

## ÖLÜM KARİNESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182516>

**Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU\***

### Öz

*Ölüm karinesi, Türk ve İsviçre Hukuku'nda, gaiplikte olduğu gibi detaylı bir düzenlemeye sahip olamamıştır. Bu durum, ölüm karinesinin ölüm ile aynı sonuçlara tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Alman ve Avusturya Hukuku'nda özel bir kanunda, hem gaipliği hem de ölüm karinesini içine alacak şekilde genel düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler, konunun ele alınışı ve içerik yönünden farklılıklar taşımaktadır. Bu çalışma sözü edilen farklılıkları da göz önünde tutmaktadır. Böylece çalışmamızda hukukumuz bakımından ölüm karinesi kavramı, koşulları, sonuçları ve aksinin ispatlanmış olması halleri karşılaştırmalı bir bakış açısıyla ele alınmıştır. Ölüm karinesi adı bir karine olarak, ölümden dolayı hak sahibi olanlar açısından bilinmezliğe son vermektedir. Ölüm karinesi sıkı koşullar altında değerlendirilir, özellikle kaybolan kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektirir. Ölüm karinesinin bu kesinlik özelliği aslında aksini ispata elverişli olmaması sonucunu doğurmalıdır. Çalışmamızda bu konuda da bir çözüm önerisinde bulunulmuştur. Ancak çok düşük ihtimal de olsa aksinin ispat edilmesi ihtimali üzerinde durulmalıdır. Bu ihtimalde özellikle aile ve miras hukuku açısından doğacak hukuki sonuçlar önem taşımaktadır.*

### Anahtar Kelimeler

*Ölüm Karinesi, Gaiplik, Ölümün Kesinliği, Karinenin Aksini İspat, Ölü Kaydının Hükmünü Yitirmesi*

---

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir, (ali.yagcioglu@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-1518-9796 (Geliş Tarihi: 29.06.2022-Kabul Tarihi: 03.08.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

## THE PRESUMPTION OF DEATH

*(Research Article)*

### **Abstract**

*In Turkish and Swiss Law, the presumption of death has not been regulated in detail as in the case of disappearance. Because the presumption of death has subjected to the death's consequences. However, in a special law in German and Austrian Law, general provisions that contain both disappearance and presumption of death have been regulated. These regulations differ in subject's handling and content. The mentioned differences shall be considered in this study. Thus, in terms of our law, the concept of presumption of death, its conditions, its consequences, and the cases where its opposite has been proven shall be discussed comparatively in this study. The presumption of death, as a rebuttable presumption, puts an end to vague situation of the someone who has rights that are resulted from other person's dead. The presumption of death is evaluated under strict conditions. It requires the certain death of the disappeared person. This certainty of the presumption of death means unrebuttable result. A solution about this matter has been offered in the study. However, even if the proving the contrary is a chance in a million, this possibility should also be considered. In this case, the legal consequences that will arise especially in terms of family and inheritance law are important.*

### **Keywords**

*Presumption of Death, Disappearance, Certainty of Death, Refutation of Presumption, Invalidation of Death Record*

## GİRİŞ

Kişinin öldüğünün kesin olarak düşünüldüğü ancak cesedinin bulunmadığı hallere ilişkin olarak kişinin kişiliğinin sona ermiş olup olmadığına yönelik bir belirsizlik doğabilir. Bunu gidermek amacıyla hukukumuzda, “Ölüm karinesi” kenar başlığıyla Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 31’inci maddesinde<sup>1</sup> bir kimsenin, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolması ihtimalinde, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacağı şeklinde bir sonuç benimsenmiştir. Mevaz İsviçre Medeni Kanun (İMK) ise “Ölüm belirtisi” anlamına gelen “Anzeichen des Todes” kenar başlığıyla 34’üncü maddede, bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren şartlar altında kaybolması ihtimalinde, cesedini hiç kimse görmemiş olsa bile, o kimsenin ölü olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Kullanılan terminoloji ve bazı önemsiz farklılıklar dışında bu düzenlemenin TMK m. 31’deki düzenlemeyle benzerlikler taşıdığı söylenebilir.

Bir kimsenin cesedinin bulunamamış olması, ancak bu kimsenin ölümünün de mutlak şekilde kesin görülmesi halinde, sadece Türk ve İsviçre Hukuku’nda değil, başka ülkelerin hukuklarında da yasal zemine kavuşturulmuş olduğu gözlemlenmektedir. Şöyle ki, Alman Hukuku için 1939 tarihli “Verschollenheitsgesetz (Kayıp Kişiler Kanunu)” ile Alman Medeni Kanunu’nun çeşitli hükümleri (§ 1319, § 1320, § 1494, § 1677, § 1681, § 1884, § 1921, § 1974, § 2031, § 2252, § 2370); Avusturya Hukuku için 1950 tarihli “Todeserklärungsgesetz (Ölüm İlanı Kanunu)” konuyu düzenlemektedir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, Türk ve İsviçre Hukuku’nda yüzeysel bir düzenlenmenin bulunduğu; buna karşın Alman ve Avusturya Hukuklarında detaylı kuralların benimsendiği görülmektedir. Bu detaylı kuralların varlığı, çalışmamıza ilişkin bazı soru ve sorunların tespitinde, irdelemesinde ve değerlendirilmesinde yol gösterici niteliktedir. Bununla birlikte Alman ve Avusturya Hukuklarındaki bu detaylı kurallar, çalışmamızın sınırlarını aşmamak amacıyla ayrıntılarıyla incelenmeyecek, sadece temel bazı noktalarda bunlara değinilecektir.

Ölüm karinesi yargı kararlarında neredeyse yok denecek kadar kendisine yer edinmiş bir kurumdur<sup>2</sup>. Belki de bu özelliği sebebiyle gaiplikle

<sup>1</sup> Ayrıca kütüğe ölü kaydı düşülmesiyle ilgili bakınız (bkz.) TMK m. 44.

<sup>2</sup> Yarg. HGK T. 16.05.2007, E. 2007/2-276, K. 2007/278 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2022). Bazı kararlarda ölüm karinesinin gaiplikle karıştırıldığı görülmektedir. Bkz. Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8842, K. 2019/2901; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2.Dairesi, 11.10.2000 T., 2000/426 E., 2000/611 K.;

birbirine karıştırılma sakıncası altındadır. Nitekim yargı uygulamasında bazı kararlarda, sanki ölüm karanesiyle gaipliğin aynı anlamı taşıdığı izlenimi uyandıracak şekilde özensiz kullanımlara rastlanmaktadır. Bu durum çalışma konumuzu seçmemizde motive edici bir sebep olmuştur. Ayrıca ölüm karanesine ilişkin hukukumuzda, Alman Hukuku'nda, Avusturya Hukuku'nda ve özellikle Mehaz Kanun'da tercih edilmiş olan terimlerin ve kuralların farklılığı, bu kurumun kavram olarak neyi ifade etmek istediği, neyi amaçladığı ve hangi kurallarla düzenlendiği konularının incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Ölüm karanesi kavramı, ölüm karanesinin hukuki niteliği ve gaiplikten farkı çalışmamızda inceleyeceğimiz ilk konulardır. Kavram ve hukuki nitelik net bir şekilde ortaya konduktan sonra, ölüm karanesinin uygulama koşulları üzerinde durulacaktır. Bundan sonra ise ölüm karanesinin sonuçları ve karinenin aksinin ispatlanmasında doğacak sonuçlar irdelenecektir. Aksi durumun gerçekleşmesi, yani hakkında ölüm karanesi çerçevesinde ölü kaydı düşülmüş olan kişinin farklı bir tarihte ölmüş olduğunun veya aksine; sağ olduğunun anlaşılması ihtimali karşısında, çalışmamızda bu karinenin aksinin ispatlanmasının; Medeni Hukukun Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku gibi alanlarıyla Sosyal Güvenlik Hukuku alanını kapsayan sonuçları da incelenmeye çalışılacaktır.

## I. ÖLÜM KARİNESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

### A. Genel Olarak

Normal koşullar altında bir kimsenin ölü olup olmadığı, ceset üzerinde yapılacak değerlendirme sonucunda hekim tarafından tespit edilir ve ölü hakkında ölüm belgesi düzenlenir<sup>3</sup>. Bundan sonra Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (NHK) 31'inci maddesine göre; orada yetkili sayılan makamlar, ölüm olayını Genel Müdürlüğe veya Nüfus Müdürlüğü'ne bildirirler<sup>4</sup>.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 28.04.2011 T., 2007/282 E., 2011/295 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022). Ölüm karanesine karşılık gelen madde numaralarının belki de sehven yanlış kullanıldığı karar için bkz. Adana BAM. 1. HD., T. 30.11.2017, E. 2017/23, K. 2017/23. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022).

<sup>3</sup> Ölüm belgesi vermeye yetkili sayılanlar hakkında bkz. Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik m. 16. Defin ruhsatı verilmesi hakkında bkz. 1530 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 216.

<sup>4</sup> Bildirilecek Nüfus Müdürlüğü, ölümün gerçekleştiği yerdeki, bu bilinmiyorsa cesedin bulunduğu yerdeki, ölüm taşıta gerçekleşmişse, cesedin taşıttan çıkarıldığı yerdeki Nüfus Müdürlüğüdür (NHK m. 31/f. III). Bu konuda ayrıca bkz. 8.10.2021 Tarihli T.C. İç İşleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü "*Nüfus Mevzuatının*

Bununla birlikte öyle olaylar vardır ki, bir kimsenin cesedi veya bir parçası hiç kimse tarafından görülememiş veya bulunamamış, bir ceset bulunsa da teşhis edilememiş olsa bile, o kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılabilir. Mesela bir uçağın sağ kurtulmaya elverişsiz şekilde açık denize düşmüş olmasında kaza yerine ulaşılabilme mümkün değildir<sup>5</sup>. Bu örnekte olduğu gibi, ölüme kesin gözüyle bakılmasının haklı gerekçesi, o kimsenin bazı özel koşullar altında; ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolmasıdır. Bunun yanında cesedin bulunamamış, bulunsa bile teşhis edilememiş olması ve kişinin ölüm kütüğüne kaydedilmiş olması koşullarının da gerçekleşmesi gerekir.

### B. Terminoloji

Hukukumuzda konuyu düzenleyen TMK m. 31'in kenar başlığında "Ölüm karinesi" ifadesi tercih edilmiştir. Ancak Mevzuat İMK m. 34'te "Ölüm belirtisi" (*Anzeichen des Todes*) ifadesine yer verilmiştir. İsviçre Hukuku öğretisinde, konu ölümün ispatı başlığı altında ele alınıp da bir ispat meselesi gibi değerlendirilse de; bu kurum bir "Karine" (*Die Vermutung*) olarak nitelendirilmemiştir. Birçok yazar bu kurumla ilgili açıklamalarını "Ölüm ilanı" (*Todeserklärung*) başlığı altında yapmış<sup>6</sup>; bazıları ise "Emare ispatı"

---

*Uygulanmasına İlişkin Açıklama*"nın VI.Bölüm, "15.Ölüm Olaylarına İlişkin Esaslar" başlığı altındaki açıklamalar,

[https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeler/081021-tarihli-nufus\\_mevzuatinin\\_uygulanmasina\\_iliskin\\_aciklamalar.pdf](https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeler/081021-tarihli-nufus_mevzuatinin_uygulanmasina_iliskin_aciklamalar.pdf), Erişim Tarihi:1.3.2022.

- <sup>5</sup> **Bucher**, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, s. 49, kn. 219; **Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E.: *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5.Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, s. 32, kn. 93; **Guggenbühl**, Markus/Beretta, Piera: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB*, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 34, kn. 1; **Guggenbühl**, Markus: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB*, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 32, kn. 1; **Hrubesch-Millauer**, Stephanie/**Bosshardt**, Martina: *Personenrecht in a nutshell*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2021, s. 26.
- <sup>6</sup> **Hofer**, Sibylle/**Hrubesch-Millauer**, Stephanie: *Einleitungsartikel und Personenrecht*, 2.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s. 215, kn. 11.20; **Hofer**, Sibylle: *Personenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, s. 42, kn. 120. "Ölüm ilanı" (*Todeserklärung*) kavramını, "Emare ispatı" (*Indizienbeweis*) başlığı altında diğer bir adlandırma olarak kullanan yazarlar için bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 93 vd.; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26.

(*Indizienbeweis*) başlığını kullanmıştır<sup>7</sup>. İlginçtir ki İMK'da “*Ölüm ilanı*” (*Todeserklärung*) kavramı kullanılmamış olmasına rağmen, İsviçre Hukuk Usulü Hakkında Kanun'un 21'inci maddesinde yetki kuralı düzenlenirken kenar başlık olarak “*Ölüm ve gaiplik ilanı*” (*Todes- und Verschollenserklärung*) terminolojisi tercih edilmiştir.

Aslında “*Ölüm ilanı*” (*Todeserklärung*) kavramı, bazı yazarlarca, gaiplikle ilgili açıklamalarda kullanılmıştır. Şöyle ki bu kavram, İMK'nın kabulünden önce dili Almanca olan kantonlarda tercih edilen sistem çerçevesinde, ölümün yüksek ihtimal görüldüğü hallerle ilişkilendirilmişti. Ölümün yüksek ihtimal görüldüğü bir başka sistem, dili Fransızca olan kantonlarda kabul edilen ve kökeni Fransız Hukuku'na dayanan Gaiplik ilanıydı (*Verschollenerklärung*)<sup>8</sup>. Bu açıklamalar kapsamında Ölüm ilanı ve Gaiplik

<sup>7</sup> **Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern 1993, s. 38; **Bucher**, s. 49, kn. 219 vd; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 93 vd; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26.

<sup>8</sup> Bu iki kavram arasındaki farkı anlayabilmek adına konuyu biraz açmak gerekirse; *Ölüm ilanı* sisteminde, belirli koşullar yerine getirildikten; özellikle belirli bir sürenin geçmesinden ve bir ilan sürecinden sonra, kayıp kimse için yapay bir ölüm günü belirlenmektedir. Bu gün, kural olarak ölüm ilanının yapıldığı gündür. O güne kadar kişinin hayatta olduğu, o günden sonra ise öldüğü karineten kabul edilir. Böylece kayıp kişi o güne kadar miras hakkına sahip olup, o günden sonra artık mirasbırakan olarak değerlendirilir. *Gaiplik ilanı* sisteminde ise, ispat yükünün tersine çevrilmesi söz konusudur. Bir kimse- nin ölümünü iddia eden, kural olarak bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak belirli durumlarda bu ispat kuralından vazgeçilebilir. Bu durumlarda ölüm karineten kabul edilir; kişinin yaşadığını iddia eden bunu ispat etme hakkına sahiptir. Böylece kişinin hayatta olduğu, ancak bunun ispatlanabildiği zaman süreci için söz konusudur. O zaman sürecinin bitişinden itibaren o kimse ölü olarak kabul edilmelidir. Neticede İMK Gaiplik ilanı sistemini kabul etmiş, ancak ölüm ilanına ilişkin bazı unsurları da sisteme dahil etmiştir. Ölüm ilanında olduğu gibi yapay bir ölüm gününün tespit edilmesi, İMK'nın yapısına uygun düşmemektedir. İMK'da kişinin yaşadığına yönelik bir karine de geçerli değildir, aksine Kanun kişinin ölümünü ispattan muaf tutmaktadır. Gaiplik ilanı, kişinin yaşadığına yönelik bir karine getirmediği için, ölüm anı, kişinin ispatlanabilen son yaşam belirtileri anına kadar geriye götürülür. O ana kadar kaybolan kimseye düşen mirasın ya da kazanımın geri alınması söz konusu olmaz. Ayrıca kayıp kişiye mirasçılık sıfatı, son yaşam belirtisi anına bakılarak tespit edilir. Bkz. **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 127-128, kn.9-13; **Lardelli**, Flavio/**Nägeli**, Caterina: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 35, kn. 1; **Lardelli**, Flavio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 35, kn. 1. Pedrazzini/Oberholzer, gaiplik ilanında kaybolan kimsenin ne yaşadığına ne de öldüğüne dair bir karinenin söz konusu olduğunu, sadece kaybolan kimsenin hayatta olma-

ilanı sistemleri, aslında ölüme kesin gözle bakılan bir hal olan ölüm karinesinden tamamen farklıdır. Bu sebeple, İsviçre Hukuku'nda üzerinde fazlaca düşünülmeyen, karıştırılmaya elverişli kullanımların bulunduğu söylenebilir.

İMK m. 34'ün kenar başlığında “Ölüm belirtisi” (*Anzeichen des Todes*)” terminolojisinin kullanımı, gaiplikte de ölümün karineten kabul edilmesi ve böylece gaiplikle karıştırılma endişesiyle, bilinçli bir tercihe dayanıyor olabilir. Ancak benzer örnekler<sup>9</sup> üzerinden açıklanan; iki veya daha fazla kimseden aynı olayda hangisinin daha önce öldüğünün ispat edilemediği; “aynı anda ölüm karinesi” (*Vermutung des gleichzeitigen Todes*) veya başka bir ifadeyle “birlikte ölüm karinesi” (*Kommorientenvermutung*) için de aynı endişenin taşındığı söylenemez. Nitekim burada açıkça “karine” (*Vermutung*) terimi kullanılmaktadır<sup>10</sup>. Bu sebeple “Ölüm belirtisi” teriminin kullanımında daha ziyade konunun ispata ilişkin özelliğini ön planda tutmak düşüncesinin var olduğu kabul edilmelidir.

Ölüm karinesiyle gaipliği kesin sınırlar içinde birbirinden ayırt edici terminoloji arayışında Alman ve Avusturya Hukuklarındaki kullanımlara da değinmek gerekir.

Alman Medeni Kanunu'nda (*BGB*) da birçok yerde “bir kimse hakkında ölüm ilanı kararı verilmesinden veya Kayıp Kişiler Kanunu

---

diğına dair bir yüksek olasılığın bulunduğunu, bu olasılığın, hakları ölüme bağlı olanların ölümü ispat etme yükünden kurtardığını, böylece geride kalanların özellikle de mirasçılarının ölümü ispatlamış gibi haklarını ileri sürebileceklerini belirtmiştir. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39. Yazarların gaiplikte ölümün karineten kabul edilemeyeceğine dair açıklamalarının sebebi, İMK m. 34'teki kurum (*ölüm karinesi*) için “Ölüm karinesi” (*Todesvermutung*) terminolojisini kullanmaları olabilir. Ancak gaipliği anlatırken, özellikle ispat yükünden kurtarmaya yönelik açıklamalardan; gaiplikte de ölümü bir karine olarak benimsedikleri anlaşılmaktadır.

<sup>9</sup> Mesela uçak kazası örneğinde bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 37; **Hrubesch-Millaue/Bosshardt**, s. 25.

<sup>10</sup> **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 37; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 126, kn. 4; **Kley**, Andreas/**Seferovic**, Goran: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2011, Art. 32, s. 120; **Guggenbühl**, BSK, Art. 32, kn. 4 vd.; **Hrubesch-Millaue/Bosshardt**, s. 25. Bununla birlikte iki kimsenin aynı anda ölemeyeceği kesin olsa bile, hangisinin daha önce öldüğü kanıtlanmadığı sürece, İMK m. 32/f. II düzenlemesinin unsurlarının sağlanmış olacağı ve bu koşullar altında artık karinenin yasal bir fiksiyona dönüşeceği hakkında bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 37; **Guggenbühl**, BSK, Art. 32, kn. 5; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 31, kn. 90. Birlikte ölüm karinesi hakkında doğrudan fiksiyon nitelendirmesinde bulunan bkz. **Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, Bern 2002, s. 87, kn. 138.

