

GAİPLİĞİN NİŞANLILIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

*Dr. Yıldız ABİK**

GİRİŞ

Çalışmamızın amacı, gaipliğin nişanlılık üzerindeki etkilerini incelemektir. Bu konuya Türk hukukunda yer yer aile hukuku ders kitaplarında değinilmiş olmakla birlikte, konu hakkında kapsamlı bir çalışma yapılmamıştır. Bu nedenle ilgimizi çeken konu karmaşık olduğu için incelenmiş ve açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Öncelikle gaiplik kavramı üzerinde durulmalıdır. Ölüm karinesinden farklı olarak, bazı hallerde kişinin içinde kaybolduğu durum, ölümünü kesin saydıracak bir durum olmamakla beraber, onun hayatta mı yoksa ölü mü olduğuna ilişkin bir şüphe yaratır. Böyle şüpheli bir durum içinde sürekli olarak kalmanın hem aile hem de miras hukuku yönünden sakıncalar doğurması nedeniyle, bütün hukuk düzenleri, bu askıda kalmayı ortadan kaldırmak için, değişik yöntemler uygular¹. Türk hukukunda, gaiplik denilen duruma bağlanan ölüme benzer sonuçların doğabilmesi için mahkeme tarafından gaiplik kararı verilmiş olması gerekir². Türk Medeni Kanunu'na 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 (TMK. m. 32 / I).

Nişanlılık ise, nişanlanma sözleşmesi ile ortaya çıkan, kendisine özgü sınırlı hukuki neticeler doğuran ve evlilik öncesi varolan bir ilişkidir. Diğer

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ *Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 28.*

² *Zevkliler, Aydın / Acabey, Beşir / Gökyayla, Emre : Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6.Bası, Ankara 2000, s. 514.*

bir deyişle, nişanlılık, ileride birbirleriyle evlenmek isteyen ve evlenmeleri caiz olan ayrı cinsten iki kişinin birbirlerine bu konudaki iradelerini açıklamalarıyla özel ailevi ilişkiler içine girmeleridir³.

Nişanlılık, nişanlanma sözleşmesi ile başlar ve tabii olarak evlenme ile son bulur; fakat karşılıklı anlaşma ile veya tek taraflı irade beyanı ile sona erdirilebileceği gibi, nişanlılardan birinin ölümü, ayırdetme gücünü sürekli olarak kaybetmesi ile de, kişilerin iradesi dışında sona erer⁴.

Çalışmamızda, gaiplikle ilgili sistemler, gaipliğin nişanlılığı sona erdirip erdirmediği, sona erme söz konusuysa bunun niteliği, yani kendiliğinden bir sona erme olup olmadığı, ölümle gaiplik arasında nişanlılık bağlamında bir benzerlik kurulup kurulamayacağı, gaibin evliliğine ilişkin hükümlerin nişanlılığa da kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı (TMK. m. 131), nişanlanmanın ölüm ve gaiplikle sona ermesine bağlı olarak hediyeleşmelerin iadesinin (TMK.m.122) ve nişanlılardan birinin ölümü ve gaipliğinde maddi tazminat (TMK.m.120) ve manevi tazminat (TMK.m.121) istenmesinin söz konusu olup olmadığı ele alınmıştır.

I.GAIPLIK KARARI

1. Gaiplik ve Gaiplikle İlgili Sistemler

Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılacak durumda olmamakla beraber ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa veya kendisinden uzun süredir haber alınamıyorsa ve böyle bir kimsenin ölmüş olması ihtimali kuvvetli ise, kanun, o kişinin gaipliğine karar verilmesi ve böylece kişiliğinin sona ermesine bağlanan sonuçların aynen olmasa bile uygulanması imkânını kabul etmiştir⁵.

a.Ölüm Kararı Sistemi⁶ (Todeserklrung)

Bazı hukuk sistemlerinde, gaipliğe “ölüm karinesi” bağlanarak, kişilik, ölüm kararı ile sona erdirilmektedir⁷. Bu sistem, Alman Hukuku (Verschollenheitsgesetz § 3-7)⁸; Avusturya Hukuku (Verschollenheitsgesetz

³ Öztan, Bilge : Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 20-21.

⁴ Öztan, s. 20.

⁵ Oğuzman , Kemal / Seliçi , Özer / Oktay , Saibe : Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) , 7. Bası , İstanbul 2002 , s. 21 .

⁶ Bu sisteme, ölüm beyanı sistemi de denilmektedir. Bkz. Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut : Türk Medeni Hukuku (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), Birinci Cilt , 4. Bası, İstanbul 2002 , s. 265 vd.

⁷ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 21 , dn . 39 .

⁸ Bu konuda toplu bilgi için bkz. Arnold , Egon : Verschollenheitsgesetz , Kommentar Zum Verschollenheitsgesetz , Bonn 1951 , s. 42 vd.

§ 3ff)⁹; İtalyan Medeni Kanunu (Art.48 – 73 Codice Civile)¹⁰ tarafından kabul edilmiştir¹¹.

İsviçre’de de, İsviçre Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce Almanca konuşan kantonlarda¹² bu sistem geçerliydi¹³.

Almanya’da ise Gaiplik Kanunu¹⁴ (Verschollenheitsgesetz) gaip olan kişi için ölüm kararı verileceğini hükme bağlamaktadır¹⁵. Elli dört maddeden oluşan bu Kanun, daha sonra çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramıştır¹⁶.

Bu Kanuna göre, kendisinden uzun süre haber alınamayan ve bu süre içinde nerede olduğu bilinmeyip, yaşayıp yaşamadığı konusunda kuşku uyandırıcı bir ortam bulunan kişi gaip sayılır. Böyle bir kişi hakkında, bu Kanun’un 3-7. paragraflarında belirtilen koşulların oluşması durumunda ölüm kararı verilebilir.

Gaip hakkında ölüm kararı verilebilmesi için, onun hayatta olduğuna ilişkin alınan son haberden başlayarak belirli bir süre geçmiş olmalıdır. Bu süreyi Kanun iki değişik biçimde düzenlemiştir. Buna 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 (3 / I) . Buna “genel gaiplik” denilir¹⁷.

⁹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 510; aynı kanun, bazı değişikliklerle 1959 yılında Ölüm Kararı Kanunu (Todeserklärungsgesetz) adını alarak yürürlüğünü devam ettirmiştir (Dural / Ögüz, s. 28); Frey, Alfred: Die Rechtstellung des Verschollenen, Zürich 1948, s. 45 vd.; Marthaler, Otto : Die Verschollenheits – und Todeserklärung im internationalen Privatrecht, Zürich 1938, s. 48 .

¹⁰ Frey, s. 53 vd. ; Ursprung, W. : Verschollenheits – und Todeserklärung , Aarau 1918 , s. 30 vd.

¹¹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 510 .

¹² Bu kantonların isimleri için bkz. Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 511.

¹³ Bu konuda bkz. Frey , s. 28 – 29 ; Egger / Çernis : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku , 2. Bası , Ankara 1947 , s. 351 – 352.

¹⁴ BGB’nin gaipliğe ilişkin hükümleri (§§ 13- 20) sonradan 4.7. 1939 tarihli “Gaiplik, Ölümün Bildirilmesi ve Ölüm Zamanının Saptanmasına İlişkin Kanun” (Gaiplik Kanunu = Verschollenheitsgesetz) ile kaldırılmış ve bu hükümlerin yerini, sözü geçen kanunun 2-11. paragrafları almıştır (Özsunay, Ergun : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 5. Bası, İstanbul 1982, s. 224; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 511; BGBI I 861 ve I 3651) .

¹⁵ Öguzman / Selici / Oktay , s. 21, dn. 39; Dural / Ögüz , s. 28 . Aynı sistem Avusturya’da da yürürlükte dir.

¹⁶ Özsunay, s. 224; Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 511. Bu Kanun, 15.1.1951’de yeniden değiştirilmiş; daha sonra bu Kanun da , 26.7.1957 ve 20.12.1974 tarihli kanunlarla değişikliğe uğramıştır (Özsunay , s. 224) . Alman hukukunda neden BGB’nin gaiplik ile ilgili hükümlerinin neden kaldırıldığı ve yerine Gaiplik Kanunu hükümlerinin konduğu hakkında bilgi için bkz. Özsunay , s. 224.

¹⁷ Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s . 511; Özsunay , s. 225 .

Bir de “özel gaiplik durumları” denilen¹⁸ ve yasanın 4-7. paragrafları arasında düzenlenmiş bulunan, “savaşta kaybolma”¹⁹, “denizde kaybolma”²⁰(§ 5), “havada kaybolma”²¹(§ 6), “yaşam tehlikesi içinde kaybolma”²²(§ 7) gibi özel durumlar vardır ki, bu durumlarda, savaşın bittiği ya da barış imzalandığı tarihten başlayarak bir yıl (§ 4 / I) , bir deniz kazasında geminin batması durumunda bu olaydan başlayarak altı ay, eğer geminin ne zaman battığı bilinmiyorsa, gemiden alınan en son haberden başlayarak bir yıl (§ 5), bir uçak kazasından üç ay (§ 6), ölüm tehlikesi içinde kaybolmada da tehlikenin ortadan kalktığı ya da kalkması gerektiği gündün başlayarak bir yıl (§ 7) geçmiş olmalıdır (§ 6)²³ .

Bu koşullar varsa, ilgili kişiler, gaibin son konutu asliye mahkemesine başvurarak ölüm kararı verilmesini isteyebilirler (§ 15 / I). İlgili kişiler, savcı, gaibin yasal temsilcisi, eşi, altsoyu, ana babası ve ölüm kararı alınmasında çıkarı bulunan kişilerdir (§ 16)²⁴ .

Yapılan başvuru günlük bir gazetede ilân edilerek, bu ilânda gaibin kendisinin ya da onun yaşayıp yaşamadığını bilenlerin gelip başvurmaları için bir süre belirlenir. Bu süre en az altı ay olmalıdır (§ 19-21) . Bu süre içinde hiçbir haber çıkmazsa, hâkim, eldeki kanıt ve verilere göre, kişinin ölmüş sayılabileceği en olası tarihi, ölüm günü olarak belirler ve ölüm kararı verir (§ 9 / 11 ; 23) ve bu karar ilân edilir (§ 24)²⁵ .

Böylece, bu sistemde, kendisinden uzun süreden beri haber alınmayan veya ölümüne olası gözle bakılan haller içinde kaybolmuş bulunan kişiler hakkında ilgililerin başvurusu üzerine mahkeme tarafından belli bir yapay ölüm günü tayin edilir (Alman Gaiplik Kanunu m.3 vd.)²⁶ .

¹⁸ *Lehmann, Heinrich / Hübner, Heinz* : Allgemeiner Teil des BGB , 16. Aufl., Berlin 1966 , s. 408 ; *Larenz , Karl* : Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5.Auflage, München 1980, s. 84; *Arnold* , s. 45 vd. , 52 vd.

¹⁹ Savaşta kaybolma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arnold* , s. 53 – 69 ; *Lehmann / Hübner* , s. 408 – 409 .

²⁰ Denizde kaybolma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arnold* , s. 69-79; *Lehmann / Hübner* , s. 409.

²¹ Havada kaybolma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arnold* , s. 79-87; *Lehmann / Hübner* , s. 409.

²² Yaşam tehlikesi içinde kaybolma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Arnold* , s. 87- 98; *Lehmann / Hübner* , s. 409.

²³ *Zevkliler / Acabey / Gökyayla* , s. 511-512 ; *Dural , Mustafa* : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler , 4. Bası , İstanbul 1995 , s. 29-30; *Özsunay* , s. 225 .

²⁴ *Zevkliler / Acabey / Gökyayla* , s. 512 .

²⁵ *Zevkliler / Acabey / Gökyayla* , s. 512 .

²⁶ *Akıpek / Akıntürk* , s. 265 ; *Tuor, Peter / Schnyder, Bernhard / Schmid , Jörg / Rumo – Jungo , Alexandra* : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch , 12. Aufl. , Zürich, Basel, Genf 2002 , s. 119 ; *Larenz , Karl / Wolf , Manfred* : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts , 8. Auflage , München 1997 , s. 129 – 130 ; *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I / Hrsg. Honsell / Vogt / Geiser* , 2. Aufl., Basel , Genf , München 2002 -*BSK ZGB I - Nägeli* , Art.35, N.1.

Ölüm kararı kesinleşince, kişi kararda belirtilen günde karineyle ölmüş sayılır (§ 9; 29; 44). Kişinin hâkim kararında belirtilen günde ölmüş sayılacağı karineyle kabul edildiği gibi (§ 9,44) , o tarihe kadar yaşamış olduğu konusunda da bir karine geçerlidir (§ 10)²⁷ .

Kişi bu yapay ölüm gününe kadar sağ, bu günden sonra da ölmüş sayılır. Başka bir ifadeyle kişi hakkında bu yapay ölüm gününe kadar “sağlık karinesi”, bu günden itibaren de “ölüm karinesi” geçerli olur (Alman Gaiplik Kanunu m.9,10). Bu ölüm karinesinin çürütülmesi, yani aksinin ispat edilmesi ancak açılacak bir dava ile mümkün olabilir²⁸ .

