

**GAİBİN ÖLÜMÜ HAKKINDA KUVVETLİ OLASILIK
BULUNMASININ GAİPLİK KARARININ
VERİLEBİLMESİ İÇİN ARANMASI GEREKEN
ÖZEL BİR KOŞUL OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA
BİR DEĞERLENDİRME**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1434516>

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM*

Öz

Bu çalışmanın amacı gaiplik durumlarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" ifadesinin anlamının belirlenmesi ve gaiplik kararı verilebilmesi için kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının, aranması gereken özel bir koşul olup olmadığının değerlendirilmesidir. Türk ve İsviçre hukuk öğretisinde konuya ilişkin başlıca eserlerin bazılarında kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması, gaiplik kararının verilebilmesinin koşulları arasında özel olarak sayılmakta bazılarında ise sayılmamaktadır. Yargıtay uygulamasında ise kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması, gaiplik kararı verilebilmesi için aranması gereken özel bir koşul olarak kabul edilmektedir. Bu çalışmada ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama durumlarının tek başına, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık doğurabilen durumlar olduğu savunulmaktadır. Bu bağlamda ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun süredir haber alınamama ile kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması arasında bir neden sonuç ilişkisi olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca Kanun'un 32. maddesinde yer alan "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" ifadesinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu bakımından gaiplik kararıyla ölüm karinesinin ayırt edilmesinde kullanılan; uzun süredir haber alınamama durumu bakımından ise haber alınamamanın makul bir gerekçeye dayanması hâlinde aradaki neden sonuç ilişkisinin kesilmesi sebebiyle gaiplik kararı verilmesini engelleyen bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir (azizerman.bayram@ogu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6232-7928 (Gönderim Tarihi: 12.02.2024-Kabul Tarihi: 29.03.2024) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Gaiplik kararı, Ölüm karinesi, Ölüm tehlikesi, Uzun süredir haber alınamama, Ölüm hakkında kuvvetli olasılık

**AN EVALUATION ON WHETHER THE HIGH PROBABILITY
OF THE DEATH OF THE ABSENTEE CONSTITUTES
A SPECIAL CONDITION TO BE REQUIRED FOR
ISSUING A DECLARATION OF ABSENCE**

(Research Article)

Abstract

The aim of this study is to determine the meaning of the expression “if there is a high probability of death” in Article 32 of the Turkish Civil Code, which regulates circumstances of absence, and to evaluate whether the presence of high probability of the death of the person is a special condition to be required for issuing a declaration of absence. In some of the main works on the subject in the Turkish and Swiss legal doctrine, the presence of a high probability of the death of the person is specifically mentioned among the conditions for issuing a declaration of absence, while in others it is not. In the practice of the Turkish Court of Cassation, however, the presence of a high probability of the death of the person is recognized as a special condition to be required for issuing a declaration of absence. This study claims that situations of disappearance under life-threatening circumstances or being missing for a lengthy period without any sign of life are the situations that alone can lead to a high probability of the death of the absentee. In this context, this study argues that there is a cause-and-effect relationship between disappearance under life-threatening circumstances or being missing for a lengthy period without any sign of life and the presence of a high probability of the death. In addition, this study concludes that the expression “if there is a high probability of death” in Article 32 of the Code should be considered as a criterion used to distinguish the presumption of death from the declaration of absence in the cases of disappearance under life-threatening circumstance, and as a criterion that prevents the declaration of absence due to the cessation of the cause-and-effect relationship in the case of being missing for a lengthy period without any sign of life, if the lack of news is based on a reasonable explanation.

Keywords

Declaration of absence, Presumption of death, Disappearance under life-threatening circumstances, Being missing for a lengthy period without any sign of life, High probability of death

GİRİŞ

Kişilik normal olarak doğumla başlar ve ölümle sona erer. Fakat bir kimsenin ölüp ölmediği her zaman kesin olmayabilir. Bir kimsenin ölme ihtimalinin bulunduğu; ancak cesedinin veya kimliğini belirlemeye elverişli ceset parçalarının bulunamadığı durumlarda kişinin ölüp ölmediği kesin değildir. Bu şüpheli durum özellikle hakları o kimsenin kişiliğinin sona ermesine bağlı olanlar bakımından bir belirsizlik durumu yaratır.

Ölümün ispatlanamadığı durumlarda mevcut belirsizliğin giderilmesini ve kişiliğin sona erdirilmesini sağlayan hukukî yollardan biri gaipliktir. Gaiplik, hukukumuzda esas olarak Türk Medenî Kanunu'nun 32 ilâ 35 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun'un 32. maddesinde gaiplik kararının ön koşulları ve bu kararın verilmesine yetkili mahkeme, 33. maddesinde gaiplik kararının verilmesinde yargılama usûlü, 34. maddesi gaiplik isteminin düşmesi ve 35. maddesinde gaipliğin hükmü yer almaktadır.

Gaipliğin genel olarak düzenlendiği Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci 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.*” Bu hükümde yer alan “*ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa*” ifadesi, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının aranması gereken özel bir koşul olduğu yönünde bir çıkarım yapılmasına neden olmaktadır. Ne var ki anılan maddede sözü edilen “ölüm tehlikesi içinde kaybolma” ve “kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama” durumları tek başına, kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması sonucunu doğurabilen durumlardır. Özellikle ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaması ihtimali pek mümkün gözükmemektedir.

Hukuk öğretisinde bazı yazarlar tarafından gaiplik kararı verilebilmesinin koşulları arasında, ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan kimsenin “ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının” özel olarak arandığı görülmektedir. Ancak öğretilerdeki diğer bazı yazarlar, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasına gaipliğin koşulları arasında yer vermemektedir.

Yargıtay, Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinde lafzına bağlı kalarak gaiplik kararının verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ancak

ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaipliğine karar verilebileceğini kabul etmektedir.

Hukuk öğretisindeki farklı görüşler ve Yargıtay uygulaması, bir kimse- nin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının gaiplik kararı verilebil- mesinin özel bir koşulu olup olmadığı konusunu tartışmalı hâle getirmek- tedir. Ayrıca öğretide, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının gerçekten gerekli olup olmadığı meselesi üzerinde henüz ayrıntılı olarak durulmamıştır.

Bu çalışmada Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası- nda yer alan "ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa" ifadesinin bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için aranması gereken özel bir koşul olup olmadığı, söz konusu ifadenin ne anlama geldiği ve ne tür bir işleve sahip olduğu konusu incelenmektedir. Mesele, Türk ve İsviçre hukuk öğre- tisindeki konuya ilişkin değerlendirmeler ve yargı kararları ışığında açıklan- maktadır. Böylece Türk hukukunda bugüne kadar üzerinde ayrıntılı olarak durulmamış olan bu konu hakkında teorik ve pratik açıdan yarar sağlayacağı düşünülen bilgilerin verilmesi amaçlanmaktadır.

I. GAİP VE GAİPLİK KAVRAMLARI

Gaip sözcüğünün kökeni Arapçadaki *gayb* kelimesidir. Arapçadaki *gayb* kelimesi dilimize ses değişimine uğrayarak *kaybolmak* (Arapça *gayb* + Türkçe *olmak*) şeklinde geçmiştir. Kaybolmak, yitmek demektir. Kaybolana, yitip gidene ise "gaip" yani kayıp veya yitik (kimse) denir¹.

Gaiplik ise gaip olma hâlini yani kaybolma, yitip gitme, göz önünde olmama, hazır bulunmama durumunu ifade eder². Hukukta gaiplik, bir kim- senin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınamaması hâlinde belirli usûllerin gerçekleştirilmesi sonucunda hâkim kararıyla o kimsenin kişiliğine son verilmesini ifade eder. Hukukumuzda bir kimsenin "gaip" olarak nitelendirilebilmesi için o kişi hakkında mahkemece gaiplik kararının verilmiş olması zorunludur (TMK m. 32).

Yargıtay, gaipliği kanunda tahdidi olarak sayılan belli durumlarda, sağ- mı ölü mü olduğu bilinmeyen kişi ile bu durumdan hakları etkilenenleri koruma amacı ile kanun tarafından öngörülen şüphe ve belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla ölüm olayına karine teşkil eden ve sonucu itibarıyla

¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.09.2023).

² <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 11.09.2023).

ölüme bağlı hakların, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılması sonucunu doğuran bir müessese olarak tanımlamaktadır³.

II. GAİPLİĞE İLİŞKİN ULUSLARARASI ALANDA UYGULANAN SİSTEMLERE GENEL BAKIŞ

Gaiplelikle bağlantılı olarak uluslararası alanda iki farklı sistem gelişmiştir. Bunlardan biri Alman hukukundaki ölüm beyanı (ilânı) sistemi (*System der Todeserklärung*), diğeri Fransız hukukundaki gaiplik kararı sistemidir (*déclaration d'absence*). Alman ölüm beyanı sisteminde belirli koşullar yerine getirildikten ve resmi ilân usûlü gerçekleştirildikten sonra gaip için yapay bir ölüm tarihi belirlenir. Bu tarih kural olarak gaiplik kararının (ölüm beyanının/kararının) verildiği gündür. O güne kadar, kaybolan kişi hakkında bir yaşam karinesi vardır; fakat daha sonra bu karine yerini ölüm karinesine bırakır. Fransız gaiplik beyanı sistemi ise ispat muafiyetine dayanır. Gaiplik kararıyla birlikte hak sahipleri haklarını, gaip olan kişinin ölümü sanki ispat edilmiş gibi kullanabilirler. Bu sistemde, zamansal açıdan son yaşam belirtisinin görüldüğü ana kadar giden geriye dönük bir etki söz konusudur⁴.

Kaynak İsviçre Medenî Kanunu ve dolayısıyla Türk Medenî Kanunu, ispat muafiyetini öngören Fransız gaiplik beyanı sistemini esas almıştır. Zira Türk ve İsviçre hukukunda gaiplik kararı, gaip hakkında bir yaşam karinesi meydana getirmez ve belirli bir süre sonra gaibin öldüğüne karar verilmesi sonucunu doğurmaz. Aksine Türk ve İsviçre hukukunda, Fransız hukukunda olduğu gibi belirli koşullar altında bir gaip bakımından ölüm karinesi söz konusu olur ve bu sayede hak sahipleri, ölümü ispat etmekten kurtularak kişinin ölümüne bağlanan haklarını tıpkı o kaybolan kişinin ölümü kanıtlanmışçasına kullanabilir⁵. Bununla birlikte Türk ve İsviçre hukuku, ölüm

³ Yarg. 8. HD., T. 15.01.2019, E. 2018/15738, K. 2019/369 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 15.09.2023).

⁴ **Lardelli**, Flavio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch (BSK) I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2022, Art. 35, N. 1.

⁵ **Hafer**, Ernst: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Personenrecht, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1919, Vor. zu Art. 35-38, N. 2; **Egger**, August: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), Das Personenrecht, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 1930, Art. 35, N. 3; **Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1993, s. 39; **Grossen**, Jacques Michel: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1967, s. 306; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 1.

karinesine dayanan Alman ölüm beyanı sisteminden bazı unsurları da bünyesinde barındırmaktadır⁶.

Kısacası Türk ve İsviçre Medenî Kanunu'na göre gaiplik kararıyla birlikte gaibin ölümü karine olarak kabul edilir ve ispat yükü tersine çevrilir. Gaibin yaşadığını iddia eden kişi ise bunu ispat yükü altındadır⁷.

III. GAİPLİK KURUMUNUN AMACI VE İŞLEVİ

Kaybolan bir kişinin hâlâ hayatta olup olmadığı veya ölüp ölmediği konusunda kesin bir bilginin bulunmadığı, kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle de bakılmadığı durumlarda Türk Medenî Kanunu'nun "Kişiler Hukuku" başlıklı birinci kitabında, madde 32 ve devamında düzenlenen gaiplik kurumu devreye girer⁸.

Gaiplik kararı, hayatta olup olmadığı ölüp ölmediği belli olmayan bir kişinin kişiliğinin sona erdirilmesine hizmet eder. Gaiplik kararı ancak en başından beri varlığı bilinen belirli bir kişi hakkında verilebilir. Yoksa gaiplik kararının amacı, bir kişinin var olup olmadığını tespit etmek değildir⁹.

