

İslâm Hukukunda Gâibin / Kayıp Kişinin Hükmen Ölü Sayılmasına Kadarki Süreçte Mallarının Yönetimi “Türk Medenî Kanunu ile Mukayeseli Olarak”*

Ali Aslan TOPÇUOĞLU**

ABSTRACT

Management of A Lost Person’s Goods Until He Is Legally Accepted As Dead In The Islamic Law “In comparison With The Turkish Civil Code”

The laws concerning the lost people are still among the most important problems of our society today. Necessary precautions are taken both in Islamic law and Turkish Civil Code to prevent such ones from sustaining any financial loss. In this sense, their goods are not apportioned due to the probability that they may be alive, however, they are not accepted as an inheritor to a dying relative of theirs due to the probability that they may be dead.

Also, the judge is granted the right to fix and keep the goods of these people. There is a striking resemblance between the Islamic law and Turkish Civil Code.

Keywords: *The lost person, The lost of person’s goods, Act of the judge, conservator, Enjoyment, jurisdiction of Trustee, Abuse, interitance, Distributee, Testament.*

Giriş

Kayıp kişilerle ilgili hükümler, her ne kadar iletişim, taşıma ve haberleşme araçlarında gelişmeler kaydedilmişse de önemini kaybetmemiştir. Bu konu bugün halen toplumumuzun önemli problemlerinden birini teşkil etmektedir. Kendi malını yönetmekten aciz olan böyle bir kişinin iktisâdî açıdan zarar uğramaması için de hâkim tarafından gerekli önlemlerin alınması gerekir. Bu açıdan hâkime kayıp kişinin mallarında tasarruf yetkisi verilmiştir.

Çalışmamıza geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılması bakımından “gâiplik kavramı” üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

* Bu makale: “İslâm Hukukunda Mefkûd ve Hükümleri” adındaki Yüksek Lisans tezimin içerisindeki “mefkudun malları” ile alakalı eksik kalan hususların, Türk Medeni Kanunu ile mukayeseli olarak, yeniden değerlendirilerek geliştirilmiş şeklidir.

** Dr., Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Mukâyeseli İslâm Hukuku). e-mail: aliaslantopcuoglu@myinet.com

I. Genel Anlamda Gâiplik

Gâib kelimesi, “ğayb” kökünden ism-i fail olarak gelmektedir. Sözlükte; görünmeyen, ortadan kaybolan, gizlenen, şeye veya kimseye “gâib” denir.¹ İslâm hukuku literatüründe ise bu kavram genelde iki kişi için kullanılır² :

Bunlardan birincisi, evinden ayrılıp bir daha geri dönmeyen ve evi ile irtibatı kesilen bir kişidir. Buna islâm hukuku literatüründe daha çok “*mefkûd* (*kayıp kişi*)” denmektedir. Dolayısıyla *mefkûd* “yeri bilinmeyen ve hayatta olup olmadığı belli olmayan kimse”dir.³ Ayrıca gâipliğin bu çeşidi, “*gaybet-i münkati’a* ile gâib (irtibatın kesildiği gâiplik)” diye de tabir olunur.⁴ Bu tariften anlaşıldığı üzere, kişinin *mefkûd* sayılmasında yerinin⁵ ve hayatta olup olmadığının bilinmemesi⁶ söz konusudur. Bu iki unsurdan birinin bilinmesi hâlinde ise kişi, *mefkûd* olmaktan çıkar ve kendisi ile ilgili mevcut durumu bilinen, sağ olduğu ve yeri bilinen kişiye dair hükümler cereyan eder.

İkinci tür gâiplik ise evinden ayrılıp geri dönmediği halde hayatta olduğuna dair haber alınan kimsedir.⁷ Bu çeşit gâipliğe de İslâm hukuku literatüründe “*gaybet-i gayr-i münkati’a* ile gâib (*irtibatın kesilmediği gâiplik*)”⁸ denir. İslâm hukuk terminolojisinde kayıp kişi için kullanılan “*mefkûd*” kavramı Türk Medeni hukukundaki “gâiplik”e tekâbül ettiği gibi, yaşadığı halde yeri bilinen “gâib” ise Türk Medeni Hukukundaki “*terk*”e benzemektedir.⁹

Burada esas olan, “*mefkûd*” şeklindeki “gâiplik”tir. İkinci kısım ise birinci si gibi hukukî sonuçlar doğurmamakta, hatta çağdaş hukuk terminolojisinde böyle bir durum için “gâiplik” kavramı dahi kullanılmamaktadır. Bu durumda olan bir kişi, gerçek anlamda “gâip” sayılmadığından¹⁰ biz de makalemizde daha ziyade “*mefkûd*” denilen birinci kısım üzerinde durup “gâip”

1 İbn Manzûr Ebu'l-Fazl Cemaluddin Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânu'l-Arab*, Beyrut, 1388/1968, I, 655-656; ez-Zebîdî, Muhibbuddin Ebu'l-Fayd Muhammed Murtaza, *Tâcu'l-Arûs min Cevâhir-li'l-Kâmûs*, Kuveyt, 1386/1967, III, 500-502.

2 Topçuoğlu, Ali Aslan, *İslâm Hukukunda Mefkûd ve Hükümleri*, Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 1998, s.7-8.

3 es-Serahsî, Şemsuddin Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, Mısır, 1324, XI, 38; el-Kâsânî, Alâuddin Ebi Bekr b. Mes'ud, *Bedâiu's-Sanâ'î Tertibi's- Şerâi'* Beyrut, 1974, VI, 196; el-Cürcânî, Seyyid Şerif Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed, *et-Ta'rifât*, Mısır, 1357 / 1938, s. 288; ed-Dusûkî, Şemsuddin Muhammed Arefe, *Haşiyetu'd- Dusûkî alâ'sherhi'l-Kebir*, Mısır, ty., IV, 479; ed-Deyrebi, Ebû Abbas Ahmed b. Ömer, *Ahkâmü'z-Zevâc alâ'l-Mezâhibi'l-Erbââ*, Beyrut, 1986, s. 101; Tyan, Emile, *La Condition Condition Juridique de "l'absent" (Mefkûd) en Droit Musulman, Particulièrement dans le Madhab Hanafite*, Studia Islamica, Paris, 1970, XXXI, 249; Daha geniş bilgi için bkz. Topçuoğlu, s.5-29.

