

GEN (DNA) TESTİNİN' İSPAT HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Ar. Gör., Rifat ERTEN**
Birsen ACIR
Sema TAŞVEREN****

GİRİŞ

İnsanoğlu, makro düzeyde evrende her gün yeni bir şey keşfederken, mikro evren olan kendi vücudu üzerinde de yeni keşifler yapmaktadır. Bütün canlıların özü olarak nitelenen genetik molekül DNA konusunda yapılan araştırmalar ve varılan sonuçlar yüzyılımızın en önemli bilimsel ilerlemelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu gelişim doğal olarak diğer bilimleri ve disiplinleri etkilemiş, genetik müdahaleler konusunda yoğun tartışmaların başlamasına neden olmuştur.

Et ve süt verimi yüksek hayvan veya olağandan büyük ve çeşitli ürünler veren ağaç ve bitkilerin yetiştirilmesi, genetik konusundaki ilerlemelerin sonucunda mümkün olabilmektedir. Yakın gelecekte genetik hastalıkların -bunların 3000 kadar olduğu ifade edilmektedir- erken embriyoloji döneminde teşhisi ve önlenmesinin mümkün olabileceği düşünülmektedir². Genetik hastalıkların engel-

* Çalışmanın danışmanlığını Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinden Yrd. Doç. Dr. Halûk KONURALP yapmıştır.

** A.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

*** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı lisans üstü öğrencileri.

1. Konu ile ilgili çalışmalarda bu incelemeye, DNA veya gen testi yanında, genetik parmak izi, DNA haritası, DNA tiplemesi, DNA analizi denmekte olup, hepsi aynı şeyi ifade etmektedir.

2. Günümüzde bazı kalıtsal hastalıklar (mongol, akdeniz anemisi gibi) doğumdan önce tespit edilebilmekte ve ana-babanın rızasıyla doğum engellenebilmektedir. Bkz. *Oğur, Gönül: Embriyodan İlk İzlenimler Prenatal Tanı, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995, C.28, S.330, s.36-39; Dağdeviren, Atilla: Embriyolojide Genetik Kontrol, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995, C.28, S.337, s.26-29.*

lenmesi ve yeni nesillerin bunlardan arındırılması konusunda etik açıdan bir tartışma yoktur. Etik tartışma insanın tüm genlerinin şifrelerinin çözülmesinin ardından³ genetik hastalıklar haricinde yapılabilecek müdahaleler konusunda çıkmaktadır⁴. Çünkü, genetik müdahalelerin canlılığın çeşitliliğini engelleyici ya da azaltıcı, sonuçta tek tipe yönelik insanların üretilmesine olanak verebileceği düşünülmektedir. Tartışmaların bu noktasında konuyu düzenleyecek hukuk kurallarının varlığına ihtiyaç duyulacak ve gelecekte muhtemelen Gen Hukuku adı altında yeni bir hukuk dalı gelişecektir.

Genetik ilerlemeler hukukî açıdan bazı kavramların da değişmesine ve değerini yitirmesine neden olabilecektir. Örneğin, genetik müdahalelere izin verilmesi halinde biyolojik ana-baba ve hukukî ana-baba ayrımıyla daha sık karşılaşacağız. Genetik müdahale konusunda tartışmaların yoğunlaşmasına neden olan Dolly ismi verilen koyun düşünüldüğünde, bu canlının üretiminde kopyası yapılan canlının bünyesinden (memesinden) alınan DNA'lardan yararlanılmıştır. Daha açık ifade edecek olursak, Dolly'nin üretiminde bir erkek koyuna ihtiyaç duyulmamıştır⁵. Aynı hususun, insanlar açısından doğurabileceği sonuçlar hukukta baba kavramının niteliğini değiştirecektir. Yine henüz doğmamış bir çocuğa ilişkin olarak ana-babanın tercih haklarının sınırı ve bunun çocuğun menfaatleri ile ne ölçüde bağdaşabileceği hep etik tartışmalar neticesinde elde edilecek hukuk kuralları vasıtası ile sonuca bağlanabilecek hususlardır.

Hukukun genetik müdahaleleri düzenlemesi olayın hukukla ilgili bir yönüdür. Diğer yönü ise, hukukun genetik incelemelerden faydalanması konusudur. Çalışmamızın konusunu daha çok genetik gelişmenin bu ikinci yönü oluşturacaktır. Tüm insanların DNA yapılarının farklı olması ve ana-baba ile çocuğun genetik yapısı arasındaki benzerlikler, ana ya da baba ile çocuk arasında bir ilişkinin

3. İnsanların genetik şifrelerinin tamamen çözülmesinin ve yetişkin bir insan klonlamasının 10 yıl içinde yapılabileceği tahmin edilmektedir. Bkz. *Tunçbilek, Ergün: Klonlama Tekniği, Bilim ve Teknik Dergisi, 1997, S.353, s.47.*
4. Genetik müdahalelerle ilgili etik tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. *Tunçbilek, s.47; Köküöz, A. Nur: 20. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Gen-Etik Genetik, Bilim ve Teknik Dergisi, 1996, S.339, s.16 vd.; Kluger, Jeffrey: Will We Follow the Sheep? Time, vol. 149, no.10, s.43-46.*
5. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kurtuluş, Özgür: Genetik Kopyalama, Bilim ve Teknik Dergisi, 1997, S.353, s.47; Nash, J. Madeleine: The Age of Cloning, Time, vol. 149, no.10, s.38-41.*

olup olmadığı hususunda kanaat vermektedir. Yine, ceza davalarında da gen testlerinden kimliğin belirlenmesi konusunda parmak izi gibi yararlanılabilmektedir.

Biz, konuyu daha çok hukuk davaları açısından inceleyeceğiz. İlk önce gen ve gen incelemesi hakkında olabildiğince basit bilgiler verilecek, daha sonra gen (DNA) testi, ispat hukuku açısından değerlendirilecektir. Çalışmanın sonucunda ise, varlığımız sonuçlar Sonuç başlığı altında ifade edilecektir.