Gaiplik kararı, gaibin ölen bir kişiyle aynı muameleye tabi tutulması sonucunu doğurur. Gaiplik kararı, ispatlanamayan ölümün yerini alır. Gaiplik davasının başarıyla sonuçlanmasıyla birlikte özellikle evlilik, miras ve sosyal güvenlik hukuku kapsamında hakkında gaiplik kararı verilen kimse bakımından öngörülen hukukî sonuçlar meydana gelir¹⁰.

Türk Medenî Kanunu'nda yer alan gaipliğe ilişkin hükümlerin iki temel amacı bulunmaktadır. Şöyle ki gaiplik kurumu bir yandan gaibin diğer yandan hayatta kalanların menfaatlerinin korunmasını amaçlar¹¹. Gerçekten de gaip, artık kendi işleriyle ilgilenememektedir. Bu durum, geride kalanlar bakımından özellikle de eş ve diğer mirasçılar açısından mirasın açılması ve evliliğin feshiyle sonuçlanabilecek "askıda" bir durum yaratır. Bu askıdaki

⁶ Egger, ZK ZGB, Art. 35, N. 3; Lardelli, BSK ZGB I, Art. 35, N. 1.

⁷ Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2015, s. 113.

⁸ Dörr, Bianka S.: Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (KUKO), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 35, N. 1.

⁹ Egger, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

¹⁰ Dörr, KUKO ZGB, Art. 35, N. 1.

¹¹ Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016, s. 35; Hofer, Sibylle: Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, s. 42; Egger, ZK ZGB, Art. 35, N. 3; Lardelli, BSK ZGB I, Art. 35, N. 2; Dörr, KUKO ZGB, Art. 35, N. 1.

durumun sona erdirilmesi gaiplik kararının alınması yoluyla sağlanır. Gaiplik kararı, belirtildiği üzere bir kimsenin ölümü hakkındaki belirsizliği, ona ölü muamelesi yapmak suretiyle sona erdirir. Gaiplik kararı sayesinde gaip bakımından kişiliğin sona ermesine bağlanan sonuçlar uygulanma imkânı bulur. Bu kapsamda gaibin eşi evlilik birliğini sona erdirebilir, gaibin mirasçuları mirasın açılmasını sağlayabilir¹². Ne var ki hakkında gaipliğe karar verilen kimsenin sadece geçici bir süre için bilinmeyen bir yerde bulunması ve sonradan çıkıp gelmesi ihtimali de vardır. Bu nedenle Kanun'da (TMK m. 33 vd.) bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için belirli bir sürenin geçmesi ve mahkeme tarafından belirli yargılama işlemlerinin gerçekleştirilmesi aranmıştır¹³. Ayrıca Kanun'da (TMK m. 584 vd.) gaibin mirası ve gaibe düşecek miras konusu özel olarak düzenlenerek çıkıp gelme ihtimali olan gaibin hakları korunmaya çalışılmıştır.

Gaiplik kurumunun sözü edilen amacı ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda hukukun çeşitli alanları için önem taşıyan ve hakkında gaiplik kararı verilen kişinin kişiliğiyle doğrudan bağlantılı olan bu hukukî kurumun Türk Medenî Kanunu'nun kişiler hukuku kitabında düzenlenmiş olması isabetlidir¹⁴.

IV. GAİPLİĞİN ÖLÜMDEN VE ÖZELLİKLE ÖLÜM KARİNESİNDEN FARKI

Ölüm bellidir, buna karşılık gaiplikte bir belirsizlik durumu söz konusudur. Gaiplikteki belirsizlik, kişinin gerçekten ölüp ölmediğine ilişkindir¹⁵. Bir kimsenin cesedi bulunmuşsa ve cesedin kimliği tespit edilmişse artık o kişi bakımından ölüm olayı gerçekleşmiştir ve bu durum nüfus kütüğüne işlenir¹⁶. Bu durumda gaiplikten değil ölümden söz edilir. Gaiplikte ise ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun süredir haber alınmayan kişinin cesedi veya kimliği teşhise elverişli ceset parçaları bulunamamıştır.

¹² **Breitschmid**, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Band 1, Personen- und Familienrecht: Art. 1-456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2023, Art. 35, N. 1; **Kley**, Andreas/**Seferovic**, Goran: ZGB : Kommentar : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021, Art. 35, N. 1.

¹³ **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 2.

¹⁴ **Hafer**, Vor. zu Art. 35-38, N. 1.

¹⁵ **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 1.

¹⁶ Ölüm belgesinin düzenlenmesi ve ölüm olaylarının bildirilmesi Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik madde 16 ve devamında düzenlenmiştir.

Gaiplik, ölüm karinesinden de farklıdır¹⁷. Zira bir kimse, ölümüne “kesin gözle” bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolursa ve cesedi bulunamazsa o kişi için gaiplik değil “ölüm karinesi” söz konusu olur. TMK m. 31 uyarınca bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten “ölmüş” sayılır¹⁸. Örneğin, bir teleferik tesisatçısının yirmi metre yüksekliğindeki bir direktan tanıkların gözü önünde dağdan gelen azgın bir dereye doğrudan doğruya düşmesi ve akıntıya kapılarak kaybolması durumunda TMK m. 31’de düzenlenen ölüm karinesinin gerçekleşmesinden söz edilebilir¹⁹.

Ölüm karinesinde gaipliğin aksine bir kesinlik söz konusudur. Çünkü ölüm karinesi kapsamında bir kişinin ölmüş sayılabilmesi için cesedinin bulunamamasına rağmen onun ölümünün kesin olması veya en azından onun ölümüne kesin gözle bakılması gerekir. Cesedi bulunamayan bir kimsenin ölümünde kesinlik söz konusu değilse bu kapsamda kişinin ölmüş olması sadece mümkün veya muhtemel ise onun hakkında ölüm karinesi geçerli olmaz. Bu durumda o kişi hakkında gaiplik kararı verilmesinin koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılabilir²⁰. Hâkim, bir olayda ölüm karinesinin mi geçerli olduğuna yoksa gaipliğe ilişkin bir yargılamanın mı yapılması gerektiğine takdir yetkisini kullanarak (TMK m. 4) karar verir²¹.

Ölüm karinesinin kabul edilebilmesi için uygulamada geliştirilen koşullar son derece katıdır. Böyle bir durum, örneğin kişinin deniz üzerinde uçarken düşen ve hayatta kalmanın mümkün olmayacağı bir uçağın içinde olduğunun ispat edilmesi hâlinde mümkündür²². Yine iş arkadaşlarının gözü önünde dökümhanenin fırınına düşen işçi veya devasa bir yangında alevlerin içine girerek bir daha çıkamayan itfaiyeci hakkında da ölüm karinesi geçerli

¹⁷ Gaiplik ile ölüm karinesi arasındaki farklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: “Ölüm Karinesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2022, s. 847 vd.

¹⁸ Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nin 39. maddesine göre bir kimse, ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlarda ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının yazılı başvurusu üzerine olaya ilişkin resmî belgelerin ibraz edilmesi ya da yetkili makamların durumu resmî yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri hâlinde mülkî idare amirinin onayı ile aile kütüğüne “ölüm olayı” tescil edilir.

¹⁹ **Baumann**, Max: Personenrecht des ZGB : natürliche Personen, juristische Personen, Vereine, Stiftungen, Schutz der Persönlichkeit, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2011, s. 23.

²⁰ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 34. N. 2.

²¹ **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 34, N. 3.

²² **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 3.

olur. Zira bu durumlarda kişinin cesedi veya cesedinin parçalarının bulunamamasına rağmen onun ölümü mevcut ve gözlemlenen koşullar altında kesin olarak kabul edilir²³.

İsviçre Federal Mahkemesine göre ölümüne kesin gözle bakılma dışında kalan diğer ihtimaller kesinlikle kapalı değilse yani bir olayda ölüm karinesi dışında kalan diğer olasılıklar göz ardı edilemiyorsa ölüm karinesine başvurulamaz; ancak gaiplik kararı alınması yoluna gidilebilir. Zira bu durumda ölüm sadece kuvvetle muhtemeldir ve olay, süreler dikkate alınarak gaiplik kararına ilişkin özel bir usülle açığa çıkarılmalıdır²⁴. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, uçağı Şili Santiago'ya hiç varmamış olan ve Şili'deki And Dağları'nda düştüğüne inanılan bir yolcunun öldüğünün ispat edilememiş olduğuna karar vermiştir²⁵.

V. GAİPLİK DURUMLARI

A. Genel Olarak

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilmesine yol açan veya başka bir ifadeyle bir kimse hakkında gaiplik kararı alınabilmesini sağlayan durumlar Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında "sınırlı sayıda" düzenlenmiştir. Buna 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 mahkemece bu kişinin gaipliğine karar verilebilir.

Ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma ve kendisinden uzun süredir haber alınamama, öldüğü düşünülen kişinin cesedinin hiç kimse tarafından görülmediği; ancak yine de söz konusu kişinin öldüğüne dair ciddi belirtilerin bulunduğu durumlardır²⁶.

Gaiplik kararının verilebilmesi için Kanun'da iki farklı hâl öngörülmüştür. Yukarıda belirtildiği üzere bunlar ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kendisinden uzun süredir haber alınamamadır. Bu iki durum alternatif niteliktedir. Dolayısıyla sözü edilen iki durumdan birinin meydana gelmesi, gaiplik kararı verilebilmesinin ön koşuludur. Bir başka ifadeyle bir olayda

²³ **Bieri**, Marisa/**Morand**, Anne-Sophie/**Müller**, Melanie/**Perren**, Rube: Übungsbuch Personenrecht und Einleitungsartikel, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2015, s. 88.

²⁴ **Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002, s. 88; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 29 vd; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 3.

²⁵ BGE 75 I 328 vd. (<https://www.fallrecht.ch/c1075328.pdf> Erişim Tarihi: 25.10.2023).

²⁶ **Riemer**, s. 88.

Kanun'da aranan diğer koşullar da varsa gaiplik kararının verilebilmesi için bu iki durumdan birinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir²⁷.

B. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesine yol açan birinci durum o kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolmasıdır. Ölüm tehlikesi; kaybolan kişinin ölmesi ihtimalini doğuran yangın, sel, deprem, çığ, heyelan, savaş, terör saldırısı, uçak düşmesi, gemi batması gibi tehlikeli durumlardır. Fakat bir kimse hakkında ölüm tehlikesi sebebine dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi doğuran yangın, deprem, çığ, gemi batması gibi somut bir olayın meydana geldiğinin ispat edilmesi zorunlu değildir²⁸. Gerçekten de ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan söz edilebilmesi için kaybolan kimsenin büyük ihtimalle onun ölümüne sebep olan bir olayla karşılaştığının bilinmesi ve bunun ispat edilmesi yeterlidir. Örneğin, bir kimse çıktığı gemi yolculuğundan veya dağ tırmanışından bir daha geri dönmemişse onun başına olası bir ölüm sonucunu doğuran olayın geldiği bilinir. Ayrıca geminin batmasının veya dağda çığın meydana gelmesinin ispatlanması gerekmez. Bu kapsamda Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ölüm tehlikesi içinde kaybolan" ifadesinin yanıltıcı olduğu söylenebilir. Şöyle ki burada sözü edilen kaybolma, insanlar tarafından tanık olunan bir "ölüm tehlikesi içinde kaybolmak" eylemi değildir. Aksine buradaki kaybolma iki olgudan oluşur: Birincisi, ilgili kişiden son bir işaretin (yaşam belirtisinin) gelmesi; ikincisi belirli bir tehlikeye delalet eden koşullarda daha sonra başka bir yaşam belirtisinin bulunmamasıdır. İlgili kişinin son yaşam belirtisi, tamamen gündelik koşullarda gerçekleşmiş olabilir. Son yaşam belirtisinden sonra kayıp kişi, mevcut emarelere göre belirli bir teh-

²⁷ Türk Medenî Kanunu m. 588/I uyarınca ise 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. Yargıtaya göre TMK m. 588 ve devamı kapsamında gaipliğe karar verilebilmesi için kendisinden gaiplik isteminde bulunulan mahkemenin gaiplik yönünden gerekli araştırma ve ilânlar yapması ve ondan sonra bir karar vermesi gerekir (Yarg. 1. HD., T. 23.01.2013, E. 2012/13938, K. 2013/603; Yarg. 1. HD., T. 07.05.2013, E. 2013/4537, K. 2013/7024; Yarg. 1. HD., T. 12.01.2015, E. 2015/18604, K. 2016/185; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 2.11.2023).