4 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, İstanbul, 1309, s.3; Ayrıca bkz. Seviğ, Vasfi Raşid, *Roma'nın Hususî Hukukununun Institutionları*, İstanbul, 1937, s. 93; Akgündüz, Ahmet, *Mukâyeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı*, Diyarbakır, 1986, s. 695.

5 el-Halebî, İbrahim b. Muhammed Mülteka'l-Ebhûr, İstanbul, 1315. I,649; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, *Haşiyetu Reddî'l-Muhtâr alâ'd-Dürri'l-Muhtâr*, Kahire, 1966. IV, 292.

6 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 34.

7 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s.3; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstîlâhatı Fikhiyye Kamûsu*, İstanbul, 1992, VII 210.

8 Muhammed, Abdurrahim Muhammed, *Zevceti'l-Gâib*, Kahire 1990, s. 23; Gücün, Cevad Abdurrahim, *Nazâri ve Ameli Hukuk Davaları*, İstanbul, 1951, III. 74.

9 Cin, Halil-Akgündüz Ahmet, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1990, I, 112.

10 Topçuoğlu, s.10.

kavramını da bu anlamda kullanacağız. Bu kavramın, kendisinden irtibat kesilmeyen ve “evini terk eden” anlamındaki ikinci kısım “gâiplik”le karıştırılmaması gerekir.

Türk Medeni Kanunu’nun 31. maddesinden anlaşıldığına göre, çağdaş hukukta, “gâip”, ölüm tehlikesi içinde gâip olan (kaybolan) veya uzun zamandan beri kendisinden haber alınamayan kimseye denir.¹¹ Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere *Medeni Hukukta*; gâipliğin söz konusu olabilmesi için kişinin, ölüm tehlikesi içinde kaybolması ya da kendisinden uzun süre haber alınamaması gerekmektedir. Dolayısıyla bu iki husustan herbiri, gâiplik kararının verilmesi için yeterli neden sayılmaktadır.

Alman Medeni kanununa göre ise, “gâip”, kendisinden uzun süre haber alınamayan ve bu süre içinde nerede olduğu bilinmeyip, yaşayıp yaşamadığı konusunda kuşku uyandırıcı bir ortam bulunan kişi” şeklinde tanımlanmış, *Avusturya Hukuku* ve *İtalya Medeni kanunu* da bu konuda *Alman Hukuk sistemini* benimsemişlerdir.¹²

Bu bilgiler bize, *İslâm Hukuku* ile çağdaş hukuktaki tarifler arasında önemli benzerlikler olduğunu göstermektedir.

Kayıp kişinin mallarının yönetimine gelince; bu kişinin iki çeşit malı söz konusudur. Bunlardan birincisi menkul ve gayr-i menkul gibi kendi mülkünde olan veya bir başkasında borç olarak bulunan malları, diğeri ise kaybolduktan sonra miras ve vâsiyet yoluyla elde ettiği haklardır.¹³

Öncelikle burada kayıp kişinin mallarının idaresini üstlenen kişiye ait hükümleri sonra da miras veya vâsiyet yoluyla elde edilen malların temin ve muhâfazasına ilişkin hükümleri ele alacağız.

II. Kayıp Kişinin Mallarının Yönetimi

Kayıp kişi, bizzat kendi işlerini yürütmekten aciz olduğundan dolayı, onun işlerini yürütecek bir vekile ihtiyaç vardır. Bu vekilin de, görevini kötüye kullanma ihtimaline binâen kayıp şahsın göreceği zararı önlemek için, yetkisini sınırlandırmak gerekir.¹⁴

A. Kayıp Kişinin Mallarında Hâkimin Velâyeti ve Bazı Tasarrufları

Hâkimin kayıp kişinin mallarında velâyeti olmasına rağmen¹⁵ onun bozulmasından korkulmayan mallarını, gerek mankul gerekse gayr-i menkul olsun, nafaka veya başka bir şey için satamaz.¹⁶ Çünkü hâkimin kayıp şahsın

11 Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk, (Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, Diyarbakır, 1986, s.375-376.

12 Zevkliler, s.375-376.

13 Seyyid Hasan, Ali, *Ahkâmu'l-Hassâ bi'l-Mefkûd*, Kahire, 1984, s. 35.

14 Seyyid Hasan, s.36.

15 es-Serahsî, el-Mebsût, XI, 39

16 et-Tahâvî, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed b. Selâme, *el-Muhtâsar* Thk. Ebu'l Vefâ el-Efgânî Kahire, 1370, s. 404; Serahsî, *el-Mebsût*, XI 39; İbn Hümâm, Kemâliüddin Muhammed b. Abdülvâhid es-Sıvasî, *Fethû'l-Kadir*, Beyrut, ts., VI, 143; İbn Âbidîn, IV, 294; el-Ebyânî, Muhammed Zeyd, *el-Ahkâmu's-Şerıyye fi'l- Ahvâli's-Şahsiyye*, İstanbul, 1304 s.120.

malını satmadaki velâyeti, onun hakkını korumaya yöneliktir. Bir zaruret olmadığı halde bu şahsın malını satmasında ise mal aynen korunmamış¹⁷ ve aynı zamanda kayıp kişi hacr altına alınmış olur. Örneğin, kayıp kişinin mali değil de bir gayr-i menkul olarak evi olduğunu varsayalım; Hakim, kayıp kişinin karısı ve çocuklarının nafakaya ihtiyacı olsa bile, o evi satamaz. Çünkü ev, bozulmasından korkulan bir mülk değildir.¹⁸

Aynı şekilde kaybolan kişinin anne- babası ihtiyaçlı olsa bile, nafaka ihtiyaçlarını karşılamak için kayıp oğlun gayr-i menkûlünü satamazlar. Ancak *Ebû Hanîfe'ye* göre, nafaka cinsi mallarından kendi ihtiyaçlarını giderirler. *Ebû Yusuf ve imam Muhammed'e* göre ise “nafaka cinsi mallarını da hâkimin müsaadesiyle ancak kullanabilirler.”¹⁹

