

Dr. Sena BAŞPINAR

**TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA VE
İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK**



**FİLİZ KİTABEVİ
İSTANBUL
2024**

Mayıs 2024

ISBN: 978-975-368-984-7

BASKI - CİLT

Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Matbaacı Sertifika Numarası: 48596

YAYINLAYAN



Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım
Petrol Ürünleri Sanayi ve Tic. Ltd. Şti.
Cemal Yener Tosyalı Cad. No: 57/A (113)
Vefa-Fatih/İSTANBUL
Tel: (212) 527 0 718
(850)441 0 359
Faks: (212) 519 20 71

www.filizkitabevi.com

bilgi@filizkitabevi.com

Yayıncı Sertifika Numarası: 48596

Copyright© Bu kitabın Türkiye'deki yayın hakları Filiz Kitabevi Basım Yayın Dağıtım Petrol Ürünleri San. ve Tic. Ltd. Şti.'ne aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılmaz, dağıtılamaz. Normal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanunî iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

*6 Şubat 2023 Kahramanmaraş depremlerinin ardından hayata
yeniden tutunan,
başta ailem olmak üzere, tüm kahraman yüreklere
ve
menzilini arayan bütün kayıp ruhlara...*

TAKDİM

Elinizdeki eser, benim de üyesi bulunduğum jüri önünde savunulan ve jüri üyelerinin taltifleri eşliğinde oybirliği ile başarılı bulunan yüksek lisans tezinin bazı küçük değişikliklerle kisveyi taba bürünmesi ile vücuda gelmiştir. Hukuk tarihimizin önemli simalarından birisi olan, Ziya UMUR, “**bizim hukuk tarihimizin**”, İslam hukuk tarihi ile Roma hukuku tarihi olarak ikiye ayırdığı tarihi istikametlerin her ikisinde birden aranması gerektiğini isabetli olarak belirtmektedir.

UMUR’a göre:

“Memleketimizde canlı olan ‘hukuk zihniyeti’, bu iki tarihi hukukun tesiri altında meydana gelmiştir:

A) Aşağı yukarı bin senelik İslâm hukuku ve

B) Fiilen, canlı olarak yaşayan Avrupa-Roma hukuku.¹

Şu halde bizde Hukuk Tarihi, bilhassa bu iki kolda faaliyet göstermek zorundadır. Gerçi bugün pozitif hukukumuzu, sadece Avrupa Hukuku teşkil etmekte ve bu bakımdan yalnız Roma Hukuku Tarihi yeterli gibi görünmekte ise de, memleketin pek çok yerinde, sökülmesi güç gelenek ve âdetler, İslâm Hukukunun izlerini silememektedir. Müslüman olan cemiyetimizin hususiyetlerini kavrayabilmek için, böyle olması, bir bakıma, hayırlı olmaktadır.²

Bu manada elinizdeki eser, gaiplik müessesini, bu iki büyük tarihi istikamet ışığında, bir yüksek lisans tezinden beklenen eşiği fazlasıyla aşarak mukayeseli biçimde işlemektedir. Gerek ilahiyat kökenli İslam hukukçuları tarafından gerekse modern hukukçular tarafından gaiplik müessesesini irdeleyen pek çok müstakil çalışma mevcut ise de konuyu **belli bir mukayese yöntemine riayet ederek** işleyen eserlerin sayısı yok denecek kadar azdır. Modern medeni hukuk ile İslam hukuku arasında yapılan mukayeseli çalışmaların sayısı son yıllarda oldukça artmış olmasına rağmen, bu çalışmaların pek çoğunda mukayesede takip edilen bir usulün izlerini sürmek maalesef oldukça zordur. Zannediyorum bu

¹ UMUR, Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 1. Cilt, İstanbul 1993, s. 31.