Buradaki ölüm karinesi tersi kanıtlanabilen bir karine olup, kişinin belirlenen tarihten önce ölmüş ya da halen yaşamakta bulunduğu kanıtlanarak bu karine çürütülebilir (§ 30)²⁹ .

Ölüm kararının kesinleşmesiyle, ölüme bağlı sonuçlar kendiliğinden doğar. Dolayısıyla kişinin mirası mirasçılara geçer, velayet ve vesayet sona erer³⁰ .

Ölüm kararı sisteminde, durumu bilinmeyen kişi mahkemece tayin edilen belli günden (yapay ölüm gününden) itibaren ölmüş sayılacağı içindir ki, kişinin mirası da bu yapay ölüm gününde açılır. Mirasçuları güvence vermeye gerek kalmaksızın terekeye (mirasa) el koyarlar. Evlilik birliği herhangi bir işleme gerek kalmaksızın yapay ölüm gününde kendiliğinden ortadan kalkmış olur³¹ .

Hakkında ölüm kararı verilen kişi evliyse, ölüm kararıyla bu evlilik kendiliğinden ortadan kalkmaz ve ancak öteki eşin ikinci kez evlenmesiyle ortadan kalkar. Fakat sonraki evlenmenin önceki evlenmeyi ortadan kaldırmaması için de ikinci evlilikteki eşlerin, hakkında ölüm kararı verilen kişinin –gerçekte yaşıyorsa- yaşadığını bilmemeleri gerekir (§38 Ehegesetz – Evlilik Kanunu-). Böyle bir durumda bile, hakkında ölüm kararı verilen eş çıkar gelirse, ikinci kez evlenen eşin, bu ikinci evlenmenin iptalini isteme yetkisi vardır (§39 Ehegesetz)³² .

b. Gaiplik Kararı Sistemi

Gaiplik kararı sistemi, Fransız Medeni Kanunu ile Türk- İsviçre Medeni Kanunlarının benimsediği sistemdir. Zaten bu sistem Türk hukukuna Fransız Medeni Kanunu’ndan gelmiştir. Gaiplik kararı sistemi, Alman sistemine,

²⁷ Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 512 ; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo – Jungo , s. 119 ; BSK ZGB I – Nägeli , Art. 35, N.1 .

²⁸ Akipek / Akıntürk , s. 265 – 266 .

²⁹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 512 ; Lehmann / Hübner , s. 410 .

³⁰ Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 512 .

³¹ Akipek / Akıntürk , s. 266 . Bu konularda daha fazla açıklama için bkz. Frey , s. 40 vd.

³² Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 512 ; Lehmann / Hübner , s. 410 .

yani ölüm kararı sistemine oranla çok daha yalın ve mantıksaldır. Bu sistemde ne yapay bir ölüm günü, ne de bu güne kadar sağlık veya ölüm karineleri mevcuttur.

Gaiplik kararı sisteminin bütün özelliği, ispat yükünün ters çevrilmiş olmasında görülür. Gerçekten, ispat yükü kurallarına göre, bir kimsenin sağ veya ölü olduğunu iddia eden kişi bu iddiasını ispat etmek zorundadır (TMK. m. 6) . Bu itibarla durumu bilinmeyen kişinin sağ veya ölü olduğunu iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etmelidir. Fakat gaiplik kararı sisteminde belli bazı şartların gerçekleşmiş olması dolayısıyla bir kişi hakkında gaiplik kararı alındıktan sonra, o kişinin ölümüne dayanan kimsenin artık bu iddiasını ispat yükünden kurtulacağı kabul olunur. Buna karşılık ispatla yükümlü olan kişi, gaibin hayatta olduğunu iddia edendir. Böylece gaiplik kararından sonra kişinin ölmüş olduğu hakkında kanuni bir karine varlık kazanır. “Gaiplik karinesi” denilen bu karine de âdi karine niteliğindedir. Karinenin aksini iddia eden, yani onu çürütmek isteyen kimse, gaibin hayatta olduğunu veya şu ya da bu tarihte ölmüş bulunduğunu her türlü kanıtla ispat edebilir³³.

Kendilerine katıldığımız Zevkliler / Acabey / Gökyayla³⁴, İsviçre- Türk Hukukunda her ne kadar Fransız hukukunun sistemi olan “gaiplik sistemi”nin benimsenmiş olduğu ileri sürülse de³⁵, bunun tutarlı olmadığını ifade etmektedirler. Yazarlara göre, temelde Fransız hukukunda geçerli olan “gaiplik kararı” sistemi kabul edilmiş olmakla birlikte, birçok konuda Fransız hukukundan sapılarak, Alman hukukundaki düzenlemelerden yararlanılmıştır. İsviçre – Türk Hukuku, böylelikle her iki sistemin iyi yanlarını alarak eksiksiz bir gaiplik sistemi kurmaya çalışmıştır³⁶. Hâkim tarafından gaiplik kararı verilmesi ve mirasçılarının güvence göstermesi yönünden Fransız hukuku; miras hukukuna ilişkin sonuçların doğmasını sağlayan bir ölüm karinesinin geçerli olması, terekeye atanmış temsilci varsa gerekli önlemlerin alınması yoluna gidilmesi, evliliğin bir davayla ortadan kaldırılabilmesi, terekeye el koyanların yalnızca zilyet değil mirasçı sayılması, sürelerin kısaltılmış olması yönlerinden de Alman hukukunun etkisinde kalmıştır³⁷. Bu bağlamda, İsviçre – Türk hukukunda gaiplik bakımından karma bir sistemin kabul edildiği söylenebilir.

Karma sistemde, kanun koyucu gaibin mirası ve evliliği konusunda farklı tutum izlemiştir. Karma sistemde, gaibin mirasında gaiplik ölümle eş değer tutulmuş ve mirasın resmen yönetimi ve gaibin mirasçılarının teminat

³³ *Akıpek / Akıntürk*, s. 266 – 267 . Fransız sistemi hakkında bk. *Frey*, s. 62 vd.

³⁴ *Zevkliler / Acabey / Gökyayla*, s. 514.

³⁵ Gaiplik sisteminin benimsendiğini ileri sürenler: *Dural*, 1977 basısı, s.31-32, ayrıca aynı doğrultuda kesin olmayan bir şekilde 1987 basısı, s. 32; *Köprülü, Bülent* : Medeni Hukuk, Genel Prensipler – Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 252; *Akıpek / Akıntürk*, s. 266.

³⁶ *Ursprung*, s. 55- 56; *Frey*, s. 74; *Marthaler*, s. 63 vd.; *Egger / Çernis*, s. 353.

³⁷ *Ursprung*, s. 55 – 56.

göstermesi (TMK.m.584), gaibin mirasının resmen yönetilmesi için kendisine yönetim kayyımı atanması (TMK.m.427) gibi konularda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Oysa, kanun koyucu karma sistemde gaibin evliliği konusunda gaibi sadece kayıp saymıştır. Bu durumda gaibin eşinin evliliğin feshi için mahkemeye başvurması istenmiştir (TMK.m.131) .

aa.Gaiplik Kararı İstenebilmesi İçin Gerekli Şartlar

aaa. Ortadan kaybolma

Ortadan kaybolma, kişinin yaşadığı çevreden kaybolarak hayatta olup olmadığı kesin olarak belirlenememesi anlamına gelmektedir . Türk Medeni Kanunu iki halde gaiplik kararı istenebileceğini kabul etmektedir: Ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve çoktan beri kendisinden haber alınamama³⁸ .

Ölüm tehlikesinin, zorunlu ve kesin olarak kaybolan kişinin ölümü sonucunu doğuracak bir tehlike olması söz konusu değildir. Çünkü ölümü kesin olarak gösterecek bir durum varsa, kaybolan kimse için gaiplik kararı istenmesi değil, ölüm karinesine dayanılması söz konusu olur.

Uzun zamandan beri haber almama³⁹ konusunda da gelecek haberin mutlaka kaybolanın gönderdiği bir haber olması gerekmekte ve başkalarının bir kimsenin hayatta olduğunu belirten haberleri de söz konusu kimsenin kayıp olmadığını göstermektedir⁴⁰ .

bbb. Kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetli şekilde olası görünmesi

Her ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden haber alınamayan kimse için gaiplik kararı istenemez. Somut olaydaki şartlar, kaybolan kişinin ölümünü kuvvetli bir olasılık içinde göstermeli, kaybolanın halâ hayatta olduğu hususunda büyük kuşklar uyandırmalıdır⁴¹ .

Ölümün kuvvetli bir olasılık içinde görülmesi şartı, özellikle uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayanlar bakımından daha büyük

³⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 21. Burada özel bir ölüm tehlikesi bulunmamakta, ancak kişiden uzun süredir yaşayıp yaşamadığına dair bilgi alınamamaktadır. Aynı anlamda Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo – Jungo , s. 120 ve aynı sayfa dn. 10 ; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 516 .

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek / Akıntürk, s. 267.

⁴⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 21-22; Dural / Ögüz, s.29; Egger : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch , Einleitung und Personenrecht , Art. 11- 89, Zürich 1930 , Art. 35, N.3; Ataay : Şahsın Hukuku, Birinci Ayırım , Giriş – Hakiki Şahıslar, İkinci Bası, İstanbul 1969, s. 253; Özsunay, s. 227; Hausheer, Heinz / Aebi – Müller, Regina : Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, s. 26, Nr. 05.08. Bu duruma örnek için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 22 .

⁴¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 22 .

önem taşır. Bir kişinin sadece bulunduğu yerin bilinmemesi, mahkemece hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için yeterli değildir. Ayrıca haber alamama, belirli nedenlerle açıklanabiliyor ve bu nedenler kaybolan kişinin ölmüş olabileceğini ihtimal dahilinde göstermiyorsa gaiplik kararı verilemez⁴².

Ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişi hakkında da gaiplik kararı, ancak ölüm pek muhtemel ise istenebilir. Bundan, her tehlikenin yeterli olmayacağı, ancak önemli bir ölüm tehlikesinin gerektiği anlaşılmaktadır⁴³. Ölüm tehlikesinin varlığı ve büyüklüğü ve ölümün pek olası olup olmadığı olayın şartlarına göre hâkim tarafından belirlenir⁴⁴.

ccc. Belli sürelerin geçmiş olması

Gaiplik kararı verilebilmesi için bir kimsenin sağ mı, yoksa ölü mü olduğu uzun zamandan beri bilinmemelidir. Diğer bir deyişle, kendisi hakkında alınmış olan son bilgiden itibaren uzunca bir süre geçmiş olmalıdır. Hiçbir bilgi edinilmeden böyle uzunca bir sürenin geçmiş olması, kişinin sağlığı hakkında ciddi şüpheler uyandırmaya yeterli olup bu nedenle bu kişinin hayatından artık ümit kesilebilirse de, onun ölmüş olması kadar sağ olması olasılığı da vardır. İşte, Medeni Kanun habersiz geçen böyle uzunca bir süreden sonradır ki, gaiplik kararı verilmesinin istenebileceğini öngörmektedir. Gaiplik kararının verilebilmesi için, her iki halde de kişi hakkında az çok uzunca bir habersizlik süresinin geçmiş olması gerekecektir. Bu süre her iki halde de aynı değildir. Çünkü her iki halde de kişinin hayatından aynı derecede kuvvetle ümit kesilmez.

Bu nedenle, gaiplik kararının istenebilmesi için, son haber alma tarihinden itibaren geçen sürenin daha uzun olması mantıksaldır. Gerçekten, TMK.m.33'e göre, son haber alma⁴⁵ tarihinden itibaren beş yıl geçmeden

⁴² Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 22; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, s. 516; Dural / Öğüz, s. 29; Frey, s. 76; Pedrazzini / Oberholzer : Grundriss der Personenrecht, 4. Auflage, Bern 1993, s. 39; Öztan, Bilge : Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 10. Bası, Ankara 2001, s. 31. Aynı yönde Yarg. 2.HD., 2.12.1968, 6517 / 6829 (Yazıcı, Hilmi / Atasoy, Hasan : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952 – 1970, Ankara 1970, No : 34). Bu konuda örnekler için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 22 .

⁴³ Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesini karşılayan kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 35. maddesinin Almanca metni büyük bir ölüm tehlikesi (grosse Todesgefahr) içinde kaybolmadan söz etmektedir (Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 22; Özsunay, s. 225). Her ne kadar anılan yazarlar, "grosse Todesgefahr" ifadesi üzerinde durmuşlarsa da, İsviçre Medeni Kanunu'nun 35. maddesinin yeni metninde "hoher Todesgefahr" ifadesi yer almaktadır (Bkz. Aepli, Heinz : ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 2002, s. 53).

⁴⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 22.

⁴⁵ Uzun zamandan beri haber alınamama halinde, gaiplik kararı istenilebilmesi için son haberin üzerinden beş yıl geçmiş olmalıdır. Kaybolanın kesin olarak sağ olduğunu belirten haber olan son haber, kaybolan kişinin kendisi tarafından gönderilmişse, gönderme tarihinden itibaren süre hesaplanır. Fakat, bu son haberin kaybolanın kendisinin gönderdiği haber olması

gaiplik kararının verilmesi istenemez. Bu süre ölüm tehlikesi içinde kaybolma⁴⁶ durumunda ise bir yıldır⁴⁷.