²⁸ **Brückner**, Christian: Das Personenrecht des ZGB: (ohne Beurkundung des Personenstandes), 1. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2000, s. 40; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 36; **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 6; **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 3; **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 35, N. 2; Kley/Seferovic, OFK ZGB, Art. 35, N. 2.

likeyle bağlantılı koşullarla karşılaşmış olmalıdır. Bu tehlikeli koşullar, Kanun'da ölüm tehlikesi olarak ifade edilen durumlardır²⁹.

Gaipliğin maddi koşullarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinde yer alan "ölüm tehlikesi içinde kaybolma" ifadesi, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinde "*in hoher Todesgefahr verschwunden*" şeklinde düzenlenmiştir. İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan sözü geçen ifade "feci/ciddi/büyük/yüksek bir ölüm tehlikesi içinde kaybolan" anlamına gelmektedir. Dikkat edilecek olursa Türk Medenî Kanunu'nda İsviçre Medenî Kanunu'ndan farklı olarak ölüm tehlikesinin niteliği belirtilmemiş; ölüm tehlikesinin "ciddi" (feci, büyük, yüksek) olması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte hukukumuzda da bir kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolmasına dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için o kişinin karşılaştığı ölüm tehlikesinin ciddi olması gerekir³⁰.

"Ölüm tehlikesi içinde kaybolma" ile "ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolma" birbirine benzeyen ancak farklı hukukî sonuçlar doğuran maddi kalıplardır. Yukarıda belirtildiği üzere kanun koyucu ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durumda kaybolan kimseyi ölü sayarken ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimseyi doğrudan doğruya ölmüş saymamakta ancak belirli koşullar altında onun hakkında gaiplik kararı verilebilmesini mümkün kılarak buna ölüme benzer sonuçlar bağlamaktadır. Yine yukarıda da vurgulandığı üzere uygulamada ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumda kaybolma sonucu ölüm karinesinin geçerli olduğunun kabul edilebilmesinin koşulları oldukça ağırdır. Ölüm karinesinin; örneğin okyanusta seyreden bir denizaltına torpido isabet etmesi ve kişinin de bu denizaltında olduğunun ispatlanabilmesi durumunda veya bir kimsenin deprem sırasında açılan yarığın veya bir buzul yarığının içine düşerek kaybolması durumunda geçerli olacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık sözü edilenler gibi ölümüne kesin gözüyle bakılan durumlar dışında kalan, sadece ölüm tehlikesi içinde kaybolanlar bakımından daha uzun ve karmaşık bir usûl gerektiren gaiplik kararı verilmesi yolunun işletilmesi gerekir. Kişinin ölümüne kesin gözle bakılan bir durumda mı kaybolduğu yoksa ölüm tehlikesi içinde mi kaybolduğu konusunda bir kuşku varsa kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi yolunun işletilmesi isabetli olur³¹.

²⁹ Brückner, s. 40.

³⁰ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 31.

³¹ Serozan, Rona/Engin, B. İlkay/Atamer, Yeşim M.: Serozan Medenî Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 429.

Kaybolan kişinin “ölüm tehlikesi içinde” kaybolup kaybolmadığını ve ölüm tehlikesinin “ciddi” olup olmadığını hâkim her somut olayın özelliğine göre takdir eder³². Örneğin bir bölgede meydana gelen selin ciddi bir ölüm tehlikesi oluşturup oluşturmadığına hâkim somut olayın özelliklerini dikkate alarak TMK m. 4’te düzenlenen takdir yetkisini kullanarak karar verir. Ölüm tehlikesinin “ciddi” olmadığına kanaat getiren hâkim, ölüm tehlikesi içinde kaybolma sebebine dayanılarak yapılan gaiplik istemini reddedebilir.

C. Kişiden Uzun Zamandan Beri Haber Alınamama

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesine yol açan bir diğer durum o kişiden uzun zamandan beri haber alınmamasıdır. Bir kimseden uzun süredir haber alınmaması, onun nerede olduğunun bilinmemesi ve ondan uzun zamandan beri hiçbir haberin (bildirimin) gelmemesidir³³. Dolayısıyla onun ölü mü sağ mı olduğunun bilinmemesidir³⁴. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki bir kimse hakkında ondan uzun süredir haber alınmama durumuna dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için gaiplik kararının belirli bir kimse hakkında istenmiş olması gerekir. Yoksa yukarıda da altı çizildiği üzere gaiplik davasının amacı bir kimsenin var olup olmadığını, diğer bir anlatımla hiç yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen bir kişinin varlığını veya yokluğunu tespit etmek değildir³⁵.

Bir kimseden haber alınmasından söz edilebilmesi için o kişinin yaşadığına ilişkin haberin doğrudan doğruya o kişi tarafından gönderilmesi zorunlu değildir. Hakikaten bir kimsenin hayatta olduğuna dair haber bizzat o kişiden gelmiş olabileceği gibi bir başkasından da gelmiş olabilir. Nerede olduğu bilinmeyen kişinin kendisinden veya onun hakkında bir başkasından haber gelmesi durumunda ise artık o kişiden uzun süredir haber alınmamasından söz edilemez³⁶. Örneğin Butan’a giderek Budist olmaya karar verdiği bilinen ancak yakınlarına uzun süredir herhangi bir bildirim göndermeyen kişinin, doğrudan doğruya “kendisinin” bir haber göndermemesi söz konusudur. Buna karşılık, kendisi haber göndermeyen kişinin Butan’da yaşayan bir arkadaşının gönderdiği bildirimden o kişinin bir Budist manastırında

³² **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 4.

³³ **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 36; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 5; **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 35, N. 3; **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 35, N. 3.

³⁴ **Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 84.

³⁵ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

³⁶ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

inzivaya çekildiği yani hayatta olduğu anlaşılıyorsa artık ortadan kaybolma durumu yoktur. Hatta Butan'daki manastırda belgesel çeken bir ekibin çektiği görüntülerden o kişinin hayatta olduğu anlaşılıyorsa artık o kişiden haber alınmaması söz konusu değildir. Zira bahsedilen son iki durumda kişinin doğrudan doğruya kendisinden değil fakat o kişi hakkında bir başkasından haber gelmiştir.

Kendisinden haber alınamayan bir kişi hakkında sadece söylentilere dayanan; bu kapsamda doğrulanamayan veya güvenilir olmayan bir kaynaktan gelen habere itibar edilerek somut olayda kişiden uzun süredir haber alınmama koşulunun gerçekleşmediği söylenemez³⁷.

Kişiden uzun süredir haber alınamamadaki “uzunluk” kavramı, günümüzün gelişen iletişim teknolojileri ve uygulamaları sayesinde oldukça kısalmıştır. Gerçekten de bir kimseden haber gelme aralığı ülkeler veya kıtalar arasındaki iletişimin kervanlarla yahut gemilerle sağlandığı eski günlere nazaran oldukça kısalmıştır. Artık telgraf, telefon, faks, elektronik posta, sosyal medya kanalları ve diğer internet uygulamaları vb. sayesinde haberleşme hızı artmış, haberlerin ulaşma süresi kısalmıştır. Açıkçası bilgi çağında habersizlik (bildirimsizlik) neredeyse tek başına ölüm tehlikesi anlamına gelmektedir³⁸.

Kişiden uzun süredir haber alınmama sebebine dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için uzun süredir devam eden habersizliğin diğer bir ifadeyle yaşam belirtilerindeki eksikliğin, açıklanabilir bir nedene yani makul bir gerekçeye dayanmaması gerekir³⁹. Zira burada ölüme ilişkin karinenin temeli, bir sosyal çevrede bir kimseden uzun süredir haber alınmamasının o sosyal çevrenin koşullarına göre sadece ölümün meydana gelmesiyle açıklanabilir olmasıdır⁴⁰. Buna karşılık habersiz bir biçimde ortadan kaybolmanın, aile içi kavga nedeniyle gerçekleşmesi gibi “makul gerekçelere” dayanması durumunda gaiplikten söz edilemez. Örneğin fazla bir sosyal çevresi olmayan işsiz bir kimse tüm banka hesaplarını kapatır ve ertesi gün nereye gittiği belli olmayacak şekilde ortadan kaybolursa beş yıl sonra bile onun hakkında gaiplik kararı verilemez. Buna karşılık savaşta esir alınan veya teröristler tarafından kaçırılan bir kimse hakkında, beş yıllık haber alınmama süresinin ardından güvenilir bir kaynağın bu süre zarfında hayatta kalan tüm esirlerin

³⁷ Hausheer/Aebi-Müller, s. 36.

³⁸ Breitschmid, CHK ZGB, Art. 35, N. 3.

³⁹ Hofer, s. 43; Breitschmid, CHK ZGB, Art. 35, N. 3.

⁴⁰ Hürlimann, Bettina/Schmid, Jörg: Einleitungartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016, s. 217.

serbest bırakıldığını bildirmesi üzerine, gaiplik kararı verilebilir⁴¹. Çünkü burada esirlerin serbest bırakıldığının bildirilmesine rağmen serbest bırakılan kişinin yakınlarına hiçbir haber göndermemesi açıklanabilir nitelikte değildir yani bunun makul bir gerekçesi yoktur.

Türk Medenî Kanunu m. 33 uyarınca gaiplik kararının istenebilmesi için son haber tarihinin üzerinden “en az” beş yıl geçmiş olması gerekir. Fakat Türk Medenî Kanunu m. 33’te kişiden uzun süredir haber alınamama bakımından öngörülen beş yıllık sürenin mutlak bir değeri yoktur. Yukarıda da belirtildiği üzere beş yıl geçtikten sonra bile kendisinden haber alınamama, kendisinden haber alınamayan kimsenin ölümü dışında kalan bir durumla açıklanabiliyorsa gaiplik kararı verilemez. Ne var ki kişiden uzun süredir haber alınamamadaki uzunluk ne kadar çok devam ederse haber alınamama durumunun kaybolan kişinin ölümüyle açıklanması ihtimali de o ölçüde artar⁴².

Alternatif nitelikteki gaiplik durumu olan kişiden uzun süredir haber alınamamanın, diğer gaiplik durumu olan ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmadan farklı ölüm tehlikesi içinde kaybolmada kendisinden haber alınmayan kişinin özel bir tehlikeli durumla karşılaştığına dair emarelerin bulunmamasıdır⁴³. Gerçekten de kişiden uzun süredir haber alınamama nedenine dayanılarak gaiplik kararı verilebilmesi için kaybolan kişinin ortadan kaybolmasıyla bağlantılı olarak özel bir tehlikeli durumun varlığı gerekli değildir⁴⁴. Buna karşılık ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan ancak cesedi veya kimliği tespiti elverişli ceset parçaları bulunamayan bir kimseden de aslında bir süredir (TMK m. 33/I uyarınca en az bir yıldır) haber alınamamaktadır.

Gaiplik durumlarından ikisinin de bir arada bulunduğu durumlarda ortaya bir sınırlandırma problemi çıkabilir. Bununla birlikte ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma nedenine dayanılarak gaiplik kararı alınması gerek gaiplik kararının verilebileceği en erken süre (TMK m. 33) gerek mirasçıların gaibin terekesindeki malları teslim alırken gösterecekleri güvencenin süresi (TMK m. 584/II) bakımından daha avantajlıdır⁴⁵.

⁴¹ Brückner, s. 44.

⁴² Brückner, s. 44.

⁴³ Brückner, s. 43.

⁴⁴ Hausheer/Aebi-Müller, s. 36; Hürlimann-Kaup/Schmid, s. 217; Tuor/Schnyder/Schmid, s. 113; Dörr, KUKO ZGB, Art. 35, N. 4.

⁴⁵ Hausheer/Aebi-Müller, s. 37.

İsviçre hukuk uygulamasında gaiplik durumlarının her ikisinin de bulunduğu olaylarda sınırlandırmanın bir zorluğa yol açmayacağı kabul edilmektedir. Örneğin Luzern Yüksek Mahkemesi, Aralık 1939'da Varşova Gettosu'na sürülen ve 30 Temmuz 1942'den beri kendisinden hiçbir haber alınamayan bir adamın davasında, kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu sonucuna varmıştır (OGer LU, SJZ 1962, 236). Bununla birlikte söz konusu olayda gaiplik kararı, kendisinden uzun süredir haber alınamama koşuluna dayanılarak da verilebilirdi⁴⁶.