1. Gen Hakkında Genel Bilgiler

Kromozomlarda yer alan DNA genetik yapının temelidir. Açılımı deoksiribonükleik asit olan bu asit yaklaşık 100.000 gen içermektedir. Gen, bir organizmanın herhangi bir biyolojik özelliğini sağlayan kalıtsal bir etkidir⁶. Genler, kişinin burnunun biçiminden gözlerinin rengine varıncaya kadar bütün özelliklerini belirler ve organizmanın işleme için gerekli olan bilgileri saklar. Kromozomları bir kütüphaneye benzetirsek, kitaplar genler, kitaplardaki satırlar ise DNA'lardır. İnsan kromozomları 23 çifttir. Bu kromozomlar Y kromozomu hariç biri anadan diğeri babadan geldiğinden birbirinin homologudur.

1953'de Watson ile Crick, kromozomların fotoğrafından, DNA molekülünün birbirine dolanmış bir çift lif, yani ikili sarmal şeklinde olduğunu ortaya çıkarmışlar⁷ ve kendilerine bu buluşlarından dolayı Nobel Ödülü verilmiştir. Molekül, bükülmüş spiral bir merdiven biçimindedir. Merdivenin tırabzanları bir dizi fosfat ve bir şeker olan deoksiribozdan oluşur. Merdivenin basamaklarında baz çiftleri yer almaktadır. Bunlar dört tanedir: adenin (A), sitozin (C), guanin (G) ve timin (T). Adenin daima timini, sitozin de daima guanine bağlanmaktadır. Bundan dolayı, ATTGCT gibi bir yarım basamak dizisinin karşısında daima TAACGA dizisi bulunacaktır. Bu yüzden bu iki DNA dizisi birbirinin bütünleyicisidir. Sözüünü ettiğimiz dört baz genetik alfabenin harflerini meydana getirir. Bu harfler üçer üçer bir araya gelmekte ve kişinin öz varlığını belirleyen genetik mesajın kelime ve cümlelerini oluşturmaktadır. Bir bilgiyi ifade eden DNA dizisi olan bir gen aslında üç harflik kelimelerden meydana gelen bir cümledir ve genetik kodu meydana getirmekte-

6. Günalp/Ayter/Lüleci/Kart/Sakızlı: Tıbbi Biyoloji Ders Kitabı, Ankara, 1989, s.123.

7. Harre, Rom (Çev. Sinan Kılıç): Büyük Bilimsel Deneyler, B.5, Ankara 1996, s.133.

dir⁸. DNA'da taşınan bu genetik bilgiler m-RNA tarafından sitoplazmaya aktarılarak burada işlenmektedir.

Kromozomlar üzerinde yukarıda ifade ettiğimiz gibi 100.000 gen bölgesi vardır. Bazı gen bölgeleri her insanda aynı, bazıları da tek yumurta ikizleri hariç herkes için özgün, yani bir insanı diğer insanlardan ayıran özelliktedir. Tahmin edileceği gibi DNA incelemeleri insandan insana değişen bu gen bölgelerinde yapılmaktadır.

2. Gen İncelemesi Nasıl Yapılır?

Babalık ya da nesebin reddi davasında her şeyden evvel hakim gen testi yapılmasına ilişkin karar vermesi gerekir. Gen testi yapılmasına ilişkin, kanları alınacak kişilerin fotoğrafını taşıyan bir müzekkere yazılır. Ayrıca test için kanları alınacak kişilerin sol kolları mühürlenir. Daha sonra test için kan verecek kişiler, müzekerede belirtilen tarihte ilgili kuruma giderler ve uzmanların gözetiminde kendilerinden kan örnekleri alınır.

İnceleme yapılırken öncelikle altı gen bölgesi tespit edilir ve bu bölgelerin babada ve çocukta aynı hızda olup olmadıklarına bakılır. Analiz edilmek istenen DNA, moleküler makaslar kullanılarak bölümlere ayrılır. Bu moleküler makaslar kısıtlayıcı enzimlerdir. Parçalara ayrılan DNA molekülleri bir jele yerleştirilerek elektrik alanına tâbi tutulur. Elektrikli alanda, parçalar bağları ile orantılı olarak kutuplara doğru hareket ederler. Bunun üzerine jele bir sünger kağıdı gibi kapatılan bir yaprağa geçirilmektedir. Bölümler, yaprak üzerinde boyları ile orantılı olarak yerleşmiş çok sayıda DNA bandı biçiminde yer almaktadır. Birkaç saat sonra yaprağa önemli miktarda moleküler sonda⁹ eklenmektedir. Eğer teşhis edilmek istenen DNA bölümü yoksa, yaprak yıkandığında bir yere bağlanmamış olan sonda akıp gidecektir. Eğer aranan DNA bölümü yaprakta ise, sonda yaprağa yapışacak ve melezleme olayı radyoaktif iziyle ortaya çıkarılabilecektir. Daha açık bir ifadeyle, yaprak üzerinde aranan bölüm ve onun bütünleyicisi olan sondanın birleştirilmesini gösteren bir bant gözlenecektir. Eğer, şu veya bu gen ya da DNA bölümüne ait özel bir sonda mevcutsa, belirtmiş olduğumuz teknikle aranan gen ya da bölümü tespit etmek mümkün olur¹⁰.

8. *Jamma*, Corine: Genetik Parmak İzi, Bilim ve Teknik Dergisi, 1988, C.21, S.248, s.15.

9. DNA'nın iki bölümü bir birinin bütünleyicisidir. Özellikle ısıtma yoluyla bu iki bölüm birbirinden ayrılabilir. Böylelikle DNA çifte helezonun yarısı olan yalnızca biçimine girer. Buna moleküler sonda denir. Moleküler sondalar kendilerini bütünleyen özel DNA dizilerini yakalayan bir olta iğnesidir.