² UMUR, Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 1. Cilt, İstanbul 1993, s. 64.

sebeple elinizdeki eserin en önemli vasıflarından birisi, yazarın birbirine tamamen yabancı iki hukuk sistemi arasında yapmış olduğu mukayeselerde ***belli bir yönleme riayet hususunda göstermiş olduğu gayrettir.*** Eserin yazarı ile ilk yakın tanışıklığımızın, mukayeseli hukuk disiplini üzerine yürüttüğüm blok seminer vesilesi ile olduğunu ifade edersem, mukayeseli hukukta yöntem bahsi üzerine gösterilen bu ihtimamın tesadüfi olmadığı anlaşılacaktır.

Sevgili öğrencim Dr. Sena Başpınar, söz konusu seminerde, Profesör ***COTTERRELL*** tarafından kaleme alınan “*It so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity*”³ isimli makaleyi bir lisans öğrencisinden beklenemeyecek yetkinlik ve ilgi ile sunmuş, böylece mukayeseli hukuka olan ilgisini çok erken sayılabilecek bir tarihte göstermiştir. Tanışıklığı takip eden yıllarda neredeyse fasılasız devam eden hocalık-talebelik münasebetimizde en temel gözlemim, Dr. BAŞPINAR’ın yıllar içinde, karşılaştığı tüm zorluklara rağmen ilim yolundaki azim ve gayretinin bir lahza olsun azalmamış olmasıdır. Neredeyse tüm mesaisini yapmış olduğu bilimsel çalışmalara vakfeden, Dr. BAŞPINAR’ın tüm süreç boyunca en büyük destekçisi hiç şüphesiz pek kıymetli babası, annesi ve gönül insanı teyzesi olmuş, bu fedakâr insanlar evlatları ile akademinin tüm zorluklarını birlikte göğüslemiştir. Bu manada bir eserin kıymeti, şayet onun için ne tür fedakârlıklar yapıldığında aranacak ise, elinizdeki eserin, varmış olduğu neticelerden bağımsız olarak yazar ve ailesi için pek kıymetli olduğunu ifade etmeliyim. Yazarın da aşına olduğu kıymetli şair Cahit Zarifoğlu’nun söyleyişiyle, “***Her insanın bir sorumluluk çevresi var.***”⁴ Yazarın çevresine karşı taşıdığı sorumluluk bilincinin bir gereği olarak ortaya koyduğu bu eserin, hayat denilen vetire içinde en büyük erdemlerden birisi olan **adalet esasının** icrasına katkı sunması ümit ediyorum.

Doç. Dr. iur. Sinan OKUR, LL.M.

12 Mayıs 24, Münih

³ **COTTERRELL**, Roger, *Is it so Bad to be Different? Comparative Law and the Appreciation of Diversity*, in *COMPARATIVE LAW* 133- 154 (Esin Örucü & David Nelken eds., 2007).

⁴ **ZARİFOĞLU**, Cahit, *Konuşmalar*, İstanbul 2006, s. 38.

ÖNSÖZ

“*Türk Medenî Hukukunda ve İslam Hukukunda Gaiplik*” isimli bu çalışma, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı nezdinde 21.06.2019 tarihinde savunulan ve Prof. Dr. Murat DOĞAN (danışman), Doç. Dr. Sinan OKUR ve Doç. Dr. İsmail ATAMULU’dan oluşan jüri tarafından oy birliğiyle başarılı bulunan yüksek lisans tezinin geç de olsa kitaplaştırılmış halidir. Lisansüstü tezlerin savunulduğu şekilde yayımlanması esas olduğundan sadece kaynakçada yer alan eserlerin güncel baskılarına atıf yapmakla yetinilmiş, şekli düzeltmeler dışında, ek bir esere yer verilmemiştir.