Kayıp kişinin eşya ve gayr-i menkul gibi mallarının zâyi olmasından korkulursa bunlar da hâkim tarafından satılabilir. Ancak bu gibi mallar, kayıp şahsın bakmakla yükümlü olduğu kişilerin nafakalarının karşılanması için satılamaz. Eğer hâkim bu gibi malların zâyi ve telef olmasından korkarak satıp paraya çevirirse,²⁰ bu paradan, kaybolmadan önceki nafaka alacaklarına kayıp kişinin gıyâbından nafaka takdir eder.²¹ Çünkü bu durumda söz konusu mallar nafaka cinsine dönüşmüş olur.²²

Öte yandan kayıp kişinin meyve, sebze gibi bozulmasından korkulan malları hakim tarafından satılarak parası muhafaza edilir.²³ Çünkü meyve gibi şeylerin aynen korunabilmesi çok zordur. Bu açıdan bu çeşit mallar satılarak parasının muhafaza edilmesi gerekir.²⁴

Bu hüküm *Hanefî* mezhebinde böyle olmakla beraber²⁵ *Ebussûud Efendi'nin* Maruzatı'nda: “Hâkimler ve beytü'l-mal eminleri vaktiyle bozulmasından korksunlar veya korkmasınlar kayıp şahsın malını mutlak surette satmakla emrolunmuşlardır.”²⁶ Kayıp kişi daha sonra ortaya çıkınca, satılmış olan malının parasını alabilir. Eğer satış muâmelesinde bir gabn-i fâhiş²⁷ söz konusu ise bu durumda söz konusu kişi, alış-verişi fesh ettirebilir.²⁸

Bir kimse menkul bir mal satın alıp henüz malı teslim almadan kaybolursa hâkim, o malı satıp parasını satan kişiye verir. Ancak satın alınan mal gayr-

17 İbn Nüceym, Zeynuddin Ahmed b. Nüceym el-Mısrî, *el-Bahrur'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, ty., V, 177; İbn Âbidîn, IV, 294.

18 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 39.

19 et-Tahâvî, s. 404.

20 İbn Âbidîn, IV, 294.

21 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 39; Zeyla'i, V, 177.

22 İbn Âbidîn, IV, 294.

23 es-Semerkindî, Alâuddin Muhammed b. Ahmet, *Tuhfetü'l-Fukâha*, Beyrut, 1984, III, 350; el-Kâsânî, 696; İbn Hümmân, VI, 143; İbn Nüceym, V, 177; İbn Âbidîn, IV, 294; Hacı İsmail Efendi, *Hâşiyetü alâ Şerhi Şeyhzâde alâ Mülteka'l-Ebhâr*, İstanbul, 1303, s.227.

24 ez-Zeyla'i, Fahrüddin, b. Ali, *Tebyinu'l-Hâkaik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Beyrut, 1313, III, 311; İbn Âbidîn, IV, 294.

25 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 13.

26 İbn Âbidîn, IV, 295.

27 “Gabn”: Alış-verişi aldatma, hile; “gabn-ı fâhiş” ise alış-verişte aşırı aldatma demektir. Bkz. Ergüney, Hilmi, *Türk Hukukunda Lügât ve İstilâhlar*, İstanbul, 1973, s.126; Bilmen, VI, 11.

28 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 13.

i menkul olursa veya kayıp kişi tarafından teslim alınmış ise hâkim, o malı satamaz. Ayrıca bir şahıs, alacaklısına bir şeyi rehin verip kaybolduysa, rehin alan kendisine rehin bırakılan şeyin alacağı karşılığında satılması için hâkime başvurursa, bu durumda hâkim o şeyi satabilir.²⁹

Ayrıca hâkim, bu şahsın gayr-i menkulünü tamir ettirebilir. Ancak *hâkimin* izni olmadıkça kayıp şahsın vekili, daha önce kendisine bu yönde yetki verilmiş olsa bile, onun gayr-i menkulünü örneğin, onun evini tamir edemez. Çünkü kayıp şahsın vefatıyla vekâletin sona ermesi muhtemeldir.³⁰

Yine bir şahıs kaybolmadan önce bir şeyi kiraya vermişse, kaybolduktan sonra "*istishâb*"³¹ deliline binâen *icâre* akdi feshedilemez.³² Ayrıca kiracı, kira bedelini kayıp şahsın karısı ve çocuklarına vermekle borcunu ödemiş olmaz. Borcun ödenmesi, diğer borçlarda olduğu gibi, *hâkimin* emriyle olması gerekir.³³

Diğer yandan kayıp şahsın *şufa*³⁴ hakkı vardır. Hz. Peygamber (a), "komşu, *şufa*'ya daha layıktır. Eğer komşu kayıp ise, bu kişi beklenir"³⁵ buyurmuştur. Hatta Ömer b. Abdülaziz'in 14 yıldan sonra *şufa*'ya hükmettiği rivâyet edilmiştir.³⁶ Ayrıca kayıp şahsın malında artma olmadığı için mevcut malından dolayı da zekât gerekmez.³⁷

Hâkim, birine emanet bırakılan malları ve *mudaribin*³⁸ elindeki kayıp şahsa ait malı, korumak için geri alamaz. Çünkü bu kişilerin eli, yed-i emândır. Dolayısıyla bunlar, ellerindeki malı korumalarından dolayı ayrıca *hâkimin* korumasına gerek yoktur.³⁹

Kayıp kişinin malını muhafaza etme hususunda hâkim, onun nâibi olduğu gibi, onun aleyhine olan hakkı ifâ etmede de onun nâibidir. Bu sebeple kayıp şahsın borçlu olduğunu biliyorsa, onun malından bu borcu ödemesinde herhangi bir sakınca yoktur.⁴⁰ bu açıdan hâkim, borcunu ödeme için kayıp kişinin gayr-i menkulünü satabilir.⁴¹

29 İbn Âbidîn, IV, 294-295; *Mecelle*, md. 758.

30 Bilmen, VII, 215.

31 İstishâb, bir değişiklik meydana geldiğine dair delil bulunmadıkça, olanı olduğu halde bırakmaktır. Bkz. es-Serahsî, *Usûl-i Serahsî*, Beyrut, ty. II, 225; Molla Hüseyin, Muhammed b. Farâmuz b. Ali, er-Rûmî, *Mirâtü'l-Usûl*, İstanbul, 1984, II, 351.

32 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 43; el-Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd, *el-İhtiyâr li Ta'li'l-İl-Muhtâr*, İstanbul, 1989, s. 384.

33 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 43.

