu’nun 131/III. maddesine göre;

“Ayrı bir dava ile evliliğin feshi, davacının yerleşim yeri mahkemesinden istenir.”

Mevcut düzenlemeden de anlaşılabacağı üzere, eğer evliliğin feshi, gaiplik kararı ile birlikte isteniyorsa, yetkili mahkeme, Türk Medeni Kanunu’nun 32/II. maddesinde belirtilenlerdir²⁶⁴. Ancak gaiplik kararından sonra ayrı bir dava ile evliliğin feshi istenir ise yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri mahkemesidir. Görevli mahkeme ise, evliliğin feshinin gaiplik kararı ile birlikte istenmesi halinde, yukarıda ayrıntılı olarak incelendiği üzere sulh hukuk mahkemesi, ayrı bir dava ile istenmesi halinde ise aile mahkemesidir²⁶⁵.

Evliliğin feshi kararı ile evlilik birliği sona erer²⁶⁶. Gaibin sonradan çıkıp gelmesi hâlinde feshedilmiş olan eski evlilik, kendiliğinden geçerlilik kazanmaz. Evlilik birliğini devam ettirmek isteyen tarafların yeniden evlenmesi gerekir²⁶⁷.

Gaibin eşi, gaiplik kararı ile birlikte ya da ayrıca açtığı bir dava ile evliliği feshettirdikten sonra bir başkası ile evlenmiş ise, bu evlilik gaip geri gelse dahi geçerliliğini sürdürür. Zira gaibin ortaya çıkması, yeni evliliğin geçersizlik sebebi

²⁶² Bilge Öztan, *Türk Medeni Kanunu ve İlgili Mevzuat* (4.Bası), 2003, 135.

²⁶³ Kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda, evliliğin kendiliğinden sona ermeyip, diğer eşin isteğine bağlı kalınarak, gaiplik kararıyla birlikte ya da ayrı bir dava ile feshin istenmesinin aranmasının sebebi, hakkında gaiplik kararı verilen kişinin eşine, gaibin ortaya çıkma olasılığı karşısında, gaibe bağlı kalma ya da bu bağı çözme hususunda bir tercih hakkı tanımaktır. Zira eşine ait mali imkânlardan yararlanmak amacıyla gaiplik kararı almış olan eş, eşinin ortaya çıkmasını beklemeyi isteyebilir. Bu durumda hayatta olan eşin, hakkında gaiplik kararı verilmiş olan eşi, mutlaka ölmüş gibi davranması zorunlu görülmemiştir, Oğuzman, vd. 36.

²⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. 1.6.2. Gaiplik Kararı Vermeye Yetkili Mahkeme.

²⁶⁵ Yıldırım, 72.

²⁶⁶ Oğuzman, vd., 35.

²⁶⁷ Oğuzman, vd., 35; Akipek, vd., 262; M. Ayan, N. Ayan, 172.

değildir²⁶⁸. Ancak eğer gaibin eşi, gaip ile olan evliliğini feshettirmeden evlenir ise, yapmış olduğu evlilik, Türk Medeni Kanunu'nun 145/b.1²⁶⁹ hükmü gereğince, çift evlilik sebebiyle mutlak butlan²⁷⁰ ile sakat olur²⁷¹.

Gaiplik davası ile birlikte ya da ayrıca açılacak bir dava ile evliliğin feshi istenmemiş ise, evlilik birliği devam eder²⁷². Ancak evlilik birliği devam etmesine rağmen eş, ilerleyen konularda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, gaibe mirasçı olur. Evliliğin feshettirilmediği bu durumda gaip ortaya çıkar ise, yeni bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın, eşler evli olarak yaşamaya devam eder²⁷³.

2.2.3. Gaipliğin Velayet ve Vesayet Üzerindeki Etkisi

2.2.3.1. Gaipliğin Velayet Üzerindeki Etkisi

2.2.3.1.1. Genel Olarak

Velayet, ana babanın, kural olarak küçüklerin, istisnaî hallerde kısıtlıların bakım ve korunmalarının sağlanması için, onların şahısları ve malları üzerinde sahip oldukları görev, yetki ve hakların tamamıdır²⁷⁴. Bu tanım ışığında velayet, çocukların menfaatlerini korumak gayesine hizmet eden bir kurum olarak değerlendirilmelidir²⁷⁵. Velayet kurumu, Türk Medeni Kanunu'nun 335-351. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

²⁶⁸ Oğuzman, vd., 35; Helvacı, 38.

²⁶⁹ Türk Medeni Kanunu'nun 145. maddesi şu şekildedir;

“Aşağıdaki hâllerde evlenme mutlak butlanla batıldır:

1. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması,

...”

²⁷⁰ Evlenmenin mutlak butlanı, kurulmuş olan bir evliliğin, Kanunda sayılan sebeplerden birinin bulunmasından dolayı hâkim kararıyla iptal edilmesidir. Kanunda sayılan mutlak butlan sebepleri, eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması, eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması, eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, vd., Aile, 80 vd.

²⁷¹ Dural ve Ögüz, 35; M. Ayan, N. Ayan, 172.

²⁷² Helvacı, 38.

²⁷³ Oğuzman, vd., 36.

²⁷⁴ Oğuzman, Dural, 272; Feyzioğlu, 503-504; Tekinay, Aile, 483; Hayrunnisa Özdemir, Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (1. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2012, 755.

²⁷⁵ Akıntürk ve Ateş, 407.

Mutlak bir hak olan velayet hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir hak niteliğindedir²⁷⁶. Bundan dolayı başkasına devredilmesi, ölüm halinde mirasçılara geçmesi, bir hukuki işlemle sınırlandırılması mümkün olmadığı gibi bu haktan feragat edilmesi de mümkün değildir²⁷⁷.

Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesine göre;

“Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz.

Hâkim vasi atanmasına gerek görmedikçe, kısıtlanan ergin çocuklar da ana ve babanın velayeti altında kalırlar.”

Aralarında soybağının bulunmasına bağlı ana babaya ait bir hak olarak velayet hakkı, ancak çocuklar üzerinde söz konusu olur²⁷⁸. Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kural olarak ergin olmayan çocuklar, istisnâ olarak da ergin çocuklar velayet altında bulunur²⁷⁹. Çocuk üzerinde ana baba ile evlat edinenden başka hiç kimse velayet hakkına sahip değildir. Kanun'da açıkça belirtilmemiş olsa da, 337/II. maddesindeki düzenlemeden varılabilecek bir sonuç olarak, ana babanın velayet hakkına sahip olabilmesi için, yalnızca soybağının mevcut olması yeterli olmayıp, aynı zamanda, ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve haklarında kısıtlılık kararının bulunmuyor olması gerekmektedir²⁸⁰.

Çocuğun ana babası, çocuğun doğumu anında evli ise, doğumla birlikte çocuk üzerinde ana babanın velayet hakkı doğrudan doğruya kanundan doğar²⁸¹. Evlilik devam ettiği sürece kural olarak, ana baba velayeti birlikte kullanır (TMK md.336/I). Evlilik devam etmekle beraber, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinin gerçekleşmesi söz konusu olur ise, velayet hakkı hâkim tarafından eşlerden birine verilir (TMK md. 336/II). Çocuğun ana babası doğum anında evli değil ise, velayet anaya ait olur (TMK md.337).

²⁷⁶ Özdemir, Ruhi, 756.

²⁷⁷ Öztan, 1078; Dural, vd., Aile, 343.

²⁷⁸ Öztan (2015), 1074.

²⁷⁹ Dural, vd., Aile, 342.

Ergin olan çocuk kısıtlanır ise kural olarak hâkim, ana babanın çocuk üzerindeki velâyet hakkının devamına karar verir. Eğer hâkim gerekli görür ise kısıtlanan ergin çocuğa vasi atanarak vesayet altına konulmasına da karar verebilir. Bkz. Akıntürk ve Ateş, 409.

²⁸⁰ Öztan (2015), 1074; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması* (2. Baskı), Pegem Akademi, Ankara 2012, 222.

²⁸¹ Akıntürk ve Ateş, 407.

2.2.3.1.2. Velayetin Sona Ermesi ve Gaiplik Kararının Velayet Hakkı Üzerindeki Etkisi

Kural olarak velayet hakkı, çocuğun ergin olduğu tarihe kadar devam eder. Ancak çocuğun ergin olmasından önce de Kanun'da düzenlenmiş bulunan bazı durumlarda velayet hakkı sona erebilir²⁸².

Velayet, hâkim hükmü ile sona erebileceği gibi, kanundan dolayı da sona erebilir²⁸³.

Hâkim hükmü ile velayet hakkının sona ermesi, boşanma veya evliliğin butlanı halinde söz konusu olabileceği gibi evlilik birliği devam ederken velayetin kaldırılması ile de olabilir.

Velayet, boşanma ya da evliliğin butlanı durumunda, eşlerden biri veya şartları mevcut ise, her ikisi yönünden de sona erer²⁸⁴(TMK md. 336/III). Evlilik birliği devam ederken Kanun'da belirtilen sebeplerden birinin gerçekleşmesi durumunda, velayet, ana veya baba ya da her ikisi için de mahkeme kararı ile kaldırılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun velayetin kaldırılmasını düzenleyen 348. maddesine göre;

“Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hâkim aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir:

1. *Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi,*
2. *Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi ve ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması.*

Velayet ana ve babanın her ikisinden kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanır.

Kararda aksi belirtilmedikçe, velâyetin kaldırılması mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar.”

Ayrıca ana babanın bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olması durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 407/I. maddesi gereğince,

²⁸² Dural, vd., 343; Akıntürk ve Ateş, 409.

²⁸³ Öztan (2015), 1094.

²⁸⁴ Öztan (2015), 1096.

kendilerine vasi tayin edilir. Bu durum, ana babanın çocuk üzerindeki velayetinin, hâkimin takdir yetkisi söz konusu olmaksızın, kaldırılmasına yol açar²⁸⁵.

Velayet, ana babanın ölümü, kısıtlılık altındaki bir çocuğa vasi tayini, çocuğun ölümü, çocuğun ergin olması, çocuğun üçüncü bir kişi tarafından evlat edinilmesi, soybağının reddi veya evlatlık ilişkisinin sona ermesi durumlarında kanundan dolayı sona erer²⁸⁶.

Ana veya baba hakkında gaiplik kararının verilmesinin velayet üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağına ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda bir düzenleme mevcut olmadığından velayete ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulacaktır. Ana babadan biri hakkında gaiplik kararı verilmesi hâlinde, bu durumun pek çok hususta ölüme eş değer sonuçlar doğurduğunu belirtmiştik. Ana babadan birinin ölümü hâlinde velayet, ölen eş açısından sona erer ve Türk Medeni Kanunu'nun 336/III. maddesi gereğince sağ kalan eşe ait olur. Bu kapsamda hakkında gaiplik kararı verilen eş açısından da gaiplik kararının verilmesi ile velayet hakkı sona erer ve hayatta kalan eş, kanundan dolayı velayet hakkına sahip olur²⁸⁷. Ancak çocuk evlilik dışında doğmuş ise, velayet hakkı kendinde olan tarafın gaipliğine karar verilmesi durumunda, velayet hakkı kendiliğinden hayatta olan tarafa geçmez. Bu durumda, hâkim velayet hakkını sağ kalan tarafa verebileceği gibi, çocuğa vasi tayin edilmesine de karar verebilir²⁸⁸

Son olarak şu husus da belirtilmelidir: Gaiplik kararının verilmesinden önceki aşamada, diğer bir ifadeyle, durumu bilinmeyen kişiden alınan son haberden veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği andan gaiplik kararının verildiği ana kadar geçen süreçte, söz konusu kişinin sağ mı yoksa ölü mü olduğu bilinmediğinden gerek bu kişinin gerek üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini korumak adına gerekli geçici önlemler alınabileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu aşamada durumu bilinmeyen kişinin velayeti altında bulunan çocukların korunması düşüncesiyle, hâkim bir vasi atayarak çocukları vasinin gözetimine bırakmış olabilir. Bu şekilde geçici olarak alınmış olan bu tedbirler,

²⁸⁵ Öztan (2015), 1103.

²⁸⁶ Öztan (2015), 1094.

²⁸⁷ Zevkliler, vd., 585; Ayan, 172; Öztan (2015), 1091.

²⁸⁸ Öztan (2015), 1095; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (1. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, 269-270; Akyüz, 234-235.

gaiplik kararının verilmesiyle kesinlik kazanabileceği gibi hâkim tarafından yeni önlemler de alınabilir²⁸⁹.

2.2.3.2. Gaipliğin Vesayet Üzerindeki Etkisi

2.2.3.2.1. Genel Olarak

Vesayet, velayet altında bulunmayan küçüklerin ve çeşitli sebepler ile kendilerini ve mallarını yönetmekten aciz durumda bulunan ergin kişilerin kendilerini ve mallarını korumaya ve onları temsil etmeye yönelik olan bir kurumdur²⁹⁰. Vesayet kurumu, Türk Medeni Kanunu'nun 369-494. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Sadece Kanun'da belirtilen sebep ve hâllerin varlığı durumunda mahkeme kararıyla kurulan bir kurum olan vesayet, kural olarak kısıtlanmış ergin kişilerin, istisnâ olarak da velayet altında bulunmayan küçüklerin korunmasına yöneliktir²⁹¹.

Bir koruma kurumu niteliğinde olan vesayetin kamu vesayeti ve özel vesayet olmak üzere iki türü vardır. Türk hukukunda aslanan kamu vesayetidir ve kamu vesayeti vesayet daireleri tarafından yürütülmektedir²⁹². Kamu vesayetinin resmî organları olan vesayet daireleri, vesayet makamı ve denetim makamıdır. Vesayet makamı sulh hukuk mahkemesi iken, denetim makamı asliye hukuk mahkemesidir²⁹³. Vesayet daireleri dışındaki vesayet organları vasi, kayyım ve yasal danışmandır²⁹⁴.

Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kendilerine özen göstermek, malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onları temsil etmek üzere vesayet makamı tarafından atanan bir vesayet organıdır. (TMK md. 403/I)

Kayyım, belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için vesayet makamı tarafından atanan bir vesayet organıdır. (TMK md. 403/II)

²⁸⁹ Akipek, vd., 260.

²⁹⁰ Akıntürk ve Ateş, 469.

²⁹¹ Akıntürk ve Ateş, 470.

²⁹² Türk Medeni Kanunu'nun 397/I. maddesine göre;

“Kamu vesayeti, vesayet makamı ve denetim makamından oluşan vesayet daireleri tarafından yürütülür.”

²⁹³ Akıntürk ve Ateş, 473.

²⁹⁴ Kanun'da yasal danışmana yer verilmemiş olmasına rağmen, TMK md. 431/I hükmü, yasal danışmanlık hakkında da vasi atanması usulüne ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanacağı belirtildiğinden yasal danışmanı da vesayet organlarından birisi olarak kabul etmek gerekir. , Akıntürk , Ateş, 475.

Yasal danışman, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye Kanun'da belirtilen işlerde görüşü alınmak üzere atanan kişidir. (TMK md. 429)

Türk hukukunda aslolan kamu vesayeti olmakla birlikte, Kanun'da istisnaî olarak aile vesayeti olarak da adlandırılan özel vesayete de yer verilmiştir²⁹⁵. Türk Medeni Kanunu'nun 398. maddesine göre;

“Vesayet altındaki kişinin menfaatinin haklı gösterdiği, özellikle bir işletmenin, bir ortaklığın veya benzeri işlerin sürdürülmesi gerektiği takdirde vesayet, istisnaî olarak bir aileye verilebilir.

Bu durumda vesayet makamının yetki, görev ve sorumluluğu kurulacak aile meclisine geçer.”