(*Verschollenheitsgezet*) çerçevesinde ölüm anının tespit edilmesinden” bahsedilmektedir<sup>11</sup>. Kayıp Kişiler Kanunu § 1’e göre, somut koşullara göre yaşamaya devam ettiği konusunda ciddi şüphelere yol açması koşuluyla, uzun zamandır nerede olduğu bilinmeyen ve bu süre içinde yaşadığı veya öldüğü konusunda hiçbir haber alınamayan kimse, kayıp sayılmaktadır. Ancak somut koşullara göre ölümü konusunda şüphe bulunmayan kimseyi kayıp olarak nitelendirmek mümkün değildir. § 2’ye göre ise, kayıp kimse hakkında Kanun’un § 3 ila § 7’deki koşullar gerçekleşmiş ve ilan prosedürü de yerine getirilmişse, ölüm ilanı kararı verilebilecektir. Kanun’un § 3 ila § 7’deki düzenlemeler, kayıp kimseler için ölüm ilanı kararının hangi olgular<sup>12</sup> çerçevesinde verilebileceğiyle ilgilidir. Bunlar arasında, savaş veya savaş benzeri operasyon gibi tehlike arz eden bir durum içinde; özellikle yüksek ölüm olasılığı içinde kaybolmayla, deniz seyahatinde batan gemide veya uçak seyahatinde tahrip olan uçakta bulunma ve kaybolmayla ilgili örnekler bulunmaktadır. Bu örnekler, Türk ve İsviçre Hukuku düzenlemeleri çerçevesinde somut olayın özellikleriyle ölümün gerçekleşmesi olasılığına göre incelendiğinde; yerine göre ölüm karinesi veya gaiplik kararı kapsamında değerlendirmeye elverişlidir. Buna göre Alman Hukuku’nda gaiplik ve ölüm karinesi kurumları arasında kesin bir ayırım yapılmış değildir. Her iki kurum arasındaki sınırların kesin olarak çizilmediği Alman Hukuku da, bu hukukta tercih edilen “*Ölüm ilanı kararı*” (*Todeserklärungs*) teriminin, Türk İsviçre Hukuku açısından doğru bir terminoloji seçimi olup olmadığı meselesinin çözümünde yardımcı olmamaktadır.

Avusturya Hukukunda ise 1950 tarihli “*Ölüm İlanı Kanunu*” (*Todeserklärungsgesetz*), Alman Hukuku’ndaki Kayıp Kişiler Kanunu’yla hemen hemen aynı hükümleri içermekte ve aynı terminolojiyi kullanmak-

<sup>11</sup> Kanundaki ifade aynen şöyledir: “*wenn er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt wird*”. Bkz. BGB § 1319-1320 (*evlilikte ölüm kararı verilen eşin hayatta olduğunun anlaşılması*), § 1494 (*eşlerden birinin ölümüyle mal ortaklığı rejiminin sona ermesi*), § 1677, 1681 (*velayetin sona ermesi veya hayatta kalan eş açısından devam etmesi*), § 1884 (*Kısıtlının ölümüyle vasiyetin sona ermesinde*), § 1921 (*bakım yükümlüsünün ölümüyle bakım ilişkisinin sona ermesinde*), § 1974 (*vasiyet alacaklısının mirasçılara karşı alacak talebini ileri sürmesi için geçmesi gereken sürenin başlangıcını tespit*), § 2031 (*ölüm ilanı kararı verilen kimsenin yaşadığının anlaşılmasıyla mirasçılara karşı iade talebi yöneltmesinde*), § 2252 (*sözlü vasiyetin geçerlilik süresinin tespitinde*), § 2370 (*ölüm ilanı veya ölüm anı kararına yönelik duyulan güven*).

<sup>12</sup> Bu olgular için bkz. “II. ÖLÜM KARİNESİNİN UYGULAMA KOŞULLARI A. Maddi Koşullar 1. Kişinin Ölümüne Kesin Gözüyle Bakılması Gerektiren Durumlar İçinde Kaybolması” başlığı altında yapılan açıklamalar.



tadır. Bu sebeple şimdiye kadar ve bundan sonra Alman Hukuku için yapmış olduğumuz açıklamalar Avusturya Hukuku açısından da aynen geçerliliğini korumaktadır.

Sonuçta kimi hallerde gaiplik kurumunu ifade eder şekilde kullanılan “Ölüm ilanı” terminolojisi veya ispata ilişkin özelliği ön planda tutan “Ölüm belirtisi” terminolojisi yerine, kanaatimizce ayırt ediciliği sağlamak adına “Ölüm karinesi” terminolojisi tercih edilmelidir<sup>13</sup>. Ölüm karinesinin hukuki niteliği açıklanırken görüleceği üzere, hem İsviçre Hukuku’ndaki hem de Türk Hukuku’ndaki düzenlemeler kapsamında, bu kurum, bir karine olarak ele alınmıştır. Biz de çalışmamızda TMK m. 31’in kenar başlığında kullanıldığı üzere “Ölüm karinesi” terminolojisini tercih edeceğiz.

### C. Hukuki Niteliği

Ölüm karinesinin, adında geçtiği üzere bir karine mi olduğu, karineyse türleri bakımından adi karine mi kesin karine mi olduğu yoksa kanuni bir varsayım mı (*fiksiyon*) olduğu sorularının cevaplanması gerekir. Özellikle varılacak sonuç, ispat yönünden nasıl hareket edileceği noktasında önem taşımaktadır. Bunun için öncelikle karine ve varsayım kavramlarına kısaca değinmek gerekir.

#### 1. Karineler ve Varsayım (Fiksiyon)

Öğretide karine genel olarak, varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmayı sağlayan bir işaret, belirti olarak tanımlandığı gibi<sup>14</sup>; varlığı bilinen bir olgudan varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmak olarak da tanımlanmaktadır<sup>15</sup>. Kanunkoyucu, bilinmezlikleri, belirsizlikleri

<sup>13</sup> İsviçre öğretisinde sadece Pedrazzini/Oberholzer “Ölüm karinesi” (*Todesvermutung*) terminolojisini kullanmıştır. Yazarlar bu kurumu, ölümün ispatıyla ilgili özel kural olan “*Emare ispat*” (*Indizienbeweis*) başlığı altında incelemişlerdir. Bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38, 46.

<sup>14</sup> **Karakaş**, Fatma Tülay: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (3), 2013, s. 731.

<sup>15</sup> **Brückner**, Christian: Das Personen des ZGB Erster Teil Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz natürlicher Personen (Art. 11-26 ZGB, Art. 31-38 ZGB), Schulthess Verlag, Zürich 2000, ([http://www.cbrueckner.ch/pdf/AA01\\_Personenrecht1.pdf](http://www.cbrueckner.ch/pdf/AA01_Personenrecht1.pdf), Erişim Tarihi: 18.2.2022), kn. 134, dn. 59; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 177; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir: Zevkliler Medeni Hukuk-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 253; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 52.

bir sonuca bağlamak amacıyla, çeşitli kanuni düzenlemelerde karinelere yer vermiştir. Kanuni karineler, adi ve kesin olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılırlar<sup>16</sup>. Aksinin ispatı mümkün olan bir karine ise adi, aksinin ispatı mümkün değilse kesin bir karinenin varlığından söz edilir. Adi karinelere, buna dayanan taraf, iddiasını ispat etmekten kurtulmuş olur, diğer taraf ise bu halde sadece aleyhindeki bu karinenin doğru olmadığını ispat yoluna gidebilir. Eğer doğru olmadığını ispat ederse, ispat yükü, karineye dayanan tarafa geçer. Hukukumuzda adi karineye pek çok hükümde yer verilmektedir: İyiniyet karinesi (TMK m. 3), resmi sicil ve senetlerin doğruluğu karinesi (TMK m. 7) gibi<sup>17</sup>. Kesin karineler aksi ispat edilemeyen karinelere dir. Bu yönüyle kesin karineler, kanuni varsayımlara benzer. Hatta öğretilerde bazı yazarlar<sup>18</sup> kanunî varsayım ile kesin karineyi eş anlamda kullanmaktadır. Kesin karineler, aksi ispat edilemeyen karinelere dir, bu açıdan kanunî varsayımların da aksi ispat edilemez. Kanunî varsayımlarda belli bir olaya kanun sonuç bağlamaktadır. Oysa kanunî karinelere dir, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan, başka bir olumlu veya olumsuz olayın veya durumun varlığı veya yokluğu sonucu çıkarılmaktadır. Kanuni varsayımların söz konusu olduğu durumlarda, kesin karinelere dir olduğu gibi, böyle bir varsayım dayanan kimse ispat yükünden kurtulmaktadır. Kanun önce kendi lehine hak çıkaracak kimselere ispat imkânı tanımakta, bu ispat imkânı sağlanamazsa, bu olaya belirli bir sonuç bağlamaktadır. Hukukumuzda kanunî varsayımların sayısı azdır. Örneğin, TMK m. 222/f. I-II'ye göre, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, bu iddiasını ispatlayamazsa, o mal eşlerin paylı mülkiyetinde sayılmaktadır. Paylı mülkiyetinde sayılma, artık kanuni bir varsayım olarak kabul edilmektedir. Başka bir örnek, Türk

<sup>16</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 198; Zevkliler/Acabey, s. 254; Yağcıoğlu, s. 52; Karakaş, s. 736.

<sup>17</sup> Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 373-374; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 197-198; Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, İstanbul 2018, s. 342-343, kn. 1042.

<sup>18</sup> Brückner, kn. 134, dn. 59. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, kesin karinelerin aksi kanıtlanmadığından dolayı bunlara yasal varsayımlar da denilebileceğini bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 198; Zevkliler/Acabey, s. 254, Kanuni faraziyenin (varsayımın) aksinin iddia edilemeyeceğini, bu hususta, kanuni kesin karine veya kısaca kesin karine deyiminin de kullanıldığı hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, s. 341, kn.1036. Gerçekten, Edis'in de ifade ettiği gibi, kanuni varsayım mı, yoksa kesin karine mi söz konusu olduğu bir yorum meselesidir ve iki kavramı birbirinden ayırmak güçtür. Pratikte ise bu ayırımın önem taşımaz, nitekim sonucu bakımından (aksi ispat edilememe) her iki kavramın aynı olduğu gibi gerekçelerle, bu ayırım kabul edilmeyebilir de. Bkz. Edis, s. 376, dn. 55.

Borçlar Kanunu m. 175'e göre, koşulun gerçekleşmesini taraflardan biri, dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde engellerse, o koşul gerçekleşmiş sayılır, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde sağlarsa, o koşul gerçekleşmemiş sayılır. Burada kanun, dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde koşulun gerçekleşmesinin engellenmesi veya sağlanması olayına, koşulun gerçekleşmiş veya gerçekleşmemiş sayılması şeklinde sonuç bağlamaktadır<sup>19</sup>.

## 2. Ölüm Karinesinin Adi Karine Olduğu

Bu açıklamalar çerçevesinde ilk bakışta ölüm karinesinin kanuni varsayım olduğu izlenimi uyanmaktadır. Özellikle TMK m. 31'de belirtilen; ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolma koşulunun ispat edilmesi, artık aksine bir durumun söz konusu olamayacağı düşüncesine yöneltmektedir. Nitekim TMK m. 44/f. I uyarınca o yerin en büyük mülki amirin emriyle de kütüğe ölü kaydı düşülmektedir. Böylece gaiplikte olduğu gibi yargı yoluna gitme, belirli bir sürenin geçmesini bekleme ve ilan gibi uzun bir prosedüre ihtiyaç duyulmamaktadır.

Bununla birlikte TMK m. 44/f. II'deki "*Bununla birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir*" hükmü, ölüm karinesinin kanuni bir varsayım olduğu izlenimini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim belirli bir sonucu kanuni varsayım olarak kabul etmek aynı zamanda artık bu sonucun aksinin ispat edilemeyeceğini de kabul etmek anlamına gelmektedir. Oysaki TMK m. 44/f. II, kişinin ölü sayılması şeklinde sonucun kesin bir sonuç olmadığını, kişinin gerçekten ölü olduğu ancak bunun başka bir tarihte gerçekleşmiş olduğu ya da aksine sağ olduğu gerçeğinin tespitinin mahkemeden istenebileceğini belirtmektedir. O halde, ölüm karinesi, adıyla da uyumlu şekilde; kanunda düzenlenen adi bir karine olarak değerlendirilmelidir. Öğretide de çoğunluk görüşü, ölüm karinesinin adi (*aksi ispat edilebilen*) bir karine olduğunu benimsemektedir<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Edis, s. 375-376; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 198; Oğuzman/Barlas, s. 341, kn. 1038; Yağcıoğlu, s. 52.

<sup>20</sup> Köprülü, Bülent: Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, s. 245; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 250; Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 46. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Temel Kavramlar), s. 240; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 508; Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 425; İnan, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/Albaş, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2022, s. 462, kn. 1399; Ayan, Mehmet/Ayan Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı,

Ölüm karinesinin hukuki niteliği hakkında başka bir görüş<sup>21</sup>, ölüm karinesinin kesin bir karine olduğunu, ancak varsayım olmadığını; hakkında ölü kaydı düşülen kişinin çıka gelmesi ihtimalinde o kişinin ölmüş sayılmayacağını, bilakis kendi varlığıyla aksini kanıtlamış olacağını kabul etmektedir. Kesin karineler, aksi ispat edilemeyen karineler olduğu için, kendi içinde tutarlılık bulunmayan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin sonradan ortaya çıkma ihtimali, ölüm karinesi için aranan koşulların çok sıkı olmasından dolayı düşük bir ihtimaldir. Ancak böyle bir ihtimalin ortaya çıkmasında ölüm karinesinin hukuki niteliği hakkında ayırım gözetmeksizin geçerli olacak sonuç, sonradan ortaya çıkan ve hakkında ölü kaydı düşülen kişinin bizzat kendisinin veya o kimsenin sağ olmasından lehine hak çıkararak bir başka kimsenin, TMK m. 44/f. II anlamında bir “*ilgili*” olarak, sağ olduğunun tespitine ve böylece nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik dava açmasıdır (*Ayrıca bkz. TMK m. 46*).

TMK m. 44/f. II'deki ölü veya sağ olduğunun tespiti hükmünü, farklı şekilde yorumlayan yazarlar<sup>22</sup> da bulunmaktadır. Şöyle ki, TMK m. 31'deki koşullar (*aynı içerikte TMK m. 44/f. I'deki koşullar*) gerçekleşmesine rağmen en büyük mülki amir ölü kaydı düşülmesini reddederse artık TMK m. 44/f. II'de belirtilen; mahkemedeki kişinin ölü olduğunun tespit edilmesine yönelik hükmü elde etmekten başka çare yoktur. Bir başka ihtimal de, mülki amirin koşulları oluşmadan ölü kaydı düşmesidir. Bu durumda ilgili kişinin, ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti için dava açması gereklidir.

---

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 175; **Arat**, Ayşe: “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 9, Sayı: 1-2, (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/116648>, Erişim Tarihi: 08.02.2022), s.263; **Karakaş**, s. 738; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Medeni), s. 209; **Ardıç**, Oğuzhan: Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.171; **Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Cilt: I Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara 2019, s. 619, kn. 2225; **Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 39. Olay-hak karinesi şeklinde yapılan ayırım doğrultusunda, bir olay karinesi olan ölüm karinesinin (*bkz. Öztan, Temel Kavramlar, s. 240; Antalya/Topuz, s. 618, kn. 2214*) aksinin ispatının, karineye temel teşkil eden olayın gerçek olmadığına ispatıyla mümkün olacağı yönünde bkz. **Antalya/Topuz**, s. 619, kn. 2220.

<sup>21</sup> **Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 82-83, kn. 9.

<sup>22</sup> **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 30; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 251; **Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 344.

TMK m. 44/f. II'nin gereken açıklıktan uzak olması, maalesef hükmün yorumlanmasında farklı anlamların çıkarılmasına yol açmaktadır. Kanaatimizce TMK m. 44/f. II'de belirtilen dava açma imkânı, ölüm karinesinin aksinin ispat edileceği halleri de göz ardı etmemek adına kabul edilmiştir. Kanunkoyucunun TMK m. 31'deki koşulların aynısını, TMK m. 44/f. I'de belirtmesi, bu gerçeği vurgulamak adınadır. Gerçekten hükmün sistematik yorumu, ikinci fıkranın ilk fıkradan bağımsız şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Kaldı ki TMK m. 44/f. II'de kişinin gerçekten ölü ancak bunun farklı bir tarihte gerçekleşmiş olduğunun tespiti de istenebilmektedir. Bu tespit, o kişi hakkında ölüm karinesinin koşullarının gerçekleştiğine değil; eldeki somut deliller çerçevesinde kişinin farklı bir tarihte gerçekten öldüğüne yöneliktir. Başka bir deyişle, ölüm karinesinin koşulları çerçevesinde kişinin ölmüş sayılmasıyla kişinin gerçekten ölü olması farklı durumlardır. Kişinin farklı bir tarihte ölü olduğunun ispatı, ölüm karinesinin aksinin ispatıdır.

İsviçre Hukuku literatürü incelendiğinde, İMK m. 34'te, "Ölüm belirtisi" (*Anzeichen des Todes*) kenar başlığıyla ele alınan ölüm karinesinin hukuki niteliği hakkında doyurucu açıklamalara rastlanılamamaktadır. Yeri itibariyle; hakları ölüme bağlı olanların bunu ispat etmesi gerektiğine ilişkin İMK m. 33'ten sonra gelmesi ve emarelerin ispatı yoluyla ölümün ispatlanmış sayılması karşısında bu hükmün ispata ilişkin kolaylık sağladığı anlaşılmaktadır. Ancak asıl açıklanması gereken husus, ölüm belirtisinin aksinin ispatlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Bazı yazarlar ölüm karinesini de içine alacak şekildeki açıklamalarında, gaiplik ilanı kararından (*ölüm karinesinde ölü karardan*) şu durumlarda dönülebilmesinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir: Gaiplik ilanı kararı veya ölü kararı, kesin nitelikte karar niteliği taşımazlar, gaibin veya hakkında ölü kaydı düşülen kişinin geri gelmesinde ya da hala hayatta olduğuna dair inandırıcı haber alınmasında yahut ölüm nedeninin ve ölüm zamanının sonradan belirlenebilmesinde karardan dönülmesi mümkündür. Bu durumda ya mahkeme İMK m. 42 çerçevesinde sicili düzeltmeye yönelik yeniden bir karar alır ya da İMK m. 43 çerçevesinde idari memur bunu açık bir yanlışlık veya hata olarak addedip düzeltmeyi kendiliğinden yapar<sup>23</sup>. Bu açıklamalara bakılırsa, İsviçre Hukuku'nda da ölüm karinesi kesin bir karine veya fiksiyon olmayıp, adi bir karine niteliği taşır. Özellikle hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin hala hayatta olduğuna dair delil sunulabilmesi de bu sonucu desteklemektedir.

<sup>23</sup> Hrubesch-Millauer/Bosshardt, s. 32; Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 6; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 6.

Alman ve Avusturya Hukukunda ise ölüm karinesi ve gaiplik örneklerinin aynı başlık altında “*Ölüm ilanı*” (*Todeserklärung*) düzenlendiğini belirtmiştik. Ölüm ilanının hukuki niteliğinin karine olduğu Alman Kayıp Kişiler Kanunu § 9/f. I-1. cümlede açıkça belirtilmektedir (*Aynı şekilde Avusturya Ölüm İlanı Kanunu § 9/f. I, 1. cümle*). Alman Kayıp Kişiler Kanunu’na göre ölüm ilanı, kayıp kimsenin kararda belirtilen anda ölmüş olduğu yönünde karine yaratır. Ölüm kesin ancak ölüm anı kesin değilse, ölümün ve ölüm anının Alman Kayıp Kişiler Kanunu § 39. vd.’na göre mahkemece tespiti mümkündür ve bu karar da aynı şekilde § 44/f. II’ye göre ölüm anı konusunda bir karine oluşturur. Bu karinelerin aksi ispat edilebilir. Ölüm ilanı ve mahkemece ölüm anının tespiti kurucu etkiye sahip olmadığı için, bu kararların sonradan hatalı olduğu ortaya çıkarsa, en başından beri gerçek durum ne idiye, ona göre doğacak hukuki sonuçlar geçerli kabul edilir<sup>24</sup>.

Kanaatimizce ölüm karinesinin adi bir karine olarak kabulü, sıkı şekilde ele alınan ölüm karinesinin uygulama koşullarıyla, özellikle de kişinin ölümüne kesin gözülle bakılma şeklindeki koşulla çelişmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere; bir taraftan hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kayıp kişi hakkında ölü kaydı düşerken, diğer taraftan; çok düşük bir ihtimal de olsa kişinin sonradan çıkagelmesi veya ondan hayatta olduğuna dair haber alınabilmesi ihtimalinden bahsedilememelidir. Bizce en ufak bir şüphe, ölüm karinesine yönelik taleplerin reddi sonucuna götürmelidir. Bu halde hakları kayıp kimsenin ölümüne bağlı olanlar için gaiplik sürecini işletmekten başka çare kalmamalıdır. Bu sonuç, özellikle kayıp kimsenin menfaatlerini korumak açısından daha elverişlidir.

