

**KİŞİLERDEN KAN VE DOKU ÖRNEĞİ ALINMASINA
İLİŞKİN OLARAK HUKUK MUHAKEMELERİ
KANUNU'NUN 292'NCİ MADDESİ KARŞISINDA TÜRK
MEDENÎ KANUNU'NUN 284'ÜNCÜ MADDESİNİN DURUMU**

*The Status of the 284th Article of the Turkish Civil Code against the
292nd Article of the Code of Civil Procedure Regarding the Collection
of Blood and Body Tissue Samples from Individuals*

Orhan Emre KONURALP*

Özet

Kişilerden kan ve doku örneği alınması, hem kişilerin vücut bütünlüğü hem de soybağı tespit edilecek kişi açısından son derece önemli bir işlemdir. Bu öneminden dolayı, bu işlem hem Türk Medenî Kanunu hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından özel olarak düzenlenmiş olmakla birlikte iki Kanun farklı nitelikte düzenlemeler içermektedir. İki Kanun arasındaki farklılık hem doktrin hem de yargı kararlarında farklı şekilde yorumlanmaktadır. Söz konusu yorum farkı ise uygulamada tereddütlere yol açmaktadır. Çalışmamızın amacı da, kanunkoyucunun amacını da dikkate alarak kişilerden kan ve doku örneği alınması hususunda uygulama alanı bulması gereken hukuk kuralını tespit etmektir. Bu kapsamda öncelikle doktrin görüşleri değerlendirilmiş ve Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları irdelenmiştir. Çalışma kapsamında ayrıca Alman ve İsviçre hukuklarında bulunan düzenlemeler de ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Çalışmanın sınırı medenî yargılama hukuku ile sınırlı tutulmuş, gerektiği ölçüde ceza yargılaması hukuku ile karşılaştırma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: kan ve doku örneği alınması, kişilik hakkının korunması, soybağının tespiti davası, vücut bütünlüğü

Makalenin Geliş Tarihi: 19.02.2020, **Makalenin Kabul Tarihi:** 24.12.2020

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı; e-posta: orhanemrekonalp@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0376-0692. Çalışmanın hazırlanması sırasında her türlü soruma sabırla cevap verip, verdiği her cevapta ufku daha da açan değerli arkadaşım Dr. Öğretim Üyesi Alperen Karasahin'e ve Türk hukukuna ilişkin kaynaklara ulaşmamda yardımcı olan sevgili eşim Dr. Ayşen Çilenti'ye ve değerli arkadaşım Furkan Ulugün'e çok teşekkür ederim.

Abstract

Collecting blood and body tissue samples from individuals is a crucial process for both the body integrity of the individuals and the person whose paternity will be established. As a result of this importance, this procedure has been specially legislated by both the Turkish Civil Code and the Code of Civil Procedure, but these two Codes contain different provisions. This difference between two Codes is interpreted differently in both doctrine and jurisprudence. The difference of interpretation causes hesitations in practice. The purpose of this study is to determine the applicable law for taking blood and tissue samples from individuals, by considering the purpose of the lawmaker. In this context, primarily the arguments of the doctrine are evaluated and the decisions of the Supreme Court on the subject are examined. Within the scope of the study, the provisions in German and Swiss law are also taken into consideration under a separate heading. The scope of this study is limited to civil procedure law and a comparison is made with criminal procedure law as it is necessary.

Keywords: Action to determine paternity, collection of blood and body tissue, physical integrity, protection of legal personality

Giriş

Bir hukuk davasında, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi gerekir. Hukuk yargılaması açısından da taraflar zaten bu malzemeyi getirmekle yükümlüdürler. Hâkim tarafların getirdiği bu malzeme ile bağlıdır. Ancak belirli durumlarda hâkim tarafların getirdiği dava malzemesinin haricinde delil toplama yoluna gidebilir. Örneğin çözümü özel uzmanlık gerektiren bir halde hâkim resen bilirkişiye başvurmak suretiyle bilirkişi raporu elde edebilir¹ yahut uyuşmazlık konusu bir husus üzerinde resen keşif yoluna başvurabilir². Ancak bazı davalarda kanun koyucu

¹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usûl Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 463; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 541; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2017, s. 583; TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 368 ve 1009.

² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 453; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 548; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 574; TANRIVER, Usûl, s. 368.

hâkimin, taraflarca temin edilecek dava malzemesiyle bağlı kalmasını arzu etmemiş ve hâkimin de dava malzemesi toplamasını öngörmüştür. Söz konusu bu fark medeni yargılama hukukuna egemen olan ilkelerden taraflarca getirilme ilkesi ile resen araştırma ilkesi tarafından açıklanmaktadır.

Taraflarca getirilme ilkesinin temelinde, bir kişinin menfaatini medeni yargılamada en etkin şekilde ancak kişinin kendisinin koruyabileceği düşüncesi yatmaktadır³. Zira medenî yargı kapsamında korunabilecek bir hakkın doğması ve yerine getirilmesi ancak çok sınırlı bir çevrede, daha somut bir ifadeyle hakkın varlığını ileri sürenin şahsında sonuç doğuracaktır. Ancak bazı uyuşmazlıklar vardır ki bunların çözümü neticesinde ortaya çıkacak sonuç yalnızca uyuşmazlığın taraflarını değil aynı zamanda üçüncü kişileri, yani geniş kapsamda kamuyu ilgilendirecektir⁴. Bu açıdan boşanma davaları ve soybağına dair davalar⁵ ile pek çok çekişmesiz yargılama işleri⁶ buna örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenledir ki kanun koyucu da bu farkı gözetererek söz konusu bu işlerin yargı faaliyeti kapsamında nihayete erdirilmesi sürecini farklı bir şekilde düzenlemiştir. Bu nitelikteki yargı işlerinde dava malzemesinin yalnızca taraflarca getirilmemesi de buna bir örnektir.

Bu noktada önem arz eden uyuşmazlıklardan birisi de soybağının tespiti davalarıdır. Bilindiği üzere soybağının tespiti davasının amacı çocuk ile çocuğun babası olduğu ileri sürülen kişi arasındaki babalık ilişkisinin ispatıdır. Davanın konusunun bu açıdan yalnızca uyuşmazlığın taraflarını ilgilendirmeyen bir niteliği olduğu açıktır. Zira bu davanın sonuçlanmasıyla birlikte baba olduğu iddia edilen kişinin baba olup olmadığı buna bağlı olarak da bilhassa aile ve miras hukukuna dair önemli sonuçlar ortaya çıkacaktır. Soybağının tespitine dair davalarda kanun koyucunun özel bir yöntem öngörmüş olmasının da bu durumdan kaynaklandığı söylenebilir.

³ TANRIVER, Usûl, s. 367. Ayrıca bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 128.

⁴ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 129.

⁵ ARSLAN, Aziz Serkan, "Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2010/1, 2010, s. 200; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 156; KORUCU, Yavuz/UYUMAZ, Murat, "Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Yetkin Yayınları, C. II, 2014, s. 1359; KURU, Baki, *Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 434.

⁶ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 155; TANRIVER, Usûl, s. 369.

Kanun koyucunun bu nitelikteki davalara ilişkin getirmiş olduğu özel düzenlemelerden belki de en önemlisi HMK'nın 292'nci maddesinde düzenlenmiş bulunan soybağının tespiti amacıyla kan ve doku örneği alınmasına ilişkin düzenlemedir. İlgili düzenlemeyle tarafların ve dahi üçüncü kişilerin söz konusu soybağının tespiti davasında kan ve doku örneği vermeye mecbur oldukları, gerektiği takdirde zor kullanılarak bu örneğin alınabileceği hükme bağlanmıştır⁷.

Esas itibariyle bu nitelikte bir düzenleme Türk hukukuna yabancı değildir. Zira yürürlükteki Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 284'üncü maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Mevzuatımızda yer alan ve benzer nitelikteki konuları düzenleyen bu iki düzenlemesinin getirdiği usûl ve buna bağladığı sonuç farklıdır⁸, bu nedenle de bu iki düzenlemenin çelişkili olduğu kabul edilmelidir⁹.

⁷ Doktrinde Konuralp, HUMK'nın yürürlükte olduğu dönem açısından geçerli olacak şekilde, hukukun kan ve doku örneği alınmasına ilişkin düzenlemelerinin yalnızca davanın tarafları açısından işlerlik kazanabileceğini belirtmekte, üçüncü kişilerin vücutlarına müdahalede bulunulmasının gerektiği hallerde sorunların ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Bkz. **KONURALP**, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Tıpkıbasım, Ankara 2009, s. 104 ve 105. Bu açıdan, HMK düzenlemesinin üçüncü kişileri de kapsıyor oluşunun, bu konudaki endişeleri gidermeye elverişli olduğu söylenebilir.

⁸ **AKAR**, Kemal, Soybağı Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 102; **TAŞPINAR AYZAZ**, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 419. **AKTEPE ARTIK**, Sezin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 20, 2011, s. 169, dpt. 50; **TÜZÜNER**, Özlem, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 4, 2013, s. 1152.

⁹ **AKBIYIK**, Cem/**AYDIN**, Gülşah Sinem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu M.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2014, s. 18; **KARSLI**, Abdurrahman/**KOÇ**, Evren/**KONURALP**, Cengiz Serhat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayınları, İstanbul 2014, s. 142; **AŞIK**, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Keşif, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 177; **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe/**TEK**, Gülen Sinem, "Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 926; **ÜÇÜNCÜ**, S. Hilal, Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 58.

I. Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Kişilerden kan ve doku örneği alınması hem hukuk hem de ceza davalarında ihtiyaç duyulabilecek bir süreçtir. Dolayısıyla hukukumuzda hem özel hukuka hem de kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerde, kan ve doku örneği alınmasına yer verilmiştir. Çalışmamızın kapsamını soybağını tespitinin özel hukuk boyutuyla sınırladığımız için, ceza hukuku bağlamında kan ve doku örneği ayrıca incelenemeyecek, gerekli noktalarda özel hukuk düzenlemeleriyle karşılaştırılmakla yetinilecektir.

a) TMK Düzenlemesi

TMK'nın 284'üncü maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 292'nci maddesi tarafların ve dahi üçüncü kişilerin soybağının tespiti davasında kan ve doku örneği alınmasına rıza göstermek zorunda olduklarını düzenlemişse¹⁰ de TMK bu durumun aksinin söz konusu olduğu halde yani kendisinden kan ve doku örneği alınacak kişinin bu duruma rıza göstermemesi haline farklı bir sonuç bağlamıştır¹¹. HMK'nın aksine TMK, bu noktada hâkimin, kan ve doku örneği vermeyen kişinin aleyhine bir sonuca karar verebileceğini öngörmüştür. Yani TMK'ya göre kişinin bu incelmeye rıza göstermemesi olasılığı söz konusudur¹². TMK'nın 284'üncü maddesi esas itibarıyla İsviçre Medenî Kanunu'nun 254'üncü maddesine denk gelmekle birlikte, ikinci bendin son cümlesi mehz Kanun'da bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde Akcan, mehz Kanun'da bulunmayan bu düzenlemenin İsviçre kanton Usûl hukuklarında bulunduğunu ifade etmektedir.¹³ Dolayısıyla da kan ve doku örneği

¹⁰ Serozan'a göre TMK'nın 284'üncü maddesindeki kan ve doku örneği vermekten kaçınan kişinin aleyhine karar verme düzenlemesi yalnızca davanın tarafları ile ilgili olarak işlerlik kazanabilir. Bu nedenle de üçüncü kişilerin kan ve doku örneği vermekten kaçınması halinde yalnızca İcra ve İflas Kanunu'nun 343'üncü maddesinin uygulanması mümkün olabilir. Bkz. **SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 154. Aynı doğrultuda bkz. **ARAS**, Bahattin, "Türk Hukukunda Babalık Davası ve İspat Yöntemleri", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 27, 2008, s. 28. Ayrıca bkz. **AŞIK**, s. 177; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 550 ve 551.

¹¹ **AKBIYIK/AYDIN**, s. 17.

¹² **ARAS**, s. 28; **ÖZBİLEN**, Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2, S. 24 Güz 2013/2, 2013, s. 110, dpt. 25.

¹³ **AKCAN**, Recep, "Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme)", *Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 901.

vermeyen kimseden TMK'ya göre bu örneklerin zorla alınması mümkün değildir.¹⁴ Bu nedenledir ki doktrinde, mahkeme tarafından kendisinden kan ve doku örneği alınacak kişiye bu amaçla gönderilecek davetiyeye “DNA incelemesine esas alınmak üzere kan vermek için belirlenen tarihte kan merkezinde bulunmanız mazeretsiz olarak gelmediğiniz takdirde küçüğün babası sayılacağınız” ifadesine yer verilmesinin yeterli olacağı belirtilmiştir.¹⁵

HMK düzenlemesinin yürürlüğe girmesinden önce, TMK'nın 284'üncü maddesiyle ilgili olarak doktrinde, bu düzenlemenin, hâkimin 2659 sayılı (o zamanki adıyla¹⁶) Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 23'üncü maddesinin c bendinin ikinci fıkrasına¹⁷ dayanarak zor kullanılmasına karar vermek suretiyle kan ve doku örneği alınmasına karar verebileceği ifade edilmekteydi¹⁸. Aynı yazarlar, hâkimin zor kullanma kararına rağmen kişinin kan ve doku örneği veremeyeceği bir halin ortaya çıkabileceğini de kabul etmişler ve bu durumda TMK ifadesine dayanılarak, o kişinin aleyhine karar

¹⁴ TAŞPINAR AYYVAZ, s. 420; PAKSOY, Gülnihal, Soybağının Reddi, *TBB Dergisi*, S. 97, 2011, s. 358; ŞİMŞEK, Mustafa, Soybağı, “Tanıma ve Babalık, Evlat Edinme, Velayet”, *Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulanması Sempozyumu*, Ankara 2013, s. 130-152, s. 132.

¹⁵ ÖZUĞUR, Ali İhsan, Türk Medenî Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velâyet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 216.

¹⁶ 2659 sayılı Adli Tıp Kanunu'nun adı, 9 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61'inci maddesinin ilk fıkrasının a bendiyle “Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.

¹⁷ Anılan madde 2016 yılında 6754 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Maddenin HMK yürürlüğe girmeden önceki hali şu şekildedir: “Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ve İhtisas kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre dinleyebilir. Her türlü tetkikatı yapar ve yaptırabilir.” 2016 yılında anılan madde şu şekilde değiştirilmiştir: “Adli Tıp Üst Kurulları ve ihtisas kurulları ilgili kişileri gerektiğinde muayeneye çağırabilir ve bunları usulüne göre dinleyebilir, her türlü tetkikatı yapar veya yaptırabilir.” Son olarak, 9 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61'inci maddesinin ilk fıkrasının f bendiyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Belirtmek gerekir ki, Adli Tıp Kurumu'nun resmî internet sitesinin mevzuat bölümünde, söz konusu madde halen yürürlükteymiş gibi 2659 sayılı Kanun'un metninde gösterilmektedir. Bkz. <https://www.atk.gov.tr/mevzuat-veri-tabani.html> (Erişim Tarihi: 07/02/2020). Adli Tıp Kurumu'na ilişkin mevzuat içinde, mülga edilen madde ile ilgili veya onu ikame edebilecek nitelikte herhangi bir düzenleme de tespit edilememiştir.

¹⁸ KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 2876; ÖZUĞUR, s. 215; AKCAN, s. 912 ve 913. Söz konusu düzenlemenin yeterli olmadığına ilişkin görüş için bkz. AŞIK, s. 182.

verilebileceğini belirtmişlerdir¹⁹. Bu sebeple de TMK düzenlemesi bakımından kan ve doku örneği verilmesi bir yükümlülük değil külfet olarak nitelendirilmektedir²⁰. Bununla beraber, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) bu konuya ilişkin açık bir düzenleme içermediği ve uygulanabilecek tek hüküm olan özel hüküm sebeplerine ilişkin HUMK'nın 367'nci maddesinin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahaleye izin vermeye elverişli olmadığı da ifade edilmektedir²¹.

TMK'da bulunan düzenlemenin kanun koyucunun bu nitelikteki davalara attığı önemle bağdaşmadığı söylenebilir. Zira soybağına ilişkin davaların kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilmekte²² ve çocuğun haklarını korumaya yönelik olduğu ifade edilmektedir²³. Fakat TMK ile getirilen düzenlemeyle hâkimin, bir kişinin kan ve doku örneği vermemesine adeta varsayımsal bir sonuç bağlamasına olanak sağlanmaktadır. Öte yandan da kan ve doku örneği vermesi gereken kişi, örneği vermemesi halinde aleyhine bir karar çıkacağı ihtimaliyle adeta tehdit edilmektedir. Bu nitelikte bir tehdidin ise ne denli etkin olacağı ve soybağının tespitine ilişkin davanın sağlıklı bir şekilde sonuçlandırılmasına ne derecede fayda sağlayacağı tartışmalıdır. Bu nedenle HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce de babalık davası açısından ilgililerin bu nitelikte bir incelemeye katılma yükümlülüğü olması gerektiği ifade edilmiştir²⁴. Bu nedendir ki HMK ile getirilen düzenlemenin, TMK'dakine nazaran daha pratik olduğu da ifade edilmektedir²⁵.

b) HMK Düzenlemesi

HMK ise aynı duruma bambaşka bir sonuç bağlamaktadır. HMK'ya göre eğer kan ve doku örneği vermesi gereken kişi bu işleme rıza göstermezse bu durumda hâkim zor kullanarak söz konusu örneğin alınmasına karar verebilecektir. Bu noktada, hâkime verilen bu nitelikte bir

¹⁹ KURU, C. 3, s. 2877; ÖZÜĞÜR, s. 215; AKCAN, s. 912.

²⁰ ÖZBİLEN, s. 112; ÜÇÜNCÜ, s. 57.

²¹ KONURALP, s. 104.

²² AKBIYIK/AYDIN, s. 13; EGE, Önder, "Medeni Usul Hukukunda Soybağı Tespiti İçin İnceleme Yapılması ve Gizli Babalık Testleri Olgusu", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 100, 2014, s. 247; KORUCU/UYUMAZ, s. 1358 ve 1359; TANRIVER, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, Aile, s. 78; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 2872.

²³ EICHBERGER, Rudolf, Aktuelle Probleme der Feststellung der Abstammung (§ 372a ZPO), Doktora Tezi, Regensburg 1988, s. 15; YILMAZ, s. 2872.

²⁴ AKCAN, s. 913.

²⁵ TÜZÜNER, s. 1156.

zor kullanma yetkisinin²⁶ varlığı karşından artık TMK’da söz edilen hâkimin, kan ve doku örneği vermeye rıza göstermeyen kişinin aleyhine karar verebilmesine olanak sağlayan düzenlemenin işlerlik kazanması pek muhtemel değildir. HMK’nın 292’nci maddesinin gerekçesi incelendiğine, bu düzenleme ile TMK’nın 284’üncü maddesi arasında bir ilişki kurulmadığı görülmektedir²⁷. Bununla birlikte, HMK tasarısının ilk halinde, Kanun’un yürürlükten kaldırdığı düzenlemeler arasında TMK’nın 284’üncü maddesi de yer almaktaydı. Fakat bu hüküm, komisyon aşamasında tasarı metninden çıkarılmış ve gerekçe²⁸ olarak da TMK’nın 284’üncü maddesi ile HMK’nın 292’nci maddesinin aynı anda uygulanabileceği gösterilmiştir. Oysaki bu iki düzenleme birbirinden farklı olup, değişiklik gerekçesinde belirtildiği şekliyle bir “çifte yürürlükten” söz etmek mümkün değildir²⁹. Dolayısıyla kanunkoyucunun bu nitelikte bir düzenleme ile TMK’daki düzenlemeyi mülga etmeyi amaçladığı tespit edilememektedir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki bu durumda kanunların zaman bakımından uygulanması sorunu doğar, çünkü farklı zamanlarda yürürlüğe girmiş, aynı konuyu düzenleyen iki ayrı genel düzenleme³⁰ bulunmaktadır. Bu durumda daha sonra yürürlüğe girmiş bulunan HMK ile TMK’nın kan ve

²⁶ Bu konuda hâkimin bir takdir yetkisi olmadığına ilişkin olarak bkz. **ÖZ**, Turgut, “Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 2-Aile Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 323.

²⁷ “Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk hâlinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınma yolu da kapatılmıştır.” (HMK 292’nci madde gerekçesinden).

²⁸ “Maddenin görüşülmesi esnasında verilen önerge ile Türk Medeni Kanununun 284 üncü maddesinde soybağını düzenleyen genel usul kuralının varlığı sebebiyle Tasarıda tekrar düzenlenmesine gerek olmadığı, dolayısıyla hükmün tasarı metninden çıkarılması teklif edilmiştir. Ancak çifte yürürlüğün uygulamacılar için sorun teşkil etmeyeceği ve usul kuralları Hukuk Muhakemeleri Kanununda bulunmasının yararlı olacağı fikrinin mahkeme olması önerge reddedilmiş ve madde teselsül nedeniyle 298 inci madde olarak aynen kabul edilmiştir.” (Adalet Komisyonu değişiklik gerekçesinden).