Özel vesayette kamu vesayetinden farklı olarak, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin yerini aile meclisi almaktadır. Bunun dışında denetim makamı, vasi ve kayyım özel vesayette de mevcudiyetini korumaktadır²⁹⁶.

Vesayeti gerektiren sebepler, küçüklük ve kısıtlamadır²⁹⁷.

Kural ergin olmayan çocukların anne babanın velayeti altında olması ise de, Türk Medeni Kanunu'nun 404/I. maddesi gereğince velayet altında bulunmayan her küçük vesayet altına alınır.

Kısıtlama, ergin olan ve velayet altında olmayan bir kişinin fiil ehliyetinin, kanunda belirtilen sebeplerden biri dolayısıyla, doğrudan ve öncelikli olarak kendisinin ve dolaylı olarak da başkalarının hukuksal koruma ihtiyacıyla mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır²⁹⁸. Kanunda belirtilen kısıtlama sebepleri, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olmadır. Ayrıca kişi, yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat ederek kendi isteğiyle de kısıtlanabilir²⁹⁹.

²⁹⁵ Akıntürk ve Ateş, 475; Dural, vd., Aile, 395.

²⁹⁶ Akıntürk ve Ateş, 476.

²⁹⁷ Dural, vd., Aile, 397; Akıntürk ve Ateş, 479-481; Öztan (2015), 1272.

²⁹⁸ Dural, vd., Aile, 397.

²⁹⁹ Dural, vd., Aile, 398-401; Akıntürk ve Ateş, 482-486.

2.2.3.2.2. Vesayetın Sona Ermesi ve Gaıplık Kararının Vesayet Üzerindeki Etkisi

Vesayet, kendiliğinden sona erebileceğı gibi mahkeme kararıyla da sona erebilir.

Kişinin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı veya kötü yönetim gibi sebeplerden biriyle kısıtlandığı durumlarda, söz konusu sebepler ortadan kalksa dahi, vesayet kendiliğinden sona ermez. Zira bu durumda vesayetın sona erebilmesi ve doğal olarak kişinin vesayet altından çıkabilmesi, yetkili vesayet makamının kararını gerektirmektedir³⁰⁰.

Bunun yanı sıra vesayetın herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erdiği hâller de mevcuttur. Velayet altında bulunmadığından dolayı vesayet altına konulmak suretiyle korunan küçükler üzerindeki vesayet ergin oldukları anda kendiliğinden sona erer. Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olmaları sebebiyle kısıtlanmış olan kişiler üzerindeki vesayet, hapis cezası sona erdiği anda kendiliğinden kalkar³⁰¹.

Kanunda açıkça öngörülme de kişinin ölmesi ya da hakkında ölüm karinesinin uygulanması durumunda, söz konusu kişi hakkındaki vesayet, kendiliğinden sona erer³⁰².

Vesayet altındaki kişi hakkında gaıplık kararı verilmesi durumunda bu kararın vesayet üzerindeki etkisinin ne olacağına ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda bir düzenleme mevcut olmamakla beraber, kişi hakkında gaıplık kararı verilmesiyle ilerleyen konularda inceleneceğı üzere, kişinin mirası açılacak ve miras güvence göstermeleri şartıyla mirasçılara geçeceğinden, vesayetın, kişinin kişiliğı ve mallarını korumaya yönelik olan amacı da sona erecektir³⁰³. Bu nedenle hakkında gaıplık kararı verilen kişi üzerindeki vesayet, gaıplık kararı ile birlikte ileriye etkili olarak sona erer³⁰⁴.

Vesayet altındaki kişinin gaıpliğine karar verilmesi durumunu inceledikten sonra değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da vasiinin gaıpliğine karar verilmesi hâlidir. Vesayetın sona ermesi ile birlikte vasilik görevi de sona erer. Ancak bazı hallerde

³⁰⁰ Akıntürk ve Ateş, 543.

³⁰¹ Akıntürk ve Ateş, 542.

³⁰² Dural, vd., 428.

³⁰³ Zevkliler, vd., 585.

³⁰⁴ Dural, vd., Aile, 428; M. Ayan, N. Ayan, 172; Akıntürk ve Ateş, 542.

vesayet devam etmesine rağmen, vasilik sıfatı sona erebilir³⁰⁵. Vasilik sıfatı, vasinin fiil ehliyetini yitirmesi, vasilik süresinin dolması, vasinin görevinden çekilmesi, vasinin görevden alınması sebepleriyle sona erebileceği gibi vasinin ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ile de sona erebilir³⁰⁶.

Vasinin gaipliğine karar verilmesi durumunda, yerine yeni bir vasi atanabileceğinden vesayet devam eder ancak vasilik sıfatı kendiliğinden sona erer³⁰⁷. Bunun yanı sıra vasinin gaipliğine karar verilmesini gerektiren bir tehlike içerisinde kaybolması ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması halinde, söz konusu kişinin, vasilik görevinden alınması Türk Medeni Kanunu'nun vasinin görevden alınma sebeplerine ilişkin olarak düzenlenmiş bulunan 483/II hükmü gereğince zorunluluk olarak ortaya çıkar³⁰⁸. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 483/II. maddesine göre;

“Vasinin görevini yapmakta yetersizliği sebebiyle vesayet altındaki kişinin menfaatleri tehlikeye düşerse, vesayet makamı kusuru olmasa bile vasiyi görevden alabilir.”

Özetle; hakkında gaiplik kararı verilen kişi eğer vesayet altında ise, vesayet kendiliğinden sona ereceği gibi, söz konusu kişinin vasi olması durumunda da vasilik sıfatı kendiliğinden sona erecektir.

2.2.4. Gaipliğin Babalık Karinesi Üzerindeki Etkisi

Çocuk ile ana ve babası arasında, doğal ve yapay olarak oluşan hukuki bağlantıya soybağı adı verilir³⁰⁹. Türk Medeni Kanunu'na göre, çocuk ile ana ve baba arasındaki soybağı, kan bağına dayanarak doğal olarak oluşabileceği gibi, evlat edinme ilişkisinin kurulması suretiyle yapay olarak da meydana gelebilir³¹⁰.

Çocuk ile ana arasında kan bağına dayanan soybağı, çocuğun soybağı kurulacak kadın tarafından doğrulduğunun tespit edilmesi ile doğum anında kurulmuş olur³¹¹. Zira

³⁰⁵ Dural, vd., Aile, 430; Akıntürk ve Ateş, 545.

³⁰⁶ Akıntürk ve Ateş, 545-546.

³⁰⁷ M. Ayan, N. Ayan, 172; Dural, vd., Aile, 430.

³⁰⁸ Dural, vd., Aile, 430.

³⁰⁹ Akıntürk ve Ateş, 327.

³¹⁰ Dural, vd., Aile, 252.

³¹¹ Dural, vd., Aile, 254.

çocuğu doğuran kadının ana olduğu kesin karine olarak kabul edilmektedir³¹². Türk Medeni Kanunu’nun 282/I. maddesine göre;

“Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.”

Çocuk ile ana arasındaki soybağı, doğum anında kurulmasına rağmen baba ile çocuk arasındaki soybağı, çocuk doğduğu anda kurulabileceği gibi doğduktan sonraki bir zamanda da kurulabilir³¹³. Türk Medeni Kanunu’nun 282/II. maddesine göre;

“Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik³¹⁴, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur.”

Türk Medeni Kanunu, çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak, 285. maddesinin kenar başlığında da belirtildiği gibi “*babalık karinesi*” olarak adlandırılan bir karine kabul etmektedir³¹⁵. Babalık karinesi, kesin karine niteliğinde olmayıp adi bir karinedir. Dolayısıyla aksi iddia ve ispat edilebilir³¹⁶. Türk Medeni Kanunu’nun babalık karinesini 285/I. maddesine göre;

“Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocasıdır.”

Babalık karinesinin geçerli olabilmesi, çocuğun evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğması başka bir ifadeyle evlilik içinde ana rahmine düşmüş olması gerekmektedir. Ancak bu durumda çocuk ile söz konusu evlilikteki koca arasında soybağı kurulacak ve koca, çocuğun babası sayılacaktır.

Evlilik devam ederken doğan çocuk ile baba arasında soybağı, doğum anında kurulmuş olur. Çocuğun evlilik içinde doğmuş sayılabilmesi için, evliliğin gerçekleşmesinden sonra asgarî bir sürenin geçmiş olması aranmadığından, evliliğin kurulmasından hemen sonra doğmuş olması dahi yeterlidir. Ayrıca evliliğin mutlak veya nisbi butlan ile sakat olması dahi, ana ve babanın iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın, evliliğin butlanı kararı kesinleşinceye kadar doğan çocuklar açısından

³¹² Akıntürk ve Ateş, 328.

³¹³ Akıntürk ve Ateş, 328.

³¹⁴ Gerekçede belirtildiği üzere, ana ile evlilik kavramı, hem çocuğun doğduğu sırada mevcut evliliği hem de çocuk doğduktan sonra yapılan evliliği ifade etmektedir, Yıldırım, 125.

³¹⁵ Dural, vd., Aile, 254-255.

³¹⁶ Akıntürk ve Ateş, 328.

babalık karinesinin uygulanmasına engel olmaz. Başka bir deyişle butlan kararı kesinleşinceye kadar doğan çocuklar, evlilik içinde doğan çocuk statüsüne sahip olurlar³¹⁷.

Türk Medeni Kanunu'na göre, babalık karinesinin uygulandığı bir diğer hâl, çocuğun evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içerisinde doğmuş başka bir ifade ile evlilik devam ederken ana rahmine düşmüş olması hâlidir. Azamî gebelik süresi üçyüz gün olduğundan dolayı, babalık karinesinin işleyebilmesi için evliliğin sona ermesinden itibaren azamî üçyüz gün öngörülmüştür. Evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün geçtikten sonra doğan çocuk, kural olarak babalık karinesinden faydalanamaz³¹⁸.

Evliliğin boşanma veya butlan kararı ile sona ermesi durumunda, kanunda öngörülmüş olan üçyüz günlük süre kararın kesinleştiği günü izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Evliliğin kocanın ölümü ile sona ermesi durumunda süre, ölüm tarihini izleyen günden itibaren işlemeye başlar³¹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 285/III. maddesine göre;

*“Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren işlemeye başlar.”*³²⁰

Gaiplik kararı geçmişe etkili olduğundan dolayı, hukuki sonuçlarını kararın verildiği andan itibaren değil, kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleştiği başka bir ifade ile kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolduğu veya ondan son haberin alındığı günden itibaren doğurmaya başlar³²¹. Dolayısıyla kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde, babalık karinesinin uygulanabileceği üçyüz günlük süre, kanun

³¹⁷ Dural, vd., Aile, 255; Akıntürk ve Ateş, 330.

³¹⁸ Dural, vd., Aile, 257; Akıntürk ve Ateş, 330.

³¹⁹ Oğuzman, Dural, 201; Akıntürk ve Ateş, 330; Dural Öğüz, Gümüş, Aile, 256.

³²⁰ Bu düzenleme 4721 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Eski Medeni Kanun'da bu konuya ilişkin olarak düzenleme yapılmadığından söz konusu Kanun döneminde bu husus tartışmalıydı. Bu konuya ilişkin olarak doktrinde iki farklı görüş mevcut idi. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, sahih nesep karinesinden yararlanabilmek için, eşlerin birlikte yaşamaya değil evlilik birliğinin devam ediyor olması arandığından, gaiplik durumu, fesih kararı verilinceye veya fesihten itibaren üçyüz gün geçinceye kadar doğan çocuklar sahih nesepli idi. Doktrinde yer alan diğer bir görüşe ise, Medeni Kanun'un 94. maddesi gereğince alınacak olan evliliğin feshi kararı evliliği sona erdirmeyip, eşin yeniden evlenebilmesi için gereklidir. Zira evlilik, gaiplik kararı sonuçlarını geçmişe etkili olarak doğurduğundan, ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma ya da son haber tarihinde sona ermektedir. Dolayısıyla çocuk, gaiplik kararının alınmış olması şartıyla, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da son haber alma tarihinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğmuş ise sahih neseplidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Dural, 198-200.

³²¹ Oğuzman, vd., 33.

koyucu tarafından da açıkça ifade edildiği üzere, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden itibaren işlemeye başlar.

Söz konusu bu düzenlemenin, gaibin eşinin Türk Medeni Kanunu'nun 131/II. maddesi uyarınca, gaiplik başvurusuyla ya da ayrıca açacağı bir dava ile evliliği feshettirmesi suretiyle evliliğin sona erdiği durumlarda uygulanacağı muhakkaktır. Ancak gaibin eşinin gaiplik kararına rağmen, evliliğin feshi kararı almadığı durumlarda, gaiplik kararından sonra gaibin eşinin doğuracağı çocuk ile gaip arasında soybağının kurulup kurulmayacağının değerlendirilmesi gerekir³²².

Gaiplik kararı, evlilik birliğini kendiliğinden sona erdirmedeğinden, evliliğin feshi kararının alınmadığı durumlarda, evlilik birliği devam etmektedir. Dolayısıyla kanunda düzenlenmiş olan, babalık karanesinin işleyebileceği üç yüz günlük sürenin işlemeye başlaması da söz konusu olmayacaktır. Zira çocuk ne zaman doğmuş olursa olsun evlilik birliği içerisinde doğmuş olacağından, çocuk ile gaip koca arasında babalık karanesinden dolayı soybağı kurulmuş olacaktır³²³. Ancak bu şekilde gaip koca ile çocuk arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak, ilgililer³²⁴ tarafından soybağının reddi davası³²⁵ açılabilir. Bu surette açılacak dava ile Türk Medeni Kanunu'nun 288/I. maddesi³²⁶ uyarınca babalık karanesi kolaylıkla çürütülebilecektir³²⁷.

³²² Dural, vd., Aile, 256.

³²³ Dural, vd., Aile, 256-25; Yıldırım, 125.

Hatemi'ye göre, Türk Medeni Kanunu'nun 258/III. maddesi evliliğin feshi kararı alınmamış olsa bile uygulanmalıdır. Bkz. Hatemi, Kalkan-Oğuztürk, 144.

³²⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 291/I. maddesine göre;

“Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi durumunda ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir.”

³²⁵ Soybağının reddi, soybağının reddi davasının açılması suretiyle babalık karanesinin çürütülmesini ve böylece çocuk ile baba arasındaki soybağının kaldırılmasıdır. Bu dava sonucunda çocuk ile baba arasındaki soybağının kaldırılması durumunda çocuk, baba yönünden soybağı bulunmayan çocuk statüsüne girecektir. Çocuk ile baba arasındaki soybağının ortadan kaldırılabilmesi için özel olarak bu dava türü düzenlendiğinden dolayı, başka bir yol ile çocuk ile baba arasındaki soybağının kaldırılması mümkün değildir. Soybağının reddi davası, ancak babalık karanesinden faydalanan çocukların soybağının kaldırılması için açılacak bir davadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, vd., Aile, 258-259.

³²⁶ Türk Medeni Kanunu'nun 288/I. maddesine göre;

“Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez.”

Hükümün gerekçesi şu şekildedir;

“...Ayrıca bu fıkra, yürürlükteki metinden farklı olarak, ayrılığa hükmedildikten sonra ana rahmine düşmüş olma değil, “ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüş” olma şeklinde daha geniş bir ifade kullanılmış ve böylece 1984 tarihli Öntasarının 226 ncı maddesinde olduğu gibi fiilî ayrılık da hükmün kapsamına alınmış, burada da davacı olarak “koca” yerine “davacı” terimi kullanılmıştır. Hükme göre,

2.3. GAİPLİK KARARININ MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN SONUÇLARI

2.3.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak ayrıntılı bir düzenleme yapılmadığına, sadece 35. maddesinde ölüme bağlı hakların, tıpkı gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağına ilişkin bir düzenleme yapıldığına önceki konularda değinmiştik. Ancak miras hukukunda bu konuya ilişkin olarak daha ayrıntılı hükümler bulmak mümkündür.

