

KÖKENİN TESPİTİ TALEBİNİN TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME

*An Assesment on the Basis of the Relationship Between a Case Regarding the
Detection of Origin*

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep DÖNMEZ¹

Geliş Tarihi: 25.05.2018

Kabul Tarihi: 05.09.2018

ÖZET

Kişinin gerçek soybağını öğrenmesi, gerek ulusal gerekse yabancı yargı kararlarında temel hak olarak kabul edilmektedir. Alman ve İsviçre yargısında soybağının kurulması ya da kaldırılması talebinden bağımsız olarak sadece kökenin tespit edilmesine yönelik birçok dava ile karşılaşmaktadır. Böyle bir davanın Türk hukuku açısından da mümkün olduğu öğretide kabul edilmektedir. Ancak kişinin biyolojik babasının kim olduğunun tespitine yönelik bir talep karşısında, vücut bütünlüğünün, özel hayatın ve aile hayatının korunması gibi birçok temel hakkın ihlali gündeme gelebilecektir. Çalışmamızda Türk ve Alman Anayasa Mahkemelerinin ve İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği kararlar doğrultusunda kökenin tespiti talebi ve bu talebin diğer temel haklarla ilişkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kökenin tespiti, soybağının tespiti, temel haklar, genetik veri, TMK m. 286, TMK m. 301, HMK m. 292.*

ABSTRACT

A person's finding out her genetic paternity is accepted as a fundamental right recognized by national and international courts. There are many cases in the German and Swiss judiciary where only the origin is identified, independent from the request for the establishment or abolition of the legal paternity. It is accepted the fact that such a case is also possible in Turkish law by doctrine. However, violations of many fundamental rights such as body integrity, protection of private life and family life may come to a question due to a request for the detection of genetic paternity with the biological father of a person. Within our study, the request for the detection of genetic paternity in the light of the decisions given by the Constitutional Court of the Republic of Turkey and The Federal Constitutional Court (German) and Federal Supreme Court of Switzerland; also the relationship between the request and fundamental rights are investigated.

Keywords: *Detection of origin, detection of genetic paternity, fundamental rights, genetic data, TCC article 286, TCC article 301, Code of Civil Procedure article 292*

¹ Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, zsdonmez@gmail.com.

Giriş

Soybağının kurulması, tespiti ve reddi hem çocuğun çıkarlarını güvence altına almak hem de sağlıklı aile ve toplum yapısı oluşturmak adına önemlidir. Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) çocuğun anne ve babasıyla soybağının nasıl kurulacağı ve kaldırılacağı düzenlenmiştir. Bu yollardan bağımsız olarak, kişinin kökenini öğrenme hakkının varlığı ve bu hakkın dava yoluyla iler sürülebileceği doktrinde kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi verdikleri birçok kararda kökenin öğrenilmesi hakkını tanımışlardır. Bu kararlarda açıkça görüldüğü üzere, kişinin dava yoluyla köken öğrenme hakkını kullanması, menfaat çatışmalarına sebep olmaktadır. Kararların çoğunluğunda çatışan menfaatler değerlendirildikten sonra çocuğun kökenini öğrenme ve bununla ilişkili olarak kişiliğini geliştirme menfaatine öncelik tanınarak hüküm kurulmuştur. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi 2016 yılında verdiği kararında görüş değişikliğine gitmiştir. Çocuğun menfaatinin karşısında davalının özel hayatının korunması, vücut bütünlüğünün ihlali ve kökenini öğrenmeme menfaatinin de önemini vurgulayarak, aile hukuku kapsamında düzenlenen, soybağının tespitine yarayan yollardan bağımsız olarak bir kökenin tespiti talebinin bulunmadığına hükmetmiştir.

Çalışmamızda, daha önceden incelenmiş olan kökenin tespiti hakkının var olup olmadığı ve hukukî niteliğinin ne olduğu tartışmalarına değinilmekle yetinilecektir. Nitekim bu konuya yönelik mahkeme kararları ve doktrin çalışmaları² kökenin öğrenilmesi hakkının varlığını ve bunun dava yoluyla ileri sürülebileceğini net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu çalışmada ise öncelikle, bu hakkın dava yoluyla kullanılması durumunda gündeme gelecek olan menfaat çatışmaları arasında nasıl bir denge kurulması gerektiği konusu ayrıntılı olarak incelenecektir.

Bunun ardından da Türk Hukuku'nda soybağına ilişkin dava türleri ve kökenin tespiti davasının bunlarla ilişkisi değerlendirilecektir.

² **Serozan, Rona**, Çocuk Hukuku, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, 2017, Vedat Kitapçılık, s. 163; **Kırkbeşoğlu, Nagehan**, 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, 2016, Yıl: 7, Sayı: 24, s. 199 vd.; **Turan- Başara, Gamze**, Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı, Evrensel Hukuk İlkeleri İşığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 2016, Seçkin Yayınevi, s. 265 vd.

I. KÖKENİN TESPİTİ DAVASININ TEMEL HAKLARLA İLİŞKİSİ

A. SOYBAĞI VE KÖKENİN TESPİTİ ARASINDAKİ İLİŞKİ VE KÖKENİN ÖĞRENİLMESİ HAKKININ HUKUKİ TEMELLERİ

Soybağı, bir kişinin ana ve babası ile arasındaki bağı ifade eder³. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile soybağı hukuku yeniden düzenlemiştir. Bu düzenlemeler yapılırken İsviçre’de 1976 yılında yapılan değişiklikler göz önünde bulundurulmuştur⁴.

Soybağının kurulması, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Hısımlık başlıklı ikinci kısmında 282 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre kanbağına veya evlatlık ilişkisine dayanarak soybağının kurulması mümkündür. Kanbağına dayanarak çocuk ile ana arsında soybağı, doğum ile kurulur (TMK m. 282/I). Baba ile çocuk arasında soybağı ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur (TMK m. 282/II).

Soybağının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu durum soybağına ilişkin madde gerekçelerinde (TMK m. 284) belirtilmektedir. Açılan babalık davasının, Cumhuriyet savcısına ihbar edilmesi yükümlülüğünün de (TMK m. 301/III), soybağının belirlenmesinin kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle olduğu, madde gerekçesinde açıklanmıştır. Bu husus Anayasa Mahkemesi kararında⁵ da “*Soybağı hem kamu düzenini ilgilendirmekte, hem de hısımlık hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Soybağı ilişkisi aile hukukunun en önemli konularından birisidir. Çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimi üzerinde doğrudan etkisi olan bir husustur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Hukukî anlamda kurulmuş olan soybağı ilişkisi her zaman gerçek durumu yansıtmayabilir. Biyolojik anne/babanın öğrenilmesine ise soybağı hukukunda öngörülen dava süreleri ile davacı/davalı bakımından getirilen sınırlandırmalar engel olabilmektedir. Bu sebeple soybağı hukukundan bağımsız olarak bir kökenin öğrenilmesi hakkının var olup olmadığı tartışması gündeme gelmiştir.

³ **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 2016, Filiz Kitabevi, 11. Bası, s. 252; **Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 2016, Beta Yayınevi, 18. Bası, s. 321; **Baygın, Cem**, Soybağı Hukuku, 2010, XII Levha Yayıncılık, s. 13; **Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa**, Aile Hukuku, 1998, Filiz Yayınevi, 2. Bası, s. 197.

⁴ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun’u gerekçesi, m. 282 vd.; Öğüz, **Tufan**, Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 2010, On İki Levha Yayıncılık, Cilt II, s. 1415; **Başpınar, Veysel**, Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 3, s. 95.

⁵ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

Kökenin öğrenilmesi hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kıta Avrupası ülkelerinde mahkeme kararlarına sıklıkla konu olan bir kavramdır⁶. Gerek uluslararası sözleşmeler, gerekse anayasanın temel ilkelerine dayanılarak bu hakkın varlığı kabul edilmektedir.

Köken öğrenme hakkının kullanılması ve soybağının kurulması/kaldırılması talebinde bulunulmasının arasındaki temel fark; soybağı ilişkisinin mirasçılık, nafaka gibi hukukî sonuçlar doğururken, kökenin tespiti bu tür haklar vermemesidir⁷. Bununla birlikte kökenin tespiti talebinin hak düşürücü süreye bağlanamayacağı, çocuğun, soybağıyla bağlı olduğu ana- babaya, ana- baba olduğu varsayılan kişilere, ilgili sağlık kuruluşuna, evlatlık işlemlerine aracılık etmiş kurum ve kuruluşlara karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir⁸.

Köken öğrenme hakkı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde de dayanak bulmaktadır⁹. Sözleşmenin 7. ve 8. Maddeleri bu anlamda önemlidir. Sözleşme'nin 7. maddesine göre, "*Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde¹⁰ 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 dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler."

Sözleşme'nin 8. maddesi 2. fıkrası ise "*Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.*" hükmünü getirmektedir.

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme'nin 30. maddesi ikinci fıkrasına göre¹¹ "*Yetkili makamlar, çocuğun veya temsilcisinin bu bilgilere [çocuğun kökeniyle ilgili bilgilere], o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gereken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır."*

⁶ AİHM Jaggi vs Schweiz; BVerfG 31.01.1989, NJW 1989, 891; BGE 134 III 241; BGE 115 10234; BGE 128 I 63.