VI. BİR KİMSE HAKKINDA GAİPLİK KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN ONUN ÖLÜMÜNÜN KUVVETLE MUHTEMEL OLMASININ ZORUNLU OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası aynen şöyledir: “*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.*”⁴⁷ Görüldüğü üzere sözü edilen hükümde gaiplik kararının verilebilmesi için “ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin” ifadesinden sonra “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” ifadesi kullanılmıştır. Hâl böyle olunca Kanun'un “sözünden” bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandır haber alınamaması seçeneklerinin bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmadığı; bu alternatif koşullara ek olarak bir de o kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının da gerektiği sonucu çıkmaktadır⁴⁸.

⁴⁶ Grossen, SPR II, s. 307.

⁴⁷ 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenî'sinin 31. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme de şöyle idi: “*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya çoktan beri kendisinden haber alınamayan bir kimsenin ölümü pek muhtemel görünürse, hakları ölüme muallak kimse-lerin talebi hakim gaipliğe karar verebilir.*” Görüldüğü üzere Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrası, mülga Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasından dilinin sadeleştirilmiş olması dışında farklılık arz etmemektedir.

⁴⁸ İlgili hükümdeki mantık şu şekildedir: “Ölüm tehlikesi içinde kaybolma” = (a), “Kendisinden uzun zamandır haber alınamama” = (b), “Ölümlü hakkında kuvvetli olasılık bulunma” (c), “Hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir” = (d) olsun. Böylece hükme göre bir olayda (a) veya (b) ve (c) gerçekleşmişse sonuç (d) olur; yani $(a \vee b) \wedge c \Rightarrow d$.

Gaipliğin ön koşullarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesi, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinden farklıdır. Şöyle ki İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesine göre “*Bir kimsenin ölümü; ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolması veya uzun süredir habersizce ortada bulunmaması sebebiyle kuvvetle muhtemelse mahkeme, ölümünden hak elde edenlerin talebi üzerine, onun gaipliğini ilan edebilir.*”⁴⁹ Bu hükümden, bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya uzun süredir kendisinden haber alınamamasının, onun ölümünü kuvvetle olası hâle getirdiği sonucu çıkarılmaktadır. Buna karşılık Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin sözünden ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamamanın kişinin ölümünü kuvvetle olası hâle getirdiği sonucu çıkarılmamaktadır. Gerçekten de Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin lafzına göre gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama koşuluna bir de kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulu eklenmelidir. Buna karşılık yukarıda belirtildiği üzere İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinde gaiplik durumlarıyla ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında bir neden sonuç ilişkisi meydana getirilmiş; kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya kendisinden uzun süredir haber alınamamasının, kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması sonucunu doğurabileceği ifade edilmiştir.

B. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolan Bir Kimse Hakkında Gaiplik Kararı Verilebilmesi İçin Onun Ölümü Hakkında Kuvvetli Olasılık Bulunmasının Gerekip Gerekmediğine İlişkin Değerlendirme

1. Türk Hukuk Öğretisindeki Belli Başlı Görüşler

Türk hukuk öğretisinde ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının diğer bir ifadeyle onun öldüğünün kuvvetle muhtemel olmasının özel olarak aranmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide *Tekinay*, konuya ilişkin olarak mülga Medenî Kanun döneminde yaptığı açıklamalarda; bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi

⁴⁹ İsviçre Medenî Kanunu m. 35: “*Ist der Tod einer Person höchst wahrscheinlich, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden oder seit langem nachrichtlos abwesend ist, so kann sie das Gericht auf das Gesuch derer, die aus ihrem Tode Rechte ableiten, für verschollen erklären.*”

için her şeyden önce iki şarttan birinin gerçekleşmesine ihtiyaç olduğunu, o kimsenin ya ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş olması ya da kendisinden uzun süredir haber alınmamış olması gerektiğini belirttikten sonra bu iki şarttan hangisi söz konusu olursa olsun ona ikinci bir şartın daha eklenmesi gerektiğini vurgulamakta ve bunun ölümün pek muhtemel olması olduğunu belirtmektedir. *Tekinay*, ölümün pek muhtemel görülebilmesi; ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve uzun süredir haber alınamama hâllerinden herhangi birine eklenmedikçe gaipliğe karar verilemez demekte ve mülga Medenî Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının bu konuda açık olduğunu söylemektedir⁵⁰.

Öğretide *Feyzioğlu/Doğanay*, mülga Medenî Kanun döneminde konuya dair açıklamalarında Medenî Kanun'da iki hâlde kişinin hayatta olup olmadığının şüpheli sayılabileceğini, bunların kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması ve kendisinden uzun süre haber alınamaması olduğunu belirttikten sonra ölüm tehlikesi içinde kaybolma bahsinde davaya bakan hâkimin gerek olayın ölüm tehlikesi arz edip etmediğini gerek bu tehlike içinde kaybolan şahsın ölümünün ihtimal dâhilinde olup olmadığını belirlemede takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir⁵¹.

Öğretide *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, gaiplik kararı istenebilmesi için gereken şartlar arasında kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle olası görülmesini de özel olarak saymakta, her ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimse için gaiplik kararı istenemez demekte ve ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimse hakkında gaiplik kararı ancak ölüm pek muhtemel ise istenebilir demektedir⁵².

Öğretide *Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman*, gaiplik kararı verilebilmesinin şartları arasında kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasını açıkça saymamakta ancak gaiplik kararının verilmesinin her iki hâlde

⁵⁰ **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 214.

⁵¹ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin/**Doğanay**, Y. Ümit: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I (Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku), Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1966, s. 60 - 61.

⁵² **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 32-33. Aynı yönde açıklamalar için bkz. **Şahin**, Eda: "Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019 (144), s. 252; **Abik**, Yıldız: "Gaipliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2, 2005, s. 159; **Tokat**, Hüseyin: "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 535; **Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 66 vd.

(kişiden uzun zamandan beri haber alınamama ve ölüm tehlikesi içinde kaybolma) de kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına bağlı olduğunu belirtmektedir⁵³.

Öğretide *Helvacı*, gaiplik kararının iki durumda verilebileceğini, bunlardan birinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma diğerinin ise kişiden uzun zamandır haber alınamama olduğunu belirtmekte ancak her iki durumda da hâkimin gaipliğe hükmedebilmesi için gaipliğine karar verilecek kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın bulunması gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁴. Bununla birlikte *Helvacı*, ölüm tehlikesi içinde kaybolma bahsinde, ölüm tehlikesiyle kastedilenin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren bir tehlike olmayıp ölüm sonucu doğurması kuvvetle olası bulunan bir tehlike olduğunu ifade etmektedir⁵⁵.

Öğretide *Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar*, gaiplik durumlarını kastederek her iki durumda da aranacak olan ortak koşulun kişinin ölümünün olası bulunması olduğunu belirttikten sonra ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma bahsine ilişkin açıklamaları doğrudan doğruya “*Kişinin, Ölümüne Çok Güçlü Bir Olasılıkla Bakılacak Olayda Kaybolması ve Olaydan Sonra Bir Yılın Dolmuş Olması*” başlığı altında yapmaktadır⁵⁶.

Öğretide *Baygın/Nar*, gaipliğe ilişkin genel açıklamalarda ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan veya uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayan bir kişinin “ölmüş olma ihtimali pek muhtemel ise” kanunun o kişinin gaipliğine karar verilmesi imkânını kabul ettiğini belirtmiştir. Buna karşılık *Baygın/Nar*, gaiplik kararının koşulları arasında kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını saymamış ayrıca ölüm tehlikesi içinde kaybolma bahsinde bir deniz kazasında veya savaş alanında kaybolmanın büyük

⁵³ **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 257. Mülga Medenî Kanunumuz döneminde aynı yönde açıklamalar için bkz. **Ataay**, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş – Hakikî Şahıslar, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 252; **Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 188; **Köprülü**, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984, s. 252 vd.; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963, s. 219.

⁵⁴ **Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 34.

⁵⁵ **Helvacı**, s. 34.

⁵⁶ **Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Acabey**, M. Beşir/**Gürpınar**, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 77.

bir ölüm tehlikesi sayılacağını belirttikten sonra bu durumların ölümü çok muhtemel gösterecek olaylar olduğunu ifade etmiştir⁵⁷.

Öğretide gerek *Göktürk* gerek *Oğuzoğlu*, mülga Medenî Kanun döneminde konuyla ilgili olarak yaptıkları açıklamalarda gaiplik kararına iki hâlde cevaz verildiğini ve bunların birincisinin ölüm tehlikesi içinde gaip olma, ikincisinin ondan uzun zaman haber alınamama olduğunu belirtmekte ayrıca gaiplik kararının verilebilmesi için belirli bir zamanın geçmiş olması gerektiğini ifade etmektedirler⁵⁸. Bu kapsamda anılan yazarların her ikisi de gaiplik kararının verilebilmesinin koşulları arasında kişinin ölümünün pek muhtemel olmasından söz etmemektedir. Yazarlara göre gaiplik hâllerinde ölüm ihtimali aynı oranda olmayıp ölüm tehlikesi içinde kaybolma ihtimalinde ölüm ihtimali daha kuvvetlidir ve bu nedenle birinci hâlde gaiplik kararı için daha kısa süre öngörülmüştür⁵⁹.

Öğretide *Dural/Öğüz* gaiplik kararının maddi şartlarının, ölüm tehlikesi içinde kaybolma ya da uzun süreden beri haber alınamama şartlarından birinin bulunması ve belirli sürelerin geçmesi olduğunu belirtmekte ancak kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle muhtemel gözükmemesini ayrıca özel olarak aranması gereken bir şart olarak saymamaktadır⁶⁰. *Dural/Öğüz*, ölüm tehlikesi bahsinde ölüm tehlikesiyle kastedilenin, kişinin içinde kaybolduğu durumun ölüm sonucu doğurması ihtimalinin yüksek olması olduğunu belirtmektedir⁶¹.

Öğretide *Öztan*, gaiplik kararı verilmesinde aranacak şartlar başlığı altında kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamıyor olması şartına yer vermiş ancak kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle olası gözükmemesinden ayrıca (özel olarak) aranması gereken bir şart olarak söz etmemiştir⁶². *Öztan*, ölüm tehlikesi

⁵⁷ **Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medenî Hukuk Dersleri I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 323 vd.

⁵⁸ **Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Güney Matbaacılık, Ankara 1954, s. 164; **Oğuzoğlu**, Hüseyin Cahit: Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Akın Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 1956, s. 231 vd.

⁵⁹ **Göktürk**, s. 164; **Oğuzoğlu**, s. 231.

⁶⁰ **Dural/Öğüz**, s. 30. Benzer yönde bkz. **Aslan Bingöl**, Kemale Leyla: “Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 48, 2021, s. 317.

⁶¹ **Dural/Öğüz**, s. 31. Mülga Medenî Kanunumuz döneminde aynı yönde açıklamalar için bkz. **Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979, s. 225.

⁶² **Öztan**, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 84.

içinde kaybolma bahsinde, kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasından ayırt etmek bakımından önemli olduğunu vurgulamakta; birincisinde gaipliğe ikincisinde ölüm kariyesine dair hükümlerin uygulanma alanı bulacağını belirtmektedir⁶³.

Öğretide *Erdoğan/Keskin*, gaiplik kararının şartları arasında kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetli olası gözükmesini ayrıca saymamış; gerek ölüm tehlikesi içinde kaybolma gerek kişiden uzun zamandır haber alınmama durumlarında aslolanın söz konusu kişinin hayatta olup olmadığının belirsiz olmasından söz etmiştir⁶⁴.

Öğretide *Serozan/Engin/Atamer*, gaipliğin, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süre haber alınmaması “yüzünden” ölümün pek olası gözükmesi hâlinde yargıçtan elde edilen bir gaiplik hükmüyle oluşmasından söz etmektedir⁶⁵. Buna göre *Serozan/Engin/Atamer*, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun süredir haber alınmamasıyla ölümün pek olası gözükmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurmaktadır. Burada neden, kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolması sonuç ise ölümün pek olası gözükmesidir. Bu kapsamda *Serozan/Engin/Atamer*'in gaiplik tanımı ve kurduğu neden sonuç ilişkisinin, gaipliğin İsviçre Medenî Kanunu'ndaki düzenlenişine (m. 35) uygun olduğu söylenebilir. Ancak *Serozan/Engin/Atamer*, ölüm tehlikesi içinde kaybolan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ayrıca onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulunun değerlendirilmesi gerekip gerekmediği konusunda özel bir açıklama yapmamaktadır.