Gaiplik kararı ile birlikte gaibin şahsına bağlı hakları sona ererken, malvarlığı hakları, son haberin alındığı veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarihten itibaren kendiliğinden intikal etmiş sayılır³²⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda, son haberin alındığı ya da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği an ile gaiplik kararı alınıncaya kadar geçen süreçte, durumu bilinmeyen kişinin yaşadığına ya da öldüğüne dair bir karine yer almadığından, söz konusu kişi, bu süreçte mirasçı olamayacağı gibi mirasbırakan da olamayacaktır³²⁹. Bundan dolayı kanun koyucu bu süreçte, gerek gaibe ait olan malvarlığı gerekse ona düşmesi gereken miras payına ilişkin olarak bir takım düzenlemeler yapmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 427/b.1. maddesine göre;

“Vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle aşağıdaki hâllerde bir yönetim kayyımı atar:

1. Bir kimse uzun süreden beri bulunamaz ve oturduğu yer de bilinemezse,

... ”

çocuk evlenmeden önce veya eşlerin ayrı yaşaması sırasında ana rahmine düşmüşse, davacının bu olguyu kanıtlaması yeterlidir...”

Gerekçede de belirtildiği üzere eşlerin fiili olarak ayrı yaşamaları bu hükme dayanılarak babalık karinesinin çürütülebilmesi açısından yeterlidir. Dolayısıyla gaip koca ile çocuk arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak, ilgililer açacakları soybağının reddi davasında çocuğun ayrı yaşama sırasında ana rahmine düştüğünü ispat ederek kolaylıkla babalık karinesini çürütebileceklerdir.

³²⁷ Dural, vd., *Aile*, 257.

³²⁸ Oğuzman, vd., 33.

³²⁹ Oğuzman, vd., 34; Akipek, vd., 260.

Yönetimsiz başka bir ifade ile herhangi bir kimse tarafından yönetilmeyen mallar için gerekli önlemleri almak üzere kayyım atanması durumunda yönetim kayyımlığı söz konusu olur³³⁰.

Yönetim kayyımı atanmasını gerektiren hâller, Türk Medeni Kanunu'nun 427. maddesinde beş bent halinde sayılmıştır. Ancak konumuz açısından önem arz eden birinci bentte düzenlenmiş bulunan, bir kimsenin uzun süreden beri bulunamaması ve oturduğu yerin de bilinmemesi hâlidir. Bu hüküm kapsamında yönetim kayyımı atanabilmesi için bir malvarlığını oluşturan unsurlar üzerinde hak sahibi olan kişinin oturduğu yerin bilinmeyecek şekilde uzun zamandan beri bulunamıyor olması gerekir. Bunun yanı sıra söz konusu kişinin yokluğunun kapsamlı bir yönetim ihtiyacını doğurmuş olması ve kişinin malvarlığının yönetimini bir yöneticiye bırakmamış olması gerekir³³¹.

Olağan işlemler olan, malların yönetimi ve korunması için gerekli olan işlemler, yönetim kayyımı tarafından bizzat yapılabilir. Ancak olağan işlemler dışında kalan işlemler ve önlemler, kendisine kayyım atanan kişinin onayı ile yapılabilir. Eğer kendisine kayyım atanan kişi, onay vermeye muktedir değil ise söz konusu işlem ve önlemler için sulh mahkemesinin izni gereklidir³³². Dolayısıyla durumu bilinmeyen kişinin mallarının yönetimi ve korunması için gerekli olan olağan işlemler, yönetim kayyımı tarafından bizzat yapılabilecekken bunlar dışında kalan işlemler ve önlemler ancak sulh mahkemesinin izni ile yapılabilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 586/I. maddesine göre;

“Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir.”

Söz konusu hüküm ile ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı andan gaiplik kararının alındığı tarihe kadar geçen sürede, henüz kişi hakkında verilmiş bir gaiplik kararı olmadığından, bu süreçte mirasçı sıfatını kazanmış gibi görünen bu kişiye miras kalması hâlinde, durumu aydınlanıncaya kadar bu miras payının mahkeme tarafından yönetileceği öngörülmüştür. Ancak bu hüküm söz konusu kişinin vasiyet

³³⁰ Akıntürk ve Ateş, Aile, 498.

³³¹ Dural, vd., Aile, 450.

³³² Akıntürk ve Ateş, Aile, 499.

alacaklısı olması hâlinde değil, yasal veya atanmış mirasçı olması hâlinde söz konusu olur³³³.

Son haberin alındığı ya da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarih ile gaiplik kararı verildiği tarihe kadar geçen süreç için yukarıda incelediğimiz düzenlemeleri yapmış olan kanun koyucu, gaiplik kararının verilmesinden sonrası için de gaibin hem miras bırakan hem mirasçı olması durumu için çeşitli tedbirler almıştır. Zira gaibin mirasının gaip ölmüş gibi düzenlenmesi, gaibin her an geri dönme ihtimali mevcudiyetini sürdürdüğünden, hem gaip hem de mirasçıları açısından zararlı sonuçlar doğurabilir³³⁴.

Söz konusu tedbirler, öncelikle gaibin mirasbırakan olması hâli, sonrasında ise mirasçı olması hâli daha sonra ise hem mirasbırakan hem mirasçı olması hâli için konunun devamında ayrıntılı olarak incelenecektir.

2.3.2. Gaibin Mirasbırakan Olması

2.3.2.1. Genel Olarak

Mirasbırakan, kendisine ait özel hukuk ilişkilerinin ölümü sonrasındaki hukuki akıbeti düzenlenen kişidir. Mirasbırakan sadece gerçek kişi olabilir³³⁵.

Gaiplik kararının verilmesiyle ölüme bağlı haklar, Türk Medeni Kanunu'nun 35. maddesi gereğince o kişi ölmüş gibi kullanılır. Bu düzenlemenin en temel sonucu, gaiplik kararının kesinleşmesiyle gaibin mirasının açılması ve mirasçılara geçmesidir³³⁶.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun süreden beri haber alınmayan kişinin terekesinin mirasçılara intikal edebilmesi, öncelikle usulüne uygun olarak alınmış bir gaiplik kararının varlığını gerektirir³³⁷. Ancak daha önce de belirtildiği üzere, gaiplik kararı, Türk Medeni Kanunu'nun 35/II. maddesi gereğince, verildiği andan itibaren değil, kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleştiği

³³³ Dural ve Öz, *Miras*, 389; Gökhan Antalya, İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (3. Baskı), Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, 324, Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 2.3.3. Gaibin Mirasçı Olması, s.91 vd.

³³⁴ Çelik, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Gaiplik", 118.

³³⁵ Dural ve Öz, *Miras*, 5; Antalya ve Sağlam, 38.

³³⁶ M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, 320; Zevkliler, vd., 581.

³³⁷ Ali Naim İnan, Şeref Ertas, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (4. Baskı), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000, 372; Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (1. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, 33.

andan itibaren hukuki sonuçlarını doğurmaya başlar. Başka bir ifade ile, gaiplik kararı geçmişe etkili olarak, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı günden itibaren sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla gaibin mirasçılarının kim olduğu, tasarruf oranının hesaplanmasında esas alınacak terekesi, gaiplik kararının verildiği tarihteki duruma göre değil, kararın hüküm ifade ettiği tarihteki duruma göre belirlenir³³⁸. Ancak hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ölüm tarihi sonradan tespit edilirse, mirasçılar bu tarihe göre belirlenir³³⁹.

Kişinin ölümünün pek muhtemel görüldüğü hâllerde verilen bir karar olarak gaiplik kararı, gaibin günün birinde çıkıp gelmesi ya da haber göndermesi ihtimalini de daima bünyesinde barındırmaktadır. Bunun yanı sıra, gaiplik kararı sonucunda mirasta hak sahibi olanlardan daha üstün hak sahiplerinin bulunması da söz konusu olabilir. Gaibin ortaya çıktığı ya da haber gönderdiği veya üstün hak sahibinin geldiği durumlarda terekenin iade edilmesi veya yeniden paylaştırılması gerekir. Ancak, gaiplik kararından sonra tereke kendilerine intikal eden kişiler, terekeyi ellerinden çıkarmış dahi olabilirler. Bu ihtimalleri göz önünde bulunduran kanun koyucu, gaibin ve üstün hak sahibi mirasçıların haklarını koruyabilmek adına bir takım tedbirler almıştır³⁴⁰.

2.3.2.2. Güvence Gösterme Mecburiyeti

Gaiplik, ölüm olayına benzetilse dahi, aralarında nitelik itibariyle önemli farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklardan en temeli, gaibin geri dönme ihtimali bulunmasına rağmen, ölen kişi için böyle bir durumun söz konusu olmamasıdır. Gaibin ya da üstün hak sahibi mirasçının gelme ihtimalini göz önünde bulunduran kanun koyucu, terekeyi teslim alan mirasçıları, güvence gösterme mecburiyeti altına sokmuştur³⁴¹. Türk Medeni Kanunu'nun 584/I'e göre;

“Hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin mirasçıları veya mirasında hak sahibi olan kişiler, tereke malları kendilerine teslim edilmeden önce bu malları ileride ortaya çıkabilecek üstün hak sahiplerine veya gaibin kendisine geri vereceklerine ilişkin güvence göstermek zorundadırlar.”

³³⁸ Dural ve Öz, *Miras*, 388.

³³⁹ Oğuzman, 320; Zahit İmre, Hasan Erman, *Miras Hukuku* (4. Baskı), Der Yayınları, İstanbul 2003, 295.

³⁴⁰ İnan ve Ertaş, 372.

³⁴¹ İmre ve Erman, 295-296.

Kanun koyucunun güvence gösterme yükümlülüğü getirmesindeki amacı, kanuni mirasçılarının ve mirastan yararlanan diğer kişilerin, mirastan alacakları malları gerektiğinde, ortaya çıkan gaibe veya üstün hak sahibi mirasçıya ya da hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ölüm tarihinin belli olması ve buna göre mirastaki hak sahibinin değişmesi durumunda³⁴² tercih edilecek olan bu kişilere geri verilmesini sağlamaktır³⁴³. Zira gaibin ölümü kesin olmadığından, günün birinde çıkıp gelme olasılığı her zaman olduğu gibi, mirasa el koymuş mirasçılardan daha üstün dereceli mirasçılarının gelme olasılığı da vardır³⁴⁴.

Mirasçılarının güvence gösterme mecburiyeti yalnızca, tereke mallarına el konulması için getirilmiş olduğundan, gaiplik kararının verilmesinin istenebilmesi için güvence gösterme mecburiyeti söz konusu değildir³⁴⁵.

Güvence gösterme mecburiyeti, yasal ve atanmış mirasçılar için olduğu gibi, vasiyet alacaklısı ve intifa hakkı sahibi için de söz konusudur³⁴⁶.

Kanunun ifadesinden anlaşılabacağı üzere mirasçılar güvence göstermedikçe tereke malları kendilerine teslim edilmez³⁴⁷. Hâkimin herhangi bir sebeple, mirasçılarını ya da mirastan yararlananları güvence gösterme mecburiyetinden ayırık tutması mümkün değildir³⁴⁸.

Mirasçının güvence göstermemesi durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun 523/III. maddesinin kıyas yolu ile uygulanması suretiyle, mirasın resmen idaresine karar verilmesi gerekir³⁴⁹. Eğer mal vasiyeti söz konusu ise, vasiyet olunan mal, Türk Borçlar

³⁴² Bir kimseye mirasçı olabilmek için, o kişinin ölümü anında sağ olmak gerekir.

³⁴³ Oğuzman, vd., 34.

³⁴⁴ Akipek, vd., 263.

Bu düzenleme ile gerek gaip gerekse üstün hak sahibi mirasçılar korunmuş olmaktadır. Örneğin, ilerleyen konularda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 584/I. maddesinin zilyetlik kurallarına yaptığı atıf dolayısıyla bazı hallerde (İyi niyetin arandığı durumlar), mirasçılar mirastan yalnızca ellerinde kalanı iade ile yükümlü olurlar. Bu gibi durumlarda gaip ve ya diğer hak sahibi mirasçılar, mirastan elde edemediklerini söz konusu teminatlardan tahsil edebileceklerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, Öz, Miras, 388.

³⁴⁵ Zevkliler, vd., 582, Mehmet E. Palamut, *Medeni Hukuk* (1. Baskı), Alfa Akademi, Ankara 2004, 25.

³⁴⁶ Bilgi Öztan, *Miras Hukuku* (7. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara 2016, 375, (Çalışmanın devamında bu kitap "Miras" olarak adlandırılacaktır.); İnan ve Ertaş, 373; İmre, Erman, 296.

³⁴⁷ Oğuzman, vd., 34; Çelik, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Gaiplik", 119.

³⁴⁸ Oğuzman, vd., 34.

³⁴⁹ İmre ve Erman, 296; Oğuzman, 320; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, 356, (Çalışmanın devamında bu kitap "Miras" olarak adlandırılacaktır.); Öztan, *Miras*, 375; İnan ve Ertaş, 373.

Kanunu'nun 111. maddesi³⁵⁰ gereğince, resmi mercîe tevdi edilmelidir. Mahkeme gerekli görmesi halinde diğer bazı koruma tedbirlerini (örn. tereke mallarının defterinin tutulması) de alabilir³⁵¹.

Devletin mirasçı olması veya devlete bir mal vasiyetinin yapılması durumlarında, güvence gösterme mecburiyeti söz konusu değildir³⁵². Zira devletin mirası geri vermede acze düşmesi mümkün değildir³⁵³. Ancak devletin de gaibe ve üstün hak sahibi mirasçılara karşı gaibin mirasını teslim alanlar gibi, geri verme yükümlülüğü söz konusudur³⁵⁴.

Gösterilecek olan güvence, kişisel güvence (kefalet) olabileceği gibi aynı bir güvence de (rehin, ipotek) olabilir³⁵⁵. Güvencenin biçim ve değerini belirleme yetkisi hâkime aittir³⁵⁶. Her halükârda gösterilecek güvence, nitelik ve miktar itibarıyla, gaibin geri gelmesi veya hayatta olduğunun anlaşılması halinde, tereke mallarının iadesini mümkün kılacak derece ve etkide olmalıdır³⁵⁷.

Gaibin mirasçılarının mirasçılığı, nitelik itibarıyla, ölen bir kişinin mirasçılarının mirasçılığından farklı değildir. Zira Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan mirasçılık sıfatından doğan bütün hak ve borçlar gaibin mirasçıları için de söz konusu olur³⁵⁸. Ancak hakkında gaiplik kararı verilmiş olan bir kimseden miras elde etmiş olan kişinin durumu, bir nevi bozucu şarta bağlı kazanma olarak nitelendirilmelidir³⁵⁹.

Bu şekilde güvence göstermeleri durumunda, gaibin mirasçıları, kendilerine düşen miras mallarını almaya hak kazanır. Bu surette kazanmış oldukları hak, yalnızca

³⁵⁰ Türk Borçlar Kanunu md.111'e göre;

“Borçlunun kusuru olmaksızın, alacağın kime ait olduğunda veya alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle ya da alacaklıdan kaynaklanan diğer kişisel bir sebeple borç, alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse borçlu, alacaklının temerrüdünde olduğu gibi, tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.”

³⁵¹ Öztan, *Miras*, 375; İmre ve Erman, 296.

³⁵² Oğuzman, vd., 34; Zevkliler, vd., 581; Öztan, *Miras*, 375.

³⁵³ Çelik, “Türk Medeni...”, 120.

³⁵⁴ Antalya, *Miras*, 325.