⁷ **Kırkbeşoğlu**, s. 207; **Baysal**, Başak, Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 515 vd.; **Turan- Başara**, s. 266.

⁸ **Kırkbeşoğlu**, s. 208; **Turan- Başara**, s. 279.

⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilmiş, Türkiye'de 27.1.1995 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 128 I 63) "*mümkün olduğu ölçüde*" ifadesini, dar yorumlayarak, bunun sadece çocuğun kökenini öğrenebilmesinin fiilen mümkün olmaması hali için geçerli olduğunu, bilgilere ulaşmak mümkünse yetkili merciinin bunu çocuğa iletmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir, bkz. **Baysal**, s. 499.

¹¹ Türkiye tarafından 5.12.2001 tarihinde Lahey'de imzalanan Sözleşme, 19.04.2004 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Gerek uluslararası düzenlemeler gerekse heterolog yapay dölleme tekniklerinin gelişmesi ve evlat edinmelerin artması, milli hukuklarda da düzenleme yapma ihtiyacını doğurmuştur. İsviçre Federal Anayasası 2010 yılında “Herkesin kökeniyle ilgili bilgilere ulaşma hakkı vardır.” hükmünü benimsemiştir (Art. 119/II-g BV).

Alman Anaysası’nda kökenin öğrenilmesi hakkına ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, bu yöndeki talepler, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına dayanarak çözülmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu konuya ilişkin emsal kararında¹², çocuğun kökenini öğrenme hakkı, kişilik hakkı kapsamında tanınmıştır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi 2016 yılında verdiği karar¹³ ile bu görüşünden ayrılarak kişinin, soybağının tespitinden bağımsız olarak bir köken öğrenme hakkının olmadığına hükmetmiştir.

Türk Hukuku açısından soybağının hukuken belirlenmesine engel olarak görülen düzenlemeler, kişinin maddi ve manevî varlığını geliştirme hakkı (AY m. 17) ile ilişkilendirilmektedir¹⁴. Anayasa Mahkemesi kararında¹⁵ açıkça belirtildiği üzere, “Bu madde gereğince soybağının doğru tespit edilmesi kişinin maddi ve manevî varlığını geliştirmesi ile doğrudan ilgilidir. Kişinin soybağının tespitine yönelik sınırlandırma getirmek bu maddenin özü ve sözü ile bağdaşmamaktadır.” Kökenin öğrenilmesi hakkının da bununla bağlantılı olarak TMK m. 23’de düzenlenen kişilik hakkı kapsamında korunduğu kabul edilmektedir¹⁶.

B. KİŞİLİK HAKKI OLARAK KÖKENİN ÖĞRENİLMESİ HAKKI

Kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümünün kişilik hakkına dâhil olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Nelerin kişilik hakkına dâhil olduğunu tahdidi olarak belirlemek mümkün değildir. Değişen ve gelişen sosyal düzen ve teknoloji sayesinde kişilik hakkı kavramı da genişlemektedir. Dolayısıyla kişilik hakkı ihlali iddiasıyla karşılaşan bir hâkim, öncelikle ihlal edilen menfaatin, hukukun korumaya layık gördüğü kişisel menfaatlere dâhil olup olmadığını saptayacaktır¹⁸.

¹² BVerfG 31.01.1989, NJW 1989, 891.

¹³ BVerfG, 19.04.2016, BeckRS 2016, 44719. Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. aşağı I. C. 2.

¹⁴ AY Mah. 2008/30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T.; AY Mah. 2013/62 E., 2013/115 K., 10.10.2013 T.

¹⁵ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete. **Baysal**, s. 496; **Kırkbeşoğlu** s. 208.

¹⁷ **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 2017, Filiz Kitabevi, 18. Baskı, s. 100.

¹⁸ **Dural/ Öğüz**, Kişiler Hukuku, s. 101.

Anayasa Mahkemesi soybağına ilişkin verdiği bir kararda bu hakka ilişkin talepleri, “*kişiliğine bağlı temel hak*” olarak nitelendirmiştir¹⁹. Karara göre, “*Anayasa’da düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Devlet’in herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; kişi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.*”

Doktrinde de kökenin öğrenilmesi hakkının Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen kişilik hakkıyla ilişkili olduğu kabul edilmektedir²⁰. Böylece kişiler hem anne- babasını hem diğer kan hısımlarının kimler olduğunu öğrenme ve onlarla kişisel ilişki kurma hakkından mahrum kalmayacaklardır²¹. Bu da doğrudan manevi varlığın geliştirilmesine hizmet etmektedir.

Aynı zamanda İsviçre Federal Mahkemesi kişinin kökenini öğrenme hakkını bir temel hak olarak kabul etmiştir²². Kararda, kökenin öğrenilmesi hakkı açıkça vazgeçilemez, mutlak bir kişilik hakkı olarak nitelendirilmiştir.

C. KÖKENİN TESPİTİ HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

Hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri temel hak ve hürriyetlerin belirlenmesi ve dengelenmesi konusunda hâkime yol gösteren ilkelerdir. Nitekim hukuk devleti ilkesi, kişisel özgürlüğün çekirdek alanını korumayı gerektirir. Sosyal devlet ilkesi ise anayasal normların salt bireysel uygulanmasını engellemekte, toplumsal aidiyet ve bağlılığın korunmasını da gerektirmektedir²³. Nitekim anayasa, birey- toplum ilişkisini, bir taraftan koruduğu temel haklarla garanti altına alırken diğer taraftan da sınırlayıcı ve sosyal ödevleri belirleyici normlarıyla dengeler²⁴.

¹⁹ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

²⁰ **Baysal**, s. 496; **Kırkbeşoğlu**, s. 208; **Turan- Başara**, 279.

²¹ **Kırkbeşoğlu**, s. 207.

²² BGE 134 III 241, çevirisi için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 200 vd. Ayrıca BGE 115 10234; BGE 128 I 63. İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararında belirttiği üzere kökenin öğrenilmesi talebi kişiliğin korunması kapsamındadır ve bu ZGB Art. 272 ile ilişkilendirilmektedir. Art. 272 ZGB hükmüne göre, “*anne, baba ve çocuklar, her durumda, aile bütünlüğünün gerektirdiği şekilde, birbirlerine saygı ve anlayış göstermekle yükümlüdürler*”. Hukuken korunmaya değer menfaatler için karşılıklı bilgi verme yükümlülüğü de bu normun uzantısı olarak kabul edilmektedir. Türk Hukukunda soybağının taraflara getirdiği karşılıklı yükümlülükler TMK m. 322’de düzenleme altına alınmıştır. Buna göre, “*ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*.” Kökenin tespiti hakkına ilişkin olarak maddi hukuk normu arayışında, bu hükmü dayanak olarak göstermek kanaatimizce eleştiriye açıktır.

²³ **Gören, Zafer**, Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1992, C. 9, s. 169.

²⁴ **Gören**, s. 168.

Kökenin tespiti hakkının dava yoluyla kullanılmasıyla birlikte, böyle bir davayla muhatap olan diğer kişilerin, kişilik haklarıyla bir çatışma olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda çıkan menfaatlerin nasıl dengeleneceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu menfaatler arasında denge kurulması, muhtemel temel hak ihlallerini önlemek adına önemlidir.

Yukarıda değinilen uluslararası metinlere bakıldığında da çocuğun “kanunların müsaade ettiği ölçüde” kimliğine ilişkin bilgilere ulaşma hakkından bahsedilmektedir. Bu ifadeyi dar yorumlamak gerekir. Ancak bu yorumdan, başka temel haklarla veya başka kişilerin menfaatleri ile çatışması durumunda, bunlarla arasında bir denge kurularak, hakkın kullanılmasının sınırlandırılabilirliği sonucunun çıkacağı da açıktır.

1. Kökenin Öğrenilmesi Hakkı ve Vücut Bütünlüğünün İhlalinin Ölçülülük İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Temel kişilik haklarının sınırlandırılmasında “ölçülülük ilkesinin” göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre tıbbi müdahalenin, gerçeği saptayabilmek için kaçınılmaz ve müdahaleye katlanacak kişi için sakıncasız olması zorunludur²⁵. Anayasa Mahkemesi soybağına yönelik verdiği bir kararında da ölçülülük ilkesine değinmiştir²⁶. Buna göre, “Ölçülülük ilkesi nedeniyle Devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.”

