

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK TIBBİ ARAŞTIRMALAR VE
İNCELEMELER BAKIMINDAN RIZA**

Yüksek Lisans Tezi

MUSTAFA AYTUNÇ ÖZEN

İstanbul, 2023

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK TIBBİ ARAŞTIRMALAR VE
İNCELEMELER BAKIMINDAN RIZA**

Yüksek Lisans Tezi

MUSTAFA AYTUNÇ ÖZEN

Danışman: Dr. KAZIM ALİ SONAT

İstanbul, 2023

GENEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı : Mustafa Aytunç ÖZEN

Anabilim Dalı : Hukuk

Bilim Dalı : Özel Hukuk

Danışman : Dr. Kazım Ali SONAT

Tez Türü ve Yılı : Yüksek Lisans - 2023

Anahtar Kelimeler : Soybağının Tespiti

Tıbbi Araştırma

Tıbbi Müdahale

Rıza

Rıza Gösterme Yükümlülüğü

Zor Kullanma

Analiz Yöntemleri

Aleyhe Değerlendirme

ÖZET

Çalışmamızın konusunu oluşturan "Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza" kapsamında, taraflar ve üçüncü kişilerin bu araştırmalar ve incelemelere katlanmakla yükümlü olup olmadığı, tıbbi müdahale kapsamında rıza açıklamasının hukuki anlam ve sonuçları, soybağı araştırmalarının kişilik

hakları ve vücut dokunulmazlığına yönelik müdahaleler kapsamında herhangi bir sorun teşkil edip etmediği konuları ele alınmaktadır. Esas olarak konuyu düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili düzenlemeleri birbirine yakın olduğu için çifte yürürlük sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda bahsi geçen düzenlemelerde taraf ve üçüncü kişilerin rıza beyanlarının hangi şekilde geçerli olduğu ve bu rızanın, uygulama ve hükme nasıl etkisi olduğu açıklanmaktadır. Ancak, ilgili konuda ortaya çıkan çelişkilerin rıza kavramı kapsamında açıklanması ve çifte yürürlük sorununun bu doğrultuda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışma, soybağı davaları bakımından rıza kavramına dayalı olarak ortaya çıkan çelişkileri ele almakta olup çifte yürürlük sorununu bu çerçevede değerlendirmektedir.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Mustafa Aytunç ÖZEN

Department Of : Law

Field : Private Law

Supervisor : Dr. Kazım Ali SONAT

Type of Thesis-Year : Master - 2023

Key Words : The Determination of Lineage

Medical Research

Medical Intervention

Consent

Obligation to Consent

Use Force

Analysis Methods

Adverse Evaluation

ABSTRACT

The subject of our study is "Consent Regarding Medical Investigations And Procedures For The Ascertainment Of Lineage" delves into whether parties and third parties are obligated to participate in these investigations and examinations. It also discusses the legal implications and outcomes of consent in the context of medical intervention, and if

lineage investigations pose any issues concerning personal rights and the inviolability of the human body. Both the Turkish Civil Code No. 4721 and the Code of Civil Procedure No. 6100 that primarily govern this subject have similar stipulations, which has led to a dual applicability problem. Therefore, our study explicates how the consent declarations of parties and third parties in the aforementioned legislations are valid and the impact of this consent on the implementation and judgement. However, it is necessary to explain the contradictions that emerge on the subject within the scope of the concept of consent, and to evaluate the dual applicability issue accordingly. This study focuses on the contradictions that arise from the concept of consent in lineage lawsuits and addresses the dual applicability issue within this context.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

GENEL BİLGİLER.....	i
ÖZET	i
GENERAL KNOWLEDGE	iii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
ÖNSÖZ.....	xi
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI KAVRAMI, SOYBAĞININ ÇEŞİTLERİ VE KURULMASI

I. SOYBAĞI KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ	5
A. Genel Olarak.....	5
B. Hısımlık ve Soybağı İlişkisi	7
C. Soybağı Hukukunda TMK'nın Getirdiği Yenilikler.....	8
D. EMK Döneminde Geçerli Olan Sahih Nesep ve Sahih Olmayan Nesep Kavramı... 15	
1. Doğal Soybağı – Hukuki Soybağı Kavramı	18
a) Doğal Soybağı	19
b) Hukuki Soybağı	20
2. Gerçek Soybağı – Yapay Soybağı Kavramı	25
a) Gerçek Soybağı.....	25
b) Yapay Soybağı.....	25
II. SOYBAĞININ KURULMASI.....	27
A. Genel Olarak.....	27

B. Soybağının Çocuk İle Ana Arasında Kurulması	29
C. Soybağının Çocuk İle Baba Arasında Kurulması	31
1. Soybağının Ana İle Evlilik Yoluyla Kurulması	31
2. Tanıma	33
3. Babalık Davası	36
4. Soybağının Evlat Edinme Yolu İle Kurulması	39

İKİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI İNCELEMELERİ VE TIBBİ ARAŞTIRMA METOTLARI

I. SOYBAĞI DAVALARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ	42
A. Genel Olarak	42
B. Bilirkişi İncelemesi	43
1. Soybağı Davaları Açısından Bilirkişi İncelemesi	49
2. Bilirkişi İncelemelerinin Soybağı Davalarına Etkisi	50
II. SOYBAĞINI ARAŞTIRMA METOTLARI	52
A. Kan Gruplarının İncelenmesi Metodu	52
B. Antropobiyolojik ve Kalıtsal İnceleme Metodu	56
C. DNA Analizi Yoluyla İnceleme Metodu	58
1. DNA Hakkında Genel Bilgiler	58
2. DNA Analizinin Gelişimi	60
3. Adli Bilimlerde DNA Analizi	61
4. Soybağı Davalarında DNA Analizi	62

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOYBAĞININ TESPİTİ BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA VE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

I. TIBBİ MÜDAHALE	66
--------------------------------	-----------

A. Genel Olarak.....	66
B. Tıbbi Müdahale Kavramı	67
C. Tıbbi Müdahalenin Unsurları ve Hukuka Uygunluk Şartları.....	69
1. Amaç ve Zorunluluk.....	70
2. Bilimsel Değişim ve Gelişmelere Uyumlu Olması	71
3. Yetkili ve Görevli Kişilerce Yapılması	71
4. Müdahaleyi Gerçekleştirecek Olan Kişide Faaliyete Engel Bir Durum Bulunmaması	73
5. Rıza veya Varsayılan Rızanın Bulunması	73
6. Hukuki Bir Nedene Dayanması	74
7. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Teşkil Etmemesi	78
8. Ceza Normları Bakımından Suç Teşkil Etmemesi.....	79

II. SOYBAĞI TESPİTİNİN HUKUKA AYKIRILIĞI VE SOYBAĞI TESPİTİNDE

RIZA	81
A. Soybağı Tespitinin Hukuka Aykırılığı.....	81
1. Genel Olarak	81
2. Kişilik Hakları Bakımından	82
3. Hukuka Aykırılığın Giderilmesi	85
B. Soybağı Tespitinde Rıza	86
1. Genel Olarak	86
2. Rıza Kavramı	88
3. Rızanın Hukuki Niteliği.....	90
4. Rızanın Konusu.....	92
5. Rızanın Kapsamı	94
6. Rızanın Şekli.....	95
C. Rızanın Hukuka Uygunluk Şartları.....	100
1. Genel Olarak	100

2. Soybağı İncelenecek Kişinin Ehil Olması	102
a) Tam Ehliyetlilerde Rıza	104
b) Sınırlı Ehliyetlilerde Rıza.....	106
c) Sınırlı Ehliyetsizlerde Rıza.....	107
aa) Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Sınırlı Ehliyetsizler	108
(i) Yasal Temsilcinin Rızasının Yanında Sınırlı Ehliyetsizin Görüşüne Başvurulması.....	111
(ii) Yasal Temsilcinin ve Sınırlı Ehliyetsizin Rızasının Birlikte Aranması	113
(iii) Sınırlı Ehliyetsizin Rızasının Tek Başına Yeterli Olması.....	115
(iv) Sınırlı Ehliyetsizin Belirli Bir Yaş Sınırına Ulaşması.....	118
ba) Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Sınırlı Ehliyetsizler.....	122
d) Tam Ehliyetsizlerde Rıza	123
3. Rızanın Hukuka ve Ahlak Kurallarına Uygun Olması.....	128
a) Genel Olarak.....	128
a) Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık	130
b) Genel Ahlaka Aykırılık	130
c) Kişilik Haklarına Aykırılık.....	132
4. Rızanın Serbest İradeye ve Aydınlatmaya Dayalı Olarak Açıklanması.....	136
a) Rıza İradesinin Sağlıklı Olması.....	136
aa) Yanılma (Hata)	138
ba) Aldatma (Hile)	139
ca) Korkutma (İkrah)	140
b) Rızanın Aydınlatma Neticesinde Verilmesi	140
5. Soybağı İncelemesini Yapacak Kişinin Yetkili Olması	145
D. Rızanın Aranmadığı Durumlar	147
1. Genel Olarak	147
2. Üstün Nitelikte Özel Yararın Bulunması.....	148
3. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması.....	151

III. CMK’NIN 75 VE 80. MADDELERİ ARASINDA DÜZENLENEN BEDEN MUAYENESİ, VÜCUTTAN ÖRNEK ALIMI VE MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER BAKIMINDAN RIZA 154

- A. Genel Olarak..... 154
- B. İlgili Düzenlemelerdeki Rıza Kavramının İncelenmesi..... 155
1. CMK’nın 75. Maddesi Açısından İnceleme 155
2. CMK’nın 76. Maddesi Açısından İnceleme 159
- a) Tanıklıktan Çekinme Açısından İnceleme 161
- b) CMK’nın 76. Maddesinde Belirtilen Mağdur ve Diğer Kişilerin Muayene ve Örnek Alımına Rıza Göstermemesi Durumu 162
3. CMK’nın 78. Maddesi Açısından İnceleme 163

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK TIBBİ ARAŞTIRMALAR VE İNCELEMELERE RIZA KAPSAMINDA TMK’NIN 284 VE HMK’NIN 292. MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK İNCELEME KARARININ KOŞULLARI ..
..... 166

- A. Genel Olarak..... 166
- B. Derdest Bir Soybağı Davası Olması 167
- C. Soybağının Kesin Olarak Tespit Edilebilmesi Bakımından Zorunlu Olması 167
- D. Bilimsel Yöntem ve Verilere Uygun Nitelikte Olması 169
- E. Soybağı İncelemesi Yapılacak Kişilerin Sağlıkları Yönünden Herhangi Bir Tehlike Oluşturmaması..... 169

II. TMK’NIN 284. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME 171

- A. Genel Olarak..... 171

B. TMK'nın 284. Maddesi İle ZGB'nin Mülga 254. Maddesinin İncelenmesi	174
C. TMK'nın 284. Maddesinin Uygulanma Koşullarının İncelenmesi	178
1. Rıza Gösterme Yükümlülüğü Kapsamına Giren Kişiler	181
2. Soybağının Tespitine Yönelik Ölülerden Biyolojik Materyal Alınması.....	183
3. Rıza Gösterme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi	184
D. 7136 Sayılı Kanunla Birlikte Düzenlenen Zor Kullanma Hakkının İncelenmesi ..	186
III. HMK'NIN 292. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME	189
A. Genel Olarak.....	189
B. Karşılaştırmalı Hukukta Soybağının Tespitine Yönelik Kişilerden Kan veya Doku Örneği Alınması.....	191
1. İsviçre Hukukunda	191
2. Alman Hukukunda	192
C. HMK'nın 292. Maddesinin Uygulanma Koşullarının İncelenmesi.....	197
D. İncelemenin Zor Kullanılarak Yapılması Düzenlemesinin Kişilik Haklarına Aykırılık Teşkil Edip Etmediği Sorunu	204
IV.TMK'NIN 284. MADDESİ İLE HMK'NIN 292. MADDESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ VE ÖNCELİK SORUNU	211
A. Genel olarak.....	211
B. Doktrinde Savunulan Görüşler	211
C. İki Düzenleme Arasındaki İlişkinin İçtihatlar Bakımından Değerlendirilmesi.....	216
SONUÇ.....	225
KAYNAKÇA	230

ÖNSÖZ

"Soybağının Tespitine Yönelik Tıbbi Araştırmalar ve İncelemeler Bakımından Rıza" başlıklı bu tez, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundaki "Rıza Gösterme Yükümlülüğü"nü, temelde tıbbi müdahale niteliği taşıyan soybağı araştırmaları kapsamında ele alarak, rıza kavramını, kişinin vücut bütünlüğü ve kişilik haklarına müdahale perspektifinde incelemekte, bu kavramı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki, soybağının tespitine yönelik araştırmalara katlanma yükümlülüğü ile karşılaştırmakta ve soybağı davalarında karşılaşılan çifte yürürlük problemine ışık tutarak ilgili düzenlemeleri değerlendirmektedir.

Bu konudaki çalışmamın sonuçlanmasında katkıları bulunan danışman hocam Dr. Kazım Ali Sonat'a saygı ve teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca tez sürecinin araştırma ve yazım safahatında bana destek veren ve emeklerini benden esirgemeyen Adalet Bakanlığı Yüksek Müşaviri olan babam Adnan Özen'e, çalışmamda pek tabii yeri olan annem Asuman Özen'e ve hayatımı sevgi ile dolduran, en kalbi duygular ile benim arkamda duran, adı ile aynı anlamı taşıyan Neşe'ne teşekkürü adeta borç bilirim.

Tez çalışmamın araştırma ve inceleme aşamasının çoğu kısmını geçirdiğim ve bana zengin kaynaklarından araştırma fırsatı sunan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, İstanbul Atatürk Kitaplığı ve Ankara Milli Kütüphane yönetimi ve çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım.

KISALTMALAR

- AÜEHFD** : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
- AÜHFD** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- BAM** : Bölge Adliye Mahkemesi
- bkz.** : bakınız
- BMY** : Beden Muayenesi Yönetmeliği
- C.** : Cilt
- CD.** : Ceza Dairesi
- CHD** : Ceza Hukuku Dergisi
- CMK** : Ceza Muhakemesi Kanunu
- CMUK** : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
- DEÜHFD** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- dn.** : dipnot
- E.** : Esas
- Ed.** : Editör
- EMK** : Eski Medeni Kanun
- EÜHFD** : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- GUMG** : İnsanlarda Genetik Araştırmalar Yapılması Hakkında Kanun
- GÜSBE** : Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

- HD.** : Hukuk Dairesi
- HGK.** : Hukuk Genel Kurulu
- HHFD** : Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
- HMK** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- İÜHFM** : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
- K.** : Karar
- m.** : madde
- S.** : Sayfa
- s.** : sayı
- SBE** : Sosyal Bilimler Enstitüsü
- T.** : Tarih
- TAAD** : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
- TBB** : Türkiye Barolar Birliği
- TBK** : Türk Borçlar Kanunu
- TCK** : Türk Ceza Kanunu
- TMK** : Türk Medeni Kanunu
- TŞSTİDK** : Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
- TTK** : Türk Ticaret Kanunu
- UNCRC** : Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Yarg. : Yargıtay

yay. : Yayınevi, Yayınları, Yayın, Yayıncılık

GİRİŞ

Son yıllarda değişen dünya düzeni ile birlikte bilim ve teknoloji alanında da çığır açan yenilikler gündeme gelmiştir. Çalışmamızın içeriği bakımından tıp alanında yaşanan devrimler, soybağı alanına da etki etmiş ve soybağının kesine yakın bir doğruluk ile belirlenebilir hale gelmesine sebebiyet vermiştir. Bu gelişmelere paralel olarak Aile Hukuku alanında da, özellikle biyolojik ve hukuki babalık terimleri önem kazanmış olup çocuk ile babası arasında oluşan soybağının kurulmasını sağlama hususunda yeni bir takım kanuni düzenlemelerin yapılması zorunluluğu doğmuştur.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 284'üncü maddesi ile birlikte, soybağına ilişkin davalarda hâkimin, davanın tarafları ve bu taraflara ek olarak üçüncü kişileri, tıbbi araştırma ve incelemelere katlanmaya zorlayabileceği ve davalı tarafın, bu araştırma ve incelemelere haksız olarak rıza göstermemesi durumunda, dava bakımından beklenen sonucu, o kişi aleyhine neticelendirebileceği hususu açık bir şekilde düzenlenmiştir. TMK'nın 284'üncü maddesi, soybağının tespiti davalarında gen analizine rıza gösterilmemesini aleyhe delil olarak kabul edebilmektedir. İlgili madde metninde hâkimin, durum ve koşullara göre beklenen sonucu, davalının aleyhine sayabileceği belirtildiğinden ve kesinlik arz eden bir ifade kullanılmadığından dolayı, hâkimin takdirine göre değişen bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Bu durum, soybağı incelemesinin reddedilmesinin, hâkimin, bu reddi aleyhe bir delil olarak kabul etme hakkına olarak tanır. Anılan madde, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını belirtir ve bu genel kurala bazı istisnalar getirir. Ancak, soybağının tespiti konusunda gen analizi uygulaması, kişinin vücut bütünlüğüne bir tür müdahale niteliğindedir. Bu nedenle, kişinin bu müdahaleye rızası, hukuka uygunluk bakımından gereklidir.

Medeni Kanundan yaklaşık on yıl sonra yürürlüğe giren ve İsviçre Hukukundaki güncel eğilime paralel olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun İspat ve Deliller başlığını taşıyan Dördüncü Kısımın, "Keşif" başlığını taşıyan Altıncı Bölümünde, soybağının tespiti için inceleme hükmüne yer verilmiş olup, soybağı davaları bakımından uygulanacak

usulü konulara ilişkin yeni ve önemli düzenlemeler getirilmiştir. Soybağı davaları bakımından HMK'nın 292'nci maddesi, TMK'nın 284'üncü maddesinden farklı usul ve neticelere sahiptir. Bahse konu maddede özet olarak; hâkimin, soybağına ilişkin olan davalarda tıbbi araştırma ve incelemelere başvurabileceği, davanın taraflarının ve üçüncü kişilerin bu araştırma ve incelemelere katlanmakla yükümlü olduğu, bu kişilerin haksız yere kaçınmaları halinde hâkimin, ilgili incelemelerin zor kullanılmak suretiyle yapılmasına karar vereceği belirtilmiştir.

Aslında bir kişinin vücut bütünlüğüne yönelen her türlü tıbbi müdahale, yalnızca o kişinin bu tıbbi müdahaleye açıkça rıza göstermesi durumunda hukuka uygun hale gelecektir. Kişinin dokunulmazlığı hakkı, hem ulusal hem de uluslararası düzenlemeler ile koruma altına alınmıştır. Anayasanın 17, TMK'nın 23 ve 24, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54, 55 ve 56 ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 86 vd. maddelerinde vücut bütünlüğünü açıkça koruyan düzenlemeler yer almaktadır. Belirtmiş olduğumuz bu ulusal düzenlemelere ek olarak, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesini de uluslararası düzenlemeler bakımından örnek gösterebiliriz. Kişinin, hukuka uygun olarak rızası alınmadan, soybağı davaları kapsamında tıbbi araştırma ve incelemelere yönelik yapılan bu müdahaleler, kişilik hakları ve kişisel değerlerin ihlal edilmesine sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, burada soybağı incelemelerine yönelik rıza ve tıbbi müdahale kavramları önem kazanmaktadır . Her ne kadar hal böyle olsa da, zorunlu olan ve kanuni bakımdan sınırları belirtilen istisnai durumlarda, kişinin rıza açıklaması olmasa dahi, kendi vücut bütünlüğüne yönelik istem dışı uygulanan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak gündeme geleceği söz konusudur. Bu itibarla, TMK'dan sonra yürürlüğe konulan ve soybağı yargılamalarındaki usulü hususları düzenleyen HMK'nın 292'nci maddesi, kişilerin rızası dışında bu araştırma ve incelemelerin uygulanmasını gündeme getirmiştir ki, çalışmamızın ana konusu da bu rıza kavramı ve rıza gösterme yükümlülüğü kapsamında toplanmaktadır. HMK'nın 292'nci ve TMK'nın 284'üncü maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, aynı konuyu düzenleyen bu iki hükmün öngörmüş olduğu hukuki sonuçlar bakımından ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Bu bakımdan, çalışmamızda her iki

ana düzenleme kapsamında, soybağı davalarında tıbbi araştırma ve incelemelerin hangi hukuki sebebe dayanılarak uygulandığını, davanın taraflarının ve üçüncü kişilerin rıza açıklamasının, araştırma ve incelemeler kapsamındaki etkisini, tıbbi müdahale kavramını, tıbbi müdahaleler bakımından rıza açıklamasının hukuki niteliği ile bu müdahalelerdeki hukuka uygunluk hallerini ve rıza alınmadan yapılan soybağı araştırma ve incelemelerinin hukuken geçerli olup olmadığını ele almaya çalışacağız.

Bu çalışmanın amacı, temelde kişilik haklarına doğrudan bir müdahale olarak kabul edilen soybağının tespitine yönelik tıbbi müdahalelerdeki rıza kavramının hukuki boyutunu; TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki hukuka uygunluk sebepleri ve Anayasanın 17'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen, kişinin dokunulmazlığına ve maddi-manevi varlığına müdahaleleri meşru kılan düzenlemeler çerçevesinde ele almak ve soybağı incelemelerinde gündeme gelen rızanın, üstün nitelikte özel yarar ve kamu düzeni kavramlarıyla olan ilişkisini incelemektir. Ayrıca, tıbbi araştırmalar ve incelemelerde, soybağının tespiti amacıyla kişilerin rıza gösterme yükümlülüğü ve bu incelemelere rıza göstermemeleri durumunda, zor kullanılarak incelemeye tabi tutulmalarının hukuksal geçerlilik koşulları incelenerek, bu bağlamda, çifte yürürlük, kişilik haklarının ihlali, kamu düzeni ve üstün nitelikte özel yarar kavramlarına dayanmak suretiyle, bu konulardaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik kanaat ortaya koymaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde; soybağı kavramı, hısımlık ve soybağı ilişkisi inceledikten sonra, soybağı bakımından TMK'nın getirmiş olduğu yenilikler, soybağının çeşitleri, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde soybağının çeşitleri ve özellikleri incelenmiştir. Sonrasında soybağının kurulması başlığı altında, TMK bakımından soybağının çocuk ve ana arasında kurulması ile çocuk ve baba arasında kurulması konuları incelenmiştir.

İkinci bölümünde; soybağı davalarında bilirkişi incelemesi, bilirkişi incelemesinin bu davalardaki etkisi ve soybağı araştırma metotları ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. DNA analizi yöntemi, soybağı davaları bakımından daha ön planda olduğundan dolayı, bu konu diğerlerine göre daha ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

Üçüncü bölümünde; genetik incelemelerin esasında tıbbi müdahale olması sebebiyle, tıbbi müdahale kavramı üzerinde durulmuştur. Bu itibarla, tıbbi müdahale kavramı, tıbbi müdahalenin unsurları ve hukuka uygunluk şartları, soybağı tespitinin hukuka aykırılığı ve soybağı tespitinde rıza, genel olarak rıza kavramı, rızanın konusu, şekli, kapsamı ve hukuki niteliği, rızanın hukuka uygunluk şartları, rıza ehliyeti, rızanın aranmadığı durumlar, üstün nitelikte özel yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması ile bu bölümün sonunda, CMK'nın 75 vd. maddelerinde düzenlenen beden muayenesi, vücuttan örnek alınması ve moleküler genetik incelemeler konuları rıza ekseninde değerlendirilmiş ve rıza konusunda, mağdur, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin irade beyanlarının, ilgili müdahaleler bakımından hukuki geçerliliği üzerinde durulmuştur.

Dördüncü bölümünde ise; soybağının tespitine yönelik TMK'nın 284 ve HMK'nın 292'nci maddeleri kapsamında verilen tıbbi araştırma ve inceleme kararlarının koşulları, bu düzenlemelerin karşılaştırmalı hukuktaki yeri, incelemenin zor kullanılarak yapılması düzenlemesinin kişilik haklarına aykırılık teşkil edip etmediği sorunu, her iki düzenleme arasındaki ilişki, öncelik ve çifte yürürlük sorunu ile doktrinde savunulan görüşler, 7136 sayılı Kanunla birlikte gelen zor kullanma hakkı ve son olarak anılan düzenlemeler bakımından HMK öncesi ve sonrası verilen içtihadi kararlar incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI KAVRAMI, SOYBAĞININ ÇEŞİTLERİ VE KURULMASI

I. SOYBAĞI KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

A. Genel Olarak

Soybağı¹ kavramını ele almadan önce, “soy” kelimesinin etimolojik anlamını, sözlük vasıtasıyla açıklamakta fayda olduğu kanaatindeyiz. Soy kelimesi, bir başka anlamıyla nesep kavramı, bir atadan gelen kimselerin oluşturduğu topluluğu, köken, sülale, cins, tür, çeşit anlamlarında kullanılmaktadır². Soy kelimesine eş anlamlı olarak, daha öncesinde dilimizde sıklıkla kullanılan Osmanlıca karşılıkları aslunesl, hasep, nejad, neseb, sülale, tebar gibi kelimeler de örnek verilebilmektedir³. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde kullanılan “nesep” terimi, bundan yetmiş beş yıl sonra yayımlanan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile değişikliğe uğrayarak yerini “soybağı” terimine bırakmıştır.

Soybağı, doktrinde mevcut bir soya bağlılık anlamına gelmektedir⁴. Kişiyi, soyundan gelen diğer kişi ya da kişilere bağlayan bağlantının karşılığıdır. O kişinin, kimin soyundan geldiğini, hangi soya ait olduğunu açıklamaya yarayan bir terim olarak anlaşılmaktadır. Bu anlamda, aidiyet sorununa da yanıt vermektedir. Bir başka anlatımla, belirli bir atadan gelen kişilerin oluşturduğu topluluğa soy denmekle birlikte; belirli olan bu soya bağlılığa da soybağı adı verilir⁵.

¹ İngilizce, Filiation ya da Lineage olarak adlandırılmaktadır.

² Kelimenin geniş anlamı için bkz., www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 15.02.2021)

³ Kelimenin geniş anlamı için bkz., www.luggat.com. (Erişim Tarihi: 15.02.2021)

⁴ Aydın Zevkliler, **Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınları, 1989 s. 925; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014, s. 252; Cem Baygın, **Soybağı Hukuku**, İstanbul: On İli Levha Yayıncılık, 2010 s. 1; Turgut Akıntürk, **Medeni Hukuk**, Genişletilmiş 13. Basım, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2008, s. 279.

⁵ Murat Uyumaz, **Soybağı Davalarında Usule İlişkin Problemler**, Ankara: Adalet Yayınevi, Haziran 2015, s.3.

Soybağı terimi çeşitli anlamlarda kullanılmakla birlikte, doktrinde genel kabul gören ve ifade edilen anlayışa göre iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bu terimi biri geniş diğeri dar anlamda olacak şekilde sınıflandırmak gerekirse; geniş anlamda soybağı, kişinin üst soyu ile olan genetik, biyolojik, tabii ve hukuki bağı ifade etmektedir⁶. Buna göre soybağı terimi, çocuğun, üst soyu ile yani annesi, babası, büyük annesi, büyük babası ile aralarında oluşan biyolojik ve hukuki bağı ifade etmektedir⁷. Doktrinde bazı yazarlar bu kavramı geniş yorumlayıp “Bir kişinin üst soyu, alt soyu ve yan soyu ile olan kan bağı ve hâkimiyet tasarrufu ile kurulan yapay bağ” şeklinde ifade etmişlerdir⁸. Bu vesileyle geniş anlamda soybağı kavramı, kişinin alt soyu ve üst soyu ile olan bağa ilave olarak kardeş, dayı, amca, hala teyze gibi yan soy kan hısımlarını, hatta evlatlık hukuki ilişkisi ile kurulan yapay soy bağını da kapsayan geniş bir kavramdır⁹. Bu geniş anlamdan kaynaklı yorum tekniği, soybağı kavramı ile nesil kavramının birbirine karışmasına sebebiyet vermektedir¹⁰.

Dar anlamda soybağının anlamı ise yalnızca, çocuk ile ana ve babası arasındaki bağlantıyı ifade etmektedir¹¹. TMK’nın Aile Hukuku kitabının “Hısımlık” başlığında yer alan İkinci Kısımın Birinci Bölümünde, 282 vd. maddelerinde düzenlenen soybağı kavramı da bu anlamda soybağını vurgulamaktadır.

⁶ Uyumaz, s.3; İsviçre Medeni Kanununda “soybağı” kavramı daha çok “çocuk ilişkisi” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s.122.

⁷ Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku**, Yenilenmiş 2. Basım, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006, s. 333; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku -6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Göre Uyarlanmış**, 28. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2014, s. 281; Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 15; Ömer Uğur Gençcan, **Soybağının Kurulması Reddi-Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri**, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2002, s. 32; Serozan-Çocuk, s. 142; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, **Çocuk Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 341; Akıntürk-Aile, s. 279.

⁸ Uyumaz, s.4; Emine Akyüz, **Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması**, Genişletilmiş 2. Basım, Ankara: Pegem Yayıncılık, 2018, s.133.

⁹ Uyumaz, s.4; Şakir Berki, “Medeni Kanun’da Nesep Hısımlığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1956, C.13, S.3-4, s.34; Akyüz, s.133.

¹⁰ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 5. Basım., C. 2, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1956, s.248.

¹¹ Soybağı kavramı, çocuk ile ana ve babası arasındaki bağlantıyı ifade etmek için kullanılan kavramdır. Bkz. Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk – Medeni Hukuka Giriş – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku**, 5. Basım, İstanbul: Legal Kitabevi, 2018, s.196.

B. Hısımlık ve Soybağı İlişkisi

Soybağı, “hısımlık” başlığı altında düzenlenmesinden dolayı kısaca bu kavramı açıklamak gerekirse; hısımlık kavramı, soybağına kıyasla daha geniş kapsamlı bir üst kavramdır¹². Belirli kişiler arasında kan bağı, evlenme ya da evlat edinme neticesinde kurulan ve buna ilişkin sonuçlar doğuran hukuki ilişkidir. TMK’nın 17’nci maddesinin ikinci fıkrasına göre kan hısımlığı; *“Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır.”* şeklinde belirtilmekle birlikte; kayın hısımlığı başlığını taşıyan TMK’nın 18’inci maddesinin birinci fıkrasında ise *“Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur.”* denilmek suretiyle bu iki kavram açıklanmıştır. Ek olarak, evlat edinme neticesinde evlat edinen kişi ile evlatlık ve onun alt soyu arasında da hısımlık bağı kurulmaktadır¹³.

Sonuç olarak, hısımlık kavramı; kan bağı aracılığıyla oluşan kan hısımlığını, evlilik sonucunda doğan kayın hısımlığını ve evlat edinme vasıtasıyla yaratılan yapay hısımlığı içermektedir.¹⁴ Kan hısımlığı ile evlat edinme sonucu ortaya çıkan hısımlık, daha geniş anlamda soybağına karşılık gelmektedir. Eşlerin evlenme anında mevcut bulunan hısımları ile birlikte, evlilik sürecinde oluşan ve kan hısımlığını kapsayan kayın hısımlığı hususu, soybağı kavramının çerçevesi dışında bulunmaktadır. Soybağı kavramı, bir kişinin kimlerden ürediğini veya hangi soydan geldiğini açıklar. Soybağı, hısımlığın daha dar kapsamlı bir alt kavramıdır¹⁵. Bu bilgiler neticesinde anlaşılacağı üzere, hem geniş hem de dar anlamı itibariyle soybağı yani nesep kavramı, hısımlık kavramından daha dar anlamdadır¹⁶.

¹² Serozan-Çocuk, s.142; Baygın-Soybağı, s.2.

¹³ Baygın-Soybağı, s.3.

¹⁴ Baygın-Soybağı, s.3.

¹⁵ Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1992, s.88.

¹⁶ Baygın-Soybağı, s.3.

EMK döneminde Anayasa Mahkemesine konu olan bir kararda; “*Aile hukuku kapsamında düzenlenen nesep, bir bireyin yalnızca annesi ve babası ile olan genetik ilişkisini ifade eder, bu da ana-baba ve çocuklar arasındaki hısımlık bağıını tanımlayan sınırlı ve spesifik bir kavramdır.*” denilerek, nesep kavramının dar anlamda anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹⁷. TMK’da tanımlanan soybağı kavramı, niteliği itibariyle teknik ve sınırlı bir kullanıma sahip olup çalışmamızda bu kavramı, Kanunumuzda belirtildiği şekliyle kullanmayı tercih edeceğiz.

C. Soybağı Hukukunda TMK’nın Getirdiği Yenilikler

TMK, soybağı hukuku kapsamında birçok yenilik getirmiştir. EMK’ya nazaran bu değişikliklerden bazıları reform niteliğindedir. Çalışmamızda bu husus ana konumuz olmadığından dolayı, TMK’nın getirdiği bu yeniliklere genel anlamda yer verip açıklamaya çalışacağız. Bu yeniliklerin en önemlilerinden olan ve EMK’daki sahih nesep – gayri sahih¹⁸ nesep ayrımı mülga edilerek, ister evlilik içinde, isterse de evlilik dışında doğmuş olsunlar, çocukların ana ve babasına hukuken bağlanmalarını, yani ait olmalarını sağlayan tek bir soybağı öngörülmüş bulunmaktadır¹⁹. Bu yeni düzenlemenin getirilişindeki temel sebepler, doktrinde sıklıkla yer bulan eleştiriler²⁰, Fransız hukukunda 1972, Alman hukukunda 1970 ve İsviçre hukukunda ise 1978 yılında yapılan değişikliklerdir²¹.

TMK bakımından, çocuk ile annesi arasında bulunan soybağı ilişkisi doğumla birlikte kurulurken; çocuk ile babası arasında bulunan soybağı ilişkisi ise annenin evliliği,

¹⁷ Kemal Akar, **Soybağı Tespiti**, 1.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s.17; Anayasa Mahkemesi, E. 1990/15, K. 1991/5, T. 28.02.1991 (Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.06.2021).

¹⁸ Evlilik içi ve evlilik dışı nesep.

¹⁹ Medeni Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, Aile Hukuku bağlamında yapılan değişikliklerin, Türk Kanunu Medenisi dönemindeki düzenlemeler ile mukayesesi hakkında, daha ayrıntılı bilgi edinmek için Bkz. Veysel Başpınar, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konudaki Bazı Önerilerimiz”, *AÜHFĐ*, 2003, C.52, S.3, s.79-100.

²⁰ Başpınar, s.95; Akıntürk-Aile, s.317-318.

²¹ Başpınar, s.95, Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk-Aile, s.317 vd.

mahkeme kararı veyahut babanın tanınması ile kurulabilir. Bu durumun yanı sıra, evlat edinme yoluyla da soybağı ilişkisi kurulabilmektedir.²².

Evlilik birliği içerisinde doğan, veyahut ana rahmine düşen çocukların soybağı bakımından hukuki sonucu, hem ana hem de babalarına doğumla birlikte kendiliğinden bağlandıklarından dolayı, onlardan ayrılmaz niteliktedir. Evlilik dışı doğan çocukların, anaları ile arasında doğumla birlikte soybağı kurulmuş olsa da, babaları ile arasındaki soybağı, analarında olduğu gibi kendiliğinden kurulmaz²³. Evlilik dışında doğan çocukların, babaları ile arasında soybağının kurulabilmesi için, tek taraflı bir işlem olan tanıma ya da hâkim kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak evlilik dışında doğan çocuklarla, babaları arasında kurulan soybağının, evlilik içinde doğan çocuklarla babaları arasında bulunan soybağından herhangi bir farkı bulunmadığı kabul edilmektedir²⁴. Yani çocuğun babası arasındaki soybağının kurulabilmesi bakımından evlilik içi ya da evlilik dışı doğumun herhangi bir önemi yoktur.

Yargılama usulü bakımından soybağı ile ilgili davalarda hâkimin, delilleri serbestçe değerlendirme ve maddi olguları tespiti bakımından re'sen araştırma ilkesi benimsenmiş olup, ayrıca TMK'nın 284'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, taraflar ve üçüncü kişilerin, soybağının tespiti bakımından zorunlu olan ve sağlıkları bakımından tehlike oluşturmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olduklarına ilişkin düzenlemeye gidilmiş, hâkime, söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket eden taraf aleyhine, mevcut bulunan şartlara göre, bundan beklenen sonucu varsayıp, yani fiili karine olarak değerlendirip karar verme yetkisi verilmiştir. Bu hususa ileride ayrıntılı yer vereceğimizden dolayı burada daha fazla açıklamada bulunmadığımızı ifade etmek isteriz²⁵.

²² Başpınar, s.96; Baygın-Soybağı, s.6.

²³ Baygın-Soybağı, s.6.

²⁴ Başpınar, s.96; Baygın-Soybağı, s.6.

²⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm I. II. ve IV.

Usul ekonomisi ilkesi kapsamında soybağına ilişkin davalarda, yargılamanın hızlanması ve taraflara kolaylık sağlaması açısından, davanın taraflarından birinin ilgili davayı, dava veya doğum esnasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılabileceği hükme bağlanarak, ilgili kişilere önceki Kanundaki yetki kurallarından daha geniş seçenek sunulmuştur²⁶.

TMK'da yapılan bir diğer yenilik ise, herhangi bir koşula bağlı olmaksızın çocuğun, soybağının reddi davası açma hakkına sahip olmasıdır.²⁷ TMK'nın 291/2 maddesine göre; ergin olmayan bir çocuk adına soybağının reddi davası, kendisine atanmış olan kayyım tarafından açılacaktır. Eğer çocuğa kayyım tayin edilmemişse, TMK'nın 289/2 maddesine göre çocuk, erginliğe eriştikten sonra bir yıl içerisinde davayı doğrudan kendisi de açabilecektir.²⁸ EMK md.245/1'de yer verilen düzenlemede; kocanın dava açma imkânının bulunmadığı durumlarda, örneğin kocanın hayatını kaybetmesi, ayırt etme gücüne sahip olmaması, veyahut bu durumlar dışında, çocuğun doğumundan haberdar edilemeyeceği vb. durumlarda, çocukla birlikte miras hakkına sahip olanlara ya da çocuk yüzünden miras hakkı dışında kalanlara da soybağının reddi davasını açma hakkı tanınmıştı. TMK md.291'de belirtildiği üzere, yeni düzenlemede aynı konuda dava açabilecek olan kişilerin kapsamı daraltılmıştır. Kocanın dava açmadan önce ölmesi, mahkemece gaipliği hakkında karar verilmesi veyahut ayırt etme gücünü sürekli biçimde yitirmesi durumunda dava hakkı, çocuk ile beraber, mirasçı olan kişilere ya da çocuk sebebiyle miras dışı kalanların hepsine değil, bunlardan sadece kocanın alt soyuna ya da ana ve babasına tanınmış olmaktadır. Ayrıca baba

²⁶ Baygın-Soybağı, s.6; Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleriyle, Açıklamalı – İctihath Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, 5. Basım, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016., s. 200

²⁷ Yargıtay 2. HD. E. 2006/10291, K. 2007/392, T. 25.01.2007 “743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinde çocuğa soybağının reddi imkânı verilmemiş, bu hak 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 286'ncı maddesi ile getirilmiştir. Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce sahih olmayan nesepli çocuklar yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanunun soybağına ilişkin hükümlere tabii olurlar. (4722 Sayılı Kanun md.12) Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karar bağlanır. (4722 Sayıl Kanun md.13) Dava çocuğa bu hakkın tanınmasında, önce 31.7.2000 tarihinde açıldığına göre önce soybağının reddi daha sonra babalık davası yönünden (TMK.md.303/3) talebin incelenmesi gerekirken açıklanan hususlar üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Sinerji Mevzuat & İctihat Programı, Erişim Tarihi: 08.06.2021).

²⁸ Gülbihal Paksoy, “Soybağının Reddi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Kasım – Aralık 2011, S.97, s. 361,362.

olduğu iddiasında bulunan ilgilinin de dava açma hakkı, bu kapsamda kendisine tanınmıştır²⁹. EMK'dan farklı olarak, Cumhuriyet savcısının dava açma hakkı ise kaldırılmıştır.

Önceki kanuni düzenlemede, soybağının reddi davası için belirlenmiş ve bir aylık sınır içerisinde bulunan hak düşürücü süre yerine, bir ve beş yıllık, iki yeni hak düşürücü süre öngörülmüş; daha sonrasında ise 25.06.2009 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıyla bu beş yıllık azami süre iptal edilmiştir³⁰.

Yeni kanuni düzenlemede “sahih – gayri sahih nesep” ayrımı mülga edildiği için, babalık hükmü ve tanıma, EMK'dan farklı olarak, soybağı hükümlerinin öncesinde, soybağının kurulmasına ilişkin üçüncü ayırmada yani 295 ile 304'üncü maddeler arasında düzenlenmiştir³¹. Tanıma ve babalık hükümleri, çocuk ile babası arasında gayri sahih nesep olarak değil, doğal bir soybağı kurmaktadır³².

EMK'ya kıyasla, tanınmanın resmi senet veyahut vasiyetname aracılığıyla yapılabilmesine ilave olarak, nüfus memuruna ya da mahkemeye³³ yazılı başvuruda bulunmak suretiyle de yapılabilmesi imkânı getirilmiştir³⁴. Tanıma beyanında bulunacak kişinin küçük ya da kısıtlı olması durumunda, bu kişinin yapacağı hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi adına yasal temsilcinin rızasının alınması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca

²⁹ Paksoy, s.362.

³⁰ Beş yıllık hak düşürücü sürenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi. E. 2008/30, K. 2009/96, T. 25.06.2009 “Soybağının reddi davası, çocuğun babası ile arasındaki soybağını ortadan kaldırmaya yönelik olduğundan, yaratacağı sonuçlar göz önüne alındığında, aile ve toplum hayatı üzerinde önemli etkilere yol açacağı açıktır. Soybağının reddi davasında öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğun nesep durumunun uzun süre askıda kalmaması, ailenin temelini teşkil eden soybağının süresiz olarak dava tehdidi altında tutulmaması, böylece soybağında istikrar ve kamu düzeninin sağlanarak ailenin korunması amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. İtiraz konusu kurullarla dava açma sürelerinin bir yılla sınırlandırılması Anayasa'nın 41'inci maddesindeki ailenin ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, dava açma hakkının süre ile sınırlandırılması adil yargılanma açısından ön koşul olan dava açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır.” (Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.06.2021).

³¹ Özüğür, s.193,194.

³² Baygın-Soybağı, s.7.

³³ Görevli ve yetkili mahkeme, babanın yerleşim yeri ya da nüfusa kayıtlı bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir.

³⁴ Baygın-Soybağı, s7.

tanıyana, tanımanın borçlar hukuku çerçevesinde bulunan irade sakatlığı sebebiyle iptalini dava etme imkanı sağlanmıştır³⁵.

Yine EMK dönemindeki, babalık davasındaki kişisel ve mali sonuçlu ayırım kaldırılarak, tek hukuki hakka sahip babalık davası düzenlenmiş, önceki dönemde kişisel sonuçlu babalık hükmüne ulaşmak için aranması gereken istisnai şartlara, TMK'da yer verilmemiş, bunlara ek olarak Kanunda, davalıya tanınmakta olan, ananın belirli dönemde başka erkeklerle de beraber olduğu ya da gayri ahlaki hayat sürdürdüğü savunması vb., babalığın ispatını zorlaştıran, davanın reddi ile sonuçlanmasına imkan verebilecek potansiyelde olan savunma araçlarına yer verilmemiştir³⁶.

TMK'da, babalık ilişkisinin ihbar edilmesi konusunda bazı önemli değişiklikler düzenlenmiştir. Bu değişiklikler, hem Cumhuriyet savcısına hem de Hazineye babalık davasının ihbar edilmesi gerekliliğini içermektedir. Ayrıca, davanın ana tarafından açılması durumunda kayyım, kayyım tarafından açılması durumunda ise anaya ihbar etme zorunluluğu getirilmiştir³⁷. Yeni düzenlemeler, babalık ilişkisiyle ilgili davalarda şeffaflığı ve ilgili tarafların haklarını korumayı amaçlamaktadır. Buna göre, babalık ilişkisi hakkında şüphe veya ihtilaflar bulunduğu, davayı açacak olan tarafın Cumhuriyet savcısına veyahut Hazineye durumu ihbar etmesi gerekmektedir. Bu ihbar, doğru ve tarafsız bir değerlendirme yapılmasına imkân sağlamak amacıyla yapılmaktadır.

TMK, evlilik içi ve evlilik dışı³⁸ ayırımını ortadan kaldırdığından dolayı çocuğun, ana ve baba ile arasındaki soybağı hangi nitelikte kurulmuş olursa olsun, velayet ve soybağı

³⁵ Baygın-Soybağı, s.7.

³⁶ Baygın-Soybağı, s.7.

³⁷ Baygın-Soybağı, s.7.

³⁸ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, sahih nesep ve gayri sahih nesep olarak ifade edilmektedir.

hususundaki düzenlemeler saklı tutulursa, soybağı hukuku bakımından bu ilişkiye uygulanacak hükümler aynı olmaktadır³⁹.

Soybağı davalarında çalışmamızın içeriğini oluşturan ve “Soybağının Kurulması” başlıklı husus, Kanunun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölüm, Birinci Ayrımında bulunan 282 ile 284’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Öncelikle soybağı kavramını, çeşitlerini ve kurulmasını incelemek ve bu bilgilere yer verip, konunun ana düzenlemelerini aktardıktan sonra çalışmamız hakkında ilerleyen bölümlerde detaylı açıklamalara yer vereceğiz⁴⁰.

Çocuğun, ana ve baba ile arasında kurulan “Soybağının Hükümleri” Medeni Kanunumuzun İkinci Kitap, İkinci Kısım, Birinci Bölüm, Beşinci Ayrımında 321 ile 324’üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda, soybağının velayete tabi olmayan hükümleri hususunda düzenlenen en dikkat çekici değişikliklerden biri de bakım nafakası ve çocukla kişisel ilişki kurulmasıdır⁴¹. EMK’da ana ve babanın çocukla kişisel ilişki kurması, boşanma davasının hukuki bir neticesi olarak düzenlenmiş iken, TMK’da bu hak, velayet hakkına sahip olmayan ana ve babaya genel anlamda verilmiştir. Bunun yanında üçüncü kişiler de olağanüstü durumlarda, çocuğun yararı gözetilmek suretiyle kişisel ilişki kurma hakkına sahip olmuşlardır⁴². Çocuğun bakım giderleri hususunda ise, çocuk ergin olsa

³⁹ Baygın-Soybağı, s.7; Eski Medeni Kanuna göre; çocuğun doğum anında veya çocuğun ana rahmine düştüğünde ana ile evli olmayan bir erkek, çocuğun annesiyle sonraki evlilik dışı doğumdan sonra evlenmek istemeyince, çocuğu lehine ya da aleyhine açılan babalık davası sonrasında bile, kendisi ile çocuk arasında gayri sahih nesep bağı kurulurdu. Ancak bu çocuklar, babasının evlilik içi soybağı ile bağlı çocuklara kıyasla daha dezavantajlı bir hukuki duruma tabi tutuluyordu. Evlilik kurumunu ve aileyi koruma felsefesini benimseyen yasa koyucu, aslında kusuru olmayan bu çocukları mağdur ediyordu. Yeni Medeni Kanun, evlilik dışında doğan çocukların toplum içinde evlilik içinde doğmuş çocuklarla eşit statüye sahip olmasını sağlamak amacıyla, babası tanıma veya babalığa hüküm sonucunda hukuken belirlenen evlilik dışı çocuğa evlilik içi çocuğun statüsünü tanımıştır. Bkz. Baygın-Soybağı, s.7,8.

⁴⁰ Bkz. Üçüncü ve Dördüncü Bölüm.

⁴¹ Baygın-Soybağı, s.8.

⁴² Baygın-Soybağı, s.8.

bile ana ve babanın, çocuğun eğitiminin sona ermesine kadar uygun ölçüde bu giderleri karşılama yükümlülüğü kabul edilmiştir⁴³.

Evlât edinme hususunda da TMK, reform niteliğinde bir takım yenilikler getirmiştir. EMK’da evlât edinme esnasında sahih nesepli⁴⁴ alt soyun bulunmaması koşulu bugüne kadar korunmuş iken⁴⁵, TMK ile alt soy bulunmama şartı kaldırılmıştır. Bu husus en önemli düzenlemeler arasında yer almaktadır⁴⁶. Bundan farklı olarak, evlatlık ilişkisinin hâkim kararıyla hukuki sonuç doğuracağı kabul edilerek, eski Kanunda düzenlenen akit sisteminden, karar sistemine geçiş olmuştur⁴⁷. Bu kapsamda hâkim, öncelikle evlatlığın yararını⁴⁸ göz önünde bulundurarak yapacağı araştırma sonrasında, evlatlık ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir karar verebilecektir⁴⁹. Medeni Kanunun evlat edinme kapsamında, eski Kanundan farklı olarak düzenlendiği önemli noktalardan birisi de, küçük çocukların evlat edinilmesi bakımından, evlat edinen kişinin altsoyunun olmaması şartını kaldırmış olmasıdır. Bunun sonucunda evlat edinmek isteyen kişilerin çocuklarının yararı

⁴³ TMK’nın 332’nci maddesinde karşılıklı yükümlülük olarak üç farklı yükümlülük düzenlenmiştir. Bu hususlar daha çok ahlaki düşüncelere dayanmaktadır. İlgili yükümlülükler yardımlaşma, saygı ve anlayış gösterme ile ailenin onurunu gözetme olarak sınıflandırılabilir. Yardımlaşma yükümlülüğü hem maddi hem de manevi anlamda olduğundan ve çocuğa bakılması ailevi bir yükümlülük arz ettiğinden dolayı, onun giderlerinin eğitim sonuna kadar sürmesinde herhangi bir engel yoktur. Bkz. Akıntürk ve Karaman, s.298.

⁴⁴ Düzgün soybağına dayanan anlamında kullanılmaktadır.

⁴⁵ EMK md.253.

⁴⁶ Şükran Şıpka, “4721 sayılı TMK’nın Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, *İÜHF*M, 1999, C.57, S.1-2, s.306; Baygın-Soybağı, s.8.

⁴⁷ Baygın-Soybağı, s.8.

⁴⁸ Çocuk hukuku kapsamında yapılan araştırmalar neticesinde, uluslararası sözleşmelerde artık evlât edinme koşulları ve sonuçlarının yalnızca çocuğun yüksek yararı ve güvenliğini sağlayacak biçimde olması esası kabul edilmiştir. Bu sözleşmelerin en önemlilerinden birisi olan, 20 Kasım 1989 tarihli "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi", Türkiye tarafından 1994 yılında imzalanmış ve sözleşme, 27 Ocak 1995 tarih, 22184 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin önsöz kısmında çocuğun önemi kısaca şöyle vurgulanmaktadır: "... savunmasız konumları nedeniyle çocukların özel bir duyarlılığa ve korunmaya muhtaç oldukları, çocuğa ilk elde bakım ve koruma sağlayacak olan ailenin bu konudaki sorumluluğunu yerine getirebilmesi için gerekli koruma ve yardımı görmesi çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu olarak gelişebilmesi için mutluluk, sevgi ve anlayış havası içindeki bir aile ortamında yetişmesinin gerekliliği kabul edilmiştir." Şıpka, s.303.

⁴⁹ Baygın-Soybağı, s.9.

zedelenmediği sürece, bir başka çocuğu evlat edinebilmelerinin hukuken yolu açılmış olmaktadır⁵⁰.

Evlat edinme neticesinde kurulan yapay, diğer adıyla suni soybağı, kan bağı ilişkisine dayanan gerçek soybağına benzetilmeye çalışılarak, bu statüde gerçekleştirilen evlatlık ilişkisinin, sonradan haklı sebeplerle dahi olsa bertaraf edilemeyeceği hususu kabul edilmiştir⁵¹.

D. EMK Döneminde Geçerli Olan Sahih Nesep ve Sahih Olmayan Nesep Kavramı

Yukarıda⁵² açıkladığımız bilgilere ek olarak, çocuk ile anne ve babası arasındaki doğal ve hukuki bağı ifade eden soybağı, çeşitli yönlerden ayrıma tabi olmaktadır⁵³. EMK döneminde soybağı, “nesep” terimi ile ifade edilmekteydi. Buna göre soybağı kavramı, düzgün soybağı (sahih nesep) ve düzgün olmayan soybağı (gayri sahih nesep) olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmekteydi⁵⁴. Ayrıca düzgün soybağı da kendi içerisinde, baştan itibaren düzgün soybağı, düzeltilmiş soybağı ve akdi soybağı şeklinde ayrılmaktaydı⁵⁵. TMK bakımından bu husus, doğal soybağı ve hukuki soybağı şeklinde ifade edilebilir. Buna ek olarak, hukuki soybağı da kendi içerisinde, kan bağına dayanan soybağı ve evlat edinme sonucunda kurulan soybağı şeklinde bir ayrıma tabi olabilmektedir. Çalışmamızın ana konusunun daha iyi anlaşılabilmesi adına, bu kavramlara kısaca değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰ Baygın-Soybağı, s.9.

⁵¹ Baygın-Soybağı, s.9.

⁵² Bkz. Birinci Bölüm I. A. B. C.

⁵³ Uyumaz, s.5.

⁵⁴ Sirac Süleyman ve Mehtap İpek İşleten, “Türk Hukukunda Soybağının Kurulması” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.4, S.1, s.108.

⁵⁵ Uyumaz, s.5.

Evlilik devam ederken doğan, evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan ya da evlilik dışı doğmakla birlikte anne ve babası sonradan evlenen çocuk ile babası arasında, hukuki olarak düzgün soybağı ilişkisi oluşmaktaydı⁵⁶. EMK, evlilik birliği içerisinde doğan çocuklar ile evlilik birliği dışında doğan çocuklar için, soybağı açısından bir ayırım yaparak, evlilik içinde doğan ya da evlilik içinde ana rahmine düşen çocukları sahih nesepli olarak belirlemiştir; bunun aksine, evlilik dışında doğan çocukları ise gayri sahih nesepli olarak belirleyerek, farklı hüküm ve statülere tabi kılmıştır⁵⁷. Daha sonrasında EMK mülga edilerek, TMK ile yapılan değişiklikle birlikte, hukuki anlamda tek bir soybağı sistemi şeklinde düzenlemeye gidilmiştir⁵⁸.

Doğal anlamda nesep kavramı, kan bağı esasına dayanmaktadır. Bu anlamda, kan bağına dayanan nesep, aile ile sıkı bir ilişki içerisinde yer almaktadır. “Nesep” kelimesinin hukuki bakımından bir diğer anlamı ise birbirleriyle kan ve kanunun öngördüğü hukuki bağ olarak bulunan usul ve furuu⁵⁹ arasındaki ilişkidir. EMK döneminde, evlilik birliği içerisinde doğan çocukların nesep bakımından hukuki durumu, çekirdek ailenin içerisinde bulunması sebebiyle, meydana gelen bir nesep ilişkisi olduğundan dolayı “sahihs nesep” olarak isimlendirilmekteydi⁶⁰. Sahihs nesep, ana ve babanın evli olması durumunda, çocuk bakımından kendiliğinden oluşan bir vakıa olarak da kabul edilmektedir. Sahihs nesepin oluşmasındaki kural doğum olmakla birlikte, ana ve babanın evli olmadığı durumda, sonradan evlenme⁶¹, mahkemenin kararı ya da kanuni hüküm ile dahi sahihs nesep bağı tesis

⁵⁶ Seda Gayretli Aydın, “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, C.31, S.136, s.265-266; Süleyman ve İşleten, s.108.

⁵⁷ Uyumaz, s.6.

⁵⁸ Süleyman ve İşleten, s.109.

⁵⁹ Literatürde 'usul' terimi, bir kişinin anne, baba, ve onların anne-babaları gibi kan bağıyla bağlı olan üst soya, yani atalara işaret ederken; 'furuu' terimi ise kişinin çocukları, torunları gibi kan bağıyla bağlı olan alt soya, yani evlatlara ve onların nesillerine atıfta bulunur. Şakir Berki, "TMK'da Çeşitli Hısımlıklar Arasındaki Farklar", *AÜHFD*, C. 26, S.1, 1969, 0 – 0, s.107-108.

⁶⁰ İhsan Erdoğan, “Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.2, S.2, s.3.

⁶¹ EMK döneminde, “Evlenme ile Tashihs” başlığı altında düzenlenen 247’nci maddede “Evlilik birliği dışında doğan çocukların nesebi, ana babanın birbirleriyle evlenmesiyle, kendiliğinden sahihs olur.” şeklinde belirtilmektedir.

edilebilmektedir. Sonradan kurulan sahih nesep bağı, hukuki anlamdaki etkilerini, doğunun başlangıç anına kadar, geçmişe etkili biçimde gerekleřtirir⁶². Ayrıca şu hususu da belirtmek gerekir ki, kanun koyucu⁶³ yalnızca tabii nesebi değil, aynı zamanda akdi nesebi, yani evlatlık sözleşmesinden meydana gelen nesebi de “sahip nesep” grubuna sokmuřtur⁶⁴.

EMK döneminde, çocuğun ve onun anne-babası arasındaki soybağının yasalarca belirlenen şekliyle oluştuğu durumlar, sahih nesep olarak adlandırılıyordu. Nesep ilişkisi sahih olan çocuklar; evlilik sürecinde doğan, anne rahmine düşen, evlilik dışında doğup nesep ilişkisi sonradan düzeltilen çocuklar veya evlat edinme yoluyla nesep ilişkisi yapay olarak oluşturulan çocuklardı.⁶⁵ EMK’nın yürürlükte olduğu dönemde, ocuk ile babası arasındaki hısmılık ilişkisi,  halde sahih nesep olarak değerlendirilmekteydi. Bu sebeple ilk olarak, evlilik içinde doğan ya da ana rahmine düşen çocuklar, sahih nesepli çocuklar olarak değerlendiriliyordu. Doktrinde buna, “baştan sahih nesep” adı veriliyordu⁶⁶.

İkinci olarak, baştan sahih olmayan, fakat sonradan evlenme veyahut mahkemede nesebin düzeltilmesi yoluyla sahih nesep statüsüne getirilen nesep ilişkileri de sahih nesep olarak değerlendiriliyordu. Doktrinde ise bu kavrama, “düzeltilmiş veya sonradan nesep” denilmekteydi⁶⁷. nc ve son olarak, soybağının evlat edinme ile sağlanması hususu vardı. Buna da akdi, yani sözleşmesel nesep⁶⁸ adı verilmekteydi⁶⁹.

⁶² Erdoğan, s.3.

⁶³ Burada Eski Medeni Kanun kastedilmektedir.

⁶⁴ Akıntürk-Aile, s.287.

⁶⁵ Uyumaz s.6, Serozan-ocuk, s.141.

⁶⁶ Uyumaz, s.6, Akıntürk ve Karaman, s.281.

⁶⁷ Uyumaz, s.6., Akıntürk ve Karaman, s.281 vd.

⁶⁸ Bu terime ek olarak, başka kaynaklarda “Farazi nesep, cali nesep” kavramları da geçmektedir. Aytekin Atay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, 4. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 1995, s.265; “*Hukuki muameleye dayanan ve sahih nesebin taklidi olan nesep rabitasını ifade için Medeni Kanun’da “evlat edinme” terimi kullanılmıştır. Bazı müellifler bu nesep bağını ifade etmek için cali nesep, suni nesep, farazi nesep ya da akdi nesep tabirlerini de kullanmaktadırlar.*”

⁶⁹ Uyumaz s.6, Serozan-ocuk, s.140,

Evlilik dışında doğan bir çocuğun, annesiyle olan nesebi doğumla birlikte ve gayri resmi nesep olarak kendiliğinden kurulmuş olacaktır⁷⁰. Doğumla birlikte çocuk ile anne ve babası arasında oluşan bağın, doğum sonrasında hukuki yollarla tesis edilmiş olması durumu, “gayri sahih nesep” hukuki tabiriyle ifade edilirdi⁷¹. Evlilik dışında doğan ve nesebin düzeltilmesi davası sonucunda, sahih nesepli çocuk statüsüne geçememiş fakat babaları tarafından resmen tanınmış ya da babalarına karşı, babalık hükmü⁷² elde etmiş çocuklara, gayri sahih nesepli çocuklar deniliyordu⁷³.

Toplum hayatındaki sosyokültürel ve psikolojik değişimler, hukuk bilimi alanındaki güncel gelişmeler ve doktrindeki eleştiriler sonucu, EMK'daki sahih ve gayri sahih nesep ayrımı, TMK ile günümüz hayatına aykırı bulunarak ortadan kaldırılmış olup Yargıtay Büyük Genel Kurulunun da konuyla ilgili içtihadı bulunmaktadır⁷⁴.

Bu başlığın altındaki bölümlerde⁷⁵, EMK döneminde soybağını sınıflandırmak açısından belirlenen kategorilere genel itibariyle değineceğiz.

1. Doğal Soybağı – Hukuki Soybağı Kavramı

Çocuk ile anne ve babası arasındaki doğal ve hukuki bağlantıyı ifade eden soybağı kavramını farklı başlıklar altında değerlendirmek gerekirse, doğal soybağı ve hukuki soybağı şeklinde bir ayrım gündeme gelecektir⁷⁶. EMK döneminde bu kavramlar tabii nesep ve

⁷⁰ Erdoğan, s.3.

⁷¹ Uyumaz, s.7, Serozan-Çocuk, s.141, Akıntürk ve Karaman, s.282 vd.

⁷² Baba ile çocuk arasındaki soybağının mahkeme tarafından verilecek bir hükümlle kurulmasına “babalık hükmü” denilmektedir.

⁷³ Serozan-Çocuk, s.140, Baygın-Soybağı, s.5, Uyumaz, s.7.

⁷⁴ Serozan’a göre; sahih ve gayri sahih nesep ayrımının ortadan kaldırılmasının sebepleri arasında, sosyal ve ekonomik koşullar büyük rol oynamıştır. Toplumda, evliliğin azalmasıyla birlikte, ters orantılı biçimde, evlilik dışı çocuk sayısının yükselmesi, bu çocukların ortada bırakılması ve dışlanması kaygısını yaratmış ve bunun sonucunda, çocukların toplumla bütünleştirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Serozan-Çocuk, s.141-142, Uyumaz, s.7; Yargıtay Büyük Genel Kurulu. E. 1996/2, K. 1997/2, T. 22.05.1997 (Sinerji Mevzuat & İctihat Programı, Erişim Tarihi: 12.06.2021).

⁷⁵ Bkz. Birinci Bölüm I. D. 1. 2.

⁷⁶ Süleyman ve İşleten, s.107.

hukuki nesep şeklinde de adlandırılmaktaydı⁷⁷. İlgili konuyu, aşağıda iki başlık altında açıklamaya çalışacağız.

a) Doğal Soybağı

Öncelikle soybağı bakımından ilk akla gelen husus, hukuki soybağına karşın doğal soybağı kavramıdır⁷⁸. Çocuğun doğmasıyla birlikte, anne ve babası arasında doğal bir bağ olan soybağı ilişkisi oluşmaktadır. Evlilik dışı doğmakla birlikte, anne ve babası belli olmayan çocuklar bakımından da aynı hukuki durum geçerli olmaktadır⁷⁹. Bu biyolojik bağ sonucunda, çocuk ile anne ve babası arasında bir kan bağı meydana gelir. Bundan dolayıdır ki bu soybağına, doğal soybağı adı verilmektedir⁸⁰.

Genel kapsamda doğal soybağı kavramını tanımlamak gerekirse; çocuk ile kendilerinden genetik olarak oluştuğu kişiler arasındaki doğal bağ⁸¹ yani tabii nesepdir⁸². Doğumla birlikte, kendiliğinden meydana gelen doğal soybağı, genetik⁸³ ve biyolojik temellere dayanan bağı ifade etmektedir⁸⁴.

⁷⁷ Acabey, s.6.

⁷⁸ Süleyman ve İşleten, s.109.

⁷⁹ Tuğba Akalın, “Babalık Davası”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, 2008), s.8.

⁸⁰ Akıntürk ve Karaman, s.281, 283; Yargıtay 8. HD. E.2021/1387, K.2021/3663, T. 19.04.2021; Yargıtay 8. HD. E.2020/2220, K.2020/6984, T.10.11.2020 “Geniş anlamda soybağı bir kimsenin üst soyu ile olan kan bağıdır; dar anlamda soybağı ise, bir kimsenin sadece ana-babasıyla arasındaki biyolojik bağı ifade etmektedir. Bir kişi (çocuk) ile kendilerinden biyolojik (genetik) olarak türemiş olduğu kişiler arasındaki bağı doğal soybağı (biyolojik nesep), hukuk düzeni tarafından aranan bazı koşulların gerçekleşmesiyle, bir çocuğun hukuki olarak bir ana-babaya bağlanması sonucunda, ana-baba ile çocuk arasında kurulan bu hukuki ilişkiye ise hukuki soybağı (hukuki nesep) denir. Buna göre soybağı, bir kimseyle ana-babası arasındaki doğal ve/veya hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır.” (Sinetji Mevzuat & İhtihat Programı, Erişim Tarihi: 14.06.2021).

⁸¹ Bu kavramı, “doğal soybağı” biçiminde de adlandırabiliriz.

⁸² Nagehan Kırkbeşoğlu, “Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İÜSBE, 2005), s.7; Acabey, s.7.

⁸³ Genetik soybilim incelemesi, geleneksel soybilime (genealojiye) genetiğin uygulamasıdır. Genetik soybilimde, soybilimsel DNA (Deoksiribo Nükleik Asit) testi kullanılarak kişiler arasındaki genetik ilişki seviyesi belirlenir. Kılıçoğlu-Aile, s.160.

⁸⁴ Uyumaz, s.8.

Hukuk sistemimizde, çocuk ve onun ana-babası arasında meydana gelen soybağı kavramı, genetik kökene dayalı olmaktadır⁸⁵. Hukuki anlamda ana ve baba terimleri, yalnızca çocuğun genetik olarak oluştuğu kişileri; diğer bir deyişle, aralarında biyolojik yani doğal soybağı bulunan kişileri açıklamak için kullanılmamalıdır⁸⁶. Bu konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, bir kadının başka bir erkekle yaşadığı cinsel ilişki sonucu doğan çocuk ile nesep bağıını inkar etmeyen kocası veya bir çocuğu evlat edinen kişi arasında, doğal yani biyolojik bir soybağı değil, hukuki anlamda soybağı oluşmaktadır. Bu durum, hukuki dilde 'gayri sahih nesep' olarak adlandırılır⁸⁷. Buna benzer durumlarda hukuk sistematığının, doğal yani biyolojik ve genetik ana-baba ilişkisi ile hukuki ana-baba ilişkisinden hangisine üstünlük vereceği sorunu ortaya çıkmaktadır⁸⁸.

b) Hukuki Soybağı

Soybağı kapsamında hukuk, sadece doğal hakikatle hareket etmez⁸⁹. Bu sebeple, hukuk alanında doğal soybağı kavramına karşın hukuki soybağı kavramına şahit oluruz. Bu anlamda hukuki soybağı⁹⁰, hukukun aradığı belli başlı şartların oluşması durumunda, çocuğun soybağı açısından, bir kadın ya da bir erkeğe bağlanmasını sağlayan ve hukuk

⁸⁵ Kırkbeşoğlu, s.8.

⁸⁶ Kırkbeşoğlu, s.8.

⁸⁷ Serozan-Çocuk, s.273; Kırkbeşoğlu, s.8; “Geniş anlamda soybağı bir kimsenin üst soyu ile olan kan bağıını, dar anlamda ise, bir kimsenin sadece ana-babasıyla arasındaki biyolojik bağıını ifade etmektedir. Bir kişi (çocuk) ile kendilerinden biyolojik (genetik) olarak türemiş olduğu kişiler arasındaki bağına doğal soybağı (biyolojik nesep), hukuk düzeni tarafından aranan bazı koşulların gerçekleşmesiyle, bir çocuğun hukuki olarak bir ana-babaya bağlanması sonucunda, ana-baba ile çocuk arasında kurulan bu hukuki ilişkiye ise hukuki soybağı (hukuki nesep) denir. Buna göre soybağı, bir kimseyle ana-babası arasındaki doğal ve/veya hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır.” Yargıtay 2. HD., E. 2022/3647, K. 2022/5385, T. 06.06.2022 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.07.2023).

⁸⁸ Kırkbeşoğlu, s.8.

⁸⁹ Yasin Sagiri, “Babalık Davası” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.3, S.2, s.59.

⁹⁰ Doktrinde hukuki soybağı yerine, “sosyal ve manevi bağ” kavramı da kullanılmaktadır. Serozan-Çocuk, s.169; Uyumaz, s.8.

alanında sonuç doğuran bağ olarak tanımlayabiliriz⁹¹. Bir başka ifadeyle de hukuki soybağı, hukuk düzeni tarafından çocuk ile ana ve babası arasındaki bağlantıya verilen addır⁹².

Hukuki literatürde ana-baba kavramları, her zaman genetik ve biyolojik ana-baba kavramları ile uyuşmaz. Çoğu zaman bu durum, çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinde gündeme gelmektedir⁹³. Örnek vermek gerekirse, kadın, evli olduğu zamanda kocası dışındaki erkekle cinsel ilişki neticesinde çocuk sahibi olduğunda, çocuk ve onun biyolojik babası arasında doğal anlamda soybağı ilişkisi mevcut olmaktadır. Buna karşılık resmi nikahlı eş dışındaki bir erkekle, cinsel ilişki sonucu doğan çocuğun soybağı, “soybağının reddi davası” ile karara bağlanmadığı sürece⁹⁴ mevcut hukuksal durum, doğmuş olan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Zira evlenme sonucunda oluşan hukuki duruma göre ve kocanın babalığı karinesine göre⁹⁵ baba sayılan kişi kocadır⁹⁶.

Çoğu zaman doğal soybağı ile hukuki soybağı kavramları birbiri ile birleşik olsa da, her zaman bu statüde değillerdir. Bir başka ifadeyle açıklamak gerekirse hukuki soybağı, her durumda kan bağına dayanmak zorunda olmamakla birlikte; evlat edinmede olduğu gibi sosyal ya da manevi bağına dayalı olarak da kurulabilmektedir⁹⁷. Bu kapsamda, hukuki soybağı

⁹¹ Sagiri, s.59; Hukuki açıdan ana-babalık ilişkisi, çocuk ile bu kişiler arasındaki genetik ilişkinin hukuk tarafından tanınmasıdır. Bir başka ifadeyle hukuki anlamda ana-babalık, çocuğun bir anneye ve bir babaya hukuki açıdan bağlanması, onlara nispet edilmesi olarak nitelendirilir. Hukuk düzeni tarafından bazı koşulların gerçekleşmesiyle birlikte, çocuğun hukuki olarak ana-babaya bağlanması neticesinde, ana-baba ile çocuk arasında kurulan bu ilişkiye hukuki soybağı, diğer adıyla hukuki nesep adı verilir. Bkz. Acabey, s.7.

⁹² Uyumaz, s.8; Baygın-Soybağı, s.4; Acabey, s.8.

⁹³ Sagiri, s.59.

⁹⁴ Bu husus TMK'nın 286 ve 291'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁹⁵ TMK md.285.

⁹⁶ Sagiri, s.59.

⁹⁷ Uyumaz, s.9-10; Baygın-Soybağı, s.4; Nomer'e göre; Ana ile çocuk arasındaki soybağı statüsünün tespit edilmesinde, genetik yani biyolojik bağına üstünlük tanımak gerekmektedir. Çocuğu doğuran kadın, yumurtanın esas sahibi olarak değerlendirildiği için ana olarak kabul edilmektedir. Doğum olayı, esasında annenin, yani yumurtanın sahibinin kim olduğunu açıklayan bir olaydan ibarettir. Kanun'umuz, soybağının tespit edilmesinde hususunda kan bağına esas almış bulunmaktadır. Buna karşılık, kan hısımlığı hususunda belirleyici olan durum, birinin, diğerinin döl ya da yumurtasından gelmesidir. Bundan dolayıdır ki çocuğu doğuran kadın, onun anasıdır kuralı, aksi ispat edilebilen bir karine olarak değerlendirilmeli ve doğal annenin tespiti halinde, bu bağına geçeriz kılınabilmesi kabul edilmelidir. Bkz. Cem Baygın, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002,

kavramını, kan bağına dayanan soybağı ve evlat edinmeye dayanan soybağı olarak ikiye ayırabiliriz.

Kan bağına dayanan soybağını kısaca açıklamak gerekirse; ana-baba ile çocuk arasında doğan ve kan bağı esasına dayalı olan hukuki soybağı olarak özetleyebiliriz⁹⁸. Bu soybağı, ana yönünden doğumla birlikte kurulmaktadır⁹⁹. Çocuğun doğumu ile birlikte, çocuk ve onun anası arasında doğrudan soybağı kurulacaktır¹⁰⁰. TMK, ana bakımından soybağının kurulmasını, doğrudan doğruya hukuki bir olaya, yani doğum esasına bağlamıştır. Ananın, gebe kalma sürecinde ya da doğum esnasında evli olmaması hususu bu sonucu değiştirmemektedir¹⁰¹. Şu zamana kadar çocuğu doğuran kadının, çocuğun anası olduğu kuralı (Roma hukukunda “*Mater semper certa est*”¹⁰²” olarak adlandırılır) geçerli olmaktadır. Fakat günümüz teknolojisi ile birlikte gelişen gen araştırmaları neticesinde bu kural artık geçerliğini yitirmiş olmaktadır. Hukukumuzda izin verilmemekle birlikte, özellikle çocuğu doğurması, kendi sağlığı açısından zararlı görülen bir kadının yumurtası, kocasının ya da başka bir erkeğin spermiyle, tüpte ya da döl yatağında döllendirilerek burada oluşan embriyo, sonrasında başka bir kadının rahmine aktarılabilir¹⁰³. Bu tarz durumlarda, çocuğun anasının kim olduğu, hangi ana ile arasında soybağının bulunduğu soruları gündeme

C.6, S.1-4, s.257; Halûk Nami Nomer, “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, 2000, C.1, S.1, s.563-565.

⁹⁸ Baygın-Kan Bağı, s.4; Uyumaz, s.9.

⁹⁹ TMK md.282’de “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur” denilmek suretiyle, ilgili husus açıkça belirtilmiştir.

¹⁰⁰ Baygın-Kan Bağı, s.256.

¹⁰¹ Acabey, s.197; Baygın, bu durumu “Yeni Medeni Kanunda, evlilik içi soybağı-evlilik dışı soybağı ayrımı kaldırılmış olduğundan, çocuk doğduğunda (ya da ana rahmine düştüğünde) anası ister evli olsun ister olmasın, çocuk ile anası arasında doğumla birlikte kurulan soybağı aynıdır.” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Baygın-Kan Bağı, s.256

¹⁰² Roma hukuku terimi olmakla birlikte, nesep hukukunun temel ilkelerinden olup, anne ile çocuk arasındaki nesep bağının doğumla kurulduğunu ve çocuğu doğuran kimsenin aksi ispat edilemeyecek biçimde anne sayıldığını ifade etmektedir. Belgin Erdoğan, **Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük**, 3. Basım: İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.83.

¹⁰³ Kırkbeşoğlu, s.41; Uyumaz s,9; Baygın-Kan Bağı, s.257.

gelecektir¹⁰⁴. İlgili husus, doktrinde de ihtilafli¹⁰⁵ olmakla birlikte, kanaatimizce çocuk, başka bir kadının yumurtasından meydana gelse dahi, analık ilişkisi doğuma göre belirlenmelidir. Çocuğun anasının onu doğuran kadın olması, hukuki anlamda daha tutarlı ve amaca uygun bir görüştür. Bu görüşe gerekçe oluşturacağımız en temel nokta ise TMK'nın 282'nci maddesidir. TMK'da bu husus “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, müdahale edilmiş bir embriyo olsa bile, hukuk düzenimiz açısından çocuğu doğuran ana ile arasında oluşan soybağı, doğrudan doğumla birlikte ortaya çıkmaktadır.

TMK, sadece evlilik sürerken ya da bu birlikteliğin son bulmasından sonra azami gebelik süresi olarak belirtilen üç yüz günlük sürenin içerisinde doğan çocukları da evlilik içerisinde doğmuş gibi kabul edip kocanın soybağına tabi kılmıştır¹⁰⁶. Bu üç yüz günlük süre, boşanma ya da evliliğin iptaline ilişkin kararın kesinleştiği ya da kocanın öldüğü tarihten itibaren geçerli olmaya başlayacaktır. TMK md.285/1'de düzenlenen bu husus “Babalık karanesi” olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁷.

Baba bakımından kan bağı esasına dayanan soybağı ilişkisi, ana ile evlenme, tanıma veyahut mahkeme tarafından verilen babalık hükmü ile kurulmaktadır. Bunlara ek olarak, evlat edinme ile de çocuk ile ana-babası arasında hukuki anlamda soybağı kurulabilmektedir¹⁰⁸. Evlatlık ile evlat edinenler arasında oluşan bağ, kan bağı esasına

¹⁰⁴ Uyumaz, s.9; Baydın-Kanbağı, s.257; Serozan-Çocuk, s.145; Gençcan, s.34.

¹⁰⁵ Baygın-Kan Bağı, s.257 vd.; Serozan'a göre, çocuğu doğuran kadının ana olduğu kuralı, aksi ispat edilemez bir hüküm niteliğindedir. Yazara göre, çocukla anası arasındaki belirleyici bağ, göbek bağıdır. Çocuk, genetik (biyolojik) anasıyla değil; kendisini karnında taşıyan ve ona biyolojik bağ ile bağlı bulunan ana ile bütünleşir. Simbiyoz (ortakyaşam, ortakyaşarlık. İki canlının tek bir organizma gibi birbirleriyle yardımlaşarak bir arada yaşamalarıdır.) olayı, biyolojik anayla gerçekleşmektedir. Yoksa genetik anayla değil. Çocuk başka bir kadının yumurtası vasıtasıyla meydana gelmiş olsa dahi, analık bakımından soybağı doğuma göre belirlenecektir. Diğer görüşler için Bkz. Serozan-Çocuk, s.108; Acabey, s.220 vd.

¹⁰⁶ Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, **Medeni Hukuk**, İstanbul: Legal Kitabevi, 2011, s. 196; Uyumaz, s.10.

¹⁰⁷ EMK'da “sahih nesep karanesi” olarak anılan bu düzenleme, yeni Kanunda “sahih nesep-gayri sahif nesep” ayırımı kaldırıldığı için, “babalık karanesi” olarak adlandırılmaktadır. Bu karineye göre, çocuğun doğduğu veya ana rahmine düştüğü sırada ana ile evli olan erkek, baba sayılır.” Bkz. Baygın-Kan Bağı, s.259 vd.

¹⁰⁸ Doktrinde ilgili husus hakkında, “EMK döneminde, evlat edinme sonucunda kurulan soybağı, “akdi soybağı” ya da “sözleşmesel soybağı” olarak isimlendirilmekteydi. Yeni Kanun'umuz, evlatlık ilişkisinin sözleşme ile değil, mahkeme

dayanan doğal soybağı biçiminde değil de mahkeme tarafından, hükmen oluşturulan hukuki bir soybağı olacaktır.

Ayrıca son bir hususa değinmek gerekirse, hukuk sistemimizde biyolojik ve genetik köken prensibine olan bağlılık nedeniyle, genetik bakımdan anne ve baba, hukuksal açıdan da anne ve baba olarak tanınmaktadır¹⁰⁹. Bu anlayışın neticesinde ise doğal soybağı ile hukuki soybağı kavramları birbirleri ile örtüşmektedir¹¹⁰. Buna karşılık, yukarıda da belirttiğimiz gibi baba açısından, doğal soybağı ile hukuki soybağının örtüşmediği durumlar da mümkün olmaktadır. Örneğin, evli bir kadının, kocası dışında bir erkekle cinsel ilişkiden doğan çocuğu ve kadının kocası arasında, hukuki anlamda bir soybağı ilişkisi oluşacaktır. Burada her ne kadar hukuki soybağı ilişkisi kurulsa da doğal soybağı ilişkisi bulunmamaktadır¹¹¹. Cinsel ilişki durumu nedeniyle kadının kocası ile kadının cinsel ilişkiye girmiş olduğu koca bakımından çocuğun hukuki durumu farklı olacaktır. Doğal ve hukuki anlamda farklılık içeren durumlar, cinsel ilişkinin yöneldiği kişiden kaynaklanmaktadır¹¹².

Bu iki soybağı, farklı statülere sahip olduklarından, hukuki açıdan birbirleriyle uyuşmadıkları durumlarda çeşitli hukuki çözüm yolları mevcuttur¹¹³. Bu kapsamda, soybağının reddi davası, tanımanın iptali davası (TMK md.297), sonradan evlenme ile kurulan soybağına itiraz ve iptal davası (TMK md.294), babalık davası (TMK md.301), evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası ve son olarak TMK'da yer almayan, soybağına ilişkin

kararı ile kurulması esasını kabul ettiğinden dolayı, artık diğer adlandırmalar yerine, “yapay soybağı” kavramının kullanılması daha doğru olacaktır.” denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın-Kanbağı, s.255 vd.

¹⁰⁹ Uyumaz, s.11.

¹¹⁰ Serozan-Çocuk, s.144; Baygın-Soybağı, s.4; Acabey, s.8; Uyumaz, s.11.

¹¹¹ Baygın-Soybağı, s.4; Uyumaz, s.11.

¹¹² Serozan-Çocuk, s.144; Baygın-Soybağı, s.4.

¹¹³ Uyumaz, s.11.

Af Kanunu ile yapılan soybağı düzeltme işlemine karşı açılan itiraz davası¹¹⁴ vb. hukuki talepler örnek olarak gösterilebilir¹¹⁵.

2. Gerçek Soybağı – Yapay Soybağı Kavramı

a) Gerçek Soybağı

Hukuki açıdan soybağı, genelde genetik ana-baba ile çocuk arasındaki doğal bağa, yani kan bağı esasına dayanır¹¹⁶. Soybağı, çocuk ve genetik ana-babası arasında bulunan doğal bağa dayanıyorsa, o zaman gerçek anlamda soybağı söz konusu olacaktır¹¹⁷.

Hukukumuzda geçerli olan “hukuki soybağı” kavramı, temelde iki kısma ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi, çocuk ile ana ve babası arasındaki biyolojik, yani genetik ilişkinin esas alındığı soybağı olmaktadır. Bu soybağına doktrinde “gerçek soybağı” da denilmektedir¹¹⁸. Gerçek soybağı, genetik ilişkiye ya da bu ilişkinin sahip olduğu varsayıma dayanarak kurulmaktadır¹¹⁹.

b) Yapay Soybağı

Gerçek soybağı ilişkisi, hukuk tarafından genetik ilişkiye ya da bu ilişkinin olduğu varsayımına dayanmak suretiyle kurulmaktadır. Soybağını, hukuki olarak kuran diğer bir kaynak ise evlat edinmedir¹²⁰. Evlat edinmeyle birlikte, evlat edinen ve evlatlığı arasında,

¹¹⁴ Yargıtay HGK. E.2017/1920, K.2018/1432, T.16.10.2018 “Af Kanunu ile yapılan soybağı düzeltme işlemine karşı açılan itiraz davası, TMK’da yer almayan soybağına ilişkin beşinci davadır.” (Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.07.2021).

¹¹⁵ Uyumaz, s.11.

¹¹⁶ Acabey, s.11.

¹¹⁷ Doktrinde gerçek anlamda nesep adı da verilmektedir. Bkz. Acabey, s.11; Çocuk ile ana ve babası arasındaki kan bağı ilişkisinin, Kanunun aradığı şartlara temellendirilmesi ve bu şekilde kabul edilmesi halinde ortaya çıkan soybağı kavramına “gerçek soybağı” adı verilmektedir. Bkz. Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu ve Şeref Ertaş, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler**, 9.Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s.315 vd.; Akar, s.18.

¹¹⁸ Kırkbeşoğlu, s.11; Acabey, s.11; Sagiri, s.57.

¹¹⁹ Sagiri, s.59.

¹²⁰ Kırkbeşoğlu, s.11; Sagiri, s.59.

çocuklar ile ana-babaları arasındaki ilişkiye çok benzeyen bir hukuki ilişki kurulmaktadır¹²¹. EMK döneminde, evlat edinme ile kurulan bu ilişki “sözleşmeden doğan soybağı” ya da “akdi nesep” olarak adlandırılmaktaydı¹²². EMK döneminde kullanılan bu ifadeler, TMK döneminde evlatlık ilişkisinin artık sözleşme ile değil, yargı kararıyla oluşturulması sebebiyle artık geçerli kabul edilmemektedir.¹²³

Evlad edinme neticesinde kurulan bu soybağı, yapay yani suni bir soybağı olarak adlandırılmaktadır¹²⁴. Bu durumun yapay soybağı olarak adlandırılmasının nedeni, evlat edinen kişi ile evlat edinilen kişi arasında biyolojik bir bağ, yani kan bağı olmasının, evlat edinme sürecinde bir gereklilik olarak kabul edilmemesi ve genellikle bu kişiler arasında böyle bir bağın bulunmamasıdır.¹²⁵. Bu bakımdan ilgili kavram yapay soybağı şeklinde ifade edilebilmektedir¹²⁶.

EMK döneminde soybağı çeşitlerine yönelik farklı nitelendirmeler kullanılırken, TMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu alandaki terminolojide farklı tabirlerin kullanımına başlanılmıştır. Bundan sonraki bölümde, soybağının kurulması kavramını TMK çerçevesinde inceleyeceğiz.¹²⁷

¹²¹ Acabey, s.11.

¹²² Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s.1047.

¹²³ Acabey, s.12; Evlat edinme, TTMK'nın 305 ve 320'inci maddeleri arasında aynı başlık altında düzenlenmiştir. Bu düzenleme, evlat edinen ile evlat edinilen arasında bir soybağı oluşturmayı, yargı kararı ile mümkün kılan bir hukuki yapıyı ifade eder. Bkz. Acabey, s.11,12; Kırkbeşoğlu, s.11.