Bu düşüncelerle olması gereken, ölüm karinesinin “*Ölmüş sayılma*” kenar başlığıyla bir varsayım (*fiksiyon*) olarak düzenlenmesidir. Varsayımlar aksi ispat edilemediği için de TMK m. 44/f. II’deki kural yürürlükten kaldırılmalıdır. Gerçekten koşulları sıkı şekilde değerlendirildiğinde, ölmüş kabul edilmenin aksi bir durumundan zaten bahsedilemeyeceği için, böylesi bir ispat kuralına da yer verilmemelidir<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> **Egerland**, Thomas: Beckische Kurz Kommentar Erbrecht (Hrsg. Burand, Wolfgang/Rojahn, Dieter Hrsg.), 3. Auflage, 2019, VerschG § 1 kn. 1; **Leipold**, Dieter: Münchener Kommentar zum BGB (MükoBGB), Band: 11 Erbrecht, 8. Auflage, 2020, BGB § 1922, kn. 15; **Müller-Christmann**, Bernd: Beck’sche Online-Kommentare (BeckOK BGB), Hau/Poseck 61. Edition, 1.11.2021, BGB § 1922 kn. 7.

<sup>25</sup> Bu konuda ayrıca bkz. “III. ÖLÜM KARİNESİNİN SONUÇLARI VE AKSİNİN İSPATLANMASI B. Ölüm Karinesinin Aksinin İspatlanması” başlığı altında yapılan açıklamalar.

#### D. Ölüm Karinesinin Amacı

Ölüm karinesi şeklinde bir kurumun düzenlenmesinin ve bu konuda bir adi karine getirmenin amacı, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde, bir bilinmezliği, belirsizliği ve yaşanabilecek bir ispat güçlüğü ortadan kaldırmaktır. Şöyle ki, ölüm karinesinde kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması ve cesedinin bulunamaması olgusu, adeta kişinin öldüğü verisine ulaşmaya benzer. Bu benzerlik sebebiyle, mevcut olgulardan, kişinin ölüp ölmediğine ilişkin bilinmeyen durum hakkında ölüm şeklinde bir sonuç çıkarılır. Bu konuda daha fazla titizlik gösterip, ölüme ilişkin kesin delil aramak, hakları o kişinin ölümüne bağlı olanlar için sonsuzluğa uzanan bir belirsizliği ve ispat güçlüğü doğurur. Bu sebeple ölümün, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde gerçekleştiğine yönelik yaklaşık ispat aranarak kabulü, hak sahipleri açısından bir zorunluluktur.

#### E. Gaiplikten ve Sessiz Göçten Farklılıkları

Ölüm karinesiyle karıştırılması sakıncası karşısında özellikle gaiplik kurumunun sınırlarını doğru bir şekilde ortaya koymak gerekir.

İki kurum arasında var olan en belirgin farklılık, ölüm karinesinde ölüme kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumların varlığı aranmayken, gaiplikte bu denli kesinliğe varmayan; ancak ölümü yüksek olasılık dâhilinde kabul etmeyi gerektiren bazı dayanak noktalarının var olması gerekliliğidir. Bu dayanak noktaları, bir kimsenin kendisinden uzun zamandır haber alınamayacak şekilde veya yüksek ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş bulunmasıdır. Her iki kurum açısından ortada bir cesedin bulunmuyor oluşu ortak bir özellik olsa da, gaiplikteki yüksek ölüm tehlikesi veya yüksek ölüm olasılığı unsuru, ölüm karinesi çerçevesinde kişi hakkında ölü kaydı düşülmesi için yeterli sayılmamaktadır. Buna göre ölüm karinesindeki kesin gözle bakılan ölüm, sicil hukuku ve maddi koşullar açısından geniş ölçüde normal bir ölüm olayına denk tutulmaktadır. Ortada bir cesedin bulunduğu normal ölümden farklı olarak ölüm karinesinde; TMK m. 44/f. II çerçevesinde çekişmesiz yargı işi olarak açılacak tespit davası yoluyla aksini ispat imkânı da tanınmaktadır. Buna karşılık gaiplikte, uzun ve zahmetli bir yargılama sürecinden geçilmektedir (TMK m. 32-35)<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> **Arsebük**, Esat: Medeni Hukuk, Tan Matbaası, Ankara 1938, s. 177; **Saymen**, Ferit H.: Türk Medeni Hukuku Cilt: II Şahsın Hukuku, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 41; **Ataay**, AYTEKİN: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 250; **Arpacı**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku

Ölüm karinesinde ölüme kesin gözle bakılarak kişi hakkında ölü kaydı düşülmesi, aksini ispat konusu bir tarafa bırakılacak olursa, normal ölümün doğurduğu hukuki sonuçlardan pratik bir farklılık taşımamaktadır. Gaiplikte ise yüksek ölüm olasılığı ve buna göre gaibin bir gün çıkagelmesi ihtimalinin varlığı, gaipliğin koşullarının ve hukuki sonuçların farklı ve özel biçimde düzenlenmesini gerektirir. Koşulları açısından gaiplikte belirli bir süre geçmesi ve ilan şartının yerine getirilmesi gerekirken, ölüm karinesinde böyle bir süreye ve ilana ihtiyaç yoktur<sup>27</sup>. Sonuçları açısından bakılacak olursa, evlilikte gaibin eşinin, yeniden evlenebilmesi için evliliğin feshine yönelik dava açması gerektiği (*TMK m. 131*), babalık karinesinde üç yüz günlük sürenin, kocanın gaipliğinde ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden işlemeye başlayabileceği (*TMK m. 285/f. III*), gaibin mirasının paylaşılmasında mirasçılardan güvence göstermek zorunda olmaları (*TMK m. 584-588*), gaiplik kararı verilmiş kimse adına kayıtlı bir taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımıyla edinilebilmesi (*TMK m. 713/f. II*) düzenlemeleri, gaipliğe özel hukuki sonuçlara örneklerdir.

İsviçre Federal Mahkemesi ölüm karinesindeki ölümüne kesin gözle bakılması koşulunu, gaipliğin usuli koşullarının ölüm karinesi yoluyla dolanılmasına engel olmak için, oldukça sıkı gereklilikler altında değerlendirmektedir. Mahkeme şüphe halinde gaipliğin koşullarının yerine getirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Federal Mahkeme BGE 56 I 546 vd.<sup>28</sup> ve BGE 75 I 328 vd.<sup>29</sup> kararlarında kayıp kimseyi insani kanaatine göre ölü kabul etse de; ölümü, kesin olmayıp yüksek olasılık olarak değerlendirmiş ve gaiplik sürecinin işletilmesi gerektiğini kabul etmiştir. BGE 56 I 546 vd. kararında Yüksek Mahkeme, yalnız yaşayan ve Bangkok bölgesinde bulunan bir gemide seyahate çıkan kadının kaybolması olayını ele almıştı. Olayda kadının kaldığı kamara, içeriden kilitli ancak penceresi açık halde bulunmuştu. Bu durum, Federal Mahkeme İçtihatları gereğince mutlaka kadının intihar ettiği sonucuna ulaşmayı gerektirmiyordu. Kadın pekâlâ dikkatsizce

(Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 186. İsviçre Hukuku yönünden bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 94; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 2; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26-27; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 34, s. 121; **Riemer**, s. 89, kn. 141; **Hürlimann-Kaup**, Bettina/Schmid, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016, s. 216; **Tokat**, s. 41.

<sup>27</sup> **Tokat**, s. 41-42.

<sup>28</sup> BGE 56 I 546, Erw. 2b (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1056546.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022).

<sup>29</sup> BGE 75 I 328 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1075328.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022).



pencereden denize düşmüş ve yüzerek bir adaya çıkmış veya bir gemi tarafından kurtarılarak güven altına alınmış da olabilirdi. BGE 75 I 328 vd. kararındaki olayda ise Buenos Aires'te bir uçağa binen bir kimse Şili'nin Santiago şehrine seyahat ediyordu. Uçak ne varış noktasına indi ne de herhangi bir yerde bulunabildi. Yolculardan hiçbiri hakkında herhangi bir yaşam belirtisine rastlanılmadı. Bu olayda uçağın düşmüş olabileceği kesin bir şekilde kabul edilmiş olsa da, yolcuların kesin bir şekilde öldüğü sonucuna varılmamıştı<sup>30</sup>.

Federal Mahkeme'nin ölüm karinesinin koşullarını sıkı şekilde değerlendiren yaklaşımı çerçevesinde, deniz, kara veya hava yoluyla seyahate veya bir geziye çıkmış bir kimsenin geri dönmediği ve sonradan kendisinden haber de alınamadığı hallerde, gaiplik süreci işletilmelidir. Buna göre sadece somut koşullar altında, o kimsenin ölümünü şüpheye yer bırakmayacak; başka bir deyişle ölümüne kesin gözle bakılacak şekilde kaybolması ihtimalinde, ölüm karinesi uygulama bulacaktır<sup>31</sup>.

Ölüm karinesinin gaiplikten diğer farklılıkları şu şekilde sıralanabilir: ölüm karinesinde her ilgili nüfusta ölüm kaydı düşülmesini isteyebilirken, gaiplikte gaipliğin kararının sadece hakları ölüme bağlı olanlar tarafından istenebilmesi, ölüm karinesinde bir mahkeme kararına gerek yokken, gaiplik için mahkeme kararının gerekmesi, ölüm karinesinde evlilik birliği kendiliğinden sona ererken, gaiplikte bunun için evliliğin feshinin istenmesinin gerekmesi<sup>32</sup>.

Türk yargı uygulamasında ölüm karinesiyle gaiplik arasında sınırın açıklıkla ortaya konulması açısından bazı kararlarda ölüm karinesiyle gaipliğin aynı kurumlar olduğu izlenimi uyandıracak bazı ifadelere yer verildiği<sup>33</sup> ve bir kararda; belki de sehven ölüm karinesine karşılık gelen madde numaralarının yanlış kullanıldığı<sup>34</sup> görülmektedir. Bu özensiz tutumun

<sup>30</sup> **Riemer**, s. 89-90, kn. 143.

<sup>31</sup> **Riemer**, s. 90, kn. 144.

<sup>32</sup> Bu farklılıklar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tokat**, s. 42-43.

<sup>33</sup> TMK m. 32'deki gaipliği açıkladıktan sonra bunun ölüm karinesini düzenlediği hakkında bkz. Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8842, K. 2019/2901. Denize düşen kimsenin cesedinin bulunamamış olmasının ölümüne karine teşkil ettiği, 743 S. MK m. 31 veya 42'ye göre ölü veya gaip olduğuna karar verilmesi hakkında bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2.Dairesi, 11.10.2000 T., 2000/426 E., 2000/611 K. Terör eylemi sonucu şehit düşen davacının babasının hakkında gaiplik kararı ve ölüm karinesi bulunan ifadeyle bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 28.04.2011 T., 2007/282 E., 2011/295 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022).

<sup>34</sup> Adana BAM. 1. HD., T. 30.11.2017, E. 2017/23, K. 2017/23. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022).

gerekçesi, uygulamada ölüm karinesine az rastlandığından, üzerinde düşünülmeden kavram karmaşası içine düşülmesi olabilir.

Ölüm karinesinden tamamen farklı bir durumu ifade eden; ancak ölüm karinesinin sınırlarını vurgulamak adına bu başlık altında “*Sessiz Göç*” (*stille Auswanderung*) kavramına da değinmek gerekir. Bu kavram daha çok gaiplikle kıyaslanmaya elverişlidir. Şöyle ki sessiz göçte, ortada kendisinden haber alınamayan ve kaybolan bir kimse bulunmakla birlikte, bu durum daha çok onun ölümünden ziyade başkaca sebeplerle; özellikle başka bir kıtada yeni bir hayata başlama istekleriyle açıklanabilmektedir. Ancak somut olaya göre kaybolan kimseden haber alınamaması belli bir uzunluğa erişmişse, mesela kişinin 100 yaşını doldurmasına kadar bir süre geçmişse -ki mirasta gaip için gösterilecek güvence onun yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilmektedir (*TMK m. 584/f. II, İMK m. 546/f. II*)- sessiz göç için bile ölüm olasılığı çerçevesinde gaipliği tartışmak mümkündür<sup>35</sup>.

Sessiz göç, yalnız gezgin olup da kaybolan kimseler için olası görülebilir. Kaybolan kimsenin sosyal çevresi ve geleceğe ilişkin planları, onun sessiz göç sebebiyle kaybolup kaybolmadığına veya öldüğüne karar verilmesinde belirleyicidir. Buna karşılık bir uçağın yolcuları veya bir keşif gezisinin katılımcıları gibi bir grup insanın kendilerinden haber alınamayacak şekilde kaybolması durumu, sessiz göç olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Bu gruptan birilerinin yaşıyor ve kendisine ulaşılabilir olması, zaten diğerlerinin nerede olduğu öğrenilebilir. Böylece toplu bir kayıpta, ölümüne kesin gözüyle bakılacak koşullar da ispat edilebilmiş değilse, haber alınamayacak şekilde kaybolma durumu, yüksek ölüm tehlikesi olasılığı içinde kaybolma ihtimali olarak değerlendirilmelidir<sup>36</sup>.

Görüldüğü üzere, sessiz göçte gaipliğe göre kişinin hayatta olduğuna dair olasılık daha yüksektir. Bu noktada sessiz göçün, ölümün kesin olasılık olarak değerlendirildiği ölüm karinesinden tamamen farklı bir durumu ortaya koyduğu açıktır.

## II. ÖLÜM KARİNESİNİN UYGULAMA KOŞULLARI

Ölüm karinesi çerçevesinde bir kişinin gerçekten ölmüş sayılması için gerçekleşmesi gereken iki maddi koşulun varlığı ilgili hükümden (*TMK m. 31/İMK m. 34*) anlaşılmaktadır: Birincisi, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması, ikincisi de kişinin cese-

<sup>35</sup> Brückner, kn. 112, 137.

<sup>36</sup> Brückner, kn. 126.

dinin bulunamamış veya bir ceset bulunsa bile bu cesedin teşhis edilememiş olmasıdır. Gerçekleşmesi gereken bir de şekli koşul bulunmaktadır ki, bu da kişinin ölüm kütüğüne ölü olarak kaydedilmesi işlemidir<sup>37</sup>.

## A. Maddi Koşullar

### 1. Kişinin Ölümüne Kesin Gözüyle Bakılmasını Gerektiren Durumlar İçinde Kaybolması

Kişinin ölüm karinesi kapsamında ölü sayılıp, ölü kütüğüne ölü olarak kaydedilebilmesi için söz konusu kişinin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolması gerekir. Bu noktada üzerinde durulması gereken öncelikli husus, “ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durum”un neyi ifade ettiği.

Ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durum ile kastedilen; cesedin bulunamamasına yol açan olayın, ölümün kesin şekilde gerçekleştiği kanaatine varmayı gerektirmesidir. Başka bir deyişle, kişinin kaybolmasına yol açan olaya ilişkin emarelerin, artık kişinin hiçbir surette hayatta olama-

<sup>37</sup> Alman Hukuku’nda 1939 tarihli “*Verschollenheitsgesetz (Kayıp Kişiler Kanunu)*” § 2’ye göre ölüm ilanı (*Todeserklärung*) kararı verilebilmesi için § 13 vd. anlamında bir ilan usulünden geçmek gerekmektedir. Bundan başka § 3 ile § 7 anlamında kayıplık haline ilişkin olgulardan birisi de gerçekleşmelidir. Bu olgulardan birisi gerçekleşse bile Kanun’un § 1 anlamındaki kayıplıktan söz edilemiyorsa, ölüm ilanı kararı verilemez. § 3 ile § 7 arasında sayılan olgular, kişinin kayıp olup da belli bir yaşa ulaşması, belli bir sürenin geçmiş olması, savaş gibi tehlikeli bir durum içinde bulunması, deniz veya hava yoluyla yolculukta bulunması ve geminin batması veya uçağın düşmesi olarak sayılmıştır.

Kayıp Kişiler Kanunu’nun § 1/f. II’ye göre, somut olayın koşullarına göre ölümün gerçekleşmiş olduğu şüphesiz ise artık ölümün varlığı kabul edilir ve kayıplık halinden söz edilemez. Bu tür olaylara, ölümün doğrudan gözler önünde gerçekleşme de genel hayat tecrübelerine göre ölümün her halükârda gerçekleştiğinin kabul edilebileceği mesela bir uçağın infilak etmesi veya bir uzay aracının yanması örnekleri verilmektedir. Bu örnekler halk dilinde kayıplık hali olarak nitelense bile, Kayıp Kişiler Kanunu § 1/f. II’deki açık düzenlemeye göre, belli bir ilan sürecine (§ 2 ve § 13 vd.) bağlı olan ölüm ilanına (*Todeserklärung*) göre değil; yine aynı Kayıp Kişiler Kanunu’nda öngörülen; ölümün ve ölüm anının tespit edildiği bir usule tabi (*Verfahren bei Feststellung der Todeszeit § 39 vd.*) değerlendirilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Egerland**, VerschG § 2 kn. 1, § 1, kn. 9. Bu açıklamalar, aynı ve benzer hükümler içerdiği için Avusturya Ölüm İlanı Kanunu için de geçerlidir.

Görüldüğü üzere Alman ve Avusturya Hukukunda, bir yandan belli bir ilan sürecine bağlı olan ölüm ilanına yer verilmiş, diğer yandan ölümün ve ölüm anının tespit edildiği bir usule yer verilmiştir. Her iki usul için verilen bazı örnekler, hukukumuz açısından kimi zaman ölüm karinesi nitelemesine elverişli olaylar olabilmektedir.

yacağı sonucuna götürmesidir. O kişiden artık hiç haber alınamıyorsa, bu, ölümüne kesin gözüyle bakılma şeklindeki talihsizliğin doğal bir sonucu olmalıdır<sup>38</sup>. Gaiplikte ölümün gerçekleştiği yüksek olasılık (*höchstwahrscheinlich*) içinde değerlendirilirken, ölüm karinesinde ölüm için mutlak bir kesinlik (*absolut sicher*) aranmaktadır<sup>39</sup>. Nitekim Federal Mahkeme'nin kararlarında da (*BGE 56 I 546 vd.*<sup>40</sup> ve *BGE 75 I 328 vd.*<sup>41</sup>)<sup>42</sup> ölümüne kesin gözüyle bakılma, gaiplikteki büyük bir tehlike altında kaybolmaktan farklı olarak; kaybolma şekline göre sadece büyük bir tehlike içinde kaybolmayı değil, ayrıca ölüm sonucunu kabul etmeyi gerekli kılan ve

<sup>38</sup> Brückner, kn. 117.