Öğretide *Hatemi* gaiplik kararı sırasında ölümün muhtemel olduğunu belirttikten sonra ölümün muhtemel oluşunun iki olgudan biri “dolayısı ile” söz konusu olabileceğini ve bunlardan ilkinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma olduğunu ifade etmektedir⁶⁶.

2. Yargıtay Uygulamasından Bazı Örnekler

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 19.03.2019 tarihinde verdiği iki kararında da ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun zamandan beri haber alınmama olaylarının gaiplik nedeni teşkil edebilmesi için gaipliği istenilen

⁶³ Öztan, s. 85.

⁶⁴ Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 326.

⁶⁵ Serozan/Engin/Atamer, s. 429.

⁶⁶ Hatemi, s. 83.

kişinin “ölümü hakkında kuvvetli olasılık” olması kaydıyla gaipliğine karar verilebileceği vurgulamıştır⁶⁷.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 2019 yılında verdiği bir başka kararında talepte bulunanlarca 2005 yılından beri kayıp olduğu, dağda geçirdiği kaza sonucu öldüğüne dair haber alındığı iddia edilen ve yerel mahkemece toplanan delillere göre 2005 yılından beri haber alınmadığı tespit edilen kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶⁸.

3. İsviçre Hukuk Öğretisindeki Başlıca Görüşler

Öğretide *Grossen* ve ona atıfla *Lardelli*'ye göre gaiplik kararı, ancak başvurunun dayanağı olan koşullar somut olayda ölümün kuvvetle muhtemel olduğunu gösteriyorsa verilebilir⁶⁹. Kanun'un lafzına göre ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun süredir haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında yakın bir bağ bulunmalıdır. Ölüm, söz konusu kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya uzun süredir habersizce ortada bulunmadığı için kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ancak bunun tersi de geçerlidir şöyle ki ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma ve habersizce ortadan kaybolma belirli bir kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel görülmesini sağlamalıdır⁷⁰.

Öğretide *Bucher*'e göre İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrası gaiplik kararının verilebilmesinin mümkün olduğu iki durum öngörmektedir: Bunlardan ilki, ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma, ikincisi ise kişiden uzun süredir haber alınamamadır. Her iki durumda da koşullar ölümü kuvvetle muhtemel göstermelidir. Kesin olarak kabul edilemese de ölüm yine en olası hipotez olarak görülmelidir⁷¹. Bu kapsamda *Bucher*'in salt ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın, kaybolan kimsenin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirip getirmediği konusundaki görüşü açık değildir. *Bucher*'e göre önemli olan somut olayın koşullarının ölümü kuvvetle muhtemel göstermesidir.

⁶⁷ Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8842, K. 2019/2901; Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8841, K. 2019/2905 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 21.10.2023).

⁶⁸ Yarg. 8. HD., T. 07.11.2019, E. 2019/5158, K. 2019/10013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 21.10.2023).

⁶⁹ **Grossen**, SPR II, s. 307; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

⁷⁰ **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

⁷¹ **Bucher**, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, s. 50.

Öğretide *Hafter*'e göre bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için birinci ihtimalde onun ölüm tehlikesi içinde kaybolması yani (dolayısıyla) onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması gerekir⁷². Bu noktada *Hafter*'in bir kimsenin salt ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğine yönelik bir imada bulunduğu; ölüm tehlikesi içinde kaybolmak ile kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurduğu söylenebilir. Bu neden sonuç ilişkisinde neden, ölüm tehlikesi içinde kaybolma; sonuç ise ölümün kuvvetle muhtemel olmasıdır. Ancak *Hafter*'in ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan kimsenin ölümünün zaten kuvvetle muhtemel olduğunu kabul ettiği kesin biçimde söylenemez.

Öğretide *Egger*'e göre ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmada, kaybolmanın koşulları ölümün kuvvetle muhtemel görülmesine neden olabilir. Alman Medeni Kanunu bu türden çeşitli ölüm tehlikeleri için özel düzenlemeler öngörmüştür. Ancak İsviçre Medenî Kanunu genel olarak ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmadan söz etmiştir. Böyle bir tehlikenin var olup olmadığı her bir olayın koşullarına göre belirlenir. Burada ölüm tehlikesi doğuran tehlikeli somut bir olaya gerek olmadığı gibi kişiden gerekçelendirilemeyen bir şekilde haber alınamayan (İMK m. 36 uyarınca bir yıllık) sürenin sona ermesinin de bir önemi yoktur. O zamandan beri haber alınamamasıyla bağlantılı olarak bu kaybolmanın koşulları mantıklı bir değerlendirilmeye göre ölümü kuvvetle muhtemel göstermelidir⁷³.

Öğretide *Hausheer/Aebi-Müller*'e göre gaiplik kararına ilişkin yargılamanın başarılı şekilde başlatılabilmesi için ölüm gerek ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmada gerek kişiden uzun süredir haber alınamamada kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya uzun süredir haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantı bulunmalıdır. Kayıp kişi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu veya uzun süredir haber alınmadığı için ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır⁷⁴.

Öğretide *Pedrazzini/Oberholzer*'e göre bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuşsa kaybolmanın koşullarının ölümün kuvvetle muhtemel görülmesine yol açması hâlinde gaiplik kararı alınması için dava açılabilir. Eğer koşullar ölümün kesin olduğunu gösteriyorsa gaiplik kararı değil İsviçre Medenî Kanunu'nun 34. maddesinde düzenlenen ölüm karinesi

⁷² **Hafter**, Art. 35, N. 2.

⁷³ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 6.

⁷⁴ **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 35-36.

uygulanma alanı bulur⁷⁵. Görüldüğü üzere *Pedrazzini/Oberholzer*, kaybolan kimsenin kaybolma koşullarının onun ölümünü kuvvetle muhtemel göstermesi hâlinde gaiplik kararının; onun ölümüne kesin gözüyle bakılmasını göstermesi hâlinde ise ölüm karinesinin geçerli olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla *Pedrazzini/Oberholzer*'in kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması hususunu, ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolan kimse hakkında gaiplik kararı verilmesinin bir koşulu olarak aramasından değil kaybolan kişi hakkında Medenî Kanun'un gaiplik kararına dair hükümlerinin mi yoksa ölüm karinesine dair hükümlerinin mi geçerli olacağını ayırt etmede kullanılan bir ölçüt olarak kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Tuor/Schnyder/Schmid*'e göre ölümün kesin olarak varsayılabileceği belirtilen durumlara ek olarak ölümün kesin olmadığı ancak belirtilerin ölümün gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu gösterdiği vakalar da vardır. Gaiplik kararının alınmasına iki farklı durumda izin verilebilir: Bunlar ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kişinin içinde bulunmuş olabileceği belirli bir tehlike hakkında herhangi bir bilgisizsin uzun süre habersizce ortada bulunmamasıdır. Ancak ikinci durumda da “habersizlik süresi nedeniyle” ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır⁷⁶.

Öğretide *Hürlimann-Kaup/Schmid* gaipliğin İsviçre Medenî Kanunu'nun 35 ilâ 38 maddeleri arasında düzenlendiğini belirttikten sonra bunların ölümün “kesin” olmadığı (İMK m. 34!) ancak sadece “kuvvetle muhtemel olduğu” durumlara (İMK m. 35/I) uyarlanmış olduğunu vurgulamaktadır⁷⁷.

Öğretide *Baumann*'a göre bir kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolur veya uzun süredir habersizce ortada bulunmazsa onun ölümü kuvvetle muhtemel kabul edilir ve onun hakkında İsviçre Medenî Kanunu m. 35 ilâ 38'e göre gaiplik kararı verilebilir⁷⁸.

Öğretide *Riemer*'e göre gaiplik kararı iki durumda söz konusu olur; her iki durumda da kişiler, ölümlerini kuvvetle muhtemel kılan durumlar altında ortadan kaybolmuşlardır: Ya bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuştur ya da ondan uzun süredir haber alınamamaktadır⁷⁹. Görüldüğü üzere *Riemer* ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmayı kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel kılan bir durum olarak görmektedir.

⁷⁵ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39.

⁷⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, s. 113.

⁷⁷ **Hürlimann-Kaup/Schmid**, s. 217.

⁷⁸ **Baumann**, s. 23.

⁷⁹ **Riemer**, s. 90.

Öğretide *Dörr*, somut olaydaki kaybolma durumuyla ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantının bulunması gerektiğini belirttikten sonra aynen şöyle demektedir: “*Tam da bir kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu veya uzun süredir habersizce ortada bulunmadığı için bu kişide ölüm olayının gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir.*”⁸⁰ Böylece *Dörr*, açıkça kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya kendisinden uzun süredir haber alınmamasının o kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getireceğini ifade etmiştir.

Öğretide *Hofer*, gaipliğin koşulları arasında ölümün kuvvetle muhtemel olmasını saymamaktadır. *Hofer*’e göre gaiplik kararının ölüm karinesinden farkı, gaiplikte ölümün kuvvetle muhtemel olmasıdır. Ölümün kuvvetle muhtemel olup olmadığı ise yapılan uzun bir yargılamada incelenir⁸¹.

Öğretide *Kley/Seferovic*, ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma bakımından kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olması konusuna hiç değinmemiş⁸² buna karşılık alternatif bir şart olan uzun süredir kendisinden haber alınmama koşulu bakımından kendisinden uzun süredir haber alınmama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağın bulunması gerektiğini belirtmiştir⁸³. *Kley/Seferovic*’in ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda ölümün kuvvetle muhtemel olmasından söz etmemesine karşın kişiden uzun süredir haber alınmamasında ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağın bulunması gerektiğini belirtmesinin bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir.

Öğretide *Breitschmid*, İsviçre Medenî Kanunu’nun 35. maddesine, yani gaipliğin koşullarına ilişkin açıklamalarında alternatif gaiplik durumlarından söz etmiş ancak ölümün kuvvetle muhtemel olmasını gaiplik kararı verilebilmesinin bir koşulu olarak saymamış hatta ölümün kuvvetle muhtemel olması konusuna hiç değinmemiştir⁸⁴. *Breitschmid*’in bu tutumu bilinçli olabilir.

Öğretide *Brückner*, ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda gaiplik kararını açıklarken “*Ciddi Ölüm Tehlikesi İçinde Ortadan Kaybolma Sonucu Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması (Bir Yıllık Bekleme Süresinden Sonra Gaiplik Kararı)*” başlığını kullanmıştır. Ayrıca konuyla ilgili açıklamalarında *Brückner*, bir yıllık bekleme süresinden sonra gaiplik kararı, bir kişinin

⁸⁰ **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 5.

⁸¹ **Hofer**, s. 42.

⁸² **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 35. N. 2.

⁸³ **Kley/Seferovic**, OFK ZGB, Art. 35. N. 3.

⁸⁴ **Breitschmid**, CHK ZGB, Art. 35, N. 1-5.

ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını gerektirir çünkü bu kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuştur⁸⁵. Dolayısıyla *Brückner*'in ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmakla kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında açıkça bir neden sonuç ilişkisi kurduğu, ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle geldiğini kabul ettiği söylenebilir.

4. Değerlendirme

Bir kimsenin ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasına rağmen onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa artık onun ölümü en azından kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmak neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi ise sonuçtur. Yani ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştıktan sonra yaşam belirtisi göstermeme ile ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesi dikkate alınarak yorumlanması da ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın neden, ölümün kuvvetle olası hâle gelmesinin sonuç olarak kabul edilmesini gerektirir. Dolayısıyla hukukumuzda ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın tek başına kaybolan kimsenin ölümünü en azından kuvvetle muhtemel hâle getireceği söylenebilir. Örneğin, bir yerde şiddetli bir sel felaketi (ciddi ölüm tehlikesi) yaşansa ve orada bulunan bir kimsenin bu felakette sele kapıldığına ilişkin emareler olsa (ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı ispatlansa) şiddetli sele kapılarak öldüğü düşünülen ancak cesedi de bulunmayan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık vardır. Böyle bir olayda o kimsenin şiddetli bir sel felaketinde ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolması, en az bir yıl boyunca kendisinden haber alınmaması ve cesedinin de bulunmaması kendiliğinden onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirir. Hakları bu ölüme bağlı olanların, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçtikten sonra yapacakları başvuru üzerine hâkim, gerekli yargılama usûlünü gerçekleştirerek bu kişi hakkında gaiplik kararı verebilir.

Ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma sebebine dayanılarak açılan bir gaiplik davasında son yaşam belirtisinden sonra mevcut emarelere göre belirli bir tehlikeyle bağlantılı koşullarla yani ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı bilinen bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğunun ispat edilmesine veya hâkim tara-

⁸⁵ **Brückner**, s. 40.

fından özel olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla hâkim, bir kimsenin mevcut emarelere göre ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığının ve bundan sonra kendisinden bir yaşam belirtisinin alınmadığının ispatlandığı bir olayda o kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmadığı gerekçesiyle gaiplik kararı vermekten kaçınmaz. Hâkimin bu tür bir olayda değerlendireceği husus, kişinin karşılaştığı olayın ciddi ölüm tehlikesi doğuran bir olay mı olduğu ve kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılıp bakılamayacağıdır. Eğer hâkim ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan ve cesedi bulunamayan kişinin ölümüne “kesin gözüyle bakılacağı” kanaatindeyse (TMK m. 31) bu durumda gaiplik talebinin reddine karar verebilir. Zira bu hâlde Türk Medenî Kanunu’nun gaipliğe ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp ölüm karinesine başvurulması gerekir. Buna karşılık son yaşam belirtisinden sonra ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı ispat edilen bir kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmıyorsa yani dolayısıyla o kişinin ölümü sadece kuvvetle muhtemelse artık hâkimin gaipliğin şekli şartlarının yerine getirilmesi aşamasına geçmesi gerekir.

İsviçre Federal Mahkemesi, Bangkok bölgesinde gemiyle seyahat eden bekâr bir kadının kaybolması olayında gaipliğin koşullarının gerçekleştiğine hükmetmiştir. Şöyle ki bir sabah yolcu kadın kamarasında bulunamamıştır. Kamara içeriden kilitlidir. Kamaranın penceresi ise denize doğru açıktır. Bu deliller ışığında kadının gemiden denize düşmüş olması gerektiği aşikârdır. Açık denize düşme, ciddi ölüm tehlikesi taşıyan bir duruma yol açmıştır. Kadının başka bir gemi tarafından kurtarılmış olması ve daha sonra bilinmeyen bir yerde yeni bir hayat kurmuş olması ihtimali de tamamen göz ardı edilemez ancak ölüm bu olayda daha fazla muhtemeldir. Başka bir deyişle İsviçre Medenî Kanunu’nun 35 maddesinin birinci fıkrası uyarınca kuvvetle muhtemeldir⁸⁶. Görüldüğü üzere Federal Mahkeme kararına konu olan olayda gemiyle açık denizde seyahat eden yani yaşam belirtisi bulunan bir kimse, yaşam belirtisinden sonra kamarasının kapısı içeriden kilitliken seyahat hâlinde olan bir gemiden açık denize düşmüş yani mevcut emarelere göre belirli bir tehlikeyle bağlantılı koşullarla yani ölüm tehlikesiyle karşılaşmıştır. Bu olayda kadının başka bir gemi tarafından kurtarılmış olması ihtimali ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektirmemekle birlikte ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolması onun ölümünü kuvvetle olası hâle getirmiştir. Yani ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmadığından Federal Mahkeme, ölümü kuvvetle muhtemel olan kadın hakkında gaiplik kararı verilmesine hükmetmiştir.

⁸⁶ BGE 56 I 546 vd. (<https://www.fallrecht.ch/c1056546.pdf> Erişim Tarihi: 01.11.2023).

Tüm bu açıklamalardan sonra Yargıtayın; talepte bulunanlarca 2005 yılından beri kayıp olduğu, dağda geçirdiği kaza sonucu öldüğüne dair haber alındığı iddia edilen ve yerel mahkemece toplanan delillere göre 2005 yılından beri haber alınmadığı tespit edilen kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanmadığı gerekçesiyle 2019 yılında vermiş olduğu bozma kararının⁸⁷ isabetli olmadığı söylenebilir.

C. Kendisinden Uzun Süredir Haber Alınamayan Bir Kimse Hakkında Gaiplik Kararı Verilebilmesi İçin Onun Ölümü Hakkında Kuvvetli Olasılık Bulunmasının Gerekip Gerekemediği Meselesi

1. Türk Hukuk Öğretisindeki Belli Başlı Görüşler

Öğretide *Tekinay*, mülga Medenî Kanun döneminde konuya ilişkin açıklamalarında uzun süreden beri kendisinden haber alınamayan kimsenin ölmüş olması “pek muhtemel görünüyorsa” yine gaiplik söz konusu olur demektedir. *Tekinay*'a göre burada bir kimse ya önemsiz bir ölüm tehlikesi içinde ya da herhangi bir tehlike söz konusu olmadan ortadan kaybolmuştur ve kayboluş tarzına göre bir kimsenin ölümü büyük bir ihtimal teşkil ettiği takdirde gaiplik kararı verilebilir. *Tekinay*, bir kimseden uzun süre haber alınamamasının onun gaipliğine hükmetmek için başlı başına yeterli bir sebep olmadığını vurgulamakta ve haber alamama öyle hâller ve şartlar içinde olacak ki o kimsenin ölümü pek muhtemel sayılabilir demektedir⁸⁸.

Öğretide *Feyzioğlu/Doğanay*, mülga Medenî Kanun döneminde konuya dair açıklamalarında çoktan beri haber alınamayan kimsenin gaip sayılabilmesi için haber alınamamanın ölümü muhtemel kılacak vasıfta olması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, haber alınamamanın şahsın ölümünü kuvvetle muhtemel kılacak vasıfta olduğu konusundaki ispat yükünün gaipliğe karar verilmesini isteyen davacıda olduğunu vurgulamaktadır⁸⁹.

Öğretide *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, her kendisinden haber alınamayan kimse için gaiplik kararı istenemeyeceğini belirttikten sonra somut olaydaki şartların, kaybolan kişinin ölümünü kuvvetli bir olasılık içinde göstermesi ve kaybolanın hâlâ hayatta olduğuna dair büyük kuşkular uyandırması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁰. Ayrıca *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*,

⁸⁷ Yarg. 8. HD., T. 07.11.2019, E. 2019/5158, K. 2019/10013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 19.11.2023).

⁸⁸ *Tekinay*, s. 215.

⁸⁹ *Feyzioğlu/Doğanay*, s. 61.

⁹⁰ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 32.

ölümün kuvvetli bir olasılık içinde görülmesi şartının özellikle uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayanlar açısından daha da önemli olduğunu kabul etmektedir⁹¹.

Öğretide *Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman* gaiplik kararının verilmesinin her iki hâlde (ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve kişiden uzun zamandan beri haber alınamama) de kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına bağlı olduğunu belirtmektedir⁹².

Öğretide *Helvacı*, gaipliğin şartları arasında kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını saymadığı gibi kişiden uzun süredir haber alınamama bahsinde de ölümün kuvvetle muhtemel olmasından özel olarak söz etmektedir⁹³. Bununla birlikte *Helvacı*, gaipliğe ilişkin genel açıklamalarda gaiplik kararının verilebileceği her iki durumda da (dolayısıyla kendisinden uzun süredir haber alınamama durumunda da) hâkimin gaipliğe hükmedebilmesi için gaipliğine karar verilecek kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın bulunması gerektiğini belirtmektedir⁹⁴.

Öğretide *Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar*, gaiplik durumlarını kastederek her iki durumda da aranacak olan ortak koşulun kişinin ölümünün olası bulunması olduğunu belirttikten sonra kişiden uzun süredir haber alınamama bahsine ilişkin açıklamaları doğrudan doğruya “*Kişiden Uzun Süre Haber Alınamamış Olması ve Ölümün Çok Güçlü Bir Olasılık Olması*” başlığı altında yapmaktadır⁹⁵.

Öğretide *Dural/Öğüz*, bir kimsenin gaipliğine karar verilebilecek olan ikinci durumun ondan uzun süre haber alınamaması olduğunu belirttikten sonra her uzun süreden beri haber almamanın hâkimin gaiplik kararı vermesine temel olamayacağını ifade etmektedir. Böylece bu haber alamamanın kişinin yaşayıp yaşamadığından kuşku duyurması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁶. Buna karşılık *Dural/Öğüz*, kendisinden uzun süredir haber alınamayan kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulunun aranmasının gerekip gerekmediği konusunda ayrıca bir açıklama yapmamaktadır.

Öğretide *Öztan* kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını gaipliğin koşulları arasında saymamış, gaiplik durumlarından kişiden

⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 32.

⁹² Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 255.

⁹³ Helvacı, s. 34-35.

⁹⁴ Helvacı, s. 34. Aynı yönde bkz. Ataay, s. 252.

⁹⁵ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 77.

⁹⁶ Dural/Öğüz, s. 31.

uzun zamandan beri haber alınamama bahsinde, sadece haber alınamamanın gaiplik kararı için yeterli olmadığını ayrıca haber alınamamanın ölümü pek muhtemel gösterecek mahiyette olmasının da gerektiğini belirtmiştir⁹⁷.

Öğretide *Erdoğan/Keskin* gaiplik kararının şartları arasında kaybolan kimsenin ölümünün kuvvetli olası gözükmesini ayrıca saymamış; gerek ölüm tehlikesi içinde kaybolma gerek kişiden uzun zamandır haber alınamama durumunda aslolanın söz konusu kişinin hayatta olup olmadığının belirsiz olmasından söz etmiştir⁹⁸.

Öğretide *Baygın/Nar*, gaiplik kararının şartları arasında kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olmasını ayrıca saymamış ancak kişiden uzun süreden beri haber alınamama bahsinde ise bir kişiden sadece uzun süreden beri haber alınamıyor olmasının gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmadığını ayrıca hâkimin kişiden uzun süreden beri haber alınamama sebebiyle gaiplik kararı verebilmesi için kendisinden haber alınamayan kişinin yaşamından kuşku duyulması ve ölümünün pek muhtemel görülmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁹.

Öğretide *Serozan/Engin/Atamer*, kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ayrıca onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda bir açıklama yapmamaktadır¹⁰⁰.

Öğretide *Hatemi* gaiplik kararı sırasında ölümün muhtemel olduğunu belirttikten sonra ölümün muhtemel oluşunun iki olgunun biri “dolayısı ile” söz konusu olabileceğini ve bunlardan ikincisinin bu kimseden uzun süredir haber alınamama olduğunu ifade etmektedir¹⁰¹.

2. Yargıtay Uygulamasından Bazı Örnekler

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, hakkında gaiplik kararı verilmesi istenilen kişiden uzun zamandan beri haber alınamamaktaysa da ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozduğu pek çok kararı bulunmaktadır¹⁰².

⁹⁷ **Özta**n, s. 84.

⁹⁸ **Erdoğan/Keskin**, s. 326.

⁹⁹ **Baygın/Nar**, s. 326.

¹⁰⁰ **Serozan/Engin/Atamer**, s. 429.

¹⁰¹ **Hatemi**, s. 83.

¹⁰² Yarg. 2. HD., T. 14.07.2010, E. 2009/12902, K. 2010/14215; Yarg. 2. HD., T. 22.09.2010, E. 2010/11290, K. 2010/15137; Yarg. 2. HD., T. 15.10.2012, E. 2011/11685, K. 2012/24677 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 23.11.2023).

Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin de kişiden uzun süredir haber alınmadığının tespit edilmesine rağmen onun ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının ispatlanamadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozduğu pek çok kararı bulunmaktadır¹⁰³.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2018 yılında verdiği bir kararda TMK m. 32 uyarınca gaiplik kararının verilebilmesi için kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin, ancak ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa gaipliğine karar verilebileceğini vurgulamıştır. Daireye göre yerel mahkemece, gaipliğine karar verilmesi istenilen kişiden “40-50 yıldır” haber alınmadığı tespiti yapılmış ise de bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığı kanıtlanmamıştır. Dolayısıyla mahkemece Türk Medenî Kanununun 32. maddesinde öngörülen “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” koşulu dikkate alınmaksızın adı geçenin gaipliğine ilişkin hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur¹⁰⁴.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 2020 yılında verdiği bir kararda, 1993 yılından beri kayıp olduğu, yaklaşık 24 yılı aşkın zamandır kendisinden haber alınmadığı, gaipliğine karar verilmesi gerektiği iddia edilen, yerel mahkemece toplanan delillere göre yaklaşık “25 yıldır” haber alınmadığı tespit edilen bu kişinin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹⁰⁵.