Sürelerin başlangıcı, en son haber alma tarihi veya kaybolma olayının gerçekleştiği gündür⁴⁸.

bb.Gaiplik Kararı İstemi ve İstem Hakkı Olanlar

Medeni Kanun gaiplik kararını düzenlerken bu kararın verilmesinde menfaati bulunan kişiler ile durumu bilinmeyen kişinin menfaatini dengelemeye, onlar arasında bir ahenk kurmaya çalışır. Bu bakımdan, gaiplik kararının “re’sen” değil, ancak ilgililer tarafından yapılacak bir istem (talep) üzerine verileceğini kabul eder (TMK.m.32/1) . Medeni Kanun’a göre ancak “hakları ölüme bağlı kimseler” gaiplik kararının verilmesi için istemde bulunabilirler.

Hakları ölüme bağlı olanlar kimlerdir sorunu⁴⁹ da, yine bu görüşten hareket edilerek çözümlenmek gerekir. Bu kimseler genel olarak bir kimsenin ölümüyle bir hak kazanacak veya bir yükümlülüğten kurtulacak olan kişilerdir. Gaiplik kararı gaibin menfaatlerine esaslı şekilde zarar veren bir durum niteliğinde olduğundan, TMK. m.32/1 hükmü dar bir yoruma tabi tutulmalıdır⁵⁰.

Hakları ölüme bağlı kimseler esas itibariyle sağlığı veya ölümü bilinmeyen kişinin eşi, yasal ve atanmış mirasçıları, vasiyet alacaklıları (lehine vasiyette bulunmuş olanlar), durumu bilinmeyen kişi ile birlikte mirasçı olanlar veya onun yüzünden mirasa konamayacak olanlardır (TMK. m. 586)⁵¹.

şart değildir. Başkalarından alınan habere dayanılan hallerde, bu haberde kaybolanın hayatta olduğunu gösteren son tarihten itibaren süre işler (*Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 23) .

⁴⁶ Ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde gaiplik kararı istenebilmesi için tehlike anından itibaren bir yıl geçmiş olmalıdır. Tehlike bir anda gerçekleşmişse, sürenin başlangıç tarihini belirlemek kolaydır. Ancak, tehlike durumu bir süre devam etmişse, bir yıllık sürenin başlangıcını belirlemekte tereddüt edilebilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 23.

⁴⁷ *Akipek / Akıntürk* , s. 268 – 269 . Bu konularda bkz. *Frey* , s. 78 vd.

⁴⁸ *Akipek / Akıntürk* , s. 269 .

⁴⁹ Bu sorunla ilgili bazı hususlar üzerinde durmak gerekir. Sağlığı veya ölümü bilinmeyen kişiye BK.m. 242 anlamında rücu (çayma) şartıyla bağışlamada bulunmuş olan kimsenin de böyle bir hakkı olmalıdır (*Akipek / Akıntürk*, s. 269). Diğer yandan TMK. m. 588, Hazineye belli şartlar altında gaiplik kararı almak için mahkemeye başvurma yetkisini vermiştir (*Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 239). Devletin yasal mirasçı olarak da hiçbir ek şart aranmaksızın bu hakka sahip olduğu yönünde bkz. *Akipek / Akıntürk*, s. 269.

⁵⁰ *Akipek / Akıntürk* , s. 269.

⁵¹ *Akipek / Akıntürk* , s. 269 ; *Oğuzman / Seliçi / Oktay* , s. 23 .

cc.Gaiplik Kararı Verme Konusunda Yetkili ve Görevli Mahkeme

Gaiplik kararı vermeye yetkili mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre yetkili mahkeme, gaibin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesidir; eğer gaip Türkiye'de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı bulunduğu yer mahkemesi ve bu kayıt yok ise, anasının veya babasının nüfus siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesidir⁵².

dd.Mahkemece Uygulanacak Usul

Gaiplik kararı verilmesi için kendisine başvuru mahkeme, talepte bulunanın buna hakkı olup olmadığını ve kendisinin bu davaya bakmaya yetkili bulunup bulunmadığını araştırır; olumlu sonuca varırsa, gaip hakkında bilgisi olan kimseleri, belirli bir süre içinde bilgilerini mahkemeye iletmeleri için usulüne uygun olarak, yapacağı ilân⁵³ ile davet eder⁵⁴. İlân, aynı zamanda kaybolan kişiye, ilân edilen süre içinde başvurmadığı takdirde, kendisi hakkında gaiplik kararı verileceğini bildirir⁵⁵.

Gaiplik kararı talebi, çekişmesiz yargı işi olarak görülür.

Bekleme süresinin bitiminde değişik ihtimaller söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, bekleme süresi içinde gaip olan kimsenin ortaya çıkması, ikincisi ise, kendisinden haber alınmasıdır. Son ihtimal ise, gaip olan kimsenin öldüğü tarihin anlaşılmasıdır. Bütün bu ihtimallerde, gaiplik talebi düşer (TMK.m.34)⁵⁶. İlk iki halde, gaiplik kararı verilmesini gerektirecek bir durum kalmadığı için, gaiplik talebi düşerken, sonuncu halde ise, artık ölüme ait hükümler uygulanır⁵⁷.

⁵² Gaibin anası ve babası da Türkiye'de kayıtlı değilse, gaiplik kararı almak için başvuru 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 28. maddesine göre Ankara, İstanbul ya da İzmir mahkemelerinden birine yapılacaktır. Görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (HUMK. m. 8).

⁵³ Bu ilânın birden fazla yapılmasının şart olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Dural / Öğüz*, s. 31; *Zevkliler / Acabey / Gökyayla*, s. 520- 521; *Özsunay*, s. 229). Fakat tartışmasız olan husus, hâkimin tanıyacağı bekleme süresinin birinci ilân tarihinden itibaren en az altı ay olduğudur (TMK m. 33 / son). Hâkim gerekli görürse süreyi uzatabilir (*Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 24).

⁵⁴ *Öztan*, Şahsın Hukuku, s. 33; *Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 24.

⁵⁵ *Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 24. İlânın başka bir amacının da gaibin mirasından hak alacak kişilerin haberdar edilerek haklarını aramak üzere mahkemeye başvurmalarını sağlamak olduğu yönünde bkz. *Zevkliler / Acabey / Gökyayla*, s. 520.

⁵⁶ Kanun bu durumun sadece bekleme süresi içinde olmasını öngörmüşse de, sözü geçen hüküm, gaiplik kararı verilinceye kadar uygulanmalıdır (*Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 24).

⁵⁷ *Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 24. Aynı şekilde gaiplik kararı verilmesinden sonra gaibin ortaya çıkması, hayatta olduğunun anlaşılması halinde de gaiplik kararının hükmü kalmaz. Gaipliğine karar verilen kimsenin ölüm tarihi belirlenirse, bu tarih esas alınarak ölüme ait hükümler uygulanmalıdır (*Oğuzman / Seliçi / Oktay*, s. 24; Aynı yönde *Dural / Öğüz*, s. 31-32; *Pedrazzini / Oberholzer*, s. 42).

ee.Gaiplik Kararı ve Sonuçları

Yapılan ilân süresi içinde, gaibin hayatta olduğu veya ölmüş olduğu hususunda bir bilgi veren çıkmazsa hâkim gaiplik kararını verir. Gaiplik kararı nüfus idaresine bildirilir ve kütüğe gaiplik kaydı düşülür (TMK.m. 45 , Nüfus K. m. 5)⁵⁸.

Gaiplik kararı, kural olarak ölüme eş değer sonuçlar doğuracağından (TMK.m. 35 / I), kişi son haber tarihinden ya da ölüm tehlikesi tarihinden başlayarak gaiplik kararının verildiği tarihe kadarki dönemde ölmüş ve dolayısıyla bu dönem içinde ölüme bağlı haklar doğmuş sayılır⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun kabul ettiği gaiplik sistemi, ölüm halinde ispat külfetinin yer değiştirmesi olarak kabul edilmektedir. Gerçek anlamda gaiplik, ispat yükünün yer değiştirmesinden başka bir şey değildir. Bir başka deyişle, belirli olayların varlığı dolayısıyla, ölüm karine olarak kabul edilirken, aksini iddia eden bunu ispat etmek zorundadır⁶⁰. Normal olarak bir kişinin öldüğü iddia ediliyorsa, iddia sahibi bunu ispat etmelidir. Gaiplik kararının verilmesinde ise, kanunen aranan şartların gerçekleşmesi halinde, gaiplik kararı isteyen, kaybolanın ölümünü ispat yükünden kurtulmaktadır. Gaiplik kararı, kaybolan kişinin öldüğüne dair bir karine teşkil eder. Türk Medeni Kanunu m.35 f.1 gaiplik kararının ölüm vukubulmuş gibi sonuç doğuracağını ifade etmekte, "ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır" demektedir. Ancak ortada ispat edilmiş kesin bir ölüm söz konusu olmadığından, hukuki sonuçlar, gaibin ortaya çıkabileceği veya öldüğü tarihin saptanabileceği gözönünde tutularak düzenlenmiştir⁶¹. Böylece belirli sürelerde gaip ortaya çıkarsa büyük ölçüde haklarını elde edebilmesi olanağı yaratılmıştır.

Gaiplik kararı geriye etkili olarak hüküm ifade eder. Gerçekten gaiplik kararı, verildiği andan itibaren değil, fakat kararın verilmesini gerektiren sebeplerin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hukuki sonuçlar doğurmaya başlar. Böylece kaybolan kişi ölüm tehlikesinin gerçekleştiği yahut son haberin alındığı günden itibaren gaip olmuş sayılır ve hukuki sonuçlar bu andan itibaren doğar (TMK. m. 35 / f. 2)⁶².

⁵⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 25.

⁵⁹ Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 521; Egger / Çernis , s. 361; Marthaler , s. 574.

⁶⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 25; Dural / Öğüz , s. 32; Grossen , J. M.: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Das Recht des Einzelpersonen, Basel und Stuttgart, s. 306 ; Zevkliler / Acabey / Gökyayla , s. 522; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo – Jungo , s. 120.

⁶¹ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 25. Gaipliğin Aile Hukuku ve malvarlığı ile ilgili sui generis sonuçlar ortaya çıkardığı yönünde Dural / Öğüz , s. 32; Tuor , Peter / Schnyder , Bernhard : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Aufl., Zürich 1986, s. 102. Yazar, evliliğin devam etmesi imkânı verilmişken, aynı zamanda eşe mirasçı olma hakkının da verildiğini belirtmektedir. Aynı yönde Öztan , Şahsın Hukuku, s. 35.

⁶² Akipek / Akıntürk , s. 273 ; Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 25 ; Yarg.2.HD., 1.11.1978 , 7563 / 7666 (Yasa D. , Aralık 1978 , s. 2027) ; karş. Yarg. HGK. 24.12.1982 , 1-43 / 982 (Yasa D. ,

Gaiplik kararının verilmesiyle birlikte hem miras hem de aile hukukuyla ilgili sonuçlar ortaya çıkar.

aaa. Miras hukukuna ilişkin sonuçlar

İncelemekte olduğumuz konu, gaipliğin nişanlılık üzerindeki etkisi olduğu için, miras hukuku ile ilgili sonuçlar bizi fazlaca ilgilendirmemektedir. Bununla birlikte, kısaca gaiplik kararı verilmesi ile gaibin şahsına bağlı hakların sona erdiğini, malvarlığı haklarının ise ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden itibaren gaibin mirasçısı durumunda bulunanlara o anda kendiliğinden intikal etmiş sayıldığını belirtmek gerekir. Bir başka önemli husus ise, kaybolma ile gaiplik kararı alıncaya kadar geçen devre arasında ise gaibin ne yaşadığına ne de öldüğüne dair bir karinenin kanunda yer almamasıdır⁶³. Gaip bu devrede ne mirasbırakan ne de mirasçı olabilir. TMK. m.586'ya göre kendisine düşmesi gereken miras payı resmen yönetilir. Resmen yönetimden amaç mahkeme aracılığıyla yönetilme olup, geride kalan malvarlığı için de TMK. m. 427 / b.1'e göre yönetim kayyımı atanır⁶⁴. Gaiplik kararının verilmesinden sonra ise, gaibin gerçekte öldüğü kesin olmadığı için, kanun mirasçılarının ve mirastan yararlanan diğer kimselerin mirastan alacakları malları gerektiğinde ortaya çıkan gaibe veya ölüm tarihi belli olduğu ve buna göre mirastaki hak sahibi değiştiği takdirde tercih edilecek olan bu kimselere geri vereceklerine dair güvence (teminat) göstermelerini aramıştır (TMK. m. 584)⁶⁵.

bbb.Aile hukukuna ilişkin sonuçlar

Şimdi, esas konumuz olan aile hukuku açısından sonuçlar üzerinde ayrıntılı olarak durmak istiyoruz. Burada Türk Medeni Kanunu'nun gaibin evliliği ile ilgili öngördüğü çözümleri yakından incelememiz, bu Kanun'un düzenlemediği gaibin nişanlılığının hüküm ve sonuçları hakkında daha doğru önerilerde bulunmamızı kolaylaştıracaktır.