<sup>39</sup> Hausheer/Aebi-Müller, s. 33, kn. 97; Kley/Seferovic, ZGB Kommentar, Art. 34, s. 121; Hrubesch-Millauer/Bosshardt, s. 33. Ölüm karinesinde Yargıtay'ın ifadesiyle ölüm "muhakkak surette" olmalıdır. Bkz. Yarg. HGK T. 16.05.2007, E. 2007/2-276, K. 2007/278 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

<sup>40</sup> "Astım hastası olup da denizde seyahat eden Bayan M. 'nin kaybolmasında gaiplik sürecinin işletilmesine karar vermişti. Seyahat ettiği kamaranın penceresi açık bulunan Bayan M. 'nin dikkatsizliği sonucunda denize düşmüş olabileceği kanaati ağır basmaktadır. Gemi yönetiminin intihar yönündeki iddiaları, kadının herhangi bir psikolojik rahatsızlığı bulunmaması gerçeği karşısında havada kalmıştır. Bunun için sıkı şekilde aranan ispat yükü yerine getirilememiştir. Alınan bilirkişi raporuna göre de Bayan M. kamarasından kapıdan çıkararak ayrılmıştır ve daha sonra iç sürgü özel bir cihazla dışarıdan kaydırılarak kapatılmıştır. Bu tespit de göz ardı edilmemelidir. Bayan M. 'nin gerçekten denize düştüğü varsayılsa bile, o zaman iyi bir yüzcü olarak kendisini bir adada veya başka bir gemide kurtaramayacağı da kesin değildir; nitekim yakın civarda gemilerin veya küçük adaların bulunup bulunmadığı belirsizdir. Tüm bu varsayımların kendi içinde ne kadar az olasılık taşıdıkları göz ardı edilemezse de, bunlar Bayan M. hakkında ölü kaydı düşülmesi için yeterli değildir". Bkz. BGE 56 I 546, Erw. 2b (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1056546.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022)

<sup>41</sup> "Federal Mahkeme BGE I 546 (550) kararında İMK m. 34 ve 49'un uygulanmasına yönelik ilkeleri geliştirmişti. Buna göre kesin olarak ölümün kabulü için, kaybolma şekline göre sadece büyük bir tehlike içinde kaybolma yeterli değildir, ayrıca bu kaybolma, ölüm sonucunu kabul etmeyi gerekli kılan ve ispat edilebilen bir olayla ilişkilendirilmelidir. Buna karşılık somut olayda bir uçağın (And Dağı'na) düştüğü ve tüm yolcuların hayatlarını kaybetmiş olabileceği konusunda yüksek olasılık söz konusudur. Olayda uçak iz bırakmadan kaybolmuş ve soruşturma dosyasına göre kazanın meydana geldiği anda uçakta bulunanlardan hiç kimseye ait yaşam belirtisine ulaşılamamıştı. Bununla birlikte diğer olasılıklar da tamamen dışlanamaz. Uçağın düşmüş olduğu kesin olarak kabul edilebilirse de tüm yolcuların hayatını kaybettikleri kesin değildir. Diğer olasılıklar ne kadar uzak olursa olsun düşünülemez değildir. Bu nedenle ölüm kaydı İMK m. 49/f. I'e göre yapılamaz ve İMK m. 49/f. II anlamında ölümün tespitine yönelik dava sonuca ulaşamaz. Bu tür durumlar için yüksek ölüm tehlikesi içinde kaybolma nedeniyle gaiplik süreci (İMK m. 35 vd.) işletilmelidir". Bkz. BGE 75 I 328 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1075328.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022).

<sup>42</sup> Kararlar için ayrıca bkz. Hausheer/Aebi-Müller, s. 34-35, kn. 100.

ispat edilebilen bir olayla ilişkilendirilmeyi gerekli kılar. Tek başına böyle bir olay, o kimse için derhal ölü kaydı düşülmesi için yeterlidir ve gaiplik-tekinin aksine; kişinin hayatta olduğuna dair bir haber alma ihtimaliyle belli bir süre beklenmemesini haklı gösterir.

Alman Hukuku'nda Kayıp Kişiler Kanunu'na göre ölüm ilanına esas olan kayıplık kavramı için, § 1'deki şu dört koşulun gerçekleşmiş olması gerekir: a. kişinin bilinmeyen bir yerde bulunması, b. bu yerin uzun zamandır bilinmiyor olması, c. bu süre içinde kişinin yaşadığı veya öldüğü konusunda haber alınamaması, d. kişinin somut koşullara göre yaşamaya devam ettiği konusunda ciddi şüphenin bulunması. Nerede olduğunun bilinmemesi, resmi makamlar nazarında her türlü araştırmalara rağmen o kimsenin yerleşim yerinin tespit edilememesidir. Bu kimsenin daha önce bilinen yerleşim yerinden uzaklara gitmiş olmasına gerek yoktur, çünkü büyük bir şehirde, o kimse hala orada oturuyor olsa bile, onun yerleşim yeri tespit edilemiyor olabilir. Uzunca süredir bilinememe hali hem bulunduğu yerin bilinmemesi hem de ondan haber alınamama halini kapsamına alır. Uzun süre için geçmesi gereken süreler, Kayıp Kişiler Kanunu'nun § 3 ile § 7'de kanunen belirlenmiştir. Bu süreler içinde o kimsenin yaşadığı veya öldüğü konusunda haber alamamış olmak gereklidir. Kayıplık hali için o kimsenin yaşadığına dair ciddi anlamda bir şüphe bulunmalıdır. Böyle bir şüphenin kabulünde önem taşıyan durum, kimsenin nerede bulunduğu bilinemediği ve haber alınmadığı süre boyunca, yaşıyor olduğuna dair bir haberin mutlaka alınması beklenirken bunun gerçekleşmemesidir. Haber almanın beklenebilirliği, o kimsenin kaybolmasına ve ondan haber alınamamasına dair koşullara, karakterine, yaşam tarzına bakılarak belirlenebilir. Bir kimsenin bilinçli saklanması, terk edilmesinde, teması kesmesinde haber almanın beklenebilirliğinden söz edilemez<sup>43</sup>.

Alman Kayıp Kişiler Kanunu'nun § 3 ile § 7'deki olgular, işte bu kayıplık kavramının özelliklerini taşımaktadır. Söz konusu olgular Kayıp Kişiler Hakkında Kanun'da şöyle açıklanmıştır: § 3'e göre "*Kayıp kimsenin yaşadığına dair haberin alındığı yılın sonundan itibaren on yıl geçmişse veya beş yıl geçmiş olup da kayıp kimse hakkında Ölüm ilanı (Todeserklärung) kararı verildiği tarihte 80 yaşını doldurmuşsa, o kimse hakkında Ölüm ilanı kararı verilebilir (1). Kayıp kişinin 25 yaşını dolduracağı yılın sonundan önce o kayıp kişi hakkında birinci fıkraya göre ölüm ilanı kararı verilemez (2)*". § 4'e göre "*Bir silahlı kuvvet mensubu olarak bir savaşta veya savaş benzeri operasyonda yer alan kimse, bu süreçte tehlike bölgesinde kaybolan veya*

<sup>43</sup> Egerland, VerschG § 1 kn. 4-8.

katıldığı andan beri kaybolan kimse hakkında, barış anlaşması yapıldığı veya savaşın veya benzeri operasyonun barış anlaşması dışında fiilen sona erdiği yılın bitişinden itibaren bir yıl geçmekle, ölüm ilanı kararı verilebilir (1). Kayıp kimse, yüksek ölüm olasılığını haklı çıkaran koşullar altında kayıpsa, birinci fıkrada belirtilen bir yıllık süre, kaybolma anından itibaren hesaplanır (2). Bir silahlı kuvvetin mensupları yanında bulunan kimseler de aynı şekilde değerlendirilir (3). § 5'e göre "Denizde yolculuk eden kimse, özellikle geminin batması sonucunda kaybolmuşsa, geminin batmasından veya diğer şekilde kaybolmaya yol açan olayların gerçekleşmesinden itibaren altı ay geçmekle, o kimse hakkında ölüm ilanı kararı verilebilir (1). Kaybolmaya yol açan geminin battığı tespit edilemiyorsa, birinci fıkradaki altı aylık süre, henüz su üstünde bulunduğu varsayılan gemiden haber alınabildiği son tarihten itibaren geçmesi gereken bir yıllık sürenin bitişinden sonra işlemeye başlar. Mahkeme bir yıllık süreyi, geminin niteliği ve donanımına göre kabul edilen denizcilik tecrübelerine, denizin durumunun seyahati etkilemesine göre veya başkaca sebeplere göre, geminin daha erken batacağı anlaşılıyorsa, üç aya kısaltabilir (2)". § 6'ya göre "Bir uçuş sırasında, özellikle de bir uçağın tahrip olması sonucunda kaybolan bir kişi hakkında, eğer uçağın tahrip olması veya kaybolmayı haklı çıkaran diğer bir olay tespit edilemiyorsa, o kişinin yaşadığına dair son haber alma tarihinden itibaren üç ay geçmekle, ölüm ilanı kararı verilebilir". § 7'ye göre "§ 4'ten § 6'ya kadar olanlar dışındaki koşullar altında hayatı tehlikede olan ve o zamandan beri kaybolan kimse hakkında, hayatı tehdit eden durumun sona erdiği veya somut koşullara göre sona ermesinin beklenebildiği andan itibaren bir yıl geçmekle, ölüm ilanı kararı verilebilir"<sup>44</sup>.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda ölümüne kesin gözüyle bakılacak şekilde kaybolma koşulu, Alman ve Avusturya Hukuklarının aksine, belirli olayların gerçekleşmiş olmasıyla ilişkilendirilmemiş, konu öğretinin ve uygulamanın yorumuna bırakılmıştır<sup>45</sup>. Bu konuda genel ve soyut nitelikte belirleyici olan

<sup>44</sup> 1950 tarihli Avusturya Ölüm İlanı Kanunu (*Todeserklärungs-gesetz*) § 1, § 3 ila § 7 hükümleri Alman Kayıp Kişiler Kanunu ile aynı kuralları içerdiğinden tekrara lüzum görmüyoruz.

<sup>45</sup> 5490 sayılı NHK ile yürürlükten kalkan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 40. maddesi de, ölüm sonucunun zorunlu olarak kabul edilebilecek bazı olayları örnek olarak saymakta idi. Hüküm "Bir kimse, bir geminin bir torpil neticesinde batması, fırtına kazası, yanma, patlama, çarpışma ve savaş gibi ölümüne muhakkak nazarı ile bakılacak haller içinde gâip olup da ölüsü bulunmamış ise, kayıtlı bulunduğu askerlik şubesi veya kıtası komutanlığınca, sivil ise olayın olduğu yer zabıtasınca durum belgelendirildiği takdirde o kimse gerçekten ölmüş sayılarak en büyük idare amirinin emri ile künyesine ölüm kaydı

unsur, kaybolmaya yol açan olayın, kişinin ölümüne kesin gözle mi yoksa yüksek ihtimalle mi bakılmayı gerektirmesidir<sup>46</sup>.

Ölümüne kesin gözle bakılma için öğretide, kişinin öldüğüne ilişkin olarak en ufak bir kuşkunun duyulmadığı hallerin bu kapsamda olacağı ifade edilmiş ve bununla uyumlu şu örnekler verilmiştir: bir uçağın açık denize düşmesi ya da havada patlaması ve belki de kaza yerine ulaşamadığından aynı zamanda yolculardan hiçbirinin bulunamaması, bir kimsenin başkalarının gözünün önünde fırtınalı bir havada yüzerken boğulması ve bütün aramalara rağmen cesedinin bulunamaması; bir kaza neticesinde denizin dibine çöken ve yüze çıkmayan denizaltı mürettebatına ulaşamaması, bir kimsenin deprem sırasında açılan yarığın veya bir buzul yarığının içine düşüp kaybolması; bir kimsenin yanan ve alevler içinde yıkılan bir evde bulunması, çığ altında kalması, maden ocağında meydana gelen patlamalar sonrası tüm aramalara rağmen cesetlerin bulunamaması, bir deprem neticesinde veya tüp gaz yahut doğalgaz patlamasında çıkan yangında evde bulunan kimselerin yanması, denize düştüğü görülen ve yüzme bilmeyen bir kimsenin cesedinin bulunamaması, fırtınada alabora olup veya buzul kayalıklara çarparak batan bir geminin hiçbir yolcusunun bulunamaması, savaşta bombalama sonucunda infilak eden uçağın veya batan geminin askeri personeline ulaşamaması, mürettebatıyla uzaya gönderilen füzenin uzayda parçalanıp Dünya ile irtibatının kesilmesi ve geri dönmemesi gibi durumlar en çarpıcı örneklerdir<sup>47</sup>. Federal Mahkeme'nin de 1998 yılında Swissair Havayolu şirketine ait

*düşürülür*" şeklindeydi. Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/nufus-kanunu-1587>, Erişim Tarihi: 25.2.2022).

<sup>46</sup> **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 2.

<sup>47</sup> **Arsebük**, s. 177; **Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku Birinci Kitap Şahsın Hukuku, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara 1954, s. 161-162; **Birsən**, Kemaleddin: Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s. 184; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963, s. 217; **Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 219; **Saymen**, s. 40; **Oğuzoğlu**, H. Cahit: Medeni Hukuk Cilt: I Şahsın Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 227; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin/**Doğanay**, Ümit: Medeni Hukuk Dersleri Cilt: I Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s. 59; **Binatlı**, Yusuf Z.: Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 78; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri (Gerçek Kişiler Dahil), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, s. 188; **Köprülü**, s. 244; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 28; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 251; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 26, kn. 127, s. 27, kn. 129; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 508; **Arpacı**, s.185; **Helvacı**, Serap/**Erlüle**, Fulya: Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 174; **Ardıç**, s. 171; **Kılıçoğlu**, Medeni, s. 209; **Baygın/Nar**, s. 343.

SR 111 sayılı bir uçağın Kanada Halifax açıklarında denize çakılıp da yolculardan kurtulmanın olmadığı bir kazada ve 2004 yılında Tayland'da meydana gelen Tsunami felaketinde kaybolan otel müşterisi hakkında İMK m. 34'ün uygulanacağı yönünde kararları bulunmaktadır<sup>48</sup>.

İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Riemer**, s. 88, kn. 139; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 126, kn. 6; **Guggenbühl/Beretta**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Breitschmid**, Peter: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 34, kn. 1-2; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32-33, kn. 95; **Brückner**, kn. 117; **Bucher**, s. 49, kn. 219; **Hofer**, s. 41-42, kn. 119-120; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, s. 121.

02.11.1992 yılında Susten geçidinde bir mühimmat dolu mağarada meydana gelen patlamada da ölüm karinesi hükümleri işletilmiştir. Mağarayı ziyaret eden beş ziyaretçinin kimlikleri tespit edilmiş ve mağaraya giden tünelde oldukları belirlenmiştir. Girişte bulunan bir kaya, yangının bulunduğu bölgeye ulaşımı imkânsız kılmıştır. Cesetleri kimse görmemiş olsa bile, ölümün gerçekleşmiş olduğu kabul edilmeliydi. Bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 35, kn. 100.

<sup>48</sup> **Guggenbühl/Beretta**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Dörr**, Bianka S.: Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, (Hrsg. Büchler, Andrea/Jakob, Dominique), Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich 2017, Art. 34, kn. 2.

Federal Mahkeme, And Dağı'na uçak düşmesi ile ilgili BGE 75 I 328 kararında ölümün yüksek olasılık olması gerekçesiyle gaiplik sürecinin işletilmesi yönünde karar vermişti. Oysaki Kanada Halifax açıklarında düşen uçak bakımından ölüm karinesini kabul etmekteki gerekçesi, kaza yerindeki koşulların, geniş kapsamlı ve güvenilir bir soruşturmayı mümkün kılması ve sonuca göre ölüme kesin gözle bakılacak şekilde kaybolma kararı verilebilmesidir. Gerçekten İsviçre Nüfus Dairesi'nin 22 Eylül 1998 tarihli raporuna göre henüz kimlikleri tespit edilemeyenler de dahil olmak üzere, kazanın koşulları göz önüne alındığında, yolcuların ve personelin ölümünün kesin olduğu kabul edilmeliydi. Bkz. **Breitschmid**, CHK Art. 34, kn. 2; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 34-35, kn. 100.

Luzern Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 04.10.2005 tarihli kararında, yasal mirasçıları tarafından Bay C.'nin ölü ilan edilmesi istenmişti. Bay C. ve onun hayat arkadaşı Bayan D., Tayland'ın Phuket adasında Khao Lak'ta bulunan Sofitel Magic Lagoon otelinde çift kişilik bir oda tutmuşlardı. Andaman Denizi kıyısında bulunan otel 26 Aralık 2004'te yıkıcı bir Tsunami tarafından vurulmuştu. Dalgaların yüksekliği 10,6 metreye ulaşmıştı. Tehlike anında, çoğu otel misafiri ya doğrudan deniz kenarında servis edilen kahvaltıyı yapıyor ya da hala otel odalarında bulunuyorlardı. Dalga, C. ve D.'nin odasının bulunduğu otelin ikinci katında tavana kadar ulaşmıştı, otelin çoğunluğu yerle aynı seviyeye gömülmüştü. C. ve D.'nin bagajları Tsunamiden sonra kirliliğe maruz kalmıştı. Yapılan soruşturmalar sonucunda 9 Mayıs 2005 tarihli ölüm belgesine göre D.'nin cesedine ulaşılmıştı. Sonuçta Mahkemeye göre, 26 Aralık 2004'te meydana gelen doğal felaketin kapsamı ve 300.000'den fazla insanın ölümü, C.'nin Tsunamiden öldüğünden başka bir sonucun kabulüne izin vermezdi (Schweizerische Juristen-Zeitung -SJZ- 102/2006, s. 235).



Ortada ölümü tespit edilecek bir cesedin bulunmadığı, ancak ölümün gözler önünde gerçekleştiği bazı haller bakımından kişi hakkında doğrudan ölü kaydının mı; yoksa ölüm karinesi çerçevesinde ölü kaydının mı düşüleceği meselesine de değinmek gerekir. Mesela, bir kişinin başkalarının gözü önünde yanıp kül olması, bir balina tarafından yutulması, volkanik çukura düşüp lavların arasında yok olması, bir astronotun diğer astronotun gözü önünde uzay boşluğunda kaybolması durumları bu kapsamda sayılacak mıdır? Yoksa bir bilinmezlik mi olmalıdır? Öğretide bir görüş<sup>49</sup>, arkadaşlarının gözleri önünde dipsiz bir çukura düşen dağcının ya da bir timsah tarafından yutulan bir safari turistinin durumunu da ölüm karinesi kapsamında değerlendirmiştir. Bu örneklerde, dipsiz çukura düşme veya timsah tarafından yutulma yeterli olmayıp, bunların gözler önünde gerçekleşmiş olmasına veya en azından bu şekildeki kaybolmanın başka bir şekilde ispat edilebilir olmasına da dikkat edilmelidir. Doğrudan ölü kaydı düşülmesinde, hekim tarafından ceset üzerinde bir değerlendirme yapılması gerektiğine ve böylece bir ölüm belgesi düzenleneceğine daha önce değinmiştik. Ortada değerlendirme yapılacak bir cesedin bulunmadığı bunun gibi hallerde artık ölüm karinesi çerçevesinde hareket etmekten başka çare yoktur. Kişinin kesin olarak öldüğünün düşünüldüğü ancak ortada bir cesedin bulunmadığı bu durum, ölüm belgesinin düzenlenmesine ve bu belgeye dayanarak ölü kaydının düşülmesine engel oluşturmaktadır. Bunu göz önünde bulunduran kanunkoyucu, ölüm karinesi şeklinde bir hukuki kurum oluşturarak bu sorunu çözüme kavuşturmak istemiştir. Dolayısıyla hükümdeki ölümüne kesin gözüyle bakılan durum içinde kişinin kaybolduğu halleri değerlendirirken; “*kişinin cesedine ulaşılammış veya bir cesede ulaşılsa bile teşhis edilememiş olması*” şeklindeki diğer maddi koşulun da göz önünde bulundurulması kaçınılmaz olacaktır. Gerçekten somut olayın özellikleri, kişinin hayatta kalmasına imkân bulunmadığı izlenimi vermekle birlikte, zaten bunu teyit edecek bir cesedin bulunmaması da bu izlenimi destekleyecektir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, ölüm karinesinin istisnai bazı halleri kastettiği, böylece uygulama alanının dar bir alanda kalacağı sonucu çıkacaktır.

Ölüm karinesinin istisnai hallerde uygulama bulabilmesiyle, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren durumlar içine; kişinin “*ölmüş olabileceği halleri*” de dâhil etmek mümkün değildir. Olabilirlik veya olasılık, kendi içinde kişinin yaşaması ihtimalini de içerdiğinden, böyle bir şüphe, kanunda düzenlenmiş olan başka bir hukuki kurum olan gaiplik süre-

<sup>49</sup> Brückner, kn. 117-118.

cinin işletilmesini gerektirir<sup>50</sup>. Gerçekten, en ufak bir şüphenin bile bulunması, ileride gaibin çıkagelmesi ihtimalini de ortaya koyduğundan, zorunlu olarak, özellikle evlilikte ve mirasçılıkta farklı kuralların benimsenmesine neden olmuştur. Ölüm karinesi için benzer kurallara yer verilmemesinin sebebi de, kanunkoyucunun ölüm karinesine vermiş olduğu anlamda yatmaktadır. Bu anlam, her ne kadar bunu teyit edecek bir ceset olmasa da; ölümün kesin olması, artık kişinin yaşıyor olma ve sonradan ortaya çıkma ihtimalinin bulunmaması, böylece evlilik veya mirasçılık ile ilgili kurallara ihtiyaç duyulmamasıdır<sup>51</sup>.