34 Satılan veya bedel şartıyla hibe edilen bir gayr-i menkulü veya o hükümde olan bir mal müşteriye veya hibe edilen kimseye kaç mal olmuş ise o miktar ile müşteriden veya satıcıdan ve yahutta kendisine hibe edilen kişiden zorla alıp mülk edinmektir. Bkz Bilmen, VI, 131.

35 Abdürrezzak b. Hammam es-San'ani, *el-Musannaf*, Tashih: Habibu'r-Rahman el-Azem'i, Beyrut, 1972, no:14396, VIII, 81.

36 Abdürrezzak, no:14397, VIII, 81.

37 ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, Dımeşk, 1984, II, 736.

38 Mudârib: Mudarebe şirketinde emeğini ortaya koyan kimsedir. Bkz Ergüney, s. 319.

39 el-Kâsânî, VI, 196; İbn Âbidîn, IV, 298.

40 el-Bâberî, Ekmeluddîn Muhammed b. Mahmud, *el-Înâye alâ'l-Hidâye* (Fethü'l-Kadir le birlikte), Beyrut, ty., VI, 145.

41 Bilmen, VII, 215.

Hâkim, kayıp kişinin gelirleri varsa, hem gelirleri toplamak hem de bu gelirleri ve bozulmasından korkulan mallarını koruyacak bir *kayyim* tayin eder.⁴² Çünkü *hâkimin* görevlerinden biri de kendini ve mallarını yönetemeyen kimselere *kayyim* tayin etmektir. Bu kişi, hayatta olsa bile kaybolduğu için çocuk ve akıl hastası gibi, mallarına bakabilecek ve çocuk çocuğunu besleyip yönetebilecek durumda değildir. Bunun için, bu kişi için de *kayyim* tayin etmek maslahatın gereğidir.⁴³ Gayet tabii ki bu arada *kayyim*in ücreti kayıp şahsın malından karşılanır.⁴⁴

Türk Medeni Kanunu'nun 377/1. maddesine göre ise uzun süreden beri kaybolan ve bulunduğu yer de belli olmayan bir kimsenin mallarını yönetmek üzere "*sulh hâkimi*" gerekli tedbirleri almak ve özellikle "*kayyim*" denen bir yönetici tayin etmek zorundadır. Bundan başka 528/1. maddesinde sağ mı, ölü mü olduğu bilinmeyen bir mirasçıya ait miras hissesinin resmen yönetileceği yazılıdır.⁴⁵

Hem 377/1 hem de 528/1. maddenin öngördüğü şekilde ortada olmayan kimseye ait malların yönetimine karar vermek, örneğin kuvvetli bir ölüm ihtimalinin ispatına bağlı değildir. Bir kimsenin, mallarını yönetimsiz bırakarak uzun süre ayrılması ve kendisinin nerede olduğunu da bilinmemesi, resmen yönetmenin yeterli şartıdır.⁴⁶

Görüldüğü üzere her iki hukukta da kayıp kişinin mallarının yönetimsiz bırakılmaması için gerekli önlemler alınmıştır. Bunlardan en önemlisi de *hâkimin*, böyle bir kişi için *kayyim* tayin etmesidir.

B. Kayıp Kişinin Mallarının Korumak İçin Görevlendirilen Kayyim:

Kayyimlik, gerçekte hukukî işlem ehliyetleri olması gerekirken, özel nedenlerle bu ehliyetleri kısıtlanmış ya da tamamen ortadan kaldırılmış olan kişiler için söz konusudur.⁴⁷ Buna göre, *kayyim*, kayıp şahsın mallarını koruyan, insanların zimmetlerinde bulunan haklarını teslim alan ve onun mallarında usûlüne uygun olarak tasarruf için *hâkim* tarafından nasb edilen⁴⁸ güvenilir bir kimsedir.⁴⁹

a) Kayyim Nasb ve Tayini

Kayıp olmayıp da yaşadığı halde yeri bilinmeyen sırf "gâip" bir şahsın

42 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 38; İbn Nüceym, V, 176; Halebi, I, 650; el-Meydânî, Abdulgâni, el-Gânimî, *el-Lübâb fi Şerhi'l Kitâb*, Beyrut, ty., II, 215; Molla Hüsrev, *Düreri'l- Hükkâm fi Şerhi Güneri'l- Ahkâm*, Dersaadet, 1308, II, 128.

43 el-Merginânî, Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidâye alâ Şerhi'l-Bidâyeti'l-Mübtedî*, Beyrut, 1990, II, 477; ez-Zeyla'i, III, 310; Bilmen, VII, 216,

44 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 41.

45 Tekinay, Selahaddin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul, 1973, s. 193; Birsen, Kemâledin, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul 1958, s. 195; Gücün, III, 75

46 Tekinay, s. 192.

47 Karadeniz, Özcan-Çelebican, *Roma Hukuku*, Ankara, 1986 s. 217

48 Molla Hüsrev, *Düreri'l-Hükkâm*, II, 128, Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 4.

49 Bilmen, VII, 215.

malları için *kayyim* tâyini, *hâkimin* ve *kayyimin* bu mallarda tasarrufu doğru değildir.⁵⁰ Ancak kayıp kişi bunun aksinedir.⁵¹

Kaybolmadan önce işlerini yürütmesi için kişi tarafından nasb edilmiş bir vekili varsa, ayrıca bir *kayyim* nasb edilemez. Çünkü müvekkilin kaybolmasından dolayı vekil azledilmez. Vekil mevcut olunca da *kayyim* nasb etmeye gerek yoktur.⁵² Zaten *kayyim*lerin faaliyetleri, tayin edildikleri kişilerin şahıslarından çok bıraktığı eşya ve malların yararına yöneliktir.⁵³

Diğer yandan kayıp kişi, malını muhafaza etmesi için önceden bir vekil tayin etmemişse⁵⁴ hâkim, onun varislerinin talep edip etmediğine bakmaksızın,⁵⁵ bu şahsın malını muhafaza etmesi için bir vekil tayin eder.⁵⁶ Bu vekil, kayıp şahsın akrabalarından biri olabileceği gibi dışarıdan biri de olabilir.⁵⁷