Yargıtayın; doğduğu tarih itibarıyla yüz yaşını aştığı görülen, toplanan delillerden kendisinden uzun zamandan beri haber alınmadığı anlaşılan kişinin yüz yaşını aşmış olmasının ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığına delalet ettiği gerekçesiyle gaiplik istemini reddeden yerel mahkeme kararlarını bozduğu kararları da bulunmaktadır¹⁰⁶.

3. İsviçre Hukuk Öğretisindeki Başlıca Görüşler

Öğretide *Grossen* ve ona atıfla *Lardelli*'ye göre gaiplik kararı, ancak başvurunun dayanağı olan durumlar somut olayda ölümün kuvvetle muhte-

¹⁰³ Yarg. 8. HD., T. 02.07.2018, E. 2018/11269, K. 2018/14768; Yarg. 8. HD., T. 24.09.2018, E. 2018/12468, K. 2018/16073; Yarg. 8. HD., T. 10.10.2019, E. 2019/4908, K. 2019/8860 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁰⁴ Yarg. 8. HD., T. 10.05.2018, E. 2018/9579, K. 2018/12418 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁰⁵ Yarg. 8. HD., T. 13.10.2020, E. 2020/2827, K. 2020/6145 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 24.11.2023).

¹⁰⁶ Yarg. 2. HD., T. 29.03.2011, E. 2010/3609, K. 2011/5554; Yarg. 18. HD., T. 13.01.2015, E. 2014/11091, K. 2015/300; Yarg. 8. HD., T. 28.12.2017, E. 2017/3002, K. 2017/17652 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 28.11.2023).

mel olduğunu gösteriyorsa verilebilir¹⁰⁷. Yani bu durumların ilgili kişinin hâlâ hayatta olduğu konusunda büyük bir şüphe uyandırması gerekir¹⁰⁸. Ölümün gerçekleşme olasılığı, kişiden uzun süredir haber alınamaması hâlinde ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma hâline nazaran daha düşüktür¹⁰⁹. Haber alınamama, muhtemel bir ölüme işaret etmeyen belirli nedenlerle açıklanabiliyorsa bu koşul (ölümün kuvvetle muhtemel olması) yerine getirilmiş sayılmaz¹¹⁰.

Öğretide *Bucher*'e göre İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrası gaiplik kararının verilebilmesinin mümkün olduğu iki durum öngörmektedir. Her iki durumda da koşullar ölümü kuvvetle muhtemel göstermelidir¹¹¹.

Öğretide *Haftter*'e göre bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ikinci ihtimalde onun uzun süredir habersizce ortada bulunmaması yani (dolayısıyla) onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması gerekir. Buradaki uzun süre, İsviçre Medenî Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca en az beş yıldır¹¹². Bu bağlamda *Haftter*'in bir kimsenin uzun süre habersizce ortada bulunmamasının onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğine yönelik bir imada bulunduğu; kişiden uzun süredir haber alınamama ile kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurduğu söylenebilir.

Öğretide *Egger*'e göre kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak haber alınamayan kişi hakkındaki habersizliğin hâlihazırda uzun süredir devam ediyor olması gerekir. Bu koşullar altında onun varlığını sürdürmesi (yaşama ihtimali) giderek daha az olası hâle gelir. Bu durum, İsviçre Medenî Kanunu madde 36 uyarınca beş yıl boyunca kesintisiz olarak devam ederse kişinin ölümü kuvvetle muhtemel görünür¹¹³. Dolayısıyla *Egger*'in bir kimseden uzun süreden beri haber alınamamasının kesintisiz olarak beş yıl boyunca devam etmesi durumunda artık onun ölümünün kuvvetle muhtemel hâle geldiğini kabul ettiği söylenebilir.

¹⁰⁷ **Grossen**, SPR II, s. 307; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

¹⁰⁸ **Grossen**, SPR II, s. 307.

¹⁰⁹ **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 5.

¹¹⁰ **Grossen**, SPR II, s. 307; **Lardelli**, BSK ZGB I, Art. 35, N. 6.

¹¹¹ **Bucher**, s. 50.

¹¹² **Haftter**, Art. 35, N. 3.

¹¹³ **Egger**, ZK ZGB, Art. 35, N. 5.

Öğretide *Hausheer/Aebi-Müller*'e göre gaiplik kararına ilişkin yargılamanın başarılı şekilde başlatılabilmesi için ölüm gerek ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmada gerek kişiden uzun süredir haber alınamamada kuvvetle muhtemel olmalıdır. Ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kişiden uzun süredir haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantı bulunmalıdır. Kayıp kişi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolduğu veya uzun süredir haber alınmadığı için ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır. Habersizce ortada bulunmama başka türlü gerekçelendirilebiliyorsa örneğin ciddi bir aile anlaşmazlığı söz konusuysa gaiplik kararının alınması gündeme gelmez¹¹⁴.

Öğretide *Pedrazzini/Oberholzer* gaiplik kararı alınmasının kişinin uzun süredir ortada bulunmaması durumunda da mümkün olduğunu belirttiikten sonra bu durumun kayıp kişinin ne yerleşim yerinin bulunduğu ne de onun nerede olduğuna dair herhangi bir haber alınmadığı hâlde geçerli olduğunu ifade etmektedir. *Pedrazzini/Oberholzer*'e göre eğer bu durum kesintisiz olarak beş yıl devam etmişse (İsviçre Medenî Kanunu m. 36/I) o zaman bu durum kuvvetle muhtemel olarak görülür ve kaybolan kişinin gaipliğine karar verilebilir¹¹⁵. Hâl böyle olunca *Pedrazzini/Oberholzer*'in kaybolan bir kimsenin salt yerleşim yerinin bilinmemesinin ve kendisinden kesintisiz olarak beş yıldan beri de haber alınmamasının onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğini kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Tuor/Schnyder/Schmid*, gaiplik kararının alınmasına izin verilen durumları belirttiikten sonra kişiden uzun süredir haber alınamamayı kastederek ikinci durumda da “habersizlik süresi nedeniyle” ölüm kuvvetle muhtemel olmalıdır ve bu nedenle habersizliğin koşulları dikkate alınmalıdır demektedir¹¹⁶. Dolayısıyla *Tuor/Schnyder/Schmid*'in kişiden uzun süredir haber alınmamasında habersizlik süresiyle ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi kurduğu yani habersizlik süresinin neden, ölümün kuvvetle muhtemel olmasının ise sonuç olduğunu ancak habersizliğin koşullarının da dikkate alınması gerektiğini vurguladığı söylenebilir.

Öğretide *Hürlimann-Kaup/Schmid* ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolma ve uzun süredir habersizce ortada bulunmama durumlarının ölümün kuvvetle muhtemel olduğu durumlar olduğunu belirttiikten sonra uzun süredir habersizce ortada bulunmama durumunda ilgili kişinin özellikle tehlikeli

¹¹⁴ **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 35-36.

¹¹⁵ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39-40.

¹¹⁶ **Tuor/Schnyder/Schmid**, s. 113.

bir durumla karşılaşmış olduğunun bilinmesine gerek olmadığını ancak haber alınamama süresinin ölümün kuvvetle muhtemel olduğunu göstermesi gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁷. Böylece *Hürlimann-Kaup/Schmid* kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilirken haber alınamama süresinin o kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirip getirmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Öğretide *Baumann* bir kişi ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolur veya uzun süredir habersizce ortada bulunmazsa onun ölümü kuvvetle muhtemel kabul edilir dedikten sonra uzun süre habersiz ortada bulunmamak tek başına yeterli değildir şeklinde bir açıklama yapmaktadır¹¹⁸. Dolayısıyla *Baumann*'ın genel olarak ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmanın veya uzun süredir habersizce ortada bulunmamanın kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiğini kabul ettiği ancak uzun süredir habersizce ortada bulunmamanın tek başına gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmadığını yani gaipliğe yol açan ikinci durumda hâkimin uzun süre habersizce ortada bulunmama dışında başka unsurları da dikkate alması gerektiğini kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Riemer*'e göre gaiplik kararı iki durumda söz konusu olur. Her iki durumda da kişiler, ölümlerini kuvvetle muhtemel kılan durumlar altında ortadan kaybolmuşlardır: Ya bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuştur ya da ondan uzun süredir haber alınamamaktadır¹¹⁹. Görüldüğü üzere *Riemer* kendisinden uzun süredir haber olmaksızın ortada bulunmamaı kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getiren bir durum olarak kabul etmektedir.

Öğretide *Dörr*, somut olaydaki kaybolma durumuyla ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağlantının bulunması gerektiğini belirttikten sonra bir kimseden uzun süredir haber alınamamasının o kişinin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getireceğini açıkça ifade etmiştir¹²⁰. Dolayısıyla öğretide *Dörr*'ün kendisinden uzun süredir haber alınamayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ayrıca kişinin ölümünün kuvvetle muhtemel olup olmadığını özel olarak değerlendirilmesine gerek olmadığını kabul ettiği söylenebilir.

Öğretide *Hofer*, kişiden uzun süredir haber alınamama koşulunu açıklarken ölümün kuvvetle muhtemel olması gereğinden söz etmemiş; uzun

¹¹⁷ **Hürlimann-Kaup/Schmid**, s. 217.

¹¹⁸ **Baumann**, s. 23.

¹¹⁹ **Riemer**, s. 90.

¹²⁰ **Dörr**, KUKO ZGB, Art. 35, N. 5.

süredir ortada bulunmama yaşaam belirtilerinin eksikliğinin, örneğin öncesinden gerçekteşmiş bir tartışmanın bulunması gibi, açıklanabilir olmaması gerektiğini belirtmiştir¹²¹.

Öğretide *Kley/Seferovic* ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumunda ölümün kuvvetle muhtemel olmasından söz etmemiş buna karşın kişiden uzun süredir haber alınamaması durumunda haber alınamamaya ölümün kuvvetle muhtemel olması arasında sıkı bir bağın bulunması gerektiğini açıkça belirtmiştir. *Kley/Seferovic* uzun süredir kendisinden haber alınmama ve ölümün kuvvetle muhtemel olması arasındaki bağın, örneğin aile içindeki şiddetli tartışma gibi geçerli nedeni varsa kesintiye uğrayacağını da vurgulamıştır¹²².

Öğretide *Breitschmid*, İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesine ilişkin açıklamalarında ölümün kuvvetle muhtemel olmasını gaiplik kararı verilebilmesinin bir koşulu olarak saymamış kişiden uzun süre haber alınmama konusunda da ölümün kuvvetle muhtemel olması konusuna hiç değinmemiştir. *Breitschmid*'in kişiden uzun süredir haber alınamamadaki "uzunluk" kavramının günümüzün gelişen iletişim teknolojileri ve uygulamaları sayesinde oldukça kısalđını, bilgi çağında haber alınamamanın neredeyse tek başına ölüm tehlikesi anlamına geldiğini vurgulaması¹²³ da dikkat çekicidir.

Öğretide *Brückner*, uzun süredir habersizce ortada bulunmama durumunda gaiplik kararını açıklarken "*Uzun Süredir Habersizce Ortada Bulunmama Sonucu Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması (Beş Yıllık Bekleme Süresinden Sonra Gaiplik Kararı)*" başlığını kullanmıştır. *Brückner*'e göre ikinci alternatifin, yukarıda açıklanan durumla (ölüm tehlikesi içinde kaybolma) ortak yanı ise ölümün tüm koşullar göz önüne alındığında kuvvetle muhtemel görülmesi¹²⁴.

4. Değerlendirme

Bir kimseden uzun zamandan beri haber alınamaması; haber alınmama durumu makul bir gerekçeye dayanmıyorsa yani açıklanabilir nitelikte değilse kendisinden uzun süredir haber alınamayan kimsenin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirir. Bu kapsamda bir kimseden uzun süredir haber alınmama neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi ise sonuçtur.

¹²¹ Hofer, s. 42.

¹²² Kley/Seferovic, OFK ZGB, Art. 35. N. 3.

¹²³ Breitschmid, CHK ZGB, Art. 35, N. 3.

¹²⁴ Brückner, s. 43.