Fahri bir akademisyen olarak yürüttüğüm yüksek lisans ve doktora süreçlerimde danışmanlığımı üstlenen, hayata karşı ilkeli duruşu ve akademisyenliğiyle her daim örnek aldığım, pek kıymetli hocam Prof. Dr. Murat DOĞAN’a evvela teşekkürü bir borç bilirim. “*Hayata inan! O, hatipten ve kitaptan daha iyi öğretir.*” der Goethe. Doğrusal bir çizgide ilerlemeyen, hayat gibi iniş çıkışlarla yoğrulmuş tekâmül eden akademik yolculuğumda “*doktor*” unvanını elde ettikten sonra yüksek lisans tezimi de kitaplaştırmam yönünde teşviklerde bulunarak bu eserin ortaya çıkmasına vesile olan, mukayeseli hukukun önemini bana öğreten, kıymetli hocam Doç. Dr. Sinan OKUR’a bilhassa kalbî şükranlarımı sunarım. Her şeyden öte, bir insanın sahip olabileceği en destekleyici ve şefkatli aile ortamını bana sunan, canım annem Hatice BAŞPINAR’a, canım babam Hasan BAŞPINAR’a ve bu dünyanın gördüğü en merhametli teyze, ailemizin biricik “*Nunu*”su, “*Vakıf İnsan*”, üstad hukukçu Suna TARHAN’a ne kadar teşekkür etsem az kalır.

Dr. Sena BAŞPINAR

Kayseri 2024

İÇİNDEKİLER

TAKDİM.....	V
ÖNSÖZ.....	VII
KISALTMALAR	XV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİ, KİŞİLİK VE KİŞİLİĞİN SONA ERMESİ KAVRAMLARI

I. Kişi.....	7
A. Mahiyeti.....	7
B. Türleri	12
1. Gerçek Kişiler.....	13
2. Tüzel Kişiler	15
II. Kişilik	18
III. Kişiliğin Sona Ermesi.....	21
A. Türk Medenî Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi	21
1. Kişiliğin Doğal Sona Erme Nedeni: Ölüm.....	22
a. Ölüm Anının Saptanması.....	22
aa. Biyolojik Ölüm	24
bb. Beyinsel Ölüm	25
cc. Ülkemizdeki Durum	26
b. Ölümün İspatı	26
aa. İspat Yüğü.....	26
bb. İspat Araçları	27
aaa. Kişisel Durum Sicili	27
bbb. Birlikte Ölüm Karinesi	27
2. Kişiliğin Karineyle Sona Ermesi: Ölüm ve Gaiplik Karinesi ..	30

a. Genel Olarak.....	30
b. Ölüm Karinesi	30
B. İslam Hukukunda Kişiliğin Sona Ermesi ve Türk Medenî	
Hukuku ile Mukayesesi.....	33
1. Genel Olarak.....	33
2. Hakikî Ölüm	34
3. Hükmî Ölüm.....	39

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA GAİPLİK

I. Gaiplik Kavramı.....	43
A. Tanımı ve Unsurları.....	43
B. Benzer Kavramlardan Farkı.....	47
1. Ölümden Farkı.....	47
2. Ölüm Karinesinden Farkı	48
C. Gaiplik Sistemleri	49
1. Genel Olarak.....	49
2. Ölüm Kararı Sistemi.....	51
3. Gaiplik Kararı Sistemi.....	53
4. Karma Sistem	54
II. Gaiplik Kararının Şartları	55
A. Esasa İlişkin Şartlar	55
1. Genel Olarak.....	55
2. Kanunun Öngördüğü Olaylardan Birinin Gerçekleşmesi.....	56
a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma.....	56
b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama	58
3. Belirli Sürenin Geçmiş Olması.....	60
a. Ölüm Tehlikesi İçinde Kaybolma Hâlinde Süre.....	61
b. Uzun Süreden Beri Haber Alınamama Hâlinde Süre	62
4. Ölümün Kuvvetle Muhtemel Olması	63
B. Usule İlişkin Şartlar	66
1. Yetkili ve Görevli Mahkeme	66