¹²⁴ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, s.359; Yüksek mahkeme de ilgili hususa, aşağıda belirtilen kararında yer vermiştir. Yargıtay 8. HD. E.2019/216, K.2019/1659, T.19.02.2019 “Evlatluk ilişkisi, genel olarak, evlat edinen ile evlatlık arasında mahkeme kararı ile kurulan yapay soybağı ifade etmek için kullanılan hukuki bir terimdir. Dolayısıyla, evlatlık ilişkisinin kurulması (evlat edinme), sonradan hukuk düzenince tanınan bir soybağı kurma yoludur.” (Sinerji Mevzuat & İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 15.07.2021);

¹²⁵ Akar, s.19; Sagiri, s.59.

¹²⁶ Aynı yönde bkz. Acabey, s.12.

¹²⁷ Bkz. Birinci Bölüm II.

II. SOYBAĞININ KURULMASI

A. Genel Olarak

Yukarıdaki kavram bölümünde¹²⁸ detaylıca açıkladığımız üzere soybağı, bir kimseyi ana ve babasına bağlayan hukuki nitelikteki bir bağıdır¹²⁹. Kişinin hangi soydan geldiğini, kimden türediğini gösteren, başta ana ve babası olmak üzere tüm aile fertleri ile olan yakınlığını ortaya koyan bu bağı belirlenmesi son derece önemlidir¹³⁰.

TMK’da mevcut bulunan birçok düzenleme, soybağının belirli olması durumunda bir anlam ve sonuca sahip bulunmaktadır. Çocuk ile ana-babası arasındaki soybağının nasıl oluşacağını, ayrıca evlat edinme yolu ile de soybağının kurulabileceğini düzenleyen TMK’nın 282 ve 283’üncü maddeleri, medeni hukuk çerçevesinde bir yeniliği ifade etmektedir¹³¹.

TMK md.282’de yer alan hüküm, aşağıdaki şekilde belirtilmiştir;

“I- Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.

II- Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur.

III- Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur.”

TMK md.282’deki bu düzenlemede, soybağının kurulabilmesi için çocuk ile ana ve babası arasında kan bağı bulunması veyahut evlat edinme ilişkisinin kurulması aranmaktadır. Mevzuatımızda soybağının kurulması hükümleri iki kısma ayrılmış olup ilk olarak çocuk ile ana arasında, ikinci olarak ise çocuk ile baba arasında ayrıma tabi

¹²⁸ Bkz. Birinci Bölüm I.

¹²⁹ Akıntürk ve Karaman, s.283; Azime Sarıbaş, “Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, 2019), s.13.

¹³⁰ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, 5. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s.511; Sarıbaş, s.13.

¹³¹ Özüğür, s.192.

tutulmuştur¹³². Bu düzenleme kapsamında, çocuk ile biyolojik ana ve babası arasındaki soybağı; yani kan bağı esasına dayanan soybağı ile evlat edinme ile kurulan soybağı ayrımı yapılmıştır. Kan bağı esasına dayanan soybağının oluşması, ana tarafından doğum, baba tarafından ise ana ile evlilik, tanıma ya da babalık davası ile sağlanmaktadır¹³³.

Hukukumuzda soybağı ilişkisi, yalnızca kan bağı esasına dayandırılmamış, ayrıca evlat edinme kurumu ile evlat edinen ve evlatlık arasında soybağının kurulabileceği düzenlenmiştir¹³⁴. Kısaca değinmek gerekirse, evlatlık ilişkisi kurulduktan sonra evlatlığın, evlat edinene kan bağı ile bağlı olan çocuklardan hukuki bakımdan herhangi bir farkı kalmaz. Evlat edinilen çocuk ya da ergin, evlat edinme ilişkisinin niteliği gereği oluşan ve mirasçılık bakımından söz konusu olan farklılıklar dışında, tabii oldukları hükümler dahilinde evlat edinene kan bağı ile bağlı olan çocukla aynı haklara sahip olur¹³⁵. Gerekirse nafaka talebinde bulunabilir, evlat edinenin soyadını taşıyabilir, hatta onun ölümü halinde, kendisine mirasçı dahi olabilir¹³⁶.

TMK’da, kan bağına dayanan soybağının oluşumu hakkında çocuğun, annesi ve babası arasında, evlilik içinde ya da evlilik dışında doğmuş olması bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Çocuk ile ana ve babası arasında kurulan soybağının, evlilik içinde doğumla ya da evlilik dışında tanıma veya babalık davası ile kurulmuş olması, sadece velayet hakkına sahip olacak kişilerin belirlenmesi açısından önemlidir¹³⁷. Bunun dışında, ana veya babası ile arasındaki soybağı, ilgili maddede belirtilen sınırlar içerisinde kurulamamış kişinin, hukuken bir soybağı aidiyetine sahip olduğu düşünülemez¹³⁸.

¹³² Özlem Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s.39; Baygın-Soybağı, s.14.

¹³³ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252-254.

¹³⁴ Sarıbaş, s.14; Kılıçoğlu-Aile, s.91.

¹³⁵ Dural, Oğuz ve Gümüş s252-253; Sarıbaş, s.252.

¹³⁶ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252-254.

¹³⁷ Dural, Oğuz ve Gümüş, Sarıbaş, s.14; Kılıçoğlu-Aile, s.91-92.

¹³⁸ Kılıçoğlu-Aile, s.91; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.254.

B. Soybağının Çocuk İle Ana Arasında Kurulması

Doğum olayı ile birlikte, çocuk ile ana arasında doğal bir soybağı ilişkisi gündeme gelmektedir. Bu husus, TMK md.282/1'de; “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur” şeklinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre; çocuğun doğmuş olması, ana ve çocuk arasında soybağının kurulması için yeterli olmaktadır¹³⁹. Tespit edilmesi gereken tek husus, çocuğun hangi anadan dünyaya geldiğine ilişkindir¹⁴⁰. “Çocuğu doğuran kadın, anadır” karinesi, kesin karine niteliğine sahiptir¹⁴¹. Önemli olan durum, çocuğun, kendisi ile soybağı kurulacak kadın tarafından dünyaya getirilmesi, yani ondan doğduğunun tespiti¹⁴². Soybağının kurulması bakımından, çocuğu doğuran kadının evli olup olmaması önemli değildir¹⁴³.

Daha önce belirtildiği üzere, çocuğu doğuran ve bunun sonucunda onunla genetik bir bağ oluşturan ana ile çocuk arasında kurulan soybağına “doğal soybağı” denilmektedir¹⁴⁴. Çocuğu doğuran kadının, kendi analığını veya doğurduğu çocuğu reddetmesi, yani soybağını inkar etmesi mümkün değildir. Analığın reddi kabul edilmezken, çocuğu doğuran kadının onu, kurucu yenilik doğurucu bir hak olan tanıma kurumu ile tanınması da mümkün değildir¹⁴⁵. Çocuğu doğuran ananın belli olmaması, çocuğun terk edilmiş olması veya hastanede karışması, kaybolması vb. istisnai durumlarda, ananın belirlenebilmesi adına hukuki menfaati olan kişilerin dava açabilmesi kabul edilmektedir. Açılacak bu davalar “tespit davası” niteliğindedir¹⁴⁶.

¹³⁹ Akar, s.23; Çakmut-Soybağı, s.39.

¹⁴⁰ Adnan Akın, “Babalık Davası”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE, 2006), s.4.

¹⁴¹ Emre Giray Görmez, “Babalık Davası”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi SBE, 2014), s.7.

¹⁴² Dural, Oğuz ve Gümüş, s.251.

¹⁴³ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Çakmut-Soybağı, s.39.

¹⁴⁴ Berki-Farklar, s.34; Bkz. Birinci Bölüm I. D. 1. a).

¹⁴⁵ Serozan-Çocuk, s.165; Kırkbeşoğlu, s.13.

¹⁴⁶ Akyüz, s.136; Ek olarak, tespit davasını kısaca açıklamak gerekirse; bir hukuki ilişkinin, hakkın varlığının ya da yokluğunun, mahkeme hükmüyle saptanmasıdır. Bu davalar yalnızca, hukuki ilişkinin varlığının tespitine yönelik

Ayrıca çocuğun, kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadının nüfusuna kaydedilmesi halinde, bu kayıt tek başına çocuk ile nüfusuna kaydedildiği kadın arasında soybağını kurmak için yeterli olmayacaktır.¹⁴⁷ Yani herhangi bir sebeple çocuğun öz anası yerine, başka bir kadının nüfusuna kaydedilmiş olması, söz konusu kişiyle çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmuş olduğu anlamına gelmeyecektir¹⁴⁸. Bu durumda, çocuk ile onu doğuran ana arasındaki soybağı mevcudiyetini sürdürecektir. Yanlış yapılan nüfus kaydı ise “nüfus kaydının düzeltilmesi davası” ile değiştirilip doğru hale getirilebilecektir¹⁴⁹. Bu dava, niteliği itibarıyla tespit davası olmakla birlikte, mahkemenin vereceği hüküm üzerine nüfus siciline yapılacak olan kayıt, kurucu nitelikten ziyade açıklayıcı nitelikte olacaktır¹⁵⁰. Çocuk

açılabilir. Tespit davasındaki hukuki yarar, açılmış ya da açılacak bir davanın konusunu içermektedir. Dava sonucunda verilen karar, tespit niteliğindedir. 25.04.2005 tarihli 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu md.36/1-c’de ilgili husus “Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu sebeple, mahkemelerce verilen hükümler, delil olarak kullanılabilir. Bkz. Baygın-Soybağı, s.22.

¹⁴⁷ Baygın-Soybağı, s.19; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252.

¹⁴⁸ Akar, s.23.

¹⁴⁹ Serozan-Çocuk, s.38; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Akyüz s.136, Akar, s.23; “Kayıt düzeltilmesi, aile kütüğüne işlenmiş kaydın bir kısmının düzeltilmesi veya değiştirilmesidir. Nüfus kütüklerinde mevcut bulunan yanlış kayıtların düzeltilmesi için mahkemeden karar alınması zorunludur. İşte bu noktada, nüfus kütüğünde yer alan doğru olmayan kayıtlar, ilgililerince açılacak kayıt düzeltme davası ile gerçek durumuna uygun hale getirilebilir ki, bu dava uygulamada nüfus kaydının düzeltilmesi davası olarak adlandırılmakta olup zamanasımı ve hak düşürücü süreye bağlı olmayan nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davalarda, her türlü kanıtı başvurulabilir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11.02.1998, 2-87/77 sayılı kararı) Soybağının reddi davası ile kayıt düzeltme davası, sonuçları (hane dışına çıkarmak) bakımından benzerlik göstermekte ise de, içerik ve yargılama kuralları açısından kendi özel hükümlerine bağlıdır. Soybağının reddinde, kişisel duruma ilişkin nüfus kaydında yer alan bilgi doğru olarak meydana gelmiş ve kütüğe tescil edilmiştir. Ancak bu doğru daha sonra soybağının reddi davası ile teknik anlamda bir yanlışlığa dönüştürülmüştür. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında ise, nüfus kaydının gerçek durumu yansıtmadığı, baştan yanlış olarak kütüğe geçirildiği söz konusudur. (HGK 30.01.2008 gün 2008/2-36-47 sayılı kararı) Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, 4787 sayılı Kanunun 4’üncü maddesi kapsamı dışında olup, aile mahkemelerinin görevine girmez. Asliye hukuk mahkemelerinin görev kapsamında bulunan nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davalarında, Nüfus Hizmetleri Kanununun 36’ncı maddesi gereği, nüfus müdürü veya memurunun bulunması ve kararın onların önünde verilmesi zorunludur.” Yargıtay 8. HD. E.2019/5440, K.2021/3370, T.12.04.2021 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 17.06.2021).

¹⁵⁰ Görmez, s.8; Acabey, s.225; “Nüfus sicili bildirici açıklayıcı bir özelliğe sahip olup iptal edilmediği düzeltilmediği sürece doğum çocuklar evlenme boşanma ölüm husumluk mirasçılık gibi sonuçları vermesi kaydın kanuni sonucudur. Nüfus sicili daha doğrusu sicillerin aksi ispat edilebilir. Siciller aksi ispat edilinceye kadar geçerlidir. Nüfus sicilinde düzeltme yapabilmek için HMK 39 uyarınca mahkemeden karar almak gerekmektedir. Buna nüfus kaydının düzeltilmesi davası denmektedir. Tespit davası özelliği gösteren süre sınırı öngörülmemen nüfus kaydının düzeltimi davası Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından görülür. Nüfus kaydının düzeltimi davası diğer kişisel durum davaları ile hem benzerlikler hem de farklılıklar gösterir. Soybağı düzeltimi davası sonucunda bir değişiklik meydana gelir. Bu değişimin sebebi nüfus sicilindeki hata değil soybağının yanlış tespittir. Nüfus kaydının düzeltilmesinde sicildeki hatanın düzeltilmesi ön planda olup soybağının düzeltilmesinde ise sicil kaydının hukuki duruma uygun hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Soybağı düzeltim davasında süre sınırı bulunduğu gibi görevli yargı yeri Asliye Hukuk Mahkemesi olmayıp Aile

ve onu doğuran ana arasındaki soybağı, bu davaya ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ile değil, doğum anından itibaren geçerli olmak üzere kurulacaktır¹⁵¹.

C. Soybağının Çocuk İle Baba Arasında Kurulması

Daha önce belirttiğimiz gibi¹⁵², çocuğun babası ile kurulan soybağı ve bu konunun nasıl düzenlendiği hususu, TMK'nın 282'nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. İlgili fıkralar kapsamında soybağının kurulmasını sağlayan dört farklı yol bulunmaktadır. Bu yolları sıralamak gerekirse; öncelikle ana ile evli olma, tanıma, hâkim kararı ve evlat edinme kurumudur. Bahse konu olan bu hususları aşağıda açıklamaya çalışacağız.

1. Soybağının Ana İle Evlilik Yoluyla Kurulması

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulmasının en doğal yolu ana ile evlilik halidir¹⁵³. Bunun dışında çocuğun, evlilik içerisinde ana rahmine düşmüş olması, doğum esnasında ana ile babanın evli bulunması ya da doğumdan sonraki zaman diliminde, ana ile babanın evlenmesi hallerinde, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi evlilik sebebiyle kurulmuş olacaktır¹⁵⁴.

Burada söz konusu olan evlilikler ise TMK hükümleri gereği hukuka uygun şekilde, yasal olarak yapılan evliliklerdir. Kanunumuzda söz edilmemekle birlikte doktrinde, evlenecek olanların farklı cinsiyete sahip olması, evlendirme işlemini gerçekleştiren kişinin yetkili ve görevli nikah memuru olması ve evlenme iradelerinin doğrudan nikah memuru

Mahkemesidir." Yargıtay HGK. E.2017/1920, K.2018/1432, T.16.10.2018 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 17.07.2021).

¹⁵¹ Akar, s.23; Acabey, s.225.

¹⁵² Bkz. Birinci Bölüm II. A.

¹⁵³ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.438, Akın, s.4.

¹⁵⁴ Akar, s.28; Baygın-Soybağı, s.20.

önünde açıklanması hususları belirtilmektedir¹⁵⁵. Yukarıda bahsedilen ilgili durumlar, evlenmede kurucu unsur sayıldıklarından ötürü, bu şartlara uyulmadan yapılan evlilikler yok hükmünde sayılacaklardır¹⁵⁶. Ülkemizde çok sık görülen ve imam huzurunda yapılan, “imam nikahı” olarak adlandırılan evlilikler, evlendirmeye yetkili nikah memuru önünde yapılmadıklarından ve bu sebeple kurucu unsura sahip olmadıklarından ötürü hukuken yok hükmündedirler. Bu sebeptir ki, kurucu unsur yokluğunda yapılan evlilikler neticesinde yaşanan cinsel birlikteliklerden dünyaya gelen çocukların, babaları ile arasındaki soybağı ilişkisi kurulamayacaktır. Bunun sonucunda, hukuken geçerli olmayan bir evlilik neticesinde dünyaya gelen çocuklar, evlilik içerisinde doğan çocukların sahip olacağı haklardan da istifade edemeyeceklerdir¹⁵⁷. Bu gibi durumlarda, çocuk ile babası arasındaki soybağının kurulabilmesi adına, resmi nikahlı olarak evlilik, babalık davası ya da tanıma yollarına başvurulması gerekecektir.

Evliliğin kurucu unsurlarında eksiklik olmamakla beraber, bazı evlenme şartlarının bulunmadığı durumlarda, evliliğin mutlak¹⁵⁸ ya da nispi¹⁵⁹ butlanla batıl hale gelmesi mümkün olmaktadır¹⁶⁰. Böyle hallerde evlilik, mahkeme hükmüyle sona erdirilebilecektir.

¹⁵⁵ Akyüz, s.115.

¹⁵⁶ Akyüz, s.115-116.

¹⁵⁷ Akyüz, s.116.

¹⁵⁸ Mutlak butlan (hukuka uygunluğu mümkün olmayan haller) sebepleri, TMK'nın 145'inci maddesinde sayılmakla birlikte bunlar; eşlerden birisinin evlenme esnasında evli olması, evlenme esnasında sürekli biçimde ayırt etme gücüne haiz olmaması, evlenmeye engel nitelikte akıl hastalığının bulunması ve son olarak evlenmeye engel derecede hısımlığın mevcut olmasıdır. Bkz. Tuğçe Tekben, “Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.16, S.2, 163-214, s.164.

¹⁵⁹ Kanunda mutlak butlan nedenleri tek bir maddede toplanmış iken, nispi butlan nedenleri ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Nispi butlan (işlem hukuken var olan lakin yapıldığı andan itibaren geçersiz olan işlemler) sebepleri ise TMK'nın 148 ile 153'üncü maddeleri arasında sayılmakla birlikte bunlar; evlenme esnasında geçici bir nedenle ayırt etme gücünden yoksun bulunması, evlenmeyi hiç istemediği ya da evlendiği kişi ile evlenmeyi düşünmediği halde hatasına istinaden yanılarak bu evlenmeyi gerçekleştirmesi, eşinin onur ve namusu hakkında doğrudan onun tarafından ya da onun bilgisi dahilinde bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye rıza göstermesi, davacının ya da altsoyunun sağlığı için ağır bir tehlike yaratan hastalığın kendisinden gizlenmesi, kendisinin ya da yakınlarından birisinin hayatı, sağlığı veyahut onur ve namusuna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmesi, son olarak küçük ya da kısıtlının evlenmek için yasal temsilcisinden izin almamasıdır. Bkz. Tekben, s.180.

¹⁶⁰ Akar, s.29; Akyüz, s.117.

Butlan kararı, sadece ileriye yönelik sonuçlar yaratmakla birlikte geçmişe etkili olmaz¹⁶¹. TMK'nın "Butlan kararı" başlığı altından düzenlenen 156 ve 157'nci maddelerinde, mahkemece verilen iptal hükmü kesinleşinceye kadar batıl olan bir evlilik, hukuken geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarına sahip olacaktır¹⁶². Hâkim, bir evliliğin butlanına karar verse bile, bu evlilik sonucunda dünyaya gelen çocuklar, anne ve babaları iyiniyetli olmasalar (Latince manada "Dolus"¹⁶³) dahi evlilik içerisinde doğmuş sayılacaklardır¹⁶⁴.

2. Tanıma

Tanıma işlemi, evlilik dışı doğan çocuğun, biyolojik babası tarafından kanuni olarak belirtilen belirli geçerlilik şartlarından biriyle, çocuğun kendisinden olduğunu tek taraflı olarak ifade etmesi sonucunda, çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan ve TMK'nın 295 vd. maddelerinde düzenlenen hukuksal bir işlem olarak tanımlanabilir¹⁶⁵. Bir başka açıklamaya göre ise tanıma, bir erkeğin evlilik dışı ilişki ürünü olan çocuğun, kendi sulbünden¹⁶⁶ geldiğini, TMK'nın düzenlediği bir şekil içerisinde açıklamasıdır. Babanın, bu tek taraflı irade açıklaması ise, çocuğun hukuki statüsünü değiştiren, yenilik doğurucu hukuki işlem niteliğine sahiptir. Çocuğun bu anlamda tanınması açısından bir zamansal sınırlama bulunmamaktadır. Çocuk, sağ doğmak şartıyla doğumdan önce veyahut doğduktan sonra da tanınabilmektedir¹⁶⁷. Tanıma hukuki işleminin yapılabilmesi bakımından ananın belli olması zorunludur. Örneğin, sonradan bulunan bir

¹⁶¹ Akyüz, s.116.

¹⁶² Tekben, s.167.

¹⁶³ Roma hukukunda "Dolus" kavramı, haksız bir menfaat elde etmek için karşı tarafa tuzak kurmaya, kandırmaya, aldatmaya yönelik olan her türlü kötü niyetli, dürüstlük kuralına aykırı davranış biçimini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, "Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. Mart-Nisan 2018, S.135, s.355.

¹⁶⁴ Fulya Erlüle, "**Babalık Karinesi**", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s.688; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.255.

¹⁶⁵ Akıntürk ve Karamam, s.346; Kılıçoğlu-Aile, s.541; Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, 1.Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990, s.520; Sarıbaş, s.27.

¹⁶⁶ Bir erkeğin sulbünden gelen, onun zürriyetinden olan, öz (oğul) anlamına gelmektedir. Kelimenin anlamına dair bkz. www.lugatim.com (Erişim tarihi: 15.09.2021)

¹⁶⁷ Velidedeoğlu, s.405.

çocuk, eğer anası belli değil ise tanınamayacaktır. Ayrıca ana rahmine konulan bir embriyo da tanınamayacaktır; çünkü çocuğun hangi zamanda ve kimden doğacağı henüz belli değildir¹⁶⁸.

Tanımanın hukuki niteliğine genel olarak değinmek gerekirse tanıma, tek taraflı olan yenilik doğurucu bir hukuki işlem niteliğinde olduğundan ve tanıyanın yani biyolojik babanın bu husustaki irade açıklamasını sunması ile hüküm ifade ettiğinden ötürü, bu beyanın, beyan edilen kişiye ulaşması, tanımanın oluşması bakımından zorunlu bir husus değildir. Yani tanımanın hüküm ifade etmesi için muhatabı tarafından herhangi bir kabul beyanına da ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁶⁹.

Tanıma, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bir haktır. Bundan dolayıdır ki çocuğun, kişinin yani tanıma hakkına sahip olanın akdi ya da yasal temsilcisi tarafından tanınabilmesi mümkün olmamaktadır. Babanın hayatını kaybetmesi ya da ayırt etme gücünü tamamen yitirmesi halinde, babanın kanuni mirasçıları tarafından tanıma yapılamayacağı için, baba ile çocuk arasında soybağı kurulamayacaktır. Ancak TMK md.301'deki düzenleme doğrultusunda babalık davası açılarak, çocuk ile baba arasında soybağını kurmak mümkün hale gelmektedir.

Tanıma, geçmişe etki edecek şekilde birtakım neticeler meydana getirir. Bu sonuçlar, çocuğun ana rahmine yerleşmesinden itibaren hüküm ifade etmektedir. Bu husus, çocuğun yararına ve tanıma kurumunun amacına da uygun düşmektedir¹⁷⁰. İlgili kişinin önceden, tanıma hakkından bile isteyerek vazgeçmesi yani feragat etmesi geçerli değildir¹⁷¹.

Uluslararası çocuk hakları bakımından soybağının hukuki sonuçları, ülkemiz tarafından da imzalanan ve halen yürürlükte olan 20.11.1989 tarihli Çocuk Hakları

¹⁶⁸ Kırkbeşoğlu, s.22.

¹⁶⁹ Akıntürk-Aile, s.375;

¹⁷⁰ Akıntürk ve Karaman, s.288; Tekinay, s.521; Kırkbeşoğlu, s.22.

¹⁷¹ Akıntürk ve Karaman, s.288; Tekinay, s.521;

Sözleşmesinin 7'nci maddesinde düzenleme alanı bulmuştur¹⁷². Söz konusu hükümde, çocuğun doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilme, isme sahip olma, vatandaşlık kazanma ve mümkün olduğu ölçüde ana ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma haklarına sahip olacağı hususları düzenlenmiştir¹⁷³. Bir başka uluslararası sözleşme olan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde de ilgili husus, sözleşmenin 24'üncü maddesinde “*Her çocuk, doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilecek ve bir isme sahip olacaktır. Her çocuğun vatandaşlık kazanma hakkı vardır*” şeklinde düzenlenmiştir¹⁷⁴. İnsan Hakları Komitesine göre ise bu maddenin asıl amacı, çocuğun hukuki şahsiyetinin tanınması ve özel koruma tedbirlerinin önceden alınması ile ilgilidir¹⁷⁵.

Çocuğun tanınması açısından sürenin bir önemi olmamakla birlikte, Kanunumuzda da bu konuda bir düzenleme yoktur. Çocuk, yalnızca sağ doğmak şartıyla doğumundan önce ya da sonra tanınabilecektir¹⁷⁶. Tanıma, çocuğun yaşadığı zaman diliminde hüküm ifade edebileceği gibi, hayatını kaybetmesinden sonra da gerçekleştirilebilecektir¹⁷⁷. Çocuğun öldükten sonra tanınabilmesi bakımından, kendi altsoyunun bulunması gerekmektedir¹⁷⁸.

Tanınmanın geçerlilik şartları bakımından Kanunun 295/1 maddesinde sınırlı sayı prensibi gözetilerek bir düzenlemede bulunulmuştur¹⁷⁹. Tanıma, geçerlilik şekline sahip olan

¹⁷² BM Genel Kurulu tarafından, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş olan “Çocuk Hakları Sözleşmesi”, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. İmzalanan bu sözleşme ile çocuk haklarının korunması hususu amaçlanmış, bu bakımdan sözleşmeye taraf olan devletlerin, bu hakları hayata geçirmesi için belirlenmiş olan yükümlülüklerle uyma zorunluluğu yasal çerçevede belirlenip, hükme bağlanmıştır.

¹⁷³ Sevgi Usta Sayıta, “Ensest İlişkiden Doğan Çocuğu Tanıma Yasağının Kaldırılmasına Eleştirel Bakış”, *TBB*, 2010, S.88, s.182; Akar, s.35.

¹⁷⁴ Sayıta, s.182-183; Akar, s.35.

¹⁷⁵ Sayıta, s.183; Akar, s.35.

¹⁷⁶ Süleyman ve İşleten, s.117; Tekinay, s.521.

¹⁷⁷ Yargıtay HGK. E. 2017/1920, K.2018/1432, T.16.10.2018 “*Tanıma, çocuk yaşadığı sürece gerçekleştirilebileceği gibi, çocuğun ölümünden sonra tanınması da mümkündür. Hatta çocuğun ana rahmine düşmesinden sonra, fakat doğumundan önce de tanınabileceği kabul edilmektedir. Çocuğun doğumdan önce tanınması hâlinde, tanınmanın geçerliliği çocuğun sağ doğmasına ve doğum anında bir başka erkekle soybağının bulunmamasına bağlıdır*” (Sinerji Mevzuat & İhtihat Programı, Erişim Tarihi: 08.06.2021).

¹⁷⁸ Tekinay, s.521.

¹⁷⁹ Akıntürk ve Karaman, s.289.

bir hukuksal işlemdir¹⁸⁰. İlgili düzenlemede, tanınanın dört şekilde yapılabileceği öngörülmüştür. Yani tanıma, resmi senet, vasiyetname, nüfus memuruna beyan ve son olarak mahkemeye yazılı başvuru biçiminde gerçekleştirilebilmektedir. Tanıma, ölüme bağlı olarak da yapılabilmektedir¹⁸¹. TMK md.295’de tanınanın vasiyetname ile yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki tanıma, her ne kadar vasiyetname ile yapılabilirse dahi miras sözleşmesi ile yapılamayacaktır¹⁸². Doktrinde bazı yazarlar tanınanın, yalnızca vasiyetname ile değil; miras sözleşmesi ile de yapılabileceğini savunmuşlardır¹⁸³. TMK’nın 295/1 maddesinde belirtilen başvuru şekilleri arasında miras sözleşmesi yer almadığından dolayı, kanaatimizce yasada belirtildiği şekilde yapılmalıdır.

3. Babalık Davası

Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun genetik babası tarafından tanınmasında bir süre sınırı bulunmamaktadır. Biyolojik baba, çocuğu her zaman tanıyabilecektir. Bu bakımdan tanıma, biyolojik babanın isteğine kalmış bir husus olmakla beraber, biyolojik babayı tanımaya zorlamak hukuken mümkün değildir¹⁸⁴. Tanıma kurumu, çocuk ile onun babası arasında, soybağının kurulması ve babalığın hukuken tespit edilmesi açısından yeterli bir çözüm yöntemi değildir. Kanun koyucu tarafından bu problem göz önüne alınarak, evlilik dışında doğan çocuğunu kendi iradesiyle tanımak istemeyen biyolojik

¹⁸⁰ Tanıma, şekle tabi bir işlemdir. Kanunun öngörmüş olduğu şekle uyulmadıkça evlilik dışında doğmuş olan bir çocuk tanınmış olmayacaktır. Bkz. Akıntürk ve Karaman, s.289.

¹⁸¹ Latince “Mortis causa” olarak ifade edilmektedir. Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku**, 9. Basım, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021, s.167.

¹⁸² Kılıçoğlu’na göre, Eski Medeni Kanun zamanında tanıma, tek taraflı biçimde yapılacak olan hukuksal bir işlem olduğundan ötürü, ölüme bağlı tasarrufun sadece vasiyetname olarak anlaşılacağı, tanınanın hukuki temeli dikkate alındığı vakit, miras sözleşmesi yapılarak tanınanın olmayacağı düşüncesiyle, EMK’daki ölüme bağlı tasarruftan, yalnızca vasiyetnamenin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Kılıçoğlu-Aile, s.544.

¹⁸³ Akıntürk ve Karaman, s.289, 290; Hatemi’ye göre, Kanun’da düzenlenmemesine rağmen, tanıma beyanının bir miras sözleşmesinin içeriğinde bulunmasında herhangi bir hukuki mahsur bulunmamaktadır. Fakat bu tanıma beyanı, miras sözleşmesinin tek taraflı bölümünü oluşturur ve bu husustaki tanıma beyanı geri alınabilir niteliktedir. Bkz. Hatemi-Aile, s.167.

¹⁸⁴ Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001, s.336; Akıntürk ve Karaman, s.291; Sarıbaş, s.30; Akıntürk-Aile, s.370; Akıntürk-Aile, s.387.

babaların, babalık statülerinin yargısal yol ile belirlenebilmesi imkânı getirilmiştir¹⁸⁵. Dolayısıyla, babalık davası veya başka bir ifadeyle babalık hükmü, evlilik dışında dünyaya gelen bir çocuğun babası tarafından gönüllü olarak tanınmadığı veya babanın hayatta olmadığı durumlarda, anne veya çocuk tarafından açılan, babalığın hukuken tespit edilmesi ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin resmi olarak kurulması amacını taşıyan bir davadır¹⁸⁶.

TMK’da şahsi sonuçlu babalık davası düzenlenmediğinden dolayı, ananın açtığı bu babalık davasını, tüm ifa davaları gibi bir saptamaya dayanan dava niteliğinde görmek gerekmektedir. Çocuğun davasında da aynı amaç olmakla birlikte, eş nitelikte olduğunu söyleyebiliriz¹⁸⁷. Bu davanın esas amacı, evlilik dışında doğan çocuğun biyolojik babasının mahkeme kararıyla tespit edilmesini sağlamaktır. Dava neticesinde mahkemenin karar kıldığı hüküm ise babalık hükmü olarak adlandırılacaktır¹⁸⁸.

TMK’nın 301’inci maddesinde babalık davasının tarafları düzenlenmiştir. İlgili hükme göre babalık davası, ana ile çocuk tarafından babaya, baba ölmüş ise babanın kanuni mirasçılarına karşı açılması gerekmektedir¹⁸⁹. Ana ile çocuk, bu davayı ayrı olarak açabilecekleri gibi, beraber de açabileceklerdir.

Babalık davası bakımından dava hakkı ana ve çocuğa verilmiş, biyolojik baba ise davalılar arasında düzenlenmiştir. Bu davanın, biyolojik baba tarafından açılma imkânı bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise babanın, babalık davası ile ulaşabileceği neticeyi zaten tanıma kurumu ile daha kolay ve hızlı ulaşabileceği düşüncesidir. Bundan dolayıdır ki doktrinde, doğal babanın dava hakkına sahip olmadığı düşüncesi kabul edilmiş

¹⁸⁵ Oğuzman ve Dural, s.336-337; Akıntürk-Aile, s.387; Sarıbaş, s.30.

¹⁸⁶ Baygın-Soybağı, s.62-63; Oğuzman ve Dural 2001, s.336; Akıntürk-Aile, s.369-370; Akar, s.38; Akıntürk ve Karaman, s.291, 292.

¹⁸⁷ Hatemi-Aile, s.174.

¹⁸⁸ Sarıbaş, s.30.

¹⁸⁹ Sarıbaş, s.30; TMK md.301/2: “(2)Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılarına karşı açılır”

bulunmaktadır¹⁹⁰. Yüksek mahkemenin içtihatlarında, hukuken kendisine tanıma imkânı verilmiş kişinin bu davayı ileri sürmekte hukuki menfaatinin olmadığı sonucuna varılmış ve doğal baba tarafından açılan bu davaların mahkemeler eliyle reddedilmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır¹⁹¹.

TMK md.301/3'de yer verilen düzenlemeye göre babalık davası, Cumhuriyet savcısı ile Hazineye, davayı ana açmış ise kayyım, son olarak bu dava kayyım tarafından açılmış ise de anaya ihbar edilecektir. İlgili fıkra da tahdidi olarak yer verilen kişiler, davanın tarafı olmayıp davanın kendisine ihbar olunacağı kişilerdir¹⁹².

Babalık davasının açılıp mahkeme tarafından karar verilebilmesi için, çocuğun daha önceden tanınmış veya derdest olan babalık davasında babalığa hükmedilmemiş olması yasal bir zorunluluktur. Ayrıca çocuğun başka biri tarafından evlat edinilmiş olması ve çocuğun anasının henüz tespit edilmemiş olması hallerinde de babalık davası açılmayacaktır¹⁹³.

Tanıma kurumunda olduğu gibi babalık davasında da bir yıllık dava süresi sona ermiş ise, bu gecikmeyi haklı çıkartacak nedenlerin varlığını ispat etmek şartıyla davacı, ilgili nedenin ortadan kalktığı tarihten itibaren ek olarak bir aylık süreden de istifade edebilecektir. Bu konuya örnek olarak, davalının, ana ile evleneceği ya da çocuğu tanıyarak soybağı sorununu dava açmadan çözeceğine dair vaatlerle davacıyı yanıltarak, kasıtlı bir şekilde hak düşürücü süre olan bir yılın geçmesini sağlamasının ardından açılan davada, hak düşürücü

¹⁹⁰ Tuğba Kutoğlu, "Türk Mevzuatında ve İchtihatlarında Babalık Hükümü", *DEÜHFD*, 2010, C.12, s.960; Akıntürk ve Karaman, s.292; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Cumhur Özakman ve Enis Sarıal, **Aile Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986, s.628; Akıntürk-Aile, s.373.

¹⁹¹ Yargıtay 2. HD. E. 2002/8021, K. 2002/8978, T. 05.07.2002; Yargıtay 2. HD. E. 2003/6479, K. 2003/7559, T. 29.05.2003; Yargıtay 2. HD. E. 2003/6477, K. 2003/7734, T. 27.05.2003. (Sinerji Mevzuat & İchtihat Programı, Erişim Tarihi: 17.09.2021).

¹⁹² Kılıçoğlu-Aile, s.55; Akıntürk ve Karaman, s.292; Sarıbaş, s.31.

¹⁹³ Baygın-Soybağı, s.74.

sürenin dolduğu iddiasını ileri sürerek dürüstlük ilkesine aykırı hareket etmesi, haklı sebepler arasında sayılabilir¹⁹⁴.

Kanun koyucu TMK md.302/3’de davalı taraf olan erkeğin, cinsel ilişki ile çocuğun doğumu arasında nedensellik bağı bulunmadığını ispat edici birtakım deliller sunarak, babalık karinesini çürütebileceği esasını getirmiş bulunmaktadır¹⁹⁵. Bu bakımdan davalı taraf, cinsel ilişki ile meydana gelen doğum arasındaki nedensellik bağının yokluğunu, birtakım somut deliller öne sürerek ispat etme imkânına sahiptir. Örneğin, çocuğunun olması durumunun imkânsızlığını, doktor ya da tıbbi rapor vb. bir kanıt ile ispat ederek, kadının açmış olduğu babalık davasını çürütebilecektir. Yine, kadının o esnada hamile durumda olduğunu ya da kendisinden olan çocuğunun düşürüldüğünü ispat etme hakkına da sahip bulunmaktadır¹⁹⁶. Davalı taraf, illiyet bağının imkânsızlığını veya yokluğunu kanıtlayarak babalık karinesini hukuki bakımdan çürütmüş ise, bu halde babalık davası kesin biçimde reddedilir¹⁹⁷.

4. Soybağının Evlat Edinme Yolu İle Kurulması

Evlat edinme düzenlemesi, mevzuatımıza ilk kez EMK ile getirilmiştir¹⁹⁸. Yukarıda soybağı kavramını açıkladığımız bölümde evlat edinme konusuna değindiğimizden

¹⁹⁴ Kılıçoğlu-Aile, s.555; Kutoğlu, s.964; Yargıtayın verdiği birçok kararda kandırma hususu haklı bir neden olarak gösterilmiştir. Yine benzer kararlarda anaya yöneltilen evlenme vaadi de haklı bir neden olarak gösterilmiştir. Yargıtay 2. HD. E. 2003/2855, K. 2003/4470, T. 31.03.2003; 2. HD. E. 2003/4410, K. 2003/5601, T. 17.04.2003. Buna karşılık Yüksek Mahkeme bir kararında, anaya yöneltilen evlenme vaadinin kandırabilecek niteliği (objektif şart) haiz olabilmesi için, erkeğin evlilik durumunun kadın tarafından daha öncesinde bilinmesi halinde, boşanma davasının açılması şartını en azından asgari bir şart olarak aramıştır. 2. HD. E. 1998/3372, K. 1998/5077, T. 30.04.1998; Ayrıca, "hak düşürücü süreler" başlığını taşıyan TMK md.303/2’de belirtilen, çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, bir yıllık sürenin, atamanın kayyıma tebliğ edildiği tarihte, eğer kayyım atanmamışsa çocuğun reşit olduğu tarihte başlayacağına dair hüküm, AYM’nin 27.10.2011 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. AYM., E. 2010/71, K. 2011/143, T. 27.10.2011 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

¹⁹⁵ Baygın-Soybağı, s.85.

¹⁹⁶ Tekinay, s.448

¹⁹⁷ Baygın-Soybağı, s.86; Ayrıca ilgili içtihat için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2850/4614, T. 04.05.1993 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

¹⁹⁸ EMK’nın getirdiği düzenlemeler bakımından evlat edinme bir “medeni hukuk” sözleşmesi olarak adlandırılıyordu. Bkz. Baygın-Soybağı, s.137.

ötürü, bu kuruma kısaca değinmek gerekirse; çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağı, evlat edinme yolu ile de kurulabilecektir¹⁹⁹. TMK md.282/2’de bu durum; “*soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur*” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde, TMK’nın 306’ncı maddesinin 3’üncü fıkrasında, çocuk ile evlat edinme ilişkisinin hem anne hem de baba tarafından kurulabileceği belirtilmiş ve bu ilişkinin kurulabilmesi için en az iki yıllık evlilik süresi veya en az otuz yaşında olma şartlarına yer verilmiştir.²⁰⁰.

Soybağının evlat edinme yoluyla kurulması durumunda, kan bağına dayalı olan soybağı ilişkisinden ziyade evlat edinme ilişkisine dayalı olan bir soybağı ilişkisi oluşacaktır. Bu bakımdan evlat edinmeden doğan soybağı, doktrinde “yapay soybağı” ya da “suni soybağı” şeklinde adlandırılmaktadır²⁰¹. Evlat edinmenin hukuki niteliği açısından doktrin ve Yargıtayın benimsemiş olduğu görüş, evlat edinme kurumunun bir medeni hukuk akdi olduğu yönündedir.²⁰² Nitekim bazı yazarlar evlat edinme kurumunu mahkeme hükmü ile kararlaştırılan bir hukuki ilişki²⁰³, bazıları ise hâkim kararına istinaden kurulan hâkimiyet tasarrufu olarak adlandırsalar da²⁰⁴, çoğunluk tarafından kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüşe evlat edinme bir medeni hukuk akdidir²⁰⁵.

Evlat edinme, TMK’nın Dördüncü Ayrımının “Evlat Edinme” başlığı altında 305 ile 320’inci maddeleri arasında düzenlenmekle birlikte, EMK’dan ayrı olarak, küçüklerin evlat edinilmesi ile kısıtlıların ve erginlerin evlat edinilmesi şeklinde ayrıca düzenlenmiş; bununla birlikte eşlerin birlikte evlat edinmesi ve tek başına evlat edinme olarak iki farklı

¹⁹⁹ Bkz. Birinci Bölüm I. II.

²⁰⁰ Sarıbaş, s.37.

²⁰¹ Akar, s.39; Akıntürk ve Karaman, s.294.

²⁰² Akıntürk ve Ateş Karaman, s.370; Akıntürk-Aile, s.382.

²⁰³ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.301; Sarıbaş s.38; Helvacı ve Erlüle, s.2010; Akıntürk-Aile, s.382.

²⁰⁴ Baygın-Soybağı, s.137.

²⁰⁵ Baygın-Soybağı, s.137.

yapıda sınıflandırılmıştır²⁰⁶. Yine Kanunumuzda evlat edinmenin koşulları, edinilecek olan kişinin ergin olup olmadığına göre de farklı bir şekilde düzenlenmiştir²⁰⁷.

²⁰⁶ Küçüklerin daha fazla bakıma ihtiyaç duymaları ve erginlerin evlat edinilmesinin, bazı kanun ve ahlak sınırları dışında ilişkilere yol açması nedeniyle, erginlerin evlat edinilmesi, koşulları ağırlaştırılarak istisnai durumlara indirgenmiştir. Bkz. Baygın-Soybağı, s.139.

²⁰⁷ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.300; Kaya'ya göre; Türk Medeni Kanunu, evlat edinmeyi iki farklı kategori altında ele almaktadır: küçüklerin evlat edinilmesi ve kısıtlı veya ergin bireylerin evlat edinilmesi. Kanun, temel olarak küçüklerin evlat edinilmesine odaklanırken, ergin veya kısıtlı bireylerin evlat edinilmesini ise daha çok istisnai bir durum olarak ele almaktadır. Bkz. Cengiz Kaya, **Türk Hukukunda Evlat Edinme**, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s.21.

İKİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI İNCELEMELERİ VE TIBBİ ARAŞTIRMA METOTLARI

I. SOYBAĞI DAVALARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

A. Genel Olarak

Tıp alanında yapılan araştırma ve incelemeler doğrultusunda, son yıllarda meydana gelen bilimsel gelişmeler bir hayli artmış ve içerisinde bulunduğumuz çağın en değerli bilimsel yenilikleri arasında yer almıştır. Meydana gelen bu yenilikler yalnızca tıp bilim dalı ile uğraşan kişileri değil, diğer bilim dalları ile uğraşan kişileri de yakından ilgilendirmektedir. Bilim dallarının geçişsel ve etkileşimsel özellikleri bakımından ulaşılan bu sonuçlar, diğer bilim dallarına da etki ettiğinden dolayı, hukuk bilim dalı, meydana gelen bu gelişim ve değişimlerden bir hayli etkilenmiş bulunmaktadır. Genetik bilim ve moleküler biyolojideki gelişmelere paralel biçimde hukukun da bu gelişmelere karşı yetkinleşme ve sınırlarını büyütme içerisinde olması, bilhassa genetik müdahaleleri ayrıntılı olarak düzenlemesini gerektirmektedir²⁰⁸. Ayrıca moleküler biyoloji ve genetik bilimi alanındaki ilerlemelerin, hukuku yakından ilgilendiren bir diğer yönü de hukukun bizzat genetik bilimindeki ilerlemelerden yararlanmasıdır²⁰⁹. Nitekim çalışmamızın konusunu oluşturan ve soybağının belirlenmesinde kullanılan tıbbi yöntemler, genetik biliminin ulaştığı olduğu konumu göstermekle birlikte, özellikle DNA analizi yöntemi bu bakımdan önem kazanmıştır.

Ulusal ve uluslararası hukuk çerçevesinde, genetik inceleme yöntemleri, ceza hukuku ve özel hukuk alanındaki davaların bilimsel açıdan çözümüne katkı sağlamak

²⁰⁸ Bu kapsamda genetik araştırmalar ve pratik uygulamaların etik manada değerlendirilmesi, biyoteknolojideki problemleri çözme konusunda gerekli etik ilkeler ve bunların hukuki mahiyeti ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Osman Kaşıkçı, **İnsan Genom Projesi'nin Etik Açısından Değerlendirilmesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (Yayına Hazırlayanlar: Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay), Erzincan 15-16 Mayıs 2006, s. 147 vd; Uyumaz, s.164.

²⁰⁹ Rıfat Erten, Birsen Acır ve Sema Taşveren, "Gen Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, Ankara 1996, C.54, S.1-4, s.574

amacıyla yaygın olarak kullanılmaktadır²¹⁰. Günümüzde idrar, saç, kıl, tükürük, sperm, deri parçası, tırnak ya da kemik vb. vücut bulguları olan biyolojik materyallerden temin edilen DNA profilleri, hırsızlık, cinsel saldırı, yaralama, öldürme, kimlik tespiti vb. adli olayların gün yüzüne çıkarılmasına ek olarak, çalışmamızın esas konusunu oluşturan soybağı davalarında, kişilerin soybağının tespit edilmesi amacıyla da sıklıkla kullanılmaktadır²¹¹. Soybağı davalarında mahkeme tarafından re'sen araştırma ilkesi geçerli olması nedeniyle, davadaki tarafların istemi olsun ya da olmasın tıbbi yöntemlere başvurulmasını sağlamak suretiyle soybağının tespit etme uyumsuzluğu ortaya çıkmaktadır²¹².

B. Bilirkişi İncelemesi

Hukuk davalarında karşımıza çıkan genetik incelemeler, genellikle soybağı ile ilgili davalarda ön plana çıkmaktadır. Soybağı davalarının konusu da haliyle, çocuğun genetik soybağının tespit edilebilmesi amacını gütmektedir. Bu anlamda maddi gerçeğe ulaşabilmek adına uygulamada adli tıp yöntemleri kullanılmaktadır²¹³. Günümüz tıp dünyasındaki son teknoloji yöntemler sayesinde taraflar arasındaki soybağı, %99'un üzerinde bir doğruluk payı ile tespit edilebilmektedir²¹⁴. Bu sebeple ülkemizdeki soybağı davalarında, Yargıtay tarafından da kabul gördüğü üzere adli tıp yöntemleri, yani uzman ve resmi bilirkişi delilinden yararlanılması son derece önemli ve gereklidir²¹⁵.

²¹⁰ Uyumaz, s.164.

²¹¹ Meral Gürbüz, "Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri", *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2005, S. 7, s. 58; Soybağının tespit edilebilmesi bakımından ilgililerden genellikle kan alınmakta ve alınan bu kan üzerinde tetkik edilen DNA testi aracılığıyla bu kişilerin soybağı durumu tespit edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gönül Filoğlu Tüfek, Jale Bafra ve Havva Altunçul, "İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Adli Hemogenetik Merkezi'ne 1996-2007 Yılları Arasında Gelen Başvuruların Değerlendirilmesi", *TBBD*, S. 81, 2009, s. 10- 11.

²¹² Baygın-Soybağı, s.90.

²¹³ Uyumaz, s.166.

²¹⁴ Akalın, s.92.

²¹⁵ Adli Tıp Kurumu Uygulama Yönetmeliğinin 26'ncı maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde; "*Adli Tıp Kurumuna tahvil ve tetkik için gönderilecek materyallere ilişkin kolilerin yazısı, önceden Adli Tıp Kurumuna gönderilir. Moleküler Genetik İnceleme yapılması istenilen materyallere ilişkin kolilerin yazısı ise, hâkim kararı ile birlikte gönderilir.*" şeklinde belirtilmek suretiyle, genetik incelemelere ilişkin usuller düzenlenmiştir.

Hukuki anlamda “bilirkişi” terimini incelediğimizde, bu terim, hâkimin talebi üzerine, hâkimin uzmanlık alanına girmeyen konulardaki eksik bilgiyi tamamlayan veya deneyim ve uzmanlık prensiplerine dayalı olarak somut olaylardan sonuçlar çıkararak ve kendi uzmanlık alanı çerçevesinde tartışmalı konulardaki durumları tespit eden kişiyi ifade eder²¹⁶. Bilirkişilik görevi kamu görevi olduğundan dolayı, bilirkişilerin kamu görevlisi veyahut genel anlamda resmi kimliğe sahip bulunan bir görevli olarak sayılması önemlidir²¹⁷. HMK’nın 266/1 maddesinde; “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir.*” hükmüne yer verilmiştir. Bundan dolayı hâkim ya da mahkeme, hukuk bilgisi dışında özel ya da teknik bilgiyi gerektiren her konuda, alanında uzman olan bilirkişiye başvurmak suretiyle o hususta delil elde edebilme imkânına sahiptir. Daha öncesinde yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 286’ncı maddesinde; “*Ehli vakufun rey ve mütalaaları hâkimi takyit etmez.*” şeklindeki düzenlemeye paralel nitelikte, yeni HMK’da buna benzer bir düzenleme getirilerek anılan Kanunun 282’nci maddesinde; “*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*” şeklinde hükme yer vermek suretiyle, önceki Kanuna benzer düzenlemede bulunmuştur. Karşılaştırmalı hukukta da hâkimlerin bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirme hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Örneğin, Alman Medeni Usul Kanunu’nun 412’nci maddesine göre, mahkeme, sunulan raporu yeterli bulmazsa, aynı ya da farklı bilirkişilerden yeni bir rapor talep edebilir²¹⁸. Hem 1086 sayılı hem de 6100 sayılı Kanunlardaki ilgili düzenlemeler bakımından, bilirkişi raporlarının mahkeme hâkimlerini hukuki bakımdan bağlayıp bağlamayacağına ilişkin doktrin ve yüksek mahkeme

²¹⁶ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 6. Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997, s.740.

²¹⁷ Süha Tanrıver, **Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumlulukları**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022, s.44; nitekim 6100 sayılı HMK md.284’de bilirkişininin TCK kapsamında kamu görevlisi olduğu yazılıdır.

²¹⁸ Alman Temyiz Mahkemesi’nin kararlarına göre, özellikle daha fazla dikkat ve deneyim gerektiren durumlarda, mahkeme ikinci bir bilirkişi incelemesi yapılmasını emredebilir. Ayrıca, ilk bilirkişiden daha geniş mesleki bilgiye veya daha iyi kaynaklara sahip olan bir bilirkişi atanması durumunda da bu yol izlenebilir. Eğer yeni bir bilirkişi, önceki bilirkişiye kıyasla daha üstün araştırma araçlarına sahipse, yeni bir bilirkişi talebinin reddedilmesi söz konusu olamaz. Bu konuda bkz. Ömer Ulukapı, **Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri** (Bilirkişilik Sempozyumu), 2001, 291-315, s. 291.

içtihatlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür²¹⁹. Bu hususta doktrinde bulunan bir görüşe göre; bilirkişi raporları mutlak olarak hâkimi sınırlandırıp, onu inceleme bakımından bağlamayacaktır²²⁰. Yani hâkim, aldırılmış olduğu uzman bilirkişi raporunu mevcut yargılama açısından yeterli görmediğinde, bu sefer yeniden bir uzman bilirkişi raporu temin ettirebileceği gibi, ilgili rapordaki incelemenin, kendi düşüncesine göre yanlış olduğu kanaati tarafınca oluşmuş ise, rapordaki yanlış hususların gerekçelerini açık ve net şekilde belirtmek şartıyla, raporun tamamen zıttı yönünde de hüküm verebilme olanağına sahiptir²²¹.

Yine diğer bir görüşe göre de; hâkimin mevcut yargılama açısından alanında uzman bilirkişiye başvurma sebebinin, kendisinde hukuk alanı haricinde noksan olan özel ve teknik bir takım bilgi gerektiren durumlardan kaynaklı olduğu, hâkimin hukuk bilgisi haricinde yargılamada esas nitelikte delile sahip olan bir takım teknik bilgileri takdir etme imkânının olmadığı, bundan dolayı da uzman bilirkişi raporları üzerinde hâkimlerin ya da mahkemelerin serbest nitelikte takdir hakkı olduğu düşüncesinin haksız ve gerçekçi olmayan bir yaklaşım tarzı olduğu vurgulanmıştır²²².

Bu görüşe paralel nitelikte bir diğer görüşe göre de; HMK'nın 282'nci maddesinde bilirkişinin oy ve görüşünün serbestçe değerlendirileceğinin vurgulandığı, ilgili maddenin bu hususta herhangi bir istisna içermediği, bu nedenle birtakım bilirkişi raporlarının diğerlerine nazaran daha ayrıcalıklı delil niteliğine sahip olup hâkimi bağlayacağına ilişkin soyut bir

²¹⁹ Yargıtay, 1982 yılında verdiği bir kararda, hukuki bilirkişi kullanımını ele almış, mahkemenin bilirkişiden görüş almasını özellikle yargılama sürecinin etkinliği açısından değerlendirmiş ve mahkemenin bu uygulamasının Anayasa'nın 141. maddesine aykırı olduğunu belirlemiştir. Ancak bilirkişiye başvurulmasını kararın bozulması için bir gerekçe olarak kabul etmemiştir. Yargıtay 4. HD., E. 1982/10599, K. 1982/11360, T. 08.12.1982 (Corpus Web Hukuk Mevzuat & İctihat Programı, Erişim Tarihi: 17.07.2021).

²²⁰ Erdoğan ve Üçüncü'ye göre; Bilirkişinin verdiği görüş ve değerlendirmenin, hâkimin ihtiyaç duyduğu bilgiyi pratik bir şekilde sağlaması yeterlidir. Hâkim, diğer delilleri de göz önünde bulundurarak bilirkişinin görüşü hakkında kendi değerlendirmesini yapar ve bu sayede karar verme aşamasında gereken olgunluğa ulaşır. Ersin Erdoğan ve Hilal Üçüncü, "Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar", *Hacettepe HFD*, C.10, S.1, 354 – 387, s.376.

²²¹ Mehmet Akif Tutumlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 4. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.728, Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 24. Basım, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013, s.433; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özokes, **Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler**, 6. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.289.

²²² Üstündağ, s.753-756.

ispat şartının varlığından söz edilemeyeceği, ancak, hâkimin zaten sahip olmadığı teknik ve özel bilgiyi yalnızca bilirkişi raporundan elde edemeyeceğinin açıkça belli olduğu, bazı teknik bilgi gerektiren özel ya da cezai anlamda geçerli davalarda, hâkimden özel ya da teknik bilgiyi analiz etmeyi beklemenin güç olduğu²²³, bazı durumlarda, uzman bilirkişi raporu neticesinin gösterdiği bilimsel gerçeklik karşısında, mahkemenin bu görüşün aksine karar vermesinin düşünülmemeyeceği, bu hususun da özellikle bilimsel verilere dayanan soybağı davalarında gündeme geldiği, örneğin babalık davası kapsamında çocuk ile babası arasındaki ilişkinin saptanabilmesi adına tıbbi teknolojiden faydalanılması, yani bu doğrultuda DNA analizinin yapılmasının gerektiği, hâkimim, bu analizi yaptırmayı için bilirkişiye başvurmasının zorunlu olduğu, bilirkişinin ilgili konudaki tespitinin bağlayıcı olmaması kabulüne karşın, bilimsel güvenlik bakımından bilirkişinin sunmuş olduğu bu gen analizi sonucunu, hâkimin serbest bir şekilde takdir etmesinin mümkün olmadığı, böyle spesifik veyahut kapsamlı durumlarda hâkimin adeta uyuşmazlık barındıran durum hakkında inceleme yapmak suretiyle belirleyici bir sıfat üstlenen uzman bilirkişiye muhtaç olduğu, nitekim bu gibi durumlarda bilirkişi raporunun tüm karşı kanıtların ispat gücünü etkisiz bırakacak nitelikte olduğu, raporun, ilgili bilimsel metotlarca kabul edilen bir kesinlik barındırdığı, hâkimin hukuk bilgisi dışında oluşan bu soybağı tespitinin tamamen alanında uzman olan resmi bilirkişilerce tespit edilmesi gerektiği, fakat hâkimin, temin edilen raporun detaylı veyahut kesin niteliğe sahip bilimsel veriler doğrultusunda görmez ise tekrar rapor alabileceği, soybağı davalarının kamu düzenini yakinen ilgilendirmesi sebebiyle, dava sonucunu belirleyen bu raporların tüm kuşku ve pürüzlerden arınmasının içtihadî ve yasal bir

²²³ Haluk Konuralp, **Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, s. 108; Bu konuda ilgili içtihat için bkz. "...Bunun yanında, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 282'nci maddesinde (HUMK'nun 286'nci maddesinde) belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mütalaası" hâkimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlerle değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen Türk Medeni Kanununun 409/2'nci maddesi akıl hastalığı ve akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür..." Yargıtay 1. HD, E. 2016/14410, K. 2020/84, T. 08.01.2020. (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2022).

zorunluluk olduğu, yüksek mahkemenin de bu durumu kararlarında belirttiği vurgulanmıştır²²⁴.

Yargıtaya göre de, HUMK md.286 ve HMK md.282'deki düzenlemeler gereği, hâkim, özel ve teknik bilgiler bakımından noksan ve yetersiz olarak gördüğü bilirkişi raporuna dayanmak zorunda olmaksızın, yeniden bir bilirkişi raporu temin edebilecektir. Bu düzenlemeler hâkime, uzmanlık gerektiren özel ve teknik bilgilere dayanarak doğrudan kendi düşüncesine göre hareket edebilme yetkisi vermemektedir²²⁵.

Bu görüşler ve yüksek mahkeme içtihatları bağlamında bir kanaatte bulunmak gerekirse, TMK'nın 284 ve HMK'nın 292'nci maddelerinde yer alan düzenlemelere istinaden hazırlanan bilirkişi raporlarının, hâkimi mutlak surette bağlamayacağı, bu raporlar doğrultusunda özel ve teknik bilgiyi elde eden fakat bu bilgiyi kanıksamayan hâkimin, kararında gerekçesini de belirtmek şartıyla bilirkişi raporunun aksi yönünde de karar verebileceği kanaatindeyiz. Nitekim aksi düşünce Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ve yine 138'inci maddesinde belirtilen "Mahkemelerin ve Hâkimlerin Bağımsızlığı" ilkelerine aykırı nitelikte olacaktır. Fakat soybağı incelemesi aşamasında, eğer hâkim tarafından Adli Tıp Kurumu aracılığı ile elde edilen raporda, ileri sürülen soybağı ilişkisinin çelişkili olduğu ve maddi gerçeği kesin olarak yansıtmadığı sonucuna varılırsa, bu durumda hâkimin yeni bir rapor talep etmesi uygun olacaktır. Alternatif olarak, eğer mevcut rapordaki teknik veriler hâkimin kanaatini şekillendirmeye ve iddia edilen soybağı ilişkisini

²²⁴ Erdoğan ve Üçüncü, s.354-387; ayrıca Erdoğan ve Üçüncü'nün bahse konu makaledeki görüşlerinde; "Her ne kadar doktrinde "tamamen objektif olan bilimsel bir delilin varlığı durumunda, işbu delilin hâkimi bağlayacağı hususunun zorunluluk içerdiği" belirtilmiş ise de, bu konuda mutlak bir genel varsayımdan kaçınılması gerektiği, nitekim tüm tıbbi teşhis ve tanımlar bakımından bilirkişinin kesin nitelikte rapor arz ettiği düşüncesinin hatalı olduğu, bilirkişinin yüzde yüz kesin kanılar içeren raporunun olması durumunun hayatın olağan akılına aykırı olduğu, ayrıca hâkimin bilimin ilerlemesi ile kesin gibi görünen bilgilerin de değişeceğini düşünmesi ve bu hususu göz önünde bulundurması gerektiği" şeklinde açıklamaya yer vermişlerdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan ve Üçüncü, s.381.

²²⁵ Yargıtay 11. HD., E. 2005/12915, K. 2006/13365, T. 18.12.2006; 2. HD., E. 1989/4901, K. 1989/5270, T. 30.05.1989; 19. HD., E. 1996/9645, K. 1997/6213, T. 16.06.1997 (UYAP İchtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.04.2022); Yavuz Alagonya, M. Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Basım, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2011, s.367; Akar, s.113.

açığa çıkarmaya yeterli ise, hâkimin, ilgili raporu temel alarak karar vermesi gerektiği görüşündeyiz.

HMK'nın 282'nci maddesinin gerekçesi incelendiğinde, bilirkişi raporlarının takdiri delil niteliğinde olduğu ve hâkimin özel ve teknik bilgilerden istifade ederek ilgili raporda varılan kanaatin yanlış ve hatalı olduğu bilincine varması halinde, gerekçesini de açık bir şekilde belirterek bahse konu raporun aksi yönünde hüküm verebileceği açıklanmıştır. Buna karşılık bu gerekçenin, hâkimin yeterli görmediği rapordan sonra yeniden rapor aldırmasının gerektiği veyahut yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda olduğu şeklinde anlaşılması gerekir²²⁶. Kanaatimize göre, soybağı davalarının sadece hukuk bilimine değil, aynı zamanda tıbbi biyoloji, tıbbi biyokimya, moleküler biyoloji gibi tıp alanlarını da doğrudan ilgilendirdiği için, hâkimin elde ettiği bilirkişi raporunda eksiklikler bulunduğunda bu raporu hükmün temelini oluşturacak şekilde kullanmaktan kaçınması, yasal ya da içtihat bağlamında bir hak olarak görülebilir. Ancak, soybağı davalarının kamu düzenini doğrudan etkilemesi, çocuğun soybağını bilme hakkının hem ulusal hem de uluslararası düzeyde korunması ve bu tür davaların sonuçlarının tamamen bilimsel verilere dayanması gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, hâkimin, sunulan bilirkişi raporlarını esas almaktan ziyade, bu raporları yetersiz bulunduğu durumlarda, raporu daha kapsamlı ve detaylı bir şekilde hazırlayabilecek bir üst birime yönlendirmesi ve kararını bu kapsamlı rapora dayandırması gerektiği kanaatindeyiz.

²²⁶ HMK 282'nci maddesinin gerekçesinde bu husus; "...Bu maddede yapılan düzenleme ile bilirkişinin raporunda ya da sözlü ifadesinde belirttiği görüş ve değerlendirmenin, hâkim tarafından diğer delillerle birlikte özgürce değerlendirileceği vurgulanmış; bu şekilde bilirkişinin sunduğu görüş ve değerlendirmenin, bir tür takdiri delil niteliği taşıdığı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, hâkim, bilirkişi raporunu yeterli bulmasa dahi, rapordaki özel ve teknik bilgileri temel alarak, bilirkişinin raporunda ulaştığı sonuçların yanlış olduğuna kanaat getirirse, bu kanaatini gerekçelendirerek, bilirkişi raporuna aykırı bir karar da verebilir. Aksi bir yaklaşım, hâkimi, bilirkişi raporu ile hükmü arasında sadece bir aracı konumuna düşürür; bu durum, hukuk devleti ilkesi ve yargı bağımsızlığı prensipleri (Anayasanın 2'nci ve 138'inci maddeleri) ile uyumlu olmadığından kabul edilemez. Öte yandan, bu kural, eğer hâkim bilirkişi raporunu yeterli bulmazsa, ek rapor isteme veya yeni bir bilirkişi incelemesi talep etme zorunluluğu anlamına gelmez. Zira ek rapor talep etmek veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak, "Bilirkişi raporuna itiraz" başlığını taşıyan 285'inci maddede (Yasada 281'inci madde) belirtilen düzenlemelere uygun olarak, hâkimin zaten sahip olduğu doğal yetkiler arasında yer almaktadır." şeklinde belirtilmektedir.

1. Soybağı Davaları Açısından Bilirkişi İncelemesi

Soybağı davalarında re'sen araştırma usulünün uygulanması sebebiyle hâkim, bu davalarda bilirkişi incelemesi yaptırılmasına, davanın taraflarından birinin istemi veyahut bu istem olmasa bile kendiliğinden karar verebilme imkânına sahip bulunmaktadır. Tıbbi araştırma yöntemleri kısmında detaylıca anlatılmakla birlikte²²⁷, hâkimin bu hususta yararlanabileceği adli tıp metotları üç farklı türde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar kan incelemesi metodu ki, bu yöntem üç farklı türde (Rhesus Metodu, MN Faktörleri Metodu ve Klasik Kan Grupları Metodu) ortaya çıkar; bununla birlikte antropolojik kalıtımsal inceleme metodu ve DNA incelemesi metodudur²²⁸.

Soybağının bilimsel yöntemler aracılığı ile kesine yakın olarak tespit edilebilmesi adına başvurulmuş bu yöntemler birer bilirkişi incelemesi usulü olup, bu incelemelerin resmi sığata sahip bilirkişilerce yapılması son derece önemlidir²²⁹. Bu hususta hâkimin başvurmak zorunda olduğu resmi bilirkişiler; Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarları, gerekli tıbbi teçhizat ve donanımına sahip üniversite laboratuvarları ve sıklıkla tercih edilen ve Yargıtay tarafından da sıklıkla vurgulanan Adli Tıp Kurumu Laboratuvarlarıdır²³⁰. Yargıtaya göre; soybağı davalarında resmi bilirkişiler tarafından bir takım testlerin yapılamayacak olması hali, eksik olarak delil toplanması ve bu doğrultuda hüküm kurma zorunluluğunu haklı göstermeyecektir. Bu durumda, noksan olan delillerin diğerkurumlardan, örneğin üniversitelerin tıp fakültesi bölümlerinden, adli tıp ve biyokimya anabilim dalları ile enstitülerden gerekli araştırma ve incelemelerin yapılarak toplanması gerekmektedir²³¹. Özellikle soybağı davalarında kullanılan bilirkişi raporlarının, mahkemenin karar verme sürecinde oldukça etkili ve

²²⁷ Bkz. İkinci Bölüm II.

²²⁸ Büşra Yaşa, “Maternal Kandan fetal DNA İzolasyonu ile Rhesus D ve Cinsiyet Genotiplemeesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2018), s.4; Akar, s.114.

²²⁹ Akın, s.19; Hümevra Duran, “Babalık Davası”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara, 2007), s.83.

²³⁰ Akar, s.114.

²³¹ Yargıtay 2. HD., E. 1993/8685, K. 1993/9405, T. 18.10.1993 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2022).

belirleyici olması sebebiyle, bu raporlarda herhangi bir eksiklik ya da hata olması durumunda, bu durumun hak ihlallerine yol açabileceği konusunda kuşku bulunmamaktadır²³².

Soybağı davalarında ana delil olarak kullanılan bu raporların, resmi ve uygun donanıma sahip kurumlar tarafından eksiksiz ve doğru bir şekilde hazırlanması gerekmektedir. Çünkü bu raporların eksik veya yanlış temin edilmesi ya da hükme esas alınmaması, yargılama sürecinde hukuka aykırı kararların ortaya çıkmasına ve bireylerin haklarının ihlal edilmesine sebep olabilir.

2. Bilirkişi İncelemelerinin Soybağı Davalarına Etkisi

Tıp hukuku bakımından, genellikle bir bilirkişi incelemesine başvurma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bilirkişi incelemesinin yapılıp yapılmayacağı hususu mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Mahkeme, bir ara kararında bilirkişi mütalaasına başvurulmasına karar verdiğinde, bilirkişi olarak kimin atanacağını ve bilirkişinin hangi konuları inceleyeceğini belirtir. Ancak, tıp hukukunun teknik bir disiplin olması ve tıbbi bilim ile uygulamanın özgün uzmanlık bilgisi ve deneyimini gerektirmesi nedeniyle, tıp hukukundan kaynaklanan dava ve uyuşmazlıklar genellikle bir bilirkişi incelemesini zorunlu kılar²³³.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntıları ile bahsedileceği üzere, soybağının belirlenmesi amacıyla gerçekleştirilen genetik analizlerde en yaygın kullanılan yöntem, DNA

²³² Yargıtay, yargılama sırasındaki DNA örneklerinin aynı anda alınmaması ve bu hususun doğruyu yansıtmadığının iddia edilmesine karşın, bu kuşkunun giderilmesi adına tekrardan Adli Tıp Kurumundan rapor aldırılması ve bu surette ilk derece mahkemesinin bu durumu göz ardı etmesi sebebiyle ilgili kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir. “...Ayrıca yargılama sırasında davacı tarafından DNA örneklerinin aynı zamanda alınmaması sebebiyle rapor sonucunun doğruyu yansıtmadığı iddia edilmiştir. Bu durumda davacı anne, soybağı düzenlenecek olan çocuk ve baba olduğu iddia edilen davalının aynı anda birlikte DNA örneği vermek üzere sevk edilerek yeniden Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması da doğru görülmemiş, bu nedenle de kararın bozulmasına gerekmiştir...” Yargıtay 2. HD., E. 2021/10277, K. 2022/1020, T. 08.02.2022; Benzer içtihat için bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2021/5937, K. 2021/10281, T. 29.12.2021 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 18.07.2022).

²³³ Nagehan Okumuş, “Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri”, (Yüksek Lisans Tezi, Erzurum AÜSBE, 2010), s. 39.

incelemesi yöntemidir²³⁴. Bu yöntem, soybağı araştırılan bireylere ait DNA moleküllerine yönelik bir dizi biyokimyasal işlemler sonucunda, ilgili kişilerin DNA profillerinin elde edilmesi ve bu profillerin birbiriyle karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Her bireyin DNA profili kendine özgü ve belirgin bir yapıya sahip olduğundan, bu yöntem sayesinde soybağı araştırılan kişiler arasında biyolojik bir ilişkinin bulunup bulunmadığı büyük bir doğrulukla belirlenebilmektedir²³⁵.

Soybağı davaları, genetik ve biyomedikal bilimlerin hızla ilerlemesi karşısında, hukuk pratiğinde önemli bir dönüşüm yaşamaktadır. Aile hukuku ve miras hukuku gibi alanlarda soybağı ilişkisinin tespiti, davanın sonucunu doğrudan etkileyebilmektedir. Bu kapsamda, bilirkişi incelemelerinin soybağı davalarındaki kritik rolü ele alınmalıdır. Bilirkişi incelemeleri, hukuki süreçlerin teknik ve bilimsel yönlerini kavramak ve bu bilgileri yargıya, hukukun anlayabileceği bir dilde sunmak amacıyla gereklidir. Soybağı davalarında genellikle genetik analiz ve DNA test sonuçlarının değerlendirilmesi gerektiği durumlarda, bilirkişi incelemesi adeta bir çevirmen gibi rol alır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde DNA analizlerinin kanıt olarak adli makamlarla paylaşılmasında "Fry kriterleri" adlı bir düzenleme mevcuttur. Bu kurala göre, yeni bir bilimsel teknikten elde edilen veriler, kanıt olarak sunulmadan önce ilgili bilim dalında geniş çapta kabul görmüş ve yerleşik bir uygulama haline gelmiş olmalıdır. Ancak, DNA analizinin kanıt olarak kabul edilmediği durumlar da bulunmaktadır. Bu durumlar genellikle, DNA testini gerçekleştiren laboratuvarların teknik yeterlilikleri hakkında var olan şüphelerden kaynaklanmaktadır²³⁶.

Hukuk kurumları genetik bilimleri tam anlamıyla kavrayamazken, bilirkişi, genetik kanıtları değerlendirir ve hukuki bir yargıya dönüştürür. DNA testlerinin adli süreçlerde

²³⁴ Bkz. İkinci Bölüm II. C.

²³⁵ Kazım Ali Sonat, "Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S.3, 2013, 323 – 377, s.328.

²³⁶ Emel Hülya Yükseloğlu ve Kara Umut, **Temel Adli Genetik**, İstanbul: Nobel Tıp Kitapevleri, 2015, s.12

kullanılması konusunda bilirkişinin objektif ve bilimsel yaklaşımı, bu kanıtların hukuki anlamda kabul edilmesinde belirleyici bir faktördür²³⁷. Bu çerçevede, hukuki kararlar genellikle bilirkişi incelemesine dayanır ve bu incelemeler, soybağı davalarının sonucunu etkileyebilir. Bu durum, özellikle soybağı ilişkisinin sorgulandığı velayet, nafaka, miras hukuku ve vatandaşlık hukuku gibi davalar için geçerlidir. Hukuki sürecin adaletini ve doğruluğunu sağlamak adına, bilirkişi incelemelerinin titizlikle yapılması ve denetlenmesi gerekmektedir.

II. SOYBAĞINI ARAŞTIRMA METOTLARI

A. Kan Gruplarının İncelenmesi Metodu

Kan gruplarının incelenmesi metodu sayesinde, çocuğun kan grubu ve ana ya da baba olduğu ileri sürülen kişilerin kan grupları bilimsel teknikler kullanılarak karşılaştırılmaktadır. Bu yola başvurmak için ana ya da baba olduğu iddia edilen birisinin belli olması zorunludur²³⁸. Çocuk ile babası olduğu iddia edilen kişinin kan gruplarının farklı sonuçlanması durumunda, çocuk ile bu kişi arasındaki soybağı ilişkisinin tıbben mümkün olmadığı yüzde doksan sekize varan oranda ifade edilmektedir²³⁹.

Adli tıp bilimi dahilinde kan gruplarının analizi yolundan ilk defa V. Dungern ve Hirszfelt tarafından yararlanılmıştır. Soybağının tespiti bakımından bu metot ilk kez 1926 yılında Almanya’da kullanılmaya başlanmış, Türkiye’de ise bu yöntem ilk kez 1932 yılında açılan babalık davası dahilinde kullanılmıştır²⁴⁰.

²³⁷ Yükseloğlu, s.12.

²³⁸ Cahit Özen, “Babalık Araştırmaları”, *Ceza ve Kriminoloji Dergisi*, 1978, s. 65; Sevim Ölmez, “Babalığın Tayini (Kan Grubu ve Faktörleri)”, *Adalet Dergisi*, 1972, C. 63, s. 591.

²³⁹ Hilal Gültepe, “Soybağı Tayininde Genetik İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2003, C. 78, S. 2, s. 500; Baygın-Soybağı, s.277.

²⁴⁰ Duran, s.85.

Kan terimi, hayat için önemli olan, hayvanların ve insanların damarlarında dolaşan, genetik, morfolojik ve fonksiyonel bağlamda üç temel hücre biçiminden oluşan ve sıvı formda olan bağ dokusudur²⁴¹. Kan gruplarının incelenmesinde bir takım yöntemler bulunmaktadır. Kan gruplarının tıbbi anlamda incelenmesinde, kan gruplarının replikasyonuna dayanan “Klasik Kan Grupları Tespiti”, kanda üç çift olarak adlandırılan hücre parçacıklarının replikasyonuna dayalı “Rhesus Yöntemi” (kısaca Rh) ve kandaki yuvarlakların yapışkan özelliğine göre uygulanan (M), (N) ve (MN) ayrımını baz alan “MN Faktörleri Yöntemi” olmak üzere üç farklı metot bulunmaktadır²⁴². Bu metotların tek başına veyahut birlikte kullanılması da mümkündür. Buna karşılık kan gruplarının birebir aynı olması ihtimalinde ise çocuk ile babası olduğu öne sürülen kişi arasında soybağının olup olmadığı net olarak bilinmemektedir²⁴³. Bundan dolayı Yargıtay içtihatlarında, DNA analizi yapılması olanağının araştırılması gerektiği, davalının baba olma olanağının tamamen kaldırılıp, delillerin bir bütün halinde değerlendirilmek suretiyle takdir edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴⁴.

Ayrıca, özellikle belirtmek gerekir ki, ülkemizde genetik soybağının tıbbi açıdan belirlenmesinde, DNA analizinin uygulamada tekel konuma gelmesinden önce, kan

²⁴¹ Fatma Özge Güldiken, “Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2005), s.69; Akar, s.115.

²⁴² Duran, s.85; Okumuş, s. 34; Uyumaz, s.166.

²⁴³ Burçak Yazgı, “Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2002), s. 75.

²⁴⁴ Nitekim Yargıtay HGK’nın vermiş olduğu kararda, davalının kan grubunun A Rh(+); buna karşılık çocuğun kan grubunun ise O Rh(+) olması hasebiyle çocuğun, davalı kişiden olup olmadığı hususunun tespit edilmesinin mümkün olmadığı ve tanzim olunan raporun da yetersiz kaldığını ifade etmiştir. Çocuğun, davalıdan olup olmadığı durumunun Adli Tıp Kurumu’na fennen tespitinin yaptırılması ve bu doğrultuda alınan raporun da diğer delillerle bir bütün halinde değerlendirilerek sonuca varılması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay HGK, E. 2-1720/1979, K. 189/1979, T. 11. 04. 1979; Yüksek Mahkeme 1995 yılında vermiş olduğu bir diğer kararında ise: “Yürütülen kan testi, baba olduğu iddia edilen bireyin, çocuğun biyolojik babası olmadığını ispatlamak açısından sadece negatif bir kanıt sunabilir; bu, çocuğun kesinlikle davalı baba tarafından olmadığını ispatlar. Bununla birlikte, babalığı belirleme konusunda tıp alanında önemli bilimsel ilerlemeler kaydedilmiştir. Bilimin sunmuş olduğu imkanlardan mümkün olduğunca faydalanılması gerektiği kuşkusuzdur. Bu bağlamda... DNA tiplemesinin yapılma imkanının araştırılması, davalının babalık ihtimalinin tamamen ortadan kaldırılması ve kanıtların toplu olarak değerlendirilip takdir edilmesi gerekmektedir.” şeklinde hüküm vermiştir. HGK., E. 1994/2-671, K. 1995/162, T. 08.03.1995; Ayrıca benzer içtihat için bkz. 2. HD., E. 1981/1209, K. 2780/1981, T. 13.04.1981 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.07.2022); Uyumaz, s.165.

gruplarının araştırılması yönteminin önemli bir yeri vardı²⁴⁵. Fakat ülkemizde ve tüm dünyada DNA analizi metodunun sıklıkla kullanılması ile bu metot, soybağının tespiti açısından önemini yitirmiş bulunmaktadır.

Klasik kan grupları ile MN Faktörleri metotlarında babalığın tıbben tespit edilebilme şansı yüzde otuz üç, Rhesus metodunda bu oran diğerlerine nazaran daha yüksek olup yüzde seksen dört, hatta diğer grup faktörleri ile enzimlerin birlikte değerlendirilmesiyle bu oran yüzde doksan beşin üzerine çıkmaktadır²⁴⁶. Kan gruplarının incelenmesi yoluyla soybağının tespit edebilmek için, ana ve baba olduğu iddia olunan kişiler ile çocuğun kan örneklerinin birlikte incelenmesi gerekmektedir. Bu incelemeler sonucunda kişiler arasındaki kan gruplarının bağlantısız çıktığının görülmesi durumunda, çocuk ile babası olduğu iddia olunan kişinin arasında herhangi bir şekilde soybağı ilişkisinin kurulmadığı kesine yakın olarak tespit edilmiş olacaktır²⁴⁷. Burada şuna önemle dikkat etmek gerekir ki, bu kişiler arasında kan gruplarının birebir aynı çıkması durumunda dahi, ilgili rapor herhangi bir kesinlik barındırmadığından ötürü, soybağı ilişkisinin ancak diğer verilerle birlikte değerlendirilerek ispat edilmesi yoluna gidilmesi gerekmektedir. Kan gruplarının aynı veyahut farklı olması durumundan kasıt; çocuğun, kendi anası ve babasının kan grubuna göre tıbben geçerli ve mümkün olan bir kan grubundan olup olmamasıdır. Örnek verecek olursak, anası A, babası ise B kan grubundan olan bir çocuk, A, B, AB hatta 0 kan gruplarından herhangi birisini taşıması mümkün iken; anası ve babası B kan grubu olan bir çocuğun, A kan grubunu taşıması tıbben mümkün olmamaktadır²⁴⁸. Yüksek mahkemenin sıkça verdiği kararlarda, kan testi sonucunda çocuğun ilgili kişiden olamayacağı durumunun, bilimsel veriler ışığında, her türlü şüpheden uzak bir şekilde kesin olarak belirlenmiş olması halinde, tanık vb. ikincil nitelikteki delillere önem verilmemesi ve bu tür delillerin hükme esas

²⁴⁵ Uyumaz, s.166.

²⁴⁶ Güldiken, s.72.

²⁴⁷ Akar, s.118.

²⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Taştan, “Kan Grupları ve Kan Transfüzyonu”, *ŞEH Tıp Bülteni*, 1995, C.1, S.2, s.73; Akın, s.21.

alınmaması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, soybağı tespiti konusunun, beyan delillerinden ziyade bilimsel ve teknik verilere dayandırılarak değerlendirilmesi gerektiği için, ilgili delillerin maddi gerçeği ortaya çıkarmada sadece yan delil olarak kabul edilmesi, eğer iki delil arasında çelişki varsa, bilimsel bir delil olan analiz sonucunun esas alınması ve diğer beyan delilinin bu bağlamda dikkate alınmaması hukuki açıdan son derece önemlidir²⁴⁹.

Yapılan kan muayenesi neticesinde çocuğun, baba olduğu iddia olunan erkeğin sperm hücrelerinden dünyaya geldiği hususunda kesin verilere dayanmayan, ihtimal dahilinde bir rapor düzenlenmiş ise, bu rapor tek başına hüküm çerçevesinde değerlendirilmeyip diğer deliller toplandıktan ve bu kesinlik sağlandıktan sonra sonuca ulaşılmalıdır²⁵⁰. Yargıtay başka bir kararında, gerçekleştirilen kan testinin babalık bağlantısını yalnızca olumsuz bir kanıt olarak sunabileceğini, yani çocuğun babasının söz konusu kişi olmadığını gösterebileceğini ancak çocuğun babasının bu kişi olduğunu kesin bir biçimde ispatlayamayacağını belirtmiştir. Bu bakış açısıyla, kan testi sonucunun bir olumsuzluk taşıdığını, fakat doğal babanın tespitinde herhangi bir onaylama ya da kesin belirleme sağlamadığını ifade etmiştir.²⁵¹.

Kanaatimize göre, bu yöntemle soybağının tıbben kesin bir şekilde tespit edilip edilemediği durumu net olmadığından, daha sonrasında soybağının yüzde yüze yakın bir şekilde herhangi bir şüphe bırakmamak için yapılacak DNA incelemesine ihtiyaç duyulması olasılığı ortaya çıkacaktır²⁵². Çünkü ileride açıklamış olduğumuz gibi, DNA incelemesi yöntemi soybağı tespitinde son derece yüksek bir kesinlikle (%99,999) kullanılabilen bir yöntemdir²⁵³. Bu nedenle, soybağı davalarında hâkimin doğrudan DNA incelemesi yöntemine başvurması, yargılamanın doğruluğunu sağlamak, herhangi bir hak ihlaline yol

²⁴⁹ Yargıtay HGK., E. 1991/2-621, K. 1992/14, T. 05.02.1992; 2. HD., E. 1981/2531, K. 1981/2701, T. 09.04.1981 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.07.2022).

²⁵⁰ Nihat İnal, **Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s. 1335.

²⁵¹ Yargıtay HGK., E. 1991/2-62, K. 1992/44, T. 05.02.1992 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 09.04.2022); Akar, s.119.

²⁵² Akar, s.120.

²⁵³ Bkz. İkinci Bölüm II. C.

açmamak, maddi gerçeği tespit etmek ve usul ekonomisi ilkesine uygun olmak açısından çok daha uygun olacaktır.

Yargıtay içtihatlarında, soybağı davalarındaki tespit yöntemlerinden biri olan kan gruplarının belirlenmesi metodunun tek başına yeterli olmadığı, bu yönetime ek olarak Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesince lökosit antijenleri, alyuvar antijenleri, serum proteinleri ve alyuvar enzimleri testlerinin de mutlaka yapılması gerektiği, baba olduğu iddiasında bulunan kişinin, %99'dan daha az ihtimalle baba olabileceği hususu belirlenmiş dahi olsa, karbonik anhidraz, peptidaz A. Gm. Levis araştırması ve karşılaştırması ile kesin sonuca gidilmesi gerektiği belirtilmiş, yine aynı oran doğrultusunda sonuç elde edilemiyor ise, DNA tiplemesi imkânının araştırılması, davalının baba olamama durumu tamamen kaldırılıp delillerin birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıklanarak, soybağı davalarında yalnızca bir yöntemin değil, maddi gerçeğe ulaşmak adına birçok yöntemin denenmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵⁴.

B. Antropobiyolojik ve Kalıtımsal İnceleme Metodu

Bu metotta, ana ve babanın morfolojik²⁵⁵ ve biyolojik beden özelliklerinin, kalıtımsal manada çocuğa da etki ettiği fikri egemendir. Antropobiyolojik ve Kalıtımsal İncelemede, çocuk ile soybağı hususunun tespitinin yapılacağı kişi arasında, kemik, kafatası, el, kulak, dudak, burun, yüz, alın, saç, göz, cilt vb. organ ve uzuvların konstrüksiyonu ile diğer organ ve uzuvlar arasındaki biçim bilimsel özellikler incelenerek bu özellikler arasındaki benzerliklerin tespiti yapılmaktadır. Tespitin yapılmasında grafiksel dokümantasyonlar belirlenir ve karşılaştırmalar yapılır. Araştırma neticesinde soybağı konusunda yüzde yüze yakın bir oranda delil elde edilir veyahut soybağının tespiti bakımından mutlak bir sonuca ulaşamayacağı kanaatine varılır²⁵⁶. Ayrıca ilgili yöntemin

²⁵⁴ Yargıtay 2. HD.,E. 1993/12172, K. 1994/307, T. 17.01.1994 (UYAP İchtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.07.2022).