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 35. maddesi dikkate alınarak yorumlanması da kişiden uzun süredir haber alınamamasının neden, ölümün kuvvetle olası hâle gelmesinin ise sonuç olarak kabul edilmesini gerektirir. Kişiden uzun süredir haber alınamama ile onun ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında sıkı bir bağ vardır ve bu bağ neden sonuç ilişkisi olarak ortaya çıkar. Fakat uzun süredir kendisinden haber alınamama ile ölümün kuvvetle muhtemel olması arasındaki bu sıkı bağ, kişiden haber alınamamasının açıklanabilir (makul) bir sebebe dayanması hâlinde kesilir ve bu durum kendisinden uzun süredir haber alınmayan kimse hakkında gaiplik kararı verilmesini engeller.

Kişiden uzun süredir haber alınamama sebebine dayanılarak gaiplik kararı istenebilmesi için hakkında gaiplik kararı istenilen kimsenin ölüm tehlikesi doğuran bir olayla karşılaşmış olması zorunlu değildir. Yukarıda da vurgulandığı üzere kişiden uzun süredir haber alınamamada kendisinden doğrudan veya dolaylı olarak haber gelmeyen kişinin ortadan kaybolmasıyla bağlantılı olarak özel bir tehlikeli durumun varlığı gerekli değildir. Zaten bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmuşsa ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl geçtikten sonra (TMK m. 33/I) o kişi hakkında gaiplik kararı istenebilir. Ancak içinde bulunduğumuz bilgi çağında iletişim teknolojisinin ulaşılmış olduğu gelişim göz önünde bulundurulursa ortada açıklanabilir bir neden yokken bir kimseden haber alınamaması, neredeyse tek başına ölüm tehlikesi anlamına gelir. Hâl böyle olunca bir kimse hakkında ondan uzun süredir haber alınamama nedenine dayanılarak gaiplik kararı istenebilmesi için o kişinin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasına dahi gerek yokken kendisinden en son en az beş yıl önce haber alınmış olan bir kimsenin söz konusu haber alınamama sebebiyle ölümünün kuvvetle muhtemel hâle geldiği açıktır.

Kendisinden en az beş yıldır haber alınmayan bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğunun ispat edilmesine yahut hâkim tarafından bu hususun özel olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bir kimseden uzun süredir haber alınamamasının açıklanabilir yani makul bir gerekçesi varsa artık o kimseden uzun süredir haber alınmaması onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması sonucunu doğurmayacağından o kimse hakkında gaiplik kararı verilemez.

Ölüm tehlikesi içinde kaybolmayan fakat kendisinden uzun süredir haber alınmayan bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolmasından da söz edilemeyeceğinden hâkimin önüne gelen böyle bir olayda ölüm karinesinin koşullarının gerçekleşip gerçekleş-

mediğini araştırmasına gerek yoktur. Zira bir kimseden en az beş yıldan beri açıklanabilir olmayan bir şekilde haber alınamıyor olması, onun ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektirmez; onun ölümünün kuvvetle muhtemel olduğunu gösterir. Hâkim, bir kimseden en az beş yıldır haber alınmadığı gerekçesiyle haber alınamayan kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi istenilen bir olayda en az beş yıldır haber alınamamanın açıklanabilir bir nedeninin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Yoksa kendisinden bu yönde bir talepte bulunulan hâkimin makul bir gerekçe olmaksızın kendisinden en az beş yıldır haber alınamayan kimsenin ölümünün kuvvetle muhtemel olmadığı gerekçesiyle gaiplik kararı verilmesine yönelik talebi reddetmemesi gerekir.

Evli olup da geride pek çok aynî veya nisbî hak, hatta faaliyetine devam eden bir işletme bırakarak açıklanabilir olmayan bir şekilde ortadan kaybolan ve kendisinden beş yılı aşkın süredir doğrudan veya dolaylı olarak haber alınamayan bir kimsenin eşinin, çocuklarının, diğer mirasçılarının ve hatta alacaklılarının söz konusu kişinin ölüp ölmediğine ilişkin belirsizliğin giderilmesindeki menfaatleri büyüktür. Buna rağmen söz konusu kişinin ölümünün kuvvetli bir olasılık dâhilinde olmadığı gerekçesiyle onun hakkındaki gaiplik talebinin reddi, telafisi imkânsız zararlar doğurabilir.

Tüm bu açıklamalardan sonra Yargıtayın yerel mahkemelerce yaklaşık 25 yıldır veya 50 yıldır kendisinden haber alınmadığı tespit edilen ve haklarında gaiplik kararı verilen kişilerin ölümü hakkında kuvvetli olasılığın varlığının kanıtlanamadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozmasının¹²⁵ isabetli olmadığı söylenebilir.

SONUÇ

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci 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.*” Bu hükümde yer alan “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” ifadesi, bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmasının aranması gereken özel bir koşul olduğu yönünde bir çıkarım yapılmasına neden olmaktadır. Ancak sözü edilen maddedeki “ölüm tehlikesi içinde kaybolma” ve “kendisinden

¹²⁵ Yarg. 8. HD., T. 10.05.2018, E. 2018/9579, K. 2018/12418; Yarg. 8. HD., T. 13.10.2020, E. 2020/2827, K. 2020/6145 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 11.12.2023).

uzun zamandan beri haber alınamama” durumları tek başına, kaybolan kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması sonucunu doğurabilen durumlardır.

Gaipliğin ön koşullarını düzenleyen Türk Medenî Kanunu’nun 32. maddesinin kaynağını İsviçre Medenî Kanunu’nun 35. maddesi oluşturmaktadır. İsviçre Medenî Kanunu’nun 35. maddesinin düzenlemesinden bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasının veya ondan uzun süredir haber alınamamasının, onun ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirdiği sonucu çıkarılmaktadır. Buna karşılık Türk Medenî Kanunu’nun 32. maddesinin sözünden aynı sonuç çıkarılamamaktadır. Aksine Türk Medenî Kanunu’nun 32. maddesinin lafzına göre bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ölüm tehlikesi içinde kaybolma veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamama koşuluna bir de onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması koşulu eklenmelidir. Ancak bu tür bir yorum gerek mantık kuralları gerek hükmün amacı ve tarihsel kaynağı gözetildiğinde geçerli kabul edilmemelidir.

Türk Medenî Kanunu’nun gaipliğe ilişkin düzenlemesinin asıl amacı gaibin ölümü konusundaki belirsizliği gidererek hakları gaiplik kararına bağlı olanların haklarına kavuşmasını sağlamak, onların menfaatlerini korumaktır. Diğer taraftan Türk Medenî Kanunu gaipliğe ilişkin düzenlemesinin tarihsel kaynağını İsviçre Medenî Kanunu’nun gaipliğe ilişkin düzenlemesi oluşturmaktadır ve sözü edilen düzenlemede gaiplik durumlarıyla gaibin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması arasında bir neden sonuç ilişkisi yaratılmış; gaibin ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması, aranması gereken özel bir koşul olarak düzenlenmemiştir. Ayrıca bir kimsenin ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolmasına rağmen onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunmaması mantıken mümkün değildir. Yani bir kimse ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmuşsa artık onun ölümü en azından kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmak neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi ise sonuçtur. Ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştıktan sonra yaşam belirtisi göstermeme ile ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında bir neden sonuç ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla ciddi ölüm tehlikesi içinde kaybolmak tek başına kaybolan kimsenin ölümünü en azından kuvvetle muhtemel hâle getirir.

Ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolma sebebine dayanılarak açılan bir gaiplik davasında son yaşam belirtisinden sonra mevcut emarelere göre belirli bir tehlikeyle bağlantılı koşullarla yani ciddi ölüm tehlikesiyle karşılaştığı bilinen bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için onun ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunduğunun ispat edilmesine veya bu konunun

hâkim tarafından özel olarak değerlendirilmesine gerek yoktur. Hâkimin bu tür bir olayda değerlendireceği husus, kişinin karşılaştığı olayın ciddi ölüm tehlikesi doğuran bir olay mı olduğu ve kaybolan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılıp bakılamayacağıdır. Bu kapsamda hâkim ciddi ölüm tehlikesi içinde ortadan kaybolan ve cesedi bulunamayan kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacağı kanaatindeyse bu durumda gaiplik talebinin reddine karar verebilir. Çünkü artık bu hâlde Kanun'un gaipliğe ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olmayıp ölüm karinesine başvurulması gerekir.

Diğer taraftan bir kimseden uzun zamandan beri haber alınmaması da haber alınmama durumu makul bir gerekçeye dayanmıyorsa kendisinden uzun süredir haber alınmayan kimsenin ölümünü kuvvetle muhtemel hâle getirir. Bu kapsamda bir kimseden uzun süredir haber alınmaması neden, ölümün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi sonuçtur. Kişiden uzun süredir haber alınmama ile onun ölümünün kuvvetle muhtemel hâle gelmesi arasında sıkı bir bağ vardır ve bu bağ neden sonuç ilişkisi olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat uzun süredir kendisinden haber alınmama ile onun ölümünün kuvvetle muhtemel olması arasındaki bu sıkı bağ, kişiden haber alınmamasının açıklanabilir bir sebebe dayanması hâlinde kesilir ve bu durum kendisinden uzun süredir haber alınmayan kimse hakkında gaiplik kararı verilmesini engeller. Ölüm tehlikesi içinde kaybolmayan fakat kendisinden sadece uzun süredir haber alınmayan bir kimsenin, ölümüne “kesin gözüyle” bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolmasından söz edilemeyeceğinden hâkimin önüne gelen olayda ölüm karinesinin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmasına gerek yoktur.

Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa” ifadesinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma durumu bakımından gaiplik kararıyla ölüm karinesini ayırt etmede kullanılan, kişiden uzun süredir haber alınmaması durumu bakımından ise ondan haber alınmamasının makul bir gerekçeye dayanması hâlinde neden sonuç ilişkisinin kesilmesi sebebiyle gaiplik kararının verilmesini engelleyen bir ölçüt olarak değerlendirilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Abik**, Yıldız: “Gaibliğin Nişanlılık Üzerindeki Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2, 2005, s. 153-181.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya: Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Aslan Bingöl**, Kemale Leyla: “Gaibliğin Miras Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 48, 2021, s. 313-334.
- Ataay**, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş – Hakikî Şahıslar, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Baumann**, Max: Personenrecht des ZGB : natürliche Personen, juristische Personen, Vereine, Stiftungen, Schutz der Persönlichkeit, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2011.
- Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medenî Hukuk Dersleri I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Bieri**, Marisa/**Morand**, Anne-Sophie/**Müller**, Melanie/**Perren**, Rube: Übungsbuch Personenrecht und Einleitungsartikel, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2015.
- Breitschmid**, Peter: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Band 1, Personen- und Familienrecht: Art. 1-456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2023.
- Brückner**, Christian: Das Personenrecht des ZGB: (ohne Beurkundung des Personenstandes), 1. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2000.
- Bucher**, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.
- Dörr**, Bianka S.: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (KUKO), 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Egger**, August: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZK), Das Personenrecht, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 1930.
- Erdoğan**, İhsan/**Keskin**, A. Dilşad: Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin/**Doğanay**, Y. Ümit: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt I (Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku), Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1966.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku, Birinci Kitap, Şahsın Hukuku (Kişiler Hukuku), 3. Baskı, Güney Matbaacılık, Ankara 1954.
- Grossen**, Jacques Michel: Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band, Einleitung und Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 1967.
- Hafer**, Ernst: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Personenrecht, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1919.
- Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2016.
- Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Hofer**, Sibylle: Personenrecht, 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- Hürlimann**, Bettina/**Schmid**, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016.
- Kley**, Andreas/**Seferovic**, Goran: ZGB : Kommentar : Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2021.
- Köprülü**, Bülent: Medeni Hukuk, Genel Prensipler - Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler), 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984.
- Lardelli**, Flavio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch (BSK) I, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2022.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

- Oğuzoğlu**, Hüseyin Cahit: Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku, Akın Matbaacılık, 3. Baskı, Ankara 1956.
- Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1979.
- Öztan**, Bilge: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 1993.
- Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB: Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2002.
- Şahin**, Eda: “Gaipliğin Miras Hukuku Bakımından Hüküm ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2019 (144), s. 249-275.
- Serozan**, Rona/**Engin**, B. İlkay/**Atamer**, Yeşim M.: Serozan Medenî Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Tokat**, Hüseyin: “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, 2017, s. 523-575.
- Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2015.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1963.
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: “Ölüm Karinesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, 2022, s. 833-885.
- Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Acabey**, M. Beşir/**Gürpınar**, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.