10. *Jamma*, 15.

Böylece kişilerin bir anlamda genetik parmak izleri ortaya çıkarılabilmektedir.

1985'de A. JEFFREYS, DNA'da onlarca kez tekrarlanan ve "MINİSATELİT" denen motifler olduğunu ispatlamıştır. Tekrarlanan bu motiflerin sayısı çok kere insandan insana değişmektedir. Bu motiflerin sayısındaki bir değişiklik, kendini bunları ihtiva eden bölümlerin sayısındaki bir değişiklik şeklinde gösterir. Dolayısıyla her kişinin karakteristik boyda minisateliti bulunmaktadır. Minisatelitler büyük ölçüde değişebileceğinden, her kişinin kendine has özel boyda bir bölümler dizisi olacaktır. Yukarıda belirtilen usul sayesinde minisatelit dizisine karşılık olan bantlar ile onlara özel olan radyoaktifleştirilmiş sondaları ve yaprak üzerinde her bir kişiye ait özel dizilişler ise gözlemlenebilir. Bu diziliş genetik bir parmak izi gibidir. Bu teknik, babalık incelemesi yapılmasına imkan verir. Bir insanın genetik malzemesinin yarısı babasından geldiğinden bir çocuk ile babası arasında ortak bantlar vardır. Çocuk, o kişinin çocuğu ise bu bantlar aynı boyda ve hizada olacaktır.

3. DNA Testinin Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi

DNA testleri ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde genetik hastalıkları tespit etmek için kullanılmıştır. Hukuk alanında ise ilk olarak ceza davalarında, daha sonra hukuk davalarında kullanılmaya başlanmıştır. Gerek ceza gerek hukuk davalarında yararlanan DNA testinin önümüzdeki yıllarda daha fazla yaygınlaşacağını söylemek yanlış olmaz¹¹.

Ceza davalarında suçlunun ya da mağdurun vücudundan alınan ve olay yerinde bulunan herhangi bir doku, saç kılı ve kan gibi biyolojik unsurlarla yapılacak DNA testi sonucunda aydınlatılamamış ya da şüphe duyulan hususlar netliğe kavuşturulabilecek¹² ve zanlının suçlu olup olmadığı konusunda hakime kanaat verilebilecektir. Örneğin İngiltere'deki bir davada, olay yerinde bulunan kan damlasının DNA haritası çizilmiş ve yedi zanlının DNA haritası ile karşılaştırılmıştır. Sonuçta olay yerindeki kan damlasının DNA haritası ile tıpa tıp aynı olan DNA haritasına sahip Roberts MELIAS'ın suçluluğuna karar verilmiştir¹³.

11. Özçelik, *Tayfun*: Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C.27, s.7, s.50.

12. Özçelik, 54.

13. Sözü geçen DNA haritalarının karşılaştırması için bkz. *Jamma*, 16.

Hukuk davalarında ise DNA testi ilk olarak çocukla ana veya babanın ilişkisinin tespit edilmesinde önem taşımaktadır. Özellikle babalık davasında, davalının ya da nesebin reddi davasında davacının çocukla ilişkisinin tespiti konusunda DNA testi kaçınılmaz bir yol olarak karşımıza çıkabilir.

Günümüzde babalığın tespiti, çocuktan ve ana-babadan alınan kan örnekleri ile yapılan test sonuçlarına göre yapılmaktadır. Yargıtay'ın bu testlerde belli bir oranın (%99.73) altındaki ihtimali davanın reddi için yeterli sayması¹⁴ babalığın kesin olarak tespitini sağlayabilecek ispat araçlarını arama eğiliminde olduğunu göstermektedir. Bu gibi durumlarda DNA testi, kan testine oranla daha net ve kesin sonuçlar vermekte olması itibariyle başvurulabilecek son çaredir. DNA testine ilk olarak başvurulmamakta, önce ilgililerin kanlarının karşılaştırılması yolu ile bu tespitin yapılmasına çalışılmaktadır. Kan testleri sonucu %99.73 ihtimalle babalığa karar verilemezse, kesin sonucun alınması amacıyla DNA tipleme yolu gidilmektedir. Özellikle ölen birinin dokularından alınan parçalardan da DNA testinin yapılabilmesi bu testi kaçınılmaz kılmaktadır¹⁵. Ayrıca yakın akrabalar arasında kan testlerinin verdiği sonuçlar şüphe ile karşılanabilmekle birlikte, DNA tipleme yolu ile şüpheye mahal bırakmayacak sonuçlara ulaşılabilmektedir.

4. DNA Testinin İspat Hukukundaki Yeri ve Bu Konudaki Sorunlar

DNA testi hakimin kendi başına yapabileceği bir araştırma değildir. Hakim gen testi için doğal olarak bilirkişiye başvurmak zorundadır. DNA testi HUMK m. 367 anlamında bir takdiri delil olmakla birlikte bu inceleme bilirkişiye yaptırılmalıdır. Hakimin bu hakkını kullanırken çok titiz davranması gerekir. Her babalık ya da nesebin reddi davası için DNA testi yapılmasına karar verilmesi hiç de adil olmayan sonuçların doğmasına neden olur. Bu yüzden hakimin öncelikle, çocuğun babasının davalı olabileceği, nesebin reddi davasında ise babası olmayabileceği konusunda ikna edilmesi gerekir. Babalık davasında çocuğun annesi ile davalı, nesebin reddi davasında ise anne ile davacı arasında çocuğun doğumuna sebep cin-

14. Yargıtay 2. HD., E. 1993/8685, K.1993/9405, T.18.10.1993, (karar metni için bkz. YKD, 1993, C.19, S.12, s.1799-1800).