Türk Medeni Kanunu'nun 376. maddesine göre ise: "Reşid olan bir kimse hastalık veya kaybolmak ile yahut bunlara benzer sebeplerden biriyle yapılması gereken bir işini bizzat yapamadığı gibi bir mümessil tâyinine de muktedir olamazsa sulh mahkemesi ilgililerin talebi üzerine veya re'sen bir *kayyim* tayin eder."⁵⁸

b) Kayyim'in Yetkisi ve Tasarruftan Azli

Kayıp kişinin malında tasarruf hakkı *kayyime* aittir. Dolayısıyla beytü'l-mal emini, *kayyim* tayin edilmedikçe bu şahsın malında her hangi bir tasarrufta bulunamaz.⁵⁹

Kayyim, kayıp şahsın mallarını korur,⁶⁰ *icâre* bedeli gibi gelirlerini toplar,⁶¹ ekinlerini hasad eder ve borçlularından ikrar ettikleri alacaklarını alır.⁶² Ayrıca bozulmasından korkulan mallarını *hâkimin* izniyle satar.⁶³ Dolayısıyla bütün bu işlemlerin yapılması, aynı zamanda bu kişinin menfaatlerini koruma ve kollamaya yöneliktir.⁶⁴

Yine *kayyim*, kayıp şahısla ilgili yaptığı bir akidden dolayı tahsil edilmesi gereken bir hakkı dâva edebilir. Çünkü akdi kendisi yapmıştır. Dolayısıyla o hakkı almaya da kendisi daha lâyıktır.⁶⁵ Örneğin, kayıp şahsın bir gayr-i

50 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7.

51 Bilmen, VII, 210.

52 İbn Nüceym, V, 176; el-Halebi, I, 650; el-Ebyânî, s. 120; Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 8; Ebû Zehra, Muhammed, *Ahvali's-Şahsiyye*, *Daru'l Fikir*, 1957, s. 532.

53 Karadeniz-Çelebican, s. 217.

54 el-Ebyânî, s. 120.

55 el-Kerderî, Muhammed, b. Muhammed Abdissettâr, *Fetâva'l-Bezzâziye* (Fetâva'l-Hindiyeye'nin kenarında), Kahire, 1892, VI, 225.

56 İbn Âbidîn, IV, 293; el-Ebyânî, s. 120.

57 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6.

58 *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu*, md. 376.

59 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 6.

60 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 38; el-Halebi, I, 650.

61 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s.6.

62 Molla Hüsrev, *Dürrü'l-Hükkâm*, II, 128; İbn Âbidîn, IV, 298,

63 Bilmen, VII, 216.

64 ez-Zeyla'i, III, 310; Hey'et, *Fetâva'l-Hindiyeye*, Mısır, 1973, II, 629.

65 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 41.

menkulünü kiraya verse veya bozulmasından korkulan bir malını satsa kiracıdan kira bedelini müşteriden ise malın bedelini dâva edip alabilir.⁶⁶

Ayrıca *kayyim*, kayıp kişinin lehinde olan dâvalarda hasım olamaz. Bin-âenaleyh *kayyim*, bu şahsın emanet olarak bıraktığı veya *mudarebe ortaklığı*⁶⁷ yaptığı kişinin elinde bulunan mallarını bunlardan dâva edip alamaz. Çünkü onların eli yed-i emândır. Dolayısıyla bunların koruması altında bulunan bir mal, bizzat kayıp kişinin korumasındaymış gibi sayılır. Artık başkasının korumasına gerek kalmaz.

Bu cihettedir ki, kayıp şahsın eşine veya diğer akrabalarından birine önceden emanet bırakmış olduğu bir mal, bunların ellerinden alınamaz. Nitekim kayıp kişinin vefatına hükmedilmedikçe onun vârisi de beytü'l mal emini de bu malı söz konusu kişilerden alamazlar.⁶⁸ Ancak kayıp kişinin malı elinde emanet olarak bulunan kimse, güvenilir değilse hâkim bu kişiden elindeki malı alarak güvenilir bir kişiye verebilir.⁶⁹

Buna ilaveten *kayyim*, kayıp şahsa borçlu olan kimsenin itiraf etmedikleri alacakları dâva etmeye selâhiyeti olmadığı gibi, bu şahsın başkası elinde bulunan bir menkul veya gayr-i menkul hissesini de dâva etmeye hakkı yoktur. Çünkü *kayyim*, kayıp kişinin hasmı değildir. Sadece onun malını koruyan bir kişidir.⁷⁰ Ayrıca *kayyim*, bu mallara malik olmadığı gibi mâlikin nâibi de değildir. Ancak hâkim tarafından kayıp kişinin alacaklarını tahsil için tayin edilmiş bir vekildir. Bu vekilin de dâvaya girmemesinde ittifak vardır.⁷¹ Örneğin *kayyim*, “şu bağ veya eşya kayıp kişinin mülküdür” diye bir kişi aleyhinde dâva açsa, o kişide bunu inkâr etse, *kayyimin* bu dâvası dinlenmez.⁷²

Bir kişi, önceden bazı mallarını birine emanet olarak bırakıp ve evinin tamir edilmesi konusunda o kişiyi yetkili kıldıktan sonra kaybolması halinde; söz konusu kişi, kayıp kişinin mallarını muhafaza edebilir ise de hâkimden izinsiz onun evini tamir edemez. Zira kayıp şahsın vefatıyla vekâletin sona erdiği muhtemel olduğundan dolayı bu kişi, kayıp şahsa artık vâsi olmaz.⁷³

Kayıp kişinin hususî bir şeyde vekili varsa; bu vekil, o şeyde tasarruf eder. *Kayyim* buna müdahale edemez. Örneğin, falan dükkânın kirasını alması için vekil tayin ettikten sonra kaybolsa o vekil, kirayı alır. *Kayyim* buna müdahale edemez. Ancak diğer işlerini *kayyim* düzenler.⁷⁴

Öte yandan *Kayyim*, ister hakim tarafından nasb edilsin isterse kayıp kişi tarafından mallarını muhafaza için tayin edilmiş olsun,⁷⁵ kayıp şahsın aley-

66 Bilmen, VII, 216.

67 Mudarebe ortaklığı: Emekle sermayenin birleştirilmesi suretiyle işleyen şirket. Bkz. Ergüney s. 319.

68 Bilmen, VII, 216.

69 İbn Âbidîn, IV, 293.

70 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 41; ez-Zeyla'i, III, 310, *Fetâva'l-Hindiyye* II, 300.