³⁵⁵ Oğuzman, vd., 34,

³⁵⁶ Dural ve Öz, *Miras*, 388; Öztan, *Miras*, 375; Zevkliler, vd., 581; İmre ve Erman, 296; Nûşin Ayiter, Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, (2. Bası), Savaş Yayınları, Ankara 1991, 206.

³⁵⁷ İmre ve Erman, 296.

³⁵⁸ Ayiter ve Kılıçoğlu, 205; Akkanat, 33.

³⁵⁹ İmre ve Ermen, 297.

zilyetlik değil mülkiyeti de içerir. O ana kadar mahkemece resmen yönetilmekte olan miras mallarının mülkiyeti de, güvence göstermeleri ile, mirasçılara intikal eder³⁶⁰.

2.3.2.3. Güvence Süresi

Mirasçılarının güvence gösterme yükümlülüğü, kanun koyucu tarafından bir süre ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu sınırlama Kanun'da gaiplik nedenine göre ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile, güvencenin süresi, gaiplik kararı verilmesini gerektiren sebebe göre farklılık arz etmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun 584/II. maddesine göre;

“Bu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda on beş yıl ve her hâlde en çok gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir.”

Güvenceler, tabii olarak, gaibin çıkıp gelmesi ya da hayatta olduğunun anlaşılması ile sona erer. Bu durum, gaibin mirasına güvence göstermek suretiyle el koymuş olanların, mirası gaibe geri verme yükümlülüğünü doğurur³⁶¹.

Güvencelerin tabii son bulma hâlinin yanı sıra bir de kanundan kaynaklanan son bulma halleri vardır. Buna göre, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması halinde beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama hâlinde on beş yıl geçmekle güvenceler sona ermektedir. Bununla beraber her halükârda gaibin yüz yaşına varması ile gösterilmiş olan güvenceler sona ermektedir. Bu şekilde güvencelerin sona ermesi durumunda, mirasçılarının tereke üzerinde geçici ve güvence karşılığında gerçekleşmiş olan zilyetlikleri kesin bir nitelik kazanmaktadır³⁶².

Mirasçılar güvence gösterme yükümlülüğünü yerine getirmediği için, terekenin resmen idare edilmesi durumunda, kanunda belirtilmiş olan güvence sürelerinin dolması ile terekenin mirasçılara teslimi gerekir³⁶³.

Gaibin öldüğünün anlaşılması ile güvencelerin sona erip ermeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, gaibin öldüğünün kesin olarak tespit

³⁶⁰ Zevkliler, vd., 582.

³⁶¹ Akipek, vd., 264.

³⁶² Akipek, vd., 264.

³⁶³ İnan ve Ertaş, 373.

edilmesiyle gösterilmiş olan güvenceler sona erer ve miras ölüm günü açılmış sayılır³⁶⁴. Diğer bir görüşe göre ise, güvenceler gaibin öldüğünün anlaşılmasıyla sona ermez. Zira üstün hak sahibi mirasçıların gelme ihtimali devam etmektedir³⁶⁵.

Kanunda belirlenmiş olan güvence gösterme sürelerinin başlangıç tarihleri de farklılık arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 584/III. maddesine göre;

“Beş yıl tereke mallarının tesliminden; onbeş yıl, son haber tarihinden başlayarak hesaplanır.”

Kanun'un ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere, ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde söz konusu olan beş yılın başlangıcı, mirasa el konulduğu gün, uzun zamandan beri haber alınamama hâlinde söz konusu olan on beş yılın başlangıcı ise, son haber tarihidir.

Kanun'da belirtilmiş olan bu sürelerin dolması ile güvence mükellefiyeti sona ermekte ve verilen güvenceler geri alınmaktadır³⁶⁶. Güvencelerin sona ermesi ile mirasçıların kazanımları da kesin bir nitelik kazanmaktadır.

Kanunen belirlenmiş olan bu süreler, yalnızca güvence mecburiyetine ve bunun devamına ilişkindir³⁶⁷. Zira güvence sürelerinin sona ermiş olması, güvence göstermiş olan mirasçıların el koydukları tereke mallarını, ortaya çıkma ihtimali olan gaibe veya üstün hak sahiplerine geri verme borcunu sona erdirmez³⁶⁸. Dolayısıyla güvencelerin Kanun'da belirtilen sürelerin dolması nedeniyle sona ermesi, ortaya çıkan gaibin veya üstün hak sahibinin güvencelerden yararlanamaması sonucunu doğursa da bu kişilerin hakkını ortadan kaldırmamaktadır³⁶⁹.

³⁶⁴ Çelik, “Türk Medeni Kanunu'na Göre Gaiplik”, 120, Dural ve Öz, *Miras*'tan naklen, Kocayusufpaşaoğlu, 56; Ayiter, Kılıçoğlu, 206.

³⁶⁵ Akipek, vd., 264.

³⁶⁶ İnan ve Ertaş, 373.

³⁶⁷ İmre ve Erman, 297.

³⁶⁸ Oğuzman, vd., 34.

³⁶⁹ Dural ve Öz, *Miras*, 389, Zafer Zeytin, Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (2. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2013, 103.

2.3.2.4. Geri Verme Yükümlülüğü

2.3.2.4.1. Gaibe Karşı Geri Verme Yükümlülüğü

Gaibin günün birinde çıkıp gelmesi durumunda, tereke mallarına el koymuş olan mirasçılar, bu malları gaibe geri vermekle yükümlüdürler. Bu hususta gaibin geri dönüşünün, gaiplik kararı verilmesini gerektiren olaylardan veya gaiplik kararının verilmesinden itibaren uzunca bir süre sonra gerçekleşmiş olması da kural olarak bir önem arz etmez. Başka bir ifade ile, mirasçıların geri verme borcu, aradan uzunca bir süre geçmiş olmasından etkilenmez³⁷⁰. Dolayısıyla gaibin güvence süresi içinde veya sonrasında ortaya çıkmasının bir farkı yoktur. Güvence süresi içinde gaip ortaya çıkar veya hayatta olduğu anlaşılırsa, mirasçılar güvence karşılığında almış oldukları tereke mallarını gaibe aynen geri vermek zorunda kalırlar³⁷¹. Gaibin güvence süresi dolduktan sonra ortaya çıkması, gaibin hakkını ortadan kaldırmaz, yalnızca güvenceden istifade edememesine yol açar³⁷².

Gaip, ortaya çıkması durumunda herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın, her zaman kendi mallarının iadesini talep edebilir³⁷³. Dolayısıyla mirasçıların zamanaşımı yoluyla tereke mallarının mülkiyetini kazanması mümkün değildir³⁷⁴.

Gaibin ortaya çıkması durumunda, tereke mallarını teslim almış olanlar, Kanun'da yapılan atıf dolayısıyla söz konusu malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler. Türk Medeni Kanunu'nun 585/I. maddesine göre;

“Gaip ortaya çıkarsa veya üstün hak sahibi olduklarını ileri sürenler bu sıfatlarını ispat ederlerse, tereke mallarını teslim almış olanlar, malları zilyetlik kuralları uyarınca geri vermekle yükümlüdürler.”

Zilyedin geri verme borcunun kapsamı ve ileri sürebileceği talepler Türk Medeni Kanunu'nun 993-995. maddeleri arasında “Sorumluluk” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun koyucu, zilyetlikte iadeyi iyiniyetli ve iyiniyetli olmayan zilyet³⁷⁵ bakımından

³⁷⁰ Akipek, vd., 265.

³⁷¹ Zevkliler, vd., 582.

³⁷² Dural ve Öz, *Miras*, 389.

³⁷³ Öztan, 377.

³⁷⁴ İmre ve Erman, 297; Öztan, 375; Aksi görüş için bkz. Dural ve Öz, *Miras*, 389.

³⁷⁵ İyiniyetli olmayan zilyet için kötüniyetli zilyet ifadesi kullanılacaktır.

farklı şekilde düzenlemiştir. Zilyetlikte iadeyi düzenleyen söz konusu hükümler, hem taşınırlar hem taşınmazlar açısından uygulama alanı bulabilecek niteliktedir³⁷⁶.

Zilyedin eşya üzerinde fiili hâkimiyetinin haksız olduğunu bilmediği ve bilebilecek durumda olmadığı hâllerde, zilyedin iyiniyetli olduğundan bahsedilir³⁷⁷.

İyiniyetli haksız zilyet açısından kanun koyucu, iyiniyeti koruyarak, sınırlı bir sorumluluk öngörmüştür. Ancak iade yükümlülüğünün tamamının bu koruma kapsamında kalabilmesi için, tüm zilyetlik süresince, haksız zilyedin iyiniyetli olması gerekir. Eğer zilyet, gerçek durumu sonradan öğrenir veya öğrenebilecek duruma gelirse, iyiniyetli olduğu süre için, iyiniyetli zilyetlik, sonrası için ise kötüniyetli zilyetlik hükümleri uygulanır³⁷⁸.

İyiniyetli haksız zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamı Türk Medeni Kanunu'nun 993. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

“İyiniyetle zilyedi bulunduğu şeyi, karineyle mevcut hakkına uygun şekilde kullanan veya ondan yararlanan zilyet, o şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kimseye karşı bu yüzden herhangi bir tazminat ödemek zorunda değildir.”

Kanun hükmü uyarınca, iyiniyetli zilyet eşyayı kullanması veya ondan yararlanması³⁷⁹ durumunda, geri vermekle yükümlü olduğu kimseye, bunun karşılığında tazminat ödemek zorunda değildir. Ancak iyiniyetli zilyet, eşyayı kullanırken veya ondan yararlanırken varlığına inandığı hakka uygun surette hareket etmelidir. Aksi takdirde varlığına inandığı hakkın sağladığı yetkileri aşarak eşyayı kullanan veya ondan yararlanan iyiniyetli zilyetin bundan dolayı sorumluluğu söz konusu olur³⁸⁰.

İyiniyetli zilyet, kendisinden iade talep edildiğinde, varlığına inandığı hakkına uygun olarak kullanımı ve yararlanması sonucunda eşya, hangi hâle geldiyse, o hâli ile

³⁷⁶ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (20. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, 115, (Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında bu kitap “Eşya” diye adlandırılacaktır.); Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (2. Bası), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-Ekim 2015, 79-80.

³⁷⁷ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (1. Baskı), Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2013, 114; Nomer ve Ergüne, 80; Oğuzman, vd., *Eşya*, 108.

³⁷⁸ Sirmen, 114; Nomer ve Ergüne, 80; Oğuzman, vd., *Eşya*, 116; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (13. Baskı), Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir-2017, 74; Jale Akipek, Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (1. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul-2009, 211.

³⁷⁹ Eşyadan yararlanma, eşyayı fiilen tüketme ya da kullanma şeklinde olabileceği gibi, malın hukukî veya doğal ürünlerinden yararlanma şeklinde de olabilir. Bkz. Sirmen, 115.

³⁸⁰ Nomer ve Ergüne, 81; Sirmen, 115; Ertaş, 75; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku* (4.Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul-2014, 61.

iade edecektir. Zira eşyanın kaybedilmesinden, yok olmasından ya da hasara uğramasından iyiniyetli zilyet sorumlu değildir³⁸¹. Dolayısıyla malın kaybolması, yok olması durumunda, iyiniyetli zilyedin geri verme yükümlülüğü, malı varlığına inandığı hakkın sınırları içinde kullanmış olması şartıyla, kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın sona ermektedir³⁸². Bunun yanı sıra malda meydana gelen hasardan sorumluluğu da kusurlu olup olmamasına bağlı değildir. Dolayısıyla iyi niyetli zilyet malı kasten tahrip etmiş olsa dahi herhangi bir tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur³⁸³. Bu husus Türk Medeni Kanunu'nun 993/II. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre;

“İyiniyetli zilyet, şeyin kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu olmaz.”

İyiniyetli zilyedin sorumlu olmadığı bir diğer durum ise, eşyayı kısmen veya tamamen elden çıkarması hâlidir. Başka bir ifade ile, iade talep edildiği sırada eşyayı elindeki hâli ile iade etmek durumunda olan iyiniyetli zilyet, eşyayı kısmen veya tamamen elinden çıkarmış ise elinden çıkardığı kısım için sorumlu değildir. Ancak bu durumda malvarlığına elinden çıkardığı malın karşılığında bir değer girmişse, iyiniyetli zilyet, bu değeri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek durumunda kalabilir³⁸⁴.

Bir malı hak sahibine geri vermek zorunda olan haksız zilyedin, söz konusu mal için bir takım giderler yapmış olması söz konusu olabilir. Zilyet tarafından yapılmış olan bu giderlerin kim tarafından üstlenileceği sorununu kanun koyucu, giderlerin niteliğine ve zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre farklı şekilde düzenlemiştir³⁸⁵.

İyiniyetli zilyedin iade etmek yükümlülüğü altında olduğu eşyaya yaptığı doğrudan ya da dolaylı giderleri, iade talebinde bulunandan hangi şartlarla talep

³⁸¹ Nomer ve Ergüne, 82; Turhan Esener, Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (6.Bası), Yetkin Yayınları, Ankara 2015, 105; Mehmet Ünal, Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku* (9. Baskı), Savaş Yayınevi, Ekim-2017, 251.

³⁸² Sirmen, 115.

³⁸³ Tekinay, vd., 207.

³⁸⁴ Oğuzman, vd., *Eşya*, 118; Sirmen, 115; Nomer ve Ergüne, 82; Esener ve Güven, 105; Akipek ve Akıntürk, 212.

Bu konuya ilişkin olarak başka bir görüş, malı elinden çıkarmış olan iyiniyetli zilyedin artık hiçbir sorumluluğunun olmadığı yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I* (5. Bası), Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, 207-208.

³⁸⁵ Sirmen, 121.

edebileceği Türk Medeni Kanunu'nun 994. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

“İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir.

İyiniyetli zilyet, diğer giderler için tazminat isteyemez. Ancak, şeyin geri verilmesinden önce kendisine bu giderler için bir tazminat önerilmezse, kendisi tarafından o şeyle birleştirilen ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri o şeyi geri vermeden önce ayırıp alabilir.”

Gider, doğrudan ya da dolaylı olarak mal yararına yapılan her türlü harcamadır³⁸⁶. Zorunlu, yararlı ve lüks(diğer) gider olmak üzere üç tür giderden bahsedilebilir. Eşyanın korunması ve ekonomik işlevini devam ettirmesi amacıyla yapılan gider zorunlu gider olarak adlandırılırken, eşyanın değer ve verimini artırmaya yönelik olarak yapılan gider yararlı gider olarak adlandırılır. Bunlar dışında kalan giderler ise lüks(diğer) gider olarak kabul edilir³⁸⁷.

Kanunda yer alan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, zilyedin talep hakkı bakımından önemli olan, yaptığı giderin türünün belirlenmesidir. Yapılmış olan giderin, hangi tür gider olduğu somut olayın özelliğine göre, yerel adetlere bakılmak suretiyle objektif tarzda belirlenmelidir³⁸⁸.

Hükümde de belirtildiği üzere, iyiniyetli zilyet, eşyaya yönelik olarak yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri talep edebilir. Hatta iyiniyetli zilyet, iadeyi talep eden kişi tazminat ödeyinceye kadar eşyayı geri vermekten kaçınma hakkına da sahiptir³⁸⁹.

³⁸⁶ Oğuzman, vd., Eşya, 119; Sirmen, 121.

³⁸⁷ Nomer ve Ergüne, 82.

³⁸⁸ Oğuzman, vd., Eşya, 120; Ünal ve Başpınar, 253.

³⁸⁹ Kanun'da, eşyayı geri vermekten kaçınma hakkı olarak ifade edilen bu hakkın hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde görüş birliği yoktur.