²⁵⁵ Morfoloji (biçim bilimsel) bilim dalı, canlıların iç ve dışsal yapılarını inceler. Bu manada morfolojik özellikler teriminden canlıların iç ve dışsal yapıları ile ilgili özellikler anlaşılmalıdır. Bkz. Akın, s.33.

²⁵⁶ Akar, s.120; Duran, s.85; Zuhale Tokar, "Babalık Davası", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, 2004), s.36.

uygulanabilmesi adına kendisinden örnek alınacak çocuğun üç yaşından büyük olması gerekmektedir. Doktrinde bazı yazarlara göre çocuğun beş yaşından büyük olması gerektiği dile getirilmiş ise de genel kanı ve sınır üç yaştır²⁵⁷.

Eğer yapılan kan testleri sonucunda, çocuğun baba olduğu iddia edilen kişiden olmadığı tıbbi açıdan kesin bir şekilde tespit edilmişse, antropolojik test sonuçlarına dayalı soybağı davalarında delil olarak başvurulamayacaktır. Çünkü kan testlerinin bu konudaki tıbbi kesinliği karşısında, yalnızca benzerlik temelinde yapılan antropolojik ve genetik incelemeler, babalık kararı alınmasına yetecek nitelikte değildir. Ancak, yapılan kan testi sonucunda çocuk ile baba olduğu iddia edilen kişi arasında soybağı bulunma ihtimali dahi saptanmışsa, bu benzerlik testleri, ancak diğer delillerle desteklendiği takdirde bir delil niteliği taşıyacaktır²⁵⁸. Yoksa sırf babalığın tespiti bakımından bu testlerin tek başına hükme esas alınabilme ya da doğrudan delil amaçlı istifade edilebilme özellikleri yoktur²⁵⁹. Yargıtayın da verdiği kararlar bu görüşü açıklar niteliktedir²⁶⁰.

Antropobiyolojik ve kalıtımsal inceleme metodunda, soybağı ilişkisi bakımından kan testinin pozitif çıkması durumunda istifade edilebilir. Bu delillendirme yöntemi her ne kadar başlı başına yargılamaya katkı sağlayacak bir yöntem değil ise de, yan delil niteliğinde bulunduğu bahisle hâkime yardımcı olabilecek ve onun vicdani kanaatini güçlendirebilecektir²⁶¹. Ancak, bu yöntemin sadece destekleyici bir delil niteliği taşıması ve

²⁵⁷ Akın, s.33; Ayrıca çocuğun beş yaşını bitirmesi gerektiğini ifade eden görüş için bkz. Güldiken, s.76.

²⁵⁸ Akın, s.22.

²⁵⁹ Akın, s.22.

²⁶⁰ Yargıtay HGK'nın içtihadına konu bir olayda yüksek mahkeme, davalının davacı ile cinsel ilişki kurduğu hususunda davacının soyut iddiaları haricinde herhangi bir delile ulaşamadığını, mahkemede dinlenen tanıkların da görgüye dayanan her türlü şüpheden uzak somut bilgilerinin bulunmadığını, dava konusu çocuk ile davalının kan gruplarının aynı olması hususunun, diğer deliller ile birlikte doğrulanmadığından ötürü tek başına babalığa karar verilmesi bakımından yeterli olmadığını, keza ceza mahkemesinde de bu maddi olgunun kabul edilerek cürüm (suç) atfından başka herhangi bir delil bulunmadığı için davalının beraatine karar verildiğini, bu bakımdan davanın reddine karar verilmesi gerekirken babalığa hükmedilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirtmek suretiyle mevcut yargılamada yalnızca kan gruplarının mahkeme tarafından hükme esas alınmasını hukuka aykırı bulmuş ve bu hususu bozma konusu yapmıştır. Yargıtay HGK., E. 1991/2-621, K. 1992/14, T. 05.02.1992 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 21.07.2022).

²⁶¹ Akar, s.121.

diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi gerekliliği sebebiyle, söz konusu yöntem, mevcut ve olası yargılama süreçlerinin uzamasına ve bu bağlamda süreç ekonomisine de aykırı olacaktır²⁶². Bu nedenle, mahkemenin antropobiyolojik ve kalıtsal inceleme yöntemini kullanmak yerine, daha kesin ve maliyeti daha düşük olan DNA analizi yolunu tercih etmesi oldukça yararlı olacaktır²⁶³. Aslında, ülkemizde soybağı tespitinde DNA analizi yöntemi yaygın olarak kullanılmaktadır. DNA analizinin yaygınlaşmasıyla birlikte, antropobiyolojik ve kalıtsal inceleme yöntemi önemli ölçüde etkisini yitirmiştir²⁶⁴.

C. DNA Analizi Yoluyla İnceleme Metodu

1. DNA Hakkında Genel Bilgiler

Doğal ortamda bulunan organizmaların genetik bilgileri, olağanüstü karmaşık bir sistem aracılığıyla Deoksiribonükleik Asit, yani DNA'da saklanır. DNA, tüm canlı organizmaların yaşamsal fonksiyonları ve biyolojik evrimi için gerekli olan genetik kodları içeren bir nükleik asittir²⁶⁵. Herhangi bir bitkinin yaprak ve dallarının şekli, bir leoparın benekleri, insandaki gözbebeklerinin rengi, bebeğin kafatası yapısı, elleri ve ayaklarının şekli vb. hususlar DNA'da inanılmaz bir şekilde kodlanmışlardır. Yine bir başka tanıma göre de DNA; tüm organizmaların hücrelerinin çekirdeklerinde yer alan, canlıların genetik kod bilgilerini içeren ve Guanin, Adenin, Timin ve Sitozin olarak dört farklı ana yapıdan oluşan moleküler yapıya denmektedir²⁶⁶. Tüm organizmaların özgün özelliklerini içeren ve kalıtım yoluyla sonraki nesillere aktarılan bilgi kodlarına gen adı verilmektedir. DNA, bu bilgileri taşıyan moleküllerden oluşur ve genler, DNA molekülü içinde bulunan belirli bölgelerdir. DNA'nın yapı taşları olan nükleotitler, genetik bilgiyi taşıyan ve bu bilgiyi proteinlere

²⁶² Okumuş, s.34.

²⁶³ Ölmez, s.591.

²⁶⁴ Ölmez, s.591.

²⁶⁵ DNA hakkında daha ayrıntılı bilgi içeren araştırmalar için bkz. *Deoksi Ribonükleik Asit*, 2022, (<http://www.news-medical.net/health/What-is-DNA.aspx>), (<http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/basics/dna>), (Erişim Tarihi: 21.07.2022)

²⁶⁶ Mustafa Fadıl Yıldırım ve Tekin Memiş, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, *AÜEHFD*, C.8, S.1-2, 2004, s.284.

dönüştürmek için gereken kodları içerir. Gen, bu kodları içeren DNA'nın özel bir segmentidir²⁶⁷.

DNA'nın ana prensibi, organizmaya ait olan bilginin ayrıntılı bir şekilde saklanmasıdır. RNA ve protein hücrelerinin diğer bileşenlerinin yapılanması adına zorunlu olan bilgileri barındırmasından ötürü DNA, adeta bir kalıp, reçete ya da şablona da benzetilmektedir²⁶⁸. Birtakım DNA dizilerinin yapısal bakımdan işlevleri bulunmaktadır. Bu işlevlere örnek olarak kromozomların şeklini yapılandırmak verilebilir. İşlevlerinden en önemli olanlarından biri ise genetik bilginin hangi şekilde, hangi şartlarda kullanılacağını belirlemesidir²⁶⁹.

Her insanın DNA kodları birbirlerinden tümüyle farklıdır. İstatiksel bakımdan iki farklı kişinin DNA kodlarının birbiri ile birebir aynı olma olasılığı otuz milyarda birdir²⁷⁰. Bugün itibariyle dünya nüfusumuzun 8,043 milyar olduğunu hesaba kattığımızda, teorik olarak iki insanın DNA kodlarının tamamen aynı olma ihtimali mümkün değildir. Bu sebeple DNA, “Genetik Parmak İzi” şeklinde de adlandırılmaktadır. DNA, yaklaşık olarak yüz bin genden oluşmaktadır ve bu genlerde canlılar için gerekli olan tüm veriler mevcuttur²⁷¹.

Hücreler, vücudun yapı taşıdır ve yirmi üç kromozoma sahip sperm hücresi ile yine yirmi üç kromozoma sahip yumurta hücresi birbirleri ile bütünleşmek suretiyle insanın oluşmasını sağlayacak olan ilk hücreyi meydana getirirler²⁷². Bu hücre meydana gelmesinin akabinde DNA'sı birden fazla şekilde kopyalanarak bölünür ve aynı yapıya sahip iki hücreyi

²⁶⁷ Meral Gürbüz, “Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi SBE, Eskişehir, 2010), s.6; Bilal Köseoğlu ve Köksal Kocaağa., **Aile Hukuku ve Uygulaması**, 2. Basım, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2011, s. 531

²⁶⁸ Erten, Acır ve Taşveren, s.575.

²⁶⁹ Erten, Acır ve Taşveren, s.575.

²⁷⁰ Duran, s.86.

²⁷¹ Duran, s.86; Erten, Acır ve Taşveren, s.575; Cüneyd Er, *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 70

²⁷² Akar, s.122.

meydana getirir. Bu hücreler iki, dört, sekiz, on altı vd. şeklinde sayısız biçimde bölünerek çoğalırlar ve böylece milyonlarca hatta trilyonlarca hücre meydana gelene kadar bölünmeye devam ederler. Bölünmeler bir noktaya kadar hızlıca devam eder ve bütünleşik yapıda yeni bir insan vücut bulur. Bu kısımda mühim olan DNA kod planının kopyalanmış olmasıdır. DNA'yı oluşturan kimyasal maddelerin kodları (A), (T), (C) ve (G) şeklindedir. Dört farklı kimyasal madde, hücre içerisinde çok hızlı biçimde serbest halde hareket ederek mükemmel bir düzen oluştururlar. (A) her zaman (T) ile, (T) her zaman (A) ile, (C) her zaman (G) ile ve son olarak (G)'de her zaman (C) ile birlikte olur ve birleşirler²⁷³. Kopyalama süreci bittiğinde kırk altı kromozomun hepsinde tamamen aynı DNA dizini oluşmaktadır. Sonrasında proteinler hücreleri, hücreler ise insanı oluşturacaktır²⁷⁴. İnsan vücudunun tüm doku ve sıvılarında hücre bulunmasının sebebi budur. Hücrelerin yapısında DNA bulunduğu için, insan vücudundan çıkan idrar, kan, kusmuk, anne sütü, kıl, tükürük, diş eti, gözyaşı, ter, dışkı vb. hemen hemen tüm bulgular üzerinde DNA analizi yapılabilmektedir²⁷⁵.

Soybağı davaları bakımından kişilerden alınan numuneler üzerinde yapılan inceleme yöntemlerinin en kesin sonucu doğuran ve yargılamaya aktif katkı sağlayan metot DNA incelemesi metodu olduğundan dolayı²⁷⁶, çalışmamızın odak noktasını teşkil eden soybağı tespiti konusu, bu metotla yakından ilişkili olduğundan, bu başlık altında daha ayrıntılı açıklamalarda bulunmayı uygun görüyoruz.

2. DNA Analizinin Gelişimi

DNA metodu ilk kez 1944 yılında Oswald Theodore Avery adlı Kanadalı bilim insanı tarafından incelenerek, DNA'nın kalıtsal bilgilerin aktarıcısı olduğu keşfedilmiştir. Sonrasında ise Amerikalı bilim insanı James Watson ve İngiliz bilim insanı Francis Crick

²⁷³ Çakmut-Soybağı, s.76.

²⁷⁴ Çakmut-Soybağı, s.75.

²⁷⁵ Çakmut-Soybağı, s.75.

²⁷⁶ Bugün, kalıtım biyolojisi sayesinde, soybağı bağlantısı tıbben %99.8 yakınlıkla ispatlanabilmektedir. DNA incelemesi, hem canlı bireyler üzerinde hem de cesetler üzerinde yapılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocaağa ve Köseoğlu, s.531.

tarafından 1953 yılında hayvanlar ve bitkiler kullanılarak yapılan araştırmalar neticesinde, DNA'nın çift sarmallı heliks yapısı incelenmiş ve DNA teriminin hayatın ana dili olduğu vurgulanmıřtır²⁷⁷. 1993 yılında yapmış olduğu DNA alışması ile Nobel ödölünü kazanan Kary Banks Mullis adlı bilim insanı ise DNA bölgesini trilyonlarca kez çoğaltmaya yarayan Polimeraz Zincir Reaksiyonu'nu keşfetmiştir. Bu keşfin en önemli tarafı ise DNA analizinin yapılmasını epey kolaylařtırmasıdır²⁷⁸. Mullis'in icadı olan PCR²⁷⁹ sayesinde, DNA analizinde detaylı ve kesin sonuçların alınması sağlanmıştır. Buna karşılık, DNA'nın tıbbi açıdan analiz edilmesi ve karşılaştırmalı testlerde kullanılması, 1984 yılında Britanyalı genetikçi Alec Jeffreys tarafından gerçekleştirilmiştir. Jeffreys, DNA'nın spesifik bölgelerini analiz ederek bireylerin teşhis edilmesini sağlayan DNA parmak izi tekniğini geliřtirmiřtir²⁸⁰.

3. Adli Bilimlerde DNA Analizi

DNA analizinin çeşitleri; parmak izi, tipleme ve profileme olmak üzere üç ayrılmaktadır²⁸¹. Yukarıdaki tarihi gelişimlere ek olarak adli bilimler alanında DNA analizleri ilk kez 1988 yılında Enderby cinayetlerinde²⁸² Colin Pitchfor²⁸³ adlı kişinin suçlu bulunmasında uygulanmıştır. Adli bilimler bakımından DNA analizi yöntemi, yaşayan veya

²⁷⁷ Yusuf Büyükey, "Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler", 2005, *AÜEHFD*, C.9, S. 3-4, s.360; Akar, s.125.

²⁷⁸ Yani Koias, DNA Düzeyinde "Soybağı Belirtimi Yapılan Laboratuvarlarda Uluslararası Kalite Güvencesi", (**Yayımlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2008, s.13.

²⁷⁹ Polimeraz Zincir Reaksiyonu kastedilmektedir. Bkz. Büyükey, s.360; Akar, s.125.

²⁸⁰ Vildan Caner ve Kamil Tayfun arlı, "Polimeraz Zincir Reaksiyonu (Pcr) ve Bazı Tavuk İnfeksiyonlarındaki Yeri", *Uludağ Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 20, S. 1-2, 137 – 145, s.138

²⁸¹ Duran, s.87.

²⁸² Colin Pitchfork tarafından 1983 ve 1987 yıllarında iki kıza tecavüz edilip öldürölmeleri ile bilinen meşhur adli vakialardır. Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Colin_Pitchfork

²⁸³ Colin Pitchfork (Doğum tarihi. 23 Mart 1960; Newbold Verdon, Leicestershire) DNA parmak analizi deliliyle kasten öldürme suçundan hüküm giyen ve tarihte toplu DNA tarama metodu ile tespit edilip yakalanan ilk katildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Colin Pitchfork*, 2022, https://tr.wikipedia.org/wiki/Colin_Pitchfork (Erişim Tarihi: 22.07.2022); Andrei Semikhodskii, **Dealing With DNA Evidence A Legal Guide**, 2007, s. 20; (Uyumaz, s.167'den naklen); Craig O. O'Connor, **A Novel Forensic Approach to DNA Database Construction and Population Genetic Analysis**, Hartford 2008, s.1 (Uyumaz, s.167'den naklen)

ölmüş bireylerden elde edilen, ya da olay mahallinde bulunan biyolojik izlerden, örneğin kan, saç, kıl, tükürük, idrar, vajinal salgı, sperm, deri döküntüleri, tırnak gibi örnekler kullanılarak uygulanabilmektedir. DNA analizi metodu, ülkemizde ve dünya genelindeki diğer hukuk sistemlerinde, başlangıçta kamuya yönelik ceza davalarında kullanılmak üzere benimsenmiştir. Daha sonraki süreçte ise, özel hukuk davalarında, özellikle soybağının tespit edilmesine yönelik uyuşmazlıklar bakımından yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır²⁸⁴.

4. Soybağı Davalarında DNA Analizi

Ülkemizde veyahut diğer ülkelerde mevcut olan soybağı davalarında, çocuk ile davalı ya da davacı erkek arasında herhangi bir şekilde soybağı ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi hususunda DNA analizleri yolu ile inceleme yöntemi kesine yakın bir sonuç vermesi nedeniyle çok sık bir şekilde kullanılmaktadır. Uzman kişiler tarafından yapılan DNA analizi yönteminde, soybağının tespit edilmesi bakımından ana, baba ve çocuğun DNA profilleri birbirleri ile karşılaştırılmakta, böylece çocukta bulunan DNA'nın, çocuğun ana ve babasından aktarılan kısımları tespit edilmektedir²⁸⁵. Yapılan incelemeler sonucunda çocukta, davacı ya da davalı erkekte alınan ve spesifik bir özelliği belirleyen, genin alternatif hallerinden biri olan alel ya da alelmorf olarak adlandırılan gen çeşidinin bulunmaması durumunda, çocuk ile o erkek arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığı sonucu kesine yakın şekilde ortaya konacaktır. Buna karşılık Alelmorfların davacı veya davalı erkekte bulunması durumunda, çocuk ile baba olduğu öne sürülen kişi arasında bir soybağı mevcudiyetinin olduğu anlaşılacaktır. İlgili sonuçlardaki kesinlik oranı ise %0 veyahut %99.99 gibi herhangi bir şüphe barındırmayan oranlardır²⁸⁶. Bu oranlar haricinde farklı bir oranın çıkma şansı da bulunmamaktadır²⁸⁷. Bu nedenle, çocuk ile davacı

²⁸⁴ Erten, Acır ve Taşveren, s.577.

²⁸⁵ Uyumaz, s.168.

²⁸⁶ Yıldray Zeyfeoğlu ve İsmail Hamit Hancı, "İnsanlarda Kimlik Tespiti", *Sürekli Tıp Eğitim Dergisi*, Ekim 2001, C.10, S.10, s.502, Duran, s.87.

²⁸⁷ Lakin doktrindeki bazı yazarlar mahkemenin, biyolojik bulgu ve materyallerin birbiri ile karıştırılması, alınan bulguların sair sebeplerle kirletilmesi vb. sebeplerle DNA analizlerinde hata yapılması riskini de göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmişlerdir. İlgili görüş için bkz. Gültepe, s.500.

ya da davalı erkeğin arasında soybağı ilişkisi ya tamamen mevcuttur ya da hiçbir şekilde var olmamaktadır.

Soybağı davalarında Yargıtay da kesine yakın ve şüpheden uzak sonuçları aramaktadır. Yargıtayın daha öncesinde vermiş olduğu kararlarda, soybağının tespit edilebilmesi adına kesinliğe ulaşamamış belli bir takım oranların altındaki değerleri, davanın reddi olarak değerlendirmiş²⁸⁸ ve soybağının yüzde yüze yakın biçimde tespit edilebilmesi adına ispat araçlarının genişletilmesini ve daha sağlıklı sonuçlar alınması gerektiğini belirtmiştir. Günümüz teknolojisinde soybağının kesin olarak tespit edilmesi bakımından Y-STR, yani tam adıyla “Short Tandem Repeats” adı verilen ve yalnızca baba ile onun erkek çocuklarının soybağının tespitinde kullanılabilen yeni bir yöntem keşfedilmiştir²⁸⁹. Biyolojik babadan yalnızca erkek çocuklara aktarılan Y kromozomu, kız çocuklarına aktarılamamaktadır. Biyolojik babadan meydana gelecek olan erkek çocuklar ve onların erkek çocuklarının tümünde nesiller boyu bu Y kromozomu birbirini takip edecektir²⁹⁰. Bu özelliği nedeniyle, aynı soydan gelen tüm erkekler arasındaki genetik bağlantı belirlenebilir. Eğer baba, kayıp veya mezar yeri tespit edilemiyorsa, yukarıda bahsedilen diğer inceleme yöntemleri aracılığıyla herhangi bir belirleme yapılamaz²⁹¹. Ancak bu detaylı ve güvenilir analiz yöntemi sayesinde, özellikle babalık davalarında, baba bulunmadığı veya mezarının

²⁸⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin verdiği bir kararda özetle, baba olduğu öne sürülen erkeğin %99 oranından daha az ihtimal ile baba olacağı hususu tespit edilmişse de, ilgili yöntemin Karbonik Anhidraz (CaII), Peptpdaz A,GM, Leviz araştırması ile desteklenmediğini, bu doğrultuda herhangi bir karşılaştırma yapılmadığını, yine aynı oran dahilinde bir netice alınamıyorsa, DNA tiplemesinin araştırılması gerektiğini, bu bakımdan davalının baba olamayacağı ihtimalinin kesine yakın biçimde kaldırılıp ilgili delillerin hep birlikte tahlil edilerek bu konuda karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 2. HD., E. 1993/8685, K. 1993/9405, T. 18.10.1993 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022); Erten, Acır ve Taşveren, s.578.

²⁸⁹ Tokar, s.40.

²⁹⁰ “...Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi'nin 07.01.2002 tarihli ve 56075/1791 sayılı yazılarına göre, ‘Y Kromozomu’ yöntemiyle babalık belirlenmesi yapabilmek adına mezardan kemik örneği alınmasına ve incelemesine gerek kalmaksızın, kardeşlerden birinin Y kromozomu elde edilerek aynı veriye ulaşılabileceği anlaşılmaktadır. Mahkeme tarafından, bu bağlamda, Adli Tıp Kurumu'nun yazıları arasında var olan çelişkinin çözümlenmesi ve çocuğun erkek olması nedeniyle Y kromozomu ile babalık tespitinin yapılıp yapılamayacağı belirlenmesi adına eksiksiz bir araştırma ve inceleme yapılması gerekmektedir, yetersiz inceleme sonucuyla verilen hüküm, kararın bozulmasını zorunlu kılmıştır.” Yargıtay 2. HD., E. 2003/15251, K. 2003/16312, T. 04.12.2003 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

²⁹¹ Bkz. İkinci Bölüm II. A. B.

saptanamadığı durumlarda, baba dışındaki aile üyelerinden alınan örneklerle tespit işlemi gerçekleştirilebilmektedir²⁹².

Y-STR analizinde, baba olduğu iddia olunan erkeğin, aile bireylerinden herhangi bir erkek ile çocuğun genetik verileri mukayese edilir ve bunun sonucunda çocuk ile erkek arasında iddia olunan soybağı ilişkisinin bulunup bulunmadığı hususu kesine yakın bir oran olan %99.99 oranında ispat edilir²⁹³. Babadan, onun çocuğuna aktarılan Y kromozomu üzerindeki gen bölgesinde analiz yapılmaktadır. Erkeklik geni Y kromozomu olarak nitelendirilen bir DNA hücresinde saklıdır ve kromozom, babadan oğula geçmek suretiyle erkek çocuğun cinsiyetinin oluşmasına sebebiyet verir. Farklı soylardan gelen ve birbirleri ile herhangi bir genetik bağı bulunmayan iki erkekteki Y kromozomları benzer niteliğe sahip değildir. Fakat bunun yanında aynı soydan gelen erkeklerin Y kromozomlarını ise birbirine benzer özellikler taşırlar. Bundan dolayıdır ki babanın gaip olduğu, bulunamadığı hatta mezarının dahi tespit edilemediği durumlarda, soybağının tespitine yönelik baba ile akrabalık ilişkisine sahip olan kişiler arasında, bu kişilerin kanlarının alınıp incelenmesi neticesinde soybağının tespiti mümkün hale gelecektir²⁹⁴.

DNA incelemesinde kullanılan ve uygulaması oldukça kolay olan bir yöntem, yanak kazıma yöntemidir. Bu yöntemde, pamuklu çubuklar aracılığıyla yanağın iç kısmından hücre örnekleri alınır ve bu örnekler üzerinde incelemeler gerçekleştirilir. Yanak kazıma yönteminde, yanaktan alınan örneklerin tespit için uygun olabilmesi adına, örnek alınan kişinin yaşıyor olması büyük önem taşımaktadır²⁹⁵.

Yargıtay kararında belirtildiği üzere; babalık davasında soybağının tespit edilmesi için gerçekleştirilmesi gereken tıbbi testlerin, resmi bilirkişi kuruluşu olan Adli Tıp Kurumunda yapılmaması, hüküm kurmak için yeterli kabul edilmemektedir. Bu konuda,

²⁹² Baygın-Soybağı, s.89; Uyumaz, s.170; Erten, Acır ve Taşveren, s.578.

²⁹³ Uyumaz, s.169.

²⁹⁴ Baygın-Soybağı, s.89; Gürbüz-Kişilik, s.57.

²⁹⁵ Uyumaz, s.170.

üniversite hastanelerinin tıp fakültelerinde, özellikle Adli Tıp, Tıbbi Biyokimya ve Tıbbi Genetik bilim dallarında veya ilgili enstitülerde gerekli incelemelerin yapılması gerekmektedir. Davanın taraflarının belirtilen kuruluşlara yönlendirilmesinin ardından detaylı bir rapor alınabilme olasılığı varken, bu şekilde bir rapor elde edilmeden hüküm kurulmasını Yüksek Mahkeme, bozma sebebi olarak değerlendirmiştir²⁹⁶.

Kişilerden alınan DNA analizleri, 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanununun 6'ncı maddesi gereğince "Özel nitelikli kişisel veri" statüsünde bulunması nedeniyle, bu verilerin güvenli bir ortamda saklanması gerekmektedir. Özel nitelikte kişisel veriler, bilinmesi durumunda kişinin mağdur olmasına veyahut ayrımcılığa maruz kalmasına sebebiyet verecek nitelikteki verilerdir. Bu nedenle ilgili verilerin, diğer verilere karşılık çok daha sıkı korunmaları kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmıştır²⁹⁷. Soybağının tespitine yönelik kişilerden alınan DNA verileri, 6698 sayılı Kanundaki "Genetik veriler" kategorisi içerisinde yer almaktadır. Anılan Kanun uyarınca, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza gereklidir. Ayrıca Kanun, sağlık ve cinsel yaşama dair veriler ile diğer özel nitelikli veriler arasında bir ayırım yapmaktadır. Sağlık ve cinsel yaşam dışındaki özel nitelikli veriler, yalnızca Kanunda belirtilen durumlarda işlenebilirken; sağlık ve cinsel yaşamla ilgili verilerin işlenmesi ise, kamu sağlığı, tıbbi teşhis, koruyucu sağlık hizmetleri, tedavi ve bakım, sağlık hizmetlerinin finansal planlaması ve bunların yönetimi alanlarında, sır saklama yükümlülüğünde olanlar ya da yetkilendirilmiş kurumlar tarafından gerçekleştirilebilmektedir.

²⁹⁶ Yargıtay 2. HD., E. 1994/2615; K. 1994/3332, T. 01.04.1994 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022); Benzer içtihat için bkz. "Bu hususta, tekniğin tüm olanaklarından faydalanılmalıdır; davalının kendisini aklama delili olan tüm benzerlik testlerinin Adli Tıp Kurumlarında gerçekleştirilmesi ve elde edilen sonuçlara göre hüküm verilmesi gerekmektedir." 2. HD., E. 8685/1993, K. 9405/1993, T. 18.10.1993 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.03.2023).

²⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları*, 2022, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5238/Ozel-Nitelikli-Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari> (Erişim Tarihi: 25.07.2022)

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SOYBAĞININ TESPİTİ BAKIMINDAN TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TIBBİ MÜDAHALEDE RIZA VE RIZANIN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

I. TIBBİ MÜDAHALE

A. Genel Olarak

Soybağının tespiti bakımından tıbbi araştırma ve incelemelere rıza kapsamında, konunun özünü oluşturan TMK ve HMK'nın ilgili maddelerini değerlendirmeden önce, soybağı tespitinin de bir tıbbi müdahale oluşturduğu gözetilerek, genel olarak tıbbi müdahale kavramı, tıbbi müdahalenin unsurları ve hukuka uygunluk koşullarının incelenmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Aslında, "tıbbi müdahale" terimi, tıp hukukunun kapsamına giren ve çeşitli ayrıntılı konuları barındıran bir terimdir. Çalışmamızda odaklandığımız soybağının tespitine yönelik tıbbi araştırma ve incelemeler, tıbbi müdahalenin bir parçası olarak kabul edilir. Bu nedenle, soybağının tespitinde rıza kavramının daha iyi anlaşılması adına, öncelikle tıbbi müdahale kavramını açıklamaya çalışacağız.

Günümüzde çoğunlukla "tıbbi müdahale" terimi tercih edilmektedir. Bu terim, insan vücudunun bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilen eylemleri ifade etmektedir. Ancak ilgili terimin ifadesine ilişkin bir bütünlük bulunmama ile birlikte; aynı anlama gelen diğer terimler de kullanılmaktadır. Örneğin; tıbbi uygulama³¹⁸, tıbbi faaliyet³¹⁹, teşhis ve tedavi³²⁰ vb. ifadeler yer verilmektedir. Bu terimler, genellikle aynı anlamı taşımalarına rağmen,

³¹⁸ Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2013, s.26.

³¹⁹ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s.9

³²⁰ Hayrunnisa Özdemir, Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.12, S.3-4,, s.347 vd. Yazar “Teşhis ve Tedavi” terimini sıklıkla tercih etmiştir.

öğreti ve yargı kararlarında "tıbbi müdahale" terimi daha yaygın olarak kullanılmakta ve sıklıkla bu ifade tercih edilmektedir³²¹.

B. Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale, tıp, hukuk ve etik alanlarıyla sıkı bir ilişkiye sahip olduğundan, genel ve kesin bir tanımı yapmak zordur. Uluslararası öneme sahip belgelerde, örneğin Biyotıp Sözleşmesi³²² gibi düzenlemelerde tıbbi müdahaleye yer verilmesine rağmen, ilgili kavramın tam bir tanımı yapılmamıştır³²³. Bununla birlikte, tıbbi müdahale kişilik haklarına bir müdahale olarak kabul edilir ve bu kavramın anlaşılması, hangi tür eylemlerin tıbbi nitelikte olduğunun belirlenmesi açısından büyük önem taşır³²⁴.

Bir bireyin fiziksel ya da psikolojik bütünlüğü üzerinde etki yapan, başlangıçta mevcut olan ya da sonradan oluşan herhangi bir durumun, tıbbi bilimin sağladığı en güncel teknik ve imkanlarla giderilmesi veya etkilerinin minimize edilmesi amaçlanır. Ayrıca, oluşması öngörülebilir durumların henüz meydana gelmeden önce önlenmesi de mümkün olmaktadır. Bu bağlamda uygulanan ve yetkili kişiler tarafından yürütülen faaliyetlere tıbbi müdahale adı verilmektedir³²⁵.

Tıbbi müdahale terimi, isminden de anlaşılacağı gibi, bir kişinin fiziksel veya ruhsal bütünlüğüne yapılan bir eylemi ifade eder. Ancak, diğer yasadışı ya da yasal

³²¹ Çağatay Doğan, "Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Aydınlatılması ve Rıza Kavramı", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2023), s.3.

³²² Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>

³²³ Anılan Sözleşmenin 6'ncı maddesinde; "*Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir*" şeklinde, 9'uncu maddesinde ise; "*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.*" şeklinde düzenlemeler bulunmakla birlikte;, tıbbi müdahalenin tanımı yapılmamıştır. Bunların haricinde "müdahale" teriminin kullanıldığı maddeler ise 5, 7, 8, 13, 22 ve 24'üncü maddelerdir.

³²⁴ Ragıp Şengül, **Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2010, s.6.

³²⁵ İlhan Gülel, "Tıbbi Müdahaleye Rıza", (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2017), s.4.

düzenlemelerle yaptırma tabi tutulabilecek eylemlerden farklı olarak, tıbbi müdahaleler, belirlenen hukuki düzenlemelere eksiksiz bir şekilde uyulduğunda hukuka uygun kabul edilmektedir. Aksine, tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren kişi, yasal dayanağında bir eksiklik nedeniyle hukuki, cezai, idari veya mesleki sorumluluklarla karşılaşabilir ve buna bağlı olarak yaptırımlar uygulanabilir. Tıbbi müdahale, vücut bütünlüğünü ihlal eden, meşru kabul edilmeyen ve hukuk düzeni tarafından yaptırma tabi tutulan diğer müdahalelerden ayrılmaktadır³²⁶.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz bilgiler doğrultusunda, tıbbi müdahale kavramına dair genel bir tanım yapmak gerekir ise; kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını teşhis etmek, tedavi etmek ya da bunlar mümkün olmadığında hastalığın şiddetini azaltmak, acılarını hafifletmek, hastalıktan korumak veya nüfus planlaması amacıyla, tıp mesleğini uygulama yetkisi olan kişiler tarafından, tıp biliminin genel olarak kabul ettiği kurallara ve prensiplere uygun şekilde yürütülen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en karmaşık cerrahi müdahalelere kadar her türlü faaliyete tıbbi müdahale denilmektedir³²⁷.

23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Tanımlar” başlıklı 4’üncü maddesinde ise bu kavram; *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi,”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan tıbbi müdahalenin, geçerli anlamda tıbbi müdahale teşkil edebilmesi için tıp mesleğine sahip resmi kişiler tarafından yapılması, kişinin sağlığını koruma ve hastalıkların teşhis ve tedavisi amacının güdülmesi, mesleki yükümlülük ve standartlara uygun olarak

³²⁶ Doğan, s.6.

³²⁷ Polat Tunçer, **Sağlık Hukuku Temel Bilgileri**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s.167; Ayrıca Çakmut’a göre tıbbi müdahale kavramı; *“Bireylerin bedensel, fiziksel ya da psikolojik bir hastalığının teşhisini koymak, tedavi etmek, ya da bu imkanların olmaması durumunda hastalığın şiddetini azaltmak, ağrularını hafifletmek, onları bu tür bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacıyla, yasal olarak tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin genel kabul gördüğü prensiplere ve kurallara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en karmaşık cerrahi müdahalelere kadar olan her tür eylemi ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003, s.40-41.

yapılması ve son olarak tıbbın teknik, bilimsel ve teknolojik sınırlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca tıbbi müdahalenin fiziki olabileceği gibi ruhi yani psikolojik açıdan da geçerli olabileceği anılan Yönetmelikte ifade edilmiştir³²⁸. İlgili maddede ruhi kelimesi kullanılmasına istinaden kanaatimizce bu terimi psikolojik olarak değerlendirmekteyiz. Bu tanım, tıbbi müdahalenin kim tarafından, hangi amaçlarla ve hangi sınırlamalar içerisinde, nasıl gerçekleştirileceğini belirterek oldukça açıklayıcı bir ifade sunmaktadır³²⁹.

C. Tıbbi Müdahalenin Unsurları ve Hukuka Uygunluk Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için belirli unsurların bulunması gerekmektedir. Bu unsurlar, soybağı tespiti adına yapılan gen analizleri için son derece önemlidir. Gen analizleri, tıbbi müdahale niteliği taşıdığından, tıbbi müdahalenin unsurlarıyla aynı özellikleri içermektedir. O halde tıbbi müdahale, hukuki çerçeveye uygun olarak gerçekleştirilmesi gereken bir işlem olduğundan dolayı, bu işlemin hukuka uygun olması adına ilgili unsurların belirlenmesi ve açıklanması önemlidir³³⁰. Aşağıdaki alt başlıklarda, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi adına gereken unsurlara değineceğiz³³¹. Daha sonrasında ise, tıbbi müdahale olan soybağı incelemeleri bakımından rızanın hukuka uygunluk şartlarını inceleyeceğiz³³². Soybağı incelemelerinin tıbbi müdahale ana başlığı altında olmasından dolayı, öncelikli olarak tıbbi müdahale kavramına yer vermenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

³²⁸ HHY'nin 4'üncü maddesinde bahse konu terim "...gerçekleştirilen fizikî ve ruhi girişimi" şeklinde belirtilmiştir.

³²⁹ Onur Kuru, "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.12, S.2, , 491 – 500, s.493.

³³⁰ Gülel, s.7.

³³¹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. C. 1-8 arası başlıklar.

³³² Bkz. Üçüncü Bölüm II. C.

1. Amaç ve Zorunluluk

Öncelikli olarak tıbbi müdahalenin geçerli olabilmesi adına önceden belirlenmiş meşru amacının bulunması gerekmektedir³³³. Temel olarak insan bedeni üzerinde olumsuz etki doğuran herhangi bir hususun önlenmesi veyahut meydana geldikten sonra giderilmesi, tıbbi müdahalenin esaslı hedeflerindedir. Bu bakımdan ilk amaç "koruyucu nitelikte hekimlik faaliyeti" olarak nitelendirilirken, ikinci amaç ise "tedavi edici" ya da "iyileştirici hekimlik" olarak nitelendirilebilir³³⁴. Herhangi bir endikasyon, yani tıbbi bir ihtiyaç bulunmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir³³⁵. Ayrıca, hastanın kendisi bakımından herhangi bir yarar sağlamayan ve endikasyon barındırmayan, ancak kanunen kabul edildiği için meşru bir amaç doğrultusunda hizmet eden tıbbi müdahaleler de hukuka uygun kabul edilmektedir. Örneğin, bir donörden organ alınması amacıyla yapılan cerrahi müdahaleler bu kapsamda değerlendirilebilir³³⁶.

Tıbbi müdahale yalnızca teşhis ve tedavi ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda soybağının tespit edilmesi, moleküler biyolojik örnek alınması, organ ve doku nakli vb. amaçlar ile yapılan faaliyetleri de kapsar. Soybağı davalarında geçerli olmak üzere kişilerden kan, tırnak, saç teli, yanak sürüntüsü, parmak izi, avuç izi gibi işlemler de tıbbi müdahale çatısı altında bulunmaktadır. Bu bakımdan soybağının tespit edilmesinde kan veyahut doku örneği alınması başlı başına bir tıbbi müdahaledir³³⁷. Soybağı araştırmaları genellikle genetik

³³³ Dokrinde bazı yazarlar, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından yalnızca "endikasyon" faktörünü önemserken, "amaç" faktörünü fazlalık olarak görmektedir. Bu yaklaşıma göre, tıbbi müdahalenin uygulanabilmesi için yalnızca uygun bir endikasyonun varlığı yeterli olup amaç önemli değildir. Bkz. Hakan Hakeri, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.94.

³³⁴ Gülel, s.8.

³³⁵ Doktorun, herhangi bir endikasyon bulunmaksızın kişiye ameliyat yapması durumunda, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğu gündeme gelecektir. Bununla birlikte cezai sorumluluğu da doğabilir. Özellikle maddi menfaat güderek yapılan ve endikasyon bulunmayan tıbbi müdahaleler bu hususa örnek olarak gösterilebilir. Hakeri, s.179.

³³⁶ Gülel, s.8.

³³⁷ Berna Özpınar, "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları", *Ankara Barosu Dergisi*, S: 66, C:3, 2008, s.91

testler yoluyla gerçekleştirilir. Bu testler için kişiden kan örneği veya başka bir doku örneği³³⁸ alınır.

2. Bilimsel Değişim ve Gelişmelere Uyumlu Olması

Tıbbi müdahalenin bir başka unsuru, en yeni bilimsel ve teknolojik gelişmelerin ve imkanlarının kullanılması zorunluluğudur. Müdahale gerçekleştirilirken, tıbbi bilimin en güncel durumu dikkate alınmalı ve artık bilimsel geçerliliği kalmamış veya terk edilmiş yöntemlerden sakınılmalıdır³³⁹. Gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin genel olarak kabul görmüş tıbbi uygulamalarla çelişmemesi gerekmektedir³⁴⁰. Bu, tıbbi standardı belirleyen bir unsurdur ve tıbbi müdahalenin özenli bir biçimde ve tıp biliminin genelde kabul edilmiş prensip ve kurallarına uygun bir şekilde uygulanması gerektiğini gösterir³⁴¹.

3. Yetkili ve Görevli Kişilerce Yapılması

Tıbbi müdahalenin belirli bir alanda eğitim almış ve kanun tarafından yetkilendirilmiş kişilerce yapılması zorunludur. Gerekli görülen eğitimi almamış ya da yetkisiz kişilerce yapılan müdahalelerin, tıbbi müdahale kavramı ile nitelendirilmesi söz

³³⁸ Örneğin tükürük, saç örneği vb.

³³⁹ Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 4'üncü maddesinin "Meslek Kurallarına Uyuma" başlığı altında ilgili husus, "*Araştırma da dahil olmak üzere, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun şekilde yapılması gerekmektedir.*" şeklinde belirtilmiştir. Bahse konu madde göz önüne alındığında, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak, güncel tıp yöntemlerine göre gerçekleştirilmesi gerektiği kabul edilmiştir

³⁴⁰ Hakeri, s.196; Bayraktar, s.147.

³⁴¹ Gülel, s.343; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 07.03.1977 tarihinde vermiş olduğu 1976/6297 E. 1977/2541 K. sayılı kararına göre; Hekim, tıbbi görevlerini yerine getirirken, bir kişinin sağlığını korumak ve yaşam kalitesini artırmak amacıyla çeşitli eylemler gerçekleştirir. Bu eylemler, hastalığın teşhisi, ilaçların reçete edilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı takibi ve gerektiğinde yan etkisi olan tedavi yöntemlerinin ya da yeni prosedürlerin kullanılmasını içerir. Bu süreçler sırasında hekimin, mesleki standartlara uyması, hastanın durumunu göz önünde bulundurması ve genel olarak tıp biliminin kurallarını uygulaması gereklidir. Eğer hekim, tıp biliminin bilgilerini hatalı ya da eksik bir şekilde kullanmış ya da mesleği gereği yerine getirmesi gereken özel görevlere yeterince uygun davranmamışsa, bu durum profesyonel bir kusur olarak kabul edilir. Bu tür eylemler ve davranışlar, hukuka aykırı olduğundan dolayı sorumluluk gerektirir. Bu içtihat bağlamında; yalnızca hastanın rızasının bulunması ve hekimin tıbbi müdahale yapma yetkisinin olması, müdahalenin hukuka uygunluğunu tek başına belirlemez. Hekimin, tedavi ve teşhis yöntemlerini belirlerken ve uygularken, tıp biliminin temel prensiplerine ve standartlarına uygun davranması gereklidir. Bkz. Atak, s.24.

konusu olamaz³⁴². Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilecek kişiler kural olarak hekimler, hemşireler, ebeler ve diğer sağlık mesleği mensuplarıdır³⁴³.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 14.04.1928 tarihinde yürürlüğe konulmuş olan bir Kanun olmakla birlikte; hekimlik mesleği ile birlikte diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, hasta bakıcılar, sünnetçiler, askeri sağlık personeli ve diş protez teknisyenleri gibi sağlık meslek gruplarına ilişkin hükümler içermektedir. Anılan Kanun, Türk vatandaşlarına ve yalnızca tıp fakültelerinden mezun olan kişilere hekimlik mesleğini yapma imkanı vermektedir³⁴⁴. Anılan Kanunun 8'inci maddesi uyarınca, yetkilendirilmiş kişilerin hastalıkların tedavisi amacıyla tıbbi müdahalede bulunabileceği ifade edilmiştir. Ancak, uzmanlık gerektiren durumlarda sadece uzman hekimlerin tıbbi müdahalede bulunabileceği belirlenmiştir³⁴⁵.

Diğer sağlık mesleği mensupları olanlar bakımından konuyu değerlendirmek gerekir ise; acil tıp teknisyenleri, genetik uzmanları, eczacılar, fizyoterapistler, sağlık memurları, diyetisyenler, laboratuvar teknisyenleri, protezciler ve diş teknisyenleri gibi yasal olarak tıbbi müdahalede bulunma bakımından yetkilendirilmiş olan kişiler de, kendi yetkileri dahilinde olan tıbbi müdahaleleri gerçekleştirebilirler. Bu kişiler, kendi uzmanlık alanlarına bağlı olarak sağlık hizmetlerinin sunulması sürecinde aktif rol alabilirler³⁴⁶.

³⁴² Hakeri, s.196; Bayraktar, s. 147-149

³⁴³ Bayraktar, s.112.

³⁴⁴ Mehmet Emin Özgül, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.175; 129 sayılı Kanunun 1'inci maddesine göre; *“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*

³⁴⁵ Gülel, s.11; 1219 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde bu husus *“Türkiye’de icrayı tababet için bu kanunda gösterilen vasıfları haiz olanlar umumi surette hastalıkları tedavi hakkını haizdirler. Ancak her hangi bir şubei tababette müstemirren mütehasıs olmak ve o unvanı ilan edebilmek için Türkiye Tıp Fakültesinden veya Sıhhiye Vekaletince kabul ve ilan edilecek müessesattan verilmiş ve yahut ecnebi memleketlerin maruf bir hastane veya laboratuvarından verilip Türkiye Tıp Fakültesince tasdik edilmiş bir ihtisas vesikasını haiz olmalıdır.”* şeklinde düzenlenmiştir.

³⁴⁶ Gülel, s.8; 1219 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasında *“...Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğinde belirtmek kaydıyla acil tıp teknikerleri ile verilecek gerekli eğitimleri başarıyla tamamlamak kaydıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli sağlık astsubayları hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler. Hastane öncesi acil tıbbi yardım veren personel özel tip kıyafet giyer.”* şeklinde belirtilmiştir.

4. Müdahaleyi Gerçekleştirecek Olan Kişide Faaliyete Engel Bir Durum Bulunmaması

Tıbbi müdahalede bulunacak olan kişinin, geçici ya da sürekli bir şekilde ayırt etme gücüne sahip olmaması, yani fiil ehliyetinin bulunmaması durumunda, yapılacak olan tıbbi müdahaleler hukuka aykırı kabul edilecektir. Aynı şekilde, bir sağlık mesleği çalışanın mesleki faaliyetlerine devam etmesi, idari veya yargı kararı doğrultusunda geçici veya süresiz olarak yasaklandığında veya tıbbi müdahale için gerekli lisans veya yetkilendirmenin iptal edildiğinde, tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması söz konusu olacaktır³⁴⁷.

1219 sayılı Kanununun 26'ncı maddesine göre; mezun olan bir doktorun, idari veya hukuki bir sebeple mesleğini icra etme yetkisinin elinden alınmasına rağmen faaliyetlerine devam etmesi yasaktır ve bu durum idari yaptırımlarla cezalandırılır.³⁴⁸

5. Rıza veya Varsayılan Rızanın Bulunması

Rıza kavramı, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi açısından en kritik şartlardan biridir. Ayrıca, medeni hukukumuz çerçevesinde soybağının tespiti ile ilgili olarak rıza gösterme yükümlülüğü esastır³⁴⁹. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gereken en önemli unsurlardan biri de, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması veya bu müdahalenin varsayılan rızaya dayanmasıdır. Bu konuyla ilgili ileride daha detaylı açıklamaların yapılacağı göz önüne alınarak, bu başlık altında daha genel ifadelere yer verilmiştir³⁵⁰.

³⁴⁷ Gülel, s.27.

³⁴⁸ 1219 sayılı Kanununun 26'ncı maddesinde ilgili husus *“Bu Kanunun ahkâmına tevfiқан icrayı sanat salahiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip sanatını icra ederse, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”* şeklinde belirtilmiştir.

³⁴⁹ TMK md.284/2.1.c.: *“(2) Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler.”*

³⁵⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm II vd.

İlgilinin rızası kavramı, tıbbi müdahalenin sınırları açısından da önemli sonuçlar doğurur. Hukuka uygunluk gerekçesi olarak kabul edilebilmesi için, tıbbi müdahale kapsam ve sınırlarının, rıza beyanında bulunmaya yetkili olan kişi tarafından iyi anlaşılması gerekmektedir³⁵¹. Kişinin kendi kaderini belirleme hakkı çerçevesinde; yapılacak olan müdahalenin sınırları hakkında yeterli bilgilendirmenin yapılması koşuluyla, hukuki menfaat sahibinin verdiği rıza geçerli sayılacaktır³⁵².

Hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesi, uluslararası alanda tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarının en önemli unsurunu oluşturur. Tıp Hukuku kapsamında hukuken bağlayıcı olan ilk uluslararası belge “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” olmakla birlikte; anılan belge, tıbbi müdahaleye rızanın önemini uluslararası hukuk bakımından vurgulamaktadır³⁵³. Sözleşmenin 5’inci maddesinde, tıbbi müdahaleni bir parçası olarak hekimin, hastanın aydınlatılmış rızasını almakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Bahse konu maddede; *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir.”* şeklinde ifade edilmek suretiyle, özgür ve açıkça bilgilendirilmiş bir muvafakatın varlığı üzerinde önemle durulmuştur.

6. Hukuki Bir Nedene Dayanması

Tıbbi müdahalenin yasal veya meşru olarak kabul edilebilmesi için, kanunen belirlenen bir sebebe dayanması ve yasal düzenlemelerin belirttiği şartları karşılması

³⁵¹ Ezgi Cankurt, “Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018, s. 149.

³⁵² Cankurt, s.150.

³⁵³ Gülel, s.28; Bu anlaşma, Avrupa Konseyi önderliğinde hazırlanmış ve 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya sunulmuştur. Türkiye, ilgili anlaşmayı 3 Aralık 2003 tarihinde ve 5013 sayılı Kanun kapsamında onaylamıştır. Anlaşma, bu Kanun çerçevesinde 16 Mart 2004 tarihinde onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

gerekmektedir. Hukuk sistemimizde tıbbi müdahaleler, Anayasa ve TMK gereğince kişilik hakları bağlamında değerlendirilmiş ve kişinin kendi geleceğini belirleme ilkesi temel alınmıştır³⁵⁴. Anayasamız, tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağı ilkesini vurgulamaktadır³⁵⁵. Anayasada tıbbi müdahalelerle ilgili olarak 17'nci madde bir hayli önemli yer tutmaktadır. Bu madde, yaşama ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü korunma hakkını vurgulayarak, aslında tıbbi müdahale sözleşmesinin de temelini oluşturmaktadır³⁵⁶.

Anayasanın 17'nci maddesinin ilk üç fıkrasında özet olarak; herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve son olarak kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı hususları açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Anayasal düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere tıbbi müdahale, kişinin yaşama hakkıyla ilgili olan ve bizzat kişinin maddi ve manevi varlığını etkileyen bir müdahaledir. Bu nedenle, tıbbi müdahalenin hukuki temelini bir kanun hükmüne dayanması son derece önemlidir. Tıbbi müdahale, hukuki güvenceye ve yetkilendirme sürecine tabi olan bir eylem durumundadır. Kanunlar, tıbbi müdahalelerin yasal sınırlarını belirlemekle birlikte, tıbbi

³⁵⁴ Gülel, s.30.

³⁵⁵ Yaşam hakkı, diğer tüm hakların önünde gelir ve onların var olabilmemesinin temelini oluşturur. Bkz. Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.46.

³⁵⁶ Anayasanın 17'nci maddesi; “(1) Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (3) Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (4) ... meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...)13 veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

müdahalelerin ne zaman ve nasıl gerçekleştirilebileceğini de düzenlemektedir. Bu çerçevede, tıbbi müdahalelerin hukuki dayanağı, geçerli ve mevcut olan kanun hükümleridir.³⁵⁷

TMK'nın 23 ve 24'üncü maddeleri, kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümleri içermekte olup Anayasanın 12 ve 17'nci maddelerine benzer niteliktedir. Öncelikle kişilik hakkı kavramını tanımlamak gerekirse bu hak; kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerinde egemen olan bir haktır³⁵⁸. Kişilik hakkının konusunu, gerçek kişilerin doğumlarından ölümlerine kadar ve tüzel kişilerin hak ehliyetini kazandıkları andan ehliyetin sona erdiği zamana kadar süren, bu kişilerin sadece var olmaları sebebiyle, ayrılmaz bir şekilde sahip oldukları ve hukuken korunmakta olan değerler bütünü oluşturmaktadır³⁵⁹. TMK'nın 23 ve 24'üncü maddeleri esasında, tıbbi müdahalelerin özel hukuktaki yasal dayanağını oluşturması nedeniyle önemlidir. Kişilik hakları, doğrudan TMK ile bireyin kendisine ve başkalarına karşı korunmuştur³⁶⁰. Anayasanın 12'nci maddesinde temel hakların ve özgürlüklerin niteliği vurgulanarak, bu hakların devredilemez ve vazgeçilmez nitelikte olduğu ifade edilmiştir³⁶¹. Aynı şekilde, TMK'nın 23'üncü maddesinde; "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*" şeklinde belirtilen hüküm ile kişilik hakları bireyin kendisine karşı da korunmuştur.

³⁵⁷ Gülel, s.31.

³⁵⁸ Helvacı ve Erlüle, s.87.

³⁵⁹ Helvacı ve Erlüle, s.87; Yazarlara göre kişilik hakları yedi başlık altında toplanabilir. Bunlar; 1-Kişilik hakkı mutlak haklardan olup herkese karşı ileri sürülebilirler, 2-Kişilik hakkı şahıs varlığı haklarından, 3-Kişilik hakkı, kişiye sıkı sıkı bağlı haklar arasındadır, 4-Kişilik hakkı tekel nitelikte olup hâkimiyet yetkisi ise, yalnızca bu değerlere sahip bulunan kişiye ait olmaktadır, 5-Kişilik hakkı, icra takiplerine konu olamaz. Dolayısıyla kişilik hakları haczedilemez ve iflas masasına dahil olamaz, 6-Kişilik hakkı zamanaşımına uğramaz, hak düşürücü sürelerle de tabi değildir, 7- Kişilik hakkı ölümle son bulduğundan dolayı mirasçılara geçmez. Kişilik haklarından vazgeçilmesi söz konusu değildir. Ayrıca bu hakların başkalarına devri de mümkün değildir. Bkz. Helvacı ve Erlüle, s.87.

³⁶⁰ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.262; Rona Serozan, **Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011, s.177; Baygın-Soybağı, s.46.

³⁶¹ Anayasanın 12'nci maddesi: "(1) Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. (2) Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

TMK'nın 23'üncü maddesinin tıbbi müdahale açısından önemli bir hükmü ise üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, "*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.*" şeklinde belirtilen hüküm gereği, biyolojik kökene ilişkin maddelerin alınması bakımından rıza hususu ve rızanın şekli belirlenmiş, ayrıca rıza dahilinde olmasına rağmen donör olan kişinin madde vermektan kaçınması durumunda buna zorlanamayacağı, dolayısıyla maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamayacağı kabul edilmiştir³⁶².

TMK'nın 24'üncü maddesinde ise "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.*" hükmü yer almaktadır. Bu maddeyle kişilik haklarına saldırıda bulunanlarla ilgili hukuki korunma taleplerinin hâkimden istenebileceği ifade edilmiştir³⁶³.

Türk ve İsviçre hukuklarında, kişilik hakkının korunması kapsamında hukuka aykırılık, kişilik hakkı ihlaline ve kişilik değerlerine müdahale kavramları üzerinden değerlendirilmektedir³⁶⁴. TMK md.24/2'ye göre; kişilik hakkına zarar veren her eylem, genel olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir³⁶⁵. Kişilik haklarına yapılan saldırıların, kişinin rızası, üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar veyahut kanun tarafından verilen yetkinin

³⁶² Ayrıca, bu durum bir çeşit eksik borç olarak değerlendirilmiştir. Yani, rıza olmasına rağmen, donörün organını vermektan çekinmesi durumunda hukuken zorlanamaz ve bu nedenle maddi veya manevi tazminat talep edilemez. Bkz. Gülel, s.32; Akıntürk ve Karaman, s.107.

³⁶³ Akıntürk ve Karaman, s.148 vd.

³⁶⁴ Türk hukukunda kişiliğin korunması, kişiliğin içe karşı korunması ve kişiliğin dışı karşı korunması şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kişiliğin içe karşı korunması TMK'nın 23'üncü maddesi gereği, dışı karşı korunması ise 24 ve 25'inci maddeler gereği gerçekleştirilecektir. Bkz. Akıntürk ve Karaman, s.148 vd.

³⁶⁵ Serozan-Kişiler, s.418.

kullanılmasıyla haklı kılınmadıkça hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Tıbbi müdahaleler kapsamında rıza alınmaması ya da verilen rızanın hukuken herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığı durumlarda, TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen diğer hukuka uygunluk hallerinden birinin mevcut olması halinde, ilgili müdahaleler hukuka uygun hale gelecektir³⁶⁶.

7. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Teşkil Etmemesi

Bazı tıbbi müdahaleler kanunlarla açıkça yasaklanmış olduğundan, bunlara rıza gösterilmesi veyahut tıbbi müdahale sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Bu tür müdahaleler, toplumun değerleri, etik prensipler veya sağlık otoritelerinin belirlediği standartlar doğrultusunda kabul edilemez ve yasal olarak geçerli değildir³⁶⁷. Örnek olarak, ötenazi, kastrasyon, gönüllü amputasyon, intihar yardımı gibi eylemler birçok ülkede kanuni düzenlemeler ile yasaklanmıştır³⁶⁸. Bu durumda, kişilerin rızası dahi olsa bu tür müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkün değildir ve tıbbi müdahale sözleşmesi de bu müdahaleler bakımından geçerli olamaz. Özel yaşam, gizlilik ve mahremiyet gibi temel prensipler gözetilmeli ve tıbbi müdahalelerin en iyi uygulama standartlarına uygun olarak yapılması sağlanmalıdır³⁶⁹. Kanunen izin verilmeyen tıbbi müdahaleler için herhangi bir şekilde rıza gösterilmesi veyahut tıbbi müdahale sözleşmesi yapılması mümkün değildir³⁷⁰.

³⁶⁶ Gen incelemesi, ilgililerin kişilik değerlerine müdahale ederek kişilik hakkı ihlaline yol açtığı durum ve koşullarda hukuka aykırı olacaktır. Eğer gen incelemesi ilgililerin kişilik hakkını ihlal etmiyorsa, hukuka aykırılık da söz konusu olmaz. Somut olayda bu konunun tespiti, kişilik hakkının korunma yöntemlerinin genel olarak anlaşılması ve kişilik hakkı çerçevesinde koruma altına alınan değerlerin neler olduğunun bilinmesi sayesinde gerçekleştirilebilir. Bkz. Sonat, s.335-336.

³⁶⁷ Bayraktar, s.144.

³⁶⁸ Bayraktar, s.144.

³⁶⁹ Mustafa Kıcalıoğlu, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s.24.

³⁷⁰ Hukuk düzeni, bir kişinin kendi kişiliğini zedeleyen özverilerde bulunmasına izin vermeyip bunlara engel olmak üzere kişiliği bizzat o kişinin kendisine karşı korumayı gerekli görmektedir. TMK'nın 23'üncü maddesinde bu husus açık bir şekilde belirtilmiştir. Bkz. Akıntürk ve Karaman, s.149.

Kişilik hakları, kesin bir feragatı ifade eden işlemlere tabi olduğundan, bir tıbbi müdahale sözleşmesi olsa bile, insan onuruna aykırı bir tedavi yöntemi kabul edilemez. Tedavi adı altında, normal ve kabul edilebilir sınırları aşan, şiddetli acı veren, işkence, eziyet ve kötü muamele niteliği taşıyan yöntemler uygulanamaz. Hekim veya sağlık kuruluşu sözleşme yaparken bu olanaklardan yoksun olduğu vakit, hastayı başka bir hekime ya da kuruluşa yönlendirmek zorundadır³⁷¹.

Tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi, genel ahlak ve meslek ahlakı ile uyumlu olması gereken etik ilkeleri gözetmelidir. Genel ahlak, toplumda belirli bir zaman diliminde geçerli olan ve kişilerin bizzat kendilerinden beklenen yazılı olmayan kurallardan oluşmaktadır. Bu kural ve prensipler, “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” ve “Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi” gibi üst düzey normlara da yansımaktadır³⁷².

8. Ceza Normları Bakımından Suç Teşkil Etmemesi

Tıbbi müdahale teşkil edem bir eylemin yasalara uygun sayılabilmesi için, bu müdahalenin ceza hukukunda belirtilen suçları içermemesi, yani cezai bağlamda herhangi bir karşılığının bulunmaması esastır. TCK’da hem sağlık mensuplarının bazı eylemleri sebebiyle ceza yaptırımıyla karşı karşıya kalabilecekleri genel suç örnekleri, hem de özellikle sağlık sektöründe faaliyet gösteren kişileri etkileyen ve sağlık hizmetlerine dair anlaşmaların getirdiği yükümlülüklerle ilgili özel hükümler bulunmaktadır³⁷³. Ayrıca HHY’de de tıbbi gereklilikler haricinde müdahale yasağı düzenlenmiştir³⁷⁴. Eğer bir doktor, anlaşma çerçevesinde elde edeceği avantajları göz önünde bulundurarak bu ilkelere aykırı hareket eder ve bir müdahalede bulunursa, bu durum, hasta rızası olmasına ve anlaşmaya

³⁷¹ Bu durum, pratikte kabul edilmeyen ancak öğretide haklı olarak var olması gerektiği savunulan "kalite aydınlatması" kavramıyla ilgilidir. Uygulamada genellikle kabul edilmeyen bu kavram, teoride önemli bir rol oynamaktadır. Bkz. Hakeri, s.128; Akıntürk ve Karaman, s.149.

³⁷² Gülel, s.34.

³⁷³ Savaş, s.38.

³⁷⁴ HHY’nin 12’nci maddesi; “*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*” şeklindedir.

dayanmasına rağmen Anayasaya aykırı bir hal oluşturur ve doktorun sorumluluğu gündeme gelir³⁷⁵. Örneğin, tıbbi bir zorunluluk olmaksızın bir hastanın ameliyat edilmesi, kişinin anayasal hakkı olan maddi ve manevi dokunulmazlığına yapılmış bir ihlal olarak kabul edilir. Bu durum, koşullara bağlı olarak kasıtlı yaralama suçu, işkence ya da kötü muamele olarak görülebilecektir³⁷⁶. Yasal düzenlemeler tarafından belirli suç türleri, özellikle görevi kötüye kullanma, görevi ihmal, irtikap, rüşvet, zimmet ve sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçları, kamu görevlileri tarafından en çok muhatap olunan suçlardır³⁷⁷.

TCK tarafından belirlenen ve suç olarak nitelendirilen eylemleri içeren tıbbi müdahaleler, hukuki düzenlemelere aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla, bu tür eylemleri kapsayan tıbbi müdahale anlaşmaları da geçerlilikten yoksun olarak kabul edilir. Ancak, bu geçerlilikten yoksunluk hali, sözleşmelerin iptal edilebilir bir durumda olması anlamına gelmeyecek; aksine, söz konusu anlaşmaların hükümsüzlüğü, daha güçlü bir kavram olan TBK md.27 uyarınca kesin hükümsüz olarak ifade edilecektir³⁷⁸.

³⁷⁵ Çağlar Özel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler,” *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C.10, S.1, 2007, s.54; Özpınar, s.95.

³⁷⁶ 5237 sayılı Kanunda kasten yaralama bakımından 86 vd., işkence bakımından 94 ve kötü muamele bakımından ise 232’nci maddeleri gündeme gelecektir.

³⁷⁷ Görevi Kötüye Kullanma (md.257), Görevi ihmal (md.257/2), Rüşvet (md.252), İrtikap (md.250), Zimmet (md.247), Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (md.280).

³⁷⁸ Türk Ceza Kanunu'nun yasak olarak belirlediği ve suç kapsamında değerlendirdiği eylemlere yönelik tıbbi müdahaleler, hukuka uygun değildir ve bu eylemleri ele alan tıbbi müdahale anlaşmaları da geçerlilik taşımaz. Bu geçerlilik eksikliği, iptal edilebilen bir yapıda değil, kesin ve mutlak bir hükümsüzlük şeklindedir. Bkz. Gülel, s.36.

II. SOYBAĞI TESPİTİNİN HUKUKA AYKIRILIĞI VE SOYBAĞI TESPİTİNDE RIZA

A. Soybağı Tespitinin Hukuka Aykırılığı

1. Genel Olarak

Soybağı araştırmaları vasıtayla kişilerin genetik yapısına dair bilgiler edinilmektedir. Çoğunlukla DNA analizi yöntemi ile edinilen bu bilgiler, kişinin biyolojik özelliklerini belirleyen temel unsur olduğundan, kişisel veri olarak kabul edilir ve bu bağlamda kişilik hakkının korunması söz konusudur. İlgili verilerin 6698 sayılı Kanun kapsamında korunan özel nitelikte kişisel veriler kategorisinde yer aldığı belirtilir. Dolayısıyla, genetik bilginin kişisel niteliğı, genel anlamda kişilik haklarının korunmasına dair hukuki düzenlemelerin uygulanmasını gerektirir³⁷⁹. Soybağının tespitine yönelik araştırmalar hakkında hukukumuzda ilk esaslı düzenleme TMK'nın 284'üncü maddesi olmakla birlikte, soybağı hükümleri açısından ilgili düzenleme önem arz etmektedir.

Soybağının tespiti kapsamında yapılan araştırma ve incelemeler, hukuki değerlendirme sürecinde, sadece incelemeye katılan kişilerin değil, incelemeye doğrudan katılmayan üçüncü kişilerin de hak ve menfaatlerinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılar³⁸⁰. Soybağı incelemesi sonucunda, incelemeye katılmayan kişilere dair bazı hassas bilgilerin de ortaya çıkabileceğı gerçeğı, bu kişilerin kişilik haklarına müdahale edilebileceğı anlamına gelir ve bu durum, soybağı incelemelerinin hukuka aykırı kabul edilmesine neden olabilir³⁸¹. Kişilik hakları kapsamında TMK'nın 23 ve 24'üncü maddeleri ile Anayasanın

³⁷⁹ Sonat, s.331.

³⁸⁰ Örneğın, genetik inceleme, baba adayı üzerinden gerçekleştirilmiş ve annenin eşinin biyolojik baba olmadığı sonucuna varılmış ise, bu inceleme dolaylı yoldan annenin eş dışında bir kişi ile cinsel ilişkide bulunduğunu ortaya koyar. Bu durum, annenin kişilik haklarına müdahale niteliğı taşır. Aynı şekilde, baba olduğunu iddia eden bir kişi üzerinden yapılan genetik inceleme sonucunda, bu kişinin gerçekten baba olduğunun anlaşılması halinde, annenin eşinin biyolojik baba olmadığı ortaya çıkar. Bu da annenin kişilik haklarına müdahale olarak değerlendirilebilir. Bkz. Berney, M. M.: **L'expertise en paternité sur demande privée**, RDT 1998, s.135 (Sonat, s.332 dp.29'dan naklen)

³⁸¹ Sonat, s.332.

17'nci maddesi önem arz etmektedir. Soybağı incelemeleri, kişilerin özel hayatını, vücut bütünlüklerini ve kişisel verilerini yakından ilgilendirdiğinden ve bu haklara bizzat müdahale teşkil ettiğinden dolayı, bahse konu incelemelerin kişilik hakları kapsamında ele alınması gerekmektedir. Soybağı tespitinin hukuka aykırılığını konu alan bu bölümde, aşağıdaki iki alt başlık dahilinde bu incelemelerin kişilik hakları ile ilişkisini ve incelemeler bakımından mevcut olan hukuka aykırılığın giderilmesi konularını açıklamaya çalışacağız³⁸².

2. Kişilik Hakları Bakımından

Kişilik hakları bakımından medeni hukuk bağlamında akla ilk gelen düzenleme TMK'nın 24'üncü maddesidir. İlgili maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kişilik hakkına müdahale teşkil eden her fiil esasen hukuka aykırı kabul edilmektedir³⁸³. Kişilik hakkının ihlal edilmesi kavramı, kişilik hakları çerçevesinde korunan kişisel değerler üzerinden açıklanır. Kişilik hakları kapsamında korunan menfaat ya da değerlere herhangi bir müdahale, kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilir. Bu temel ilkeler ışığında, soybağı incelemeleri, kişilik değerlerine yapılan müdahaleler yoluyla kişilik haklarını ihlal ettiği zaman ve koşullar altında hukuka aykırı sayılacaktır³⁸⁴.

Kişilik hakkı doktrinde, bireyin toplum içerisindeki itibarını ve kişisel gelişimini serbestçe sürdürmesine imkan tanıyan unsurların bütünü üzerindeki hakkı olarak tanımlanır³⁸⁵. Kişilik değerleri ise, bir bireyin fiziksel varlığı ile bu varlığın toplumsal bağlamda sürdürülmesinden kaynaklanan, kişiliğin ayrılmaz parçaları olarak

³⁸² Bkz. Üçüncü Bölüm II. A. 2. 3.

³⁸³ Anılan fıkra da belirtilen hususların dışında her eylem hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. Bu bakımdan soybağı incelemeleri yönünde ilgili madde önem arz etmektedir; Serozan-Kişiler, s.418.

³⁸⁴ Serozan-Kişiler, s.418.

³⁸⁵ Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, s.42; Aynı yönde bkz. Dural ve Ögüz, s.92; Kişilik hakları dar (sınırlı) ve geniş anlamda olmak suretiyle ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda kişilik hakkı, haklara ve borçlara ehil olmayı, yani hak ehliyetini ifade etmektedir. Bu husus da kişi terimi ile aynı anlamı içermektedir. Geniş anlamda kişilik hakkı ise, yalnızca hak ehliyeti kavramını değil, bununla birlikte fiil ehliyetini, kişisel halleri ve kişilik hakkını da içermektedir. Dolayısıyla kişiliği oluşturan unsurlar; ehliyetler, kişisel haller ve kişilik haklarından ibaret olmaktadır. Bkz. Akıntürk ve Karaman, s.147

nitelendirilebilir³⁸⁶. Kişisel değerlerin korunması bağlamında TMK'nın 24'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan ana düzenleme, müdahale teşkil eden hususlara karşı kişiler açısından güvence sağlamaktadır. Anılan fıkraya göre; kişilik haklarına hukuka aykırı olarak müdahale edilen kişi, mahkemeden, saldırıda bulunanlara karşı koruma talep edebilecektir. Kanunun sunduğu korumadan faydalanma açısından, maddede, kişilik hakkı kapsamındaki değerlerin kısıtlayıcı bir şekilde sıralanmaması, hangi değerlerin bu kapsama dahil olacağıının belirlenmesi konusunda uygulama ve öğretiyeye esneklik sağlamaktadır³⁸⁷.

Kişilik hakkı ihlalinin mevcut olabilmesi, bu hakkın kapsadığı değerlere müdahale edilmesi durumunda gerçekleşecektir. Soybağının tespitine yönelik kişinin genetik bilgisinin incelenmesinin kişilik hakkı ihlalini oluşturabilmesi için, bu incelemenin korunan kişilik değerlerinden birine veya daha fazlasına yönelik bir müdahale niteliği taşıması gerekmektedir. Müdahalenin varlığının saptanması ise, soybağı incelemesi ile bağlantılı kişilik değerlerinin tanımlanmasını ve bu değerlere yönelik herhangi bir müdahalenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesini zorunlu kılar. Bu bağlamda, incelemenin kapsamı ve konusu, kullanılan metodoloji ve incelemenin sonuçlarının yanı sıra, bu unsurların kişilik değerleri üzerindeki etkilerinin de dikkate alınması gerekmektedir³⁸⁸.

Kişinin vücut bütünlüğü, Anayasa md.17/2'de; “...*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...*” şeklinde ifade edilen hükümle güvence altına alınmış bir kişisel değerdir. Vücut bütünlüğü, kişinin fiziksel ve

³⁸⁶ Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.37; Akıntürk ve Karaman, s.147.

³⁸⁷ Dural ve Ögüz, s.92; Korunan değerler yalnızca yukarıda sıralananlarla sınırlı değildir. Bir somut olayda kişilik hakkının korunmasının söz konusu olabilmesi için kritik olan faktör, ihlal edildiği öne sürülen kişisel değer, hukuk sistemi tarafından koruma altında olup olmadığıdır. Bkz. Dural ve Ögüz, s.93; Ne tür bir ayırım kullanılırsa kullanılsın, kişinin fiziksel varlığına ilişkin olarak, bedensel dokunulmazlık, yaşam ve sağlık gibi kavramlar; kişinin manevi ve sosyal yönüne ilişkin olarak ise, isim, görüntü, ses, onur ve toplum içindeki prestiji, özel yaşamın gizliliği gibi unsurlar, kişilik değerlerinin temel bileşenlerini oluşturmaktadır. Bkz. Helvacı, s.50,51.

³⁸⁸ Soybağının belirlenmesine yönelik genetik incelemeler, kişinin genetik özelliklerini taşıyan DNA molekülü üzerinden yürütülmektedir. Bu bağlamda, soybağına ilişkin genetik incelemelerde, incelenen kişilerin biyolojik materyallerinin elde edilmesi kaçınılmazdır. Kişinin DNA yapısı, her türlü biyolojik materyalde bulunduğundan, soybağının inceleneceği kişiden alınan biyolojik materyalin türünün bir önemi bulunmamaktadır, yeter ki bu materyal kişinin vücudundan elde edilsin. İncelemede kullanılan materyalin kişinin vücudu ile bu şekilde doğrudan bir ilişkisi olması, genetik incelemelerin kişinin vücut bütünlüğü ile ilintili olmasına yol açmaktadır. Bkz. Sonat, s.337, 338

ruhsal bütünlüğünü içerir³⁸⁹. Eğer inceleme için kullanılacak biyolojik materyal, kişinin bedenine müdahale edilerek elde edilmişse, bu eylemin vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu kaçınılmazdır³⁹⁰. Bu müdahalenin hafif nitelikte olması, örneğin biyolojik materyalin, kişinin tırnağının kesilerek alınması, bunun vücut bütünlüğüne müdahale olduğu gerçeğini değiştirmez. Diğer taraftan, eğer incelemede kullanılan biyolojik materyal kişinin vücudundan önceden ayrılmış bir parçaysa, bu parça vücuttan ayrıldığında bağımsız bir madde haline geldiğinden, yalnızca bu parçanın genetik incelemede kullanılmasının kişinin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturduğunu söylemek mümkün değildir³⁹¹.

Soybağı incelemesi kapsamında bulunan ve üstün nitelikte kişisel veri kategorisinde yer alan bu bilgilerin araştırılması, kaydedilmesi veya ifşa edilmesi, kişilik hakkı çerçevesinde korunan kişisel verilere yönelik bir müdahaleyi beraberinde getirir. Bu bağlamda, kişinin kendi genetik bilgileri üzerinde, kendi geleceğini şekillendirme hakkı olduğu kabul görmektedir³⁹². Soybağının tespit edilmesine yönelik gerçekleştirilen incelemeler, kişinin özel hayatını ve gizlilik alanını yakından etkilemektedir. Kişinin özel hayatı veya gizlilik alanı içinde gerçekleşen olayların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi gerektiği kişinin temel hakkıdır. Bu hak, Anayasanın 20'nci maddesi ile de

³⁸⁹ Çilingiroğlu, s.41; Dural ve Ögüz, s.96; Bu değer zararı görmesi, dışarıdan gelen bir müdahale neticesinde kişinin bedeninin anatomik yapısında bir değişime veya kişinin zihinsel kapasitesinde bir azalmaya yol açan durumlarla ortaya çıkar. Bkz. Çilingiroğlu, s.41.

³⁹⁰ Arif Barış Özbilen, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011, s.83.

³⁹¹ Zevkliler, Acabey ve Gökyayla'ya göre; Cerrahi müdahalelerle alınan organlar ya da kesilmiş saçlar gibi vücuttan ayrılan kısımlar, vücut bütünlüğü değeri kapsamında ele alınamaz. Bu yüzden, bu tür parçalar kişisel değer kategorisine dahil değildir. Bunlar "mal hasarı kapsamında koruma altındadırlar". Bu parçalar, sadece vücutlarından ayrıldıkları kişiye ait eşya olarak değil, aynı zamanda başka birine devredildiklerinde de buldukları kişinin malı olarak korunurlar. Ayrıntılı bilgi için bkz..Aydın Zevkliler, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, **Medenî Hukuk, Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku**, 6. Basım, Ankara, 2000, s.403.

³⁹² Dolayısıyla, bu bilgilerin gen incelemesi kapsamında incelenmesi ve belirlenmesi, kullanılan biyolojik materyalin çeşidinden bağımsız olarak, kişinin kendi kişisel verileri üzerinde özgürce tasarrufta bulunma hakkına ve bu yolla onun kişilik hakkına yapılmış bir müdahale oluşturur. Bkz. Andrea Büchler, **Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchungen. Die neuen Bestimmungen des Bundesgesetz über die genetischen Untersuchungen beim Menschen (GUMG)**, ZVW 2005, s.35; David Hausheer, **DNS-Analyse und Recht: Eine Auslegeordnung**, ZBJV 1992, H. 10, s.499 (Sonat, s.339'den naklen).

güvence altına alınmıştır³⁹³. Soybağı incelemeleri neticesinde gün yüzüne çıkacak olan bilgiler, kişilerin, üçüncü kişilerle paylaşmadığı, özel alanında bulunan bilgiler olduğundan dolayı bu bilgilerin de Anayasal koruma altında olduğu söylenebilir. Bu bilgilere istinaden, soybağının tespitine yönelik incelemelerin, genellikle kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile bağlantılı kişisel verilere ve aynı zamanda kişinin özel hayat ve gizlilik alanına müdahale etmektedir. Hatta ilgili incelemeler vücut bütünlüğüne müdahaleyi de beraberinde getirir. Kişilik haklarını ihlal eden bir eylem, eğer TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinden biri söz konusu değilse, hukuka aykırı kabul edilecektir. Sonuç itibarıyla, rızaya dayalı olmaksızın gerçekleştirilen soybağı incelemeleri bakımından hukuka uygunluk sebebi mevcut değil ise, bu müdahaleler hukuk aykırı olacaktır³⁹⁴.

3. Hukuka Aykırılığın Giderilmesi

Soybağı incelemelerinin genellikle kişilik değerlerine müdahale teşkil ettiği göz önünde bulundurulduğunda, hakkında incelemenin yapıldığı kişinin genetik bilgilerinin tespitine ek olarak, üçüncü kişilerin de gizlilik alanı ihlal edilmektedir. TMK md.24/2'ye göre; kişilik haklarını ihlal eden bir eylem, madde kapsamında sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut değil ise hukuka aykırı kabul edilecektir. Hukuka uygunluk sebepleri olarak, kişinin rızası, üstün özel veya kamusal yararın bulunması veyahut kanunun verdiği yetkinin kullanılması bu madde kapsamında sayılmaktadır. Dolayısıyla, soybağı incelemelerinin hukuka aykırı sayılmaması adına, TMK'da sayılan bu sebeplerden herhangi birinin bulunması yeterli olacaktır³⁹⁵. Hukuka aykırılığın giderilmesi bakımından TMK'da sayılan sebeplerden, kişinin bizzat temel iradesini esas alan rıza kavramı, hem diğerlerine nazaran önemli olması hem de çalışmamızın esas konusunu oluşturması nedeniyle, bu bölümden sonraki açıklamalar ağırlıklı olarak rıza kavramı kapsamında yapılacaktır.

³⁹³ Anayasa md.20/1: “(1)Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”

³⁹⁴ Sonat, s.341.

³⁹⁵ Sonat, s.341,342.

B. Soybağı Tespitinde Rıza

1. Genel Olarak

İlerleyen bölümlerde³⁹⁶, soybağı incelemeleri açısından hukukumuzdaki esas düzenlemeler olan TMK'nın 284 ve HMK'nın 292'nci maddeleri kapsamında detaylı açıklamalar yapılmakla birlikte; TMK'nın 284'üncü maddesinde “...*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler.*” şeklinde belirtilen düzenlemede, taraf ve üçüncü kişilerin ilgili incelemelere “rıza göstermekle yükümlü” oldukları özellikle belirtildiğinden dolayı, rıza hususunda öncelikli değerlendirmemiz TMK'nın 284'üncü maddesi doğrultusunda olup akabinde, rıza gösterilmez ise ne olacağı, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından katlanma yükümlülükleri ve zor kullanma ile soybağı incelemesi bakımından rızanın yeri hakkında detaylı açıklamalarda bulunacağız. Dolayısıyla biz bu bölümdeki çalışmamızı “rıza göstermekle yükümlüdürler” ibaresini içeren TMK'nın 284'üncü maddesi özelinde gerçekleştireceğiz.

Babalık, soybağının reddi, tanınmanın iptali, sonradan evlenme sonucu evlilik dışı çocuk ile kurulan soybağı ilişkisine itiraz gibi soybağı davalarında, davanın tarafları ve üçüncü kişiler açısından geçerli olacak araştırma ve inceleme faaliyetleri, daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi tıbbi müdahale oluşturan uygulamalardır³⁹⁷. Bu bakımdan bahse konu müdahalelerin hukuki anlamda geçerli ve etkili olabilmesi için hukuk sınırları içerisinde bulunması gerekmektedir. Bu itibarla, soybağı davaları kapsamında geçerli olan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olarak yapılmaları, kişilik hakları açısından son derece önemli olmakla birlikte; müdahalenin en baştan itibaren hüküm ifade etmesi bakımından da önem taşımaktadır.

³⁹⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm I. II. III. IV.

³⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm I.

Soybağının tespitine yönelik, her ne kadar günümüz tıp teknolojisi kullanılmak suretiyle çok kolay ve pratik bakımdan uygulamalar yapılıyor olsa da, bu müdahalelerin doğası gereği hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir gerçektir. Bu tür gen incelemeleri, inceleme süreci içerisine dahil olan taraf veyahut üçüncü kişiler açısından, bunların kişilik haklarına müdahale oluşturduğundan dolayı genel olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir³⁹⁸. Soybağının tespitine yönelik açıklanan rıza beyanı, amaçlanan kullanımına uygun şekilde değerlendirildiğinde, tıbbi müdahale sonucu kişilik hakları ihlal edilen bir bireyin, hukuki olarak geçerli bir rıza beyanı olması durumunda, hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalkacağı ve müdahalenin hukuka uygun bir nitelik kazanacağı belirtilmektedir³⁹⁹.

Soybağının tespitine yönelik genetik incelemeler alanında, bu tür araştırma ve inceleme faaliyetlerini gerçekleştirmeye izin veren özel kanuni düzenlemeler mevcuttur. Ancak bu düzenlemeler aslında, yürütülmekte olan bir davada bu incelemelerin yapılabilmesi için hukuki dayanak oluşturmaktadır. TMK'nın 284'üncü maddesinin ikinci fıkrası ve HMK'nın 292'nci maddesi; devam eden bir davada soybağının tespit edilmesine yönelik genetik incelemelerin yapılması için hâkim tarafından karar verilmesine dayanak oluşturmaktadır⁴⁰⁰. Bu düzenlemelere ek olarak ceza hukuku alanında ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 ve 76'ncı maddelerinde; şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hususu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bu kanunun 78'inci maddesinde bahsi geçen örneklerin moleküler genetik analize tabi tutulabileceği de belirtilmiştir⁴⁰¹.

³⁹⁸ Soybağının tespitini de tıbbi olarak ele aldığımızda, tıbbi müdahaleler açısından geçerli olan rıza kavramı esasında burada da geçerli olacaktır. Tıbbi müdahaleler açısından rızanın hukuka aykırılık unsuru için bkz. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C. 1, 11. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014, s.401.

³⁹⁹ Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.147 vd.

⁴⁰⁰ Sonat, s.330.

⁴⁰¹ Sonat, s.330; CMK'nın 75 vd. maddeleri açısından rıza kavramı için bkz. Üçüncü Bölüm III.

2. Rıza Kavramı

Tıbbi müdahaleler açısından rıza kavramı, ilgili müdahalenin temelini oluşturan ve onu hukuka uygun kılan unsurların en başında bulunmakla birlikte; soybağının tespit edilmesine yönelik müdahaleler açısından verilen rıza beyanı da aynı hukuki statüdedir. Bu rıza beyanı, genel olarak tıbbi müdahalelerdeki rıza kavramı ile aynı doğrultuda değerlendirildiğinden dolayı, yapacağımız açıklamaların ana kaynağı, esasında tıbbi müdahalelerdir.

Soybağı araştırmaları kapsamında, soybağı incelenecek olan kişiye tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için, bu kişinin inceleme kapsamında bilgilendirilerek onayının alınması genellikle zorunludur⁴⁰². Bu müdahaleler, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olması dolayısıyla, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından kişinin rızasının alınması kritik bir öneme sahiptir. Kişinin kendi bedeni üzerinde özgürce karar alma hakkı, yani kendi kaderini ve geleceğini belirleyebilme hakkı, soybağının tespitine yönelik müdahaleye rıza göstermenin temel dayanağıdır⁴⁰³.

Rızanın hukuka uygun olmasının dört temel nedeni bulunmaktadır. İlk olarak, kişinin kendi sağlığına neyin en uygun olduğunu belirleme yetkisi genellikle kendisine aittir. Çünkü kişi kendi durumunu ve ihtiyaçlarını başkalarından daha iyi anlar ve değerlendirir⁴⁰⁴. İkinci olarak, bir müdahalenin nedenleri ve sonuçlarını tam olarak anlamış olan kişi, sonuçlarına dair daha gerçekçi beklentilere sahip olur ve böylelikle olası sonuçlara daha iyi hazırlanabilir. Üçüncü olarak, kendi kararlarını alabilen ve bu konuda bilinçli olan bir vatandaşın, toplum için daha verimli ve katkıda bulunan bir birey olması beklenir. Son olarak

⁴⁰² Hakeri, s.201 vd.

⁴⁰³ Hakeri, s.201.

⁴⁰⁴ Hastanın rızasının alınması gereken tıbbi müdahaleler ilkesi, Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk kez 1914 yılında Yargıç Cardozo tarafından "Herhangi bir yetişkin bireyin, kendi bedeni üzerinde yapılacak müdahaleler konusunda karar verme hakkı vardır." şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. Joseph H. King, **The Law of Medical Practice in a Notsheel, St. Paul**, 2nd Edition, Minnoseta, 1986, s. 130 (Günel, s.30'dan naklen)

ise, her bireyin kendi bedeni üzerinde ne olacağına dair karar verme hakkı vardır⁴⁰⁵. Rıza kavramının niteliğini, belirtilen bu şartlar çerçevesinde tanımlayabiliriz.