2. Mahkemeye Başvurmaya Yetkili Kişiler	68
3. İlan.....	71
a. İlanın Amacı	72
b. İlanın Süresi, Adedi ve Şekli	72
c. İlanın Sonuçları.....	74
aa. Gaiplik İsteminin Düşmesi	74
bb. İlanın Sonuçsuz Kalması ve Gaipliğe Karar Verilmesi..	75
III. Gaiplik Kararının Mahiyeti ve Hüküm Doğurma Anı	75
IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları	78
A. Genel Olarak.....	78
B. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama.....	79
1. Kaybolanın Malvarlığına Yönelik Alınacak Tedbirler	80
a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresi.....	80
aa. Genel Olarak	80
bb. Temsil Kayyımı Tayini	80
cc. Yönetim Kayyımı Tayini	82
b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunması.....	85
2. Kaybolanın Ailesine Yönelik Alınacak Tedbirler.....	89
C. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama.....	90
1. Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar.....	90
a. Nişanlılığa Etkisi	90
b. Evliliğe Etkisi.....	93
c. Kadın İçin Bekleme Süresine Etkisi	98
d. Mal Rejimine Etkisi.....	100
e. Babalık Karinesine Etkisi	104
f. Velayet ve Vesayet Üzerindeki Etkisi.....	107
2. Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar	110
a. Genel Olarak.....	110
b. Gaibin Mirası.....	110
aa. Genel Olarak	110
bb. Gaibin Mirasçılarının Tespiti	111
cc. Güvence Gösterme Zorunluluğu.....	112

aaa. Güvencenin Amacı.....	112
bbb. Güvencenin Türü ve Miktarı	113
ccc. Güvence Süresi	114
dd. Geri Verme Yükümlülüğü.....	115
aaa. Genel Olarak	115
bbb. Gaibin Ortaya Çıkması Hâlinde	117
ccc. Üstün Hak Sahibinin Ortaya Çıkması Hâlinde	121
c. Gaibin Hem Mirasbırakan Hem Mirasçı Olması.....	124
d. Hazinesinin Talebi Üzerine Gaiplik Kararı Alınması.....	127
D. Gaiplik Kararının Hükümünü Yitirmesi.....	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA GAİPLİK

I. Gaiplik Kavramı.....	133
A. Tanımı ve Kapsamı.....	133
B. Hukukî Dayanağı.....	135
C. Temel Unsuru	138
II. Gaiplik Kararının Şartı: Süre	139
A. Genel Olarak.....	139
B. Gaipliğe Hükmedilebilmesi için Geçmesi Gereken Süre Hususunda İslam Hukukçularının İctihatları	141
1. Hanefî Mezhebinin Görüşü	141
2. Şâfiî Mezhebinin Görüşü.....	143
3. Mâlikî Mezhebinin Görüşü	144
4. Hanbelî Mezhebinin Görüşü.....	145
C. Gaipliğe Hükmedilebilmesi için Geçmesi Gereken Süre Hususunda Osmanlı Hukuku Uygulaması	146
III. Gaiplik Kararının Mahiyeti ve Hüküm Doğurma Anı	148
IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçları	149
A. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama.....	149
1. Kaybolanın Malvarlığına İlişkin Alınacak Tedbirler	149
a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresi.....	149

aa. Hâkimin Velâyeti ve Bazı Tasarrufları	150
bb. Kayyım Tayini ve Kayyımın Yetkisi	154
aaa. Kayyım Tayini	154
bbb. Kayyımın Yetkisi	155
b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunması	157
2. Kaybolanın Ailesine İlişkin Alınacak Tedbirler	162
a. Genel Olarak	162
b. Kaybolanın Mevcut Malvarlığından Nafaka Takdir Edilmesi	163
aa. Nafaka Alacaklılarının Tespiti ve Nafaka Takdir Davası	164
bb. Nafaka Takdirine İlişkin Hükümler	166
aaa. Kaybolanın Malvarlığının Nafaka Cinsinden Olmaması	166
bbb. Kaybolanın Malvarlığının Nafaka Cinsinden Olmaması	169
c. Kaybolanın Malvarlığının Mevcut Olmaması Durumunda Nafaka Takdiri	171
3. Kaybolanın Eşinin Boşanabilmesi Meselesi	172
B. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama	176
1. Genel Olarak	176
2. Gaibin Evliliğiyle İlgili Hüküm ve Sonuçlar	176
a. Genel Olarak	176
b. İddet	177
c. Mehir	178
d. Nafaka	179
3. Gaibin Mirasıyla İlgili Hüküm ve Sonuçlar	181
a. Genel Olarak	181
b. Gaibin Mirasçılarının Tespiti	181
c. Gaibin Mirasının Kapsamı	182
C. Gaiplik Kararının Hükümünü Yitirmesi	182