Ölçülülük ilkesi, soybağı ve kökenin belirlenmesi konularında iki noktada karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak kanun koyucu temel haklara ilişkin yapacağı düzenlemelerde ölçülülük ilkesini göz önünde bulundurmalıdır. İkinci olarak da hâkim, önüne gelen özel hukuk uyuşmazlıklarında, kişilik haklarının çatışması durumunda, ölçülülük ilkesini değerlendirerek hüküm kurmalıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi, menfaatler açısından değerlendirildiğinde, taraflardan birinin kökeni öğrenme konusunda ki hakkı ve menfaati kadar, karşı tarafın öğrenmeme konusunda bir menfaatinin söz konusu olabileceğini kabul etmekle birlikte, köken öğrenme hakkının, bu menfaat karşısında, ölçülülük ilkesi gerekçesiyle engellenemeyeceğini belirtmiştir²⁷. Karara konu olayda 90 yaşına gelmiş olan davalı, çocuğu gibi büyüttüğü davacının biyolojik babası olup olmadığı gerçeği ile yüzleşmek istememekte; kendisinin biyolojik baba olmadığını ispatlanmış sayılmasını talep etmektedir. Davalının, doktorunun

²⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras- ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, 2014, Turan Kitabevi, 3. Basi, s. 110; Serozan, Rona, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 2008, Turhan Kitabevi, s. 761; Baygın, Soybağı, s. 90; Baygın, Cem, Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜEHFD, Y. 2002, C. 6, S. 1-4, s. 266.

²⁶ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmî Gazete.

²⁷ BGE 134 III 241 bkz. Kırkbeşoğlu, s. 205.

da bu yöndeki tavsiyelerini ileri sürmüş olmasına rağmen, Mahkeme, kökenin öğrenilmesi hakkının korunmaya değer bir menfaat olduğunu ve ölçülülük ilkesi gerekçesiyle engellenemeyeceğini vurgulamıştır.

Kişinin kökenini öğrenme konusundaki menfaatinin haklılığı ortadadır. Ancak bu menfaatin diğer kişilik haklarıyla ilişkisi değerlendirilmeden, doğrudan, temel haklara dayanan diğer menfaatlerden üstün tutulması eleştiriye açıktır. İsviçre Federal Mahkemesi, DNA tespiti yapılması için vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalenin sağlığı tehdit edecek boyutta olmadığı gerekçesiyle davalının talebini reddetmiştir. Kanaatimizce karar, müdahalenin içerdiği risklerde sadece fizikî sağlığı dikkate almış olması sebebiyle eksiktir. Basit bir tıbbî müdahale ile öğrenilebilecek bir durum, psikolojik olarak ağır sonuçları beraberinde getirebilir.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de 2016 yılında verdiği kararda temel haklara ilişkin farklı menfaatler üzerinde durmuştur.

2. Alman Anayasa Mahkemesi Kararı

Gerek yerel mahkemeler gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi köken tespitine ilişkin olarak önüne gelen uyuşmazlıklarda, bunun bir kişilik hakkı olduğunu ve diğer kişilik haklarıyla yakından bir bağlantısı olduğunu değerlendirmişlerdir. Bu bağlantıda kökenin tespiti hakkının diğer kişilik haklarında önde yer alması gerektiği sonucuna varmışlardır. Alman Anayasa Mahkemesi 2016 yılında vermiş olduğu kararda²⁸ ise aynı hususları değerlendirmiş fakat farklı bir sonuca varmıştır.

Karara konu olan uyuşmazlıkta davacı, 1950 yılında evlilik birliği dışında doğmuştur. Davacının annesi, babasının X olduğunu söylemiş, ancak bu durum hukuken tespit edilmemiştir. Davacı, 1954 yılında, o zamanki mevzuata uygun olarak “kan bağına dayalı kökenin tespiti” talebinde bulunmuş; bu talep 1955 yılında reddedilmiştir. Davacı 2009 yılında babalık durumunun açığa çıkarılması için DNA-testine rıza göstermesini istemiştir. Davacı, bu talebini § 1598 a BGB’ye dayandırmaktadır. § 1598 a BGB’ye göre anne, baba ve çocuk birbirlerinden, soybağının tespiti için yapılacak genetik bir araştırmaya rıza göstermelerini ve bu araştırma için biyolojik madde alınmasına katlanmalarını talep edebilirler. Ancak bu hüküm sadece hukuken tanınan bir aile yani geçerli olarak kurulan soybağı ilişkisinin varlığı durumunda uygulanacaktır. Bu durum karşısında davacı, biyolojik baba olduğu tahmin edilen kişilerin, § 1598 a BGB’nin uygulama alanına girmemesinin, Anayasanın birinci maddesi birinci fıkrası ve bununla ilişkili olarak Anayasanın ikinci maddesi birinci fıkrasına;

²⁸ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719; değerlendirme için bkz. Heiderhoff, Bettina, Anspruch des Kindes auf Klärung der genetischen Vaterschaft?, NJW 2016, s. 1918.

aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sekizinci maddesi birinci fıkrası uyarınca özel hayata saygı gösterilmesi hakkına aykırılık teşkil ettiği iddiasında bulunmuştur.

Alman hukukunda, mevcut aile hukuku kurallarına göre kişinin kökeninin mahkeme kanalıyla tespit edilmesi iki yolla mümkündür. Bunlar § 1598 a BGB ve § 1600 d BGB'de düzenlenmiştir. § 1598 a I Nr. 3 BGB'ye göre, çocuk, (hukuken tespit edilmiş olan) anne-babasından, kökenin tespitine yönelik genetik bir incelemeye rıza göstermelerini ve bu amaçla kendilerinden örnek alınmasına (DNA örneği) katlanmalarını isteyebilir. § 1598 a I Nr. 3 BGB, sadece, hukuken anne- baba olarak görünen kişilerin biyolojik anne- baba olup olmadıklarının tespitine yarar.

Çocuk, hukukî olarak bir babaya sahip değilse, § 1600 d I BGB'ye dayanarak babasının kim olduğunun tespitini isteyebilir. Bu hükmün amacı, biyolojik babanın kim olduğunun dolaylı olarak belirlenmesinin zorunlu olduğu hallerde, baba ile olan soybağının hukukî olarak kurulmasını sağlamaktır. Çocukla baba olarak ilişkilendirilen kişi § 1592 Nr. 3 BGB'ye göre hukuken babadır. Bu hükümlerin dışında kökenin tespitini sağlamak amacıyla başvurulabilecek başka bir hukukî müessese söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin § 1598 a BGB'ye ilişkin olan yorumuna itiraz etmemiştir. Normun, davacının talep ettiği şekilde genişletilerek anayasaya uygun şekilde yorumlanması mümkün değildir; çünkü hukukî bir sonuç doğurmayan, babalığın tespiti imkânı, anayasal bir hak oluşturmamaktadır.

Kişinin kökenini öğrenme hakkı mutlak değildir, çatışan diğer temel haklarla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Kökenin açıklanması ile annenin kişilik hakları korunmalı, özel hayatın ve cinsi münasebetlerin gizliliğine bir saldırı meydana gelmemelidir. Diğer taraftan baba olması muhtemel olan kişi açısından da birçok temel hak söz konusudur. Bu haklara örnek olarak kişisel verilerinin korunması hakkı ihlal edilebilir ki, kişinin kökenini tespiti yarayacak genetik bilgileri de buna dâhildir. Bununla birlikte kökenin tespiti için DNA örneği alınması da kişinin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Anayasanın altıncı maddesi birinci fıkrası kapsamında korunan aile hayatı da ihlal edilebilir. Kökenin tespiti amacıyla yapılan müdahalelerle tüm bu temel hakları ihlal edilen muhtemel baba için geri dönülmez sonuçlar doğabilir²⁹.

Kararda, Anayasa ile güvence altına alınan genel kişilik haklarına dayanmak suretiyle kökenin tespitinin talep edilemeyeceği, yani genel kişilik haklarının kökenin tespitinin teminatını oluşturamayacağı ancak kökene ilişkin ulaşılabılır bilgilerin gizlenmesi karşısında bir koruma sağlayacağı vurgulanmıştır³⁰.

²⁹ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, Nr. 39.

³⁰ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, Nr. 33.

Kökenin öğrenilmesi talebi ile kökene ilişkin ulaşılabilir bilgilerin engellenmesi savunmasıyla karşı karşıya gelen tarafların menfaatlerinin korunmasına dair devletin anayasal bir sorumluluğu vardır³¹.

Davaya Adalet Bakanlığı da katılmıştır. Adalet Bakanlığı'nın görüşüne göre, § 1598 a BGB, hukukî olarak soybağı kurulmamış ancak biyolojik baba olduğu tahmin edilen kişilere karşı dava hakkı vermez. Kanun koyucu, hükmün uygulama alanını hukukî olarak kurulmuş aile ile sınırlı tutmak istemiştir. Hükmün, bu kapsamın dışında kalan kişilere yani herhangi üçüncü bir kişiye karşı kıyasen uygulanmasının kabulü beraberinde farklı sorunlar getirecektir. Mevcut durum Anayasa'ya uygundur³².

Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında önceki içtihatlarından³³ farklı bir bakış açısı sergilemiştir. Karar, yeni bir temel hak modeli ortaya koymuş olması sebebiyle önemli bulunmaktadır. Buna göre baba olması muhtemel olan kişinin, çocuğun biyolojik babası olmadığına dair anlayışı da korunmalıdır. Çünkü "baba olduğu tahmin edilen kişinin, çocuğun kendisinden olup olmadığına daha fazla araştırılmaması konusunda bir menfaati olabilir.