Gaiplik kararının verilmesiyle birlikte gaibin mevcut evliliği kendiliğinden ortadan kalkmaz⁶⁶; çünkü gaibin ölmüş olduğu kesinlikle söylenemez. Onun hakkında ölmüş olduğuna ilişkin sadece âdi bir karine

Şubat 1983 , s. 273).

⁶³ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 25 ; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo – Jungo , s. 119 ; Dural , s. 32 . Alman Kanununda ölüm kararı için öngörülmuş süreler doluncaya kadar hayatta olma karinesi (Lebensvermutung) kabul edilmiştir (Versch G. § 10) .

⁶⁴ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 25 .

⁶⁵ Güvence çeşitleri, devletin güvence gösterme yükümü olmaması, güvence süreleri ve miras sebebiyle istihkak davasındaki zamanaşımı süreleri içinde üstün hak sahibinin gelmesi halinde geri verme yükümünün kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay, s. 26 ve Oğuzman / Seliçi : Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2002, s. 102 vd.

⁶⁶ Öztan , Şahsın Hukuku , s. 35 ; Akipek / Akıntürk , s. 275 .

mevcut olduğu için, Türk Medeni Kanunu bu konuda özel bir düzenleme yapmayı, örneğin evliliğe son verip vermeme konusunda karar verme hakkını gaibin eşine bırakmayı uygun görmüştür. Gaibin sağ olma olasılığı da söz konusu olabildiğinden, gaibin eşinin evliliği devam ettirmekte bir yarar görmesi de mümkündür⁶⁷.

Evliliğin ortadan kaldırılabilmesi için eski Medeni Kanun'un 94. maddesinde gaibin eşine şöyle bir olanak tanınmıştı: Gaibin eşi gaiplik kararının verilmesine ilişkin dava ile birlikte evliliğin feshine de karar verilmesini isteyebilirdi veya gaiplik kararından sonra açacağı ayrı bir "evliliğin feshi davası" ile aynı sonucu elde edebilirdi. Bu iki halde de mevcut evlilik hâkimin evliliğin feshine karar vermesiyle ortadan kalkmış oluyordu⁶⁸.

Sonucu aynen böyle düzenlenmiş olan eMK.m. 94'te 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla bir değişiklik yapıldı. Eski madde hükmünün II. fıkrası bu değişiklikle şu hale getirildi:

"Gaibin karı veya kocası ya gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini ister ya da gaiplik kararı verilip de nüfusa tescil edilmiş ise nüfus idaresine müracaat ile evliliğin feshinin tescilini talep eder. Bu tescil evliliğin feshinin tüm neticelerini hasıl eder".

Böylece, eski Medeni Kanun'da 1988 yılında yapılan değişiklikle, gaiplik kararı alındıktan sonra evliliğin feshi davası açmaya gerek olmaksızın nüfus memurluğuna başvurarak evliliğin feshini tescil ettirmek mümkün kılınmıştı.

Yapılan bu değişiklik doktrinde büyük ölçüde eleştirilere uğradı⁶⁹. Aynı madde birinci fıkrasında "Gaipliğine hükmolunan kimsenin kocası veya karısı, evlilik feshedilmedikçe evlenemez" hükmünü içerirken, ikinci fıkrayla getirilen yeni hüküm Nüfus İdaresine evliliği feshetme yetkisi tanımış olmaktadır ki, bunu eski Medeni Kanun'un sistemi ile bağdaştırmak mümkün değildi⁷⁰. Eski Medeni Kanun'un evliliğin sona ermesi sistemine

⁶⁷ Akipek / Akıntürk , s. 275 .

⁶⁸ Akipek / Akıntürk , s. 275 .

⁶⁹ Bu düzenlemenin eski TMK.daki evliliğin sona ermesi sistemine tamamen aykırı olduğu ve amacının anlaşamadığı yönünde bkz. Dural, s. 34; Arpacı, Abdülkadir : Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000, s. 191; Zevkliler, Aydın : Medeni Hukuk, 4. Bası, Ankara 1995, s. 509; Hatemi, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 115-116 .

⁷⁰ Akipek / Akıntürk , s. 275 . 1988 yılında 3444 sayılı kanunla 94 .maddede yapılan değişiklikten önce eski Medeni Kanun'un evlilikle ilgili sistemini Zevkliler / Acabey / Gökyayla'nın da isabetli olarak belirttiği gibi şu şekilde özetlemek mümkündür : "Medeni Kanunun 94. maddesi, temelde, evlilik birliğinin sona erebilmesi için, yargıcın gaiplik dışında evliliğin feshine de karar verilmesini zorunlu görmüştür. Yani evliliğin ortadan kalkması, yargıç kararı ile mümkün olmaktadır. Esas itibarı ile bu, Medeni Kanunumuzun temel anlayışına da uygundur. Yani varolan bir evlilik, ya eşlerden birinin ölümü ile kendiliğinden (MK. 93), ya da yargıcın evlenmenin butlanı nedeni ile vereceği iptal kararı (MK. 124 / I)

tamamen aykırı olan bu düzenlemenin hangi amaçla kanuna konulduğunu anlamak mümkün değildi⁷¹. Daha doğrusu bu değişiklikte, aynı madde içerisinde çelişik bir durum yaratılmış oluyordu. Bu değişikliğin gaibin eşine kolaylık ve usul ekonomisinde tasarruf sağlamak amaçlarıyla yapılmış olduğu ileri sürülebiliyor idiye de, böyle bir savunma evliliğin feshi yetkisinin yargı organının yanında idari bir organa da tanınmış olmasını haklı gösteremezdi. Bu değişiklikte, evlilik hâkimin gaipliğe karar vermesiyle ortadan kaldırılabilir. Çünkü gaibin eşi, gaiplik kararının verilmesinden sonra ayrıca bir dava açma zorunda olmadan nüfus idaresine başvurmak suretiyle mevcut evliliğine son verebilecekti. Hiç de isabetli olmayan ve kanunun sistemine ters bakan bu değişikliğin kaldırılarak maddenin eski hale getirilmesinde büyük yarar olduğu kanısı dile getiriliyordu⁷².

Dural'a göre, eMK.m.94, 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda, en azından lafzına göre anlaşılması güç, yorumlanması gerekli

veya boşanma kararı ile (MK. 138) ortadan kalkabilir. Medeni Kanunun sistemi içinde, varolan bir evliliğin ortadan kalkabilmesi için bir başka yol yoktur. Medeni Kanunun 34. maddesinde her ne kadar "gaiplik kararının ölüme benzer sonuçlar doğuracağı" düzenlenmiş ise de, yasa evlilik birliğinin sona ermesini bundan ayırık tutmuştur ve bunu da 94. maddede dile getirerek, gaiplik kararına rağmen evlilik birliğinin ortadan kalkabilmesi için yargıcın ayrıca evliliğin feshine karar vermesi gerektiğini vurgulamıştır." (*Zevkliler / Acabey / Gökyayla*, s. 524 – 525).

⁷¹ Dural, s. 34. Bu konuda Hükümetin sunduğu tasarı ile de bir sonuca varılamamaktadır. Gerekçede (ABD 1988, Sayı 3, s. 369, 373), gaiplik halinde evliliğin sona ermesi için dava açma zorunluluğunun kaldırıldığı belirtilmekle yetinilmiş; fakat bunun hangi amaca hizmet etmek için yapıldığı açıklanmamıştır. Bu konuda, hükmü aynen kabul eden Adalet Komisyonu raporunda da bir açıklık yoktur (*Dural*, s. 34).

⁷² *Akıpek / Akantürk*, s. 275 – 276. *Zevkliler / Acabey / Gökyayla*'ya göre de, eski Medeni Kanun'a 3444 sayılı kanunla getirilen 94. maddenin yeni metni, gaiplik durumunda, hâkim tarafından evliliğin feshine karar verilerek evlilik birliğinin ortadan kaldırılacağı esasını korumakla birlikte, bunun yanında çok sakıncalı ve Kanun'un sistemi ile bağdaşmayan bir düzenlemeye de yer vermişti. EMK. m.94'ün ikinci fıkrasına göre, gaiplik kararı verilmiş ve nüfusa da tescil edilmişse, gaibin eşi, hâkimden bir karar almaya gerek olmaksızın, doğrudan nüfus idaresine başvurarak evliliğin feshini de tescil ettirebilecekti. Yazarlara göre, bu düzenleme son derece sakıncalı ve bazı gerekçelerle suistimallere yol açıcı nitelikteydi. Öncelikle, ortada evliliğin sona ermesini sağlayan bir mahkeme kararı olmadığı halde, nüfus memuruna evliliğin feshini tescil yetkisi verilmekteydi. Bu durum, evliliğin sona ermesinin, ancak ölüm ya da hâkim kararı ile mümkün olması doğrultusundaki eski Medeni Kanun'un sistemine aykırı olduğu gibi, hâkimin yetkisinin idari makamlara verilmesi, yani yönetimin yargıya ait yetkiyi kullanması anlamını taşımaktaydı. Diğer taraftan, bu düzenleme, eski Medeni Kanun'un 38. maddesinde yer alan ve "Hâkimin hükmü olmadıkça ahvali şahsiye sicilinin hiçbir kaydı tashih edilemez" diyen çok açık ve kesin hükme de aykırıydı. Yazarlara göre, eMK. m. 38 yukarıda belirtilen dönemde yürürlükte olduğuna göre, 3444 sayılı kanun ile getirilen bu yeni düzenlemeyi açıklamak pek mümkün olamamaktaydı ve talihsiz bir düzenleme niteliğini taşımaktaydı. Belirtilen bütün bu gerekçelerle, eMK. m. 94'ün yeni metninde yer alan "gaiplik kararı verilip de nüfusa tescil edilmiş ise nüfus idaresine müracaat ile evliliğin feshininin tescilini talep eder" ifadesi en kısa sürede kanundan çıkarılmalıydı (*Zevkliler / Acabey / Gökyayla*, s. 525).

bir hüküm haline gelmişti. Yazara göre, öncelikle, “evliliğin feshinin gaiplik davası ile birlikte talep edilmesi halinde boşanma hakkındaki usul burada dahi caridir” diyen eMK.m.94 f.3’ün hiçbir anlam ve uygulanabilirliği yoktu. Çünkü böyle bir hüküm eMK.m.94’ün 3444 sayılı değişiklikten önceki metninde olduğu gibi, evliliğin feshinin gaiplik davasından ayrı olarak talep edilmesinin mümkün olduğu hallerde bir anlam taşıyabilirdi. Oysa, yeni metin, evliliğin feshinin ayrı bir davayla istenmesi olanağını kaldırdığına göre, bu hükmün korunmasının bir anlamı kalmamıştı. Ayrıca bu konuda belirtilmesi gereken başka bir husus da, eMK.m.94’ün yeni düzenlemesi ile gaibin eşine, fesih davası açmasına gerek olmadan, gaiplik kararını nüfus kütüğüne tescil ettirdikten sonra, evliliğin feshini de nüfus idaresinden isteyebilme hakkı tanınması karşısında, evliliğin feshini de dava edebilme olanağının korunmuş olmasının pratik bir değeri kalmamıştı⁷³.

Yeni Medeni Kanun, haklı olarak ağır eleştirilere uğrayan bu değişikliği uygun görmeyerek, 131. maddesini, eski Kanun’un 94. maddesinin değişiklikten önceki durumuna benzer biçimde kaleme aldı: “Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir davayla isteyebilir.”

TMK. m. 131 hükmünün gerekçesini de ele almak yerinde olur. “..... 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 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.”⁷⁴

Böylece, gaip evli ise, gaiplik kararı ile evliliğin sona ermeyeceği, fakat gaibin eşinin, gaiplik kararı ile birlikte ve ondan ayrı olarak evliliğin feshine karar verilmesini isteyebileceği esası kabul edilmiştir (TMK. m. 131) .

⁷³ Dural , s. 34. Dural , yeni düzenlemenin evliliğin feshi şartına son vermediğini, ancak evliliğin feshedilebilmesi için fesih davası açılması şartına son verdiğini ifade etmektedir. Bu bakımdan, eski MK. m. 94’ün 3444 sayılı kanunla yapılan 1988 değişikliği ile yeni Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesine kadar geçen dönemde, meselenin çözümünde eski MK. m. 34 / c. 3’den hareket etmek gerektiğini belirten yazar, bu durumu şöyle değerlendirmiştir: “ Şöyle ki, ister gaiplik kararı ile birlikte fesih kararı istenmiş olsun, ister gaiplik kararından sonra nüfusa kayıt ile fesih gerçekleşmiş olsun bir gaiplik kararının bulunması zorunludur. Gaiplik kararı ise sonuçlarını gaiplik kararından itibaren değil, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da son haber alma tarihinden itibaren doğurmaya başlar (MK. 34 / c.3) . Böyle olunca da evliliğin feshi hangi yolla elde edilmiş olursa olsun bu tarihlerden itibaren sona ermiş sayılması gerekir” (Dural , s. 34) .