1. İkinci Evlilik Yapmış Olan Gaibin Eşine İlişkin Hükümler .. 183
2. Malvarlığının Gaibe İadesine İlişkin Hükümler 185

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEDENÎ HUKUKUNDA VE İSLAM HUKUKUNDA

GAİPLİĞİN MUKAYESESİ

I. Gaiplik Kavramına İlişkin Mukayese	189
II. Gaiplik Kararının Şartlarına İlişkin Mukayese	193
III. Gaiplik Kararının Mahiyetine ve Hüküm Doğurma Anına İlişkin Mukayese	197
IV. Gaiplik Kararının Hüküm ve Sonuçlarına İlişkin Mukayese	199
A. Gaiplik Kararının Verilmesinden Önceki Aşama.....	199
1. Kaybolanın Malvarlığına Yönelik Alınacak Tedbirlerin Mukayesesi.....	200
a. Kaybolanın Mevcut Malvarlığının İdaresine İlişkin Mukayese	200
b. Kaybolana İntikal Edebilecek Miras Payının Tespiti ve Korunmasına İlişkin Mukayese	201
2. Kaybolanın Ailesine Yönelik Alınacak Tedbirlerin Mukayesesi.....	203
3. Kaybolanın Eşinin Boşanabilmesine İlişkin Mukayese	204
B. Gaiplik Kararının Verilmesiyle Başlayan Aşama.....	207
1. Aile Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçların Mukayesesi	207
2. Miras Hukukuyla İlgili Hüküm ve Sonuçların Mukayesesi ...	213
C. Gaiplik Kararının Hükümünü Yitirmesi	215
1. Malvarlığının Gaibe İadesine İlişkin Mukayese.....	215
2. Gaibin Evliliğinin Akıbetine İlişkin Mukayese.....	217
SONUÇ	219
KAYNAKÇA	223

KISALTMALAR

b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CC	: Code Civil (Fransız Medenî Kanunu)
c.	: cümle
CD.	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
eMK	: 743 sayılı Medenî Kanun
f.	: fıkra
h.	: hicri
HAK	: Hukuk-ı Aile Kararnâmesi
Haz.	: Hazırlayan
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İBK.	: İctihadı Birleřtirme Kararı
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Krř.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
M.Ü.	: Marmara Üniversitesi
NHK	: 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
p.	: page
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
sy.	: sayılı
T.	: Tarih
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
Yarg.	: Yargıtay
yy.	: yüzyıl
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

GİRİŞ

Toplumlardaki dini anlayışların, halkların karakter özelliklerinin, tarihî gelişimin ve uygarlık gelişiminin farklılığı, insan yaşamının birçok alanını farklı yönde şekillendirmiştir. Bu alanlardan birisi de hiç şüphesiz hukuktur. Zira, hukuk düzenlerinin temel yapılarını şekillendiren ve bu sebeple aralarında derin farklar oluşturan bazı belirleyici unsurlar mevcuttur. Bu unsurlar; bir hukuk düzeninin tarihî kökeni ve gelişimi, bu hukuk düzenindeki özel bir hukukî düşünce tarzı, özgün hukukî kurumlar, hukukun kaynakları, bunların yorumu ve ideolojik etkenler olarak temayüz etmektedir⁵. İşte hukuk düzenlerindeki bu belirleyici (değişmez) unsurları değişken unsurlardan ayırmamızı sağlayacak disipline “*mukayeseli hukuk*” adı verilmektedir.