Soybağının tespiti bağlamında verilen rızanın doğru bir biçimde ele alınıp değerlendirilmesi durumunda, tıbbi müdahale sonucu kişilik haklarına müdahalede bulunan bireyin, yasal olarak geçerli bir rıza beyanı sunmasıyla, hukuka aykırılık unsurlarının ortadan kalktığı ve bu sayede müdahalenin hukuka uygun bir duruma geldiği ifade edilir⁴⁰⁶.

Rıza verebilmenin hukuki geçerliliği için, rızayı verme iradesinin açıkça belirginleşmesi gerekmektedir⁴⁰⁷. Kişinin müdahaleye karşı çıkmaması veya sessiz kalması, açık bir rıza teşkil etmemektedir. Kendisinin pasif kabulü, gerçek onay anlamına gelmeyeceği gibi, bu durumda tıbbi müdahale kişilik haklarına saldırı oluşturabilir⁴⁰⁸. Rıza, kişinin serbest ve baskı altında olmadan, içtenlikle ve hekimin anlayabileceği bir biçimde ifade ettiği bir iradeyi yansıtmalıdır⁴⁰⁹. Soybağının tespiti bakımından verilen rızanın, herhangi bir baskı, hile, zorlama, hata vb. iradeyi sakatlayan hallerden biri ile verilmemiş olması, serbest ve hür iradeyle verilmiş olması gerekmektedir⁴¹⁰. Bu, kişinin herhangi bir dış baskı veya manipülasyon olmaksızın, tamamen özgür bir iradeyle tıbbi müdahaleyi kabul etmesi gerektiği anlamına gelir⁴¹¹. Herhangi bir hile, yanıltıcı bilgi veya tehdit içeren

⁴⁰⁵ Bayraktar, s.123; Dünya Tıp Birliği, 1981 Ekim'inde Portekiz'in Lizbon kentinde düzenlenen toplantı sonucunda Lizbon Bildirgesi'ni yayınlamıştır. Bu bildiğe, hasta hakları konusunda uluslararası düzeyde bir temel oluşturmuştur. Bildiride, hastanın kendisiyle ilgili konularda herhangi bir baskı olmaksızın özgürce karar alabileceği ve yeterli bilgilendirmeyi takiben önerilen tedaviyi kabul etme veya reddetme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yusuf Tunç Demircan, **Hasta Hakları, Güncel Hukuk**, Mart 2006, s. 15.

⁴⁰⁶ TMK md.24/2'deki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan en ön planda olanı ilgilinin rızası olup, diğer hallerden birinin gerçekleşmesiyle de hukuka uygunluk sağlanabilir. Bkz. Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.148;

⁴⁰⁷ Emel Badur, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017, s.61.

⁴⁰⁸ Bayraktar, s.142; Çilingiroğlu, s.73; Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.210.

⁴⁰⁹ Sessiz kalmak, tıbbi müdahaleler bakımından onay vermek anlamına gelmez ve bu tür bir durumda hastaya müdahale etmek, kişisel haklara zarar verici bir eylem oluşturur. Rıza beyanı, içten, herhangi bir etkiye veya baskıya maruz kalmadan özgür bir irade ile gerçekleştirilmeli ve doktor tarafından anlaşılabilir bir biçimde ifade edilmelidir. Bkz. Doğan, s.25.

⁴¹⁰ Rıza bir hukuki işlem olduğundan dolayı geçerlilik şartlarını sağlamalıdır. Bkz. Üçüncü Bölüm II. C. 4.

⁴¹¹ Yargıtay 4. HD., E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 07.03.1977 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 01.06.2023).

durumlarda rıza geçerli sayılmaz⁴¹². HHY'nin "Rıza Alınmasının Usulü ve Şekli" başlıklı 34'üncü maddesinde de; tıbbi araştırma konusunda gerektiği kadar bilgilendirilmiş olan katılımcının rızasının, maddi ya da manevi herhangi bir baskıya maruz kalmadan, tamamen özgür iradesine dayalı olarak alınmasına en yüksek özen gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴¹³. Bu bakımdan soybağının belirlenmesi, doğrudan bir tıbbi araştırma teşkil ettiğinden dolayı, incelemenin yapılacağı kişinin herhangi bir baskı altında olmadan irade beyanında bulunması gerekmektedir⁴¹⁴.

3. Rızanın Hukuki Niteliği

Rızanın hukuki nitelik ve özünü tartışmak için, öncelikle "hukuki işlem" kavramının incelenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Hukuki işlem; hukukun, işlemi yapan kişinin kendi istek ve arzularına uygun surette sonuç bağladığı bir irade beyanıdır⁴¹⁵. Bu bakımdan Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde genel kabul gören görüş, rızanın bir hukuki işlem niteliği taşıdığı yönündedir. Tek yanlı bir hukuki işlem olarak rıza, kişinin hukuki sonuç yaratma amacı güden irade açıklamasıdır. Bu, rızanın hukuken geçerliliği için karşı tarafın bir irade beyanına ihtiyaç duyulmadığı anlamına gelmektedir⁴¹⁶. Bu görüş, kişinin asıl niyetinin tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını gidermek değil, pratik bir hedef olan tıbbi müdahaleyi sağlamak olduğunu öne sürer. Alman ve Avusturya hukukunda benimsenen görüş ise rızanın

⁴¹² Bayraktar, s.138; Tıbbi müdahaleye rıza gösteren kişinin yanlış anlama, hile veya tehdit gibi sebeplerle iradesinin etkilendiği durumlarda, genellikle doktorun da aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmedeği görülecektir. Bu tür durumlarda, kişinin menfaatine olan, iradesinin etkilendiği gerekçesiyle rıza beyanını iptal ettirmek yerine, aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi sebebiyle maruz kaldığı zararın tazminini talep etmektir. Bkz. Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, S.24, s.298.

⁴¹³ HHY md.34: "Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir."

⁴¹⁴ Bayraktar, s.123.

⁴¹⁵ Selehattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş** 7.Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s.38-40.

⁴¹⁶ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C: 1, 13.Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s.36; İsmail Atak, "Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, C.19, S.4, 2020, s.20; Çilingiroğlu, s.44.

hukuki işleme benzer bir eylem olduğunu belirtir⁴¹⁷. Bu görüşe göre, rızayı veren kişinin amacı hukuka aykırılığı kaldırmak veya hukuki bir sonuç doğurmak değil, yalnızca pratik bir sonuç olan tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesini sağlamaktır⁴¹⁸.

Öğretinin çoğunluk tarafından benimsenen görüşü; rıza beyanının hukuki bir sonuç doğurma amacına yönelik bir iradeyi temsil ettiğinden dolayı, bunun bir hukuki işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁴¹⁹. Öte yandan, öğretilerdeki alternatif bir görüş ise, rıza beyanının somut bir amaca yönelik olduğunu ve rıza veren kişinin iradesinin hukuki bir sonuç doğurma amacından ziyade, daha somut bir amaca yönelik olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, hukuka uygunluk sonucu, hukuk düzeni tarafından rıza veren kişinin iradesine eklenen ayrı bir unsurdur ve bu nedenle rıza beyanı, “hukuki işlem benzeri bir eylem” olarak kabul edilir⁴²⁰. Akademik literatürde, hukuki işlemlere dair düzenlemelerin, benzer bir mantıkla, hukuki işlem niteliğinde olmayan eylemlere de uygulanacağı fikri genel kabul görmektedir⁴²¹. Her ne kadar rızanın hukuki niteliği açısından doktrinde çeşitli görüşler belirtilmiş ise de, ilgili görüşlerin netice itibarıyla bir fark yaratmaması ve rızanın hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir irade açıklaması olması nedeniyle hukuki işlem olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, rızanın karakteri ne olursa olsun, hukuki işlemlere uygulanacak olan kurallar ile hukuki işlem benzeri eylemlere uygulanacak olan kuralların ortak olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede, rızaya uygulanacak hükümlerin, hukuki işlem olup olmadığına bakılmaksızın, her iki halde de hukuki işlemlere uygulanacak ilkelerin sonuçlarını taşıdığı anlaşılmaktadır. Hukuki işlemlerle ilgili birçok ilke, benzer eylemlere de kıyas yoluyla

⁴¹⁷ Palandi, O., **Bürgerliches Gesetzbuch**, 58.Aufl., München 1999, s.40 (Çilingiroğlu, s.44’den naklen)

⁴¹⁸ Çilingiroğlu, s.43; Özbilen-Biyolojik, s.262

⁴¹⁹ Çilingiroğlu, s.44; Sonat, s.344; Aynı yönde bkz. Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *AÜHFD*, 2001, C. 50, S. 2, 65 – 80, s. 68; Doktrinde, hukuki işlem benzeri eylemlere, hukuki işlemlerdeki ehliyet kurallarının kıyasen uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, bu tartışmaların konumuz açısından pratik önemi bulunmamaktadır. Bkz. Şenocak, s. 68, 69.

⁴²⁰ Palandi, *Überbl vor § 104*, Nr. 6 (Şenocak, s.69 dp.14’den naklen).

⁴²¹ Çilingiroğlu, s.45; Şenocak, s.69.

uygulanmakta olduğundan, rızanın hukuki niteliği üzerine yapılan tartışma, uygulanacak kurallar açısından önemli bir farklılık teşkil etmemektedir⁴²². Yargıtay, tıbbi müdahalede rızanın hukuki niteliği hakkındaki tartışmalara katılmazken, rızayı yalnızca bir irade açıklaması olarak değerlendirmektedir⁴²³.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, soybağının tespitine yönelik kişinin açıklamış olduğu rıza beyanı, TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hukuka uygunluk neticesinin doğrudan bağlanmış olduğu irade açıklaması niteliğindedir. Bu bağlamda, biyolojik materyali incelenecek olan kişinin rıza açıklaması, soybağı incelemesinin hukuka aykırı olmasını önlemeye yöneliktir. Rızanın hukuken geçerliliği açısından ise, hukuki işlemlerdeki geçerlilik şartlarına tabi olacaktır⁴²⁴.

4. Rızanın Konusu

Rıza, genel itibariyle kişinin bedenine yönelik gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleleri kapsar ve rızanın konusunu da bunlar oluşturmaktadır. Bu müdahaleler teşhis için olabileceği gibi tedavi maksadıyla da olabilecektir. Ancak rızanın konusu, kişinin tam olarak bilgilendirildiği ve spesifik tıbbi işlemlere dair detayların net bir şekilde anlaşıldığı durumlarda belirli bir tıbbi müdahaleyi içerir⁴²⁵. Açıkça görülebileceği üzere rızanın konusu, kişinin tıbbi müdahalenin içeriği hakkında tam olarak bilgilendirildiği bir sürecin ardından verdiği onayı içerir⁴²⁶. Kişinin rızasının geçerli sayılabilmesi için, rızanın temelini oluşturan müdahalenin genel hukuk ilkelerine, ahlaki değerlere, geleneklere ve kamu düzenine ters

⁴²² Doğan, s.21.

⁴²³ Hukuki işlemlere dair birçok ilkenin, benzer eylemlere kıyasla uygulanabildiği görülmektedir. Bu durum, rızanın hukuki karakteri hakkındaki tartışmaların uygulama açısından çeşitlilik oluşturmamasına neden olmaktadır. 2011 yılında Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararda, "davacının yeterli şekilde bilgilendirildiği ve ameliyata onayının hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilen bir irade beyanı olduğunun kabul edilmesi gerektiği" ifade edilmiştir. Bu örnekte olduğu gibi Yargıtay, tıbbi müdahaleye rıza konusundaki hukuki nitelik tartışmalarına katılmamakta ve rızayı bir irade açıklaması olarak değerlendirmektedir. Yargıtay 15. HD., E. 2010/589, K. 2011/263, T. 25.01.2011 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 01.06.2023).

⁴²⁴ Sonat, s.344.

⁴²⁵ Bayraktar, s.144; Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.218; Doğan, s.21.

⁴²⁶ Doğan, s.22.

düşmemesi gerekmektedir. Bu durum, hem kişinin hem de sağlık mesleği mensuplarının korunmasını ve adil bir tıbbi hizmetin sunulmasını sağlar⁴²⁷.

Rızanın konusuna dair düzenlemelere baktığımızda, HHY önemli bir yer tutmaktadır. Anılan Yönetmeliğin “Rızanın Kapsamı ve Aranmayacağı Haller” başlıklı 31’inci maddesinde rızanın konusuna dair önemli düzenlemelerde bulunulmuştur. Bahse konu maddede özetle; hastadan veya yasal temsilcisinden tıbbi müdahaleye rıza alınırken, müdahalenin doğası ve potansiyel sonuçları hakkında tam ve net bilgi verilmesinin önemli olduğu, hastanın rızasının, tıbbi müdahalenin doğal seyri içerisinde gerçekleşmesi gereken rutin işlemleri de içerdiği, tıbbi müdahalelerin, kişinin verdiği onayın belirlediği kapsam içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği, eğer bir tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesi gereklilik haline gelirse ve bu genişleme yapılmazsa, hastanın organ kaybı yaşamasına veya organının işlevini yerine getirememesine sebep olabileceği, bu durumda, tıbbi zorunluluk gerektiği için, kişinin rızası olmadan müdahale genişletilebileceği hususları belirtilmiştir.

Bu düzenleme sayesinde, tıbbi müdahalenin kapsamı, verilen rızanın içeriği ile sınırlandırılmıştır⁴²⁸. Yapılacak tıbbi müdahalenin kapsamı, sağlanan aydınlatma ile sınırlı olmalıdır. Soyut ve genel terimlerle ifade edilen, her türlü müdahaleyi kapsayan bir rızanın alınması hem mümkün değildir, hem de hukuken herhangi bir değeri yoktur⁴²⁹. Kişi, hangi tıbbi müdahale için aydınlatılmışsa, rızası sadece o müdahaleye yönelik olarak geçerlidir ve müdahale ancak bu kapsamda gerçekleştirilebilir⁴³⁰.

⁴²⁷ Tıbbi müdahalelerde rızanın esasını, hastanın bilgilendirilmiş tercihleri ve özerklik ilkesi oluşturur. Bu bağlamda, hasta hangi tıbbi işlem için onay verdiyse, yalnızca o alanda bir müdahale yapılabileceğini belirtmek önemlidir. Hasta, verdiği rızanın kapsamı dışında bir işlemle karşılaşmamalıdır. Rızanın içeriği ile ilgili olarak; yani tıbbi müdahalenin türü ve özelliği hakkında hastanın tam bir özgürlüğe sahip olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca, hasta, tıbbi müdahale almayı seçebileceği gibi, mevcut sağlık durumunun doğal akışına izin verme seçeneğini de kullanabilir. Başka bir deyişle, hastanın, tıbbi yardım talep etme ya da hastalık sürecini doğal şekilde devam ettirme konusunda bir tercih hakkı bulunmaktadır. Bkz. İsmail Hamit Hancı, **Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi: Ankara, 2005, s.66; Doğan, s.22.

⁴²⁸ Bayraktar, s.142; Hakeri, s.294.

⁴²⁹ Hakeri, s.294; Dural, Ögüz ve Gümüş, s.111.

⁴³⁰ Bayraktar, s.142; Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.222.

5. Rızanın Kapsamı

Soybağının incelenmesi hususunda, genetik materyali alınacak olan kişinin yapmış olduğu rıza açıklamasının, kapsam bakımından sınırı oldukça önemlidir. Hukuka aykırılığın önlenmesi adına, müdahale edilen kişilik değerinin, müdahalede bulunulan kişinin vermiş olduğu rızanın kapsamı içinde bulunması zorunludur. Kişilik değeri, bir bireyin öz saygısı, özel hayatının gizliliği, kimlik ve aidiyet bilinci gibi unsurları içerir. Müdahale edilen kişilik değeri, açıklanan rızanın kapsamı dışında kalıyorsa, görünüşte bir rıza açıklamasının olması dahi, kapsam dışında kalan kişilik değerleri bakımından rızanın hukuka aykırılığını önleyemez⁴³¹.

TMK'nın 284'üncü maddesi kapsamında, soybağının tespit edilmesine yönelik yapılacak tıbbi araştırma ve incelemelerde ilgilinin rızası, kural olarak kişinin vücudundan biyolojik örnek alınmasına, bunun soybağının tespitine yönelik yapılacak incelemelerde kullanılmasına ve inceleme sonuçlarının genetik örneği incelenen kişiye açıklanmasına yöneliktir⁴³². Bu itibarla, TMK'nın 284'üncü maddesi kapsamında yapılan soybağı tespitinde; ilgili kişinin açıklamış olduğu rıza, yalnızca bu işlemlerin hukuka aykırı olmasını önleyecek niteliktedir. Kişiden alınan genetik materyalin, soybağının tespiti haricinde kalan bir amaca yönelik kullanılabilmesi için, kişinin bu konuda aydınlatılması ve akabinde rızasının alınması gerekmektedir⁴³³. Kişiden alınan biyolojik bir numune, babalık testine esas olmak üzere alındığında, kişinin genetik haritasının çıkarılması veya genetik hastalıklara yatkınlığının belirlenmesi gibi işlemlerde kullanılabilir⁴³⁴. Ancak, bu tür işlemler, ilgili kişinin açıkça belirttiği rıza kapsamının dışında kalır ve bu işlemler için ayrıca ilgilinin rızasının alınması gerekmektedir. Çünkü ilgili kişi, kişilik hakları kapsamında korunan bu tür

⁴³¹ Sonat, s.344.

⁴³² Sonat, s.344.

⁴³³ Berney, s.136 (Sonat, s.345'den naklen)

⁴³⁴ İsviçre hukukuna göre, İnsan Üzerindeki Genetik Araştırmalar Hakkında Kanunun ((Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen – "GUMG" olarak kısaltılmıştır.) 31'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi; kişinin soybağının veya kimliğinin tespiti amacıyla yapılan genetik incelemelerde, kişinin sağlık durumu veya diğer genetik yatkınlıkları araştırılmaz, sadece cinsiyet tespiti yapılabilir. Bkz. Büchler, s.36 (Sonat, s.345'den naklen).

bir genetik inceleme sonuçlarından haberdar olmama veya bunları bilmeme hak ve menfaatine sahiptir⁴³⁵. Dolayısıyla, soybağının tespiti dışındaki amaçlar için yapılan genetik incelemelerde, kişilerin, soybağının belirlenmesine yönelik vermiş oldukları rıza, araştırma ve incelemelerin kapsamı dışında kaldığından dolayı, yapılan incelemelerin hukuka uygun hale gelmesine sebebiyet veremeyecektir⁴³⁶.

6. Rızanın Şekli

Rıza açıklamasının, aslında bir hukuki işlem olduğunu daha öncesinde ifade etmiştik⁴³⁷. Bu bakımdan, hukuki işlemlerin geçerliliği için bazı temel koşulların sağlanmış olması gerekmektedir. Bunlardan birisi de, yasalarla belirli bir şekle tâbi tutulan işlemler için, işlemi gerçekleştiren kişinin iradesinin bu kanuni şekil hükümlerine uygun olarak beyan edilmiş olmasıdır⁴³⁸. Soybağının tespitine yönelik rızanın geçerliliği de benzer şekilde değerlendirilmelidir. Yani rıza, kanunen belirlenen şekil şartlarına uygun olarak açıklanmalıdır. Şayet rıza, şekil şartlarına riayet edilmeden beyan edilirse, bu rıza geçersiz sayılır ve yapılan genetik inceleme hukuka uygun olmaktan çıkar⁴³⁹.

Soybağı incelemeleri ile ilgili rızanın ne şekilde verilmesi gerektiğine dair yasalarda herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. TMK'nın 284'üncü maddesinde "*rıza göstermekle yükümlüdürler*" ibaresi mevcut olmakla birlikte, bunun nasıl gösterileceğine dair ilgili maddede veyahut TMK'nın soybağının içeren diğer maddelerinde herhangi bir

⁴³⁵ Olivier Guilloid, *Analyse génétique humaine et protection de la personnalité*, Züric, 1994, s.60 (Sonat, s.345'den naklen).

⁴³⁶ Sonat, s.345.

⁴³⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 3.

⁴³⁸ Özbilen-Biyolojik, s.303; Çilingiroğlu, s.72.

⁴³⁹ Genellikle, rıza verme sürecinde herhangi bir biçimsel yani şekli bir zorunluluk bulunmamaktadır. Rızanın beyan edilmesine dair ana ilke, biçim bakımından serbest olmasıdır. Bu bakımdan genel tıbbi müdahaleler açısından, rızanın şekil bağlamında herhangi bir sınırlaması mevcut değildir. Bireyin rıza gösterme iradesi, açık veya örtülü olarak ifade edilebilir. Aynı zamanda yazılı ya da sözlü bir şekilde de beyan edilebilir. Bkz. Çilingiroğlu, s.72.

düzenleme mevcut değildir⁴⁴⁰. Dolayısıyla, bu durumda genel hukuki işlemlerin geçerlilik şartlarına ilişkin hükümler esas alınmalıdır. TBK'nın 12'nci maddesinin birinci fıkrasına göre; hukuki işlemlerde esas olan şekil serbestisidir⁴⁴¹. Bu ilke gereği, hukuki işlemin geçerli olması için, iradenin belirli bir şekle uygun olarak açıklanmış olmasına gerek yoktur. Tıbbi müdahaleler ve bu kapsamdaki soybağı incelemeleri bağlamında da, rızanın şekil serbestisi ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi uygun olacaktır⁴⁴².

HHY'nin "Rızanın Şekli ve Geçerliliği" başlığını taşıyan 28'inci maddesinde; *"(1)Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. (2)Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz."* şeklinde belirtilen düzenleme gereğince, genel olarak tıbbi müdahaleler bakımından şekil serbestisi ilkesi teyit edilmiştir⁴⁴³. Bu ilke doğrultusunda, rıza genellikle açık veya örtülü, yazılı ya da sözlü olarak verilebilir. Burada dikkate değer bir husus, soybağı incelemelerinde kullanılacak biyolojik materyalin elde edilmesinin, kişi üzerinde tıbbi bir müdahale gerektirmesi durumunda, bu tıbbi müdahale için rızanın yazılı şekilde verilip verilmemesi gerektiğidir⁴⁴⁴. Ancak bazı yasal düzenlemelerde, bir takım tıbbi müdahalelerdeki rıza beyanının yazılı olarak alınması gerektiği hususu açık şekilde belirtilmiştir. TŞSTİDK'nın 70'inci maddesinin birinci fıkrası; yazılı rıza gerektiren tıbbi müdahale türlerinden birini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, büyük cerrahi müdahalelerin yapılabilmesi için yazılı rıza şarttır. Madde kapsamında, büyük cerrahi

⁴⁴⁰ Adli Tıp Kurumu Uygulama Yönetmeliğinde de nesep tespiti için gerekli işlem veyahut onayın, yazılı şekilde yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte HHY'de de şekil şartına ilişkin ibare yoktur.

⁴⁴¹ TBK'nın 12'nci maddesi: *"(1)Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. (2) Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz."*

⁴⁴² Çilingiroğlu, s.72.

⁴⁴³ Özbilen-Rıza, s.303.

⁴⁴⁴ Sonat, s.361.

müdahale olarak nitelendirilen işlemler, genel veya lokal anestezi altında, uzman bir cerrah tarafından gerçekleştirilen operasyonlardır⁴⁴⁵.

Yine aile planlaması hizmetlerinde ve gebeliğin sonlandırılması süreçlerinde yazılı rıza alınması zorunludur. Aile planlaması hizmetlerinde, Bakanlıkça onaylanan ilaç ve araçların dışında kalanlar kullanılamaz. Gebeliği sonlandırmak veya sterilizasyon işlemleri için hastanın yazılı rızası şarttır. Eğer hasta evli ise, eşinin rızasının da alınması gerekmektedir. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Kanununun 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası⁴⁴⁶ ve HHY'nin 30'uncu maddesi⁴⁴⁷ uyarınca, eşin rıza olmadan yapılmak istenen tıbbi müdahaleler, eşin rızası alana kadar gerçekleştirilemez ve hükümsüz sayılır⁴⁴⁸.

Soybağını tespitiye yönelik inceleme durumunda, kullanılacak biyolojik materyalin çeşidi ve toplanma yöntemi düşünüldüğünde; TŞSTİDK'nın 70'inci maddesinde belirtilen büyük cerrahi müdahale kapsamında bir işlem olmadığı açıktır. İlgili müdahalelerin yanaktan alınan kazıntı örneği, tükürük, mukoza, saç teli, tırnak, kan vb. DNA içeren herhangi bir vücut bulgusu ile yapıldığı düşünüldüğünde, bu incelemelerin geniş kapsamlı ve önemli bir müdahale teşkil ettiği söylenemez. Bu bağlamda, soybağını inceleme amacıyla bir kişiden biyolojik materyal toplamak için gerçekleştirilen tıbbi işlemde, bu maddede belirtilen yazılı rıza şekil koşulunun aranması söz konusu olmayacaktır⁴⁴⁹.

TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi de, bu konuda dikkate alınması gereken önemli bir hükümdür. Bu madde, biyolojik kaynaklı materyal alınmasına ilişkin rızanın şeklini özellikle düzenlemiştir. İlgili maddeye göre; insan kökenli biyolojik materyallerin alınması, aşılınması ve nakli ancak yazılı rıza ile gerçekleştirilebilir.

⁴⁴⁵ Çilingiroğlu, s.72.

⁴⁴⁶ 2827 sayılı Kanun md.6/2: "(2)4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir."

⁴⁴⁷ HHY md.30: "(1)İlgilinin rızası mevcut olsun veya olmasın, Bakanlık tarafından tespit edilmiş olanlar dışındaki ilaç ve araçlar aile planlaması hizmetlerinde kullanılamaz. (2)Gebeliğin sona erdirilmesi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile öngörülen şartlara tabidir. (3)Sterilizasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gereklidir."

⁴⁴⁸ Doğan, s.26.

⁴⁴⁹ Sonat, s.361.

Bahse konu hükümde, yazılı rızaya tabi olan "insan kökenli biyolojik madde" terimi tanımlanmamıştır. Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin "Biyoloji İhtisas Dairesi" başlıklı olan 13'üncü maddesinin, ilgili dairenin görevlerini belirleyen ikinci fıkrasında; "*Mahkemeler, hâkimlikler ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından gönderilen kişilerden nesep tayini ve kriminalistik amaçlı analizleri mümkün olan her türlü biyolojik materyalden yapmak ve sonucunu bir raporla mahalline, ilgili ihtisas kuruluna ya da ihtisas dairesine bildirmek,*" şeklinde belirtilen düzenleme gereğince de, kişilerden soybağının tespiti için alınan numunelerin esasında biyolojik materyal olduğu açık şekilde belirtilmiştir. Doktrinde, "insan kökenli biyolojik madde" terimi genellikle, insan vücudunda bulunan organlar, dokular ve hücreler ile insan organizmasının ürettiği ve vücuttan ayrılabilen maddeler olarak tanımlanır⁴⁵⁰. Bu tanıma dayanarak, soybağının incelenmesi için alınacak biyolojik numunenin, bu hüküm kapsamında insan kökenli biyolojik madde olarak değerlendirileceği ve hükme tabi olduğuna dair herhangi bir şüphe yoktur. Bununla birlikte, TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin sözel anlamı, alınan materyalin amacına bakılmaksızın, insan kökenli biyolojik materyal alımı ile ilgili her türlü tıbbi müdahale için yazılı rızanın gerekli olduğu şeklindedir⁴⁵¹. Bu bağlamda bahsi geçen hüküm, tıbbi müdahaleler alanında rızanın şekil serbestisi ilkesinin TMK açısından düzenlenen bir istisnasını oluşturur⁴⁵².

TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun kapsadığı organ ve dokulara ek olarak; kan, sperm, yumurta, embriyo gibi, anılan Kanuna tabi olmayan tüm insan kökenli biyolojik maddeleri de içermektedir. Bu maddelerin kişiden alınmasını gerektiren her türlü tıbbi müdahalede yazılı rızanın açıklanması gereklidir⁴⁵³. Bununla birlikte, doktrindeki bir

⁴⁵⁰ Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ – Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s.12 vd. (Sonat, s.361'den naklen); Özbilen-Biyolojik, s.7-8.

⁴⁵¹ Özbilen-Biyolojik, s.305

⁴⁵² Çilingiroğlu, s.73.

⁴⁵³ Çilingiroğlu, s.73; TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında yer alan biyolojik maddelerin, 2283 sayılı ODNK uygulama alanına dahil olmayan ve insan bedeninden alındıktan sonra bedenin doğal yollarla kendiliğinden

başka görüş, TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki yazılı rıza koşulunun, tıbbi müdahalelerle ilgili rızanın şekil serbestisi ilkesinin bir istisnası olmadığını ileri sürer. Bu görüş; söz konusu hükmün daha dar bir yorumla, yalnızca kanunla açıkça yazılı rıza koşuluna tabi tutulan tıbbi müdahaleleri kapsadığını kabul etmektedir. Bu yoruma göre, TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi, uygulama alanını sadece bir başkasına nakil amacıyla insan kökenli biyolojik maddelerin alındığı tıbbi müdahalelerle sınırlar⁴⁵⁴. TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki gerekçeye baktığımızda ise; bu hükmün uygulama kapsamının, kişiden insan kökenli biyolojik maddelerin nakil amacıyla alınmasıyla sınırlı olduğu sonucuna ulaşılabilir⁴⁵⁵.

Bu açıklamalar kapsamında görüşümüze göre; TMK md.23/3'ün, insan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olan ve konumuz gereği soybağının tespit edilmesine yönelik tıbbi müdahaleler hususunda; rızanın şekli yönünden genel bir düzenleme getirdiği kabul edilmemelidir. Çünkü neredeyse tüm tıbbi müdahaleler biyolojik madde alınımı, aşılama ya da nakil işlemlerini içerir⁴⁵⁶. Tıbbi müdahalelerin bu yönü gereğince, verilecek olan rızanın yazılı şekil şartına bağlanması gerektiği sonucu gündeme gelecektir ki, bu durumda pratik bakımdan aksaklıklara neden olacaktır. Yani bahse konu yazılılık şartını zorunlu olarak kabul ettiğimizde, tıbbi müdahalelerde rızanın şekle tabi olmama ilkesinin fiilen ortadan kalkması

yeniden üretebildiği maddelerle, yani kan, sperm ve yumurta gibi maddelerle sınırlı olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Berat Gürzumar, **Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler**, ABD, 1991/3, s.380 vd. (Sonat, s.362'den naklen).

⁴⁵⁴ Özbilen-Biyolojik, s.306; Aynı yönde bkz. Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi 2002, s.106; Karş. Ahmet Kılıçoğlu, **Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuki Yönleri**, *TBB*, 1991, s. 247; Kılıçoğlu; 23 Kasım 1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile 743 sayılı Medeni Kanun m.23'e eklenen üçüncü fıkrayı ele alarak, bu hükmün aslında 2238 sayılı ODNK'da zaten bulunan ve özel kanunda düzenlenen bir konunun genel kanuna eklendiğini belirtir ve bu nedenle hükmün herhangi bir yenilik getirmediği görüşünü savunur. Diğer taraftan, Dural ve Ögüz ise TMK m. 23/III hükmünün, ODNK m. 6'daki şekil ile ilgili düzenlemeyi kısmen değiştirdiğini iddia eder. Onlara göre, ODNK m. 6'ya kıyasla, TMK m. 23/3 uyarınca, yazılı rıza sadece organ veren kişi için değil, aynı zamanda organın nakledileceği kişi için de gereklidir. Ayrıca, TMK m. 23/3'e göre yazılı rıza şartı, 2238 sayılı ODNK m.6'dan farklı olarak, saç, deri ve kan dahil olmak üzere tüm insan kökenli biyolojik maddelerin naklini kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

⁴⁵⁵ TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının gerekçesi: "...EMK.'daki maddenin üçüncü fıkrasına 3678 sayılı Kanunla eklenen hükmün, Ülkemizde bu konu ile ilgili özel bir kanun olan 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" varken, aynen korunmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilirse de kişi haklarının korunması açısından madde metninde yer alması uygun görülmüştür."

⁴⁵⁶ Özbilen-Biyolojik, s.23.

söz konusu olur ve bu kabul edilemez. Ayrıca fiziki engel hal, mücbir sebep vb. yazılı rıza verme yeteneği ya da durumu olmayan kişiler açısından bu husus, yazılı onay şartının yerine getirilememesi nedeniyle olumsuz bir takım neticeler meydana getirebilir. Örneğin, sağlık mesleği mensubunun acil bir durumda kişiye müdahale etmekten kaçınması ya da yazılı rıza alamayacak duruma gelene kadar kişiyi bekletmesi gibi durumlar kabul edilemez⁴⁵⁷. Dolayısıyla, gerek soybağının belirlenmesine yönelik müdahaleler gerek diğer tıbbi müdahaleler olsun, TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama kapsamının, insan kökenli biyolojik maddelerin başka bir kişiye nakil amacıyla alınması ile sınırlı olması gerektiği kanaatindeyiz. Başka bir deyişle, bir başkasına nakil amacı gütmeksizin, yalnızca saklama ya da inceleme amaçlı olarak kişiden doku, deri, kan vb. maddelerin alınması bu hükmün kapsamı dışında kalmalıdır⁴⁵⁸. Soybağının belirlenmesi bakımından kişilerden biyolojik örneklerin alınması durumunda, onlardan yazılı rıza göstermelerini beklemek uygulama açısından da aksaklıklara sebebiyet verecektir. TMK'nın 23'üncü maddesi ile getirilen düzenlemenin amacı ve tıbbi müdahalede rızanın temel gerekçeleri birlikte düşünüldüğünde, yazılı rıza gösterme durumunun, soybağının belirlenmesi gibi kolay ve pratik uygulamaları içermediği anlaşılmaktadır. Mevcut yasal düzenlemeler ışığında, soybağı incelemesi amacıyla biyolojik madde alınmasının bu hüküm kapsamında olmadığı ve bu nedenle rızanın yazılı olarak açıklanmasının gerekli olmadığı sonucuna varılabilecektir.

C. Rızanın Hukuka Uygunluk Şartları

1. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleler bakımından ister soybağının tespitine yönelik olsun ister teşhis, tedavi, nakil vb. sebepler ile olsun, genel anlamda tıbbi müdahalenin kanuna uygun olarak

⁴⁵⁷ Tüm tıbbi müdahalelerde rızanın geçerliliği için yazılı şeklin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılması zorunludur. Ancak, bu sonuç, tıbbi müdahaleler için rızanın şekil şartına tabi olmadığı temel ilkesini fiilen geçersiz kılacağından, bu kabul edilemez bir durumdur. Bkz. Sonat, s.363.

⁴⁵⁸ Özbilen-Biyolojik, s.23; Sonat, s.363.

yapılabilmesi adına, hukuki açıdan geçerli bir rızanın mevcut olması zorunludur⁴⁵⁹. Dünya Tıp Birliği, 1981 yılında Lizbon Bildirisini ilan etmiş ve bu bildiri ile uluslararası düzeyde hasta haklarının temelini atmıştır⁴⁶⁰. Bildiride, hastanın kendi sağlığı ile ilgili konularda herhangi bir baskıya maruz kalmaksızın özgürce karar verebileceği ve yeterli bilgilendirmeyi takiben önerilen tedaviyi kabul etme veya reddetme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır⁴⁶¹.

Hukukumuzda tıbbi müdahaleler açısından kişilerden rıza alınması gerekliliği, TŞSTİDK'nın 70'inci maddesi ile yasal olarak düzenlenmiş olup anılan maddeye göre; doktorların, diş hekimlerinin ve diş teknisyenlerinin, her türlü cerrahi işlem için hastanın onayını almak zorunda olduğu, eğer hasta reşit değil veya ehliyeti yoksa veli veya vasinin onayının gerekli olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak HHY'nin 22'inci maddesinde ise, Kanunda belirtilen istisnalar dışında, hiç kimsenin kendi rızası olmadan veya verdiği rızaya uygun olmayan bir biçimde tıbbi işleme tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir⁴⁶².

Tıbbi müdahaleler bakımından rıza göstermenin zorunlu olmasının altında yatan ana fikir "bireysel özgürlük" kavramıdır⁴⁶³. Kişinin "Kendi kaderini tayin hakkı", özgürlük kavramıyla yakından ilişkilidir. Soybağının tespiti açısından ilgili müdahale sonuçlarının kişinin doğrudan kendi kaderine tayin hakkı ile bağlantılı olduğunu düşündüğümüzde, rıza ve bu kavramlar arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır⁴⁶⁴.

"Özgürlük" ve "kendi kaderini tayin hakkı" terimleri, ilk olarak uluslararası hukukta, bir topluluğun, diğer devletlerin müdahalesinden bağımsız vaziyette kendi

⁴⁵⁹ Doğan, s.26.

⁴⁶⁰ Demircan, s.15; Kıcalıoğlu, s.35.

⁴⁶¹ Kıcalıoğlu, s.36.

⁴⁶² HHY md.22: "(1)Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."

⁴⁶³ Sunay Akyıldız, **Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2010, s.15.

⁴⁶⁴ Akyıldız, s.15,16.

geleceğini belirleme hakkının vurgulanması amacıyla kullanılmıştır⁴⁶⁵. Kendi geleceğini belirleme hakkı, yani özyönetim ilkesi, bir bireyin, grup, toplum veya devletin kendi hukuki durumu ve geleceği hakkında bağımsız irade ile karar alabilme kapasitesini ve bu süreçte saygı gösterilmesi gerektiğini vurgular. Kişi, tıbbi bir işleme rıza verirken, kendi hayatını ve geleceğini doğrudan etkileyen bir hususta bu ilkeye dayanmaktadır⁴⁶⁶. Zira kişi tıbbi müdahaleye rıza gösterme veya reddetme seçeneğine sahiptir. Bu, bireyin kendi geleceğini belirleme hakkının doğal bir uzantısıdır⁴⁶⁷. Kişinin rızası alınmadan yapılan tıbbi bir müdahale, bu özyönetim hakkının ihlali olarak kabul edilir⁴⁶⁸.

Soybağının tespitine yönelik verilecek rızanın, belirli bir soybağı tespiti işlemine odaklanmış olması gereklidir. Bu nedenle, tıbbi müdahalenin teşkil eden durumun her aşaması için ideal olarak ayrı ayrı rızaların alınması gerekmektedir⁴⁶⁹. Kişinin önceden verdiği genel ve soyut bir rıza, bu müdahaleler bakımından kabul edilemez. Çünkü bir hak henüz ortaya çıkmadan bu haktan vazgeçmek mümkün değildir. Bu sebeple, kişinin önceden imzaladığı ve “tüm tıbbi müdahaleleri kabul ediyorum” gibi ifadeler içeren bir belge, hukuki olarak geçerli ve bağlayıcı değildir. Tıbbi müdahaleler, her bir durumda ayrı ayrı ele alınmalı ve hastanın rızası alınmalıdır⁴⁷⁰.

2. Soybağı İncelenecek Kişinin Ehil Olması

Ehliyet, hukuki bakımdan iki kategoriye ayrılmakla birlikte bunlar hak ehliyeti ve fiil ehliyetidir. Hak ehliyeti, doğumla gerçek kişilere ve tüzel kişilere de yasalara uygun şekilde kurulduklarında tanınır. Fiil ehliyeti ise, bireylerin kendi eylemleriyle hak

⁴⁶⁵ Özerklik terimi, ilk kez Uluslararası Hukuk bağlamında kullanılmıştır ve bu, bir topluluğun başka bir devletin kısıtlamalarından bağımsız olarak kendi geleceğini şekillendirme hakkını ifade etmek için kullanılıyordu. Ancak, tıp etiği ve tıp hukuku alanlarında özerklik teriminin kullanımı, bireysel özgürlüğü vurgulamak için yapılmaktadır ve bu, daha yeni ve özgün bir uygulamadır. Akyıldız, s.15.

⁴⁶⁶ Gülel, s.80.

⁴⁶⁷ Şenocak, s.36.

⁴⁶⁸ Şenocak, s.44.

⁴⁶⁹ Hakeri, s.163.

⁴⁷⁰ Hakeri, s.168.

kazanmalarını ve borç altına girmelerini ifade eder⁴⁷¹. Hukuk, hak sahibi olmayı ve bu hakkı kişisel olarak kullanmayı farklı şekilde ele alır. Soybağının tespitine yönelik rıza bağlamında, bu çalışmanın odak noktası olan konuyu ele alırken, rızanın bir hakka müdahaleyi yasal hale getirdiği göz önünde bulundurulduğunda, hak ehliyetinin var olması gereklidir. Kişiler, kural olarak, kendilerine ait olmayan bir hak üzerinde müdahalede bulunulmasına rıza gösteremezler⁴⁷².

Ehliyet kavramı, hukuki işlemlerde mutlak bir unsur olup rızanın geçerliliği hususunda, müdahalenin yapıldığı kişinin ehliyetine bağlı olacaktır. Rıza, kişiye özgü bir hak olarak kabul edilir ve bu hakkın hak sahibi tarafından bireysel olarak kullanılması gerekmektedir. Genel olarak, üçüncü bir kişi adına rıza beyanında bulunulamaz. Rıza, hukuki bir işlem olduğundan, sadece rıza gösterme kapasitesine sahip olanlar bu işlemi gerçekleştirebilecektir⁴⁷³.

Soybağının tespitiye yönelik incelemelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, soybağı incelenecek kişilerin bu incelemeye rıza göstermeleri tek başına yeterli olmamaktadır. Rıza beyanı, hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir irade açıklamasına sahip olduğundan, bu beyan, hukuki işlemin geçerlilik koşullarına bağlıdır⁴⁷⁴. Bu nedenle, soybağı incelemelerinin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, işlemin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı veyahut imkansız olmaması, işlemi meydana getiren irade açıklamasının sağlıklı olması, muvazaa niteliğinde bulunmaması ve yasal olarak şekil şartlarına uygun olması gerekmektedir⁴⁷⁵. Bunlara ek olarak rıza açıklamasının soybağının tespitine yönelik olması, yani irade beyanının, soybağının tespiti sınırları dahilinde kalması gerekmektedir.

⁴⁷¹ Dural ve Ögüz, s.39.

⁴⁷² Dural ve Ögüz, s.39.

⁴⁷³ Tuğçe Oral, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S.2, s.196.

⁴⁷⁴ Sonat, s.345.

⁴⁷⁵ Helvacı, s.103.

Rızanın bir hukuki işlem olması nedeniyle, hukuki işlemlerde bir kişinin iradesini açıklama yetkisi, o kişinin hukuki sonuçları yönetebilme becerisine, yani fiil ehliyetine bağlı olmaktadır⁴⁷⁶. Eğer bir kişi fiil ehliyetine sahipse, kendi başına hak kazanabilir ve borçlanabilir⁴⁷⁷. Fiil ehliyeti olmayanlar ise, irade beyanında bulunmak için yasal temsilcilerine ihtiyaç duyarlar. Kişilik haklarına ilişkin konularda da rıza gösterme yetkisi, hukuki işlemin geçerlilik şartlarına bağlıdır⁴⁷⁸. Bu durumda, kişilik haklarına yönelik rıza açıklamasını, ya kişinin kendisi ya da yasal temsilcisi yapacaktır. Bu itibarla, soybağının tespitine yönelik incelemelere rıza gösterme konusunda kanunda özel bir hüküm bulunmadığından, bir kişinin tıbbi araştırma ve incelemelere ilişkin biyolojik örneklerinin kullanılmasına izin verme yetkisi, o kişinin fiil ehliyetine bağlı olacaktır⁴⁷⁹.

Soybağının tespitine yönelik tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda, akıl hastalığı, zihinsel yetersizlik veya yaşının küçük olması gibi nedenlerle müdahalenin anlam ve sonuçlarını kavrayamayan kişilerin, karşı karşıya oldukları riskleri ve uygun seçenekleri değerlendiremeyecekleri için ehliyetsiz sayıldıkları kabul edilir⁴⁸⁰.

a) Tam Ehliyetlilerde Rıza

Tam ehliyetli bireyler, TMK'ya göre yetişkin, ayırt etme kabiliyetine sahip ve kısıtlama altında olmayan kişiler olarak tanımlanır⁴⁸¹. Bu bireylerin fiil ehliyetine tam

⁴⁷⁶ Hukuki bir işlemin etkili olabilmesi için gerekli olan irade beyanı, genellikle işlemin hukuki sonuçlarını taşıyan kişi tarafından yapılır. Ancak, bu irade beyanını, ilgili kişi adına üçüncü bir kişi de temsil yoluyla yapabilir. Temsilcilik için gerekli olan yetki, ya temsil edilen kişinin kendi iradesiyle verilebilir ya da yasalarla sağlanabilir. Her iki senaryoda da, temsilci irade beyanında bulunma yetkisine sahip olur. Bkz. Sonat, s.346.

⁴⁷⁷ Fiil ehliyeti, diğer adıyla medeni hakları kullanma ehliyeti, kişinin bizzat kendi fiil ve işlemleriyle kendi lehine haklar, aleyhine borçlar yaratabilme iktidarı olarak ifade edilir. Bkz. Akıntürk ve Karaman, s.120.

⁴⁷⁸ Akıntürk ve Karaman, s.127.

⁴⁷⁹ Sonat, s.346.

⁴⁸⁰ Ehliyetsizlik kavramını tanımlamak adına yapılan bir açıklamada, “yaş”, “akıl hastalığı” veya “akıl zayıflığı” sebepleriyle, tıbbi müdahalenin hedeflediği hukuki faydaların değerini veya önemini kavrayamayan, müdahalenin sonuçlarını ve risklerini öngörebilme becerisi bulunmayan veya daha az yük getiren alternatif seçenekleri anlama yeteneği olmayan kişilere rıza beyanında bulunma ehliyeti tanınmamaktadır. Bkz. Ebru Sevindik Atıcı, "Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi SBE, 2006), s. 11-12; Akıntürk ve Karaman, s.132.

⁴⁸¹ Dural ve Ögüz, s.65.

anlamıyla sahip oldukları kesin olup tıbbi müdahalelere rıza gösterme de dahil olmak üzere tüm hukuki işlemlerde tam ehliyetli kabul edilirler⁴⁸². Genel tıbbi müdahaleler bağlamında, tam ehliyetli bir kişinin durumu ele alındığında bu kişi, kendisine yapılacak bir müdahaleye onay veriyorsa, ancak kişinin ailesi veya yakınları bu müdahaleyi onaylamıyorsa, hukuki açıdan esas alınması gereken tam ehliyetli kişinin rızasıdır. Burada, tam ehliyetli kişinin kendi sağlığı ve bedeni üzerinde özerklik hakkı esas alınır. Ailesi veya yakınlarının görüşleri ve itirazları önemli olabilir, ancak hukuken, tam ehliyetli kişinin kararı önceliklidir⁴⁸³. Özellikle tıbbi müdahalelerde, kişinin kendi sağlığı ve bedeni ile ilgili bilinçli kararlar alması, onun temel haklarından biridir ve bu hak, ehliyeti tam olan kişiler için hukuk tarafından korunur⁴⁸⁴.

TMK md.9'a göre; fiil ehliyetine sahip bireyler, kendi eylemleriyle hak elde etmeye, borç altına girmeye ve çeşitli hukuki işlemleri kişisel olarak gerçekleştirmeye yetkilidir. Fiil ehliyetinin şartları ise TMK'nın 10'uncu maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre; ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlama altında olmayan her yetişkin kişi, fiil ehliyetine sahiptir. Yetişkin olduğu kabul edilen bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu varsayılır. Dolayısıyla, ayırt etme gücüne sahip, yetişkin ve kısıtlı olmayan bir kişi, kendi vücudundan soybağının tespitine yönelik örnek alınmasına veya bu biyolojik örneklerin tıbbi araştırma ve incelemelerde kullanılmasına ilişkin kişisel olarak onay verebilir. Başka bir ifadeyle, fiil ehliyetine sahip bir kişi, soybağı incelemesi hususunda rıza beyanında bulunup bulunmama kararını, herhangi bir kişiye ihtiyaç duymadan doğrudan kendisi verebilecektir⁴⁸⁵.

Tam ehliyetli kişilerin soybağının tespitine yönelik rızalarının geçerli olamayacağı durumlarda mevcuttur. Kimi durumlarda tam ehliyetli kişiler, geçici ehliyetsizlik halleri

⁴⁸² Akıntürk ve Karaman, s.129.

⁴⁸³ Akıntürk ve Karaman, s.129.

⁴⁸⁴ Hakeri, s.247.

⁴⁸⁵ Sonat, s.347.

nedeniyle müdahaleye rıza verme kabiliyetlerini kullanamayabilirler⁴⁸⁶. Uyku hali, bilinçsiz durumlar, koma hali, zihinsel yetileri önemli derecede etkileyen hastalıklar, alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında olma gibi haller, bu durumlara örnek olarak gösterilebilir. Fiil ehliyeti tam olan kişilerin bu tür geçici ehliyetsizlik hallerinde vermiş oldukları rızalar, tıbbi müdahaleler için hukuki anlamda geçerli rıza olarak kabul edilmez⁴⁸⁷.

b) Sınırlı Ehliyetlilerde Rıza

Kısıtlanmaları bakımından yeterli sebep olmamakla birlikte, menfaatlerinin korunabilmesi açısından, fiil ehliyetlerinin sınırlandırılması gerekli görünen kişilere, doktrinde “sınırlı ehliyetli” denilmektedir⁴⁸⁸. Temel olarak bu bireyler, fiil ehliyetine sahip olmalarına rağmen, özel durumlarından kaynaklanan bazı kısıtlamalara tabidir. Bu kişiler, ancak kendileri için atanan yasal danışmanın onayını aldıklarında belirli işlemleri gerçekleştirebilirler. Bu işlemler, sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak TMK’nın 429’uncu maddesinde belirtilmiştir⁴⁸⁹. Şahsa bağlı hakların kullanımı, TMK’nın 429’uncu maddesinde belirtilen işlemler arasında yer almadığından, sınırlı ehliyetli kişilerin, soybağının incelenmesine rıza gösterme bakımından yasal danışmanlarının rızalarını yani onayını almalarına gerek yoktur. Yasal danışmanın atanmasının temel amacı, kişinin, kişilik haklarını

⁴⁸⁶ Akıntürk ve Karaman, s.131.

⁴⁸⁷ Doğan, s.27; Aynı yönde bkz. Gülel’e göre; Tam ehliyetli bireyler, belirli şartlar altında tıbbi müdahaleler için rıza verme kapasitelerini kullanamayabilirler. Bu tür durumlar, "geçici ehliyetsizlik" olarak nitelendirilir ve Türk Medeni Kanunu'nun 13. maddesi çerçevesinde değerlendirilir. Geçici ehliyetsizliğe yol açan durumlar arasında uyku halinde olmak, hastanın bilincinin kapalı olması (örneğin, komada olmak), akıl sağlığını ciddi anlamda etkileyen şiddetli hastalıklar ve alkol ya da uyuşturucu madde tesiri altında olmak sayılabilir. Bu tür şartlar altında, tam fiil ehliyetine sahip olsalar dahi, kişilerin verdikleri rıza, tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda geçerli sayılmayacaktır. Gülel, s.90.

⁴⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.97; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.334; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s.258; Helvacı ve Erlüle, s.72; Akıntürk ve Karaman, s.129,130.

⁴⁸⁹ TMK’nın 429’uncu maddesine göre bu işlemler; Dava açma ve sulh olma, Taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynı hak kurulması, Kıymetli evrakin alımı, satımı ve rehnedilmesi, Olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, Ödünç verme ve alma, Ana parayı alma, Bağışlama, Kambiyo taahhüdü altına girme ve Kefil olmadır. Sınırlı ehliyetli kişiler hakkında oy ve yönetim danışmanlığı olarak nitelendirilen iki türde yasal danışmanlık düzenlenmiştir. Yukarıda sayılanlar bu iki danışmanlık kapsamına girmekle birlikte; bunlara ek olarak karma danışmanlık da öngörülmüştür. TMK’da yer almayan bu danışmanlık türünde oy ve yönetim danışmanlığı birleştirilmiştir. Bkz. Helvacı ve Erlüle, s.73.

korumaktan ziyade maddi çıkarlarını korumaktır. Bu özellik, yasal danışmanlığı vesayet kurumundan ayırır⁴⁹⁰.

Bu bağlamda, sınırlı ehliyete sahip kişilerin soybağının tespit edilmesi amacıyla biyolojik materyallerin vücutlarından alınmasına veya vücutlarına nakledilmesine rıza göstermeleri konusunda, tam ehliyetli kişilerden herhangi bir farkları bulunmamaktadır. Sınırlı ehliyetli bireyler, bu tür tıbbi işlemleri kendi rızalarıyla kabul etme veya reddetme yetisine sahiptir ve bu yetenekleri tam ehliyetli bireylerle aynı şekilde değerlendirilmelidir⁴⁹¹.

c) Sınırlı Ehliyetsizlerde Rıza

Sınırlı ehliyetsiz kişiler, ayırt etme gücüne sahip olup yaşça küçük veya kısıtlı olan kişileri ifade eder⁴⁹². Genel olarak, vesayet altında olan sınırlı ehliyetsiz kişiler için, vasi tarafından rıza gösterilmesi beklenirken, velayet altında olan sınırlı ehliyetsiz kişiler için ise, anne ve babanın birlikte rıza beyanı gereklidir⁴⁹³. Ancak TMK'nın 336'ncı maddesi, sağ kalan ebeveynin veya velayet hakkı kendisine verilmiş olan ebeveynin, çocuk üzerinde hak sahibi olduğuna vurgu yapmaktadır⁴⁹⁴. Bu bakımdan ana veya babanın, çocuğun soybağının incelenmesi hususunda gösterecekleri rıza açıklamasının hukuken korunan kişilik hakları ve çocuğun üstün menfaati açısından önem kazanmaktadır.

Fiil ehliyeti bakımından TMK'nın 14'üncü maddesi, ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetlerinin bulunmadığını belirtir. TMK'nın 15'inci maddesine göre ise, fiil ehliyetinden yoksun kişilerin kendi başlarına

⁴⁹⁰ Dural ve Ögüz, s.64.

⁴⁹¹ Özbilen-Biyolojik, s.216.

⁴⁹² Akıntürk ve Karaman, s.131.

⁴⁹³ Kemal Oğuzman, Özer Selçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 16.Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016, s.91; Dural ve Ögüz, s.86.

⁴⁹⁴ TMK md.336/3: "*Velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.*"

gerçekleştirdikleri eylem ve işlemler hukuki açıdan sonuç doğurmaz⁴⁹⁵. Ancak genel kurala bir istisna getiren TMK'nın 16'ncı maddesi, ayırt etme gücü bulunan küçük ya da kısıtlı bireylerin, belirli işlemleri bizzat kendilerinin gerçekleştirme yetkisini tanıır⁴⁹⁶. Bu hükümler çerçevesinde, soybağının tespitine yönelik inceleme için rıza verme yetkisi konusunda, küçük ya da kısıtlı bireylerin ayırt etme gücünün olup olmadığına bakılarak bir ayırım yapılması gerekmektedir⁴⁹⁷. Doktrinde sınırlı ehliyetsizler açısından görüş farklılığı bulunması sebebiyle, sınırlı ehliyetsizler hakkında aşağıda ayrı başlıklar halinde incelemede bulunulmuştur⁴⁹⁸.

aa) Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Sınırlı Ehliyetsizler

Mutlak anlamda kişiye özgü haklar, sadece hak sahibi tarafından kullanılmalıdır. Örneğin, TMK'nın 119'uncu maddesinde düzenlenen nişanın bozulması, 121'inci maddede düzenlenen maddi ve manevi tazminat talepleri, 503'üncü maddede düzenlenen muris olarak miras sözleşmesi yapma gibi hakları sayabiliriz⁴⁹⁹. Bu, mutlak anlamda kişiye sıkı surette bağlı hakların ayırt etme gücü olmayan küçükler ve kısıtlılar tarafından kullanılmasını engellemektedir. Öte yandan, nispi anlamda kişiye sıkı surette bağlı haklar, ayırt etme gücü olmadığında yasal temsilciler vasıtasıyla kullanılabilir. Eğer kişi ayırt etme gücüne sahip ise bu hakları doğrudan kullanabilecektir. Şayet değilse yasal temsilci tarafından kullanılabilir⁵⁰⁰. Kişilik değerlerinden biri olan fiziksel ve ruhsal bütünlük üzerinde tasarruf etme anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza, pratik ve doktrinde nispi

⁴⁹⁵ Akıntürk ve Karaman, s.132.

⁴⁹⁶ TMK md.14: "Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur."; md.15: "Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz"; md.16: "(1)Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. (2)Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar."

⁴⁹⁷ Sonat, s.348.

⁴⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm II. C. 2. c. aa). ba).

⁴⁹⁹ Şenocak, s.73.

⁵⁰⁰ Bunun yanında bazı haklar vardır ki, bu haklar ayırt etme gücü olan küçükler tarafından kullanılabilir. Fakat bu kişilerin yasal temsilcilerinin de izni veya onayı gereklidir. Bu tür haklar da nisbi olarak kişiye sıkıca bağlı haklar kategorisine dahil edilmektedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay, s.75.

anlamda kişiye özgü bir hak olarak kabul edilir⁵⁰¹. Bu sınıflandırmayla, ayırt etme gücü olmayan bir çocuğa yapılacak tıbbi müdahale için açıklanacak rızanın, herhangi bir teorik tartışmaya mahal vermeden yasal temsilcisi tarafından verilebileceği sonucuna varılmaktadır⁵⁰².

Ayırt etme gücüne sahip olmalarına rağmen küçük ya da kısıtlı olmalarından dolayı sınırlı ehliyetsiz kişilerin, tıbbi müdahaleler açısından rıza beyanında bulunma hususunda kendilerinin mi yoksa yasal temsilcilerinin mi rıza vermesi gerektiği hususu, doktrinde üç temel görüş doğrultusunda incelenmektedir⁵⁰³. Konuya ilişkin mevcut yasal düzenlemelerde bazı farklılıklar olması, bu görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Doktrindeki görüş farklılığına sebebiyet veren düzenlemeler arasında TMK'nın 16'ncı maddesi yer almaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasında; ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların, ancak yasal temsilcilerinin rızası ile borç altına girebileceği, karşılıksız kazanımda ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların kullanılmasında bu rızanın gerekli olmadığı düzenlenmiştir. Bu nedenle, TMK'nın 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yapılan düzenleme göz önüne alındığında; kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması söz konusu olduğu zaman, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı kişilerin, herhangi bir şekilde yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duyulmadığı belirtilmiştir. Başka bir deyişle, sınırlı ehliyetsiz olan bu kişiler, kişiye sıkı surette bağlı haklarını, yasal temsilcilerinin rızasından bağımsız bir şekilde kullanma yeteneğine sahip olacaktır⁵⁰⁴.

Soybağının belirlenmesine yönelik tıbbi müdahalelerin, inceleme yapılacak olan kişinin vücut bütünlüğü üzerinde doğrudan etkisi olduğu için bu müdahaleye rıza verme, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle ilgili

⁵⁰¹ Şenocak, s.73.

⁵⁰² Honselll Bigler-Eggenberger, Art. 19, Nr. 41 (Şenocak, s.73'den naklen)

⁵⁰³ Bu konuda öne sürülen görüşleri üç ana kategoride incelemek mümkündür: Yasal temsilcinin rızasını esas alırken, aynı zamanda ayırt etme gücü olan çocuğun görüşünün alınması gerektiğini öne süren yaklaşım; hem yasal temsilcinin hem de ayırt etme gücü olan çocuğun rızasını gerektiren yaklaşım ve son olarak, ayırt etme gücü olan çocuğun rızasını tek başına yeterli gören görüş. Bkz. Şenocak, s.74.

⁵⁰⁴ Sonat, s.347.

müdahalenin, TMK'nın 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereğince, doğrudan ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı tarafından kullanılabilmesi sorunsalı ortaya çıkmaktadır ki, görüş ayrılıklarına sebebiyet veren konu da buradan kaynaklanmaktadır. TŞSTİDK'nın 70'nci maddesinde; doktorlar, diş hekimleri ve diş teknisyenlerinin gerçekleştirecekleri her türlü ameliyat için hastanın rızasını almaları gerektiği, eğer hasta küçük ya da kısıtlı ise, veli veya vasisinin önceden rızasının olması gerektiği, büyük cerrahi müdahaleler için bu rızanın yazılı olması gerektiği, eğer hastanın veli veya vasisi yok, bulunamıyor ya da hastanın kendisi ifade verme yeteneğine sahip değil ise rıza şartının aranmadığı belirtilmiştir⁵⁰⁵.

TŞSTİDK ile bağlantılı olan HHY'nin "Hastanın Rızası ve İzin" başlıklı 24'üncü maddesinde de konuyla ilgili düzenlemeler mevcuttur. Anılan maddeye göre; tıbbi müdahaleler için hastanın rızasının alınması gerektiği, eğer hasta küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinden izin alınması gerektiği, ancak, hastanın, velisinin veya vasisinin olmaması, ulaşılamaması veya hastanın ifade verebilme gücünün olmaması durumlarında bu koşulun aranmadığı, kanuni temsilcinin rızasının alınmadığı hallerde, eğer tıbbi müdahale zorunluysa, TMK'nın 346 ve 487'nci maddeleri gereği mahkeme kararıyla velayet veya vesayet altındaki hastaya müdahale edilebileceği, acil durumlarda, özellikle hastanın yaşamı tehlikede veya bilinci kapalı iken veya bir organın kaybı veya işlevsiz hale gelmesi riski söz konusu olduğunda, hastanın rızasına ihtiyaç duyulmayacağı, bu gibi durumlarda, hastaya gerekli tıbbi müdahalenin yapılarak durumun kaydedileceği, ancak mümkün olan durumlarda hastanın yakını veya kanuni temsilcisine durum hakkında bilgi verilmesi; eğer mümkün değilse, tıbbi müdahaleden sonra bilgilendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Bu kapsamda, TMK'nın 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, TŞSTİDK'nın 70'nci maddesi ve HHY'nin 24'üncü maddesi kendi aralarında farklılıklar içermesi nedeniyle, ayırt etme gücüne sahip olan küçük ya da kısıtlılar bakımından doktrinde farklı görüşler gündeme getirilmiştir. Bu konuda doktrinde ortaya konan görüşler, üç ana

⁵⁰⁵ Şenocak, s.74.

kategori altında incelenebilir. İlk görüş, tıbbi müdahale için yasal temsilcinin rızasının zorunlu olduğunu belirtirken, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün de görüşünün alınması gerektiğini savunur⁵⁰⁶. İkinci görüş, hem yasal temsilcinin hem de ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızasının bir arada alınmasının gerektiğini öne sürer⁵⁰⁷. Son olarak üçüncü görüş ise, ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün rızasının tek başına yeterli olduğunu ileri sürer⁵⁰⁸.

(i) Yasal Temsilcinin Rızasının Yanında Sınırlı Ehliyetsizin Görüşüne Başvurulması

Birinci görüşün hukuki temelini, TŞSTİDK'nın 70'inci maddesi ile HHY'nin 24 ve 26'ncı maddeleri oluşturur. Her ne kadar HHY'nin 26'ncı maddesindeki düzenleme 28994 sayılı Yönetmelik ile değiştirilmiş ise de⁵⁰⁹, yeni düzenlemede rıza formlarının hasta ya da kanuni temsilci tarafından imzalanabileceği, yine bu formda yer alan bilgilerin bu kişilere açıklanabileceği belirtilerek küçüğün de görüşüne önem verilmiştir. TŞSTİDK'nın 70 ve HHY'nin 24'üncü maddesinin birinci fıkrası, hastanın küçük veya kısıtlı olması durumunda yasal temsilcisinden izin alınmasını öngörmektedir. Bu düzenlemelere karşılık HHY'nin

⁵⁰⁶ Anılan düzenlemeler lafzi anlamıyla göz önüne alındığında, bir çocuğun tıbbi bir müdahaleye tabi tutulabilmesi için, onun ayırt etme gücüne sahip olmasından bağımsız olarak, öncelikle yasal temsilcinin rızasının gerektiği sonucuna varılır. Ancak aynı zamanda çocuğun bu konuda fikrinin de dikkate alınması önemlidir. Çocuğun görüşünün dikkate alınması hususu, ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen bu görüşün helim için kesin bir yükümlülük olmadığını gösterir. Bu durumda nihai kararı veren kişi yasal temsilci olur. Bkz. Mustafa Dural, **Landesbericht Türkei: Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens**, Hrsg. : Taupitz, J-, Mannheim 2000, s.955 (Şenocak, s.74'den naklen).

⁵⁰⁷ Küçüğe yönelik tıbbi müdahalelerde, kendisinin rızasının yanı sıra yasal temsilcinin rızasının da gerekliliğini savunan ikinci görüşün temelinde, küçüğün korunması fikri egemendir. Bu görüşe göre, kişiye sıkı surette bağlı olan haklar gündeme geldiğinde, bu hakkın ilgili olduğu kişisel değerlerin türüne göre, karar verme özgürlüğü ve sınırlı ehliyetsiz olan kişinin korunma ihtiyacı arasındaki denge değişken özelliğe sahiptir. Bkz. Şenocak, s.75.

⁵⁰⁸ Çocuk ayırt etme gücüne, yani tıbbi müdahalenin önemini ve kapsamını değerlendirebilecek zihinsel ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunda, ana baba tarafından yönetilen velayet hakları geri çekilmelidir. Bu durumda küçük, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmelidir. Ayırt etme gücü olan küçüklerin, ana baba tarafından verilen rıza olmaksızın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabileceklerini öngören TMK'nın 16'ncı maddesinde yer alan düzenlemeye, tıbbi müdahaleye rıza konusunda herhangi bir istisna getirilmemelidir. Bkz. Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 41. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s.103.

⁵⁰⁹ HHY'nin 26'ncı maddesinde; "*Kanunî temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hâllerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki sağlanır.*" şeklindeki düzenleme, 28994 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmeliğin 7'nci maddesi ile değiştirilmiştir.

26'ın maddesi ise; küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakılmaksızın, mümkün olan ölçüde tıbbi müdahale sürecine katılımının sağlanmasını gerektirir. Bu maddelerin lafzi anlamda birlikte değerlendirilmesi sonucu, tıbbi müdahalede bulunulacak küçükler için yasal temsilcisinin onayının esas alındığı, ancak küçüğün de görüşünün alınması gerektiği sonucuna ulaşılır. Küçüğün görüşünün alınması, kendisinin ayırt etme gücüne sahip olup olmamasından bağımsız olarak hekimi bağlayıcı nitelikte değildir. Küçük ayırt etme gücüne sahip olsa bile, bu konuda nihai kararı verme yetkisi yasal temsilciye ait olmaktadır⁵¹⁰.

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre, yasal temsilcinin iradesi ile küçüğün görüşü arasında bir çelişki olduğunda, yasal temsilcinin iradesine öncelik verilmelidir. Küçüğün, kişiye sıkı sıkıya bağlı bazı haklarını yasal temsilcisinin onayı ile kullanmasına olanak tanıyan düzenlemeler de bu görüşü desteklemektedir. Bu düzenlemeler, iradenin sadece yasal temsilciye bırakılmadığını, ancak küçüğün rızasının yanı sıra veli veya vasisinin de izninin veya rızasının alınması gerektiğini göstermektedir. Yani TMK md.16/1.c.2 düzenlemesinin bu durumda geçerli olmayacağı, ayırt etme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı hakkında rıza açıklama konusunda yasal temsilcinin mutlak olmamak üzere hak sahibi olduğu, hekim için herhangi bir şekilde bağlayıcılık içermemekle birlikte, sınırlı ehliyetsizin yalnızca bu konuda görüşünün alınması gerektiği ifade edilmiştir⁵¹¹. Bu görüşe göre; sınırlı ehliyetsizden, soybağının incelenmesine ilişkin biyolojik materyallerin alınması durumunda, şayet yasal temsilci, sınırlı ehliyetsizin iradesine aykırı bir beyanda bulunmuş ise, bu halde yasal temsilcinin beyanı esas alınacak ve rıza önceliği yasal temsilciye verilecektir. Soybağının

⁵¹⁰ Dural, Landesbericht Türkei, s.955 (Şenocak, s.74'den naklen).

⁵¹¹ HHY'nin 24'üncü maddesinin ilk fıkrası, hastanın küçük ya da kısıtlı olması durumunda tıbbi müdahale bakımından veli veya vasi izninin alınması gerektiğini belirtir. Ancak, Yönetmeliğin 26'ncı maddesinde yer alan düzenleme ile 1219 sayılı Kanunun sınırlı ehliyetsizlere yönelik tıbbi müdahalelerde yasal temsilci onayının zorunlu olduğu kuralını yumuşattığını gösterir. Anılan Kanun, sınırlı ehliyetsizlerin kendilerine yapılacak tıbbi müdahalelerde görüşlerinin alınmasını öngörmese de; HHY, sınırlı ehliyetsiz kişilere yapılacak tıbbi müdahalede yasal temsilcinin onayının zorunlu olduğunu vurgulayarak, 26'ncı maddesinde sınırlı ehliyetsizin görüşünün de alınmasının gerekliliğini dile getirir. Bu yönde bkz. Dural, Landesbericht Türkei, s.955(Şenocak, s.74'den naklen); Özbilen-Biyolojik, s.219 dp.710'daki açıklamalar; Dural ve Ögüz, s.98

incelenmesi bakımından gündeme gelecek olan tıbbi müdahalede, yalnızca sınırlı ehliyetsizin görüşüne başvurulacak olup bu görüşün herhangi bir bağlayıcılığı ise bulunmamaktadır.

Kişinin kendi geleceğini belirleme ilkesi dikkate alındığında, kişinin kişiliği ile yakından ilgili bir durum olan tıbbi müdahale konusunda, küçüğün pasif ve tepkisiz bir tutum sergilemesi ve bu bakış açısından değerlendirilmesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur.⁵¹²

(ii) Yasal Temsilcinin ve Sınırlı Ehliyetsizin Rızasının Birlikte Aranması

Doktrinde sınırlı ehliyetsizler bakımından gündeme gelen ikinci görüş; tıbbi müdahaleye rıza konusunda, sadece küçüğün yasal temsilcisinin rızasının yeterli olmadığını, aynı zamanda müdahaleye tabi tutulacak olan küçüğün de rızasının gerektiğini savunur⁵¹³. Bu itibarla, tıbbi müdahalelerde sınırlı ehliyetsiz kişinin karar verme özgürlüğü ile korunma ihtiyacı arasında bir denge sağlanması gerektiği vurgulanmakla birlikte; tıbbi müdahalenin önemi ve ciddiyeti arttıkça, sınırlı ehliyetsiz kişi ile yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda birlikte hareket etmeleri gerektiği, tıbbi müdahalelerde sınırlı ehliyetsiz kişi ve yasal temsilcinin tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda birlikte yetkili oldukları

⁵¹² Şenocak'a göre; Bu yasal düzenleme, tıbbi müdahaleye rıza vermenin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve TMK'nın 16'ncı maddesindeki ilgili düzenlemenin ihmal edildiğini gösterir. Öğreti, Anayasa'nın 17'nci maddesi ve TMK'nın 24'üncü maddesi temel alınarak, kişinin kendi hakkında doğrudan bir karar alma yeteneğini ortaya koymaktadır. TMK'nın 16'ncı maddesi uyarınca, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin de bu hakları kullanması mümkündür. Küçük, bu bağlamda tıbbi müdahalenin sadece hedefi değil, aynı zamanda aktif bir katılımcısı olmalıdır. Dolayısıyla, küçüğün ayırt etme yeteneğine sahip olmasına karşın, tıbbi müdahaleye rızasının yalnızca yasal temsilcisinin takdirine bırakılması kabul edilemez. Bkz. Şenocak, s.74-75; Guillod, ayırt etme gücüne sahip tüm kişilerin kendilerine sıkı surette tanınan haklarını bizzat kullanmaları gerektiğini belirtir. Yazara göre; Sınırlı ehliyetsizler de dahil olmak üzere, ayırt etme gücüne sahip tüm bireylerin kendileri hakkında karar verebilme özgürlüğü, aynı zamanda kişilik haklarının birey tarafından kullanılmasına imkan tanıyan bir uzantıdır. Özellikle, ayırt etme gücüne sahip fakat yaşça küçük olma veya kısıtlılık nedeniyle yasal temsilciye tabi olan kişilerin, kişisel hayatları ve mahremiyetleri gibi değerleri yasal temsilcileriyle paylaşmak zorunda bırakılması doğru değildir. Örneğin, doğum kontrolü veya kürtaj gibi cinsel yaşamla ilgili konularda, 16 yaşında ve ayırt etme gücüne sahip bir bireyin, bu tür bir müdahaleye kimseye danışmadan kendi başına rıza göstermesine izin verilmesi gerekir. Olivier Guillod, **Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme?**, Neuchâtel 1986, s.232 (Özbilen-Biyolojik, s.220 dp.715'deki açıklamalardan naklen)

⁵¹³ Özdemir'e göre; tıbbi müdahalenin hukuka uygun bir şekilde küçüğe uygulanabilmesi için, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına bakmaksızın, yasal temsilcisinin rızasının alınması zorunludur. Rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına rağmen, yasal temsilcinin, küçüğün gelişimine katkı sağlayacak tıbbi müdahaleler hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bkz. Özdemir-Teşhis, s.364; Aynı yönde bkz. Çilingiroğlu, s.56; Karşı bkz. Şenocak, s.76.

vurgulanmıştır⁵¹⁴. Eğer küçük ayırt etme gücüne sahipse ve müdahaleyi onaylıyorsa, tıbbi müdahale yasal temsilcisinin de rızası ile gerçekleştirilebilir. Önemli olan nokta, ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün müdahaleye rıza göstermesi durumunda bile, yasal temsilcisinin tıbbi müdahaleye rıza göstermeme hakkının bulunmasıdır⁵¹⁵. Doktrindeki ikinci yaklaşımı, ilk yaklaşımdan ayıran kritik özellik, sınırlı ehliyetsizin rızasının olmaması durumunda, yasal temsilcinin tek başına rızasının tıbbi müdahale için yeterli olmamasıdır. Bu görüş, tıbbi müdahaleye maruz kalacak sınırlı ehliyetsizin, müdahalenin önemini ve boyutunu kavrayabilecek bilişsel, duygusal ve ahlaki olgunluğa sahip olabileceği ve dolayısıyla ek korumaya ihtiyacı olmadığı düşüncesi ile eleştirilmiştir⁵¹⁶. Bu eleştiriye göre; sınırlı ehliyetsiz olan küçüğün, somut durumda tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu ve böylelikle vücut ve ruh bütünlüğü gibi kişisel değerler üzerinde karar verme özgürlüğünü kullanabileceği kabul edildiğinde, bu hakkın kullanımını, küçüğün korunması adına yasal temsilcisinin rızasına bağlamanın gereksiz bir önlem niteliğinde olduğu, TMK gereğince velayet hakkı kapsamının, küçüğün olgunlaşmasıyla birlikte daraldığı, velayetin bu esnek kapsamını sınırlandıran faktörlerden birisinin de tıbbi müdahaleye rıza gösterme hususunda karar verme özgürlüğü olduğu, küçüğün, ayırt etme gücüne, yani tıbbi müdahalenin önemini ve kapsamını değerlendirecek psikolojik ve ahlaki olgunluğa ulaştığı vakit, ebeveynlerin velayet hakkının sınırlandırılması gerektiği, dolayısıyla küçüğün, bu kişisel haklarını tek başına kullanabilmesi gerektiği, TMK'nın 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, ebeveynlerin rızasına gerek kalmadan kişisel haklarını kullanabileceklerini düzenleyen hükme, tıbbi müdahaleye rıza açısından bir istisna getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁷.

⁵¹⁴ Çilingiroğlu, s.56; Aynı yönde bkz. Serozan-Çocuk, s.284.

⁵¹⁵ Serozan-Çocuk, s.178; Yıldırım ve Memiş, s.300.

⁵¹⁶ Şenocak, s.76; Doğan, s.30.

⁵¹⁷ Hinderling'e göre; kişiye sıkı surette bağlı olan haklar gündeme geldiğinde, bu hakların ilişkili olduğu kişilik değerinin niteliğine göre, karar verme özgürlüğü ile sınırlı ehliyetsiz bir kişiyi koruma ihtiyacı arasındaki denge değişkenlik gösterebilir. Örneğin, beden bütünlüğüne müdahale eden ve özel riskler taşıyan, özellikle uzunca bir zaman hastanede yatmayı gerektiren tıbbi müdahalelerde, ayırt etme gücüne sahip olan bir küçüğün rızasının yanı sıra, küçüğün yasal

Yasal temsilci ve sınırlı ehliyetsiz kişinin tıbbi müdahale bağlamında birlikte rıza göstermeleri gerektiğini savunan yazarlara göre, bu durumu soybağı incelemesi kapsamında değerlendirdiğimizde, inceleme yapılacak olan sınırlı ehliyetsiz kişinin rızasının tek başına yeterli olmayacağını, küçüğün veya kısıtlı kişinin yasal temsilcisinin de bu incelemeye onay vermesi gerektiğini söyleyebiliriz. Eğer herhangi bir tarafın ilgili müdahaleye rıza gösterme sürecinde rızası alınmaz veya alınan rıza geçerli değilse, yapılacak olan soybağı incelemesi hukuka aykırı hale gelecektir⁵¹⁸.

(iii)Sınırlı Ehliyetsizin Rızasının Tek Başına Yeterli Olması

Doktrindeki üçüncü görüşe göre; tıbbi müdahalenin yapılacağı küçük, eğer ayırt etme gücüne sahipse, bu durumda yalnızca küçüğün rızası yeterli kabul edilmelidir⁵¹⁹. Tıbbi müdahaleye onay vermek, vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde bir tasarruf olmakla birlikte, aynı zamanda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. TMK'nın 16'ncı maddesi uyarınca, bu hakkın kullanılabilmesi için yalnızca ayırt etme gücüne sahip olma şartı aranır. Eğer küçük, ayırt etme gücüne sahipse, bu hakkı kendisi kullanabilmelidir⁵²⁰. Eğer küçük ayırt etme gücüne sahip değilse, bu durumda yasal temsilci bu hakkı kullanacaktır. Bu bağlamda, TŞSTİDK'nın 70'nci ve HHY'nin 24'üncü maddeleri gibi, yasal temsilcinin rızasını şart koşan

temsilcinin de rızasının aranması gerektiği ifade edilmektedir. Ameliyat gibi, küçüğün yaşamı ve ölümü ile doğrudan ilgili olan durumlarda, ebeveynin de söz hakkı olması gerektiği ve bu tür kararlarda ebeveynin görüşlerinin dikkate alınmasının önemli olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Hans Hinderling, **Die Aertzliche Aufklaerungspflicht: Ausgewaehlte Schriften**, Zürich 1982, s.73 (Şenocak, s.75'den naklen); Şenocak, s.76.

⁵¹⁸ Serozan-Çocuk, s.178; Yıldırım ve Memiş, s.300.

⁵¹⁹ Şenocak, s.67,80; Yazara göre, TMK'nın 16'ncı maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanma konusunda ayırt etme gücüne sahip olan bireylerin, bu haklarını kullanabilmeleri öngörülmektedir. Bu bağlamda, tıbbi müdahaleye rıza gösterme konusunda da bu düzenlemenin uygulanması gerektiği ve bu konuda herhangi bir istisna getirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Yani, eğer bir birey tıbbi müdahaleler konusunda ayırt etme gücüne sahipse, o zaman bu bireyin kendi rızasını verme ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanma kapasitesinin tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Şenocak, s.76.

⁵²⁰ Soybağı incelemelerinin kişilik hakkı kapsamında korunan vücut bütünlüğü ve/veya kişisel veriler gibi değerlere müdahale teşkil ettiği dikkate alındığında, bu değerler üzerinde tasarruf edilmesi anlamına gelen rıza açıklamasının, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Bu nitelendirmeye bağlı olarak, TMK md.16/1.c.2 uyarınca, sınırlı ehliyetsizin soybağı incelemesine rıza göstermeye bizzat yetkili olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Sonat, s.349; Aynı yönde Şenocak, s.76.

düzenlemelerin, yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler için uygulanması gerekmektedir⁵²¹.

Tıbbi müdahaleler açısından küçüğün rızasını temel alan bu yaklaşıma göre, küçüğün rızasına iki özel durumda istisna uygulanabilir. İlk olarak, eğer küçük, tıbbi müdahalenin sonuçlarını anlama ve kavrama yeteneğine sahip değilse, bu durumda yasal temsilcinin rızası gereklidir. İkinci olarak, karmaşık, riskli ve önemli tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda, küçüğün bilgi ve değerlendirme yetenekleri tam olarak gelişmemiş olabileceği için yasal temsilcinin rızasına başvurulması uygun olacaktır. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını belirleme sorumluluğu, müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekime aittir. Küçüğün ayırt etme yeteneği hususunda hekimde şüphe oluşmuş ise, durum netleşene kadar tıbbi müdahaleyi ertelemek en doğru yaklaşım olacaktır⁵²².

Kanaatimize göre, soybağının tespitine yönelik tıbbi araştırma ve incelemelerin, kişilik hakkı çerçevesinde koruma altına alınan vücut bütünlüğü ve kişisel veriler gibi değerlere müdahale niteliği taşıdığını göz önünde bulundurarak, rıza açıklamasının bu değerler üzerindeki tasarruf anlamına geldiğini ve bu beyanın, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, TMK'nın 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, sınırlı ehliyetsiz olan küçüğün, soybağının incelenmesi hususunda kendiliğinden rıza gösterme hak ve yetkisine sahip olması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Sınırlı ehliyetsiz kişi ayırt etme gücüne sahipse, yaşının küçük olması ya da kısıtlı olması durumunda dahi, yasal temsilcisinin onun adına rıza açıklamasında bulunmasına izin verilemez⁵²³. Dolayısıyla, tıbbi müdahalelerde sınırlı ehliyetsiz kişi ile

⁵²¹ Özbilen-Biyolojik, s.270-271; Şenocak, s.80; Kahraman'a göre; Küçüğün ayırt etme gücü bulunması durumunda, tıbbi müdahale konusunda kendi rızasının verilmesi hukuki açıdan yeterli olmalıdır. Velayetin temel amacı, çocuğun hak ve özgürlüklerini anlamasına ve kullanmasına yardımcı olarak onun bağımsız bir kişilik geliştirmesine destek olmaktır. Velayet, çocuğun olgunlaşmasıyla birlikte kapsamı daralan esnek bir yapıya sahiptir. Eğer çocuk, ilgili tıbbi müdahalenin önemini ve kapsamını değerlendirecek psikolojik ve etik olgunluğa ulaşmışsa, bu durumda kişiye özgü olan ve sıkı sıkıya bağlı bulunan bu hakkını kendi başına kullanabilmelidir. Bkz. Zafer Kahraman, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.1, 2016, s.489.

⁵²² Şenocak, s.77.

⁵²³ Kamu Denetçiliği Kurumuna yapılan bir başvuruya göre, ayırt etme gücüne sahip on beş yaşındaki bir genç, ağız ve diş sağlığı merkezine diş problemiyle ilgili olarak başvurmuş, ancak velisi yanında olmadığı ve on sekiz yaşın altında

yasal temsilcinin birlikte hareket etmesi gerektiği yönündeki görüşün de bu noktada bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu düşüncenin temel amacı, yaşam ve sağlık bakımından risk taşıyan tıbbi müdahaleler bağlamında sınırlı ehliyetsizin korunmasıdır. Ancak, soybağının tespiti amacıyla yapılan genetik incelemelerde, sınırlı ehliyetsiz kişi için bu tür bir korunma ihtiyacının var olduğunu ifade edemeyiz. Nitekim soybağının tespitine yönelik incelemeler için gereken tıbbi müdahale, genellikle kişiden kan, tükürük, yanak sürüntüsü, mukoza, saç gibi örneklerin alınmasından ibaret olmaktadır⁵²⁴. Bu yöntemlerin ilgili kişiden alınması ise çok kolay ve pratik yöntemler ile yapılmakla birlikte, bu müdahalelerin sınırlı ehliyetsiz kişinin sağlığına veya hayatına tehlike oluşturduğu genel olarak kabul edilemez⁵²⁵.

Korunma gereksiniminin olmadığı soybağı incelemeleri gibi durumlarda, sınırlı ehliyetsiz kişiler kendi başına rıza açıklama hak ve yetkisine sahiptirler. Bu kişilerin ayırt etme gücüne sahip olduğu ve vücut bütünlüğü ile kişisel verileri hakkında özgürce karar alabildikleri düşünüldüğünde, bahse konu hakların kullanımını yasal temsilcinin onayına bağlamak anlamsız bir önlem olacaktır⁵²⁶. Sınırlı ehliyetsizlerin iradelerinin bu şekilde daraltılmasından ziyade, ayırt etme gücünün varlığının kabulü açısından bu kişilere yönelik kriterlerin daha sıkı olmasıyla koruma sağlanmalıdır⁵²⁷. Buna ek olarak, soybağı

olduğu için bu gence sağlık hizmeti verilmemiş ve herhangi bir müdahalede bulunulmamıştır. Bu olayın ardından KDK'ya yapılan başvuruyu değerlendiren kurum; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi hükümlerine göre, çocuğun en iyi çıkarlarının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. 1999 doğumlu şikayetçi gencin, kendini ifade etmekte herhangi bir zorluk yaşamadığı, ayrıca ailesiyle yapılan görüşmelerde de açık sözlü ve özgüvenli bir kişi olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Doğan, s.32; KDK kararı için bkz. <https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/cocuk-kararlar/15-yasini-dolduran-cocugun-tek-basina-saglik-hizmeti-alma-hakki.pdf>.

⁵²⁴ Adli Tıp Kurumu Uygulama Yönetmeliğinin 13'üncü maddesinde "*Mahkemeler, hâkimlikler ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından gönderilen kişilerden nesep tayini ve kriminalistik amaçlı analizleri mümkün olan her türlü biyolojik materyalden yapmak...*" şeklinde belirtilen düzenleme gereği, bu örneklerin nesep tayini bakımından her çeşit örnek ile yapılacağı düzenlenmiştir.