⁷⁴ Öztan, Bilge: Türk Medeni Kanunu ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, Ankara 2003, s. 135.

Ayrı bir dava ile evliliğin feshinin istenmesinde yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri mahkemesidir (TMK m. 131 / son f.) .

Evliliğin feshi kararı ile evlilik birliği sona ermiş olur. Sonradan gaip çıkagelirse, evlilik birliğini devam ettirmek istiyorlarsa yeniden evlenmeleri gerekir⁷⁵. Evliliğin feshinden sonra gaibin eşi evlenmişse, bu evliliği, gaip dönse bile, geçerli olarak devam eder; gaibin ortaya çıkmış olması, bu yeni evliliğin geçersizlik sebebi değildir.

Gaiplikte bir fesih davası aranması, gaibin ortaya çıkması olasılığı karşısında eşine, isterse gaip eşe bağlı kalmak, isterse bağı çözmek hususunda bir tercih hakkı tanımak içindir. Gaip olan eşine ait mali hususları halletmek için gaiplik kararı alan eşin gaip eşinin ortaya çıkmasını beklemeyi arzu etmesi mümkündür. Onun, eşi mutlaka ölmüş gibi davranması zorunlu görülmemiştir.

Evliliğin feshi istenmemişse, evlilik birliği devam eder. Buna rağmen eşi, gaibe mirasçı olmaktadır. Gaip ortaya çıkarsa, yeni bir işleme gerek olmadan, eşler evli olarak yaşamaya devam ederler⁷⁶.

İsviçre hukukundaki son duruma göre, gaiple yapılan evlilik, gaiplik kararıyla birlikte 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m. 38 f.3'e göre kendiliğinden sona erer ve gaibin eşi tekrar evlenebilir⁷⁷.

ff.Gaiplik Kararının Hükümsüzleşmesi

Gaip geri gelirse veya hayatta olduğuna dair bilgi sahibi olunursa yahutta belli bir zaman içinde hayatta olduğu kesinleşirse, gaiplik kararı hükümsüz hale gelir. Hukuki güven düşüncesiyle gaiplik hâkim kararıyla kaldırılmalıdır. Gaiplik kararının hükümsüzlüğünün tespitini, hakkında gaiplik kararı bulunan kimse veya herhangi bir ilgili mahkemeden isteyebilir. Gaiplik kararının hükümsüzleşmesi ile, kararın sonuçları ortadan kalkar⁷⁸. Mirasa el koymuş olanlar malları geri vermekle yükümlü olurlar (TMK.m. 585) . Fakat gaiplik nedeniyle evliliğin feshine de karar verilmişse (TMK. m. 131) bu etki devam eder. Bu nedenle de gaibin eşinin fesih kararına dayanarak başka birisi ile yaptığı evlenme geçerliliğini korur. Gaibin eşi evliliğin feshi kararından sonra başkası ile evlenmiş olmasa dahi,

⁷⁵ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 27 ; Akipek / Akıntürk , s. 276 ; bkz. Frey , s. 88 vd.

⁷⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 27. Evlilik devam ederken, gaibin eşi bir çocuk doğurursa bu çocuk kanunen baba olarak gaibe bağlanmış durumdadır. Gaiplik kararının, hatta evliliğin feshi kararının çocuğun nesep durumuna doğrudan doğruya etki yapıp yapmayacağı kanunda düzenlenmediği için tartışmalı bir konudur (Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa : Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 201 vd.) .

⁷⁷ Riemer , H. Michael : Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Aufl. , Bern 2002, s. 92, N. 152; Ayrıca ZGB m.38 f.3 hükmü için bkz. Aepli, s. 54.

⁷⁸ Öztan , Şahsın Hukuku , s. 37; Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 27 .

ortaya çıkan gaiple evliliği yeniden kurulmuş olmaz. Ancak yeniden evlenme yoluna başvurulabilirler⁷⁹. Diğer bir deyişle, evlilik birliği feshedilmek suretiyle ortadan kalktıktan sonra gaibin geri gelmesi halinde eski eşiyle yeniden birleşebilmesi için yeni bir evlenme sözleşmesi yapması zorunludur⁸⁰. Yoksa fesholunmuş olan eski evlilik gaibin geri gelmesiyle birlikte kendiliğinden geçerlilik kazanmış olmaz⁸¹.

Gaibin ölümünün tespit edilmesi durumunda da gaiplik kararı hükümsüzleşir. Ölüme bağlı sonuçlar açısından bu ölüm tarihi esas alınmalıdır. Bu hususun tespitini de her ilgili mahkemeden isteyebilir⁸². Gaibin öldüğü tarihin tespiti, mirasta hak sahiplerinde değişiklik yaparsa gaibin mirasına el koyanlar malları gerçek hak sahiplerine geri vermekle yükümlüdürler (TMK. m. 585) .

II. Nişanlılığın Nişanlılardan Birinin Ölümü veya Gaipliği ile Sona Ermesi

Nişanlılık, nişanlıların anlaşmasıyla veya nişanlılardan biri tarafından tek taraflı olarak sona erdirilebileceği gibi, tarafların iradesi dışındaki bir sebeple de sona erebilir⁸³.

Nişanlılığın tarafların iradesi dışındaki bir sebeple sona ermesinin tipik örneği, nişanlılardan birinin ölümüdür. Nişanlılardan birinin ölmesi halinde nişanlılık da kendiliğinden sona erer.

TMK.m.28'de kişiliğin, ölümle sona ereceği hükme bağlanmıştır. Nişanlılardan birinin ölümü ile, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları sona erer; dolayısıyla, nişanlanma da ortadan kalkar⁸⁴.

Burada eski Medeni Kanun'un 86. maddesinde yer alan “..... nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse.....” ibaresi üzerinde durmakta fayda vardır. Maddenin 1990 değişikliği öncesindeki metnine göre, nişanlılığın nişanlılardan birinin ölmesi nedeniyle son bulmasının özelliği, nişanlıların evvelce birbirlerine vermiş oldukları hediyelerin geri istenememesinde görülüyordu (eMK.m. 86 / II). Fakat bu maddede 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, hediyelerin ölüm ve gaiplik halinde dahi geri istenebilmesi olanağını yarattığından, bu özellik de ortadan kalkmış oldu. Yeni Medeni Kanun ise, sona erme nedenlerini

⁷⁹ Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 27 .

⁸⁰ Akipek / Akıntürk , s. 276 ; Frey , s. 88 vd.

⁸¹ Akipek / Akıntürk , s. 276 .

⁸² Oğuzman / Seliçi / Oktay , s. 27 – 28 .

⁸³ Öztan, s. 57.

⁸⁴ Keller, Max : Lehrbuch des Eherechts, Bern 1973, s. 25 ; Öztan, s. 57.

teker teker saymayıp, özellikle ölüm ve gaiplikten söz etmeyip “nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse...” (m.122) demekle yetinmiştir⁸⁵.

Koç’a göre, eMK. m. 86’nın 1990 değişikliği sonrasındaki metnine göre, ölüm, nişan hediyelerinin karşılıklı olarak geri verilmesi yükümlülüğünü ortaya çıkaran bir durum olarak öngörüldüğü için, bu yönden nişanlılığın özel bir sona erme nedeni sayılabilirse de, nişanlılardan birinin ölmesi, evlenme vadinin gerçekleşmesinin olanaksızlaşması anlamını taşıyacağı için, nişanlılığı genel olarak sona erdiren bir neden sayılmalıdır. Nişanlanma sözleşmesi, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olduğu için, nişanlılardan birinin borca aykırı davranması durumunda, kendisine karşı – hediyelerin geri verilmesi davası dışında- aynen ifa değil, sadece tazminat davası açılabilir olan evlenmeyi gerçekleştirme borçlusunun (nişanlısının) kişiliği, ölüm yoluyla sona ermişse (TMK m. 28/ I) bu durumda nişanlılığın da sona erdiğinin kabulü zorunludur⁸⁶.

Buna karşılık, ölümle eş değerli sonuçlar doğuran gaiplik kararının kesinleşmesi durumunda, nişanlanmanın kendiliğinden sona erip ermeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁸⁷.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, gaiplik kararının kesinleştiği anda, nişanlılık kendiliğinden sona erer. Bu görüş taraftarlarına göre, nişanlılardan biri hakkında “ölüm karinesine” (TMK.m.31) veya “gaiplik karinesine” (TMK.m.32) dayanılarak karar alınması, bu karineler ölüme benzer bir halin varlığını kabul ettiklerinden, nişanlılığı sona erdirir⁸⁸.

⁸⁵ *Akıntürk , Turgut* : Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2004, s. 39- 40 .

⁸⁶ *Koç, Nevzat* : Türk- İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002, s. 74 - 75.

⁸⁷ *Koç*, s. 75.

⁸⁸ *Öztan*, s. 58; *Saymen, Ferit / Elbir, Halid K.* : Türk Medenî Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960, s. 55; *Tandoğan, Halûk* : Aile Hukuku Ders Notları (Teksir, tasnif ve cüz’i ilâveler yapan. Ayiter, Nüşin), Ankara 1965, s. 17; *Zevkliler / Acabey / Gökyayla* , s. 695; *Koç*, s. 75. Koç’a göre, bu konuda doktrinde hâkim olan görüşün de benimsediği çözüm tarzı kabul edilmelidir. Nişanlılardan biri hakkında ölüm karinesinin (TMK.m.31/eMK.m.30) doğması veya mahkemece verilmiş olan gaiplik kararının (TMK.m.35 /eMK.m.34) kesinleşmesi durumunda, gaibin nişanlısının, mevcut nişanlanmayla bağlı olmayı sürdürdüğü iddia ve ispat edilmedikçe, nişanlanmanın, bir âdi karine niteliğinde olmak üzere, kendiliğinden sona erdiği sonucuna varılmalıdır. Burada, gaibin eşinin evliliğine ilişkin TMK.m. 131 (eMK.m.94) ile tam bir uyum sağlanması gerekmez. Çünkü, evlenme vaadiyle kurulan nişanlanma sözleşmesinin, yürürlükteki Türk – İsviçre hukukunda nüfus kayıtlarına işlenmesi söz konusu olmadığı için, gaibin eşinin evliliğinin mahkemece feshine karar verilmesinde bir zorunluluk bulunmamaktadır (*Koç*, s. 75). Eski Medeni Kanun’un 94. maddesinin ikinci fıkrasında, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, gaibin eşinin, evliliğin feshi hakkında ayrı bir mahkeme kararı olmaksızın, gaiplik kararının nüfusa tescilinden sonra, nüfus idaresine başvurarak, bu evliliğin feshinin tescilini isteyebileceği kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme, eski Medeni Kanun’un 38. maddesiyle (TMK.m. 39) çelişiyordu. Çünkü, belirtilen maddeye göre, kişisel durumlara ilişkin nüfus kayıtları, hâkimin hükmü olmadıkça değiştirilemez. Bu nedenle söz konusu hükmün, Türk

Köprülü / Kaneti'ye göre⁸⁹ ise, taraflardan birinin, TMK.m.32 vd. (eMK m.31 vd.) gereğince gaipliğine karar verilmesi durumunda, nişanlılığın kendiliğinden, sona erip ermeyeceği kesin değildir. Burada, nişanlılığı sona erdirecek bir irade açıklaması aranması gerekir. Böylece, gaibin eşinin evliliğinin durumuna ilişkin TMK. m. 131 (eMK m. 94) hükmüyle daha uyumlu bir sonuca ulaşılmış ve ortaya çıkabilecek çekişmeler de ortadan kaldırılmış olur. Biz de Köprülü / Kaneti'ye katılıyoruz. Kanaatimizce, gaibin nişanlısının iradesine aykırı davranılamaz, nişanlıya nişanlılığı sona erdirip erdirmeme hakkı tanınmalıdır. Gaiplik nişanlılık bağlamında ölümle eş değerdir dersek bu sonuç gaipliğin evlilik üzerindeki etkisiyle bağdaşmaz. Burada, bize göre, TMK.m.131'de yer alan gaibin evliliğini sona erdirmek bakımından gaibin eşine tanınan evliliği feshetmek için mahkemeye başvurma hakkının gaibin nişanlanmasında da kıyasen uygulanması gerekir. Öyleyse, kanaatimizce, gaiplikte, gaibin nişanlısı haklı nedenle nişanı bozmadıkça nişanlılık kendiliğinden sona ermez. Diğer bir deyişle, kanaatimizce, gaiplik nişanı kendiliğinden sona erdiren bir sebep sayılmamalı, gaibin nişanlısının iradesine önem verilmeli ve ancak o nişanı haklı nedenle sona erdirmek istiyorsa nişan sona ermelidir.