Mukayeseli hukukun mahiyetine ilişkin yapılan en önemli ayırım “*mikro ve makro mukayeseli hukuk*” ayırımıdır. Makro mukayeseli hukuk; hukuk sistemlerinin yapısına, belirleyici unsurlarına, gelişim yönlerine ve bunlar arasındaki benzerlik ya da aykırılıklara odaklanır⁶. Buna karşılık mikro mukayeseli hukuk ise, bir hukuk kuralını, kavramını ya da kurumunu en az iki farklı hukuk sisteminde açıklayarak elde edilen benzerliklerden ve farklılıklardan birtakım münferit sonuçlara ulaşma çabasıdır⁷. Yani mukayeseli hukuk, mikro veya makro düzeydeki mukayeseli çalışmalar vasıtasıyla elde edilen yeni bilgilerden ortak bir-

⁵ Arzu **Oğuz**, “Hukukun Bağlımsız Bir Alanı Olarak Karşılaştırmalı Hukukun Konusu ve Metodu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni – Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan*, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 486.

⁶ Ergun **Özsunay**, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 40.

⁷ **Oğuz**, “Metod”, s. 482-483; **Özsunay**, *Karşılaştırmalı*, s. 39. Mikro mukayesenin metodu “işlevsel denklik ilkesi”ne göre belirlenmekte, işlevsel denklik ilkesi ise, sadece aynı ödevi gören ve aynı işlevi yerine getiren kurumların birbiriyle mukayese edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Oğuz**, “Metod”, s. 486-488.

takım kurallara, bir bütüne ulaşmayı konu edinen bir disiplindir. Dolayısıyla mukayeseli hukuk çalışmaları, farklı hukuk düzenlerine ilişkin verileri de göz önünde tutarak, belirli bir alanda daha elverişli ve tatmin edici çözümlere varabilmemize zemin hazırlamaktadır⁸.

Mukayeseli hukukun mütemmim cüzü mahiyetindeki diğer bir disiplin ise hukuk tarihidir. İlk bakışta, mukayeseli hukukun yaşayan hukuk düzenlerini, hukuk tarihinin ise geçmişte kalmış hukuk düzenlerini konu aldığı düşünülebilir ise de bütün hukuk tarihi araştırmalarının mukayeseli unsur içerdiği kuşkusuzdur⁹. Zira hukuk tarihçisinin görevi, hadiseleri zaman içinde teselsül kıstasına göre açıklamaktan ibaret olmayıp, aynı zamanda önceden bir olgu olarak beliren hukukî kurumların sonradan giderek nasıl uyulması zorunlu hukuk kurallarına dönüştüğü üzerinde tefekkür etmektir¹⁰. Diğer taraftan mukayeseli hukuk araştırmacısı ise mukayesenin sıhhati açısından incelediği kurum veya kavramın içinde geliştiği tarihî koşulları da dikkate almalıdır¹¹. Dolayısıyla hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk, belirli bir zaman dilimindeki ya da coğrafi alandaki hukukî çözümlere daha derin bir bakış açısıyla yaklaşmada, aynı kökenden gelen “*ikiz*” disiplinler olarak kabul edilmektedir¹².

Türk hukuk tarihinde önemli bir yere sahip olan İslam hukuku ise İslam dini içerisinde vahye dayalı olarak zamanla gelişmiş olan hukuk

⁸ Hüseyin **Hatemi**, *Medenî Hukuk'a Giriş*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 15.

⁹ Arzu **Oğuz**, *Karşılaştırmalı Hukuk*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 41.

¹⁰ Sinan **Okur**, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Mukâyeseli Hukuk Disiplininin Başlangıç Evresine Eleştirel Bir Giriş: Bir Osmanlı Hukukçusu Mişon Ventura’nın Mukâyeseli Hukuk Düşüncesine Tahlilî Bir Yaklaşım”, *Turkish Studies – International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, Volume 10/6, Spring 2015, p. 694; **Özsunay**, *Karşılaştırmalı*, s. 27.

¹¹ Sinan **Okur**, “Erken Dönem Hukuk Tarihi Eserlerinde Bir Yöntem Olarak Mukayese Usulü: Metodoloji Tartışmaları İçin Bir Giriş Denemesi”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (Ed. Fethi Gedikli), C. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 176; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 41.