²⁹ **AKBIYIK/AYDIN**, s. 21; **TAŞPINAR AYYVAZ**, s. 420.

³⁰ Öztan’a göre HMK düzenlemesi TMK düzenlemesine kıyasen özel kural niteliğindedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 894. HMK’nın düzenleme alanının, TMK’ya nazaran daha geniş olduğunu savunan görüş için bkz. **TURAN BAŞARA**, Gamze, “Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, S. 131, 2017, s. 231; **BADUR**, Emel, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 265.

doku örneği vermesi gereken kişinin bundan imtina ettiği durumda o kişinin aleyhine karar verilmesini öngören düzenlemenin zımnen ilga edilmiş olduğu söylenebilir.

Olması gereken hukuk açısından bakıldığı takdirde de bu şekilde bir yorum daha adil olacaktır. Zira bir varsayıma (kan ve doku örneği vermek istemeyen kişinin bu örneği vermek istememesindeki yegâne amacın, vermiş olsaydı yapılacak inceleme neticesinde ortaya çıkacak sonucun aleyhine olacağı) dayanarak verilecek olan kararın adalete tam manasıyla hizmet etmeyeceği açıktır³¹. Nitekim doktrinde, Serozan da çocuk aleyhinde doğabilecek olumsuz sonuçlara işaret ederek “bilimsel araştırmadan kaçınma=kocanın babalığının yok sayılması” şeklinde bir formülün benimsenmesinde çekimser davranılması gerektiğini belirtmektedir³². Aynı şekilde bu formülün aksi halinin de yani “bilimsel araştırmadan kaçınma=kocanın babalığının var sayılması” şeklinde bir genel kabulün de sağlıklı olmadığı söylenebilir. Zira her iki durumda da maddi gerçekten ziyade bir karineye³³ hukuki bir sonuç bağlanmaktadır.

Oysaki bu düzenleme (TMK m. 284), yerine getirilen düzenlemeye (HMK m. 292) göre yapılacak incelemeyle maddi gerçek ortaya çıkarılabilecektir³⁴. Nitekim aksi yöndeki TMK hükmü uygulanarak verilecek bir karar, soybağının tespiti konusunda maddi anlamda gerçekliğe ulaşmadan, yalnızca bir kanuni karine³⁵ üzerinden verilmiş bir hüküm olacaktır. Bu nitelikte bir sonucun söz konusu davalarda uygulanması öngörülen resen araştırma ilkesiyle³⁶ ve bu davaların kamu düzeni ile ilgili olması³⁷ ile bağdaşmayacağı açıktır, zira bu düzenleme hâkimi araştırma yapmaktan alıkoymaktadır.

³¹ ACABEY, Mehmet Beşir, Soybağı – Kurulması- Genel Olarak Sonuçları- Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002, s. 133.

³² SEROZAN, s. 154.

³³ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 579.

³⁴ AKTEPE ARTIK, s. 169 dpt. 50.

³⁵ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 550 ve 551. Bu düzenlemenin bir fiili karine olduğuna ilişki olarak bkz. AKBIYIK/AYDIN, s. 18; KORUCU/UYUMAZ, s. 1337; SEROZAN, s. 154; PAKSOY, s. 358. Düzenlemenin bir fiksion olduğuna ilişkin görüş için bkz. AŞIK, s. 180.

³⁶ ARAS, s. 27; AŞIK, s. 179; TANRIVER, Aile, s. 77; ÖZMUMCU, Seda, Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, 2015, s. 146; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 354.

³⁷ ARAS, s. 27; AŞIK, s. 179; YILMAZ, s. 2872; KARSLI/KOÇ/KONURALP, s. 143; TANRIVER, Aile, s. 78; ÖZMUMCU, s. 158.

HMK ile getirilen düzenleme izah ettiğimiz sebeplerle soybağının tespiti davasının ruhuna daha uygun olsa da davalarda kan ve doku örneği verilmesi sorununu tam manasıyla çözüme kavuşturduğu söylenemez. İlk olarak, HMK'nın, tasarının ilk halinin aksine³⁸, TMK düzenlemesini ilga etmemiş olması, çalışmamızın temelini oluşturan sorunun esas nedenidir. Eğer TMK düzenlemesi, HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte ilga edilmiş olsaydı, söz konusu bu çelişkili durum da meydana gelmemiş olacaktı. Bununla birlikte, 292'nci maddesinin keşif kapsamında düzenlenmesi de sistematik açıdan tartışılabilir³⁹. Zira keşif, hâkimin dava konusu uyuşmazlıkla ilgili kendi duyu organları aracılığıyla bilgi edinmesini sağlayan bir müessese olup keşif sayesinde hâkim, uyuşmazlık konusu bir nesneyi kendisi inceleyebilir, bir yeri kendisi görebilir, bu sayede de doğrudan kendisi bilgi sahibi olabilir⁴⁰. Oysaki 292'nci madde ile amaçlanan husus, soybağının tespiti davasında bir kimseden kan ve doku örneği alınmasıdır. Tabiidir ki hâkimden, alınan kan ve doku örneğini bizzat incelemesi beklenemez⁴¹, bilakis bu husus özel ve teknik bilgiyi gerektiren⁴² yani bilirkişi incelemesini gerekli kılacak bir haldir⁴³. Bu durumda bu düzenlemenin keşif başlığı yerine bilirkişi başlığı altında düzenlenmesi⁴⁴, düzenlemenin amacına ve ilgili düzenlemenin gereğini yerine getirecek kişilerin niteliğine daha uygun olacaktır.

HMK'nın 292'nci maddesine dair tartışılması ve düzenlenmesi gereken bir diğer husus ise bu zor kullanmanın nasıl yapılacağıdır. Bu denli detaylı bir hususun kanun tarafından düzenlenmemiş olması doğal olmakla birlikte bu hususun en azından yönetmelik düzeyinde düzenlenmesi uygun olurdu. Ancak ne mülga *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği*⁴⁵nde ne de yerine gelen *Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine*

³⁸ Bkz. yuk. dpt. 28.

³⁹ AŞIK, s. 136.

⁴⁰ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 548; ATALAY, (PEKCANITEZ, Hakan, *et. al.*, Medenî Usûl Hukuku, On İki Levha Yayınları, 15. Bası, İstanbul 2017 içinde), s. 1949; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 463; KURU, Usûl, s. 428.

⁴¹ AŞIK, s. 136 ve 137.

⁴² KILIÇ, Halil, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 2297; AKCAN, s. 905.

⁴³ AŞIK, s. 136.

⁴⁴ Nitekim HUMK açısından mehz kanun niteliği taşıyan mülga Neuchâtel Usûl Kanunu'nda (CPCN) bu husus (CPCN m. 275 (251bis)) bilirkişiliğe ilişkin düzenlemeler arasında (CPCN m.268-281) düzenlenmekteydi. Bkz. KONURALP, s. 105. Bununla birlikte doktrinde Akcan vücuttan kan ve doku örneği alınması işlemini "geniş anlamda keşif" olarak nitelendirmektedir. Bkz. AKCAN, s. 904.

⁴⁵ Resmî Gazete Tarihi: 03.04.2012 Resmî Gazete Sayısı: 28253.

*Dair Yönetmelik*⁴⁶’te, HMK’nın 292’nci maddesine göre kişilerden hâkim kararıyla zorla kan ve doku örneği alınmasına dair bir düzenleme yer almaktadır. Bu nitelikte bir düzenlemenin uygulama birliği sağlamak açısından gerekli ve faydalı olacağı görüşüdeyiz.

c) TMK’ya 7196 Sayılı Kanun ile Getirilen Düzenlemenin Konu Açısından Değerlendirilmesi

6 Aralık 2019 tarihli ve 7196 sayılı “Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile TMK’da da birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden bir tanesini de koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hususunda 436’ncı maddeye eklenen iki bent teşkil etmektedir. Eklenen 7’nci bende göre, 436’nci maddeye göre resmî sağlık kurulu raporu alınabilmesi için, “*madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir.*” Görüldüğü üzere, soybağının tespitine ilişkin olmasa da, kişilerden kan ve doku örneği alınması için zor kullanılabilmesi, bu değişiklik ile birlikte TMK kapsamında da düzenlenmiştir. Kanunkoyucunun söz konusu değişikliği yaparken, soybağının tespitine ilişkin TMK’nın 284’üncü maddesine yönelik herhangi bir değişiklik yapmamasının özel bir sebebi olup olmadığı sorusu akıllara gelebilir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması müessesesi, ergin kişilerin⁴⁷, Kanun’da sayılan hallerin varlığı ve bunun hâkim tarafından tespiti halinde, özgürlüklerinden alıkonarak korunmalarına ve gerekli durumlarda tedavi edilebilmelerine⁴⁸ olanak tanıyan müessesedir. Bu itibarla, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, zaten içinde kişiye karşı zor kullanılması gerekliliği taşır. Zira hâkimin bu kararıyla birlikte, kişilerin özgürlüğü, ayırt etme gücüne sahip olsun veya olmasın, dolayısıyla da ehliyet durumundan bağımsız olarak kısıtlanmaktadır. Kişilik haklarına bir müdahale teşkil eden bu durum, TMK’nın 25’inci maddesi (ZGB art. 28) kapsamında “kanunun verdiği yetki”nin kullanılması sebebiyle, hukuka aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁹.

⁴⁶ Resmî Gazete Tarihi: 06.08.2015 Resmî Gazete Sayısı: 29437.

⁴⁷ ATEŞ, Turan, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Koruma Amacı ile Özgürlüğün Kısıtlanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 38, 2006, s. 407; DAĞLI, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 12.

⁴⁸ Tartışmalar için bkz. DAĞLI, s. 41 ve 42.

⁴⁹ MEILI, (GEISER, Thomas/FOUNTOULAKIS, Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018 içinde), Art. 28, Nr. 47.

İlgili değişiklik hükmünün gerekçesi⁵⁰ incelendiğinde kanun koyucunun, kan ve doku örneği alınması için zor kullanılabilmesine olanak sağlanmasının, sadece koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması için söz konusu olup olmadığının tespiti yapılamamaktadır. Buna mukabil, TMK'ya ilişkin değişikliğin bir torba kanun ile yapıldığı, kapsamının da yalnızca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması hükümleriyle sınırlı tutulduğu göz önünde bulundurulduğu takdirde, 284'üncü madde hükmünün değiştirilmemesinin kanun koyucunun bilinçli bir düşüncesinin sonucu olarak değerlendirmek mümkün değildir. Dolayısıyla söz konusu TMK değişikliği, HMK düzenlemesi ile TMK düzenlemesinin zımnen ilga edildiğine ilişkin görüşün geçerliliğini de etkilememelidir.