Ölüm karinesinde yüksek ölüm olasılığının yeterli olmadığı, Federal Mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır. Mahkeme ölüme kesin gözle bakılmayı gerektiren somut koşulların mutlaka ortaya konmasını aramaktadır. Daha önce üzerinde durduğumuz bir kararda, açık denizde seyreden bir gemi yolcusunun kaybolmasında belirsizlik olması sebebiyle kesin bir ölümü varsaymak için koşulların sağlanmadığı, habersiz şekilde ortadan kaybolan bu kişinin ölümünü şüpheye yer bırakmayacak emarelerin bulunmadığı belirtilmiştir<sup>52</sup>. Benzer yönde başka bir kararda da 2 Ağustos 1947 yılında And Dağları üzerinde iz bırakmadan kaybolan uçağa ilişkin olarak; yolculardan bir haber alınamasa ve uçağın kesin olarak düştüğü varsayılsa bile, yolcuların ölümünün kesin olmadığı ifade edilmiştir<sup>53</sup>. Öğretide de kayıp dağ turistlerinin, iz bırakmadan kaybolan akıl hastalarının, şüpheli intiharların ve ağır cezalara tabi suçlarda kayıp kurbanların, görünüşte güvenilir bir koca, aile babası ve şirkete sadık, dakik ve sürekli yokluğunu bildiren ancak gerçekte öyle olmayan (*çifte hayat sürdüren "Doppelleben"*) ve işyerinden ayrıldıktan sonra kendisinden haber alınamayan çalışanın, ölümüne kesin gözüyle bakılan bir durum içinde kaybolmuş sayılamayacakları belirtilmiştir<sup>54</sup>.

## 2. Kişinin Cesedinin Bulunamamış veya Bir Ceset Bulunsa Bile Teşhis Edilememiş Olması

Ölüm karinesinin diğer maddi koşulu, hakkında ölü kaydı düşülmek istenen kimsenin cesedinin bulunamamış veya ortada bir ceset olsa da, bu

<sup>50</sup> **Bucher**, s. 49, kn. 220; **Serozan**, s. 426.

<sup>51</sup> Ölüm karinesinin bu özelliği sebebiyle "*ölmüş sayılma*" şeklinde anılmasının ve bu anlamıyla tutarlılık göstermeyen; aksini ispata imkân tanıyan TMK m. 44/f. II'deki kuralın kaldırılmasının önemine bir kez daha vurguda bulunmak istiyoruz.

<sup>52</sup> BGE 56 I 546. Kararın ilgili kısmı (Erw.2b) için bkz. dn.33.

<sup>53</sup> Bkz. BGE 75 I 328. Kararın ilgili kısmı için bkz. dn.34.

<sup>54</sup> **Breitschmid**, CHK Art. 34, kn. 2; **Guggenbühl/Beretta**, BSK, Art. 34, kn. 4; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 4; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 34, s. 121.

cesedin o kimseye ait olduğu yönünde bir teşhiste bulunulamamış olmasıdır. Cesedin bulunması denilince, kişinin vücut bütünlüğü bozulmadan tamamına ulaşılması anlaşılabilir. Cesede ulaşılabilir ve üzerinde yapılan değerlendirmeye, cesedin kime ait olduğu teşhis edilebiliyorsa, ölüm karinesi çerçevesinde değil; ceset hakkında düzenlenecek ölüm belgesiyle kütüğe doğrudan ölü kaydı düşülmesinden bahsedilecektir<sup>55</sup>.

Kimi hallerde ortada bir ceset bulunduğu halde, adli tıp verileri çerçevesinde cesedin teşhisi mümkün olmayabilir. Biyolojik bir madde olarak cesedin çürümüş, yanmış veya bir şekilde bozulmuş olması bu durumu doğurabilir. Bu, pratik açıdan cesedin hiç bulunamamış olmasıyla eşdeğer bir durumu ortaya koymaktadır<sup>56</sup>. Gerçekten bir uçak kazasının, bir yangının ya da bir patlamanın ardından etrafta birtakım biyolojik kalıntılara ulaşılsa bile, bunlardan hangisinin hangi kişiye ya da hakkında ölü kaydı düşülmek istenen kişiye mi ait olduğu tespit edilemeyebilir. Tamamen yanma, su altında kaybolma veya deniz canlıları tarafından yenilme ve sair sebeplerle cesede ya da biyolojik kalıntıya hiç ulaşılmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Özetle teşhis edilememe veya hiç ulaşılamama ihtimallerinde, bu maddi koşulun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

### **B. Şekli Koşul: Kişinin Ölüm Kütüğüne Kaydedilmesi**

Yukarıdaki maddi koşulların varlığı halinde, yapılacak bir diğer iş, kişinin ölüm kütüğüne ölü olarak kaydedilmesi işlemidir.

TMK m. 44'te, cesedi bulunamayan kişinin ölüm kütüğüne kaydedilmesiyle ilgili olarak "*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür(f.1). Bununla*

<sup>55</sup> Mülga NHK'nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in (23.11.2006 T. 26355 S. RG.) 66. maddesinde, doğa olayları ve kazalar sonucu meydana gelen toplu ölümler düzenlenmekteydi. Buna göre yer sarsıntısı, çöküntü ve kayması, sel baskını gibi doğa olaylarında veya hava, deniz, demir ve karayollarında ya da maden ocaklarında meydana gelen kazalarda binaların çökmesi, yıkulması gibi nedenlerle toplu ölümlerin olması halinde mülki idare amirlerince görevlendirilecek memurlarca ölümlerin kimlikleri tespit edilirdi. Hükümde tespit edilen isimler listeye geçirilerek ölüm kayıtları düşüldü. Dikkat edilirse sayılan olaylarda teşhis edilebilen cesetlerin varlığı, bu hükmün ölüm karinesiyle ilgili olmadığını göstermekteydi. Yürürlükteki Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde (9.5.2020 T. 31122 S. RG.) böyle bir düzenlemeye yer verilmiş değildir.

<sup>56</sup> **Saymen**, s. 40; **Binatlı**, s. 78; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 1; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 93; **Bucher**, s. 49, kn. 219; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Tokat**, s. 39, dn. 61.

*birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir(f.2).*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kişi hakkında ölü kaydının düşülmesi yönünde bir idari işlem yapılması gerekmektedir. Burada gaiplikte olduğu gibi bir mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır<sup>57</sup>. Ancak öğretide istenilirse mahkemeden bir karar da alınabileceği ifade edilmiştir. Şöyle ki, TMK m. 44/f. II’deki (743 Sayılı MK m. 42/f. II), “*her ilgilinin bu kişinin ölü ya da sağ olduğunun mahkemece tespiti dava edebileceği*” yönündeki düzenleme çerçevesinde, her ilgilinin hâkimden, ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektirecek durumlarda kaybolan kişinin ölü olduğuna hükmetmesini isteyebileceği, “*hâkimin kesin ölüm tehlikesi içinde kaybolma*” yönündeki tespit kararından sonra ölümün bütün neticelerinin doğacağı ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Daha önce de açıkladığımız üzere TMK m. 44/f. II, ölüm karinesinin aksini ispata imkân veren bir düzenleme olarak kabul edilmeli ve yorumu sadece bu anlamıyla sınırlandırılmalıdır. Kanaatimizce, eldeki delillere göre ölümün farklı bir tarihte gerçekleşmiş olduğu iddia edildiğinde, sözü edilen görüş pratik anlam taşıyacaktır. Oysaki aynı koşullar altında ölüm karinesi gereğince mahkemeden bir tespit kararı istemek, belki de, kanunkoyucunun idari makamları yetkili sayarak mahkemelerin iş yükünü hafifletmek yönündeki düşüncesine aykırı olacaktır.

TMK m. 44’te, ölü kaydının düşülmesi emrini verecek olan makam, olayın yaşandığı yerin en büyük mülki amiridir. NHK m. 32’de bu kaydın nasıl düşüleceği hakkında daha ayrıntılı bir hükme yer verilmiştir: “*Bir kimse ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile müracaat edilen yerin mülki idare amirinin emri ile ölüm tutanağı düzenlenerek ölüm olayı işlenir (f.1). Bu madde uyarınca işlem yapılabilmesi için ölüm karinesi bulunan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelendirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmî bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gereklidir (f.2). Dilekçeye ekli belgeler ve gerektiğinde nüfus müdürlüğünce yaptırılacak soruşturma olayın doğruluğunu ve öldüğü iddia edilen kişinin de olayın meydana geldiği sırada orada bulunduğunu kanıtlamaya yeterli görülürse mülki idare amirinin emri ile ölüm kaydı düşülür (f.3).*”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> **Birsan**, s. 185; **Feyzioğlu/Doğanay**, s. 59; **Saymen**, s. 42; **Ataay**, s. 250; **Binatlı**, s. 79; **Köprülü**, s. 245; **Öztaş**, Temel Kavramlar, s. 240; **Kılıçoğlu**, Medeni, s. 209, dn. 324.

<sup>58</sup> **Velidedeoğlu**, s. 217; **Öztaş**, Temel Kavramlar, s. 240.

<sup>59</sup> NHK’na dayalı olarak çıkarılmış Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nin 39’uncu maddesinde de konu “*Ölüm Karinesi*” başlığı altında benzer şekilde düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere, mülki idare amirinin, re'sen değil; hakkında ölü kaydı düşülecek olan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelen-dirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmî bir yazı ile nüfus müdür-lüğüne bildirmeleri üzerine harekete geçeceği açıklanmıştır. Bununla bir-likte, hangi mülki idare amirinin yetkili olacağı konusunda, TMK ile NHK arasında bir tutarsızlık bulunmaktadır. TMK, “..o yerin mülki amiri..” ifa-desiyle, olayın yaşandığı yerin en büyük mülki amirini yetkili kabul etmek-tedir (TMK m. 44/f. I). Oysaki NHK’da, müracaat edilen yerin mülki idare amiri yetkili sayılmaktadır (NHK m. 32/f. I). Kanaatimizce NHK, aynı ko-nuyu daha ayrıntılı şekilde düzenleyen; sonraki ve özel bir kanun olması dolayısıyla, önceki TMK m. 44/f. I hükmünü örtülü şekilde ortadan kaldır-dığı kabul edilmeli, böylece müracaat edilen mülki idare amiri yetkili sayıl-malıdır<sup>60</sup>. Kaldı ki olayın yaşandığı yerin mülki idare amirini yetkili saymak, olayın yurt dışında meydana geldiği ihtimalde uygulamada problem yarata-cak niteliktedir.

NHK m. 32/f. III’de, başvuruda bulunacak kişilerin ya da makamın di-lekçesine ekli belgeler, gerektiğinde nüfus müdürlüğüne yaptırılacak so-ruşturma neticesinde olayın doğruluğunu ve öldüğü iddia edilen kişinin de olayın meydana geldiği sırada orada bulunduğunu kanıtlamaya yeterli görü-lürse, mülki idare amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşüleceği belirtilmiş-tir. Bu hükme göre, işlem yapılabilmesi için hakkında olayın doğruluğunun ve ölü kaydı düşülecek kişinin olayın meydana geldiği sırada orada bulun-duğunun ispatlanması gerekecektir. Bu ispat yükünün yerine getirilmesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190’ıncı maddesinin ikinci fıkrasındaki ““*Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.*” hükmü göz önünde tutulduğunda, sadece karinenin temelini oluşturan vakıanın ispatı yeterli

“(1) Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybo-lursa, 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 müdür-lüğüne bildirmeleri halinde mülki idare amirinin onayı ile aile kütüğüne ölüm olayı tescil edilir.” Bu hükmün hem TMK’nun ilgili hükmünden (TMK m. 44/f. I) hem de NHK’nun ilgili hükmünden (NHK m. 32/f. I) ayrıldığı nokta, mülki idare amirinin emri yerine onayından söz edilmesidir. Kanaatimizce bu farklılık, bir ifade farklılığından öte bir anlam taşımamaktadır. Mülki idare amirinin nüfusa ölü kayda düşülmesini emret-mesi veya onaylaması, aslında koşulların gerçekleşmiş olduğunu teyit etmesi demektir.

<sup>60</sup> Tokat, s. 39, dn. 62.

olmalıdır. Bu vakıa, NHK m. 32/f. III'e göre, ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayın gerçekleşmesi ve ölü kaydı düşülecek kimsenin olayın meydana geldiği sırada orada bulunmasıdır. Örneğin bir uçağın tamamen yanmasında, denizaltının denizin dibine batmasında, nükleer santralde bir patlama olmasında, sel sularının yerleşim yerlerini etkilemesinde böyle bir olayın yaşandığını ortaya koyduktan sonra; olayın yaşandığı anda o kimselerin o uçakta, o denizaltında, o nükleer santralde ve sel sularının etkilediği yerleşim yerinde kesinlikle bulunuyor oldukları ispatlanmalıdır<sup>61</sup>. Bunun için o kimselerin yolcu veya görevli olarak o uçakta, denizaltında veya nükleer santralde buldukları, yolcu listelerinden veya görevli kayıtlarından anlaşılabilirse, bunların delil olarak sunulması yeterli görülmelidir. Bu kapsamda gerekirse nüfus müdürlüğünce bir soruşturma da yapılabilir. İlgililer yanında ispata yönelik olarak gerektiğinde nüfus müdürlüğünce de soruşturma yapılabilmesi, ölüm karinesi için aranan vakıalara yönelik ispat bakımından; kesin değil yaklaşık ispatın aranacağı sonucuna varmayı gerektirmektedir. Konunun İsviçre Hukuku'nda emare ispatı başlığı altında değerlendirilmesi de aynı yaklaşımın bir sonucu olarak görülmelidir.

Ölüme kesin gözle bakılmaya ilişkin delillere rağmen mülki idare amiri, ölüm karinesi çerçevesinde nüfusa ölü kaydı düşmezse, artık TMK m. 31'deki koşulların gerçekleştiğine yönelik tespit ve ardından kütükte gerekli düzeltmenin yapılmasına yönelik (TMK m. 39, NHK m. 35/f. I) dava açmaktan başka çare yoktur<sup>62</sup>. Böyle bir davada ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir olayın var olup olmadığı, TMK m. 4'teki takdir yetkisi kapsamında hâkim tarafından tespit edilecektir<sup>63</sup>. Hâkim, daha önce de belirttiğimiz üzere; ölüm karinesinin istisnai bir düzenleme olmasından yola çıkarak, konuyu sıkı şartlar altında ve titizlikle değerlendirmeli, hükmün genişletilmesine yol açıcı bir sonuçtan kaçınmalıdır. Aynı tutumu, işin yargıya taşınmadığı durumlar bakımından mülki idare amiri de sergilemelidir<sup>64</sup>.

İsviçre Hukuku'nda da 31.12.1999 yılına kadar, ülkemizdekiyle benzer şekilde, ölüm kütüğüne ölü kaydının düşülmesi işlemi bir idari işlem niteliğinde sayılmaktaydı<sup>65</sup>. Yapılan değişikliklerle 1.1.2000 yılından itibaren, kişi-

<sup>61</sup> Hausheer/Aebi-Müller, s. 33, kn. 95.

<sup>62</sup> Bu davanın TMK m. 44/f. II'ye dayalı tespit davası olduğunu kabul eden görüş (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 30; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 251; Baygın/Nar, s. 344) bulunsa da, görüşümüze göre TMK m. 44/f. II, ölüm karinesinin aksini ispatı açısından açılabilen ve çekişmesiz yargının konusu olan tespit davasını düzenlemektedir.

<sup>63</sup> Öztan, Temel Kavramlar, s. 240.

<sup>64</sup> Bucher, s. 49-50, kn. 220; Hofer, s. 42, kn. 120.

<sup>65</sup> Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 1.

nin ölüm kütüğüne kaydının yapılabilmesi için sicilde düzeltmeye yönelik bir davanın açılması ve bu yönde bir mahkeme kararı alınması gerekli kılınmıştır (*İMK m. 42*). Bu davada belirli bir nüfus çevresindeki kimsenin ölüm kütüğünün düzeltilmesi ve o kimsenin belirli bir tarihte öldüğünün sicile işlenmesi talep edilir<sup>66</sup>. Buna göre açılan dava ve mahkemenin ölümün ölüm kütüğüne kaydedilmesi yönündeki kararı inşai (yenilik doğuran) niteliktedir<sup>67</sup>. Bu dava, kişisel durum sicillerindeki yetkili makam veya korunmaya değer kişisel bir menfaatinin bulunduğunu kanıtlayan herkes tarafından açılabilir<sup>68</sup>. Bu dava çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir ve bu yargıda kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir (*İsviçre Hukuk Usulü Hakkında Kanun m. 255/bent b*). Gaiplik için zahmetli bir dava süreci öngörülmesi, özellikle gaibin çıkagelmesi ihtimaline karşılık birtakım güvenceler aranması ve bununla bağlantılı şekilde yüklü şekilde dava giderlerinin ortaya çıkması muhtemelken, ölüm karinesindeki dava sürecinin nasıl yürütüleceği özellikle bir kimsenin ölümünün hangi koşullar altında kesin bir şekilde ispatlanmış sayılacağı meselesi İsviçre uygulaması açısından önem taşımaktadır<sup>69</sup>.

### III. ÖLÜM KARİNESİNİN SONUÇLARI VE AKSİNİN İSPATLANMASI

#### A. Ölüm Karinesinin Sonuçları

Ölüm karinesinin koşulları gerçekleştiğinde, kişinin; hangi andan itibaren ölmüş sayılacağı ve ölmüş sayılmanın ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı ayrıca incelenmelidir.

Hak sahipliği hakkında ölü kaydı düşülecek olan kişinin ölümüne bağlı olanlar için, ölü kaydının hangi andan itibaren etkiler doğuracağı; başka bir

<sup>66</sup> Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 126, kn. 6; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 1, 5; Hausheer/Aebi-Müller, s. 35, kn. 103; Bucher, s. 49, kn. 219; Hürlimann-Kaup/Schmid, s. 217; Brückner, kn. 119.

<sup>67</sup> Hürlimann-Kaup/Schmid, s. 217; Hausheer/Aebi-Müller, s. 35, kn. 103; Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 1, 5; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 1, 5; Brückner, kn. 119; Dörr, KUKO, Art. 34, kn. 4. 24 Mart 2000 tarihli Medeni Konularda Mahkemelerin Yetkisine Dair Federal Kanun'un (*Gerichtsstandsgesetz (GestG)*) "Medeni Durum Sicillerinin Düzeltilmesi" başlıklı 14'üncü maddesine göre de, nüfus sicillerinin düzeltilmesi talepleri için sicilin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/374/de>, Erişim Tarihi: 17.02.2022).

<sup>68</sup> Hausheer/Aebi-Müller, s. 35, kn. 103; Hrubesch-Millauer/Bosshardt, s. 27; Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 5; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 5; Brückner, kn. 119.

<sup>69</sup> Breitschmid, CHK Art. 34, kn. 3; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 2.

anlatımla kişinin hangi andan itibaren ölmüş sayılacağını belirlemek önem taşır. İlgili kanunlarda, hakkında ölü kaydı düşülen kişinin, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolduğu andan itibaren mi, yoksa en büyük mülki idare amirinin kütüğe ölü kaydı düştüğü andan itibaren mi ölmüş sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce, konu gaiplikte olduğu gibi çözüme bağlanabilir. Gaiplikle ilgili TMK m. 35'deki “..*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur*” hükmü kıyasen uygulanarak, ölü kaydının, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren olay anına kadar geriye etkili olacak şekilde sonuç doğuracağı kabul edilebilir<sup>70</sup>. Nasıl ki kişi kaybolmadan öldüğünde, ölüm anından itibaren hüküm ve sonuçlar doğmaktaysa, ölüme kesin gözle bakılan bir durum için de aynı sonucu kabul etmek mantıklı olur. Olayın soruşturulması ve delillerin incelenmesine yönelik belli bir idari prosedürden geçilmesi ve bunun için de yakınların yazılı başvurusunun veya yetkili makamların durumu bildirmesinin aranıyor olması, haliyle belli bir sürenin geçecek olduğuna işaret etmektedir. Konunun spekülasyonlara meydan verecek şekilde ilgililerin veya idarenin inisiyatifine bırakılmasından ziyade olay anı gibi objektif bir anın kabulü bu açıdan da yerinde olur.