15. Türk kamuoyu DNA testi ile Yafes Öztürk aleyhine açılan babalık davasında tanışmıştır. Bilindiği gibi bu dava, Yafes Öztürk öldükten birkaç ay sonra açılmış, Yafes Öztürk mezarından hakim kararıyla çıkarılmış, vücutundan alınan dokular vasıtasıyla DNA testi yapılabilmektedir.

sel ilişkinin varlığını ihtimal dahiline sokabilecek deliller olmadan, hakimin DNA testi yapılması konusunda karar vermesi haklı görülemez.

DNA testi konusunda karşılaşılan ilk sorun, bu testi yapabilecek kurumların az oluşudur. Örneğin Ankara'da böyle bir teste ihtiyaç duyulduğunda İstanbul Adli Tıp Kurumu'na başvurulmakta ve oradan sonucun gelmesi beklenmektedir. Ayrıca, söz konusu kurum, bu testi kendisi yapmayıp, İstanbul Üniversitesi'ne bağlı bir kurum olan Deneysel Tıp Araştırma Enstitüsü (DETAM)'ne başvurarak yaptırmaktadır. Burada, Adli Tıp Kurumu, DNA testi için gerekli örnekleri alıp DETAM'a gönderen, DETAM'ın test sonuçlarına göre raporunu ilgili mahkemeye sunan bir vasıta durumundadır.

DNA testinin bir olumsuz yönü de oldukça pahalı bir yöntem olmasıdır. Günümüzde yapılacak her DNA testi için Türkiye standartlarında oldukça yüksek bir meblağ alınmaktadır. Babalık ve nesbin reddi davalarında ana-baba ve çocuktan alınan kan örnekleri incelendiği için bu fiyat üç katına çıkmaktadır. Usul ekonomisi açısından bakıldığında Türkiye şartlarında oldukça yüksek bir yekûn tutmakla birlikte, amaç maddi hakikati bulmak olduğundan buna katlanmak gerekir. Yeni olan bu yöntem tekniğin gelişmesi ve özel sektörün konuya eğilmesi ile daha da ucuzlayacaktır.

Şu an için Türkiye'de adli amaçlı DNA analizi yapan tek kurum DETAM'dır. Bu kurumların Türkiye genelinde yaygınlaştırılması hem iş yükünün önemli kısmının DETAM'dan kalkmasını hem de tarafların kan vermek için Türkiye'nin neresinde olursa olsun İstanbul'a gitmesi zorunluluğunun sona ermesini sağlayacaktır. Böylece DNA testinin yapılması ve ilgili mahkemeye gönderilmesi için geçen 3-4 aylık süre kısılacaktır.

Adli amaçlı DNA testleri ile ilgili, hakimlerin gerek laboratuarlarda, gerekse kendilerine yönelik seminerlerle bilgilendirilmeleri gerekir. Hakimin vicdanen rahat olması için DNA testinin neden kesin bir veri olduğu açıklanmalıdır. Bu yöntem Amerika ve İngiltere'de izlenmektedir.

a- DNA Testine İlişkin Bilirkişi Raporunun Niteliği

DNA testi sonucunda ulaşılan olumlu ya da olumsuz sonucun hakimi hangi ölçüde bağlayacağı tartışmalıdır. Yani hakim diğer bi-

lirkişi raporlarında olduğu gibi, DNA testi sonucunda da takdir hakkına sahip midir (HUMK, m. 286)? Yoksa hakim bilirkişi raporunda varılan sonuçlarla bağlı mı olacaktır¹⁶?

Hakim, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurur (HUMK m. 275). Bu başvuru sonrası yapılan bilirkişi incelemeleri sonucunda raporlarda ulaşılan sonuç iki gruba ayrılmalıdır. Bazı bilirkişi raporlarında ulaşılan sonuç, incelemeyi yapan kişiye göre değişir. Örneğin kira bedelinin tespitine ilişkin bilirkişi incelemelerinde, bilirkişinin ulaştığı sonuç, olması gerekeni içeren bir değer yargısıdır. Bu yüzden, aynı davada bilirkişi (A)'nın tespit ettiği kira bedeli ile, bilirkişi (B)'nin tespiti farklı olabilir. Diğer grup bilirkişi raporlarında ise ulaşılan sonuç, suyun 100 derecede kaynaması gibi bilimsel bir sonuç olup, olması gerekeni değil olanı içeren bir değer yargısıdır. Bu gibi gerçekler zamana, mekana, topluma ve kişiye göre değişmeyip, objektiftirler. Kanımızca, DNA testine ilişkin sonuçlar da aynı şekilde tıbbi ve biyolojik kesinlik içeren bilimsel verilerdir. Bu yüzden hakim bunları takdir etmesi düşünülemez¹⁷. Bilimsel bir sonuç içeren bilirkişi raporuna tarafların itiraz etmesi halinde, hakim bu itirazı kabul etmesi ve yeni bir test yapılmasını istemesi ancak ilk testin yapılması sırasında bir hatanın olması halinde haklı görülebilir¹⁸.

b. DNA Testi için Kan Verilmesi Konusunda Zorlama Hukukî midir?