II. Konu Hakkındaki Doktrin Görüşleri

Çalışmamızın konusunu teşkil eden soybağına ilişkin davalarda kan ve doku örneği alınmasına yönelik TMK ile HMK hükümlerine ilişkin olarak doktrindeki görüşlere ilişkin olarak bir değerlendirme yapmadan önce vücuttan kan ve doku örneği alınması işleminin niteliğini tespit etmek faydalı olacaktır. Bu konudaki ortak kanaat, bir kimsenin vücudundan kan ve doku örneği alınmasının vücut bütünlüğüne bir müdahale⁵¹ ve dolayısıyla da kişilik hakkının ihlali olduğudur⁵². Dolayısıyla bir kimsenin vücuduna yönelik bu nitelikte bir işlemin kişilik hakkının ihlali niteliği taşımaması için, kişinin rızasının⁵³ veya kanunun bir emrinin yahut üstün kamu yararı halinin ya da bir zorunluluk halinin mevcudiyeti gerekmektedir (TMK m.

⁵⁰ “Madde ile, kişinin bir sağlık kuruluşuna yerleştirilebilmesi ve resmi sağlık kurulu raporunun alınabilmesi için hekim ön raporu usulü düzenlenmekte, kişinin sağlık kuruluşunda bulundurulabileceği süre yirmi günle sınırlandırılmaktadır. Yine, bu süre zarfında, gerekmesi halinde, gerekli tıbbi müdahalelerin yapılması, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi numunelerin alınabilmesi imkânı getirilmektedir. Ayrıca, madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilmesi ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilmesi öngörülmektedir.” 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53'üncü maddesi gerekçesi.

⁵¹ **KAPLAN**, Mahmut/**AYDIN**, Özgür, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, s. 3, 2016, s. 118.

⁵² **AŞIK**, s. 182; **SEROZAN**, s. 154 ve 178, **ACABEY**, s. 129.

⁵³ Kişiden insan kökenli biyolojik madde alınmasına ilişkin TMK'nın 23'üncü maddesinin üçüncü fıkrası düzenlemesinin soybağının tespitine ilişkin davalardan kan ve doku örneği alınması durumunda işlerlik kazanmayacağına ilişkin olarak bkz. **ŞİMŞEK**, s. 132. Karş. **KORUCU/UYUMAZ**, s. 1337; **MEMİŞ**, Tekin/**YILDIRIM**, Mustafa Fadıl, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 299.

24). Zira hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş kan ve doku örneği zaten herhangi bir dava da delil değeri kazanamaz, hükme esas alınmaz⁵⁴.

Bu konuda doktrindeki ilk görüş, HMK'daki düzenlemenin TMK düzenlemesini ilga etmeye yeterli olmadığıdır. Bu görüşün sahibi yazarlar bu konuda birbirinden bağımsız çeşitli gerekçeler ileri sürmektedirler.

HMK düzenlemesinin TMK düzenlemesini ilga etmediğini kabul eden bir görüşe göre HMK düzenlemesi kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup zorla genetik inceleme yapılması insan onuruyla bağdaşmayan bir yöntemdir⁵⁵. Bu saldırı çocuğun üstün yararı gözetilmek suretiyle gerçekleştiriliyor olsa bile, bu görüşe göre menfaat ile yaptırım arasında bir orantısızlık bulunmaktadır⁵⁶. Bu nedenle HMK düzenlemesi hukuka aykırıdır ve dolayısıyla da TMK düzenlemesinin ayakta tutulması gerekmektedir⁵⁷.

Doktrinde Umar ise, hukukumuzda yapma yahut yapmama borçlarının, bu yönde bir mahkeme ilamı olsa dahi, zor kullanılarak yerine getirilmesinin mümkün olmadığını belirtmekte bu nedenle de ilgili kişinin kan ve doku örneği vermemesi halinde bu işlemin zor kullanılarak yapılmasının hukukumuzda aykırı olduğunu ifade etmektedir⁵⁸. Umar, bu düzenlemenin insanlığa sığmadığını, yabancı ülke hukuklarında yer almasının da bizim hukukumuzda yer alması açısından bir meşruiyet kazandırmayacağını belirtmektedir⁵⁹. Bu görüşün temel dayanak noktalarından bir diğeri de bir kişinin bu nitelikte bir zorlamaya muhatap olması için kendisine yönelik, gerçek olup olmadığı tespit edilemeyen bir iddianın ileri sürüldüğü bir dava açılmasının yeterli görülmesidir. Belirtmek gerekir ki soybağına ilişkin bir davanın açılmış olması doğrudan doğruya kan ve doku örneği alınması için zor kullanılmasını gerektirecek bir hal olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim doktrinde Serozan da, soybağının reddi davası açısından, davacı eşin bilimsel tahlillerin nimetlerinden yararlanabilmesi için, en azından davalı tarafın sadakatsizliğini ispat etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁰.

⁵⁴ Soybağına ilişkin davalar ile ilgili olarak bkz. **SEROZAN**, s. 155.

⁵⁵ **TURAN BAŞARA**, s. 231.

⁵⁶ **OKTAY ÖZDEMİR/TEK**, s. 926. Serozan'a göre de TMK hükmü, kan ve doku örneği vermek istemeyen ilgilinin kişilik hakkının sınırlandırılması açısından ölçülülük ilkesi gereği doğru bir düzenlemedir. Bkz. **SEROZAN**, s. 154. Karş. **ACABEY**, s. 132.

⁵⁷ **OKTAY ÖZDEMİR/TEK**, s. 927.

⁵⁸ **UMAR**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 839.

⁵⁹ **UMAR**, s. 839.

⁶⁰ **SEROZAN**, s. 179.

Benzer bir yorumun soybağının tespitine yönelik davalar açısından da yapılması mümkündür. Nitekim Dural/Öğüz/Gümüş'e göre de soybağının reddi davasında davacının "çocuğun kendisinden olmadığı hususunda ciddi kanaat uyandırmaya elverişli maddi olguları ortaya koyması" gerekmektedir⁶¹. Bu nedenle, hâkimin ilgiliden zorla kan ve doku örneği alınmasına karar verebilmesi için, dava konusu ile ilgili olarak en azından ilk görünüş ispatı düzeyinde delil veya emarelerin bulunması gereklidir. Bunun neticesinde, HMK'nın 292'nci maddesinin keyfi bir şekilde uygulanması ve kişilerin vücut bütünlüğünün hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesi de engellenmiş olur.

TMK düzenlemesinin geçerliliğini sürdürdüğünü kabul eden görüşün bir diğer gerekçesi ise HMK ile TMK düzenlemelerinin farklı alanları düzenlediği düşüncesidir. Bu görüşe göre HMK düzenlemesi genel anlamda soybağının tespitine yönelik incelemeyi düzenlerken, TMK düzenlemesi özel olarak baba ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik bir hükümdür⁶².

Bu gerekçelerden birinin temelini de TMK m. 284 hükmündeki "Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır" ifadesi teşkil etmektedir. Bu görüşe göre anılan ifade, kanunkoyucunun HMK'nın yürürlüğe girmesiyle, TMK'nın 284'üncü maddesinin yürürlükten kaldırmasına yönelik bir amacının olduğu yorumuna engeldir⁶³. Bu görüşe göre TMK, yalnızca çocuk ile baba arasındaki soybağına ilişkin davalarda uygulanabilecek, dolayısıyla da kapsamı HMK düzenlemesine nazaran daha dar olan bir düzenleme içermektedir. Belirtmek gerekir ki TMK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılında HMK değil, 284'üncü maddeden anlaşılacağı üzere HUMK yürürlükteydi ve HUMK, HMK'nın aksine kan ve doku örneği alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermiyordu. Nitekim HMK'nın, HUMK'ya yapılan atıflara ilişkin 447'nci maddesinin ikinci fıkrası bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir: "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını

⁶¹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Yayınevi, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 274. Aynı doğrultuda bkz. ACABEY, s. 130.

⁶² TURAN BAŞARA, s. 231 ve 232; BADUR, s. 265. Her iki düzenlemenin de genel nitelikte düzenleme olduğuna dair görüş için bkz. AKSOY DUMAN, Sanem, "Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi", *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 95-96, 2012, s. 121.

⁶³ OKTAY ÖZDEMİR/TEK, s. 927; BADUR, s. 265.

oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.” Dolayısıyla HUMK’da mevcut olmayan bir hükme ilişkin olarak, HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra TMK’nın 284’üncü maddesinin HMK’nın 292’nci maddesi için de uygulanacağına ilişkin bir yorum, 447’nci maddeye aykırı olacaktır⁶⁴.

TMK’nın 284’üncü maddesi ile getirilen ve HUMK hükümlerini istisna tutan düzenlenmenin iki amacı bulunduğu söylenebilir. İlk olarak TMK’nın 284’üncü maddesinin ilk bendiyle soybağına ilişkin davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Oysaki medenî yargılamada hâkim olan ilke taraflarca getirilme ilkesidir⁶⁵. Dolayısıyla TMK, bu düzenleme ile istisnai bir şekilde bu davalarda resen araştırma ilkesinin uygulanmasını amaçlamıştır⁶⁶.

İkinci olarak, TMK düzenlemesi 284’üncü maddenin ikinci bendiyle davanın taraflarının soybağına ilişkin davalarda kan ve doku örneği verilmesine ilişkin bir yükümlülük getirmiş ve bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmemesine de karine niteliğinde bir sonuç bağlamıştır. Keşfe katlanma yükümlülüğü olarak nitelendirilebilecek⁶⁷ bu yükümlülüğe dair HUMK kapsamında herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, TMK bu hususla ilgili istisnai bir kural koymuştur⁶⁸. Bununla birlikte, Kanun’da bu yönde bir düzenleme olmasa bile tarafların keşfi kolaylaştırmak için ellerinden gelen her şeyi yapmaları usulî bir yükümlülük olarak nitelendirilmektedir⁶⁹. Benzer şekilde, TMK’daki yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan karine durumu da ispat sistemine aykırı nitelikte bir düzenleme olduğu için, istisnai niteliktedir. Dolayısıyla 284’üncü maddede bulunan “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla” ifadesi HUMK tarafından aksi düzenlenen veya hiç düzenlenmeyen hususlara ilişki istisna getirme amacındadır. Fakat HMK’nın 292’nci maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte TMK’nın 284’üncü maddesinin ikinci bendi ile ilgili böyle bir durumdan artık söz edilemeyecektir.