III. Nişanlılığın, Nişanlılardan Birinin veya Her İkisinin Ölümü Nedeniyle Sona Erdiği Durumlarda ve Gaiplikte Hediyelerin İadesi

Eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki metninin 2. fıkrasına göre, nişanlılığın ölümle sona ermesi durumunda, hediyelerin geri verilmesi söz konusu değildi. Bu nedenle, ölen nişanlının mirasçıları ile sağ kalan nişanlı, birbirlerinden, hediyelerin geri verilmesini isteyemezlerdi. Esasen, yukarıda anılan 86. maddenin 2. fıkrasında : “.....Nişan, vefat sebebi ile bozulmuş ise, istirdat davası asla yoktur” hükmü olduğuna göre, gaiplik ölüme benzetilecek olursa, bu dönem için, gaiplik nedeniyle nişanın sona ermesi halinde de, hediyelerin iadesi söz konusu olmamalıdır düşüncesi hâkim olabilirdi. Ancak kanaatimizce bu görüş doğru değildir; çünkü, gaiplikte nişanlılık, ölüme olduğu gibi, kendiliğinden sona erer dersek, nişanlının iradesinin aksine davranmış oluruz.

Yargıtay'ın bu dönemde verdiği bir kararında⁹⁰, ölen nişanlının mirasçılarına, ölüme sebep olan nişanlıdan, hediyelerin geri verilmesini isteme hakkı tanındığı; fakat bunun bir istisna olduğu belirtilmektedir. Yüksek mahkeme, bu kararının gerekçesini, nişanlısının ölümüne gerek

Medeni Kanunu'na alınmaması yerinde olmuştur (Koç, s. 76, dn. 12) . Eski Medeni Kanun'un 94. maddesinin 1988 yılında değiştirilen metniyle ilgili doktrinde yapılan eleştiriler ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda, s. 11-13 ve dn. 69, 70, 71, 72, 73.

⁸⁹ Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim : Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 52 .

⁹⁰ 6.HD., 12.5.1975 tarih ve 2394 / 3511 sayılı karar (YKD. 1975 / 11 , s. 43) . Köprülü / Kaneti (s.61), bu kararda varılan sonucu benimsemektedirler.

kasten, gerek ihmal suretiyle sağ kalan nişanlı sebep olmuşsa, ölen nişanlının mirasçılarının, eski Medeni Kanun'un mirastan ıskata ilişkin 457. maddesinin birinci fıkrası ile Borçlar Kanunu'nun ifa edilmiş bağışlamadan rücu ilişkin 244. maddesinin birinci fıkrası hükümlerinin kıyasen uygulanabilecekleri hakkındaki görüşüne dayandırmaktadır. Bu karar doktrinde çeşitli tartışmalara⁹¹ yol açmıştır.

Tekinay⁹², 1990 değişikliği öncesindeki anılan dönemde, ölüm durumunda da, hediyelerin geri verilmesi gerektiğini ileri sürerek, eski Medeni Kanun'un yürürlükten kaldırılan 86. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen aksi yöndeki eski düzenlemeyi eleştirmiştir. Yazara göre⁹³, kanunda "asla" sözcüğü kullanılarak, ölüm durumunda hediyelerin geri verilmesinin, bu kadar sert ve kesin bir şekilde yasaklanması doğru ve yerinde değildir⁹⁴. Özellikle hediye alan ölen nişanlı olduğu takdirde, bu

⁹¹ Feyzioğlu, bu karara konu olan olayda, davalının nişanlısını kasten öldürmesi durumunun doğurduğu ağır baskının –eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin açık hükmüne rağmen– ölenin mirasçılarında, böyle bir çıkış yolu bulmaya, en azından, duygusal ve moral açıdan kendisini de zorladığını belirtmektedir (*Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Aile Hukuku*, 3. Bası - Baskıyı hazırlayanlar : *Özakman, Cumhuriyet / Sarıal, M. Enis -*, İstanbul 1986, s. 60- 61, dn. 68 b) . Koç'a göre, bu kararda Yargıtay'ın belirttiği gibi, eMK. m. 457 / I (TMK.m. 510 / I) hükmü kıyas yoluyla uygulanamaz. Çünkü mirasçılıktan çıkarma (ıskat) düzenleyen bu maddenin uygulanabilmesi için, söz konusu kişinin mirasçı olması gerekir. Nişanlanma, evlenme gerçekleşmedikçe nişanlıya mirasçılık hakkı sağlamaz. Bu nedenle, belirtilen hükmün kıyas yoluyla uygulanabilmesinin maddi koşulları gerçekleşmemektedir. Bir başka husus da, ıskatın sadece mirasbırakan tarafından, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biriyle gerçekleştirilebilecek bir hukuki işlem olmasıdır. Koç'a göre, karara konu olan olayda, BK.m. 244, b. 1 hükmünün, nişanlılığın ölüm nedeniyle sona erdiği durumlarda, hediyelerin geri verilmesinin istenmesi olanağını açıkça ortadan kaldıran eMK.m. 86 / I hükmünün değişikliğinden önceki metnin yürürlükte olduğu dönemde de uygulanması mümkündür. Nitekim, BK. m. 244 / I, b. 1'e göre, bağışlananın, bağışlayana veya bir yakınına karşı ağır bir suç işlemesi, elden bağışlamadan veya yerine getirilmiş olan bağışlama taahhüdünden dönme (rücu) sebebidir. BK.m. 246 / II gereğince, bağışlamadan dönme nedenini öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde, dönme hakkını kullanabilecek durumdaki bağışlayan, bu süre dolmadan ölmüşse, bağışlanmanın iptalini dava hakkı, mirasçılara geçer ve onlar, bu davayı bir yıllık zamanaşımı süresinin sona ereceği tarihe kadar açabilirler. Söz konusu kararda, ölen nişanlının mirasçıları tarafından, ölüme neden olan diğer nişanlıya karşı hediyelerin geri verilmesi amacıyla açtıkları davada, dava dilekçesinin davalıya tebliğ edilmesi, Koç'a göre, bağışlamadan rücu iradesinin açıklaması niteliğindedir. Ancak, karardan, bağışlamadan rücuun, yasal süre içinde yapılıp yapılmadığı anlaşılammamaktadır. Davacılar, bu süreye uymuşlarsa, davanın kabulüne ilişkin verilen kararın, hukuka uygun olduğu sonucuna varılmalıdır (*Koç*, s. 140-141). Koç'a göre, Tekinay'ın (*Tekinay, Selâhattin Sulhi : Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1990, s. 27, dn. 10) sözü edilen kararda, mirasçılara istisnai nitelikte olmak üzere tanınmış olan davanın hukuki dayanağının gösterilmemesine ilişkin eleştirisine katılmak mümkün değildir. Koç'un Tekinay'ın bu eleştirisini de dikkate alarak yaptığı değerlendirmeler için bkz. *Koç*, s. 141- 142.

⁹² *Tekinay*, s. 27.

⁹³ *Tekinay*, s. 29.

⁹⁴ Fransız Yargıtay'ı bir kararında ölüm sebebiyle de olsa nişan yüzüğünün iadesi gerektiğini kabul etmiştir (*Tekinay*, s. 27, dn. 9; Bkz. *Deurbergue, A. : De la promesse de mariage dans le*

hediyeye, onun mirasçılarının sahip olmaları, makul ve haklı sayılamaz. Erkek nişanlı, diğer nişanlıya değerli bir aile yâdigarı hediye etmiş olsa, bunun, örneğin, nişanlısının yaşlı teyzesine kalması ve erkek nişanlı tarafından geri istenememesi, adalete uygun bir sonuç değildir⁹⁵.

Schwarz⁹⁶, eMK.m.86'nın eski metninin emredici bir hüküm olmadığını; tarafların, aksini öngörmelerinin mümkün bulunduğunu ileri sürmektedir. Tekinay⁹⁷, eMK.m.86 hükmünü, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1301. maddesinin ikinci paragrafındaki hükme benzeten bu yorumu sempatiyle karşıladığını yazmaktadır. Nitekim, BGB'nin sözü edilen ve ölüm halinde Alman hukukunda hediyelerin iadesini eMK.m.86 hükmüne göre yumuşatan hükmüne göre, nişanlanma, ölümle sona ermişse, hediyelerin geri verilmesi istenebilir; ancak şüphe halinde hediyelerin geri verilmesi istenemez⁹⁸.

Koç'a göre, eski Medeni Kanun'un yürürlükten kaldırılan 86. maddesinin eski ikinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "Nişan, vefat sebebi ile bozulmuş ise, istirdat davası asla yoktur." şeklindeki hükmünün, 1990 değişikliği öncesindeki düzenleme bakımından, emredici nitelikte olduğu kabul edilmelidir⁹⁹.

EMK.m. 86'nın eski metninin yürürlükte olduğu bu dönemde, nişanlanma ilişkisi ölüm veya evlenme ile sona ermişse, tarafların birbirlerine verdikleri hediyeler iadeye tabi değildir¹⁰⁰. Ne ölenin mirasçıları, ne de sağ kalan nişanlı, hediyeleri geri isteyemez. Sağ kalan tarafın, hediyeleri hatıra olarak alıkoymak isteği hoş görülmelidir. Bunda hakkaniyete aykırı bir yön de yoktur¹⁰¹.

droit moderne, Paris 1932, s. 111) .

⁹⁵ Tekinay, s. 27. Karşılaştır : *Leuenberger , Jakob* : Verlöbnis im schweizerischen Recht mit Berücksichtigung des neuen schweiz Zivilgesetzbuches, Bern 1908, s. 267.

⁹⁶ Schwarz, *Andreas B.* (Çeviren: *Davran, Bülent*) : Aile Hukuku I, İstanbul 1942, s. 52.

⁹⁷ Tekinay, s. 27, dn. 9.

⁹⁸ Öztan , *Bilge* : Aile Hukuku, Ankara 1983, 2. Bası, s. 42, dn. 154. Bu hüküm, hediye verenin onu geri istemekten örtülü olarak (zımnen) feragat ettiği düşüncesine dayanmaktadır (Tekinay, s. 27, dn. 9; *Soergel / Lange*: Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5, Familienrecht, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1971, § 1301, N.5). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Gernhuber, Joachim / Coester – Waltjen, Dagmar* : Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., München 1994, s. 85; *Bergerfurth, Bruno*: Das Eherecht, 10 Aufl. , Freiburg i. Br. 1993, s. 38, N. 33; *Schwab, Dieter* : Familienrecht, 12. Aufl., München 2003, s. 21, N. 33 ; *Henrich, Dieter* : Familienrecht, 5. Aufl., Berlin, New York 1995, s. 27.

⁹⁹ Koç, s. 142.

¹⁰⁰ Öztan, s. 42; *Feyzioğlu*, Aile Hukuku, İstanbul 1971, s. 46; Tekinay, 3. Bası, Türk Aile Hukuku, İstanbul 1978, s. 27; *Akıntürk* , Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s. 40; *Keller*, s. 27; *Götz, Ernest* : Berner Kommentar, Familienrecht, II. Band, I. Abteilung Eheschliessung, (Art. 90- 136 ZGB), Bern 1964, Art. 92, nr. 10, s. 43.

¹⁰¹ Öztan, 2.Bası, s. 42; *Götz*, Art. 94, nr. 10, s. 43. Ölenin mirasçıları ise, mecbur olmamakla beraber, kendilerine kalan hediyeleri geri vermelidirler (Öztan, 2.Bası, s.42; Götz, Art. 94, nr. 10, s. 43). Ancak, bu sadece bir temenniden ibarettir. Hukuki bir dayanaktan yoksundur

Bize göre, burada ölüm halinde, nişanlılık, taraflara yüklenemeyecek bir nedenle sona erdiği için hediyeler geri istenememektedir. Kanaatimizce, 1990 değişikliği öncesindeki ve yukarıda ayrıntılı olarak incelenen çözüm, daha manalı ve daha hukukidir. Birazdan inceleyeceğimiz 1990 değişikliği maddiyatçı bir bakış açısını yansıtmaktadır.

Eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin 1990 yılında getirilen yeni metniyle¹⁰², nişanlılardan birinin veya her ikisinin ölmesi durumunda da, hediyelerin geri verilmesinin istenemeyeceğine ilişkin yasak ortadan kaldırılmıştır¹⁰³. Bu metin, aynen şöyledir:

“Nişan bozulur veya nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse nişanlıların birbirlerine veya ana 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.”¹⁰⁴

(Öztañ, 2. Bası, s. 42).

¹⁰² Bu hüküm, 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı kanunla değiştirilmiştir ve 23.11.1990 tarihli ve 20704 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu maddenin gerekçesi aynen şöyledir : “Maddede yapılan değişiklikle, nişanın bozulması halinde hediyeleri iade yükümlülüğü yalnız nişanlıların birbirlerine verdikleri mutad dışı hediyeler için değil bir nişanlının ana ve babasının veya onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri mutad dışı hediyeler için de kabul edilmiştir.

Ölüm sebebiyle nişanın bozulması halinde hediyelerin geri verilmesi için dava açılmayacağı hükmü kaldırılmış, ölüm sebebi ile nişanlılığın sona ermesi halinde de, diğer nişanın bozulması hallerinde olduğu gibi mutad dışı hediyelerin geri istenebileceği kabul edilmiştir.

