

**GİZLİ BABALIK TESTLERİNİN SOYBAĞININ REDDİ
DAVASINA ETKİLERİ VE BU BAĞLAMDA ALMAN
HUKUKUNDA “HUKUKİ BABANIN BİYOLOJİK
BABALIĞININ AÇIKLIĞA KAVUŞTURULMASI
TALEBİ”NİN TANINMASI
- Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış -**

Ar. Gör. Evren KILIÇOĞLU*

Giriş

Bilimsel ve teknik alandaki gelişmeler, soybağı hukukuna göre çocuk ile arasında soybağı ilişkisi bulunan, yani hukuken baba olan kişinin çocuğun biyolojik babası olup olmadığı sorusuna tıbben kesine yakın derecede cevap bulmayı kolaylaştırmaktadır. Buna yönelik tıbbi imkanlar her geçen gün daha da yaygınlaşmaktadır. Bu çerçevede, kendisinden ve çocuktan sadır olan saç teli, tükürük, kan gibi örnekler ile uygun bir tıbbi birime başvuran hukuki baba, yapılacak testle kendisinin çocuğun aynı zamanda biyolojik babası da olup olmadığını açıklığa kavuşturma imkanına sahip olabilmektedir.

Yargılama dışında gerçekleştirilen bu biyolojik babalık testleri ve elde edilen babalık raporlarının, özellikle gerekli örneklerin çocuktan ve duruma göre kanuni temsilciden usulüne uygun izin alınmaksızın temin edilerek gerçekleştirilmelerinin hukuka uygunluğu meselesi yanında, olası bir soybağının reddi davasındaki sonuçları hakkında da hukuki sorunlar gündeme gelmektedir.

Çalışmamızda, yargılama dışında elde edilmiş gizli tıbbi babalık testlerinin soybağının reddi davası yargılamasında doğurduğu etkiler hakkında bazı tespit ve değerlendirmeler yapılması hedeflenmektedir. Bu çerçevede öncelikle, Al-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

man hukukunda gizli babalık testlerinin soybağının reddi davalarında ortaya çıkardığı hukuki durum sonrası Alman kanun koyucu tarafından soybağı hukukunda yeni bir talep hakkı olarak tanınan Alman Medeni Kanunu'ndaki "hukuki babanın biyolojik babalığının açıklığa kavuşturulması talebi" ile bu talebi doğuran süreç ve sebepler inceleme konusu yapılacaktır.

Alman hukukundaki söz konusu düzenlemeye ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce, çocuk ile baba arasındaki soybağı (nesep) ilişkisine dair bazı bilgileri hatırlamak faydalı olacaktır. Soybağı, geniş anlamda bir kimsenin üst soyu ile olan kan bağı, biyolojik bağı ifade eder. Dar anlamda soybağı ise, bir kimsenin sadece ana-babasıyla arasındaki bağı ifade etmektedir. Bir kişi (çocuk) ile kendilerinden biyolojik (genetik) olarak türemiş olduğu kişiler arasındaki bağı doğal soybağı (biyolojik nesep, biologische Abstammung) denir. Hukuk düzeni tarafından aranan bazı koşulların gerçekleşmesiyle, bir çocuğun hukuki olarak bir ana-babaya bağlanması sonucunda, ana-baba ile çocuk arasında kurulan bu hukuki ilişkiye ise hukuki soybağı (hukuki nesep, Kindesverhaeltnis) denir. Buna göre soybağı, bir kimseyle ana-babası arasındaki doğal ve/veya hukuki bağı olarak tanımlanmaktadır¹. 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre, çocuk ile anne arasındaki hukuki soybağı doğumla; çocuk ile baba arasındaki hukuki soybağı ise anneyle evlilik, tanıma, babalık davasında verilen hüküm veya evlat edinmeyle kurulmaktadır (TMK m. 282)².

Baba ile çocuk arasında evlilik içinde doğmaya, babalık karinesine (TMK m. 285), dayalı olarak hukuken kurulmuş bulunan soybağı ilişkisinin ortadan kalkması ancak soybağının reddi ile söz konusu olabilmektedir³. Soybağının reddi, yenilik doğuran dava niteliği taşıyan soybağının reddi davasının açılarak

¹ **Acabey**, Mehmet Beşir, Soybağı, İzmir 2002, s. 15. Soybağı kavramı ve çeşitleri hakkında ayrıntılı açıklama ve tanımlar için bkz. **Acabey**, s. 5 vd.

² **Serozan**, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 165; **Acabey**, s. 225.

³ Baba ile çocuk arasındaki hukuki soybağı ilişkisinin evlilik içinde doğma (TMK m. 285 babalık karinesi) dışında bir sebeple kurulmuş olması durumunda, mevcut bu soybağı farklı hukuki imkanlarla ortadan kaldırılabilir. Eğer soybağı, tanıma (TMK m.295 vd.) ile kurulmuş ise, tanımanın iptali hem ana ile çocuk, hem de üçüncü kişiler bakımından dava yoluyla sağlanabilecektir (TMK m. 298). Tanıyan kişinin de, yanılma, aldatma, veya korkutma sebebiyle tanımanın iptali davası açması mümkündür (TMK m. 297). Ana ve babanın sonradan evlenmesine dayalı olarak (TMK m. 292) hukuki soybağı kurulmuş ise, itiraz ve iptal imkanı mevcuttur (TMK m. 294). Soybağının babalık davasında verilen hüküm ile kurulması durumunda (TMK m. 301 vd.) ise yargılamanın yenilenmesi (HUMK m. 445 vd.) gündeme gelebilir. Evlat edinme ile kurulan soybağı ilişkisinin kaldırılması hakkında bkz. TMK m. 317-319.

babalık karinesinin çürütülmesi ve böylece çocuk ile baba arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını ifade eder. Soybağının reddi davasının başarıya ulaşarak çocuk ile babası arasındaki soybağının ortadan kalkması sonucunda çocuk, baba yönünden soybağı bulunmayan çocuk statüsüne girer⁴.

Baba ile çocuk arasındaki soybağının red edilmesi ancak TMK m. 286’da düzenlenen ve soybağının reddi davası olarak adlandırılan, açılma sebepleri, süresi ve dava açma hakkına sahip kişilerin kanun tarafından belirlendiği özel bir dava ile mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla, soybağının reddi davasının açılarak başarıyla sonuçlandırılması dışında, çocuk ile baba arasında evlilik içinde doğmayla kurulmuş bulunan soybağının ortadan kaldırılması mümkün değildir⁵. Soybağının reddi davasının dışında, çocuk ile hukuki baba arasında babalık karinesine dayalı soybağının bulunmadığı hususu tespit ya da nüfus kaydının düzeltilmesi davasına konu teşkil edemez. Görülmekte olan bir başka davada da ileri sürülmesi söz konusu olmaz⁶.

I. Alman Soybağı Hukukunda “Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”:

Alman hukukunda, Federal Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı sonrasında, hukuki babanın soybağını öğrenme temel hakkının hayata geçirilmesi çerçevesinde 01.04.2008 tarihinde yürürlüğe giren Kanun⁷ ile, hukuken baba (rechtlischer Vater) olan kişinin, aynı zamanda biyolojik baba olup olmadığının, babalığın iptali (soybağının reddi) davasından (Vaterschaftsanfechtungsklage) bağımsız olarak açıklığa kavuşturulmasını (Aufklaerung), tespit edilmesini talep edebil-

⁴ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 441.

⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 442; Akantürk, Turgut, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 327.

⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 442. Nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik davalar, soybağının reddi davası niteliğinde değildir, “Muris Bekir’in davalı Serhat’ı gerçekte kendi çocuğu olmadığı halde kendi çocuğuymuş gibi nüfusa kaydettirdiği ileri sürülerek, yanlış kaydın düzeltilmesi istenmiştir. İstek gerçek durumu göstermeyen yanlış nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olup, Türk Medeni Kanununun 286. ve 291. maddelerinde düzenlenen soybağının reddi ile ilgisi bulunmamaktadır...” (2. HD., 17.03.2004, 2004/2274 E., 2004/3344 K. sayılı kararı, www.kazanci.com).

⁷ Gesetz zur Klaerung der Vaterschaft unabhaengig vom Anfechtungsverfahren, BGBl 2008, 441.

mek mümkün hale gelmiştir. Böylece Alman soybağı hukukuna, başka sonuçları olmayan salt soybağının tespitine ilişkin bir prosedür dahil edilmiştir.

Baba ile çocuk arasında hukuken kurulmuş soybağının ortadan kalkması, hukukumuzda olduğu gibi Alman hukukunda da, ancak, açılma sebepleri, süresi ve dava açma hakkına sahip kişilerin kanun tarafından belirlendiği soybağının reddi davası ile mümkün olabilmektedir⁸. İşte bu noktada, inceleme konumuz olan yeni düzenleme ile tanınan hukuki babanın biyolojik babalığını tespiti ilişkin talep hakkıyla, soybağının reddi davasından bağımsız olarak, hukuken baba olan kişinin genetik olarak da baba olup olmadığının tespitini talep edebilme imkanı tanınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu bu kanun değişikliği sonrasında da Alman soybağı hukukunda hukuki soybağının ortadan kaldırılması hala, Türk hukukunda olduğu gibi ancak soybağının reddi davası ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle, burada inceleyeceğimiz hukuki babanın salt biyolojik babalığın tespitine ilişkin talep hakkı, nesebin reddi davasının bir alternatifi değildir. Bu talep hakkı, aşağıda ele alacağımız üzere, Alman hukukunda anayasal bir temel hakkın karşılanmasını sağlamak üzere Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir karar sonrasında kanun koyucu tarafından tanınmış, hukuki babanın biyolojik babalığın sadece tespitini sağlayan ve tespit dışında başkaca doğrudan hukuki sonucu olmayan bir talep hakkıdır. Bu konuda, bireyin soybağını öğrenmeye ilişkin maddi temel hakkı ve aynı zamanda yargısal temel hak olarak etkin hukuki himaye ihtiyacının temini bakımından ele alınıp tartışılacak bir örnek teşkil etmektedir.