71 el-Merginânî, II, 477; ez-Zeyla'i, III, 310; İbn Âbidîn, IV, 293.

72 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7.

73 İbn Nüceym, V, 176; İbn Âbidîn, IV, 293.

74 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 9.

75 Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 10.

hine olan dâvalarda gâibe hâsım yani davaya taraf olamaz.⁷⁶ Örneğin, bir kimse, kayıp kişiden alacak, vediâ, şirket, talâk, nikâh, *redd-i ayb*⁷⁷ yahut bir hakkı iddia ettiğinde *kayyim*, burada hâsım olamaz.⁷⁸ Vârisler ise, murislerinin⁷⁹ vefatından sonra hâsım olabilirler. Halbuki mursileri olacak kayıp kişi, vefatına hükmedilinceye kadar hayatta sayılmaktadır.⁸⁰

Bu cihettedir ki, kayıp kişinin vefatı sabit olur veya vârisleri tarafından bu şahsın öldüğü ikrar olunursa o takdirde alacaklılar, haklarını onun terekesinden talep edebilirler. Şunu da ilave edelim ki her ne kadar kayıp kişi hakkında giyâben bir hüküm verilmesi, aslında kabul edilmemekte ise de bir hâkim, bunlardan birinin lehine veya aleyhine hüküm verilmesini maslahata uygun görürse, bir *kayyim* veya bir vekil-i musahhar⁸¹ şahsında dâvayı dinleyerek hükmünü verebilir. Bu durumda giyâbî hüküm, geçerli olur.⁸²

Türk Medeni Kanununda ise, *kayyim*in görevi, kendisine *kayyim* tayin edilen şahsın mallarını idâre ve muhafaza etmektir.⁸³ Ancak bu vazifesi, âdi, normal, idarî muâmeleleri ifâ ve iktizâ eden muhafaza tedbirlerini almaktan ibarettir. Daha mühim tedbirlere başvurması, muâmelelere girişmesi, Sulh Mahkemesi'nin iznine bağlıdır. (MK. md. 403 / I-II).⁸⁴

Kayıp kişinin malında *kayyim*in ihaneti tesbit edilebilirse hâkim, bu kişi azlederek yerine güvenilir bir kimseyi nasb eder.⁸⁵

Bu bilgilerden anlaşıldığı üzere kayıp kişinin mevcut mallarının idaresi konusunda hem *islâm hukukunda* hem de *Türk Medeni Kanununda* gerekli hassasiyet gösterilmiş ve kayıp şahsın malları yönetimsiz bırakılmamıştır. Dolayısıyla bu konuda, her iki hukuk sistemi arasında benzerlik olduğu anlaşılmaktadır.

III. Miras veya Vâsiyet Yoluyla Kayıp Kişiye İntikal Edebilecek Malların Tesbiti ve Muhafazası.

İslâm Hukukuna göre, kayıp kişinin hayatta olup olmadığını belirlemede "istishab" önemli bir ilke kabul edilmektedir. Yani kayıp kişinin hayatta olduğu önceden bilindiğinden bunun ortada kalktığına dâir bir delil bulunmadıkça devam ettiğine hükümlenir. Dolayısıyla kayıp şahıs, bu şekilde hayatta sayıldığından onu malî miras konusu olamaz.⁸⁶ Ayrıca bu hüküm kayıp kişi-

76 İbn Nüceym, V, 177; İbn Âbidîn, IV, 293.

77 *Redd-i ayb*; aybı kabul etmemek. Bkz. Bilmen, VI, 7.

78 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 42; İbn Nüceym, V, 177; Bilmen, VII, 216.

79 Muris: Miras bırakan kişi. Bkz. Aktan, Hazma, *Mukâyeseli İslam Miras Hukuku*, İstanbul, 1991 s. 40 vd; Karaman, *Hayreddin, Mukâyeseli İslâm Hukuku*, İstanbul, 1991, I, 367

80 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 42.

81 Vekil-i Musahhar: Mahkemeye gelmeyen dâvalıyı temsil etmek üzere hâkim tarafından tayin olunan vekildir. Bkz. Ergüney, s. 490.

82 Bilmen, VII, 216-217.

83 Saymen, Hakkı Ferit- Elbir Halid k., *Türk Medeni Hukuku*, İstanbul, 1957, III, 549; Göktürk, Hüseyin Avni, *Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku*, Ankara, 1945, s. 170.

84 Saymen, Elbir, III, 549.

85 es-Sibâî, Mustafa- es-Sâbüni, Abdurrahman, *el-Ahvâlü'ş-Şahsiyye*, Dimeşk, 1970, s. 208; Ayrıca bkz. Ali Haydar Efendi, *Risâle-i Mefkûd*, s. 7.

86 et-Tahâvî, s. 403; el-Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 54; el-Kâsânî, VI, 196; el-Halebî, I, 650.

ye bırakılan miras veya onun için yapılan vasiyette de geçerli midir? Yani kaybolan kişiye düşen miras hissesi veya vasiyet edilen mal, kayıp şahsın mirasçıları arasında paylaşılabilir mi? Şimdi bu husus üzerinde duracağız:

Kişinin kaybolduğu dönemde akrabalarından biri vefat ederse, durumu netlik kazanıncaya kadar, bu kişiye bir şey verilmez. Ancak hissesi bekletilir.⁸⁷ Eğer sağ olarak dönerse kendisi için ayrılan payı alır. Ölümüne hükmedilirse kendisi için ayrılan bu pay, vârisleri arasında paylaşılır.⁸⁸

Kaybolan kişi için ayrılan hisseden kendi karısına veya usûl veya furûundan birine nafaka verilemez. Çünkü söz konusu şahsın bu hisseye malikiyeti kesin değildir.⁸⁹ Şâfiî, mâlikî ve hanbelî mezhebinde de hüküm böyledir.⁹⁰

Aynı şekilde kayıp kişiye bir şey vâsiyet eden kişi vefat ettiğinde, vasiyet ettiği şey, bu kişinin durumu açıklık kazanıncaya kadar bekletilir. Vasiyet eden kişinin vefat ettiği zaman kayıp kişinin hayatta olduğu tespit edilirse, vasiyet edilen bu şeyi almaya hak kazanır. Eğer tespit edilemeyip daha sonra kayıp şahsın vefatına hükmedilirse bekletilen şey, vasiyet eden kişinin varislerine iâde edilir. Çünkü bu durumda kayıp kişi, vasiyet edenden önce vefat etmiş sayılır. Bu konuda vasiyet, miras ile aynı hükümlere tabidir. Bu nedenle kayıp kişiye ayrılan vasiyetten onun çocuklarının nafakası karşılanmaz. Miras hissesinde olduğu gibi, kayıp kişi dönünceye kadar vâsiyet edilen şey bekletilir.⁹¹