Mutad hediyeler nişanlıya örf ve âdete göre veya kendiliğinden verilen ve maddi değeri de günün koşullarına göre fahiş olmayan hediyelerdir. Değeri mutad aşan hediyelerin iadesi söz konusu olacağı gibi nişanlıya verilen ve onun yönünden haksız kazandırmaya sebebiyet verebilecek mücevherat, bono, çek gibi kıymetli evrak ve senedatın da iadesi söz konusu olacaktır” (TBMM Tutanak Dergisi 1991, Cilt 49, S. Sayısı: 398, s.2).

Adalet Komisyonu Raporunda ise, tasarının 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölürse” kelimesinin yerine gaiplik halini de madde kapsamına almak amacıyla “ölür veya gaipliğine karar verilirse” ibaresinin konulduğu belirtilmektedir (TBMM Tutanak Dergisi 1991, Cilt : 49, S. Sayısı : 398 , s. 10).

¹⁰³ Eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin eski metni şöyleydi : “Nişanlılardan her biri, diğerine verdiği hediyeği geri isteyebilir. Hediyeler aynen mevcut değilse, bigayri hakkın mal edinmeye dair olan hükümlere tevfi kan tazmin olunur. Nişan, vefat sebebi ile bozulmuş ise, istirdat davası asla yoktur.”

¹⁰⁴ 1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısı'nın nişanın bozulmasında hediyelerin geri verilmesine ilişkin 84. maddesinin metni ise şöyleydi : “Nişan bozulur veya nişanlılardan biri ölürse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya vermiş olduğu hediyeler ve yaptıkları başka karşılıksız kazandırmalar, veren tarafından geri istenebilir. Hediye aynen mevcut değilse, karşılığı sebepsiz zenginleşme kurallarına göre ödenir.” (2467 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Adalet Bakanlığınca Kurulan Komisyon Tarafından Hazırlanan Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, İstanbul 1984, s. 21). Öntasarıda 84. maddenin madde gerekçesi aynen şöyledir: “Madde, yürürlükteki

Ancak, bu madde hükmü bakımından İsviçre hukukuyla aramızda bir farklılık doğmuştur¹⁰⁵. Çünkü, bu hükümde bir değişiklik yapılmaması nedeniyle, kaynak İsviçre Medeni Kanunu bakımından, İsviçre’de, günümüzde de, ölüm durumunda, ZGB m. 91 / 1’e göre, hediyelerin geri verilmesi konusunda dava açılmaz¹⁰⁶.

Kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki gerekçesinin, Türkiye’de nişanlanmada batıya göre çok daha fazla hediye yapılması ve bu hediyelerin (altınlar, dövizler vs.) değerinin İsviçre’ye göre büyük olması ve nişanlılık ölümle sona erse bile, bu hediyelerin, veren ve ailesi için önem taşıması olduğu düşünülebilir.

Ancak, bize göre, eMK.m. 86’da 1990 yılında yapılan bu değişiklikle, nişanlılığın ölüm nedeniyle sona ermesinde hediyelerin geri istenemeyeceğine ilişkin yasağın ortadan kaldırılmış olması yerinde

Kanunun 86. maddesini karşılamaktadır. Toplumda benimsenen çözümler dikkate alınarak yürürlükteki kanuna nazaran aşağıdaki değişiklikler yapılmıştır: İade yükümlülüğü yalnız nişanlıların birbirlerine verdikleri hediyeler için değil bir nişanlının ana ve babasının veya onlar gibi hareket edenlerin diğer nişanlıya verdikleri hediyeler için de kabul edilmiştir. Ölüm sebebiyle nişanlılığın sona ermesi halinde de, diğer nişan bozulması hallerinde olduğu gibi hediyelerin geri istenebileceği kabul edilmiştir.” (Türk Medeni Kanunu Öntasarısı Gerekçesi, 1984, s. 277) . 1984 Öntasarısı madde 84’de “nişanlılardan biri ölürse” anlatımına yer verilmiş ancak 14.11.1990 tarihli 3678 sayılı yasayla getirilen eMK.m. 86 hükmünde olduğu gibi açıkça nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verilirse” ifadesine yer verilmemiştir. Diğer bir deyişle, “nişanlılardan birinin gaipliğine karar verilirse” anlatımı açıkça 84. madde metninde yer almamıştır.

¹⁰⁵ Koç’a göre, Türk kanunkoyucusunun, bu konuda kaynak kanundan ayrılması yerinde olmuştur. Çünkü, birçok olayda, nişanlıların birbirlerine ya da onların çok yakınları olan (ana, baba, kardeş gibi) üçüncü kişilerce diğer nişanlıya hediye verilmesinin, nişanın bozulmaması şeklindeki örtülü şarta bağlı olarak gerçekleştiği kabul edilmelidir. Böylece nişanlılık saiki, kazandırıcı işlemin hukuki sebebi (causa donandi) haline dönüşmekte ve nişanlılardan birinin ya da her ikisinin ölümüyle, bu kazandırmanın hukuki sebebi de ortadan kalkmaktadır (Koç, s. 147- 148).

¹⁰⁶ Koç, s. 147; *Hegnauer, Cyril / Breitschmid, Peter*: Grundriss des Eherechts, 4. Auflage, Bern 2000, N. 3.10; *Hausheer, Heinz / Geiser, Thomas / Kobel, Esther* : Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2000, Rz. 04.22; *Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo*, s. 177. ZGB madde 91 fıkra 1 (eski madde 94 fıkra 3) nişanlılardan birinin ölümü halinde hediyelerin geri istenmesinin yasak olduğunu öngörmektedir. Kanunkoyucunun bu hükmü koymaktaki amacı, sağ kalan nişanlının, ölenin mirasından mahrum kalmasını hediyelerin iade edilmemesiyle telafi ederek sadakati dikkate almaktır (Amtliches steneographisches Bulletin der Bundesversammlung - *StenBull* 1905, 490-). Burada hediyelerin iade edilmemesi yasağı şu şekilde gerçekleşir: hediyeleri geri isteme hakkına karşı, edimden kaçınma def’i kullanılır. Huwiler’e göre, sağ kalan, bu def’iye rağmen hediye geri vermemelidir, burada bir bağışlama değil, fakat ona yönelen bir alacağın ifası söz konusudur. Sağ kalan nişanlı, kusurlu olarak diğer nişanlının ölümüne neden olmuşsa, bu def’iyi ileri sürerken hakkını kötüye kullanmış olur (ZGB m.2 f.2), bu durumda edimden kaçınma def’i hükümsüz hale gelir, yani mirasçının geri isteme hakkı etkili olur. Kusurlu tarafın geri isteme hakkına karşı şüphesiz diğer tarafın def’i hakkı vardır (*BSK ZGB I - Huwiler*, Art. 91, n.12).

olmamıştır. Kanaatimizce, eMK.m. 86'nın yeni metni, konuya derinlemesine nüfuz eden bir bakış açısından değil de, pratik amaçlar ve eyyamcı düşüncelerle kaleme alınmıştır. Bize göre, bu hükümlerle, Türkiye'nin toplumsal ve ekonomik koşulları dikkate alınarak maddiyatçı bir bakış açısı gözetilmiş ve hediyelerin olabildiğince iadesi esas alınmıştır.

1990 metninde “.....nişanlılardan biri ölür veya gaipliğine karar verirse..... hediyeler verenler tarafından geri istenebilir” ifadesinden dolayı olarak gaipliğin nişanlılığı sona erdirdiği ve bu nedenle gaiplik halinde de hediyelerin iade edileceği sonucu çıkarılabilir. Ancak gaipliğin bu şekilde kendiliğinden nişanlılığı sona erdirdiğinin düşünülmesi kanaatimizce doğru değildir. Çünkü, gaibin nişanlısının iradesine aykırı davranılamaz, nişanlılığı sona erdirip erdirmeme hakkı ona tanınmalıdır. Gaiplik nişanlılık bağlamında ölümle eş değerdir dersek, bu sonuç gaipliğin evlilik üzerindeki etkisiyle bağdaşmaz. Kanaatimizce gaiplikte, gaibin nişanlısı haklı nedenle nişanı bozmadıkça nişanlılık kendiliğinden sona ermeyeceği için eMK m. 86 yeni metni anlamında hediyelerin iadesine mahal yoktur¹⁰⁷. Yine bize göre, gaiplikte nişanlılık kendiliğinden sona ermez ve gaipliğe rağmen devam da ettirilebilir. Burada iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimalde, gaibin nişanlısı isterse nişanı haklı nedenle sona erdirir. Bu durumda, hediyeler iade edilir. İkinci ihtimalde, gaibin nişanlısı, isterse nişanı sona erdirmez ve nişanlılık devam eder ve hediyeler de iade edilmez.

TMK.m.122 hükmünün¹⁰⁸ madde metni şöyledir : “Nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse, nişanlıların birbirlerine veya ana ve babanın ya da onlar gibi davrananların, diğer nişanlıya vermiş oldukları alışılmışın dışındaki hediyeler, verenler tarafından geri istenebilir.

Hediye aynen veya mislen geri verilemiyorsa, sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır”

Bu maddenin gerekçesi şöyledir: “Yürürlükteki Kanununun 86. maddesini karşılamaktadır. Maddede nişanı sona erdiren sebeplerin tek tek

¹⁰⁷ Gaibin nişanlısı, gaibin dönmeyeceğini bile bile nişanı sona erdirmese hakkın suistimali olur. Ancak böyle bir durum söz konusu olmadıkça, gaiplik, gaibin nişanlısının iradesi olmaksızın nişanlılığı kendiliğinden sona erdirmez ve bu halde, nişan sona ermediği için de hediyelerin iadesine mahal yoktur.

¹⁰⁸ Bu düzenlemeye göre, nişanın ölüm, gaiplik veya cinsiyet değişikliği ile sona ermesi, hediyelerin iadesini talebe engel teşkil etmez. Hediyelerin iadesi sadece evlenme sözleşmesinin yapılması halinde söz konusu olmayacaktır (Öztañ , s. 65). Hediyelerin geri verilmesini talep hakkı, diğer malvarlığı hakları gibi, başkalarına devredilebilir ve miras yoluyla da hak sahibinin mirasçılara geçer (Koç, s. 156; Tekinay , s. 30) . Hediyelerin iadesi talebi nişanlılardan birinin ölümü halinde onun mirasçılara geçer (TMK.m.122); bu talep hakkından vazgeçmek de mümkündür (Öztañ , s. 73- 74; Götz, Art. 94, n. 8, s. 43). Nişanlı ölmüşse, ölen nişanlının mirasçılarının hediyelerin iadesini talep hakları vardır (Öztañ , s. 65). Nitekim, Yargıtay da, bir kararında “nişan bozulmasından sonra nişanlı ölmüşse, onun mirasçıları hediyelerin geri verilmesini istemek hakkına sahiptirler” demiştir (6.HD., 29.12.1961, 7299 / 7549 – Yavuz , Nihat : Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995, s. 235).

(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....."¹⁰⁹

Kanaatimizce, eMK.m.86'da 1990 yılında yapılan değişiklikle ilgili değerlendirmelerimiz, aynen TMK.m.122 hükmü için de geçerlidir. Burada, 1990 değişikliğinde olduğu gibi, madde metninde ölüm ve gaiplik halinde hediyelerin geri verilmesinin istenebileceğinin açıkça belirtilmemiş olması, biraz önceki açıklamada yer alan madde gerekçesi göz önünde tutulduğunda, önem taşımamaktadır. Öyleyse, TMK. m.122 hükmünde de her ne kadar açıkça belirtilmese de, madde gerekçesi ile birlikte düşünüldüğünde, "nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse" anlatımının ölüm ve gaiplik halini de kapsadığı ve bu durumda da hediyelerin geri verilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki gerekçesinin, Türkiye'de nişanlanmada batıya göre çok daha fazla hediye yapılması ve bu hediyelerin değerinin büyük olması itibarıyla nişanlılığın ölümle sona ermesi halinde dahi, bu hediyelerin veren ve ailesi için önem taşıması olduğu düşünülebilirse de, kanaatimizce yine de nişanlılığın ölüm nedeniyle sona ermesinde hediyelerin geri istenemeyeceğine dair yasağı ortadan kaldıran eMK.m.86'nın 1990 değişikliğindeki metninin TMK.m.122 hükmünde de esas itibarıyla korunması yerinde olmamıştır. Çünkü, bize göre, bu metin, konuya derinlemesine nüfuz eden bir bakış açısından değil de, pratik amaçlar ve eyyamcı düşüncelerle kaleme alınmıştır. Bize göre, bu hükümle, Türkiye'nin toplumsal ve ekonomik koşulları dikkate alınarak maddiyatçı bir bakış açısı gözetilmiş ve hediyelerin olabildiğince iadesi esas alınmıştır.