⁵²⁵ Sonat, s.349.

⁵²⁶ Özbilen-Biyolojik, s.276; Şenocak, s.76.

⁵²⁷ TŞSTİDK ve HHY'de bulunan, küçük ve kısıtlıların tıbbi müdahaleler için yasal temsilcilerinin onayının gerekliliğini belirleyen hükümler, kanun koyucunun gelecekte dikkate alması gereken değişiklikler bağlamında, sadece ayırt etme yeteneği olmayan küçük ve kısıtlılar için uygulanır hale getirilmelidir. Hukuki olarak "küçük" ya da "kısıtlı" olarak adlandırılrsa bile birey, müdahalenin önemini, kapsamını ve sonuçlarını anlayabilecek düzeyde ayırt edebilme kapasitesine sahipse, bu tür tıbbi müdahalelere yasal temsilcisinden izin almadan da onay verebilmeli ve bu kişisel hakkını bağımsız olarak kullanabilmelidir. Bkz. Özbilen-Biyolojik, s.274.

incelemelerinin sonuçları, ilgili müdahalelerin pratik yönü gereği tıbbi müdahalelerden farklı olmaktadır. Soybağı inceleme sonuçları, genellikle kişinin akrabalık bağlarının tespiti açısından dolaylı ve hukuki sonuçlar doğurur. Sınırlı ehliyetsiz kişilerin potansiyel olarak karşılaşılabilecekleri hukuki sonuçlara karşı korunmaları, hekimin, soybağı incelemesine ilişkin olarak aydınlatma sorumluluğunu yerine getirmesiyle mümkün olacaktır. Bu aşamada, hekimin, sınırlı ehliyetsiz kişiye, soybağı incelemesinin sonuçlarının ne tür etkileri olabileceğini, incelemenin kapsamını ve nasıl gerçekleştirileceğini mümkün olan en açık şekilde anlatması uygun olacaktır. Aydınlatma sürecinde sınırlı ehliyetiz kişiye verilecek bilgiler, soybağının belirlenmesi veya değiştirilmesiyle ilgili olacağı için, bu koruma gerekliliği açısından ayırt etme gücü bulunan sınırlı ehliyetsizler ile tam ehliyetli kişiler arasında bir ayrıma gerek bulunmamaktadır⁵²⁸. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü sayesinde her iki durumda da yeterli koruma sağlanmış olacaktır⁵²⁹.

(iv) Sınırlı Ehliyetsizin Belirli Bir Yaş Sınırına Ulaşması

Sınırlı ehliyetsiz kişinin rıza açıklaması ve açıklamış olduğu bu rızanın anlam ve önemini kavrayabilmesi bakımından, bu kişilerin belirli bir yaşa gelmiş olması gerektiği doktrinde ifade edilmiş olup, bu başlık altında yaş sınırını referans alan görüşlere yer vereceğiz.

Soybağının tespitine yönelik incelemeler kapsamında, sınırlı ehliyetsiz kişilerin rızasının, yasal temsilcileri tarafından verilmesi gerektiği düşüncesi, bazı hallerde sınırlı ehliyetsiz kişinin yararına olmayabilir. Özellikle eğer sınırlı ehliyetsiz kişi, vesayet altında ise ve yasal temsilci anne veya baba ise, aile bağlarının belirlenmesi konusunda sınırlı ehliyetsiz kişi ile yasal temsilci arasında çıkar çatışması meydana gelebilir⁵³⁰.

⁵²⁸ Aydınlatma bakımından HHY'nin 31/1 maddesinde ilgili husus: "(1) Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır." şeklinde açıklanmıştır.

⁵²⁹ Sonat, s.350.

⁵³⁰ Çocuk ile yasal temsilcisi arasında gündeme gelen çıkar çatışmalarını en aza indirmek adına uluslararası alanda Türkiye'nin de imzasının bulunduğu "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" önem arz etmektedir. Anılan sözleşmenin "Bir temsilci atanması" başlıklı 9.maddesinde: "(1) Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, iç hukuk gereğince, çocukla olan çıkar çatışması sonucunda velayet sorumluluğuna sahip kişiler çocuğu temsil etme

Bu aşamada, sınırlı ehliyetsiz kişinin ayırt etme gücünün olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. TMK'nın 13'üncü maddesinde; *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”* denilmek suretiyle ayırt etme gücü kavramı açıklanmıştır. Bu maddeye dayanarak, ayırt etme gücü, kişinin mantıklı bir şekilde davranabilme ve eylemlerinin neden ve sonuçlarını anlayabilme becerisi olarak ifade edilmektedir⁵³¹. İlgili maddede, ergin olan kişiler için ayırt etme gücünün varlığı bir karine olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³². Bu nedenle, kısıtlı olmasına rağmen ergin olan bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu ve TMK'nın 16'ncı maddesi kapsamında soybağının incelenmesine doğrudan rıza gösterme hak ve yetkisine sahip olacağı kabul edilmelidir⁵³³. Ancak ergin olmayanlar açısından, TMK'nın 13'üncü maddesinde *“yaşın küçüklüğü”* ibaresi kullanılması sebebiyle bu husus, ayırt etme gücünü engelleyen bir faktör olarak kabul edildiğinden, küçüklerin ayırt etme gücüne sahip oldukları karine olarak kabul edilemeyecektir. Bu bağlamda, küçüklerin hangi yaşta ayırt etme gücüne sahip olduklarının belirlenmesi, soybağının incelemesine yönelik rıza gösterme hak ve yetkileri açısından önem kazanmaktadır. Konu hakkında TMK'da belirli bir yaş sınırı kabul edilmemiş olduğundan, olayın özelliklerine ve gerçekleştirilmek istenen eylem veya işleme bağlı olarak hâkimin takdirine göre değişen bir durum söz konusudur⁵³⁴. Genetik testler ile soybağı araştırması yapılması durumunda bu tür bir karar alırken, genetik testlerin

yetkisinden men edildiklerinde, mahkemenin bu davalarda çocuk için bir özel temsilci atama yetkisi vardır. (2) Taraflar, bir çocuğu ilgilendiren davalarda, adli mercinin çocuğu temsil etmek için başka bir temsilci, gerekli olduğu takdirde bir avukat tayin etmek yetkisine sahip olduğunu sağlama olanağını göz önünde bulundururlar.” şeklinde belirtilmek suretiyle, çocuğun üstün menfaati ön planda tutularak, çıkar çatışmasının bulunduğu durumlarda özel temsilcinin atanması gerektiği ifade edilmiştir.

⁵³¹ Dural ve Ögüz, s.54; Sonat, s.350; *“...Davranışlarının eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirme ve ayırt edebilme kudretinde bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak kurabilme, borç altına girme ehliyetinin varlığından söz edilemez.”* Yargıtay 14. HD., E. 2007/2003, K. 2007/3315, T. 27.03.2007 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 29.06.2023).

⁵³² Akıntürk ve Karaman, s.132 vd.

⁵³³ Sonat, s.351.

⁵³⁴ Baygın-Soybağı, s.296.

tıbbi bir prosedür olması ve bu test sonuçlarının soybağı ilişkilerini etkileyebilecek nitelikte olması önem arz ettiğinden dolayı, küçüklerin ayırt etme gücünün saptanması gerekmektedir.

Sınırlı ehliyetsizlerin tıbbi müdahalelere rıza göstermesi ile ilgili olarak doktrinde kabul edilen yaygın görüş; bu müdahaleler dahilinde kesin bir yaş sınırı belirlemek yerine, müdahalenin şiddeti ve kapsamına bağlı olarak olgunluk yaşının değerlendirilmesi yönündedir⁵³⁵. Soybağı incelemeleri söz konusu olduğunda genel görüş, tıbbi müdahalelerle kıyaslandığında, ayırt etme gücünü kabul etmek için gereken olgunluğun daha erken bir yaşta kazanılabileceği yönündedir. Buna göre, soybağı incelemelerinin ne olduğu ve bu testin, kişi ve ailesinin yaşamı üzerindeki olası etkilerini anlama ve bu temelde testi kabul etme veya reddetme konusunda özgürce karar verebilecek bilinç ve olgunluk düzeyine en erken 14 veya 15 yaşında ulaşılabileceği belirtilmektedir⁵³⁶. Doktrindeki bir başka görüşe göre, soybağı incelemelerine onay verme konusunda yaşın bir ölçüt olarak kullanılmasında, testi kabul etme ve reddetme arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Soybağı testlerinin yapılmamasına kıyasla, testin yapılmasının ortaya çıkarabileceği olası sonuçlar göz önüne alındığında, çocuğun korunma ihtiyacının daha yüksek olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle rıza verme için gerekli olgunluğun reddetme için gerekli olandan daha geç bir yaşta kazanılması gerektiği kabul edilir⁵³⁷. Kesin olmamakla birlikte, normal gelişim gösteren bir çocuk için soybağı testini reddetme konusunda ayırt etme gücünün 12 yaşından itibaren kabul

⁵³⁵ Doktrinde, tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda, ayırt etme gücü bakımından kesin bir yaş sınırı belirlemek yerine, belirli yaş aralıklarının kabul edilebileceği belirtilir. Bu bağlamda, doktrinde yer alan bir görüşe göre, genel bir kural olarak, 10 yaşın altındaki çocukların (standart) tıbbi müdahalelere onay açısından ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilmektedir. 10 ile 15 yaş arasındaki çocuklar için ise, duruma bağlı olarak, kademeli bir şekilde ayırt etme gücüne sahip olabilecekleri düşünülmektedir. 15 yaşından itibaren ise, çocuğun tıbbi müdahaleye onay verme bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu varsayılmaktadır. Bkz. Hakeri, s.154; Aynı yönde Şenocak bkz. Küçüğün ayırt etme yeteneğinin olup olmadığını değerlendirecek olan kişi, onunla doğrudan tedavi ilişkisi içerisinde olan hekimdir. Bu değerlendirmede, çocuğun, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde verilen bilgileri anlayıp anlamadığı, bu bilgileri kendi değerler sistemi açısından değerlendirip değerlendiremediği ve kendi davranışını bu bilgilere dayalı olarak belirleyip belirlemediği tespit edilecektir. Bu tespitin yapılması bakımından herhangi bir yaş sınırı belirlemek zordur. Bkz. Şenocak, s.80.

⁵³⁶ Berney, s.138; Büchler, s.37 vd.; . Anne Benoit, Nicolas Queloz, Frederic Schaller ve Dominique Sprumont, **Conditions de licéité des tests de paternité par analyse d'ADN en dehors du cadre judiciaire**, PJA 2003, s.37 vd.; (Sonat, s.352'den naklen).

⁵³⁷ Cyrill Hegnauer, **Voraussetzungen der aussergerichtlichen Abstammungsuntersuchung**, ZVW 1994, s.146, Philippe Meier, P ve Martin Stettler, **Droit de la filiation**, 4. Éd., Zürich 2009, N.425 (Sonat, s.352'den naklen).

edilebileceği; ancak, soybağı testini kabul etme konusunda ise, ayırt etme gücünün 16 yaşından önce kabul edilmemesi gerektiği öne sürülmektedir⁵³⁸.

Sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücünün yaş olarak tespiti bakımından doktrinde öne sürülen görüşleri ve mevcut yasal düzenlemeleri birlikte değerlendirdiğimizde, kanaatimize göre, soybağının tespitine yönelik yapılacak tıbbi araştırma ve incelemeler; velayet, vesayet, miras hakkı vb. yasal sonuçları nedeniyle, çocuğun standart tıbbi müdahalelere kıyasla daha yüksek bir kavrama yeteneğine sahip olmasını gerektirmektedir. Çocuklar, soybağının incelenmesi testlerine katılmaya karar verirken, ebeveynlerinin etkisi altında olma eğilimindedir. Ebeveynler, çocuğun bilinç düzeyi nedeniyle kendisinden diledikleri gibi istifade edebildikleri için, en azından çocuğun, soybağının hukuki anlam ve sonuçlarını makul bir düzeyde anlamaya yetecek kadar bilişsel seviyeye gelmesi gerekmektedir. Bu nedenle, çocukların soybağı testleri bakımından özgürce karar verebilmesi için, tıbbi müdahalelere kıyasla, daha gelişmiş bir irade yeteneğine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, soybağı testlerine katılma konusunda ayırt etme gücünün, daha yüksek bir olgunluk düzeyi gerektirdiği kabul edilmelidir. Fakat bu olgunluk düzeyi yaşının tespiti hususu kişiden kişiye farklılık gösterdiğinden dolayı bunu, belirli bir yaş ölçütü ile sınırlamak mümkün değildir⁵³⁹. Mevcut bir soybağı yargılamasının görüldüğü davada hâkim, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı bakımından takdir hakkına sahip olacaktır. Şayet hâkimde bu olguyu tespit bakımından bir şüphe uyanmış ise, bu hususta bilirkişiden yardım almasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Cyrill Hegnauer, ZVW, s.146 (Sonat, s.352'den naklen).

⁵³⁹ Aynı yönde bkz. Sonat, s.352; Şenocak, s.80.

⁵⁴⁰ Bilirkişi raporu alınması hakkındaki bilgiler için bkz. İkinci Bölüm I. B. ve Dördüncü Bölüm I. E.

ba) Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Sınırlı Ehliyetsizler

Ayırt etme gücü olmayan bir kişinin, rıza verme kapasitesi de bulunmadığından, hukuki sonuç doğurmaya elverişli olan rıza beyanında bulunması mümkün değildir. Bu sebeple, ayırt etme gücü olmayan kişinin soybağının incelenmesi hususunda tıbbi müdahalelere tabi tutulması durumunda, yasal temsilcisinin onayının gerektiği konusunda doktrinde herhangi bir karşıtlık bulunmamaktadır⁵⁴¹. Uygulama ve doktrin, tıbbi müdahaleye rıza hakkını, kişinin özgürlüğüne ve kişisel bütünlüğüne yakından bağlı, nisbi anlamda kişiye özgü bir hak olarak tanımlamaktadır⁵⁴². Bu tür bir sınıflandırmanın sonucu olarak, ayırt etme gücü bulunmayan küçüğe yönelik tıbbi müdahale konusunda rıza, teorik tartışmalara mahal vermeden yasal temsilci tarafından verilebilir. Küçüğün vücut ve ruh bütünlüğü gibi temel kişilik değerlerinin korunması, yasal temsilcinin yetki ve sorumlulukları çerçevesinde değerlendirilmeli ve bu bağlamda tıbbi müdahaleye rıza, küçüğün yararına olan durumlarda sağlanmalıdır⁵⁴³.

Yasal temsilcinin, soybağının tespitine yönelik rıza sürecinde, küçüğün menfaatlerini koruma sorumluluğu bulunmaktadır. Bu çerçevede, yasal temsilcinin her müdahaleye körü körüne onay vermesi mecburi değildir. Aksine, daha önce vermiş olduğu rızayı çekme veya müdahaleyi reddetme hakkına da sahiptir. Bu bakımdan yasal temsilcinin, küçüğün sağlık durumu ve menfaatlerini dikkatli bir şekilde değerlendirerek, müdahaleye rıza gösterme ya da göstermeme yönünde bilinçli karar alması gerekmektedir. Yasal temsilcinin, tıbbi müdahaleler bakımından sınırlı ehliyetsiz hakkında rıza gösterme durumu ölçülü olmak zorundadır⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ Şenocak, s.77; Doğan, s.32; Dural ve Ögüz, s.106.

⁵⁴² Dural ve Ögüz, s.106.

⁵⁴³ Şenocak, s.73.

⁵⁴⁴ Badur, s.112.

d) Tam Ehliyetsizlerde Rıza

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, bilinçli iradeye ve bu iradeye uygun olarak davranma yetisine sahip olmadıklarından dolayı, bu kişilerin kendi fiilleri ile hak sahibi olamadıkları ve borç altına giremedikleri kabul edilir⁵⁴⁵. TMK'nın md.15'e göre; ayırt etme gücü bulunmayanların eylem ve işlemleri, Kanunda belirtilen istisnai durumlar dışında⁵⁴⁶, hukuki anlamda sonuç doğurmayacaktır. Ayırt etme gücü eksikliği nedeniyle, küçük veya kısıtlı kişilerin bilinçli bir iradeye sahip olmaması ve bu iradeye uygun hareket edememesi sebebiyle, bu bireylerin tam ehliyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tam ehliyete sahip olmayan kişilerin irade beyanı da hukuki sonuç doğurmayacaktır⁵⁴⁷. Her ne kadar yapılacak müdahale, tam ehliyetsiz kişi açısından kritik öneme sahip olsa da, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin müdahaleye verdiği rıza hukuken geçerli kabul edilmez. Bu tür bir rızaya dayanarak hareket eden hekim, hukuka aykırı bir eylemde bulunmuş olur. Hukuki bir sonuç yaratmak amacıyla iradenin açıklanması, genellikle tam ehliyetli olmayan kişi adına yasal temsilci tarafından yapılmalıdır. Tam ehliyetli olmayan bir kişinin iradesine genellikle hukuki sonuç bağlanmadığından, bu kişinin kişisel değerlerle ilgili müdahalelere ve özellikle soybağının incelenmesi bakımından geçerli olan incelemelere rıza gösterme yetkisi de bulunmamaktadır⁵⁴⁸. Bu bağlamda, yasal temsilcinin soybağı incelemelerine rıza gösterme yetkisinin olup olmadığı ve soybağı incelemesine rıza gösterme hakkının temsil yoluyla kullanılmaya uygun bir hak olup olmadığı hususları önem kazanmaktadır.

⁵⁴⁵ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.73; Dural ve Ögüz, s.65; Tekinay, Burcuoğlu ve Altop, s.384.

⁵⁴⁶ İstisnai durumlar için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.76; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.311 vd.; Dural ve Ögüz, s.67 vd.

⁵⁴⁷ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.73,74.

⁵⁴⁸ Sonat, s.353; Özbilen'e göre; Tam ehliyete sahip olmayan kişiler, kendi vücutlarından biyolojik materyal alınmasına ya da kendilerine biyolojik materyal aktarılmasına kişisel olarak rıza gösteremezler. Zira bu tür müdahalelerin potansiyel sonuçlarını, içerdikleri riskleri ve hizmet ettikleri amacı anlama kapasitesine sahip bir zihinsel yetenekten yoksundurlar. Kuşkusuz, ayırt etme gücü bulunmayan bireyin müdahaleye doğrudan rıza vermemesi, kişinin hayatı ve sağlığı gibi temel kişisel değerler açısından kendi kaderine terk edilmesi anlamına gelmemelidir. Diğer kişilerde olduğu gibi, ayırt etme gücü bulunmayan kişiler için de kimi durumlarda vücut bütünlüğü ile ilgili müdahalelerin yapılması gerekebilir. Bu gerçeklik göz önüne alınarak, bu özel durumdaki kişiler için uygun ve etik bir çözüm bulunması önemlidir. Bkz. Özbilen 2001, s.225-226.

Önceki açıklamalarımızda bahsetmiş olduğumuz gibi, kişilik değerlerine yönelik olan soybağı incelemelerine rıza gösterilmesi hususu, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklar bakımından bir irade açıklamasıdır⁵⁴⁹. Ayırt etme gücü olmayan bir kişi söz konusu olduğunda, kişiye sıkı surette bağlı olan hakların yasal temsilci tarafından kullanılıp kullanılmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁵⁰. Bu tür hakların temel niteliği, yasal temsilci aracılığıyla kullanılmaması olarak kabul edilse de, doktrinde, yasal temsil yoluyla hakların kullanılmasının tam ehliyetsiz kişinin menfaatine olabileceği veya kişinin çıkarlarının, temsil yasağı ile korunmaya çalışılan risklere kıyasla daha ağır basabileceği durumlarda, bu hakların istisnai olarak yasal temsilci tarafından kullanılmasına izin verilmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya konulmaktadır⁵⁵¹. Buna göre doktrinde, kişiye sıkı surette bağlı hakların “mutlak” ve “nisbi” olarak iki alt kategoriye ayrılması gerektiği, yasal temsilciliğin en azından "nisbi" kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında mümkün olabileceği belirtilmektedir. Yani, bu görüşe göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar homojen bir yapıda değildir ve bu hakların kullanımı, duruma ve hak türüne bağlı olarak yasal temsilcilik yoluyla gerçekleştirilebilir⁵⁵².

Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların belirgin özelliğinin, yasal temsilci vasıtasıyla kullanımının mümkün olmamasıdır⁵⁵³. Ancak, doktrinde tam ehliyetsiz bir kişinin yararına olduğu veya yasal temsil yasağının, söz konusu kişinin çıkarlarının korunmak istenen riskle karşılaştırıldığında ağır bastığı durumlarda, bu hakların olağanüstü bir şekilde yasal temsilci

⁵⁴⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm II. B. 3.

⁵⁵⁰ Dural ve Ögüz'e göre; şahsa sıkı sıkıya bağlı olan mutlak haklar, nitelikleri gereği doğrudan hak sahibi tarafından kullanılmakla birlikte, yasal temsilcinin bu nitelikte olan hakları, temsil etmiş olduğu kişi adına kullanma hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Mutlak anlamda kişiye sıkı surette bağlı hakların temsil yolu ile kullanılması hukuka aykırıdır. Buna karşılık nisbi anlamda kişiye sıkı surette bağlı hakların ise, hak sahibinin tam ehliyetsiz olması durumunda yasal temsilci tarafından kullanılabilmesinde bir sakınca yoktur. Dural ve Ögüz, s.73 vd.

⁵⁵¹ Dural ve Ögüz, s.73; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.317.

⁵⁵² Mutlak ve nisbi nitelikte olan kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.79; Dural ve Ögüz, s.73 vd.; Ayrıca temsilin geçerliliği ve temsilin geçersizliği ayrımı için bkz. Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.317 vd.

⁵⁵³ Honsell Bigler-Eggenberger, Art. 19, Nr. 37 (Şenocak, s.73'den naklen); Dural ve Ögüz, s.73 vd.

tarafından kullanılmasına izin verilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁵⁵⁴. Tıbbi müdahalelerle ilgili olarak, özellikle sağlık durumları söz konusu olduğunda, tam ehliyetten yoksun kişinin tedavisi için zorunlu olan hallerde, bu tür bir menfaatin var olduğu ve bu nedenle kişi adına yasal temsilcinin rıza beyanında bulunabileceği açıkça kabul edilmektedir⁵⁵⁵. Çünkü çocuğun soybağının belirlenmesinde genel bir menfaati olduğu ve bu tür incelemelerin, çocuğun aile bağlarını ve sağlık durumunu anlamasına yardımcı olduğu kabul edilmektedir. TMK hükümleri de, çocuğun dava hakkıyla ilgili olarak bu sonucu desteklemekle birlikte, yasal açıdan önemli bir dayanaktır. Özellikle TMK 301'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, ayırt etme gücünden yoksun çocuk adına babalık davasının, 291'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, soybağının reddi davasının yasal temsilci olan kayyum tarafından açılabilmesi belirtilmektedir. Bu hükümler göz önüne alındığında, soybağı ilişkisinin kurulması veya reddedilmesine ilişkin dava hakkının, yasal temsilci tarafından kullanılabilmesinin, kanun koyucu tarafından kabul edildiği anlaşılmaktadır⁵⁵⁶. Bu bağlamda, dava hakkının kullanılmasının bir ön koşulu olan, soybağı incelemeleri açısından da aynı sonucun kabul edilmesi ve rızanın, yasal temsilci tarafından verilebileceği sonucuna varılması gerekmektedir⁵⁵⁷. Kanaatimizce, soybağının incelenmesine rıza gösterme, temsil yoluyla kullanılacak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsamında bırakılmalı ve tam ehliyetten yoksun kişiler adına yasal temsilcisinin rıza beyanında bulunup bulunmama konusunda yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Yasal temsil yetkisinin kime ait olacağı konusu, velayet ve vesayetle alakalı genel düzenlemeler doğrultusunda tespit edilmektedir. Bu bağlamda, soybağı incelemesi yapılacak olan ergin çocuk adına, yasal temsil yetkisinin kime ait olacağı hususunun belirlenmesi gerekir. TMK'nın 335'inci maddesi gereği, reşit olmayan çocuklar genellikle velayet altında

⁵⁵⁴ Serozan, s.397; Dural ve Ögüz, s.76.

⁵⁵⁵ Özbilen-Biyolojik, s.227.

⁵⁵⁶ Sonat, s.354.

⁵⁵⁷ Sonat, s.354.

bulunurlar⁵⁵⁸. Eğer ana baba vefat etmiş ya da velayet hakları ellerinden alınmışsa, çocuk vesayet rejimine dahil edilir ve kendisine bir vasi atanır. Bu durumda, vasi, ayırt etme gücü bulunmayan çocuk adına soybağının incelenmesi adına rıza verme yetkisine sahiptir⁵⁵⁹. Çocuğa bir kayyım tayin edilmişse, kayyımın çocuk adına rıza beyanında bulunma yetkisi, kayyımın atanma amacına bağlı olacaktır. Eğer kayyım, çocuğun dahil olduğu soybağının reddine, babalığın veya tanınmanın iptaline ilişkin davalarda çocuğu temsil etmek üzere atanmışsa, kayyımın görev alanının, soybağı incelemeleri hususunda da karar alma yetkisini içerdiği ve kayyımın çocuk adına rıza beyanında bulunma yetkisine sahip olması gerektiği kabul edilmelidir⁵⁶⁰.

Velayet altında bulunan çocuğun hukuksal temsilcisine ilişkin olarak, TMK'nın 342'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, ana ve baba, velayet hakları ellerinden alınmadıkça çocuğun yasal temsilcisidir. Eğer ebeveynler evliyse, TMK'nın 336'ncu maddesinin birinci fıkrasına göre, bu temsil yetkisini genellikle ortaklaşa kullanırlar. Dolayısıyla, soybağı incelemesi hususunda, çocuk adına rıza beyanında bulunma yetkisinin de ana ve baba tarafından müştereken kullanılması gerekmektedir. Sadece bir ebeveynin soybağı incelemesine onay vermesi, hukuki açıdan yeterli sayılmamaktadır. Bu bağlamda doktrinde, TMK'nın 342'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen, ana ve babadan birinin rızasının bulunmaması durumunda, iyi niyetli üçüncü şahısların güvencesinin korunmasına dair ilkenin, soybağı incelemesi için verilecek rıza ile ilgili olarak uygulanamayacağı, bu durumda ana ve babadan birinin rızası alınmamışsa, soybağı incelemesi için verilen rızanın geçersiz olacağı belirtilmektedir⁵⁶¹. Buna karşılık, eğer evlilik sona ermişse veyahut velayet hakları ana ve babanın herhangi birinden alınmışsa, TMK'nın 336 ve 337'nci maddeleri

⁵⁵⁸ TMK'nın 339'uncu maddesinin birinci fıkrası, velâyet hakkının kapsamını belirlerken, çocuğun bakımı ve eğitimiyle ilgili tüm kararların, çocuğun menfaatine uygun şekilde alınması ve uygulanması hususunda ana ve babaya yetki vermektedir. Aynı şekilde, TMK'nın 403'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre vasi, vesayet altındaki çocuğun veya kıstlı kişinin kişisel ve maddi çıkarlarını koruma ve yasal işlemlerde onu temsil etme sorumluluğuna sahiptir.

⁵⁵⁹ Sonat, s.354.

⁵⁶⁰ Hegnauer, s.17; (Sonat, s.354'den naklen).

⁵⁶¹ Hegnauer, s. 19; Meier ve Stettler, s. 426; Büchler, s. 38; Benoit, Queloz, Schaller ve Sprumont, s. 1285 (Sonat, s.355'den naklen).

gereğince, hukuksal temsil yetkisi velayet hakkı kendisine ait olan kişidedir. Bu durumda, velayet hakkına sahip olan kişi, soybağı incelemesine yönelik tek başına rıza açıklamaya yetkili olacaktır⁵⁶².

Çocuğun ana ve babası tarafından yasal temsil yetkisini kullanıp kullanamayacaklarına dair, TMK'nın 426'ncı maddesinin ikinci fıkrasının ikinci bendinin gözetilmesi gerekmektedir⁵⁶³. Bu hüküm, yasal temsilci ile temsil edilen kişi arasında bir menfaat çatışması bulunması halinde, yasal temsil altındaki kişi lehine bir kayyım atanmasının gerektiğini düzenlemektedir⁵⁶⁴.

Soybağının tespit edilmesine yönelik tıbbi araştırma ve incelemelerde, çocuk ile velayet haklarına sahip ana baba arasında ne zaman bir menfaat çatışması olduğunun kabul edileceği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır⁵⁶⁵. Bu bakımdan çocuğun, kendisiyle soybağının araştırıldığı anne veya baba ile çıkar çatışması içinde olacağını kabul etmek

⁵⁶² Çocuğun yasal temsilcisi olan ana baba tarafından çocuk adına onay beyanı verilmesi hususunda yetki bulunup bulunmadığını değerlendirirken, TMK md.426/2.b.2'nin de göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir. Söz konusu hüküm, yasal temsilci ile temsil edilen kişi arasında menfaat çatışması bulunmasının, yasal temsil altındaki kişi için kayyım atanmasını gerektirecek sebeplerden biri olduğunu düzenlemektedir. Bkz. Sonat, s.355.

⁵⁶³ TMK md.426: “(1)Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar: 1. Ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse, 2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışyorsa, 3. Yasal temsilcinin görevini yerine getirmesine bir engel varsa.”

⁵⁶⁴ Baygın-Soybağı, s.309.

⁵⁶⁵ Menfaat çatışmasının varlığını değerlendirirken, esas olarak ana babanın gelecekteki bir dava sürecinde bu test sonuçlarından faydalanma ihtimalinin bulunup bulunmadığına odaklanılması gerektiği yönünde bkz. Hegnauer, s.18 (Sonat, s.356 dp.122'den naklen); Eğer bu görüş kabul edilirse, pratikte, yasal babanın durumu için, soybağının reddi veyahut tanımının iptali davalarına ilişkin hak düşürücü sürelerin henüz dolmamış olması durumunda, yasal babanın çocukla menfaat çatışması içerisinde olduğu kabul edilecektir. Yasal babanın bu test sonucunu, eşine karşı açacağı bir boşanma davasında veya boşanmanın sonuçlarını değiştirmek amacıyla açılacak bir davada kullanma olasılığından ötürü, çocukla menfaat çatışması içinde olduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan, anne açısından bakıldığında, yasal babaya karşı tanımının iptali veya biyolojik babaya karşı açılacak bir babalık davasına ilişkin hak düşürücü sürelerin henüz dolmamış olması halinde, annenin de çocukla menfaat çatışması içerisinde olduğuna dair bir sonuca varılması gerekmektedir. Bkz. Sonat, s.356 dp.122)

gerekir. O halde, çıkar atışması içerisinde olan anne veya babanın, ocuk adına soybağının incelenmesi kapsamında rıza açıklamasında bulunmaması gerektiği kanaatindeyiz⁵⁶⁶.

Çocuğun anne veya babasının yasal olarak çocuğu temsil edip edemeyeceği ve buna bağlı olarak çocuğa bir kayyım atanması gerekip gerekmediği konusu, aslında birkaç farklı açıdan ele alınmalıdır. Bu açılardan bazıları şunlardır: soybağı araştırması yapılacak kişinin anne ya da baba olup olmadığı, ocuk ile araştırılan kişi arasında zaten bir soybağı ilişkisinin bulunup bulunmadığı, ocuk ile ana-baba arasında menfaat atışması olup olmadığı ve eğer varsa bu çatışmanın her ikisi için mi yoksa sadece biri için mi geçerli olduğudur. Ayrıca, eğer ana-babadan sadece biri ile ocuk arasında menfaat atışması varsa, diğer ebeveynin yasal temsil yetkisini tek başına kullanıp kullanamayacağı ya da her durumda çocuğa bir kayyım atanması gerekip gerekmediği de deęerlendirilmelidir⁵⁶⁷.

3. Rızanın Hukuka ve Ahlak Kurallarına Uygun Olması

a) Genel Olarak

Hukuki bir sonuç doğurmaya elverişli olan rıza açıklamasının, hukuki işlem olduğunu ve doktrindeki çoğunluk tarafından da hukuki işlem olarak nitelendirildiğini ifade etmiřtik⁵⁶⁸. Hukuki işlemlerin konusunun doğası gereği, zorunlu hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına uyumlu olması ve aynı zamanda gerçekleştirilebilir olması gerektiği kabul edilmiřtir⁵⁶⁹.

⁵⁶⁶ İsviçre’de, İnsanlarda Genetik Araştırmalar Yapılması Hakkında Kanunun (GUMG) 34’üncü maddesinin birinci fıkrasında da; ocuk ile soybağı incelemesi yapılacak kişinin, ayırt etme yeteneği olmayan ocuk adına onay verme yetkisi olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bkz. Sonat, s.356 dp.123.

⁵⁶⁷ Soybağının ana veya babayla kurulması açısından farklı değerlendirmeler yapılması gerektiği yönünde bkz. Hernauer, ZVW 1994, s. 147; Soybağı ilişkisi araştırılan kişi ile ocuk arasında soybağının bulunup bulunmaması açısından ayırım yapılmasını yönünde bkz. Thomas Geiser **Private Vaterschaftsabklrungen Zustimmung des Kindes**, ZVW 2002, s.246 vd.; ocuk ile ana-babanın her ikisi arasında menfaat çatışmasının her zaman var olacağını ve bu sebeple çocuğa kesinlikle bir kayyım atanması gerektiği yönünde bkz. Berney, s.152 (Sonat, s.357 dp.124’den naklen).

⁵⁶⁸ Bkz. nc Bölüm II. A. 3.; Ayrıca bkz. Oğuzman ve öz, s.36; Atak, s.20; ilingiroğlu, s.44.

⁵⁶⁹ Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 16. Basım, İstanbul 2010, s. 189 vd.; Mustafa Dural ve Suat Sarı, **Türk zel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul 2009, s.182; Oğuzman ve öz, s.72; Serozan, s.337

Soybağının tespitine yönelik incelemeler bakımından hukuk sistemimiz, esas olarak hem medeni hukukta hem de medeni usul hukukunda iki esas düzenleme içermektedir. Çalışmamız açısından geçerli olan ve rıza hususunu içeren ana düzenleme TMK'nın 284'üncü maddesi olmakla birlikte; HMK'nın 292'nci maddesi de, hem sonraki Kanun olması hem de uygulamada gündeme gelmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan, rıza hukuki işlemi açısından bu iki esas düzenlemeye ek olarak TBK ve TMK'nın hukuki işlemlerin geçerlilik koşullarını içeren maddeleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Soybağının isteğe dayalı olmaksızın belirlenmesi açısından rıza açıklamasının, TBK'nın 27'nci maddesi bakımından genel anlamda öneme sahip olmakla birlikte; özellikle isteğe dayalı olarak yapılan soybağı incelemeleri ile insan kaynaklı biyolojik materyalin alınmasının öngörüldüğü sözleşmeler kapsamında anılan madde önem arz etmektedir. Bu itibarla; bu başlık altında rıza hakkında yapılacak olan genel açıklamalar⁵⁷⁰, özellikle isteğe dayalı gen analizleri ile insan kaynaklı biyolojik materyallerin alınması hakkında geçerli olan rızaya ilişkindir.

İnsan kaynaklı biyolojik materyalleri içeren sözleşmelerin de belirtilen şartları taşınması zorunludur. Eğer söz konusu şartlar yerine getirilmezse, TBK'nın 27'nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, bu işlem kesin olarak hükümsüz sayılacaktır⁵⁷¹. Ayrıca, işlemin geçerliliği için, sözleşmenin taraflarının hukuki işlem ehliyetine haiz olmaları, irade açıklamalarının geçerli olması ve sözleşmede herhangi bir hile veya aldatma unsuru bulunmaması gerekmektedir⁵⁷². Soybağı incelemesine esas olmak üzere kişilerden biyolojik materyallerin alınmasını kapsayan işlemler, geçerlilik şartları açısından farklılık

⁵⁷⁰ Üçüncü Bölüm III. C'deki genel açıklamalar, hem isteğe dayalı olan hem de olmayan soybağı incelemeleri açısından geçerlidir.

⁵⁷¹ TBK md.27/1: "(1)Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

⁵⁷² Oğuzman ve Barlas, s.190; Serozan, s.340.

göstermemektedir. Aşağıdaki alt başlıklarda, geçerlilik koşullarına genel itibariyle değinmeye çalışacağız.

a) Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Emredici hukuk kuralları genel olarak, kesinlikle uyulması gereken ve hukuk düzeni tarafından aksine hüküm koymaya izin verilmeyen kurallar olarak tanımlanmaktadır⁵⁷³. Bir hukuki işlemin geçerli sayılması için, konusunun yalnızca TMK ve TBK'daki emredici hukuk kurallarına değil, aynı zamanda hukuki düzendeki tüm emredici hukuk kurallarına uygun surette olması zorunludur. Bu nedenle, bir kuralın kaynağı ceza hukuku veya idare hukuku olabilir. Eğer bu kural, tarafların iradeleriyle aşılamayacak şekilde kesin bir yasak veya talimat koyuyor ve mutlaka uygulanması gerekiyorsa, bu kural emredici hukuk kuralı olarak adlandırılır⁵⁷⁴. Bunlar, doğrudan bir sözleşmenin düzenlenmesini yasaklayabileceği gibi, sözleşmede belirtilen yükümlülüğün ya da sözleşmenin amacının emredici normlar tarafından yasaklanmasını da içerebilir⁵⁷⁵. Ayrıca biyolojik materyallerin alımı hükümlerini içeren sair düzenlemeler de emredici hukuk kuralları açısından dikkate alınacaktır⁵⁷⁶.

b) Genel Ahlaka Aykırılık

Geçerlilik koşulları bakımından bir başka sınır, hukuki işlemin genel ahlaka aykırı olmamasıdır. TMK'nın kişiliğin korunması başlığını taşıyan 23'üncü maddesini rıza bakımından değerlendirdiğimizde; kişi özgürlüklerinin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağı ortaya çıkmaktadır. Buna ek olarak sözleşmesel bağlamda konuya baktığımızda, TBK'nın 27'nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, ahlaka aykırı olan

⁵⁷³ Oğuzman ve Barlas, s.81; Oğuzman ve Öz, s.72; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.370; Dural ve Sarı, s.105.

⁵⁷⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.374.

⁵⁷⁵ Fikret Eren, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Basım, İstanbul 2010, s.290; Hukukumuzda, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde yapılan bazı sözleşmelerin uygulanmasını engelleyen yasaklamalar bulunmaktadır. Ayrıca bir kişinin kendi vücudundan alınan biyolojik maddelerin karşılığında, belli bir menfaat taahhüt etmesi hukuka aykırı olarak kabul edilir. Bu bağlamda, 2238 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi, insan kökenli organ ve dokuların yalnızca karşılıksız olarak devredilebileceğini belirtir. Bkz. Özbilen-Biyolojik, s.195; 2238 sayılı Kanun md.3: "*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.*"

⁵⁷⁶ Özbilen-Biyolojik, s.195.

sözleşmeler kesin olarak geçersizdir. Ahlak, yer ve zamana bağlı olarak değişen bir kavramdır ve toplumlar arasında farklı ahlaki anlayışlar olabilir⁵⁷⁷. Bir hukuki işlemin ahlaka uygun olup olmadığını belirlerken, dürüst ve sağduyulu olan, orta düzeyde zeka seviyesine sahip kişilerin genel olarak kabul ettiği ahlaki değerler temel alınmalıdır⁵⁷⁸. Bununla birlikte, toplumda yaygın olarak görülse dahi, tutucu inançlar veya katı ve kalıplaşmış düşünceler ahlaki kural olarak kabul edilemez⁵⁷⁹.

Hukuki işlemin konusunun ahlaka aykırı kabul edildiği pek çok durumda, bahse konu husus, aynı zamanda kişilik haklarına, kamu düzenine ya da zorunlu hukuk kuralları bakımından da aykırı olabilmektedir. Kişinin yaşamı bakımından önemli olan bir organ veyahut dokusunu, maddi bir menfaat amacıyla başkasına vermesini konu edinen rıza açıklaması, TMK'nın 23'üncü maddesinde düzenlenen kişilik hakkına, TBK'nın 27'nci maddesinde düzenlenen genel ahlaka ve 2238 sayılı Kanunun 3'üncü maddesindeki özel hükme aykırılık teşkil edecektir⁵⁸⁰.

Bir hukuki işlemin genel ahlaka uygun olup olmadığı değerlendirilirken, ahlak kurallarının esnek olduğu ve zamanla değişebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁸¹. Örneğin, Türkiye'de yaklaşık otuz yıl önce kürtaj uygulaması ahlaka aykırı bir eylem olarak kabul edilirken, günümüzde bu uygulama kadının özgürlüğü ve vücut bütünlüğü değerleriyle doğrudan ilişkilendirilmektedir. Dolayısıyla, bir tıbbi uygulamayı tamamen ahlaka aykırı olarak nitelendirip yasaklamak yerine, olası olumsuz sonuçları engellemek adına yasal tedbirler alınarak bu tür uygulamalara izin verilmesi daha uygun bir yaklaşım olabilir⁵⁸².

⁵⁷⁷ Eren, s.291.

⁵⁷⁸ Oğuzman ve Öz, s.74.

⁵⁷⁹ Oğuzman ve Öz, s.74; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.398.

⁵⁸⁰ Özbilen-Biyolojik, s.200.

⁵⁸¹ Eren, s.291.

⁵⁸² Tıbbi bir gereklilik olmaksızın, sadece kişisel tercih doğrultusunda yapılan kürtaj, yani yasal tabiriyle "gebeliğin sona erdirilmesi" işlemi, 24 Mayıs 1983'te çıkarılan 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile Türkiye'de yasal bir zemine oturtulmuştur. Fakat, 1983 yılına dek kişisel tercihe dayalı kürtajın yasak olduğu süreçte, kadınların istenmeyen gebeliklerden kaçınmak için sağlıksız şartlarda ve yüksek maliyetlerle bu işlemi yasa dışı yollardan gerçekleştirdikleri

c) Kişilik Haklarına Aykırılık

Bu başlık altında yalnızca rıza açıklamasının kişilik hakları dahilinde değerlendirilmesi yapılacak olup soybağı incelemelerinin kişilik hakları üzerindeki yeri hususu ise ayrıca incelenecektir⁵⁸³.

TMK'nın 23'üncü maddesinin ilk fıkrası, kişinin hak ve fiil ehliyetinden, kısmi de olsa feragat edemeyeceğini vurgulamaktadır. Anılan düzenlemenin ikinci fıkrası ise, hiç kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini ve bu özgürlükleri, ahlaki veya hukuki normlara aykırı bir şekilde kısıtlayamayacağını belirtir⁵⁸⁴. Özgürlüklerin, hukuka veya ahlaka aykırı olmadan kısıtlanmasında herhangi bir sorun yoktur⁵⁸⁵. Aksi halde, özgürlükleri kısıtlayan her türlü sözleşmenin hukukten geçerli olamayacağı sonucuna varılırdı⁵⁸⁶. Kişiliğin korunması bağlamında özel hukukta bir başka temel prensip ise TMK'nın 24'üncü maddesi ile belirlenmiştir. Bu madde, kişilik haklarına karşı bir ihlal durumunda, hak sahibinin kendini korumasını talep etme hakkına sahip olmasını sağlamaktadır⁵⁸⁷.

Kişinin, kendi kişilik değerleriyle ilgili konularda karar alma özgürlüğü, TMK'nın 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde ele alınmaktadır. Buna göre kişi, kişilik değerleriyle ilgili karar verme özgürlüğünden feragat edemez ve bu özgürlüğü hukuka veya

ve bu durumun kısırlık da dahil olmak üzere ciddi sağlık problemleri yarattığı bilinir. Bu durum, kürtajın yasallaşmasının ardındaki sosyal ve sağlıkla alakalı gerekçeleri de ortaya koymaktadır. Bkz. Özbilen-Biyolojik, s.204.

⁵⁸³ Bkz. Dördüncü Bölüm III. D.

⁵⁸⁴ Madde içerisinde geçen "hukuka aykırı" tabirinin, aslında maddeye yeni bir unsur eklemekten ziyade, özgürlüklerin kısıtlanmasının yasada başka bir madde ile zaten yasaklanmış olması durumunda, TMK'nın 23'üncü maddesinin ikinci fıkrasının değil, bu kısıtlamayı getiren diğer yasaklayıcı maddenin uygulanacağını belirtmek amacıyla kullanıldığı görüşü bulunmaktadır. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1)**, 4. Bası, İstanbul, 2008, s.565.

⁵⁸⁵ Oğuzman ve Öz, s.500; Oğuzman, Seliçi, Oktay ve Özdemir, s.163; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.391.

⁵⁸⁶ Özbilen'e göre; TMK'nın 23'üncü maddesi, kişilik değerleriyle ilgili taahhütlerin kesin bir şekilde yasaklanmasını hedeflememekte; aksine, bu alanda gerçekleştirilecek hukuki işlemler için yasal sınırları belirlemektedir. Ancak, bahsi geçen kaynakta (Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.358) birkaç cümle sonra, "kişilik haklarına dair sözleşmeler, TMK'nın 23'üncü maddesinin belirlediği sınırlar dahilinde kaldığı sürece, TBK'nın 19'uncu maddesine uygun ve dolayısıyla geçerli sayılırlar" ifadesiyle, kişiliği oluşturan öğelerin de hukuki işlemlere konu olabileceği, yazarlar tarafından da onaylanmış olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. Özbilen-Biyolojik, s.205 dp.660; Karş. Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.358.

⁵⁸⁷ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.168.

ahlaka aykırı bir şekilde kısıtlayamaz⁵⁸⁸. Ayrıca, anılan fıkra uyarınca, kişinin beden bütünlüğü, özel yaşamı, kişisel sınırları vb. kişilik değerleriyle ilgili kararlarda tam bir özgürlük alanına sahip olması esastır. Bu nedenle kişinin, kendi kişilik değerleriyle alakalı konulardaki kararlarından dilediği zaman vazgeçebilme hakkına sahip olması gerektiği iddia edilmektedir⁵⁸⁹. Başka bir ifadeyle, eğer kişi, daha önce kişilik haklarıyla ilgili bir taahhütte bulunmuşsa ve sonradan bu taahhüdü yerine getirirken kişilik değerlerinin zarar göreceğini düşünürse, bu karara uymak zorunda değildir⁵⁹⁰. Kanaatimize göre, TMK'nın 284'üncü maddesine istinaden soybağının araştırılması konusunda rıza gösteren kişi, soybağı incelemesi için örnek alınacağı sırada ya da örnek alındıktan sonra bile rızasını geri çekerse, öncesinde vermiş olduğu rıza beyanı doğrudan kişilik haklarına ilişkin olduğundan, bu geri alma hukuken geçerli bir sonuç yaratacaktır. Hatta incelemeler yapılmadan, davanın taraflarına ya da üçüncü kişilere, soybağı incelemesine esas olmak üzere kendisinden kan ya da doku örneği alınacağına ilişkin rıza göstereceğini taahhüt ederse ve bu taahhüdünü yerine getirmez ise bu hususta herhangi bir hukuka aykırılıktan bahsedilemeyecektir. TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına göre taahhüdün yerine getirilmemesi, kişinin yasal hakkı olarak kabul edilecektir⁵⁹¹.

Kişinin, kişilik değerine ilişkin karar verme özgürlüğünden kendini yoksun bıraktığı her sözleşme kesin hükümsüz değildir. Kişilik değerlerine ilişkin çeşitli konularda taahhütlerde bulunularak birçok sözleşme yapılmaktadır. Örnek olarak, bir kişinin kan bağışlama taahhüdü veya bir gönüllünün bilimsel araştırma amacıyla vücudunun herhangi

⁵⁸⁸ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.168.

⁵⁸⁹ Dural ve Öğüt, s.110; Aynı yönde bkz. Odile Pelet, **Organes, tissus, cellules: Loin du corps, loin de la personne?**, Bern 2002, s. 264-265; Sylvain Marchand, **Commentaire Romand, Code Civil I** (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 27, Bâle 2010, s.237; Nicolas Jeandin, **Commentaire Romand, Code Civil I** (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 28-28a, Bâle 2010, s.262 (Özbilen-Biyolojik, s.205 dp.666'dan naklen)

⁵⁹⁰ Özbilen-Biyolojik, s.206; Kanaatimizce TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*" şeklinde belirtilen düzenleme gereği, taahhüt altına giren kişiden ilgili işlemi yapması istenemeyecektir.

⁵⁹¹ Üçüncü Bölüm II. B. 6'da bulunan ve soybağı yargılamaları kapsamında, TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki biyolojik maddelerin yazılı rıza ile verilmesinin zorunlu olmadığı hakkındaki düşüncemiz, yalnızca rızanın şekli kapsamında olmakla birlikte; buradaki açıklamalarımız ise biyolojik materyalleri verme taahhüdüne ilişkindir.

bir parçasını araştırma kurumuna verme taahhüdü düşünülebilir. Bu tür sözleşmelerde, kan verme veya vücut parçası verme konusunda taahhütte bulunan kişi son anda vazgeçmek isterse, ne kan merkezi ne de araştırma kuruluşu onu yerine getirmeye zorlayamaz. Ancak, bu tür sözleşmeler kesinlikle geçersiz değildir; aksine, hukuken geçerli sözleşmelerdir⁵⁹². Bu sözleşmeler bakımından, taraflardan herhangi birinin kişilik değerleri üzerinde doğrudan etkisi olan durumlarda, kişilik değeri sözleşmenin ifası neticesinde zarar görebilecek olan taraf, sürecin herhangi bir aşamasında taahhütten vazgeçebilmelidir. Bu gibi hallerde, sözleşmenin diğer tarafının, bu kişiyi, yükümlülüğünü yerine getirmeye mecbur tutma ya da sözleşmenin yerine getirilmemesinden kaynaklanan zararlar için tazminat talep etme hakkı olmamalıdır⁵⁹³. Fakat doktrinde yer alan başka bir görüşe göre, insan kaynaklı biyolojik materyal temin etme yükümlülüğü hakkında, TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereği biyolojik materyal verme taahhüdünden son anda feragat eden kişiden maddi ve manevi tazminat talep edilemez hükmünün sınırını, TMK'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağı belirlemelidir. Bu çerçevede, biyolojik materyal verme taahhüdünden son anda feragat eden, fakat materyali sonradan başkasına veren bir kişiden, sözleşmenin diğer tarafı, bu taahhüde güvenerek yapmış olduğu giderlerin tazminini talep edebilir durumda olmalıdır.⁵⁹⁴

Tazminat talep etme hakkının olmaması gerektiği sonucu, taraflar arasındaki anlaşmanın mutlak olarak geçersiz olmasından kaynaklanmamakla birlikte, anlaşmanın içeriğinin, taraflardan birinin kişisel değerleriyle doğrudan ilişkili olması ve bu bağlamda özgül bir hukuki karakter taşıması nedeniyle ortaya çıkar. TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme de, biyolojik materyallerin alınmasını içeren rıza bağlamında bu düşünceyi ortaya koymaktadır⁵⁹⁵.

⁵⁹² Özbilen-Biyolojik, s.207.

⁵⁹³ Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.363.

⁵⁹⁴ Harcamaların tazmininin talep edilmesi yönünde bkz. Dural ve Ögüz, s.110; Özbilen-Biyolojik, s.208.

⁵⁹⁵ Özbilen-Biyolojik, s.208.

Kanaatimize göre, kişinin vücudundan soybağı incelemesine esas olmak üzere biyolojik materyal alındığında, bu tıbbi müdahale sonucunda kişinin sağlığı veya yaşam kalitesi zarar görmüyorsa⁵⁹⁶ ve kişinin bu müdahale bakımından rızası bulunuyorsa, kişilik hakkına aykırı surette yapılan müdahale hukuka uygun hale gelecektir. Şayet kişinin bu müdahalelere ilişkin herhangi bir rızası yok ise veyahut açıklamış olduğu rıza hukuken geçersiz ise, o zaman TMK'nın 24/2 ve Anayasanın 17/2 maddelerinden belirtilen hallerin varlığı durumunda yapılan müdahaleler hukuka uygun hale gelecektir. Burada sayılan durumlardan herhangi birinin varlığı, kişilik haklarına yapılan hukuka aykırı müdahalelerin hukuka uygun sayılması için yeterlidir⁵⁹⁷. TMK md.24/2 ve Anayasa md.17/2'de belirtilen "kanunun verdiği yetki" ve "kanunda yazılı haller" bakımından yapılan müdahalelerin, TMK md.284 özelinde kişilik haklarına yapılan hukuka aykırı müdahaleyi ortadan kaldırıp kaldırmayacağına ilişkin değerlendirmede bulunmak gerekir ise; TMK md.284 kapsamında, yapılacak olan soybağı incelemesi için, kişinin vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak anılan maddeye göre kişi tıbbi araştırma ve incelemeye katılmaktan kaçınırsa, onun üzerinde zor kullanılması mümkün değildir. Bu durumda uygulanabilecek tek yaptırım, bu tür bir reddin davada kişi aleyhine sonuç doğurabileceği ihtimalidir⁵⁹⁸. Herhangi bir rıza açıklamasında bulunmadan, zor kullanarak vücuttan biyolojik madde alınmasını ve bu maddenin soybağı incelemesinde kullanılmasını meşru kılmak, yükümlülüğün koşullarının oluşmuş olmasına rağmen hukuken kabul

⁵⁹⁶ Soybağı incelemeleri kapsamında her ne kadar yapılan tıbbi müdahaleler çok kolay ve pratik olsa da, TMK'nın 284 ve HMK'nın 292'nci maddelerinde "tehlike oluşturmamak" ibaresi bulunması ve bu tıbbi tehlike olgusunun da, çözümünün hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi içermesinden dolayı, mevcut yargılamalarda hâkimin, tehlike hususunu tespit açısından mutlaka bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁹⁷ Tıbbi müdahaleler açısından aynı yönde Eren, s.289; Buna karşın insanın bir bölümünün deney amacıyla kullanılmasının, insanın onur ve saygınlığıyla uyumlu olmadığı ve onu aşağılayıcı bir duruma soktuğu düşüncesini savunan ve bu tür bir anlaşmayı hem kişilik haklarına hem de ahlaka aykırı olarak değerlendiren diğer görüş için bkz. Akıncı, s.168; Anayasanın 17'nci maddesinin ikinci fıkrası, TMK'nın 284 ve HMK'nın 292'nci maddeleri kapsamında bulunan soybağı yargılamaları bağlamında olmakla birlikte, genel biyolojik materyallerin alınması, nakli vb. uygulamalar açısından 2238 sayılı Kanunun 1'nci maddesine atıf yapılmıştır.

⁵⁹⁸ TMK md.284/1.b.2.c.2'de bu fiili karine hususu "*Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*" şeklinde ifade edilmiş olup burada, rıza göstermeyen kişiler açısından doğrudan zorlama bulunmamaktadır. Kanunun verdiği yetki gereği tıbbi araştırma ve incelemeye zorlama olmadığından dolayı, TMK md.24/2 ve Anayasa md.17/2'de yer alan "Kanunun verdiği yetki" hukuka uygunluk şartı da anılan düzenleme için geçerli değildir. Aynı yönde bkz. Sonat, s.367,368.

edilemez⁵⁹⁹. Bu husus hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler açısından geçerlidir. İlgili düzenleme, bilimsel incelemelerde hukuki meşruiyet için rızanın alınmasının zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁶⁰⁰. Dolayısıyla, medeni hukuk açısından geçerli olan soybağı incelemeleri için TMK'nın 24/2 ve Anayasanın 17/2 maddelerinde belirtilen kanunundan doğan bir yetkinin bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Belirtilen düzenlemelerde yer alan kanuni yetki, kişilik haklarına yapılan müdahaleleri hukuka uygun hale getirirken, TMK md.284'de belirtilen fiili karine düzenlemesi nedeniyle, taraflar ve üçüncü kişiler hakkında tıbbi müdahaleye zorlama söz konusu olmadığından, bu maddede bir kanunun verdiği yetki hakkında bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan, TMK md.284'de kişilik haklarına yapılan müdahaleleri hukuka uygun kılmak adına kamu düzeni, üstün özel ve kamusal yarar ile rıza kavramlarına odaklanılması gerektiği kanaatindeyiz⁶⁰¹.

4. Rızanın Serbest İradeye ve Aydınlatmaya Dayalı Olarak Açıklanması

a) Rıza İradesinin Sağlıklı Olması

Doktrinde, rıza beyanında bulunan kişinin iradesinin etkilenmesi durumunda rızanın geçersiz sayılacağı belirtilirken, bu durumda hangi türde bir geçersizlikle karşılaşıldığı konusunda açıklama yapılmadığı görülmektedir⁶⁰². Hukuki bağlamda bakıldığında, rıza, hukuki işlem ya da hukuki işleme benzeri eylem olarak tanımlansın, eğer kişinin iradesi etkilenmiş bir durumda verilmişse, geçerliliği hakkında bir sonuca ulaşabilmek için TBK'daki genel hükümlere müracaat etmek gerekmektedir. Yanılma, hile ve korkutmanın, hangi koşullar altında irade beyanına müdahale ettiği ve bu hususun, sözleşmenin geçerliliğini nasıl etkileyeceği, TBK'nın 30 ve 39'uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca belirtilen hükümlerin, özel bir yasal düzenleme bulunmadığı hallerde ve uygun

⁵⁹⁹ Sonat, s.368.

⁶⁰⁰ Sonat, s.368.

⁶⁰¹ HMK md.292'de herhangi bir fiili karine düzenlemesi yer almayıp, kişiler doğrudan tıbbi araştırma ve incelemelere zorlandığından, bu madde gereği "Kanunun verdiği yetki" şartı sağlanmıştır. Ayrıca bkz. Dördüncü Bölüm III. D.

⁶⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural ve Ögüz, s.102; Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.213; Bayraktar, s.139.

olduğu durumlarda, her türlü hukuki işlem, hukuki işleme benzer eylem ve hatta TMK'nın 5'inci maddesindeki atıfla, diğer medeni hukuk ilişkilerine kıyasen uygulanabileceği kabul görmektedir⁶⁰³.

Soybağının tespitine yönelik incelemeler için açıklanan rızanın geçerliliğinin ön şartlarından biri, rızanın sağlıklı ve hür bir iradeyle verilmesidir. Bu tür bir iradenin mevcudiyetinden bahsedebilmek adına, bir yandan rıza beyanında bulunacak kişinin iradesinin herhangi bir irade bozukluğundan etkilenmemiş olması, diğer yandan ise kişinin soybağı incelemesi hakkında yeterince bilgilendirilmiş, diğer bir tabirle aydınlatılmış olması gerekmektedir⁶⁰⁴. İrade bozuklukları çerçevesinde ele alınabilecek durumlar, temel olarak, rıza beyanında bulunan kişinin yanılığya düşmesi, aldatmaya ya da korkutmaya maruz kalmasıdır⁶⁰⁵. Bu tür bir irade bozuklukları durumunda, soybağı incelemesi için verilen rıza geçerli sayılmayacaktır. Kişilik değerlerine yapılan müdahaleler için verilen rızaların, hukuki işlemlere ilişkin kurallara tabi tutulduğu kabul edildiğinde, irade bozukluğu durumlarında geçerli olacak hukuki düzenleme, TBK'nın "İrade bozuklukları" başlığı altında düzenlenen 30 vd. maddeleri olacaktır⁶⁰⁶. Eğer soybağı incelemesi kapsamında biyolojik materyali incelenen kişi, TBK'nın anılan hükümlerine dayanarak rıza beyanı açısından iptal hakkını kullanırsa, gerçekleştirilen soybağı incelemesi de hukuka aykırı bir duruma gelecektir⁶⁰⁷.

⁶⁰³ Eren, s.339; Kocayusufopaşaoğlu, s.396; Oğuzman ve Barlas, s.190.

⁶⁰⁴ Özbilen-Biyolojik, s.233.

⁶⁰⁵ Bayraktar'a göre; rızanın iradesinin güvenilir bir biçimde meydana gelmesi adına, hukuki çerçevede rıza beyanında bulunma ehliyetine sahip bir şahsın, rızasını verirken aydınlatılması şarttır; bununla beraber rızanın yetkili bir kişiye hitap etmesi ve rızayı geçersiz kılacak unsurların mevcut olmaması gerekmektedir. Bkz. Bayraktar, s.138.

⁶⁰⁶ Dural ve Öğüz, s.102; Kıcalıoğlu, s.120; Bayraktar, s.138; TBK'daki irade bozukluklarını içeren maddeler özet olarak şunlardır: md.30: "Sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz."; md.36: "(1) Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. (2) Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir."; md.37: "(1) Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir.

⁶⁰⁷ Sonat, s.358; Anılan incelemeler özellikle isteğe dayalı olan soybağı incelemeleri ve biyolojik materyallerin alınmasını içeren sözleşmelerdir.

HHY md.34/1'de; kişinin herhangi bir maddi veyahut manevi baskı altında kalmadan özgür iradesini kullanabilmesi için hekimin son derece dikkatli olması gerektiği belirtilmekle birlikte; kişi tarafından verilecek rızanın “tamamen serbest iradeye” dayanılarak verilmesi gerektiği ifade edilerek, iradenin özgürlüğü hususunda esaslıca vurgu yapılmıştır⁶⁰⁸. Soybağı incelemeleri için verilen rıza, rıza iradesinin sağlıklı olmasına bağlıdır. Eğer rıza iradesi sağlıklı değilse, rıza beyanı anlamsız hale gelecek ve bu, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamayacaktır.

aa) Yanılma (Hata)

Yanılma ya da diğer adıyla hata, bir hukuki terim olarak, hakikat hakkında bilinçli olmayan yanlış veyahut eksik düşünce şeklinde anlaşılabilir⁶⁰⁹. Yanılma durumu, hukuki işlemlerde olduğu gibi, rıza iradesinde de etkili olan unsurlardan biridir. TBK'nın 30 vd. hükümlerde yanılma durumu düzenlenmiştir. Yanılma durumunda kişi, hukuki işlemin nedeninde veya işlemin doğuracağı sonuçlar hakkında yanılı içerisine düşmüştür. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, yanılmanın esaslı olmasıdır⁶¹⁰. Kişi, hukuki işlemle doğrudan ilgili olmayan günlük hayatla ilgili sonuçlar hakkında yanılıya düşerse, bu durum saikte yanılma olarak adlandırılır. Saikte yanılma, rızanın geçersizliğine neden olmaz ve eğer diğer unsurlarda bir sakatlık yoksa hukuki işlem geçerli sayılır⁶¹¹. Yani, yanılmanın hukuki işlemi geçersiz kılabilmesi için esaslı bir yanılma olması ve işlemin sebebi veya sonuçlarıyla doğrudan ilgili olması gerekmektedir. Soybağı incelemesi bakımından rıza verecek olan kişinin, vereceği rızanın hukuki anlam ve sonuçlarını biliyor olması ve inceleme bakımından hataya düşmemesi gerekmektedir. Kişi, soybağı incelemesine katılmaya karar verirken,

⁶⁰⁸ HHY md.34/1: “Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir.”

⁶⁰⁹ Eren, “yanılma” halini, bilinçli bir irade sonucu olmayan hatalı ya da eksik bir tasavvur şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Eren, s.377-378,

⁶¹⁰ Oğuzman ve Öz, s.93.

⁶¹¹ Eren'e göre; saik yanılması, bir kişinin belirli bir şahıs veya belirli bir içerikle ilgili sözleşme yapma iradesinin, gerçeklere aykırı, hatalı kanaatler neticesinde bozulması durumudur. Saik yanılması, işlem yapma iradesinin oluşumu sırasında meydana gelen bir yanılma türüdür. Bkz. Eren, s.426.

örneğin, kendisine ait genetik verilerin kullanımı, sonuçların doğruluğu, süreç hakkında veya sonuçların kendisi ve ailesi üzerindeki etkileri hakkında yanlış ya da eksik bilgilere sahip olabilir. Eğer kişi, soybağı incelemesine katılmaya karar verirken esaslı bir yanlış içerisindeyse, bu durum, rızasının hukuki açıdan geçerliliğini etkileyecektir. Böyle bir durumda kişi, rızasını geri çekme veya incelemenin sonuçlarını kabul etmeme hakkına sahip olabilir⁶¹².

ba) Aldatma (Hile)

Aldatma ya da diğer adıyla hile, kişiyi, kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmeye yönlendirmek amacıyla gerçek dışı bilgiler sunmak ya da gerçeği çarpıtmak şeklinde tanımlanabilir⁶¹³. Tıbbi müdahale bağlamında, müdahalenin yöneldiği kişi genellikle konu hakkında eksik bilgiye sahipken, hekim daha bilgili konumdadır. Bu durumda hekimin, kişi üzerinde küçük de olsa bir yalan ile manipülasyon yapması aldatma kapsamında değerlendirilebilir⁶¹⁴. Hekimin, kişinin psikolojik durumunu gözeterek tıbbi müdahaleyi basit bir şekilde ifade etmesi ve bazı detayları ondan esirgemesi aldatma olarak görülmez. Aynı şekilde, kişinin moral ve motivasyonunu korumak için hekimin tıbbi süreci daha anlaşılır bir dille anlatması, bu bağlamda gizleme olarak kabul edilmez.⁶¹⁵ Aldatma, soybağı incelemeleri bağlamında, taraflardan birinin diğerini yanıltmak amacıyla gerçeği çarpıttığı veya gizlediği durumları içerir. Bir kişinin soybağı incelemeleri kapsamında rızasını aldatma yoluyla almak, kişisel verilerin korunması ve özel yaşamın gizliliği ile ilgili kanuni

⁶¹² Bununla birlikte öğretilerde, tıbbi müdahaleler bakımından verilecek rızanın, müdahaleyi gerçekleştiren hekime karşı verilmesi, hekimde yanılma durumunda olduğunda ise, verilen bu rızanın hata halleri ile geçersiz olduğu belirtilmiştir. Bkz. Hakeri, s.347.

⁶¹³ Aldatmanın, kişinin bilinçli olarak yönlendirilerek yanlış kanaate sevk edilmesi şeklindeki açıklaması için bkz. Eren, s.397; Hile, bir kişinin bilinçli bir şekilde yanıltılarak karar verme sürecinde hata yapmasına neden olma eylemi olarak tanımlanır. Aldatma, temelde diğer tarafı yanıltmaya sürüklemek olduğu için, tarafların yanıltıcı durumlardan kaçınmak adına gerekli özeni göstermeleri gerektiği genel kabul görmektedir. Bkz. Oğuzman ve Öz, s.93-94;

⁶¹⁴ Hakeri, s.346; Bayraktar, s.139; Eğer bir yasal düzenleme, sözleşme yapılırken taraflardan birine diğerini aydınlatma konusunda belirli yükümlülükler getirmişse, bu yükümlülüklere uymayan tarafın, genel olarak aldatma yaptığı kabul edilmelidir. Karşı tarafın iptal bildirimini ve tazminat talebini ancak bu durumda aldatmanın meydana gelmediğini kanıtlama yoluyla geçersiz kılabilir. Bkz. Oğuzman ve Öz, s.94-95.

⁶¹⁵ Bayraktar, s.139.

düzenlemelere de aykırıdır. Kanaatimizce, rızanın aldatılma sonucunda alındığı durumlarda, aldatılan tarafın, yasal haklarını kullanarak soybağı incelemesinin geçersizliğini talep etme ve gerektiği durumlarda tazminat hakkı gündeme gelecektir.

ca) Korkutma (İkrah)

Korkutma terimi, hukuka aykırı bir şekilde yapılan tehdit sonucunda istenen irade beyanının elde edilemediği durumlarda, bir kişinin, herhangi bir kötülükle karşılaşacağına dair düşünceye sevk edilmesi olarak tanımlanabilir⁶¹⁶. Rıza açıklamasına sahip olan kişinin, tıbbi müdahaleler bakımından rıza gösterme sürecinde özgür bir irade ile hareket etmesi esastır. Kişinin, kararlarını etkileyebilecek her türlü baskıdan, telkinden veya korkutmadan uzak tutulması gerekir. Bu bakımdan, kendi rızası dışında zor kullanılarak veya korkutularak tıbbi müdahaleye yönlendirilmesi ve buna dayanılarak gen analizlerinin yapılması neticesinde, kişinin ortada hukuken geçerli bir rızası bulunmaması nedeniyle iptal edilebilirlik söz konusudur⁶¹⁷. Özellikle aile içinde veya yasal süreçlerde, bireyler soybağı testi yapmaya yönlendirilebilir, zorlanabilir, hatta korkutulabilirler. Bu durumda, kişinin korkutma veyahut zorlama neticesinde verdiği rıza gerçek ve özgür bir rıza olmayıp, hukuken geçersiz bulunan bu rıza sonucunda elde edilen genetik analiz sonuçları da hukuka aykırı olacaktır.

b) Rızanın Aydınlatma Neticesinde Verilmesi

Rızanın bilinçli ve özgür irade üzerine kurulu olduğunu iddia edebilmek için, rıza beyanında bulunan kişinin eksiksiz ve doğru bir şekilde aydınlatılmış olması şarttır. Yalnızca bu unsurların birlikte mevcut olduğu durumlarda, gerçek anlamda aydınlatılmış bir rızadan

⁶¹⁶ Oğuzman ve Öz, s.116; Korkutma durumunda bir manevi cebir (vis compulsiva) söz konusu olmaktadır. Buna karşın korkutmada maddi cebir (vis absoluta) varsa, yani bir kimseye fiziki şiddet uygulanarak parmağı tutulmak suretiyle zorla imza attırılıyor ise o zaman ortada herhangi bir iradenin varlığından söz edilemez. Dolayısıyla da sözleşme kurulmuş olmaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, s.449; Oğuzman ve Öz'e göre; aldatma durumundan farklı olarak, üçüncü bir kişinin yapmış olduğu korkutmayı (tehdidi), bu korkutmadan istifade eden taraf bilmese dahi, işlemin hükümsüz olduğu öne sürülebilecektir. Bkz. Oğuzman ve Öz, s.116.

⁶¹⁷ Doğan, s.39; Gülel, s.109.

bahsedilebilecektir⁶¹⁸. Tıbbi bir işlem için rıza veren kişinin, bu kararını bilinçli ve istekli bir şekilde vermiş olması, çoğunlukla hekimin, rıza açıklayacak olan kişiyi uygun şekilde bilgilendirme sorumluluğu ile ilişkilidir⁶¹⁹. Tıbbi müdahaleler kapsamında, “aydınlatma” terimi, hastanın ilgili tıbbi müdahale hakkında bilinçli bir karar verebilmesi adına gerekli bilgilere sahip olmasını sağlama süreci olarak tanımlanır⁶²⁰. Hastanın aydınlatılmış onayının bulunup bulunmadığı, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine bağlı olarak değerlendirilir⁶²¹. Karar alacak olan kişinin, sağlam bir irade ile hareket edebilmesi adına, kararını temellendireceği bazı önemli noktaların farkında olması gerekmektedir. Hastalar tıbbi müdahaleler bakımından bilgi eksikliği ve savunmasızlık içinde olan taraftır⁶²². Tıbbi müdahalede bulunacak kişi, hasta ile kıyaslandığında daha üstün bir konumda bulunmaktadır. Müdahaleyi gerçekleştirenin bu konumda bulunması ise tıp bilgisine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Hastanın genellikle kendi durumu ve hastalığı hakkında yeterli bilgisi olmadığından, uygulanacak tedavi ya da müdahale hakkında da bilgisi olduğunu söylemek zordur. Tıbbi müdahalenin olası sonuçlarına dair direkt bilgiye sahip olmadığı için karar verme süreci de zorlaşır⁶²³. Bu nedenle aydınlatma kavramı, rıza göstermenin bir ön koşulu olarak görülür⁶²⁴.

Hekimin tıbbi müdahaleler bakımından aydınlatma yükümlülüğünün temeli, genel olarak, Anayasanın 17’nci maddesinin birinci fıkrasında ifade edilen "bireyin kendi üzerinde serbestçe karar verme hakkı" ve bu müdahalelerin vücut bütünlüğüne ilişkin olması

⁶¹⁸ Helvacı, s.107.

⁶¹⁹ Bayraktar, s.124; Dural ve Ögüz, s.102; Şenocak, s.37-38; Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.223; Hakeri, s.103.

⁶²⁰ Aydınlatma kavramı, en temel haliyle bir bilgilendirme sürecini ifade eder. Hukuki işlemlerin geçerliliği adına bireyin sağlıklı iradeye sahip olması zorunluluktur. Karar verme yetisine sahip olan kişinin, sağlıklı bir iradenin oluşabilmesi için kararıyla ilgili temel bilgilere sahip olması gereklidir. Tıbbi müdahale durumunda kişi, genellikle bilgi eksikliği ve konumunun güçsüz olması sebebiyle zayıf tarafta yer alır. Bkz. Özpinar-Tıbbi, s.92.

⁶²¹ Çilingiroğlu, s.59.

⁶²² Özpinar, s.92.

⁶²³ Bayraktar, s.124.

⁶²⁴ Kıcalıoğlu, s.117; Hakeri, s.105; Çilingiroğlu, s.57; Günümüz tıbbi müdahale hukukunda, rıza tek başına yeterli görülmez. Geçerli bir rıza, bilgilendirme sonucunda verilen rıza olduğu için, bu iki kavramın ayrılmaz bir bütün olarak aydınlatılmış rıza (informed consent) terimiyle ifade edilmesi kabul görmüştür. Bkz. Gülel, s.112.

nedeniyle, TMK'nın 23 ve 24'üncü maddeleri ile korunan kişilik haklarına dayandırılmaktadır⁶²⁵. Nitekim kişinin kendisine yapılacak tıbbi müdahale hakkında bilinçli bir karar verebilmesi, öncelikle bu kararın sonuçlarını anlamasına bağlıdır. Bu sonuçları anlaması, ancak konusunda uzman bir hekim tarafından ilgili tıbbi müdahale hakkında yeterli bilgi almasıyla mümkün olacaktır. Kişinin bu sonuçlardan haberdar olabilmesi ancak uzman bir doktorun kendisini ilgili tıbbi müdahale konusunda bilgilendirmesi sayesinde mümkün olabilir. Eğer bu şekilde bir bilgilendirme gerçekleşmezse, kişinin tıbbi müdahaleye özgür iradesiyle onay verdiğini ifade etmek mümkün değildir⁶²⁶. Hekim, hastasından onay almadan önce, uygulamayı düşündüğü tıbbi müdahalenin niçin yapılması gerektiği, müdahalenin türü ve süresi, müdahale yapılmazsa hastanın gelecekte hangi tıbbi problemlerle karşılaşabileceği, müdahale sırasında ve sonrasında hangi risklerin olabileceği, müdahalenin başarı şansı ve alternatif tedavi seçenekleri gibi, müdahale ile ilgili doğrudan veya dolaylı hususlar hakkında hastasını aydınlatmalıdır. Eğer hekim, hastaya yeterince açıklayıcı ve kapsamlı bilgi sağlarsa, hastanın tıbbi müdahalenin yapılmasına yönelik verdiği rıza açıklaması da geçerli kabul edilecektir.⁶²⁷

Biyotıp Sözleşmesinin 5'inci maddesi, esas olarak "Rıza" konusunu ele almaktadır⁶²⁸. Buna göre; sağlıkla ilgili her türlü müdahale, ilgili kişinin özgür ve bilinçli rızası sonrasında gerçekleştirilebilir. Müdahale öncesi, kişiye müdahalenin amacı, niteliği,

⁶²⁵ Sonat, s.358; Ayrıca, hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine bakılmaksızın, bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale eden hekimin, hastayı aydınlatma yükümlülüğü olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle, hekimin, estetik, tedavi ya da biyolojik materyal toplama amacıyla olsun, hastanın vücuduna herhangi bir müdahalede bulunmayı taahhüt ettiğinde, hastayı planladığı müdahale konusunda bilgilendirmesi gerekmektedir. Bkz. Bayraktar, s.124.

⁶²⁶ Hakeri, s.104;

⁶²⁷ Çakmut-Tıbbi Müdahale, s.230; Hekimin hastasına yönelik aydınlatma sorumluluğu çerçevesinde ele alınan bu öğeler, bir dizi yasal düzenlemede de yer almaktadır. Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ile HHY'nin 15. maddesinin 1. fıkrası ve 31. maddesinin 1. fıkrası, hastanın uygulanan tıbbi müdahale hakkında hekim tarafından bilgilendirilmesi ve aydınlatılması gerekliliğini düzenlemektedir. Ayrıca, 2238 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bentlerinde, organ ve doku alınacak bireye uygulanacak prosedürü gerçekleştirecek doktorların, organ ve doku alınmanın tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal etkileri, potansiyel riskleri ve organ naklinin alıcı üzerindeki olumlu etkileri konusunda kapsamlı ve uygun bilgi sunma görevi vurgulanmıştır. Bkz. Özbilen-Biyolojik, s.235.

⁶²⁸ Sözleşmenin 5'inci maddesi: "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir."

olası sonuçları ve riskleri hakkında uygun bilgi sunulmalıdır. İlgili kişi, rızasını her zaman serbestçe geri alabilmelidir. Dolayısıyla, tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için kişinin kendisine uygulanacak ve tıbbi bir gereklilik taşıyan müdahalenin amaç, nitelik, sonuç ve riskleri hakkında bilgilendirilmesi ve sonrasında bu müdahaleye hiçbir baskı altında olmaksızın kendi özgür iradesi ile izin vermesi gerekmektedir⁶²⁹.

Tıbbi müdahaleler açısından yukarıda vermiş olduğumuz bilgilere istinaden, soybağının incelemesi süreçlerinin tıbbi müdahalelere benzer yönleri göz önünde bulundurulduğunda, soybağı incelemesini gerçekleştiren hekimin de bir aydınlatma sorumluluğuna sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır⁶³⁰. Soybağı incelemesi çoğunlukla, bireyin vücut bütünlüğüne müdahale edilerek gerekli biyolojik materyalin kendisinden alınması ile gerçekleştirilir. Bu incelemeler sonucunda kişinin gizlilik hakları da etkilenir ve inceleme sonuçları bakımından kişinin kendi geleceği hakkında bilinçli kararlar alması zorlaşabilir⁶³¹. Soybağı incelemesi sonuçları, genel anlamda kişinin sağlığına dair bilgiler içermezken, kişinin bağlı bulunduğu soy hakkında neredeyse kesin bilgiler sağlaması sebebiyle, elde edilen bu bilgiler üstün nitelikte özel kişisel veri olarak kabul edilir ve bu bilgilerin, kişilik hakları dahilinde korunması gerekmektedir. Soybağı incelemesinin sağlık mesleği mensupları tarafından yapılması ve yapılan bu müdahalenin de esasen tıbbi bir müdahale olması nedeniyle, tıbbi müdahaleler bakımından zorunlu olan aydınlatma ve aydınlatılmış onam⁶³² kavramlarının, soybağı incelemeleri bakımından aranan rıza açısından

⁶²⁹ Atak, s.21; Atak'a göre; aydınlatmaya dayalı rızanın ne zaman ve nasıl alındığı, hukuka uygunluk açısından önemlidir. Kişinin, tıbbi müdahale ile ilgili bilgilendirmeyi anlayabileceği durumda ve özgür iradesiyle karar verebileceği yeterli zamanın sağlandığı bir ortamda aydınlatılması gerekmektedir. Aydınlatılmış rızanın alınması, tıbbi müdahaleden yeterli bir süre önce gerçekleşmelidir⁶²⁹. Mevzuatta bu sürenin tam olarak ne kadar olması gerektiğine dair bir netlik olmasa da acil durumlar haricinde rıza, tıbbi müdahalenin başlamasından önce ve hastanın düşünüp karar verebileceği yeterli bir zaman diliminde alınmalıdır. Bkz. Atak, s.21,24.

⁶³⁰ Sonat, s.359.

⁶³¹ Benoit, Queloz, Schaller ve Sprumont, s. 1286 (Sonat, s.359'dan naklen).

⁶³² Türk Tabipler Birliğinin yayımlanmış olduğu "Hekimlik Meslek Etiği Kurallar"ının 26'ncı maddesinde, "aydınlatılmış onam" kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "*Hekim, hastasına sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavinin hastanın sağlığına taşıdığı riskler, kullanılan ilaçların kullanım şekli ve olası yan etkileri, tedaviyi kabul etmemesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar, alternatif tedavi seçenekleri ve riskleri hakkında bilgi vermeye yükümlüdür.*" Bkz. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf

da geçerli olması ve hekimin de kendisine yüklenen bu yükümlülüğü yerine getirmesi son derece önem arz etmektedir.

Aydınlatma yükümlülüğü gereğince hekim, kişiyi soybağı incelemesinin anlamı ve olası sonuçları hakkında bilgilendirmek zorundadır⁶³³. Önemle belirtmek gerekir ki, hekimin sadece biyolojik materyalin nasıl alınacağı ve hangi amaçla kullanılacağı hakkında kişiye bilgi vermesi, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğu anlamına gelmez.⁶³⁴ Kişi hakkında yapılacak olan tıbbi araştırma ve inceleme, kişinin ait olduğu soybağını tespit etmek ya da iddia olunan soybağına ait olmadığını belirlemek amacıyla yapıldığından, hekimin, incelemenin soybağı üzerinde oluşturabileceği muhtemel hukuki sonuçlar hakkında da bilgi vermekte yükümlü olduğu kabul edilmelidir⁶³⁵. Hekim tarafından yapılacak olan bu bilgilendirme süreci, müdahalede bulunulacak kişinin yaşından çok, olayları kavrama kapasitesine bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Soybağı incelemesinin sonuçlarının hem tıbbi hem de hukuki bilgiler içermesi nedeniyle, hekimin vereceği bilgilerin makul bir düzeyde olması ve kişinin kavrama yeteneğine uygun şekilde ayarlanması gerektiği kanaatindeyiz. Hekimler tarafından hukuki bilgilerin tam anlamıyla bilinmesi beklenemeyeceğinden dolayı, yapılacak olan bu bilgilendirmenin ortalama bir hukuki bilgi

⁶³³ Ayrıca bilgilendirme süreci bakımından yapılması gerekli işlemlere dair TTB'nin Aydınlatılmış Onam Kılavuzu mevcuttur. Bu kılavuzun "Bilgilendirme Süreci" başlıklı bölümünde: Aydınlatılmış onam, bireyin kendisi hakkında uygulanacak tıbbi prosedürleri onaylama sürecinde attığı imzadan daha fazlasını ifade eder. Esas hedef, bireye detaylı bilgi vermektir ve bu bilginin anlaşılmasını sağlamaktır. Bu nedenle, herhangi bir formun imzalanmasından önce, bireyin kendi kültürel değerleri ve eğitim seviyesine uygun bir şekilde bilgilendirilmesi gereklidir. Ayrıca, bireyin sağlanan bilgileri anladığından emin olunması ve bu anlayışın kontrol edilmesi önemlidir. Bu sürecin uygulanabilmesi için bazı temel gereklilikler bulunmaktadır: 1-Hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, 2-Önerilen tedavi yönteminin türü, 3-Başarı şansı ve süresi, 4-Tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, 5-Verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, 5- Hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, 6- Olası tedavi seçenekleri ve riskleri. İlgili kılavuz için bkz. https://ttb.org.tr/mevzuat_goster.php?Guid=78a19f94-a285-11e7-9205-300896da83fe; Her ne kadar TTB'nin yayımlanmış olduğu bu bilgilendirme süreci tüm tıbbi müdahaleler açısından genel düzenleyici unsurlar barındırsa da, soybağı incelemeleri kapsamında geçerli olan aydınlatılmış onam ve bilgilendirme yükümlülüğü bakımından önem taşımaktadır.

⁶³⁴ Sonat, s.359.

⁶³⁵ Benoit, Queloz, Schaller ve Sprumont, s. 1286 (Sonat, s.359'dan naklen). Ayrıca hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken, müdahalede bulunacağı kişinin psikolojik durumunu göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bu ilke, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18 ve 19'uncu maddelerinde de belirtilmiştir. Belirtilen maddeler, ilgili bilgilerin, hastanın ruhsal durumunu göz önünde bulundurarak ve kibar bir dille verilmesi gerektiğini vurgular. Eğer hastanın psikolojik yapısını etkileyecek olumsuz bir durum söz konusu ise, teşhisle ilgili bilgilerin, hekim tarafından hastadan saklanmasına izin verilmektedir Bkz. Dural ve Ögüz, s.103.

içermesi yeterli olacaktır.⁶³⁶ Ergin olmayan kişilerde hekimin bildirim yükümlülüğünü, yetişkinlerinkine nazaran arttırması gerekecektir. Yani ayırt etme gücü olan küçük veyahut kısıtlılar bakımından, soybağı incelemeleri kapsamında yapılacak olan bu bilgilendirme yükümlülüğü, incelemenin olası risk ve neticeleri bağlamında biraz daha detaylı olacaktır⁶³⁷. Yine de bu bilgilendirmenin hukuki boyutları ile ilgili makul bir sınıırın gözetilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda, hekim yalnızca incelemenin olası sonuçlarına dair kişinin dikkatini çekmekle kalmayacak, soybağı ilişkisinin kurulması veya sonlandırılmasının yanı sıra, bu ilişkinin olası sonuçları hakkında da en azından temel hukuki bilgiler sağlayacaktır⁶³⁸.

5. Soybağı İncelemesini Yapacak Kişinin Yetkili Olması

Tıbbi müdahalenin, sınırları belirlenmiş alan dahilinde eğitim görmüş ve kanun bakımından resmi olarak yetkilendirilmiş kişiler tarafından yapılması gerekmektedir⁶³⁹. Soybağı araştırmaları için rızanın hukuken geçerli olmasının şartlarından bir tanesi de, rıza beyanının yetkili mercilere sunulmuş olması ve incelemenin resmi sağlık uzmanları eliyle gerçekleştirilmiş olmasıdır⁶⁴⁰. Türkiye'de TŞSTİDK, tıbbi müdahale yetkisini genellikle

⁶³⁶ Sonat'a göre; yetişkin kişilerle ilgili bilgilendirmenin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabilmesi için, incelemenin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak kişinin dikkatini çekecek ölçüde, en azından temel hukuki bilgileri sağlamış olması gerekmektedir. Sonat, s.359. Yazara göre bilgilendirmenin temel hukuki bilgilendirme şeklinde yapılacağı belirtilmiş olup biz de yukarıdaki açıklamalarımıza istinaden yazarla aynı görüşteyiz.