Özetle, ölü kaydının düşülmesiyle kişi, olayın meydana geldiği andan itibaren ölmüş kabul edilecektir. Bu kabul; daha önce de açıkladığımız üzere, TMK m. 44/f. II'deki aksini ispat imkânı çerçevesinde, varsayımsal olarak değil karineten kabul anlamındadır<sup>71</sup>. Ölmüş sayılmayla ölümün tüm sonuçları o kişi için gerçekleşmiş olur. Öncelikle o kişinin kişiliği sona ermiş olur (TMK m. 28). Ayrıca ölüme bağlı olarak; kişi evliyse, evliliği ortadan kalkar, terekesi güvence göstermelerine gerek kalmaksızın mirası reddet-

<sup>70</sup> Oysaki Alman ve Avusturya Hukukunda kayıp kimse ölü ilan edilmeden önce, hak ehliyetini kaybetmemekte; kişiliği sona ermemektedir. Bunun sebebi, Alman Kayıp Kişiler Kanunu § 10'a göre; o kimse hakkında ölüm ilan edilinceye kadar yaşadığının karineten (*yaşam karinesi gereğince*) kabul edilmesidir (*aynı şekilde Avusturya Ölüm İlanı Kanunu § 10*).

<sup>71</sup> **Ardıç**, s. 171. Bununla birlikte ölü kaydının düşülmesiyle, kişinin olayın meydana geldiği andan itibaren “*gerçekten ölmüş kabul edileceği*” de ifade edilmiştir. Bkz. **Özsunay**, s.221; **Ataay**, s. 250; **Dural/Öğüz**, s. 27, kn. 130; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 240; **Arat**, s. 264; **Arpacı**, s. 186; **Helvacı/Erlüle**, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 175; **Baygın/Nar**, s. 344. Bu ifade, “*ölmüş sayılma*” veya “*ölü olma*” anlamlarını çıkarmaya elverişlidir. Bizce “*ölü sayılma*” varsayımsal olarak olması gereken bir sonuçtur ancak mevcut düzenleme karineyi kabul ettiğinden bunu benimsemeye imkân bulunmamaktadır. “*ölü olma*” ise aksini ispat faaliyeti açısından ancak ölüm farklı bir tarihte gerçekleşiyse pratik bir önem taşır.



meyen mirasçılarına geçmiş olur; şahsi irtifak, velayet, vesayet gibi kişiye bağlı birtakım haklar da sona erer<sup>72</sup>. Ölümden sonrasına etkili olacak şekilde düzenlenmemiş olan temsil yetkisi sona ermiş olur (*TBK m. 43/f. I*). Velayet hakkı sağ kalan eşe ait olur (*TMK m. 336/f. III*). Hayat sigortaları için sigortadan doğan talepler muaccel hale gelir. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sona erdirilmesi konusunda hüküm yoksa adi ortaklık sona erer (*TBK m. 639/f. I-bent 2*)<sup>73</sup>. Ölüm karinesi, sonuçları itibariyle ölümle eş değer tutulduğu için ayrıca her bir sonuç için özel bir düzenleme getirmeye ihtiyaç duyulmamıştır.

### B. Ölüm Karinesinin Aksinin İspatlanması

Ölüm karinesine dayanılarak düşülen ölü kaydının aksinin ispatı yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde (*TMK m. 44/f. II*) mümkün gözükmemektedir. Görüşümüze göre, ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren haller içinde kaybolma koşulunun aranıyor olması, aslında bu ihtimali devre dışı bırakmalıdır. Konu titizlikle değerlendirildiğinde, kaybolan kimsenin çıkagelmesi veya ondan haber alınabilmesi, imkânsıza yakın derecede bir ihtimal olmalıdır.

Bununla birlikte *TMK m. 44/f. II*'de her ilgilinin, hakkında ölü kaydı düşülen kişinin ölü ya da sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilmesi, ölüm karinesine dayanılarak düşülen ölü kaydının hükmünü yitirebilmesine olanak vermektedir. Ölü kaydının hükmünü yitirmesi, pratik açıdan o kişinin sağ olduğunun veya ölüye de ölümün farklı bir tarihte gerçekleşmiş olduğunun ispatı halinde anlam taşır. Ölümün daha farklı bir tarihte gerçekleştiğini ispat dışında, *TMK m. 44/f. II* çerçevesinde kişinin ölü olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği yönünde bir görüş bulursa da<sup>74</sup> bu istek aslında hiçbir pratik önem taşımadığından kabul edilmemelidir. Kişi ölmüş kabul edilse de ya da gerçekten ölü olsa da sonuçlar aynı olacaktır. Bu görüş kabul edilirse, mahkemenin, sözgelimi cesede ulaşıp da cesedin ka-

<sup>72</sup> **Velidedeoğlu**, s. 217; **Özsunay**, s. 221; **Ataay**, s. 250; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 251; **Dural/Öğüz**, s. 27, kn. 130; **Köprülü**, s. 245; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 509; **Arpacı**, s. 186; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 240; **Arat**, s. 264; **Helvacı/Erlüle**, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 175; **Baygın/Nar**, s. 344-345; **Birsan**, s. 185; **Binatlı**, s. 79; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 30; **Riemer**, s. 89, kn. 141; **Hürlimann-Kaup/Schmid**, s. 217; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 33, kn. 98; **Hofer/Hrubesch-Millauer**, s. 215, kn. 11.20; **Hofer**, s. 42, kn. 120.

<sup>73</sup> Gaiplikle ilgili olsa da ölüm karinesi için de geçerli olması gereken açıklamalar için bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 45, kn. 136; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 38, s. 124.

<sup>74</sup> Bkz. dn. 59 ve orada sayılan yazarlar.

yıp kimseye ait olduğunun teşhis edilmesi sonucunda, -farklı bir ölüm anının tespit edilebildiği haller dışında- o kimseyi ölü olarak tespiti sadece, kütükteki ölüm karinesine dayalı ölü kaydının; ölüm karinesine dayanmayan ölü kaydı şeklinde düzeltilmesi yolunu açmış olacaktır ancak böyle bir düzeltmenin kimseye faydası olmayacaktır. Bu ihtimalde açılan tespit davasının hukuki yarar yokluğu sebebiyle reddedilmesi düşünülmelidir.

Kişinin öldüğü iddiasıyla açılan tespit davasında, aynı zamanda ölümün farklı bir zamanda gerçekleştiği de ileri sürülmüşse, artık hukuki yararın varlığından söz edilebilecektir. Gerçekten hakları ölüme bağlı olanlar açısından ölüm anındaki değişiklik özellikle mirasçılık sıfatının kazanılması veya kaybı açısından önem taşıyacaktır.

Bundan başka, böyle bir tespit davası açılmasındaki hukuki yararın var olduğu kabul edilebilecek diğer ihtimal, kişinin sağ olduğunun tespit edilmesi ve sonraki süreçte nüfustaki ölüm kaydının iptal edilmesidir<sup>75</sup>.

TMK m. 44/f. II'e göre aksini ispat imkanına sahip olan "*her ilgili*" kapsamına, öğretideki bir görüşe göre, kişinin ölü veya sağ olarak tespitinde kişisel ya da maddi, somut özel bir çıkarı olanlar dahil olmalıdır<sup>76</sup>. Benzer bir görüşe göre de, ilgili kapsamına özellikle mirasçılar girmeli ancak maddi veya manevi herhangi bir menfaati olan kişiler de bu kapsamda görülmelidir<sup>77</sup>. Bize göre de hakları o kimsenin sağ ya da ölü olmasından etkilenen başta mirasçılar veya destek ilişkisi içinde bulunan diğer kimseler bu kapsamda görülmeli, ancak o kişiyle manevi bağı olduğunu kanıtlayan kimseler de kapsama dahil edilmelidir. Söz gelimi henüz aralarında evlilik ilişkisi veya tanıma yahut evlat edinme gibi yollarla soybağı ilişkisi kurulmamış olsa da, böyle bir ilişkiye zemin hazırlayan bir yakınlaşmaya taraf olan kimseler de ilgili kapsamında görülmelidir.

TMK m. 44/f. II'e göre; kişinin sağ veya farklı bir tarihte ölmüş olduğuna yönelik açılan tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382/f. II-bent a)-3'te belirtildiği üzere, çekişmesiz yargı işidir.

### 1. Hakkında Ölü Kaydı Düşülen Kişinin Farklı Bir Tarihte Öldüğünün veya Sağ Olduğunun Anlaşılması

Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin sonradan cesedine ulaşılarak kimliği teşhis edilir ve yapılan ölü incelemesi sonucunda farklı bir tarihte

<sup>75</sup> Hatemi, s. 83, kn. 11.

<sup>76</sup> Özsunay, s. 220, dn.23; Arat, s. 264.

<sup>77</sup> Saymen, s. 42.

ölmüş olduğu tespit edilirse, kütükteki kaydın buna uygun şekilde düzeltilmesi gerekir. Kişinin sağ olduğunun anlaşılması ise, kişinin bizzat kendisinin ortaya çıkıp ölmediğini beyan etmesiyle ya da kişinin ölmediğine, hayatta olduğuna dair delillere ulaşılmamasıyla mümkün olabilir. Bu anlaşılma ile artık kütükteki kaydın iptal edilmesi gerekir.

## 2. Kütükteki Ölü Kaydının Düzeltilmesi veya İptali

Ölü kaydının aksini ispat sonucunda kütükte değişiklik yapılabilmesi için Kanun sadece dava yolunu öngörmüş, ilgililerin dilerse nüfus müdürlüğüne doğrudan başvurabilmesi şeklinde alternatif bir yol kabul edilmiştir. Nüfus kütüğünde değişikliği gerektirecek bu ihtimallerde, ilgililerin doğrudan nüfus müdürlüklerine başvurarak bunu sağlayamayacakları TMK'da ve NHK'da açıkça belirtilmiştir (TMK m. 39, NHK m. 35/f. I)<sup>78</sup>. Buna uygun olarak, ilgilinin TMK m. 44/f. II'ye göre açmış olduğu tespit davası çerçevesinde elde ettiği hüküm yanında, açacağı ikinci bir kaydın düzeltilmesi veya kaydın iptali davasıyla amacına ulaşabilmesi söz konusudur. İkinci bir davanın açılması gerekliliği, NHK m. 36/f. I-bent c'deki "Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder." hükmünden çıkarılmaktadır. TMK m. 44/f. II kapsamında kişinin daha farklı bir anda ölmüş olduğu tespit edilmişse kaydın düzeltilmesi davası, kişinin sağ olduğu tespit edilmişse, kaydın iptali davası açılmalıdır<sup>79</sup>. Kanaatimizce ilgilinin, TMK m. 44/f. II ve NHK m. 35 vd. hükümlerini ya da sadece NHK m. 35 vd. hükümlerini dayanak göstererek doğrudan kaydın iptali veya düzeltilmesi davası açması mümkün görülmelidir. Eda davası niteliğindeki böyle bir davanın açılması, ister istemez öncelikle

<sup>78</sup> TMK m. 39'da "Mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz.", NHK m. 35/f. I'de "Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğüne dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir." Belirtilmiştir.

<sup>79</sup> TMK m. 44'e dayalı açılan tespit davası sonucunda, bu kişinin sağ olduğu tespit edilirse, nüfustaki ölüm kaydının düzeltilmesinin gerekeceği ileri sürüldüğü gibi (bkz. *Hatemi*, s. 83, kn. 11; *Ayan/Ayan*, s. 175), düzeltme davası açılarak nüfus siciline hayatta olduğunun işletilebileceği de ileri sürülmüştür (*Tala, Murat: Ölümün Özel Haklara Etkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2006, (<http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/7763/189170.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 08.02.2022), s. 24; *Baygın/Nar*, s. 345; *Dural/Öğüz*, s. 27, kn. 131). Sağ olduğu tespit edilmekle "kaydın düzeltilmesi" yerine kanımızca "kaydın iptali" kavramını kullanmak yerinde olacaktır.

TMK m. 44/f. II anlamında kişinin durumuna ilişkin bir tespiti de gerekli kılar. Bu iki meselenin aynı davada çözüme kavuşturulması, usul ekonomisi ilkesine de uygun düşer.

Kütükte değişikliğe yönelik davanın kim tarafından açılacağı konusunda, TMK m. 44/f. II kapsamındaki tespit davasını “*her ilgili*” açabilmekteyken, NHK m. 36’ya göre kaydın düzeltilmesi veya iptal davasını “*ilgili olan kimseler*” yanında resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine “*Cumhuriyet savcıları*” da açabilirler. İlgili kimseler, hakkında ölü kaydı düşülen ancak sonradan çıkagelen kayıp kimse olabileceği gibi<sup>80</sup>, bu kimsenin yakınları da olabilir.

Hakkında ölü kaydı düşülüp de sonradan çıkagelen kimse, ölü kaydının düzeltilmesine yönelik bir girişimde bulunmazsa nasıl hareket edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Öğretide bir görüş, bu soruna ilişkin önceki Nüfus Kanunu m. 40’ta bir düzenlemeye yer verildiğini ancak 5490 S. NHK’da bu konuda bir düzenleme getirilmediğini belirterek, NHK m. 35 vd. gereğince kaydın iptal edileceğini belirtmiştir<sup>81</sup>. Aynı doğrultuda somut bir çözüm sunan benzer görüş de, NHK m. 36/f. I-bent a çerçevesinde nüfus idaresinin bildirim üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılan dava ile nüfus kaydının düzeltileceğini ifade etmiştir<sup>82</sup>. Kanaatimizce de nüfus idaresinin bildirim üzerine Cumhuriyet savcılığı kaydın iptalini isteyebilmelidir. Bununla birlikte sonradan çıkagelen kayıp kimsenin hareketsizliği yanında yakınlarının da herhangi bir girişimde bulunmaması karşısında nüfus idaresi nasıl harekete geçecektir? Sorun, kayıp kimsenin hayatta olduğunun bir şekilde nüfus idaresine bildirilmesiyle çözüme kavuşabilir. Bu bildirim, bir nüfus olayı olarak kabul edilen doğumun bildirilmesine ilişkin NHK m. 15 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla gerçekleştirilebilir. Özellikle NHK m. 18/f. II ve IV çerçevesinde kolluk görevlilerinin kimlik kontrolü esnasında yahut kamu veya özel kurumların iş verirken kimlik kartı istemelerinde, nüfusa kayıtlı olmayan kimsenin durumunu nüfus müdürlüğüne bildirmeleri böyledir.

### 3. Ölüm Karinesinin Aksinin İspatlanmasının ve Kütükteki Değişikliklerin Sonuçları

Daha önce de ifade edildiği gibi, kayıp kişinin farklı bir tarihte öldüğünün ya da sağ olduğunun anlaşılmasıyla, kişi hakkında düşülen ölü kaydı

<sup>80</sup> Tala, s. 24; Baygın/Nar, s. 345; Dural/Öğüz, s. 27, kn. 131.

<sup>81</sup> Dural/Öğüz, s. 27, kn. 131.

<sup>82</sup> Baygın/Nar, s. 345.

hükmünü gerçek anlamda yitirecektir. Açıklamalarımızın devamında bu haller göz önünde tutularak kişiler, aile, miras ve sosyal güvenlik hukuku bakımından doğabilecek bazı sonuçlar irdelenmeye çalışılacaktır. Bu sonuçlar, belki de monografik bir çalışma düzeyinde incelenmeye elverişli olduğundan çalışmamızın sınırlarını aşmamak amacıyla yüzeysel bir bakış açısıyla ele alınacaktır.

#### **a. Kişiler Hukuku Bakımından Sonuçları**

Kişinin farklı bir tarihte öldüğü tespit edilirse, kişiliğin sona ermesi de o ana taşınmış olacaktır. Buna göre söz gelimi kayıp kimsenin kişiliğine yönelik bir ihlal söz konusu ve bu ihlal yeni tespite göre ölüm tarihinden önce bir ana denk geliyorsa, bizzat o kişiye yönelik bir ihlal olarak değerlendirilecektir. Bu durumda ölen kişi (*mirasbırakan*) ölmeden önce manevi tazminat talebini de ileri sürmüştü bu talep mirasçılara geçebilecektir (*TMK m. 25/f. IV*). İhlal, ölüm tarihinden sonra gerçekleşmişse, ölen kimse açısından kişilik koruması sona ereceğinden onun temsilcisi olarak dava açılmayacaktır. Ölenin yakınları bu durumda ancak kendi duygusal kişilik değerleri arasında sayılan; ölünün hatırasına saygı duyulması hakkı çerçevesinde manevi tazminat davası açabileceklerdir.

Kişinin sağ olduğu tespit edilirse, kişiliği sona erdiren sebep ortadan kalktığından, kişinin kişiliğini yeniden kazandığı<sup>83</sup> veya kişinin sağ ve tam doğumla kazandığı kişiliğinin devam ettiği<sup>84</sup> kabul edilebilir.

#### **b. Aile Hukuku Bakımından Sonuçlar**

Nişanlanma bakımından, ölüm gibi, ölüm karinesi de nişanlılık ilişkisini sona erdirir<sup>85</sup>. Ancak hakkında ölü kaydı düşülen kişinin sonradan ortaya çıkması halinde, nişanlılık ilişkisi daha önce ölümle sona erdiğinden, bu ilişkinin kendiliğinden yeniden canlanacağı yönünde bir sonuca ulaşamaz. Bu ilişkiyi devam ettirmek ancak tarafların iradelerinin de bu yönde olmasıyla mümkündür.

<sup>83</sup> **Ardıç**, s. 171.

<sup>84</sup> **Tokat**, s. 272.

<sup>85</sup> **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 695; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile), s. 72. Nişanlanmanın gaiplik durumunda da sona ereceğini ifade eden görüşler için bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 29, kn.150; **Hatemi**, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 22, kn. 49; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 24.

Evlenme bakımından, kaybolan eşin hakkında ölü kaydı düşüldüğünden farklı bir tarihte öldüğü tespit edilirse, evliliğin de o tarihte sona ereceği kabul edilecektir. Kaybolan eşin sonradan sağ olduğu tespit edilirse, diğer eş de bu arada evlenmemişse, ölü kaydı düşülmekle sona eren evlilik kanaatimizce yeniden canlanmayacak, taraflar evlilik ilişkisini sürdürmek istiyorlarsa yeniden evleneceklerdir<sup>86</sup>. Diğer ihtimalde; diğer eş bu arada başkasıyla yeniden evlenmişse bu sonraki evliliğin akıbeti ne olacaktır? Bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, ölüm karanesiyle ortadan kalkan evlilikten sonra eşin sonradan yapmış olduğu evliliğin geçerli olarak devam edeceğini kabul etmektedir<sup>87</sup>. Aksi yöndeki görüş ise, evliliğin ölüm karanesiyle değil ölümle sona erdiğini, ancak sonradan kaybolanın sağ olduğu anlaşılınca artık bu etkinin ortadan kalktığını, böylece mevcut evlilik sebebiyle sonradan yapılan ikinci evliliğin mutlak butlanla sakat olacağını ifade etmektedir<sup>88</sup>. Konuya farklı şekilde yaklaşan başka bir görüş ise, ölüm karanesinin evliliği sona erdirmeyeceğini; ikinci evliliğin bu sebeple mutlak butlanla geçersiz sayılabileceğini ancak ikinci eşin; doğruluk karanesi özelliği (TMK m. 7) taşıyan nüfus sicilindeki ölü kaydına iyiniyetle güvenmesinin butlanı engellemesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>89</sup>. Konu Alman Hukukunda şöyle bir düzenlemeyle çözüme bağlanmıştır: “(1) Bir eş, diğeri hakkında ölüm ilanı kararından sonra yeniden evlenirse ve öldüğü ilan edilen eş hala hayattaysa, yeni evlilik ancak; her iki eşin de evlendikleri sırada ölü ilan edilen eşin hala hayatta olduğunu bildikleri hallerde, § 1306’ya (mevcut evlilik) aykırılık oluşturduğu için ortadan kalkabilir. (2) Yeni evliliğin yapılmasıyla eski evlilik sona erer. Yeter ki her iki eş de evlendikleri sırada ölü ilan edilen eşin hala hayatta

<sup>86</sup> Gaiplikle ilgili olsa da aynı görüşte bkz. **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 38, s. 124.