Eşyayı vermekten kaçınma hakkı olarak ifade edilen bu hak, paraya çevirme yetkisi vermeyen ve def'i niteliğine sahip olan “alıkoyma hakkı”dır. Bkz. Nomer ve Ergüne, 84.

İyiniyetli zilyedin geri vermekten kaçınma hakkı hapis hakkı değildir. Zira hapis hakkından farklı olarak, geri vermekten kaçınma hakkında masrafları tahsil edemeyen zilyedin malı sattırarak bunların karşılığını elde edebilmesi mümkün değildir, Sirmen, 122; Oğuzman, vd., Eşya, 120.

İyiniyetli zilyet, yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderler için tazminat talep edebilme hakkına sahip olmakla beraber lüks giderler için bu hakka sahip değildir. Ancak kanun koyucu yapmış olduğu lüks giderler için iyiniyetli zilyede, ayırıp alabilme hakkı tanımıştır. İyiniyetli zilyedin bu hakkını kullanabilmesi, yapmış olduğu eklemelerin, iade edeceği eşyaya zarar vermeden ayırabileceği hallerde söz konusu olur. Bununla birlikte, eğer iade talep eden kişi, lüks giderler karşılığında bir tazminat ödeme teklifinde bulunursa, iyiniyetli zilyedin ayırıp alma hakkını kullanabilmesi mümkün değildir³⁹⁰.

İyiniyetli zilyet, giderleri talep edebilme hakkını ancak kendisinden malın iadesi talep edilmişse kullanabilir. Eğer iade talebinde bulunulmamış ise, giderlerin talep edilmesi de hukuken mümkün değildir³⁹¹. Bunun yanı sıra, kaybolduğundan dolayı geri verilmesi mümkün olmayan bir mala yapılan giderlerin de istenebilmesi mümkün değildir³⁹².

Zorunlu ve yararlı giderleri malı geri verirken talep etmiş olmayan zilyedin, söz konusu giderler için tazminat davası açıp açamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay, tazminat davasının, Türk Borçlar Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca geri verme davasının açıldığı tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi olmak üzere, açılabilirliğini kabul etmektedir³⁹³.

Türk Medeni Kanunu'nun 994/III. maddesine göre;

“Zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir.”

İyiniyetli zilyet, iadesi talep edilen eşyanın doğal ve hukuki ürünlerinden yararlanması durumunda, yapmış olduğu giderler nedeniyle sahip olduğu tazminat alacağından yararlanması miktarınca indirim yapılır³⁹⁴.

³⁹⁰ Nomer ve Ergüne, 84-85; Sirmen, 122; Oğuzman, vd., Eşya, 120; Akipek ve Akıntürk, 214.

³⁹¹ Sirmen, 122; Oğuzman, vd., Eşya, 119; Tekinay, vd., 228, Tekinay'a göre, masraflardan doğan alacak, iade ile yükümlü olan zilyede, teknik anlamda bir talep hakkı sağlamamaktadır. Bu hâl, iade ile yükümlü olan zilyede, malın iadesinin istenmesi durumunda ileri sürebileceği, iadede kaçınmaya ilişkin olan bir def'i sağlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay, vd., 228.

³⁹² Oğuzman, vd., Eşya, 120.

³⁹³ Oğuzman, vd., Eşya, 120.

³⁹⁴ Nomer ve Ergüne, 85.

Kötüniyetli zilyet, zilyetliğinin haksız olduğunu bilen veya gerekli özeni göstermesi hâlinde bilebilecek durumda olan kişidir³⁹⁵. Eşya üzerindeki kötüniyetli zilyetlik, fiili hâkimiyetin kazanıldığı andan itibaren olabilir. Ancak bazı hâllerde başlangıçta iyiniyetli olan zilyet, sonradan kötüniyetli hâle gelebilir. Bu durumda zilyet, iyiniyetli olduğu süreç için iyiniyetli, kötüniyetli olduğu süreç için ise kötüniyetli zilyedin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olur³⁹⁶.

Kötüniyetli haksız zilyedin iade yükümlülüğünün kapsamı, Türk Medeni Kanunu'nun 995/I. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

“İyiniyetli olmayan zilyet, geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibine verdiği zararlar ve elde ettiği ve elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında tazminat ödemek zorundadır.”

Kanuni düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kötüniyetli zilyet iadesi talep edilen malı geri verme yükümlülüğü altındadır. Bunun yanı sıra kötüniyetli zilyet, eşyayı elden çıkarmışsa, bunun karşılığında herhangi bir menfaat elde etmemiş olsa dahi, eşyanın değerini tazmin etmek mecburiyetindedir. Ayrıca kötüniyetli zilyet, eşyayı alıkoymasından dolayı hak sahibinin eşyayı kullanamaması sonucunda uğradığı kayıplar gibi, hak sahibine vermiş olduğu zararları da tazmin etme yükümlülüğü altındadır³⁹⁷.

Kötüniyetli zilyedin ödeyeceği tazminat, haksız fiil esaslarına tabidir, ancak sorumluluğun doğumu zilyedin kusurlu olmasına bağlı değildir. Başka bir ifade ile, kötüniyetli zilyet bakımından Kanun'da öngörülen sorumluluk, kusursuz sorumluluk hâlidir³⁹⁸. Ancak bu kusursuz sorumluluk hâli kanun koyucu tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 995/III. maddesi ile yumuşatılmış ve kusursuz sorumluluk ilkesine bir istisna getirilmiştir³⁹⁹. Söz konusu düzenlemeye göre;

“İyiniyetli olmayan zilyet, şeyi kime vereceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur.”

³⁹⁵ Sirmen, 116; Nomer vd Ergüne, 86; Oğuzman, vd., Eşya, 121.

³⁹⁶ Nomer ve Ergüne, 86; Sirmen, 116.

³⁹⁷ Nomer ve Ergüne, 87.

³⁹⁸ Oğuzman, vd., Eşya, 122; Sirmen, 117; Esener ve Güven, 107.

Kötüniyetli zilyet, iadeyi talep edenin zilyetliğinde de malın kayıp veya hasara uğrayacağını ispat ederse, zarardan sorumlu olmaz. Bkz. Sirmen, 117.

³⁹⁹ Nomer ve Ergüne, 87.

Kanuni düzenlemeye göre, zilyet şeyi kime vereceğini bilemeyecek durumda ise kusursuz sorumluluk esas alınmayıp, genel esaslara uygun olarak, tazminat sorumluluğu için kötünietli zilyedin kusuru aranacaktır. Ancak söz konusu hüküm, kötünietli zilyedin eşyayı kime iade edeceğini öğrenebilmek adına gerekli araştırmayı yapmış olması durumunda uygulama alanı bulacaktır. Aksi hâlde yine kusursuz sorumluluk hali devam edecektir⁴⁰⁰.

Kötünietli zilyedin sorumluluğu, eşyayı iade etmek ve eşyaya ilişkin olarak meydana gelmiş olan zararları tazmin etmenin yanı sıra haksız olarak alıkoyduğu eşyanın ürünlerini de kapsamaktadır. Kötünietli zilyet, elde ettiği ve elde etmeyi ihmal ettiği ürünler karşılığında da hak sahibine tazminat ödemek zorundadır. Ayrıca kötünietli zilyedin bu sorumluluğunun doğması için hak sahibinin zarara uğraması gerekli değildir. Başka bir ifade ile hak sahibi söz konusu ürünleri toplamayacak olsaydı dahi, kötünietli zilyetten, kusurlu olması aranmaksızın, tazminat talep edebilir⁴⁰¹.

Kanun'da zilyedin malı bizzat kullanması hâlinde, bunun karşılığında bir tazminat ödeme yükümlülüğünün olup olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamakla beraber, doktrin ve uygulamada, zilyedin malı bizzat kullanması nedeniyle sorumlu olması ve haksız işgal tazminatı ödemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰².

Kötü niyetli zilyedin malı kullanmasından dolayı ödeyeceği tazminat, uygulama ve Yargıtay kararlarında, eski hukuktan gelen alışkanlıkla, “*ecrimisil*” olarak adlandırılmaktadır. Zira önceki hukukumuzda, haksız zilyetlerin malı kullanma karşılığında ödemekle yükümlü oldukları tazminat bir çeşit kira bedeli olarak kabul edilmiş ve *ecrimisil* olarak adlandırılmıştır⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Nomer ve Ergüne, 87-88.

⁴⁰¹ Nomer ve Ergüne, 88.

⁴⁰² Sirmen, 118; Nomer ve Ergüne, 88.

⁴⁰³ Oğuzman, vd., *Eşya*, 125; Sirmen, 118; Nomer ve Ergüne, 89.

Kötünietli zilyedin malı bizzat kullanarak fayda elde etmesinden dolayı *ecrimisil* ödemesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu ödemenin hukuki esasının ne olacağı hususunda görüş ayrılığı mevcuttur. Yargıtay değişik tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları'nda birbirinden farklı değerlendirmelerde bulunmuştur. Ancak genellikle Yargıtay, kötünietli zilyedin ödeyeceği tazminatı, haksız fiil esasına dayandırmakta ve *ecrimisil* talebinde bulunabilmek için, hak sahibinin zarara uğramasını aramaktadır.

Ecrimisil tazminatının hangi esasa dayandırılacağına ilişkin olarak doktrinde de farklı görüşler ileri sürülmüştür. Söz konusu tazminatı, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekâletsiz iş görme esasına dayandıranlar olduğu gibi, kötü niyetli zilyedin maldan yararlanmasının Kanun'un ruhu gereği her daim tazminatı gerektirdiği kanaatinde olanlar da vardır. Bunun yanı sıra kötünietli zilyedin tazminat yükümlülüğü bakımından, malın kiraya verilebilecek nitelikte olup olmadığına bakmak gerektiği görüşünde olanlar da vardır. Bu görüşe göre, eğer mal kiraya verilebilecek nitelikte ise, malı bizzat

Kötüniyetli zilyet, kişisel gayretleri ve özel becerisi dolayısıyla, hak sahibinin elde edemeyeceği bir takım kazançlar elde etmiş ise, bunların iadesi hususu vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olur⁴⁰⁴.

Kötüniyetli zilyedin, iade talep edenden, yapmış olduğu giderler karşılığında tazminat talep edebilmesine ilişkin esaslar Türk Medeni Kanunu'nun 995/II. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

“İyiniyetli olmayan zilyet, yaptığı giderlerden ancak hak sahibi için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir.”

Kanuni düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kötüniyetli zilyet, iadesi talep edilen mala ilişkin olarak yalnızca yapmış olduğu zorunlu giderlerin karşılanmasını talep edebilir. Kötüniyetli zilyedin yararlı ve lüks giderleri talep edebilme hakkı söz konusu değildir. Bunun yanı sıra kötüniyetli zilyedin, iyiniyetli zilyet aksine, yapmış olduğu zorunlu giderler ödeninceye kadar eşyayı iade etmekten alıkoyma hakkı da yoktur⁴⁰⁵.

İyiniyetli zilyette olduğu gibi kötüniyetli zilyette de, zorunlu giderleri talep hakkı, eşyanın iadesine yönelik dava ile birlikte ileri sürülmemişse, Yargıtay ve doktrinin genel kabulüne göre, ayrı bir dava ile ileri sürülebilecektir⁴⁰⁶.

İyiniyetli ve kötüniyetli zilyedin, yapmış oldukları giderleri talep etmeye ilişkin hakları dolayısıyla sahip oldukları alacaklar, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımına tabidir⁴⁰⁷. Bu süre eşyanın iadesinin talep edildiği günden itibaren işlemeye başlar⁴⁰⁸.

kullanan kötü niyetli zilyet, tazminat ödemeli, ancak kiraya verilebilecek nitelikte değil ise tazminat yükümlülüğü söz konusu olmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, vd., Eşya, 126-127; Nomer ve Ergüne, 90-93.

⁴⁰⁴ Nomer ve Ergüne, 94; Sirmen, 120.

⁴⁰⁵ Nomer ve Ergüne, 94; Ünal ve Başpınar, 269.

⁴⁰⁶ Tekinay, vd., 240.

⁴⁰⁷ TBK md. 82'ye göre;

“Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar.”

⁴⁰⁸ Oğuzman, vd., Eşya, 130; Sirmen, 123-124; Nomer ve Ergüne, 95.

2.3.2.4.2. Üstün Hak Sahibi Mirasçıya Karşı Geri Verme Yükümlülüğü

Miras açıldıktan sonra, gaip ortaya çıkmasa dahi, üstün hak sahibi bir mirasçı⁴⁰⁹ ortaya çıkabilir⁴¹⁰. Üstün hak sahibi mirasçının günün birinde çıkıp gelmesi durumunda, üstün hak sahibi sıfatına sahip olduklarını ispat etmesi durumunda, tereke mallarına el koymuş olan mirasçılar, bu malları üstün hak sahibi mirasçıya geri vermekle yükümlüdürler. Üstün hak sahibi mirasçının güvence süresi içinde ya da güvence süresi sona erdikten sonra ortaya çıkmasının kural olarak bir farkı yoktur. Üstün hak sahibi mirasçı, güvence süresi içinde ortaya çıkarsa mirasçılar güvence karşılığında almış oldukları tereke mallarını üstün hak sahibi mirasçıya iade etmekle yükümlüdürler. Üstün hak sahibi mirasçının güvence süresi dolduktan sonra ortaya çıkması, gaibin hakkını ortadan kaldırmadığı gibi üstün hak sahibi mirasçının hakkını da ortadan kaldırmaz, yalnızca güvenceden istifade edememesine yol açar. Dolayısıyla güvence süresi sona erdikten sonra üstün hak sahibi mirasçının ortaya çıkması durumunda da mirasçılar, elde ettikleri malları üstün hak sahibi mirasçıya geri vermek zorundadırlar⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Kimlerin yasal mirasçı olabileceği, İsviçre/Türk miras hukukunda zümre sistemine göre belirlenmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda üç mirasçı zümresi kabul edilmiştir. Buna göre, bu sistemde bir sonraki zümrenin mirasçı olabilmesi için, bir önceki zümrede hiçbir mirasçının bulunmaması gerekmektedir. Dolayısıyla bir önceki zümredeki mirasçılar bir sonraki zümrede yer alan mirasçılara göre üstün hak sahibidir. Bunun yanı sıra zümre içinde ön derecedeki mirasçıların varlığı bir alt derecede yer alan mirasçıların mirasçılığını engellemektedir. Bunun sonucu olarak da aynı zümre içinde ön derecedeki mirasçı alt derecedeki mirasçıya nazaran üstün hak sahibi mirasçı olmaktadır. Bizim hukukumuzda eş, her üç zümre ile de mirasçı olmaktadır. Zümre sistemine göre bir kimse üstün hak sahibi mirasçı olabileceği gibi mirasbırakan tarafından vasiyet alacaklısı ya da atanmış mirasçı belirlenmesi durumunda belirli şartlarda bu kişilerde yasal mirasçılara nazaran üstün hak sahibi mirasçı olabileceklerdir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. Dural vd Öz, *Miras*, 18-48; Öztan, *Miras*, 39-80; Hüseyin Hatemi, *Miras Hukuku* (5. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 13-40.