DNA testi ile ilgili değinilmesi gereken diğer bir konu da, taraflardan birinin test için kendisinden doku alınmasına izin verme-

16. Aslında konu uygulamada bir sorun yaratmayabilir. Çünkü mahkemeler bilirkişi raporlarını genelde kabul etmektedirler. Özellikle kimyasal analiz, tıbbî tahlil, kadastro, mimarlık ve inşaatla ilişkin bilirkişi raporları için bu yüzde daha da artmaktadır. Bkz. Arslan, Ramazan: Bilirkişi Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi, Yargıtay Dergisi (Özel Sayı), 1989, S.1-4, s.158.
17. Nurullah Kunter'in "tamamen objektif olan bir bilimsel delilin mevcudiyeti halinde, bu delilin hakimi bağlayacağını kabul etmenin bilimsel bir zorunluluk olduğu"na ilişkin ceza usul hukukuna ilişkin görüşünü (bkz. Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B.9, İstanbul 1989, s.592), hukuk usulü alanı için de kabul etmek gerekir. Çünkü, DNA testi ile ulaşılmak istenen amaç da ceza usulünde olduğu gibi maddî gerçeği bulmaktır.
18. DNA testi konusunda görüşlerine başvurduğumuz Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları'nda görevli Dr. Üner Ülküer, bu konuda Anglo Sakson hukuk sisteminin uygulandığı bir Kıbrıs mahkemesinde yapmış olduğu bir bilirkişilik dolayısıyla, hakim ve tarafların ancak "DNA incelemesinin yapıldığı örnek dokunun saklanma koşulları, laboratuvar çalışmalarında yeterli titizlik gösterilip gösterilmediği, incelemeyi yapan kişinin konusunda uzman olup olmadığı ve uzmanlık derecesi" gibi sorularla muhatap kaldığını ifade etmiştir? Bu da, Anglo Sakson hukuk sistemi uygulamasının bilirkişi raporunun sonucuna değil, inceleme usulüne ilişkin sınırlı bir takdir yetkisi verdiğini açıkça ortaya koymaktadır.

mesi durumudur. Böyle bir itiraz halinde kişiden yine de kan alınabilecek midir? Konuyla yakından ilgili olarak kan testine ilişkin olarak numunenin zorla alınıp alınamayacağı konusunda doktrinde üç görüş ileri sürülmüştür.

İlk görüşe göre, vücut bütünlüğüne yasal dayanaktan yoksun her tür müdahale, Anayasa m. 17/I, 2. cümle hükmüne göre kişilik haklarına müdahaledir¹⁹. Hatta test için kanını vermek istemeyen kişinin davayı kaybedeceğini kabul etmek dahi dolaylı bir zorlama olup, yasal dayanak olmaksızın mümkün değildir²⁰. Şu halde bu görüşe göre, test isteyen kişinin yapabileceği hiçbir şeyin olmayacağı- nı söylemek yanlış olmaz.

İkinci görüş ise, hakimin böyle bir yetkisinin olduğunu, gerekirse taraflardan zorla kan alınması konusunda karar verilebileceğini savunmaktadır. Bu görüş de yasal dayanakları açısından ikiye ayrılmaktadır. İlkine göre, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılan istisnâî haller dışında şahsın vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında hükme bağlanmıştır. Medeni Kanun'un 24. maddesinin ikinci fıkrası ise şahsiyet hakkının ihlal edilebileceği halleri, şahsiyet hakkı ihlal edilenin rızası, üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararı ve kanunun verdiği yetki olarak sıralamıştır. Çocukla baba arasında neseb bağının kurulması kamu yararı ile ilgili olup, bu yüzden babalığı iddia olunan kişinin kanının, vermek istemese dahi zorla alınabileceğinin kabul edilmesi gerekir²¹.

Hakim kararı ile zorla kan alınabileceğine ilişkin görüşün yasal dayanağı açısından ilkinden ayrılan ikinci gruptan KURU'nun dayanağı 14.4.1982 gün ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu²²nun 23. maddesinin (c) bendinin ikinci fıkrası²³ iken TEKİNAY'ın dayanağı aynı Kanunun 20. maddesidir²⁴. Bu hükümlerden

19. *Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.293 vd.; Tiryaki, Fuat: Nesebinn Reddi Davası, basılmamış doktora tezi, Ankara 1995, s.81.*

20. *Hatemi/Serozan, s.294.*

21. *Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1994, s.208.*

22. *RG. 20.4.1982, s.17670.*

23. Hüküm şu şekildedir: "Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas Kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir".

24. Hüküm şu şekildedir: "Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen kanlı eşya, sperm lekesi, lekeli eşya, kan grupları ve faktörleri, babalığın tayini, kan ve omurilik suyunda bakteriyolojik ve serolojik incelemeler yaparak sonucunu bir raporla tespit etmek."

yola çıkararak, hakimın ilgili tarafları kan muayenesi için zorlayabileceği düşünülmektedir²⁵.

Kan alınması konusundaki üçüncü görüş ise, ilk görüşle aynı olmakla birlikte, ek olarak usul hukukuna ilişkin bir çözüm getirmektedir. Buna göre nesebin reddi davasında ananın, babalık davasında babalığı iddia olunan davalının kan testine itiraz etmesi ile davacı ispat yükünden kurtulur, ispat yükü test için kan vermeyi reddeden karşı tarafa geçer²⁶.

Biz de ilk görüşe katılmaktayız. Kanımızca, olması gereken, aynen Alman (ZPO m. 372/a), Bern (ZPO m.264) ve Nöşatel Usul Kanunlarında (m. 251) olduğu gibi²⁷ HUMK'da, ya da Medeni Kanunun ilgili kısımlarında konuya ilişkin açık bir hükmün kabul edilmesi yerinde olacaktır. Böyle bir açık hüküm olmadığı için yapılacak olan, üçüncü görüş taraftarlarının ifade ettiği gibi ispat yükünün, testi teklif eden üzerinden kalkıp, reddeden üzerine geçtiğini kabul etmek gerekir. Artık, hakimın kararını verirken DNA testini reddeden kişi aleyhine değerlendirme yapmasında bir sakınca olmayacaktır. Bu düşünüş tarzı, hakkaniyet ve objektif iyi niyet kurallarına da uygun olacaktır²⁸. Aksi takdirde mevzuatta böyle bir dava açma hakkının tanınmasının anlamı olmayacağı gibi, hukukun bilimi göz ardı etmesi ile maddi gerçekliğin feda edilmesi gibi olumsuz bir durumla karşılaşırız.