Bu konuda "istishâb" deliline istinâd edilmiştir. Çünkü *istishâb*, olanı olduğu hal üzere bırakmaktır. Yoksa daha önce sabit olmayan bir şeyi isbat etmek için uygun değildir.⁹² Ayrıca kayıp kişinin durumu ma'lum olmadığından onun hayatta veya ölmüş olabilme ihtimali vardır. İşte böyle bir ihtimal kayıp kişinin mirasçı olabilme durumunu etkiler. Çünkü mirasçılık iki taraflı bir iştir. Kayıp kişi, hayatta ise ölen akrabalarına mirasçı olur. Ancak akrabaları buna vâris olamazlar. Öte yandan kayıp kişi ölmüş ise akrabalarına vâris olamaz.⁹³

Kayıp kişinin durumu yakinen tespit edilemiyorsa burada şüphe vardır.⁹⁴ "Şek ile yakın zail olmaz"⁹⁵ kaidesine göre; kayıp şahsın akrabalarından biri vefat ederse, hayatta olup olmadığı belli olmadığından dolayı onun miras hissesi saklandığı gibi kendisine vâsiyet edilen şey de saklanır.⁹⁶

Bu bağlamda kayıp kişinin sadece mevcut mallarına itibar edilir. Miras ve vâsiyet yoluyla elde ettiği mallarda ise sabit olmayan bir hakkın isbatı söz konusudur. Kayıp şahsın, miras bırakanın veya vâsiyet edenin vefat ettiğinde

87 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 54; es-Semerkandî, III, 350.

88 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 45.

89 Bilmen, VII, 219.

90 eş-Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed, *el-Ümm*, b.y.y., 1968, V, 222; Mâlik b. Enes, *el-Müdevvetü'l-Kübrâ*, Mısır, 1329, II, 452-456; el-Huraşî, Ebû Abdillâh Muhammed, *Şerhu Huraşî alâ Muhtasâr-ı Halil*, Beyrut, ty. IV, 153; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah, *el-Muğni a'lâ Muhtasari'l-Hirâki*, Beyrut, 1972, VII, 206; Seyyid Hasan., s. 64.

91 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XI, 45; İbn Hümân, VI, 149.

92 es-Serahsî, *el-Mebsût*, XXX, 54; İbn Hümân, VI, 150.

93 el-Kâsânî, VI, 196.

94 el-Kâsânî, VI, 196.

95 *Mecelle*, md. 4; Ayrıca bkz. Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330, I, 39.

96 el-Kâsânî, VI, 196.

hayatta olması şarttır. Halbuki bu şahsın hayatta olup olmadığı yakînen bilinmemektedir. Bu durumda söz konusu kişinin miras ve vâsiyet payı mevcut mallarına katılmaz. Ancak durumu netleşinceye kadar malvarlığı bloke edilir. Miras ve vâsiyet olarak bırakılan menkul veya gayr-i menkulün kayıp kişinin malına ilave edilmesi, onun dönüşüne bağlıdır. Sağ olarak dönerse kendisi için ayrılan bu payı alır. Durumu açıklığa kavuşmazsa ölümüne hükmedilir; bu durumda da kendisine ayrılan hisseden bir şey alamaz.⁹⁷

Verâsetin nasıl olacağı konusuna gelince, kayıp kişi, tek başına vâris olması halinde, terekenin tamamı onun için bekletilir.⁹⁸ Eğer kayıp kişiyle beraber bulunan vâris, onunla hacbediliyorsa o vârise hiç hisse verilmez. Kayıp kişiyle beraber-onunla-hacbedilmeyen ve fakat hissesi eksilen bir vâris bulunuyorsa, iki hisseden azı o vârise verilir. Diğer hisse ise muhafaza edilir.⁹⁹ Mevcut vârisler arsında kayıp şahsın payı üzerinde yapılan sulh câizdir. Çünkü o pay onların hakkıdır. Sulhun yapılmasına müsaade edilmesi, kayıp kişinin payının saklanmasına engel değildir.¹⁰⁰

Kayıp kişiyle beraber başka vâris veya vârisler olduğunda ise, kayıp şahıs bir sağ bir de ölmüş varsayılarak mal iki defa taksim edilir. Sonra da bu iki mesele birleştirilir. İki durumdan hangisinden daha fazla hisse düşüyorsa o bekletilir. Vârislere de daha düşük olanına göre hisseleri verilir. Kayıp kişinin hissesi ile beraber, bu iki halden dolayı, diğer vârislerin hisselerinden doğan fark bekletilir.¹⁰¹ Kayıp kişi, sağ olarak ortaya çıkması durumunda kendisi için bekletilen payı alır. Kayıp kişinin, kendisine miras bırakanın ölümünden sonra öldüğü tesbit edilirse veya ölümü ancak mahkeme kararıyla sabit olursa kendisi için ayrılan pay, mirası paylaşılan kişinin diğer vârislerine verilir.¹⁰² Konuyla ilgili bir örnek verecek olursak;

Kayıp kişinin kız kardeşi ölmüş ve geride kocası, ana baba bir iki kız kardeşi ve kaybolan erkek kardeşi kalmıştır. Kayıp kişiyi bir kez sağ bir kez de ölü kabul ederek meseleyi iki defa çözüyoruz.

a) Kayıp kişinin sağ olması halinde, 1/2 alır. Kız kardeşler ise kayıp kişiyle birlikte asabe¹⁰³ dirlir. Buna göre meselenin ortak paydası sekiz ($4 \times 2 = 8$) olup kocaya 4/8, kız kardeşlerin her birine 1/8, erkek kardeş ise 2/8 oranında pay verilir.

b) Kayıp kişinin sağ olması halinde; koca, 1/2 kız kardeşler ise ikisi birlikte 2/3 (her biri 1/3) pay alırlar. Meselenin ortak paydası altı olup yediye yükselmektedir (avl). Kocaya 3/7, kız kardeşlerden her birine ise 2/7 oranında hisse düşer.