Üstün hak sahibi mirasçıyı örnek üzerinde açıklayacak olursak;

Gaiplik kararının verilmesiyle terekesi tek mirasçı sıfatına sahip olan kardeşine geçen gaibin, daha sonra başka bir yerde evlenip çocukları olduktan sonra öldüğünün anlaşılması durumunda gaibin eş ve çocukları, kardeşine nazaran üstün hak sahibi mirasçılardır. Dolayısıyla mirasın bunlara verilmesi gerekir. Aynı şekilde, gaibin, gaiplik kararı verildikten sonra öldüğü günün tespit edildiğini varsayarsak; gaiplik kararının verilmesi durumunda karar geriye etkili olduğundan dolayı, mirasçılar ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı güne göre belirlenecektir. Gerçek ölüm gününün tespit edilmesiyle, mirasın açılması gereken tarih kesin olarak tespit edileceğinden, son haberin alındığı ya da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarihte sağ olduğu için mirasçı sayılan kişi, bu tarih ile gaibin gerçek ölüm tarihi arasında ölmüş olabilir. Dolayısıyla bu kişinin mirasçı olamaması gerekir. Bu şekilde mirasa el koymuş olanların veya onların mirasçılarının, söz konusu malları üstün hak sahiplerine iade etmeleri gerekecektir. Bkz. Ayiter, Kılıçoğlu, 207.

⁴¹⁰ Çelik, 121.

⁴¹¹ Dural ve Öz, *Miras*, 389; Oğuzman, vd., 34; Zevkliler, vd., 582; Öztan, *Miras*, 377; Antalya ve Sağlam, 324; Oğuzman, 320; İnan ve Ertaş, 374.

Üstün hak sahibi mirasçılarının ortaya çıkması durumunda, söz konusu kişiler, terekedeki malları miras sebebiyle istihkak davası ile talep edebilirler⁴¹². Türk Medeni Kanunu’nun 585/II. maddesine göre;

“İyiniyetli olanların üstün hak sahiplerine geri verme yükümlülükleri, miras sebebiyle istihkak davasına ilişkin zamanaşımı süresine tabidir.”

Kanuni düzenlemeden anlaşılabacağı üzere üstün hak sahibi mirasçıya karşı geri verme yükümlülüğü, iyiniyetli mirasçılar⁴¹³ açısından zamanaşımı süresiyle sınırlandırılmıştır. Buna göre, üstün hak sahibi mirasçılar, tereke mallarının iadesini ancak miras sebebiyle istihkak davasının tabi olduğu zamanaşımı süreleri içinde isteyebilirler⁴¹⁴. Türk Medeni Kanunu’nun 639/I. maddesine göre;

“Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.”

Buna göre üstün hak sahibi mirasçı, kendisinin hak sahibi olduğunu ve iyiniyetli mirasçının tereke mallarını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, her hâlde gaiplik kararının verildiği ya da vasiyetnamenin açıldığı tarihten itibaren⁴¹⁵ on yıl içinde dava açmalıdır⁴¹⁶. Bu süreler geçtikten sonra üstün hak sahibi mirasçının, iyiniyetli mirasçılardan iade talebinde bulunabilmesi mümkün değildir.

Tereke mallarını elinde bulunduran mirasçılar, iyiniyetli değil iseler(kötüniyetli)⁴¹⁷, üstün hak sahibi mirasçılar, Türk Medeni Kanunu’nun 585/II. hükmünün zıt kavramından anlaşılabacağı üzere, miras sebebiyle istihkak davasının kötüniyetli zilyetler için düzenlenmiş olan yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaksızın, sınırsız olarak haklarını ileri sürebilirler⁴¹⁸. Başka bir ifade ile, üstün hak

⁴¹² Dural ve Öz, *Miras*, 389; Öztan, *Miras*, 375.

⁴¹³ “İyiniyetli mirasçı, gaiplik kararının alındığı sırada, üstün hak sahibi mirasçının olduğunu bilmeyen ve bilmesine de imkan olmayan kişidir.”, Bkz. İnan ve Ertaş, 374.

⁴¹⁴ İnan ve Ertaş, 374.

⁴¹⁵ Söz konusu on yıllık sürenin işlemeye başlayacağı tarihin, ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde tehlikenin gerçekleştiği, uzun zamandan beri haber alınmaması halinde ise son haberin alındığı tarih olacağı kanaatinde olan yazarlar da vardır. Bkz. Çelik, 121.

⁴¹⁶ Akipek, vd., 266; Oğuzman, vd., 34; Öztan, 376; İnan ve Ertaş, 374.

⁴¹⁷ “Kötüniyetli mirasçı, gaiplik şartlarının gerçekleşmediğini bilen ya da bilmesi gereken kişidir.”, Bkz. Oğuzman, 321.

⁴¹⁸ Dural ve Öz, *Miras*, 389; Zevkliler, vd., 583.

sahibi mirasçı, kötüniyetli mirasçılara karşı, her zaman tereke mallarının iadesi talebinde bulunabilir⁴¹⁹.

Üstün hak sahibi mirasçıya karşı geri verme yükümlülüğünün kapsamı da, gaibe karşı geri verme yükümlülüğünde olduğu gibi, zilyedin geri verme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tabidir⁴²⁰.

2.3.3. Gaibin Mirasçı Olması

Mirasçı, küllî halef sıfatıyla mirasbırakanın terekesi üzerinde hak sahibi olan kişidir. Mirasçılar, mirasa çağrılmalarını gerektiren sebebe göre yasal ve atanmış mirasçı olmak üzere ikiye ayrılır. Mirasçının kanun gereği mirasa çağrılması durumunda yasal mirasçılıktan, mirasbırakanın iradesi ile mirasa çağrılması durumunda ise atanmış mirasçılıktan söz edilir⁴²¹.

Gaibin mirasçılığına ilişkin olarak iki durum söz konusu olabilir. Kendisine miras kalmış olan kişi, ortadan kaybolmuş ancak hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış olabileceği gibi hakkında gaiplik kararı alınmış olan kişiye de miras kalmış olabilir⁴²².

Hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış, fakat mirasın geçişi sırasında ortada olmayan ve mirasın açıldığı anda da hayatta olup olmadığı ispat edilemeyen bir kişi, hakkında henüz gaiplik kararı olmadığı için mirasçılık sıfatını kazanabilir. Bunun gibi, hakkında gaiplik kararı alınması için talepte bulunulmuş ancak henüz hakkında gaiplik

⁴¹⁹ Bu hususta üçlü bir ayırım yapan yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre, tereke mallarını elinde bulunduranlar iyiniyetli iseler ancak TMK md. 639/I'de düzenlenmiş olan zamanaşımı süreleri içinde iade ile yükümlüdürler. Tereke mallarını elinde bulunduranlar, gaiplik kararının verilmesi sırasında iyiniyetli ancak üstün hak sahibi mirasçıların varlığı hususunda iyiniyetli değil iseler, başka bir ifade ile üstün hak sahibi mirasçıların olduğunu biliyor ya da bilmeleri gerekiyor ise, geri verme yükümlülükleri, Kanun'da kötüniyetli zilyetler için öngörölmüş olan 20 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak, tereke mallarını elinde bulunduranlar, gaiplik kararının alındığı sırada kötüniyetli iseler, başka bir ifade ile gaibin sağ olduğunu biliyor ya da bilmesi gerekiyor ise, söz konusu kişilerin geri verme yükümlülükleri sınırsızdır. Bu kişiler açısından zamanaşımı süresi işlemeyeceğinden üstün hak sahibi mirasçılar söz konusu kişilere karşı, her zaman miras sebebiyle istihkak davası açabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, *Miras*, 376; İnan ve Ertaş, 375.

Bunun yanı sıra yukarıda olduğu gibi ikili bir ayırım yapıp kötüniyetli mirasçılara karşı yirmi yıllık zamanaşımı süresi içinde miras sebebiyle istihkak davasının açılabilceği kanaatinde olan yazarlar da vardır. Bkz. Akipek, vd., 266; Oğuzman, vd., 34.

⁴²⁰ Zevkliler, vd., 582; Öztan, *Miras*, 377; Antalya, Sağlam, 324; Oğuzman, 320; İnan ve Ertaş, 374.

Zilyedin geri verme yükümlülüğünün kapsamı için bkz. 2.2.2.4.1. Gaibe Karşı Geri Verme Yükümlülüğü.

⁴²¹ Dural ve Öz, *Miras*, 5.

⁴²² Dural ve Öz, *Miras*, 389.

kararı verilmemiş olan bir kişi de mirasçı sıfatını kazanabilir⁴²³. Bu şekilde ortadan kaybolmuş ancak hakkında henüz gaiplik kararı alınmadığı için mirasçılık sıfatına haiz olan bir kişiye miras kalması durumunda, durum aydınlanıncaya kadar, Türk Medeni Kanunu'nun 586/I. maddesi gereğince, söz konusu miras payı resmen yönetilir⁴²⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 586/I. maddesine göre;

*“Ortada bulunmayan ve mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemeyen mirasçının miras payı resmen yönetilir.”*⁴²⁵

Ancak miras payının resmen yönetimine ilişkin bu hüküm, ancak yasal ve atanmış mirasçılar açısından uygulanacak olup, vasiyet alacaklısının ortada olmaması ve sağ olup olmadığının da ispat edilememesi halinde uygulama alanı bulamayacaktır⁴²⁶.

Gaibin miras payının yönetimi geçici olarak yapılmaktadır⁴²⁷. Zira hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş olan kişinin, çıkıp gelmesi ya da sağ olduğunun ispat edilmesi durumunda mirasın resmen yönetimi sona erer⁴²⁸.

⁴²³ Çelik, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, 122.

⁴²⁴ Dural ve Öz, *Miras*, 389.

⁴²⁵ Söz konusu hükümde gaibe düşen miras payının resmen yönetileceği düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 592 vd. maddelerinde ise terekenin resmen yönetilmesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Kanun’un 586/I. maddesinde düzenlenmiş olan resmi yönetimin, terekenin resmen yönetimi kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Kanun’un 592. Maddesi terekenin resmen yönetiminin hangi hallerde olacağını düzenlemiştir. TMK md. 592/I’ e göre;

“Aşağıdaki hâllerde sulh hakimi re’sen mirasın resmen yönetilmesine karar verir:

1. *Mirasçılardan birinin uzun süreden beri bulunamaması ve temsilci de bırakmaması hâlinde menfaati gerektiriyorsa,*
2. *Mirasta hak sahibi olduğunu ileri sürenlerden hiçbiri mirasçılık sıfatını yeterince ispatlayamazsa veya bir mirasçı bulunup bulunmadığı şüpheli olursa,*
3. *Mirasçıların tamamı bilinmiyorsa,*
4. *Kanunda özel olarak öngörülmüşse.”*

Mirasbırakan öldüğü anda sağ olup olmadığı bilinmeyen mirasçının, miras payının yönetiminin hükümde ifade edilen, kanunda öngörülen özel haller kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Baskın olan görüş, TMK 586/I. maddesinde mirasçının miras payının resmen yönetileceğinden bahsetmesine rağmen, 592. maddesinde terekenin tamamının yönetilmesinden söz edildiğinden, söz konusu durumun TMK’nın 592/I. b.4. maddesine girmeyeceği yönündedir. Ayrıca, bu görüşte olan yazarlara göre, terekenin yönetiminin sona ermesine kadar geçen süre içinde, gaiplik kararının alınması zorunlu olmadığından, durumu belli olmayan kişinin miras payının yönetimi terekenin resmen yönetimi kapsamına giremez. Bu şekilde düşen miras payının yönetimi, yönetim kayyımı tarafından yapılır. Bkz. Öztan, *Miras*, 393-394.

Doktrinde yer alan bir diğer görüş ise, gaibe düşen miras payının yönetiminin TMK md. 592/I b.4 kapsamında olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Dural ve Öz, *Miras*, 395.

⁴²⁶ İmre, Erman, 298; Antalya, Sağlam, 324.

⁴²⁷ İnan ve Ertaş, 375.

⁴²⁸ İnan ve Ertaş, 375.

Bunun yanı sıra mirasın resmen yönetimi, Türk Medeni Kanunu’nun 586/II. maddesi gereğince, mirasın açıldığı anda ortada bulunmayanın sağ olmaması hâlinde miras payı kendilerine kalacak olanların, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uymak suretiyle mahkemeden söz konusu kişinin gaipliğine karar verilmesi ve miras payının kendilerine teslimini istemeleri üzerine mahkemece gaipliğe karar verilmesi hâlinde de, sona erecektir. Türk Medeni Kanunu’nun 586/II. maddesine göre;

“Mirasın açıldığı anda ortada bulunmayanın sağ olmaması hâlinde onun miras payı kendilerine kalacak olanlar, gaipliğe ilişkin sürelerle ve usule uyarak o kimsenin gaipliğine karar verilmesini ve miras payının kendilerine teslimini isteyebilirler.”

Bu durumda tek bir mirasçının gaiplik kararı verilmesi talebinde bulunması üzerine verilen gaiplik kararı, diğer mirasçılar için de hüküm ifade edecektir, zira her mirasçının ayrı ayrı gaiplik kararı talebinde bulunmasına gerek yoktur⁴²⁹.

Henüz gaiplik kararı verilmeden kendisine düşen miras payı resmen yönetilen kişi hakkında sonradan gaiplik kararı verilmesi durumunda, söz konusu miras payının akıbetini incelememiz gerekir. Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, mirasın açılma anının gaiplik kararının hüküm ifade ettiği andan önce mi sonra mı olduğudur. Daha önce incelendiği üzere gaiplik kararı geçmişe etkilidir. Başka bir ifade ile gaiplik kararı, hüküm ve sonuçlarını gaiplik kararının verildiği anda değil, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı tarihten itibaren doğurmaktadır. Dolayısıyla gaip, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı tarihten itibaren mirasçı olabilme ehliyetini kaybetmektedir. Buna göre, gaibin mirasbırakanı, gaiplik kararının hüküm ifade ettiği andan önce ölmüş ise, gaip bu sırada mirasçı olabilme ehliyetine sahip olacağından, miras paylaşımı gaibin varlığı dikkate alınarak yapılacak ve gaibe kalacak olan miras payı, gaibin mirasçılara intikal edecektir. Ancak gaibin mirasbırakanı, gaiplik kararının hüküm ifade ettiği andan sonra ölmüş ise, gaip mirasçılık ehliyetine sahip olmadığından miras paylaşımı gaibin varlığı dikkate alınmaksızın yapılacak ve gaibe kalacak olan miras payı, gaip dolayısıyla hak sahibi olamayan kişilere, başka bir ifade ile gaibe mirasbırakanın mirasçılara intikal edecektir⁴³⁰.

⁴²⁹ Çelik, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, 122.

⁴³⁰ Akipek, vd., 264; Dural ve Öz, *Miras*, 390.

Gaiplik kararı alınması dolayısıyla gaibe düşen miras payının, hak sahiplerine teslimi, gaibin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tabi olduğundan, bu kişiler de, ancak güvence karşılığında miras payına el koyabileceklerdir⁴³¹. Zira Türk Medeni Kanunu’nun 586/III. maddesine göre;

“Miras payının teslimi, gaipliğine karar verilen kimsenin mirasının mirasçılara teslimine ilişkin kurallara tâbidir.”

Mirasın resmen yönetiminin sona ermesi bu iki hâlin dışında bir de Türk Medeni Kanunu’nun 588/I. maddesi gereğince gerçekleşmektedir⁴³². Söz konusu maddeye 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, Hazinesin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.”

Hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış olan bir kişiye miras kalması durumunda izlenecek olan yol yukarıda anlatıldığı gibidir. Hakkında gaiplik kararı alındıktan sonra gaibe miras kalması durumunda, gaipliğe ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacağından, gaip mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilerek mirasçılar, gaip yokmuş gibi belirlenecek ve miras buna göre paylaştırılacaktır⁴³³. Ancak bu durumda da, gaibin geri gelme ihtimali bulunduğundan, mirasçılar güvence göstermek kaydıyla miras paylarına el koyabileceklerdir⁴³⁴.

2.3.4. Gaibin Hem Mirasbırakan Hem de Mirasçı Olması

Hakkında gaiplik kararı verildikten sonra, gaibin mallarının mirasçılara nasıl intikal edeceğini ayrıntılı olarak inceledik. Fakat gaiplik kararı ile gaibin malları usulüne uygun olarak mirasçılara intikal ettikten sonra dahi gaibe miras kalabilir.