A. Talep Hakkını Doğuran Nedenler ve Özellikle Gizli Babalık Testiyle Edinilen Bilginin Kullanılması Yasağının Kabulü:

Alman hukukunda da hukukumuzda olduğu gibi, hukuken baba olan kişi, çocuğun genetik babası olmadığını düşünmesi durumunda, ancak BGB (Alman Medeni Kanunu) § 1599 vd. hükümlerine göre babalığın iptali davası açarak soybağı ilişkisini sona erdirebilme imkanına sahiptir. Mahkeme sürecinde alınacak genetik incelemeye ilişkin bilirkişi raporunda, hukuki babanın çocuğun biyolojik babası olma olasılığı bulunmadığı sonucuna varılırsa, soybağının iptali hükmü verilecek ve bu hükmün kesinleşmesiyle baba ile çocuk arasındaki soy-

⁸ Schwab, Dieter, Familienrecht, München 2006, s. 227; Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar, Lehrbuch des Familienrechts, München 1994, § 51 IX, s. 793.

bağı ilişkisi geçmişe etkili (ex tunc) olarak ortadan kalkmış olacaktır. Kanuna göre soybağının reddi davasının şartları, dava açmaya yetkili kişilerden olmak (BGB § 1600) ve davayı iki yıllık hak düşürücü süre (BGB § 1600b I) içerisinde açmaktır. Ancak Alman Yüksek Mahkemesi (BGH), yerleşik hale gelen içtihadında⁹, bu şartlara ek olarak, nesebin reddi davası açan baba bakımından bir başka şart daha aramıştır. Buna göre, davacı baba, "objektif açıdan çocuğun kendisiyle olan soybağında şüphe uyandırmaya elverişli vakiaları yargılamaya taşınmalı, ileri sürmeli ve bunları inanılır kılmalıdır (vortragen und glaubhaft machen). Yani, çocuğun babası olmadığı yönündeki şüphesini dayandırdığı hususları somutlaştırarak ortaya koymalıdır (in substanzierter Weise darlegen)¹⁰,¹¹. Yüksek Mahkeme tarafından, Kanun'da öngörülmemesine rağmen babalığın iptali davasının bir şartı olarak aranan "başlangıç şüphesinin somutlaştırılması, haklı gösterilmesi zorunluluğu (Erfordernis der schlüssigen Darlegung eines Anfangsverdachts)", annenin çok kişiyle cinsel ilişkide bulunduğu dair tanığa ya da bu hususta annenin bir ikrarına sahip olmayan hukuki babayı ispat güçlüğü (Beweisnot) içine sokmuştur¹². İspat güçlüğü içindeki bu kişiler bakımından, ispat güçlüğünden kurtulmanın yolu, kendisinden ve çocuktan saç ve tükürük gibi örnekler almak suretiyle genetik inceleme yapan bir sağlık kurumundan özel babalık raporu temin etmek olmuştur. Ancak aile mahkemeleri ve Alman Federal Mahkemesi, bu raporlardan açıkça çocuğun o babadan olamayacağına dair sonuçlar çıkmış olsa da, soybağının reddi davasının görülmesini kabul etmemişlerdir. Zira mahkemelere göre, anne ve çocuktan habersiz olarak, gizli olarak alınan örneklerle temin edilmiş bir rapor, çocuğun kendisi hakkındaki bilgiler bakımından bizzat belirleme (informationelle Selbstbestimmung) temel hakkına hukuka aykırı bir müdahaleyi içerir ve bu nedenle mahkeme önünde kullanılamaz. Davada dikkate alınması, tekrarlanan bir ihlal teşkil eder.

⁹ Örnek olarak BGH, NJW 1998, s. 2976; BGH, NJW 2003, s. 585; OLG Brandenburg, FamRZ 2004, s. 480.

¹⁰ Bkz. **Rittner**, Christian/**Rittner**, Natascha, Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel so genannter heimlicher Vaterschaftstests, NJW 2005, s. 945 vd.; **Wellenhofer**, Marina, Das neue Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren, NJW 2008, s. 1185 vd.

¹¹ Vakıalandırma yükü ve somutlaştırma yükü hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Yıldırım**, M. Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 165 vd.; **Atalay**, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 31 vd.

¹² **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1185; **Genenger**, Angie, Erleichterte Abstammungsklä rung ohne Berücksichtigung der biologischen Väter, JZ (Juristen Zeitung) 2008, s. 1031 vd., s. 1032.

Bu rapor, nesebin reddi davasını haklı (schlüssig¹³) göstermek için de kullanılmaz, dikkate alınmaz¹⁴. Yani böyle bir rapor ile davacı babanın çocuğun kendisinden olmadığı şüphesini somutlaştırması kabul edilmez ve başka şekilde somutlaştırma yükü yerine getirilmedikçe dava reddedilir. Çocuğun ve annenin davada bu rapora itiraz etmiş olmaları durumunda bu itiraz da bir başlangıç şüphesi yaratmaya yetmez ve davanın görülmesini sağlamaz¹⁵. Çocuk ve annenin bu rapora itiraz ederek kullanılmasını engellemeleri bir delil engelleme (Beweisvereitelung) olarak da görülemez. Zira böyle kabul edilecek olur ise, hukuka aykırı raporun dikkate alınmaması ile korunmak istenen menfaat boşa çıkmış, aşılmış olur¹⁶.

İşte Federal Mahkemenin bu içtihadı ile bir çıkmaza girildiği, yargılama dışında alınmış özel tıbbi babalık raporu ile baba olmadığı açıkça görüle bile, hukuken baba olan kişinin soybağının reddi davası imkanını kullanamadığı ve ayrıca biyolojik babalığını tespiti ilişkin başka bir hukuki imkanının da bulunmadığı görülmüştür¹⁷.

¹³ Alman hukukunda “Schlüssigkeit” olarak ifade edilen usuli kavram ile, tarafların ileri sürdüğü vakıalar doğru kabul edildiğinde, bunların makul olarak ve bir mantık çerçevesinde netice talebi haklı göstermesi, netice talebe götürmesi kastedilmektedir, bkz. **Yıldırım**, M. Kamil, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Prof.Dr.Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467 vd., s. 471. Dayanılan temelin (hayat olayının) talebi sağlayacak nitelikte olmadığı savunması hakkında bkz. **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 253.

¹⁴ Bu yöndeki kararlar olarak bkz. BGH, NJW 2005, s. 497; OLG Koblenz, NJW 2006, s. 1742; OLG Celle, NJW 2004, s. 449, bu kararların eleştirisi için bkz. **Reichenbach**, Sandy Bernd, Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests, AcP (Archiv für die civilistische Praxis) 206 (2006), s. 598 vd., s. 604 vd.

¹⁵ BGH Urt. v. 12.1.2005 – XII ZR 60/03 ve XII 227/03, NJW 2005, 497 vd..

¹⁶ BGH, NJW 2005, s. 497.

¹⁷ **Wellenhoffer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1185.

B. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 13.02.2007 Tarihli Kararı ve Kanun Koyucuya Babanın Biyolojik Soybağını Öğrenme Temel Hakkına Dayalı Yasal Düzenleme Yapma Çağrısı

Yukarıda belirtilen sebeplerle soybağının reddi davasının somutlaştırılarak haklı gösterilmediğinden reddedildiği bir olayda, uyumsuzluk anayasa şikayeti¹⁸ yoluyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) önüne gelmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹⁹, Federal Mahkemenin, dava dışında gerçekleştirilen gizli babalık testlerinin hukuka aykırı olduğu ve yargılamada kullanılamayacağı şeklindeki içtihadını doğru bulmuş, yani gizli babalık testlerini yargılamada dikkate almayan, etki tanımayan içtihadı onaylamıştır. Çünkü Anayasa Mahkemesine göre, babanın salt kendisine bir delil yaratma menfaati, çocuğun bilgileri hakkında bizzat belirleme (informationale Selbstbestimmung) temel hakkına müdahaleyi haklı göstermeye yetmeyecektir²⁰. Doktrinde, Anayasa Mahkemesinin hukuka aykırı elde edilmiş bilgiyi dikkate alma yasağını kabul eden bu görüşünün, özellikle hukuka aykırı tıbbi soybağı raporları açısından caydırıcı etkiyi sağlama endişesini taşıdığı ve bu nedenle çocuğun ve babanın temel haklar bakımından korunan menfaatleri arasında özenli bir tartma faaliyetine girmeden, gizli babalık testinin yargılamada dikkate alınmayacağı sonucuna vardığı gerekçesiyle eleştirildiği de görülmektedir²¹.

Alman Anayasa Mahkemesi, kararının devamında, mevcut kanuni düzenlemelerin ve içtihadın, çocukla arasında hukuki soybağı bulunan babanın temel haklarını yeterli şekilde dikkate alıp almadığı sorunu ile meşgul olmuştur. Bu

¹⁸ Türk anayasa hukukunda kısa bir süre önce tanınmış bulunan Anayasa şikayeti hakkında bkz. Anayasa m. 148 f. 3 "(**Ek: 7/5/2010 tarih, 5982 s.lı Kanun m. 18**) Herkes, Anayasa güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.", f. 4 "Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.", f. 5 "Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir...". Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı 12, Ankara 1995, s. 257 vd.

¹⁹ BVerfG, NJW 2007, s. 753 vd.

²⁰ BVerfG, NJW 2007, s. 758.

²¹ Eleştiriler için ayrıntılı olarak bkz. **Wellenhofer**, Marina, Die prozessuale Verwertbarkeit privater Abstammungsgutachten, FamRZ 2005, s. 665 vd.s. 667; *aym* yazar, Klärung der Vaterschaft, s. 1185; **Reichenbach**, s. 600 - 605.

bağlamda öncelikle, çocuğun anayasal kişilik hakkının bir parçası olarak sahip olduğu soybağını öğrenme hakkı gibi²², babanın da genetik (biyolojik, doğal) soybağı ilişkisini öğrenme temel hakkının var olduğu kabul edilmiştir²³. Kararda, Alman Federal Mahkemesinin içtihadında soybağının reddi davasının şartı olarak – yukarıda belirttiğimiz - gerekçelendirilmiş başlangıç şüphesi şartını arıyor olması olumsuz olarak değerlendirilmemiş, aksine bu şartın, Federal Alman Anayasası m. 6'daki hukuki ve sosyal aile birliğinin korunması esas çerçevesinde zorunlu bir şart olarak addedildiği görülmüştür²⁴. Bu durumda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Kanun'da (BGB'de) mevcut düzenlemelerin boşluk içerdiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bir durumun var olduğunu kabul etmiş, babanın anayasal kişilik hakkından kaynaklanan doğal soybağını öğrenme temel hakkının gerçekleştirilmesine ilişkin bir prosedürün Kanun'da düzenlenmemiş olduğundan hareketle Alman kanun koyucuya bu hususta bir düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir²⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi istenen talep hakkının somutlaştırma yükü veya süre gibi özel şartlara bağlanmaması gerekmektedir. Yani hukuken baba olan kişinin tespit talebinde bulunabilmesi için onun babalığı hususunda salt şüphe duyması yeterli olacak

²² Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1989 yılında verdiği bir kararda, ailenin korunması amacıyla çocuğun soybağını reddetme hakkının sınırlanabileceğini ifade etmiş, fakat bu sınırlamanın çocuğun kişilik hakkının bir parçası olan, gerçek (biyolojik, genetik) babasına bağlanması hakkını sadece istisnai durumlarda kullanabilecek şekilde öngörülmüş olmasının Anayasa'ya aykırı bulmuş ve çocuğun soybağını reddetme hakkının sınırlanmasının Anayasa'yla çelişmeyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. (BVerfG, Urteil 31.1.1989, FamRZ 1989, s. 255; **Acabey** s. 138). BGB de yapılan ve 1.7.1998 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle çocuğun soybağını reddetme hakkı yeniden düzenlenmiştir, bkz. **Acabey**, s. 138.