<sup>87</sup> **Ardıç**, s. 171; **Tala**, s. 24.

<sup>88</sup> **Öztan**, Aile, s. 152, 570; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 83; kn. 456; **Dural/Öğüz**, s. 27-28, kn. 132; **Helvacı/Erlüle**, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 175. Bu yazarlardan bazılarının göre evliliğin mutlak butlanını savcı dahil herkes dava edebilecektir. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 28, kn. 132; **Helvacı/Erlüle**, s. 61. Öğretilerde bir görüş de, eşin sonradan çıkagelmesiyle, ölüm karanesiyle eski evliliğin sanki hiç ortadan kalkmamış gibi geçerliliğini sürdüreceğini belirtmişse de (**Hatemi**, s. 83, kn. 13), ölüm karanesi çerçevesinde kişi hakkında ölü kaydı düşülmekle ölümle aynı sonuçlar doğacağından, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

<sup>89</sup> **Ayan/Ayan**, s. 175. **Çelik**, Nazlı Hilal: Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 111. İkinci eşin iyiniyetli olması sebebiyle evliliğin butlanı kararının sınırlanmasını düzenleyen TMK m. 147/III’ün (743 S. MK m. 114/III) doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanmasıyla bu sonuca varılabileceği hakkında bkz. **Serozan**, Rona: “Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çökevlilik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 301; **Tokat**, s. 44.

*olduğunu bilmesinler. Eski evliliğin sona ermesi sonucu, ölüm ilanı sonradan ortadan kaldırılrsa bile, geçerliliğini korur” (BGB § 1319). “Hakkında ölüm ilanı verilen eski eşinin yaşadığını bu ilan sırasında bilmeyen eş dilerse yeni evliliğinin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Bu sebeple evliliği ortadan kaldırma bir yıl içinde talep edilmelidir. Bu süre, hakkında ölüm ilanı verilen eşin yaşamakta olduğuna dair bilgi sahibi olmakla başlar” (BGB § 1320/f. 1). BGB § 1319’daki düzenlemenin iyiniyet kuralına dayanan sonuncu görüşe benzerlik taşıdığı söylenebilir. Ancak Alman hukukunda, konunun ölüm karinesi yanında gaipliği de kapsar şekilde genel olarak ele alındığı gerçeğini de göz önünde tutmak gerekir. Şöyle ki bu düzenleme, gaibin çıkagelmesi ihtimalinin daha fazla olması karşısında bir ihtiyacı karşıladığı düşünülebilir. Oysaki hukukumuzda ölüm karinesi, sıkı koşullar altında değerlendirildiğinden, başka bir deyişle kişinin kesinlikle öldüğü ancak ortada bir cesedinin bulunmadığı durumlar ile sınırlı kaldığından, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı da söylenebilir.*

Kanaatimizce eşin sonradan başka kimseyle yapmış olduğu evliliğinin mutlak butlanla geçersiz sayılmasına ilişkin görüşlere katılmak mümkün değildir. Bize göre evliliğin yapıldığı sıradaki koşullara dikkat edilerek sonuca varılmalıdır. Nitekim TMK m. 145/b.1’deki “*eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması*” ibaresi de evlenme sırasındaki koşulların önem taşıdığını vurgulamaktadır. Hakkında ölü kaydı düşülmekle sona eren evlilikten sonra, eşin başkasıyla evlendiği sırada, ortada mevcut bir evlilik bulunmamaktadır. Kaybolan eşin sonradan sağ olduğu anlaşılrsa da, bu gelişme, geçmişte evliliğin sona erdiği gerçeğini değiştirici etkiye sahip olmamalıdır. Bundan başka söz konusu görüşlerin; evliliğin ölüm karinesi nedeniyle sona ermeyeceği açıklamaları, ölüm karinesi anlatılırken; ölüm karinesi ile normal bir ölümden beklenen bütün sonuçların doğacağı şeklindeki açıklamalarla çelişiyor gözükmektedir. Ayrıca bu görüşler sanki ikinci evliliğin; hakkında ölü kaydı düşülen kişinin çıka gelmemesi koşuluna bağlı olarak yapıldığı temelini savunmaktadır. Oysaki evlilik, niteliği gereği koşula bağlı olarak gerçekleştirilemeyen bir kurumdur. Gaiplik haline ilişkin olarak getirilmiş düzenleme de görüşümüzü desteklemektedir. TMK’da ölümlle eş değer tutulan bir diğer kurumu olan gaiplik halinde, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshinin istenebileceği, mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi halinde evliliğin sona ereceği belirtilmiştir (TMK m. 131). Buna göre gaiplikte, gaip olan kimse sonradan çıkagelirse, ikinci evlilik geçersiz sayılmayacaktır. Kişinin ölmüş olabileceği konusunda daha kesin bir kanıyla hareket edilen ölüm karinesinde ise, ikinci evliliği geçersiz saymak bir yana evleviyetle geçerli kabul etmek doğru olacaktır. Gerçekten ölüm karinesindeki durumun

kesinliği çerçevesinde kişiyi ölü saymak için sadece bir talebin ve idari işlemin yeterli görülmesine karşın, gaiplikte yargısal bir süreçten geçmek ve evliliğin sona ermesi için de feshi talep etmek gerekmektedir. Ölümün kesinliği düşüncesiyle daha esnek bir tutum sergilenirken, kayıp kimse çıka geldiğinde adeta popülist bir yaklaşımla sonraki evliliği geçersiz kılmak tutarsızlık olacaktır<sup>90</sup>.

Sonuç olarak, ilk görüşte olduğu gibi, ölüm karinesi sebebiyle eşi hakkında ölü kaydı düşülen kişinin bu kayıttan itibaren evliliği sona ermiş olacağı için yeniden evlenmesine engel bir durum yoktur. Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin sonradan çıkagelmesinin de gerçekleştirilen evliliğe herhangi bir etkisi olmamalıdır. Bu noktada bazı yazarlar, olması gereken olarak tıpkı gaiplikte olduğu gibi ölüm karinesinde de, evliliğin feshinin istenmesi yönünde bir kanun değişikliği yapılmasını önermişlerdir<sup>91</sup>. Kanaatimizce böyle bir değişikliğe, bir yandan ölümün kesinliği gibi sıkı koşulların aranması; diğer yandan ölü kaydı için bir talebin ve idari işlemin yeterli görülmesi şeklinde tutumun sergilenmesi karşısında gerek duyulmamalıdır. Kaldı ki Mehaz İMK'da evliliğin feshinin istenmesine ilişkin hüküm değiştirilerek, 1.1.2000 tarihinden itibaren ölüm karinesinde olduğu gibi, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin de nihai olarak son bulmuş olacağı kabul edilmiştir (*İMK m. 38/f. III*)<sup>92</sup>.

Ölüm karinesi, ölüme eşdeğer sonuçlar doğurduğu için, ölüm karinesi de eşler arasındaki mal rejimini sona erdiren bir sebeptir (*TMK m. 225*)<sup>93</sup>. Ölüm karinesinin etkileri, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma anından itibaren doğmuş olacağından; aynı an mal rejiminin de sona erme anı olarak

<sup>90</sup> Gaiplikte TMK. m. 131 (743 S. MK. 94) ile evliliğin feshiyle kazanılan bozulmaz bir statüyü ölüm karinesinde yeniden evlenen eşten esirgemenin hukuk mantığı açısından kabulünün zor ve adaletsiz olacağı açıklamalarıyla görüşümüzü destekleyen düşünceler için bkz. **Serozan**, Çokevlilik, s. 302; **Tokat**, s. 44.

<sup>91</sup> **Ayan/Ayan**, s. 175; **Tokat**, s. 44. Nitekim Hatemi de önceki Medeni Kanun döneminde bu değişikliği önerdiğini, ancak yeni Medeni Kanun açısından bu önerisinin dikkate alınmadığını ifade etmiştir. Bkz. **Hatemi**, s. 83, kn. 13; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 50-51, kn. 31.

<sup>92</sup> **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 34, kn. 100, s. 44, kn. 135.

<sup>93</sup> **Öztan**, Aile, s. 520; **Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 108, kn. 225; **Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 84; **Gümüş**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 283-284; **Acabey**, M. Beşir: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 141.



kabul edilmelidir. Kişinin, hakkında ölü kaydı düşüldüğünden farklı bir tarihte öldüğü tespit edilirse, artık mal rejiminin de o tarihte sona ereceği kabul edilecektir<sup>94</sup>. Hakkında ölüm kaydı düşülen kişinin sonradan ortaya çıkması halinde, öğretide, mal rejiminin sona ermemiş gibi devam edeceği ve ortaya çıkan eşin halen mevcut olan malvarlığının kendisine iade edilmesi gerektiği, mal rejimi tasfiye edilmişse bir alacak hakkı elde eden eşin veya tarafın, elinde kalan miktarı sebepsiz zenginleşme veya zilyetliğin iadesi hükümlerine göre ortaya çıkan eşe veya mirasçıların diğer eşe geri verecekleri belirtilmiştir<sup>95</sup>. Kanaatimizce, hakkında ölü kaydı düşülen kimseyle evliliğin de ölüm karinesi çerçevesinde sona ermiş olduğu hususu gözden uzak tutulmamalı, evlilik birliği sona erince taraflar arasındaki mal rejiminin de sona ereceği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda taraflar ancak yeniden evlenmişlerse, mal rejimi hükümlerini evliliğin devam ettiği zaman dilimleri içinde doğurmaya devam etmeli ve sözü edilen sonuçlar doğmalıdır. Buna karşın diğer eş başkasıyla evlenmişse, görüşümüze göre bu evlilik geçerli olarak etkilerini doğurmaya devam edeceğinden; mal rejiminin tasfiye edilip edilmediğine göre sonuca varılmalıdır. Daha önceki evlilikte geçerli olan mal rejimi tasfiye edilmişse, önceden mirasçılar açısından önem taşıyan bu tasfiye artık sağ olduğu anlaşılan kişiyle gerçekleştirilmiş gibi kabul edilmeli ve buna göre sonuçlarını doğurmalıdır. Bu ihtimalde mirasçılar elinde kalanları, sebepsiz zenginleşme veya zilyetliğin iadesi hükümlerine göre sağ olduğu anlaşılan eşe geri vermelidir. Henüz tasfiye gerçekleşmemişse, artık bu tasfiye, diğer eşe karşı tıpkı boşanmadan sonra gerçekleşen tasfiye gibi gerçekleştirilmelidir.

### *c. Miras Hukuku Bakımından Sonuçları*

Ölüm karinesinin aksinin ispatlanması, yani kişinin farklı tarihte öldüğünün veya sonradan sağ olduğunun anlaşılması hallerine ilişkin olarak ya da bu ihtimaller öngörülerek kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu yerinde tutum, daha önce de bahsettiğimiz; ölüm karinesinin istisnai özelliğiyle uyumaktadır<sup>96</sup>. Buna karşın ölüm olasılığının daha düşük

<sup>94</sup> **Sarı**, s. 88; **Gümüş**, s. 284. Sözü geçen yazarlar, gaiplikte gaibin farklı bir tarihte ölmüş olduğunun tespit edilmesi ile ilgili açıklamalarda bulunmuş olsalar da kanımızca bu açıklamaların ölüm karinesinde de kıyasen dikkate alınabilmesi mümkündür.

<sup>95</sup> **Şıpka**, Şükran: *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 143-144; **Öztaş**, Aile, s. 521. Gaiplik açısından benzer bir sonucu benimseyen bkz. **Sarı**, s. 88.

<sup>96</sup> Tekraren belirtmekte yarar görüyoruz ki, gaiplikte kişinin ölmemiş olma ihtimali mümkünken; ölüm karinesinde aslında böyle bir ihtimal söz konusu olmamalıdır. Ölüm

olduğu gaiplikte, özellikle gaibin sonradan ortaya çıkması ihtimali göz önünde bulundurularak, evlilikte olduğu gibi mirasta da özel düzenlemelere yer verilmiştir. Hatta konu mirasçılar yönünden, gaibin mirasbırakan veya mirasçı olması ihtimalleri göz önünde tutularak ele alınmıştır (TMK m. 584-588).

Kişinin farklı tarihte öldüğü anlaşılırsa, bu durum o kişiye mirasçı veya vasiyet alacaklısı olacak kimselerin kapsamını etkileyebilecektir. Nitekim TMK m. 580 ve 581'e göre mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için, mirasbırakanın ölümü anında sağ olmak şarttır. Buna göre mirasbırakandan önce ölmüş bulunan mirasçının mirasçılık sıfatını kazanamayacağı veya vasiyet alacaklılarının alacak hakkını talep edemeyecekleri belirtilmelidir<sup>97</sup>. Buna göre daha öncesinde hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolma anı itibariyle bu sıfatı taşıyan kimselerden bazıları, başka bir ölüm tarihi tespit edildiğinde; bu tarihe kadar vefat etmiş bulunurlarsa, diğer mirasçılar miras paylarına etki edecek bu duruma itiraz edebilirler. Örnekle açıklamak gerekirse, mirasbırakan M'nin ölü kaydı Ocak ayında düşülmüşken gerçek ölüm tarihi Mart ayı olarak tespit edilsin. Ocak ayında M'ye sağ olarak mirasçı A, B ve C iken; B Şubat ayında vefat etmişse, artık B ölüm anında sağ olma şartını sağlamadığından mirasçı olamayacaktır<sup>98</sup>. B'nin mirasçı olamaması, onun altsoya sahip olduğu veya olmadığı hallerde, ileride payı geri verme ihtimali yönünden pratik önem taşımayacaktır. Şöyle ki B'nin altsoyu yoksa zaten onun payı diğer mirasçılar arasında paylaşılacaktır. Altsoyu varsa da külli halefiyet ilkesi çerçevesinde onun payı sağ olan altsoyuna geçecektir. Asıl önem taşıyan ihtimal; B'nin altsoyunun olmadığı ancak evli olduğu durumudur. Bu durumda B mirasçı olmadığı halde,

---

karinesinin çok istisnai durumlar bakımından uygulanmasının mümkün olması, kişinin kesinlikle öldüğü ancak ortada bir cesedin bulunmadığı durumlar ile sınırlı kalmasının gerekliliği karşısında aslında ölüm karinesi için böylesine düzenlemelere ihtiyaç da doğmayacaktır. Ölüm karinesi sıkı şekilde ele alınıp sınırlı şekilde uygulandığında zaten bu karinenin aksinin ispatı söz konusu olmayacaktır. İşte, bu gerçekten yola çıkıldığında kanunkoyucunun evlilik veya miras hukukunda konuyu hükme bağlamamaktaki tutumu haklı bir gerekçeye dayanmaktadır.

<sup>97</sup> **İnan/Ertas/Albaş**, s. 471, kn. 1439; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 259, 262; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 441, kn. 6, s. 448, kn. 22; **Eren**, Fikret/**Aktürk**, İpek Yücer: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 400, kn. 1120-1121.

<sup>98</sup> Benzer bir durum olarak; gaiplikte mahkeme kararının etkisini göstermeye başladığı tarih ile gerçek ölüm tarihinin farklı olması durumunda gaibe mirasçı olabilecek kimselerde meydana gelebilecek değişikliğe ilişkin örnek için bkz. **Tokat**, s. 271.

M'nin ölü kaydı esas alınarak yapılan paylaşımda ona kalan pay, B'nin terekesi içinde değerlendirilecek ve eşine belli bir oranda intikal edecektir. İşte bu noktada, daha sonra M'den önce öldüğü tespit edilen B'nin terekesi içinde yer almaması gereken bu kazanım, M'nin diğer mirasçıları tarafından B'nin eşinden talep edilebilecektir.

Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin mirasbırakan olması ihtimali için yapılan bu açıklamalar yanında, ölü kaydı düşülen kimsenin mirasçı olması ihtimali de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kez farklı bir ölüm tarihinin tespiti, o kimseyi daha önce mirasçı iken bu sıfattan yoksun bırakabilir veya tersine mirasçı değilken mirasçı konumuna sokabilir. Pratikte bunun etkisi, özellikle ölü kaydı düşülen kimsenin altsoyunun olmayıp da eşinin olduğu hallerde, miras paylarında meydana gelen değişimdir. Yine örnekle açıklamak gerekirse, A ve B adında iki çocuğu olan M Şubat ayında ölmüş olsun. B'nin hakkında ölü kaydı Ocak ayında düşülmüş ancak sonradan gerçekte Mart ayında öldüğü tespit edilmiş olsun. Düşülen ölü kaydı çerçevesinde M'ye mirasçı olamayan B'ye M'nin terekesinden hiçbir pay intikal etmeyecekken, B'nin M'den sonra öldüğünün tespiti halinde artık B, M'ye mirasçı olacağı için, M'nin terekesinden B'ye intikal eden pay, artık B'nin terekesi içinde sayılacaktır. Bu kez B'ye mirasçı olan eşi, daha öncekinden daha fazla miras payı elde edecektir. Bu durumda B'nin eşinin, B'nin M'nin öldüğü tarihte sağ olduğunun tespitine yönelik TMK m. 44/f. II kapsamında bir dava açması lehine olacaktır. Tam tersine hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin mirasçı olmaması gerektiğine ilişkin şu çarpıcı örnek verilebilir: A ve B adında iki çocuğu olan mirasbırakan M saat 10.00'da vefat ediyor. Aynı gün B'nin binmiş olduğu uçağının saat 11.00 sularında bir dağa çarparak infilak ettiği haberi geliyor. M'nin mirası A ve B arasında paylaşılıyor ve B'nin eşi E de B'nin terekesine intikal eden pay çerçevesinde; B'nin mirasçısı olarak belli bir pay alıyor. Uçağın kara kutusuna ulaşıldığında kayıtlardan B'nin aslında kalp krizi sebebiyle saat 9.00'da öldüğü anlaşılıyor. Bu ihtimalde B'nin mirasçı olamayacağı ve dolayısıyla M'nin terekesinden B'ye geçen pay sebebiyle E'nin bir kazanım elde etmemesi gerektiği düşünceyle, A'nın TMK m. 44/f. II çerçevesinde dava açması lehine olacaktır.

Hakkında ölü kaydı düşülen kişinin sonradan sağ olduğunun anlaşılması halinde doğacak sonuçlar bakımından, yine konunun o kişinin mirasbırakan veya mirasçı olmasına göre iki ihtimalde değerlendirilmesi gerekir.

Kişinin mirasbırakan olması ihtimalinde ortaya çıkacak sonuç, ölüm kaydıyla birlikte mirasçılara külli halefiyet esasına göre geçmiş olan mirasın (TMK m. 599/f. I), hiç ölmemiş gibi mirasbırakana dönmesidir. Bu noktada mirasın mirasbırakana nasıl döneceği konusunda öğretide farklı görüşler ileri

sürülmüştür. Bir görüş, mirasa dahil olan malvarlığı değerlerinin yerine göre TBK'nın 77 vd. sebepsiz zenginleşme ya da istihkak iddiasına dayalı olarak iadesinin isteneceğini ileri sürerken<sup>99</sup>; bir başka görüş iade talebinin sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılabilceğini belirtmiştir<sup>100</sup>. Bu konuda herhangi bir kanuni dayanak zikretmeksizin mirasçıların ellerinde kalanları iade edeceklerini belirten bir görüş de bulunmaktadır<sup>101</sup>. Bir başka görüş de ölüm karinesinde gaiplikte olduğu gibi güvenceye (TMK m. 584) ve geri vermeye (TMK m. 585) ilişkin hükümlere yer verilmediğinden, ortada bir boşluk söz konusudur ve bu boşluk, gaiplikle ilgili hükümler (TMK m. 584-585) kıyasen uygulanarak doldurulabilir<sup>102</sup>. Kanaatimizce de meselelerin benzerliği gerekçesiyle bu son görüş kabul edilmeli ve gaiplikle ilgili TMK m. 585 hükmü kıyasen uygulanarak sorun çözüme kavuşturulmalıdır. Bu hükme göre tereke mallarını teslim almış olanlar, bunları zilyetlikle ilgili kurallara göre (TMK m. 993-995) sağ olduğu anlaşılan mirasbırakana geri vermelidir. Buna göre tereke mallarını iyiniyetle elinde tutan zilyetlerin kullanmaktan veya yararlanmaktan dolayı mirasbırakana herhangi bir tazminat ödemeleri gerekli değildir (TMK m. 993). Tereke malları için zorunlu ve yararlı masraflarda bulunan iyiniyetli zilyet mirasbırakandan tazminat isteyebilir (TMK m. 994). Eğer zilyet, tereke mallarını kötüniyetli zilyet olarak elinde bulunduruyorsa, mesela sağ olduğunu bildiği halde mirasın paylaşımına göz yummuşsa, o zilyet haksız olarak alıkoymaktan hak sahibinin uğradığı zararları ve elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünleri tazmin etmek zorundadır (TMK m. 995/f. I)<sup>103</sup>.