Karara ilişkin yapılan bir değerlendirmede, kanun koyucunun bilinçli olarak, "bağımsız, hukukî sonuç doğurmayacak bir babalığın tespiti davası" açılmasını mümkün kılacak; yani potansiyel olan herkese yöneltilebilecek ve nafaka veya mirasa ilişkin bir talep olmaksızın, yalnızca babalığın tespitine yarayacak bir dava türünü düzenleme altına almaktan kaçındığı belirtildikten sonra kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma yükümlülüğünün bulunmadığı da ifade edilmiştir³⁴.

3. Özel Hayatın Gizliliği ve Aile Hayatının Korunması Gerekçesiyle Sınırlandırma

Çocuğun, kökenin tespiti talebinde bulunması ile hem annenin hem de baba olduğu iddia edilen kişinin özel hayatına ve mevcut aile düzenine bir müdahale söz konusu olabilir. Anayasa'nın 20. maddesine göre, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*"

³¹ BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, Nr. 38. Ayrıca bkz. BVerfG 79, 256 [268 f.] = NJW 1989, 891; BVerfG 90,263 [270 f.] = NJW 1994, 2475; BVerfG 96, 56 [63] = NJW 1997, 2165.

³² BVerfG, 19.04.2016 tarih ve 3309/13 Sayılı Kararı, BeckRS 2016, 44719, s. 401.

³³ BVerfG, Urteil vom 31-01-1989 - 1 BvL 17/87 (NJW 1989, 891, beck-online), Anayasa Mahkemesinin bu kararında kişinin kökenini öğrenme hakkının kişilik hakkı kapsamında olduğu belirtilmiştir.

³⁴ **Muckel, Stefan**, "Allgemeines Persönlichkeitsrecht: Keine "rechtsfolgenlose" Vaterschaftsfeststellung", JA 2016, S. 7, s. 553.

i. Annenin ve Biyolojik Baba Olduğu Düşünülen Kişinin Özel Hayatının Gizliliği

Çocuk, biyolojik babasını öğrenmek istediğinde, annenin, özel hayatın ve dolayısıyla cinsî münasebetlerin gizliliği gerekçesiyle çocuğa bilgi vermek istememesi hukuken korunan bir menfaat olarak kabul edilmemektedir³⁵. Böyle bir durumda, çocuğun biyolojik babasını öğrenme menfaatine üstünlük tanınmaktadır. Annenin vereceği bu bilgi, baba olduğu iddia edilen kişinin de özel hayatını ilgilendirmektedir. Sadece özel hayatın korunması gerekçesi, baba olduğu iddia edilen kişi için de bir savunma aracı oluşturmamaktadır. Her ne kadar yukarıda değinilen Alman Anayasa Mahkemesi kararı, özel hayatın gizliliği gerekçesiyle kişinin biyolojik babasını öğrenme hakkının kısıtlanabileceği üzerinde dursa da hemen aşağıda açıklandığı üzere, genel kanaat ve uygulama bundan ayrılmaktadır.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında³⁶ evlilik birliği dışında doğan bir çocuğun, annesinden biyolojik babasının kim olduğunu öğrenmek istemesi ve annesinin bu bilgiyi vermek istememesi üzerine evlilik birliği dışında doğmuş olan, ergin çocuğa, annenin, biyolojik babasına ilişkin kimlik bilgilerini verme yükümlülüğünün olup olmadığı eğer böyle bir yükümlülüğü varsa bunun hangi kapsamda olduğu sorusunu değerlendirmiştir. Anne, çocuğun doğumundan önce birçok erkekle birlikte olduğunu, bu erkeklerin bir kısmının evli olduğunu beyan etmiştir. Dolayısıyla anne, kendisinden istenen bilgiyi vermekle hem kendi özel hayatına hem de başkalarının özel hayatına ilişkin bilgileri paylaşmış olacaktır. Mahkeme, insan onurunun ve özel hayatın temel hak olarak korunduğunu ancak bu korumanın tek başına köken öğrenme hakkının önüne geçemeyeceğini; aynı şekilde bu maddelere dayanarak kişinin kökenini öğrenme talebinde bulunduğu, bu hükümlerin ona mutlak bir koruma sağlamayacağını vurgulamıştır. Somut olayın özelliklerine bakılarak menfaatler arasında bir denge oluşturulması gerektiği kararda belirtilmiştir. Kişi, özel hayatının sınırını ne kadar genişletir ve ne kadar açık ederse, koruma o kadar azalacaktır. Bu “özel hayat” sebebiyle meydana gelen bir çocuğa karşı da “özel hayatın korunması” talebi geçerli olarak görülmemiştir. Kararda ayrıca, Anayasa’da yer alan hükümlerin kurumlara karşı da ileri sürülebileceği, anne ile çocuk arasındaki bilgi verme yükümlülüğünün ise öncelikle § 1618a BGB³⁷ hükmü dolayısıyla var olduğu ifade edilmiştir.

³⁵ **Löhnig, Martin/ Plettenberg, Ina/ Runge- Rannow, Maria Viktoria**, Keine Pflicht des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten, rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung, NZFam 2016, S. 9, s. 409; **Daiber, Birgit**, Ehe- Ein Vertrag zu Lasten Dritter?, NZFam 2016, S. 20, s. 919.

³⁶ Alman Anayasa Mahkemesinin 06.05.1997 tarih ve 1 BvR 409/90 sayılı kararı, NJW 1997, s. 1769.

³⁷ § 1618a BGB’ye göre, anne baba ve çocuklar birbirlerine karşı anlayış ve saygı göstermekle yükümlüdür.

Bu açıklamalarla birlikte görülmektedir ki fiili bir olguya dayanması koşuluyla³⁸ biyolojik baba olduğu iddia edilen kişi, özel hayatının korunması gerekçesiyle böyle bir talebe muhatap olmaktan kurtulamayacaktır. Hatta bu kişinin bir aile hayatının olması durumunda ailenin korunması gerekçesiyle de kendisini kurtaramayacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi bu gibi durumlarda kişinin biyolojik babasını öğrenme menfaati daha üstün tutulmuştur.

Evlilik birliği dışında doğan ve baba yönünden soybağı bulunmayan çocukların, biyolojik babalarını öğrenme talepleri karşısında mahkemeler, menfaat dengesini bu şekilde değerlendirmektedir. Baba yönünden soybağı bulunan çocuklarda ise durum biraz daha karmaşıktır. Zira bu durumda çocuğun içinde bulunduğu aile hayatının korunmasının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

ii. Aile Hayatının Korunması

Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu karara konu olayda³⁹, davacı, çocuğun annesi ile 1999'un Mart ayında bir ilişkilerinin olduğunu, 8.5.2000 tarihinde doğan çocuğun babasının kendisi olduğunu iddia etmiştir. Ancak çocuk, davalı 2 tarafından geçerli bir şekilde tanınmış, bu suretle soybağı kurulduktan sonra da davalı 2 ve anne evlenmişlerdir. Davacı, çocuğu tanımak istediğinde bu durum kendisine bildirilmiş ve talebi bu gerekçeyle reddedilmiştir. Bunun üzerine davacı, tanınmanın iptali ve kendisinin biyolojik baba olduğunun tespiti talebiyle dava açmıştır. Anne de davacıya, çocuğun kendisinden olduğunu söylemiştir. Ancak davalı 2 çocuk ve anneyle ortak hayata devam etmektedir. Dava hem ilk hem de üst derece mahkemesince reddedilmiştir. Nitekim hukukî olarak kurulmuş bir soybağına 3. kişinin itiraz hakkı çok kısıtlı bir şekilde tanınmıştır. § 1600 II ve IV BGB'ye göre, biyolojik baba ancak çocuk ve hukukî baba arasında korunmaya değer sosyal bir aile ilişkisi olmadığı zamanlarda iptal talebinde bulunma hakkına sahiptir. Somut olayda anne ve hukukî babanın evli olmaları sebebiyle sosyal anlamda da bir aile ilişkisi mevcuttur. Bu sebeple biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin iptal talep etme hakkı yoktur. Bunun üzerine konu, soybağının iptaline yönelik olan § 1594 BGB vd. maddelerinin kişilik haklarıyla ve biyolojik babanın doğal hukuktan kaynaklanan babalık hakkıyla⁴⁰ bağdaşıp bağdaşmadığı sorusu ile Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi özel hayatın ve aile hayatının korunması gerekçesiyle mevcut düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı

³⁸ Serozan, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, s. 761; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 154, 178; Löhnig/ Plettenberg/ Runge- Rannow, s. 409.

³⁹ Alman Anayasa Mahkemesi'nin 13. 10. 2008 tarih ve 1 BvR 1548/03 sayılı kararı, BVerfG JuS 2009, 460.