²³ **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 667; *aynı yazar*, Klärung der Vaterschaft, s. 1185.

²⁴ BVerfG, NJW 2007, s. 756.

²⁵ BVerfG, NJW 2007, s. 758. Türk anayasa yargısı hukukundan farklı olarak Alman anayasa yargısı hukukunda, kanun koyucunun ihmali de Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenlenmesi suretiyle Anayasa emrine uyulması için yasama organına çağrıda bulunabilmektedir. Mahkemenin bu tür çağrı kararları bir tür uyarı kararı niteliğindedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, yasama organının yasal düzenleme yapmamak suretiyle ihmaline karşı, süre vererek gerekli yasanın çıkarılması için uyarıda bulunmaktadır; ayrıntılı bilgi için bkz. **Aliefendioğlu**, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Ankara 1997, s. 297 vd.

şekilde bir düzenleme getirilmesi, onun anayasal hakkının Kanunda düzenlemeye kavuşturulmuş sayılması için gerekli görülmüştür²⁶.

C. Medeni Kanun'daki (BGB) Düzenleme:

Yeni düzenleme ile gerçekleştirilen en esaslı değişiklik, BGB' ye eklenen § 1598a ile talep hakkının tanınmış olmasıdır. Böylece, soybağının iptali davası yanında, bundan bağımsız ve kural olarak yargılama dışında gerçekleşecek olan biyolojik babalığın tespitine ilişkin bir prosedür mevzuata girmiştir²⁷. Söz konusu hüküm şöyledir:

§ 1598a BGB. Doğal soybağının açıklığa kavuşturulması için genetik incelemeye rıza göstermeye ilişkin talep hakkı

(1) Çocuğun doğal soybağının açıklığa kavuşturulması için

1. baba, anne ve çocuğun her birinden
2. anne, baba ve çocuğun her birinden
3. çocuk, anne ve babanın her birinden

genetik soybağı muayenesine rıza göstermelerini ve inceleme için gerekli genetik örneklerin alınmasına katlanmalarını isteyebilir. Genetik örnekler bilimin kabul görmüş esaslarına göre alınmalıdır.

(2) Rıza gösterilmemesi halinde, doğal soybağının açıklığa kavuşturulmasını istemeye yetkili olanlardan birinin talebi üzerine aile mahkemesi, rıza beyanı yerine geçmek üzere karar verir ve örnek alınmasına katlanmaya hükmeder.

(3) Doğal soybağının açıklığa kavuşturulması, küçüğün esenliği bakımından, talepte bulunanın menfaatleri de dikkate alındığında küçük için katlanılmaz derecede önemli bir zarara sebebiyet verecekse, bu durum devam ettiği müddetçe mahkeme prosedürü erteler.

(4) Genetik soybağı incelemesine rıza gösteren ve genetik örnek vermiş olan kişi, soybağı incelemesini talep ederek yapılmasını sağlamış kişiden, soybağı raporunu incelemeyi veya bir suretinin kendisine teslimini talep edebilir.

²⁶ Genenger, s. 1032; Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1186.

²⁷ Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1186.

Birinci cümledeki bu talebe ilişkin uyumsuzluklar hakkında aile mahkemesi karar verir.

D. Talebin İçeriği ve Talebe Yetkili Olanlar:

Talebin amacı, hukuki babanın aynı zamanda biyolojik baba olup olmadığının açıklığa kavuşturulması için uygun bir kurumdan genetik soybağı raporu alınması için rıza gösterilmesine yöneliktir.

Talep hakkı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararında belirttiği esaslara uygun olarak bir şarta bağlanmamıştır. Talep hakkı bir süreye de bağlı değildir. Zamanaşımı da söz konusu olmaz. Kanun gerekçesine göre de, sadece hakkın kötüye kullanılması yasağı genel bir sınırlama teşkil edecektir. Ancak, temel hak olarak korunmuş bir menfaatin temin edilmesi talebinin çok nadiren dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği de belirtilmektedir²⁸.

Talep hakkı olanlar, hukuki baba, anne ve çocuktur. Talebin muhatabı, talepte bulunan dışındaki diğer iki talep hakkı sahibidir. Yani hukuki baba, anne ve çocuktan; çocuk, baba ve anneden; anne, baba ve çocuktan talepte bulunacaktır. Küçüğün rızası bakımından, velayet hakkına sahip anne ve baba tarafından temsili söz konusu olur. Sadece annenin velayet hakkına sahip olması durumunda, anne hem kendi adına hem de çocuk adına rıza açıklamaya yetkilidir. Birlikte velayet hakkına sahip olan anne ve babanın, her ikisinin de soybağı raporu alınmasına rıza göstermeleri halinde bir güçlük yoktur. Buna karşın, kanuni temsil hakkına birlikte sahip olan anne ve babadan birisinin çocuk adına rıza göstermekten kaçınması halinde, çocuğa kayyım atanması (§ 1629 II lit a BGB) gerekecektir²⁹.

²⁸ **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1186, 1187.

²⁹ **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1186. Menfaat çatışması dikkate alındığında (zira söz konusu biyolojik babalığa ilişkin tespit sonrasında, bir soybağının iptali davası gündeme gelebilecektir), talep hakkının sahibi ve muhatabı olan kişilerin (velayet hakkına sahip anne ve/veya baba) çocuk adına rıza açıklamaya yetkili olduklarının kabulü şüpheli görülmektedir, (karş. TMK m. 426/II, rızai temsil açısından karş. Avukatlık Kanunu m. 38 b). **Serozan**, (Çocuk Hukuku, s. 178), hukukumuz bakımından, soybağının reddinde, bilimsel tahlil için gerekli oluru eğer çocuk ayırt etme gücünden yoksun bulunuyorsa, annesi veya vasisinin, eğer çocuk ayırt etme gücüne sahip bulunuyorsa hem çocuğun kendisi, hem de anası veya vasisinin vermesi gerektiğini belirtmektedir. **Yargıtay**, koca tarafından açılan soybağının reddi davasında, davalı tarafta yer alan anne ve çocuk arasında menfaat çelişkisi bulunduğu gerekçesiyle küçüğe kayyım tayin edilmesi, husumetin kayyımına yöneltilmesi ve gerekli tıbbi testlerin

Talebin muhatabından sadece, soybağı incelemesine ilişkin olarak önceden bir rızanın talep edilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, bir rıza söz konusu olmaksızın gizlice alınmış bir rapor için ilgiliden sonradan onay alınması bu hüküm kapsamında değildir³⁰.

Kanuna göre, ilgililer için rıza göstermek bakımından bir karar serbestisi, takdir alanı tanınmamıştır. Onlar kural olarak talep üzerine genetik soybağı tespitine, incelemesine rıza göstermek ve gerekli genetik örneklerin alınmasına katılmak zorundadır. Rıza gösterilmemesi durumunda, talebe yetkili olan kişi aile mahkemesine başvurarak gerekli rıza yerine geçmek üzere karar verilmesini isteyebilecektir. Ancak istisnai durumlarda geçici olarak prosedürün ertelenmesi talep edilebilecektir³¹.

E. Rıza Göstermekten Kaçınma Halinde Aile Mahkemesince Rıza Yerine Geçmek Üzere Karar Verilmesi ve Örnek Vermeye Zorlanma:

İlgililerin (anne, baba veya çocuk) inceleme yapılmasına rıza göstermemeleri durumunda, talebe yetkili olanlardan birinin talebi üzerine, aile mahkemesince gerekli rıza yerine geçmek üzere karar verilir. Mahkemeye yöneltilen bu talebin gerekçelendirilmesine ihtiyaç yoktur. Ergin olmayan çocuk adına bu talebi mahkemeye sadece bir kayyım yöneltebilir. Çünkü, çocuk ile anne ve baba arasındaki bir menfaat çatışmasından kaçınmak için yargısal prosedürde onların çocuğu temsili kanunen açıkça engellenmiştir³².

Mahkeme böyle bir talep üzerine sadece iki imkana sahiptir. Ya rıza yerine geçmek üzere karar verir ve gerekli örneklerin alınmasına hükmeder ya da şartları varsa prosedürün ertelenmesine karar verir. Talebin kabulüyle rıza yerine geçmek üzere bir karar verir ve gerekli örneklerin alınmasına hükmederse, bu kararlar yargısal prosedür sona ermiş olur. Soybağı raporu, gerekli rızanın bu

yapılması konusundaki gerekli uyarının kayyım yapılması gerektiğini kabul etmektedir, örnek olarak bkz. 2. HD., 13.06.2005, 6179 E., 9092 K. sayılı kararı, (Gençcan, Türk Medeni Kanunu, C. 2, Ankara 2007, s. 2091).

³⁰ Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1186.

³¹ Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1186.

³² Bkz. § 1629 II lit a BGB, karşı. TMK m. 426/II.

şekilde mahkeme kararı ile elde edilmesi ihtimalinde dahi, taraflarca yargılama dışında özel olarak alınacaktır³³.

Soybağı incelemesi için gerekli örneklerin alınmasına rıza gösterilmemesi, bundan kaçınılması durumunda, bu katlanma yükümlülüğü doğrudan kuvvet kullanılması yoluyla icra edilebilir³⁴ (bkz. Alman Çekişmesiz Yargı Kanunu § 56 IV 3; ZPO § 372 a).