Bununla birlikte mirasçıların geri vermeye yanaşmamaları durumunda, gaiplikle ilgili açıklamalarda öğretide mirasçılara karşı açılacak olan davanın niteliği konusunda; miras sebebiyle istihkak davası olması ya da istihkak

<sup>99</sup> Dural/Öğüz, s. 27, kn. 132; Baygın/Nar, s. 345.

<sup>100</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 30; Helvacı/Erlüle, s. 61; Tokat, s. 45.

<sup>101</sup> Ardiç, s. 171.

<sup>102</sup> İnan/Ertas/Albaş, s. 462, kn. 1400.

<sup>103</sup> Tokat, s. 145. Kötüniyetli zilyet yaptığı masraflardan ancak hak sahibi için zorunlu olanları isteyebilir (TMK m. 995/f. II). Sağ olduğu anlaşılan kimseye karşı mirasçılar herhangi bir zaman sınırı olmaksızın iadeyle yükümlüdürler ancak İMK m. 547/f. II (TMK m. 585/f. II) gereğince iade yükümlüsü iyiniyetliyse, iade borcu, miras sebebiyle istihkak davasındaki zamanaşımına tabi olur. Lardelli/Nägeli'ye göre bu kural, miras sebebiyle istihkak davasında zamanaşımına ilişkin İMK m. 600 (TMK m. 639) ile birlikte ele alındığında terekeyi iadeyle yükümlü olanın iyiniyetli ve kötüniyetli olmasına göre iade borcuna ilişkin zamanaşımı süresi 10 ve 30 yıl (bizde 10 ve 20 yıl) olacaktır. Bkz. Lardelli/Nägeli, BSK, Art. 38, kn. 13; Lardelli, BSK, Art. 38, kn. 13. Bkz. ayrıca Tokat, s. 149-150.

davası olması yönünde tartışma bulunmaktadır<sup>104</sup>. Biz de esasen ölüm karinesi için tartıştığımız bu meselenin gaiplikle ilgili hükümlerle çözülmesi gerektiği görüşümüzle uyumlu olarak; açılacak dava konusunda da benim-senecek görüşün sunduğu çözümün geçerli olması gerektiğini düşünüyoruz.

Alman Hukuku'nda ölü ilan edilen kimsenin, sağ olduğunun anlaşılmasıyla mirasçılara karşı talebi konusunda Alman Medeni Kanunu'nun § 2031'de açık bir düzenleme yer almaktadır: “(1) Ölü ilan edilen veya ölüm anı Kayıp Kişiler Kanunu'na göre tespit edilen kimsenin sağ olduğu anlaşılırsa, o kimse terekesinin kendisine iadesini mirasçılıktan doğan taleplerle ilgili geçerli olan kurallara göre isteyebilir. Bu talebin zamanaşımı süresi, o kimsenin ölüm ilanı veya ölüm anının tespiti kararını öğrendiği tarihten itibaren bir yıldır. (2) Aynı kural, bir kimsenin ölümünün, ölüm ilanı veya ölüm anı tespiti süreci olmaksızın, haksız yere kabul edildiği haller için de geçerlidir”. Bu düzenleme çerçevesinde sözde mirasçılar tereke üzerinde hak sahibi sayılmamakta ve gerçekte mirası doğuran ölüm olayının gerçekleşmediği kabul edilmektedir<sup>105</sup>. İyiniyetli sözde mirasçıların korunduğu Alman Medeni Kanunu'nun § 2370/f. I'e göre ise, bir kimsenin ölü ilan edildiği veya ölüm anının Kayıp Kişiler Kanunu'na göre tespit edildiği ancak bu kimsenin sağ olduğunun veya daha öncesinde öldüğünün anlaşıldığı hallerde, ölü ilanına veya ölüm anı tespitine dayanarak mirasçı olup da aynı zamanda § 2366 ve § 2367'ye göre lehine tesis edilen hukuki işlemlerle görünüşte bu sıfatı kazanan üçüncü kişilerin bu mirasçılıkları, haklarında veraset belgesi düzenlenmemiş olsa bile korunur. Yeter ki bu kimselerin, ölüm ilanının veya ölüm anı tespitinin doğru olmadığı veya kaldırıldığı konusunda bilgileri olmasın.

Sonradan sağ olduğu anlaşılan kişinin mirasçı olmasında ise, daha önce külli halefiyete göre mirası kazanmış olan diğer mirasçılar karşısında paylaşımından pay alamamış bir mirasçı daha ortaya çıkmış olacaktır. Bu konuda gaiplikle ilgili hükümdede; ortada bulunmayan kimsenin mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemediğinde, ona düşen miras payının resmen yönetilmesi, ortada bulunmayanın sağ olmadığı ihtimalde gaiplik sürecinin işletilerek payın paylaşılması esası kabul edilmiştir (TMK m. 586). Kanaatimizce bu hükmün kıyasen gözetilerek aynı sürecin işletilmesi, ölüm karinesinin özelliğiyle bağdaşmayacaktır. Kanunkoyucu gaibin çıkagelmesi ihtimalinin daha yüksek olması sebebiyle böyle bir süreç öngörmüştür. Halbuki

<sup>104</sup> Bu tartışmaların ayrıntıları için bkz. Eren/Aktürk, s. 406, kn. 1136; Serozan/Engin, s. 447, kn. 17; Tokat, s. 144-146, 282-284.

<sup>105</sup> Leibold, MükoBGB § 1922, kn. 15.

ölüm karinesi için böyle bir ihtimal çok düşüktür, bu sebeple kanunkoyucu ölüm karinesi için bunu düzenlemeye ihtiyaç duymamıştır. Çok düşük ihtimal de olsa ölü kaydı düşülen kişi sonradan çıkagelmiş ve kendisinin de mirasçı olduğunu iddia ediyorsa, terekeden kendisine pay verilmesi için açması gereken dava, TMK m. 637 vd. hükümlerine göre miras sebebiyle istihkak davası olmalıdır<sup>106</sup>.

#### **d. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları**

İsviçre Hukuku'nda gaiplikle ilgili olarak kaybolan kimsenin geri dönmesiyle birlikte sosyal güvenlik hukuku açısından doğacak sonuçlar konusunda Federal Mahkeme, gaibin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya kendisinden en son haber alındığı tarihten itibaren doğmuş olan gaiplik ilanının etkilerinin, hâkim kararıyla gaipliğin ortadan kaldırılmasına kadar doğacağını kabul etmektedir. Bu süre zarfında gaibin karısı, “*İsviçre Yaşlılık ve Ölüm Sigortası Hakkında Federal Kanun*” (*Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenversicherung*) 23. maddesine göre bir dul olarak kabul edilecektir. Gaiplik, hâkim kararıyla ortadan kaldırıldığında, dul kadın, gaiplik süresince almış olduğu dul aylığı ödemelerini Kuruma geri ödemekle yükümlü olmayacaktır. Sosyal Güvenlik Hukuku'nun amacıyla uyumlu olduğu vurgulanan bu sonuç yanında Federal Mahkeme, henüz gaiplik kararı verilmeden önce yapılmış olan; geçici sosyal güvenlik tedbiri niteliğindeki ödemeleri de aynı zeminde değerlendirmektedir<sup>107</sup>. Kanaatimizce gaiplik de,

<sup>106</sup> Sonradan ortaya çıkan mirasçı gaibin üstün hak sahibi olarak terekenin iadesi amacıyla yarışmalı olarak miras sebebiyle istihkak davası veya istihkak davası açabileceği yönünde açıklamalar için bkz. **Tokat**, s. 145, 148.

<sup>107</sup> BGE 110 V 248 Erw. “*Dul ve yetim aylığı bağlanabilmesi için kocanın veya annesinin birinin veya her ikisinin ölümü gerekir. İMK m. 38'e göre gaiplik ilanı ölümle eşdeğerdir...Federal Mahkeme şimdiye kadar gaipliğin hâkim kararıyla ortadan kaldırılması sonucunda sosyal güvenlik hukukunda doğacak etkiler konusunda karar vermemiştir. İşbu dava, gaipliğin ortadan kaldırılmasından sonra, gaiplik süresince ödenmiş olan dul maaşlarının geri istenip istenemeyeceğiyle ilgilidir. Gaipliğin amacı, kayıp kişinin akıbetiyle ilgili belirsizliğe kendisiyle ilişkili kişilerin menfaati doğrultusunda yasal olarak son vermektir. İspat külfetinin tersine çevrilmesi anlamında, bu kişilerin ölümden doğan hakları ölüm ispatlanmış gibi ileri sürmeleri için, ölüm ispatından feragat edilir (İMK m. 38/f. I). Sonuç olarak, gaiplik kararı, sigortalının ölümü ile eşdeğer bir olguyu ortaya koyduğu için, Yaşlılık ve Ölüm sigortası Kanunu'ndaki dul ve yetim aylığı talep edilmesine imkân tanır. Gaiplik ilanı etkilerini ölüm tehlikesinden veya kendisinden son haber alma tarihinden, kaybolanın yaşadığının veya farklı bir tarihte öldüğünün ispat edildiği ana kadar doğurur. Hukuki güvenlik ilkesi açısından gaiplik ilanı hâkim tarafından ortadan kaldırılmalıdır, o zamana kadar kayıp kişi ölüm kütüğünde gaip olarak kayıtlı kalır. Böylece kayıp kimsenin kaderiyle bağlantılı her türlü belirsizlikler ortadan kalkmış olur. Kayıp kişinin kimliğiyle ilgili tüm şüpheler gideri-*

bazı istisnai düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa, sonuç itibariyle ölümle eşdeğer sonuçlar doğurduğundan, bu açıklamaları ölüm karinesi açısından da geçerli saymak mümkündür.

Hukukumuzda 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereğince “ölüm aylığı” olarak hak sahiplerine özellikle de dul eşe bağlanan bir ödeme söz konusudur (m. 32 vd.). Kanunda bu aylığın kesilmesi durumu da düzenlenmişse de (m. 34) bu, hak sahipliğiyle ilgili koşulların yitirilmesine bağlı tutulmuş, ölen sigortalının sonradan ölmediğinin anlaşılması ihtimali üzerinde hiç durulmamıştır. Bu konuda yargı uygulamasında da herhangi bir karar verilmemiştir. Bu nedenle Federal Mahkeme'nin sosyal güvelik hukukunun amacıyla bağlantılı olarak vurguladığı; gaipliğin veya ölüm karinesi çerçevesinde düşülen ölüm kaydının, aksi ispat edilene kadar hak sahibine bağlanmış olan ölüm aylığı ödemelerinin iadesinin istenememesi sonucu hukukumuz için de kabul edilmelidir.

## SONUÇ

Ölüm karinesi, terminolojik olarak İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuku'nda kullanılan terimlere bakıldığında, gaiplikle karıştırılmaya müsait görünmektedir. Türk Hukuku'nda olduğu gibi; ölüm karinesi ve gaiplik terimleri altında iki kurumu net bir şekilde ifade eden bir ayrıma rastlanılmaktadır. Oysaki ölüm karinesi teriminin tercihi, aynı zamanda bu kurumun bir karine niteliğinde olduğunu da açıkça ifade ettiğinden, üstün tutulması

---

*linceye kadar hâkim ayrıntılı açıklamalar yapmak zorunda kalabilir, bu nedenle kararın zaman açısından önemi bulunur. Bu gerekçelerle, geçerli bir gaiplik ilanından sonra bununla bağlantılı olarak doğmuş olan hukuki sonuçlar da geçerliliğini korur. Buna göre gaipliğin hâkim kararıyla ortadan kaldırılmasına değin dul ve yetim aylığı ödenmiş olabilir...Kurum ve yerel mahkeme, dul aylığının koşullarının geriye dönük olarak gerçekleşmemiş olduğu kanaatinde. Yerel mahkemenin gerekçesi, gaipliğin ortadan kaldırılmasının tamamen iptal edilme olarak nitelenmesi ve davacının Yaşlılık ve Ölüm Sigortası Kanunu m. 23 anlamında dul sayılmamasıdır. Buna katılmak mümkün değildir. Ortadan kaldırmaya yönelik hâkim kararına kadar gaipliğin etkilerini doğurması gerektiği ve bu ana kadar sosyal güvenlik hukuku açısından kadının dul sayılacağı açıklamaları yanında; geriye yürür etkileri kabul etmek sosyal güvenlik hukukunun amacıyla da bağdaşmaz. Nitekim Kanun gereğince yapılan ödemelerin amacı ihtiyaç sahiplerinin var olma mücadelesinde onlara yardımcı olmaktır. Bu, özellikle emeklilik ödemelerinde belirli koşullar altında, gaiplik ilanı kararından önce de; geçici sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında yapılan ödemeler için de geçerlidir. Ancak somut olayda hâkim henüz gaiplik kararı vermediği, böylece İMK m. 38'in etkileri doğmadığı için geri ödeme yükümlülüğü kabul edilmelidir.” (https://www.bger.ch Erişim Tarihi: 25.04.2022; ayrıca bkz. Hausheer/Aebi-Müller, s. 45, dn. 136; Lardelli/Nägeli, BSK, Art. 38, kn. 15; Lardelli, BSK, Art. 38, kn. 15; Pedrazzini/Oberholzer, s. 42-43; Riemer, s. 92, kn. 154).*

gereken bir tercihtir. Bununla birlikte, ölüm karinesinde bir yandan hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kayıp kişi hakkında ölü kaydı düşülürken, diğer yandan bu karinenin aksi ispat edileceğinden söz etmek kanımızca bir çelişkidir. Bu sebeple olması gereken, ölüm karinesinin “Ölmüş sayılma” kenar başlığıyla bir varsayım (*fiksiyon*) olarak düzenlenmesi ve aksini ispatı düzenleyen TMK m. 44/f. II’deki kuralın yürürlükten kaldırılmasıdır.

Ölüm karinesi, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde, bir bilinmezliği, belirsizliği ve yaşanabilecek bir ispat güçlüğü ortadan kaldırma amacı taşır. Kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması sonucunda ölümün gerçekleşmiş sayılması, ölümden kendi lehine hak çıkaran kimseler açısından bir zorunluluktur.

Ölüm karinesi için kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak şekilde kaybolması gerekir. Ölümün gözler önünde gerçekleştiği durumlarda aynı şekilde ölüm karinesi işletilmelidir. Nitekim ortada muayene edilip ölüm belgesi düzenlenecek bir ceset bulunmamaktadır.

Ölüm karinesi gereğince ölü kaydı düşme konusunda mülki idare amiri yetkili sayılarak, kanunkoyucu tarafından mahkemelerin iş yükü hafifletilmek istenmiş olabilir. Bu sebeple öğretilerde bazı yazarların savunduğu üzere bu konuda mahkemeden de talepte bulunulabileceği, buna TMK 44/f. II’nin imkân tanıdığı düşünceleri yerinde değildir. Bizce TMK m. 44/f. II’deki “kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemeden istenebileceği” yönündeki kural, ancak ölüm karinesinin aksinin ispatlanması çerçevesinde ele alınmalıdır. Buna göre aksini ispat, ölümün farklı tarihte gerçekleştiği veya kişinin sağ olduğu yönündeki bir ispat faaliyeti olarak yorumlanmalıdır.

Ölüm karinesinin aksini ispat, TMK m. 44/f. II’e göre ölümün farklı tarihte gerçekleştiği ya da ölü kaydı düşülen kimsenin gerçekte sağ olduğunun ileri sürülmesine yönelik dava açılmasıdır. Bu davaların doğrudan; farklı tarihte ölüm iddiasında “nüfus kaydının düzeltilmesi davası”, sağ olduğu iddiasında ise “nüfus kaydının iptali davası” olarak açılması usul ekonomisi ilkesine uygun düşer.

Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin farklı bir tarihte ölmüş veya sağ olduğunun tespiti özellikle aile ve miras hukukunda önemli hukuki sonuçlar doğurur. Aile hukukunda evliliğin akıbetinin ne olacağı, diğer eşin yeniden yapmış olduğu evliliğin geçerliliğini koruyup korumayacağı, mal rejiminin ve buna göre tasfiyenin nasıl etkileneceği, miras hukukunda hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin mirasbırakan veya mirasçı olması ihtimallerine göre, mirasçılığın tespiti, mirasın iadesi ve sair meseleler, ortaya çıkan hukuki sonuçların en önemlileridir.



**KAYNAKÇA**

- Acabey**, M. Beşir: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Cilt: I Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara 2019.
- Ardıç**, Oğuzhan: Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Arat**, Ayşe: “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 257-276, (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/116648>, Erişim Tarihi: 08.02.2022).
- Arpacı**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Arsebük**, Esat: Medeni Hukuk, Tan Matbaası, Ankara 1938.
- Ataay**, Aytekin: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Ayan**, Mehmet/**Ayan** Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Binath**, Yusuf Z.: Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- Birsan**, Kemaleddin: Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966.
- Breitschmid**, Peter: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 3. Auflage, Zürich 2016.
- Brückner**, Christian: Das Personen des ZGB Erster Teil Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz natürlicher Personen (Art.11-26 ZGB, Art.31-38 ZGB), Schulthess Verlag, Zürich 2000, ([http://www.cbrueckner.ch/pdf/AA01\\_Personenrecht1.pdf](http://www.cbrueckner.ch/pdf/AA01_Personenrecht1.pdf), Erişim Tarihi: 18.2.2022).
- Bucher**, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.

- Çelik**, Nazlı Hilal: Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Dörr**, Bianka S.: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, (Hrsg. Büchler, Andrea/Jakob, Dominique), Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich 2017.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- Egerland**, Thomas: Beckische Kurz Kommentar Erbrecht (Hrsg. Burand, Wolfgang/Rojahn, Dieter Hrsg.), 3. Auflage, 2019.
- Eren**, Fikret/Aktürk, İpek Yücer: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020.
- Fezyoğlu**, Feyzi Necmettin/Doğanay, Ümit: Medeni Hukuk Dersleri Cilt: I Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku Birinci Kitap Şahsın Hukuku, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara 1954.
- Guggenbühl**, Markus: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- Guggenbühl**, Markus/Beretta, Piera: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Gümüş**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Helvacı**, Serap/Erlüle, Fulya: Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Hatemi**, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5.Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020.
- Hofer, Sibylle:** Personenrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- Hofer, Sibylle/Hrubesch-Millauer, Stephanie:** Einleitungsartikel und Personenrecht, 2.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie/Bosshardt, Martina:** Personenrecht in a nutshell, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2021.
- Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg:** Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016.
- İnan, Ali Naim/Ertay, Şeref/Albayrak, Hakan:** İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2022.
- Karakay, Fatma Tülay:** “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (3), 2013, s. 729-759.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Medeni Hukuk Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Medeni).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2018.
- Kley, Andreas/Seferovic, Goran:** ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2011.
- Köprülü, Bülent:** Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.
- Lardelli, Flavio:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- Lardelli, Flavio/Nägeli, Caterina:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Leipold, Dieter:** Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB), Band: 11 Erbrecht, 8. Auflage, 2020.
- Müller-Christmann, Bernd:** Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK BGB), Hau/Poseck 61. Edition, 1.11.2021.

- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, İstanbul 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Oğuzoğlu**, H. Cahit: Medeni Hukuk Cilt: 1 Şahsın Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile).
- Öztan**, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 46. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Temel Kavramlar).
- Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern 1993.
- Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, Bern 2002.
- Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- Saymen**, Ferit H.: Türk Medeni Hukuku Cilt: II Şahsın Hukuku, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Serozan**, Rona: “Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çokevlilik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 293-306 (Çokevlilik).
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey: Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2021.
- Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Tala**, Murat: Ölümün Özel Haklara Etkisi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2006, (<http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/7763/189170.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 08.02.2022).
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri (Gerçek Kişiler Dahil), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973.
- Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2010.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, Emre:** Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir:** Zevkliler Medeni Hukuk-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Zeytin, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.