⁶⁴ Benzer doğrultuda bkz. **ÖZ**, s. 322 ve 323.

⁶⁵ **ARSLAN**, s. 200; **TANRIVER**, s. 367.

⁶⁶ **TANRIVER**, Aile, s. 77; **GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU**, s. 354; **KORUCU/UYUMAZ**, s. 1358.

⁶⁷ **ÖZBİLEN**, s. 115.

⁶⁸ **ÖZBİLEN**, s. 115.

⁶⁹ **ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Baskı, ALFA, İstanbul 1997, s. 763; **AKCAN**, s. 910. Aynı zamanda Üstündağ, eserinde Alman ZPO’nun soybağının tespiti amacıyla kan örneği verilmesine ilişkin düzenlemesi olan § 372a hükmünü keşfe katlanma yükümlülüğünün kanuni bir örneği olarak göstermektedir. Bkz. **ÜSTÜNDAĞ**, s. 763.

HMK düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu çünkü zorla kan ve doku örneği alınmasının kişinin vücut bütünlüğünü ihlal edeceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır⁷⁰. Bu görüşe göre söz konusu düzenleme Anayasa'nın 17'nci maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Kişinin vücudundan kan alınmasının bir kişilik hakkına müdahale olacağını daha önce belirtmiştik. Bu durumda müdahalenin hukuka uygun olup olmadığını tespiti gerekecektir. Kişilik hakkının bir parçası olan vücut bütünlüğü Anayasa'nın 17'nci maddesiyle korunmakta olup Anayasa bu hususu anılan maddenin ilk fıkrasında şu şekilde düzenlemektedir: “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Bir temel hak olduğunda şüphe bulunmayan “yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı” bu niteliği itibarıyla yalnızca ilgili maddede bulunan bir sebebe dayanılarak sınırlandırılabilir (AY m. 13). Anayasa'nın 17'nci maddesinin ilk fıkrası bu anlamda bir sınırlama sebebi içermese de ikinci fıkrası doğrudan doğruya inceleme konumuza ilişkin bir sınırlama sebebi içermektedir. Anayasa'nın 17'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre: “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz” Görüldüğü üzere Anayasa, kanunda yazılı hallerde⁷¹ kişinin vücut bütünlüğüne dokunulabileceğini düzenlemiştir⁷². Benzer şekilde TMK'nın 24'üncü maddesi de kanunun emri söz konusu olması halinde bunun bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabul etmektedir. O halde bir kanun olan HMK ile getirilen söz konusu düzenlemenin de kişilik haklarına müdahale eden ama hukuka uygun olan bir müdahale olduğunun kabulü gerekir⁷³. Bununla birlikte kişinin kendi soybağını öğrenme hakkı⁷⁴ da

⁷⁰ MEMİŞ/YILDIRIM, s. 299.

⁷¹ Karş. TMK m. 24.

⁷² Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz*) ikinci maddesi de kişilerin vücut dokunulmazlığını korumakta olup, soybağının tespiti amacıyla zorla kan örneği alınmasına yönelik Alman Usûl Kanunu'nun (aZPO) § 372a hükmünün bu temel hakkı sınırlandığı ifade edilmektedir. Bkz. RITTNER, Christian/RITTNER, Natascha: “Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung - Eine rechtliche Grauzone”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 24, 2002, s. 1746 ve 1747. Alman Anayasa Mahkemesi'nin aZPO'nun § 372a hükmünü Anayasa'nın ikinci maddesine aykırı bulmadığı ifade edilmektedir. Bkz. EICHBERGER, s. 14. Zira söz konusu kan örneği verme zorunluluğu hukuka uygun bir sınırlandırma sebebi olarak gösterilmektedir. EICHBERGER, s. 15.

⁷³ ÖZ, s. 323.

⁷⁴ Soybağını öğrenme hakkına ilişkin olarak bkz. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, “28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının(BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 24, 2016, s. 205 vd. Soybağının tespiti davasında çocuğun soybağını öğrenme hakkının

Anayasa'nın 17'nci maddesinden düzenlenen kişinin maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁵. Dolayısıyla soybağının tespitini isteyen kişinin, kendisinden kan ve doku örneği alınacak kişiye nazaran korunması gereken üstün ve özel bir yararı olduğu da ifade edilmektedir⁷⁶.

Doktrinde HMK'nın 292'nci maddesi ile TMK'nın 284'üncü maddesi arasındaki ilişkiye yönelik olarak bizim de katıldığımız diğer görüş ise, HMK düzenlemesinin TMK düzenlemesini zımnen ilga etmiş olduğudur⁷⁷. Bu görüşe göre, bu iki düzenleme birbiri ile çelişmekte ve sonraki kanun⁷⁸ olarak HMK, TMK'daki düzenlemeyi ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bu nitelikte bir davada uygulanması gereken kural HMK düzenlemesidir.

Belirtmek gerekir ki kişilerden hâkim kararıyla kan ve doku örneği alınması Türk Hukuku'na yabancı bir müessese değildir. Zira halihazırda yürürlükte olan Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) da mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) da ceza yargılamasında delil elde etmek amacıyla kişilerden, rızaları olmaksızın⁷⁹ kan ve doku örneği alınmasına ilişkin olarak benzer düzenlemeler (CMK m. 75 ve m. 76, CMUK m. 66⁸⁰) içermektedir. Örneğin CMK'nın 76'ncı maddesinin ilk fıkrası bu hususu şu şekilde düzenlemektedir: *“Bir suçta ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi*

diğer tarafın menfaatlerinden daha üstün olduğuna dair görüş için bkz. **EICHBERGER**, s. 15.

⁷⁵ **AKCAN**, s. 914.

⁷⁶ **ATALAY**, Pekcanitez Usûl, s. 1955; **AKCAN**, s. 914; **EGE**, s. 247; **OKTAY-ÖZDEMİR/TEK**, s. 925; **ACABEY**, s. 129 ve 130.

⁷⁷ **AKBIYIK/AYDIN**, s. 21 ve 22; **AŞIK**, s. 187; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 551; **ATALAY**, Pekcanitez Usûl, s. 1956; **EGE**, s. 247; **KORUCU/UYUMAZ**, s. 1341; **UYUMAZ**, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2015, s. 191; **ÖZBAY** İbrahim/**NAR AKSAN** Şerife, Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul, EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, 2010, s. 212; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 219 ve 220; **AKAR**, s. 106, **ÖZ**, s. 322 ve 323; **TANRIVER**, Aile, s. 78; **TÜZÜNER**, s. 1158; **GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU**, s. 580.

⁷⁸ **ÜÇÜNCÜ**, s. 60. TMK'nın 284 ile HMK'nın 292'nci maddeleri arasındaki özel kanun-genel kanun ve önceki kanun-sonraki kanun tartışmaları için bkz. **AKBIYIK/AYDIN**, s. 19 vd. Her iki düzenlemenin de genel nitelikteki düzenleme olması sebebiyle sonraki düzenleme olan HMK hükmününün TMK hükmünü ilga ettiği yönündeki görüş için bkz. **AKSOY DUMAN**, s. 121.

⁷⁹ Örneğin CMK'nın 76'ncı maddesinin ilk fıkrası yalnızca mağdurun rızasının bulunmadığı hallerde uygulanabilir. CMK m. 76/2: “Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.”

⁸⁰ CMUK düzenlemesinin medenî yargılamaya ile kıyası açısından bkz. **KONURALP**, s. 104.

yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”

Görüldüğü üzere CMK'ya göre, henüz kovuşturma aşamasına geçilmemiş olsa dahi, cumhuriyet savcısı kararıyla zorla kan veya doku örneği alınması mümkündür⁸¹. Ceza hukukunun ve ceza yargılamasının amacının, soybağına ilişkin davalar ile ulaşılmak istenen amaçla benzerliği de dikkate alındığı takdirde, medenî yargılamada da soybağının kurulmasına temel oluşturmak üzere maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla bu nitelikte kan ve doku örneği alınmasının mümkün olması gerekir.

Eklemek gerekir ki CMK da soybağına ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. CMK'nın 76'ncı maddesinin üçüncü fıkrası “Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması” gerektiğini belirtmektedir. Bu hususta CMK ile HMK arasındaki fark, HMK, tanıklıktan çekinme hakkının bulunmasının kan ve doku örneği verilmesine engel teşkil etmeyeceğini⁸² belirtirken⁸³ CMK'nın bu hususu tam tersi şekilde düzenlemiş olmasıdır⁸⁴. Bununla birlikte, CMK'nın 76'ncı maddesi başlığı her ne kadar “diğer kişiler” ifadesini içerse de, madde metninde yalnızca mağdura yönelik bir düzenleme bulunmakta ve bu nedenle de “diğer kişiler” madde kapsamında bulunmamaktadır⁸⁵. Buna mukabil, *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*⁸⁶'in 7'nci maddesi “mağdurun ve diğer kişilerin” beden muayenesini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁸⁷.

⁸¹ CANKURT, Ezgi, *Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018, s. 216; KAPLAN/AYDIN, s. 122 ve 123.

⁸² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 465; YILMAZ, s. 2874.

⁸³ HMK m. 292/2: “Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınmaz.”

⁸⁴ CMK m. 76/4: “Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır.”

⁸⁵ KAPLAN/AYDIN, s. 124.

⁸⁶ Resmî Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmî Gazete Sayısı: 25832.

⁸⁷ KAPLAN/AYDIN, s. 124.

CMK'daki hükmün uygulanmasına yönelik olarak hazırlanan yönetmeliğin, beden muayenesinin uygulama alanını CMK'ya aykırı bir şekilde genişlettiği ve bu hususun Anayasa'ya aykırı olduğu da ifade edilmektedir⁸⁸. Uygulamada herhangi bir tereddüt yaratmaması amacıyla, CMK'da ve HMK'da bulunan, benzer nitelikteki bu iki düzenlemenin birbirine uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

III. Alman ve İsviçre Hukuklarında Soybağının Tespiti Amacıyla Kan ve Doku Örneği Alınması

Belirtmek gerekir ki benzer düzenlemeler yabancı ülke hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Örneğin HUMK'nın mehz kanunu olan mülga CPCN'nin 275'inci maddesi (251bis) hem davanın tarafları hem de üçüncü kişiler açısından soybağının tespiti amacıyla kan ve doku örneği verme zorunluluğu getirmekteydi⁸⁹. Aynı madde, bu yöndeki kararın gereğini yerine getirmeyenlerin de İsviçre Federal Ceza Kanunu'nun 292'nci maddesi uyarınca cezalandırılmasını da öngörmekteydi⁹⁰.