F. Babalık Raporunun Alınması:

Talebe muhatap olan kişinin gereken rızayı göstermesi veya yukarıda açıklandığı şekilde mahkemece bir karar verilmesi durumunda, soybağı incelemesi yargılama dahilinde değil, tarafların bizzat kendilerince yargılama dışında yapılacaktır³⁵. Talepte bulunan testin yapılacağı uygun kurumu ve testte uygulanacak somut metodu seçebilecektir. Kanun koyucu bu konuda daha ayrıntılı bir düzenleme getirmemiş, babanın kendi menfaatine olarak, bu tespit akabinde açabileceği olası soybağının reddi davasını da düşünerek, nitelikli bir rapor alacağından yola çıkmıştır. Nitekim, biyolojik babalık konusundaki tespiti içeren bu rapor, mahkemenin rapordaki tespitin doğruluğu ve tamlığı ile test için gerekli örnekleri veren kişilerin ilgili kişiler olduğundan (aynietinden) şüphe duymaması halinde, tarafların da muvafakati varsa, sonraki bir olası soybağının reddi davasında da kullanılabilir³⁶.

Kanunun gerekçesine göre, testte kullanılacak örnek daima bir kan numunesi olmalıdır, çünkü sadece kan numunesi en uygun analiz imkanını sağlamaktadır. Kanun koyucu gerekçede ayrıca, kanunda annenin de talebe muhatap olanlar ve böylece gerekli örneği vermesi gerekenlerden birisi olarak kabul edildiğini, çünkü soybağı incelemesinde annenin gen örneklerinin eksik olması halinde

³³ **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1187; **Genenger**, s. 1032.

³⁴ Bkz. **Wellenhofer**, s. 1188. Alman hukukunda soybağının belirlenmesi için inceleme ve araştırmaya katlanma yükümlülüğünden haklı bir neden olmaksızın kaçınma halinde fiziksel zorlamaya başvurulabilmesine ilişkin düzenleme hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Akcan**, Recep, Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, 887 vd., s. 894 vd.;

³⁵ Biyolojik babalığın tespitine ilişkin bu incelemenin mahkeme dışında gerçekleşmesi kuralının eleştirildiği de olmuştur, bkz. **Zuck**, Rüdiger, Der (heimliche) Vaterschaftstest: Was kann der Gesetzgeber tun? ZRP 2005, s. 117 vd., s. 119.

³⁶ **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1187.

elde edilecek sonuçta önemli şüphelerin mevcut olabileceğini belirtmiştir. **Wellenhofer**'e göre³⁷, bu görüş, teknik imkanların bugün ulaştığı duruma uygun değildir. Zira baba ve çocuktan alınan verilerin yeterli şekilde özenli ve kapsamlı olarak karşılaştırılması ve değerlendirilmesi durumunda, hemen hemen her zaman güvenilir sonuçların temin edilmesi mümkün olmaktadır.

İncelemenin sona ermesinden sonra, genetik örnek vererek incelemeye katılmış olan her ilgilinin inceleme sonuçları hakkında bilgi edinme veya raporu tetkik etmeyi talep hakkı mevcuttur (§ 1598a IV BGB).

G. Prosedürün Ertelenmesi:

Soybağı incelemesi yapılmasından geçici olarak kaçınabilmeye ilişkin tek imkan, soybağı incelemesinin çocuk üzerinde psikolojik rahatsızlıklara, bozukluklara sebebiyet verebilecek olması halidir. Özellikle soybağı raporunun sonucuyla yüzleşmenin, öğrenmenin, olağanüstü şartlar dolayısıyla çocuk için ağır sonuçlar doğurması olasılığında bu durum söz konusu olabilir. Kanun gerekçesinde buna örnek olarak çocuğun intihar tehlikesi ve mevcut olan ağır bir hastalığının daha da kötüleşmesi tehlikesini belirtmektedir. Somut olayda çocuğun yaşam şartları ve gelişim safhası dikkate alınmalıdır³⁸. Hakim, burada çekişmesiz yargıdaki araştırma ilkesi uyarınca, gerektiğinde re'sen bir bilirkişi raporu olarak soybağı incelemesinin ertelenmesi gerekip gerekmediği konusunda karar verecektir³⁹.

H. Talebin Soybağının İptali Davası Açma Süresine ve Reddedilerek Kesinleşmiş Davalara Etkisi:

Alman soybağı hukukunda, soybağının reddi davası açmak için iki yıllık bir süre öngörülmüştür. Bu süre, davacının, kocanın babalığı aleyhine olan olayları öğrenmesinden itibaren başlamaktadır⁴⁰. Yeni düzenlemeyle öngörülen pro-

³⁷ Klärung der Vaterschaft, s. 1187.

³⁸ BVerfG, NJW 2007, s. 755.

³⁹ **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1187. Çocuğun ergin olması halinde, erteleme hükmünün uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Zira erteleme, kanunda açıkça küçüklerin menfaati bakımından öngörülmüştür. Çocuğun soybağı raporu sonuçlarını idrak edemeyecek kadar küçük olması durumunda da bir erteleme gündeme gelmeyecektir, **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1188.

⁴⁰ Bkz. **Acabey**, s. 148.

sedür dahilinde hukuki babanın biyolojik baba olmadığı öğrenilmiş ise, iki yıllık soybağının iptali davası açma süresi en geç babalık raporundaki bu sonucunun öğrenilmesiyle başlamış olacaktır. Ayrıca EGBGB’de bir yürürlük hükmüyle (Art. 229 § 16), öngörülen prosedür dahilinde alınacak bir babalık raporu sonucunun, daha önce süresinde açılmadığı için reddedilerek kesinleşmiş bir soybağının iptali davası bakımından yargılamanın yenilenmesini sağlamayacağı da açıkça düzenlenmiştir. Ancak, ispatın sağlanamaması dolayısıyla reddedilmiş ve kesinleşmiş bir hüküm bakımından yargılamanın yenilenmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bir başlangıç şüphesinin ortaya koyulamamasına, gerekçelendirilmemiş olmasına dayalı olarak davanın reddedilmiş olması (als unbegründet abgewiesen) durumunda ise, yargılamanın yenilenmesine ihtiyaç olmaksızın, alınan babalık raporu ile ortaya çıkan yeni “şüphe sebebi”ne dayalı olarak dava açma süresinin başlayacağı kabul edilmektedir⁴¹.

Tanınan talep hakkının, işlemeye başlamış olan soybağının iptali davası açma süresine etkisi Kanun’da (BGB § 1600b V 1) ayrıca düzenlenmiştir⁴².

I. Getirilen Düzenlemeye Yöneltilen Eleştiriler:

Alman hukukunda, soybağının reddi davasından bağımsız, hukuki sonuçları olmayan hukuki babanın biyolojik babalığının tespitini talep imkanının tanınmış olması genel olarak olumlu bulunmaktadır⁴³. Ancak hükmün, özellikle bazı eksiklikler içerdiği, düzenlemediği bazı hususlar bulunduğu gerekçesiyle eleştirildiği de görülmektedir. Özellikle kapsam olarak sınırlı olması sebebiyle, daha geniş bir düzenlemenin gerekliliği bağlamında eleştiriler gündeme gelmiştir. Hukuki babanın biyolojik nesep bağına öğrenmeye yönelik anayasal hakkının temini yanında, çocuğun, annenin ve baba olduğunu iddia eden kimsenin de nesebi öğrenme hakkının kanun koyucu tarafından hukuki düzenlemeler yoluyla -soybağının kurulmasına ve sona erdirilmesine ilişkin soybağının iptali ve babalık davası gibi inşai hukuki olanaklardan bağımsız olarak- daha kapsamlı biçimde temin edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁴.

⁴¹ Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1188.

⁴² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1188.

⁴³ Bkz. Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1189; Genenger, s. 1035.

⁴⁴ Bkz. ayrıntılı olarak Wellenhofer, Klärung der Vaterschaft, s. 1188, 1189.

Bu düzenlemede çocuğun menfaatlerinin dikkate alınmasında da bir eksiklik olduğu belirtilmekte ve bu çerçevede, çocuğun, biyolojik babası olduğunu iddia ettiği kişiye karşı, babalık davasından bağımsız olarak bir tespit talebinde bulunabilmesi imkanının tanınmamış olması eleştiri konusu olmaktadır⁴⁵.

Getirilen talep hakkıyla aslında, soybağının iptali davasında, içtihat tarafından aranan ve Anayasa Mahkemesi'nce de onaylanan, şüphe sebeplerini somutlaştırma yükümlülüğü hukuka uygun biçimde aşılabilmektedir. Yani, şüphe sebeplerini başka şekilde somutlaştırma imkanı olmayan davacı, - gizli bir babalık raporu ile değil- öngörülen talep hakkını kullanarak temin edeceği babalık raporuyla şüphe sebeplerini somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirerek soybağının reddi davasının görülmesini ve gerektiğinde dava içinde tıbbi testlere başvurulabilmesini sağlayabilmektedir⁴⁶.

Diğer yandan, uygulamada bu yolun fazla kullanılmayacağı, zira yine gizli testler yoluyla soybağının tespitinin sağlanması yolunun sadece daha ucuz ve hızlı bir yol olmaktan öteye, aynı zamanda sansasyon yaratmadan aile barışını korumak yönünden de tercih edilen bir yol olacağı da ifade edilmektedir⁴⁷.

⁴⁵ Çocuğun soybağının öğrenme hakkının düzenlenmesindeki eksiklikler bağlamında şu hususlara işaret edilmektedir: Hukuken babası belli olan ve bu durumu muhafaza etmek isteyen çocuğun, belirli bir başka erkeğin gerçek babası olup olmadığını salt bilmek isteyebileceği durumların varlığına işaret edilmektedir. Getirilen düzenleme ile sağlanabilecek olan, hukuken baba olan bir kişinin, gerçek baba olma olasılığı bulunmadığı yönündeki bir olumsuz soybağı tespiti, henüz çocuğun gerçek babasının kim olduğu hususundaki olumlu tespiti ve onun gerçek babasını öğrenme imkanını karşılamadığı için yeterli görülmemektedir. Ayrıca, hukuken babası bulunmayan (baba yönünden nesezsiz) çocuğun da her ne kadar gerçek babası olduğunu iddia ettiği kişiye karşı babalık davası açmak yolu ile aynı zamanda gerçek babasının kim olduğunu öğrenmekteki menfaatinin ve anayasal hakkının karşılanmış olacağı düşünülse de, babalık davasına zorunlu olarak bağlanan hukuki sonuçlar çocuk tarafından istenmeyip sadece gerçek babanın o kişi olup olmadığının öğrenilmesinin (tespitinin) hedeflendiği hallerde, babalık davasının bu ihtiyacı karşılamada uygun araç olmadığı sonucuna varılmaktadır, (bkz. **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1189); biyolojik babaya babalığın tespiti imkanı tanınmamış olmasının onu (biyolojik babayı) gizli babalık testine başvurmaya ve bu çerçevede aile üyelerinin kişilik hakkını ihlale mecbur bırakacağı yönünde, ayrıntılı olarak bkz. **Genenger**, s. 1032 vd.