Örnek üzerinden anlatacak olursak;

Henüz gaiplik kararı verilmeden ancak gaiplik davası açıldıktan sonra, gaibin babasının ölmesi durumunda mirası, tek mirasçı sıfatına sahip olan gaibe geçmiştir. Ancak daha sonra gaiplik kararının verilmesi üzerine, karar geçmişe etkili olduğundan babasının ölümü sırasında gaip, mirasçılık ehliyetine sahip değildir. Bu durumda gaibin babasının mirası, gaibin hayatta olup olmadığı belli olmadığından dolayı mirasçı olamayan büyük ana ve büyük babasına, bunların da hayatta olmaması halinde amca ve halalarına başka bir ifade ile gaip dışındaki diğer mirasçılara geçecektir. Bkz. Akipek, vd., 264.

⁴³¹ Akipek, vd., 264; Çelik, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, 122.

⁴³² Ayrıntılı bilgi için bkz. 1.5.4.1.2. Hazine, s. 34 vd.

⁴³³ Dural ve Öz, *Miras*, 390.

⁴³⁴ Oğuzman, vd., 34.

Gaibin bu şekilde hem mirasbırakan hem de mirasçı olması durumu için kanun koyucu özel düzenleme getirmiştir.

Gaiplik kararı sadece, gaiplik talebinde bulunan ve bu kararı alan kişi için değil, bu kararda menfaati olan bütün ilgililer için hüküm ifade etmektedir. Türk Medeni Kanunu 587. maddesinde bu kapsamda iki grup ilgiliden bahsederek, bu kişilerin gaiplik kararının sonuçlarından faydalanabileceğini düzenlemiştir⁴³⁵. Söz konusu maddeye göre;

“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.

Gaibe düşen miras payını teslim alanların elde ettikleri gaiplik kararına aynı şekilde gaibin mirasçıları da dayanabilirler.”

Kanuni düzenlemeden anlaşılaçağı üzere, kanun koyucu, hukukta ekonomi sağlayabilmek adına, halihazırda gaipliğine karar verilmiş olan bir kimseye miras kalması durumunda, bu kişinin ölümü ile gaibe mirasbırakana mirasçı olacak kişilere, ayrıca bir gaiplik kararı almak zorunda olmaksızın miras paylarını talep edebilme imkânı tanımıştır. Aynı şekilde bunun tersinin de mümkün olacağı yani gaip yerine mirasçı olacak kişilerin gaiplik kararı alması durumunda da gaibin kendi mirasçılarının ayrıca karar almalarına gerek olmaksızın gaibin mirasını talep edebilecekleri de hüküm altına alınmıştır⁴³⁶.

2.4. GAİPLİK KARARININ HÜKÜMSÜZLEŞMESİ

Gaibin ortaya çıkması veya hayatta olduğunun anlaşılması durumunda⁴³⁷ gaiplik kararı hükümsüz hale gelir. Bu durumda hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişi veya herhangi bir ilgili, söz konusu hususun tespitini mahkemeden isteyebilir⁴³⁸.

⁴³⁵ İmre ve Erman, 298.

⁴³⁶ Dural ve Öz, *Miras*, 390.

⁴³⁷ Yargıtay 18. HD. T. 07.10.2013, E. 2013/9435, K. 2013/12973, sayılı karara göre;

“...Davacı vekili dava dilekçesinde; davalıların, Bağ-Kur’lu olan Mehmet T’in sağ oldupunu ileri sürerek gaiplik kararının iptalini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

...

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; Bağ-Kur’lu olan Mehmet T’in davalıların başvurusu üzerine kendisinden uzun süredir haber alınamaması nedeniyle Uşak 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 15.06.2004 tarih ve

Gaiplik kararının hükümsüz hâle gelmesi durumunda, bu kararının bütün sonuçları ortadan kalkacağından mirasa el koymuş olanlar tereke mallarını gaibe geri vermekle yükümlü olurlar. Ancak gaiplik kararı dolayısıyla evliliğin feshine karar verilmiş ise, gaiplik kararının hükümsüzleşmesi, fesih kararını etkilemez. Başka bir ifade ile, gaibin eşinin gaip ile olan evliliğinin feshi kararına dayanarak, başka biri ile yaptığı evlilik, gaiplik kararının hükümsüzlüğüne rağmen geçerliliğini korur. Bunun yanı sıra gaibin eşi, gaiplik kararı dolayısıyla evliliğini feshettirmiş ancak başkası ile bir evlilik yapmamış olsa dahi, gaibin ortaya çıkması durumunda, gaiple olan evliliği yeniden kurulmuş olmaz. Bu kişiler ancak yeniden evlenmek suretiyle evlilik birliğini kurabilirler⁴³⁹.

Gaiplik kararının bir diğer hükümsüzleşme hâli ise gaibin ölümünün tespit edilmesidir. Ölüme bağlı sonuçlar, ölüm tarihi esas alınmak suretiyle etkisini gösterir. Bu durumun tespiti de her ilgili tarafından mahkemeden istenebilir. Hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişinin ölüm tarihinin tespiti, mirasta hak sahipliğinde değişiklik yapılabilir. Bu durumda, gaibin tereke mallarına el koymuş olanlar, söz konusu malları gerçek hak sahiplerine iade etmekle yükümlü olur⁴⁴⁰.

2003/324 Esas 2004/208 Karar sayılı kararı ile gaipliğine karar verildiği, davalıların bu karara dayanarak davacı kurumdan maaş almaya başladıkları, Mehmet T'in ise 01.10.2003 tarihinde işlediği gasp suçundan dolayı Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma dolayısıyla tutuklandığı ve 02.06.2004 tarihinde cezaevinden tahliye olduğu, bu suçtan İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 27.06.2005 tarih ve 2003/600 Esas 2005/241 Karar sayılı kararı ile mahkum olduğu, hakkında yakalama kararı bulunduğu, yine Menderes Vergi Dairesinde 28.03.2008 tarihinde bizzat ifade verdiği, aynı vergi dairesinin kayıtlı vergi mükellefi olarak mermer işi yaptığı, adı geçenin gaip olmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler dikkate alındığında şartları oluştuğundan Mehmet T. hakkındaki gaiplik kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan bir gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...". Bkz. Bilal Köseoğlu, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve Yargısal Yorumlar* (1. Baskı), Bilge Yayınevi, Ankara 2014, 156-157.

⁴³⁸ Oğuzman, vd., 36.

Yargıtay 2. HD. T. 22.3.2012, E. 2011/363, K. 2012/6883 sayılı karara göre;

"...Dava, gaiplik kararının kaldırılması isteğine ilişkindir. Alınmış olan gaiplik kararı, evlilik haricinde aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi, hakları ölüme bağlı olanlara bu haklarını kullanma imkânı verir. Bu sebeple, gaiplik kararının kaldırılmasına ilişkin davada husumetin, gaiplik kararını almış olanların yanında hakları ölüme bağlı olanların tamamına yöneltilmesi gerekir. Taraf teşkilinin sağlanması ise, kamu düzeniyle ilgili olup hakim tarafından re'sen gözetilir. Dosyaya alınan nüfus kaydına göre, hakkında gaiplik kararının kaldırılması istenenin, 29.10.1993 doğumlu Burak isimli evlilik dışı bir çocuğunun bulunduğu, bu çocukla gaip arasında soybağının gaiplik kararından önce "tanıma" yoluyla kurulduğu görülmektedir. Öyleyse bu kişiye de "davalı" olarak husumetin yöneltilmesi, göstermesi halinde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik hasım ve eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır. .." Bkz. <https://www.lexpera.com.tr./icthah/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2011-363-k-2012-6883-t-22-3-2012>.

⁴³⁹ Oğuzman, vd., 36.

⁴⁴⁰ Oğuzman, vd., 36.

SONUÇ

Gaip kişiler ile ilgili hükümler tarihin her döneminde önemini korumuştur. Osmanlı Devleti'nde özel hukukun Tanzimata kadar İslam dini esaslarına dayanması ve bu dönemden sonra kabul edilen Mecelle-i Ahkamı Adliyye'de kişiler hukukuna ilişkin herhangi bir düzenlemenin mevcut olmaması, gaiplik kurumuna İslam hukukunun ilgili hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmuştur.

1926 yılında, İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkçeye çevrilmesi yoluyla 743 sayılı Türk Medeni Kanunu kabul edilerek 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 743 sayılı Medeni Kanun'da gaip kişi ile ilgili hükümler 31 ila 34. maddeleri arasında "Gaiplik Kararı" başlığı altında düzenlenmiştir. Daha sonra 1 Ocak 2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabul edilmesiyle gaiplik kurumu 32 ila 35. maddeler arasında yine "Gaiplik Kararı" başlığı altında ele alınmıştır.

Gaiplik ile ilgili temelde ölüm kararı sistemi ve gaiplik kararı sistemi olmak üzere iki ana sistem vardır. Ancak bazı hukuk düzenleri söz konusu iki sistemin karışımı niteliğinde karma bir sistem benimsemiştir. Türk hukukunda gerek 743 gerek 4721 sayılı Kanun'da gaipliğe ilişkin olarak kabul edilen sistem karma bir sistemdir.

Türk Medeni Kanunu'nun 32/I. maddesine göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine yetkili sulh hukuk mahkemesince, bu kişinin gaipliğine karar verilebilir.

Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması, kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel görünmesinin yanı sıra belirli sürelerin geçmiş olması, ilgililerin talepte bulunmuş olması ve mahkemece ilan yapılmış olması şartlarının da gerçekleşmesi gerekir.

Kanunda gaiplik nedeni olarak birbirinden bağımsız ve ayrı nitelikte olan iki durum kabul edilmiştir. Bunlar ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun zamandan beri haber alınamaması hâlidir. Ölüm tehlikesi ile kastedilen, kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren bir tehlike değil, ölüm sonucunu doğurması kuvvetle muhtemel olan bir tehlikedir. Zira bu durumda kişinin ölmüş olması kadar

yaşamayı da aynı derecede olasıdır. Uzun zamandan beri haber alamama ibaresi ile kastedilen ise, ölüm tehlikesi doğuran bir olayda kaybolma söz konusu olmaksızın, kişinin nerede olduğunun ve yaşayıp yaşamadığının bilinmemesi hâlidir. Bununla birlikte her ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimse için gaiplik kararı istenebilmesi mümkün değildir. Zira somut olayın şartlarına göre kaybolan kişinin hâlâ hayatta olduğuna dair büyük kuşkular bulunmalıdır.

Türk Medeni Kanunu gaiplik kararının ancak habersiz geçen uzunca bir süreden sonra verilebileceğini öngörmüş olmakla beraber, gaiplik kararı verilebilmesi için söz konusu olan iki hâlde geçmesi gereken habersizlik süresinin uzunluğunu birbirinden farklı olarak düzenlemiştir. Buna göre gaiplik kararı istenebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma hâlinde, tehlike anından itibaren bir yıl, uzun zamandan beri haber alınamama hâlinde son haber tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olmalıdır.

Türk Medeni Kanunu, gaiplik kararını düzenlerken bu kararın verilmesinde menfaati bulunan kişiler ile durumu bilinmeyen kişinin menfaatini dengelemeye çalıştığından, gaiplik kararının, re'sen değil, ancak ilgililerin talebi üzerine verilebileceğini kabul etmiştir.

İlgililerin başvurusu üzerine mahkemenin bir kişinin gaipliğine karar verebilmesi için şartların mevcut olduğu belirlendikten sonra, usulüne uygun olarak bir ilan yapılması gerekir. Kanunda ilk ilandan itibaren altı ay geçmedikçe gaiplik kararının verilemeyeceği düzenlenmiş ancak kaç kez ilan yapılacağına ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Doktrinde hükmün lafzından hareket eden bazı yazarlar, kanunda ilk ilandan beri ibaresi yer aldığı için, ilanın en az iki kez yapılması gerektiği görüşündeyken, bazı yazarlar ise ilanın bir kez mi birden fazla kez mi yapılacağına hâkimin karar vermesi gerektiği kanaatindedir.

Mahkemece belirlenen ilan süresi içinde hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin ölmüş ya da hayatta olduğuna ilişkin olarak bir bilgi verenin çıkmaması durumunda, hâkim, gaiplik kararı verir. Bu surette gaibin kişiliği varsayımsal olarak sona erer ve bu kararın verildiği andan itibaren gaip kişisel durumunu alır. Gaiplik kararı, geçmişe etkili bir karar niteliğindedir, bu sebeple verildiği anda değil, kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hukuki sonuçlar doğurmaya başlar.

Gaiplik kararı ile kişinin ölmüş olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi söz konusu değildir. Zira gaiplik kararı, aksi iddia ve ispat edilebilen bir adi karinedir. Dolayısıyla gaibin halen sağ olduğunu veya belirli bir tarihte ölmüş bulunduğunu iddia ve her türlü delille ispat eden her ilgili, bu karineyi çürütebilir.

Gaiplik kararının hüküm ve sonuçları Türk Medeni Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Kanun gaipliğe ilişkin maddelerinde hükümlere değinmeksizin, ölüme bağlı hakların yalnızca gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılacağını belirtmiştir.

Gaiplik kararının verilmesinden önceki aşamada, diğer bir ifadeyle, durumu bilinmeyen kişiden alınan son haberden veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği andan gaiplik kararının verildiği ana kadar geçen süreçte, söz konusu kişinin sağ mı yoksa ölmü olduğu bilinmediğinden gerek bu kişinin gerek üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini korumak adına gerekli geçici önlemler alınabilir.

Gaiplik kararının aile hukukuna ilişkin sonuçları açısından öncelikle nişanlılık üzerindeki etkisini değerlendirmek gerekir. Gaiplik kararının verilmesi ile nişanlılığın kendiliğinden sona erip ermeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, taraflardan birinin gaipliğine karar verilmesi durumunda, nişanlılığın kendiliğinden sona erip ermeyeceği kesin değildir, zira nişanlının bu konuda bir irade açıklamasında bulunması gerekmektedir. Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre ise, mahkemece verilen gaiplik kararının kesinleşmesiyle, gaibin nişanlısının söz konusu nişanlanma ile bağlı olmayı sürdürdüğü iddia ve ispat edilmedikçe, bir adi karine niteliğinde olmak üzere, nişanlanma kendiliğinden sona ermelidir. Nişanlılığın gaiplik kararı ile sona ermesi durumunda maddi ve manevi tazminat talep edilememekte, ancak nişanın sona ermesi dolayısıyla hediyein iadesi gündeme gelebilmektedir.

Gaipliğin evlilik üzerindeki etkisine ilişkin olarak ise kanun koyucu, ayrı bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre, gaiplik evliliği kendiliğinden sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmemiştir. Gaibin sağ olma ihtimali var olduğundan, evliliği devam ettirmede gaibin eşinin bir yarar görebileceği göz önünde bulunduran kanun koyucu, evliliğe son verip vermeme hususunda karar verme hakkını gaibin eşine vermeyi uygun bulmuştur. Bu kapsamda gaibin eşi, gaiplik davası ile birlikte veya ayrıca açılacak bir dava ile evliliğin feshini istemedikçe, evlilik birliğinin devam edeceği düzenlenmiştir.

Kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi durumunda, velayet hakkı sona ereceği gibi, söz konusu kişinin vesayet altında olması durumunda vesayet ve bu kişinin vasi olması durumunda da vasilik görevi kendiliğinden sona erecektir.