⁴⁰ Alman Anayasası m. 6 evlilik, aile ve evlilik birliği dışında doğan çocuklara ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, "(1) Evlilik ve aile devletin özel koruması altındadır. (2) Çocuğun bakım ve eğitimi anne-babanın tabii hakkı ve aynı zamanda yükümlülüğüdür."

bulmamıştır. Kararda belirtildiği üzere, biyolojik baba olmak, kişiyi doğrudan Anayasa'nın 6. Maddesinde belirtilen hakların sahibi yapmaz. Anayasa, biyolojik babanın, hukukî baba olarak tanınması talebini de güvence altına almaktadır. Ancak mevcut olayda olduğu gibi hukukî olarak kurulmuş bir aile ilişkisinin varlığı sebebiyle menfaatler çatıştığında, öncelik, hukukî ve sosyal olarak kurulmuş aileye verilmiş ve biyolojik baba olduğunu iddia eden kişiye iptal hakkı, haklı olarak tanınmamıştır.

Bu karar her ne kadar soybağına ilişkin hükümlerin Anayasa ile ilişkisine yönelik olsa da soybağından bağımsız olarak kökenin tespit edilmesi hakkının varlığının kabulünde, bu hakkın sadece üst soya yöneltilebilecek bir hak değil, biyolojik baba olduğunu düşünen bir kişinin, çocuğu olduğunu düşündüğü kişiye de yöneltilebileceği bir hak olduğunu göstermesi açısından önemlidir⁴¹.

4. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Sınırlandırma

Biyolojik baba olup olmadığının tespit edilmesi için biyolojik madde verme talebiyle karşı karşıya kalan kişinin, biyolojik madde vermeyi kabul etmemesinin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁴² kapsamında korunup korunmayacağı değerlendirmeye açık bir meseledir. Genel nitelikli hükümlerin yanı sıra 2016 yılında yürürlüğe giren bu kanun ile kişisel verilere yönelik özel bir koruma getirilmiştir.

Kanun'un 3. maddesi d bendine göre kişisel veri "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*" ifade eder. 6. maddede ise özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları düzenlenmiştir. Özel nitelikli veriler, taşıdığı risk sebebiyle genel nitelikli verilerden ayrılır ve daha sıkı bir koruma gerektirir⁴³. Kanun'un 6. maddesine göre;

⁴¹ Alman Anayasa Mahkemesi 2003 ve 2007 yıllarında vermiş olduğu kararlarda bu hususu değerlendirmiş ve "*nasıl ki çocuğun kökenini öğrenme hakkı, kişiliğini geliştirme hakkının bir parçası olarak kişilik hakkının içinde değerlendiriliyorsa, kişinin kendinden üreyen çocuğun kimliğini öğrenme hakkı da insan onuru kapsamında korunmaya değer görülmelidir*" sonucuna varmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 209- 210. Bununla birlikte Alman hukukunda 2013 yılında yürürlüğe giren düzenleme ile hukukî olarak soybağı kurulmamış olan biyolojik baba, § 1686a BGB ve § 167a FamFG' ye göre çocukla kişisel ilişki kurma ve bilgi alma talebinde bulunabilir. Bu talepte bulunabilmesi için babanın, annenin gebe kalma dönemde onunla birlikte yaşadığını ispat etmesi gerekmektedir. Böylece babanın, hukukî sonuç doğurmayacak ancak çocukla kişisel ilişki kurmasını ve onunla ilgili bilgi almasını temin edecek bir babalığın tespiti talebinde bulunması mümkündür. Ancak kanun çocuğa, biyolojik babasına yöneltebileceği böyle bir hak tanımamıştır.

⁴² 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 7.4.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazete.

⁴³ **Özdemir, Hayrunnisa**, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara, 2009, Seçkin Yayınevi, s. 127; **Taştan, Furkan Güven**, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, İstanbul, 2017, On iki Levha Yayıncılık, s. 44.

“(1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

Görüldüğü üzere kişinin açık rızası olmadan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. 3. fıkrada ise sağlık ve cinsel hayata ilişkin bilgilerin, diğer kanunların cevaz vermesi durumunda, açık rıza olmadan işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Kişinin biyolojik babasını öğrenmesi için veri olarak kan, tükürük veya saç teli yeterlidir. Bu verilerin sağlık ve cinsel hayata ilişkin veri mi yoksa birinci fıkrada bahsedilen genetik veri mi olduğunun tespiti, bunun işlenmesinde uygulanacak yöntemin belirlenmesi açısından önemlidir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda tanımlanmayan genetik veri kavramına, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü⁴⁴’nün dördüncü maddesi on üçüncü bendinde yer verilmiştir. *“Kişinin biyolojik numunesinden çıkarılan, onun fizyolojisine veya sağlığına ilişkin irsi veya sonradan kazanılan genetik özelliklerle ilgili verileri⁴⁵”* genetik veri olarak tanımlanmaktadır. Genetik veri ve sağlığa ilişkin veri kavramları arasındaki ilişkiyi netleştirebilmek adına Tüzük’ün gerekçesine (Nr. 34) bakmak yol gösterici olacaktır. Buna göre, verinin değerlendirilmesiyle, kromozom, DNA veya RNA veya başka bir elementin değerlendirilmesiyle gerçek kişinin irsi ya da sonradan kazandığı özelliklerine ilişkin aynı tanı konabiliyorsa, bu veri genetik veri olarak açıklanmıştır.

⁴⁴ Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’nin 27.04.2016 tarihinde kabul ettiği 2016/ 679 Sayılı Tüzük, Avrupa Birliği’nin 04.05.2016 tarihli Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır. Almanca metin için bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:119:FULL&from=DE> (E.t. 03.04.2018).

⁴⁵ **Taştan**, 122 Nolu dipnot. Tüzükteki ifadesiyle, *“Genetic data’ means personal data relating to the inherited or acquired genetic characteristics of a natural person which give unique information about the physiology or the health of that natural person and which result, in particular, from an analysis of a biological sample from the natural person in question.”*

Kişiye özgü sağlık verisi ise ilgili kişinin geçmiş, şimdi ve gelecekteki fizik ve ruh sağlığına ilişkin bilgileri içerir (Nr. 35). Gerekçeye göre (Nr. 54), yüksek bir korumadan yararlanacak özel nitelikli kişisel veriler, sadece şu şartlarda sağlıkla ilgili konularda kullanılır; bu bilgiye ulaşılması belirli bir gerçek kişinin ya da toplumun genelinin menfaati için gerekli ise, sağlık sisteminin işleyişi ve kalitesine ilişkin lokal ve sınır ötesi araştırmalarda kullanılması, sınır ötesine sağlık yardımı sağlanması, kamu düzenine ilişkin arşivlerin oluşturulması amacıyla, bilimsel ya da tarihi araştırmaların yapılması amacıyla kullanılmasında (....) Üye ülkeler bunlar dışındaki özel nitelikli verilerin, özellikle genetik verilerin işlenmesine yönelik sınırlama ve şartlar getirebilirler. Ancak bu şartlar verilerin sınır ötesinde işlenmesine ilişkin olsa da verilerin Birlik içerisinde serbest dolaşımına engel olmamalıdır.

Görüldüğü üzere sağlık verilerinin işlenmesi, genetik verilerden daha ağır şartlara bağlanmıştır. Kişinin biyolojik babasını öğrenmek için ihtiyaç duyduğu veriler genetik veri niteliğindedir. Özel nitelikli bir veri olan genetik verinin işlenebilmesi için kural olarak kişinin açık rızası gerekir. Ancak kanunda öngörülen hallerde kişinin açık rızası olmasa da işlenebilir. Bu verilerin işlenmesine cevaz veren kanun hükmü ise TMK m. 284/b. 2 ve HMK m. 292'de yer almaktadır. İki hüküm de soybağının tespiti için açılan davalarda, davalının incelemeye rıza göstermemesinin sonuçlarını düzenlemektedir.

D. Kökenin Öğrenilmesi Davasında HMK m. 292 Hükümünün Uygulanması

Soybağının tespiti konusunda ilgililerin incelemelere rıza gösterip göstermeme zorunluluklarını ve bunun sonuçlarını düzenleyen TMK m. 284/b. 2 ve HMK m. 292 hükümleri önem arz etmektedir. Her iki madde de kişi bakımından uygulama alanını geniş bir şekilde düzenlemiştir. TMK m. 284/b. 2 "*tarafklar ve üçüncü kişilere*" soybağının belirlenmesinde zorunlu olan araştırma ve incelemelere rıza gösterme yükümlülüğü getirmiştir. HMK m. 292 hükmü ise "*herkesin*" soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla kökenin tespiti talebiyle açılacak davalarda, soybağının belirlenmesine yönelik olan bu hükümlerin uygulanmasında engel bir durum yoktur.

TMK m. 284/b.2'ye göre, davalı, gerekli araştırmaya rıza göstermezse, hâkim, beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir. HMK m. 292 hükmüne göre ise, böyle bir araştırmaya rıza gösterilmemesi durumunda hâkim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir. Bu iki hüküm arasındaki açık çelişki karşısında, hangi normun geçerli olacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, TMK m. 284/b.2 'nin maddi hukuk normu olduğu gerekçesiyle HMK m. 292 karşısında üstün tutulması gerektiği yönündedir⁴⁶.

⁴⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 263.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen diğer görüş ise zaman itibarıyla sonradan yürürlüğe giren HMK hükmünün TMK hükmünü zımnen ortadan kaldırdığıdır⁴⁷.