¹² Konrad **Zweigert** and Hein **Kötz**, *An Introduction To Comparative Law*, Third Edition, Oxford University Press, New York 2011, p. 8.

kurallarının tümünü ifade eder¹³. Türk hukukunda 12. yüzyıldan başlayarak 19. yüzyılın ilk çeyreğine kadar uygulanan Hanefî İslam hukuku, 3 Kasım 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile resmen ilan edilen “*Tanzimat*” reformlarına kadar Türk hukukundaki etkisini tam anlamıyla sürdürmüştür¹⁴. 1839 yılında gerçekleştirilen bu reformlar sonucunda, Türk hukuku batı etkisine açılmaya başlamış ve 1926 yılında İsviçre Medenî Kanunu’nun tümüyle iktibas edilmesiyle de Türk hukukunda fiilen “*lâik-batı hukuku*” adı verilen yeni bir döneme geçilmiştir¹⁵. Bu yeni dönemde uygulanan Türk medenî hukuku, yapısı ve belirleyici unsurları itibariyle, İslam hukuku sisteminden büyük ölçüde farklılık arz etmektedir. Örneğin, yöntemsel açıdan bakıldığında, Türk medenî hukuku sisteminde benzer nitelikteki olay ya da işlemleri hukuk sistemini kuşatacak ve teorisini belirleyecek genel kurallar hâlinde inceleyen “*soyut/mücerred*” yöntem hâkimken; İslam hukuku sisteminin içinde geliştiği yöntem ise karşılaşılan her bir somut meselenin ayrı ayrı ele alınıp çözümlenmesi anlamına gelen “*kazuistik/meseleci*” yöntemdir¹⁶. Bu ve buna benzer farklılıklara rağmen, çeşitli hukuk sistemleri ve kurumları mukayeseli hukuk vasıtasıyla işlevsel olarak incelendiğinde, farklı hukuk düzenlerinde aynı şekilde ortaya çıkan hukukî problemlerin – terimler ve hukukî kurumların dış görünüşleri farklı olsa bile – aynı ya da çok benzer çözümleri olduğu görülmektedir¹⁷. İşte bu hukukî problemlerden birisi olan kayıp kişinin hukuku, Türk medenî hukukunda “*gaip-*

¹³ Mehmet **Erdoğan**, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 6. Baskı, Ensar Neşriyat, İstanbul 2016, s. 259.

¹⁴ Hüseyin Nail **Kubalı**, “XIX.cü Yüzyılın Sonlarından İtibaren Türkiye’de Mukayeseli Hukukun Gelişmesi ve Mukayeseli Araştırmaların Bugünkü Durumu”, (Çev. Özer Seliçi), *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 7, S. 10, 1973, s. 5.

¹⁵ **Kubalı**, s. 5 vd.; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 107 vd.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yakup **Mahmutoğlu**, “İslâm Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 2012, s. 131-151; Saffet **Köse**, *İslâm Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2016, s. 65; Ahmet **Yaman** ve Halit **Çalış**, *İslâm Hukukuna Giriş*, 4. Baskı, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2013, s. 27.

¹⁷ **Hatemi**, *Giriş*, s. 15; **Oğuz**, *Karşılaştırmalı*, s. 77 vd.; **Oğuz**, “Metod”, s. 487.

lik”, İslam hukukunda ise “*mefkûdluk*” kurumuyla çözüme kavuşturulmuştur.

Kişiliğin ölümle sona ereceği temel hukuk ilkesi gereğince bir kişinin öldüğüne dair kesin delil bulunmadıkça sağ kabul edilmesi esastır. Ancak özellikle savaşların, uzun zaman süren yolculukların ve doğal felaketlerin daha yaygın olduğu, buna karşılık iletişim imkânlarının nispeten sınırlı bulunduğu dönemlerde, insanların yerinden yurdundan ayrıldıktan sonra uzun süre kendilerinden haber alınamaması olgusuyla sıkça karşılaşılmaktaydı¹⁸. Yaşayıp yaşamadığı bilinmeyen ve uzun süre kendisinden haber alınamayan bu kişilerin ilanihaye sağ kabul edilmesi hem kayıp kişi hem de onunla hukukî ilişkisi bulunan kimseler hakkında şahsî ve malî birtakım hukukî problemler doğurmaktaydı¹⁹. Bu itibarla, kaybolan kişiler hakkında hem Türk medenî hukuku hem de İslam hukukunda belirli bekleme süreleri takdir edilmiş; bu sürelerin geçmesi sonucunda yargı yoluyla bu kişilerin “*hükmen ölü*” sayılmasına karar verilmiştir²⁰. İşte hakkında gaiplik kararı verilmiş olan bu kişi Türk medenî hukukunda “*gaip*”, İslam hukukunda ise “*mefkûd*” terimiyle ifade edilmektedir. Dolayısıyla Türk medenî hukukundaki “*gaiplik*” kurumu ile İslam hukukundaki “*mefkûdluk*” kurumu işlevsel olarak denk ve mukayeseye elverişlidir.