Değınilen bu hususla ilgili diğeri bir tartışma da şuradan çıkabilir: Taraflardan birinin daha evvelden başka bir nedenle alınmış kan veya DNA testi yapmaya elverişli canlı dokusu varsa yahut yine başka bir nedenle yapılmış DNA testi sonucu varsa, hakim dava ile ilgili olarak bunları ya da bunlardan birini ilgili tarafın rızası hilafına getirebilir mi? İlgili kurum elindeki test sonuçlarını ya da DNA testi yapmaya elverişli biyolojik parçaları vermeye zorunlu mudur?

25. *Tekinay, S. Sulhi*: Türk Aile Hukuku, B. 7, İstanbul 1990, s.407; *Kuru, Baki*: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, B.2, İstanbul 1990, s.1974.
26. *Velidedeoğlu, H. Veldet*: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II, B.5, İstanbul 1965, s.325; *Özcan, Bilge*: Aile Hukuku, Ankara 1979, s.316; *Feyzioğlu, Necmeddin F.*: Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986, s.430; *Zevkliler, Aydın*: Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, B.2, Ankara 1989, s.934.
27. Örneğin Alman Usul Kanunundaki hükmü şu şekildedir: "Herkes, sağlığı için bir sakınca olmadıkça nesebin reddinin tespiti için gerekli olan beden muayenesine ve özellikle kan muayenesi için kendisinden kan alınmasına katlanmakta yükümlü olup, kaçınma halinde kendisine zor kullanılabilir."
28. *Velidedeoğlu*, 325; *Feyzioğlu*, 430; *Özcan*, 316.

Artık burada bir vücut ihlalden bahsedilemeyeceği için verilecek cevabın olumlu olması gerekir. İlgili kurumun da böyle bir talebi reddetmeye hakkı olmamalıdır. Ancak, elde edilecek delillerin elbette ki sadece dava konusu ile ilgili kullanılması zorunluluğu vardır.

c. DNA Test Sonuçları Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Sayılabilir mi?

Daha sonra herhangi bir nedenle yapılan DNA testi sonuçları daha önce verilmiş olan bir mahkeme hükmünün aksini gösterebilir. Örneğin, önceden neticeye bağlanmış olan babalık davası reddedilmişken, şimdiki DNA testi sonuçları bunun aksini, başka bir deyişle davalının çocuğun babası olması gerektiğini söylüyor olabilir. Böyle bir durumda ne yapılabilir?

Konuyu Alman Usul Kanununda²⁹ olduğu gibi düzenleyen bir hüküm Türk hukukunda ne yazık ki yoktur. Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tek tek sayıldığı HUMK m. 445'de, bu konuda açık ve net bir hüküm mevcut değildir. Ancak, konu ile ilgili olarak aynı maddenin ilk fıkrasının ilk bendinin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Her şeyden evvel şunları ifade edelim: Çocuğun nesep bağı kamu düzeni ile ilgili olup, bu konudaki yanlış kararlar toplumumuz ve ilgili kişiler için derin yaralar açar. Bu nedenle, nesep bağına ilişkin, kesin neticenin elde edilebilmesi için tüm çabaların gösterilmesi ve tüm çarelerin tüketilmesi gerekir. Bu yüzden konu ile ilgili açık bir kanun hükmünün olmaması bir eksikliktir.

Yargıtay, 1969'da konumuza çok benzeyen bir karar vermiştir³⁰. Söz konusu davada daha evvelden adli tıp raporu ile babalığına hüküm verilen davacı, yaklaşık dokuz yıl geçtikten sonra çocuğun babası olmadığına ilişkin yeni teknik ile elde edilmiş başka bir

29. "Babalık hakkında kesin olarak karar verilmiş bir hükme karşı yargılamanın yenilenmesi davası, ZPO m.580'de yer alan hallerin dışında, eğer bir taraf babalık hakkında başlı başına veya önceki yargılamada ileri sürülmüş olan deliller ile birlikte olarak bir başka karar verilmesine yol açacak yeni bir rapor sunarsa (yenileme davası) geçerlidir (ZPO m.64li)", bkz. *Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C.II, B.3, İstanbul 1977, s.116.*

30. Yargıtay 2.HD., E.6478, K.1561, T.24.3.1969 (karar metni için bkz. ABD., 1969, S.3, s.563-564).

rapora dayanarak yargılamanın yenilenmesini istemiştir. Söz konusu talepte davacı, HUMK m. 445-1 hükmüne dayanmış ve bilimin ilk davanın açıldığı zamanda, alt kan gruplarını tahlil edecek kadar gelişmemiş olmasının mücbir sebep sayılması gerektiğini ifade etmiştir. İlk derece mahkemesi talebi kabul etmiş ve yeni rapor doğrultusunda karar vermiştir. Kararın temyiz incelemesi sonunda Yargıtay, "...HUMK'nun 445. maddesinde yazılı nedenlere dayanarak iadei muhakeme yolu evvelce usul hükümlerine göre mahkemeden verilmiş ve tarafları arasında muhkem kazıye teşkil etmiş bir hükmün değiştirilmesini temine yarayan fevkalade ve tamamen istisnai bir kanun yoludur. Bu niteliği itibari ile de evvelce hal edilen bir davanın yeniden görülmesi sonucunu vermekle anılan maddede yazılı pek ciddi ve tahdidi sebeplere başvurulması kabil bir kanun yolu bulunmaktadır. Ve iadei muhakeme sebepleri tahdididir. Bu sebeplerin kıyas yolu ile genişletilmesi söz konusu olamaz. Kesin hüküm niteliği almış olan ilk davanın duruşması sırasında gerek hariç memleketlerde vegerekse memleketimizde o tarihte bilinmediği ileri sürülen yeni ilmi vakıaların sonradan keşfedilmiş olması eskiye nazaran fennin inkişaf etmiş bulunması hali hukuk sistemimize göre HUMK'nun 445/1. madde ve fıkrasındaki manada bir mücbir sebep sayılamaz..." diyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Daha kısa ifade edersek Yargıtay, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin HUMK m. 445'de tahdidi olarak sayıldığını, bunların kıyas yolu ile genişletilemeyeceğini ve bilimin gelişmişlik düzeyinin yetersiz olmasının HUMK m. 445-1 anlamında mücbir sebep sayılamayacağını söyleyerek yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesinin yanlış olduğuna karar vermiştir.