⁶³⁷ Guillod'a göre; küçük ya da kısıtlı kişiye tıbbi müdahale uygulanacaksa, bu kişinin müdahaleye onay verebilme yeteneğine sahip olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Eğer küçük veya kısıtlı kişinin ayırt etme gücü varsa, tıbbi müdahale hakkındaki bilgilendirme doğrudan kendisine yapılmalıdır. Sağlık mensubu, küçüğün veya kısıtlının fikrini alabilmek için onunla baş başa görüşmelidir. Bu, veli veya vasi tarafından tıbbi müdahalenin yapılıp yapılmaması konusunda küçük veya kısıtlı üzerinde olası baskı veya zorlamaların engellenmesine yardımcı olacaktır. Bkz. Guillod, s.237,253 (Özbilen-Biyolojik, s.238 dp.763'den naklen).

⁶³⁸ Berney, s.138 (Sonat, s.359'dan naklen); incelemede bulunulacak kişiye verilmesi gerekli olan bilgiler her ne kadar ayrıntılı olarak belirtilmiş ise de, kanaatimizce ayrıntı kavramının hukuk literatürü bakımından değil, tıbbi literatür bakımından uygulanması gerektiği kanaatimizdir. Hukuki bilgisi, sağlık mesleği mensubunun teknik bilgisi dışında kaldığından, aydınlatılmış onam kavramı dahilinde bulunan temel hukuki bilgilerin bu aşamada yeterli olacağını düşünüyoruz.

⁶³⁹ Bayraktar, s.112; Hakeri, s.94.

⁶⁴⁰ Hakeri'ye göre; tıbbi müdahaleler bakımından verilecek rızanın, müdahaleyi gerçekleştiren hekime karşı verilmesi, müdahalenin geçerliliği bakımından bir şart olarak öngörülmüş olmakla birlikte (Bkz. Hakeri, s.347). Kanaatimizce rızanın yöneldiği hekimin ya da sağlık mensubunun da, soybağı incelemesini yapmakla resmi olarak görevli kılınmış olması gerekmektedir.

hekimlere vermektedir. Anılan Kanunun 1'inci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nde tababet icra etmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmanın şart olduğu belirtilmektedir⁶⁴¹. Bu nedenle, tıbbi müdahalede bulunan kişilerin yetkilerinin, ilgili Kanun ve sair düzenlemelerle belirlenen sınırlar içinde olması gerekmektedir. Hekimler genellikle tıbbi müdahale yetkisine sahip olan kişilerdir, ancak diğer sağlık meslek mensupları da belirli sınırlamalar çerçevesinde müdahalede bulunabilirler⁶⁴².

Soybağı incelemeleri kapsamında bulunulan uyuşmazlıklarda, şayet TMK'nın 284'üncü maddesine istinaden incelemenin yöneldiği kişi rıza göstermiş ise, mahkeme tarafından kararlaştırılan inceleme kararı iki şekilde yapılabilir⁶⁴³. İlk olarak, ilgili şahıstan alınan biyolojik materyal, soybağı incelemesi için Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine gönderilir. Alınan bu biyolojik materyalin, resmi bir sağlık kuruluşu tarafından toplanması gerekecektir. İkinci ihtimalde ise, biyolojik örnek alınan kişi doğrudan Adli Tıp Kurumuna yönlendirilir. Rıza beyanının, yetkili sağlık mensubuna doğrudan verilmesi, rızanın hukuki geçerliliği açısından kritik öneme sahiptir.

⁶⁴¹ İsmail Atak, "Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları", *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, C.19, S.4, 2020, s.20; İntörn olan hekimler, tıp fakültesinden mezun olmadıklarından dolayı hukuken hekim sayılmazlar. Bkz. Hakeri, s.97.

⁶⁴² Atak, s.20; diğer sağlık meslek mensuplarına ilişkin düzenlemeler ise anılan Kanunun ayrı maddelerinde yer almaktadır. Örneğin, Kanunun 29-46'ncı maddeleri dış hekimlerine, 3'üncü maddesinde acil tıp teknikerleri ve sağlık astsubaylarına, 63-68'inci maddelerinde hastabakıcı hemşirelere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ek 13'üncü maddede ise diğer sağlık meslek mensupları detaylıca sayılmıştır. Ancak, Kanun metninde yer alan "*Tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz.*" hükmü, söz konusu sağlık meslek mensuplarının ancak bir hekimin teşhis ve tedavi planlamasına bağlı olarak faaliyette bulunabileceklerini ve tıbbi müdahaleye dahil olabileceklerini açıkça belirtmektedir.

⁶⁴³ Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesinin "Delil Teslim Prosedürleri"ni içeren sayfasında ilgili husus; "Nesep belirlemesi için, ilgili kişilerin bizzat gönderilemediği durumlarda; en az 5 ml kanın kapaklı ve antikoagülan (EDTA) içeren tüplerde toplanması, tüpün sallanarak karıştırılması (pıhtılaşmayı engellemek adına), ve dik pozisyonda, sabitleyici içinde yerleştirilerek, kurye aracılığıyla soğuk taşıma zinciri korunarak (termos içinde plastik buz paketi ile birlikte) Biyoloji İhtisas Dairesi'ne en kısa sürede gönderilmesi gerekmektedir. Eğer bu koşullar sağlanamıyorsa; emici özellikteki pamuklu beyaz bez üzerine 8-10 damla kan damlatılarak yapılan lekenin oda sıcaklığında, güneşten uzak, tozsuz ve temiz bir ortamda doğal olarak kuruması sağlanmalı, beyaz kağıda sarılarak zarflanmalı ve etiket bilgileri yazılarak Biyoloji İhtisas Dairesi'ne gönderilmelidir." şeklinde belirtilmektedir. Bkz. <https://www.atk.gov.tr/biyoloji-ih-tisas-dairesi.html>

D. Rızanın Aranmadığı Durumlar

1. Genel Olarak

Soybağının tespitine yönelik yapılan tıbbi araştırma ve incelemelerin hukuka uygunluğu, kural olarak müdahalede bulunulan ve vücut bütünlüğüne dokunulan kişinin bu müdahalelere rıza göstermesine bağlı olacaktır. Bu sebeple, kişinin hukuken geçerli olacak şekilde rızası alınmaksızın, onun vücut bütünlüğüne yönelik bir işlem yapıldığında, bu işlem hukuka aykırı kabul edilecek ve işlemi gerçekleştiren kişinin, diğer şartlar da mevcut ise hukuki sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁴⁴. Ancak, bazı hallerde kişisel değerlere zarar veren işlemler, ilgili kişinin rızası bulunmamasına rağmen, hukuken meşru sayılacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere⁶⁴⁵, TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kişilik hakkına yapılan müdahalelerin, var olan bir üstün nitelikte özel ya da kamusal menfaat veya kanunen tanınmış bir yetkinin kullanımı sebebiyle meşru kabul edilebilmesi için, kişinin bu noktada rızasının bulunması şart değildir. Müdahaleler sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen kişinin, bu müdahalelere rızasının bulunmamasına karşın, TMK'nın 24'üncü maddesinde düzenlenen üstün özel veya kamusal menfaat ya da kanuni yetkinin kullanımı gibi hususlardan birinin varlığı durumunda, yapılan müdahalenin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi önlenecektir. Dolayısıyla, gerçekleştirilen soybağı incelemelerinin hukuka uygunluğunu teminat altına almak adına, söz konusu kişinin rızasının bulunmadığı hallerde, TMK'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen gerekçelerden birinin somut hadisede mevcudiyeti aranmalıdır⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ Özbilen-Biyolojik, s.253.

⁶⁴⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm II. A. 2. 3. ve C. 3. c.

⁶⁴⁶ Sonat, s.364; Üstün kamusal yarar, hukuka uygunluk gerekçesi olarak ancak bir kanun hükmüyle belirginleştiğinde göz önünde bulundurulabilir. Yani, kamusal yararın üstün olduğunun kabul edilebilmesi ve bu doğrultuda bir müdahalenin meşru sayılabilmesi için ilgili yararın kanuni bir dayanağının olması gerekmektedir. Bkz. Helvacı, s.119.

2. Üstün Nitelikte Özel Yararın Bulunması

Medeni hukuk bakımından kişilik haklarına müdahale teşkil eden eylemlerin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan şartlardan biri üstün nitelikte özel yarar kavramıdır. TMK'nın 24'üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hukuka uygunluk gerekçelerinden olan bu şarta göre, müdahaleyi yapan kişinin, üçüncü bir kişinin ya da doğrudan kişilik hakkı ihlal edilen kişinin, özel hukuka dayalı ve korunan bir hukuki menfaate kıyasla daha üstün bir yararının bulunması gerekmektedir⁶⁴⁷. Üstün nitelikte özel yarar kavramı, tıbbi müdahale neticesinde ihlal edilen kişilik değerine nazaran üstün sayılması gereken başka bir kişilik değerinin varlığı olarak yorumlanmalıdır⁶⁴⁸. Soybağının tespiti bakımından DNA bilgisi incelenen kişinin vücut bütünlüğü veya kişisel verileri üzerindeki geleceğini şekillendirme haklarına kıyasla daha baskın bir hak ya da menfaatin var olup olmadığının tespiti önemlidir. Soybağı incelemesi talep eden kişinin, bu türden bir menfaati olduğu sonucuna ulaşılabildiği takdirde, inceleme yapılacak olan kişi açısından rıza gösterip göstermeme hususunda bir kabul aranmamakla birlikte, rıza gösterilmediği halde de ilgili müdahale hukuka uygun kabul edilecektir⁶⁴⁹.

Soybağının tespiti yargılamaları bakımından ulusal ve uluslararası düzeyde sıklıkla dile getirilen çocuğun üstün menfaati konusu önem arz etmektedir⁶⁵⁰. Çocuğun ait olduğu

⁶⁴⁷ Sonat, s.369.

⁶⁴⁸ Soybağı incelemesi bağlamında üstün özel yararın bulunup bulunmadığı, somut olaya dayalı olarak değerlendirilir. Bu türden bir üstün yararın varlığını tespit etmek için, çelişen menfaatlerin karşılıklı olarak değerlendirilmesi ve tartılması gerekmektedir. Yani, soybağı incelemesinden kaynaklanan bir yarar ile diğer kişilik hakları arasında bir denge kurularak, hangi menfaatin daha ağır bastığına karar verilir. Eğer soybağı incelemesinin getirdiği yarar, diğer kişilik haklarına kıyasla daha üstün kabul edilirse, bu durumda üstün özel yararın var olduğu sonucuna varılabilir. Bkz. Serozan-Kişiler, s.421.

⁶⁴⁹ Sonat, s.369.

⁶⁵⁰ Kökenini öğrenme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa kıtasındaki ülkelerin mahkeme kararlarında sıkça ele alınan bir terimdir. Bk. AİHM Jaggi vs Schweiz; BVerfG 31.01.1989, NJW 1989, 891; BGE 134 III 241; BGE 115 10234; BGE 128 I 63. Bkz. Zeynep Dönmez, "Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişikisine Yönelik Bir Değerlendirme", TAAD, Ekim 2018, S.36, 171 – 195, s.174'den naklen; Kökenin bilinmesine dair bu hak, uluslararası hukuk bakımından Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde ayrıca düzenlenmiştir. Anılan sözleşmenin 7 ve 8'nci maddeleri bu bağlamda önemlidir. Sözleşmenin 7'nci maddesinde; "*Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dâhil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa*

soybağını bilmeye yönelik hakkı, bu ilkenin bir istisnası olarak kabul edilebilir. Ait olunan soyun bilinmesine dair bu hak, çocuğun kimlik gelişimine katkıda bulunan bir unsur olarak, soybağına dayalı ilişkiden bağımsız nitelikte bir haktır⁶⁵¹. Uluslararası hukukta çocuğun genetik kökenini bilmeye dair hakkın, genel bir çocuk hakları bağlamında düzenlendiği dikkat çekmektedir⁶⁵². Ayrıca, Anayasanın 17’nci maddesinde yer alan “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*” şeklindeki ifadenin, çocuğun ait olduğu soyu öğrenme hakkı için anayasal bir temel teşkil edebileceği belirtilmektedir⁶⁵³.

Soybağının tespit edilmesine yönelik anlaşmazlıklar söz konusu olduğunda, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı öncelikli kabul edilerek, mahkeme kararına uygun olarak bir kişiden kan veya doku örneği alınıp soybağı incelemesi gerçekleştirilirse ve bu, kişinin rızası olmadan yapılmış olsa bile, bu durumda çocuğun üstün yararının bulunması ve ilgili hususun uluslararası düzenlemelerle destekleniyor olması nedeniyle, rızanın bulunmaması hukuka aykırı sayılmayacaktır⁶⁵⁴. Bir çocuğun biyolojik babasını öğrenme isteği olduğunda, annenin özel yaşam ve cinsel ilişkilerin gizliliği gerekçesiyle çocuğa bu

dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.” denmektedir. Sözleşmenin 8’inci maddesinin 2’nci fıkrasında ise, “*Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine sıratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemelere ek olarak, Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlat Edinme Konusunda İşbirliği Sözleşmesinin 30’uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise “*Yetkili makamlar, çocuğun veya temsilcisinin bu bilgilere [çocuğun kökeniyle ilgili bilgilere], o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gereken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır.*” denilerek çocuğun bu üstün nitelikteki özel yararı vurgulanmıştır. Bkz. Dönmez, s.174.

⁶⁵¹ Serozan-Çocuk, s.163;

⁶⁵² Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin (UNCRC) 7’nci maddesinin ilk fıkrası bu konuyu düzenlemektedir. Bu hükümde, soybağı türüne bakılmaksızın, her çocuğun, olabildiğince, ana-babasını tanıma ve onlar tarafından büyütülme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>.

⁶⁵³ Kökenin tespiti hakkı Anayasanın 17 ve TMK’nın 23’üncü maddeleri ile ilişkilendirilmektedir. Bkz. Dönmez, s.175.

⁶⁵⁴ Sonat’a göre; bu tür durumlarda, genetik bilgisi incelenen kişinin çocukla soybağı ilişkisi içinde olup olmadığına dair bir ayırım yapmak gerekmektedir: Eğer genetik bilgisi incelenen kişi, çocuğun şu anki soybağı ilişkisi içinde olan anne veya baba ise, genellikle çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına dayanan üstün özel yararın varlığı kabul edilebilir. Ancak, anne ve baba dışındaki kişiler söz konusu olduğunda, genellikle bu üçüncü kişinin kişilik hakları, çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkına kıyasla daha üstün kabul edilmelidir. Yine de, bu senaryoda, üçüncü kişinin rızası olmadan yapılan bir analiz sonucunda, eğer üçüncü kişinin çocukla genetik bir bağlantısı ortaya çıkarsa, bu durumda çocuğun üstün yararının bulunduğu ve analizin hukuka uygun sayılması gerektiği savunulabilir. Bkz. Sonat, s.371 dp.177.

bilgiyi vermeyi reddetmesi, genellikle hukuken korunan bir çıkar olarak kabul edilemez⁶⁵⁵. Bu tür durumlarda, çocuğun biyolojik babasını öğrenme hakkına öncelik verilmesi gerekmektedir. Annenin sağlayacağı bu bilgi, baba olduğu iddia edilen kişinin özel yaşamını da etkiler. Ancak sadece özel yaşamın korunması gerekçesi, baba olduğu iddia edilen kişi için bir savunma aracı oluşturmaz. Alman Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi⁶⁵⁶, özel yaşamın gizliliği gerekçesiyle bir kişinin biyolojik babasını öğrenme hakkının kısıtlanabileceği görüşü olsa da, genel görüş ve uygulama bu durumdan farklıdır. Bu durumlarla ilgili genel kanaat, bir çocuğun biyolojik babasını öğrenme hakkının, özel yaşamın gizliliği çıkarına genellikle öncelikli olduğudur⁶⁵⁷.

Soybağının tespit edilmesi amacıyla gerçekleştirilen incelemelerin bir sonucu olarak, yalnızca biyolojik materyali alınan kişilerin değil, aynı zamanda üçüncü tarafların kişilik hakları da etkilenmektedir. Örnek vermek gerekirse, DNA incelemesi sonucunda kocanın, çocuğun biyolojik babası olmadığı ortaya çıkarsa, bu durum annenin evlilik dışı bir ilişkisi olduğunu gösterirken, annenin cinsel yaşamının gizliliğine de müdahale edilmiş olacaktır. Yine aynı şekilde, annenin evlilik dışı ilişkisi olan kişinin, çocuğun babası olduğunun anlaşılması durumunda, yasal babanın biyolojik baba olmadığı açığa çıkacak ve yasal babanın genetik gerçeği bilmeme hakkına bir müdahale gündeme gelecektir⁶⁵⁸. Kanaatimizce, bu tür durumlarda müdahale edilen çıkarlar arasında dikkatli bir analiz

⁶⁵⁵ Martini Löhnig, Ina Plettenberg, Runge- Rannow ve Maria Viktoria, **Keine Pflicht des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten, rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung**, NZFam 2016, S. 9, s. 409 (Dönmez, s.181'den naklen).

⁶⁵⁶ Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararında, evlilik dışında doğmuş bir çocuğun, annesinden biyolojik babasının kim olduğunu öğrenmek istemesi durumu değerlendirilmiştir. Bu durumda, anne bu bilgiyi paylaşmayı reddederken, çocuk, annesinden biyolojik babasının kim olduğunu öğrenme hakkını talep etmiştir. Bu durum, annenin biyolojik babaya ilişkin kimlik bilgilerini verme yükümlülüğünün olup olmadığı ve eğer varsa bu yükümlülüğün kapsamını tartışmaya açmıştır. Anne, çocuğun doğumu öncesinde birçok erkekle birlikte olduğunu ve bu erkeklerin bir kısmının evli olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla, annenin talep edilen bilgiyi vermesi durumunda, hem kendi özel yaşamı hem de başkalarının özel yaşamına dair bilgileri paylaşmış olacaktır. Mahkeme, insan onurunun ve özel yaşamın temel hak olarak korunduğunu belirtmiştir. Ancak bu korumanın tek başına bir çocuğun biyolojik kökenini öğrenme hakkını engelleyemeyeceğini ifade etmiştir. Benzer şekilde, bir kişi kökenini öğrenme talebinde bulunduğu anda, bu hükümlerin ona tam bir koruma sağlamayacağını vurgulamıştır. Bkz. Alman Anayasa Mahkemesinin 06.05.1997 tarih ve 1 BvR 409/90 sayılı kararı, NJW 1997, s. 1769 (Dönmez, s.181'den naklen).

⁶⁵⁷ Dönmez, s.181.

⁶⁵⁸ Sonat, s.371.

yapılmalı ve hangi kişinin diğerine kıyasla daha üstün nitelikte bir özel menfaati bulunuyorsa ona öncelik verilmelidir. Zaten soybağı incelemelerinin doğası gereği, kişilerin kişilik haklarına ve kişisel değerlerine müdahale edilmesi kaçınılmazdır; bu nedenle en azından müdahaleler arasında önceliği olanın tercih edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, çocuğun üstün menfaatinin diğer menfaatlere kıyasla daha ağırlıklı olması durumunda, üçüncü kişilerin menfaatleri ikincil öneme sahip olacak ve bu müdahale, hukuka uygun kabul edilecektir⁶⁵⁹.

3. Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Soybağını tespitinin, kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmesi ve bunun soybağı davaları yönünden uygulanması durumu, rızanın aranmadığı hukuka uygunluk hallerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁶⁰. TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, kişilik haklarına yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılmasının nedenlerinden biri olarak, müdahalenin yasal bir yetkiye dayandırılması hususu ifade edilmektedir. Bu bakımdan, soybağı belirlemesi için var olan yasal düzenlemeler çerçevesinde, bu düzenlemeler tarafından sağlanan yetki doğrultusunda hareket edilerek, kişinin herhangi bir rızası alınmadan kendisinin vücudundan biyolojik materyal alınıp soybağı tespitinde kullanılması durumunda, ilgili eylem hukuka aykırı sayılmayacaktır⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Hegnauer'e göre; çocuğun yasal annesi veya babasının, çocuğun genetik kökenini öğrenmeye dair menfaati, üçüncü kişilerin gizlilik menfaatlerinden daha üstün kabul edilmektedir. Yasal olarak baba olan kişi, çocuğun kendi soyundan gelip gelmediğini öğrenme konusunda, anne ile ilişkisi olan üçüncü kişiye kıyasla daha üstün bir menfaate sahiptir. Benzer şekilde, evli bir kadın, çocuğun babasının kendi eşi olup olmadığını öğrenme konusunda, eşine kıyasla daha üstün bir menfaate sahiptir. Bkz. Cyril Hegnauer, **Die Aussergerichtliche Abstammungsuntersuchung und das Persönlichkeitsrecht**, ZVW 1997/3, s.92 (Sonat, s.372'den naklen).

⁶⁶⁰ "Üstün nitelikteki kamusal yarar" ve "kanunun verdiği yetkiye dayanılması" kavramları, doktrinde iki farklı hukuka uygunluk gerekçesi olarak ele alınır. "Üstün nitelikteki kamusal yarar", genellikle toplumun genel menfaatini veya kamu güvenliğini koruma gibi durumları ifade eder ve bireysel haklara yapılan müdahalelerin, geniş çaplı bir yararı gözetmesi gerektiğini ima eder. Öte yandan, "kanunun verdiği yetkiye dayanılması" ise, yasal düzenlemelerin özel olarak tanıdığı bir yetkinin kullanılmasını temsil eder. Bkz. Dural ve Ögüz, s.143; Akipek, Akıntürk ve Karaman, s.402; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.177 vd.

⁶⁶¹ Sonat, s.365; Her ne kadar kanunun verdiği yetki bir hukuka uygunluk nedeni ise de, TMK md.284'de doğrudan zorlamayı esas alan düzenleme olmadığından, hatta rıza göstermeyen kişiler açısından taktire dayalı bir fiili karine bulunduğundan dolayı yapmış olduğumuz açıklamalar, daha çok HMK md.292 kapsamında olacaktır.

Medeni hukuk kapsamında soybağı yargılama usulünü düzenleyen TMK'nın 284'üncü maddesi bu konuda öne çıkmaktadır. İlerleyen bölümlerde soybağının tespiti bakımından hem medeni hukuk hem de usul hukukunda esas olan iki düzenlemeyi ayrı ayrı ele alacağımızdan dolayı, burada yalnızca TMK md.284 kapsamındaki rıza hususuna dair genel bilgilere yer vermeye yetineceğiz⁶⁶².

TMK md.284/1.b.2'ye göre; taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları bakımından tehlike yaratmayan bilimsel araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler⁶⁶³. Bu madde, taraflara ve üçüncü kişilere, soybağı ilişkisinin belirlenmesi amacıyla yapılan bilimsel incelemelere katılmaları yükümlülüğü getirmektedir. Eğer taraf ve üçüncü kişiler bu yükümlülüğe uymayıp incelemelere katılmayı reddederlerse, hâkimin takdirine bağlı olarak bu kişilere karşı aleyhe bir karine gündeme gelebilir. Bu durumda, bilimsel inceleme ile kanıtlanmak istenen husus, incelemeye katılmayan kişi aleyhine kabul edilmiş sayılabilir⁶⁶⁴.

TMK'nın 284'üncü kapsamında belirtilen rıza gösterme yükümlülüğünün geçerli olabilmesi için babalık, soybağının reddi, tanınmanın iptali, sonradan evlenme sonucu evlilik dışı çocuk ile kurulan soybağı ilişkisine itiraz gibi soybağı davalarının bulunması, yani derdest bir yargılamanın olması gerekmektedir. Eğer bu hükümlere uygun olarak açılmış bir dava yoksa, ilgili kişilerin bilimsel incelemelere katılmaları zorunlu olmayacaktır. Bu durumda, TMK'nın 284'üncü maddesi kapsamında soybağı araştırılacak kişilerin biyolojik madde verme yükümlülüğü gündeme gelmeyecektir⁶⁶⁵. TMK'nın 284'üncü maddesi ile

⁶⁶² Bkz. Dördüncü Bölüm I. II. III. IV.

⁶⁶³ TMK md.284: “(1)Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır: 1. Hâkim maddî olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. 2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir”

⁶⁶⁴ Eğer söz konusu yükümlülüğe uygun hareket edilmezse, rıza göstermeyi reddeden kişi aleyhine, hâkimin takdirine dayalı olarak bir varsayım yani fiili karine uygulanabilir. Bu bağlamda, bilimsel inceleme yoluyla kanıtlamak istenen durum, rıza göstermeyi reddeden kişi aleyhine olarak kabul edilmiş sayılabilir. Bkz. Serozan-Çocuk, s.178.

⁶⁶⁵ Sonat, s.366.

kişilere soybağı yargılamalarında tıbbi araştırma ve incelemelere katılım açısından bir rıza gösterme yükümlülüğü getirilmiştir ve rıza vermeyi reddeden kişi aleyhine, hâkimin takdirine bağlı olarak aleyhe bir fiili karine uygulanabilecektir. Yükümlülük koşulları yerine getirilmiş olsa dahi kişi, tıbbi araştırma ve incelemelere ilişkin herhangi bir rıza açıklamasında bulunmaz ise ona karşı zor kullanımı söz konusu değildir⁶⁶⁶. Tıbbi araştırma ve incelemeye katlanmayı reddedişe ilişkin tek yaptırım, bu eylemin, açılmış olan dava kapsamında kişi aleyhine sonuçlar doğurmasını kabullenmektir⁶⁶⁷.

Hukuka aykırılık bağlamında önemle vurgulamak gerekir ki, TMK'nın 284'üncü maddesinde belirtilen tıbbi araştırma ve incelemelere rıza gösterme yükümlülüğünün koşullarının oluşması, kişinin rızası olmaksızın zor kullanılarak vücudundan biyolojik materyal alınmasını veyahut alınan bu materyalin soybağı incelemesinde kullanılmasını hukuka uygun hale getirmez⁶⁶⁸. Ayrıca bu hüküm, davanın tarafları ile üçüncü kişiler arasında ayırım yapılmasını gerektirmez. Dolayısıyla, vücudundan biyolojik materyal alınmasına rıza göstermekten kaçınan taraflara zor kullanılamaz. Bu husus, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler için de geçerlidir. Bu nedenle, anılan hüküm, bilimsel incelemelerde hukuka uygunluk açısından, davanın tarafları ve üçüncü kişilerin rızasının alınmasının gerekliliği üzerinde etkili değildir. Bu hüküm, TMK'nın 24'üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kişilik haklarına müdahaleler bakımından rızanın gerekliliğini ortadan kaldıran bir yetki içermemektedir⁶⁶⁹. Kanaatimizce TMK'nın 284'üncü maddesinde davanın tarafları ve üçüncü kişiler açısından her ne kadar rıza göstermekle yükümlüdür ibaresi bulunsa da,

⁶⁶⁶ Serozan-Çocuk, s.178.

⁶⁶⁷ Serozan-Çocuk, s.178; TMK md.284 hükmü, taraflara vücutlarından örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü getirmediği konusunda genel bir kabul görmektedir. Ancak, rıza göstermekten kaçınan tarafın, bu eylemi nedeniyle davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalabileceği düşünülmektedir. Bu durumda, tarafların zorunlu olarak biyolojik madde verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yani, hüküm doğrudan katılma yükümlülüğü getirmemektedir. Bununla birlikte, rıza göstermeyi reddeden tarafın bu eylemi nedeniyle davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalabileceği kabul edilmektedir. Bkz. H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, İstanbul 2009, sh. 361-362.

⁶⁶⁸ Özbilen-Biyolojik, s.264.

⁶⁶⁹ Sonat, s.367.

aynı maddede belirtilen bu fiili karine durumu, TMK md.24 kapsamında kişilik haklarına müdahalelerin hukuka uygunluğu bakımından aranan “kanuni yetki” kapsamında değildir⁶⁷⁰.

III.CMK’NIN 75 VE 80. MADDELERİ ARASINDA DÜZENLENEN BEDEN MUAYENESİ, VÜCUTTAN ÖRNEK ALIMI VE MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER BAKIMINDAN RIZA

A. Genel Olarak

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve kişilerden kan ve doku örneği alınmasını ve bu uygulamalar bakımından rıza kavramını esas alan düzenlemeler, hukukumuzda yalnızca HMK ve TMK’nın ilgili maddelerinde olmayıp, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Birinci Kitap Üçüncü Kısım Üçüncü Bölüm altında “Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığı ile düzenlenen 75 ve 80’inci maddeleri arasında hali hazırda olmakla birlikte, mülga olan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda da bulunmaktaydı. Bu Kanunlarda, delil elde etme amacıyla kişilerin rızaları bulunmaksızın veyahut bazı kişiler açısından rıza alınarak kan ve doku örnekleri alınması kapsamında özel hukuka benzer düzenlemeler yer almaktadır.

CMK’da bilimsel verilere dayanan delil elde etme amacı ile beden muayenesi, vücuttan örnek alımı ve moleküler genetik inceleme düzenlemelerine ayrıntılı biçimde yer verilmiştir. CMK md.75’de “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması”, md.76’da “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, md.77’de “Kadının muayenesi”, md.78’de “Moleküler genetik incelemeler”, md.79’da “Hâkimin kararı ve inceleme yapılması” ve son olarak md.80’de ise “Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği” düzenlenmiştir. CMK’da belirtilen bu tür müdahaleler, doktrinde

⁶⁷⁰ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm II. C. 3. c).

“koruma tedbiri” olarak nitelendirilmekte ve kanun tarafından verilen bir yetki dahilinde kullanılması sebebiyle hukuka aykırı sayılmamaktadırlar⁶⁷¹.

TMK ve HMK'nın ilgili düzenlemelerinde bulunan rıza kavramı ile CMK'nın 75 vb. maddelerinde bulunan rıza kavramı arasında ciddi farklılıklar bulunmakla birlikte, özellikle bu fark kişilere göre değişebilmektedir. CMK'da, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması tedbirleri kapsamında rıza açıklamasının, kararın alınması bakımından herhangi bir önemi bulunmaz iken, mağdur tarafından verilen bu rızanın, ilgili inceleme hakkında karar alınmamasını sağlayacak niteliğe sahip olduğu görülmektedir⁶⁷². Dolayısıyla, mağdurun rızası söz konusu olduğunda, hâkim kararı beklemeden iç beden muayenesi yapılabilir veya biyolojik örnekler alınabilecektir⁶⁷³.

B. İlgili Düzenlemelerdeki Rıza Kavramının İncelenmesi

1. CMK'nın 75. Maddesi Açısından İnceleme

CMK'nın 75'inci maddesine göre; sanık ya da şüphelinin üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine veyahut bu kişilerin vücudundan kan ya da biyolojik örneklerin alınabilmesine kural olarak hâkim karar vermek durumundadır. Fakat gecikmede sakınca bulunduğu durumlarda ise, Cumhuriyet savcının bu tedbirler hakkında karar verme hak ve yetkisi bulunmaktadır⁶⁷⁴. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, acil bir şekilde tedbirlerin

⁶⁷¹ Vücuttan örnek alma işlemi, suç işlenmesinin yol açtığı kamu düzeni bozulmasını giderme amacı ile bireylerin -sanık, şüpheli veya üçüncü kişilerin- bedensel dokunulmazlık ve sağlık hakları arasında bir denge kurmayı gerektirir. Bu süreç, söz konusu iki önemli ilke arasında bir çatışma yaratabilir. Bu yönde bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Basım, Beta, İstanbul, 2012, s.270.

⁶⁷² CMK'nın 76'ncı maddesinin ikinci fıkrasında; “*Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur*” şeklinde belirtildiği üzere mağdurun rızasının varlığı halinde karar alınmasına gerek yoktur.

⁶⁷³ Centel ve Zafer, s.272.

⁶⁷⁴ Ceren Özkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Yaşar Üniversitesi SBE, 2005), s.118; CMK'nın 75'inci maddesinin gerekçesinde: “...Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da bu hususta karar verilebilir. Ancak, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu düzenlemeyle, Cumhuriyet savcısının iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasıyla ilgili kararı sadece soruşturma

alınması gerektiğine kanaat getirdiğinde, hâkim kararı beklenmeden tedbirleri uygulayabilir⁶⁷⁵.

İlgili düzenlemede şüpheli ya da sanığın beden muayenesi, iç ya da dış beden muayenesi olmak üzere iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin CMK'da düzenlenmesine karşın, dış beden muayenesinin nasıl ve hangi şartlarda yapılacağı hususu 25382 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde de "dış beden muayenesi" ve "iç beden muayenesi" kavramları tanımlanmıştır⁶⁷⁶. Her ne kadar bahse konu iç ve dış beden muayenesi anılan Yönetmelikte düzenlenmiş ise de, asli düzenlemeyi içeren CMK'da, iç beden muayenesinin düzenlenmesine karşın dış beden muayenesinin düzenlenmemesi doktrinde eleştirilmiştir⁶⁷⁷.

Soybağının tespitinde hem HMK hem de TMK'da kullanılan sağlık yönünden "tehlike yaratmama/tehlike oluşturmama" durumu, BMY'de yinelenmiştir. Bu bakımdan BMY'nin 5'inci maddesinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin sadece ilgili hekim tarafından yapılacağına, muayenenin yapılabilmesi adına; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesi barındırmaması gerektiğine, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin de dış beden muayenesi sayılacağına, bu nitelikte

evresiyile sınırlı tutulmamıştır." şeklinde belirtildiği üzere, Cumhuriyet savcısının iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirleri hakkında, şartları olduğu ölçüde karar verebileceği ifade edilmiştir.

⁶⁷⁵ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s.284

⁶⁷⁶ Anılan Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde dış beden muayenesi "*Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi...*" şeklinde; iç beden muayenesi ise "*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini ifade eder.*" şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca md.5/4'de dış beden muayenesi ile ilgili olarak "*Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de beden dış muayenesi sayılır*" şeklinde açıklamada bulunulmuştur.

⁶⁷⁷ Anayasanın 13'üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca kanunla sınırlandırılabilirliği, yine Anayasanın 17/2 maddesinde "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*" şeklinde belirtilen düzenleme gereği, vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan düzenlemelerin mutlaka kanuni alt yapısının olması gerektiği, ilgili müdahalelerin yönetmelik ile düzenlenmesinin kişi dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiği belirtilmiştir. Bkz. Ünver ve Hakeri, s.299; Aynı yönde Centel ve Zafer, s.268; İpekçioğlu, s.30.

incelemelerin hekim tarafından ya da hekim gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu olan üçüncü kişi tarafından yapılabileceğine yer verilmiştir.

Karar alınması bakımından incelenmesi gereken nokta ise 75'inci madde yönünden şüpheli ve sanığın bu örneklerin alınması hususunda rıza göstermesi halinde, hâkimden ya da gecikmede sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından karar alınması zorunluluğunun ortadan kalkıp kalkmadığına ilişkindir. Doktrinde savunulan görüş; bu noktada şüpheli veyahut sanığın rızasının varlığı, hâkim ya da savcı tarafından karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı yönündedir⁶⁷⁸. Bu konunun tartışılmaya açılmasındaki temel husus ise aynı Kanunun 76'ncı maddesinin ikinci fıkrasında, mağdurun rızasının varlığının karar alınmasına engel olduğu yönündeki düzenlemedir. BMY'nin 18'inci maddesinin ikinci fıkrasında; şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak bu kişilerin rıza göstermeleri durumunda, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim ya da mahkemenin kararı ile tıbbi inceleme ve muayenelerin yapılabileceği, vücutlarından örnek alınabileceği düzenlenmiştir⁶⁷⁹. Bu bakımdan iç beden muayenesinin, gerek istem gerek ise re'sen karar alınmak suretiyle yapılabileceği düzenlenmiştir.

TMK'nın 284'üncü maddesinde tarafların, soybağının tespitine yönelik rıza gösterme yükümlölükleri bulunmaktadır. şayet ilgili taraf, bu incelemeye karşı geliyor ise, hâkim bu sefer davadan beklenen sonucu, incelemeye karşı gelen taraf aleyhine neticelendirme hakkına sahip olacaktır. TMK'nın 284'üncü maddesinin aksine CMK'nın

⁶⁷⁸ Bu yönde bkz. Ünver ve Hakeri, s.304.

⁶⁷⁹ Öze Apiş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması", *MÜHFHAD*, C.18, 2012, S.1, s.282; BMY md.18: "...Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir."

75'inci maddesinde aleyhe fiili karine durumu söz konusu değildir. Bu madde gereğince alınacak karar doğrultusunda inceleme yapılacaktır⁶⁸⁰.

CMK'nın 75'inci maddesine göre, öncelikle şüpheli veya sanığa uygulanacak olan işlem hakkında bilgilendirmede bulunulması gerekmektedir. Bu kişilere kanundaki emredici düzenleme aktarıldıktan sonra rıza göstermeleri, şayet rıza vermedikleri takdirde zor kullanılacağı açıklanmalıdır. Kişilerin bilgilendirmeye rağmen rıza göstermediği durumda ise vücut dirençlerini kırarak şekilde ölçülü olarak zor kullanılmak suretiyle inceleme yapılmalıdır.⁶⁸¹

HMK'nın 292'nci maddesindeki şartların oluşmasının akabinde belirtilen kişilerin, soybağının tespitine esas olacak incelemeye rıza göstermemeleri durumunda, bu incelemenin zor kullanılmak suretiyle yapılacağı düzenlenmiştir. CMK'nın 75'inci maddesi ile HMK'nın 292'nci maddesi arasında zor kullanma bakımından benzerlik vardır. CMK'daki zor kullanma hususu Yönetmelik gereği, HMK'daki husus ise doğrudan kanun gereği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, CMK'da da HMK'daki gibi açık ifadelere yer verilerek, konunun Yönetmelik ile uyumlu hale getirilmesi daha uygun bir düzenleme olacaktır.

⁶⁸⁰ CMK'nın 75'inci maddesinde, şüpheli ve sanığın inceleme kararına karşı gelmeleri durumunda bu kişiler hakkında zor kullanma vb. uygulamalara ilişkin nasıl işlem yapılacağı belirtilmemiştir. Bu husus, BMY'nin "İlgilinin rızası" başlığı altında düzenlenen 18'inci maddesinde açıklanmıştır. Maddede gerekli önlemlerden bahsedilmiş fakat bu önlemlerin ne olduğu ya da kişilere nasıl bir zorlamada bulunacağı belirtilmemiştir.

⁶⁸¹ BMY'deki "gerekli önlemler" ibaresinden kasıt, bu kişilerin rıza göstermemeleri durumunda, kendilerinin vücut direncini kırmayı sağlayan eylemlerdir. Bu bakımdan şüpheli ya da sanığın karşı gelmesi durumunda, incelemenin yapılacağı yere zorla götürülecek, elleri ve ayakları gerekli olduğu ölçüde tutulacak ve vücutlarına incelemeye esas olacak nitelikte müdahaleler yapılabilecektir Bkz. Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.70, S.19, 2021, s.29; Yunus Emre Bağlar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, S.45, 121-154, s.133; Yargıtaya göre; şüpheli ya da sanığın usulüne uygun olarak alınan karara rağmen incelemeye rıza göstermemeleri durumunda, Cumhuriyet Başsavcılığının gerekli önlemi alabileceği ve bu kişiler hakkında idrar, kan, tırnak, tükürük vb. örneklerin alınmasını sağlamaya yönelik zor kullanılabilmesi açıklanmıştır. Yargıtay 4. CD., E.2011/5356, K. 2013/6985, T. 11.03.2013 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.01.2023).

2. CMK'nın 76. Maddesi Açısından İnceleme

CMK'nın 76'ncı maddesinin birinci fıkrasında; suça ilişkin delil elde etmek adına, mağdurun vücudundan kan ya da benzeri biyolojik numuneler ile saç, tırnak, tükürük vb. örneklerin alınabilmesine, mağdurun sağlığını tehlikeye uğratmamak ve cerrahi müdahalede bulunmamak şartıyla; Cumhuriyet savcısının talebi ya da re'sen hâkim veya mahkeme, yine gecikmesinde sakınca olan durumlarda, sonradan hâkim onayına sunulmak koşuluyla Cumhuriyet savcısı tarafından karar alınabileceği belirtilmiştir⁶⁸². 76'ncı maddede herhangi bir rıza ibaresi bulunmamakla birlikte, soruşturmada delil elde etmek amacıyla mağdurun rızası olmasa da kendisinden kan, saç, kıl, tırnak vb. biyolojik örnekler alınabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında “mağdurun rızası halinde, ilgili işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmamaktadır” düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, birinci fıkrada mağdurun rızası olmasa da ilgili işlemler yapılabilecektir⁶⁸³.

CMK'nın 76'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında bulunan ve çocuğun soybağının tespit edilmesini konu alan düzenleme⁶⁸⁴, genellikle cinsel suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda gündeme gelmektedir⁶⁸⁵. Cinsel saldırı neticesinde zorla hamile bırakılan ve bunun sonucunda doğum yapan kadının, doğurmuş olduğu çocuktan alınan kan, kıl, tükürük, yanak sürüntüsü vb. biyolojik örnekler ile kadına cinsel saldırıda bulunduğu iddia olunan şüpheliden alınan örneklerin karşılaştırılması neticesinde, maddi gerçeği tespit etmek mümkün hale gelmektedir. CMK'nın 76/2 maddesine göre mağdur olan kadının rızasının

⁶⁸² CMK md.76/1 “(1)Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.”

⁶⁸³ Maddenin birinci fıkrasında, yalnızca mağdur ibaresi kullanılmasına rağmen, madde başlığında diğer kişiler ibaresi bulunmaktadır. Bu bakımdan içerikte kullanılan ibare ile madde başlığı arasında açık bir çelişki olduğu yönünde bkz. Ünver ve Hakeri, s.304.

⁶⁸⁴ CMK md.76/3: “(3)Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.”

⁶⁸⁵ Bağlar, s.140.

varlığı halinde karar alınmasına gerek duyulmaz iken, soybağının tespit edilmesi istenen çocuk hakkında uygulanacak tedbirde, çocuğun bu hususta vermiş olduğu rızanın herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁸⁶. Burada cinsel saldırı neticesinde mağdur olan kadın olduğundan, suçun mağduru olmayan çocuk hakkında rıza olsa dahi karar alınması gerekmektedir⁶⁸⁷. Çocuğun soybağının tespiti için CMK'nın 78 ve devamı maddeleri doğrultusunda moleküler genetik incelemelerin yapılması zorunludur.

76'ncı madde bakımından diğerlerinden farklılık arz eden husus, mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması bakımından vermiş oldukları rıza beyanının, hâkimden ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısından karar alınmasını kaldırıp kaldırmayacağıdır⁶⁸⁸. Kanun koyucu burada, mağdura ilişkin getirmiş olduğu hükümleri, şüpheli veya sanık için getirmiş olduğu hükümlerden farklı olarak düzenlemiştir. 76'ncı maddenin gerekçesinde, bu hüküm ile mağdurun rızasının, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulduğu ifade edilmiştir⁶⁸⁹. Yine madde başlığı ile içeriğin uyumsuz olmasına istinaden, mağdur dışındaki diğer kişilerin rızalarının varlığı durumunda CMK'da açık bir düzenleme bulunmadığından dolayı bu konuda BMY md.18/3'e bakılması gerekir. Anılan düzenleme gereği diğer kişilerin rızasının araştırma ve incelemeler bakımından olan önemi, aynı şüpheli veya sanığın rızası gibidir. Diğer kişilerin rızaları olsa dahi, soruşturma safhasında Cumhuriyet savcısının talebi, kovuşturma safhasında ise re'sen hâkim ya da mahkeme kararı ile tıbbi incelemeler yapılabilecek ve bu kişilerin vücutundan araştırmaya esas olmak üzere örnek alınabilecektir⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ Bağlar, s.140

⁶⁸⁷ Bağlar, s.141.

⁶⁸⁸ Akar, s.147.

⁶⁸⁹ Anılan maddeye ilişkin gerekçede bu husus: “...Maddenin ikinci fıkrasına göre, mağdurun açık rızasının varlığı halinde, birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu hükümle mağdurun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi olarak özel bir düzenleme alanı bulmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir.

⁶⁹⁰ Vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin doğrudan kanun kapsamında bulunması gerektiği yönündeki görüşümüz burada da geçerlidir. Bkz. Üçüncü Bölüm III.2.a.

a) Tanıklıktan Çekinme Açısından İnceleme

Özel hukuktaki soybağı davalarından farklı olmak üzere, CMK'nın 76'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında, muayene veya vücuttan örnek alınması bakımından tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Bu itibarla, CMK md.45'de yazılı bulunan kişiler tanıklıktan çekinme haklarına sahip olup, kan, kıl, tükürük vb. biyolojik örneklerin alınmasına karşı koyabileceklerdir⁶⁹¹.

CMK'nın 76'ncı maddesindeki tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanların durumu, HMK'nın 292'nci maddesinin ikinci fıkrasından farklı düzenlenmiştir. Nitekim HMK'nın 292'nci maddesinde, açık bir şekilde üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı olduklarını ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamayacağı emredici nitelikte düzenlenmiş olup CMK uygulamasının aksine bu kişilere hiçbir imtiyaz tanınmamıştır⁶⁹². HMK'nın 248'inci maddesinde belirtilen kişiler⁶⁹³, HMK'nın 292'nci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiş olmasına istinaden, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduklarını öne sürerek, uygulanacak olan araştırma ve incelemelerden kaçınamayacaklardır.

CMK'nın 76/4 maddesini, TMK'nın 284'üncü maddesi bakımından incelediğimizde ise, HMK'nın aksine TMK'da bu hususta bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁹⁴. İlgili kişilerin tanıklıktan çekinme hakkına dayanarak kan, kıl, tükürük vb. numuneleri verip vermemelerine yönelik bir düzenleme olmasa da, aynı maddenin birinci fıkrasında soybağına ilişkin davalarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır demek

⁶⁹¹ CMK'nın 45'inci maddesinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip bulunanlar: şüpheli veya sanığın nişanlısı, bu kişilerin evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi eşleri, kan hısımlığından ya da kayın hısımlığından olan üst veyahut alt soyu, üçüncü derece dahil kan ya da ikinci derece dahil kayın hısımları ile şüpheli veya sanıklar arasında evlatlık bağı bulunan kişilerdir.

⁶⁹² Akar, s.149.

⁶⁹³ HMK md.248 gereği tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar: İki taraftan birinin nişanlısı, evlilik bağı ortadan kalksa dahi iki taraftan birinin eşi, kendisi ya da eşinin altsoy veyahut üstsoyu, taraflardan biri ile arasında evlatlık ilişkisi bulunanlar, üçüncü derece dahil olmak üzere kan ya da kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları ve son olarak koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuklardır.

⁶⁹⁴ Akar, s.149.

suretiyle ilgili Kanuna atıf yapılmıştır⁶⁹⁵. Doktrinde bir görüşe göre, TMK'da bulunmayan ve HUMK'a atıf yapılan düzenleme gereği, HMK'nın referans alınması ve soybağı davaları kapsamında tanıklık yapmaya zorlanamayacak olan kişilerin, tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek tıbbi araştırma ve incelemelerden kaçınması gerektiği⁶⁹⁶ belirtilmiş ise de, kanaatimizce HMUK'un 12.01.2011 tarihli HMK'nın yürürlüğe konulmasıyla birlikte mülga olması, TMK md.284/1'de eski HMUK'a atıf yapılması ve atıf yapılan Kanunun örnek alındığı İsviçre Medeni Kanununda da, üçüncü kişilerin soybağına ilişkin araştırma ve incelemelerden kaçınmayacağı belirtilmesi nedeniyle, TMK gereği de bu kişilerin tanıklıktan çekinme haklarının olduğunu ileri sürerek incelemelerden kaçınmayacağı kanaatindeyiz.

b) CMK'nın 76. Maddesinde Belirtilen Mağdur ve Diğer Kişilerin Muayene ve Örnek Alımına Rıza Göstermemesi Durumu

CMK'nın 76'ncı maddesinde mağdurun ve diğer kişilerin, alınan inceleme kararına karşı gelmelerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İlgili konu bakımından kanunda boşluk olmakla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi BMY kapsamında Anayasanın 17/2 maddesine aykırı olacak şekilde düzenleme mevcuttur⁶⁹⁷. BMY md.18/1'de, mevzuatta aranan tüm şartların gerçekleşmiş olması ve şüpheli ya da diğer kişilerin rıza göstermemeleri durumunda, kararın infazı adına ilgilinin muayenesini veyahut vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı hususu düzenlenmiştir. BMY'de geçen 'gerekli önlemler' ifadesi, bu tür durumlarda kişilere karşı inceleme ve muayene gerçekleştirmek amacıyla, ölçülülük ilkesi çerçevesinde zor kullanılabilmesi anlamına gelir. Eğer mağdur veya diğer kişiler, muayene

⁶⁹⁵ Recep Akcan, **Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme)**, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s.890.

⁶⁹⁶ TMK'nın 284'üncü maddesinin esas kaynağı olan İsviçre Medeni Kanununun 254'üncü maddesinin, soybağı davalarında tanık sıfatına sahip olan kişilerin, tanıklıktan çekinme haklarını kullanarak maddede tanımlanan yükümlülükten kaçınabileceklerini ifade ettiğini belirten görüş için bkz. Akcan, s.890.

⁶⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm III. A. B. 1. 2.

ve incelemeye direnirse, kolluk güçleri tarafından muayenenin yapılacağı yere götürülürler ve burada bir doktor nezaretinde gerekli örnekler alınıp incelemeler yapılır. Zor kullanma konusunda daha önce yaptığımız açıklamaları bu bölümde tekrarlamış olduğumuzu belirtmek isteriz⁶⁹⁸.

3. CMK'nın 78. Maddesi Açısından İnceleme

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması yoluyla elde edilen materyallerin, ya da olay yerinde bulunan kanıtların üzerinde, yalnızca soybağının belirlenmesi veya bulguların, şüpheli, sanık veya mağdura aidiyetinin tespiti amacıyla ve bunun zorunlu olduğu durumlarda moleküler genetik incelemeler gerçekleştirilebilir. Bu örnekler üzerinde belirtilen amaçların dışında herhangi bir tespit veya inceleme yapılması yasaktır⁶⁹⁹. Sanık veya şüphelinin vücutundan alınan biyolojik materyaller üzerinde çeşitli analizler yapılmaktadır. Olay yerinden alınan veya mağdurun beden muayenesi sırasında elde edilen örnekler, bu biyolojik materyallerle karşılaştırılmakla birlikte, DNA analizi sayesinde bu örneklerin faille ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği oldukça kesin bir şekilde belirlenebilmektedir⁷⁰⁰. Moleküler genetik incelemeler bakımından gerekli olan biyolojik materyallerin ilgili kişilerden alınması, herhangi bir şekilde rıza şartına bağlı tutulmamıştır⁷⁰¹. Sanık veya şüphelinin rızası olmasa bile vücutundan biyolojik madde alınabilmektedir⁷⁰².

⁶⁹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm III. B. 2 .a).

⁶⁹⁹ Nihal Temizsoy Bayram, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), s.5; Moleküler genetik inceleme tanımı BMY'de düzenlenmiş olup "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddede moleküler genetik inceleme; "Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eder." şeklinde ifade edilmiştir. Yine BMY'nin "Moleküler Genetik İncelemelerin Yapılması" adı ile geçen Üçüncü Bölümünün "Moleküler genetik incelemeler" başlığını taşıyan 12 ve devamı maddelerinde ayrıntıları ile belirtilmiştir. Bkz. Bayram, s.6.

⁷⁰⁰ Ünver ve Hakeri, s.287.

⁷⁰¹ Ünver ve Hakeri, s.277.

⁷⁰² BMY'nin 18'inci maddesinin birinci fıkrasında da, eğer mevzuattaki tüm şartlar yerine getirilmiş ve şüpheli, sanık veya diğer kişilere bu konuda bilgi verilmiş olmasına rağmen bu kişiler muayene olmaya veya örnek verilmesine rıza

CMK'nın 75 ve 76'ncı maddelerine istinaden, şüpheliden alınan kan, kıl, tükürük, saç vb. diğer biyolojik materyaller üzerinde, Kanunun 78'inci maddesine yönelik yapılacak olan moleküler genetik incelemeler bakımından, yalnızca bir makamın karar vereceği ifade edilmiş olup bu makam CMK'nın 79/1 maddesine göre yalnızca hâkimdir. Moleküler genetik incelemelerin uygulanması açısından gecikmede sakınca bulunma halinden bahsedilmemiş, bunun hâkim tarafından kararlaştırılacağı açıklanmıştır. Toplanan örnekler üzerinde, yalnızca soybağı ya da elde edilen bulguların şüpheli, sanık veya mağdura aidiyetinin tespiti açısından zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemelerin gerçekleştirileceği vurgulanmıştır⁷⁰³.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, 78 ve 79'uncu maddede yazılı olan düzenlemeler, esasında Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (StPO⁷⁰⁴) 81a ve 81f maddelerine benzer niteliktedir⁷⁰⁵. Günümüz teknolojisi ve yargılamaların toplum açısından seyri bakımından, ele geçirilen bu materyallerin şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığı hususunda kuşku duyulmasına istinaden, ilgili incelemelerin moleküler genetik incelemeler ile yapılması zorunluluğu doğmuştur⁷⁰⁶.

göstermiyorlarsa, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı, kişinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere gerekli adımları atacağı belirtilmiştir.

⁷⁰³ Çakmut'a göre; Moleküler genetik incelemelerin yapılmasına ilişkin karar tamamen hâkimin inisiyatifindedir. Acil durumlar için Cumhuriyet savcısına veya onun emrindeki kolluk kuvvetlerine bu konuda yetki verilmemiştir, çünkü moleküler genetik incelemelerin yapılması açısından aciliyet gerektiren bir durum söz konusu değildir. Toplanan materyaller üzerinde 2 yıl süresince inceleme yapmak mümkündür. Bkz. Çakmut-Soybağı, s.109

⁷⁰⁴ Anılan Kanun için Bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/>

⁷⁰⁵ CMK md.78'in gerekçesi: "*Maddede moleküler genetik incelemelerin esasları belirlenmektedir. Bu madde ve 79 ncu maddedeki düzenlemeler, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 81a ilâ 81f paragraflarına paralel bir niteliktedir. Çoğu kez soybağı veya ele geçirilen materyalin şüpheliye, sanığa veya mağdura ait olup olmadığı konusunda duyulan kuşkular, moleküler genetik incelemeler yapılmaksızın giderilememektedir. Bu nedenle maddede moleküler genetik incelemelerin esasları ve sınırları düzenlenmektedir.*"

⁷⁰⁶ CMK'nın 78/1 maddesinde, incelemelerin sadece zorunlu hallerde yapılabileceği belirtildiğinden, bu tür incelemelerin ikincil öneme sahip olduğu açıktır. Dolayısıyla, incelemelere sadece diğer alternatiflerin tükenmesi halinde başvurulmalıdır. Moleküler genetik incelemeler bu bağlamda koruma tedbirleriyle benzer bir özellik taşımaktadır. Eğer koruma tedbirlerine başvurulmadan delil toplanabiliyor ve sonuca ulaşılabiliyorsa, bu durumda koruma tedbirlerine başvurulmasına gerek yoktur. Bu yönde bkz. Bayram, s.70.

Sonuç itibariyle ister özel hukuk ister kamu hukuku kaynaklı olsun, kanunlar tarafından yetki verilen durumlarda, kişinin vücudundan biyolojik materyal alınması söz konusu olduğunda, bu müdahale, kişinin rızası olsa da olmasa da TMK md.24/2 ve Anayasa md.17/2 gereğince hukuka uygun kabul edilmelidir. Kişilerden biyolojik materyal alınmasına izin veren yasal düzenlemeler, yalnızca belirli şartlar altında ve ölçülülük ilkesi dâhilinde bu tür müdahaleleri meşru kılar⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ Özbilen-Biyolojik, s.269.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK TIBBİ ARAŞTIRMALAR VE İNCELEMELERE RIZA KAPSAMINDA TMK’NİN 284 VE HMK’NİN 292. MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. SOYBAĞININ TESPİTİNE YÖNELİK İNCELEME KARARININ KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Önceki bölümlerde ayrıntıları ile bahsetmiş olduğumuz soybağı davalarında⁷⁰⁸, mahkemenin her türlü şüpheden uzak bir şekilde soybağını tespit etmek amacıyla re’sen araştırma yapma zorunluluğu bulunmaktadır⁷⁰⁹. Medeni hukuk bakımından taraflarca getirilme ilkesine karşın, soybağı yargılamaları açısından re’sen araştırma ilkesi egemendir. Bu nedenle mahkeme, tarafların beyanlarına bağlı kalmaksızın her türlü incelemeyi yapmak zorundadır⁷¹⁰.

Soybağı davalarında, hâkimin soybağını tespit edebilmesi ve bu doğrultuda hüküm kurabilmesi adına bir takım şartlar öngörülmüştür. Soybağının tespiti bakımından tıbbi araştırma ve incelemelerin gerçekleştirilmesi adına bu şartlar; derdest bir soybağı davasının bulunması, gerçeğin tespit edilebilmesi için tıbbi incelemenin kaçınılmaz olması, bilimsel yöntem ve verilere uygun olması ve incelemelerin, davanın tarafları ya da üçüncü kişilerin

⁷⁰⁸ Bkz. Birinci Bölüm II. A. B. C.

⁷⁰⁹ TMD md.284/1.b.1’de bu husus: “*Hâkim maddî olguları re’sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁷¹⁰ Uyumaz, s.171; Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda sıklıkla, mahkemenin maddi gerçekleri re’sen araştırması ve tarafların beyanlarını yardımcı delil olarak kullanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bu kararlarda, asıl delilin kişilerin vücutlarından alınan örneklerle gerçekleştirilen soybağı araştırmaları olduğu belirtilmiştir. Eğer şartlar mevcutsa, bu tıbbi verilerin diğer delillerle birlikte değerlendirilebileceği ve bu tür araştırma, inceleme ve tespitlerin gerçekleştirilmesi için mevcut tıbbi ve teknik imkanların tamamından faydalanılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bkz. Yargıtay 2. HD., E. 2007/16236, K. 2009/1545, T. 05.02.2009; Soybağının tespiti davalarında, davalının, davayı kabul etmesinin herhangi bir öneminin bulunmadığı ve hâkimin re’sen araştırmaya karar vermesi gerektiği yönünde içtihatlar için bkz. 2 HD., E. 2007/18062, K. 2009/4443, T. 12.03.2009; 18. HD., E. 2013/3287, K. 2013/5680, T. 08.04.2013. (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 27.07.2022).

sağlıkları bakımından tehlike yaratmamasıdır⁷¹¹. Aşağıda bu şartları ayrı başlıklar halinde açıklayacağız.

B. Derdest Bir Soybağı Davası Olması

İlk olarak derdest bir “babalık, soybağının reddi, tanınmanın iptali, sonradan evlenme sonucu evlilik dışı çocuk ile kurulan soybağı ilişkisine itiraz” şeklinde soybağı davalarından birinin bulunması zorunludur⁷¹².

Herhangi bir iddia ortaya konulmadan ve usulüne uygun olarak aile mahkemesinde soybağı davalarından biri ileri sürülmeden, hâkimin re’sen ya da istem üzerine soybağının tespiti adına araştırma ve inceleme kararına hükmetmesi mümkün değildir. Bu bakımdan TMK ve HMK’nın ilgili maddeleri kapsamında gündeme gelen tıbbi araştırma ve inceleme doğrultusunda karar verilmesi adına ilk koşul derdest olan bir soybağı uyuşmazlığıdır.

C. Soybağının Kesin Olarak Tespit Edilebilmesi Bakımından Zorunlu Olması

Mahkemenin inceleme bakımından karar verebilmesi için, bu kararın gerçeğin tespit edilmesi bakımından zorunlu olması ve harici şekilde bu inceleme işleminin yapılamaması gerekmektedir. Yani soybağı uyuşmazlığında araştırma ve inceleme faaliyetinin, maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından başvurulacak son çare olması gerekmektedir⁷¹³. Söz konusu olan bu araştırma ve inceleme durumu, HMK’nın 292/1 maddesinde; “...uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu olmak şartıyla” şeklinde; TMK’nın 284/2 maddesinde ise “... taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler...” şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

⁷¹¹ Serozan-Kişiler, s.116; Uyumaz, s.172.

⁷¹² Öte yandan, evlatlık ilişkisinin sonlandırılması davası, var olan yapay bir soy bağının ortadan kaldırılmasına yönelik olduğu için, bu tür bir davada soy bağını tespit etmek amacıyla tıbbi inceleme kararı verilmesine olanak bulunmamaktadır. Bkz. Uyumaz, s.172,173.

⁷¹³ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.262; Serozan-Çocuk, s.177; Baygın-Soybağı, s.84; Konuralp-İspat, s.102

Soybağının tespiti bağlamında ulaşılmaya istenilen gerçeğin tespit edilmesi bakımından, tıbbi araştırma ve inceleme faaliyetlerinin son çare ve kaçınılmaz olduğunu ifade edebilmek için erkek ile çocuk arasında mevcut olan davada somut emarelerin bulunması gerekir⁷¹⁴. Örnek olarak, soybağının reddi davasında kadının, diğer erkek ile cinsel birliktelik yaşadığının ya da iffetsiz bir hayat sürdürdüğünün tanık bayanları, kamera görüntüleri, ses kaydı veyahut diğer deliller ile ispat edilmiş olması, ya da çocuğun çok farklı bir ırkın spesifik özelliklerini göstermesi vb. somut bir takım ciddi emarelerin bulunması gerekmektedir⁷¹⁵. Bu bakımdan ciddi bir takım sebepler öne sürülmeden, salt beyan ya da hâkimin takdirine göre soybağının tespiti doğrultusunda tıbbi araştırma ve inceleme kararına hükmedilmesi hukuka aykırı olmakla birlikte, kişilik hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ile vücut dokunulmazlığına da müdahale teşkil edecektir⁷¹⁶.

Kanaatimizce, soybağı davalarının hukuki ve sosyal sonuçları açısından, anılan maddelerin gerekçesi, adalet komisyonu raporu ve hükümet tasarılarında da belirtildiği üzere kamu düzeniyle yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Tespitlerin sonucunda bireyler üzerinde oluşan maddi ve manevi etkiler ve tıbbi araştırma ve incelemelerin %99'dan fazla bir doğruluk oranı ile sonuçlanması gibi faktörler bir arada değerlendirildiğinde, bu sebeplerin güvenilir bir sonuç elde etme kriterini açıkça karşıladığı anlaşılmaktadır.⁷¹⁷.

⁷¹⁴ Serozan-Kişiler, s.178; Baygın-Soybağı, s.85; Yazgı, s.71; Oğuzman ve Dural, s.209.

⁷¹⁵ Tekinay, s.406; Oğuzman ve Dural 1998, s.209; Serozan-Çocuk, s.177; Baygın-Soybağı, s.266; Uyumaz, s.173.

⁷¹⁶ Serozan-Çocuk, s.177; Baygın-Soybağı, s.266; Baygın-Kan Bağı, s.46; Kocanın baba olduğu iddiasını çürütecek somut emareler olmadan, yalnızca kocanın aşırı kuşkuculuğu nedeniyle mahkeme tarafından tıbbi araştırma ve incelemeye hükmedilmesi hukuken doğru olmayacaktır. Bunun gerçekleşmesi halinde anne ile çocuğun psikolojisi zedelenecek, ayrıca bu kişilerin vücut dokunulmazlıklarına da açık şekilde haksız müdahalede bulunulmuş olacaktır. Bkz. Duran, s.82. Yine Duran'a göre; mevcut bir babalık davasında mahkeme, erkeğin baba olduğu konusunda diğer deliller ile yüksek bir kanaate ulaştıktan sonra, yani davalı erkek ve çocuğun annesi arasındaki cinsel ilişkiyi tespit ettikten sonra, bu durumu somut bir delil olarak kabul ederek, kesinliğin belirlenebilmesi için tıbbi araştırma ve incelemeye karar vermelidir. Bkz. Duran, s.82; Aynı yönde Tokar, s.42

⁷¹⁷ Aynı yönde bkz. Sanem Aksoy Dursun, "Soybağının Belirlenmesi Bakımından TMK md.284 ve HMK md.292'nin Değerlendirilmesi", *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2012, C. 8, S. 95- 95, s.113.

D. Bilimsel Yöntem ve Verilere Uygun Nitelikte Olması

Bilimsel veri terimi HMK md.292/1’de “...bilimsel verilere uygun olmak...” şeklinde açıkça belirtilmiş ve bilimsel dayanaklardan faydalanılması gerektiği hususu kanunda emredici nitelikte düzenlenmiştir⁷¹⁸. HMK md.292/1’e göre mahkeme, soybağının tespit edilmesine yönelik tıbbi araştırma ve inceleme kararını verir iken, uygulanacak olan bu incelemenin, bilimsel yöntem ve verilere uygun olması zorunludur. Ayrıca bu şart, madde gerekçesinde de açıkça vurgulanarak konu hakkında herhangi bir kuşkunun oluşması engellenmek istenmiştir⁷¹⁹. Kanaatimizce kişilerden alınan biyolojik materyaller üzerinde yapılan incelemelerin, uluslararası platformda ve tıp dünyasının kabul etmiş olduğu güncel genetik inceleme usul ve esaslarına uygun olması gerekmektedir.

E. Soybağı İncelemesi Yapılacak Kişilerin Sağlıkları Yönünden Herhangi Bir Tehlike Oluşturmaması

Soybağı incelemelerinin gerçekleştirilebilmesi için yerine getirilmesi gereken şartlardan bir diğeri, hâkim tarafından hükmolunan bu incelemelerin, taraf ve üçüncü kişilerin sağlığına tehlike teşkil etmemesidir⁷²⁰. Bu kapsamda, mevcut soybağı davalarında hâkimin, soybağı tespitine yönelik tıbbi araştırma ve inceleme kararı verebilmesi için, incelemenin, incelemeye tabi tutulacak kişilerin sağlığı açısından herhangi bir tehlike oluşturmaması esastır. Bu şart, hem TMK md.284/2’de hem de HMK md.292/1’de açıkça vurgulanmıştır⁷²¹.

⁷¹⁸ Bilimsel veriler tabiri HMK md.292’de belirtilmesine karşın TMK md.284’de yer almamaktadır. Fakat maddenin getiriliş amacı, lafzi yorum ve uygulamayı göz önüne aldığımızda anılan maddede de bu husus kastedilmektedir.

⁷¹⁹ HMK md.292’in gerekçesinde bilimsel verilere uygunluk özet olarak; “...Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk hâlinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar” şeklinde belirtilmiştir.

⁷²⁰ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252.

⁷²¹ HMK’nın 292’nci maddesinin birinci fıkrasında; “...sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla...” tabiri kullanılırken, TMK’nın 284’üncü maddesinde ise “...sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan...” tabiri kullanılmak suretiyle her iki Kanunda da birebir aynı anlamda düzenlemelere yer verilmiştir. Birinde oluşturmamak ibaresi kullanılmış iken diğesinde yaratmayan ibaresi kullanılarak epey benzer anlamda kelimelere yer verilmiştir.

İlgili Kanun maddelerinde “tehlike oluşturmamak” ve “tehlike yaratmayan” tabirlerine yer verilmesi nedeniyle, yapılacak olan incelemelerde kişilerin vücut dokunulmazlıkları ve sağlık bütünlüklerinin korunması amaçlanmıştır. Bu bakımdan incelemelerin, gerek davanın tarafı olan çocuk ve baba, gerekse üçüncü kişilerin sağlıkları bakımından herhangi bir risk ve tehlike içermemesi gerekmektedir⁷²².

Kişilere yapılacak olan müdahaleler, bu kişilerin sağlıkları açısından önemli bir tehlike içeriyorsa, o zaman incelemeye katılmaları beklenemez. Günümüzde, DNA analiz yöntemleri sayesinde kişilerden oldukça basit ve kolay bir şekilde örnek alınabilmektedir. Bu örnek alma yöntemlerinin, kişilerin sağlıklarına ciddi bir müdahalede bulunma olasılığı düşüktür ve bu müdahalelerin sağlık açısından tehlike yaratma ihtimali de oldukça azdır. Bununla birlikte, bu tür müdahaleler kişilerin fiziksel sağlıklarından ziyade psikolojik olarak yıpranmalarına ve etkilenmelerine neden olabilecek bir durum yaratabilir⁷²³. İncelemeye katılacak olanların sağlıkları bağlamında hem psikolojik hem de fiziksel bir sağlık tehlikesi somut veriler ışığında gündeme gelebiliyorsa, o zaman bu kişilerin incelemelere zorlanması mümkün değildir⁷²⁴.

Soybağı davaları kapsamında gerçekleştirilecek tıbbi incelemelerin, davanın tarafları veya üçüncü kişilerin sağlığına herhangi bir tehlike teşkil edip etmediği konusunda kararı verme yetkisi hâkime aittir. Ancak, tehlike değerlendirmesi uzmanlık gerektiren bir husus olduğundan, bu tespitin mahkeme tarafından doğrudan yapılmak yerine, bu alanda uzman bir bilirkişi aracılığıyla gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁷²² Dursun, s.113; Acabey, s.131.

⁷²³ Kanun koyucunun ilgili düzenlemelerde “tehlike” tabirini herhangi bir sınırlama içermeden kullanması ve bu tehlike tabirinin de vücuda doğrudan tesir edecek bir müdahale ile kısıtlanmamasından dolayı, kanaatimizce ilgili düzenlemelerdeki “tehlike” teriminden anlaşılması gerekenin, somut ve doğrudan etki edecek fiziksel uygulamalardan ziyade, kişinin zihinsel sağlığı açısından gündeme gelecek psikolojik deformasyonları da içerdiği ve daha genel kapsamda bir düzenleme getirdiğidir.

⁷²⁴ Tıbbi incelemeler kapsamında mahkemenin kararı ile kişilerden kan ve doku örneklerinin alınması, kişilerin sağlıkları açısından belirsiz bir tehlike durumunu beraberinde getirir. 'Tehlike' kavramının bu bağlamda ne anlama geldiği açık değildir. Yasa koyucunun 'tehlike' ifadesi ile bedensel sağlığı mı, ruhsal sağlığı mı yoksa her ikisini birden mi kastettiği net bir şekilde anlaşılmamaktadır. Hangi tür tehlikelerin ilgili madde kapsamında değerlendirildiği açıklanmadığı için, bu düzenleme yoruma açık bir yapıya sahiptir. Bu yönde bkz. Uyumaz, s.175,176.

TMK ve HMK’da bulunan düzenlemeler, soybağı tespitinde uygulanan tıbbi incelemelerin sağlık açısından tehlike teşkil etmemesini vurgulamaktadır. Ancak, ne tür bir tehlikeden bahsedildiği veya bu tehlikenin boyutları net bir şekilde tanımlanmamıştır. Bu noktada, tehlike kavramının tıbbi literatür temelinde değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Tehlikenin niteliği, kişinin fiziksel ve psikolojik özelliklerine bağlı olarak değişkenlik gösterebilir; dolayısıyla, her durumu özgün koşulları içinde değerlendirmek daha doğru olacaktır. Örneğin, genel olarak sağlıklı bir bireyden iğne yoluyla kan almak basit ve güvenli bir işlem olarak kabul edilir. Ancak, iğneden aşırı korkan (tripanofobia) kişiler söz konusu olduğunda, durum farklı bir boyut kazanır. Bu kişiler, iğne gibi sivri nesnelere temas etme düşüncesiyle ani kalp çarpıntılarını yaşayabilir ve bu da yaşamı tehdit eden sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, tıbbi incelemelerde bireyin sağlık durumu ve psikolojik yapısını dikkate almak ve gerektiğinde kişinin sağlık durumu ile ilgili bilirkişi raporu temin etmenin daha faydalı olacağı kanaatindeyiz.

II. TMK’NİN 284. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Medeni hukuk bakımından soybağının yargılama usulünü içeren ana düzenleme TMK’nın 284’üncü maddesidir. İlgili düzenlemeye istinaden soybağının tespiti amacı ile de olsa, kişilerin vücut bütünlüklerine müdahaleler gerçekleştirilmektedir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda belirtilen durumlar haricinde, kişilerin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler, Anayasa çerçevesinde kişilik haklarına yapılan bir müdahale olarak kabul edilmelidir. Nitekim soybağı davalarında, kan veya doku örneği alınması için rızası olmayan kişilere karşı zor kullanılması durumunda, Anayasanın 12 ve 17’nci maddeleri doğrultusunda bir ihlal söz konusu olacaktır⁷²⁵. Anayasanın 17’nci maddesine göre, kişiden kan ya da doku

⁷²⁵ Anayasa’nın 17’nci maddesi, kişiliğin korunması bağlamında, her bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtir. Ayrıca bu madde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda açıkça belirtilen durumlar haricinde, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilemeyeceğini ve kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını öngörür. Bu bağlamda, soybağı tespiti amacıyla yapılan tıbbi incelemelerin de bu anayasal ilkelere

örneği alınabilmesi adına bir kanuni düzenleme gerekmektedir⁷²⁶. Başka bir deyişle, yasal bir düzenleme olmadan, kişiden kan ya da doku örneği almak amacıyla zor kullanılması Anayasaya aykırı olacaktır⁷²⁷.

Daha önce belirttiğimiz üzere⁷²⁸, DNA analiz yöntemlerinin soybağını tespit etme konusunda %99'un üzerinde bir doğruluk payına sahip olması, bu yöntemi soybağı davaları bakımından kaçınılmaz bir kanıt aracı haline getirmiştir. Bazı içtihatlarda, yalnızca DNA analiziyle yetinilmemesi, diğer tıbbi yöntem ve verilerin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiş ise de, DNA analizi yönteminin soybağı davalarında neredeyse kesin sonuçlar sunmasından ötürü, bu yöntemin uygulanmasının uygun olduğu kanaatindeyiz⁷²⁹.

EMK döneminde genetik inceleme yöntemleri ile soybağı uyuşmazlıkları kapsamında delil elde edileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak doktrinde, tıbbi olanaklar el verdiği ölçüde, kişilerden kan veya doku örneklerinin

uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yasal dayanağı olmayan bir tıbbi incelemenin, kişinin anayasal haklarını ihlal edeceği açıktır ve bu tür ihlallerin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu yönde bkz. Serozan-Çocuk, s.417.

⁷²⁶ Anayasa md.17/2: “(2) Tıbbi zorunluluklar ve kamuda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

⁷²⁷ Soybağını belirlemek amacıyla yapılacak tıbbi incelemeler için kan veya doku örneği vermeyi reddeden kişilere karşı hüküm uygulamanın bile dolaylı bir zorlama sayıldığından, yasal bir temel olmadan gerçekleştirilemeyeceği yönünde bkz. Erten, Acır ve Taşveren, s.581. Yazarlara göre; kişilerin vücut bütünlüğü ve özerkliğine saygı ilkesi temel haklardan olup, zor kullanılarak alınan biyolojik örneklerin, alınış sebepleri ve uygulaması itibarıyla insan haklarına müdahale teşkil etmektedir.

⁷²⁸ Bkz. İkinci Bölüm II. C.

⁷²⁹ Yargıtay HGK'ya konu olmuş olayda ilgili husus; “...Olayda davacı, çocuk ve baba olduğu iddia olunan davalının kan gruplarının belirlenerek Adli Tıp Kurumunca bir inceleme yapılmışsa da bu yeterli değildir. O itibarla davada sağlıklı ve hukuksal bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle davacı, çocuk ve davalının Alyuvar (Eritrosit) antijenleri (ABO,Rh (CDE, C de) UNSS, Dff (Fya, Fyb)Kidd (jka, jkb) Keli (Kk), Lokosit antijenleri (HA-A) (HLA-B) (HLA-C) (HLA-DR) (HLA-DQ) ALYUVAR (ELİTROSİT) ENZİMLERİ (adenozin dezaminaz, Esteraz D.Fosforluoğlu Komutaz, glikok salaz(l) Adanilat Kiraz, Glukoz 6 İsfat dehidrogenaz, Alanin Tarnsaminaz Eritrosit Asit Fosfataz (LAP) SERİM PROTEİNLERİ (Heptoglobin, Hemaglobin ve Tarnsiferin) testleri mutlaka yapılmalı baba olduğu iddia edilen kişinin %99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmişse karbonik Anhidraz (CAII) Peptidoz A, Gm, levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda sonuç elde edilemiyorsa bu kez DNA tiplmesi araştırması yapılması imkân araştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp deliller hep beraber değerlendirilerek takdir edilmelidir.” şeklinde belirtilerek, soybağını kesine en yakın nitelikte tespit edebilmek adına çeşitli testlerin detaylı olarak yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay HGK., E. 1994/2-671, K. 1995/162, T. 08.03.1995. (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.01.2023).

alınabilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷³⁰. 21'inci yüzyılın gelişen bilim ve teknolojisine uyum sağlayan hukuk düzenimiz, TMK'nın 284'üncü maddesi doğrultusunda, EMK'da yer almayan düzenlemeye sahiptir. Bu düzenlemede, soybağı uyumsuzluklarında mahkemeler tarafından delil elde etmek adına tıbbi araştırma ve incelemelere başvurulabileceği belirtilmiştir⁷³¹.

Soybağı uyumsuzluklarının hepsinde uygulama alanı bulabilen bu hüküm, daha öncesinde soybağı bakımından meydana gelen kuşkulara da açıklık getirmiştir. İlgili maddenin ilk bendindeki düzenlemede, hâkimin maddi durum ve olguları re'sen araştıracağı ve delilleri serbestçe değerlendireceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Buradaki re'sen harekete geçme nedeniyle, davada gündeme gelen delillerin, dava taraflarınca değil, doğrudan hâkim tarafından yerine getirilmesi ilkesi geçerli olmaktadır. Bu yetki gereğince hâkim, soybağının tespitine yönelik, gerek davanın taraflarından birinin istemi, gerekse kendiliğinden araştırma yaparak tıbbi incelemeler hakkında karar verebilecektir⁷³². Yargıtay kararlarında da açıkladığı üzere, soybağı davalarının kamu düzenine ilişkin olması temeline dayanan bu re'sen harekete geçme kuralının sonucu olarak hâkim, uygulana gelen davalarda tarafların istem, kabul ve ikrarlarıyla tamamen bağlı olmadan, tıbbi araştırma ve incelemelere yönelik karar verebilecektir⁷³³.

⁷³⁰ Soybağı bakımından elverdiği ölçüde tıbbi testlerin yapılması gerektiği yönünde bkz. Akcan, s.905; Kan muayenesi testler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman ve Dural, s.209.

⁷³¹ Bu madde, aynı zamanda hâkimin ne zaman tıbbi incelemelere başvurabileceğini ve incelemelere rıza göstermeyen tarafların durumunda nasıl hareket edileceğini de açıklıyor. Bkz. Dursun, s.110.

⁷³² Kanun koyucunun medeni usul hukuku bağlamında kural olarak dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesini kabul etmiş iken, soybağı davaları gibi kamu düzeninin ağırlıklı olduğu durumlarda, bu ilkedan vazgeçerek re'sen araştırma ilkesini kabul ettiği yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, s.291; Aynı yönde bkz. Kuru, Arslan ve Yılmaz, s.337; Alagonya, Yıldırım, N. Yıldırım, s.183.

⁷³³ "...TMK md.284/1 hükmü uyarınca hâkim, soybağına ilişkin davalarda bulunan olguları re'sen araştırır ve kanutları serbestçe takdir eder. Bu tür davalarda hâkim, tekniğin ve tıbbin tüm imkânlarından yararlanarak re'sen araştırma yapmalıdır."; Yargıtay 2. HD., E. 2007/18062, K. 2009/4443, T. 12.03.2009; Aynı yönde içtihatlar için bkz. 2. HD., E. 2002/3041, K. 2002/4000, T. 21.03.2022; 2. HD., E. 2012/1980, K. 2012/9434, T. 12.04.2012 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.01.2023); Ayrıca bkz. Ali Karagülmez ve Sami Sezai Ural, **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, 2. Basım, Ankara: Seçin Yayınevi, 2003, s.125; Dursun, s.110.

B. TMK'nın 284. Maddesi İle ZGB'nin Mülga 254. Maddesinin İncelenmesi

TMK'nın 284'üncü maddesinin dayanağı, 1912 yılında yürürlüğe konulan İsviçre Medeni Kanununun⁷³⁴ “Yargılama Usulü” başlığı altında düzenlenen 254'üncü maddesidir⁷³⁵. TMK'nın 284'üncü maddesinin kaynağının ZGB'nin 254'üncü maddesi olduğu hususu da, hükümet gerekçesinde ayrıca belirtilmiştir⁷³⁶. Nitekim ilgili hüküm, kamu düzenini yakından ilgilendiren soybağı uyuşmazlıklarının yargılama usulüne ilişkin bir takım özel hükümler düzenleme ihtiyacı duyan ZGB'nin, 1976 yılındaki değişikliğinden bahisle kaleme alınmıştır⁷³⁷. ZGB'de bahsetmiş olduğumuz bu düzenleme, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 19 Aralık 2008 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun⁷³⁸ Ek 1 No. II 3'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonrasında İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanunun 7'nci Kısmı dahilinde, soybağının hukuken kurulmasına ve kimliğin saptanmasına ayrılmıştır⁷³⁹.

Yukarıda belirtilen İsviçre Kanunlarına göre, DNA profillerinin yalnızca bu konuda yetkili kılınmış hekimler tarafından, kişisel veriler korunmak suretiyle belirlenebileceği, tespit edilen DNA analiz sonuçlarının, soybağı ya da kimliğin tespit edilmesi amacı dışında kullanılmayacağı⁷⁴⁰, DNA analizi incelemesinin, hâkimim emri, ilgili tarafın yazılı veyahut sözlü onayı ile gerçekleşebileceği⁷⁴¹, DNA analiz sonuçlarının özel ve korunaklı laboratuvarlarda saklanacağı, bu sonuçların ilgililer tarafından yazılı olarak talep edilmediği

⁷³⁴ ZGB olarak kısaltılmıştır.

⁷³⁵ Akcan, s.893.

⁷³⁶ Madde gerekçesinde ilgili kısım: “*Bu hüküm de, kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağı davalarının yargılama usulü konusunda özel hükümler koymak ihtiyacını hisseden İsviçre Medeni Kanununun 1976 tarihli değişikliğinden (md.254) esinlenilerek kaleme alınmıştır...*” şeklinde belirtilmiştir.

⁷³⁷ Akcan, s.900,901.

⁷³⁸ ZPO - Schweizerische Zivilprozessordnung.

⁷³⁹ Akcan, s.893; Bahse konu Kanun, 08/10/2004 tarihinde İsviçre Federal Meclisince kabul edilmiş ve 27/01/2005 tarihinde referanduma sunulmuş ve yürürlüğe konulmuştur. Kanunun çevirisi için bkz. Yusuf, Büyükay, “İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun”, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, S.129, Kasım 2012, s.1; ayrıca anılan Kanun “GUMG” şeklinde kısaltılmaktadır.

⁷⁴⁰ “LAGH. art. 31” (Tüzüner, s.1146'dan naklen).

⁷⁴¹ “LAGH. art. 32” (Tüzüner, s.1146'dan naklen).

takdirde, kesin hüküm yürürlüğe konulur konulmaz hâkim tarafından yok edileceği⁷⁴² hususları açıkça düzenlenmiştir⁷⁴³.

Her ne kadar ZGB'nin 254'üncü maddesi 2008 yılında mülga edilmiş ise de, bu madde kapsamında hukuki bakımdan yapılan incelemenin, TMK'nın 284'üncü maddesinin düzenleniş amacının açıklığa kavuşturulması kapsamında önemli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim ilgili düzenlemenin hem hükümet tasarısı hem de gerekçesinde, ZGB'nin mülga edilen 254'üncü maddesine atıf yapılması nedeniyle, her iki madde arasındaki ilişkinin ortaya konulması istenilmiştir⁷⁴⁴.

1912 tarihli İsviçre Medeni Kanununun 2008 yılında mülga edilen 254'üncü maddesi aşağıdaki şekildeydi:

“Soybağının reddi ve belirlenmesi yargılamasında aşağıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla kanton usul hukukları uygulanır.

1- Mahkeme olguları re'sen araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder.

2- Soybağının aydınlatılmasında gerekli olan ve sağlıkları için tehlike oluşturmayan durumlarda taraflar ve üçüncü kişiler, araştırmalara katılmakla yükümlüdürler⁷⁴⁵.”

Anılan maddenin ilk bendini incelediğimizde; soybağının reddi ve belirlenmesi amacıyla mahkemenin, buna ilişkin olan olguları re'sen araştırma yükümlülük ve yetkisinin olduğu görülecektir⁷⁴⁶. İlgili hüküm gereğince delillerin mahkemeye ibrazı tekrarlanabilir⁷⁴⁷.

⁷⁴² “LAGH. art. 33” (Tüzüner, s.1146'dan naklen).

⁷⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Tüzüner, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *AÜHFĐ*, 2013, C.62, S.4, s.1146.

⁷⁴⁴ Akar, s.46.

⁷⁴⁵ Akcan, s.888.

⁷⁴⁶ İlgili düzenlemeye göre soybağı resmi belgeler ile ispat edilebilmekle birlikte, serbest delil takdiri de söz konusu olmaktadır. Bu yönde bkz. Akcan, s.889.

⁷⁴⁷ Akcan, s.888.