Soybağının belirlenmesi için tıbbi araştırmaya rıza göstermeyen kişinin, böyle bir araştırmaya zorlanabileceği hükmünü düzenleyen HMK m. 292 bu anlamda doktrinde eleştirilmektedir⁴⁸. Kanun koyucu bu yaklaşımıyla gerçeğin ortaya çıkmasını üstün yarar olarak kabul etmiştir⁴⁹. Ancak bu durum açıkça kişilik hakkı ihlali teşkil etmekte ve ölçülülük ilkesini zedelemektedir⁵⁰. Böyle

⁴⁷ **Tüzüner, Özlem**, Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, Y. 2013, Cilt: 62, S. 4, s. 1149 vd.; **Dursun, Sanem Aksoy**, Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi" Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2012, Cilt: 8, Sayı: 95-96, s. 120 vd.; **Özbilen, Ali Barış**, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 113 vd.

⁴⁸ HMK m. 292 hükmüne benzer bir norm, § 1598 a BGB'de düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Çocuğun biyolojik kökeninin belirlenmesi için 1. Baba, anne veya çocuktan 2. Anne, baba veya çocuktan 3. Çocuk, her iki aile bireyinden kökenin tespiti için gerekli genetik araştırmalara rıza göstermesini ve uygun genetik deney için biyolojik madde alınmasına katlanmasını isteyebilir. (2) Yetkili kişinin talebi üzerine, rıza gösterilmemesi durumunda, aile mahkemesi deney için biyolojik madde alınmasına katlanmasını isteyebilir. Deney, kabul edilen bilimsel esaslara göre gerçekleştirilmelidir." HMK m. 292 ve § 1598 a BGB arasındaki temel fark, normun kişi bakımından uygulama alanında kendini göstermektedir. HMK m. 292 soybağının belirlenmesine ilişkin tüm davalarda uygulanabilir. Bu anlamda Türk Medeni Kanunu 286. maddesinde soybağının reddi davasını ve 301. maddesinde babalık hükmünü kabul etmiştir. Soybağının reddi davasında hukuken kurulmuş bir aile ilişkisinin çözülmesi talebi söz konusu iken; babalık hükmünde hukuken kurulmuş bir aile ilişkisi yoktur ve bunun tesisi için dava açılmaktadır. Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi HMK m. 292'nin babalık hükmü davasında uygulanmasına engel bir durum yoktur. Oysa § 1598 a BGB normu sadece hukuken kurulmuş bir aile ilişkisinin varlığı halinde uygulanabilir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.2007 tarihinde gizli babalık testine ilişkin verdiği kararında (BVerfG NJW 2007, 753), kanun koyucunun bilinçli olarak § 1598 a BGB hükmünü dar bir şekilde düzenlediği vurgulanmıştır. Bu hüküm, biyolojik ancak hukukî olmayan babaya yönelik olarak bağımsız bir kökenin tespit edilmesi talep hakkı vermez.

⁴⁹ İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 296 hükmü (Art. 296 ZPO) HMK m. 292 ile benzer bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir. Art. 296/II ZPO'ya göre, "Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere katılmakla yükümlüdürler. Tarafların ve üçüncü kişilerin –ispat faaliyetlerine katılmaktan- kaçınma haklarına yönelik düzenlemeler geçerli değildir." 2011 yılında yürürlüğe giren bu hüküm, aynı konuyu düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu m. 254'ü ilga etmiştir. Hüküm, hem soybağına ilişkin inşai davalar hem de tespit davasında uygulanmaktadır. Türk Hukukundaki düzenleme ile arasındaki önemli fark ise yükümlülüğe uymamanın yaptırımında karşımıza çıkmaktadır. İsviçre Hukuku'na göre bu yükümlülüğe uyulmaması dolaylı yaptırımlara tabi olur. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen usul hukukuna ilişkin yaptırımların uygulanması gerekir. Ancak kişinin zor kullanılarak böyle bir araştırmaya dâhil edilmesi mümkün değildir, Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung (2013), Art. 296, Nr. 25.

⁵⁰ **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 154, 178.

bir müdahaleye katlanmak istemeyen kişinin buna zorlanması çok ağır bir ihlal olup insan onuruyla bağdaşması mümkün değildir⁵¹. Oysa davalının, gerekli araştırmaya rıza göstermemesi durumunda, hâkimin beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabileceğini öngören TMK hükmü, çatışan menfaatler arasında daha dengeli bir düzenleme içermektedir.

HMK m. 292 hükmünün herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmadan uygulanması temel hak ihlallerine sebebiyet verebilecektir. HMK m. 292/l c. 2, “*Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*” düzenlemesini içermektedir. Bu durumda hâkim, böyle bir müdahaleden kaçınan kişinin sebeplerinin haklı olup olmadığı konusunda takdir hakkına sahiptir. Hâkim, babalık hükmü davasında vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak istemeyen kişinin haklı bir sebebi olup olmadığı konusunda takdir hakkını kullanırken, davacının iddialarının somut olgulara dayanıp dayanmadığı, tıbbi müdahale uygulanmadan sonuca ulaşılmamasının mümkün olup olmadığı, yapılacak müdahalenin davalının sağlığı açısından tehlike oluşturup oluşturmadığı konularına dikkat etmelidir⁵².

II. TÜRK HUKUKU’NDA SOYBAĞINA İLİŞKİN DAVA TÜRLERİ VE KÖKENİN TESPİTİ DAVASININ BUNLARLA İLİŞKİSİ

Türk Medeni Kanunu, soybağına yönelik olarak fiili durumla hukukî durumun birbirine uymaması halinde açılacak dava türlerini düzenlemiştir. TMK m. 301’de öngörülen babalık hükmü hariç diğer davalar hukukî olarak kurulmuş olan soybağını ortadan kaldırmaya ilişkin, olumsuz nitelikteki davalardır. Bunlar, TMK m. 286’da öngörülen soybağının reddi, TMK m. 294/l’de düzenlenen sonradan evlenmeyle soybağının oluşturulmasına itiraz ve TMK m. 297’de hüküm altına alınmış olan tanınmanın iptali davalarıdır. Nüfus kaydının hatalı bir şekilde oluşturulması durumunda ise her zaman tespit ve TMK m. 39 ve Nüfus Kanunu m. 35 uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılabilir.

Biyolojik babanın belirlenmesi amacıyla açılacak bir köken tespiti davasında, çocuğun baba yönünden soybağının kurulup kurulmamış olmasına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Ancak hemen baştan belirtelim ki böyle bir dava hakkının tanınıp tanınmaması konusunda çocuğun baba yönünden soybağının olup olmaması tek kriter olarak kabul edilemez; ancak somut olaya ilişkin değerlendirmelerde belirleyici olabilir.

⁵¹ **Memiş, Tekin/Yıldırım, Fadıl**, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Belirlenmesi ve Yarattığı Hukukî Sorunlar”, AÜEHFD, Y. 2004, C. VIII, S. 1-s. 299-300.

⁵² **Kırkbeşoğlu**, s. 221.

A. Soybağının Reddi Davası

Türk Medeni Kanun'un 285. madde 1. fıkrası hükmü gereği, “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.” Kanunkoyucu bu hüküm ile babalık karinesi öngörmüştür. Bu karine uyarınca evlilik birliği içerisinde doğan çocuk ile baba arasında soybağı kurulur⁵³. Hukuken kabul edilen bu duruma ilişkin bir şüphe olması durumunda ise başvurulması gereken yol TMK m. 286 uyarınca soybağının reddedilmesi olacaktır. Kural olarak bu davayı açma hakkı baba ve çocuğa aittir. Ancak TMK m. 291 hükmünde öngörülen durumlarda “diğer ilgililer”de soybağının reddi davası açma hakkını haiz olacaklardır. Baba olduğunu iddia eden kişinin de bu kapsamda dava açma hakkı söz konusudur⁵⁴.

Babalık karinesine dayanarak çocuk ile baba arasında soybağının kurulması durumunda, çocuk ile baba arasındaki soybağının kaldırılmasının tek yolu açılmış olan soybağının reddi davasının kabul edilmesidir. Mevcut hukukumuzda göre çocuk ile hukukî baba arasında soybağının bulunmadığı iddiası tespit davasına konu teşkil edemez ve görülmekte olan başka bir davada ileri sürülemez⁵⁵.

Soybağının reddi davasının açılması hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır. TMK m. 289'da düzenlenen 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra bu davanın açılması mümkün olmayacaktır. Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmalıdır. Kanun koyucunun hak düşürücü süre belirlemesi, tarafların sürekli bir dava tehdidi altında bırakılmasını engellemek istemesindedir⁵⁶.

Anayasa Mahkemesi 2009 yılında vermiş olduğu bir karar ile soybağının reddi davasının açılabilmesi için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü üst süreyi iptal etmiştir⁵⁷. Dava konusu olayda baba, evlilik birliği içerisinde doğan ve doğumundan itibaren 5 yıldan fazla süre geçen çocuğu ile arasındaki soybağının iptalini istemekte ancak kanunda öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre sebebiyle bu talebini dava yoluyla ileri sürememekteydi. İptal kararından önce kocanın soybağının reddi davası açması, her halde doğumdan başlayarak beş yıl geçtikten sonra sona eriyordu. İtirazın gerekçesinde “Günümüzün ailesi ‘küçük aile’ denilen eşler ile evlenmemiş çocuklardan oluşan aile tipidir.