⁴⁶ **Genenger**, s. 1035.

⁴⁷ **Wellenhofer**, Klärung der Vaterschaft, s. 1189; özellikle çocuk bakımından etkileri hakkında eleştirel bir bakış için bkz. **Klosinski**, Gunther, Ist der Anspruch auf Abstammungsbekämpfung und anschließender Vaterschaftsanfechtung dem Familienwohl förderlich?, FPR (Familie Partnerschaft Recht) 2007, s. 385 vd.

II. Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası Yargılaması Çerçevesinde Bazı Tespit ve Değerlendirmeler:

A. Genel Olarak:

Yukarıda açıklandığı üzere⁴⁸, soybağı hukukumuzda, babalık karinesine dayalı olarak baba ile çocuk arasında kurulan hukuki soybağının ortadan kalkması ancak TMK’da belirli şartlarla düzenlenmiş olan soybağının reddi davasında verilecek bir inşai hükümlerle mümkün olabilmektedir. Bu dava dışında, ne çocuk ile baba arasındaki hukuki soybağı ilişkisini sona erdirmeye ne de hukuki babanın biyolojik baba olup olmadığını tespiti yönelik bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Yani mevcut hukuki durum, Alman hukukunda yukarıda incelediğimiz hukuki babanın biyolojik babalığının tespitine ilişkin talep hakkının tanınmasından önceki hukuki durum ile benzerdir.

Teknik ve bilimsel alanda ortaya çıkan gelişmeler, ülkemizde de, yargılama dışında gizlice elde edilen tıbbi örneklerle gerçekleştirilmiş babalık testleri ile artan oranda karşılaştırılması sonucunu doğurmaya ve bunların soybağı ilişkisinin sona erdirilmesi ve biyolojik babalığın tespiti çabalarına yansımalarının soybağı hukukunda, sağlık hukukunda ve yargılama hukukunda ortaya çıkaracağı hukuki sorunlara gebe dir.

Aşağıda, özellikle yargılama hukuku perspektifinden, yukarıda aktarılan Alman hukukundaki düzenleme ve bu düzenlemeyi doğuran sebepler dikkate alınarak, yargılama dışı gizli babalık testlerinin Türk hukukunda soybağının reddi davası yargılamasındaki etkileri hakkında bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

B. Gizli Babalık Testiyle Edinilen Bilginin Soybağının Reddi Davasında Şüphe Sebeplerinin Somutlaştırılmasına, Dava Açma Süresinin Başlangıcına ve İspata Etkisi:

Hukukumuzda, Yargıtay uygulamasında, gerek soybağının reddi davasında talebin haklı gösterilmesi ve böylece davanın görülebilmesi gerekse bilimsel testler için tıbbi incelemeye başvurulabilmesi bakımından, davacının öncelikle babanın objektif açıdan kendisiyle olan soybağında şüphe uyandırmaya elverişli

⁴⁸ Bkz. yukarıda Giriş.

vakıaları yargılamaya taşınması ve bunları inanılır kılması koşulunun sıkı biçimde aranmadığı anlaşılmaktadır⁴⁹.

Buna karşın doktrinde, talebin haklı gösterilmesi bakımından değil, ancak görülmekte olan soybağının reddi davasında bilimsel testlere başvurulabilmesi bakımından babalık hususunda şüphe uyandıran sebeplerin ortaya konulması ve inanılır kılınması şartının aranması gerektiği savunulmaktadır⁵⁰.

⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.11.1963 tarih 146/83 sayılı kararında, kan muayenesine karar verilmesi için kocanın ısrarlı talebini yeterli görmüş ve baba olmasına ilişkin ciddi kuşkuların bulunmasını aramamıştır, (karar için bkz. İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1964, s. 2698, Acabey, s. 130 dn. 84'den naklen); "... Nesebin reddi ve babalık gibi konular kamu düzenine ilişkin bulunduğu için bu tür davalarda sadece karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemeyeceğinden taraflardan delillerinin sorulup toplanması, kan ve genetik bulgular yönünden re'sen araştırma yapılması gerekirken...", (2. HD., 04.07.2005 tarih, E. 8436, K. 10489 sayılı kararı, Gençcan, s. 2090); Alman hukukunda, özellikle Alman Federal Mahkemesi'nin 1998 yılındaki bir kararından beri içtihatla, haklı gösterilerek gerekçelendirilmiş (schlüssig begründet) bir soybağının iptali davası için babanın biyolojik baba olmadığı iddia edilmesinin yeterli olmadığı, objektif olarak babalığı şüpheli gösteren vakıaların yargılamaya taşınması gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde çoğunluk ise, soybağının reddi davasında böyle bir başlangıç şüphesinin (Anfangsverdacht) aranmasını isabetli bulmamaktadır. Doktrine göre, talebin haklı gösterilmesi bakımından, babanın biyolojik baba olmadığı iddiası yeterlidir, başka bir somutlaştırmaya ihtiyaç yoktur; ayrıntılı olarak bkz. **Reichenbach**, s. 602, 603; MüKo ZPO-**Damrau**, 2. Auflage 2000, § 372a no. 5; MüKo ZPO - **Coester-Waltjen**, § 640 no. 77.

⁵⁰ "... hakim kan muayenesi, doku alınması veya diğer tıbbi yöntemlerin uygulanabilmesine karar verebilmesi için, davacı kocanın, çocuğun kendisinden olmadığı hususunda ciddi kanaat uyandırmaya elverişli maddi olguları ortaya koyması gerekir...", **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 445, 446. **Serozan**, yeni bilimsel tahlil tekniklerinin, babalık karinesinin ağırlığını oldukça düşürdüğünü ve bu alanda kocanın baba olmasının olanaksızlığını bilimsel tahliller ile daha kolay kanıtlayabileceğini belirtmekte, ancak bazı çekinceleri de eklemektedir. Yazara göre, "... davacı koca bilimsel tahlile ancak baba olmasının olanaksızlığını başkaca kanıtlarla inandırıcı kıldıktan sonra, bu savını pekiştirmek için, en son aşamada "son çare" olarak başvurulmasını talep edebilir. Yoksa, durup dururken, kestirmeden, doğrudan doğruya bilimsel tahlile başvurulmasını isteyemez. Ne de olsa bilimsel araştırma, buna katlanan kişinin kişilik haklarına ciddi bir müdahale oluşturur. Kişilik hakkına müdahale oluşturabilecek bilimsel tahlillere ancak en son aşamada en son çare olarak başvurulabileceği ilkesi, bilimsel tahlillerin güvenilirliği hangi ölçüde artmış olursa olsun, özenle korunmalıdır. Bunu bilimsel tahlile katlanacak olan kişinin kişilik hakkının korunması gereği kadar, çocuk yararının ve aile huzurunun korunması gereği de zorunlu kılar.", **Serozan**, Rona, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 759 vd., s. 760; **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 177; **Acabey**'e göre de, soybağının reddi davasında davacı, kadının sadakatsizliğini inandırıcı biçimde ortaya koymuşsa, bilimsel inceleme ve tahlil yapılmasını talep edebilir ve bu inceleme sonucunda kocanın çocuğun babası olmadığını

Yargı uygulamamızda, davada talebin haklı gösterilmesi ve yargılamada tıbbi testlere başvurulabilmesi bakımından şüphe sebeplerini inanılır kılma şartı aranmadığından, yargılama dışında elde edilen babalık testlerinin özellikle sadece dava açma süresinin belirlenmesi bakımından önem taşıdığı ve dikkate alındığı görülmektedir. Bu noktada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun 22.12.2004 tarih, 2004/2-554 E. ve 2004/742 K. sayılı kararı⁵¹ incelenmeye değerdir. Karara konu uyuşmazlıkta, soybağının reddini talep eden davacı baba, çocuğun biyolojik babası olmadığını öğrenmesinin, boşandığı eşinin davranışları nedeniyle geciktiğini, bu nedenle Kanun'da öngörülen ve doğumdan itibaren 5 yıl olan hak düşürücü süreden (bkz. TMK m. 289/I)⁵² sonra dava açtığını, ancak bunun haklı

kanıtlayabilir. Soybağının tespitine ilişkin davada, bilimsel incelemenin “gerçeğin saptanması açısından kaçınılmaz olması” da gerekir. Bilimsel incelemenin gerçeğin saptanması açısından kaçınılmaz olduğundan bahsedebilmek için, kocanın baba olmadığına ilişkin ciddi belirtilerin olması, diğer bazı delillerin bunu doğrular nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin kadının başka erkek ya da erkeklerle birlikte olduğunu, iffetsiz hayat sürdürdüğünün anlaşılması, bunun tanık beyanları ile saptanmış olması veya çocuğun başka bir ırkın özelliklerini taşıması gibi. Ortada buna benzer, kocanın babalığını şüpheli kılacak ciddi belirtiler olmadığı sürece; mahkemenin, sırf kocanın aşırı şüpheliği veya kıskançlığı nedeniyle, bilimsel incelemeye karar vermemesi gerekir. Yani bilimsel incelemeye ancak son çare olarak ve mevcut delil veya belirtileri desteklemek amacıyla başvurulabilir, (Acabey, s. 130 ve orada anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararları ve literatür).

⁵¹ HGK 22.12.2004 tarih, 2004/2-554 E. ve 2004/742 K., YKD 2005/3, s. 338 vd., s. 342 vd., “... somut olaya bakıldığında; taraflar 28.2.1996 tarihinde evlenmişler, küçük İ. N. 4.8.1998 tarihinde doğmuş olup, yanlar 4.5.1999 tarihinde boşanmışlardır. Boşanma ilamında çocuk anneye bırakılmış, davacı baba, uzun süre tüm uğraşlarına rağmen çocukla görüştürülmediğini, açtığı velayetin kendisine verilmesi davasının reddedildiğini, **daha sonra ortaya çıkan dedikodular nedeniyle icra aracılığıyla çocuğu teslim alıp, hemen DNA testi yaptırdığını ve baba olma olasılığının % 0 olduğunu yeni öğrendiğini, gecikmesinin haklı nedene dayandığını ileri sürmüş,** yerel mahkeme, davacının gecikmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını irdelemeye gerek görmeksizin, salt beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması yüzünden, davanın esasına girmeyerek redde karar vermiştir.