Uyuşmazlığın tarafları, iddia ve savunmalarını mahkemeye yazılı ya da sözlü olarak ilettikten sonra, hâkim, tarafların bu iddialarına istinaden uyuşmazlığa yol açan olguları re'sen belirleyecek ve bu konularda doğrudan tarafların yararına olan iddiaları inceleyecektir.⁷⁴⁸

Maddenin ikinci bendini incelediğimizde ise burada, tarafların sağlıkları bakımından tehlike yaratmayan tıbbi araştırma ve incelemelere katlanmakla yükümlü oldukları durumu gündeme gelecektir. Bu bent bakımından, davanın taraflarına ya da üçüncü kişilere, ilgili kişilerin sağlıkları açısından tehlike yaratmadığı ve soybağı ilişkisinin kanıtlanabilmesi bakımından gerekli olduğu durumlarda, araştırma ve incelemelere katlanma yükümlülüğü düzenlenmiştir⁷⁴⁹. İlgili bentte kamusal düzen kapsamında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması durumu bulunduğu ve bu sınırlamanın da usul hukukuna özgü kanıtlama çabası olduğu görülmektedir⁷⁵⁰.

TMK'nın 284'üncü maddesi ile ZGB'nin mülga 254'üncü maddesinin kenar başlıklarının, "Yargılama Usulü" adı altında düzenlenmesi, her iki madde yönünden bir benzerlik olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine bu düzenlemelerin ilk bentleri, aynı kuralları içermektedir. ZGB md.254'ün ikinci bendi ile TMK md.284'ün ikinci bendinin ilk cümlesi arasında birebir benzerlik görülmektedir. Yalnızca TMK'da, cümle biraz daha uzatılmış ama anlam itibariyle herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir⁷⁵¹. ZGB'de yalnızca araştırma kelimesi kullanılmışken, TMK'da ise ek olarak inceleme terimine yer verilmiştir. ZGB'de ayrıca kanton usul hukukuna açıkça atıf yapılmış, buna karşılık hukukumuzda usul kanunumuz tek olduğundan dolayı TMK'daki düzenlemede, HMK'ya herhangi bir atıfta bulunmaya gerek görülmemiştir. ZGB'de birinci bentte "mahkeme" terimi kullanılmış iken,

⁷⁴⁸ Akcan, s.889; Büyükay-Genetik 2012, s.2 vd; Alangoya, Yıldırım ve N. Yıldırım, s.361,362.

⁷⁴⁹ Akcan, s.889,890; Yazara göre; maddede katlanma yükümlülüğü öngörülmüş ise de, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan üçüncü kişiler bakımından bu durum biraz daha yumuşatılmış ve kendilerine kaçınma hakkı verilmiştir. Aynı şekilde İsviçre hukukunda, üçüncü kişilerin araştırma ve incelemelere katılma yükümlülüklerine uymadıkları takdirde, kaçınan tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde bkz. Alangoya, Yıldırım ve N. Yıldırım, s.362.

⁷⁵⁰ Alangoya, Yıldırım ve N. Yıldırım, s.362.

⁷⁵¹ Akar, s.48.

TMK’da “hâkim” terimine yer verilmiştir⁷⁵². Hukukumuzda hâkim ve mahkeme terimleri arasında önemli bir fark bulunmamaktadır. Genellikle birden çok hâkimin olduğu mahkemelerde “mahkeme” terimi kullanılmakta iken tek hâkimin olduğu mahkemelerde ise “hâkim” terimi kullanılmaktadır.

Her iki madde bakımından geçerli olan bu kısmi farklılıklardan sonra, en önemli fark ise TMK md. 284’ün ikinci bendinde bulunan ve rıza göstermeyen kişiler bakımından aleyhe durum teşkil eden fiili karine düzenlemesidir⁷⁵³. TMK’daki düzenlemede açıkça; “...hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.” hükmüne yer verilmişken, ZGB’deki düzenlemede bu hususa yer verilmemiştir⁷⁵⁴. İlgili maddede her ne kadar bu yönde bir düzenleme yapılmamış olsa da, sonradan yürürlüğe giren İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun (GUMG) sayesinde, hâkim kararıyla kişilerin soybağının belirlenmesi amacıyla genetik açıdan gerçekleştirilecek tıbbi araştırma ve incelemelere tabi tutulması mümkün olmuştur.⁷⁵⁵.

⁷⁵² Orhan Emre Konuralp, “Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 292’nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanununun 284’üncü Maddesinin Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 69, S. 4, 2020, s.1627 vd.

⁷⁵³ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Baygın-Soybağı, s.90; Akıntürk-Aile, s.355.

⁷⁵⁴ Akcan, s.901; Dural, Oğuz ve Gümüş’e göre; ZGB md.254’de, TMK md.284/1.b.2.c.2’de düzenlenen “*Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*” hükmü yer almamakla birlikte, bu durumda genel ispat kuralları uygulama alanı bulacaktır. Önceki Medeni Kanun döneminde bu konudaki tartışmalar için bkz. Baygın-Soybağı, s.90,91 dp.249; Acabey, s.131 vd.

⁷⁵⁵ GUMG’nin 7’nci bölümünde, soybağının kurulması ve kimliğin tespiti düzenlemeleri bulunmaktadır. Bu bölümde, DNA profilinin yalnızca yetkili olan hekimler tarafından kullanılabilceği, elde edilen sonuçların, soybağı ya da kimliğin tespiti dışında kullanılamayacağı, (LAGH art. 31), medeni yargılamada, DNA profilinin, yalnızca hâkimin emri ya da ilgili kişinin yazılı ve açık rızasına istinaden gerçekleştirileceği, DNA sonuçlarının laboratuvarında saklanacağı, hâkimin, elde edilen sonuçların, hüküm sonuçlandığı anda derhal yok edilmesine karar vereceği (LAGH art. 32) düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tüzüner, s.1147.

C. TMK'nın 284. Maddesinin Uygulanma Koşullarının İncelenmesi

Yukarıda⁷⁵⁶ hem TMK'nın 284. maddesi hem de HMK'nın 292'nci maddesi bakımından soybağının tespitine yönelik inceleme kararının koşullarına genel olarak değindiğimizi ifade etmekle birlikte, bu bölümde yalnızca TMK md.284 özelinde açıklamalarda bulunacağız. TMK'nın 284'üncü maddesinin birinci bendindeki açıklamalar kapsamında yukarıda⁷⁵⁷ bilgi verdiğimiz için, bundan sonraki açıklamalar yalnızca maddenin ikinci bendine ilişkindir. Maddenin ikinci bendinde düzenlenen araştırma ve inceleme zorunluluklarının oluşabilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu koşullardan ilki; mevcut bir soybağı anlaşmazlığının olması ve bu konuda açılmış bir davanın bulunmasıdır. Soybağı anlaşmazlıklarının belirlenmesi açısından tıbbi veriler oldukça kritik öneme sahip olduğundan, bu verilerin herhangi bir anlaşmazlık olmadığı dönemlerde, yani dava konusu olmadan kullanılması hukuken mümkün değildir.

İkincisi; soybağının tespit edilebilmesi açısından tıbbi araştırma ve incelemenin zorunlu olmasıdır⁷⁵⁹. Buradaki zorunluluk kavramından anlaşılması gereken, ilgili metodun yalnızca son çare yani "Ultima Ratio" kapsamında bulunmasıdır⁷⁶⁰. Başka bir araştırma ve inceleme yöntemi ile herhangi bir sonuca ulaşamadığında ancak o zaman tıbbi incelemelere başvurulacaktır. Çocuğun, baba olduğu iddia olunan adama dış görünüş bakımından benzememesi ya da farklı özelliklere sahip olduğu durumlarda, bu hususları somut olarak kanıtlamak adına tıbbi incelemelere başvurmak mümkün hale gelecek ve bu hallerde zorunluluk koşulu hukuken sağlanmış olmaktadır⁷⁶¹. Bunların uygulanması açısından,

⁷⁵⁶ Bkz. 4. Bölüm I.

⁷⁵⁷ Bkz. Dördüncü Bölüm II. B.

⁷⁵⁹ Özüğür, s.215; Baygın-Soybağı, s.90; Dursun, s.113; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Acabey, s.130.

⁷⁶⁰ Dursun, s.113.

⁷⁶¹ Eğer bir kişinin baba olup olmadığının araştırılması gündemdeyse, diğer yöntemlerle sonuç almak neredeyse imkansızdır. Bu nedenle, tıbbi yöntemler kolaylıkla son çare olarak değerlendirilebilir. Ayrıca, birinin baba olmadığının belirlenmesi açısından, çocuğun, baba olmadığını iddia edilen kişiye hiç benzememesi veya farklı fiziksel özelliklere sahip olması gibi durumları desteklemek ve güvenilirliği sağlamak amacıyla da tıbbi yöntemlere başvurulabilir. Bu durumda, "zorunluluk" şartının gerçekleştiği kabul edilir. Bkz. Dursun, s.113;

kocanın aşırı şüphesi ya da kıskanç davranışları tek başına yeterli değildir⁷⁶². Zorunluluk şartı bakımından öne çıkan örnekler, kadının, kocası dışındaki erkeklerle birlikte cinsel ilişkide bulunması, gayri ahlaki hayat yaşaması veya çocuğun farklı bir ırkın genetik özelliklerini dış görünüş itibarıyla yansıtmaması vb. durumlar gösterilebilir⁷⁶³. Dolayısıyla hâkim, derdest bir soybağı yargılamasında bu nitelikte örneklerin bulunduğu kanaat getirdiği zaman tıbbi araştırma ve incelemelere ilişkin karar verebilecektir.

Üçüncüsü; soybağının tespitine yönelik uygulanacak olan tıbbi araştırma ve incelemelerin, ilgili kişilerin sağlıkları açısından tehlike yaratmamasıdır⁷⁶⁴. İncelemenin uygulanması sırasında tehlike yaratan sağlık sorunu ile karşı karşıya kalındığı zaman, incelemeden vazgeçilmesi ve bu kişilerin ilgili yöntemlere katlanmaya mecbur bırakılmaması gerekmektedir⁷⁶⁵. O halde bu incelemeler, kişiler açısından bir sağlık sorunu yaratacak ise hâkim, herhangi bir şekilde inceleme kararı alamayacaktır. Fakat daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi sağlık açısından aranan tehlike, tıbbi veriler ve hayatın olağan akışına göre ciddiyet arz eden tehlikelerdir⁷⁶⁶. Her türlü tehlikenin bu konuda öne sürülmesi davadan beklenen amacı ortadan kaldıracak ve hak ihlallerine sebebiyet verecektir. Sağlık açısından oluşabilecek tehlikeler bedensel nitelikte olabileceği gibi ruhsal nitelikte de olabilir. Kişilerden bu kapsamda kan örneği alınamıyorsa, tükürük ya da saç örneği de kolayca alınabilecektir⁷⁶⁷. Ayrıca DNA analiz yöntemi ile ulaşılmak istenen sonuç elde

⁷⁶² Acabey, s.130.

⁷⁶³ Oğuzman ve Dural, s.209; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Acabey, s.130.

⁷⁶⁴ Acabey, s.130; Akar, s.90.

⁷⁶⁵ Özüğür, s.231, 232; Eğer hâkim, tıbbi araştırma ve inceleme yöntemlerinin kullanılmasını talep ederse ve bulguların alınacağı kişi, bu incelemenin kendi sağlığı için tehlikeli olduğunu iddia ederek bu araştırmaya karşı çıkarsa, Adli Tıp Kurumu'ndan resmi bir rapor alınması gerekecektir. Alınacak olan raporda, yapılacak araştırma yöntemlerinin, kişinin kendi sağlığı açısından tehlike yaratacağı yazılı olmalıdır. Kişinin bu iddiası, yalnızca rapor sonucuna dayalı olarak mahkeme tarafından dikkate alınır. Bkz. Serhan Gürsoy ve Harun Bulut, **Aile Mahkemeleri Uygulaması**, 1. Basım, İstanbul: Legal Kitabevi, 2004, s.565.

⁷⁶⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm I. E.

⁷⁶⁷ Bu durumda, söz konusu tehlikelerin kişinin fiziksel sağlığına yönelik olabileceği gibi, ruhsal sağlığıyla da ilgili olabileceği anlaşılmaktadır. Fiziksel sağlık açısından bir tehlikeye örnek olarak, kan vermesi gereken kişinin hemofili hastası olması verilebilir. Ruhsal sağlık açısından bir tehlike örneği ise, iğne korkusu olabilir. Eğer kan örneği almak kişi için sağlık açısından riskli ise, tükürük ya da bir tutam saç örneği alınarak da tıbbi incelemeler gerçekleştirilebilir.

edilemediğinde, şartlar el verdiği ölçüde diğer testlerden de yararlanılabilecektir⁷⁶⁸. Dolayısıyla, soybağının tespiti açısından bu incelemeler zorunluluk taşıyor ve taraf ya da üçüncü kişilerin sağlıkları bakımından da herhangi bir tehlike yaratmıyorsa, bu kişilerin incelemelere rıza gösterme durumu gündeme gelecektir⁷⁶⁹.

TMK'nın 284'üncü maddesinde araştırma ve inceleme faaliyetleri bakımından herhangi bir sınırlama düzenlenmemesi, hâkimin takdirini gündeme getirmiştir. Bu konuda hâkim, kişilerin vücudundan kan, tırnak, saç teli, mukoza vb. örneklerin alınmasına karar vererek, bu bulgular üzerinde inceleme yaptırabilecektir⁷⁷⁰. Fakat soybağı uyuşmazlığı başlı başına DNA analiz yöntemlerini beraberinde getirdiğinden ve bu delil, mevcut yargılama açısından olmazsa olmaz öneme sahip olduğundan dolayı, yan deliller yalnızca ana delili destekler niteliktedir⁷⁷¹.

Tıbbi araştırma ve incelemelerin kapsamı yalnızca soybağının tespit edilmesine yönelik olacaktır. Kişilerden alınan biyolojik materyaller üzerinde soybağının tespiti amacı dışında herhangi bir incelemede bulunulamaz⁷⁷². Ayrıca şunu da söylemek gerekir ki,

Bkz. Bach, **Beck'scher Online Kommentar**, Herausgegeben: Vorwerk, Wolf, 3. Auflage, 2012, § 372a ZPON 17 (Dursun, s.114'den naklen).

⁷⁶⁸ Bu bağlamda, başvurulacak araştırma ve incelemeler, bilimin müsaade ettiği tüm potansiyel yöntemlerdir. Özellikle kan grubu analizleri, kan testleri ve viral testler (örneğin kanda HIV virüsünü kontrol etmek) ve DNA testleridir. Burada bahsedilen yöntemler, tıbbi inceleme kapsamına giren yöntemlerdir. Bu testler tek tek talep edilebileceği gibi bir arada da talep edilebilir. Bkz. Beck OKomm/ Bach, ZPO § 372a N 23 (Dursun, s.114'den naklen).

⁷⁶⁹ Özüğür, s.232.

⁷⁷⁰ Dursun 2007, s.113; Akar, s.50; Yargıtaya göre, soybağının reddi ve babalık davalarında, babalık iddiasında bulunan ya da baba olduğu iddia edilen kişi ile çocuğun kan örnekleri alınmalı ve kan testleri yaptırılmalıdır. Daha sonra Adli Tıp Kurumundan rapor alınmalıdır. Bu raporun ardından tanık beyanları ve diğer deliller bir arada değerlendirilmeli ve buna göre bir sonuca varılmalıdır. Yargıtay HGK., E. 2000/1228, K. 1288, T. 18.10.2000 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 02.01.2023); Kan tahlillerinde baba olduğu iddia olunan kişi, ana ve çocuğun mukayeseli benzerlik testleri kapsamında mahkemece araştırmaya gidilmelidir. Bu tıbbi incelemelere ek olarak tanık ifadeleri, taraf beyanları vb. deliller hep birlikte değerlendirildikten sonra bir kanaate ulaşılmalıdır. Bkz. Akcan, s.906.

⁷⁷¹ Soybağı davaları kapsamında DNA incelemeleri, güvenilir ve kesinliğe en yakın yöntem olarak kabul edilmektedir. Bkz. Dursun, s.114; Ayrıca bkz. İkinci Bölüm II. C.

⁷⁷² Genetik incelemelerin hukuka uygun olmasını sağlamak adına göz önünde bulundurulması gereken diğer husus, rızanın kapsamıdır. Bir olayda hukuka aykırılığın önlenmesi için, müdahale edilen kişilik değerinin, verilen rızanın kapsamında olması şarttır. Verilen rıza, müdahale edilen kişilik değerinin kapsamını aşarsa, bir rıza beyanı olmasına rağmen, kapsam dışı kalan kişilik değerleri için hukuka aykırılığı engelleyemez. Genetik incelemeler, soybağının belirlenmesi amacıyla yapıldığında, kişinin rızası genellikle, kişinin vücudundan biyolojik materyal alınması, bu materyalin soybağı tespiti için yapılacak inceleme sırasında kullanılması ve inceleme sonuçlarının kişiye açıklanması yönünde olur. Bu bağlamda,

inceleme yapılacak olan tarafın, kendisinin veya aile bireylerinin ırksal hastalıklarını açıklamak, kişisel nitelikteki genetik ya da özel bilgilerini vermek veya fiziksel özelliklerini söylemek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Bahse konu yükümlülük sadece tıbbi araştırma ve incelemeler bakımından geçerlidir⁷⁷³.

Yukarıdaki koşulların tümünün gerçekleşmesi durumunda, TMK'nın 284'üncü maddesine göre; davanın tarafları ve üçüncü kişiler, soybağının tespit edilebilmesi açısından zorunlu olan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olacaklardır. Tarafların gösterecekleri olan bu yükümlülük, yalnızca dava aşamasında söz konusu olacaktır. Dava dışında taraflardan herhangi bir şekilde buna katlanmaları beklenemez. Bu kişilerin yazılı onayları olmadan, kendilerinden alınan bulgulara yönelik yapılan araştırma ve inceleme sonuçları, soybağı davalarında hiçbir şekilde delil olarak kullanılamaz⁷⁷⁴. Ayrıca kişinin yazılı rızasının alınması şartıyla bu deliller soybağı davalarında delil olarak kullanılabilir. Sonradan alınan rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Bu biyolojik materyallerin delil olarak kullanılabilme durumunda geçerli olan ve sonradan rıza alma ile hukuka uygun hale gelen husus, tıbbi müdahalelerdeki sonradan alınan ve geçersiz olan rızadan farklıdır. Buradaki rıza, ilgili delilin kullanılabilme durumunu kapsayıp, tıbbi müdahaledeki rızayı kapsamadığından dolayı kanaatimizce sonradan da rıza verilebilecektir⁷⁷⁵.

1. Rıza Gösterme Yükümlülüğü Kapsamına Giren Kişiler

TMK'nın 284'üncü maddesindeki rıza gösterme yükümlülüğünün kapsamına, hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler girmektedir⁷⁷⁶. Davanın tarafları olarak söz konusu

belirli bir durumda kişinin verdiği rıza, sadece bu işlemlerin hukuka aykırı olmasını engeller. Eğer genetik materyal, soybağı belirlenmesi dışında bir amaç için kullanılacaksa, kişinin bu konuda ayrıca bir rıza vermesi gereklidir. Bkz. Sonat, s.344, 345.

⁷⁷³ Dursun, s.114.

⁷⁷⁴ Dursun, s.115.

⁷⁷⁵ Aynı yönde bkz. Dursun, s.115

⁷⁷⁶ Kan ve doku örneği alınmasıyla ilgili düzenlemelerinin sadece davanın tarafları için geçerli olabileceğini vurgulamak gerekmektedir. Üçüncü kişilerin vücutlarına yönelik müdahale gerektiren durumlarda ise vücut bütünlüğü, kişilik hakkı

olabilecek kişiler anne, baba olduğu veya olmadığı iddia edilen kişi ve çocuktur⁷⁷⁷. Doktrinde, çocuk ayırt etme gücüne sahipse, kendi rızasının yanında velisi veya vasisinin de rızasının gerekli olduğu, buna karşın çocuk ayırt etme gücüne sahip değilse, sadece velinin veya vasisinin rızasına başvurulması gerektiği⁷⁷⁸, aksi bir durumun velayet hakkının ihlaline yol açabileceği⁷⁷⁹, tıbbi incelemelerin, kişinin bedenine müdahaleyi gerektirdiğinden, kişilik haklarının kapsamında olduğu, kişilik haklarının, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, yine de, çocuğun korunması amacıyla, velinin ve vasisinin de rızasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiş ise de⁷⁸⁰, bu görüşe katılmamakla birlikte, soybağının tespitine yönelik tıbbi araştırma ve incelemelerin, kişilik hakkı çerçevesinde korunan vücut bütünlüğü ve kişisel verilere müdahale niteliği taşıdığına göz önünde bulundurulması gerektiği, rıza beyanının bu değerler üzerinde tasarruf anlamına geldiği, dolayısıyla, sınırlı ehliyetsiz bir küçüğün, soybağının incelenmesine yönelik bizzat rıza gösterme hak ve yetkisine sahip olmasının daha uygun bir yaklaşım olacağı kanaatindeyiz⁷⁸¹.

Maddede bulunan üçüncü kişiler kavramı, uyuşmazlığın tarafı dışındaki kişileri ifade etmektedir. Soybağı davaları kapsamında kan bağı bulunan kişiler ve ana, bu davaların tarafı değil ise üçüncü kişi olarak nitelendirilecektir. Fakat bu kişiler üzerinde tıbbi araştırma ve incelemelerin gerçekleştirilebilmesi adına, davanın asıl taraflarının kan örneklerini

ve kişisel değerler gibi kavramlara müdahale gündeme gelecektir. Bkz. H. Konuralp, s.104,105; TMK'nın 284'üncü maddesinde yer alan, kan ve doku örneği vermekten kaçınan kişi aleyhine karar verme hükmü sadece davanın taraflarıyla ilgili olarak uygulanabilir. Bu sebeple, üçüncü kişilerin kan ve doku örneği vermeyi reddetmesi durumunda, yalnızca İcra ve İflas Kanununun 343'üncü maddesinin uygulanmasına başvurulabilir. Bkz. Serozan-Çocuk, s.154; Aynı yönde bkz. Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s.551.

⁷⁷⁷ Örneğin, soybağının reddi davasını koca ve çocuğun dışında, Kanundaki koşulların gerçekleşmesi halinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi de açabilmektedir. (TMK md.286; TMK md.291). Tanınmanın iptali davası durumunda, çocuğun ölümü halinde çocuğun altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanınmanın iptalini dava edebilirler. Tanıyan kişi ölmüşse, mirasçılara karşı da bu dava açılabilir (TMK md.298). Anca kan hısımlığı dışında dava açma hakkı bulunan, örneğin Cumhuriyet savcısından tıbbi inceleme talep edilemez. Bkz. Dursun, s.115.

⁷⁷⁸ Serozan-Çocuk, s.178; Yıldırım ve Memiş, s.300.

⁷⁷⁹ Yıldırım ve Memiş, s.300; Akar, s.54.

⁷⁸⁰ Serozan-Çocuk, s.178; Yıldırım ve Memiş, s.300, Dursun, s.115.

⁷⁸¹ Bkz. Üçüncü Bölüm II. C. 2. (iii).

verememesi veya elde edilen verilerin net olmaması gerekmektedir⁷⁸². Örneğin bir babalık davasında, eğer baba hukuken gaip durumdaysa ve bundan dolayı üzerinde tıbbi inceleme gerçekleştirilemiyorsa, kan ilişkisi olan diğer kişilere müracaat edilebilecektir⁷⁸³. Benzer şekilde, babanın erkek kardeşinden alınan örnekler yeterli netlikte sonuçlar sunmuyorsa, büyükbaba gibi daha uzak kan bağlarına sahip kişilere yönelme ihtimali doğacaktır⁷⁸⁴.

2. Soybağının Tespitine Yönelik Ölülerden Biyolojik Materyal Alınması

Soybağının tespiti bakımından ölümlerden DNA analizi incelemesine imkan verecek nitelikte organ ve doku alınması hukuken mümkündür. Bu konudaki düzenleme 2238 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinde belirtilmiştir⁷⁸⁵. Anılan düzenlemede, aslında tedavi ve bilimsel yöntemler kapsamında organ ve doku alınmasına izin verilmekle birlikte; bahse konu düzenlemenin, ölümlerden alınan organ ve dokuların incelenmesi bakımından da uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu hüküm gereğince ölü, sağlığında organ ve dokularını, kanunda yazan sebeplere istinaden bıraktığını belirtmemiş ise, bu durumda kendisinin ölüm anında yanında olan eşi, ergin çocukları, ana veya babası, kardeşleri, hatta bunlar da hayatta değilse herhangi bir yakınının rızasıyla ölüden organ ve doku alınabilecektir. Bu bakımdan incelemelerin hukuka uygun sayılabilmesi için, yukarıda açıklamış olduğumuz⁷⁸⁶, sağ kişilerden tıbbi araştırma ve inceleme faaliyetleri kapsamında kan, doku vb. örneklerin

⁷⁸² Dursun, s.115; Akar, s.54.

⁷⁸³ Akar, s.54.

⁷⁸⁴ Anne ve babalık iddiasında olan kişiler ile ölüden doku alınması gereken vakalar da bu kapsamda ele alınmaktadır. Eğer anne ve baba olduğu öne sürülen kişiler, kendilerinin anne-baba olmadığını ve başkalarının anne-baba olduğunu iddia ederlerse, bu kişilerin de üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi ve soybağının tespit edilmesine yönelik biyolojik materyallerinin araştırılması gerekmektedir. Bkz. Basler Komm/ Schwenzer, ZGB Art.254 N 19 (Dursun, s.115'den naklen).

⁷⁸⁵ 2238 sayılı Kanun md.14: "(1) Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. (2) Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. (3) Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz."

⁷⁸⁶ Bkz. Dördüncü Bölüm II. C.

alınmasına özgü olan koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir⁷⁸⁷. Özet olarak, ölülerden alınan organ ve dokular kapsamında, soybağının tespitine yönelik yapılacak incelemenin, soybağının belirlenmesi bakımından zorunlu olması gerekmektedir⁷⁸⁸.

3. Rıza Gösterme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

TMK’da her ne kadar rıza gösterme yükümlülüğünden bahsedilmiş ise de, md.284/1.b.2.c.2’de “*Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*” şeklinde belirtildiği üzere, rıza göstermeyen kişilerin aleyhine bir fiili karine gündeme gelebilecektir⁷⁸⁹. Dolayısıyla belirtilen düzenleme gereği rıza göstermeyen kişilerin, tıbbi araştırma ve incelemelere zorlanmasının önu kapatılmıştır. Ayrıca daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi⁷⁹⁰, TMK’nın 23 ve 24’üncü maddeleri ile Anayasanın 17’nci maddelerinde belirtilen ve kişilik haklarını esas alan temel düzenlemeler, medeni hukuk kapsamında bulunan soybağının tespitine yönelik davalar bakımından geçerli olan tıbbi araştırma ve incelemelere zorlamayı ortadan kaldıracak niteliktedir⁷⁹¹. Nitekim Anayasanın 17’nci maddesindeki “...*Kanunda yazılı haller*”, TMK’nın 23’üncü maddesindeki “*Yazılı rıza*

⁷⁸⁷ Ölülerden organ ve doku alınabilmesi adına ayrıntılı bilgi için bkz. Buse Aksaray, “Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu”, Sağlık Hukuku Makaleleri II, *İstanbul Barosu Yayınları*, İstanbul 2012, s.160-163.

⁷⁸⁸ Bu tür bir incelemenin meşru kabul edilebilmesi için, sağ kişilerden doku alınırken geçerli olan şartların bu bağlamda da karşılanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bu incelemenin dava açısından zorunlu olması şarttır. Bu yüzden, sadece zorunluluk koşulu yerine getirildiğinde, yakınların bu incelemelere rıza gösterme yükümlülüğü ortaya çıkmış sayılacaktır. Bkz. Dursun, s.116; Yargıtaya göre, kamu düzenini yakından ilgilendiren soybağının tespitine yönelik davalarda, mahkemece herhangi bir duraksamaya sebebiyet vermemek adına soybağının kesin nitelikte tespiti zorunlu olduğundan dolayı, davada baba olduğu ileri sürülen kişinin mezar yerinin tespit edilmesinin akabinde fethi kabir işlemi yapılarak, kişiden DNA incelemesine esas olmak üzere doku ve kemik örneği alınmak suretiyle araştırma ve inceleme yapılabilecektir. Fakat Yargıtay kararlarında TMK’nın 284’üncü maddesi yerine daha çok HMK’nın 292’nci maddesine vurgu yapılarak, her bireyin, soybağının tespitine yönelik vücutlarından kan ya da doku örneği alınmasına katlanmak zorunda olduğu, bu yükümlülüğe haklı bir gerekçe olmaksızın uymamanın zor kullanılmasını gerektireceği belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 8. HD., E. 2017/6461, K. 2017/16882, T. 14.12.2017; Yargıtay 8. HD., E. 2017/6461, K. 2017/16882, T. 14.12.2017

⁷⁸⁹ Mevcut soybağı yargılamasında, eğer kişi bu rıza gösterme yükümlülüğüne uygun davranmazsa, yaptırım olarak, rızasını vermektan kaçınan kişi aleyhine hâkimin takdirine bağlı olarak fiili bir karine uygulanabilir. Bu bağlamda, bilimsel inceleme ile ispatlanmak istenen durum, rızasını vermeyen kişi aleyhine olarak kabul edilmiş sayılabilir. Bkz. Serozan-Çocuk, s.178; Sonat, s.344, 345.

⁷⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm II. D. 3.

⁷⁹¹ Yıldırım ve Memiş, s.300; Acabey, s.132; Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252.

üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez.” ve 24’üncü maddesindeki “...Kanunun verdiği yetkinin kullanılması” düzenlemelerine istinaden, TMK’nın 284’üncü maddesinde kanun tarafından doğrudan ve alternatifsiz olarak bir soybağı araştırması öngörülmediğinden dolayı, kişiler açısından da bu yönde herhangi bir zorlama gündeme gelemeyecektir⁷⁹².

Anılan düzenlemede eğer kişi, hâkim tarafından kararlaştırılan incelemeye rıza göstermediğinde, tıbbi inceleme ile ispat edilmek istenen olgunun, rıza göstermeyen kişi aleyhine ispat edilmiş sayılacağı belirtilmiştir⁷⁹³. Örneğin, bir babalık davasında, baba olduğu yönünde iddiada bulunulan kişi, soybağını belirlemek amacıyla kan veya doku örneği verme kararına karşı rıza gösterme yükümlülüğüne uymadığı takdirde, mahkeme, erkeğin babalığını kabul ederek onun aleyhine karar verebilecektir⁷⁹⁴. Bu yaptırım, davalı üzerinde dolaylı bir baskı aracı olarak değerlendirilebilir. Eğer davalı, kendisi hakkında istenen tıbbi inceleme için kan ya da doku örneği verme talebine rıza göstermezse, bu durumda, davanın olumsuz sonuçlanma ihtimaliyle karşı karşıya kalır ve bu olası sonucu engellemek adına, talep edilen tıbbi incelemeye katılmak için rızasını sunmak zorunda kalabilir⁷⁹⁵.

TMK md.284’de, davadan beklenen sonucun davalı aleyhine doğmuş sayılabileceği belirtilmiş ise de, benzer bir durum davacı taraf için de geçerli olabilir. Örnek olarak, bir babalık davasında, anne ve çocuğun tıbbi incelemelere rıza göstermemesi halinde, bu

⁷⁹² TMK md.23’e göre kişi ancak rıza ile tıbbi müdahaleye tabi tutulabilir. Dolayısıyla kan ve doku örneği vermeye rıza göstermeyen kişinin, fiziki olarak zorlanması ağır bir kişilik hakkı ihlali oluşturur. Bkz. Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Kanaatimizce TMK md.284’de kanunun verdiği yetki gereği bir zorlama olmadığından dolayı, bu husus gerekçe gösterilerek bir icbarda bulunulur ise kişilik haklarına doğrudan yapılan bu müdahale hukuka aykırı sayılacaktır.

⁷⁹³ Serozan-Çocuk, s.217,218

⁷⁹⁴ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.252; Acabey, s.131; Baygın-Soybağı, s.91.

⁷⁹⁵ Gerçekten de, tarafın pasif bir tutum sergileyerek yalnızca sessiz kalması, bir yandan karşı tarafın delil sunma imkânını kısıtlarken, diğer yandan da kamu düzeni açısından büyük önem taşıyan bir konuda, tıbbi incelemenin sorunu çözme potansiyeli bulunmasına rağmen, herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu incelemenin yapılmasını engellemektedir. Bkz. Uyumaz, s.179;

durumun sonuçları davacıların aleyhine de değerlendirilebilir⁷⁹⁶. Bu nedenle, bu hüküm çerçevesinde, maddeye göre hem davanın taraflarının hem de üçüncü kişilerin belirli şartlar altında rıza gösterme yükümlülüğü olduğu kabul edilse de, rıza göstermeme durumunun sonuçları esasen sadece davanın tarafları açısından belirtilmiştir⁷⁹⁷.

Soybağına dayalı davaların kamu düzeni açısından önemli olduğu ve çocuğun haklarını koruma amacı taşıdığı genel olarak kabul görmektedir⁷⁹⁸. Ancak, TMK'daki mevcut düzenleme, hâkimin, kişinin kan veya doku örneklerini vermeyi reddetmesi durumunda bunu bir fiili karine şeklinde yorumlama imkanı vermektedir. Ayrıca, kan veya doku örnekleri vermesi gereken kişi, bu örnekleri vermezse aleyhine bir karar verilebileceği korkusuyla karşı karşıya bırakılmaktadır. Bu tür bir baskının ne kadar etkili olacağı ve soybağı tespiti davasının, adil ve sağlıklı bir şekilde sonuçlanmasına ne ölçüde katkı sağlayacağı ise belirsizdir⁷⁹⁹.

D. 7136 Sayılı Kanunla Birlikte Düzenlenen Zor Kullanma Hakkının İncelenmesi

7136 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte, Medeni Kanunumuzun “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlığı altında düzenlenen 436’ncı maddesinde bir takım değişiklikler yapılmıştır⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ Dursun, s.117.

⁷⁹⁷ Üçüncü kişiler açısından ise bu durumun sadece dolaylı bazı sonuçları olabilir. Örneğin, miras hukuku açısından etkileri olabilir. Bkz. Dursun, s.117.

⁷⁹⁸ Akbıyık ve Aydın, s.13.

⁷⁹⁹ Konuralp, s.1615; Bu itibarla, HMK tarafından getirilen düzenlemenin, TMK'daki düzenlemeye kıyasla daha uygulanabilir ve pratik olduğu belirtilmektedir. Bkz. Tüzüner, s.1156.

⁸⁰⁰ Konuralp, s.161; TMK md.436'nın gerekçesi için bkz. “*Madde İsviçre Medeni Kanununun 397e maddesinden alınmıştır. Maddede koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında yargılamaya ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki genel hükümler dışında özel hükümlere yer verilmiştir. Bu özel hükümler boşanmada yargılama usulüne ilişkin 184 üncü madde hükmüne benzer bir hüküm niteliğindedir. Maddede, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması gibi önemli bir karar verilirken, özgürlüğü kısıtlanan kişinin başvurabileceği yasal yollar ve hakları konusunda aydınlatılması gereği özellikle vurgulanmıştır.*” Kaynak İsviçre Medeni Kanun metni için bkz. <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-436>.

Bu kapsamda TMK'nın 436'ncı maddesinin birinci fıkrasının (5) numaralı bendinin ikinci cümlesi mülga edilmiş ve fıkraya aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“(6)Resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir. (7)Bu madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir.”

Yine aynı Kanunun 54'üncü ve 7445 sayılı Kanunun 14'üncü maddeleri ile birlikte TMK'nın 437'nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3)Hâkim, ilgili kişiyi dinler, tahkikatı tamamlar ve gecikmeksizin en geç iki gün içinde kararını verir.⁸⁰¹”

Her ne kadar yukarıda belirtilen Kanun ile yapılan bu değişiklikler, soybağının tespit edilmesi kapsamında olmasa da, kişilerden kan ve doku örneklerinin alınmasına ilişkin önemli usulü düzenlemeler içermektedir⁸⁰². İlgili düzenlemede görüleceği üzere, resmi sağlık kurulunca düzenlenecek raporun alınabilmesini sağlamak amacıyla; kişilerin vücutlarından kan veyahut benzeri biyolojik materyaller, tükürük, tırnak, kıl vb. örnekler alınabilecek, kişiler üzerinde gerekli olan tıbbi müdahaleler yapılabilecek ve yine gerekli olduğu durumlarda hekimin düzenleyeceği ön rapora istinaden en fazla yirmi gün olacak şekilde sağlık kuruluşuna sevk edilebileceklerdir⁸⁰³.

⁸⁰¹ 28 Mart 2023 tarihli ve 7445 sayılı Kanunun 14'üncü maddesi ile birlikte işbu fıkra da yer alan “*dinler ve gecikmeksizin*” ibaresi, “*dinler, tahkikatı tamamlar ve gecikmeksizin en geç iki gün içinde*” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁰² Kanun koyucunun, HMK'daki değişikliği yaparken, soybağına ilişkin TMK'nın 284. maddesinde herhangi bir değişiklik yapmamasının özel bir sebebi olup olmadığına dair soru, mevzuat değişikliğinin arkasındaki düşünce ve amaçları anlamak açısından önemlidir. Konuralp, s.1619.

⁸⁰³ Konuralp, s.1619.

TMK md.284’de bu nitelikte ayrıntılı usulü düzenlemeler bulunmamasına karşın, aynı Kanuna 2019 ve 2023 tarihlerinde “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” başlığı altında yapılan düzenlemeler, herhangi bir özel amaç olup olmadığı yönünde kuşku uyandırmaktadır. Koruma amacıyla kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması düzenlemesi, ergin olan kişilerin, yine Kanunda sayılan durumların varlığı ve bu durumların hâkim tarafından tespiti ile birlikte özgürlüklerinin sınırlanarak tedavi edilebilmelerini sağlamak adına getirilmiştir. Hâkimin verdiği karar ile birlikte bu kişiler, ister ayırt etme gücüne sahip olsun ister olmasın, özgürlüklerinden alıkonulabilmektedir. Yalnız 5’inci fıkrada sayılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, uyuşturucu veyahut alkol bağımlılığı ve ağır tehlike teşkil eden bulaşıcı hastalığı olan kişiler hakkında, özgürlüğün kısıtlanabilmesi için resmi bir sağlık kuruluşundan rapor alınması gerekmektedir⁸⁰⁴.

Hükmün gerekçesine baktığımızda madde ile birlikte, kişinin sağlık kurumuna sevk edilebilmesi ve sağlık kurulu raporunun alınabilmesi adına ön rapor usulü belirtilmekte ve kişinin kurumda bulundurulabileceği süre en fazla yirmi gün olarak sınırlandırılmaktadır. Bu süre dahilinde gerekli olan durumlarda, kişi hakkında zorunluluk arz eden tıbbi müdahalelerin yapılması, vücudundan kan veyahut benzeri nitelikte biyolojik örnekler, kıl, tırnak, tükürük gibi numunelerin alınabilmesi olanağı getirilmiştir⁸⁰⁵. Yine kararların icrası kapsamında ilgili kişi hakkında zor kullanılması ile sağlık görevlilerinden tıbbi yardım alınabilmesi hususu düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucunun, kişiden kan ya da doku örneği alınabilmesini sağlamak amacıyla zor kullanma ve görevlilerden tıbbi yardım alma müesseselerini getirmesi, yalnızca koruma gayesiyle özgürlüğün kısıtlanmasını sağlamak gayesiyle olup olmadığı bakımından kesinlik barındırmamaktadır⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ Konuralp, s.1620.

⁸⁰⁵ Md. 55: “Madde ile, kişinin bir sağlık kuruluşuna yerleştirilebilmesi ve resmi sağlık kurulu raporunun alınabilmesi için hekim ön raporu usulü düzenlenmekte, kişinin sağlık kuruluşunda bulundurulabileceği süre yirmi günle sınırlandırılmaktadır. Yine, bu süre zarfında, gerekmesi halinde, gerekli tıbbi müdahalelerin yapılması, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi numunelerin alınabilmesi imkânı getirilmektedir. Ayrıca, madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilmesi ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilmesi öngörülmektedir.” Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2368.pdf>

⁸⁰⁶ Konuralp, s.1620.

Kanaatimizce, 2019 ve 2023 tarihli bu değişikliklerin geniş kapsamlı bir yasal düzenlemeye tabi tutulmaktan ziyade torba kanunlarla yapılması, değişiklik kapsamının sadece koruma amacı ile özgürlüğün kısıtlanması şeklinde sınırlandırılması ve soybağının tespitine herhangi bir atıf yapılmaması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, TMK'nın 284'üncü maddesinin yeniden düzenlenmemesi durumunun, kanun koyucu tarafından kasıtlı, yani bilinçli bir şekilde yapıldığı sonucuna varmamızı sağlamaktadır. Burada şunu da söyleyebiliriz ki; bahse konu olan TMK değişikliğini ele aldığımızda, HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, TMK'nın soybağının tespitini düzenleyen 284'üncü maddesi zımni olarak ilga edilmiş bulunmaktadır. HMK 432 vd. maddelerinde “Zor kullanma” ibaresi bulunmasına rağmen, hiçbir surette TMK 284'de bu nevide bir ibareye gidilmeyerek sessiz kalınmış, zaten HMK'nın, soybağının tespitini düzenleyen usulü hükümlerinin olduğu vurgusu “zımni” olarak yapılmıştır.

III. HMK'NIN 292. MADDESİ KAPSAMINDA DEğERLENDİRME

A. Genel Olarak

6100 sayılı HMK, soybağının tespitine yönelik tıbbi araştırma ve incelemeler bakımından TMK'ya göre ciddi değişiklikler getirmiştir⁸⁰⁷. HMK'nın “Soybağının tespiti için inceleme” başlığı altında düzenlenen 292'nci maddesi;

“(1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸⁰⁷ Pekcanitez, Atalay ve Özekes, s.534; Alangoya, Yıldırım ve N. Yıldırım, s.155.

HMK'nın 292'nci maddesi bakımından 23'üncü Dönem TBMM'de görüşülen ve "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574)" başlıklı raporda⁸⁰⁸; soybağının tespitine yönelik inceleme yapılması adına yeni hükümlerin getirildiği, 296'ncı maddenin görüşülmesi sırasında sunulan önerge ile TMK'nın 284'üncü maddesinde soybağını düzenleyen usul kurallarının olması sebebiyle, tasarıda tekrar görüşülüp düzenlenmesine yer olmadığı, bundan dolayı bahse konu hükmün tasarıdan çıkarılmasının teklif edildiği, bununla birlikte çifte yürürlüğün, kanun uygulayıcıları açısından sorun oluşturmadığı ve usul kurallarının, TMK'dan ziyade HMK'da bulunmasının yararlı olduğu fikrinin ön planda olması nedeniyle önergenin reddedildiği belirtilmiştir. Ayrıca tasarının 453'üncü maddesinde, soybağının tespiti düzenlemeleri karşısında TMK md.284/2'nin uygulama imkânının kalmadığı, bu nedenle söz konusu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerektiği de ifade edilmiştir. Her ne kadar tasarıda, çifte yürürlüğün mevcut düzende herhangi bir soruna sebebiyet vermeyeceği belirtilmiş ise de, soybağı davalarında tıbbi araştırma ve incelemeler bakımından referans alınacak kanun dahilinde, her iki düzenlemenin birbirinden farklı sonuç ve uygulamalara sebebiyet verdiğini düşündüğümüzde, çifte yürürlük durumunun bir hayli anlam karmaşası ve uygulama farklılığına yol açtığı kanaatindeyiz.

Aşağıdaki bölümlerde, anılan düzenlemeye esin kaynağı olan kanuni düzenlemeleri, karşılaştırmalı hukuk perspektifinde ele alarak, bu maddenin nasıl şekillendiğini ifade etmeye çalışacağız. Akabinde ise soybağı davalarındaki uygulanma koşullarına yer vereceğiz⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/ab_komisyonu_web.onerge_bilgileri_teklif?kanunlar_sira_no=64272

⁸⁰⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm III. B. C.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Soybağının Tespitine Yönelik Kişilerden Kan veya Doku Örneği Alınması

1. İsviçre Hukukunda

Soybağının tespitine yönelik iç hukukumuzdakine benzer nitelikte düzenlemeler, yabancı ülke hukuk sistemlerinde de yer almaktadır. HUMK'nun düzenlenişi açısından kaynak kanun olarak referans alınan 7 Nisan 1925 tarihli Neuchatel Medeni Usul Kanununun (CPNC)⁸¹⁰ 275'inci maddesi, davanın tarafları ve üçüncü kişiler bakımından soybağının tespitine yönelik kan veya doku örneği vermeyi zorunlu kılmıştır⁸¹¹. Anılan maddede, bu zorunluluğu yerine getirmeyen kişiler bakımından İsviçre Federal Ceza Kanununun 292'nci maddesi gereğince ceza öngörülmüştür⁸¹². İsviçre'de federal kapsamdaki usul kanunu yürürlüğe konulana kadar ZGB'nin 254'üncü maddesi geçerli olmuştur⁸¹³. Bu düzenleme, TMK'dan yaklaşık yirmi üç yıl önce 1978 yılında yürürlüğe girmiş ve hukukumuzda düzenlenen rıza gösterme yükümlülüğüne aykırı davranma halinde, davalı bakımından aleyhine hüküm kurulabileceği ifadesini içermemiştir⁸¹⁴. ZGB'de yalnızca tarafların kan ya da doku örneği vermelerinin zorunlu olduğu, buna karşılık vermeme halinde ne olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktaydı. Fakat o dönemde herhangi bir zorlama kararlaştırılmaması, İsviçreli kanun koyucular tarafından bilerek yapılmıştır⁸¹⁵. İsviçre hukuk sistemi, kantonlara⁸¹⁶ dayalı bir yapıya sahip olduğundan ve bu sebeple bölgesel farklılıklar içermesinden dolayı, kantonlar, kendi bölgeleri içerisinde tazminat ve cezai

⁸¹⁰ Bilge Umar, "Humk'nun Mehazı Neuchatel Kanunu ve Bunun Tatbikatı Hakkında Bir Araştırma", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, C.32, S.1, s.187-190; Konuralp, s.1627.

⁸¹¹ François Bohnet, *Code de procédure civile neuchâtelois – Commenté, Helbing&Lichtenhanh*, Bâle 2003, s.414 Konuralp, s.1627'den naklen).

⁸¹² Bohnet, s. 415 (Konuralp, s.1627'den naklen).

⁸¹³ Konuralp, s.1627.

⁸¹⁴ Max Guldener, *Scweizerisches Zivilprozeßrecht*, 2. Auflage, Verlag Schulthess, Zürich 1958, s. 357 (Konuralp, s.1627'den naklen).

⁸¹⁵ Acabay, s.131.

⁸¹⁶ İsviçre'de konfederasyonu oluşturan devletlerden her biri.

yaptırım uygulama gibi bazı yetkilere sahipti. İşte bu kanton temelli yapının getirdiği çeşitlilik ve yetki dağılımı sebebiyle, ilgili düzenlemeye, aleyhine hüküm kurulabilme ifadesi kasıtlı olarak dahil edilmemiştir⁸¹⁷.

Bu düzenlemelerden sonra 2011 yılında İsviçre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁸¹⁸ ile ZGB'nin 254'üncü maddesi mülga edilmiştir. İlgili düzenlemenin usul hukuku sistematliğini içermesinden dolayı, medeni kanun yerine usul kanununda düzenlenmesi uygun görülmüştür. Kanunun 296'ncı maddesine göre, hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler bakımından, hâkim tarafından verilen soybağının tespitine yönelik kan ya da doku örneği alınması kararı, ilgili kişiler için zorunlu olmaktadır⁸¹⁹. Düzenlemelerimize benzer olması bakımından ilgili maddede belirtilen tek istisnai durumun, yapılacak incelemenin, kişinin sağlığı açısından herhangi bir engel teşkil edecek ise bu husus haricinde itiraz kabul edilmeyecek oluşudur⁸²⁰.

2. Alman Hukukunda

HMK'nın 292'nci maddesinde yer alan düzenlemenin kabul edilmesinde, Alman Medeni Usul Kanununun 372a maddesinin epey öneminin olduğu ortadadır. Bundan dolayı

⁸¹⁷ Konuralp, s.1628; İsviçre'nin Bern, Jura, Luzern kantonlarında, tıbbi araştırma ve inceleme yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi durumunda zorlamaya başvurulabileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık Zürih Usul Kanunu §170, TMK md.284/1.f.2'ye benzer bir düzenleme içermektedir. Anılan düzenlemede, tarafların keşfe katlanmalarının zorunlu olduğu ve kaçınmalarının mahkemenin takdirine bağlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Baygın-Soybağı, s.91 dp.249'daki açıklamalar.

⁸¹⁸ iZPO şeklinde kısaltılmaktadır.

⁸¹⁹ Kurzkomentar van de Graaf, Art. 296, Nr. 6 ve 8; Jeandin, CPC Commenté, Art. 296, Nr. 7 (Konurap, s.1629'dan naklen).

⁸²⁰ İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununun 296. maddesi (Art. 296 ZPO), HMK'nın 292. maddesi ile benzer bir içeriğe sahiptir. Art. 296/II ZPO'ya göre; *“Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde gerekli olan ve sağlıklarına tehdit oluşturmayan araştırma ve incelemelere katılma yükümlülüğindedirler. Tarafların ve üçüncü kişilerin –ispat faaliyetlerine katılmaktan- çekinme haklarına dair hükümler geçerli olmamaktadır.”* Bu hüküm 2011 yılında yürürlüğe girmiş ve aynı konuyu ele alan İsviçre Medeni Kanunu'nun 254. maddesini iptal etmiştir. Bu düzenleme, hem soybağına yönelik inşai davalar hem de tespit davaları bakımından uygulanmaktadır. Ancak Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında belirgin bir fark, yükümlülükleri yerine getirmeme durumunda uygulanan yaptırımların niteliğindedir. İsviçre hukukuna göre, bu yükümlülüğe uymamanın sonucu dolaylı yaptırımlardır. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununun belirttiği usul hukuku yaptırımlarının uygulanması gerekmektedir. Ancak, bir kişiyi bu tür bir incelemeye dahil etmek için zor kullanılması mümkün değildir. Bkz. Dönmez, s.186 dp.49'daki açıklamalar; Konuralp, s.1629.

ilgili maddenin incelenmesinin, HMK'nın 292'nci maddesinin daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Soybağının tespiti amacıyla hâkim tarafından kararlaştırılan ve davanın tarafları veyahut üçüncü kişilerden kan ya da doku örneği alınması hususu Alman Usul Kanununun (aZPO) 372a maddesinde düzenlenmiştir⁸²¹. Her ne kadar anılan maddede, kan örneği kelimesi kullanılmış ise de, ilgili ifadenin vücut dokusu numunelerini de içerdiği belirtilmektedir⁸²². Düzenlemeye göre hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler, soybağının tespitine yönelik kan örneği vermeyi kabul etmek zorundadırlar⁸²³. Bahsedilen bu zorunlulukların en önemli istisnası, hukukumuzda olduğu gibi sağlık bakımından tehlike yaratan hallerdir. Fakat her tehlikenin bu kapsama girmediği, yalnızca sağlık bakımından tıbbi verilere göre endişe yaratan tehlikelerin bu kapsamda olduğu ifade edilmektedir. Örneğin iğne fobisi ya da kısa süreli acılar, tehlike yaratan durumlar arasında sayılmayacak, kişinin bu müdahalelere katlanması gerekecektir⁸²⁴. HMK'nın 292'nci maddesi, doktrininde eleştiri konusu yapılmakla birlikte, anılan düzenlemenin esas gerekçesi olarak çocuğun üstün yararı gösterilmektedir⁸²⁵. Her ne kadar çocuğun üstün yararı gözetilerek böyle bir zorlama

⁸²¹ Dural, Oğuz ve Gümüş, s.275 dp.42.

⁸²² Cem Akbıyık ve Gülşah Sinem Aydın, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu", *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 13, S. 1, (7-31), s.23; Konuralp, s.1629.

⁸²³ Akbıyık ve Aydın, s.10.

⁸²⁴ Konuralp, s.1630.

⁸²⁵ HMK'nın 292. maddesiyle paralel bir düzenleme, Alman Medeni Kanununun 1598 a maddesinde (§ 1598 a BGB) yer almaktadır. Bu maddeye göre, "(1) Çocuğun biyolojik kökeninin belirlenmesi için, baba, anne veya çocuk; anne, baba veya çocuktan; çocuk, her iki ebeveyninden genetik araştırmalar için gereken onayı alabilir ve uygun genetik test için biyolojik materyal toplanmasını talep edebilir. (2) Yetkili kişinin talebi durumunda, onay verilmemesi halinde, aile mahkemesi genetik test için biyolojik materyal toplanmasını talep edebilir. Deney, kabul görmüş bilimsel ilkeler doğrultusunda gerçekleştirilmelidir." HMK md.292 ve § 1598 a BGB arasındaki temel fark, normların uygulama alanlarındaki kişiye dair farklılıktan kaynaklanmaktadır. § 1598 a BGB maddesi, sadece hukuken kurulmuş bir aile ilişkisi bulunması halinde uygulanabilir. Alman Anayasa Mahkemesinin 13.02.2007 tarihli, gizli babalık testine ilişkin kararında (BVerfG NJW 2007, 753), kanun koyucunun bilinçli bir şekilde § 1598 a BGB hükmünü dar bir kapsamda düzenlediği belirtilmiştir. Bu hüküm, biyolojik babaya, ancak hukuken babalık statüsü bulunmayan kişiye, bağımsız bir köken tespiti hakkı vermemektedir. Bkz. Dönmez, s.186 dp.48'deki açıklamalar.

düzenlenmiş ise de, anılan düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olmadığı ve kişilik haklarına da doğrudan müdahale teşkil ettiği ifade edilmiştir⁸²⁶.

İnceleme kapsamında kullanılan her bir yöntem, kısmi veya daha belirgin düzeyde vücut dokunulmazlığa ya da kişisel özgürlüğe müdahale etmektedir. Ancak, kişinin açık rızası, bu müdahalenin hukuka aykırı olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır⁸²⁷. Bunun aksine, ZPO § 372a maddesi, kişinin rızasının bulunmaması durumunda bile, eğer söz konusu şahıs haksız bir şekilde incelemeye katılma yükümlülüğüne uygun davranmıyorsa, hâkimin zorlayıcı tedbirler almasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla, davada taraflardan biri veya üçüncü bir kişi, incelemeye rıza gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemekte ısrar eder ve bu direniş tekrarlanırsa, hâkim, ZPO § 372a hükmüne başvurarak incelemenin zor kullanılarak gerçekleştirilmesine hükmedebilir⁸²⁸. Özellikle, birden fazla kaçınma eyleminin yol açtığı tekrarlama unsuru bulunuyorsa, hâkim, fiziksel müdahale uygulanmasını emredebilir⁸²⁹. Alman hukukuna göre anılan düzenlemenin herhangi bir şekilde Anayasaya aykırılığı bulunmamaktadır⁸³⁰. Düzenleme, anayasal koruma altına alınan vücut dokunulmazlığına kanunen getirilen bir sınırlama olup, zorlamanın gündeme geldiği durumlar, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi olarak değerlendirilmez⁸³¹.

Soybağı tespiti amacıyla zor kullanarak gerçekleştirilecek bedensel ya da kişisel özgürlüğe müdahale niteliğindeki inceleme yöntemlerine başvurulması, ancak son çare yani ultima ratio olarak değerlendirilmelidir. Bu ifadeyle kastedilen, soybağını tespit etmek için

⁸²⁶ HMK'nın 292'nci maddesinin herhangi bir sınırlama söz konusu olmaksızın uygulanması, temel hak ihlallerine sebebiyet verebilecek yapıdadır. Bkz. Serozan-Çocuk, s.154, 178.

⁸²⁷ Beck Okomm/ Bach, Zpo § 372a Rn. 1. (Akbiyık ve Aydın, s.10'dan naklen).

⁸²⁸ Akbiyık ve Aydın, s.10.

⁸²⁹ Eichele/ Saenger Komm, ZPO § 372a Rn. 1. (Akbiyık ve Aydın, s.10'dan naklen).

⁸³⁰ Alman Anayasa Mahkemesinin soybağı davaları ve çocuğun üstün menfaati bakımından vermiş olduğu kararların incelenmesi için bkz. Dönmez, s.178-180.

⁸³¹ Tıbbi müdahalelere direnme hususundaki ölçüt, incelemenin kişi açısından makul ölçüde katlanılabilir olmasıdır. Eğer inceleme katlanılabilir değilse, buna karşı çıkmak temel bir hak olarak kabul edilir. Beck Okomm Bach, ZPO § 372a Rn. 2; Zimmermann, Walter: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage, 2012, ZPO § 372a Rn. 1; Mustelak, Hans Joachim/ Huber, Michael; Kommentar zur Zivilprozessordnung, 10. Auflage, 2013, ZPO § 372a Rn. 1. (Akbiyık ve Aydın, s.10'dan naklen).

eşdeğer nitelikte başka bir alternatifin bulunmamasıdır. Başka bir deyişle, soybağı başka herhangi bir yöntemle güvenilir bir şekilde tespit edilemiyorsa, ancak o zaman ZPO § 372a maddesine dayanılarak inceleme yapılabilir. Dolayısıyla, yalnızca diğer delil yöntemleri tükenmiş ve buna rağmen dava açıklığa kavuşmamışsa, ZPO § 372a maddesine istinaden zor kullanarak inceleme gerçekleştirilebilir⁸³².

Soybağının tespitine yönelik tıbbi araştırma ve incelemeler gerekli, kullanılan yöntem uygun ve kişinin kaçınmasına olanak tanıyacak meşru bir sebep bulunmuyor ve buna rağmen kişi, incelemenin yapılacağı gün orada bulunmaz ise, ZPO § 372a maddesinin ikinci fıkrası, hâkime ilk aşamada tıbbi incelemeye zorla başvurabilme bakımından doğrudan fiziksel güç kullanma hakkı tanımamaktadır⁸³³. Söz konusu incelemenin fiziksel güç kullanılarak yapılması için bazı ek koşulların yerine getirilmesi gereklidir. İlk olarak, tıbbi incelemeyi reddetme durumu en az bir kez tekrarlanmalıdır. Bunu takiben, hâkim öncelikle ZPO § 372a'nın ikinci fıkrası uyarınca, ZPO § 390'da ifade edilen tanıklığın reddi düzenlemesi için öngörülen tedbirleri uygulamalıdır. Şayet hâkim, tıbbi araştırma ve incelemeye zorlama bakımından bu tedbirleri yerine getirmez ise incelemenin gerçekleştirilmesi hususunda karar veremeyecektir⁸³⁴.

ZPO § 372a maddesi, özellikle soybağı tespitine ilişkin olarak uygulanacaktır. Ancak bir davanın ana konusu, doğrudan soybağının tespiti olmak zorunda değildir. Soybağı tespiti, ana davaya ilişkin bir ön mesele olarak da ele alınabilir. Örneğin, bir cesedin incelenmesi gereken durumlarda, özellikle davacı, miras bırakan kişiye karşı kan bağı bulunduğunu iddia ediyor ve bu bağlamda miras anlaşmazlığının çözümü için soybağı tespiti

⁸³² Beck Okomm/ Bach, ZPO § 372a Rn. 9. (Akbiyık ve Aydın, s.11'den naklen)

⁸³³ Dursun, s.119.

⁸³⁴ Münchener Komm/ Zimmermann, ZPO § 372a Rn. 28. (Akbiyık ve Aydın, s.11'den naklen); Alman hukukunda, bu düzenlemenin temelinde çocuğun üstün yararının gözetilmesi yatmaktadır. Çocuğun soybağının doğru bir şekilde tespit edilmesi önemli olmakla birlikte, aile bireylerinin mali kaynaklarının doğru yönlendirilmesi, toplumda enesstin önlenmesi ve ceza kanunları kapsamında ailevi bağlara dayalı indirim ve ağırlaştırıcı hükümlerin doğru uygulanabilmesi gibi başka faydalar da söz konusudur. Bu belirtilen sebeplerin, önceki bahsedilen çerçevede kalmak kaydıyla, tıbbi incelemelere zorla başvurulmasını haklı çıkardığı belirtilmektedir. Bkz. Dursun, s.119.

zorunlu ise bu madde uygulamaya konulabilir⁸³⁵. Aynı şekilde, nafaka davalarında soybağı tespitine yönelik ön sorunlarda da ZPO § 372a maddesine başvurulacaktır. Bu madde kapsamındaki inceleme sürecinde, katlanma yükümlülüğü sadece taraflar için değil, ilgili tüm kişiler açısından da geçerlidir. Bu yükümlülük, özellikle çocuk, varsayılan anne ve baba açısından uygulanmakla birlikte, gerekli durumlarda tanıklar gibi üçüncü kişiler için de söz konusu olabilir⁸³⁶.

Her ne kadar ilgili düzenlemeler arasında çeşitli farklılıklar bulunuyor ise de, ZPO 372a maddesi ile HMK'nın 292'nci maddesi arasındaki en önemli fark, tıbbi araştırma ve incelemelere en az iki sefer karşı koyulması düzenlemesidir. Doktrinde, HMK'nın 292'nci maddesinin, mevcut haliyle kişilik hakları ihlallerine yol açabileceği düşünülmektedir⁸³⁷. HMK'nın 292'nci maddesindeki zor kullanma düzenlemesi doğrudan kanun tarafından verilen bir yetki doğrultusunda yapıldığı için TMK md.24/2 ve Anayasa md.17/2 gereği hukuka uygun niteliktedir. Anılan düzenleme, TMK'dan sonra yürürlüğe konulması ve usulü hükümleri bizzat içeren kanun olması nedeniyle günümüz yargılamaları bakımından TMK'yı gölgede bırakmış durumdadır⁸³⁸. Her ne kadar bu düzenleme, soybağı incelemeleri bakımından kişilerin temel haklarına bir müdahale teşkil ediyor ise de, en azından soybağı davaları kapsamında HMK md.292 düzenlemesinin dışında herhangi bir uygulama olmadığından ve müdahalenin, kanun tarafından alternatifsiz bir şekilde uygulanması ön görüldüğünden dolayı, kişilik haklarına yapılan müdahale hukuka uygun olacaktır. Fakat yapılan müdahalelerin ölçülülük kriterine daha uygun olması adına en azından Alman hukukundakine benzer düzenlemelere yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁸³⁵ Akbıyık ve Aydın, s.11.

⁸³⁶ Akbıyık ve Aydın, s.11.

⁸³⁷ HMK'ya göre davanın tarafları ve üçüncü kişilerin mahkemeye, adeta zorla ve ilk seferde getirilmesi mümkün olabilir. Bu da ciddi bir kişilik hakkı ihlaline yol açabilir. Korunması gereken üstün bir yarar olsa dahi, böyle bir uygulamanın ölçülülük ilkesini zedelediği kabul edilmelidir. Ölçülülük ilkesinin zedelenmemesi adına, diğer şartların yanı sıra, hâkimin mutlaka tekrarlama şartını da gözeterek bu hükmü uygulaması gerekmektedir. Bkz. Dursun, s.120; HMK'nın 292'nci maddesinin kişilik hakları ihlaline sebebiyet verdiği yön. bkz. Serozan-Çocuk, s.154, 178.

⁸³⁸ Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda da TMK md.284'ün uygulanması sıklıkla bozmaya konu olmuştur. Dolayısıyla HMK md.292 düzenlemesi günümüz açısından tekel konumundadır. Bkz. Dördüncü Bölüm IV. C.

C. HMK'nın 292. Maddesinin Uygulanma Koşullarının İncelenmesi

HMK'nın 292'nci maddesinde kanun koyucu, kişilerden kan veyahut doku örneği alınmasına katlanma yükümlülüğünün doğabilmesi adına bir takım koşulların bulunmasını aramıştır. Anılan düzenlemede, TMK md.284'ün aksine rıza gösterme yükümlülüğü ifadesine yer verilmemiş, buna karşın herkesin, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu belirtilmiştir⁸³⁹. Doktrinde, iki ana düzenlemenin kıyaslanması bakımından “katlanma zorunluluğu” kavramı, “rıza gösterme zorunluluğu” şeklinde de ifade edilmiştir⁸⁴⁰. Yukarıda⁸⁴¹, hem TMK hem de HMK açısından genel olarak ortak koşullardan bahsedilmiş ise de, bu bölümde HMK md.292 özelinde inceleme yapılacaktır.

Bu koşulların ilki; soybağının tespit edilebilmesi amacıyla yönelik hali hazırda derdest bir davanın olması gerekmektedir. Maddenin birinci fıkrasında “uyuşmazlık”; gerekçesinde ise “bu nitelikteki davalarda” ifadelerinin kullanılmasıyla birlikte, anılan maddenin yalnızca derdest olan soybağı davalarında gündeme geldiği anlaşılmaktadır⁸⁴².

İkincisi; uyuşmazlık durumlarında soybağının tespiti için başvuru yapılan incelemenin, bir zorunluluk teşkil etmesidir. Zorunluluğun var olup olmadığı konusunda gözetilmesi gereken ana ilke, “ultima ratio” yani “son çare” ilkesidir. Bu ilkeye göre, soybağı tespitine yönelik olarak, kişinin bedensel veya kişisel özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan inceleme yöntemlerine ancak “en son çare” olarak başvurulmalıdır. Başka bir deyişle, soybağının diğer

⁸³⁹ Bu tür davalar kamu düzenine ilişkin olduğu için, tarafların rızası veya ikrarı olsa bile, hâkim re'sen araştırma yapabilir, delil toplayabilir ve taraflardan kan örneği alınmasına ya da genetik analiz yapılmasına karar verebilir. Bkz. Akcan, s.930,931.

⁸⁴⁰ HMK m. 292 uyarınca, soybağının tespiti amacıyla, sağlık açısından bir tehlike arz etmemek şartıyla, herkesin vücudundan kan ve doku örneği alınmasına katlanması gerekmektedir. Bu hüküm, TMK m. 284/I fıkrası b. 2'ye paralel olarak, soybağının tespitine yönelik açılan davalarda, soybağı ilişkisi incelenen davanın tarafları ile üçüncü kişilerin vücudundan kan ve doku örneği alınmasına rıza gösterme yükümlülüğünü getirmektedir. Ancak, HMK m. 292'de, bu yükümlülüğe uymama durumunda uygulanacak yaptırım, TMK m. 284/I fıkrası b. 2'de öngörülen yaptırımdan farklıdır. Bu, iki farklı hukuki düzenleme arasında bir ayrım noktası olarak dikkate alınmalıdır. Bkz. Sonat, s.367.

⁸⁴¹ Bkz. Dördüncü Bölüm I.

⁸⁴² Akar, s.87.

yöntemlerle güvenilir bir şekilde tespit edilemediği, diğer delillerin tükenmesine rağmen davanın hala aydınlatılmadığı durumlarda, HMK md.292 uyarınca bu tür incelemelere başvurulabilir⁸⁴³. Bir kişinin baba olup olmadığının tespit edilmesi sürecinde, fiziksel benzerlik bulunmaması durumunda dahi, tıbbi incelemelere başvurmak zorunlu hale gelmektedir. Çünkü bu durumda asıl hedef, tıbbi yöntemlerle en güvenilir sonucu elde etmektir. Bu bağlamda, hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken kritik nokta, başvuruda bulunan kişinin güvenilir bir sonuç elde etme niyetinin olup olmadığı ve çocuğun yüksek menfaatinin bunu gerektirip gerektirmediğidir⁸⁴⁴.

Üçüncüsü; uygulanacak inceleme yöntemlerinin, bilimsel verilere uygun olması ve incelemeye tabi tutulan kişiye yönelik sağlık tehlikesi taşımamasıdır. HMK md.292’de belirtildiği üzere, bilimsel verilere uygun bir şekilde kişiden kan ve doku örnekleri alınabilir. Kan grubu analizleri, kan testleri ve DNA testleri, bu hüküm çerçevesinde öncelikle ele alınan inceleme yöntemleridir⁸⁴⁵. Elbette, tıbbi müdahalede bulunan kişilerin bu alanda yetkili olmaları tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından önem arz etmektedir⁸⁴⁶. Ayrıca, seçilen inceleme yönteminin, kişinin fiziksel ve psikolojik sağlığı açısından herhangi bir risk oluşturmaması gerekmektedir⁸⁴⁷.

Kişinin, soybağının tespitine yönelik bir incelemeye katılması, yalnızca belirtilen üç koşulun varlığında zorunlu olabilir. Bu yükümlülüğü yerine getirmek için kişinin, incelemenin yapılacağı yerde, mahkeme tarafından kendisine bildirilen gün ve saatte hazır

⁸⁴³ Kıskaçlık, aşırı şüphe veya karşı tarafı küçümsemek ya da zarar vermek amacıyla yapılan başvuruların hâkim tarafından reddedilmesi gerekmektedir. Öte yandan, eğer annenin başka bir erkekle ilişkisi olduğuna dair şüpheler bulunuyorsa, ya da çocuğun fiziksel özellikleri baba ile uyumuyor ve farklı bir etnik kökeni işaret ediyorsa, hâkimin tıbbi incelemeye başvurmasını “zorunluluk” olarak değerlendirmesi makuldür. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, s.113; Aynı yönde Acabey, s.151; Dursun, s.118.

⁸⁴⁴ Akbıyık ve Aydın, s.15.

⁸⁴⁵ Bkz. İkinci Bölüm II.

⁸⁴⁶ Örneğin, bir hasta bakımının, yetkisi olmaksızın, kişiden zorla kan örneği alması kabul edilemez. Bkz. Akbıyık ve Aydın, s.15.

⁸⁴⁷ Örneğin, incelemeye tabi tutulacak kişi hemofili hastasıysa veya kişinin aşılması imkansız bir şırınga korkusu varsa, kan örneği almak yerine, ağızdan tükürük almak veya saçtan örnek almak gibi alternatif yöntemlere başvurularak sonuç elde edilmeye çalışılmalıdır. Bkz. Beck Okomm/Bach, ZPO § 372a Rn. 17. (Akbıyık ve Aydın, s.16’dan naklen).

bulunması ve inceleme yöntemine bağlı olarak gerekli işlemleri aktif olarak yerine getirmesi gerekecektir. Örneğin; kan testi için kolunu açmak, tükürük örneği için ağzını açmak veya saç örneği için izin vermek gibi⁸⁴⁸. Eğer kişi, haklı bir sebep olmaksızın incelemeye rıza göstermez ve direnç gösterirse, o halde incelemenin zorla gerçekleştirilmesi gündeme gelir⁸⁴⁹. Ancak bu zor kullanma, tıbbi personelin kendi başına değil, adli kolluk görevlilerinden yardım alarak yapılmalıdır. Öte yandan, incelemenin sorunsuz yapılabilmesi için kişinin bilinç kaybına uğratılması kesinlikle kabul edilemez. Bu durum, müdahalenin ölçülülük ilkesini aşmasına neden olacağından dolayı kanaatimizce hukuka uygun olmayacaktır.

Madde metninde düzenlenen herkes teriminden anlaşılması gerekenin yalnızca davanın tarafları değil bu kişilere ek olarak üçüncü kişiler de olduğudur. Doktrinde, HMK md.292’de yer alan düzenlemenin dar yorumlanması gerektiği, yalnızca babalık, soybağının reddi ve tanınmanın iptali davalarında ilgili incelemelerin üçüncü kişileri de kapsadığı, bu davalar dışında ise üçüncü kişilerin incelemelere katlanmakla yükümlü olmadığı belirtilmiştir⁸⁵⁰. Kanaatimizce HMK md.292 düzenlemesinin soybağı davaları dışında da gündeme gelmesi, kişilerin vücut dokunulmazlığı, kişisel verileri ve özel yaşam alanlarına müdahale teşkil edeceğinden dolayı Anayasanın 17 ve TMK’nın 23 ve 24’üncü maddelerine aykırı olacaktır.

⁸⁴⁸ Dursun, s.118.

⁸⁴⁹ TMK md.284/2’de “... *incelemeye rıza göstermezse*” ifadesi kullanılmış iken HMK md.292/1’de “*Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması*” ifadesi kullanılarak TMK’dan farklı olarak haklı sebep kavramına yer verilmiştir. TMK kişilik hakları ve özgürlükleri vurgularken, HMK daha çok yargılama sürecinin düzgün işleyişi ve hukuki süreçlerin etkinliğini vurgular. Bu nedenle HMK’nın, tıbbi araştırma ve incelemeleri reddetme hakkını sınırlandırılmı kabul etmemiz gerekmektedir. Ayrıca Kanun, haklı sebep kavramını hâkimin değerlendirmesine bırakmıştır. Dolayısıyla, bir durumun haklı mı yoksa haksız mı olduğuna karar vermek, hâkimin hukuki çerçevede yapacağı değerlendirmeye belirleneceği kanaatindeyiz.

⁸⁵⁰ HMK’nın 292’nci maddesinin dar yorumlanmaması durumunda kişilik hakkı ihlallerinin gündeme geleceği, anılan düzenlemenin boşanma davalarında zinanın ispatlanması vb. uygulamalara sebebiyet vermemesi için yalnızca soybağı davaları ile sınırlı tutulması gerektiği yönünde bkz. Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, **Aile Hukuku**, 2. Basım, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, Aralık 2013, s.134.

HMK md.292/2’de, üçüncü kişilerin yasal hakkı olan tanıklıktan çekinme hakkını ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamayacağı emredici nitelikte düzenlenmiştir⁸⁵¹. Burada kanun koyucu açık şekilde “kaçınmaz” terimini kullanarak bu konuda oluşacak karışıklıkları önlemiştir. İlgili düzenlemenin bir madde öncesinde “Keşfe katlanma zorunluluğu” başlığı altında düzenlenen 291’nci maddede “...üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir.” hükmüne yer verilmesine karşın, 292’nci maddede ise bu kaçınmanın mümkün olmadığına yer verilerek ilgili konu tartışmaya kapanmıştır⁸⁵². Madde gerekçesinde, soybağı davalarının kamu düzenini yakından ilgilendirdiği, işin önemi de dikkate alınarak böyle bir zorunluluk ön görüldüğü ifade edilmesi nedeniyle, üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını kullanarak yükümlükten kaçınmalarının yolu kapatılmıştır. Kanaatimizce, HMK md.292 düzenlemesi ile kanun koyucu, bireysel özgürlüklerden çok, maddi gerçeğin tespit edilmesinin sağlayacağı menfaati üstün görmüştür⁸⁵³.

TMK’ya göre daha yeni bir Kanun olan HMK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, TMK’nın 284’ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme daha da genişlemiş ve TMK md.284 zaman içerisinde işlerliğini kaybetmiştir⁸⁵⁴. Günümüzde HMK’nın 292’nci maddesinin uygulanması bakımından bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Soybağı davalarında taraf veyahut üçüncü kişilerden kan ve doku örneklerinin alınması kapsamında, Aile Mahkemeleri tarafından Cumhuriyet Başsavcılıklarına ya da Emniyet Müdürlüklerine gönderilmek üzere düzenlenen şablon müzekereler söz konusudur⁸⁵⁵. Hatta bu

⁸⁵¹ HMK md.292/2: “(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz.”

⁸⁵² Akar, s.91.

⁸⁵³ Aynı yönde Akbıyık ve Aydın, s.14.

⁸⁵⁴ Akar, s.95; “Yerel mahkemece, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK’nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK’ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK’nda soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir.” Yargıtay HGK., E. 2017/1927, K. 2018/1471, T. 18.10.2018 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

⁸⁵⁵ Soybağı davalarında meşruhatlı davetiyeler ve ihzar müzekerelerinin olduğunu belirten içtihat için bkz. “, talimat mahkemesine davalının tebligat yapılmasına rağmen gelmemesi üzerine zor kullanılarak müracaatının sağlanması ile elden takipli olarak (davalının kendisi) Ankara Numune Hastanesine müzekkere yazılarak gerekli örnekler alınmış ve

müzekkerelerde “randevu alınarak ya da alınmaksızın” ibareleri de kullanılmak suretiyle kişilerin mağduriyetine sebebiyet verilmektedir. Buna karşılık; “...*hakkında DNA analizi yapılabilmesi adına kendisinden kan veyahut doku örneği alınacak kişinin, mahkeme tarafından verilen iki haftalık süre içerisinde kaleme rızası ile başvurması gerektiği, buradaki usulü işlemlerin akabinde DNA testinin uygulanması için sağlık kuruluşuna rıza alınmak suretiyle gitmesi gerektiği, söz konusu davete haksız olarak uyulmadığı takdirde ilgili incelemenin HMK'nın 292'nci maddesi kapsamında zor kullanılarak yapılacağı...*” şeklinde meşruhatlı davetiyenin de bulunduğu tıbbi araştırma ve inceleme konulu müzekkereler mevcuttur⁸⁵⁶.

Soybağı yargılamalarda mahkemenin, DNA incelemesinin yapılacağı kişiye; “...*Soybağı uyuşmazlığının neticelenmesi kapsamında bizzat zorunlu olması nedeniyle, sağlığınız bakımından herhangi bir tehlike yaratmamak koşuluyla vücudunuzdan kan veyahut doku örneği alınmasına katlanmanız gerekmektedir. Bu doğrultuda inceleme yapılabilmesi için Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünden yukarıda belirtilen tarihte randevu alınmıştır. İncelemenin yapılabilmesi için ödemeniz gereken masraflar yukarıda yazılıdır. Bu nedenle belirtilen tarih ve zamanda rızanız dahilinde mahkeme kalemine müracaat etmeniz gerekmektedir. Bu davete uymayıp, Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünden alınan inceleme randevusuna haklı bir sebep belirtmeksizin gelmemeniz halinde, HMK'nın 292'nci maddesine istinaden işlem yapılarak, ilgili incelemenin zor kullanılmak suretiyle yapılmasına karar verileceği hususu bilginize rica olunur...*” şeklinde meşruhatlı davetiye göndererek, kişinin öncelikli olarak tıbbi araştırma ve incelemeler ile bu incelemelere rıza göstermemesi halinde oluşacak sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁸⁵⁷

yine davalı tarafından numuneler talimat mahkemesine teslim edilmiş...” Yargıtay 8. HD., E. 2017/3038, K. 2017/8880, T. 13.06.2017 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

⁸⁵⁶ Akar, s.96.

⁸⁵⁷ Akar, s.99; “HMK md.292/1 uyarınca işlem tesis edilmesinden bahsedilmişse de, bozma ilâmına uygun olarak zor kullanılmak suretiyle davalının kan örneğinin alınması için Bodrum Aile Mahkemesine talimat, ayrıca Maltepe İlçe Emniyet Müdürlüğüne müzekkere yazıldığı, ne var ki davalıya ulaşamadığı, davalının kendisini vekil ile temsil

Soybağı yargılamasının tarafı olanlara ya da üçüncü kişilere gönderilen bu meşruhatlı davetiyeye uyulduğu takdirde, 25539 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 19’uncu maddesine göre işlem yapılacaktır⁸⁵⁸. İlgili maddede, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesince incelenmek üzere sevk edilecek biyolojik materyallerin hangi koşullar altında toplanacağı ve gönderileceği ayrıntılı kalemler halinde belirtilmiştir. 28178 sayılı Yönetmelik ile anılan Yönetmeliğin 19’uncu maddesinin birinci fıkrasının (41) numaralı bendinin (a) alt bendi, “*Mahkeme ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından neşep tayini için gönderilen şahısların, son altı ay içinde çekilmiş ve mahkeme veya Cumhuriyet savcılıklarınca onaylanıp usulüne uygun zarflanmış ikişer adet vesikalık fotoğraflarını getirerek nüfus cüzdanlarıyla birlikte mesai gün ve saatlerinde başvurmaları...*”, şeklinde değiştirilmiştir⁸⁵⁹.

Yine uygulama bakımından anılan Yönetmeliğin 19’uncu maddesinin birinci fıkrasının 41 numaralı (b) alt bendinde özet olarak; soybağının tespitine yönelik inceleme yapılacak olan kişilerin, doğrudan kuruma sevk edilememesi halinde; en az beş ml kapaklı, antikoagülan madde içeren tüplere kan numunelerinin alınması, tüpün pıhtılaşmayı önlemek için karıştırılması, dik olarak taşınmasını sağlamak için sabitleyici içine konularak en kısa sürede, nakliyecisi ile birlikte soğuk taşıma sistemine uygun olarak, buz paketi olan termos içerisinde Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine gönderilmesi, belirtilen bu şartların yerine getirilmemesi halinde; emici olan pamuklu beyaz bir bez üzerine sekiz ila on damla arasında kam damlatılarak, meydana getirilen lekenin 25 derece oda sıcaklığında, doğrudan güneş ışınlarından uzak, temiz, tozsuz bir ortamda doğal haliyle kurutulup beyaz kağıda

ettirmesine rağmen kötü niyetli olarak kan vermekten kaçındığı, açılan davayı sürüncemede bırakmayı amaçladığı,” Yargıtay HGK., E. 2022/(18)8-2-33, K. 2023/377, T. 26.04.2023 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

⁸⁵⁸ İlgili düzenleme için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=7076&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

⁸⁵⁹ Bu tarihten önceki düzenlemede ise, mahkemeler ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından soybağı tespiti adına gönderilen kişilerin sol kollarının mühürlü olması, yanlarında nüfus cüzdanlarını ve mahkemeler ile Cumhuriyet savcılıkları tarafından onaylı ve son altı ay içinde çekilmiş ikişer adet vesikalık fotoğraflarını getirerek mesai gün ve saatlerinde başvurması hususları düzenlenmiştir. Buna mukabil 19.01.2012 tarihli yeni düzenlemede, usulüne uygun olarak zarflanmış vesikalık fotoğraflar ibaresi eklenip sol kolların mühürlü olması hususu ise kaldırılmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/01/20120119-5.htm>

sarılmasının akabinde zarflanıp, ek olarak etiket bilgileri de yazılarak Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine gönderilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Mevzuattaki bu ayrıntılı düzenlemeler doğrultusunda, soybağının incelenmesi bakımından kendi rızası ile gelen kişinin son altı ay içerisinde, mahkeme ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından onaylanıp usulüne uygun olarak zarflanmış ikişer adet vesikalık fotoğrafları ile birlikte, daha öncesinde alınan randevu tarihinde Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüklerine başvurmuş olmaları yasal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna ek olarak inceleme yapılacak olan kişilerin bizzat gelerek numune verememesi durumunda, aynı maddenin 41 numaralı (b) alt bendinde belirtilen şekilde örnekler alınıp Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine gönderilecektir.

Bu iki yola rağmen DNA incelemesi kapsamında kan ya da doku örneği alınacak kişinin, usulüne uygun şekilde kendisine tebliğ edilen meşruhatlı davetiyeye uymayıp, haksız olarak örnek vermemesi halinde, Aile Mahkemesi tarafından Emniyet Genel Müdürlüğüne hitaben yazılan müzekkerede *“Mevcut uyumsuzluğun neticelenmesi bakımından zorunlu, bilimsel ve teknik verilerek uygun olması ve sağlığı yönünden herhangi bir tehlikeye sebebiyet vermemesine rağmen, soybağının tespiti ve buna dayanarak DNA analizi yapılması amacıyla vücudundan kan veyahut doku örneği alınmasına herhangi bir haklı neden bulunmaksızın rıza göstermeyen ve aşağıda açık kimlik ve adres bilgileri yazılı bulunan kişi hakkında, soybağının tespit edilebilmesine yönelik kan ya da doku örneği alınması bakımından HMK'nın 292'nci maddesi gereğince zor kullanılarak Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmekle birlikte, ilgili kişi hakkında orantılı güç kullanılarak anılan yere kolluk marifetiyle gönderilmesi rica olunur...”* şeklinde hususlara yer verilerek, ilgili kişiden örnek alınması sağlanmalıdır.⁸⁶⁰

Kanaatimize göre; Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesinin bu alanda teknik uzmanlığa sahip olması, detaylı açıklamaların her zaman gerekli olmadığı anlamına gelebilir. Ancak, soybağı tespiti gibi ciddi ve hassas konularda kolluk kuvvetleriyle işbirliği yapılırken

⁸⁶⁰ Akar, s.101.

dikkatli olunması gerekmektedir. Özellikle kolluk kuvvetlerine gönderilen müzekkelerde, inceleme yapılacak kişinin açık kimlik ve adres bilgilerinin yanı sıra, kişinin, incelemeye rıza göstermemesi durumunda ölçülü bir şekilde zor kullanılmasının gerekliliği konusunda açık talimatlar verilmesi önem taşır.

D. İncelemenin Zor Kullanılarak Yapılması Düzenlemesinin Kişilik Haklarına Aykırılık Teşkil Edip Etmediği Sorunu

HMK'nın 292'nci maddesinde belirtilen “zor kullanılarak yapılması” ifadesi, doğrudan kişilik haklarını hedef aldığından, anılan düzenlemenin kişilik hakları çerçevesinde değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca HMK'nın 292'nci maddesi, ZPO md.372a ile benzer özellikler gösterdiğinden, bu başlık altındaki incelemede her iki düzenleme referans alınacaktır.

Kişilik hakkı Medeni Kanunda tanımlanmamış bir kavramdır⁸⁶¹. Doktrinde kişilik hakları, bir bireye, onun insan olması nedeniyle ve onun korunması amacıyla verilen haklar bütünü olarak kabul edilir⁸⁶². Buna göre kişilik hakları; kişinin, kişi olmak sebebiyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyetinin yanında, kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref, onur ve itibarı, sırları, adı ve diğer değerler üzerindeki hakların tamamını kapsamaktadır⁸⁶³. Bu haklar özellikleri nedeniyle kişiye sıkı surette bağlıdır⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Öztan, s.274; Yazara göre kişilik kavramını tanımlamada kesin sınırlar konulamamaktadır. Kavram belli bir kültüre ve belli bir dünya görüşüne bağlı olduğundan dolayı zaman içerisinde değişebilmektedir.; Helvacı ve Erlüle'ye göre; kişilik hakları, kişilerin yalnızca var olmaları sebebiyle kendilerine tanınan, vazgeçilemez şekilde sahip oldukları, hukuk sistemi tarafından korunan, sağlık, hayat, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet, isim, özel hayat vb. kişisel değerleri üzerindeki haklardır. Bkz. Helvacı ve Erlüle, s.88

⁸⁶² Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerinde egemen olan bir haktır. Bkz. Helvacı ve Erlüle, s.88; Öztan, s.274.