İsviçre'de federal düzeydeki usûl kanunu yürürlüğe girene kadar, bu hususa ilişkin düzenleme İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) 254'üncü maddesiydi. İnceleme konumuz TMK'nın 284'üncü maddesine denk gelen bu düzenleme 1978 yılında yürürlüğe girmiş olup Türk Hukukundaki düzenlemeye benzer olmakla birlikte daha önce ifade ettiğimiz üzere kişinin kan ve doku örneği vermeye rıza göstermemesi halinde aleyhine karar verileceğine dair ifadeyi içermemekteydi. Yani ZGB de tarafların⁹¹ soybağının tespiti için kan ve doku örneği verme mecburiyetinde olduğunu belirtmekteydi. Kanun, bu mecburiyeti belirtmiş olmakla birlikte uyulmaması durumunda uygulanacak bir müeyyide içermemekte ve bu nedenle de bu kural bir müeyyidesiz hukuk kuralı olarak nitelendirilmekteydi⁹². Belirtmek gerekir ki, İsviçre kanun koyucusu bu kuralı bilerek eksik bırakmıştır, zira o dönemde federal düzeyde olan Medenî Kanun bu hususu, esas itibarıyla, usûl kanunlarının kanton düzeyinde olması sebebiyle, kantonlara bırakmış, bazı noktalarda yeknesak uygulamayı

⁸⁸ KAPLAN/AYDIN, s. 124.

⁸⁹ BOHNET, François, Code de procédure civile neuchâtelois – Commenté, Helbing&Lichtenhanh, Bâle 2003, s. 414.

⁹⁰ BOHNET, s. 415.

⁹¹ İsviçre Hukukunda, sözü edilen ZGB değişikliğinden önce de tanıklık yapma mecburiyeti kapsamında, tanıkların dahi kan gruplarının tespit edilebilmesi maksadıyla kan vermeye mecbur oldukları kabul edilmekteydi. Bkz. GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Verlag Schulthess, Zürich 1958, s. 357.

⁹² ACABEY, s. 131.

sağlamak amacıyla o noktalara özel düzenleme getirmiştir. 1978 yılında yürürlüğe giren bu düzenlemenin gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiş olup, kantonların müeyyide olarak tazminat yükümlülüğü veya cezai sorumluluğu öngörebileceği ifade edilmiştir⁹³.

Örneğin Basel-Landschaft Kantonu Usûl Kanunu'nda bu husus 149a maddesinde düzenlenmiş ve soybağının tespiti amacıyla herkesin kan örneği vermeye mecbur olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte anılan maddesinin üçüncü fıkrasına göre kişinin kan örneği vermekten haklı bir gerekçe sunmaksızın, çekinmesi durumundan bunun vakianın ispatında dikkate alınacağı belirtilmişti. Doktrinde bu durumda vakianın ispatlanmış sayılabileceği ifade edilmekteydi⁹⁴. Bununla birlikte Neuchatel Kanunu'nun aksine Basel Kanunu'nda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, kişinin kan örneği vermekten kaçınması halinin İsviçre Federal Ceza Kanunu'nun 292'nci maddesi kapsamında cezalandırılabilirliği de ifade edilmekteydi⁹⁵.

Benzer şekilde Luzern Kantonu Usûl Kanunu'nun 182'nci maddesine göre de taraflar ve üçüncü kişiler⁹⁶ hâkim kararına göre kan örneği vermeye mecburdu. Kanun'a göre eğer kan vermeyen kişi davanın tarafıysa, hâkim bu hususu delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında değerlendirebilirdi. Buna mukabil, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişi üçüncü kişiye, hâkim gecikmeden doğan mahkeme masraflarının üçüncü kişiye yüklenebileceğine karar verebileceği gibi İsviçre Ceza Kanunu'nun 292'nci maddesinin uygulanmasına da neden olabilirdi⁹⁷.

2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Usûl Kanunu(iZPO) ile birlikte ZGB'nin 254'üncü maddesi de yürürlükten kaldırılmış⁹⁸ ve iZPO hükmü ZGB'deki hükmün yerini almıştır⁹⁹. Zira bir dava sırasında kan ve doku

⁹³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Vom 5. Juni 1974), BBl. 1974 II 1, s. 28.. (<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10046086> Erişim Tarihi: 15.08.2019)

⁹⁴ STAEHELIN, Adrian/SUTTER, Thomas, Zivilprozessrecht, Schulthess, Zürich 1992, s. 172.

⁹⁵ STAEHELIN/SUTTER, s. 172.

⁹⁶ Üçüncü kişilerin de bu yükümlülük altında bulunması dolayısıyla Luzern Usûl Kanunu, federal düzeyde olan İsviçre Medenî Kanunu'na nazaran daha geniş bir düzenleme alanına sahiptir. Bkz. STUDER, Urs W./RÜEGG, Viktor/EIHLZER, Heiner, Der Luzerner Zivilprozess, Eigenverlag, Luzern 1994, s. 248.

⁹⁷ STUDER/RÜEGG/EIHLZER, s. 249.

⁹⁸ iZPO Anhang I (II-3).

⁹⁹ JEANDIN (BOHNET, François/HALDY, Jacques/JEANDIN, Nicolas/SCHWEIZER, Philippe/TAPPY, Denis, Code de procédure civile – Commenté, Helbing Lichtenhahn,

örneği alınması esas itibariyle usuli bir mesele olduğu için¹⁰⁰, bu husus izPO tarafından düzenlenmiştir. Kanununun 296'ncı maddesine göre hem taraflar hem de üçüncü kişiler soybağının tespiti amacıyla vücutlarından örnek alınmasına katlanmak zorundadırlar¹⁰¹. Düzenlemede öngörülen tek istisna, söz konusu durumun kişinin sağlığı açısından bir engel teşkil etmesi halidir ki bunun haricinde herhangi bir itiraz sebebinin kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir¹⁰².

Alman Hukukunda ise soybağının tespiti amacıyla kişilerden kan ve doku örneği¹⁰³ alınması Alman Usûl Kanunu'nun (aZPO) § 372a hükmü ile düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre hem taraflar hem de üçüncü kişiler¹⁰⁴ soybağının tespiti amacıyla¹⁰⁵ kan örneği vermeye rıza göstermek zorundadırlar. Bu zorunluluğun temel istisnasını, Türk Hukukunda olduğu gibi, sağlık sebebiyle sakınca arz eden haller teşkil etmektedir¹⁰⁶. Fakat bu istisnanın oldukça ciddi sağlık sorunlarının varlığı halinde uygulanması gerektiği, örneğin iğne fobisi sebebiyle ve fiziksel acı olsa dahi istisna

Bäle 2011 içinde), Art. 296, Nr. 2; **SCHWENZER/COTTIER**, Basler Kommentar, Art. 254, Nr. 18; **STAEHELIN**, Adrian/**STAEHELIN**, Daniel/**GROLIMUND**, Pascal, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2019, s. 427; **van de GRAAF** (**OBERHAMMER**, Paul/**DOMAJ**, Tanja/**HAAS**, Ulrich (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung - Kurzkomentar, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014 içinde), Art. 296, Nr. 6.

¹⁰⁰ Karş. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 276.

¹⁰¹ **van de GRAAF**, Kurzkomentar, Art. 296, Nr. 6 ve 8; **JEANDIN**, CPC Commenté, Art. 296, Nr. 7; **STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND**, s. 427.

¹⁰² **JEANDIN**, CPC Commenté, Art. 296, Nr. 9.

¹⁰³ aZPO'nun § 372a hükmünün metninde kan örneği (*Blutproben*) ifadesi kullanılmış olsa da bu ifadenin doku örneğini de kapsadığı belirtilmektedir. Bkz. **AKBIYIK/AYDIN**, s. 23. Aksi için bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 275, dpt. 42. Bununla beraber Alman Hukukunda kan örneği vermenin yanı sıra fotoğraf çekilmesi veya parmak izi alınmasının da katlanılması gereken bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **BERGER**, (**BORK**, Reinhard/**ROTH**, Herbert (Hrsg.), Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 23. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2016 içinde), § 372a, Rn. 6.

¹⁰⁴ **BERGER**, Stein/Jonas, § 372a, Rn. 3; **EICHBERGER**, s. 35.

¹⁰⁵ Dural/Öğüz/Gümüş'e göre aZPO'nun § 372a hükmü kan grubunun tespiti için işlerlik kazanmaktadır. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 275, dpt. 42. Belirtmek gerekir ki, § 372a hükmünün kenar başlığında da madde metninde de *Feststellung der Abstammung* ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu ifadenin tam karşılığının ise "soybağının tespiti" olduğu açıktır. Bkz. **KIYGI**, Osman Nazım, Wörterbuch Recht und Wirtschaft, Teil II, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013, s. 352. Dolayısıyla § 372a hükmünün kapsamının kan grubunun tespitinden ibaret olduğunu söylemek mümkün değildir.

¹⁰⁶ **BERGER**, Stein/Jonas, § 372a, Rn. 13.

kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Bu zorunluluk, doktrinde usulî bir yükümlülük olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁸. Bu düzenleme bazı farklılıklar¹⁰⁹ içerse de esas itibariyle HMK'nın 292'nci maddesine oldukça benzeyen bir düzenlemedir. HMK düzenlemesinden farklı olarak aZPO'ya göre hâkimin zor kullanmadan önce örnek verecek olan kişiyi davet etmesi ve kişinin de o davete rağmen gelmemesi gerekmektedir¹¹⁰. Bunun haricinde Alman Hukukuna özgü bir başka farklılık da kişinin mahkeme dışı özel bilirkişi (*außergerichtliches Gutachten*) vasıtasıyla örnek vermesi durumunda veya kişilerin dava dışında kendilerinin delil toplaması halinde § 372a hükmünü uygulamayacak olmasıdır¹¹¹.