Kanaatimizce, nişanlanmada gaiplik bakımından hediyelerin geri verilmesi halindeki çözümün de genel çözüme koşutluk göstermesi gerekir. Kanun bu konuda sustuğuna göre evlilikteki çözüm benimsenebilir. TMK.m.122'nin çözümü böyledir. Diğer bir deyişle, nasıl evlenme halinde hediyeler iade edilemiyorsa, gaiplikte de nişanlılığın gaibin nişanlısının iradesi olmaksızın kendiliğinden sona ermeyeceği kabul edilmeli ve nişanlı nişanı haklı nedenle bozma iradesini ortaya koymadıkça nişan gaiplik nedeniyle kendiliğinden sona ermemeli ve hediyeler iade edilmemelidir. TMK.m.131'de gaibin evliliğinin feshi için gaibin eşinin mahkemeye başvurması arandığına göre, burada da gaibin nişanlısının nişanı haklı nedenle sona erdirmeye iradesi aranmalıdır. Öyleyse, burada iki ihtimal söz konusu olabilir. Bunlardan birincisinde, gaibin nişanlısı isterse nişanı haklı nedenle sona erdirir ve bu durumda hediyeler iade edilir. İkinci ihtimalde ise gaibin nişanlısı isterse nişanı sona erdirmez ve nişanlılık devam eder ve hediyeler de iade edilmez.

¹⁰⁹ *Öztañ* , Türk Medenî Kanunu, s. 129. Maddenin ikinci fıkrasının gerekçesi, sebepsiz zenginleşmeyi ilgilendirmektedir. Bu gerekçe için bkz. *Öztañ* , Türk Medenî Kanunu, s.130.

IV. Nişanlının Ölümü veya Gaipliğinde Maddi ve Manevi Tazminat

Tazminat, nişanın tek yanlı bir irade açıklamasıyla veya ancak haklı bir sebep olmaksızın veya nişanlılardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulması halinde söz konusu olacaktır. Gerçekten, Türk Medeni Kanunu, bunu 120. maddesinde “nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde...” demek suretiyle açıkça belirtmiştir. Türk Medeni Kanunu bu gibi hallerde iki türlü tazminat davası öngörmüştür. Bunlar, maddi ve manevi tazminat davalarıdır.

Türk Medeni Kanunu, maddi tazminat¹¹⁰ davasını 120. maddesinde düzenlemiştir. Sözü geçen maddeye göre, nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde, kusurlu olan taraf diğerine uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür¹¹¹.

Koç'a göre, nişanlanmanın ölümle sona ermesi durumunda¹¹², maddi tazminat davasının unsurları¹¹³ olan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik (illiyet) bağı gerçekleşmeyeceği için Türk Medeni Kanunu'nun 120.maddesinde (eMK.m.84) öngörülen dava açılamaz. Bu durumda, nişanlanmanın kendiliğinden sona ermesi yüzünden nişanlıların mal varlıklarının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış meydana gelmiş olsa bile, nişanın bozulması hukuka aykırı veya rıza dışı yollarla gerçekleşmediği için, Koç'a göre, bunlar teknik anlamda zarar olarak nitelendirilemez¹¹⁴.

Bize göre, nişanın nişanlılardan birinin ölümüyle sona ermesi halinde, nişanın taraflardan birine yükletilemeyen bir sebepten bozulması söz

¹¹⁰ Nişanlılığın sona ermesinde maddi tazminat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Akıntürk*, s. 47 – 50; *Öztaş*, s. 77- 86; *Koç*, s. 81- 107.

¹¹¹ *Akıntürk*, s. 47.

¹¹² Koç, nişanlanmanın iki tarafın anlaşması ve haklı bir sebeple bozulması yüzünden sona ermesi durumlarında da, maddi tazminat davasının açılamayacağını belirtmektedir (*Koç*, s. 89).

¹¹³ Koç'a göre, nişanın bozulması nedeniyle maddi tazminat, aşağıdaki dört koşulun birlikte gerçekleşmesi durumunda istenebilir: “1) Davacı, nişanın bozulması nedeniyle bir zarara uğramış olmalıdır. Davacının, nişanın bozulması nedeniyle zarara uğraması koşulu, şu iki koşulun da birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: a)Giderler, özellikle evlenme hazırlıkları amacıyla yapılmış olmalıdır. Bu nedenle, günlük ihtiyaçların karşılanması için yapılan giderler, maddi tazminatın kapsamına girmez. b)Giderler, açıkça aşırı olmayacak şekilde, dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış olmalıdır. 2) Nişanın bozulması, haklı bir sebebe dayanmamalıdır. Buradaki “haklı sebep”, hukuka aykırılığı karşılamaktadır. 3) Zarar ile nişanın bozulması arasında nedensellik bağı olmalıdır. 4) Davalı, nişanın bozulmasında kusurlu olmalıdır.” (*Koç*, s. 82).

¹¹⁴ *Koç*, s. 89. Maddi tazminat nişanın haksız yere bozulması durumunda istenebileceğinden, nişanlılığın ölümle, karşılıklı anlaşma ile ya da haklı bir nedene dayanılarak bozulması halinde, ortada bir parasal zarar olsa bile maddi tazminat istenemeyecektir (*Zevkiler / Acabey / Gökyayla*, s. 701).

konusudur. Ayrıca ölümle sona ermede nişanlıların kusuru da yoktur. Bu nedenle nişanın ölümle sona ermesinde maddi tazminat istenmesi mümkün değildir. Gaiplikte de, ölüme olduğu gibi, maddi tazminat istenemeyeceği kabul edilmelidir.

Nişanın bozulmasında maddi tazminatı bu şekilde ele alan Türk Medeni Kanunu, nişanın sona ermesi yüzünden kusursuz nişanlının uğrayabileceği maddi zararlar yanında, manevi acılarının giderilmesine de olanak tanımıştır¹¹⁵. Gerçekten, “manevi tazminat”¹¹⁶ kenar başlığını taşıyan 121. maddeye göre “nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”.

Bize göre, nişanın nişanlılardan birinin ölümüyle sona ermesi halinde maddi tazminat için yapılan açıklamalar, manevi tazminat için de geçerlidir. Burada da nişanın taraflardan birine yükletilemeyen bir sebepten bozulması söz konusu olduğu ve nişanlıların kusuru da bulunmadığı için nişanın ölümle sona ermesinde manevi tazminat istenmesi mümkün değildir. Gaiplikte de, ölüme olduğu gibi, manevi tazminat istenemeyeceği kabul edilmelidir.

SONUÇ

Gaiplikte farklı iki sistem olan ölüm kararı ve gaiplik kararı sistemlerinden söz etmiştik. İsviçre – Türk hukukunda uygulanan sistemin gaiplik kararı sistemi gibi görünmekle beraber, aslında karma bir sistem olduğunu da söylemiştik. Bu karma sisteme göre, gaiplik bazen gaibin mirasında olduğu gibi ölümle eş tutulurken, bazen de gaibin evliliğinde (TMK.m.131) olduğu gibi, farklı bir tutum izlenerek, gaip sadece kayıp sayılır. Gaibin hanesine ölü kaydı düşülmez. Zira, gaibin az da olsa hayatta olma ihtimali vardır. Nişanlılık bakımından da kanaatimizce gaibin evliliğindeki çözüm benimsenmelidir. TMK.m.131’e göre, gaibin eşinin evliliğinin feshini mahkemeden gaiplik başvurusuyla birlikte veya açacağı ayrı bir dava ile talep etmemesi halinde evlilik devam eder. Kanaatimizce bu hükmün gaibin nişanı bakımından da kıyasen uygulanması düşünülebilir. Bu durumda, gaiplikte nişanlılığın sona erdirilmesi için gaibin iradesine başvurulamayacağına (veya onun ancak farazi iradesi söz konusu olabileceğine) göre, gaibin nişanlısının iradesi önem taşımaktadır. Kanunkoyucu, gaibin nişanlısının istememesine rağmen nişanı kendiliğinden sona erdiremez. TMK.m.131’i nişanlılık açısından kıyasen uyguladığımızda,

¹¹⁵ Akıntürk , s.51.

¹¹⁶ Nişanlılığın sona ermesinde manevi tazminat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen , *Lâle* : “Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925 – 1975 , Cilt : I, Ankara 1977, s. 359 – 379; Akıntürk , s. 51- 53; Öztan , s. 86 – 93 ; Koç , s. 107 – 132.

gaibin eşine tanınan evliliği feshetmek için mahkemeye başvurma hakkına kıyasen, gaibin nişanlısına nişanlılığı haklı nedenle sona erdirmeye hakkı tanınmalıdır. Böylece, kanaatimizce, ölümle benzerlik kurularak, gaiplikte de nişanlılığın kendiliğinden sona erdiği şeklindeki, gaibin nişanlısının iradesine aykırı bir çözümden kaçınılmalıdır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, gaipliğin nişanlılık bağlamında ölüme eş değer kabul edilmesi, gaipliğin evlilik üzerindeki etkisiyle bağdaşmamaktadır. Gaibin eşine evliliği feshetmek için mahkemeye başvurma hakkı tanınırken (TMK.m.131), nişanlılığın gaiplikte kendiliğinden sona ereceğini ve gaibin nişanlısının iradesinin dikkate alınmayacağını kabul etmek, birbirleriyle yakından ilgili nişanlılık ve evlilik kurumlarına bağlanan çözümler arasında uyumsuzluk yaratmaktadır.

Gaipliğin nişanlılığa etkisi açısından, TMK.m.122 hükmü de ele alınmalıdır. Bu hükmü geçmeden önce eski Medeni Kanun'un TMK.m.122'yi karşılayan 86. maddesi üzerinde durmak yararlı olacaktır.

Eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin 1990 değişikliğinden önceki metninde, gaiplikten hiç söz edilmemiş ve ölüm halinde de hediyelerin iadesinin mümkün olmadığı belirtilmişti. Bu durumda ölümle gaiplik arasında benzerlik kurulmuş olsaydı, gaiplikte de hediyelerin iadesinin mümkün olmadığı söylenebilirdi. Ancak kanaatimizce, bu görüş doğru değildir; çünkü, gaiplikte nişanlılık ölümde olduğu gibi, kendiliğinden sona erer dersek, gaibin nişanlısının iradesinin aksine davranmış oluruz. Her ne kadar ölümle gaipliği benzer kabul etmesek de, 1990 öncesi dönemde eMK.m.86'da ölüm halinde hediyelerin iade edilmeyeceğini öngören çözümün doğru olduğu kanaatindeyiz. Çünkü burada nişanlılık, taraflara yüklenemeyecek bir nedenle sona ermekte ve bu nedenle hediyeler geri istenememektedir. Bu çözüm daha manevi bir bakış açısını yansıtmaktadır. Sağ kalan tarafın hediyeleri hatıra olarak saklama isteği de hoş görülmeli ve bunun hakkaniyete aykırı olmadığı düşünülmelidir.

Eski Medeni Kanun'un 86. maddesinin 1990 değişikliğinden sonraki metninde ise, hem ölüm hem de gaiplik halinde hediyelerin geri verilmesinin istenebileceği açıkça kabul edilmiştir. Kanaatimizce, eMK.m.86'nın yeni metniyle ölüm halinde hediyelerin geri istenemeyeceğine dair yasağın ortadan kaldırılmış olması yerinde olmamıştır. Bu hüküm, konuya derinlemesine nüfuz eden bir bakış açısından değil de, pratik amaçlar ve eyyamcı düşüncelerle kaleme alınmıştır. Bize göre, bu hükümle, Türkiye'nin toplumsal ve ekonomik koşulları dikkate alınarak maddiyatçı bir bakış açısı gözetilmiş ve hediyelerin olabildiğince iadesi esas alınmıştır. Kanaatimizce, gaiplikte gaibin nişanlısı haklı nedenle nişanı bozmadıkça, nişanlılık kendiliğinden sona ermeyeceği için, eMK.m. 86 yeni metni anlamında da hediyelerin iadesine mahal yoktur. Yine bize göre, gaiplikte nişanlılık kendiliğinden sona ermez ve gaipliğe rağmen devam da ettirilebilir. Burada iki ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimalde, gaibin nişanlısı isterse nişanı

haklı nedenle sona erdirir. Bu durumda, hediyeler iade edilir. İkinci ihtimalde, gaibin nişanlısı isterse nişanı sona erdirmez, nişanlılık devam eder ve hediyeler de iade edilmez.

TMK.m.122’de gaiplik halinde hediyelerin iade edileceği açıkça belirtilmemiş, “nişanlılık evlenme dışındaki bir sebeple sona ererse” anlatımına yer verilmiştir; ancak maddenin gerekçesinden¹¹⁷ gaiplik halinde de hediyelerin iadesinin gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, eMK.m.86 yeni metni için yaptığımız bütün değerlendirmeler, TMK. m. 122 hükmü bakımından da geçerli olmalıdır diyoruz.

Nişanın, nişanlılardan birinin ölümüyle sona ermesi halinde, nişanın taraflardan birine yükletilemeyen bir sebepten bozulması söz konusudur. Ayrıca ölümle sona ermede nişanlıların kusuru da bulunmamaktadır. Bu nedenle, nişanın ölümle sona ermesinde, maddi ve manevi tazminat istenmesi mümkün değildir. Gaiplikte de, ölüme olduğu gibi, maddi ve manevi tazminat istenemeyeceği kabul edilmelidir.

¹¹⁷ Bkz. *Öztañ*, Türk Medeni Kanunu, s. 129 ve bu gerekçeyle bağlantılı olarak yukarıda, s. 21 - 22’deki açıklamalarımız.