⁸⁶³ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.160.

⁸⁶⁴ Öztan, s.274; Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.162; “...Zira, hukukça korunan haklı bir çıkarın elde edilmesi için hareket edildiği sırada bir başkasının kişilik hakkı saldırıya uğramış ise, artık kişilik hakkı üzerindeki hukuki himaye, başkalarının hak ve özgürlüğü yararına ortadan kalkmalıdır. Hiç kuşku yok ki, hukuken korunan varlıklar olarak haysiyet, şeref ve hak arama özgürlüğü soyut kavramlar olarak ele alındığında birinin diğerine üstünlüğü yoktur.” Yargıtay HGK., E. 2017/1452, K. 2021/251, T. 11.03.2021 (UYAP İċtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.07.2023).

TMK'nın m.24'de, kişiliğin saldırılara karşı korunmasına ilişkin ilke belirtilmiştir. TMK'nın md.24/1'de; *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* denilmekle birlikte, TMK md.24/2'de ise; *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”* denilmek suretiyle kişilik haklarına yapılan müdahalenin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir⁸⁶⁵. Buna göre, TMK'nın 24'üncü maddesinde bulunan hukuka uygunluk sebepleri dört farklı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; zarar gören kişinin rızası, üstün nitelikte bir kamu yararının varlığı, üstün nitelikte bir özel yararın varlığı ve kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır⁸⁶⁶.

Kişinin, kişiliğine yönelen bir saldırının mutlak bir hakkı ihlal etmesi nedeniyle hukuka aykırılık gündeme gelecektir. Kişiliği korumaya yönelik hukuka aykırılıklar, doğası gereği hukuka uygun değildirler⁸⁶⁷. Fakat hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir sebebin varlığı durumunda, failin davranışı kişiliğe hukuka aykırı bir saldırı niteliğinde olmayacaktır. Bu durumlar TMK'nın 24/2 maddesinde açıkça sayılmıştır⁸⁶⁸.

Anayasada da kişilik haklarını koruyan düzenlemeler bulunmaktadır. 11, 12 ve 17'nci maddeler bu hakları korucuyu hükümler içermekle birlikte, 17'nci madde daha ön plandadır. Anayasanın 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında; *“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”* hükmüne yer verilmiştir⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ Türk Medeni Kanununda kişiliği korumaya yönelik üç genel düzenleme mevcuttur. Bunlardan biri, kişinin rızasıyla özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayıcı bir sözleşme yapmasına karşı korumaktadır; diğer iki düzenleme ise, kişilik değerlerinin ihlaline karşı (kişinin rızası olmaksızın) koruma sağlamaktadır. Bkz. Öztan, s.280.

⁸⁶⁶ Öztan, s.284; Bu düzenlemeler, 3344 sayılı Kanun ile EMK'nın 24'üncü maddesinde yapılan düzenleme ile neredeyse aynıdır. İsviçre Medeni Kanununun değiştirilen 28'nci maddesi de bu şekildedir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.206.

⁸⁶⁷ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.207.

⁸⁶⁸ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.207.

⁸⁶⁹ *“...Anayasa'da ve yasalarda kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır. Ancak bazı durumlarda hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine*

Hâkim, TMK'nın 24'üncü maddesi çerçevesinde, çatışan çıkarlar arasındaki sınırları belirlerken hukuk yoluyla adalete uygun bir sonuca varmak adına, öğreti ve uygulamada genel kabul görmüş kıstaslardan faydalanmalıdır. Bu genel kıstaslar ışığında, kişilik haklarına yapılan bir müdahalenin hukuka uygun kabul edilmesi için, özellikle üstün nitelikte özel yararın varlığına ilişkin durumlarda, kişinin hukuki olarak korunan meşru bir hakkı veya çıkarı olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, kişilik haklarına müdahale niteliği taşıyan ifadeler, başkalarının veya toplumun meşru çıkarlarını koruma amacı taşıyorsa ve bu amaca uygunsa, hukuka aykırı sayılmazlar. Bu bağlamda, yetkili mercilere yapılan başvuru ve talepler genellikle hukuka aykırı sayılmaz. Çünkü bu eylemler, hukuki olarak korunan meşru bir çıkarın elde edilmesi amacıyla gerçekleştirildiğinde, eğer bu süreçte başkasının kişilik hakkına müdahale edilmişse, bu kişilik hakkının korunması diğer hak ve özgürlükler lehine geri planda kalabilir. Şüphesiz, hukukun koruması altında olan değerler bakımından onur, saygınlık ve hak arama özgürlüğü gibi soyut kavramlar arasında hiyerarşik bir üstünlük yoktur⁸⁷⁰.

HMK md.292'yi lafzi bakımdan yorumladığımızda, tıbbi incelemenin yapılacağı kişinin, ilgili incelemeye haklı bir sebep olmaksızın karşı koyması yani direnmesi durumunda, hâkimin, doğrudan doğruya bu kişi hakkında zor kullanma kararı vererek kişiyi, bahse konu incelemeye, kolluk kuvvetlerinin de yardımı ile katlanmaya mecbur edebileceği anlamı çıkmaktadır⁸⁷¹. Kişinin, verilen bu inceleme kararına rıza göstermemesi halinde, hâkimin vereceği karar doğrultusunda fiziki zor kullanma ile ellerini, kollarını, ayaklarını

üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da Anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir. Onu hukuka aykırı bir eylemle suçlayabilir.” Yargıtay HGK., E. 2017/1452, K. 2021/251, T. 11.03.2021 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.07.2023).

⁸⁷⁰ Haluk Tandoğan, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, C.20, S.4, 1 – 36, s.4; “...Kişilik haklarına yapılan tecavüzün hukuka uygun olduğunu kabul edebilmek için, hukukça korunan üstün hak ve çıkarın var olması asla yeterli değildir; aynı zamanda bu hak ve çıkarın kötüye kullanılmamış olması da gerekir. Aksi halde Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanma söz konusu olmayacaktır.” Yargıtay HGK., E. 2017/1452, K. 2021/251, T. 11.03.2021 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 06.07.2023).

⁸⁷¹ Akbıyık ve Aydın, s.24.

veyahut ağızını bağlayarak kendisinden kan ve doku örneği almak, kişilik ihlallerine sebebiyet verebilecek potansiyelindedir.

TMK madde 284'e göre, rızanın kişilik hakkına yönelik müdahaleyi hükümsüz kılabilmesi için üç şartın yerine getirilmesi gereklidir⁸⁷². İlk olarak, müdahaleye tabi tutulan kişilik hakkı hakkında, söz konusu müdahale ile ilgili feragat etme iradesi açık bir şekilde beyan edilmelidir⁸⁷³. İkinci olarak, kişi tarafından verilen rıza beyanı, feragatın sonucunu öngörebilecek durumda olan bilinçli ve özgür bir irade ile ifade edilmelidir⁸⁷⁴. Üçüncü olarak ise, verilen rızanın ahlaka aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Özellikle TMK'nın 23/2 maddesinde belirtilen ilkenin, yani kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ya da onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı kuralının ön planda olması şarttır⁸⁷⁵.

Her ne kadar rıza açıklaması, müdahale bakımından hukuka aykırılığı kaldırıyor olsa da, rızanın kabul edilmediği durumlarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran diğer unsurlara bakılmalıdır. TMK md.24/2'de belirtilen hukuka uygunluk durumlarından birinin varlığı, rızanın alınması gerekliliğini ortadan kaldıracak ve esasında müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir⁸⁷⁶. HMK md.292 kapsamında, TMK md.284'e karşın herhangi bir rıza gösterme yükümlülüğünden bahsedilmemesi nedeniyle, bu madde bakımından kanunun verdiği yetki ve üstün özel yarar kavramları ön plandadır. Maddeye genel açıdan bakıldığında ise, net ve katı ifadeler kullanılması nedeniyle, daha çok kanunun verdiği yetki hali söz konusu olmaktadır⁸⁷⁷. HMK md.292'ye göre incelemeyi yapacak olan kişiler, kanunda açık surette

⁸⁷² Helvacı, s.105 vd.

⁸⁷³ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.209.

⁸⁷⁴ Bayraktar, s.138; Dural ve Ögüz, s.531.

⁸⁷⁵ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.209.

⁸⁷⁶ Eğer kişilik değerlerine yapılan bu müdahale, hukuka aykırılığı gideren sebeplerden birinin sınırları içerisinde gerçekleşmişse, bu müdahale hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.208.

⁸⁷⁷ Kamu makamlarının, kamu hukukundan kaynaklı yetkilerini kullanmaları, bu yetkinin bir kişiliğe tecavüzü oluşturması halinde dahi hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Bkz. Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.233.

verilmiş bir yetki gereğince bu incelemeyi zor kullanmak suretiyle uyguladıklarından ötürü, burada herhangi bir hukuki sorumluluktan bahsedilemeyecektir⁸⁷⁸.

Soybağı davaları kapsamında önemli olan hususlardan biri, bir kimsenin hangi soydan geldiğini bilme ve öğrenme hakkıdır. Nitekim Ülkemiz tarafından 14 Eylül 1990'da imzalanan Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin⁸⁷⁹ 7'nci maddesinin ilk fıkrasında çocuğun üstün yararından bahsedilmiştir⁸⁸⁰. Anılan sözleşme gereği, çocuğun genetik ana ve babasını bilme ve öğrenme hakkı, uluslararası hukuk kapsamına alınmıştır⁸⁸¹.

Soybağının tespitine yönelik davalar söz konusu olduğunda, hem kamu düzeni hem de üstün nitelikte özel yarar söz konusu olmaktadır. Bu kavramların varlığı, tıbbi incelemelere haksız olarak direnilğinde zor kullanma yetkisinin meşrulaştırır. Ancak bu bağlamda ölçülülük ilkesinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamak önemlidir. Yalnızca haksız yere tıbbi incelemeye direnmeye dayanarak, kamusal düzen ve üstün özel yarar gözetilmek suretiyle kişinin zorla incelemeye tabi tutulması, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik temel bir kişilik hakkı ihlaline yol açar. Bu tür bir ihlali engellemek adına, kişinin

⁸⁷⁸ Eğer kanundan doğan bu yetki anayasal sınırlara uygun şekilde tanınmamışsa, bireylerin vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleler sonucu devletin sorumluluğu söz konusu olabilir. Bu durum, devlete karşı tazminat talepleri ve insan hakları ihlalleri bağlamında değerlendirilebilir. HMK md. 292 ile tanınan yetkinin, anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle uyumlu olup olmadığının tespit edilmesi önemlidir. Bu nedenle, anılan düzenlemede tanınan yetkinin temelinde yatan hukuka uygunluk sebepleri dikkatlice incelenmelidir. Bkz. Akbıyık ve Aydın, s.24.

⁸⁷⁹ İlgili sözleşme için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

⁸⁸⁰ “(1)Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana–babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. (2)Taraflar Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.”

⁸⁸¹ AİHM'nin 7 Şubat 2002 tarihli Mikulic v. Croatia kararında, Hırvatistan Devleti tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Bu dava, evlilik dışı doğan bir çocuğun, biyolojik babası olduğunu iddia ettiği kişi aleyhine Hırvatistan'da açtığı babalık davasıyla ilgilidir. Davalı, DNA testi yapmayı reddetti ve bu nedenle davacı çocuğun iddiasını kanıtlayamaması üzerine dava yetkili mahkeme tarafından reddedildi. İç hukuk yolları tükenince, davacı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurdu. Mahkeme, çocuğun soybağı tespiti konusundaki menfaatini ve baba olduğu iddia edilen kişinin genetik teste tabi tutulmama hakkını değerlendirerek, çocuğun menfaatini daha ağır bastırıldı. Mahkeme, Hırvatistan'ın yasalarında baba olduğu iddia edilen kişiyi DNA örneği vermeye zorlayan veya DNA örneği vermediği takdirde babalığının kabul edileceğini belirten bir hüküm bulunmaması nedeniyle, Hırvatistan Devleti'nin davacı çocuğun özel yaşam hakkını ihlal ettiğine hükmetti. Karar metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-60035%22>; Akcan, s.914.

vücut bütünlüğünün korunması ile genetik anne ve babasını belirleme hakkı arasında dengeli bir yaklaşım benimsemek gerekmektedir⁸⁸².

HMK'nın 292. maddesi, ZPO'nun 372a maddesine kıyasla, araştırma ve inceleme kararı çerçevesinde, ilgili incelemenin zorla yapılabilmesi için, ne inceleme kararına haksız yere direnmenin tekrarlanması şartı aranmakta, ne de incelemeyle ilgili olarak tanıklıktan çekilmeye yönelik hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir. HMK'daki bu farklılıklar bakımından ilgili hükmü, Anayasada yer alan kişilik hakkı ve ölçülülük kriteri çerçevesinde değerlendirdiğimizde, en azından mukayeseli hukuka göre düzeltilmesi gereken hususlar olduğu kanaatine varmaktayız⁸⁸³.

ZPO § 372a maddesi, menfaatler dengesini sağlama ve ölçülülük ilkesini gözetme açısından, maddi unsur ve hukuki sonuçlar bakımından önem taşır. Çünkü bu hüküm, haksız yere direnme durumunda doğrudan zor kullanımına izin vermez. ZPO § 372a, öncelikle hâkimin tanıklardan kaçınmaya ilişkin yaptırımlar uygulaması gerektiğini belirtir. Bu nedenle kişi öncelikle idari para cezası veya idari hapis cezası gibi zorlayıcı tedbirlerle incelemeye rıza göstermeye teşvik edilir⁸⁸⁴. Ayrıca, bu tedbirlerin uygulanabilmesi için,

⁸⁸² Akbıyık ve Aydın, s.26.

⁸⁸³ Aynı yönde bkz. Akbıyık ve Aydın, s.24; HMK md.292'de belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, davanın tarafları ve üçüncü kişiler açısından kan veyahut doku alınmasına rıza gösterme zorunluluğu doğacaktır. Şayet bu kişilerin rıza göstermemesi halinde, hâkim tarafından verilen ara karar gereği zor kullanıma gündeme gelecektir. Bu bakımdan ilgili düzenlemeye dayanılarak yapılan bu zor kullanıma, hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler açısından kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir. Örneğin, baba olduğu iddia edilen kişi hakkında somut delil olmaksızın, sadece soyut iddialarla, kan ve doku alınmasını içeren tıbbi araştırmaya hükmedilmesi ve bu kişinin zor kullanılarak bu işleme tabi tutulması durumunda, kişilik haklarına ciddi bir müdahale söz konusu olacaktır. Bkz. Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, Nisan 2014, s.800; Buna karşın Sonat'a göre; soybağının belirlenmesi amacıyla yapılan genetik analizde, kişinin vücudundan kan veya doku örneği alınmasına katlanması gerekmektedir. Eğer kişi, vücudundan biyolojik örnek alınmasına rıza göstermezse, HMK m. 292 kapsamında, hâkimin, kişinin rızası olmaksızın, zorla biyolojik örnek alınmasına karar verme yetkisi bulunmaktadır. Genetik inceleme dışında, bu yetki kapsamında davanın taraflarından veya üçüncü kişilerden kan veya doku alınması, hukuka uygun bir müdahale olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda, HMK m. 292 hükmünün, davanın tarafları ve üçüncü kişilerin rızasını zorunlu kılmadan örnek alınmasına imkan tanıdığı ölçüde, TMK m. 24/2 kapsamında kanunun tanıdığı yetkinin kullanılması söz konusu olacaktır. Bkz. Sonat, s.368.

⁸⁸⁴ Akbıyık ve Aydın, s.26.

direnmenin en az bir kez tekrarlanması gerekmektedir⁸⁸⁵. Eğer kişi buna rağmen direnmeye devam ederse, bu durumda hâkim doğrudan zor kullanma kararı verebilir. Tıbbi incelemeyi gerçekleştirmek için doğrudan zor kullanımına başvurulduğunda, ancak bu şartlar altında, kamusal düzen ve üstün özel yarar nedeniyle kişilik hakkının istisnai olarak ihlal edildiği kabul edilebilir⁸⁸⁶.

HMK'nın 292'nci maddesi çerçevesinde, ilk haksız durumda rıza göstermeme hâlinde hâkime doğrudan tanınan zor kullanma yetkisinin, Alman hukukuna karşılık kişilik hakkını ihlal edebilecek nitelikte olduğu görülse de, yürürlükteki mevzuatın alternatif bir düzenleme sunmaması, uygulamanın doğrudan kanun metnine dayanması, madde gerekçesinde soybağı davalarının kamu düzeni ile ilgili olduğunun açık şekilde belirtilmesi, kişinin soybağını öğrenme hakkının üstün nitelikte özel yarar içermesi, hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması şartlarını barındıran bu düzenlemelerin doğrudan TMK md.24'de yazılı olması ve özellikle çocuğun genetik kimliğinin tespitinin uluslararası hukuk metinlerinde düzenlenmesi nedeniyle, bu durumun iç hukukumuz çerçevesinde kişilik hakkı bağlamında hukuka aykırılığı gündeme getiriyor ise de, belirtmiş olduğumuz sebeplerden en az birinin varlığı durumunda dahi bahse konu müdahalelerin hukuka uygun olarak kabul edileceği kanaatindeyiz.

⁸⁸⁵ Reddetme halinin kabul edilebilmesi için en az bir kez yükümlü kişiye bildirimde bulunulması gerekmektedir. İki kez kendisine yapılan davete uymayan kişi, araştırmanın yapılmasını tekrarlanmış bir biçimde reddetmiş sayılır. Böylece üçüncü seferde incelemeye bir kimse zorla getirilebilir. Bkz. Dursun, s.119.

⁸⁸⁶ Dursun, s.120; Akbıyık ve Aydın, s.26; HMK m.292, mevcut haliyle kişilik hakkı ihlallerine yol açabilir. Özellikle tekrarlanma şartının olmaması, önemli bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir. Bu durum, davanın tarafları ve üçüncü kişilerin mahkemeye, ilk seferde adeta zorla getirilmesi ihtimalini beraberinde getirebilir. Üstün bir yararın korunması gerektiği durumlarda dahi, ölçülülük ilkesi göz ardı edilmemelidir. Ölçülülük ilkesinin zedelenmemesi adına, diğer şartlara ek olarak, hâkimin tekrarlanma şartını da gözeterek bu hükmü uygulaması gerekmektedir. Bkz. Dursun, s.120.

IV.TMK'NİN 284. MADDESİ İLE HMK'NİN 292. MADDESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ VE ÖNCELİK SORUNU

A. Genel olarak

Soybağı davaları bakımından geçerli olan HMK md.292 hükmü ile TMK md.284 hükmü arasında açık bir çelişki mevcuttur. HMK md.292 hükmü, belirli koşullar altında, hâkimin zor kullanarak tıbbi müdahale yapılmasına karar verebileceğini öngörürken; TMK md.284 hükmü ise, bu tür incelemelere rıza göstermeyen kişi aleyhine sonuçlar doğabileceğinin hâkim tarafından belirlenebileceğini belirtir⁸⁸⁷. Bu çelişki, hangi hükmün öncelikli olacağına yasal çerçevede belirlenmesiyle aşılabilecektir. Kanun koyucunun, hangi düzenlemenin uygulanacağına dair bu tür tartışmaların olmasına rağmen, her iki düzenleme arasında net bir tercih yapılmasını veya hangi hükmün yürürlükten kaldırılacağını belirtmemesi çelişkilere sebebiyet vermektedir.⁸⁸⁸Aşağıdaki bölümlerde, anılan düzenlemeler bakımından doktrinde savunulan görüşlere ve Yargıtay içtihatlarına yer vereceğiz⁸⁸⁹.

B. Doktrinde Savunulan Görüşler

Soybağı uyuşmazlıkları bakımından kişilerden tıbbi araştırma ve incelemelere esas olmak üzere biyolojik materyallerin alınması, beraberinde kişilik haklarına ihlali de getirecektir. Nitekim bu incelemeler kişilerin vücut bütünlüklerine müdahale teşkil etmeleri nedeniyle aslında bir kişilik hakkı ihlali oluşturmaktadır⁸⁹⁰. Dolayısıyla, bir kimsenin vücuduna yönelik yapılan bu tür bir işlemin, kişilik hakkının ihlali niteliği taşıması için, TMK md.24/2 gereği kişinin rızasının bulunması, kanunun bir emrinin mevcut olması, üstün

⁸⁸⁷ Dursun, s.120.

⁸⁸⁸ Özbilen-Biyolojik, s.114; Mevzuatımızda yer verilen ve benzer mahiyette konuları içeren bu iki düzenlemenin getirmiş olduğu usuller ve buna bağlı olarak ortaya çıkan neticeler birbirinden farklıdır. Bundan dolayıdır ki, ilgili düzenlemelerin çelişkili olarak ortaya konulduğu gündeme gelmiştir. Bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 419

⁸⁸⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm IV. B. C.

⁸⁹⁰ Serozan-Çocuk, s.154; Acabey, s.129; Aşık, s.182.

kamu yararı bulunması, üstün özel yararın bulunması veya bir zorunluluk halinin mevcut olması gerekir⁸⁹¹. Zaten hukuka aykırı yöntemler ile elde edilen kan veya doku örneklerinin dava bakımından delil değeri taşıması hukuken mümkün olmamakla birlikte, bu delillerin hükme esas alınması da söz konusu değildir⁸⁹². TMK'nın 24/2 maddesinde belirtilen sebeplerden birinin varlığı iddia ediliyor ise, iddia eden kişi bakımından ispat edilmesi gerekmektedir⁸⁹³.

HMK düzenlemesinin, TMK düzenlemesini ortadan kaldırmadığını savunan bir görüşe göre, HMK düzenlemesi kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup zorla soybağının tespitine yönelik inceleme yapılması insan onuruyla bağdaşmayan bir yöntemdir⁸⁹⁴. Bu müdahale, çocuğun üstün yararı gözetilerek gerçekleştiriliyor olsa bile, menfaat ile yaptırım arasında bir orantısızlık söz konusudur. Bu sebeple, HMK düzenlemesi hukuka aykırı olmakla birlikte, TMK düzenlemesinin uygulanmasına devam edilmesi gerekmektedir⁸⁹⁵.

Bir görüşe göre, hukuk sistemimizde var olan yapma veya yapmama yükümlülüklerinin, mahkeme kararı olsa dahi zorla yerine getirilemeyeceği, bu sebeple bir kişiden kan ve doku örnekleri alınması uygulamasının zorla yapılmasının hukukumuzda aykırı olduğu ifade edilmektedir⁸⁹⁶. Bu bakımdan, zorlayıcı hükümler içeren düzenlemenin insani değerlerle bağdaşmadığı, anılan düzenlemenin yabancı ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunmasının, kendi hukuk sistemimizde meşru kabul edilmesi için bir gerekçe teşkil etmediği belirtilmiştir⁸⁹⁷. Benzer nitelikte bir görüşe göre de, soybağı ile ilgili bir davanın açılması, kan ve doku örneklerinin zorla alınmasını gerektirecek bir durum olarak kabul

⁸⁹¹ Yıldırım ve Memiş, s.299;

⁸⁹² Serozan-Çocuk, s.155.

⁸⁹³ Oğuzman, Seliçi ve Özdemir, s.208.

⁸⁹⁴ Başara, s.231.

⁸⁹⁵ Serozan'a göre; TMK hükmü, kan ve doku örneği vermek istemeyen ilgilinin kişilik hakkının sınırlandırılması açısından ölçülülük ilkesi gereği doğru bir düzenlemedir. Bkz. Serozan-Çocuk, s.154; Karş. Acabey, s.132.

⁸⁹⁶ Umar-Şerh, s.839.

⁸⁹⁷ Umar'a göre; bu tür bir zorlamaya tabi tutulmak için, kişi hakkında gerçekliği kanıtlanmamış bir iddia temelinde dava açılmasının yeterli kabul edilmesi de problematiktir. Bkz. Umar-Şerh, s.839.

edilmemelidir⁸⁹⁸. Hâkimin, ilgili kişiden zorla kan ve doku örneği alınmasına karar verebilmesi için, davanın konusuyla ilgili olarak en azından ilk bakışta ispat düzeyinde kanıt veya belirtilerin bulunması gerekmektedir. Bu sayede, HMK'nın 292'nci maddesinin keyfi bir şekilde uygulanmasının önüne geçilir ve kişilerin vücut bütünlüğünün hukuka aykırı bir biçimde ihlal edilmesi engellenmiş olur⁸⁹⁹.

TMK düzenlemesinin hala geçerli olduğunu savunan görüşün bir başka argümanı, HMK ve TMK düzenlemelerinin farklı alanlara odaklandığı yönündedir. Bu görüşe göre, HMK düzenlemesi geniş çapta soybağı tespitine yönelik incelemeleri ele alırken, TMK düzenlemesi daha spesifik olarak baba ile çocuk arasındaki soybağı tespitine odaklanan bir hükümdür⁹⁰⁰. Bu düşüncenin temelini, TMK'nın 284'üncü maddesinde yer alan “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır” ifadesi oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, söz konusu ifade, kanun koyucunun, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, TMK'nın 284'üncü maddesini yürürlükten kaldırma niyeti olduğu yorumunu engellemektedir⁹⁰¹.

Soybağı davalarına ilişkin TMK'nın 284'üncü maddesi ile yapılan düzenlemenin, HUMK hükümlerine istisna getirecek iki amacı olduğunu belirtmek mümkündür. İlk olarak, TMK md.284/1, soybağına dair davalarda re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasını belirtir. Ancak, medeni yargılamada genel olarak kabul edilen ilke, davanın taraflarının delilleri sunması esasına dayanır. Bu bağlamda, TMK, soybağı davalarda re'sen araştırma ilkesini

⁸⁹⁸ Soybağı reddetme davasında, davacı tarafın bilimsel testlerden faydalanabilmesi için en azından davalı tarafın sadakatsizliğini kanıtlaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Serozan-Çocuk, s.179; Dural, Ögüz ve Gümüş'e göre; soybağının reddi davasında davacının “çocuğun kendisinden olmadığına dair ciddi şüphe uyandıracak somut delilleri sunması” gerekmektedir. Bu bağlamda, hâkimin ilgili kişiden zorla kan ve doku örneği alınmasına hükmedebilmesi için, dava konusunda en azından prima facie (ilk görünüşte) delil veya belirtilerin bulunması zorunludur. Böylece, HMK'nın 292'nci maddesinin keyfi uygulanması ve kişilerin vücut bütünlüğünün hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi engellenmiş olacaktır. Bkz. Dural, Ögüz ve Gümüş, s.274; Aynı yönde bkz. Acabey, s.130.

⁸⁹⁹ Konuralp, s.1622.

⁹⁰⁰ Başara, s.231.

⁹⁰¹ Bu görüşe göre, TMK sadece çocuk ile baba arasındaki soybağına ilişkin davalarda uygulanabilir ve bu nedenle kapsamı, HMK düzenlemesine kıyasla daha sınırlı bir düzenleme taşımaktadır. Badur, s.265.

özel olarak benimsemeyi hedeflemiştir⁹⁰². İkinci olarak, TMK md.284/2, dava taraflarına, soybağına dair davalarda kan ve doku örnekleri verme yükümlülüğü getirir ve bu yükümlülüğe uymamanın birtakım sonuçlar doğuracağını belirtir. HUMK kapsamında bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmadığından, TMK bu konuda özel bir kural koymuştur⁹⁰³. Bu nedenle, TMK md.284’de yer alan “*Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla*” ifadesi, HUMK tarafından aksi belirtilen veya hiç düzenlenmeyen hususlara ilişkin özel bir istisna getirmeyi amaçlar. Ancak, HMK'nın 292. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte, TMK'nın 284. maddesinin ikinci fıkrasıyla ilgili olarak bu tür bir durumun artık geçerli olmadığı söylenebilir⁹⁰⁴.

Doktrinde, HMK düzenlemesinin Anayasaya aykırı olduğu, bu düzenlemenin zorla kan ve doku örneği alınmasını kanunen belirlediği için, kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edileceği de ifade edilmektedir⁹⁰⁵. Buna göre, bu tür bir düzenleme Anayasanın 17’nci maddesi ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, bahse konu müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı tespit edilmelidir. Kişilik hakkının bir yönü olan vücut bütünlüğü Anayasal bakımından koruma altına alınmış olup md.17/2’de belirtilmiştir. Bu bağlamda Anayasa, yalnızca kanunda belirtilen durumlarda kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilebileceğini belirtmektedir⁹⁰⁶. TMK'nın 24’üncü maddesi de, kanunun emri durumunda bu tür bir müdahalenin hukuka uygun olabileceğini kabul etmektedir. Bu durumda, HMK'nın getirdiği düzenleme, kişilik haklarına müdahale teşkil etmekle birlikte, bu müdahalelerdeki hukuka

⁹⁰² Özbilen-Rıza, s.115.

⁹⁰³ Ancak, kanun koyucu tarafından herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa bile, dava taraflarının keşfi kolaylaştırmak adına ellerinden geleni yapmaları, usuli bir yükümlülük olarak kabul edilir. Aynı şekilde, TMK'daki yükümlülüğe uyulmaması durumunda ortaya çıkan varsayım da, ispat sistemine aykırı olduğundan özel niteliktedir. Bkz. Özbilen-Rıza, s.115.

⁹⁰⁴ Konuralp, s.1623.

⁹⁰⁵ Yıldırım ve Memiş, s.299.

⁹⁰⁶ Almanya'da da benzer bir şekilde, kişilerin vücut dokunulmazlığı Alman Anayasası (Grundgesetz) ile korunmaktadır. Alman Usul Kanununun (aZPO) 372a maddesine göre; soybağının tespiti amacıyla zorla kan örneği alınabilmektedir. Bazı kaynaklar, bu hükmün, Alman Anayasası'nın kişinin vücut dokunulmazlığını koruyan ikinci maddesine aykırı olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Christian Rittner ve Natascha Rittner, “**Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung - Eine rechtliche Grauzone**”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 24, 2002, s. 1746 ve 1747. (Konuralp, s.1624 dp.72’den naklen).

aykırılık Anayasanın 17 ve TMK'nın 24'üncü maddeleri gereği ortadan kalkarak hukuka uygun hale gelecektir⁹⁰⁷.

Üstün nitelikte özel yarar ve kamu düzeni kavramları ile sıkı ilişki içerisinde olan kişinin kendi soybağını öğrenme hakkı da, Anayasa'nın 17'nci maddesi ile Çocuk Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesi kapsamında değerlendirilen ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir parçası olan haklar arasında önemli bir yer tutmaktadır⁹⁰⁸. Bu bağlamda, soybağını tespit etmek isteyen kişinin, bu süreçte kan ve doku örneği alınacak olan kişiye kıyasla korunması gereken daha üstün ve özel bir yararı bulunduğu ve bu özel yararın da kamu düzenini etkilediği kabul edilmektedir⁹⁰⁹.

HMK'nın 292'nci maddesi ile TMK'nın 284'üncü maddesi arasındaki ilişki konusunda doktrinde, bu iki düzenlemenin birbiriyle çeliştiği ve HMK'nın, TMK'nın bu konudaki düzenlemesini zımnen yürürlükten kaldırdığı yönünde birçok görüş bulunmaktadır⁹¹⁰. Her iki düzenleme açısından, HMK'nın 292'nci maddesinin, TMK'nın 284'üncü maddesini zımnen ilga ettiği yönündeki görüşe katıldığımız ifade etmek isteriz. Buna göre, bu iki düzenleme arasında açık bir çelişki bulunmakta ve sonradan yürürlüğe giren HMK, TMK'nın ilgili maddesini hukuken geçersiz kılmaktadır. Bu nedenle, soybağının tespitine yönelik davalarda kan ve doku örneği alınması konusunda, usul hükümlerini doğrudan düzenleyen ve maddi gerçeğe ulaşmayı hedefleyen HMK'nın 292'nci maddesinin uygulanması gerekmektedir. Bu durum, HMK'nın, TMK'ya kıyasla yeni bir kanun olması ve konuyu kapsamlı bir şekilde ele alması nedeniyle daha uygun bir yaklaşım olarak görülmektedir.

⁹⁰⁷ Konuralp, s.1624.

⁹⁰⁸ Akcan, s.914.

⁹⁰⁹ Acabey, s.130.

⁹¹⁰ Konuralp, s.1625; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, s.551; Uyumaz, s.191; Akar, s.106; Tüzüner, s.1158; Kırkbeşoğlu, s.220.

C. İki Düzenleme Arasındaki İlişkinin İctihatlar Bakımından Değerlendirilmesi

Her iki düzenleme arasında gündeme gelen çelişki hakkında, yüksek mahkemenin uzun zamandır birbirinden farklı kararları bulunmaktaydı. Kimi kararlarda maddi gerçeği kesin olarak tespit edebilmek adına HMK'nın uygulanması gerektiği vurgulanırken⁹¹¹, kimi kararlarda ise TMK'daki fiili karine olgusundan hareket edilerek aleyhe hüküm kurulabilme ihtimali vurgulanmıştır⁹¹². Yargıtayın, HMK'nın yürürlüğe girmiş olduğu tarihten sonra vermiş olduğu bazı kararlarda da, TMK'nın ilgili maddesine atıf yapılarak konunun çözülmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında; davalının, soybağının tespit edilebilmesini sağlamak amacıyla Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesine sevk edilmesi için, belirlenen gün ve saatte mahkeme huzurunda hazır bulunması gerektiği, şayet mazeretsiz olarak hazır bulunmadığı takdirde, yargılama neticesinde oluşacak hukuki durumu kabul etmiş sayılacağı, konuya ilişkin kendisine ihtarın yapıldığı fakat buna rağmen davalının mahkemeye başvurmadığının anlaşıldığı, TMK'nın 284'üncü maddesi kapsamında bu ihtarlı davetiyeye rağmen tıbbi araştırma ve incelemeden kaçınan davalının aleyhine babalık olgusunun ispat edilmiş sayıldığı, bu itibarla, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, davacının süre geçmesine rağmen tanık bildirmesi nedeniyle davanın reddine dair karar verilmesinin isabetsiz olduğu ve bu hususların bozmayı gerektirdiği belirtilmiştir⁹¹³. Her ne kadar karara konu soybağı

⁹¹¹ “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesi uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi...” Yargıtay 18. HD., E. 2014/499, K. 2014/3432, T. 27.02.2014 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

⁹¹² “Davalı Kahir'e Tebligat Yasasına uygun olarak Türk Medeni Kanununun 284/2. maddesinde öngörülen şekildeki davetiyeye tebliğ edilemediğine göre; Türk Medeni Kanununun 284. maddesinde öngörülen araştırmanın yapıldığından söz edilemez. Açıklanan yön dikkate alınmadan, eksik araştırma ile ret hükmü kurulması doğru olmamıştır.” Yargıtay 2. HD., E. 2012/2279, K. 2013/4344, T. 21.02.2013 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

⁹¹³ “TMK'nın 284/2. maddesi uyarınca yapılan ihtarlı davetiyeye rağmen tıbbi incelemeden kaçınan davalı aleyhine babalık olgusu ispat edilmiş sayılır. Açıklanan sebeple davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, davacının süresinden sonra tanık bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD., E. 2013/4904, K. 2013/8620, T. 28.03.2013 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

uyuşmazlığı, HMK'nın yürürlüğe girmiş olduğu tarihten önceki dönemde gündeme gelmiş ise de, ilgili uyuşmazlığın temeli, usulü hüküm ve uygulamayı doğrudan ilgilendirmektedir. Somut uyuşmazlık usul hukuku kurumuna ait olduğundan dolayı, usulü düzenlemeleri esas olarak içeren HMK'nın uygulanması kanaatimizce daha yerinde olacaktır⁹¹⁴. HMK'nın yürürlüğe konulması ile birlikte, soybağı uyuşmazlıklarında usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yönelik genel bir kural olan "derhal uygulanma ilkesi" gözetilerek, bahse konu sorunun çözümlenmesi de daha yerinde bir karar olurdu⁹¹⁵. Bu itibarla; Yargıtayın kararına konu olan olayda, kamu düzenini yakından ilgilendiren ve çocuğun üstün yararı gereği hangi soydan geldiğini öğrenme hakkı olduğu düşüncesi geçerli görünüyor ise de, bunun karineden ziyade maddi gerçeğin tespit edilmesini esas alan HMK md.292 gereği yapılması gerekirdi.⁹¹⁶ Nitekim soybağı davalarının üstün özel yarar ve kamu düzeni kavramlarını doğrudan etkilemesi nedeniyle, bu davalarda soybağının kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekirken, TMK md.284'e dayanılarak yalnızca aleyhe bir fiili karine teşkil etme, yani bir nevi varsayıma dayalı olarak kurulan hükmün pek tatmin edici sonuçlar

⁹¹⁴ Konuralp'e göre; Yargıtay'ın bu kararındaki yaklaşımı kabul etmek uygun değildir. Kararın konusu olan olay ve ilk derece mahkemesindeki dava ile verilen hüküm, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce olsa bile, bu düzenleme bir usul hukuku düzenlemesidir. Bu düzenlemenin HMK kapsamında olması veya TMK kapsamında olması, bu düzenlemenin bir usul hukuku müessesesi olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu bağlamda, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte hangi düzenlemenin uygulanacağı sorunu, usul hukuku kurallarının zaman açısından uygulanmasına ilişkin olan 'derhal uygulanır' ilkesi göz önünde bulundurularak çözümlenmelidir. Bkz. Konuralp, s.1631; Karş. Dural, Oğuz ve Gümüş, s.276; Konuralp'in ve bizim de katıldığımız görüşe göre, soybağı davaları bakımından, söz konusu kanun değişikliği de dikkate alındığında derhal uygulama prensibi gereği doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan HMK'nın 292'nci maddesi hükmüne göre işlem yapılmalıdır. Konu hakkındaki 26.04.2023 tarihli HGK kararı da görüşümüzü destekler niteliktedir. "*Somut olayda; Yerel Mahkemeye, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nın 284/2 nci maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verilmiş olduğu belirtildiği gibi direnme karar gerekçesinde HMK'nın 292/1 inci maddesinde getirilen düzenlemenin genel kanun niteliğinde olduğu ve bu genel kanunla TMK'nın 284/2 nci maddesinin yürürlükten kaldırılmış olduğundan söz edilemeyeceğine de değinilmiştir. Oysa, karara konu uyuşmazlık usul hukukuna ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenleme HMK kapsamında da olsa TMK kapsamında da olsa, bu durum düzenlemenin bir usul hukuku müessesesi olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu durumda HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte hangi düzenlemenin uygulama alanı bulacağı sorunu, usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yönelik genel kural olan derhal uygulanması prensibi dikkate alınarak çözümlenmelidir. Dolayısıyla söz konusu kanun değişikliği dikkate alındığında derhal uygulama prensibi gereği doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan HMK'nın 292'nci maddesi hükmüne göre kan ve doku örneği vermekten kaçınan davalı hakkında gerektiğinde yakalama, ihzar, gözlem altına alma da dâhil olmak üzere tüm zor kullanma tedbirlerinin uygulanması suretiyle ve de zor kullanma görevini ihmâl eden yetkililer hakkında suç duyurusunda bulunulması gerektiği de düşünülerek alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerektiği şüphesizdir.*" Yargıtay HGK., E. 2022/(18)8-2-33, K. 2023/377, T. 26.04.2023 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 07.07.2023).

⁹¹⁵ Konuralp, s.1631.

⁹¹⁶ Akbıyık ve Aydın, s.13; Tanrıver, s.78.

barındırmadığı kanaatindeyiz. Eğer anılan karar, babalık olgusunun ispatlandığı varsayımı üzerinden değil de, daha çok üstün nitelikteki özel yarar, kamu düzeni ve kanunun verdiği yetki kavramları doğrultusunda, kan veya doku örneklerini vermektan kaçınan kişiden, bu örneklerin zorla alınması gerektiği düşüncesiyle bozulmuş olsaydı, yapmış olduğumuz açıklamalara dayanarak daha uygun ve isabetli bir karar olurdu.

Soybağı uyuşmazlıkları kapsamında pek sık rastlanılmayan bu içtihat dışında, HMK'nın yürürlüğe girmesinin ardından md.292'nin, TMK md.284'ün yerini aldığını ve bu maddenin hiç uygulanmadığını ifade edebiliriz. Yargıtay Hukuk Dairelerinin sıklıkla yer verdiği soybağının tespitine ilişkin içtihatlarda⁹¹⁷, kişilerden kan ya da doku örneği alınmaksızın, fiili karineye dayalı olarak verilen kararlar, uyuşmazlığın eksik incelenmesi sebebiyle bozmaya konu olmuştur. Nitekim Yargıtayın 2014 yılında vermiş olduğu içtihadında özetle; evlilik dışı ilişki sonucunda A.P'nin doğduğu öne sürülerek mahkemece herhangi bir DNA testi yaptırılmayıp, tarafların beyanı ile davanın kabulüne dair karar verildiği, davanın, TMK'nın 301 vd. maddelerinde düzenlenen babalığın tespitine ilişkin olduğu, mahkeme tarafından, tarafların ileri sürmüş olduğu iddia ve savunmaların da dikkate alınarak babalık davası iddiasına ilişkin, çocuk, ana ve baba olduğu ileri sürülen kişilerin kan ve doku örneklerinin alınarak, bu örnekler kapsamında DNA analizi yaptırılıp, bunun sonucunda alınacak rapora göre karar verilmesi gerekirken, belirtilen yasal düzenlemelere

⁹¹⁷ “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292 nci maddenin birinci fıkrası, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak ve ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde hâkimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği hükmü bağlandığından; Mahkemece açıklanan kanun hükmü çerçevesinde, somut olaydaki annelik iddiası ile ilgili olarak DNA araştırması yaptırılıp, alınacak rapor da gözetilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği” Yargıtay 8. HD., E. 2017/13385, K. 2019/4907, T. 13.05.2019; Aynı doğrultuda bir diğer karar için bkz. “...Kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağının tespiti davalarında, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hâkim maddi olguları re'sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak DNA testi yaptırmak üzere davalı Murat Durmuş'a tekrar meşruhatlı davetiye çıkarılarak DNA testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verilerek, zor kullanılarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir.” 2. HD., E. 2022/8522, K. 2022/7918, T. 10.10.2022. (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

aykırı olarak eksik inceleme ile davanın kabulüne dair karar verilmesinin bozmayı gerektirdiği belirtilmiştir⁹¹⁸.

Yargıtay dairelerinin son zamanlarda vermiş olduğu kararlarda, herkesin, soybağının tespitine ilişkin uyuşmazlıklarda kan ve doku örneği alınmasına katlanmakla yükümlü olduğu, bu hususun Kanunda açık bir şekilde düzenlendiği belirtilmiş ve TMK md.284'deki "rıza göstermeme" durumu kabul edilmeyip HMK doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Yani TMK'daki rıza gösterilmediği durumlarda ilgili rızanın esas alınarak bunun yalnızca aleyhe karine teşkil etme durumundan ziyade, HMK'nın referans alınması suretiyle rıza beyanının herhangi bir öneminin olmadığı, taraflar ve üçüncü kişilerin soybağı davaları bakımından gündeme gelen tıbbi araştırma ve incelemelere katlanmakla yükümlü olduğu, ilgili yükümlülüğün herhangi bir istisna içermediği, rıza verip vermemenin, kişiyi, inceleme bakımından hariç tutmadığı, esasında tıbbi müdahale içeren uygulamalar kapsamında, kanundan kaynaklı olarak hukuka uygunluk sebepleri bulunmasına istinaden, kişilerin rıza açıklamasının tıbbi araştırma ve incelemeler bakımından bir etkisinin olmadığı, kamu düzeni, çocuğun üstün yararı, genetik kökenini bilme hakkı, üstün nitelikte özel ve kamusal yarar ile kanunun verdiği yetki çerçevesinde kişilerin bu araştırma ve incelemelere katlanmakla yükümlü olduğu ve bunun aksinin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte Yargıtay, ilgili testlerin kuşku götürmeyecek şekilde yapılmasını ve gerekirse kesin bir sonuç alınana kadar tekrarlanmasını bir gereklilik olarak ele almıştır. Soybağı davalarının kamu düzenini doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle bu testlerin yapılmaması veyahut eksik yapılması ise bozma konusu olmuştur. Buna göre Yargıtay'ın, soybağının tespiti davasında konunun önemine vurgu yaptığı kararında; "Babalık kavramı, irsiyet ve nesep bağlantısının şüphe götürmez ölçüde netleştiği durumda kabul edilebilir. Bu konuda, teknolojinin tüm olanaklarından faydalanmak

⁹¹⁸ "Mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak, babalık iddiası ile ilgili olarak çocuk P., anne S. ve baba olduğu iddia edilen A.'ya ait gerekli kan ve doku örneklerinin alınıp DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 18. HD., E. 2014/6038, K. 2014/13961, T. 13.10.2014 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

önemlidir. Dolayısıyla çeşitli uyum testlerinin yapılması gereklidir. Davacı, çocuk ve davalının kan grupları, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesinde değerlendirilmiş olsa bile bu yeterli değildir. Davacı, çocuk ve davalının Eritrosit Antijenleri (ABO, Rh (CDE, ede), MNSs. Duffy (Fya Fyb) Kidd (Jka, Jkb), Keli (Kk); Lökosit Antijenleri (HLA-A), (HLA-B), (HLA-C), (HLA-DR), (HLA-DO); Eritrosit Enzimleri (Adenozin Deaminaz, Esteraz D, Fosfoglucumutaz, Gliyoksalaz (1), Adenilat Kinaz, Glukoz 6 fosfat dehidrogenaz, Alanin Transaminaz, Eritrosit asidik fosfotaz (LAP); Serum Proteinleri (Haptoglobin, Hemaglobin ve Transferrin) testleri kesinlikle uygulanmalıdır. Eğer baba olduğu öne sürülen kişinin baba olma olasılığı %99.73'ten daha düşük bir oranda belirlenmişse, Karbonik Anhidraz (Ca II), Peptidaz A. Gm. levis'in araştırılması ve karşılaştırılması ile sonuca varılmalıdır. Ancak, aynı oranda bir sonuç elde edilemezse, DNA tiplemesi yapılma olanağı incelenmelidir ve davalının babalık olasılığı tamamen ortadan kalkana kadar delillerin birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Üniversitelerin tıp fakültelerinde, özellikle adli tıp ve medikal biyokimya ana bilim dallarında ve enstitülerinde belirtilen araştırmanın yapılabildiği saptandıktan sonra; davacı, çocuk ve davalı, bu kurumlara birlikte sevk edilmeli ve davacının iddiası araştırılmadan eksik bir incelemeyle karar verilmesi kabul edilemez.” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir⁹¹⁹.

Yargıtay dairelerinin vermiş olduğu içtihatları bir bütün halinde özetlemek gerekirse; özellikle soybağı uyuşmazlığının bulunduğu davaların kamu düzeninden olduğu, bu nitelikteki davalarda hâkimin, maddi gerçeği re’sen araştırıp serbestçe takdir etmesinin gerektiği, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması açısından, davanın taraflarına ek olarak üçüncü şahısların da, zorunlu olan durumlarda bilimsel ve teknolojik verilere uygun olmak ve bu kişilerin sağlıkları açısından tehlike arz eden bir duruma sebebiyet vermemek kaydıyla vücutlarından kan veyahut doku örneklerinin alınmasına katlanmakla yükümlü oldukları, soybağı davalarının kamu düzenini yakından ilgilendirmesi sebebiyle, bu kapsamda zorunluluk öngörüldüğü ve üçüncü kişilerin herhangi bir şekilde tanıklıktan çekinme

⁹¹⁹ Yargıtay 2. HD.,E. 1993/12172, K. 1994/307, T. 17.01.1994 (UYAP İchtihat Programı, Erişim Tarihi: 05.05.2022).

haklarının bulunduğunu ileri sürerek kendilerine yüklenen sorumluluktan kaçınma durumlarının olmadığı vurgulanmıştır⁹²⁰.

Bahsetmiş olduğumuz uygulamaların aksine, özellikle ilk derecedeki yargılamalarda, HMK'nın yerine TMK hükümlerinin uygulandığı görülmekte olup bu kapsamda bulunan kararlar sıklıkla Yargıtay hukuk dairelerinin hükmün bozulması konulu içtihatlarına konu olmaktadır. İlk derecedeki kimi yargılamalarda, kan ve doku örneği vermeye rıza göstermeyen kişiler hakkında herhangi bir zorlama kararı verilmeksizin, bu kişilerin öngörülen araştırma ve incelemelere rıza göstermedikleri durumda hâkimin, davadan beklenen neticeyi bu kişilerin aleyhine doğmuş sayabileceği görülmektedir. TMK'nın öncelikli olarak tercih edilmiş olduğu bu vb. yargılamalarda ise Yargıtay, doğrudan HMK'nın 292'inci maddesinin birinci fıkrasına atıf yaparak, soybağının tespit edilmesine yönelik, yapılması istenilen incelemeye haklı bir sebep bulunmaksızın iştirak etmeyen kişilere, ilgili incelemenin zor kullanılmak suretiyle uygulanması gerektiğine, soybağı davalarında TMK'daki karine durumunun uygulanmasının mümkün olmadığına, HMK'nın usulü hükümler düzenleyen kanun olması ve TMK'dan sonra yürürlüğe konulması açısından, sonraki düzenlemenin uygulanması gerektiğine, yine maddi gerçeğin tespit edilmesi bakımından HMK düzenlemesinin daha yararlı olduğuna ve TMK'daki fiili karine olgusunun eksik incelemeye sebebiyet verdiği vurgu yapılmıştır⁹²¹.

⁹²⁰ Soybağı davalarının kamu düzeni yönüne vurgu yapan içtihat için bkz. "Çocuk ile baba arasındaki soybağı bir temel hak olduğu gibi kamu düzeni ile de ilgilidir. Bu nedenle hâkim, soybağına ilişkin davalarda doğru sonucun elde edilmesi için tüm maddi olguları resen araştırmalı, bilimsel çalışmaların ulaştığı bütün olanaklardan yararlanmalıdır." Yargıtay HGK., E. 2017/8-1927, K. 2018/1471, T. 18.10.2018; Aynı yönde bkz. "Kamu düzeni ile yakından ilgili olan babalığın tespiti istemine ilişkin davalarda, Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesinde, uyumsuzluğun çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak ve ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde hâkimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği hükmü bağlanmıştır." 2. HD., E. 2022/9677, K. 2022/10355, T. 12.12.2022; Örnek içtihatlar için bkz.. 2. HD., E. 2022/338, K. 2022/953, T. 07.02.2022; 2. HD., E. 2021/5897, K. 2022/99, T. 17.01.2022; 2. HD., E. 2021/8477, K. 2021/9689, T. 16.12.2021; 8. HD., E. 2019/5511, K. 2021/4230, T. 24.05.2021; 8. HD., E. 2019/3656, K. 2019/7531, T. 16.09.2019; 8. HD., E. 2018/12446, K. 2019/6342, T. 24.06.2019; 8. HD., E. 2017/16239, K. 2019/5995, T. 17.06.2019 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

⁹²¹ "Dosyanın incelenmesinden; DNA testi yapılması için davalı H.A'nın bulunduğu adreslere usulüne uygun olarak tebligat çıkartıldığı halde, davalının çağrıya uymaması üzerine mahkemece davanın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesinde, bu zorunluluğa uyulmaması halinde hâkimin incelemenin zor

Yargıtay hukuk dairelerinin kararlarına ek olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2018 yılına ait kararında, TMK ve HMK'daki her iki düzenleme dikkate alınmış ve bu maddelerin birbiri ile çelişkili nitelikte olduğu, bu çelişkinin ise HMK'nın hem daha sonrasında yürürlüğe konulan kanun olması hem de TMK'dan ziyade özel niteliğe sahip kanun olmasından kaynaklı olarak, soybağı uyuşmazlıklarında geçerli olan tıbbi araştırma ve incelemeler doğrultusunda HMK'nın uygulanması kanaati ile giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. HGK'nın ilgili kararında özetle; uyuşmazlığın neticelenmesi bakımından, davanın esas taraflarına ek olarak üçüncü şahısların da, zorunlu olan durumlarda bilimsel ve teknik yöntemlere uygun olmak kaydıyla, vücutlarından soybağının tespit edilmesine esas olmak üzere kan veyahut doku örnekleri alınmasına katlanmak zorunda oldukları, uyuşmazlığın önemi dikkate alınmak suretiyle bu şekilde bir zorunluluğun kişiler açısından öngörüldüğü, üçüncü şahısların, HMK'nın 246 vd. maddelerine istinaden tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek kanunun vermiş olduğu bu yükümlülükten kaçınmalarının önünün kapatıldığı açıklanarak, bu nitelikte davalarda soybağının kesin olarak tespit edilebilmesi için kişilerin vücudundan kan ya da doku örneği alınmasına katlanmak zorunda oldukları vurgulanmıştır. Yine HGK'nın aynı kararında, yerel mahkeme tarafından herhangi bir tıbbi inceleme yaptırmaktan kaçınan davacı hakkında, TMK'nın 284'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, incelemeden beklenen neticenin, kendisinin aleyhine fiili bir karine kabul edilerek hüküm kurulduğu belirtilmiş ise de, açıklandığı gibi TMK'ya karşın sonraki kanun niteliğinde olan HMK'da, soybağı uyuşmazlıklarının tespiti adına yapılacak inceleme hakkında, TMK gibi genel bir kanunun aksine, daha özel bir düzenleme yapılmış ve bu nitelikteki davalarda, işin öneminden dolayı kan veyahut doku örneği alınmasına katlanmanın zorunluluğu, kamu düzenini yakinen ilgilendiren babalık iddiası doğrultusunda, maddi gerçeğin tespit edilebilmesi adına, sonraki özel nitelikte bir kanun olan HMK'nın

kullanılarak yapılmasına karar vereceği hükmü bağlandığından; mahkemece, açıklanan kanun hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken, eksik inceleme sonucu davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 8. HD., E. 2017/6623, K. 2018/2257, T. 15.02.2018 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

292'inci maddesinin uygulanarak, alınan rapor doğrultusunda karar verilmesi gerektiği açıklanmıştır⁹²².

Son olarak soybağı davaları bakımından, ceza mahkemelerinden elde edilen delillerin hukuk yargılamalarında kullanılma durumlarını da incelemek gerekirse; bu kapsamda birçok ilk derece mahkemesi kararı bulunmasına karşın, Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda, her ne kadar soybağı uyuşmazlıklarında, ceza mahkemelerinden alınan DNA örnekleri bulunmuş ise de bu verilerin hukuk davalarına esas olmayacağı açıklanmıştır. Bu itibarla, konuya ilişkin ilk derece mahkemesi kararında özetle; davalının, davacıya karşı işlediği çocuğun cinsel istismarı suçundan yargılanıp ceza aldığı, istismar neticesinde davacının hamile kalıp bir erkek çocuk doğurduğu, Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada DNA testinin yaptırıldığı, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesince düzenlenen raporda, Y.B.E'nin, davacı S.K'nin çocuğu olan M.G'nin %99.99 oranında babası olduğunun belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Biyoloji İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen rapora istinaden, davalı Y.B.E'nin, çocuk M.G'nin babası olduğunun kanıtlanması sebebiyle, davanın kabulü ile birlikte, davalı Y.B.E'nin, çocuk M.G'nin babası olduğunun tespitine ve aralarındaki

⁹²² “Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda, adına çıkarılan meşruhatlı davetiye ve ihzar müzekerelerine karşın DNA testi yaptırmak üzere müracaat etmeyen davalı hakkında Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 284/2. maddesi gereğince incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğduğunun kabul edilip edilemeyeceği, edilemeyeceğinin kabulü hâlinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 292. maddesi gereğince soybağının tespiti amacıyla davalıya DNA testi yaptırmak üzere meşruhatlı davetiye çıkarılarak gerekli kan veya doku örneğini vermesi, aksi takdirde zor kullanılarak bu incelemenin yapılacağı hususunun ihtar edilmesi, gelmediği veya gelip de kan veya doku örneği vermediği takdirde incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verilip DNA testi yapılmak suretiyle alınacak rapora göre bir karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. HMK'nun 292. madde gerekçesinde de; "...uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk hâlinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınma yolu da kapatılmıştır." denilerek, bu nitelikteki davalarda soybağının tespiti için vücuttan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Çocuk ile baba arasındaki soybağı bir temel hak olduğu gibi kamu düzeni ile de ilgilidir. Bu nedenle hâkim, soybağına ilişkin davalarda doğru sonucun elde edilmesi için tüm maddi olguları resen araştırmalı, bilimsel çalışmaların ulaştığı bütün olanaklardan yararlanmalıdır. Yerel mahkemeye, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nun 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK'ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK'da soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir. Hâl böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK'nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.” Yargıtay HGK., E. 2017/8-1927, K. 2018/1471, T. 18.10.2018 (UYAP İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

soybağının kurulmasına karar verildiği, daha sonrasında ilk derece mahkemesinin kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin kararına konu olduğu, Yargıtayın vermiş olduğu kararda özetle; kamu düzenini yakından ilgilendiren babalığın tespit edilmesine ilişkin davalarda, TMK'nın 284'üncü maddesinde düzenlenen şartlar saklı kalmak kaydıyla HMK'nın uygulandığı, HMK'nın 292'inci maddesinin birinci fıkrasında, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak ve bununla birlikte sağlık yönünden herhangi bir tehlike yaratmamak koşuluyla herkesin soybağının tespit edilmesine yönelik vücudundan kan ve doku örneği alınmasına katlanmakla yükümlü olduğu, haklı bir neden olmaksızın zorunluluğa uyulmadığı takdirde hâkimin, ilgili incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği, yargılamaya konu dosyada; ceza davası dosyasında bulunan raporun, hangi kişiler arasında düzenlendiğinin anlaşılmadığı, mahkeme tarafından anne, soybağı düzenlenecek olan çocuk ve baba olduğu iddia olunan davalının, aynı anda DNA örneği vermek için Adli Tıp Kurumuna sevk edilerek rapor alınması gerekirken, ceza dava dosyasında bulunan rapor ile hüküm kurulmasının doğru olmadığı, bu sebepler nedeniyle dosyanın bozmayı gerektirdiği belirtilmiştir⁹²³.

⁹²³ Yargıtay 2. HD., E. 2022/9677, K. 2022/10355, T. 12.12.2022; Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından alınan raporların da aile mahkemelerinde görülen soybağı uyuşmazlığına ilişkin davalarda kullanılamayacağını belirten örnek içtihat için bkz. 2. HD., E. 2022/9370, K. 2022/10147, T. 08.12.2022 (UYAP İctihat Programı, Erişim Tarihi: 03.05.2023).

SONUÇ

Soybağı davalarında geçerli olmak üzere kişilerden kan, tırnak, saç teli, yanak sürüntüsü, parmak izi vb. örneklerin alınması tıbbi müdahale çatısı altında değerlendirilmektedir. Tıbbi müdahale sadece koruma, teşhis ve tedavi ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda soybağının tespit edilmesine yönelik faaliyetleri de kapsamaktadır. Tıbbi müdahaleler açısından aranılan hukuka uygunluk sebepleri, aynı zamanda soybağı incelemeleri bakımından da göz önünde bulundurulacaktır.

Soybağının tespitine yönelik, her ne kadar günümüz tıp teknolojisi kullanılmak suretiyle çok kolay ve pratik bakımdan uygulamalar yapılıyor olsa da, bu müdahalelerin doğası gereği hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir gerçektir. Bu incelemeler, davanın tarafı veyahut üçüncü kişiler açısından kişilik haklarına müdahale oluşturduğundan dolayı, genel olarak hukuka aykırı kabul edilmektedir. Soybağının tespitine yönelik açıklanan rıza beyanı, amaçlanan kullanımına uygun şekilde değerlendirildiğinde, tıbbi müdahale sonucu kişilik hakları ihlal edilen bir bireyin, hukuki olarak geçerli bir rıza beyanı vermesi durumunda, hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmakla birlikte yapılan müdahale hukuka uygun nitelik kazanacaktır.

Beyan edilen rızanın, hukuka aykırılığı önleyici etki yaratabilmesi için geçerli bir şekilde açıklanmış olması gereklidir. Bu çerçevede, kişinin rızasının, tıbbi incelemenin olası sosyal ve hukuki etkileri hakkında hekim tarafından aydınlatıldıktan sonra ifade edilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte TMK md.23/3'ün, rızanın şekli konusunda genel bir düzenleme getirdiği iddiası kabul edilmemelidir. Çünkü hemen hemen tüm tıbbi müdahaleler biyolojik madde alımını, aşılama ya da nakil işlemlerini içerir. Tıbbi müdahalelerin bu özelliği nedeniyle, soybağı incelemeleri bakımından verilecek rızanın yazılı şekil şartına bağlanması gerektiği sonucu doğacaktır ki, bu durum pratik açıdan sorunlara yol açacaktır. Dolayısıyla, ister soybağının belirlenmesine yönelik müdahaleler olsun ister diğer tıbbi müdahaleler, söz konusu düzenlemenin uygulama kapsamının, insan kökenli biyolojik maddelerin başka bir kişiye nakil amacıyla alınması ile sınırlı olması gerektiği kanaatindeyiz.

Soybağının tespiti açısından müdahalenin yöneldiği kişiler ayırt etme gücüne sahip ise doğrudan rıza açıklama hakkına sahiptirler. Buna karşılık ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler, müdahalenin anlam ve önemini kavrayamayacaklarından dolayı, bu kişiler adına yasal temsilcilerinin rıza açıklamasında bulunması gerekecektir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından ise doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Soybağının tespitine yönelik tıbbi araştırma ve incelemelerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan, TMK'nın 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, sınırlı ehliyetsiz olan küçüğün, soybağının incelenmesi hususunda kendiliğinden rıza gösterme hak ve yetkisine sahip olması daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Sınırlı ehliyetsiz kişi ayırt etme gücüne sahipse, yaşının küçük olması ya da kısıtlı olması durumunda dahi, yasal temsilcisinin onun adına rıza açıklamasında bulunmasına izin verilmemelidir.

Soybağının tespitine yönelik TMK md.284 ve HMK md.292 gereği tıbbi araştırma ve inceleme şartları benzer niteliktedir. Bu şartlar: derdest bir soybağ davasının bulunması, gerçeğin tespit edilebilmesi açısından tıbbi incelemelerin kaçınılmaz olması, bilimsel yöntem ve güncel verilere uygun olması ve son olarak bu incelemelerin, davanın tarafları ve üçüncü kişilerin sağlıkları bakımından herhangi bir tehlike oluşturmamasıdır.

TMK md.284'de her ne kadar "rıza göstermekle yükümlüdür" ifadesi bulunuyor ise de, davalının rıza göstermeme alternatifini de mevcuttur. Davalının rıza göstermekten kaçınmasına bağlanan hukuki yaptırım, hâkimin takdirine bağlı olacak şekilde aleyhe bir fiili bir karinedir. Yükümlülüğün koşulları oluşmasına rağmen rıza göstermeyen tarafa herhangi bir zor kullanılamayacaktır. Kişilik haklarına yapılan müdahalelerin, kanunun verdiği yetkiye istinaden yapılmasının hukuka uygun sayıldığını ifade eden Anayasanın 17/2 ve TMK'nın 24/2 düzenlemeleri, TMK md.284 açısından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu kişilerin soybağının tespitine rıza göstermemeleri durumunda, kanunun verdiği yetki gereğince TMK'nın uygulanması durumu, yapılan müdahalelerin hukuka aykırı sayılmasını önleyemeyecektir. Bu bakımdan TMK düzenlemesinin, "kanunun verdiği yetki" hukuka

uygunluk şartını taşınamaması nedeniyle sakıncalı olduğu ve kişilik haklarına aykırılığı önleyemeyeceği kanaatindeyiz.

İsviçre Medeni Kanununun mülga 254'üncü maddesi, HMK'nın 292'nci maddesi ile aynı bakış açısına sahiptir. Her iki düzenlemede de soybağının tespiti kamu düzeni kapsamında değerlendirilmiş olup koşulların oluşması ile birlikte kişiler tıbbi araştırma ve incelemelere zorlanmaktadır. İnsan Geninin İncelenmesi Hakkındaki Kanun da mülga olunan düzenlemenin devamı niteliğindedir. Soybağının tespit edilmesi sürecinde karışıklığın giderilmesi, tıbbi inceleme yöntemlerinin uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Tıp biliminin, soybağının tespiti gibi teknik bir konuda kesine yakın verilen sunması, kişiler açısından incelemelerin zorunlu bir hal almasına sebebiyet vermiştir.

Soybağı davalarında kişilik haklarına yapılan müdahalelerin hukuka uygun sayılmasını sağlayan koşulların başında gelen rıza beyanı, ilgili müdahaleler bakımından mevcut değil ise o zaman diğer hukuka aykırılığı kaldıran sebeplere bakılacaktır ki bunlar, üstün nitelikte özel ve kamusal yarar ile kanunun verdiği yetkidir. Bu kavramlara ek olarak hem HMK hem de TMK'nın gerekçelerinde açıkça yer verildiği üzere kamu düzeni kavramı da önemli bir yere sahiptir. Kişinin genetik kökenini bilmesi hakkının, kendisine tanınan en tabii haklarından biri olması, soybağının doğru olmasının aile ve toplum hayatını yakından etkilemesi ve genel ahlak ve adabın korunmasının, bu kavramlar ile doğrudan ilgili olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun, soybağı davaları bakımından kamu düzeni kavramını esas aldığını ifade edebiliriz. Dolayısıyla soybağının tespiti açısından aranılan rızanın bulunmadığı durumlarda, diğer hukuka uygunluk koşullarının mevcut olup olmadığına bakılacaktır.

Soybağının tespiti bakımından her ne kadar HMK'nın 292'nci maddesi, kişilik haklarını ihlal etme potansiyeline sahip olsa da, madde metninde yazılı bulunan ve bahse konu olan bu zor kullanma yetkisinin, bizzat kanun tarafından açık bir şekilde düzenlenmiş olması, inceleme ile gündeme gelen menfaatin diğerlerine kıyasla daha üstün nitelikte olması, HMK'nın, TMK'dan sonra yürürlüğe girmesi ve adı gereği usulü hükümleri

düzenlemesi, düzenleme gereği tespit edilecek sonucun üstün nitelikte özel yarar ve kamu düzeni kavramlarını yakından ilgilendirmesi, TMK sonucu uygulanma ihtimali olan fiili karineden ziyade maddi gerçeğin kesine yakın şekilde ortaya çıkarılmasının hukuk sistematığına daha uygun olması, araştırma ve inceleme faaliyetlerinde zor kullanma kurumunun, kanunun verdiği yetki gereği hukuka uygunluk kapsamında bulunması, çocuğun kendi soybağını bilmesi ve aile bireylerinin de bu soybağından yararlanması haklarının, hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde açık bir şekilde belirtilmesi, kişilerden örnek alınmasının günümüz teknolojik imkanları bakımından herhangi bir tehlikeye sebep olmadan kolay ve pratik uygulamalar içermesi, doktrindeki çoğunluk görüşü ve Yargıtay uygulamasının HMK'ya atıfta bulunması, soybağının tespiti bakımından uzun zamandır HMK'nın 292'nci maddesinin referans alınması, TMK gereği ilgili kişilerin rıza beyanlarının olumlu veyahut olumsuz sonuca sebep olacak şekilde bir hüküm ifade etmesi nedeniyle, anılan hükmün ihtimale dayanmasına istinaden maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkma durumunun bulunmaması ile yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçeleri birlikte değerlendirdiğimizde, soybağı incelemelerinin TMK'dan ziyade HMK'nın gözetilmesi suretiyle yapılmasının daha faydalı olacağı ve TMK'daki "rıza gösterme yükümlülüğü" yerine, incelemelere haksız yere karşı koyulması durumunda zor kullanımının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. HMK'nın yürürlük tarihinden sonraki kararlarda, her ne kadar ilk başlarda çelişkili kararlar verilmiş ise de, daha sonraki Yargıtay içtihatlarında HMK düzenlemesinin uygulanmama hali sıklıkla bozma konusu yapılmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu iki düzenleme arasındaki çelişkinin, uygulamada tutarsızlığa ve çatışmaya yol açmaması adına, TMK'nın 284'üncü maddesinin kaldırılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Soybağı davaları bakımından HMK md.292'nin uygulanması, yukarıda açıklamış olduğumuz sebeplere istinaden gerekli ise de, bu durumun ölçülülük ilkesi ve kişilik haklarına müdahale kapsamında gündeme geleceği bir gerçektir. Ölçülülük ile kişilik haklarına müdahalenin sınırının aşılmasında Alman Medeni Usul Kanununun referans alınması daha yerinde olacaktır. Kişilerin vücut bütünlüğüne yapılan bu müdahalelerin uygulanması esnasında dengeli olunması, ölçülülük ilkesinin göz ardı edilmemesi ve kanun,

yönetmelik, yönerge gibi mevzuata tam olarak uyulması önem arz etmektedir. HMK'dan farklı olarak ZPO'da hâkimin, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere başvurması gerektiği düzenlenmiştir. Alman hukukunda, hakkında inceleme yapılacak olan kişi, HMK'daki uygulamadan farklı olarak bir takım zorlayıcı uygulamalara katlanmaya zorlanmaktadır. Bunlara örnek olarak idari para cezası, idari hapis cezası, zorlama hapsi gibi uygulamalar gösterilebilir. Bahsetmiş olduğumuz bu zorlayıcı uygulamaların gündeme gelebilmesi için hakkında inceleme yapılacak olan kişinin gerekçesiz olarak en az bir kez inceleme kararına karşı çıkması gerekmektedir. Bunlara rağmen kişi incelemeye ısrarla rıza göstermiyorsa o zaman bu direnimi kırmak adına zor kullanıma hükmedilebilecektir. Tıbbi inceleme bakımından son çare olarak zor kullanıma başvurulmasında, kamusal düzen, genetik kökenini öğrenme hakkı ve üstün özel yarar gereği kişilik hakkına yapılan bu müdahaleler hukuka uygun hale gelecektir. Alman hukukundaki bu gerekçesiz en az iki kez incelemeye karşı koyma ve inceleme öncesi zorlayıcı düzenlemeler; vücut bütünlüğü, insan onuru ve temel hak ve hürriyetler açısından son derece önem taşımaktadır. Yine tıbbi araştırma ve incelemelerin üçüncü kişiler bakımından geçerli olması durumu da, ZPO'daki düzenlemeden farklı şekilde uygulanmaktadır. Tıbbi araştırma ve inceleme yapılacak olan kişi, davanın tarafı konumunda olan kişi ise bu durumda usul kanunumuz, Alman hukukundakinin aksine hâkime, tanıklıktan çekinmeye ilişkin düzenlemelere kıyasen başvurma imkânı vermediği için, hâkim, HMK'nın 253'üncü maddesine göre yargılama yapamayacaktır. Kanun koyucu, HMK'nın 292'nci maddesi gereği hâkime, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulama imkânı verse idi o zaman hâkim, ilgili kişi tıbbi araştırma ve incelemeye haksız olarak direndiği durumda, HMK'nın 253'üncü maddesi gereğince idari para cezası, yargılama masrafları, tazyik hapsi gibi yaptırımları uygulama hakkına sahip olacaktı. Bu yaptırımlara rağmen hakkında inceleme yapılacak olan kişi ısrar gösterdiği vakit hâkim, bu kişi hakkında tıbbi araştırma ve incelemelerin yapılabilmesi adına zorla getirme kararına hükmedebilecekti. Kanaatimizce usul kanunumuzda da Alman hukukundakine benzer bir düzenleme olması, ölçülülük ilkesi adına daha sağlıklı olurdu.

KAYNAKÇA

- Acabey, Mehmet Beşir;** Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Adıgüzel, Sibel;** Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ekim 2014, C.5, S.19, 735-764.
- Akalın, Tuğba;** Babalık Davası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.
- Akar, Kemal;** Soybağı Tespiti, 1.Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Akbıyık, Cem / Aydın, Gülşah Sinem;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C.13, S.1, 7-31.
- Akcan, Recep;** Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Akın, Adnan;** Babalık Davası, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş;** Türk Medeni Hukuku - Aile Hukuku – 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Uyarlanmış, 28. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2014.
- Akıntürk, Turgut;** Medeni Hukuk, Genişletilmiş 13. Basım, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2008.
- Akıntürk, Turgut;** Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, Yenilenmiş 2. Basım, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006.

- Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Karaman, Derya Ateş;** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C.1, 11. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2014.
- Aksaray, Buse;** Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu, Sağlık Hukuku Makaleleri II, *İstanbul Barosu Yayınları*, 2012, 153-166.
- Akyıldız, Sunay;** Kısırlaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2010.
- Akyüz, Emine;** Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Genişletilmiş 2. Basım, Ankara: Pegem Yayıncılık, 2018.
- Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Yıldırım, Nevhis Deren;** Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Basım, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Apiş, Özge;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, C.18, S.1, 267-296.
- Arpacı, Abdülkadir;** Kişiler Hukuku, 2.Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000.
- Atak, İsmail;** Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları, *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, 2020, S.19, 19-26.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin;** Medenî Usûl Hukuku, 2. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Atay, Aytekin;** Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 1995.
- Atıcı, Ebru Sevindik;** Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Adana, Çukurova Üniversitesi SBE, 2006.
- Aydın, Melike Belkıs;** Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Nisan 2013.

- Aydın, Seda Gayretli;** Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, C.18, S.136, 263-292.
- Ayvaz, Sema Taşpınar;** Hukuk Muhakemeleri Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Badur, Emel;** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Bağlar, Yunus Emre;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, S.45, 121-154.
- Başara, Turan;** Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*, 2017, S.131, 211-238.
- Başpınar, Veysel;** Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konudaki Bazı Önerilerimiz, *AÜHFD*, 2003, C.52, S.3, 0-0.
- Baygın, Cem;** Kan Bağına Dayanan Soybağı, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, C.6, S.1-4, 255-284.
- Baygın, Cem;** Soybağı Hukuku, İstanbul: On İli Levha Yayıncılık, 2010.
- Bayraktar, Köksal;** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972.
- Bayram, Nihal Temizsoy;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İnceleme ve Elde Edilen Verilerin Delil Olarak Kullanılması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.
- Berki, Şakir;** Medeni Kanunda Nesep Hısımlığı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1956, C.13, S.3-4, (19.09.2011).
- Berki, Şakir;** Türk Medenî Kanununda Çeşitli Hısımlıklar Arasındaki Farklar, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S.1, 1969, 0 – 0.

- Braun, Cihan Avcı;** Nüfus Kaydının Düzeltilmesi Davası mı, Soybağının Kurulmasına İtiraz Davası mı?, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.18, S.2, 843-859.
- Büyükay, Yusuf;** İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun, *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Kasım 2012, S.129, 1-14.
- Büyükay, Yusuf;** Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, *AÜEHFD*, C.9, S. 3-4, 355-382.
- Caner, Vildan / Çarlı, Tayfun;** Polimeraz Zincir Reaksiyonu (Pcr) ve Bazı Tavuk İnfeksiyonlarındaki Yeri, *Uludağ Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 20, S. 1-2, 137 – 145.
- Cankurt, Ezgi;** Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012.
- Çakal, Ayça;** Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Çakmut, Özlem Yenerer;** Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, 1. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2008.
- Çakmut, Özlem Yenerer;** Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003.
- Çetiner, Selma Baktır;** Aile Mahkemeleri, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Çilingiroğlu, Cüneyt;** Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Doğan, Çağatay;** Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Aydınlatılması ve Rıza Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Dönmez, Zeynep;** Kökenin Tespiti Talebinin Temel Haklarla İlişkisine Yönelik Bir Değerlendirme, *TAAD*, Ekim 2018, S.36, 171 – 195.

- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper;** Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan;** Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2002.
- Dural, Mustafa / Sarı, Suat;** Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.
- Duran, Hümevra;** Babalık Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Dursun, Sanem Aksoy;** Soybağının Belirlenmesi Bakımından TMK md.284 ve HMK md.292'nin Değerlendirilmesi, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2012, C.8, S.95, 109-124.
- Er, Cüneyt;** Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı - Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Kimlik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Erdoğan, Ersin / Üçüncü, S. Hilal;** Bilirkişilik Kurumu Ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunla, *HFFD*, Haziran 2020, C.10, S.1, 354-387.
- Erdoğan, İhsan;** Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1998, C.2, S.2, 0-0.
- Erdoğan, Belgin;** Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözler, 3. Basım: İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Eren, Fikret;** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Basım, İstanbul: Beta Yayınevi, 2010.
- Erlüle, Fulya;** Babalık Karinesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

- Erten, Rifat / Acır, Birsen / Taşveren, Sema;** Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *AÜHFD*, 1996, C.45, S.1-4, 573-588.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin / Özakman, Cumhuriyet / Sarıal, Enis;** Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986.
- Gençcan, Ömer Uğur;** Soybağının Kurulması Reddi-Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2002.
- Görmez, Emre Giray;** Babalık Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Gül, İbrahim;** Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, S.2, 533-552.
- Güldiken, Fatma Özge;** Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Günel, İlhan;** Tıbbi Müdahaleye Rıza, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Gültepe, Hilal;** Soybağı Tayininde Genetik İnceleme, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2003, C.78, S.2, 497-506.
- Gürbüz, Meral;** Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2005, S.7, 55-56.
- Gürbüz, Meral;** Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler, Doktora Tezi, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010.
- Gürsoy, Serhan / Bulut, Harun;** Aile Mahkemeleri Uygulaması, 1. Basım, İstanbul: Legal Kitabevi, 2004.
- Hakeri, Hakan;** Tıp Hukuku, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Hancı, İsmail Hamit;** Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi: Ankara, 2005.

- Hatemi, Hüseyin / Oğuztürk, Burcu Kalkan;** Aile Hukuku, 2. Basım, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Hatemi, Hüseyin;** Aile Hukuku, 9. Basım, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Hatemi, Hüseyin;** Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1992.
- Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya;** Medeni Hukuka Giriş – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, 5. Basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.
- Helvacı, Serap;** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- İpekçioğlu Pervin Aksoy;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2021, C.70, S.19, 19-38.
- Kahraman, Zafer;** Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, C.7, S.1, 479-510.
- Karagülmez, Ali / Ural, Sami Sezai;** Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Basım, Ankara: Seçin Yayınevi, 2003.
- Kaşıkçı Osman;** İnsan Genom Projesi'nin Etik Açısından Değerlendirilmesi, Sağlık Hukuku Sempozyumu, (Yayına Hazırlayanlar: Cem Baygın, Metin Uçar, Yusuf Büyükkay), Erzincan 15-16 Mayıs 2006.
- Kaya, Cengiz;** Türk Hukuku'nda Evlat Edinme, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.
- Kıcalıoğlu, Mustafa;** Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Kılıçoğlu, Ahmet Mithat;** Aile Hukuku, 5. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet;** Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuki Yönleri, *TBB*, 1991, S.2, 246-265.

- Kırkbeşoğlu, Nagehan;** Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdulkadir;** Borçlar Hukukuna Giriş, C. I, 4. Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Koçias, Yani;** DNA Düzeyinde Soybağı Belirtimi Yapılan Laboratuvarlarda Uluslararası Kalite Güvencesi, Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2008.
- Konuralp, Haluk;** Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009.
- Koru, Onur;** Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.12, S.2, 491-500.
- Köseoğlu, Bilal / Kocaağa, Köksal;** Aile Hukuku ve Uygulaması, 2. Basım, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2011.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder;** Medeni Usul Hukuku, 24. Basım, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.
- Kutoğlu, Tuğba;** Türk Mevzuatında ve İctihatlarında Babalık Hükmü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz 2010, C.12, S.0, 945-984.
- Nomer, Halûk Nami;** Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, 2000, C.1, S.1, 545-594.
- Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami;** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 16. Basım, İstanbul 2010.
- Oğuzman, Kemal / Dural, Mustafa;** Aile Hukuku, 1.Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 13. Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir, Saibe Oktay;** Kişiler Hukuku, 16.Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

- Oğuztürk, Burcu Kalkan;** Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Okumuş, Nagehan;** Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Oral, Tuğçe;** Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümlülüğü, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S.2, 186–209.
- Ölmez, Sevim;** Babalığın Tayini (Kan Grubu ve Faktörleri), *Adalet Dergisi*, Ağustos-Eylül 1972, C.63, S.8-9, 589-595.
- Özbay, İbrahim / Nar, Şerife Aksan;** Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımının İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C.14, S.3-4, 187-226.
- Özbilen, Arif Barış;** İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Özbilen, Arif Barış;** Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Güz 2013, S.24, 99-124.
- Özdemir, Hayrunisa / Ruhi, Ahmet Cemal;** Çocuk Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Özdemir, Hayrunnisa;** Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.12, S.3-4, 347-379.
- Özel, Çağlar;** Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 2007, C.10, S.1, 49-73.
- Özen, Cahit;** Babalık Araştırmaları, *Ceza ve Kriminoloji Dergisi*, 1978, C.1, S.1, 65-71.

- Özgül, Mehmet Emin;** Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Özkan, Ceren;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- Özmumcu, Seda;** Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C.4, S.2, 145-171.
- Özpinar, Berna;** Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, *Ankara Barosu Dergisi*, 2008, C.3, S.66, 90-103.
- Öztan, Bilge;** Medeni Hukukun Temel Kavramları, 41. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Özüğür, Ali İhsan;** Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleriyle, Açıklamalı – İctihatlı Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 5. Basım, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Paksoy, Gülbihal;** Soybağının Reddi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. Kasım – Aralık 2011, S.97, 353-376.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet;** Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, 6. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Sagiri, Yasin;** Babalık Davası, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.3, S.2, 55-72.
- Sarıbaş, Azime;** Soybağının Kurulması ve Hükümleri, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Savaş, Halide;** Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2013.

- Sayita, Sevgi Usta;** Encest İlişkiden Doğan Çocuğu Tanıma Yasağının Kaldırılmasına Eleştirel Bakış, *TBBD*, 2010, S.88, 172-194.
- Serozan, Rona;** Çocuk Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Serozan, Rona;** Medeni Hukuk, Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2011.
- Sonat, Kazım Ali;** Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C.19, S.3, 323-377.
- Süleyman, Sirac / İşleten, Mehtap İpek;** Türk Hukukunda Soybağının Kurulması, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.4, S.1, 105-120.
- Şengül, Ragıp;** Hasta ile Hekim Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu, İstanbul: Aristo Yayınevi, 2010.
- Şıpka, Şükran;** 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Evlat Edinmeye İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1999, C.57, S.1-2, 301-322.
- Tandoğan, Haluk;** Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1963, C.20, S.4, 1-36.
- Tanrıver, Süha;** Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumlulukları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Taştan Ahmet;** Kan Grupları ve Kan Transfüzyonu, *ŞEH Tıp Bülteni*, 1995, C.1, S.2, 72-80.
- Tekben, Tuğçe;** Evliliğin Mutlak Butlanına İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C.16, S.2, 163-214.
- Tekinay, Selahattin Sulhi;** Türk Aile Hukuku, 1.Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.

- Tekinay, Selehattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tokar, Zuhâl;** Babalık Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2004.
- Tunçer, Polat;** Sağlık Hukuku Temel Bilgileri, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Tutumlu, Mehmet Akif;** Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, 4. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Tüfek, Gönül Filoğlu / Bafra, Jale / Altunçul, Havva;** İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Adli Hemogenetik Merkezi'ne 1996-2007 Yılları Arasında Gelen Başvuruların Değerlendirilmesi, *TBB Dergisi*, 2009, S.81, 1-18.
- Tüzüner Özlem;** Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, *AÜHFD*, 2013, C.62, S.4, 1139-1168.
- Uçaryılmaz, Talya Şans;** Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mart-Nisan 2018, C.3, S.135, 335-382.
- Ulukapı, Ömer;** Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri (Bilirkişilik Sempozyumu), 9-10 Kasım 2001, 291-315.
- Umar, Bilge;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, Nisan 2014.
- Umar, Bilge;** HUMK'nun Mehazı Neuchatel Kanunu ve Bunun Tatbikatı Hakkında Bir Araştırma, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, C.32, S.1, 187-190.
- Uyumaz, Murat;** Soybağı Davalarında Usule İlişkin Problemler, Ankara: Adalet Yayınevi, Haziran 2015.
- Ünver, Yener / Hakeri, Hakan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

- Ünver, Yener / Hakeri, Hakan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2018.
- Ünver, Yener;** Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu, *Tıp Hukuku Dergisi*, 2013, C.2, S.4, 181-213.
- Üstündağ, Saim;** Medeni Yargılama Hukuku, 6. Basım, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1997.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet;** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. 2, 5. Basım, İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965.
- Yaşa, Büşra;** Maternal Kandan fetal DNA İzolasyonu ile Rhesus D ve Cinsiyet Genotipleme, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2018.
- Yazgı, Burçak;** Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- Yıldırım, Mehmet Kamil / Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Nevğis Deren;** Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Basım, İstanbul: Yetkin Yayınevi, 2011.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl / Memiş, Tekin;** Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, *AÜEHFD*, 2004, C.8, S.1-2, 283-306.
- Yücel, Özge;** Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, C.79, S.2, 441-483.
- Yükseloğlu, Emel Hülya / Umut, Kara;** Temel Adli Genetik, İstanbul: Nobel Tıp Kitapevleri, 2015.
- Zevkliler, Aydın / Acabey, Beşir / Gökyayla, Emre;** Medenî Hukuk, Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, 6. Basım, Ankara, 2000.
- Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Acabey, Beşir / Gürpınar, Damla;** Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 9.Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Zevkliler, Aydın; Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara: Savaş Yayınları, 1989.

Zeyfeoğlu, Yıldırım / Hancı, İsmail Hamit; İnsanlarda Kimlik Tespiti, *Sürekli Tıp Eğitim Dergisi*, Ekim 2001, C.10, S.10, 375-377.

Dijital Kaynak:

(www.academia.edu)

(www.corpus.com.tr)

(www.dergipark.com.tr)

(www.etimolojiturkce.com.tr)

(www.hukukturk.com)

(www.karararama.yargitay.gov.tr)

(www.kazanci.com)

(www.legalbank.net)

(www.lexpera.com)

(www.luggat.com)

(www.mevzuat.gov.tr)

(www.mondaq.com)

(www.openlibrary.org)

(www.sinerjimevzuat.com.tr)