97 el-Cürcânî, *Şerhu Sirâciye fi'l-Ferâiz*, İstanbul, 1322, s. 140.

98 ez-Zuhayli, VIII, 422; es-Sâbûnî, s. 199.

99 el-Merginânî, II, 479; İbn Kudâme, VII, 209; İbn Nüceym, V, 178; İbn Âbidîn, IV, 298; *Fetâva'l-Hindîyye*, II, 300; es-Sabûnî, Muhammed Ali el-Mevâris fi's-Şeriat'l-İslâmiyye alâ Davi'l-Kitâb ve's-Sünne, by., 1979, s. 199.

100 İbn Kudâme, VII, 209.

101 el-Cürcanî, *Şerhu Sirâciye*, s. 140.

102 ez-Zuhayli, VIII, 422.

103 Asabe: İslâm miras hukukunda belirli bir payı olmayıp muayyen pay sahipleri hisselerini aldıktan sonra geri kalanı ve yalnız bulduklarında ise malın tamamını alan vâristir. Bkz. Aktan, s. 168; Ergüney, s. 40

Mirasçılarının en düşük hisselerini belirlemek için iki meseleyi birleştiririyoruz. İki meselenin ortak paydası, 56'dır ($8 \times 7 = 56$). Bu ortak paydadan mirasçılarının hisseleri ve bloke edilmesi gereken miktarlar şöyledir:

Koca: Kayıp kişi sağ olması halinde $28/56$ ($4 \times 7 = 28$), ölü olması halinde ise $24/56$ ($3 \times 8 = 24$) alır. Şu durumda kayıp kişi, koca açısından ölü kabul edilir ve $4/56$ hissesi bloke edilir.

Kız kardeşler: Kayıp kişinin sağ olması halinde her birine $7/56$ ($1 \times 7 = 7$), ölü olması halinde ise, her birine $16/56$ ($2 \times 8 = 16$) düşer. Onlar açısından kayıp sağ kabul edilir ve her birinin $9/56$ hisseleri bloke edilir.

Kayıp kişi: kayıp kişinin kendisi sağ olarak kabul edilir ve $14/56$ ($2 \times 7 = 14$) hisse alır. Bu hissenin tamamı bloke edilir. Şu durumda dağıtılacak hisse toplamı $38/56$ ($7 + 7 + 24 = 38$), bloke edilecek hisse toplamı ise; $18/56$ 'dır. Kayıp kişinin ortaya çıkması halinde $14/56$ hissesini alır; kocaya da $4/56$ hissesi verilir. Kayıp kişinin ortaya çıkmaması halinde ise, kız kardeşlerin her birine muhafuz olan $9/56$ hisseleri teslim edilir.¹⁰⁴

Türk Medeni Kanununa göre ise kaybolan kişinin bıraktığı mirasın düzenlenmesi ile ilgili özel hükümler bulunmaktadır. Yani kayıplık, miras bakımından, ölümle bir tutulmamıştır.¹⁰⁵ Dolayısıyla kişinin kayboluş devresinde ne ölüm ve ne de hayatı hakkında hiçbir karine mevcut değildir. İşte bundan dolayı kayıp kişi, ne bir miras elde edebilir ve ne de onun mirası başkalarınınca iktisâb olunabilir. Ancak kaybolan bir kişinin ölü olması kadar hayatta bulunması da muhtemel olduğundan, mirastan ona düşecek hisse üzerinden tasarruftan kendi mirasçıları da men edilmiştir.¹⁰⁶

Nitekim *Türk Medeni Kanununun* 528. maddesi, hayat ve mematı şüpheli olmakla beraber, henüz gâipliğine karar verilmemiş olan bir kişinin hayat ve mematının şüpheli olduğu esnada kendisinin alakadar olduğu bir mirasın açılması halinde gâibe ait miras hissesinin veya vasiyet olunan şeyin mukadderatını tayin etmektedir. Dolayısıyla kişinin henüz gâipliğine karar verilmeden önce açılan bir mirastaki hissesi (ve buna ilaveten vasiyet olunan şey) mahkeme tarafından resmen idare olunarak¹⁰⁷ bu kişinin mirası üzerinde hiçbir muâmele yapılmaz.¹⁰⁸

Sonuç

Tarih boyunca hukukî bir müessese olarak kabul edilen "gâiplik" konusu; iletişim, taşıma ve haberleşme alanındaki gelişmelere rağmen sosyal bir problem olma özelliğini hala muhafaza etmektedir. Günümüzde de sıkça karşılaşılan böyle bir durum karşısında hem *İslâm hukuku*'nda hem de *Türk Medeni*

104 el-Cürcânî, *Şerhu Sirâciye*, s. 140-141; es-Sâbüni, s. 200-201; Bu konuda daha fazla örnek için bkz. es-Serahsi, *el-Mebsût*, XI, 45-48; İbn Kudâme, VII, 211; ez-Zuhayli, VIII, 422-423; Topçuoğlu, s. 45-51.

105 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Medeni Hukuk Dersleri, Şahsın Hukuku*, İstanbul, 1943, s. 65.

106 Göktürk, s. 170.

107 Gönensay, A. Samim, *Medeni Hukuk, Miras Hukuku*, İstanbul, 1938, III, 209; *Türk Medeni Kanunu ve Borçlar kanunu*, md. 528.

108 Velidedeoğlu, s. 63.

kanunu'nda, kayıp kişinin mallarının temini ve muhafazası hususunda gerekli önlemler alınarak söz konusu kişinin mallarının yönetimsiz kalmasının ve bunun neticesinde de ekonomik bakımdan zarara uğramasının önüne geçilmiştir.

Bu bağlamda kayıp kişinin hayatta olabilir düşüncesiyle malları taksim ettirilmemiş ve ölmüş olabilme ihtimali de göz önünde bulundurularak bu kişinin başkasına mirasçı olabilmesi veya başkası tarafından yapılan vâsiyeti alabilmesine engel olunmuştur; bir gün gelebilir düşüncesiyle, haklarının zâyi olmaması için, her iki hukukta da gerekli tedbirler alınmıştır. Bu bilgilerden, *İslâm Hukuku* ile *Türk Medeni Kanunu* hükümlerinde bu konuda açık bir benzerlik olduğunu müşahade etmiş bulunmaktayız.