⁵³ **Erlüle, Fulya**, Babalık Karinesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 1, 2009, Vedat Kitapçılık, s. 686 vd.

⁵⁴ Baba olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davası açma hakkı 4721 Sayılı kanun ile tanınmıştır, bkz. **Öğüz**, s. 1418.

⁵⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 258.

⁵⁶ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T., 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷ AY Mah. 2008/ 30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T., 7.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete.

Dolayısıyla eş ile kan bağı olmayan çocuğun aileden olduğunun, eşin iradesine rağmen varsayılması Anayasa'nın koruduğu bir sonuç değildir." denilmekte; ilgili kanun hükmünün Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 40. ve 41. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmekteydi. Anayasa Mahkemesi itirazı, 2., 5. ve 17. maddelere aykırılık yönünden incelemiş ve kabul etmiştir. Kararda, "*Kişinin genetik- biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından biridir. İtiraz konusu ibare ile bu hak doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi halinde dava açma hakkı henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik- biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bu hak ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir.*" ibarelerine yer verilmiştir. Aynı zamanda itiraz konusu ibarenin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surete sınırlandırdığı da vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumundan, soybağının doğru bir şekilde belirlenmesini bir temel hak olarak yorumladığı ve bu temel hakkın beş yıllık bir süre ile sınırlandırılmasının hukukî olmayacağını kabul ettiği açıktır. Fiili durum ve hukukî durumun birbirine uygun hale getirilebilmesi amacıyla üst sürenin iptali yoluna gidilmiştir. Bu gerçeğin tespit edilmesi, babası olarak bildiği kişiyle soybağı kesilecek olan çocuğun menfaatinden üstün tutulmuştur⁵⁸.

Bu durumda çalışma kapsamında değerlendirilmesi gereken soru ise, bir erkekle soybağı bulunan çocuğun, soybağını reddetmeden veya hak düşürücü sürenin dolması sebebiyle reddedemeden, soybağıyla bağlı bulunduğu kişiye ya da başka bir erkeğe biyolojik babasının tespiti amacıyla kökenin öğrenilmesi talebini dava yoluyla ileri sürüp süremeyeceğidir. Aynı şekilde bir erkek, başka bir erkekle soybağı bulunan çocuğa karşı onun biyolojik babası olduğu iddiasıyla tespit talebinde bulunabilecek midir⁵⁹?

Kökenin tespiti hakkı, vazgeçilemeyen, devredilemeyen ve süre ile sınırlandırılmayan bir mutlak haktır dediğimizde, böyle bir ayırım yapmaksızın dava açılacağını kabul etmek gerekir. Ancak böyle bir talebin kabul

⁵⁸ Çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği yönünde bkz. **Akbıyık, Cem**, Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukukundaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 1, s. 216; **Tosun, Yalçın/ Baş, Ece**, Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 123-124, s. 109.

⁵⁹ Alman Hukukunda babaya, çocuk ile soybağını kurmayan ama kişisel ilişki kurma hakkı tesisine yarayan bir tespit davası hakkı veren hükme ilişki bkz. dipnot 41.

edilebilmesi için öncelikle çocuğun bu şüphesi maddi olgulara dayanmalıdır. Çocuğun soybağıyla bağlı olduğu kişiyle aile gibi birlikte yaşıyor olması durumunda, ailenin korunması ilkesi de gözetilmesi gereken diğer bir anayasal normdur. Hukuken kurulmuş bir soybağı ilişkisinin varlığı ve aile yaşamının devam etmesi durumunda, böyle bir dava ile ihlal edilebilecek kişilik hakları korunmaya değer menfaat olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak çatışan bu menfaatler arasında hem doktrin⁶⁰ hem yargı kararlarında kişinin biyolojik olarak altsoyu veya üst soyunu öğrenmesi menfaatine üstünlük tanınmaktadır.

B. Babalık Hükmü/ Baba Yönünden Soybağı Bulunmayan Çocuklar Açısından Durum

Anne ile soybağı kurulmuş olmakla birlikte baba yönünden soybağı bulunmayan çocuklar ve hem anne hem baba ile soybağı olmayan, terk edilmiş çocukların köken öğrenme hakkının nasıl tezahür edeceği ayrı bir tartışma konusudur⁶¹.

Türk Hukuku'nda baba yönünden soybağı bulunmayan çocuklar TMK m. 301'de düzenlenmiş olan babalık davası açmak suretiyle baba ile soybağının kurulmasını sağlayabilirler. Mevcut düzenlemenin ayrıntılarından bahsetmeden önce konuyla olan bağlantısı sebebiyle 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 297. maddesine değinmek gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca iki çeşit babalık davasının açılması mümkündür. Buna göre, "Dava, ana ve çocuk lehine babanın nakdî tediye bulması talebine dair olabileceği gibi, kanunun tayin ettiği hususlarda, bu taleple birlikte veya ayrıca, babalığın ahvali şahsiyeye müteallik bütün netayici ile hükmen tayinine dair de olabilir." Dolayısıyla 743 Sayılı Kanun döneminde biyolojik soybağının tespit eden ancak hukukî olarak soybağının kurulması sonucunu doğurmayan bir dava türü öngörülmüştü. Anayasa Mahkemesi'nin 1987 yılında verdiği bir kararda bu davadan şu şekilde bahsedilmiştir; "*Kanunumuza göre babalık davasının konusu, ana ve çocuk yararına mali sonuçlu olabileceği gibi, mali istekle birlikte baba ile çocuk arasında bir nesep bağı kurmak, çocuğun babasının soyadını, vatandaşlığını ve miras hakkını almak, nüfusuna kaydolmak gibi kişisel sonuçlu da olabilir. Mali sonuçlu babalık davası, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun, davalı erkekten olduğu saptandıktan sonra, çocuk yararına nafaka, ana lehine tazminat verilmesi amacına yöneliktir. Kişisel sonuçlu babalık davası*

⁶⁰ Serozan, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, s. 761; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 154, 178; AY Mah. 2008/ 30 E., 2009/96 K., 25.06.2009 T., 7.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete.

⁶¹ Yapay dölleme tekniklerinin kullanılmasının soybağı hukukuna etkileri ve evlat edinilen çocukların biyolojik anne- babalarını bulmak istemeleri durumunda karşılaştıkları hukukî sorunlar başlı başına başka bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek niteliktedir. Bu sebeple bu çalışmada bu tartışmalara yer verilmemiştir.

sonucunda babalığa hükmedilmesi halinde, evlilik dışı çocuk, mali sonuçlar yanında, babasının nüfusuna kaydedilerek, onun soyadını, vatandaşlığını alır, babasının ve anasının hısımlarına karşı miras dâhil, sahih olmayan nesebe bağlı hak ve görevlere sahip olur. Bu suretle, evlilik dışı doğan çocuk ile baba arasında sahih olmayan nesep ilişkisinden doğan hukuksal bağ kurulur. Ancak Medeni Kanununun 443. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, babanın sahih nesepli çocukları ile birlikte mirasçı olan sahih nesepli olmayan çocuk, sahih nesepli çocuğun miras payının yarısını alacaktır. Evlilik dışı çocuğun babası belli ise, yalnızca mali sonuçlar doğuran babalığa hükmolunması halinde çocukla babası arasında doğal nesep (tabii babalık) bağı doğmuş olur. Böyle bir durumda çocukla babası arasında hukuksal yönden bir hısımlık ilişkisi meydana gelmez⁶².”

4722 Sayılı Kanun soybağı hukukunun köklü bir değişime uğramasıyla, bu dava türü de yeni kanunda kendisine yer bulamadı. Mevcut düzenlemeler ışığında babalık davası, baba ile çocuk arasında soybağını kurmaya yarayan, anne ve çocuk tarafından açılması mümkün olan kurucu yenilik doğuran bir davadır⁶³. Dava babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır (TMK m. 301/II).

Türk Medeni Kanun'un 303. maddesi babalık davasının açılmasına ilişkin olarak hak düşürücü süreleri düzenlemiştir. Babalık davasının çocuk doğmadan önce açılması mümkündür. Annenin dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer (TMK m. 303/I). Çocuk tarafından açılacak babalık davasında hak düşürücü süre TMK m. 303/II'de düzenlenmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin 2010/71 Esas, 2011/143 Sayı ve 27.10.2011 Tarihli kararıyla⁶⁴ iptal ettiği bu fıkra hükmü, çocuğa, babalık davası açmak için 1 yıllık hak düşürücü süre tanıyordu. Bu süre çocuğa kayyım atanmışsa, durumun kayyım tebliği tarihinden; atanmamışsa çocuğun ergin olması tarihinden itibaren işlemeye başlıyordu. Anayasa Mahkemesi bu fıkrayı şu gerekçe ile iptal etmiştir; “İtiraz konusu kural ile çocuğun babalık davasını açma hakkının hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının gerekçesinin, davalı babanın sürekli olarak dava tehdidi altında kalmamasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Davalı babanın veya ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, diğer yandan da çocuğun ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından yasa koyucunun süre koyma konusundaki takdir yetkisini makul bir süre olarak belirlemesi gerekmektedir. Hak düşürücü niteliğinden dolayı itiraz konusu

⁶² AY Mah. 1987/1 E., 1987/18 K., 11.9.1987 T., 29.03.1988 Tarih ve 19769 Sayılı Resmi Gazete.