Gaiplik kararının verilmesinin nasıl bir etkiye sahip olacağının değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da babalık karinesidir. Kocanın gaipliğine karar verilmesi durumunda, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği ya da son haberin alındığı tarihten itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası, babalık karinesi gereğince gaiptir. Ancak bu durum gaibin eşinin gaiplik davası ile ya da ayrıca açacağı bir dava ile evliliği feshettirmesi durumunda söz konusu olacaktır. Gaibin eşinin evliliği feshettirmedeği durumda, çocuk ne zaman doğmuş olursa olsun evlilik birliği içinde doğmuş sayılacaktır. Ancak bu şekilde gaip koca ile çocuk arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak ilgililer tarafından soybağının reddi davası açılabilecektir.

Gaiplik kararının miras hukukuna ilişkin sonuçları üzerinde de durmak gerekir. Gaiplik kararının hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak ayrıntılı bir düzenleme yapılmamasına rağmen miras hukukunda bu konuya ilişkin olarak daha ayrıntılı hükümler bulmak mümkündür.

Gaiplik kararı ile birlikte gaibin şahsına bağlı hakları sona ererken, malvarlığı hakları, son haberin alındığı veya ölüm tehlikesinin gerçekleştiği tarihten itibaren kendiliğinden intikal etmiş sayılır.

Türk Medeni Kanunu'nda, son haberin alındığı ya da ölüm tehlikesinin gerçekleştiği an ile gaiplik kararı alınıncaya kadar geçen süreçte, durumu bilinmeyen kişinin yaşadığına ya da öldüğüne dair bir karine yer almadığından, söz konusu kişi, bu süreçte mirasçı olamayacağı gibi mirasbırakan da olamayacaktır. Bundan dolayı kanun koyucu bu süreçte, gerek gaibe ait olan malvarlığı gerekse ona düşmesi gereken miras payına ilişkin olarak bir takım düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler kapsamında durumu bilinmeyen kişinin mallarının yönetimi için bir yönetim kayyımı atanabileceği gibi, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı andan gaiplik kararının alındığı tarihe kadar geçen süreçte söz konusu kişiye yasal veya atanmış mirasçı sıfatıyla bir miras payının düşmesi durumunda, bu miras payı resmen yönetilir.

Gaiplik kararının verilmesiyle ölüme bağlı haklar, Türk Medeni Kanunu'nun 35. maddesi gereğince o kişi ölmüş gibi kullanılır. Bu düzenlemenin en temel sonucu, gaiplik kararının kesinleşmesiyle gaibin mirasının açılması ve mirasçılara geçmesidir.

Kanunkoyucu, kanuni mirasçılarının ve mirastan yararlanan diğer kişilerin, mirastan alacakları malları gerektiğinde, ortaya çıkan gaibe veya üstün hak sahibi mirasçıya ya da hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ölüm tarihinin belli olması ve buna göre mirastaki hak sahibinin değişmesi durumunda tercih edilecek olan bu kişilere geri verilmesini sağlamak adına, mirasçılara güvence gösterme zorunluluğu getirmiştir. Ancak mirasçılarının güvence gösterme yükümlülükleri bir süre ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu güvence, ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde mirasa el konulduğu tarihten itibaren beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama durumunda son haberin alındığı tarihten itibaren on beş yıl ve her hâlde gaibin yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilir. Kanunda belirlenmiş olan bu sürelerin dolması ile güvence mükellefiyeti sona erdiğinden verilen güvenceler geri alınmakta ve mirasçılarının kazanımları da kesin bir nitelik kazanmaktadır. Ancak güvence sürelerinin sona ermiş olması, güvence göstermiş olan mirasçılarının el koydukları tereke mallarını, ortaya çıkma ihtimali olan gaibe veya üstün hak sahiplerine geri verme borcunu sona erdirmemekte başka bir ifade ile gaibin veya üstün hak sahibi mirasçılarının hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Sadece güvence süresinin sona ermesi gaip veya üstün hak sahibi mirasçının güvenceden yararlanamaması sonucunu doğurmaktadır.

Gaibin günün birinde çıkıp gelmesi durumunda, tereke mallarına el koymuş olan mirasçılar, bu malları gaibe geri vermekle yükümlüdürler. Bu hususta gaibin geri dönüşünün, gaiplik kararının verilmesini gerektiren olaylardan veya gaiplik kararının verilmesinden itibaren uzunca bir süre sonra gerçekleşmiş olması da kural olarak bir önem arz etmez. Çalışmada da söz edildiği gibi yalnızca gaibin güvenceden yararlanamaması sonucunu doğurur. Gaibin ortaya çıkması durumunda, tereke mallarını teslim almış olanlar, bu malları zilyetlik hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlüdürler.

Üstün hak sahibi mirasçının günün birinde çıkıp gelmesi durumunda da, üstün hak sahibi mirasçı sıfatını ispat etmesi durumunda, tereke mallarına el koymuş olan mirasçılar, bu malları üstün hak sahibi mirasçıya geri vermekle yükümlüdürler. Gaipte

olduğu gibi üstün hak sahibi mirasçı açısından da güvence süresinin sona ermiş olması güvenceden yararlanamama dışında başka bir etki doğurmaz. Üstün hak sahibi mirasçıya karşı geri verme yükümlülüğünün kapsamı da zilyedin geri verme yükümlülüğüne ilişkin hükümlere tabidir.

Miras hukukuna ilişkin sonuçlarda değerlendirilmesi gereken bir husus da gaibin mirasçı olması durumudur. Gaibin mirasçılığına ilişkin iki durum söz konusu olabilir. Kendisine miras kalmış olan kişi, ortadan kaybolmuş ancak hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış olabileceği gibi hakkında gaiplik kararı alınmış olan kişiye de miras kalmış olabilir.

Hakkında henüz gaiplik kararı alınmamış, fakat mirasın geçişi sırasında ortada olmayan ve mirasın açıldığı anda da hayatta olup olmadığı ispat edilemeyen bir kişi, hakkında henüz gaiplik kararı olmadığı için mirasçılık sıfatını kazanabilir. Bunun gibi, hakkında gaiplik kararı alınması için talepte bulunulmuş ancak henüz hakkında gaiplik kararı verilmemiş olan bir kişi de mirasçı sıfatını kazanabilir. Bu şekilde ortadan kaybolmuş ancak hakkında henüz gaiplik kararı alınmadığı için mirasçılık sıfatına haiz olan bir kişiye miras kalması durumunda, durum aydınlanıncaya kadar, Türk Medeni Kanunu'nun 586/I. maddesi gereğince, söz konusu miras payı resmen yönetilir.

Gaibin miras payının yönetimi geçici olarak yapılmaktadır. Zira hakkında henüz gaiplik kararı verilmemiş olan kişinin, çıkıp gelmesi ya da sağ olduğunun ispat edilmesi durumunda veya mahkemece söz konusu kişinin gaipliğine karar verilmesi durumunda mirasın resmen yönetimi sona erer. Mirasın resmen yönetiminin sona ermesi bu iki hâlin dışında bir de Türk Medeni Kanunu'nun 588/I. maddesi gereğince gerçekleşmektedir.

Hakkında gaiplik kararı alındıktan sonra gaibe miras kalması durumunda, gaipliğe ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacağından, gaip mirasbırakandan önce ölmüş kabul edilerek mirasçılar, gaip yokmuş gibi belirlenecek ve miras buna göre paylaştırılacaktır.

Gaibin ortaya çıkması veya hayatta olduğunun anlaşılması durumunda gaiplik kararı hükümsüz hale gelir. Bu durumda hakkında gaiplik kararı verilmiş olan kişi veya herhangi bir ilgili, söz konusu hususun tespitini mahkemeden isteyebilir. Gaibin ölümünün tespit edilmesi halinde de gaiplik kararı hükümsüzleşmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, “Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(2), 2005, 153-181.
- Akgündüz, Ahmet, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı Özel Hukuk-I İkinci Cilt* (1. Baskı), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2012.
- Akıncı, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ- Doku) Nakli Kavramı Ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar* (1. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- Akıntürk, Turgut ve Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (19. Baskı), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2016.
- Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku* (4.Baskı), Yetkin Basımevi, Ankara 1996.
- Akipek, Jale G., *Türk Medeni Hukuku* (1. Baskı), İstiklal Matbaası, Ankara 1961.
- Akipek, Jale G.; Akıntürk, Turgut; Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (12. Baskı), Beta Basım A.Ş., İstanbul 2015.
- Akipek, Jale ve Akıntürk, Turgut, *Eşya Hukuku* (1. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Akkanat, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi* (1. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Akyüz, Emine *Çocuk Hukuku Çocuk Hakları ve Korunması* (2. Baskı), Pegem Akademi, Ankara 2012.
- Antalya, Gökhan; Sağlam, İpek, *Miras Hukuku* (3. Baskı), Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Antalya, Gökhan; Topuz, Murat, *Medeni Hukuk* (2. Baskı), Legal Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2015.
- Arat, Ayşe, “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, 9 (1-2), 2014, 257-276.
- Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Baskı), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.

- Aslan, Ramazan - Yılmaz, Ejder - Taşpınar Ayvaz, Sema, *Medeni Usul Hukuku* (2. Baskı), Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2016.
- Ataay, Aytekin, *Şahıslar Hukuku* (3. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Atamer, Yeşim M, “ Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 1-2, 1999-2000.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri* (1. Baskı), Mimoza Yayıncılık, Konya 2012.
- Ayan, Mehmet; Ayan, Nurşen, *Kişiler Hukuku* (7. Baskı), Mimoza Yayınları, Konya 2015.
- Aybay, Aydın ve Hatemi, Hüseyin, *Eşya Hukuku* (4.Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi* (6. Baskı), Hars Yayıncılık Ticaret Limited Şirketi, İstanbul 2007.
- Ayiter, Nûşin ve Kılıçoğlu, Ahmet, *Miras Hukuku* (2. Baskı), Savaş Yayınları, Ankara 1991.
- Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku* (1. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* (1. Baskı), Sermet Matbaası, İstanbul 1972.
- Cin, Halil - Akyılmaz, Gül, *Türk Hukuk Tarihi* (4. Baskı), Sayram Yayınları, Konya 2011.
- Çelik, Cemil, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Gaiplik”, *Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, 97-125.
- Çelikel, Aysel ve Erdem, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk* (14. Baskı), Beta Basım Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2016.
- Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Dural, Mustafa - Ögüz, Tufan - Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku* (11. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

- Dural, Mustafa ve Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku* (15. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Dural, Mustafa ve Öz, Turgut, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (9. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler* (4. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler* (4. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Ekinci, Ekrem Buğra, *Osmanlı Hukuku* (3. Baskı), Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2014.
- Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu* (1. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku* (13. Baskı), Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2017.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret, *Eşya Hukuku* (6.Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, *Aile Hukuku* (3. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku Temel Bilgiler* (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Hatemi, Hüseyin ve Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Aile Hukuku* (4. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Hatemi, Hüseyin ve Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler)* (1. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri* (2. Baskı), İstanbul 2001.
- Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku* (5. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Hatemi, Hüseyin; Serozan, Rona, *Aile Hukuku* (1. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler* (6. Baskı), Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- İmre, Zahit ve Erman, Hasan, *Miras Hukuku* (4. Baskı), Der Yayınları, İstanbul 2003.

- İmre, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku)* (3. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- İnan, Ali Naim ve Ertaş, Şeref, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (4. Baskı), Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2000.
- Jeanne Louise Carriere, “ The Right of the Living Dead: Absent Persons in the Civil Law”, 50(5), Family Law Symposium, May 1990
- Koç, Nevzat, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002.
- Köprülü, Bülent ve Kaneti, Selim, *Aile Hukuku* (2. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk Genel Prensipler – Kişinin Hukuku*, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul 1984.
- Köprülü, Bülent, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- Köseoğlu, Bilal, *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ve Yargısal Yorumlar* (1. Baskı), Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (1. Baskı), Legal Yayınevi, İstanbul 2016.
- Mehmet E. Palamut, *Medeni Hukuk* (1. Baskı), Alfa Akademi, Ankara 2004
- Metin, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk* (1. Baskı), On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2010.
- Nomer, Haluk Nami ve Ergüne, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku* (2. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Oğuzman, Kemal ve Barlas, Nami, *Medeni Hukuk* (20. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Oğuzman, Kemal ve Dural, Mustafa, *Aile Hukuku* (1. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku* (20. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

- Oğuzman, M. Kemal, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay- Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku* (15. Baskı), Filiz Kitapevi, İstanbul 2015.
- Oğuzoğlu, Cahit, *Medeni Hukuk-1 Şahsın Hukuku* (3. Baskı) , Akıncı Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1956.
- Özdemir, Hayrunnisa, Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (1. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (4. Baskı), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Öztañ, Bilge, *Aile Hukuku* (2. Baskı), Çağ Matbaası, Ankara 1983.
- Öztañ, Bilge, *Aile Hukuku*, (6. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Öztañ, Bilge, *Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar* (8. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara 1999.
- Öztañ, Bilgi, *Miras Hukuku* (7. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuzhan; Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Pekcanitez, Hakan; Özekes, Muhammet; Akkan, Mine; Taş Korkmaz, Hülya; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku Cilt I* (15. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Petek, Hasan, *Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması* (1.Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Rüzgaresen, Cumhuri, “Gaip Borçlunun İflası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(4), 2012, 1369-1406.
- Schreiber Hans-Ludwing; Rosenau, Henning; Mattheis, Ruth; Lilie, Hans; Çevirenler; Ünver, Yener; Hakeri, Hakan; Özbek, Özer, Erdem, Mustafa; Koca, Mahmut; Yenerer/ Çakmut, Özlem; Yıldız, Ali Kemal; Gezici, Sevim; *Tıp ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (6. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, 426.
- Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku* (1. Baskı), Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2013.
- Şener, Esat, *Kişinin Hukuku Dernekler ve Vakıflar* (1. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Tekinay, Selahattin Sulhi *Medeni Hukuka Giriş Dersleri* (3. Baskı), Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul 1978.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku* (7. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I* (5. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Topçuoğlu, Ali İhsan, “İslam Hukukunda Gaibin/ Kayıp Kişinin Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi”, *Dini Araştırmalar*, Cilt: 7, Sayı: 19, 297-309.
- Ünal, Mehmet ve Başpınar, Veysel, *Şeklî Eşya Hukuku* (9. Baskı), Savaş Yayınevi, Ekim 2017.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku Cilt I*(6.Baskı), İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1951.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz I* (4.Baskı), Sermet Matbaası, İstanbul 1960.
- Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Aile Hukuku* (1. Baskı), Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Zevkliler, Aydın - Acabey, Beşir - Gökyayla, Emre, *Zevkliler Medeni Hukuk* (6. Baskı), Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1986.
- Zeytin, Zafer ve Ergün, Ömer, *Türk Medeni Hukuku* (2. Baskı), Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

İnternet Kaynakları

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

Mahkeme Kararları

Yargıtay 2. HD. T.27.10.1986, E. 8748, K. 9307.

Yargıtay 2. HD. T. 27.3.1973, E. 1000, K. 1933.

Yargıtay. 2. HD. T. 28.01.2009, E. 2007/15939, K. 2009/947.

Yargıtay. 2. HD. T. 29.11.2010, E. 2009/16490, K. 2010/19824.

Yargıtay. 17. HD. T. 11.04.2013, E. 2013/4162, K. 2013/5361.

Yargıtay. 20. HD. T. 15.01.2016, E. 2016/ 12898, K. 2017/63.

Yargıtay 18. HD. T. 07.10.2013, E. 2013/9435, K. 2013/12973.

Yargıtay 2. HD. T. 22.3.2012, E. 2011/363, K. 2012/6883.

İBK, 14.6.1965, 3/3, RG 15. 7. 1965, Sayı: 12049.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Kübra SUCU
Doğum Yeri ve Tarihi	10.02.1991/ Erzurum
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	Atatürk Üniversitesi
İletişim	
E-Posta Adresi	kubra.sucu@atauni.edu.tr
Tarih	