IV. Konunun Yargı Kararlarında Değerlendirilmesi

Aynı konuya ilişkin birbiri ile çelişen bu iki düzenlemeye ilişkin uyumsuzluklarda Yargıtay, bu çelişkiye uzunca bir süre değinmemiştir. Örneğin, HMK'nın yeni yürürlüğe girdiği dönemde, HUMK döneminde verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararlarına ilişkin incelemesinde, HMK'daki düzenlemeye hiç değinmeden, ilk derece mahkemesi kararlarını sadece TMK düzenlemesini dikkate alarak değerlendirdiği bir kararında 2. Hukuk Dairesi bu hususu şu şekilde değerlendirmiştir:

“Davacı, evlilik dışı ilişkisinden dünyaya getirdiği 27.10.2007 doğumlu çocuğu D.'in babasının davalı E. olduğunun tespiti isteminde bulunmuştur. Dava, babalık tespitine ilişkindir (TMK. d. 301 vd.). Davalı E.'ye dava dilekçesi, davacının delil listesi ve duruşma günü usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesine rağmen; davalı cevap ve delil bildirmedeği gibi, duruşmalara da katılmamıştır. Davacı, davasını Adli Tıp Kurumu raporu ve tanıkla ispat edeceğini bildirmiş, mahkemenin 10.2.2009 ve 22.3.2011

¹⁰⁷ ZIMMERMANN, (KRÜGER, Wolfgang/RAUSCHER, Thomas (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, C.H. Beck, 5. Auflage, München 2016 içinde), § 372a, Rn. 16.

¹⁰⁸ MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang, Zivilprozessordnung, Verlag Franz Vahlen, 12. Auflage, München 2015, § 372a, Rn.1

¹⁰⁹ Bu anlamda en önemli fark tarafın örnek vermektan kaçınması halinde hâkimin doğrudan doğruya zor kullanmasının mümkün olmamasıdır. Alman hukukuna göre hâkimin zor kullanma kararı verebilmesi için tarafın, kan örneği vermek üzere kendisine verilen randevuya iki defa gelmemesi gerekmektedir. Alman düzenlemesinin Türk hukukundan farklılıkları için bkz. AKBIYIK/AYDIN, s. 23 ve 24; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 275, dpt. 42.

¹¹⁰ ZIMMERMANN, Münchener Kommentar, § 372a, Rn. 29.

¹¹¹ ZIMMERMANN, Münchener Kommentar, § 372a, Rn. 3; BERGER, Stein/Jonas, § 372a, Rn. 2. Aynı hususta İsviçre Hukuku için bkz. SCHWENZER/COTTIER, Basler Kommentar, Art. 254, Nr. 18.

tarihlerinde yapılan duruşmalarda mahkemece verilen kesin süreye rağmen, tanık bildirmemiş, iddiasını sadece tıbbi inceleme raporu ile ispatlayacağını bildirmiştir. Davalıya 26.8.2010 tarihinde Tebligat Yasasının 21. maddesi uyarınca, 10.2.2011 tarihinde ise bizzat yapılan tebligatlar ile soybağına yönelik tıbbi inceleme yapılmasını sağlamak amacıyla davalının Adli Tıp Kurumuna sevki için belirlenen günlerde mahkemede hazır bulunması, aksi halde yargılama sonucunda oluşacak hukuki durumu kabul etmiş sayılacağı ihtar edilmiş; ancak davalı mahkemeye başvurmamıştır. Türk Medeni Kanununun 284/2. maddesi uyarınca yapılan ihtarlı davetiyeyle rağmen tıbbi incelemeden kaçınan davalı aleyhine babalık olgusu ispat edilmiş sayılır. Açıklanan sebeple davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken; davacının süresinden sonra tanık bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir.”¹¹²

Yargıtay’ın bu kararındaki yaklaşımına katılmak mümkün görünmemektedir. Karara konu olay ve ilk derece mahkemesindeki dava ile hüküm tarihleri HMK’nın yürürlüğe girmesinden önceki dönem tarihli olsalar da bu düzenleme usûl hukukuna ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenleme HMK kapsamında da olsa TMK kapsamında da olsa, bu durum düzenlemenin bir usûl hukuku müessesesi olduğu gerçeğini değiştirmez¹¹³. Bu durumda HMK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte hangi düzenlemenin uygulama alanı bulacağı sorunu, usûl kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yönelik genel kural olan derhal uygulanması prensibi¹¹⁴ dikkate alınarak çözülmelidir. Dolayısıyla söz konusu Yargıtay kararına konu hükmün, “babalık olgusunun ispat edilmiş sayılması” gerektiği için değil, söz konusu kanun değişikliğine de işaret etmek suretiyle, kan ve doku örneği vermektan kaçınan taraftan bu örneklerin zor kullanılarak alınması gerekçesiyle bozulması hukuka daha uygun olurdu¹¹⁵.

İstisnai sayılabilecek olan bu kararın haricinde Yargıtay, HMK’nın yürürlüğe girmesinden itibaren, HMK’nın 292’nci maddesinin TMK’nın 284’üncü maddesini zımnen ilga ettiğini açıkça belirtmemiştir. Buna mukabil, soybağının tespitine ilişkin davalarda, kan ve doku örneği alınmaksızın karar verilmesini eksik inceleme ile karar verme şeklinde değerlendirmiş ve bu şekilde verilen ilk derece mahkemesi kararlarını

¹¹² Yarg. 2. HD E. 2013/4904, K. 2013/8620, T. 28.03.2013. (kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019)

¹¹³ Karş. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 276.

¹¹⁴ TANRIVER, Usûl, s. 131 ve 132.

¹¹⁵ TAŞPINAR AYYAZ, s. 420. Alman hukukundaki karşılık hüküm (aZPO § 372a) ile ilgili olarak zaman bakımından uygulanmasına dair bkz. MUSIELAK/VOIT, § 372a, Rn. 3.

bozmuştur. Örneğin Yargıtay 18. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda her iki düzenlemeye de işaret ederek bu durumda HMK düzenlemesinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir:

“4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 284. maddesinde; “Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır: 1. Hakim maddi olguları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. 2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.” 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 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 yükümlülüğün kaçınmaz.” hükümleri getirilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; K. P.'a davacı S. Ö.'ın kayyım atandığı, kayyımın açtığı davada, davalı Şaheste'nin davalı Ahmet ile olan evlilik dışı ilişkisinden K. P.'ın doğduğunu ileri sürerek Pınar'ın babasının davalı Ahmet olduğunun tespitine karar verilmesi istendiği, mahkemece DNA testi yaptırılmadan taraf beyanları ile davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Dava, Türk Medeni Kanununun 301. ve devamı maddelerinde düzenlenen babalığın tespiti istemine ilişkindir.

Bu talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak çocuk Pınar, anne Şaheste ve baba olduğu iddia edilen A. K.'e ait gerekli kan ve doku örneklerinin alınıp DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”¹¹⁶

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda da, herkesin soybağına ilişkin kan ve doku örneği alınmasına katlanması gerektiğini belirtmiş yani TMK'nın 284'üncü maddesindeki “tarafın rıza göstermemesi” halini göz ardı etmiştir¹¹⁷. Kararda bu husus şu şekilde değerlendirilmektedir:

¹¹⁶ Yarg. 18. HD E. 2014/6038, K. 2014/13961, T. 13.10.2014. (legalbank.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019)

¹¹⁷ **BADUR**, s. 265 ve 266.

“Soybağı ile ilgili davalar kamu düzenindedir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırır ve serbestçe değerlendirir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk hâlinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınma yolu da kapatılmıştır.”¹¹⁸

Aynı Yargıtay Dairesi, aynı hususa ilişkin bir başka kararında da konuya şu şekilde değinmiştir:

“Dosyanın incelenmesinden, davalılar A. ve T. Y.'a ihtarlı davetiye çıkarıldığı, DNA incelemesi için icabet etmemeleri üzerine mevcut delil ve beyanlarla davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesi uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir hükmünü taşımaktadır. Mahkemece açıklanan yasa hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”¹¹⁹

Bununla birlikte HMK'nın yürürlüğe girmesinin üzerinden yıllar geçmesine rağmen bazı ilk derece mahkemelerinin hâlâ TMK'daki düzenlemeye göre karar verdikleri, yani kan ve doku örneği vermektan kaçınan taraftan örnek almaya zorlama kararı vermeksizin onların aleyhine karar verdikleri de görülmektedir. Örneğin Yargıtay'ın 8. Hukuk Dairesi bu nitelikteki bir ilk derece mahkemesi kararını şu gerekçeyle bozmuştur:

“Dosyanın incelenmesinden; DNA testi yapılması için davalı ...'in bulunduğu adreslere usulüne uygun olarak tebligat çıkartıldığı halde, davalının çağrıya uymaması üzerine mahkemece davanın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292/1. maddesinde, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak ve ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa

¹¹⁸ Yarg. 18. HD E. 2014/499, K. 2014/3432, T. 27.02.2014. (legalbank.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019)

¹¹⁹ Yarg. 18. HD E. 2014/7595, K. 2014/14283, T. 16.10.2014. (legalbank.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019).

uyulmaması halinde hâkimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği hükmü bağlandığından; mahkemece, açıklanan kanun hükmü gözetilerek işlem yapılması gerekirken, eksik inceleme sonucu davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.”¹²⁰

Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarında TMK yerine HMK'nın uygulanması kabul edilmiş olmakla birlikte, bunun sebebi açıkça belirtilmemektedir. Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda, her iki düzenlemeyi de dikkate almış ve bu düzenlemelerin birbirleri ile çeliştiğini, dolayısıyla hem özel hem de sonraki kanun olan HMK düzenlemesinin uygulanmasının gerektiğine hükmetmiştir:

“Madde gerekçesinde de; “...uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında üçüncü kişiler de, zorunluluk halinde, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak koşuluyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadırlar. İşin önemi dikkate alınarak böyle bir zorunluluk öngörülmüş ve üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınma yolu da kapatılmıştır.” denilerek, bu nitelikteki davalarda soybağının tespiti için vücuttan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Yerel mahkemece, test yaptırmaktan kaçınan davalı hakkında TMK'nın 284/2. maddesi uyarınca incelemeden beklenen sonucun onun aleyhine doğmuş olduğu kabul edilerek karar verildiği belirtilmiş ise de az yukarıda açıklandığı üzere TMK'ya göre sonraki kanun durumunda olan HMK'nda soybağının tespiti için yapılacak inceleme hakkında özel bir düzenleme yapılmış ve bu tür davalarda işin önemine binaen kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu getirilmiştir.