“*Türk Medenî Hukukunda ve İslam Hukukunda Gaiplik*” olarak adlandırılan bu çalışmada takip edilen yöntem mikro mukayesedir. Çalışmanın birinci bölümünde, Türk medenî hukuku ve İslam hukukunda kişi, kişilik ve kişiliğin sona ermesi kavramları mukayeseli olarak incelenmiştir. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümlerinde, Türk medenî hukuku ve İslam hukuku sistemlerinde gaiplik kurumuna ilişkin düzenlemeler ayrı ayrı ele alınarak ayrıntılarıyla incelenmiştir. Bununla birlikte,

¹⁸ Beşir **Gözübenli**, “Mefkûd”, DİA, İstanbul 2003, C. 28, s. 353; Mehmet **Şener**, “Mefkûd”, *İslam’da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, C. 3, s. 164.

¹⁹ M. Âkif **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş 18. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 211; **Gözübenli**, s. 353.

²⁰ **Aydın**, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210-211; **Gözübenli**, s. 353.

iki hukuk sisteminde kullanılan ortak başlıklandırma usulü sayesinde, konuya ilişkin mukayese zemini hazırlanmış ve böylece hukuk sistemlerinin kendi içlerindeki ve birbirleriyle olan insicamı sağlanmıştır. Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise Türk medenî hukuku ve İslam hukukunda gaipliğe ilişkin düzenlemeler, ikinci ve üçüncü bölümlerde kullanılan ortak başlıklandırma usulüne riayet edilerek, mukayese edilmiştir.

Çalışmanın muhteva itibariyle bir “*dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk*” çalışması olduğunu belirtmek gerekir. Dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk, hareket noktası yürürlükteki bir milli hukuk olmak üzere, başka hukuk düzenleri ile yapılan mukayeseyi konu edinmektedir²¹. Her ne kadar bu tür çalışmalar yürürlükteki hukuk düzenlerine hasredilse de Türk medenî hukukunun özelliği itibariyle önceki hukukla hâlen yürürlükte bulunan hukukun mukayesesinde önemli faydalar görülmektedir²². Zira tatbikî dogmatik mukayeseli çalışmalar vasıtasıyla günümüz hukukunun daha iyi kavranması, öğretilerdeki ilmî seviyenin yükselmesi, iktibas edilen hukukun uygulanmasında en uygun “*hâl suretlerinin*” bulunması ve mevzuatın şekil ve muhteva itibariyle ıslahı mümkün olabilir²³. Böylelikle dogmatik tatbikî mukayeseli hukuk, İslam hukukunu da araştırma alanına dahil ederek, Türk medenî hukuku hakkındaki bilgiyi genişletip derinleştirmek gayesine hizmet etmektedir²⁴.

²¹ Bülent **Davran**, *Mukayeseli Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968, s. 102. Diğer taraftan “*mukayeseli hukuk tarihi (dikey mukayeseli hukuk)*” ise, hukukî kurumların kökenini ve gelişimini mukayeseli olarak araştıran ve geçmişe ait bilgilerimiz bakımından mevcut boşlukları mukayese yoluyla doldurmaya çalışan bir alandır. Bkz. **Davran**, s. 103.

²² **Davran**, s. 103.

²³ **Davran**, s. 102-103.

²⁴ **Davran**, s. 103.