Özel Daire ise, **davacının davayı açmakta haklı nedene dayandığı iddiası yönünden delillerin toplanıp 289. madde şartlarının tahakkuku halinde işin esasının incelenmesi gerektiği** gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yerel mahkemece yukarıda açıklanan nedenlerle bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır...”.

⁵² TMK m. 289/I'de yer alan " ... her halde doğumdan başlayarak beş yıl" ifadesi Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarih, 2008/30 E. ve 2009/96 K. sayılı kararıyla, “...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

sebebe dayandığını (bkz. TMK m. 289/III), zira boşanma ilamında çocuğun anneye bırakıldığını ve kendisinin uzun süre tüm uğraşlarına rağmen çocukla görüştürülmediğini, açtığı velayetin kendisine verilmesi davasının reddedildiğini, daha sonra ortaya çıkan dedikodular nedeniyle icra aracılığıyla çocuğu teslim alıp, hemen DNA testi yaptırdığını ve baba olma olasılığının % 0 olduğunu bu şekilde yeni öğrendiğini, gecikmesinin haklı nedene dayandığını ileri sürmüştür.

Böylece davacı tarafından, dava temeli vakia olarak, dedikodular üzerine duyulan şüphe üzerine yaptırılan biyolojik babalığın tespitine yönelik DNA testi ve bunun sonucunda baba olma ihtimalinin bulunmadığının öğrenilmesi gösterilmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararında, asıl tartışma konusunun soybağının reddi davası açma süresi olduğu, babanın elde ettiği dava dışı soybağı testinin hukuka aykırı olup olmadığı, çocuk bakımından bir rızanın, daha doğrusu kanuni temsilcisi, velisi olan annenin rızasının bulunup bulunmadığının, çocuğun kişilik hakkının ihlalinin söz konusu olup olmadığı tartışılmadığı görülmektedir. Ayrıca, davalı tarafın, teste konu verilerin izinsiz elde edildiği ve söz konusu babalık testinin hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiği yönünde bir itirazının mevcut olup olmadığı da karardan anlaşılamamaktadır. Ancak kararda yer alan bilgilerden⁵³, çocuktan testte kullanılacak tıbbi örneklerin alınmasının hukuka uygunluğunun şüpheli olduğu, velayet hakkına sahip anneden izin alınmadığı anlaşılmaktadır.

Bu duruma göre, karardan, yargılama dışı özel babalık testinin, davanın temellendirilmesinde ve hak düşürücü dava açma süresinin başlangıcının belir-

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. İtiraz konusu ibare, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlamaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır..." gerekçesiyle iptal edilmiş, iptal kararı 07.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁵³ "... Davacının isteminin özeti; davacı, 14.08.2003 tarihli dava dilekçesi ile, davalı ile 28.2.1996 tarihinde evlendiklerini, 4.8.1998 tarihinde müşterek çocukları İrem'in dünyaya geldiğini, 4.5.1999 tarihinde boşandıklarını, **çocuğun velayetinin anneye bırakıldığını**, davalının yıllarca çocuğu kendisinden kaçırıp göstermediğini, **çocuğun nesebinden şüphelenmesi nedeniyle bir fırsatını bulup, onu İstanbul'a götürüp DNA testi yaptırdığını ve çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiğini ileri sürerek**, küçük İrem'in soybağının reddine... karar verilmesini istemiştir..." HGK 22.12.2004 tarih, 2004/2-554 E. ve 2004/742 K. sayılı kararı, YKD 2005/3, s. 340.

lenmesinde dikkate alınabileceği yönünde bir sonuç çıkarmak mümkündür. Yani, davanın hak düşürücü süre içerisinde açılıp açılmadığı hususunda ve davanın temellendirilmesinde belirleyici olan “öğrenmenin”, yargılama dışı babalık testi ile gerçekleşse bile dikkate alınması gerektiğinin kabul edildiği söylenebilecektir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin kararlarında da, yargılama dışında elde edilmiş babalık raporlarına özellikle hak düşürücü dava açma süresinin öğrenme tarihinden itibaren başlaması bakımından sonuç bağlandığı görülmektedir. Yani öğrenme vakiasının yargılama dışı babalık testi ile gerçekleşmesi anında hak düşürücü sürenin başlayacağı kabul edilmektedir⁵⁴. Kararlarda, söz konusu raporların, baba, çocuk ve annenin müşterek rızalarıyla mı temin edilmiş olduğu yoksa baba tarafından özellikle çocuğa ait tıbbi örneklerin gizli ve velayet durumuna göre kanuni temsilcinin rızası olmadan alınmış olup olmadığı tartışma konusu olmamıştır.

Bu noktada, dava öncesinde gizli, hukuka aykırı olarak, çocuğun ve annenin rızası alınmadan gerçekleştirilmiş bilimsel testlerin, soybağının reddine ilişkin bir yargılamada ne şekilde nitelendirileceğini medeni yargılama hukuku bakımından tespit etmek gerekir. Bu bağlamda, -hukuka uygun veya aykırı biçimde elde edilmiş olması bir yana- yargılama dışında elde edilmiş bu raporlar bir delil midir? sorusu sorulacaktır.

⁵⁴ 2. HD., 08.11.2005, 9219/15285 sayılı kararına göre (karar için bkz. **Gençcan**, Ömer Uğur, Türk Medeni Kanunu, 2. Cilt, Ankara 2007, s. 2134, 2135) “... Davacı 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 289. maddesi gereğince **davacı tarafından haklı bir sebebe dayanarak küçüğün kendi çocuğu olmadığını İstanbul Özel Acibadem Hastanesinden aldığı 16.8.2003 tarihli raporla öğrendiğini iddia edip** davayı öğrenme tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde 19.9.2003 tarihinde açmıştır. Şu halde davacının dava açmak konusunda haklı sebebe dayandığı iddiası yönünden taraf delillerinin toplanıp 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 289. maddesi şartlarının tahakkuk etmesi halinde işin esası yönünden inceleme yapılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken hak düşürücü süreden davanın reddi doğru bulunmamıştır...”; aynı yönde bkz. 2. HD., 19.02.2004, 879/1869 sayılı kararı (**Gençcan**, s. 2136, 2137). Yargıtay 2. HD., 17.4.2003 tarih, E. 2003/4410 ve K. 2003/5601 sayılı kararına göre “...Davacı; Gonca ile 6.7.1992’de evlendiğini, bu evlilikten 11.12.1992’de Uluhan isimli çocuğun doğduğunu, davalı ile evlilik öncesinde de ilişkisinin bulunduğunu, **Uluhan’ın kendisinden olmadığını 3.10.2000 günlü raporla öğrendiğini, davalı tarafından iğfal edildiğini (kandırıldığını) ileri sürerek nesebin reddine karar verilmesini istemiştir**... İğfal (kandırma) hali varsa, bir yıllık hak düşürücü sürenin, öğrenme tarihinden başlaması gerekir... davanın reddi isabetsizdir...”, (karar için bkz. www.kazanci.com).

Soybağının reddi davası açan tarafın dava dilekçesiyle birlikte sunduğu böyle bir tıbbi bilimsel rapor, taraf dilekçesinin bir parçası olarak ilk planda iddianın somutlaştırılmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle tarafça sunulmuş bir özel mütalaa niteliğinden öteye gitmez⁵⁵. Böyle bir testin bir bilirkişi delili olduğu söylenemez. Çünkü, öncelikle bu test sonucunun sağlamlığı şüphelidir. Testte kullanılan ve gerek babadan gerekse çocuktan alınmış olan verilerin gerçekten de onlardan sadır olup olmadığı bu test ile anlaşılamaz⁵⁶. Bu ancak mahkemenin keşif delili kapsamında tıbbi inceleme ve araştırmaya başvurması ve bu kapsamda yapılacak bilirkişi incelemesiyle gerçekleştirilebilir ve yargılamada delil olarak nitelendirilebileceğimiz bilimsel kanıt da ancak bu olacaktır.

Tarafça dava öncesinde hukuka aykırı olarak, gizlice tıbbi örnekler elde edilerek babalık testi yaptırılması durumunda bu elde edilen delil değil, bir vakıa tespiti ve iddiası olarak nitelendirmek ve buradan sadır olan problemi de hukuka aykırı yoldan elde edilmiş "delillerin" kullanılması sorunu olarak değil, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş "bilgilerin" yargılamada kullanılabilirliği, etkisi, dikkate alınıp alınmaması sorunu olarak nitelemek doğru olur. Bu bağlamda Alman hukukunda, "hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanılabilirliği" hukuki meselesi yanında ayrı bir usuli sorun olarak "hukuka aykırı yoldan elde edilmiş vakıa bilgilerinin kullanılabilirliği" meselesinden bahsedilmektedir⁵⁷.

Alman hukukunda Federal Mahkeme içtihadının, soybağının reddi davasında baba olmanın olanaksızlığının somutlaştırılarak inandırıcı kılınması şartını araması ve sonrasında ortaya çıkan gizli babalık testleri sorunu üzerine doktrindeki nitelendirmenin de bu yönde olduğu ve –yargısal içtihadındaki görüşün aksine- bu konuda bir kullanma yasağı mevcut olmadığı savunulmuştur. **Wellenhofer**, henüz hukuki babanın biyolojik babalığının tespitine ilişkin talep hakkını tanıyan Kanun yürürlüğe girmeden önce, soybağının iptali davasında somutlaştırılarak bir başlangıç şüphesinin ortaya konulması gerekliliğini arayan görüşün reddedilmesi gerektiğini, zira yargısal içtihadın takip ettiği bu görüşün ispat gücü içinde bulunan babayı özel babalık raporu temin etmeye zorladığını,

⁵⁵ **Reichenbach**, s. 599.

⁵⁶ Bkz. **BGH**, NJW 2005, s. 497, 498.

⁵⁷ Örneğin bkz. **Wieczorek/Schütze-Ahrens**, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Zweiter Band, 2. Teilband, Berlin 2008, B vor § 286, no 9, no. 24, 25; **Reichenbach**, s. 598 vd.

böylece bu sorunu içtihadın kendisinin üretmiş olduğunu belirtmiştir. Yazar, ortaya çıkan bu olumsuz durumun düzeltilmesi için de muhtemelen kanun koyucunun bir müdahalesine ihtiyaç duyulacak olmasını talihsiz bir gelişme olarak nitelendirmiştir. İchtihadın, soybağının reddi davasında söz konusu şartı aramaktan vazgeçmesi halinde, gizli babalık testlerinin kullanılabilirliği sorununun aile hukuku bakımından halledilmiş olacağını, bu şartın aranmaya devam edilmesi halinde ise davacıya en azından dava temelini oluşturmada dava dilekçesinde böyle bir rapora dayanmasına izin verilmesi gerektiğini, çünkü sadece dava dilekçesinde rapora yapılacak bir göndermenin ağır bir temel hak ihlali teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁵⁸.