Hal böyle olunca, kamu düzenine ilişkin olan babalık iddiası hakkında doğru sonucun elde edilebilmesi için sonraki kanun olan ve özel düzenleme içeren HMK'nın 292. maddesi hükmünün uygulanması ve alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekmektedir.”¹²¹

Görüldüğü üzere Yargıtay, bu kararıyla her iki düzenlemenin birbirinden farklı olduğunu ve bu farklılık karşısında HMK'daki düzenlemenin hem özel hem de sonraki bir düzenleme olması sebebiyle somut olayda uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte 2019 tarihli bir başka kararında da ilgili kişinin kan ve doku örneği vermemesi

¹²⁰ Yarg. 8. HD E. 2017/6623, K. 2018/2257, T. 15.02.2018. (emsal.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019)

¹²¹ Yarg. HGK E. 2017/8-1927, K. 2018/1471, T. 18.10.2018. (kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019)

üzerine incelemenin zor kullanılarak yapılması kararı verilmeksizin hüküm verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir:

“Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden, DNA testi yapılması için davalı M. Durmuş’un bulunduğu adreslere usulüne uygun olarak tebligat çıkartıldığı halde, davalının çağrıya uymaması üzerine mahkemece davanın kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağının tespiti davalarında, Türk Medeni Kanunu’nun 284. maddesinde belirtilen koşullar saklı kalmak kaydıyla, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanır. Anılan madde uyarınca, hakim maddi olguları re’sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 292.maddesi uyarınca dava dilekçesindeki talep çerçevesinde mahkemece tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak babalık iddiası ile ilgili olarak DNA testi yaptırmak üzere davalı M. Durmuş’a tekrar meşruhatlı davetiye çıkarılarak DNA testi için gerekli kan ve doku örneklerini vermesi, aksi taktirde zor kullanılarak bu incelemenin yaptırılacağı hususu ihtar edilmeli, buna rağmen davalı gelmez veya gelir de kan ve doku örneklerini vermez ise bu incelemelerin zor kullanılarak yapılmasına karar verildikten sonra DNA testi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, yukarıda gösterilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde eksik incelemeyle davanın kabulü doğru görülmemiştir.”¹²²

Sonuç

Kişilerden kan ve doku örneği alınması, hem alınacak kişiyi hem davadaki diğer tarafı hem de kamu düzenini ilgilendiren önemli bir meseledir. Bu açıdan söz konusu işlemin nasıl, kim tarafından, hangi koşullarda yapılacağı çok önemli olmakla birlikte, kişilerin bu işleme rıza göstermeleri de bir o kadar önemlidir. Bununla birlikte, kan ve doku örneği alınmakla ulaşılmak istenen sonuçtan menfaati olan tarafların, bu sonuca ulaşma istekleri de ayrıca önem arz etmektedir.

Bu nitelikteki uyuşmazlıkların tabiatı itibariyle, taraflarının menfaatleri tamamen zıt yönde olabilmektedir. Bu noktada da kanun koyucunun kimi tercihler yapması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Türk kanun koyucusu da, soybağının tespiti amacıyla kişilerden kan ve doku alınması hususunda farklı zamanlarda farklı tercihler ortaya koymuştur. 2001 yılında yürürlüğe giren TMK, kan ve doku örneği vermek istemeyen kişiye karşı zor kullanılamayacağını ve fakat kişinin bu iradesinin hâkim tarafından karar

¹²² Yarg. 8. HD E. 2017/8976, K. 2019/3402, T. 28.03.2019. (kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.12.2019)

verilirken dikkate alınabileceğini öngörmüştür. Buna mukabil 2011 yılında yürürlüğe giren HMK, kişilerin iradesi ne olursa olsun, herkesten soybağının tespiti amacıyla kan ve doku örneği alınabileceğini düzenlemektedir. Her ikisi de halihazırda yürürlükte olan bu iki düzenleme, aynı nitelikteki uyumsuzluklara uygulanabilecek düzenlemeler olmakla birlikte aynı duruma ilişkin farklı sonuçlar öngördükleri için, birbirleriyle çelişmektedir. Bu çelişki ise bir çözüm gerektirmektedir.

Doktrinde, kişilerden zorla kan ve doku örneği alınmasının kişilik haklarının ağır bir ihlali olduğunu ileri süren görüşler bulunmakla birlikte, söz konusu zor kullanma yetkisinin kanun ile düzenlenmiş olması ve kan ve doku örneği elde etmekle amaçlanan maddi gerçekten yararlanacak kişinin menfaatinin, daha üstün olması hususları değerlendirildiğinde, söz konusu durum açısından hukuka uygunluk sebepleri bulunduğu açıktır. Bu açıdan HMK düzenlemesinin uygulanması önünde bu yönde bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte HMK düzenlemesinin, TMK düzenlemesine kıyasla daha sonraki bir Kanun hükmü olduğu da düşünüldüğü takdirde, TMK hükmünün uygulama alanı bulamayacağı ortaya çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da HMK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana vermiş olduğu kararlarda, ilk zamanlarda tereddüt etmiş olsa da bilhassa yakın tarihli olanlarında bu hususa işaret etmekte ve soybağının tespiti davasında karar vermeden önce, ilgili kişiden kan ve doku örneği alınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

Bu açıdan, soybağının tespiti amacıyla açılan davalarda artık TMK hükmünün uygulama alanı kalmadığı için HMK hükmünün herhangi bir tereddüt olmaksızın uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle de yapılacak bir kanun değişikliği ile, TMK'da bulunan söz konusu düzenlemenin ilga edilmesi faydalı olacaktır.

Bibliyografya

- ACABEY, Mehmet Beşir, Soybağı – Kurulması- Genel Olarak Sonuçları- Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.
- AKAR, Kemal, Soybağı Tespiti, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- AKBIYIK, Cem/AYDIN, Gülşah Sinem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu M.292 Uyarınca Kişilerden Soybağı Tespiti Amacıyla Zor Kullanılarak Kan veya Doku Alınmasının Kişilik Hakkını İhlal Edip Etmediği Sorunu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 1, 2014, (7-31).
- AKCAN, Recep, “Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme)”, *Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, (887-934).
- AKSOY DUMAN, Sanem, “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292'nin Değerlendirilmesi”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 95-96, 2012, (109-124).
- AKTEPE ARTIK, Sezin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 20, 2011, (145-177).
- ARAS, Bahattin, “Türk Hukukunda Babalık Davası ve İspat Yöntemleri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 27, 2008, (15-36).
- ARSLAN, Aziz Serkan, “Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2010/1, 2010, (187-204).
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- AŞIK, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ATEŞ, Turan, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Koruma Amacı ile Özgürlüğün Kısıtlanması”, *Legal Hukuk Dergisi*, S. 38, 2006, (405-414).
- BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- BOHNET, François/HALDY, Jacques/JEANDIN, Nicolas/SCHWEIZER, Philippe/TAPPY, Denis, Code de procédure civile – Commenté, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011. (CPC Commenté)
- BOHNET, François, Code de procédure civile neuchâtelois – Commenté, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 2003.

- BORK, Reinhard/ROTH, Herbert (Hrsg.), Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 23. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen 2016. (Stein/Jonas)
- CANKURT, Ezgi, Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2018.
- DAĞLI, Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Yayınevi, 14. Baskı, İstanbul 2019.
- EGE, Önder, “Medeni Usul Hukukunda Soybağı Tespiti İçin İnceleme Yapılması ve Gizli Babalık Testleri Olgusu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 100, 2014, (245-254).
- EICHBERGER, Rudolf, Aktuelle Probleme der Feststellung der Abstammung (§ 372a ZPO), Doktora Tezi, Regensburg 1988.
- GEISER, Thomas/FOUNTOULAKIS, Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018. (Basler Kommentar)
- GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Verlag Schulthess, Zürich 1958.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2017.
- KAPLAN, Mahmut/AYDIN, Özgür, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, s. 3, 2016, (113-133).
- KARSLI, Abdurrahman/KOÇ, Evren/KONURALP, Cengiz Serhat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular, Alternatif Yayınları, İstanbul 2014.
- KILIÇ, Halil, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, “28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının(BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 24, 2016, (199-225).
- KIYGI, Osman Nazım, Wörterbuch Recht und Wirtschaft, Teil II, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2013.
- KOCAAĞA, Köksal, “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 1-2, 2006, (33-54).

- KONURALP, Haluk, İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Tıpkıbasım, Ankara 2009.
- KORUCU, Yavuz/UYUMAZ, Murat, “Soybağının Reddi Davasında Usul Hükümlerinin İncelenmesi”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Yetkin Yayınları, C. II, 2014, (1325-1382).
- KRÜGER, Wolfgang/RAUSCHER, Thomas (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, C.H. Beck, 5. Auflage, München 2016.
- KURU, Baki, Medenî Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2016. (Usûl)
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 3, Demir Demir, İstanbul 2001. (C. 3)
- MEMİŞ, Tekin/YILDIRIM, Mustafa Fadıl, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004 (283-306).
- MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang, Zivilprozessordnung, Verlag Franz Vahlen, 12. Auflage, München 2015.
- OBERHAMMER, Paul/DOMEJ, Tanja/HAAS, Ulrich (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung - Kurzkomentar, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014. (Kurzkomentar)
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe/TEK, Gülen Sinem, “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, (909-931).
- ÖZ, Turgut, “Soybağının Reddi Davasında İspat ve Süreler”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 2-Aile Hukuku*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, (319-345).
- ÖZBAY İbrahim/NAR AKSAN Şerife, “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 3-4, 2010, (187-226).
- ÖZBİLEN, Arif Barış, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2, S. 24 Güz 2013/2, 2013, (99-124).
- ÖZMUMCU, Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, 2015, (145-171).
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, Türk Medenî Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı İçtihatlı Velâyet Vesayet Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- RITTNER, Christian/RITTNER, Natascha: “Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung - Eine rechtliche Grauzone”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 24, 2002, (1745-1753).

- PAKSOY, Gülnihal, “Soybağının Reddi”, *TBB Dergisi*, S. 97, 2011, (354-376).
- PEKCANITEZ, Hakan, *et. al.*, Medenî Usûl Hukuku, On İki Levha Yayınları, 15. Bası, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usûl)
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal, *Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2019.
- STAEHELIN, Adrian/SUTTER, Thomas, *Zivilprozessrecht*, Schulthess, Zürich 1992.
- STUDER, Urs W./RÜEGG, Viktor/EIHOLZER, Heiner, *Der Luzerner Zivilprozess*, Eigenverlag, Luzern 1994.
- ŞİMŞEK, Mustafa, Soybağı, “Tanıma ve Babalık, Evlat Edinme, Velayet”, *Yeni Medenî Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulanması Sempozyumu*, Ankara 2013, (130-152).
- TANRIVER, Süha: Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. (Aile)
- TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. 1, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018. (Usûl)
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- TURAN BAŞARA, Gamze, “Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medenî Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, S. 131, 2017, (211-238).
- TÜZÜNER, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 4, 2013, (1139-1166).
- UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- UYUMAZ, Murat, Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara 2015.
- ÜÇÜNCÜ, S. Hilal, Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Baskı, ALFA, İstanbul 1997.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.