⁶³ Akıntürk/ Ateş, s. 358; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 290.

⁶⁴ 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete.

kuralda öngörülen sürenin geçmesinden sonra çocuğun babası ile arasındaki *soybağını kurma olanağını yitirmesi hususu göz önüne alındığında, çocuk hakkında hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren işleyecek olan bir yıllık dava açma süresi yeterli ve makul olmadığı gibi, ölçülü de değildir⁶⁵.*

Bu hükmün iptalinin ardından gecikmeyi haklı kılan sebeplerin varlığı halinde, bu sebeplerin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde dava açılabilceğini düzenleyen TMK m. 303/IV'ün iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Hüküm, çocuk yönünden iptal edilmiştir⁶⁶.

Mevcut durumda çocuğun babalık davası açması herhangi bir süreye bağlı değildir. Babalık davasında hak düşürücü sürenin belirlenmesi bir taraftan davalıyı korumakta, uzun süre sonra açılacak babalık davasının yaratacağı sarsıntıya maruz kalmasını engellemek istemekte; diğer taraftan çocuğun baba yönünden soybağının bir an evvel belirlenmesinin kamu yararına hizmet ettiği ifade edilmektedir⁶⁷. Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklandığı üzere, soybağının belirlenmesini kişinin maddi- manevi varlığını geliştirmesi ve hak arama hürriyeti ile ilişkilendirmekte ve bu hakları ihlal eden hükümleri de iptal etmektedir⁶⁸.

Bu açıklamaların ardından babalık davası ve kökenin öğrenilmesi davası arasındaki ilişki değerlendirildiğinde; Anayasa Mahkemesi, kökenin tespitinin önemini vurgulamakla birlikte bunu hep soybağının kurulmasıyla ilişkilendirmektedir. Nitekim kararında "Çocuk evlilik dışında doğsa da ana babasını bilmek; babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak ve ana babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğe bağlı temel haklara sahiptir." demektedir.

Baba yönünden soybağı bulunmayan çocuk açısından değerlendirildiğinde, çocuk, mevcut düzenlemeye göre, herhangi bir süre sınırı olmadan, babalık davası açmak suretiyle soybağının kurulmasını sağlayabilecektir. Aynı şekilde soybağının tespiti davası da süre sınırlamasına tabi değildir. Babalık davasının, baba olduğu tahmin edilen kişi ölmüşse, onun mirasçılara karşı açılması mümkünken (TMK m. 310/II); kökenin tespiti davasının, baba olduğu tahmin edilen kişinin mirasçılara karşı açılması mümkün olmayacaktır.

⁶⁵ AY Mah. 2010/71 E., 2011/143 K., 27.10.2011 T, 7.2.2012 tarih ve 28197 sayılı Resmi Gazete. TMK m. 303/II hükmünün iptalinin eleştirisi için bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 296 vd.

⁶⁶ AY Mah. 2011/116 E., 2012/39 K., 15.03.2012 T, 21.07.2012 tarih ve 28360 sayılı Resmi Gazete.

⁶⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 297.

⁶⁸ Sınırsız bir hak arama hürriyetinin diğer kişilerin hakkına tecavüz oluşturabileceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ortaya çıkan hukuk boşluğunun kanun koyucu tarafından giderilmesi gerektiği yönünde bkz. **Akıntürk/Ateş**, s. 362.

Sonuç

Ulusal ve yabancı yargı kararları incelendiğinde, hukukî olarak kurulmuş bir soybağından ziyade, kişinin gerçek kökenini öğrenmesi bir temel hak olarak değerlendirilmekte ve maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ile ilişkilendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi son yıllarda vermiş olduğu kararlarında, gerçek soybağının tespitine engel olabilecek kanun hükümlerini iptal etmiştir.

Kökenin tespit edilmesi talebinde bulunulması durumunda farklı temel hakların çatışması muhtemeldir. Sınırsız bir hak arama hürriyeti, diğer kişilerin haklarını ihlal edebilecektir. Dolayısıyla böyle bir talep karşısında öncelikle bu iddianın maddi olgulara dayanıp dayanmadığının tespiti gerekmektedir. Somut olayın özellikleri değerlendirilerek, çocuğun menfaatinin veya aile hayatının korunması da göz önünde bulundurulması gereken diğer unsurlardır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, kökenin tespitini bunlardan ve diğer birçok temel haktan üstün tutsa da kanaatimizce toptancı bir yaklaşım temel hak ihlallerine sebebiyet verebileceği için sakıncalıdır.

Kökenin tespit edilmesi talebine muhatap olan kişi bu sürece katılmak istemezse, hâkim, HMK m. 292 hükmü gereği incelemenin zorla yapılmasına karar verebilir. Bu hüküm, kanun koyucunun gerçek kökenin belirlenmesine verdiği önemi göstermektedir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun kapsamında da bu sürece katılmaktan kaçınılması mümkün olmayacaktır, zira biyolojik babanın tespiti için alınması gereken veriler genetik veri niteliğindedir ve genetik veriler kanunda öngörülen hallerde kişinin açık rızası olmadan işlenebilir.

Sonuç olarak her ne kadar diğer temel haklarla çatışmalara sebep olsa da kökenin tespiti talebiyle açılacak bir tespit davası ve ilgililerin zorla da olsa bu sürece dâhil edilmeleri mümkün görünmektedir. Baba yönünden soybağı bulunmayan çocuklar ise her zaman babalık hükmü davası açabilirler. Yenilik doğuran bir dava olan böyle bir davayı açmak yerine bir tespit davası açmakta hukukî yarar olup olmadığı meselesi ise usul hukuku açısından değerlendirilmeye muhtaçtır.

KAYNAKÇA

- Akbiyık, Cem,** Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukukundaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 1, s. 203- 224.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya,** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Yayınevi, 18. Bası 2016.
- Akyüz, Emine,** Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, 4. Bası, 2015.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessordnung,** Art. 296, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2. Bası, 2013.
- Başpınar, Veysel,** Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, Y: 2003, C. 52, S. 3, s. 79 -101.
- Baygın, Cem,** Kan Bağına Dayanan Soybağı, AÜEHFD, C. 6, S. 1-4, Y: 2002, s. 266.
- Baygın, Cem,** Soybağı Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
- Baysal, Başak,** Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, 2010, s. 493- 533.
- Daiber, Birgit,** Ehe- Ein Vertrag zu Lasten Dritter? Zur Anfechtung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters durch den biologischen Vater, NZFam, 2016, S. 20, s. 913- 960.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper,** Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 11. Bası, 2016.
- Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan,** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, filiz Kitabevi, 18. Bası, 2017.
- Dursun, Sanem Aksoy,** Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yıl 2012, Cilt: 8, Sayı: 95-96, s. 109- 124.
- Erlüle, Fulya,** Babalık Karinesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 685- 698.
- Gören, Zafer,** Türk- Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1992, C. 9, s. 165- 184.
- Heiderhoff, Bettina,** Anspruch des Kindes auf Klärung der genetischen Vaterschaft?, NJW 2016, 1918- 1920.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.,** Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 3. Bası, 2014.

Kırkbeşoğlu, Nagehan, 28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı ile İlgili Genel Bir Değerlendirme, TAAD, Yıl: 7, Sayı: 24 (Ocak 2016), s. 199- 223.

Löhnig, Martin/ Plettenberg, Ina/ Runge- Rannow, Maria Viktoria, “Keine Pflicht des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten, rechtsfolgenlosen Klärung der Abstammung”, NZFam, 2016, S. 9, s. 409.

Memiş, Tekin/Yıldırım, Mustafa Fadıl, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukukî Sorunlar, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Yıl: 2004, s. 283- 306.

Muckel, Stefan, Allgemeines Persönlichkeitsrecht: Keine “rechtsfolgenlose” Vaterschaftsfeststellung, JA 2016, 553-555.

Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Yayınevi, 2. Bası, 1998.

Öğüz, Tufan, Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, Cilt II, 2010, s. 1415- 1424.

Özbilen, Ali Barış, Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 12, Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 99- 124.

Özdemir, Hayrunnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İkinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

Serozan, Rona, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 2008, s. 759- 777.

Taştan, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2017, 2. Baskı, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık.

Tosun, Yalçın/ Baş, Ece, Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2014, C. 9, S. 123- 124, s. 99- 115.

Turan- Başara, Gamze, Çocuğun Biyolojik Ana- Babasını Öğrenme Hakkı, Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 265- 283.

Tüzüner, Özlem, Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFD Yıl: 2013, Cilt: 62, S. 4, s. 1139- 1166.