Hukuka aykırı olarak elde edilmiş bilgilerin kullanılabilirliği meselesini ayrıntılı olarak ele alan **Reichenbach**'a göre de, tarafın, yargılamaya getirdiği vakıa dilekçesinin (Sachvortrag) dikkate alınmasını talep hakkı karşısında, hukuka aykırı olarak elde edilmiş vakıa bilgilerinin yargılamada kullanılması yasağının kabulü için hukuki bir dayanağa ihtiyaç vardır. Böyle bir yasağı öngören düzenleme usul hukukunda yoktur. Yargılamanın dürüstçe yürütülmesi kuralı da burada sadece ikincil nitelikte uygulanabilirliğe sahiptir⁵⁹. Yargılama, iddia ve savunmalar ile hayat bulmaktadır. Taraflar, bireysel hukuki korunma elde etmek için yargılamada ileri sürülmesini gerekli gördükleri her hususu kural olarak yargılamaya getirme hakkına sahiptirler, bunda özgürdürler. Tarafların vakıaları bildirdikleri dilekçeleri genel kişilik hakkı ile sınırlanacak olur ve bu sınırın aşılması halinde maddi hukuk ve usul hukukuna göre bir geçersizlik ve dikkate almama sonucu kabul edilirse, bu, sözü edilen usuli özgürlüğün ve bizzat yargılamanın kısıtlanması anlamına gelir. Bu ise, adaleti temin talebine, hak arama özgürlüğüne aykırı olarak hukuki korumanın kısıtlanmasına veya elden alınmasına yol açar ve hukuki dinlenilme hakkıyla da bağdaşmaz⁶⁰.

Dava dilekçesi ile birlikte sunulan gizli babalık testi, mahkemenin soybağının reddi talebine ilişkin olarak esastan vereceği kararda her hangi bir rol oynamayacaktır. Zira araştırma ilkesinin geçerli olduğu soybağının reddi davasında hakim re'sen bilirkişiye başvurarak rapor temin edecektir⁶¹. Davacı özel babalık

⁵⁸ **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 668.

⁵⁹ **Reichenbach**, s. 622.

⁶⁰ **Reichenbach**, s. 623.

⁶¹ **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 667; "... Nesebin reddi ve babalık gibi konular kamu düzenine ilişkin bulunduğu için bu tür davalarda sadece karşı tarafın kabulüne

raporunu delil olarak değil, dava açma süresi bakımından öğrenme vakiasını ortaya koymak ve iddiasını temellendirmek için sunmaktadır. Bu nedenle bir delil gösterme değil, bir taraf iddiasının temellendirilerek sunulması söz konusudur. Dolayısıyla mesele, delili kullanma yasakları dahilinde tartışılmaz. Vakıa bilgilerinin kullanılmasına ilişkin bir yasak ise medeni yargılama hukukunda kabul edilmemektedir. Burada tarafın özgürlüğü ve tarafın sorumluluğu ilkeleri yürür. Bilhassa araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, getirilen tüm vakıalar dikkate alınmalıdır⁶².

Hukukumuz bakımından değerlendirildiğinde, soybağının reddi davasının yargı uygulamamız tarafından sıkı şartlara bağlanmamış olması dolayısıyla, davacının Alman hukukunda soybağının iptali davasında karşılaşılan güçlükler ile karşılaşmayacağı ve biyolojik soybağını öğrenme temel hakkının büyük ölçüde bu dava yoluyla karşılanacağı söylenebilir. Statü davası olarak soybağının reddi davasının bir inşai dava olduğu, davacının amaçladığı hukuki sonuca – statü değişikliğinin tarafların tasarruflarında olan bir husus olmaması sebebiyle – sadece bu inşai dava yolu ile ulaşabileceği, onun bu davada her zaman bir hukuki korunma ihtiyacının mevcut olduğu⁶³ ve soybağı hukukumuzda biyolojik babalığın tespitine ilişkin başka bir hukuki imkan da bulunmadığı hususları dikkate alındığında, soybağının reddi davasında davanın temellendirilmesi, dava açma süresinin belirlenmesi ve tıbbi incelemeye ve testlere başvurulabilmesi için somutlaştırma yükümlülüğünün aranmaması ve hukuka aykırı olarak elde edilmiş vakıa bilgilerini kullanma (dikkate alma) yasağının kabul edilmemesi isabetlidir.

Dava açma süresinin belirlenmesinde, babanın yaptırmış olduğu dava dışı bir babalık testi ile baba olma olasılığı bulunmadığını “öğrendiği iddiasının” dikkate alınması söz konusu olabilmektedir. Bu noktada dava açma süresinin başlangıcı bakımından dikkate alınacak, belirleyici olacak vakıa, elde edilmiş test sonucu ve bunun içeriği değil, “bilimsel tahlil girişiminde bulunulma-

dayanılarak isteğe uygun karar verilemeyeceğinden taraflardan delillerinin sorulup toplanması, kan ve genetik bulgular yönünden re'sen araştırma yapılması gerekirken...”, (2. HD., 04.07.2005 tarih, E. 8436, K. 10489 sayılı kararı, Gençcan, s. 2090).

⁶² **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 668.

⁶³ Stein/Jonas-**Schlosser**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, 1993, § 640 Rn. 52, s. 389; **Reichenbach**, s. 603; **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 668.

si”dır⁶⁴. Bu nedenle burada, bir vakıa bilgisinin kullanılması söz konusudur ve hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenme hakkı çerçevesinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi kullanma (dikkate alma) yasağına tabi olmadığı kabul edilmelidir. Bu bakımdan, Yargıtay’ın, dava açma süresinin belirlenmesinde yargılama dışında elde edilmiş babalık testine dayalı öğrenme iddialarını dikkate alan içtihadı yerindedir. Her ne kadar 1086 sayılı HUMK’u yürürlükten kaldırarak, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 189. maddesinin ikinci fıkrasında “Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz.” hükmüyle mutlak bir delili kullanma yasağı getirilmekte ise de, bu yasak açıkça sadece ispat için kullanmayı yasaklamaktadır. Hükmün uygulama alanı kapsamına, bir talebin hukuka aykırı yoldan öğrenilmiş vakıa bilgileriyle şekillendirilmesine, ileri sürülmesine ilişkin yasağın dahil edilmesi kanımızca isabetli değildir.

Görüldüğü gibi Alman soybağı hukukunda, tanınan yeni talep hakkıyla, evlilik içinde doğma ve babalık karinesine dayalı olarak aralarında bir hukuki ilişki kurulmuş bulunan hukuki baba, anne ve çocuğun, biyolojik soybağının tespitine ilişkin inceleme ve araştırmalara katlanma yükümlülükleri ve hatta bu yükümlülüğün zorla yerine getirilebilmesi bakımından, şüphe sebeplerini somutlaştırma ve gerçeğe yakın gösterme şartı aranmamıştır. Yani, test için gerekli örnekleri vermek bakımından –gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirilebilen- şartsız ve süreye bağlı olmayan bir katlanma yükümlülüğü öngörülmüştür. Getirilen yeni açıklığa kavuşturma talebiyle aslında dolaylı olarak, soybağının reddi davasında şüphe sebeplerinin inandırıcı kılınmasını arayan yargı uygulaması da hukuka uygun olarak aşılmış olmaktadır⁶⁵.

Mesele bu yönüyle de hukukumuz bakımından değerlendirildiğinde, - hukuki babanın biyolojik babalığın tespitine ilişkin bir hukuki yol bulunmadığı da dikkate alındığında- nesebin reddi davasında gerekli bilimsel testlere başvurulabilmesi için şüphe sebeplerinin ortaya konulması ve gerçeğe yakın gösterilmesi şartını arayan doktrindeki eğilimin gözden geçirilmesi gerektiği söylenebilecektir.

⁶⁴ Bilimsel tahlil girişimlerine kalkışılmış olması ile TMK m. 289 anlamında öğrenmenin gerçekleştiği ve dolayısıyla sürenin işlemeye başlayacağı yönünde, **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 193.

⁶⁵ Bu konuda bkz. yukarıda A. IX.

Soybağının reddi kamu düzenine ilişkindir ve soybağının reddi davasında araştırma ilkesi geçerlidir⁶⁶. Araştırma ilkesinin geçerli olduğu bir davada, sıkı bir somutlaştırma yükümlülüğünün aranması doğru değildir. Davayı ferdileştiren vakıalara yer verilmesi yeterli görülmelidir⁶⁷. Şüphe sebeplerini inandırıcı şekilde ortaya koyma imkanından yoksun olan davacı, dava dışında gizli olarak babalık testi yaptırmaya veya davada zorunlu olarak doğruluk ödevine aykırı biçimde uydurma vakıaları ileri sürmeye zorlanmış olacaktır. Bu nedenle, davacının yargılamada başvurulacak bilirkişi raporu ile baba olmadığını ispatlanacağı şeklindeki beyanı yeterli görülmelidir⁶⁸.

Hukukumuzda, yargılama dışında gizlice elde edilmiş tıbbi örnekler ile gerçekleştirilmiş babalık testlerinin soybağının reddi davasında ispat faaliyetindeki etkisinin doktrinde nadiren ele alındığı görülmektedir. **Serozan**'a göre, "...davacı koca, bu bilimsel kanıtları, örneğin DNA analizinin malzemesini oluşturabilecek saç telini veya sıvıyı ananın ve çocuğun olurluğunu elde etmezsiniz, gizlice de sağlayamaz. Çocuğun ve ananın kişilik hakları ihlal edilerek gizlice elde edilen kanıtlara dayanılamaması hukukun temel ilkelerindedir."⁶⁹.