HUMK m. 445-1 hükmünde geçen "vesika" tabirini sadece yazılı belge olarak değil, bunun yanında vakıanın ispatına yarayacak her türlü ispat aracı olarak kabul etmek gerekir³¹. Bu aşamada sorun, bilimin gelişmemişliğini mücbir sebep sayıp sayamayacağımızdır. Mücbir sebep, yargılamanın iadesini isteyen tarafın ileri sürdüğü belgeyi dava sırasında elde edememesinin kendi kusuruna dayanmamasıdır³². Şu halde, bilimin geri kalmışlığı nedeniyle babalık veya nesebin reddi davasında yanlış hüküm verilmesinde, ilgili tarafın hiçbir kusurundan bahsedilemez³³. İlgili tarafın, iradesi di-

31. *Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara 1977, s.79 vd., (Yargılamanın Yenilenmesi).

32. *Kuru, Bakil/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku*, B.6, Ankara, 1994, s.644.

33. *Arslan*, 81 vd. (Yargılamanın Yenilenmesi).

şında cereyan eden bir eksiklik yüzünden, toplumda kaldırılması güç bir yükün altına sokulması doğru görülmez. Tabir yerindeyse gerçekler kesin hükme feda edilmemelidir³⁴. Bu nedenle Yargıtay'ın kararı yerinde değildir³⁵.

Konu ile ilgili sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Kan testlerine oranla daha net ve gerçeğe yakın sonuçlar veren DNA test sonuçlarını, hayli hayli yargılamanın yenilenmesi sebebi saymak adalet anlayışına hizmet eder. Bu nedenle böyle bir durumun çıkması halinde DNA test sonuçlarını HUMK m. 445-1 anlamında yargılamanın yenilenmesine sebep olacak bir delil olarak kabul etmek gerekir. Ancak, tartışmalara son vermek için böyle bir hassas konuda açık bir kanun hükmünün kabul edilmesinin yerinde olacağını da ifade edelim.

SONUÇ

DNA testinin adli davalarda bir ispat aracı olarak kullanılması, -babalığın tespiti gibi- tespiti gerekli hususlarda kesinlik derecesi %94³⁶ ile % 99,99'lara varan sonuçlara ulaşılmasını sağlayarak, hakim bilirkişi raporuyla bağlı olmadığına ilişkin HUMK m. 286'nın uygulanmasını tartışmalı hale getirmiştir. Usul Kanunumuzun 286. maddesinin anlamı doktrinde, hakimin bilirkişi raporunu yeterli görmese de raporda yazılı olan özel ve teknik bilginin, kendisinde başlangıçta eksik olan özel ve teknik bilgiyi sağladığı kanısına varırsa, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmadan bilirkişi raporunun aksine de karar verilebileceği şeklinde yorumlanmaktadır³⁷. DNA incelemesi yöntemiyle babalık tespiti ise niteliği itibariyle, hakime vereceği bilgilerle ondaki eksik özel ve teknik bilgiyi sağlayan ve böylece yeniden bir bilirkişi incelmeye gerek kalmadan kendi başına bu raporun aksine de karar verebileceği bir karar değildir. DNA testi (incelemesi), yüksek ölçüde uzmanlaşmış laboratuvarlarda ve yine konusunda uzman kimselerce yapılabilecek bir analizdir. Dolayısıyla hakimin, incelemenin esasına girerek sonucun doğruluğunu denetleyebilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak,

34. Üstündağ, 117; Arslan, 83 (Yargılamanın Yenilenmesi).

35. Yargıtay'ın anılan kararını destekleyen görüş için bkz. *Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4, İstanbul 1991, s.3614.*

36. *Menevse/Ülküer: The Distribution of the HLA-DQa Alleles And Genotypes in the Turkish Population as Determined by the Use of DNA Amplification and Allele-Specific Oligonucleotides, Science & Justice, 1995, svol.35, no.4, s.259-252.*

37. *Kuru/Arslan/Yılmaz, s.415.*

bilirkişi raporunun hakim tarafından değerlendirilmesi ve takdiri, bilirkişi incelemesinde izlenen prosedürün esasına değil şekli ve harici koşullarına ilişkin olabilir. Hakimin takdir yetkisindeki bu sınır bilirkişilik kurumunun doğasından kaynaklanmaktadır. Çünkü hakim, hukuki olmayan, bilimsel araştırma ve deneylere dayanan bilgilerden toplumsal yaşamın gözlemlenmesi ile edinilmeyecek olanların davada kullanılabilmesi için bilirkişiye başvurmaktadır³⁸. Dolayısıyla işin esasına girerek tartışabileceği ve hatta ulaşılan sonucun aksi yönünde karar verebileceği bir bilgiye sahip olan hakim zaten bilirkişiye başvuramazdı. Bu nedenle hakim, pozitif bilimlerin kendi disiplinleri içinde elde ettikleri yöntemlerle ulaştıkları sonuçları (özellikle de DNA testi gibi spesifik bir konuda) tartışamaz. Hakimin vereceği karar, olguların (vakıaların) saptanmasına ve aydınlatılmasına bağlı ise ve bunların açıklanıp aydınlatılması da olguların ilişkin olduğu alanın bilimsel verileri ile %99,99'lara varan kesinlikte mümkün olabiliyorsa, artık hakimin bu olguyu kabul ederek kararına dayanak yapmasından daha doğru bir tutum olabilir mi? DNA incelemesiyle ulaşılan sonuçlar %100 gibi mutlak bir kesinliğe henüz varmamış olsa da, yapılan yargılama ile amaçlanan gerçeklik de mutlak gerçeklik değil, mutlak gerçeğe olabildiğince yaklaşma umuduyla, maddi gerçekliktir.