Yargılama dışında alınmış babalık testlerinin soybağının reddi davasında delil olarak kabul edilip edilemeyeceği ve delil değeri meselesi hukukumuz bakımından, bugün yürürlükteki hukuk dikkate alındığında, Alman hukukuna nazaran daha fazla öneme sahiptir. Alman hukukundan (bkz. dZPO § 372a) farklı olarak, tıbbi inceleme ve araştırmaya katlanma yükümlülüğünün gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirilebilmesi imkanı hukukumuzda hali hazırda yürürlükte değildir (bkz. TMK m. 284 b. 2; karşı. HMK m. 292 f.1 c.2, yürürlük tarihi hakkında m. 451). Bu durumda, katlanma yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle dava dahilinde bilirkişi marifetiyle bir tıbbi babalık testi yaptırılması mümkün olmadığında, eldeki tek tıbbi bilimsel veri, yargılama dışında gerçekleştirilmiş test olabilecektir. Bu noktada, başkaca delil de yoksa, elde sadece TMK m. 284 hükmünün incelemeye katlanma yükümlülüğünden kaçınma halinde hakime delillerin değerlendirilmesi çerçevesinde verdiği yetki ve bunun yanında söz konusu yargılama dışı raporla ortaya çıkan sonuç mevcut olacaktır.

⁶⁶ Bkz. ayrıntılı olarak **Akcan**, s. 929 vd.

⁶⁷ Bu yönde **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 666.

⁶⁸ **Wellenhofer**, Abstammungsgutachten, s. 666; aynı yönde **Reichenbach**, s. 601.

⁶⁹ **Serozan**, Rona, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, s. 760; **Serozan**, Çocuk Hukuku, s. 177; ayrıca bkz. **Gürbüz**, s. 59 dn. 17.

Bu test sonuçlarının veya testte kullanılan örneklerin yargılamada delil olarak kullanılabilmesi –elde edilmesinin hukuka aykırılığı sebebiyle kabul edilebilirliği sorunu bir yana- ise ancak, testte kullanılan verilerin aidiyeti ve testte varılan sonuçların doğruluğu hususunda bir kesinlik sağlandığında, tüm şüpheler yenildiğinde mümkün olabilecektir. Özellikle gizlice tıbbi örnek elde etme suretiyle gerçekleştirilmiş özel laboratuvar testlerinde çoğu zaman bu güvenilirlik ve sağlamlık özelliğinin tespiti çok güç olacaktır. Ayrıca bugün, mahkemelerde delil olarak kabul edilmekte olan soybağı tespitine ilişkin incelemeler, sadece kanunların resmi bilirkişi olarak belirlediği kurumlarca yapılmaktadır⁷⁰. Özel kuruluşlar tarafından yapılan incelemeler sonucunda verilen raporların mahkemelerde delil olarak kabul edilmediği görülmektedir⁷¹.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) “Soybağı tespiti için inceleme” başlıklı 292. maddesinde ise, “(1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. *Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.* (2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Böylece, mahkemenin, soybağının tespiti için kan ve doku alınmasına katlanma zorunluluğunun gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirilmesine karar vermesi mümkün kılınmıştır.

Delilin sağlamlığı ve güvenilirliği dolayısıyla kabul edilebilirliği meselesi bir yana bırakıldığında, hukuka aykırı elde edilmiş özel babalık testi sonuçlarının soybağının reddine ilişkin talebin esası hakkında delil olarak kullanılması kabul edilecek olursa, burada delil yasakları bağlamında davacı babanın basit bir ispat menfaatinin söz konusu olmadığı dikkate alınmalıdır. Babanın kişilik hakkının bir parçası olan soybağının öğrenme temel hakkı ve buna bağlı sonuçları elde etmeye ilişkin bir hakkı söz konusudur. Bu nedenle, gizli babalık testi ile hakları ihlale uğrayan çocuk ve/veya anne ile babanın karşılıklı olarak anayasaca korunan temel hakları çatışmaktadır. Temel haklardan kaynaklanan değerler ve

⁷⁰ 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'na göre (m. 1, m. 20), Adli Tıp Kurumu, adli tıp ile ilgili konularda HUMK m. 276 f.2 (bkz. HMK m. 268 f.2) anlamında resmi bilirkişidir; ayrıntılı olarak bkz. **Akcan**, s. 915 vd.

⁷¹ Bkz. **Gürbüz**, Meral, Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri, Eskişehir Barosu Dergisi, Şubat 2005, S. 7, s. 55 vd., s. 60.

menfaatler arasında bir tartım yoluyla sonuca varılmalıdır⁷². Bu konuda mutlak bir delil yasağının kabulü doğru olmayacaktır⁷³.

III. Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Tespiti Talebinin Hukukumuzda Tanınabilirliğine Dair Yargılama Hukukumuz Bakımından Değerlendirmeler:

Alman Hukukundaki durumu anlatırken tespit ettiğimiz üzere, hukuken baba olan kişinin biyolojik baba olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasına ilişkin kanuni düzenleme ihtiyacı, büyük ölçüde Alman Temyiz Mahkemesi'nin, soybağının reddi davasının görülebilmesi için, talebin haklı gösterilmesi şartı olarak babalığa şüphe uyandıran vakıaların somutlaştırılması şartını araması ve hukuka aykırı yoldan elde edilen dava dışı soybağı testlerinin yargılamada bu somutlaştırma yükünün yerine getirilmesinde dikkate almamasından, yani soybağının reddi davasını kanunda öngörülenden daha sıkı şartlara tabi tutarak alanını sınırlamasından doğmuştur. Ancak bu yargı uygulaması yanında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, genel olarak babanın bir şarta bağlı olmaksızın biyolojik baba olup olmadığını öğrenmeye ilişkin temel hakkına da vurgu yapmış ve böylece bahsedilen hak Medeni Kanun'da tanınmıştır.

Soybağının reddi davası dışında ve yanında, hukuki babanın biyolojik baba olup olmadığının yasal yollardan ve bir şüphe sebebine ve süreye tabi olmaksızın öğrenilmesine ilişkin bir talep hakkının ve prosedürün tanınıp tanınmayacağı sorunu, Türk soybağı hukukunu da meşgul edecek sorunlardan birisidir. Özellikle, yargılama dışında gerçekleştirilmek istenen babalık testlerinin yaygınlaşması ve bunların hukuki bir zemine çekilmesi ihtiyacı bunu tetikleyebilecektir.

Alman Hukukunda tanınan talep hakkıyla, aralarında hukuki soybağı ilişkisi bulunan anne, baba ve çocuğa, kural olarak kayıtsız şartsız ve süresiz olarak "aralarında hukuki soybağı bulunan baba ile çocuk arasında biyolojik soybağı ilişkisinin de bulunup bulunmadığının tespitini" talep hakkı verilmiştir. Elbette ki böyle bir talep hakkının tanınabilmesinin temelinde, bilimsel testlerin gerçekleştirilmesi için gerekli tıbbi muayeneye katlanma ve gerekli tıbbi örnekleri

⁷² Wellenhofer, Abstammungsgutachten, s. 667.

⁷³ Karş. BGH, NJW 2005, 497 vd.; BGH, NJW 2006, s. 1657 vd.

verme yükümlülüğü ve daha da önemlisi bu yükümlülüğün gerektiğinde zor kullanılmak suretiyle icrası imkanının Kanun'da tanınmış olması yatmaktadır⁷⁴.

Hukukumuzda ise, yürürlükteki hukukta, soybağına ilişkin davalarda soybağının belirlenmesi için gerekli araştırma ve incelemelere rıza göstermeme halinde bu inceleme ve araştırmanın zor kullanılmak suretiyle yerine getirilmesine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır⁷⁵, ⁷⁶. Ancak, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı HMK m. 292'de bu yönde bir yasal düzenlemeye yer verilmiştir.

Soybağı yargılaması hukukunda bu yönde bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı bir dönemde, bir süreye ve şarta bağlı olmayan ve büyük ölçüde tıbbi örnek vermeye katlanma zorunluluğunun gerektiğinde zor kullanılmak suretiyle yerine getirilmesi temeline dayalı bir talep hakkı olan "hukuki babanın biyolojik babalığın tespiti talebinin" tanınması düşünülemez. Soybağının belirlenmesine ilişkin davalarda inceleme ve araştırmaya rıza gösterme yükümlülüğünün gerektiğinde zorla yerine getirilmesine ilişkin bir yasal düzenleme getirilmesiyle birlikte (bkz. HMK m. 292 f. 1 c. 2), medeni hukukta hukuki babanın biyolojik babalığının açıklığa kavuşturulmasına ilişkin bir talep hakkının tanınip tanınmayacağı meselesi soybağı hukukumuz bakımından bu yönüyle tartışılabilir hale gelmiş olmaktadır.

Medeni yargılama hukuku boyutuyla konuyu ele almakta olduğumuz çalışmamızda, soybağının reddi davasından bağımsız olarak hukuki babanın biyolojik babalığının açıklığa kavuşturulmasına ilişkin bir talep hakkının soybağı

⁷⁴ Bkz. Alman Medeni Usul Kanunu m. 372a ve söz konusu talep hakkının yerine getirilmesinde gerektiğinde uygulanacak olan Alman Çekişmesiz Yargı Kanunu § 56 IV 3.

⁷⁵ Medeni yargılamada soybağına ilişkin davalarda soybağının belirlenmesi için zorunlu olan tıbbi araştırma ve incelemelere rıza gösterme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün zorla yerine getirilebilirliği sorunu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Akcan**, s. 887 vd.; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001, s. 2872 vd.; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 445, 446; **Konuralp**, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 101 vd.; **Budak**, Ali Cem, Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Yıl: 2006, s. 337 vd..

⁷⁶ Soybağının belirlenmesi maddi hukuka ilişkin ise de, soybağının belirlenmesine ilişkin yargılamada uygulanacak prosedür, katlanma yükümlülükleri ve bunların gerektiğinde zor kullanmak suretiyle icrası geniş anlamda usul hukukuna ilişkin konulardır, bu anlamda bkz. **Akcan**, s. 933.

hukukumuzda yasal bir düzenlemeyle tanınması gerekip gerekmediği hakkında anayasa hukukumuz ve soybağı hukukumuz yönünden yapılacak değerlendirmeler, buradaki sınırlı inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Ancak, kısaca ifade etmek gerekir ki, gelişen tıbbi ve bilimsel imkanlar, toplumsal değişimler, biyolojik babalığın tespitine yönelik artan talepler ve soybağını öğrenme temel hakkı karşısında, soybağı hukukunda bugün mevcut talep hakları yetersiz kalabilecek ve sınırları zorlanacaktır. Bunun yanında, sağlık hukukunda da düzenleyici ve yaptırım öngören hükümler⁷⁷ getirilmesi ihtiyacı da ortaya çıkabilecektir.

⁷⁷ Bu konuda, özel soybağı testlerinin hukuka uygun biçimde gerçekleştirilebilmesine ilişkin düzenlemeler ve bunların ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar gündeme gelmektedir.