Hakimin takdir yetkisi DNA incelemesinin yalnız şekli ve harici koşullarıyla sınırlı olsa dahi hakimde yeterli ve vicdanen rahat bir kanaatin oluşabilmesi için hakimler, konu hakkında bilgilendirilmelidir.

DNA testinin ayırt edici gücü Türk popülasyonunda %94'tür³⁹. Popülasyon, hepsi aynı türe ait, fakat farklı genetik kombinasyonlara sahip olan bireylerin oluşturduğu topluluğa denir⁴⁰. Popülasyondaki bireylerin benzerlik ve ayrılıkları gibi problemlerin zösumünde istatistik yöntemlerin sonuçlarından yararlanılmaktadır⁴¹. Yapılan istatistikî çalışmalara genetik yapısı bilinen Amerika Birleşik Devletleri'nin popülasyonunda DNA testlerinin doğruluğu %100'lere varırken, ülkemizde, DNA testlerinde sonuca ulaşmayı kolaylaştıracak, varılan sonuçların isabetini arttıracak istatistikî çalışmalar çok yetersizdir.

38. Arslan, 165.

39. Menevse/Ülküer, 260.

40. Günalp/Ayter/Lüleci/Sakızlı, 146.

41. Günalp/Ayter/Lüleci/Sakızlı, 146.

Türkiye’de DNA testleri Adli Tıp Kurumu tarafından yapılmakta, mahkemelerin incelenmek üzere Adli Tıp kurumuna gönderdikleri kan örnekleri, bu kurumca İstanbul Üniversitesi Deneysel Tıp Araştırma Enstitüsü (DETAM)'ne gönderilmektedir. Kanımızca Adli Tıp Kurumunun, DNA incelemesi yapabilecek nitelikte, gelişmiş laboratuvarları ve konu uzmanlarını bünyesinde teşkilatlandırması ve sözünü ettiğimiz popülasyon genetiği çalışmalarına öncülük etmesi gerekmektedir. Ayrıca DNA testinin Adli Tıp Kurumu tarafından yapılması, kurumun tarafsız statüsü bakımından da tercih edilmelidir.

Çağımızın en büyük ilerlemelerinden biri olarak kabul edilen DNA konusundaki incelemeler maalesef henüz hukukumuzun öyle ya da böyle konusu olamamıştır. Gerçi çalışmamız sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde konu ile ilgili araştırmaların başladığını, bu bağlamda batılı devletlerin mevzuatlarının incelendiğini tespit etmiş bulunuyoruz. Geç de olsa bunu memnuniyet verici olarak kabul ediyoruz. Bu çalışmalar kapsamında bizce, iki hususta acilen yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. İlki, DNA testine itiraz eden kişiden de (bu kişi üçüncü bir kişi de olabilir) zorla kan alınabileceğine ilişkin, diğeri ise DNA test sonuçlarının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmasını sağlayacak olan düzenlemedir.

BİBLİYOGRAFYA

- Arslan, Ramazan: Bilirkişi Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi, Yargıtay Dergisi (Özel Sayı), 1989, S.1-4, s.156-183.
- Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, (Yargılamanın Yenilenmesi).
- Dağdeviren, Atilla: Emriyolojide Genetik Kontrol, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995, C.28, S.337, s.26-29.
- Feyzioğlu, Necmeddin F.: Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986.
- Günalp/Ayter/Lüleci/Kart/Sakızlı: Tıbbi Biyoloji Ders Kitabı, Ankara 1989.
- Harre, Rom (Çev. Sinan Kılıç): Büyük Bilimsel Deneyler, B.5, Ankara 1996.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Jamma, Corine: Genetik Parmak İzi, Bilim ve Teknik Dergisi, 1988, C.21, S.248, s.15.
- Kluger, Jeffrey: Will We Follow the Sheep? Time, vol. 149, no.10, s.43-46.
- Köküöz, A. Nur: 20. Yüzyıldan 21. Yüzyıla Gen-Etik Genetik, Bilim ve Teknik Dergisi, 1996, C.29, S.330, s.16-23.

- Kunter, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B.9, İstanbul 1989.
- Kurtuluş, Özgür: Genetik Kopyalama, Bilim ve Teknik Dergisi, 1997, S.353, s.47.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.2, B.2, İstanbul 1990.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.4, İstanbul 1991.
- Kuru, Baki/Aslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku, B.6, Ankara 1994.
- Menevse/Ülküer: The Distribution of the HLA-DQa Alleles And Genotypes in the Turkish Population as Determined by the Use of DNA Amplification and Allele-Specific Oligonucleotides, Sceince & Justice, 1995, vol. 35, no.4, s.259-262.
- Nash, J. Madeleine: The Age of Cloning, Time, vol. 149, no.10, s.38-41.
- Oğur, Gönül: Embriyodan İlk İzlenimler, Prenatal Tanı, Bilim ve Teknik Dergisi, 1995, C.28, S.330, s.36-39.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1994.
- Özçelik, Tayfun: Adli Amaçlı DNA Analizleri, Hacettepe Tıp Dergisi, 1991, C.27, S.7, s.50-55.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979.
- Tekinay, S. Sulhi: Türk Aile Hukuku, B.7, İstanbul 1990.
- Tiryaki Fuat: Nesebin Reddi Davası, basılmamış doktora tezi, Ankara 1995.
- Tunçbilek, Ergün: Klonlama Tekniği, Bilim ve Teknik Dergisi, 1997, S.353, s.47.
- Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C.II, B.3, İstanbul 1977.
- Velidedeoğlu, H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II, B.5, İstanbul 1965.
- Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk: Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, B.2, Ankara 1989.